

# HELSINKI LAW REVIEW

**Elements of Style –  
Emilia Korkea-aho  
ja narratiivinen kirjoittaminen**  
— *Ville Linna*

**Global Constitutionalism and  
the Idea of Progress**  
— *Olena Sihvo*

**Bringing Clarity to the  
Purely Internal Situations Rule?  
Case Commentary on the  
Judgment C-268/15  
Ullens de Schooten**  
— *Helinä Pohjo*

**Puheenvuoro –  
Mitä oikeuksia muilla eläimillä on?  
Eläinoikeudesta ja sen tutkimuksesta**  
— *Visa Kurki*

**Applicability of Article 3 of  
the European Convention on  
Human Rights at the  
Borders of Europe**  
— *Enni Lehto*

**Rumista sanoista rundia?  
Kurinpitorangeistus ja  
vankien sananvapauden  
rajoittaminen  
To the hole through foul words?  
Disciplinary punishment and  
a restriction of the freedom  
of speech of prisoners**  
— *Anton von Schrowe*

# Helsinki Law Review 1/2018

## BOARD OF EDITORS

### EDITOR-IN-CHIEF

Ville Linna

### DEPUTY EDITORS-IN-CHIEF

Aki Aapio

Iris Lampela

### EDITORS

Axel Gamba

Jesse Heikkilä

Albert Jäntti

Laura Kuusela

Maiju Mäkinen

Anneli Nurminen

Helinä Pohto

Kalle Pusa

Sini Pöyry

Paula Sallinen

Jaakko Seppänen

Tuomas Tiihonen

Elias Vartio

### ACADEMIC COUNCIL

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ari Hirvonen LL.D.

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

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

Professor Pia Letto-Vanamo LL.D., trained on the bench

Professor Olli Norros LL.D.

Adjunct Professor, Senior Lecturer Jarna Petman LL.D., M.Soc.Sc.

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ville Pönkä LL.D., trained on the bench

## AUTHORS

### PEER-REVIEWED ARTICLES

Olena Sihvo

Helinä Pohto

Enni Lehto

Anton von Schrowe

### SHORT ARTICLES

Ville Linna

Visa Kurki

### Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

Helsinki Law Review 2018, 12th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

### CONTACT INFORMATION

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

**Editor-in-Chief:** *ville.linna@helsinki.fi*

**Deputy Editors-in-Chief:** *aki.aapio@helsinki.fi*  
*iris.lampela@helsinki.fi*

**Article submissions:** *submissions@helsinkiilawreview.fi*

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

**Address:** Mannerheimintie 3B, 00100 Helsinki, Finland.

**Email:** *tilaus@helsinkiilawreview.fi*.

**Graphic design:** Tuomas Tofferi

**Layout:** Janne Kuisma

ISSN 1797-6251 (Print)

ISSN 2489-687X (Online)

## FROM THE EDITORS

A narrative or story means a report of consecutive events, sewed together with a thread of a plot. Narratives are familiar to us from literature, drama, cinema, video games, visual arts and social media. In this issue, under *Elements of Style* section, Dr. Emilia Korkea-Aho explains us how storytelling can be utilized in academic writing.

According to Korkea-aho storytelling means that the writer takes the reader's hand and leads him or her through the text. The writer's aim is to convince the reader. Skill to simplify complicated research problems is mandatory for the writer with a storyteller orientation. The core of the good academic article, narrative, is an intriguing argument which hooks the reader.

Storytelling and narratives are not only writing techniques or literary devices. In this issue Olena Sihvo shows us, that progress narrative is an essential element in global constitutionalism and international law. Classical progress narratives are flawed and problematic. Can global constitutionalism overcome these flaws with an alternative interpretation of progress? Sihvo's article is an elegant contribution to a topical academic discussion.

Storytelling means choices. Reader should always ponder what the narrator left untold.

On behalf of the Board of Editors,

**Ville Linna**

Editor-in-Chief

## SUBMISSIONS

Articles and other contributions may currently be submitted to the Board of Editors in the email address [submissions@helsinkilawreview.fi](mailto:submissions@helsinkilawreview.fi) or through our website at [www.helsinkilawreview.fi](http://www.helsinkilawreview.fi).

Articles are selected for editing shortly after the publication of the previous issue. Helsinki Law Review accepts articles and other writings in English, Swedish and Finnish. Submissions should not exceed the length of 25 size A4 sheets. Each submission selected for publication will be edited in active co-operation with the author(s) as well as evaluated anonymously by a referee chosen by the Board of Editors.

In addition to research articles and case commentaries, Helsinki Law Review is also interested in publishing other types of writings, such as book reviews.

Any contributor wishing to publish an article based on a Master's thesis is requested to draft the article within the requested length limit before submitting. A copy of the original Master's thesis may be included for the Board's reference as a separate appendix, but not submitted alone.

For further information, please contact the Board of Editors at [hlr-toimitus@pykala.fi](mailto:hlr-toimitus@pykala.fi). Thank you for your submission!

### Subscriptions

Helsinki Law Review is currently available for free subscription at [www.helsinkilawreview.fi](http://www.helsinkilawreview.fi) to organizations. Free copies are distributed to various libraries, faculties and student organisations. To obtain a free personal copy, please visit the Pykälä ry office (open Tuesday till Thursday, 12 p.m. – 5 p.m.) or contact the Board Secretary. See inner front cover for contact details.

## SISÄLLYSLUETTELO

6 Elements of Style – Emilia Korkea-aho ja narratiivinen kirjoittaminen  
**Ville Linna**

10 Global Constitutionalism and the Idea of Progress  
**Olena Sihvo**

36 Bringing Clarity to the Purely Internal Situations Rule?  
Case Commentary on the Judgment C-268/15 *Ullens de Schooten*  
**Helinä Pohto**

50 Puheenvuoro – Mitä oikeuksia muilla eläimillä on?  
Eläinoikeudesta ja sen tutkimuksesta  
**Visa Kurki**

54 Applicability of Article 3 of the European Convention on  
Human Rights at the Borders of Europe  
**Enni Lehto**

78 Rumista sanoista rundia? Kurinpitorangaistus ja vankien  
sananvapauden rajoittaminen.  
To the hole through foul words? Disciplinary punishment  
and a restriction of the freedom of speech of prisoners.  
**Anton von Schrowe**

## Elements of Style

### EMILIA KORKEA-AHO JA NARRATIIVINEN KIRJOITTAMINEN

Helsinki Law Review, 1/2018, pp. 6–8.

© 2018 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

Elements of Style -palstalla nostetaan esille oikeudellisen kirjoittamisen, julkaisemisen ja tutkimuksen kannalta kiinnostavia ilmiöitä ja henkilöitä. Näin ollen *Helsinki Law Review* päätti haastatella Emilia Korkea-ahoa.

OTT Emilia Korkea-aho<sup>1</sup> on eurooppaoikeuden ja lainsäädäntötutkimuksen tuore apulaisprofessori Itä-Suomen yliopistossa, eurooppaoikeuden dosentti Helsingin yliopistossa sekä akatemiaturkija. Hän työskentelee Suomen Akatemian rahoittamassa viisivuotisessa tutkimusprojektissa ”*The Lobbyist: A Socio-Legal Inquiry of Interest Representation in the EU*” (2016-2021). Korkea-aho on profiloitunut<sup>2</sup> lobbauksen tutkijana. Hän on väitellyt *governance* -tutkimuksesta vuonna 2011.<sup>3</sup>

Tiina Korvela on luonnehtinut englanniksi kirjoitettua väitöskirjaa ansiokkaaksi. Hän totesi Korkea-ahon kielen olevan monipuolista ja rikasta. Teksti on lisäksi sujuvaa ja siten helppolukuista, mutta toisaalta kertova kirjoitustyyli vaatii totuttumista.<sup>4</sup> Tästä päästäänkin suoraan asiaan.

**Keskustelemme Korkea-ahon työhuoneessa Porthaniassa. Istun pitkällä, nelijalkaisella huonekalulla, joka muistuttaa sohvaa, muttei ole aivan yhtä mukava. Emilia, mistä tieteellisen tekstisi kertovassa tyyliässä oikein on kysymys?**

Emilia: ”Siitä, että kerrotaan tarina eli kirjoitetaan narratiivi. Se on sitä, että kirjoittaja ottaa lukijaa kädestä kiinni, johdattaa läpi tekstin ja pyrkii vakuuttamaan hänet. Tämä edellyttää yksinkertaistamisen taitoa, joka puolestaan vaatii sitä, että on todella ymmärtänyt sen asian, josta kirjoittaa.”

**Vakuuttaminen on yhteydessä argumentaatioon. Millaista argumentointi on lobbaus-tutkimuksen parissa?**

---

1 Ks. Tuhat -portaali (tuhat.helsinki.fi -> tutkijat -> Emilia Korkea-aho)

2 Ks. esim. Korkea-aho, Emilia, *EU lobbyists: rulemakers 'in the shadows'?* Teoksessa Fahey, Elaine (toim.), *The Actors of Postnational Rule-Making: Contemporary Challenges of European and International Law*. Abingdon, Routledge 2015, s. 207-230.

3 Korkea-aho, Emilia, *New Governance and the EU Courts: The Experimentalist Architecture of Judicial Decision-Making*. Väitöskirja. Helsinki, Helsingin Yliopisto, 2011.

4 Korvela, Tiina, Kirja-arvostelu. *Ympäristöjuridiikka* 4/2012, s. 77-81. Saatavissa Edilex -palvelusta.

Emilia: ”Lobbauskirjallisuus on pääosin yhteiskuntatieteilijöiden kirjoittamaa. Yhteiskuntatieteellinen perustelutapa nojaa erittäin vahvasti aineistoihin, joiden avulla argumentti vyörytetään läpi. Yhteiskuntatieteellisessä kritiikissäkin huomio ja keskustelu kohdistuvat juuri aineiston validiuteen sekä aineiston keräämisen tapaan ja ongelmiin. Esimerkiksi konferensseissa menetelmäkysymykset käydään läpi juurta jaksuen, josta seuraa minun mielestäni se, että varsinainen pohdinta-osuus jää vajaaksi. Oikeustieteessä taas auditorio vakuutetaan koukuttavan argumentin kautta, ja ongelmaan etsitään uusi näkökulma oikeuslähteiden kautta. Tämä mahdollistaa tulkintasuositusten tekemisen. Juristina kiinnostaa se, miten rakenteita pitäisi muuttaa.”

**Istun muistiinpanolehtiö sylissäni, kuuntelen ja kirjoitan. Korkea-aho puhuu rauhallisesti ja vapaasti. Hän näyttää luottavan assosiaatioon ja intuitioon. Hänen puheensa kerronta on vaivatonta, mutta hyvin runsasta. Minulla on onneksi paksu lehtiö ja useita täytekyiniä. Emilia, entä miten kirjoitat? Millainen prosessi kirjoittaminen sinulle on?**

Emilia: ”Kun kirjoitan, niin tuotan raakatekstiä paljon ja nopeasti. Tätä seuraa se vaihe, jossa ryhdyn tuhoamaan omaa tekstiäni ja karsimaan kaikkea turhaa. Pitää opetella olemaan julma omaa tekstiä kohtaan. Oma syntyni on se, tapaan aloittaa aiheen käsittelyn ikään kuin liian kaukaa. Minulla saattaa syntyä samasta artikkelista viisi tai kuusi eri versiota työstövaiheiden mukaan. Kirjoittamisessa kaikkein vaikeinta on aloittaminen ja alku. Siksi jaan tekstin osiin, ja aloitan keskeltä. Toisaalta myös viimeistely on raskasta.”

**Entä millainen on hyvä artikkeli?**

Emilia: ”Hyvässä artikkelissa on yksi argumentti, eräänlainen keihäänkärki tai maali, jonka ympärille ja jota kohti teksti rakennetaan. Tyypillinen virhe on änkeä yhteen artikkeliin aivan liikaa asiaa. Siihen on helppo langeta, sillä tutkimusongelmat ovat monimutkaisia. Esimerkiksi väitöskirjavaiheessa sain neuvon, jonka mukaan A4 -liuskalle kannattaa rakentaa pääargumentti sekä elementit, joista se koostuu jaksotuksineen. Jos ajatus karkaa, niin palaa liuskan äärelle.

Hyvä argumentti voidaan kiteyttää yhteen lauseeseen. Mielestäni artikkelissa saavat näkyä myös oma temperamentti ja luonne. Tekstin on kuitenkin oltava yksinkertaista ja kirkasta. Kun olin vaihdossa UK:ssa, sain paljon inspiraatiota ohjaajastani professori *Joanne Scottista*. Hän oli erittäin napakka kirjoittaja, eikä voinut sietää sumeaa tekstiä.”

**Mitä teet, kun tulee pelätty writer's block?**

Emilia: ”Kirjoittamisessa tulee mitäänsanomattomiakin päiviä, jolloin flow'ta ei synny. Jos tulee blokki, niin lue. Tutkimuksellinen kirjoittaminen on lukemisen ja kirjoittamisen vuorottelua. Kannattaa myös lukea kaunokirjallisuutta. Amerikkalaisen nykykirjallisuuden lukeminen on tehnyt hyvää omalle tyyliäni. Kannattaa myös kokeilla sitä, että jättää tekstin lepäämään joksikin aikaa. Väkinäisyys näkyy kirjoitustyyliäsi siinä missä keveys ja pakottamattomuuskin.”

**Käännän lehtiöstä tyhjän sivun ja otan esiin uuden mustekynän. Korkea-ahon puheessa on paljon siirtymiä. Hän tapaa palata keskustelumme aikaisempiin vaiheisiin, ja tuoda sieltä jotain mukanaan uudelleen keskustelun nykyhetkeen. Siirtymät ovat loogisia ja ilmaisu rauhallista, joten muistiinpanojen tekeminen on helppoa. Entä millaista on kansainvälisissä lehdissä julkaiseminen?**

Emilia: ”Kansainvälisillä lehdillä on hyvin heterogeeninen lukijakunta siinä missä Suomessa oikeustieteelliset julkaisut tapaavat profiloitua lukijakuntansa mukaan enemmän esimerkiksi joko tutkijoiden, käytännön juristien tai asianajajien lehdiksi. Kansainvälisissä lehdissä on tilaa eksoottisille aiheille, jotka kulkevat oikeus- ja yhteiskuntatieteiden rajalla, kuten vaikka lobbaus ja soft law.

Jos haluat kansainvälisen julkaisun, niin kirjoita omalla ja vahvalla tyyllillä. Julkaisun saamisen ratkaisee menestyminen vertaisarvioinnissa, ja koska refereet lukevat paljon, niin tyyliillä erottuu. Muista myös perustella johdannossa valitsemasi aiheen tärkeys, ja kooka lukija heti alussa. Tee myös tutkimustyösi laadukkaasti! Mieti myös etukäteen, mihin lehteen ajattelit kirjoittaa, sillä lehtien kesken on suuria eroja siinä argumentaatiossa, jota toivotaan ja odotetaan.

Hae myös palautetta mahdollisimman varhaisessa vaiheessa. Itse pyydän palautetta kollegoilta, työkavereilta ja kontakteilta. Puolisoni on tutkija, joten luetutan tekstejäni myös hänellä. Palautteen avulla pääsee maneereihin ja ongelmiin käsiksi aikaisemmin. Se on tarpeen, sillä kansainvälisissä lehdissä taso on erittäin kova.”

**Onko sinulla antaa lopuksi vielä jotain vinkkejä tieteellisestä kirjoittamisesta kiinnostuneille ja julkaisemisesta haaveileville?**

Emilia: ”Kirjoita selkeästi ja napakasti, ja mieti koukuttava argumentti, ja anna sen kantaa läpi tekstin. Pyydä palautetta varhain. Itselläni palautteen pyytämisen kynnystä nosti jonkinlainen häpeä, josta piti kasvaa yli. Artikkelini on kuitenkin paljon henkilökohtaisempi tekstilaji kuin vaikka muistio tai raportti. Aloita artikkelin suunnittelu siitä, että tutustut lehteen, johon ajattelit kirjoittaa. Vakuuta lukija tutkimuskysymyksesi tärkeydestä ja johdattele hänet tekstin läpi. Kirjoitustaito ja vakuuttamisen taito ovat äärimmäisen tärkeitä esimerkiksi silloin, kun haet tutkimuksellesi rahoitusta. Äläkä pidä kirjoittamisesti pitkiä taukoja, sillä kirjoitustaito ruostuu ja rutiini katoaa.”

**Haastattelu ja teksti:** Ville Linna

# GLOBAL CONSTITUTIONALISM AND THE IDEA OF PROGRESS

Olena Sihvo<sup>1</sup>

Helsinki Law Review, 1/2018, pp. 10–34.

© 2018 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

## Keywords:

global constitutionalism, legal theory, progress, soft law, modern custom, general principles of law, teleological interpretation, evolutive interpretation

## ABSTRACT

The article explores universal pertinence of global constitutionalism as a theory of international law in terms of its relation to progress. Whilst it is acknowledged that the language of progress may conceal imperial politics and idealistic assumptions, it is an inevitable element of any theory of international law seeking to resolve legal challenges of the twenty-first-century international legal order. Global constitutionalism is built on the idea of progress. By depicting international law as in the process of transition from decentralised and ad hoc system to a comprehensive ‘blueprint for social life’, global constitutionalism implies international law’s progressive nature with respect to the ‘pre-constitutionalised’ order. Yet, its narrative of progress is premised on assumptions that minimise exclusion, which makes international law truly universal.

## TABLE OF CONTENTS

1. Introduction
  2. Global Constitutionalism: Definition and Theoretical Foundations
  3. Global Constitutionalism As A Progress Narrative
  4. From Progress Narrative to Universal Progress
  5. Conclusion
- References

---

1 M. Soc. Sc., Åbo Akademi University; LLM, University of Helsinki; LLD Candidate, Åbo Akademi University.

# I. INTRODUCTION

It is a widely-accepted axiom that international law emerged as an exclusively practical tool to orchestrate inter-state relations. According to the conventional periodisation, it is marked by two principal historical epochs: “classical international law” and “modern international law”.<sup>2</sup> The 1648 Peace of Westphalia, which brought to an end the German phase of the Thirty Years War, is commonly designated as the beginning of modern international law. Whereas in the Middle Ages, sovereigns, hierarchically organized beneath the sway of the Pope, and the Holy Roman Empire were the focus of international law, the Westphalia Treaty introduced a new world order – an epoch of nation-states, each sovereign within its *domaine réservé*. International law of this period can be characterised as an exclusive product of state consent exhibited either expressly in the form of treaties or tacitly by means of custom.<sup>3</sup> It was primitive and modest, as it did not require much from a law-abiding actor. Due to its horizontal nature knowing no common interest beyond the sum of interests of individual states and the lack of any normative hierarchy, classical international law has been dubbed as a “well ordered-anarchy”.<sup>4</sup> Since the mid-1990s, international law has experienced a shift from state consent as a basis for legitimation toward international consensus, which is in the contemporary literature designated as a “constitutionalisation process” – “a process where a legal system goes from an *ad hoc*, decentralized, and consent-based order to a system where the law regulates the exercise of power and governance”.<sup>5</sup> In this sense, global constitutionalism is viewed as a superior phase of legal development, where the international legal system has evolved into more hierarchical, normative and structured in comparison with the “primitive” state-centred Westphalian order.

Whilst such a division of historical time into periods is indispensable for any historiographical research, it conveys a teleological reading of international law with global constitutionalism situating at the apex of universal history or, in terms of Fukuyama, “end of history” as such.<sup>6</sup> Such narrative of progress is at least unconsciously endorsed by almost every international lawyer and is now conceived as “the default mode of thinking about law, politics and economics”.<sup>7</sup> In fact, it has been acknowledged that international legal scholarship cannot escape the question of progress as the latter constructs the very identity of international law as a discipline.<sup>8</sup> However, there are dark sides of the progressive discourse. It may legitimise imperial politics and shift alternative narratives to the periphery. There

---

2 The period of classical international law is coterminous with the middle ages, which are in turn divided into the early middle ages (400-800), the mid middle ages (800-1300) and the late middle ages (1300-1500). See eg Grewe 1984; Steiger 2001, p. 181; Diggelmann 2014.

3 Falk 1969, p. 44.

4 Bryde 2005, p. 106.

5 O'Donoghue 2013, p. 1028; See also Fassbender 2009; Klabbers, Peters & Ulfstein 2009.

6 Fukuyama 1992.

7 Rech 2017, p. 58.

8 Altwicker & Diggelmann 2014, p. 426. See also Koskeniemi 2002, p. 516 (“[H]istory has put the international lawyer in a tradition that has thought of itself as the “organ of the legal conscience of the civilized world”).

is a danger of complacency with regard to the dominant idea and the attendant risk of this idea remaining unaltered irrespective of its efficiency and legitimacy.

This paper sets out to examine the ostensibly universal pertinence of global constitutionalism as a theory of international law in terms of its relation to progress. It will first trace the intellectual history of global constitutionalism in order to better grasp its nature and content. Thereafter the criticisms of the progress discourse will be weighed against a need to develop an operational theory of international law accommodating modern exigencies. In the end, it will be concluded that global constitutionalism is not a progress narrative in the conventional sense since it does not put aside alternative discourses neither does it obscure realities on the ground. Rather, it is a theory of international law that takes the idea of progress to the fore and seeks to make it universal.

## 2. GLOBAL CONSTITUTIONALISM: DEFINITION AND THEORETICAL FOUNDATIONS

As international legal order is clearly becoming more refined, complex and less dependent on individual state will, the orthodox Westphalian paradigm resting on such fundamental principles as state jurisdiction, sovereignty and non-intervention into the matters of domestic interest is increasingly recognized as anachronistic.<sup>9</sup> To remedy the conceptual inadequacy and practical inefficiency of the conventional paradigm, a new generation of legal scholarship has emerged, including *inter alia* the New Haven School,<sup>10</sup> liberal international relations theory,<sup>11</sup> neo-Kantianism,<sup>12</sup> Fukuyama's liberal triumphalism,<sup>13</sup> Grotian tradition<sup>14</sup> and global constitutionalism.<sup>15</sup> Each of these approaches is premised on progressive reading of legal history where the international legal order has allegedly moved beyond the classical accounts of inter-state relations to encompass global values, including a more prominent role of individual in international legal processes. Because global constitutionalism has been widely designated as a positive (descriptive), as opposed to normative (prescriptive), theory of international law, as it is predominantly concerned with the actual transformations occurring at the heart of international law without seeking (or to be more precise, seeking to a very limited extent) to

---

9 For a detailed account of this debate, see Simpson 2001.

10 While the NHS does not explicitly refer to the process of constitutionalisation of international law, it advances anti-statist and post-Westphalian thesis by reconceptualising subjects of international law and placing lesser emphasis on state consent as a legitimating factor of international law-making. See eg McDougal & Reisman 1983; Lasswell & McDougal 1992.

11 Slaughter 1995; Moravcsik 1997.

12 Teson 1992.

13 Fukuyama 1992.

14 Lesaffer 2002.

15 Dunoff & Trachtman 2009; Klabbers, Peters & Ulfstein 2009; Dobner & Loughlin 2010; Schwöbel 2011; Bhandari 2016; Lang 2017.



lay down normative requirements as to the desired course of development of the international legal system,<sup>16</sup> it is one of the most consistent and sophisticated theoretical alternatives to the declining Westphalian legal positivism.

There is no single recognised understanding of global constitutionalism. Rather there are many overlapping conceptualisations relating to its objectives, nuances and constituting elements,<sup>17</sup> what has been designated by one scholar as a “constitutional cacophony”.<sup>18</sup> On a theoretical level, the debate on global constitutionalism may be situated, according to Kleinlein, within two generic groups: on the one hand, scholars may conceptualize developments in international law as an evidence of on-going constitutionalisation. On the other hand, they may transpose the themes of the domestic constitutionalism onto the international plane.<sup>19</sup> On a more specific level, Schwöbel suggested four dimensions of constitutionalism in public international law: social constitutionalism (focusing on coexistence), institutional constitutionalism (focusing on governance through institutions); normative constitutionalism (emphasizing specific fundamental norms) and analogical constitutionalism (focusing on analogies to domestic and regional constitutionalisms).<sup>20</sup> Significantly, there are other approaches to classification of various academic traditions on global constitutionalism, whose detailed overview is beyond the scope of this article.<sup>21</sup>

While Schwöbel’s four dimensions of global constitutionalism are overlapping in many respects and some of them fall into the both generic camps sketched by Kleinlein, it is social constitutionalism that is the most relevant for the purposes of this enquiry. A central theme of social constitutionalism is the notion of “international community” – an idea that international legal system has undergone a transformation from a sovereignty-centred system to a value-oriented or individual-oriented system.<sup>22</sup> This transition is well-captured in the judgments

of the World Court which in its 1986 dictum reaffirmed the conventional position, namely that “[i]n international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the State concerned, by treaty or otherwise”,<sup>23</sup> and in a ten-year time span subscribed to the constitutionalist vision by declaring that “[r]esolutely positivist, voluntarist approach of international law still current at the beginning of the [twentieth] century [had] been replaced by an objective conception of international law, a law more readily seeking to reflect a collective conscience and respond to the social necessities of states organized as a community”.<sup>24</sup>

The most comprehensive academic account of the international community school and its impact on the legal doctrine was given by Buchan in *International Law and the Construction of the Liberal Peace*. His key point is that following the end of the Cold War, the world order comprises two forms of state association: the *international society* based on unqualified membership criteria and ruled by the traditional Westphalian principles of state sovereignty and inviolability of domestic constitutional settings, and *international community* – an exclusive club of liberal constitutional democracies.<sup>25</sup> Whilst this framework has been characterised by some as overly “bold”, “premature” and “reductionist”,<sup>26</sup> as there are many instances in the post-Cold War era where liberal states have failed to dismiss illiberal states as illegitimate and have even maintained close relationships with them, it neatly captures the *central* patterns of transformations (as opposed to every micro-aspect of international social reality) occurring in international relations since 1990.<sup>27</sup>

These transformations include, for example, relocation of authority to international and regional organisations; vertical differentiation (or hierarchisation) between different norms and principles of international law; increasing legalisation and juridification of international dispute settlement; ever-frequent adoption of multilateral treaties with third-party effects; reduced threshold for the emergence of international custom and changes in the concept of statehood entailing the shift from the principle of effectiveness to standards of legitimacy in the question of recognition of states and governments. That said, “the meaning of global constitutionalism” can be summarized

---

16 See eg Werner 2007, p. 340 (“International constitutionalism seeks to explain certain developments in international law in terms that deviate from a purely consensualist understanding of the international legal order”); Bhandari 2016, p. 6 (Positing that “global constitutionalism operates at the positive rather than normative level, being distinguished by the formative features [legitimacy, authority and validity] and operational aspects [unity, harmony, legalisation, convergence and supremacy]”).

17 For a recent analysis of global constitutionalism’s variations, see Diggelmann & Altwicker 2008, p. 623; Weller 2009, pp. 179–94; Moral 2010, p. 81; Schwöbel 2010, p. 611; Schwöbel 2011, p. 13; Kleinlein 2012, p. 81; Kleinlein 2012 (II), ch. 1; O’Donoghue 2014, p. 140ff.

18 Amhlaigh 2016, p. 173.

19 Kleinlein 2012, p. 81.

20 Schwöbel 2011, p. 13.

21 See eg Dunoff & Trachtman 2009, p. 9ff (Categorising global constitutionalism into three functional descriptions depending on the purposes of international constitutional norms, which are enabling constitutionalism, constraining constitutionalism and supplemental constitutionalism); Wiener et al 2012, pp. 1–5 (Conceptualising global constitutionalism by reference to the idea of three C’s: constitution, constitutionalisation and constitutionalism); Bhandari 2016, pp. 4–5 (Examining the operation of global constitutionalism from normative (concepts and theories) and positive (formative standards and modus operandi) benchmarks).

22 Tomuschat 1999, p. 237.

---

23 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)* (Merits) [1986] ICJ Rep 14, para. 269.

24 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) [1996] ICJ Rep 226, p. 268, Declaration of President Bedjaoui, para. 13.

25 Buchan 2013, p. 19. See also Buchan 2008. For a similar division of international social intercourse, see Simma & Paulus 1998, pp. 269–71; Villalpando 2010, pp. 391–92.

26 Roth, “International Law’s Enemy Within: Buchan’s “International Community” as Rival to the Positive Legal Order” *EJIL: Talk!* (17 November 2014) <<https://www.ejiltalk.org/international-laws-enemy-within-buchans-international-community-as-rival-to-the-positive-legal-order/>> accessed 28.3.2017; Fox, “A Comment on Russell Buchan’s “International Law and the Construction of the Liberal Peace”” *EJIL: Talk!* (18 November 2014) <<https://www.ejiltalk.org/a-comment-on-russell-buchans-international-law-and-the-construction-of-the-liberal-peace/>> accessed 28.03.2017. For a general criticism of the international community thesis, see Hassner 2015.

27 Buchan 2015, p. 325.

as “the continuing, but not linear, process of the gradual emergence and deliberate creation of constitutionalist elements in the international legal order [...] bolstered by academic discourse in which these elements are identified and further developed”.<sup>28</sup>

Global constitutionalism as a theoretical approach did not emerge overnight. Its foundations were laid down by numerous neoliberal scholars who viewed the end of the Cold War as an opportunity to build a new world order by means of a more progressive international law. To this end, a new theoretical framework for international law was constructed which came to be known as “new liberalism”.<sup>29</sup> It was first developed by Moravscik in the field of international relations as a self-standing anti-realist thesis.<sup>30</sup> Moravscik’s central argument is that liberalism has made a transition from a normative (prescriptive) theory instructing states as to how they should conduct their foreign policies with other states to a positive (explanatory) theory that accounts for how states do interact with one another.<sup>31</sup>

Moravscik’s novel approach to liberalism, or what he called liberal international relations (IR) theory, was subsequently transposed by Slaughter to international law.<sup>32</sup> She suggested that Westphalian international law was based on classical liberal assumptions. It did not distinguish among sovereign states: “Democracies, theocracies and all manner of autocracies are deemed identical under the all-purpose label of sovereignty”.<sup>33</sup> Any distinction on the basis of political regime was strictly forbidden. However, with the Cold War approaching its end, a number of political scientists, undertaking thorough empirical analysis, pioneered the need to distinguish between liberal and illiberal states on the basis of their external behavioural patterns, which came to be known as a “democratic peace theory”.<sup>34</sup>

According to this theory, liberal states created a separate zone of peace and did not wage wars with one another. Illiberal states, conversely, remained in the “zone of politics” virtually unrestrained in their actions in the global realm. Slaughter’s liberal IR theory moved beyond this correlation between liberal democracy and peace and interrogated what other characteristics liberal states have that distinguish them from their illiberal counterparts. It is founded on three core assumptions. First, individuals and private groups are primary actors in domestic and

international politics informing state’s preferences on the international scene. Second, state is not an autonomous and monolithic entity as propagated by realists, but a representative institution whose foreign policies are determined by preferences of individuals and groups enfranchised by domestic institutions and practices. Third, the accumulation of these individual and group preferences determines the outcome of state interactions.<sup>35</sup> On this view, “states bear no resemblance to billiard balls but rather to atoms of varying composition, whose relations with one another, either cooperative or conflictual, depend on their internal structure”.<sup>36</sup>

The notion of new liberalism was further developed by Simpson. He contended that orthodox international law is founded on classical liberalism, whose main distinctive features are tolerance, diversity and agnosticism about moral truth. He designated this as “Charter liberalism” because the underlying premises of this approach are explicitly enshrined in the UN Charter. The gist of this approach is the assumption that all States are equal akin to individuals in a liberal society.<sup>37</sup> Such fundamental principles of international law as domestic jurisdiction, sovereignty, territorial integrity and non-intervention are classical liberal principles. Respect of these principles has become the touchstone of the classical international liberal theory.<sup>38</sup> Similarly to Simpson, Sorensen pointed out that classical liberalism essentially embodies a “Liberalism of Restraint” with its key emphasis on one’s own sphere of liberty which can only be infringed by preventing harm to others.<sup>39</sup>

However, there is also another understanding of what it means to be liberal. This is, according to Simpson, “liberal anti-pluralism”,<sup>40</sup> sometimes characterised as “liberal internationalism”,<sup>41</sup> “new liberalism”, “neo-liberalism”, “liberal universalism”,<sup>42</sup> “liberal millenarianism”<sup>43</sup> or “Liberalism of Imposition”.<sup>44</sup> This “new” type of liberalism is endowed with a sort of moralistic fervour as it conceptualises equality as a condition of fulfilling certain “neo-liberal” criteria and is intolerant of the illiberal.<sup>45</sup> The central point of liberal anti-pluralism is to differentiate between states on the basis of their internal characteristics. Such a distinction between the two liberalisms is more straightforward in promoting neoliberal agenda than Moravscik’s “positive” theory. It marks a return to normative (or prescriptive) liberalism in the sense that it does not only explain why liberal states behave differently than illiberal ones but also seeks to challenge the over-

---

28 Peters 2009, pp. 397-98.

29 The concept of ‘new liberalism’ was coined by Simpson 2001.

30 See Moravscik, ‘Liberalism and International Relations Theory’ (1992) Center for International Affairs, Harvard University, Working Paper No 92-6 <[https://www.princeton.edu/~amoravcs/library/liberalism\\_working.pdf](https://www.princeton.edu/~amoravcs/library/liberalism_working.pdf)> accessed 4.7.2016.

31 Moravscik 1997. A number of other political scientists too have showed an interest in developing core foundations of liberalism as a rival theory to realism. See Nye 1988; Zacher & Matthew 1995; Powell 1994.

32 Burley [now Slaughter] 1992; Slaughter 1993

33 Slaughter 1992, p. 1909.

34 Philosophical roots of this theory go back to Kantian assumption that people are rational and prefer peace to war. See Kant 1983. The empirical foundation of ‘liberal peace’ is based on studies illustrating the absence of war between liberal democracies. See eg Russett 1993.

---

35 Slaughter 1995, p. 508; Moravscik 1997, pp. 516-20; Moravscik 2011, pp. 711-14.

36 Slaughter 2000, p. 241.

37 Simpson 2001, p. 541.

38 See Doyle 1983, p. 213

39 Sorensen 2006, p. 259. Berlin calls this liberty a ‘negative liberty’ as it is fulfilled whenever there is no unjustified interference. See Berlin 1969, p. 122.

40 Simpson 2001, p. 537.

41 Jahn 2013.

42 Charvet & Kaczynska-Nay 2008, p. 60.

43 Marks 1997.

44 Sorensen 2006, p. 259

45 Simpson 2001, p. 539; Simpson 2004, p. 78.

inclusive orientation of international legal order by substituting it with the one in which status of states is defined by their degree of acceptance of certain individual rights, including the so-called “right to democracy”.<sup>46</sup> By virtue of its value orientation and individual-centeredness, global constitutionalism is a variation of this new type of liberalism. Yet, due to the central role of functionalist dimensions (mapping, identifying and constructing) within the global constitutional rationale, it rather reflects Moravcsik’s positive approach to liberalism than Simpson’s normative schemata.

### 3. GLOBAL CONSTITUTIONALISM AS A PROGRESS NARRATIVE

In intellectual history, the idea of progress implies that constant improvement in technology, science and social organization can generate an improvement in the human condition. It is a linear and irreversible movement from “poverty, barbarism, despotism and ignorance to riches, civilization, democracy, and rationality”.<sup>47</sup> It consists of three elements: (1) comparative, which means that progress can only be identified by way of comparison with a more inferior state; (2) evaluative, in that it necessarily scrutinizes the past on the presence of the signs of progress (or, more precisely, on the absence thereof); and (3) reformative, that is by equating itself to anything but goodness progress inevitably assumes a reformist “punch”.

New liberalism has been roundly criticized for its linear and progressive reading of history. By dividing the world into zones, it brings back the nineteenth-century division between civilized and uncivilized. Moreover, by positioning liberal constitutional democracy as one of the principle pillars of legitimacy, it fails to consider the diversity of values, beliefs and cultural settings. Another criticism centres on its hopelessly idealistic depiction of the world which obscures the fact that “never have violence, inequality, exclusion and famine, and thus economic oppression affected as many human beings in the history of the Earth and humanity”.<sup>48</sup> A further flaw of new liberalism is its simplistic interpretation of historical change. It overstates the predictability of history and fails to appreciate the contingency of events.<sup>49</sup>

Similar observations apply to global constitutionalism. By depicting the present state of international law as being in the “process of constitutionalisation” it automatically implies its progressive nature with respect to the “pre-constitutionalised” order. Indeed, the promise of progress lies at the very centre of the constitutionalist epistemology. From the vantage point of global constitutionalism, the world is growing irreversibly more interdependent and evolving from the framework of co-existence to the framework of cooperation to a comprehensive “blueprint for social life” and ultimately to international law of the international community.<sup>50</sup>

Importantly, the idea of progress is not an exclusive feature of global constitutionalism. It also animates mainstream legal scholarship. Almost every book on general international law in its introductory chapters presents historical events that are situated at specific coordinates in space and in time as a coherent story of progress: “[F]rom Westphalia in 1648 through Bretton Woods and San Francisco conferences of 1944 and 1945 to the present day and beyond to a more just world”.<sup>51</sup> The idea that international law is constantly moving towards a more perfected state has ancient roots. In the Christian tradition, history was viewed as following a linear and directional path to some ideal future. Such progress narrative stood in stark contrast with pagan cyclical histories of natural birth, development, decline and regeneration.<sup>52</sup> In the modern times marked by fast scientific, technological and social change, this teleological approach to history took on the secular form and became a dominant paradigm of the philosophical history of international law. It is clearly discernible in the works of one of the prominent Enlightenment scholars who contended that

*“The history of the human race as a whole can be regarded as a realization of a hidden plan of nature to bring about an internally — and for this purpose also externally — perfect political constitution as the only possible state within which all natural capabilities of mankind can be developed completely.”<sup>53</sup>*

The naturalist appeal to universal moral principles as a common strategy of many Enlightenment scholars to reform international law was subsequently attacked for its subjectivity and fuzziness and supplanted by an ostensibly objective discourse of the progressive development partially based on thin empirical evidence.<sup>54</sup> Hudson’s work *Progress in International Organization*, which treats the growth of international organizations as an embodiment of progress, is one of the most cited in this respect.<sup>55</sup> For him as well as for the succeeding generations of international lawyers, “the notion that international law serves as the ordained mechanism for the achievement of ‘progress’ was an accepted tenet of the faith”.<sup>56</sup>

This said, modern progress narratives are constructed, à la Altwicker and Diggelman, by means of four ‘techniques’: ascending periodization, proving increased value-orientation of international law, detection of positive trends and paradigm shift-talk.<sup>57</sup> From this perspective, global constitutionalism is a second technique: by suggesting that international law is evolving from Westphalian, decentralized and consent-based model of international relations to a new constitutional world order based on three pillars of limited government, human rights and the rule of law, it asserts the progress by pointing to the growing value-orientation of international law.

---

46 See eg Franck 1992.

47 Shanin 1997, p. 65.

48 Derrida 2006, p. 106.

49 Huntington 1989, p. 10; Held 1993, pp. 296-97; Marks 1997, p. 458.

50 Tomuschat 1999, pp. 56-88.

51 Koller 2012, p. 98.

52 See Rotenstreich 1971, p. 200; Burrow 2009, pp. 68-69.

53 Kant 1990, pp. 41, 50.

54 Koller 2012, p. 102.

55 Hudson 1932.

56 Miller & Bratspies 2008, pp. 21-22.

57 Altwicker & Diggelman 2014, pp. 432-37.

As asserted previously, traditional international law too may (and it actually does) employ this technique to convey the message of progress but in a less pronounced manner. In fact, the idea of progress is so imminent to international law's self-perception as a science and a discipline that it became a dominant narrative of the field. The difference that global constitutionalism has introduced is that it brought this discourse into light, made it explicit, whereas orthodox international theory attempts to contain the progress narrative underground, behind a veil of objective reasoning and impartial argumentative techniques.

The question, thus, arises whether the progress narrative is inherently fallacious. Is it avoidable? Should it be avoided? Thinking in terms of progress is not intrinsically erroneous. It is when one constructs a progress narrative and uncritically assembles historical facts to match the plot in order to design a particular future that one enters dangerous waters of subjectivism, idealism and politics of alienation. As Skouteris observed, the language of progress is a language of authority which can legitimise but also de-legitimise;<sup>58</sup> it evaluates, judges, classifies and excludes. By designing an ostensibly true version of history, it proclaims in a celebratory tone an end to contestation and thereby sets aside alternative narratives. Hence, the progress discourse is not a descriptive exercise but a "powerful rhetorical strategy of legitimation"<sup>59</sup> and exclusion.

#### 4. FROM PROGRESS NARRATIVE TO UNIVERSAL PROGRESS?

Be that as it may, a strong claim may be made that any theory of international law shall incorporate the idea of progress to be operative, that is to provide for practical solutions to every-day legal problems. In fact, this is the main reason why almost every modern theory of international law is built on the idea of progressive history. However, there is a strand of legal scholarship that emerged as a counter-narrative to the prevailing linear understanding of historical change.<sup>60</sup> This counter-narrative, or what has become to be known as critical legal studies,<sup>61</sup> rejects the idea of law as linear progressive development towards an ideal end and substitutes it with a circular vision of international law constantly oscillating between opposing values.<sup>62</sup> On this account, international law is always indeterminate which allows for the producing of an infinite number of arguments that, in turn, make up the source of the continuous "renewal of the field".<sup>63</sup>

---

58 Skouteris 2010, p. 5.

59 *ibid* 21.

60 For a more detailed overview, see generally Koller 2012. See also Cass 1996, p. 354 ('[O]ne of the central theses of the "newstream" in international law is that the "mainstream" insists on constructing the history of the discipline as a "narrative of inevitable progress"').

61 See eg Purvis 1991.

62 Kennedy 1996, p. 399 (Claiming that international lawyers have purportedly built a progressive vision of international law to design their self-image); Koskenniemi 2002 (Contesting the prevailing narrative that international law evolved in a linear way); Koskenniemi 2005.

63 See Kennedy 2000, p. 345.

Critical legal studies do not suggest any grand theory of international law akin to positivism or naturalism. Instead, they invite legal scholars and practitioners to acknowledge the political nature of international law and accept its radial indeterminacy as an asset, as "an absolutely central aspect of international law's acceptability".<sup>64</sup> But if the purpose of the counter-narrative is not to provide for a workable theory of international law but rather to critically evaluate how the dominant narrative generates its structures and how these structures distort the reality, then it is not suitable for, and in fact not even capable of, proposing workable solutions. As Koskenniemi aptly opined:

*"By reducing international law to self-contained formalistic argument around opposing concepts, the critical counter-narrative has not merely placed the content of solutions to legal problems outside international law but has actually made this content inaccessible to the international lawyer, who lacks the means and methods to reach out of law's endless circularity to sociology, philosophy, or political science to identify workable solutions and to introduce them to the legal discourse."*<sup>65</sup>

It follows that international law as a normative tool of regulating social interactions is inconceivable beyond the narrative of progress, at least at this stage of legal scholarship. However, this does not have to be viewed in purely pessimistic tones. Progress is not an inherently *bad thing*. On the contrary, it is needed to raise a sense of responsibility for making one's own history and to make continuous efforts to ameliorate conditions of human existence. As Collingwood noted:

*"[M]ore dangerous [...] is the defeatist spirit which fears that what we are aiming at is no more than a Utopian dream. And this fear becomes paralyzing when [...] it calls in the help of philosophical ideas, and argues that the evils admittedly belonging to our moral, social, and political life are essential elements in all human life, or in all civilizations, so that the special problems of the modern world are inherently insoluble."*<sup>66</sup>

Consequently, progress narratives can act as a call for action: "[B]y de-mystifying progress narratives, new possibilities are opened for the intellectual imagination on which to act in the world".<sup>67</sup> Global constitutionalism is one such possibility. Not only does it not attempt to bury the progress tropes behind the seemingly objective legal semantics, but it also puts the idea of progress at the very centre of its epistemology. To reiterate, progress only becomes "unsettling" when it is couched in the seemingly objective language of international law. Such pretension for objectiveness and making progress "speak itself"<sup>68</sup> are the principal weaknesses

---

64 Koskenniemi 2005, p. 591.

65 See Koskenniemi 1997, pp. 153-54.

66 Collingwood 1934, pp. 168-69 quoted by Connelly 2004, p. 419.

67 Galindo 2010, p. 4 referring to Skouteris 2010, p. 227ff.

68 As Skouteris explained, by making progress 'speak itself', international lawyers create an image of objectiveness, rationality and inevitability of their progress narratives. Skouteris 2010, p. 17.

of the traditional theory attacked by the new stream. Considering the fact that the underlying rationale behind the counter-narrative is to make explicit the political nature of international legal argument, global constitutionalism with its explicit endorsement of global values, in a sense takes this point seriously and thus distances itself from the dominant narrative. Ultimately, global constitutionalism does not assert that constitutionalisation of international law is the only way to go, it merely makes a positive claim (instead of a normative one) that this is what is now happening without any attempt to project a desirable future.

The final question to consider in this paper is, as was poignantly formulated by Skouteris, whether “progress [can] ever be universal or will it necessarily always involve power relations and an ideological struggle during which some will gain and others will lose”?<sup>69</sup> As was previously mentioned, statements on progress are never neutral. They are always value-laden. But to aspire for a theory of international law that would completely do away with politics is to be utterly idealistic. The propensity to exclude and marginalize is as old as history of a man and international law is not an exception. As Gong noted, “the processes by which an international system establishes standards to define and codify its operating interests, rules, values, and institutions are continuing ones”.<sup>70</sup> What is susceptible to change is not the progress discourse itself, but its nature and character. The challenge is hence not to make international law immune from any language of progress but from the hegemonic agenda behind it, that is to ensure that the narration of progress, by whatever name it is called, is as inclusive as possible to safeguard legitimacy and efficiency of the current international legal order. As Galindo has rightly observed, it is not the progress itself that is a problem but an *inevitable* progress: the false perception that a certain prevailing idea will remain immune from critique.<sup>71</sup> Only when the language of progress is transparent and inclusive can it act as an engine for the universal development.

It follows that global constitutionalism is a discourse of progress but it is founded on assumptions that minimize exclusion. First, constitutionalisation of international law entails “softening” of international law. As Shelton contented:

*“Non-binding commitments may be entered into precisely to reflect the will of the international community to resolve a pressing global problem over the objections of the one or few states causing the problem, while avoiding the doctrinal barrier of their lack of consent to be bound by the norm.”*<sup>72</sup>

Non-binding commitments permit, in principle, the inclusion of all interested parties in a process of international lawmaking.<sup>73</sup> Because traditional sources of international law, such as treaties

(especially law-making treaties) and custom, are normally formed by leading states<sup>74</sup> and establish obligations towards all the world rather than towards particular parties, recourse to soft instruments is equally available to developing states and can, thus, be viewed as a tool of empowerment and greater inclusion. By allowing more voices to be heard, the increasing invocation of soft law as a source of international legal obligation enlarges the law’s legitimacy basis and authority. Moreover, such changing legal environment marked by various shades of bidedness can be characterised as the maturing of the international system since the very recourse to, and shaping of one’s behaviour in conformity with, non-treaty norms entails a certain degree of trust between the participating states that a particular undertaking will be implemented in good faith regardless its generic wording and lack of treaty form. The ever-frequent invocation of soft law commitments as a basis for international claims is evident, *inter alia*, in the case law of the ICJ<sup>75</sup> and increased academic comment.<sup>76</sup>

Second, constitutionalisation of international law presupposes the revision of the doctrine of custom. From this perspective, it is not the practice of individual states that counts most but rather the existence of universal *opinio juris* that a certain norm is desirable and/or needed. Lepard has put this in the following way:

*“A customary international norm arises when states generally believe that it is desirable now or in the near future to have an authoritative legal principle or rule prescribing, permitting, or prohibiting certain conduct. This belief constitutes opinio juris, and it is sufficient to create a customary law norm. It is not necessary in every case to satisfy a separate ‘consistent state practice’ requirement. Rather, state practice can serve as one source of evidence that states believe that a particular legal principle or rule is desirable now or in the future.”*<sup>77</sup>

There are two points to be stressed. First, Legard asserts that for a customary norm to arise, it is enough for *opinio juris* to reflect a belief by states that a practice *should* be required instead of a traditional doctrinal view that it is *already* required. In this way universal constitutional principles more easily find their way to the subjective element of custom, because all that is necessary is that the majority of states solely believe in the importance of these principles. Second, state practice is relevant merely to the extent it proves the evidence of such a belief. This view is shared by Bradley asserting that a new customary norm “can be recognised when it is evident — from state practices, statements, and other evidence — that the rule is something

---

69 *ibid* 21.  
70 Gong 2002, p. 80.  
71 Galindo 2010, p. 3.  
72 Shelton 2010, p. 144.  
73 Reinicke & Witte 2000, p. 94.

---

74 See eg Byers 1999; Anghie 2007, pp. 36-39.  
75 *Nuclear Tests Case (Australia & New Zealand v France)* (Merits) [1974] ICJ Rep 457, para. 46; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)* (Merits) [1986] ICJ Rep 14, p. 186.  
76 Hillgenberg 1999, p. 503; Shelton 2000; Pellet 2006, p. 714; Guzman & Meyer 2010, p. 171; D’Aspremont 2011, p. 149; Goldmann 2012, p. 346; Gammeltoft-Hansen, Lagoutte & Cerone 2016.  
77 Lepard 2010, p. 8

that the relevant community of states wishes to have as a binding norm going forward and that it is socially and morally desirable”.<sup>78</sup>

Thus, constitutionalising international law for the purposes of ascertainment of a customary norm discounts the requirement of general and consistent state practice and instead focuses primarily on statements.<sup>79</sup> Unlike traditional doctrine of custom, where the formation of custom is commonly criticised for being effectuated by a handful of the most powerful and rich states,<sup>80</sup> the process of the so-called “modern custom” formation is a conscious, egalitarian and deliberate process. Because it gives an equal voice to all participating parties, it makes international law, in words of Charney, truly “universal”.<sup>81</sup>

Another domain where constitutionalisation transformed international law more inclusive is the doctrine of sources itself. Global constitutionalism presupposes a shift of emphasis from individual state *consent* to universal *consensus* as the basis of an international legal obligation. In more concrete terms, it would mean that treaties as the main source of obligations in Westphalian society give way to the sources more easily accommodating the common interest of the international community, such as custom in its above-mentioned conceptualisation and general principles. As to the latter, it is now widely accepted that although Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice does not establish a hierarchy of sources, in actual fact general principles of law are almost never referred to, at least in explicit terms, in the international fora due to their non-consensual character.<sup>82</sup> Constitutionalisation of international law envisages a more frequent recourse to the third source as an ultimate repository of universal values. Because general principles of international law derive from a large number and variety of domestic legal systems, obligations they impose are more universal than those established by a (multilateral) treaty or custom. As Kolb concluded, “[t]he law of general principles is constitutional law in the fullest sense of the word”.<sup>83</sup>

Ultimately, recent changes animating the field of treaty interpretation exhibit another bit of strong empirical evidence of progressive march of global constitutionalism as a tool of empowerment. It is a generally accepted proposition that treaty is to be interpreted in accordance with the

---

78 Bradley 2016, p. 56.

79 Roberts 2002, pp. 757-91.

80 For a more detailed discussion of the inherent link between power and traditional customary law formation, see generally Byers 1999; Anghie 2007, pp. 36-39 (Arguing that much of modern international law was shaped by the European colonial encounter with non-European civilisations, with the latter as the objects of reform); Kelly 2017, p. 47 (Claiming that the history of CIL ‘suggests that to a large degree publicists and powerful nations ignored inconvenient state practice and generated customary international law norms based on prior assumed values or perceived self-interest irrespective of the general acceptance of a norm’).

81 Charney 1993, p. 529.

82 Pellet 2006, p. 780.

83 Kolb 2006, p. 36.

ordinary meaning to be given to the terms of the treaty and in the light of its object and purpose.<sup>84</sup> Yet, it is still a matter of debate how these interpretative elements – text and object and purpose – shall be treated. Global constitutionalism as a value-centred approach implies teleological interpretation because the latter aids in revealing the common interest of the international community vested in the text of the treaty, instead of attempting to ascertain a fluctuating, inward-looking and synallagmatic will of an individual state, commonly referred to as “intention of state parties”. Moreover, the generic and abstract nature of the object and purpose as a guiding formula in treaty interpretation ensures a needed flexibility and evolution of the treaty text in line with global constitutional principles, which states themselves endorsed in a variety of binding and non-binding instruments, such as the UN Charter and the Universal Declaration of Human Rights. Because such principles reflect the conscience of the international community as a whole (*opinio juris communis*),<sup>85</sup> the interpretation based thereof comprises a wider spectre of interests than those of initial drafters.

In addition, teleological approach requires that a term is interpreted evolutively, that is, that a meaning given to a text changes over time. This is reflected in article 31 VCLT, which states that apart from treaty text and object and purpose, other developments shall be taken into account in treaty interpretation, such as context, subsequent agreements, state practice and “any relevant rules of international law applicable between the parties”<sup>86</sup>. The latter element – interpretation of treaties against the backdrop of general international law – is widely known as a “principle of systemic integration”<sup>87</sup>. Because this previously highly disdained principle<sup>88</sup> is now increasingly invoked in the international fora,<sup>89</sup> the trend is commonly viewed as “an action in favour of the unity of the international legal system” and therefore another manifestation of international law’s constitutionalisation. Further, since it is now agreed that “rules of international law” refer

---

84 Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 33 (VCLT) art. 31(1).

85 Herczegh, Decsenyi & Pulay 1969, p. 36.

86 Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 33 (VCLT) art. 31.

87 See generally McLachlan 2005; Merkourios 2015.

88 Sands 1998, p. 95 (Contending that article 31(3)(c) fell into such a disdain that it has ‘been expressly relied upon only very occasionally in judicial practice’, and had ‘attracted little academic comment’). Likewise, French noted that ‘as a feature of treaty interpretation it has long since been marginalized and ignored’. See French 2006, p. 300.

89 *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America)* (Merits) [2003] ICJ Rep 161, para. 41 (‘[U]nder the general rules of treaty interpretation, as reflected in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, interpretation must take into account “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” (Art. 31, para. 3 (c))’); ILC, ‘Report of the International Law Commission on the Work of its 58th Session’ (1 May - 9 June and 3 July - 11 August 2006) UN Doc A/61/10, pp. 413-16; ILC, ‘Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law’ (29 July 2005) UN Doc A/CN.4/L.676; WTO, *European Communities: Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products – Reports of the Panel* (29 September 2006) WT/DS291/R, WT/DS292/R and WT/DS293/R.

to the law applicable at the time of treaty application<sup>90</sup> and refer to all sources of international law, including general principles and soft law commitments,<sup>91</sup> it goes without saying that the principle of systemic integration promotes inclusion and diversity in the international legal order.

## 5. CONCLUSION

This study showed that narratives of progress are vital for international law's identity and self-perception as well as its capability to shape future paths. Making these narratives explicit curtails abuse and serves as a platform for revising the "filter of right solutions".<sup>92</sup> Global constitutionalism is one of the most sophisticated modern approaches in international law. Not only is it explicit about its vision of international law as a sign and instrument of progress, but it also attempts to make this a virtue by universalizing this progress and minimizing exclusion. On this account, international law is increasingly a product of international consensus rather than consent of a dozen of the most powerful nations. It is clear that following the global decline of the rule of law and ongoing human rights violations around the globe caused by transnational terrorism, civil wars, state aggression and the rise of a new type of authoritarianism – "authoritarian in political form, capitalist in economics, and nationalist in ideology"<sup>93</sup> – global constitutionalism is now in (temporal) retreat. However, constitutionalisation of international law is not necessarily a linear process: temporal setbacks do not signify its decline but rather prepare the ground for its future revival.

---

90 This position is now dominant in contemporary literature. See eg McLachlan 2005, p. 291; ILC, 'Report of the International Law Commission on the Work of its 58th Session' (1 May - 9 June and 3 July - 11 August 2006) UN Doc A/61/10, para. 22; Linderfalk 2010, p. 178; Helmersen 2013, p. 147; Bjorge 2014, ch. 4.

91 McLachlan 2005, p. 290; ILC, 'Report of the International Law Commission on the Work of its 58th Session' (1 May - 9 June and 3 July - 11 August 2006) UN Doc A/61/10, para. 18 ('Article 31(3)(c) deals with the case where material sources external to the treaty are relevant in its interpretation. These may include other treaties, customary rules or general principles of law'); Linderfalk 2010, pp. 177-78; Helmersen 2013, p. 147. Application of soft law commitments is discernible in international judicial practice. See eg *Loizidou v Turkey* ECHR 1996-VI 2231, para. 44; *Al-Adsani v United Kingdom* (GC) ECHR 2001-XI 761, para. 60; *Case of Vargas-Areco v Paraguay* (IACTHR, 26 September 2006) Series C no 155, para. 122; *Saadi v United Kingdom* App no 13229/03 (ECtHR (GC) 29 January 2008) para. 65; *Demir and Baykara v Turkey* App no 34503/97 (ECtHR (GC) 12 November 2008) paras. 74-75; *Case C-63/09 Axel Walz v Clickair SA* [2010] ECR I-04239, para. 27.

92 Skouteris 2010, p. 229.

93 Ignatieff 2014, p. 30.

## REFERENCES

### Monographs

Altwickler, Tilmann and Diggelmann, Oliver, 'How is Progress Constructed in International Legal Scholarship?' (2014) 25 (2) EJIL, pp. 425-444. (Altwickler & Diggelmann 2014)

Anghie, Anthony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (New York, CUP 2007). (Anghie 2007)

Berlin, Isaiah, *Four Essays on Liberty* (Oxford, OUP 1969). (Berlin 1969)

Bjorge, Eirik, *The Evolutionary Interpretation of Treaties* (Oxford, OUP 2014). (Bjorge 2014)

Buchan, Russell, 'A Clash of Normativities: International Society and International Community' (2008) 10 (1) Int'l CL Rev, pp. 3-27. (Buchan 2008)

Buchan, Russell, *International Law and the Construction of the Liberal Peace* (Oxford and Portland, Hart Publishing 2013). (Buchan 2013)

Buchan, Russell, 'Developing Democracy through Liberal International Law' (2015) 4 (2) CJICL, pp. 319-343. (Buchan 2015)

Burley, Anne-Marie [now Anne-Marie Slaughter], 'Toward an Age of Liberal Nations' (1992) 33 (2) Harv Int'l LJ, pp. 393-406. (Burley [now Slaughter] 1992).

Burrow, John, *A History of Histories: Epics, Chronicles, Romances & Inquiries from Herodotus & Thucydides to the Twentieth Century* (London, Penguin 2009). (Burrow 2009)

Byers, Michael, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (Cambridge, CUP 1999). (Byers 1999)

Cass, Deborah Z, 'Navigating the Newstream: Recent Critical Scholarship in International Law' (1996) 65 (3) Nord J Int'l L, pp. 341-383. (Cass 1996)

Charney, Jonathan, 'Universal International Law' (1993) 87 (4) AJIL, pp. 529-551. (Charney 1993)

Charvet, John and Kaczynska-Nay, Elisa, *The Liberal Project and Human Rights: The Theory and Practice of a New World Order* (Cambridge, CUP 2008). (Charvet & Kaczynska-Nay 2008)

Connelly, James, 'A Time for Progress?' (2004) 43 (3) History and Theory, pp. 410-422. (Connelly 2004)

D'Aspremont, Jean, *Formalism and the Sources of International Law: A Theories of the Ascertainment of Legal Rules* (Oxford, OUP 2011). (D'Aspremont 2011).

Derrida, Jacques, *Specters of Marx* (New York, Routledge 2006). (Derrida 2006)

Diggelmann, Oliver and Altwicker, Tilmann, 'Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism' (2008) 68 *ZaoRV*, pp. 623-650. (Diggelmann & Altwicker 2008)

Diggelmann, Oliver, 'The Periodization of the History of International Law' in Fassbender, Bardo and Peters, Anne (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford, OUP 2014). (Diggelmann 2014)

Doyle, Michael W, 'Kant, Liberal Legacies and Foreign Affairs' (1983) 12 (3) *Phil & Pub Aff*, pp. 205-235. (Doyle 1983)

Falk, Richard, 'The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of the International Legal Order' in Falk, Richard and Black, Cyril (eds.), *The Future of the International Legal Order: Trends and Patterns*, vol 1 (New Jersey, Princeton UP 1969). (Falk 1969)

Fassbender, Bardo, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community* (Leiden, Martinus Nijhoff 2009). (Fassbender 2009)

French, Duncan, 'Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules' (2006) 55 (2) *ICLQ*, pp. 281-314. (French 2006)

Fukuyama, Francis, *The End of History and the Last Man* (New York, The Free Press 1992). (Fukuyama 1992)

Galindo, George Rodrigo Bandeira, 'Progressing in International Law' (2010) 11 *Melbourne J Int'l L*, pp. 1-16. (Galindo 2010)

Gammeltoft-Hansen, Thomas, Lagoutte, Stephanie and Cerone, John (eds.), *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights* (Oxford, OUP 2016). (Gammeltoft-Hansen, Lagoutte & Cerone 2016)

Goldmann, Matthias, 'We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law' (2012) 25 (2) *LJIL*, pp. 335-368. (Goldmann 2012)

Gong, Gerrit W, 'Standards of Civilization Today' in Mozaffari, Mehdi (ed.), *Globalization and Civilizations* (Abingdon, Routledge 2002). (Gong 2002)

Grewe, Wilhelm, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte* (Berlin, Nomos Baden-Baden 1984). (Grewe 1984)

Guzman, Andrew T and Meyer, Timothy L, 'International Soft Law' (2010) 2 (1) *JLA*, pp. 171-226. (Guzman & Meyer 2010)

Hassner, Pierre, *La revanche des passions: Métamorphoses de la violence et crises du politique* (Paris, Fayard 2015). (Hassner 2015)

Held, David, 'Liberalism, Marxism and Democracy' (1993) 22 (2) *Theory and Society*, pp. 249-281. (Held 1993)

Helmersen, Sondre Torp, 'Evolutive Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions' (2013) 6 (1) *Eur J Leg Stud*, pp. 127-148. (Helmersen 2013)

Herczegh, Geza, Decsenyi, Jozsef and Pulay, Gabor (eds.) *General Principles of International Law and the International Legal Order* (Budapest, Akademiai Kiado 1969). (Herczegh, Decsenyi & Pulay 1969)

Hillgenberg, Hartmut, 'A Fresh Look at Soft Law' (1999) 10 (3) *EJIL*, pp. 499-515. (Hillgenberg 1999)

Hudson, Manley O, *Progress in International Organization* (Stanford, Stanford UP 1932). (Hudson 1932)

Huntington, Samuel, 'No Exit: The Errors of Endism' *The National Interest* (Fall 1989). (Huntington 1989)

Ignatieff, Michael, 'The New World Disorder' (2014) *LXI New York Review of Books* 30 (25 September). (Ignatieff 2014)

Kant, Immanuel, 'Perpetual Peace' (1795) in Humphrey, Ted (ed.), *Perpetual Peace and Other Essays on Politics, History, and Morals* (Indianapolis, Hackett Publishing Company 1983). (Kant 1983)

Kant, Immanuel, 'Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose' in Reiss, Hans (ed.), *Kant's Political Writings* (2nd ed, Cambridge, CUP 1990). (Kant 1990)

Kelly, Patrick J, 'Customary International Law in Historical Context: The Exercise of Power Without General Acceptance' in Lepard, Brian D (ed.), *Reexamining Customary International Law* (Cambridge, CUP 2017). (Kelly 2017)

Kennedy, David, 'International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion' (1996) 65 *Nord J Int'l L*, pp. 385-420. (Kennedy 1996)

Kennedy, David, 'When Renewal Repeats: Thinking Against the Box' (2000) 32 *NYUJ Int'l Law & Pol*, pp. 335-560. (Kennedy 2000)

Klabbers, Jan, Peters, Anne and Ulfstein, Geir (eds.), *The Constitutionalization of International Law* (Oxford, OUP 2009). (Klabbers, Peters & Ulfstein 2009)

Kleinlein, Thomas, 'Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law' (2012) 81 *Nord J Int'l L*, pp. 79-132. (Kleinlein 2012)



Kleinlein, Thomas, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht: Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre* (Dordrecht, Springer 2012). (Kleinlein 2012 (II))

Koller, David, '... and New York and The Hague and Tokyo and Geneva and Nuremberg and... The Geographies of International Law' (2012) 23 (1) EJIL, pp. 97-119. (Koller 2012)

Koskenniemi, Martti, 'Faith, Identity, and the Killing of the Innocent: International Lawyers and Nuclear Weapons' (1997) 10 (1) LJIL, pp. 137-162. (Koskenniemi 1997)

Koskenniemi, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (Cambridge, CUP 2002). (Koskenniemi 2002)

Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge, CUP 2005). (Koskenniemi 2005)

Linderfalk, Ulf, *On the Interpretation of Treaties* (Dordrecht, Springer 2010). (Linderfalk 2010)

Marks, Susan, 'The End of History? Reflections on Some International Legal Theses' (1997) 3 EJIL, pp. 449-477. (Marks 1997)

McLachlan, Campbell, 'The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention' (2005) 54 (2) ICLQ, pp. 279-319. (McLachlan 2005)

Merkorious, Panos, *Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration (Queen Mary Studies in International Law)* (Leiden, Brill/Nijhoff 2015). (Merkorious 2015)

Miller, Russell A and Bratspies, Rebecca M (eds.), *Progress in International Law* (Leiden, Martinus Nijhoff 2008). (Miller & Bratspies 2008)

Moral, Ignacio Rasilla, 'The Unsolved Riddle of International Constitutionalism' (2010) 12 (1) Int'l CL Rev, pp. 81-110. (Moral 2010)

Moravscik, Andrew, 'Taking Preferences Seriously: A Liberal Theory of International Politics' (1997) 51 (4) Int'l Org, pp. 513-553. (Moravscik 1997)

Moravscik, Andrew, 'The New Liberalism' in Goodin, Robert E (ed.), *The Oxford Handbook of Political Science* (Oxford, OUP 2011). (Moravscik 2011)

Nye, Joseph S, 'Neorealism and Neoliberalism' (1988) 40 (2) World Politics, pp. 235-251. (Nye 1988)

O'Donoghue, Aoife, 'International Constitutionalism and the State' (2013) 11 (4) ICON, pp. 1021-1045. (O'Donoghue 2013)

O'Donoghue, Aoife, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation* (Cambridge, CUP 2014). (O'Donoghue 2014)

Pellet, Alain, 'Article 38' in Zimmermann, Andreas, Tomushat, Christian and Oellers-Frahm, Karin (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Oxford, OUP 2006). (Pellet 2006)

Peters, Anne, 'The Merits of Global Constitutionalism' (2009) 16 (2) Ind J Global LS, pp. 397-411. (Peters 2009)

Powell, Robert, 'Anarchy in International Relations Theory: The Neorealist-Neoliberal Debate' (1994) 48 (2) Int'l Org, pp. 313-344. (Powell 1994)

Purvis, Nigel, 'Critical Legal Studies in Public International Law' (1991) 32 (1) Harv Int'l, pp. LJ 81-127. (Purvis 1991)

Rech, Walter, 'International Law, Empire, and the Relative Indeterminacy of Narrative' in Koskenniemi Martti, Rech, Walter and Fonseca, Manuel J (eds.), *International Law and Empire: Historical Explorations* (Oxford, OUP 2017). (Rech 2017)

Reinicke, Wolfgang H and Witte, Jan Martin, 'Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords' in Shelton, Dinah (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System* (New York, OUP 2000). (Reinicke & Witte 2000)

Roberts, Anthea Elizabeth, 'Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation' (2002) 95 (4) AJIL, pp. 756-791. (Roberts 2002)

Rotenstreich, Nathan, 'The Idea of Progress and Its Assumptions' (1971) 10 (2) History and Theory, pp. 197-221. (Rotenstreich 1971)

Russett, Bruce, *Grasping the Democratic Peace: Principles for a Post-Cold War World* (Princeton, Princeton UP 1993). (Russett 1993)

Sands, Philippe, 'Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law' (1998) 1 (1) Yale HR & Dev LJ, pp. 85-105. (Sands 1998)

Schwöbel, Christine E, 'Situating the Debate on Global Constitutionalism' (2010) 8 (3) IJCL, pp. 611-635. (Schwöbel 2010)

Schwöbel, Christine E, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective* (Leiden, Martinus Nijhoff 2011). (Schwöbel 2011)

Shanin, Teodor, 'The Idea of Progress' in Ranhema, Majid and Bawtree, Victoria (eds.), *The Post-Development Reader* (Chicago, The University of Chicago Press 1997). (Shanin 1997)

Shelton, Dinah, *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System* (New York, OUP 2000). (Shelton 2000)

Shelton, Dinah, 'International Law and "Relative Normativity"' in Evans, Malcolm (ed.), *International Law* (Oxford, OUP 2010). (Shelton 2010)

Simma, Bruno and Paulus, Andreas L, 'The "International Community": Facing the Challenge of Globalization' (1998) 9 EJIL, pp. 266-277. (Simma & Paulus 1998)

Simpson, Gerry, 'Two Liberalisms' (2001) 12 (3) EJIL, pp. 537-571. (Simpson 2001)

Simpson, Gerry, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order* (Cambridge, CUP 2004). (Simpson 2004)

Skouteris, Thomas, *The Notion of Progress in International Law Discourse* (The Hague, TMC Asser Press 2010). (Skouteris 2010)

Slaughter, Anne-Marie, 'Law Among Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine' (1992) 92 Colum L Rev, pp. 1907-1996. (Slaughter 1992)

Slaughter, Anne-Marie, 'International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda' (1993) 87 AJIL, pp. 205-239. (Slaughter 1993)

Slaughter, Anne-Marie, 'International Law in a World of Liberal States' (1995) 6 EJIL, pp. 503-538. (Slaughter 1995)

Slaughter, Anne-Marie, 'A Liberal Theory of International Law' (2000) 94 ASIL Proceedings, pp. 240-253. (Slaughter 2000)

Sorensen, Georg, 'Liberalism of Restraint and Liberalism of Imposition: Liberal Values and World Order in the New Millennium' (2006) 20 (3) Int'l Rel, pp. 251-272. (Sorensen 2006)

Steiger, H, 'From the International Law of Christianity to the International Law of the Modern Citizen – Reflections on the Formation of Epochs of the History of International Law' (2001) 3 J Hist Int'l L, pp. 180-193. (Steiger 2001)

Tomuschat, C, 'International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century' (1999) 281 Recueil des Cours, pp. 9-438. (Tomuschat 1999)

Villalpando, Santiago, 'The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law' (2010) 21 (2) EJIL, pp. 387-419. (Villalpando 2010)

Weller, Marc, 'The Struggle for an International Constitutional Order' in David Armstrong et al (ed.), *Routledge Handbook of International Law* (Abingdon, Routledge 2009). (Weller 2009)

Zacher, Mark W and Matthew, Richard A, 'Liberal International Theory: Common Threads, Divergent Strands' in Kegley, Charles W (ed.), *Controversies in International Politics: Realism and the Neoliberal Challenge* (New York, St Martin's Press 1995). (Zacher & Matthew 1995)

## International Treaties

Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 33 (VCLT).

## Case Law

*Al-Adsani v United Kingdom* (GC) ECHR 2001-XI 761.

Case C-63/09 *Axel Walz v Clickair SA* [2010] ECR I-04239.

*Demir and Baykara v Turkey* App no 34503/97 (ECtHR (GC) 12 November 2008).

*Loizidou v Turkey* ECHR 1996-VI 2231.

*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)* (Merits) [1986] ICJ Rep 14.

*Nuclear Tests Case (Australia & New Zealand v France)* (Merits) [1974] ICJ Rep 457.

*Oil Platforms Case (Islamic Republic of Iran v United States of America)* (Merits) [2003] ICJ Rep 161.

*Saadi v United Kingdom* App no 13229/03 (ECtHR (GC) 29 January 2008).

*Vargas-Areco v Paraguay Case* (IACtHR, 26 September 2006) Series C no 155.

## Additional Documents

ILC, 'Report of the International Law Commission on the Work of its 58th Session' (1 May - 9 June and 3 July - 11 August 2006) UN Doc A/61/10.

ILC, 'Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law' (29 July 2005) UN Doc A/CN.4/L.676.

WTO, *European Communities: Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products – Reports of the Panel* (29 September 2006) WT/DS291/R, WT/DS292/R and WT/DS293/R.

## Internet Resources

IFox, Gregory, 'A Comment on Russell Buchan's "International Law and the Construction of the Liberal Peace"' *EJIL: Talk!* (18 November 2014) <<https://www.ejiltalk.org/a-comment-on-russell-buchans-international-law-and-the-construction-of-the-liberal-peace/>> accessed 28.3.2017.

Moravcsik, Andrew, 'Liberalism and International Relations Theory' (1992) Center for International Affairs, Harvard University, Working Paper No 92-6 <[https://www.princeton.edu/~amoravcs/library/liberalism\\_working.pdf](https://www.princeton.edu/~amoravcs/library/liberalism_working.pdf)> accessed 4.7.2016.

Roth, Brad, 'International Law's Enemy Within: Buchan's "International Community" as Rival to the Positive Legal Order' *EJIL: Talk!* (17 November 2014) <<https://www.ejiltalk.org/international-laws-enemy-within-buchans-international-community-as-rival-to-the-positive-legal-order/>> accessed 28.3.2017.

# BRINGING CLARITY TO THE PURELY INTERNAL SITUATIONS RULE?

## CASE COMMENTARY ON THE JUDGMENT C-268/15 ULLENS DE SCHOOTEN

Helinä Pohto<sup>1</sup>

Helsinki Law Review, 1/2018, pp. 36–49.

© 2018 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

### Keywords:

European Union law, internal market, freedom of establishment, purely internal situations

### ABSTRACT

This case commentary examines the judgment of the Court of Justice of the European Union in the case C-268/15 *Ullens de Schooten* and its effect on the case law regarding the purely internal situation, i.e. a situation in which there is no interstate element. The purely internal situations rule requires a case to have an interstate element in order for the free movement provisions to apply. Developed by the Court in attempt to determine the proper scope of the internal market provisions and protection of the autonomy of the Member States, its application has proved difficult and received considerable criticism. *Ullens de Schooten* is a response to these issues, confirming the conditions under which the free movement provisions may be applied regardless of the circumstances being purely internal. Although the judgment is a step in the right direction, the Court does not fully use the opportunity to explain its reasoning and clarify the doctrine.

## TABLE OF CONTENTS

1. Introduction
  2. Background and Main Issues
  3. Freedom of Establishment and the Evolution of the Purely Internal Situations Rule
  4. The Purely Internal Situations Rule in *Ullens de Schooten*
  5. Opinion of the Advocate General
  6. Criticism Toward the Application of the Purely Internal Situations Rule
  7. Conclusions: Bringing Clarity to the Case Law?
- References

---

<sup>1</sup> The author is an LL.M. student at the University of Helsinki. This article is based on a case analysis written for a course in EU internal market law.

## I. INTRODUCTION

Since its inception, one of the EU's main goals has been to promote economic growth and trade between its Member States by creating a single market. Restrictions on trade and free competition between Member States have gradually been eliminated, and the Court of Justice of the European Union (CJEU, the Court) has played a central role in defining the meaning and scope of the union's free movement rules. *Ullens de Schooten*<sup>2</sup> adds to the case law on Article 49 TFEU prohibiting restrictions to the freedom of establishment in another Member State.

The CJEU has actively protected and promoted the freedom of establishment, recognizing that the concept of establishment itself is very broad.<sup>3</sup> The case law regarding the market freedoms can be divided into three elements which are required for the provisions on the market freedoms to apply: the existence of a cross-border element, the economic aim of exercising a free movement right, and the existence of a specific hindrance to the pursuit of such economic activity.<sup>4</sup>

However, the Court has gradually broadened the scope of situations to which the free movement provisions apply, and in some circumstances the cross-border element is no longer required. *Ullens de Schooten* continues the line of case law of the CJEU on the applicability of the free movement provisions to the so-called purely internal situation, i.e. a situation in which there is no interstate element.<sup>5</sup> This commentary examines the CJEU's application of the purely internal situations rule in *Ullens de Schooten* and the decision's effect on the established doctrine and the role of the CJEU in internal affairs of the Member States.

In order to gain a better understanding of the case, the first section briefly describes the events leading to the preliminary reference. The second section discusses the freedom of establishment and the Court's approach to determining whether a situation is purely internal to a Member State. The article then proceeds to examine the case at hand, taking into consideration the Opinion of the Advocate General and the criticism toward the internal situations doctrine. It concludes with an assessment of the decision's impact on the established doctrine.

---

2 Judgment of 15 November 2016, *Ullens de Schooten* C-268/15, EU:C:2016:874.

3 Judgment of 30 November 1995, *Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* C-55/94, EU:C:1995:411, para 25.

4 Caro de Sousa 2011, p. 154. The early case law regarding national regulations that hinder the freedom of establishment concerned in particular the adequate qualifications for pursuing a profession, see e.g. judgment of 28 April 1977, *Thieffry* C-71/76, EU:C:1977:65 and judgment of 7 May 1991, *Vlassopoulou* C-340/89, EU:C:1991:193.

5 Barnard – Peers 2014, p. 365.

## 2. BACKGROUND AND MAIN ISSUES

Fernand Ullens de Schooten, a Belgian national, operated a clinical biology laboratory in Belgium. Under Belgian legislation, such laboratories must be operated by persons authorized to provide clinical biology services, in other words doctors, pharmacists or chemical science graduates, in order to receive reimbursement under the Belgian social security system. Ullens de Schooten considered this to be a restriction on the freedom of establishment, constituting a breach of Article 52 of the EC Treaty (later Article 43 EC and now Article 49 TFEU). Therefore, he filed a complaint to the European Commission.

Following the complaint, the Commission brought an action before the CJEU in February 1987 seeking a declaration that Belgium had failed to fulfill its obligation under Article 52 of the EC Treaty. The Court dismissed the action, concluding that the national legislation applied without distinction to Belgian nationals and those of other Member States, and that its provisions and objectives did not permit the conclusion that it had been adopted for discriminatory purposes or that it produced discriminatory effects.<sup>6</sup>

In 1989, the laboratory operated by Ullens de Schooten was subjected to a criminal investigation based on suspicion of tax evasion. Ullens de Schooten himself was prosecuted for concealment of operating the laboratory contrary to the required qualifications set in the national law, and was convicted in 1998 by a judgment of the Court of First Instance in Brussels. This was followed by a lengthy appeal process in which Ullens de Schooten again argued that the national provision on qualifications for laboratory operators was not compatible with EU law.

When this argument was dismissed, Ullens de Schooten brought proceedings against the Belgian State, seeking indemnity for the financial consequences of the orders made against him in the previous judgments. Finally, in 2015, the Brussels Court of Appeal decided to make a preliminary reference to the CJEU. The Court of Appeal sought essentially to know whether the non-contractual liability of the State for damage allegedly caused to individuals as a result of a breach of EU law may be pleaded in a case which is confined within a single Member State.

The preliminary reference contained four questions of which the second was the only one answered by the CJEU. As the applicant sought damages on the grounds that the State had breached the provision on freedom of establishment and therefore wrongly convicted him, the CJEU assessed by using the purely internal situations rule whether EU law was applicable, i.e. whether the claims of the applicant had an interstate element. Since the Court found no such element, it followed the purely internal rule and did not apply EU law.<sup>7</sup>

---

6 Judgment of 12 February 1987, *Commission v Belgium* C-221/85, EU:C:1987:81, para 11.

7 The three additional questions were conditional to the applicability of union law in a purely internal situation. For the complete questions, see *Ullens de Schooten*, para 37.

### 3. FREEDOM OF ESTABLISHMENT AND THE EVOLUTION OF THE PURELY INTERNAL SITUATIONS RULE

Article 49 TFEU, on which Ullens de Schooten based his claims, prohibits restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State. Freedom of establishment includes the right to take up and pursue activities as self-employed persons and to set up and manage undertakings under the conditions laid down for the State's own nationals by the law of the country where such establishment is effected. The wording of the Article implies that the provision cannot be invoked by nationals against their own Member State since reference is made to the nationals of a Member State in *another* Member State.<sup>8</sup> The cross-border element is also included in the wording of the provisions on the other fundamental freedoms, leaving it to the Member States to decide how they wish to regulate their internal matters.

The Treaties endeavor to divide competences between the EU and the Member States and to protect the States' autonomy from the Union's regulatory overreach. However, a definite line between national and supranational levels of governance has not been drawn in the Treaties, leaving the issue of defining the boundaries of the scope of each level of governance to the CJEU.<sup>9</sup> The purely internal situations rule has been developed by the Court in an attempt to determine the proper scope of the internal market provisions and to strike a balance between the unity and effectiveness of the internal market and the autonomy of the Member States.<sup>10</sup> Through a line of cases applying the internal situations rule, the Court has outlined the boundaries regarding the scope of the fundamental freedoms. This rule was the deciding factor also in *Ullens de Schooten*.

The purely internal situations rule was first enunciated by the CJEU in *Knoors*<sup>11</sup>, a case of a Dutch national seeking to rely, against his Member State of origin, on an EU Directive regulating self-employed activities. The principle was then applied in *Saunders*<sup>12</sup>, a case concerning the free movement of workers. In the judgment, the Court held that Article 39 EC (Article 45 TFEU) was inapplicable since the Treaty provisions on freedom of movement for workers could not be applied to "situations which are wholly internal to a Member State, in other words, where there is no factor connecting them to any of the situations envisaged by Community law".<sup>13</sup>

---

8 Craig – de Búrca 2011, p. 771, emphasis added.

9 Tryfonidou 2009a, p. 198.

10 Mataija 2009, p. 35.

11 Judgment of 7 February 1979, *Knoors* C-115/78, EU:C:1979:31, para 24.

12 Judgment of 28 March 1979, *R v Saunders* C-175/78, EU:C:1979:88.

13 *ibid* para 11.

The basic idea of the rule is relatively simple. If a dispute does not involve the cross-border exercise of market freedoms, it is held to be an internal situation to which EU law does not apply.<sup>14</sup> The Court has subsequently applied the same principle in cases regarding the other fundamental freedoms. It has thus established the purely internal situations doctrine as a general guideline for defining the limits of applying the provisions on the market freedoms.<sup>15</sup>

Since *Saunders*, however, the Court has moved away from the original, rather straightforward approach. In *Pistre*<sup>16</sup>, the Court modified its approach to the purely internal rule when it did not dismiss the case as soon as it discovered that the specific facts were confined within a single Member State. The facts of the case did not involve goods that had moved between Member States. On the contrary, the preliminary question concerned French legislation allowing the description "mountain" to be used only in relation to French products after authorization by the French authorities. The Court held that in such a situation, a national measure facilitated the marketing of domestic goods to the detriment of imported goods. This resulted in a difference of treatment between the two categories and thus potentially hindered trade in the internal market.<sup>17</sup>

Under this new approach, the deciding factor in assessing the applicability of the Treaty provisions became the question of whether the contested national measure was potentially capable of affecting trade between Member States.<sup>18</sup> During the decades of its application, the Court has made several other additions to the internal situations rule and also received criticism for these decisions. In *Ullens de Schooten*, the Court apparently saw an opportunity to clarify its current stance as it took time to go over these developments in its judgment.

### 4. THE PURELY INTERNAL SITUATIONS RULE IN ULLENS DE SCHOOTEN

In *Ullens de Schooten*, the Court considered the evolution of the purely internal rule that had taken place since the early cases. Based on its case law, the Court categorized four different scenarios in which the provisions on fundamental freedoms had been applied even when there had been no transnational elements to be found in the case at hand.<sup>19</sup>

---

14 Mataija 2009, p. 34.

15 For some of the early cases, see for example for goods, judgment of 19 March 1992, *Morais* C-60/91, EU:C:1992:140; for services, judgment of 8 December 1987, *Gauchard* C-20/87, EU:C:1987:532; and for establishment, judgment of 26 February 1991, *Tourist Guides Greece* C-198/89, EU:C:1991:79.

16 Judgment of 7 May 1997, *Pistre* C-321/94, C-322/94, C-323/94 and C-324/94, EU:C:1997:229.

17 *ibid* para 45. This new approach was confirmed in judgment of 13 March 2001, *PreussenElektra* C-379/98, EU:C:2001:160.

18 Tryfonidou 2009a, p. 210.

19 *Ullens de Schooten*, paras 50–53.

In the first scenario cited in the judgment, the Court has applied EU legislation when it has not been inconceivable that nationals in other Member States had been or were interested in making use of the fundamental freedoms for carrying on activities in the Member State that had enacted the national legislation in question.<sup>20</sup> The reasoning behind the exception is that the national law is in these circumstances capable of producing effects which are not confined to one Member State.

Secondly, the Court has given an answer to a preliminary reference despite the internal situations rule when the request has been made in proceedings for the annulment of national provisions which apply to both the State's own nationals and those of other Member States. The decision of the referring court would in this situation affect the nationals of other Member States, which justifies the CJEU giving an answer to the preliminary reference. The Court has followed this reasoning in *Libert and Others*<sup>21</sup>.

Thirdly, the Court has held in *Dzodzi*<sup>22</sup> that EU law is applicable and the Court may answer preliminary questions in internal situations if the relevant national legislation refers to EU law e.g. by stating that it is implementing an EU directive.<sup>23</sup> Finally, the fourth internal situation in which the free movement rules are applicable, was established in *Guimont*<sup>24</sup>. The Court held that when national law requires the referring court to grant the same rights to a national of its own Member State as those which a national of another Member State in the same situation would derive from EU law, the free movement provisions may be relevant even in a purely internal situation.<sup>25</sup> This acknowledged the problem of reverse discrimination that will be discussed below.

In *Ullens de Schooten*, it was indisputable that the applicant in the main proceedings was a Belgian citizen contesting the sanctions imposed by the Belgian State for breaching Belgian law, thus constituting a purely internal situation. Therefore, the Court had to consider whether any of the above exceptions to the purely internal rule could be applied. However, without assessing the facts of the case any further the Court stated:

*"[T]he Court, on a question being referred by a national court in connection with a situation confined in all respects within a single Member State, cannot, where the referring court does not indicate something other than that the national legislation in question applies without distinction to nationals of the Member State concerned and those of other Member States, consider that the request for a preliminary ruling on the interpretation of the provisions of the*

*TFEU Treaty on the fundamental freedoms is necessary to enable that court to give judgment in the case pending before it. The specific factors that allow a link to be established between the subject or circumstances of a dispute, confined in all respects within a single Member State, and Article 49, 56 or 63 TFEU must be apparent from the order for reference."*<sup>26</sup>

Even though the Court confirms the possibility of giving a preliminary ruling in a purely internal situation, it also sets a requirement for the referring court to establish the link between the facts of the case and the Treaty provisions on the fundamental freedoms. The Court also refers to Article 94 of the Rules of Procedure of the Court which lists the information that must be included in an order for reference pursuant to Article 267 TFEU. This very specific reference seems to emphasize that the Court is willing to apply the exceptions to the purely internal situations rule but only if the referring court has indicated in the preliminary reference that the case at hand falls under one of the above exceptions.<sup>27</sup>

If in the future a referring court overlooks this prerequisite, the Court will likely repeat what it did in *Ullens de Schooten* and declare that in the absence of an interstate element EU law cannot be applied. In other words, the Court will not apply the exceptions to the purely internal situations rule unless the referring court makes an effort to explain why EU law should be applied. It is left unspecified how explicitly the connection should be made, but the requirement that it must be "apparent" and the reference to Article 94 of the Rules of Procedure seem to suggest that it should be clearly included in the statement of reasons which prompted the preliminary reference (Article 49(c) of the Rules of Procedure).

Before evaluating the judgment in a broader context, it is important to note that Advocate General Yves Bot had a different take on the applicability of the purely internal situations rule.<sup>28</sup> Unlike the Court, he would have applied Union law despite the facts being confined to one State. His reasoning is briefly examined in the following.

## 5. OPINION OF THE ADVOCATE GENERAL

In his Opinion, Advocate General Bot acknowledged the Court's previous case law on purely internal situations but reached a different conclusion than the Court. He stated that in the circumstances of the case, it would be neither appropriate nor suitable to strictly apply the purely internal situations rule as it would prevent the applicant in the main proceedings from resorting to EU law when seeking compensation from the Belgian State.<sup>29</sup> His reasoning is twofold.

---

20 Here the Court referred to inter alia judgment of 1 June 2010, *Blanco Pérez and Chao Gómez* C-570/07, EU:C:2010:300.

21 Judgment of 8 May 2013, *Libert and Others* C-197/11 and C-203/11, EU:C:2013:288

22 Judgment of 18 October 1990, *Dzodzi v Belgian State* C-297/88 and C-197/89, EU:C:1990:360.

23 *ibid* paras 36, 37 and 40.

24 Judgment of 5 December 2000, *Guimont* C-448/98, EU:C:2000:663.

25 *ibid* para 23.

---

26 *Ullens de Schooten*, para 54.

27 *Sarmiento* 2016.

28 *Ullens de Schooten*, Opinion of AG Bot.

29 Opinion of AG Bot, para 48. Even though the Advocate General deemed EU law applicable, he concluded that the national measure was not in breach of the free movement provisions. The objective of protecting public health was a justifiable reason for the restriction. See paras 93–113.

First, he was of the opinion that it would be paradoxical if the applicant could not rely on the argument that a national provision was in breach of EU law in support of his action that was based on the allegation that Belgium had breached EU law.<sup>30</sup> Secondly, the Advocate General argued that the national provision setting professional requirements for laboratories to receive social security payments had cross-border effects as it may discourage nationals of other Member States from establishing a business in Belgium.<sup>31</sup> He refers to previous cases on freedom of establishment, such as *Blanco Pérez and Chao Gómez* and *Venturini*<sup>32</sup>, in which the Court has applied EU law in an internal situation since the national legislation could have effects outside the State in question. The deciding factor leading to the Court's different conclusion in *Ullens de Schooten* seems to have been that since the referring court did not explain the relevance of the Treaty rules in the internal situation, the case was deemed hypothetical.<sup>33</sup>

The Advocate General's arguments and the differing conclusions reached by him and the Court draw attention to the difficulties related to the application of the purely internal situations rule. The following section examines the critique that the Court has received for its rulings and how it responds to it in *Ullens de Schooten*.

## 6. CRITICISM TOWARD THE APPLICATION OF THE PURELY INTERNAL SITUATIONS RULE

Over the course of its application, the purely internal situations rule has received a fair amount of criticism for various reasons of which a few will be discussed here to illustrate the Court's need to make clarifications in *Ullens de Schooten*. First, the strict requirement of interstate movement as a prerequisite for applying the free movement provisions may not always reflect the economic realities of the case. The rule's ability to distinguish between cases where there is an adverse effect on trade which EU law should prohibit and cases where there is no need for such measures has been questioned.<sup>34</sup> Even if the facts of the case are confined in one

Member State, the national measures subject to the preliminary reference may in reality impede the functioning of the internal market.<sup>35</sup> To address these issues, the Court has gradually adopted a more refined approach to the purely internal rule by considering, inter alia, whether the contested measure is capable of having effects on interstate trade or if the national measure in question has a connection to EU law.

Although these developments can be seen as improvements to the sometimes overly simplified rule, the new criteria make it more complicated to assess the applicability of the EU provisions, and the inconsistencies in case law have persisted. Part of the problem is that the function of the purely internal situations rule has been to act as a gatekeeper to the preliminary reference mechanism since the Court will not pursue an assessment in cases confined to one State. However, as the Court has increased the number of situations which are held to have a potential cross-border element, the line between internal and cross-border situations has become increasingly blurred.<sup>36</sup>

The situation has not been improved by the inconsistencies in determining how strong the link to interstate movement should be.<sup>37</sup> As a result, the rule is neither effectively promoting a functional internal market nor clearly distinguishing an internal sphere that Member States could regulate independently. A perceived lack of coherence can, however, be better understood by viewing the Court's judgments in the context of the evolving objectives of the EU. As the EU's goals have expanded from purely economic issues to other fields such as social rights and rights of citizens, so has the scope of application of EU law as defined by the Court.<sup>38</sup>

The other main problem is reverse discrimination, a harmful side effect of the purely internal rule. Since EU legislation may not be evoked in situations confined within a single Member State, nationals cannot rely on the free movement provisions against their own State if the case does not have a transnational element. Nationals of another Member State may therefore enjoy more favorable treatment in the host state since they get the benefits of EU law in addition to national legislation.<sup>39</sup> As happened in *Ullens de Schooten*, if the Court does not find any connection with another state, it considers the case to be a purely internal situation for which no European remedies are available.<sup>40</sup> The different treatment based on whether there is a cross-border element or not has led to the somewhat confusing result that the same national

---

30 *ibid* para 52.

31 *ibid* para 90–91 in which the Advocate General refers to judgment of 19 May 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes and Others* C-171/07 and C-172/07, EU:C:2009:316, para 23. The Advocate General has only assessed the case based on Article 49 TFEU since Articles 56 and 63 TFEU were, in his opinion, invoked merely formally (para 38). It could be asked whether he had come to the same conclusions had the preliminary reference relied primarily on Article 56 since its wording does not require the service provider to be located in a Member State other than his or her nationality. Article 56 TFEU only requires the service provider and the recipient to be established in different Member States. The Court does not differentiate between the three Articles in its assessment, only stating that there is no link between the subject or circumstances of the dispute in the main proceedings and those provisions.

32 Judgment of 5 December 2013, *Venturini* C-159/12 to C-161/12, EU:C:2013:791.

33 The importance of the detailed explanations provided by the referring court in internal situations was also emphasized by Advocate General Wahl in his Opinion on the abovementioned *Venturini* case, see *Venturini*, Opinion of AG Wahl, para 38.

34 Mataija 2009, p. 43.

---

35 Tryfonidou 2009a, p. 201.

36 Caro de Sousa 2011, p. 161–162.

37 See for example judgment of 11 July 2002, *Carpenter* C-60/00, EU:C:2002:434, in which the deportation of the spouse of a Member State national was held by the Court to impede said national's right to provide services, thus creating a link to Union law. If this criterion had been followed by the Court in all cases, almost anyone could have fulfilled the requirements and challenged national practices as a matter of Union law.

38 O'Leary, 2009, p. 15–16 and 37.

39 Barnard 2013, p. 236.

40 Poiares Maduro 2000, p. 128.



measure is sometimes legal, sometimes illegal. The potential arbitrariness of attaching so much importance to crossing a national border has been seen incompatible with union citizenship and the requirement of equal treatment.<sup>41</sup>

To some extent, the Court has responded to this issue in *Guimont*, making it possible to give a preliminary ruling in an internal situation if it might be useful to the national court in case that court were to prohibit reverse discrimination.<sup>42</sup> The Court's reasoning implies that it is willing to give a preliminary ruling without assessing too closely the actual relevance of the question.<sup>43</sup> It has received criticism for this approach since the stricter traditional doctrine has better supported the Member States' autonomy in internal matters.<sup>44</sup> At the same time, however, it has been argued that the Court should no longer leave the task of solving the problem of reverse discrimination to the Member States.<sup>45</sup> The divided opinions on how to deal with this problem demonstrate the difficulty of finding balance between an efficient internal market and preserving the allocation of competences between the EU and the Member States.

## 7. CONCLUSIONS: BRINGING CLARITY TO THE CASE LAW?

The challenges described above and the Court's attempts at overcoming them have contributed to the formation of an area of case law described as "traditionally chaotic and obscure".<sup>46</sup> It seems from the judgment in *Ullens de Schooten* that the Court has seen this case as an opportunity to bring order and clarity to its previous case law on the purely internal rule and to explicitly confirm the conditions under which an exception can be made to the traditional requirement of a cross-border element.

The effect of this case on the internal situations doctrine is not dramatic. The judgment does not in itself change the Court's approach to the purely internal situations. What it does, however, is bring together and summarize the different situations in which an exception to the main rule can be made. It clarifies to the national courts how the purely internal situations doctrine should be applied and what is expected of the national courts in this regard. Its nature as an assertion of general guidelines is further emphasized by the fact that the case was heard by the Grand Chamber instead of a Chamber of three or five judges.

The effect of this case on the internal situations doctrine is not dramatic. The judgment does not in itself change the Court's approach to the purely internal situations. What it does, however, is bring together and summarize the different situations in which an exception to the main rule can be made. It clarifies to the national courts how the purely internal situations doctrine should be applied and what is expected of the national courts in this regard. Its nature as an assertion of general guidelines is further emphasized by the fact that the case was heard by the Grand Chamber instead of a Chamber of three or five judges.

As the exceptions to the requirement of an interstate element operate in the sensitive area of division of competences, the decision can also be perceived as a deliberate demonstration of the Court's efforts to respect the Member States' autonomy in their internal affairs. The judgment can be seen as an indication that the traditional approach to purely internal situations is still in use and the Court does not intend to broaden the scope of exceptions to it or base its judgments on hypothetical scenarios. Even so, the main problems regarding the internal situations rule remain largely unsolved.

It is notable that the Court decided to strictly apply the internal situations rule contrary to the Opinion of the Advocate General. The Advocate General's assessment was that the facts constituted one of the exceptions to the purely internal rule, but the judgment does not reveal why the Court took the opposite view. It is only stated that the Treaty provisions are intended to "protect persons making actual use of the fundamental freedoms".<sup>47</sup> It is not clarified whether the deciding factor in the judgment was the referring court's failure to explain why any of the exceptions should apply, or that none of the exceptions would have applied in the first place. It would have better served the Court's purpose of clarifying the doctrine if it had given reasons for rejecting the Advocate General's arguments.

Although the standards for applying the internal situations doctrine have now been defined, *Ullens de Schooten* does not solve the complicated issue of applying them. Nevertheless, the case offers a more coherent view of the doctrine and is a step in the right direction in clarifying the internal market legislation.

---

41 For criticism of the Court's case law, see judgment of 1 April 2008, *Gouvernement de la Communauté française and Gouvernement wallon* C-212/06, EU:C:2008:178, Opinion of AG Sharpston paras 133–157.

42 *Guimont*, para 23.

43 Ritter 2006, p. 701.

44 *ibid* p. 702; Caro de Sousa 2011, p. 163. On the other hand, the Court's approach in *Guimont* has also received approval, see Tryfonidou 2009a, p. 215

45 Tryfonidou 2009b, p. 29.

46 Sarmiento 2016.

---

47 *Ullens de Schooten*, para 57.

## REFERENCES

### Bibliography

Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. 4th edn. Oxford, Oxford University Press 2013. (Barnard 2013)

Barnard, Catherine and Peers, Steve (eds.), *European Union Law*. Oxford, Oxford University Press 2014. (Barnard – Peers 2014)

Caro de Sousa, Pedro, *Catch Me If You Can? The Market Freedoms' Ever-Expanding Outer Limits*. Vol. 4, No. 2, *European Journal of Legal Studies*, 2011, p. 149–177. (Caro de Sousa 2011)

Craig, Paul and de Búrca, Gráinne, *EU Law: Text, Cases, and Materials*. 5th edn. Oxford: Oxford University Press 2011. (Craig – de Búrca 2011)

Mataija, Mislav, *Internal Situations in Community Law: An Uncertain Safeguard of Competences Within the Internal Market*. Vol. 5, No. 5, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2009, p. 31–63. (Mataija 2009)

O'Leary, Síofra, *The Past, Present and Future of the Purely Internal Rule in EU Law*. Vol. 44, *Irish Jurist*, 2009, p. 13–46. (O'Leary 2009)

Poiars Maduro, Miguel, *The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination*. In Kilpatrick, Claire, Novitz, Tonia and Skidmore, Paul (eds.), *The Future of Remedies in Europe*. Oxford, Hart Publishing 2000, p. 117–140. (Poiars Maduro 2000)

Ritter, Cyril, *Purely Internal Situations, Reverse Discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234*. Vol. 31, No. 5, *European Law Review*, 2006, p. 690–710. (Ritter 2006)

Sarmiento, Daniel, *The Purely Internal Situation in Free Movement Rules – Some Clarity at Last from the ECJ*. *EU Law Analysis*, 16 November 2016. <http://eulawanalysis.blogspot.fi> (Blog archive -> 2016 -> November), accessed 11 April 2017. (Sarmiento 2016)

Tryfonidou, Alina, *The Outer Limits of Article 28 EC: Purely Internal Situations and the Development of the Court's Approach through the Years*. In Barnard, Catherine and Odudu, Okeoghene (eds.), *The Outer Limits of European Union Law*. Portland, OR, Hart Publishing 2009, p. 197–224. (Tryfonidou 2009a)

Tryfonidou, Alina, *Purely Internal Situations and Reverse Discrimination in a Citizens' Europe: Time to "Reverse" Reverse Discrimination?* In Xuereb, Peter (ed.), *Issues in Social Policy: A New Agenda – A Public Dialogue Document*, The Jean Monnet Seminar Series. Valletta, Progress Press 2009, p. 11–29. (Tryfonidou 2009b)

### Case Law

Judgment of 19 May 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes and Others* C-171/07 and C-172/07, EU:C:2009:316

Judgment of 1 June 2010, *Blanco Pérez and Chao Gómez* C-570/07, EU:C:2010:300

Judgment of 12 February 1987, *Commission v Belgium* C-221/85, EU:C:1987:81

Judgment of 5 December 2000, *Guimont* C-448/98, EU:C:2000:663

Judgment of 7 May 1997, *Pistre* C-321/94, C-322/94, C-323/94 and C-324/94, EU:C:1997:229.

Judgment of 8 December 1987, *Gauchard* C-20/87, EU:C:1987:532

Judgment of 30 November 1995, *Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* C-55/94, EU:C:1995:411

Judgment of 1 April 2008, *Gouvernement de la Communauté française and Gouvernement wallon* C-212/06, EU:C:2008:178, and Opinion of AG Sharpston

Judgment of 7 February 1979, *Knoors* C-115/78, EU:C:1979:31

Judgment of 8 May 2013, *Libert and Others* C-197/11 and C-203/11, EU:C:2013:288

Judgment of 11 July 2002, *Carpenter* C-60/00, EU:C:2002:434

Judgment of 18 October 1990, *Dzodzi v Belgian State* C-297/88 and C-197/89, EU:C:1990:360

Judgment of 19 March 1992, *Morais* C-60/91, EU:C:1992:140

Judgment of 28 March 1979, *R v Saunders* C-175/78, EU:C:1979:88

Judgment of 28 April 1977, *Thieffry* C-71/76, EU:C:1977:65

Judgment of 26 February 1991, *Tourist Guides Greece* C-198/89, EU:C:1991:79

Judgment of 15 November 2016, *Ullens de Schooten* C-268/15, EU:C:2016:874, and Opinion of AG Bot

Judgment of 5 December 2013, *Venturini* C-159/12 to C-161/12, EU:C:2013:791, and Opinion of AG Wahl

Judgment of 7 May 1991, *Vlassopoulou* C-340/89, EU:C:1991:193

# MITÄ OIKEUKSIA MUILLA ELÄIMILLÄ ON? ELÄINOIKEUDESTA JA SEN TUTKIMUKSESTA

Visa Kurki<sup>1</sup>

Helsinki Law Review, 1/2018, pp. 50–52.

© 2018 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

Oikeustiede on perinteisesti lähinnä keskittynyt yhden eläinlajin asioihin – ihmisen. Poikkeuksiakin kuitenkin löytyy. Jo vuonna 1876 oikeustieteilijä Wilhelm Lavonius, Helsingin eläintensuojeluyhdistyksen sihteeri, kirjoitti yhdistyksen vuosikertomuksessa seuraavaa:

*”Eläin tuntee olemuksensa, huomaa itsensä ja samassa myös jossakin määrässä häntä ympäröivän maailman; eläimellä on kuvaus-aisti ja ymmärrys. [...] Kullakin eläimellä on oma olentonsa, oma määräyksensä, sen on eläminen ja toteuttaminen aatteensa. Eläintä ei sentähden saa pitää oikeuksien esineenä, vaan päinvastoin oikeus-itselönä, olentona, jolla on oikeuksia. Näistä ansaitsevat varsinkin eläimen oikeudet ihmistä kohtaan huomiota.*

[...]

*Kesyllä, ihmisen palveluksessa olevalla eläimellä on laajemmat oikeudet ihmistä kohtaan kuin kesyttömällä, mutta tälläkin on järkähtämättömät oikeutensa. Eläinkunnalla on oikeus ihmiskunnalta vaatia ei ainoastaan sääliväistä kohtelua, vaan myöskin apua, hoitoa ja jalostamista.”<sup>2</sup>*

Lavonius oli aikansa radikaali, jonka ajatukset eläinten oikeuksista eivät saaneet paljon tulta alleen. Vasta aivan viime aikoina on juridiikan piirissä tullut esiin virtauksia, jotka pyrkivät uudelleenmäärittämään eläinten oikeudellisen aseman. Nykykeskusteluissa ei tosin enää käytetä charmanttia ”oikeusitselö”-termiä, vaan se on korvaantunut ”oikeussubjektilla”.

Esimerkkejä juridisesta ”eläinkäanteestä” ei ole vaikea löytää. Yhdysvalloissa *Nonhuman Rights Project* on nostanut kanteita, joissa on muun muassa vaadittu henkilökohtaista vapautta eli *habeas corpusta* tietyille ihmisapinoille. PETA (*People for the Ethical Treatment of Animals*)

<sup>1</sup> PhD Visa Kurki on tutkija Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa.

<sup>2</sup> Vuosikertomus eläintensuojeluyhdistyksen Helsingissä yleiseen kokoukseen toukok. 27:nä p. v. 1876 yhdistyksen sihteriltä [sic]. Kiitokset Jussi Sallilalle, joka alun perin kertoi minulle Lavoniuksen näkemyksistä.

-eläinoikeusjärjestö taas pani *Tilikum*-tapauksessa liittovaltion tuomioistuimen pohtimaan, kattaako Yhdysvaltain perustuslain sisältämä orjuuden kieltä myös miekkavalaat.<sup>3</sup> Hiljattain PETA oli mukana myös vaatimassa makakille tekijänoikeuksia ottamiinsa selfie-kuviin. Tapaus on saanut paljon julkisuutta, mikä lienee ollut PETA:n tarkoituksenakin. Muuten apinoiden tekijänoikeuksia ei voida pitää kovinkaan kiireisenä eläinoikeuskysymyksenä.

Kanteiden menestys Yhdysvalloissa on ollut maltillista, vaikei olematonta. Sen sijaan Argentiinassa vastaavatyypinen kanne oli hämmästyttävän menestyksellä. Argentiinalainen tuomioistuin nimittäin totesi vuonna 2016 simpanssi Cecilia ei-inhimilliseksi oikeussubjektiksi (*sujeto de derecho no humano*).<sup>4</sup> Cecilia on sittemmin siirretty brasilialaiseen turvapaikkaan.

Perinteistä näkemystä eläimistä ”suojeltuina esineinä” huojutetaan muutenkin kuin oikeusjutuun. Esimerkiksi Saksan siviililakikirja BGB:ssä eläimiä ei enää kutsuta esineiksi vaan eläimiksi – joihin tosin edelleen pitkälti pätevät esineitä koskevat oikeussäännöt. Sveitsissä taas elävien olentojen arvokkuus on hieman yllättäen päätyntä jopa perustuslaintasoisiksi periaatteeksi. Samoin horjuu usein toisteltu näkemys, jonka mukaan eläimillä ei ole oikeuksia, vaikka meillä onkin velvollisuuksia suojella niitä. Esimerkiksi yllä mainituissa *Tilikum*- ja *Cecilia*-ratkaisuissa viitataan eläinten oikeuksiin. Tämä on hyvää kehitystä. Eläinten juridisista oikeuksista voidaan nähdäkseni puhua Suomessakin jo nyt: eläinsuojelulainsäädäntö suojelee eläimiä esimerkiksi fyysiseltä väkivallalta tavalla, jota kutsuisimme ihmisten kohdalla oikeuksiksi.<sup>5</sup>

Suomesta on kuitenkin muuten vaikea löytää yllä mainitun kaltaisia esimerkkejä muutoksesta eläinten asemassa. Esimerkiksi viittaus eläimen itseisarvoon on tulevassa eläinten hyvinvointilaissa jäämässä maininnaksi esitöissä. Esitys on muutenkin siitä tihkuvien tietojen perusteella kunnianhimoton. Tämä on hämmästyttävää ottaen huomioon, että esimerkiksi hiljattaisen eurobarometrin mukaan suomalaisista jopa 90 prosenttia kannattaa tuotantoeläinten nykyistä parempaa suojelua.

Vaikka emme ole lainsäädännön tasolla edistyksellisiä, eläinoikeudesta on muodostumassa Suomessa oma oikeustieteen alansa. Meillä on useita eläinoikeuden alalta väitelleitä tutkijoita, kuten Birgitta Wahlberg ja Tarja Koskela. Voinen laskea itsenikin tähän joukkoon, vaikka väitöskirjani käsittelikin yleisemmin oikeussubjektia ja oikeudellista henkilöä.

<sup>3</sup> *Tilikum et al. v. Sea World Parks & Entertainment Inc.*, 842 F. Supp. 2d 1259 (S.D. Cal. 2012).

<sup>4</sup> *Expte. nro. P-72.254/15 “presentación efectuada por A.F.A.D.A respect del chimpancé ‘Cecilia’ – sujeto no humano”* Mendoza, 03.11.2016. Ratkaisu löytyy osoitteesta <https://www.nonhumanrights.org/content/uploads/Sentencia-de-Habeas-Corpus-de-Cecilia.pdf> ja sen englanninkielinen käännös osoitteesta [https://www.nonhumanrights.org/content/uploads/2016/12/Chimpanzee-Cecilia\\_translation-FINAL-for-website.pdf](https://www.nonhumanrights.org/content/uploads/2016/12/Chimpanzee-Cecilia_translation-FINAL-for-website.pdf)

<sup>5</sup> Ks. aiheesta Visa Kurki, ”Eläinten oikeudet ja oikeussubjektius” teoksessa Mai Kivelä, Veikka Lahtinen ja Laura Uotila (toim.), Uusi eläinlaki, Into 2017, sivut 137–155.

Helsingin yliopistossa eläinoikeudellista väitöskirjaa valmistelee paraikaa Tero Kivinen. Lisäksi eläinoikeuden kursseja järjestetään muun muassa Helsingissä, Itä-Suomen yliopistossa ja Åbo Akademiassa; myös alan maisteritutkielmia on viime vuosina tehty useita.

Itse kiinnostuin alun perin eläinoikeudesta toisaalta eettisistä syistä – varsinkin tuotantoeläinten kohtelu on nähdäkseni aikamme suurin eettinen ongelma – mutta toisaalta myös siksi, ettei alaa ole tutkittu puhki: se tarjoaa mahdollisuuden muuhunkin kuin jo esitettyjen näkemysten hienosäätöön. Tämä on tutkijan näkökulmasta palkitsevaa. Alalla riittää edelleen tutkittavaa, ja eläinoikeuden luonteesta johtuen sitä voi lähestyä hyvin monista näkökulmista – mahdollisia näkökulmia ovat esimerkiksi hallinto-, rikos- ja prosessioikeus sekä oikeusteoria ja empiirinen oikeustutkimus. Eläinoikeutta voi lähestyä jopa perhevarallisuus oikeuden näkökulmasta: tuleeko lemmikkieläintä kohdella osituksessa kuten mitä tahansa irtainta omaisuutta?

Vaikkei eläinoikeudella ole vielä esimerkiksi omaa oppituolia tai yhdistystä, kauas on tultu Lavoniuksen ajoista. Hän totesi, ettei ”valtio ja sen lainsäädäntö” ole ”uudemmassa ajassa voinut karttaa sitä muuttunutta käsitystapaa, joka eläinten suhteen on päässyt vallalle”.<sup>6</sup> Sama koskee – viimeistään 2010-luvulla – kiistatta myös oikeustiedettä.

---

6 Lavonius 1876.

# APPLICABILITY OF ARTICLE 3 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AT THE BORDERS OF EUROPE

Enni Lehto<sup>1</sup>

Helsinki Law Review, 1/2018, pp. 54–77.

© 2018 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

## Keywords:

human rights, prohibition of torture, expulsion, extradition, ECHR, ECtHR

## ABSTRACT

The European Court of Human Rights has consistently held the prohibition of torture and inhuman treatment or punishment as absolute, meaning no derogation or balancing against other interests is allowed. Based on this, the Court has considered the expulsion or extradition of an alien also prohibited under Article 3 when it would result in the individual being ill-treated in the destination country. However, the Court has found an expulsion or extradition to violate Article 3 only rarely. A more detailed analysis of the Court's jurisprudence shows that in practice the prohibition of torture is subject to limitations and different forms of balancing even though it is not stated outright in the judgements. The Court's references to the absolute nature of the prohibition function more as an argumentative tool for an inclusive interpretation of Article 3 than a definitive statement about the non-derogability of the prohibition of torture. However, the obscuration of exactly how the balancing works is problematic. It results in rather inconsistent jurisprudence and allows the Court wide discretion to decide on the applicability of Article 3 on a case by case basis.

## TABLE OF CONTENTS

1.	Introduction
2.	Article 3 of the European Convention on Human Rights
2.1	Non-derogable Right
2.2	Why Does the Court Read Non-Refoulement into the Convention?
3.	The Standard and Burden of Proof
3.1	Specialised Standard of Proof
3.2	Real Risk
3.3	Substantial Grounds
3.4	Burden of Proof
4.	Balancing the Risk of Ill-Treatment against Other Interests
4.1	Threat to National Security – Strasbourg vs. the United Kingdom
4.2	Threat to National Security – Under the Surface
4.3	Economic Interests
5.	Conclusion
	References

---

<sup>1</sup> LL.B. (University of Helsinki). The article is based on the author's Bachelor's thesis.

# I. INTRODUCTION

The prohibition of torture and inhuman or degrading treatment expressed in Article 3 of the European Convention on Human Rights (the Convention, ECHR) is one of the most fundamental human rights norms and the only one that is considered to be absolute.<sup>2</sup> From this absolute character the European Court of Human Rights (the Court) has derived the prohibition on refoulement, which has recently been of increasing importance.<sup>3</sup> The aftermath of the Arab Spring and the subsequent rise of the Islamic State of Iraq and Syria (ISIS) has forced millions of people to flee their homes. Many of them have sought refuge in Europe, which has resulted in the “refugee crisis” and exhausted the resources of national migration institutions. The amplified pressure on the European states to fulfil their obligations under international refugee law and the heightened threat of terrorism have led to a situation where the states’ resources for the examination of asylum applications are stretched at the same time as they have an increased incentive to reject them. This creates a tension between immigration control and the protection of human rights.

The Court has considered the prohibition of refoulement to flow from the absolute nature of the prohibition of torture. In practice, however, the Court has found extradition or expulsion to be in violation of Article 3 only in a handful of cases, even though one would expect, in the light of the supposedly absolute nature of the prohibition, the situation to be the opposite. This disparity between the Court’s rhetoric and its practice raises the question of how absolute the prohibition of torture actually is in the context of non-refoulement?

The purpose of the present article is to explore this question and to discover the reasons behind the contradiction. This is not by any means the first attempt to do so and this paper owes much to the work of authors who have studied the question previously, especially to Hemme Battjes’ article “In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed”. However, in the almost 10 years since the publication of Battjes’ article, writing on the topic has mostly focused on more specialised issues.

An analysis of the jurisprudence of the Court is the natural method to employ for the study of exactly how “absolute” the Court regards Article 3. The aim is to demonstrate how the Court’s rhetoric of “absolute rights” conflicts with the practical application of said rights. In choosing the cases for this article, an effort has been made to discover the judgements which go beyond merely applying the existing doctrine on the applicability of Article 3 in the context of expulsion or extradition.

---

2 See for example Battjes 2009, p. 583.

3 The term ‘prohibition of refoulement’ (or principle of non-refoulement) is borrowed from international refugee law and used here as a shorthand term for ‘the prohibition to expel or extradite an individual to a country where they face a real risk of ill-treatment as defined in Article 3 of the ECHR’.

The article starts with some general considerations. There is first a brief overview of how the proscribed treatment is defined in the practice of the Court, followed by the Court’s rationale for applying Article 3 to extradition and expulsion cases. Chapter 3 focuses on how the standard and burden of proof have the capacity to heavily impair the protection of Article 3. Chapter 4 discusses the possibility of balancing the prohibition of torture against other interests in relation to the absolute nature of the provision. Due to limited space, it has been possible to include only some of the factors that affect the extent of the protection provided by Article 3. Priority has been given to the aspects that are perhaps less obvious but more directly related to the interpretation and application of Article 3. On this basis, most of the more purely procedural aspects have been left out.

For the purpose of this article there is mostly no need to distinguish between torture and other forms of maltreatment proscribed by Article 3.<sup>4</sup> Therefore, “ill-treatment” is used as an umbrella term to refer to the content of Article 3. Similarly, “expulsion” is employed as a general term for the removal of a person from a state’s territory for any reason, be it extradition of a criminal or a suspect, expulsion of a failed asylum seeker or any other person

## 2. ARTICLE 3 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

### 2.1 Non-derogable Right

Article 3 of the European Convention on Human Rights reads: “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”. The single sentence stands out in sharp relief against the other provisions of the Convention, most of which span multiple paragraphs. Article 3 is the only article that does not include any qualifications, exceptions or restrictions, overt or implied, to the rights guaranteed. Since the prohibition is unqualified it must be interpreted, and indeed has been interpreted, as absolute.<sup>5</sup>

Further underlining the fundamental character of the prohibition of torture is the fact that Article 15 of the Convention, which allows for general derogation from the treaty in times of war or public emergency, does not grant the same freedom in regard to Article 3. The European Court of Human Rights has also consistently reaffirmed the absolute nature of the prohibition. In the case of *Ireland v. the United Kingdom* the Court stated that “[t]he Convention prohibits

---

4 The Court does not usually distinguish between them in expulsion and extradition cases. Since the treatment has yet to occur, it would be quite impossible to do so (*Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom*, 10 April 2012, para 170).

5 *Ireland v. The United Kingdom*, 18 January 1978, Separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, para 33.

in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct" and has since reiterated it in almost every judgement.<sup>6</sup>

The absolute wording of the prohibition of torture emphasises its non-derogable nature but does little to define the actual scope of Article 3. What, exactly, is prohibited hinges on how the terms "torture", "inhuman treatment or punishment" and "degrading treatment or punishment" are defined. As no definition is given in the Convention, the task falls to the Court to establish what kind of maltreatment is severe enough to be prohibited by Article 3.

Not all kinds of mistreatment, even if unpleasant or illegal, give rise to an issue under Article 3. The ill-treatment "must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3".<sup>7</sup> The evaluation of this minimum should be based on all the circumstances of the case. As an example of possibly relevant circumstances, the Court mentions the duration of the ill-treatment, its physical or mental effects on the victim as well as the sex, age and health of the victim in some cases. The assessment of the minimum, and therefore the definition of the terms of Article 3, is relative.<sup>8</sup> As these factors are mostly conditions specific to the victim, the qualification of ill-treatment as such depends on the effect it has on the individual subjected to it.<sup>9</sup>

In sum, this means that certain treatment could constitute ill-treatment in some cases while being perfectly justifiable in others.<sup>10</sup> For example, the detention of a small child separated from his or her parents amounts to inhuman treatment while similar circumstances might not do so in the case of an adult.<sup>11</sup> In the light of the supposedly absolute nature of Article 3 this relativity seems paradoxical. It is not, however, the prohibition itself that is relative but rather the definition of the prohibited treatment. The example above does not mean that inflicting inhuman treatment on the adult might be acceptable in some circumstances but that the treatment in question is not inhuman in the case of adults since it will not cause the same level of anguish for them.<sup>12</sup>

This contextual approach adopted by the Court is in accord with the object and purpose of the Convention which requires it to be applied in a way that makes its safeguards practical and effective.<sup>13</sup> The relativism does not undermine the absolute nature of Article 3 – on the contrary, it is an interpretation that can be used to widen the scope of Article 3.<sup>14</sup> Since the definition of ill-treatment depends on the individual features of the person subjected to it, the

---

6 *Ireland v. The United Kingdom*, 18 January 1978, para 163.

7 *ibid.*, para 162.

8 *ibid.*

9 Battjes 2009, p. 613.

10 Ovey – White 2006, p. 76.

11 See *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, 12 October 2006, paras 55, 58.

12 Battjes 2009, p. 613.

13 *Soering v. the United Kingdom*, 07 July 1989, para 87.

14 *Mavronicola – Messineo* 2013, p. 594.

provision is able to better provide individuals the protection they need. If the Court stuck to formalist categorisation instead, classifying different types of treatment as either falling under the prohibition or outside of it, especially the most vulnerable individuals like children might be deprived of effective protection.

The absolute character of Article 3 also means that ill-treatment can never be justified by the object or purpose of the treatment. However, the purpose can have relevance in determining if the treatment amounts to torture or is inhuman or degrading.<sup>15</sup> This is reflected in the Court's case-law concerning legitimate punishments and the treatment associated with them. In the case of *Saadi v. Italy* the Court stated that the suffering or humiliation must go beyond of what is inevitable considering the form of the legitimate treatment or punishment in question for it to constitute ill-treatment prohibited by Article 3.<sup>16</sup> It is only logical that the relativist interpretation is applied to punishments as well. The same way the definition of ill-treatment is dependent on the individual traits of the person involved, in defining inhuman or degrading punishment the nature and context of the punishment together with the manner and method of its execution are taken into account.<sup>17</sup>

## 2.2 Why Does the Court Read Non-Refoulement into the Convention?

The first article of the European Convention on Human Rights reads: "The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention". It imposes a double obligation on the states to both not infringe the protected rights and to ensure that within their jurisdiction the rights are guaranteed to everyone regardless of nationality.<sup>18</sup> However, there is no right to asylum under the European Convention on Human Rights, nor does it include a prohibition of refoulement. The only restrictions to expulsions in the Convention can be found in Article 3(1) and Article 4 of the Protocol No. 4 to the ECHR, which prohibit the expulsion of a state's own nationals and the collective expulsion of aliens, respectively.

This raises the question of why the European Court of Human Rights applies the Convention to expulsion or extradition cases in the first place. After all, it is inherent in those cases that the alleged violations occur outside of the jurisdictions of the contracting parties. Naturally the Convention cannot impose obligations on states not parties to it, a matter the Court is well aware of.<sup>19</sup> This means that for the Court to find a violation of the Convention, the

---

15 *Ireland v. The United Kingdom*, 18 January 1978, Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, para 19.

16 *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, para 135

17 *Tyrer v. The United Kingdom*, 25 April 1978, para 30

18 Ovey – White 2006, p. 20.

19 *Soering v. the United Kingdom*, 07 July 1989, paras 86, 91.

violation must be imputable to a signatory state of the Convention. This in turn leads to the question of why they should be held responsible for treatment occurring under the jurisdiction of another state.

The first case where the Court found that extradition would amount to a violation of Article 3 was *Soering v. United Kingdom*. In the judgment, the Court conceded that Article 1 of the Convention does indeed set a territorial limit to the applicability of the Convention but held that this does not mean the contracting states can never be held responsible for the consequences of extradition. To support this conclusion, the Court resorted to a teleological interpretation stating that the object and purpose of the Convention require that its provisions guarantee “practical and effective” safeguards instead of offering mere illusory or theoretical protection.<sup>20</sup> While this does not imply the existence of a general principle stipulating that the extraditing state must ensure the conditions in the destination country are fully in accord with the Convention standards, it allows for a possibility that in some cases extradition could amount to a violation of its terms.<sup>21</sup>

Citing the absolute character of Article 3, the Court proceeded to argue that since the prohibition of torture is

*“one of the fundamental values of a democratic society ... [it] would hardly be compatible with the underlying values of the Convention ... were a Contracting State knowingly to surrender a fugitive to another State where there were substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.”<sup>22</sup>*

On these grounds, taking into account also the requirement for effective protection under the Convention, the Court considered extradition to be within the scope of Article 3.<sup>23</sup> In the case of *Cruz Varas v. Sweden* the Court extended this principle to apply also in expulsion cases.<sup>24</sup> The liability of a contracting state is due to the action taken by the state (expelling or extraditing) resulting in an individual being exposed to ill-treatment, even if the actual suffering happens outside of its jurisdiction.<sup>25</sup>

### 3. THE STANDARD AND BURDEN OF PROOF

#### 3.1 Specialised Standard of Proof

The most obvious distinction between expulsion cases and other cases concerning alleged violations of Article 3 is that instead of examining past events the former require the Court to rule on a potential violation. In *Soering* the Court noted that “[i]t is not normally for the

Convention institutions to pronounce on the existence or otherwise of potential violations of the Convention” but in the light of the seriousness of the potential suffering deems it necessary to deviate from this principle.<sup>26</sup>

In a case concerning an alleged past violation of Article 3, it needs to be satisfied that a violation has indeed occurred. The Court recognises that allegations concerning a potential eventuality cannot be proven in the same way as past events. Requiring the applicant to produce indisputable evidence of a risk of ill-treatment is practically asking them to prove a future event.<sup>27</sup> Naturally this is impossible and consequently the assessment of the risk is always somewhat speculative.<sup>28</sup>

Due to this unique feature of expulsion cases, the standard of proof normally required to demonstrate a violation of Article 3 (“beyond reasonable doubt”) would place an unfair burden of proof on the applicant and render the protection of Article 3 purely theoretical.<sup>29</sup> It would be equally infeasible, however, to grant unqualified protection from expulsion under Article 3. To do so would deny altogether the states’ right to control the entry and residence of aliens into their territory – a well-established part of their sovereignty under international law that the European Court of Human Rights cannot disregard.<sup>30</sup> Therefore the risk of being subjected to treatment prohibited by Article 3 must reach at least some degree of probability in order to engage the responsibility of the expelling state under the Convention.<sup>31</sup>

The Court formulated a specialised standard of proof for expulsion cases in *Soering* and has applied it consistently in subsequent case-law.<sup>32</sup> According to this standard the proposed expulsion would be in violation of Article 3 “where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if deported, faces a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3”.<sup>33</sup> The degree of probability required to give rise to a breach of Article 3 in expulsion cases is indicated by “real risk” while “substantial grounds” refers to the amount of evidence necessary to prove the existence of such a risk.<sup>34</sup> Consequently, the extent of the protection provided by Article 3 depends on the threshold of “real risk”, what evidence is required to establish “substantial grounds” and how the burden of proof is split between the state and the applicant.<sup>35</sup>

20 den Heijer 2008, p. 288.

21 *Soering v. the United Kingdom*, 07 July 1989, paras 85–87.

22 *ibid.*, para 88.

23 *ibid.*, para 87.

24 *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 20 March 1991, para 70.

25 *Soering v. the United Kingdom*, 07 July 1989, para 91; den Heijer 2008, p. 288.

26 *Soering v. the United Kingdom*, 07 July 1989, para 90.

27 *Rustamov v. Russia*, 3 July 2012, para 117; *Azimov v. Russia*, 18 April 2013, para 128. See also *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, Concurring Opinion of Judge Zupančič.

28 *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, para 142; *Rustamov v. Russia*, 3 July 2012, para 117; *Azimov v. Russia*, 18 April 2013, para 128. See also *Bensaid v. the United Kingdom*, 6 February 2001, para 39; *N. v. the United Kingdom*, 27 May 2008, para 50.

29 *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, para 161.

30 *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30 October 1991, para 102.

31 de Weck 2016, p. 233.

32 See for example *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, para 74; *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, para 125; *J.K. and Others v. Sweden*, 23 August 2016, para 79.

33 *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, para 125. See also *Soering v. the United Kingdom*, 07 July 1989, para 9.

34 de Weck 2016, p. 233.

35 *Ibid.*



### 3.2 Real Risk

For an expulsion to violate Article 3, there must be a “real risk” that the applicant will be subjected to torture or inhuman or degrading treatment in the destination country. It is probably an understatement to say the concept is very vague. As long as a risk exists, it can hardly be described as “unreal”. In an early study of the jurisprudence, Alleweldt argues that the standard indicates that even a very small risk of ill-treatment is enough to invoke Article 3, since ignoring even a very low probability would result in a number of individuals ending up ill-treated after being expelled.<sup>36</sup> He is doubtlessly right and in the light of the absolute nature of the prohibition of torture this would be the logical conclusion. In any case, the lower the likelihood required for the risk to be accepted as “real” by the Court, the wider the scope of the protection provided by the Convention.<sup>37</sup>

The Court has never provided a proper definition for the “real risk” standard. Examination of its case-law does not offer much clarification since it has also been less than consistent when applying it. The only clear limits that can be derived from the jurisprudence are that the risk needs to be higher than just a possibility and, since the assessment of risk is a prognosis of future events, certitude of ill-treatment cannot be required.<sup>38</sup> In the case of *Saadi v. Italy* the Court expressly rejected the view put forth by the intervening United Kingdom government that the probability of ill-treatment should be “more likely than not”.<sup>39</sup> It did not, however, clarify what it should be instead. In *Azimov v. Russia* the standard was set to a “high likelihood” and in a few cases the Court has even required the possibility of ill-treatment to be proven “beyond reasonable doubt” – the standard used in cases of alleged past violations of Article 3.<sup>40</sup> This is a very high standard for an event that has yet to occur. It has not, however, been often recalled by the Court in the context of refoulement.<sup>41</sup>

The standard of proof has been set particularly high in cases where the risk stems from factors which cannot engage the responsibility of the receiving state’s officials, directly or indirectly.<sup>42</sup>

In the case of *D. v. the United Kingdom* the risk did not emanate from intentional ill-treatment by the authorities or private parties but from unavailability of adequate medical care in the destination country. The Court considered that in the light of the fundamental importance and absolute nature of Article 3, limiting its scope to only intentionally inflicted ill-treatment would undermine the protection it is supposed to offer.<sup>43</sup>

The Court emphasised that the lower standard of health care in the destination country could not in itself amount to a violation of Article 3.<sup>44</sup> However, in very exceptional circumstances “where the humanitarian grounds against the removal are compelling” deportation could be in violation of the Convention.<sup>45</sup> In the case of *D.*, who until recently was the only person granted protection under Article 3 on medical grounds, this condition was satisfied by the “real risk of dying under most distressing circumstances”.<sup>46</sup>

In these so called medical cases the standard of proof quoted by the Court is still “real risk” but the threshold has been intentionally set very high.<sup>47</sup> In the case of *N. v. the United Kingdom*, the mere chance that the applicant’s condition might not deteriorate rapidly enough to qualify as inhuman suffering was enough to deny her claim.<sup>48</sup> This implies that the required degree of probability in medical cases is at least near certainty.<sup>49</sup>

The only conclusion to be derived from the above jurisprudence is that the Court seems to apply the standard of “real risk” on a case by case basis and exercise rather free discretion while doing so.<sup>50</sup> The very low number of successful complaints indicates that it is not only the medical cases where the bar is set quite high.<sup>51</sup> In their joint dissenting opinion in the case of *E.G. v. the United Kingdom*, judges Garlicki and Kalaydjieva criticised the Court for setting the threshold so high it undermines the protection of Article 3. They argued that the benefit of the doubt should favour the applicant since the consequences for an applicant subjected to ill-treatment after expulsion are far more severe than those suffered by the state in the case it is made to needlessly tolerate an unwanted alien.<sup>52</sup>

In the judgement *Harkins and Edwards v. the United Kingdom*, the Court admitted that “it has been very cautious in finding that removal from the territory of a Contracting State would be contrary to Article 3 of the Convention” and added that “it has even more rarely found that there would be a violation of Article 3 if an applicant were to be removed to a State which had

---

36 Alleweldt 1993, p. 366.

37 Battjes 2009, p. 611.

38 *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30 October 1991, para 111; *Azimov v. Russia*, 18 April 2013, para 128.

39 *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, para 140.

40 *Azimov v. Russia*, 18 April 2013, para 128; *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, 12 April 2005, paras 338, 353; *Garabayev v. Russia*, 7 June 2007, para 76.

41 de Weck 2016, p. 234.

42 In the initial case of *Soering*, the potential ill-treatment would have been caused by the public authorities of the receiving state. In its subsequent case-law the Court has found that a risk emanating from sources other than public agents can also give rise to an issue under Article 3. In the case of *Ahmed v. Austria* the Court found the general situation of instability and violence in Somalia enough to establish a risk of ill-treatment. In the case of *H.L.R. v. France* the Court explicitly stated that Article 3 applies also in cases where the danger emanates from persons other than public officials, on the condition that the authorities of the state cannot provide sufficient protection from it. (*Ahmed v. Austria*, 17 December 1996, para 44; *H.L.R. v. France*, 29 April 1997, para 40. See also Janis – Kay – Bradley 2008, p. 224.)

---

43 *D. v. the United Kingdom*, 2 May 1997, para 49.

44 *Ibid.*, para 49; *Paposhvili v. Belgium*, 13 December 2016, para 192.

45 *N. v. the United Kingdom*, 27 May 2008, para 42.

46 *D. v. the United Kingdom*, 2 May 1997, para 53.

47 *N. v. the United Kingdom*, 27 May 2008, para 43. See also Greenman 2015, p. 269.

48 *Ibid.*, para 50; Battjes 2009, p. 611

49 *Ibid.*

50 Battjes 2009, p. 611.

51 de Weck 2016, p. 236.

52 *E.G. v. the United Kingdom*, 31 May 2011, Joint Dissenting Opinion of Judges Garlicki and Kalaydjieva.

a long history of respect for democracy, human rights and the rule of law”.<sup>53</sup> Despite the factual manner of the statement it seems to carry clear normative undertones.<sup>54</sup> It implies that when the destination country is one mostly “respecting” human rights there would be a stronger assumption that no real risk of ill-treatment exists. While it does not provide any concrete information about how the state’s political history would alter the interpretation of the standard of proof, it serves as a yet another example of the unexplained inconsistencies in the Court’s jurisprudence.

### 3.3 Substantial Grounds

To prove that there is a “real risk” of ill-treatment the applicant must demonstrate “substantial grounds” for believing such a risk exists.<sup>55</sup> This refers to the evidence the applicant needs to produce in order to substantiate their claim. To determine if there is a risk of ill-treatment, the Court examines the “foreseeable consequences of the removal of an applicant to the receiving country in the light of the general situation there as well as his or her personal circumstances.”<sup>56</sup> So both the general human rights situation in the country and the applicant’s personal circumstances can be considered as evidence and there is no legal or hierarchical distinction between them. In the *Sufi and Elmi v. the United Kingdom* judgement the Court clarified this by stating that

*“[i]f the existence of such a risk is established, the applicant’s removal would necessarily breach Article 3, regardless of whether the risk emanates from a general situation of violence, a personal characteristic of the applicant, or a combination of the two.”*<sup>57</sup>

While these statements demonstrate the Court considers both the personal circumstances of the applicant and the general human rights situation in the destination country, not every situation of general violence is sufficient in itself to give rise to a risk.<sup>58</sup> The Court has set the standard quite high – only the “most extreme cases” of general violence could cause a real risk of ill-treatment simply by virtue of an individual being exposed to it.<sup>59</sup> When the general situation in the country is not enough to warrant protection under Article 3, the applicant needs to show that there is something special in their circumstances, which makes them more susceptible to being ill-treated.

---

53 *Harkins and Edwards v. the United Kingdom*, 17 January 2012, para 131. This most likely refers to the USA as it was the destination country in the judgment.

54 Mavronicola – Messineo 2013, p. 600.

55 *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, para 125. See also *Soering v. the United Kingdom*, 07 July 1989, para 9; *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, para 74.

56 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23 February 2012, para 117; see also *NA. v. the United Kingdom*, 17 July 2008, para 113; *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, 28 June 2011, para 216, *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30 October 1991, para 108.

57 *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, 28 June 2011, para 218.

58 *Ibid.*; *NA. v. the United Kingdom*, 17 July 2008, para 114.

59 *NA. v. the United Kingdom*, 17 July 2008, para 115

This was clearly demonstrated in the now rather dated case of *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*. The case concerned young Tamil men whose asylum applications had been rejected and who were returned to the Sri Lankan civil war. Although it was well known that Tamils were persecuted by the Sri Lankan government, the Court found no violation of Article 3 since there were no special features in the applicants’ personal circumstances distinguishing their position from other young Tamil men. The Court acknowledged the risk of ill-treatment but since it was randomly targeted it was not enough to demonstrate “substantial grounds”.<sup>60</sup> In a more recent ruling *J.K. v. Sweden* the Court restated that as a rule the applicant must provide sufficient proof of a risk of ill-treatment that distinguishes their situation from the general perils in the destination country.<sup>61</sup>

While this rather demanding standard established in *Vilvarajah* is still the general rule, it has been somewhat mitigated in subsequent case-law. In the case of *Salah Sheekh v. the Netherlands* the Court relaxed the rigid requirement of individual persecution if the applicant can establish that they are a member of a group systematically subjected to ill-treatment in the destination country. In such cases the Court considers the membership of such a targeted group sufficient to put the individual at risk and it is not necessary for the applicant to demonstrate any further distinguishing features concerning them personally.<sup>62</sup> The applicant still has to provide “serious reasons to believe” that there exists a practice of ill-treatment towards the members of a certain group and their membership of this group.<sup>63</sup> Nonetheless, it is a significant alleviation to the standard of proof.

The Court explained this departure from earlier jurisprudence with the finding that to require such further evidence would be contrary to the absolute character of Article 3 by rendering its protection illusory.<sup>64</sup> This can only be regarded as a step in the right direction since the requirement to demonstrate a risk of personal persecution is very demanding. Especially asylum seekers often have considerable difficulty in producing evidence pertaining to their own personal circumstances.<sup>65</sup> On the other hand, information about the general situation in an area and any systematic persecution of certain groups within them is much more readily available. It is also difficult to reconcile the view adopted in *Vilvarajah* with the supposedly absolute nature of Article 3. If, in addition to being a member of a persecuted group, the applicant needs to personally face a higher risk of ill-treatment than the other members of the group, the very people who probably most need the protection of Article 3 would be deprived of it. It would create an

---

60 *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30 October 1991, paras 111–112, 115; *NA. v. the United Kingdom*, 17 July 2008, paras 114–117.

61 *J.K. and Others v. Sweden*, 23 August 2016, para 94.

62 *Salah Sheekh v. the Netherlands*, 11 January 2007, para 14.

63 *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, para 132.

64 *NA. v. the United Kingdom*, 17 July 2008, para 116.

65 *Said v. the Netherlands*, 5 July 2005, para 49.

unjustifiable double standard and heavily impair the effectiveness of the protection of Article 3 if being ill-treated as a member of a certain group was more acceptable than enduring the same treatment for more personal reasons.

### 3.4 Burden of Proof

Like always, the initial burden of proof is with the applicant.<sup>66</sup> They need to present

*“evidence capable of proving that there are substantial grounds for believing that, if the measure complained of were to be implemented, he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3.”*<sup>67</sup>

If the applicant is able to do so, it is then the responsibility of the respondent state to dispel any doubts about it.<sup>68</sup> For example in the cases *Hilal v. the United Kingdom* and *R.C. v. Sweden*, the applicant was able to produce a medical report along with expert opinions that it was genuine. As the State was unable to provide any evidence to the contrary, the Court accepted the view presented in the opinions provided by the applicants.<sup>69</sup>

In the recent case of *J.K. v. Sweden*, the Court seemed to partially redistribute the burden of proof. The Court considered that since the applicant would normally be the only one able to provide information about their own personal circumstances, they should bear the burden of proof regarding those circumstances. This is in accord with the Court’s earlier jurisprudence. However, in the light of the difficulties an asylum seeker may face in collecting evidence, the Court argued that a different approach should be taken considering the general situation in the country concerned. In such matters the respondent government should bear the burden of proof instead of the applicant.<sup>70</sup> This shift in the division of the burden of proof receives a confirmation in the case of *S.K. v. Russia* where the Court considered that it was primarily the responsibility of the respondent state to provide evidence that the general situation was not serious enough to warrant protection under Article 3.<sup>71</sup> Failure to do so led the Court to conclude that there was no reason to suspect that the applicants take on the situation was incorrect and ruled that the expulsion would be in violation of Article 3.<sup>72</sup>

In the *J.K.* judgement the Court made also another alleviation to the applicant’s burden of proof. If the applicant has been able to provide sufficient evidence to prove they have already been

subjected to ill-treatment in the past, the Court considers it a strong indication of a risk of being subjected to it again. In such circumstances the burden of proof is transferred to the respondent government who then needs to adduce evidence that the circumstances have changed in such a way that the applicant is no more likely to be subjected to treatment proscribed by Article 3 if they were returned.<sup>73</sup> While establishing past ill-treatment is not necessarily in itself enough to provide “substantial grounds” to believe a future risk exists, it does ease the rather heavy burden of proof placed on the applicant.<sup>74</sup>

The shift in the Court’s jurisprudence regarding the burden of proof had already been foreshadowed in earlier judgements.<sup>75</sup> However, in *J.K.* the judges used multiple paragraphs explaining the reasoning behind it. The Court made multiple references to the materials produced by the office of the United Nations High Commissioner for Refugees and contrasted the new interpretation with its earlier case-law.<sup>76</sup> This is hopefully an indicator that the redistribution of the burden of proof between the applicant and the state to better correspond to the resources each has in their disposal is to be incorporated in future jurisprudence as well. The way the Court explicitly stated in *J.K.* that rules concerning the burden of proof should not be such that they impair the effective protection under Article 3 seems to confirm this is their intention.<sup>77</sup>

## 4. BALANCING THE RISK OF ILL-TREATMENT AGAINST OTHER INTERESTS

### 4.1 Threat to National Security – Strasbourg vs. the United Kingdom

Yet another problem emerges in the light of the general relativity of the ECHR provisions. As a rule, the Convention allows for balancing against other public concerns such as national security.<sup>78</sup> In the current context such balancing would mean that, even though the standard of proof has been met, other factors could justify exposing the individual in question to the (already proved) risk of ill-treatment nonetheless.

In principle, the absolute nature of Article 3 precludes all balancing.<sup>79</sup> It is not acceptable to torture someone “a little” in any circumstances. However, even states that generally respect and uphold human rights and unequivocally condemn torture and other forms of ill-treatment have a vested interest in controlling the entry, residence and expulsion of aliens within their jurisdiction.

---

66 *Ibid.*; *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, para 129; *R.C. v. Sweden*, 9 March 2010, para 50; *NA. v. the United Kingdom*, 17 July 2008, para 111.

67 *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, para 129.

68 *Ibid.*; *R.C. v. Sweden*, 9 March 2010, para 50; *NA. v. the United Kingdom*, 17 July 2008, para 111.

69 *Hilal v. the United Kingdom*, 6 March 2001, para 63; *R.C. v. Sweden*, 9 March 2010, para 53.

70 *J.K. and Others v. Sweden*, 23 August 2016, paras 96-98.

71 *S.K. v. Russia*, 14 February 2017, para 59.

72 *Ibid.*, paras 62-63.

---

73 *J.K. and Others v. Sweden*, 23 August 2016, paras 99-102.

74 *Ibid.*, paras 99, 101.

75 See *R.C. v. Sweden*, 9 March 2010, para 55; *R.J. v. France*, 19 September 2013, para 42.

76 *J.K. and Others v. Sweden*, 23 August 2016, paras 99-101.

77 *Ibid.*, para 97.

78 See Ovey – White 2006, p. 7

79 *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, para 163.

Especially when said aliens are convicted criminals or suspected terrorists, concerns for national security often trump concerns about the possible consequences of removal for the individual in question.

In the case of *Soering* the Court seemed to leave room for balancing, stating that “inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights”.<sup>80</sup> This statement, as well as the Court’s deliberation on the beneficial purpose of extradition and the interest of all nations to prevent suspect offenders from fleeing abroad, implies that at least in the context of expulsions the absolute character of Article 3 does not preclude balancing.<sup>81</sup>

Based on these remarks, in the case of *Chahal v. the United Kingdom*, which concerned the expulsion of an individual suspected of terrorism, the government of the United Kingdom argued that national security concerns could limit the scope of Article 3 in expulsion cases. The government claimed that where such interests were at stake, an individual could be deported regardless of a risk of ill-treatment in the destination country.<sup>82</sup> The Court rejected this view outright. With reference to the absolute character of Article 3, the Court stated that the activities of the individual in question cannot be given any significance, however undesirable or dangerous they are.<sup>83</sup> The Court continued with a definitive statement that there is absolutely no room for balancing the risk of ill-treatment against the reasons for the expulsion.<sup>84</sup> The United Kingdom government has been using every available opportunity to overturn this “*Chahal* principle” ever since.<sup>85</sup>

Similar circumstances emerged again in the *Saadi* case. Like *Chahal*, the case concerned an individual suspected of terrorist activities. The United Kingdom government participated in the proceedings as an intervener and argued that when the ill-treatment is not inflicted by a signatory state of the Convention but by another state, the protection of the individual’s rights could be weighed against the interests of the community as a whole.<sup>86</sup> The Court was not persuaded by this argument. It maintained that since the prohibition of ill-treatment is absolute, simply the risk of such treatment means that the person cannot be deported if it would subject them to that risk. The fact that the ill-treatment would be inflicted by another

state was deemed irrelevant. The Court then reaffirmed the view adopted in *Chahal* that the conduct of the person in question and the reasons for the proposed removal could not be weighed against the risk of ill-treatment.<sup>87</sup>

## 4.2 Threat to National Security – Under the Surface

The Court consistently reaffirms the absolute nature of the prohibition of torture and holds accordingly that no balancing with other interests is allowed. In other words, if it is established that there are substantial grounds to believe the person concerned runs a real risk of facing treatment contrary to Article 3, no other concerns can justify exposing an individual to that risk. However, this does not automatically preclude more subtle forms of balancing that can take place before the Court arrives to the conclusion that a real risk of ill-treatment exists.<sup>88</sup>

As discussed in chapter 2.1, the qualification of a conduct as ill-treatment is relative. While the relativity does enable more effective protection against ill-treatment, it can just as easily be used to limit the scope of Article 3. The critical question in this regard is which factors are included in the “all the circumstances of the case” to be taken into consideration when determining whether certain treatment is prohibited or not. Of particular interest here is whether the fact that the possible future ill-treatment would occur in another state is one of them.<sup>89</sup>

In the *Saadi* case discussed above, the United Kingdom government also argued that the nature of the ill-treatment should be evaluated in relation to the threat presented by the person in question.<sup>90</sup> While it is somewhat unclear what they meant with this part of their argument, it seems to imply that if the person poses a security threat to the expelling country, the minimum level of severity required for the treatment to fall under the scope of Article 3 could be higher. The Court did not address this part of the United Kingdom argument in *Saadi*, but in the case of *Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom* the Court partially accepted the argument as interpreted above.<sup>91</sup>

In *Babar Ahmad* the Court maintained that the reasons for the removal or the dangerousness of the person concerned cannot be a factor in the assessment of whether the minimum level of severity is reached.<sup>92</sup> However, while no actual balancing against other interests is

---

80 *Soering v. the United Kingdom*, 07 July 1989, para 89.

81 *Ibid.*, paras 86, 89

82 *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, para 76.

83 *Ibid.*, para 80. See also *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, para 138.

84 *Ibid.*, para 81.

85 Clearly frustrated with refuting basically the same arguments in every judgment, in *Babar Ahmad* the Court explicitly stated that kind of balancing approach contemplated in the *Soering* judgement has been abandoned. (*Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom*, 10 April 2012, para 173).

86 *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, para 120.

87 *Ibid.*, para 138.

88 Here the distinction between interpretation and balancing becomes somewhat ambiguous but, as the interpretations are modified specifically on account of other concerns, the coherence of the article is better preserved by discussing the issues collectively here.

89 Mavronicola – Messineo 2013, p. 593-94. Also, in determining the proportionality of the punishment the conduct of the person in question is a legitimate factor to consider.

90 *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, para 122.

91 *Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom*, 10 April 2012, para 177. For a more detailed analysis of the case see Mavronicola – Messineo 2013.

92 *Ibid.*, para 172

allowed, simply the fact that the possible ill-treatment would happen in a non-contracting state might affect the degree of severity required. In the paragraph 177 of the judgement the Court made a clear deviation from its earlier case-law, stating that “treatment which might violate Article 3 because of an act or omission of a Contracting State might not attain the minimum level of severity which is required for there to be a violation of Article 3 in an expulsion or extradition case.”<sup>93</sup>

This departure from the established jurisprudence is highly problematic. The Court has always before held that since the prohibition of treatment contrary to Article 3 is absolute, there can be no derogation from it.<sup>94</sup> Yet, what else is the above-mentioned statement if not a derogation? The Court has effectively created a double standard where treatment that qualifies as ill-treatment in the domestic context might not fall under the protection of Article 3 in expulsion cases.<sup>95</sup> This is the exact conclusion the Grand Chamber rejected in *Saadi*. Granted, the method the Court reached this conclusion in *Babar Ahmad* is different. In *Saadi*, the fact that the ill-treatment happened in the hands of another state did not allow for balancing against other interests, but according to *Babar Ahmad* it can be a factor when assessing what constitutes the ill-treatment in the first place. Arguably, the difference will not matter much to the applicant.

There is also the question of whether the standard of proof allows for balancing. In *Saadi*, the United Kingdom government argued further that the risk of ill-treatment should be balanced against the danger the person in question presents to the community. Specifically, they argued that if the person concerned was a threat to national security, the standard of proof for the risk of ill-treatment should be “more likely than not”.<sup>96</sup> The Court rejected the argument, stating that if a real risk of ill-treatment exists, the dangerousness of the person does not reduce the degree of probability of them being subjected to it on return. The relevant probability cannot be affected by the possible threat the person poses to the state if not returned.<sup>97</sup>

In connection to this argument, the United Kingdom also contended that where the respondent state presented evidence that the person concerned was indeed a threat to national security, the applicant should in turn supply stronger evidence of the risk of ill-treatment than “substantial grounds” would otherwise require.<sup>98</sup> The Court replied that “such an approach is not compatible with the absolute nature of the protection afforded by Article 3”. It proceeded to reaffirm the standard of proof as “substantial grounds for believing there is a real risk of treatment prohibited

by Article 3”.<sup>99</sup> Although, as discussed in chapter 3.2, the Court’s formal rejection of these arguments does not necessarily mean that the standard is not relative and open for balancing. If anything, the wildly inconsistent manner the Court has applied the standard of “real risk” suggests that the interpretation of that standard is indeed different depending on the case.

### 4.3 Economic Interests

In the cases discussed above the balancing was proposed in relation to national security concerns. The text of the judgements is worded to cover other interests as well, referring to “reasons for removal” in *Chahal* and “the interests of the community as a whole” in *Saadi*.<sup>100</sup> They would seem to imply that balancing against any other common interests is not allowed either. However, the Court’s jurisprudence indicates the opposite.

The case of *N. v. the United Kingdom* concerned a person who was HIV-positive and alleged that if expelled to Uganda, she would not have access to medication she needed and consequently she would face considerable suffering followed by an early death.<sup>101</sup> The Court reiterated the need for balancing the interests of the individual against those of the community it had previously presented in *Soering* and stated that in principle, aliens subject to expulsion do not have an inherent right to stay in order to access medical or other forms of assistance provided by the state.<sup>102</sup> The contracting states are not obliged to alleviate the differences in the level of medical care between countries by offering unlimited health care to aliens within their jurisdiction. The reasoning offered by the Court was that “[a] finding to the contrary would place too great a burden on the Contracting States.”<sup>103</sup>

While the Court does not quite state outright that balancing against economic interests is allowed, it is obvious that at least in the medical cases such balancing does take place. The rhetoric of the Court implies that at least formally, the balancing happens by modifying the standard of real risk or the minimum level of severity required. As discussed in chapter 3.2, the threshold of “real risk” when applying Article 3 in medical cases is high, which already limits its applicability. In relation to the minimum level of severity, the Court holds that when the suffering is caused by factors public authorities cannot be held responsible for, only “very exceptional circumstances” would attain the required level of severity.<sup>104</sup> Although not as clearly spelled out, this seems to be the same reasoning the Court later relied on in *Babar Ahmad*.<sup>105</sup>

---

93 *Ibid.*, para 177. See also *Harkins and Edwards v. the United Kingdom*, 17 January 2012, para 129. Interestingly, both judgements were adopted by the Fourth Section of the Court within months of each other.

94 *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, para 138.

95 *Mavronicola – Messineo* 2013, p. 601.

96 *Saadi v. Italy*, 28 February 2008, para 122.

97 *Ibid.*, para 139.

98 *Ibid.*, para 122.

---

99 *Ibid.*, para 140.

100 *Ibid.*; *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996;. See also Greenman 2015, p. 274.

101 *N. v. the United Kingdom*, 27 May 2008, paras 26–27.

102 *Ibid.*, paras 42, 44.

103 *Ibid.*, para 44.

104 *Paposhvili v. Belgium*, 13 December 2016, para 177. *D. v. the United Kingdom*, 2 May 1997, paras 52–54.

105 *Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom*, 10 April 2012, para 177.

There is no overt evidence of similar balancing taking place in other than medical cases. Regardless, the procedure for assessing the risk necessarily requires some balancing between the interest of the applicant and the resources of the state. It is the duty of the state, together with the applicant, to gather and evaluate information about the circumstances when assessing the potential risk of ill-treatment if the applicant was returned. Given the importance of the prohibition, this scrutiny must be “a rigorous one”.<sup>106</sup> The more thorough the investigation, the better guaranteed the protection of Article 3. However, the required standard needs to be reconciled with the fact that the resources of the state for the conducting of such an investigation are not endless.

Jurisprudence on the question of what is required of domestic authorities in assessing an alleged risk of ill-treatment is scarce. The Court often repeats that its own assessment must be conducted “primarily with reference to those facts which were known or ought to have been known by the Contracting State at the time of the expulsion”.<sup>107</sup> This would imply that there is a limit to what the state’s public authorities “ought to know”. In the case of *F.G. v. Sweden*, the Court ruled that the state is not required to discover potentially relevant aspects of the applicant’s circumstances by itself, but where they are made aware of such facts the authorities must carry out the assessment about the possible risk posed by them by their own motion.<sup>108</sup>

These types of limitations are of course more or less inevitable since it is simply not feasible for the state to spend an infinite amount of resources on the evaluation of the possible risk of ill-treatment. In the medical cases, where the balancing is made obvious, the reasons behind it are the same. The requirement for the states to afford medical care to everyone who happens to ask for it would put the states into an impossible financial situation.

## 5. CONCLUSION

Even though it is rarely stated expressly in the judgments, there is no denying that some form of balancing takes place regardless of the absolute nature of Article 3.<sup>109</sup> The inconsistent application of the “real risk” standard and the high probability of ill-treatment required to satisfy it also call into question the supposedly absolute character of the prohibition. There exists a clear discrepancy between the Court’s rhetoric and the way it actually applies Article 3 in practice.

At the same time there is no doubt the European Court of Human Rights regards the prohibition of torture as a non-derogable right. In *Soering* the Court discussed at length the conflict

between the absolute character of Article 3 and the jurisdictional limit imposed by Article 1 of the Convention, and it is not difficult to conceive them arriving to the opposite conclusion at the end of it.<sup>110</sup> This contradiction between the effort extended by the Court to interpret Article 3 as prohibiting refoulement and the way it has then created a standard of proof that is extremely difficult to satisfy has a surprisingly simple explanation: reality.

While the European Court of Human Rights exists for the express purpose of promoting and protecting human rights, it is still bound by economic and political realities. Applying the Convention in a way that places too heavy a burden on the signatory states is simply not feasible. Unrealistic standards of human rights protection are more likely to undermine the efficiency of the protection than to inspire the states to adhere to those standards. Ultimately, the ECHR is a treaty and therefore there are limits to how far the Court can go before the parties decide to withdraw from it.

In the context of expulsion the Court has to be careful not to interpret the Convention in a way that would create too great obstacles for extradition or expulsion and effectively turn Europe into a safe haven for criminals. In the same vein placing too much weight on medical concerns would overload the healthcare systems of the signatory states. While this kind of “floodgate” arguments might not be considered legitimate legal reasoning, they are very real concerns and cannot be ignored in the practise of the Court.<sup>111</sup>

The problem with the concept of absoluteness is that it only offers a dichotomy. Either something is absolute or it is not, and the smallest exception is enough to conclude the latter. This does not mean that the Court’s continuous references to the “absolute” nature of Article 3 are meaningless. They function as an argumentative tool the Court is able to employ, and has done so, in order to extend the scope of the prohibition.<sup>112</sup> Furthermore, alleviating the burden of proof in favour of the applicant in recent cases indicates that the Court is aiming for more effective protection under Article 3.

Balancing the “absolute” character of Article 3 against practical realities is not an easy exercise. It can still be questioned if concealing the act of balancing behind the rhetoric of fundamental and absolute rights is the best way to go about it. It could be that the Court does not want to undermine the argumentative power those concepts possess by admitting they are open for balancing. However, the absence of clear and defined principles about how the balance is constructed is problematic. When the fact that balancing takes place is obscured, the lack of

---

106 *F.G. v. Sweden*, 23 March 2016, para 113.

107 *Ibid.*, para 115.

108 *Ibid.*, para 127.

109 See also the similar conclusion reached in by Battjes (Battjes 2009).

110 *Soering v. the United Kingdom*, 07 July 1989, paras 86–88; den Heijer 2008, p. 286–288.

111 As the dissenters in *N. v. the United Kingdom* pointed out, paragraph 44 of the judgement can be considered to be a floodgate argument (*N. v. the United Kingdom*, 27 May 2008, Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Bonello and Spielmann). See also Greenman 2015, p. 275–276.

112 Battjes 2009, p. 619.

transparency only results in what appears to be rather inconsistent jurisprudence, especially in regards to the required standard of proof.<sup>113</sup> Above all, this makes it very hard for applicants to estimate the successfulness of their complaint, which probably does not help the Court with its excessive case load. Additionally, the unexplained inconsistency creates a rather unfortunate impression that the Court is simply making it up as they go.

## REFERENCES

### Books and Articles

Alleweldt, Ralf, *Protection Against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights*. Vol. 4, No. 1, *European Journal of International Law*, 1993, p. 360–376. (Alleweldt 1993)

Battjes, Hemme, *In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed*. Vol. 22, No. 3, *Leiden Journal of International Law*, 2009, p. 583–621. (Battjes 2009)

Greenman, Kathryn, *A Castle Built on Sand? Article 3 ECHR and the Source of Risk in Non-Refoulement Obligations in International Law*. Vol. 27, No. 2, *International Journal of Refugee Law*, 2015, p. 264–296. (Greenman 2015)

den Heijer, Maarten, *Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights*. Vol. 10, No. 3, *European Journal of Migration and Law*, 2008, p. 277–314. (den Heijer 2008)

Janis, Mark W., Kay, Richard S. and Bradley, Anthony W., *European Human Rights Law: Text and Materials*, 3th edn. Oxford, Oxford University Press 2008. (Janis – Kay – Bradley 2008)

Mavronicola, Natasa and Messineo, Francesco, *Relatively Absolute? The Undermining of Article 3 ECHR in Ahmad v UK*. Vol. 76, No. 3, *Modern Law Review*, 2013, p. 589–619. (Mavronicola – Messineo 2013)

Ovey, Clare and White, Robin, *Jacobs and White, the European Convention on Human Rights*, 4th edn. Oxford, Oxford University Press 2006. (Ovey – White 2006)

de Weck, Fanny, *Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture: The Assessment of Individual Complaints by the European Court of Human Rights under Article 3 ECHR and the United Nations Committee against Torture under Article 3 CAT*. Brill 2016. (de Weck 2016)

---

113 *Ibid.*

## Treaties

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950, opened for signature 4 November 1950, entered into force 3 September 1953.

## Cases

*Ahmed v. Austria*, Application no. 25964/94, 17 December 1996

*Azimov v. Russia*, Application no. 67474/11, 18 April 2013

*Babar Ahmad and Others v the United Kingdom*, Application no. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09, 10 April 2012

*Bensaid v. the United Kingdom*, Application no. 44599/98, 6 February 2001

*Chahal v. the United Kingdom*, Application no. 22414/93, 15 November 1996

*Cruz Varas and Others v. Sweden*, Application no. 15576/89, 20 March 1991

*D. v. the United Kingdom*, Application no. 30240/96, 2 May 1997

*E.G. v. the United Kingdom*, Application no. 41178/08, 31 May 2011

*F.G. v. Sweden*, Application no. 43611/11, 23 March 2016

*Garabayev v. Russia*, Application no. 38411/02, 7 June 2007

*Harkins and Edwards v. the United Kingdom*, Application no. 9146/07 and 32650/07, 17 January 2012

*Hilal v. the United Kingdom*, Application no. 45276/99, 6 March 2001

*Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Application no. 27765/09, 23 February 2012

*H.L.R. v. France*, Application no. 24573/94, 29 April 1997

*Ireland v. the United Kingdom*, Application no. 5310/71, 18 January 1978

*J.K. and Others v. Sweden*, Application no. 59166/12, 23 August 2016

*Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, Application no. 13178/03, 12 October 2006

*N. v. the United Kingdom*, Application no. 26565/05, 27 May 2008

*NA. v. the United Kingdom*, Application no. 25904/07, 17 July 2008

*Paposhvili v. Belgium*, Application no. 41738/10, 13 December 2016

*R.C. v. Sweden*, Application no. 41827/07, 9 March 2010

*R.J. v. France*, Application no. 10466/11, 19 September 2013

*Rustamov v. Russia*, Application no. 11209/10, 3 July 2012

*Saadi v. Italy*, Application no. 37201/06, 28 February 2008

*Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, Application no. 12 April 2005, 12 April 2005

*Said v. the Netherlands*, Application no. 2345/02, 5 July 2005

*S.K. v. Russia*, Application no. 52722/15, 14 February 2017

*Soering v. the United Kingdom*, Application no. 14038/88, 07 July 1989

*Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, Application no. 8319/07 and 11449/07, 28 June 2011

*Tyrer v. the United Kingdom*, Application no. 5856/72, 25 April 1978)

*Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, Application no. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, 30 October 1991



# RUMISTA SANOISTA RUNDIA? KURINPITORANGAISTUS JA VANKIEN SANANVAPAUDEN RAJOITTAMINEN

## TO THE HOLE THROUGH FOUL WORDS? DISCIPLINARY PUNISHMENT AND A RESTRICTION OF THE FREEDOM OF SPEECH OF PRISONERS

Anton von Schrowe<sup>1</sup>

Helsinki Law Review, 1/2018, pp. 78–105.

© 2018 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

### Asiasanat:

ihmisoikeudet, sananvapaus, perusoikeuksien rajoittaminen, vangit, kurinpitorangaistus, vankeinhoito

### Keywords:

human rights, freedom of speech, restriction of constitutional rights, prisoners, disciplinary punishment, prison administration

## ABSTRACT

In November 2016 the Parliamentary Deputy-Ombudsman of Finland conducted an inspection in Mikkeli Prison. His report, issued in January 2017, uncovered numerous serious breaches of the law. It was revealed, for instance, that prisoners had received relatively harsh disciplinary punishments for their criticisms of prison guards. This article examines whether solitary confinement, imposed as a punishment for expressing such criticisms and using abusive language, may constitute an unnecessary and unlawful interference with a prisoner's right to freedom of speech. In addition, this article considers the conditions under which restrictions of prisoners' constitutional rights, particularly the right to freedom of speech, can be applied. The case law of the European Court of Human Rights has played an essential role as a source in the research process. In conclusion, the writer advances the view that the use of disciplinary punishment in prison as a consequence of exercising the right to freedom of speech should be exceptional and reserved solely for the worst excesses.

---

1 The author is a Bachelor of Laws and a fourth-year student at the Faculty of Law of the University of Turku. He wishes to thank Professor Veli-Pekka Viljanen for his comments on early versions of the paper and Lecturer Gordon Henderson for his help with the English language of the abstract. All errors and omissions are the author's.

## TABLE OF CONTENTS

1.	Johdanto
2.	Lähtökohdat vankien sananvapausrajoitusten arvioimiselle
2.1	Perustana demokraattinen oikeusvaltio
2.2	Vankien perusoikeudet yleisesti
2.3	Sananvapaus
2.3.1	Sananvapauden ala
2.3.2	Sananvapauden rajoittaminen
2.3.3	Kurinpitorangaistus vankien sananvapauden rajoittajamisen muotona
3.	Vangin sananvapauden rajoittamisesta käytännössä
3.1	Kotimaiset tapaukset
3.2.	Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöä
3.2.1	Yleisesti sananvapaustakauksista EIT:ssa
3.2.2	Yankov v. Bulgaria
3.2.3	Kostov v. Bulgaria
3.2.4	Skalka v. Puola
3.3	Kotimaisten tapausten arviointi
3.3.1	Suhteellisuusperiaatteen mukaisuus
3.3.2	Lailla säättämisen vaatimus
4.	Lopuksi
	Lähteet

# I. JOHDANTO

Vankilaa on tutkimuskirjallisuudessa kutsuttu totaaliseksi instituutioksi, jolle on ominaista, että päinvastoin kuin normaalielämässä, siellä eletään ja toimitaan yhdessä määrättyssä paikassa, jatkuvan valvonnan alaisuudessa ja ihmisten kanssa, joiden seuraa ei ole itse voinut valita, seuraten ohjattua toimintojen järjestelmää, joka määrätään ylhäältäpäin sääntöjen muodossa.<sup>2</sup> Tutkimusten mukaan vankiloilla onkin monia vahingollisia psykososiaalisia vaikutuksia vankeihin.<sup>3</sup> Vankilaolosuhteisiin liittyy myös useita vääryyksiä mahdollistavia piirteitä: jyrkät hierarkiat, valvontahenkilökunnan ylivalta vankeihin, jotka puolestaan ovat kaikessa riippuvaisia henkilökunnasta, avoimuuden ja tehokkaan valvonnan puutteet, normien väljyys ja monien ihmisten vankeja, väärintekijöitä, kohtaan tuntema vastenmielisyys.<sup>4</sup> Historia tuntee lukuisia esimerkkejä, joissa nämä piirteet ovat johtaneet kidutukseen, tuhoon ja ylilyönteihin, ja tutkijat ovat osoittaneet, etteivät näitä vääryyksiä selitä yksittäisten tekijöiden sairast sadistiset mielet: moni keskivertokansalainen on kykenevä korkeisiin tekoihin sopivissa olosuhteissa.<sup>5</sup> Siksi vankiloihin on luotava mekanismeja, jotka tehokkaasti ennaltaehkäisevät vääryyksiä ja mahdollistavat niihin puuttumisen.<sup>6</sup>

Julkisessa keskustelussa kuulee usein esitettävän, että vankien olosuhteet ovat liian hyvät ja vankilat ovat kuin lepokoteja. Vaaditaan myös kauttaaltaan ankarampia rangaistuksia. Vangit ovatkin helppo kohde populistisille hyökkäyksille, ja vihan lietsonta erilaisia sopivia vihollisia vastaan on esimerkiksi nostanut valtaan monia poliitikkoja eri puolilla maailmaa. Näin tulee tapahtumaan tulevaisuudessakin. Mitä vähemmän yleisöllä on oikeaa tietoa vangeista ja vankiloista, sitä suotuisampaan maaperään viesti uppoaa. Sopivia viholliskuvia maalatessa monilta kuitenkin pääsee unohtumaan tulevaisuus: lähes jokainen vanki vapautuu joskus ja se, miten vankia on vankilassa kohdeltu, vaikuttaa siihen, kuinka kykenevä ja halukas hän vapautuessaan on sopeutumaan takaisin yhteiskuntaan ja elämään rikoksetonta elämää.

Artikkelissani tarkastelen vankien sananvapautta ja huomioitavia asioita rajoitettaessa sitä käytännössä. Tilanne rajoitettaessa vangin sananvapautta voi olla esimerkiksi se, että häntä rangaistaan kurinpidollisesti joidenkin hänen käyttämiensä ilmaisujen perusteella. Tarkemmin ottaen tutkin juuri tätä eli kurinpidorangaistuksen antamista asiattoman tai sopimattoman ilmaisun perusteella ja kysyn, voiko sellainen rangaistus merkitä vangin sananvapauden loukkausta. Artikkelin ulkopuolelle rajaan kurinpidorangaistusten antamisen sellaisista lausumista, jotka toteuttavat rikoksen, kuten laittoman uhkauksen tai kunnianloukkauksen,

---

2 Goffman 1961, s. 17.

3 Van Zyl Smit – Snacken 2009, s. 51–52, 63.

4 Van Zyl Smit – Snacken 2009, s. 41.

5 Van Zyl Smit – Snacken 2009, s. 39–40.

6 Van Zyl Smit – Snacken 2009, s. 41.

tunnusmerkistön.<sup>7</sup> Artikkelissa ei myöskään käsitellä vankien sananvapauden muita ulottuvuuksia, kuten oikeutta vastaanottaa tietoja tai käydä julkista keskustelua poliittisista kysymyksistä. Tutkittava asia on kahdessa ensimmäisessä kappaleessa esitetyistä syistä tärkeä ja siinä mielessä ajankohtainenkin, että hiljattain eduskunnan oikeusasiamies on julkaissut tiedotteen ja tarkastuskertomuksen Mikkelin vankilassa ilmenneistä lainvastaisuuksista. Tarkastuskertomuksesta ilmenee esimerkiksi, että vangeille on annettu useiden vuorokausien yksinäisyysrangaistuksia sopimattomien lausumien perusteella, ja tulen tässä artikkelissa arvioimaan muun muassa näitä tapauksia.

Menetelmänä käytän oikeusdogmaattista tutkimusta, lainoppia: tutkin asiaa vallitsevan oikeustilan kannalta. Kyse on lähinnä käytännöllisestä lainopista eli tehtyjen tulkintojen analysoinnista ja tulkintasuositusten esittämisestä asianomaisista säännöksistä.<sup>8</sup> Kun artikkeli on vahvasti sidoksissa tiettyihin oikeustapauksiin, sitä voisi kuvata myös tapaustutkimukseksi, jopa oikeustapausanalyysiksi. Käyttämässäni lähteissä painottuu jossain määrin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) oikeuskäytäntö. Lähemmän tarkastelun alle olen valinnut kolme oikeustapausta EIT:sta, koska niissä on ollut kyse puheena olevasta tilanteesta, jossa vankia on rangaistu kurinpidollisesti yksinäisyysrangaistuksella asiattomina pidettyjen lausumien vuoksi.

Teksti etenee niin, että toisessa luvussa käsittelen vankien sananvapausrajoitusten arvioinnin lähtökohdat, kuten demokraattisen oikeusvaltion konstruktion, vankien aseman perusoikeuksien kantajina, sananvapauden keskeiset piirteet ja rajoittamisen sekä vankien kurinpitojärjestelmän perusteet. Kolmannessa luvussa siirrän tarkastelukulman lähemmäs käytännön tasoa. Esittelen ensin kotimaiset esimerkitapaukset, minkä jälkeen käyn lähemmin läpi edellä mainitut kolme oikeustapausta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä. Luvun loppupuolella arvioin kotimaisia tapauksia soveltamalla niihin EIT:n tapauksista ilmeneviä periaatteita sekä kotimaisesta perusoikeusdoktriinista ja reaalisista argumenteista nousevia huomioita. Lopetusluvussa kiteytän päätelmäni edellä käsitellystä muotoilemalla kannanottoni vastaaviin tapauksiin *de lege lata* ja korostan yleisemmällä tasolla, miksi vankien oikeuksista huolehtiminen on tärkeää.

## 2. LÄHTÖKOHDAT VANKIEN SANANVAPAUSRAJOITUSTEN ARVIOIMISELLE

### 2.1 Perustana demokraattinen oikeusvaltio

Perustuslaillisessa demokratiassa vallan käytöllä on valtiosääntöoikeudelliset rajansa. Oikeusvaltio määritelmällisesti vastustaa mielivaltaa: sen ensisijaisiin piirteisiin kuuluu, että vallan käyttö perustuu yleiseen lakiin, että vallankäyttäjät voidaan asettaa vastuuseen ja että heidän

---

7 Sinänsä monet esitetyistä kannoista, esimerkiksi suhteellisuusperiaatteen painoarvon huomioiminen, ovat sovellettavissa myös näihin vakavampiin tilanteisiin.

8 Kolehmainen 2016, s. 107, 118; Hirvonen 2011, s. 36 ss.

toimintansa on kontrolloitavissa ja läpinäkyvää.<sup>9</sup> Olennaisia oikeusvaltion tunnusmerkkejä ovat myös tehokkaasti toteutuvat perus- ja ihmisoikeudet.<sup>10</sup> Niillä tarkoitetaan jokaiselle yksilölle kuuluvia, tärkeydeltään perustavanlaatuisia oikeuksia.<sup>11</sup>

Perusoikeussääntelyn lähtökohtana katsotaan olevan yksilön vapauspiirin suojaaminen julkisen vallan puuttumisilta ja julkisen vallan käytön rajoittaminen yksilön oikeuksien hyväksi.<sup>12</sup> Siten myös yksilöillä on valtaa suhteessa julkiseen valtaan.<sup>13</sup> Demokratiassa valtiovalta kuuluu kansalle ja vallan käyttö tapahtuu kansan suostumuksella, mikä edellyttää muun muassa osallistumismahdollisuuksien turvaamista ja hallinnon avoimuutta.<sup>14</sup> Näin ollen voidaan todeta edelleen, että sananvapaus on demokraattisen oikeusvaltion välttämätön ehto ja että siihen sisältyy muun muassa oikeus julkisen vallan käytön arvostelemiseen. Sananvapauteen palataan jäljempänä.

## 2.2 Vankien perusoikeudet yleisesti

Suomen perustuslain (731/1999) 7 §:n 3 momentin mukaan vapautensa menettäneen oikeudet turvataan lailla. Säännöksessä vapautensa menettäneen oikeuksista säätämistä ei ainoastaan pidätetä eduskuntalailla säädettäväksi vaan nämä oikeudet on turvattava lailla; kyse on perustuslaillisesta toimeksiannosta.<sup>15</sup> Tätä perustuslaillista toimeksiannosta täydentää perustuslain 80 §:n kielto säätää asetuksella yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista.<sup>16</sup> Vielä 1970-luvulla lähettiin siitä, että vapautensa menettäneen perusoikeuksia voidaan rajoittaa

esimerkiksi laitosturvallisuuden perusteella niin sanotun laitospöytäkirjan käsitteen nojalla.<sup>17</sup> Nykyisin kuitenkin vangin katsotaan säilyttävän myös vankeusaikanaan perusoikeutensa täysimääräisesti: henkilökohtainen vapaus ja koskemattomuus, luottamuksellisen viestin suoja, uskonnon-, omantunnon- ja sananvapaus, oikeusturva sekä sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet kuuluvat täysimääräisesti myös vapautensa menettäneelle siltä osin kuin näitä perusoikeuksia ei ole ihmisoikeussopimusten ja perusoikeussäännösten kannalta hyväksyttävällä tavalla rajoitettu.<sup>18</sup> Vankien perusoikeusrajoituksiin sovelletaan perusoikeuksien yleisiä rajoittamisedellytyksiä, ja perusoikeusrajoitukset tulee voida oikeuttaa kussakin yksittäistapauksessa ja kunkin oikeuden osalta erikseen.<sup>19</sup> Siten vankien sananvapauttakin voidaan rajoittaa ainoastaan perusoikeuksien rajoittamista koskevien yleisten edellytysten mukaisesti.<sup>20</sup>

Se, että vangit säilyttävät perusoikeutensa täysimääräisesti, ellei niitä ole erikseen ja yleisten rajoitusedellytysten mukaisesti rajoitettu, merkitsee rangaistuksen sisältönä olevan ainoastaan vapaudenmenetyksen.<sup>21</sup> Niinpä vankeuslain (767/2005) 1 luvun 3 §:n 1 momentissa säädetäänkin, että vankeuden sisältönä on vapauden menetys tai sen rajoittaminen ja että vankeuden täytäntöönpano ei saa aiheuttaa vangin oikeuksiin eikä olosuhteisiin muita rajoituksia kuin niitä, joista säädetään lailla tai jotka välttämättä seuraavat itse rangaistuksesta.<sup>22</sup> Perustuslakivaliokunta on tähdentänyt näiden periaatteiden asianmukaisen huomioon ottamisen tärkeyttä myös sovellettaessa lain yksittäisiä toimivaltasäännöksiä.<sup>23</sup> Tämän lisäksi perustuslakivaliokunta on alleviivannut yleisten hallinto-oikeudellisten periaatteiden huomioimisen tärkeyttä, kun sovelletaan toimivaltasäännöksiä yksittäistapauksissa vankiloissa, koska vankeuslain toimivaltasäännökset sinänsä jättävät kauttaaltaan viranomaisille verrattain paljon harkintavaltaa.<sup>24</sup>

9 *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 65. Oikeusvaltioperiaatteen sisältö ei ole yksiselitteinen, mutta *World Justice Project* on esittänyt siitä onnistuneen perusmääritelmän (WJP): “Derived from internationally accepted standards, the World Justice Project’s definition of the rule of law is a system in which the following four universal principles are upheld: The government and its officials and agents as well as individuals and private entities are accountable under the law. The laws are clear, publicized, stable, and just; are applied evenly; and protect fundamental rights, including the security of persons and property and certain core human rights. The process by which the laws are enacted, administered, and enforced is accessible, fair, and efficient. Justice is delivered timely by competent, ethical, and independent representatives and neutrals who are of sufficient number, have adequate resources, and reflect the makeup of the communities they serve.”

10 *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 65; *Hallberg* 2011, s. 30; *Ojanen – Scheinin* 2011, s. 224. Ks. myös *Tuori* 2001, s. 72. Oikeusvaltion perustavista historiallisista luonnehdinnoista ks. *Tuori* 2009, s. 348–352.

11 *Hallberg* 2011, s. 29.

12 HE 309/1993 vp, s. 15. “One of the aims of the rule of law in general is to protect the weaker party in power relations” (*Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 71).

13 *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 65.

14 *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 65–66.

15 HE 309/1993 vp, s. 49; HE 263/2004 vp, s. 81.

16 *Hartoneva – Mohell – Pajuoja – Vartia* 2016, s. 100.

17 HE 309/1993 vp, s. 25; HE 263/2004 vp, s. 81. Ks. myös *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 67.

18 HE 263/2004 vp, s. 61, 81, 83, 114, 135; HE 309/1993 vp, s. 49; PeVL 20/2005 vp, s. 2–3; *Hartoneva – Mohell – Pajuoja – Vartia* 2016, s. 100–101; *Nieminen* 2009, s. 22, 26–27; *Ojanen* 2001, s. 57–58; *Viljanen* 2001, s. 102–106. Samaan tapaan ks. myös *Hirst v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohta 69. Jossain määrin vanhaa laitospöytäkirjaa yhä ilmenee (samaan tapaan *Mäkipää* 2014, s. 26).

19 HE 309/1993 vp, s. 25; HE 263/2004 vp, s. 81; PeVL 20/2005 vp, s. 2–3; *Tapani – Tolvanen* 2016, s. 412–413; *Ojanen* 2001, s. 57–58; *Tuori* 2001, s. 31; *Viljanen* 2001, s. 104–105. Ks. myös *Dickson v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohta 68.

20 *Manninen* 2011, s. 467; *Neuvonen* 2012, s. 174. Toisaalta Euroopan ihmisoikeussopimuksen kontekstissa on jossain määrin yllättävästi kirjoitettu myös, että vankilan kaltaisessa laitoksessa sananvapauden rajoitukset olisivat helpommin hyväksyttävissä (*Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012, s. 718).

21 PeVL 12/1998 vp, s. 2; PeVL 25/2005 vp, s. 2–3; *Hartoneva – Mohell – Pajuoja – Vartia* 2016, s. 104; *Tapani – Tolvanen* 2016, s. 396; *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 99–100.

22 *Tapani – Tolvanen* 2016, s. 396. Ks. aiheesta laajemmin Vähimmäissääntöjen soveltaminen 1997, s. 30–33.

23 PeVL 12/1998 vp, s. 2.

24 PeVL 20/2005 vp, s. 3. Samansuuntaisesti HE 263/2004 vp, s. 136. Vankilasäännösten tulkinnan- ja harkinnanvaraisuuteen kiinnittävät huomionsa myös *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 72.

Näitä lähtökohtia täydentää vankeuslain 1 luvun 3 §:n 2 momentin normaalisuusperiaatteeksi kutsuttu säännös: vankilan olot on järjestettävä niin pitkälle kuin mahdollista vastaamaan yhteiskunnassa vallitsevia elinoloja.<sup>25</sup> *Hartoneva* on palauttaen normaalisuusperiaatteen perusoikeuksiin ottanut perusoikeudet normaalisuusperiaatteen määrittelemisen välineeksi.<sup>26</sup> Arvioin kuitenkin normaalisuusperiaatteella olevan merkitystä muissakin ulottuvuuksissa kuin välittömästi perusoikeuksiin liittyvissä kysymyksissä. Sitä tulee esimerkiksi käyttää mittapuuna monenlaisten käytännön asioiden järjestämisessä vankilassa. Vankeuden täytäntöönpanossa ei tule myöskään keskittyä kontrolloimaan vankien elämää viimeistä yksityiskohtaa myöten ja viedä heiltä siten mahdollisuudet aloitteellisuuteen ja vastuullisuuteen; mikäli vangin toivotaan joskus sopeutuvan jälleen yhteiskuntaan, on kavennettava mahdollisimman pitkälle eroja vankilaelämän ja vapaan elämän väliltä, mihin normaalisuusperiaatteella pyritäänkin.<sup>27</sup> Edellä selostettuja perusperiaatteita ilmentää ajatus siitä, että vangit on suljettu vankilaan rangaistukseksi, ei rangaistaviksi.<sup>28</sup>

## 2.3 Sananvapaus

### 2.3.1 Sananvapauden ala

Sananvapaus on demokraattisen oikeusvaltion kulmakivi.<sup>29</sup> Siihen sisältyy ilmaisunvapaus, joka kuitenkin on kapeampi käsite kuin sananvapaus.<sup>30</sup> Perustuslain 12 §:ssä säädetään muun muassa, että jokaisella on sananvapaus, mihin sisältyy oikeus ilmaista, julkistaa ja vastaanottaa tietoja, mielipiteitä ja muita viestejä kenenkään ennakolta estämättä. Lisäksi tarkempia säännöksiä sananvapauden käyttämisestä annetaan lailla. Euroopan ihmisoikeussopimuksen (SopS 63/1999, EIS) 10 artiklassa puolestaan todetaan muun muassa, että sananvapaus sisältää vapauden pitää mielipiteitä sekä vastaanottaa ja levittää tietoja ja ajatuksia alueellisista rajoista riippumatta ja viranomaisten siihen puuttumatta. Edelleen artiklassa säädetään, että koska näiden vapauksien käyttöön liittyy velvollisuuksia ja vastuuta, se voidaan asettaa sellaisten muodollisuuksien, ehtojen, rajoitusten ja rangaistusten alaiseksi, joista on säädetty laissa ja jotka ovat välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa esimerkiksi epäjärjestyksen ja rikollisuuden estämiseksi, moraalien suojaamiseksi, muiden henkilöiden maineen tai oikeuksien turvaamiseksi tai tuomioistuinten arvovallan ja puolueettomuuden varmistamiseksi.

25 HE 263/2004 vp, s. 135. Ks. myös Vähimmäissääntöjen soveltaminen 1997, s. 33–35; *Hartoneva* 2002, s. 18–20; *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 103–105.

26 *Hartoneva* 2002, s. 68–69.

27 *Hartoneva – Mohell – Pajujoja – Vartia* 2016, s. 104–105; Vähimmäissääntöjen soveltaminen 1997, s. 33.

28 Vähimmäissääntöjen soveltaminen 1997, s. 19. *Van Zyl Smit* ja *Snacken* jäljittävät tämän kiteytyksen englantilaiseen vankilavaltuutettu (vuosina 1922–1946) Alexander Patersoniin (*Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 81).

29 *Handyside v. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohta 49; *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 249.

30 Tieteen termipankki.

Perustuslain esitöiden mukaan sananvapaussäännöksen tarkoituksena on taata esimerkiksi vapaa mielipiteenmuodostus, avoin julkinen keskustelu ja mahdollisuus vallankäytön julkiseen arvosteluun. Sananvapaus ei rajoitu vain poliittisiin ilmaisuihin; sen piiriin kuuluvat muunkin tyyppiset ilmaisut niiden sisällöstä riippumatta. Se esimerkiksi suojaa monenlaisia luovan toiminnan ja itseilmaisun muotoja. Sananvapautta ei ole kytketty myöskään mihinkään nimenomaiseen viestinnän muotoon, vaan sitä suojataan ilmaisemiseen kulloinkin käytettävästä menetelmästä riippumatta.<sup>31</sup>

Sananvapaus turvaa omalta osaltaan jokaisen oikeutta osallistua ja vaikuttaa häntä itseään ja yhteiskuntaa koskevaan päätöksentekoon sekä oikeutta arvostella ja valvoa vallankäyttöä.<sup>32</sup> ”Näiden oikeuksien toteutuminen käytännössä edellyttää ehdotonta turvaa jokaisen mielipiteenvapaudelle sekä laajaa ilmaisunvapautta, joka suojaa niin tiedonvälitystä kuin erilaisten mielipiteiden esittämistä ja vallankäytön ankaraakin kritiikkiä.”<sup>33</sup> Sananvapautta pidetään siis ydinajatukseltaan poliittisena perusoikeutena, johon kuuluu jokaisen oikeus arvostella hallituksen, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toimia.<sup>34</sup> Julkiseen valtaan kohdistuvan arvostelun vapaus on laaja.<sup>35</sup> Viranomaisten toimien arvostelu näyttäisi siten kuuluvan sananvapauden ydinalueen tuntumaan.

*Tiilikkan* mukaan julkisia tehtäviä hoitavilla virkamiehillä on valtaa, minkä vastapainona heidän virkatoimiaan täytyy demokraattisen kontrollin toteutumiseksi voida tarkastella kriittisesti ja julkisesti. Esimerkiksi sosiaalisten epäoikeudenmukaisuuksien, viranomaisesta johtuneiden oikeudenmenetysten ja viranomaisten menettelytapojen julkinen arviointi voi vaikuttaa hallinnon rationalisoimiseen, oikeusvarmuuden parantumiseen ja yleisen hyvinvoinnin kasvuun.<sup>36</sup> Epäasiallinen häirintä on tosin arvostelunkin nimissä kiellettyä, ja kirjoittajalla täytyy olla riittävät perusteet arvostelulle.<sup>37</sup> Arvostelun tulee rajoittua asioihin, joilla on merkitystä arvosteltaessa virkamiehen kykyjä ja luotettavuutta hänelle kuuluvien julkisten tehtävien hoitamisessa.<sup>38</sup>

31 HE 309/1993 vp, s. 56.

32 *Manninen* 2011, s. 460. Vastaavasti julkisuuslaki ilmentää tätä lainsäätäjän tarkoitusta antaa yksilöille mahdollisuus valvoa julkisen vallan käyttöä, muodostaa vapaasti mielipiteensä sekä vaikuttaa julkisen vallan käyttöön ja valvoa oikeuksiaan ja etujaan (Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta 621/1999, 3 §).

33 *Manninen* 2011, s. 460–461. Samansuuntaisesti HE 309/1993 vp, s. 56. Ks. sananvapauden historiasta ja valtaapitävien arvostelun kiellettyä pitämisestä *Neuvonen* 2012, s. 190–194.

34 *Manninen* 2011, s. 463. Ks. myös s. 486–487. Ks. myös *Neuvonen* 2012, s. 133; *Ollila* 2004, s. 19, 157.

35 *Manninen* 2011, s. 486. Sananvapaussääntö on jossain määrin erilaisia Euroopassa ja Yhdysvalloissa, mutta niissä on myös paljon samaa. Yhdysvaltalaisessa oikeuskirjallisuudessa todetaan esimerkiksi seuraavasti: ” – Justice Brennan, concluded in a famous passage that the ‘central meaning’ of the First Amendment guaranteed the right of the ‘citizen critic’ to criticize his government. The First Amendment was said to reflect this nation’s ‘profound commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust,

36 *Tiilikka* 2007, s. 557.

37 Ks. esim. *Pedersen ja Baadsgaard v. Tanska*, kohdat 64 ja 82.

38 *Tiilikka* 2007, s. 558.

### 2.3.2 Sananvapauden rajoittaminen

Sananvapaus ei myöskään ole ehdoton perusoikeus, sitä voidaan rajoittaa. Rajoittaminen ei kuitenkaan voi tapahtua miten hyvänsä ja millaisilla perusteilla tahansa.<sup>39</sup> Sananvapauden käyttöä voidaan esimerkiksi jälkikäteen valvoa rikos- ja vahingonkorvauslainsäädännön keinoin, ja sen käytöstä voidaan lailla antaa määräyksiä. Sananvapauden asema perusoikeutena rajoittaa kuitenkin jälkikäteistä puuttumista sananvapauden käyttöön. Perustuslain esitöiden mukaan esimerkiksi pitkälle menevät tai väljät sanankäytön kriminalisoinnit voivat olla sananvapaussäännöksen kannalta ongelmallisia.<sup>40</sup> Tätä ajatusta voidaan nähdäkseni soveltaa analogisesti myös sananvapauden käytön kurinpidolliseen rankaisemiseen.

Sananvapauden rajoittamisessa tulee noudattaa perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä niin vankien osalta kuin muutoinkin. Seuraavassa luodaan lyhyt katsaus niihin.<sup>41</sup> Perusoikeuksien rajoitusten tulee perustua eduskunnan säätämään lakiin, eikä toimivaltaa siihen saa delegoida lakia aiemmalle säädöstalolle. Rajoitusten tulee olla tarkkarajaisia ja riittävän täsmällisesti määritettyjä, ja niiden olennaisen sisällön tulee ilmetä laista.<sup>42</sup> Rajoitusperusteiden tulee olla hyväksyttäviä: rajoittamisen tulee olla painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatimaa.

Tavallisella lailla ei voida säätää perusoikeuden ytimeen ulottuvaa rajoitusta, ja rajoitusten on oltava suhteellisuusvaatimuksen mukaisia. Siten rajoitusten tulee olla välttämättömiä hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi, ja ne ovat sallittuja ainoastaan, jos tavoite ei ole saavutettavissa perusoikeuteen vähemmän puuttuvien keinoin. Rajoitus ei myöskään saa mennä pidemmälle kuin on perusteltua ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään. Tämän suhteellisuusvaatimuksen huomioon ottaminen ilmenee tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toiminnassa muun muassa siten, että niiden tulee perusoikeusmyönteisen laintulkinnan mukaisesti valita perusteltavissa olevista lain tulkintavaihtoehdoista ”sellainen, joka parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoituksen toteutumista ja joka eliminoi perustuslain kanssa ristiriitaisiksi katsottavat vaihtoehdot”.<sup>43</sup> Lisäksi perusoikeuksia rajoitettaessa on huolehdittava riittävästä oikeusturvajärjestelystä, eivätkä rajoitukset saa olla ristiriidassa Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa.

---

39 *Manninen* 2011, s. 474.

40 HE 309/1993 vp, s. 57.

41 PeVM 25/1994 vp, s. 5; *Viljanen* 2001, passim.; *Hartoneva* 2002, s. 71–75. Huomaa kuitenkin, että kaikkia perusoikeuksia ei voida rajoittaa eli rajoitusedellytyksillä on myös rajoituksensa (*Viljanen* 2001, s. 56–59).

42 Vertailun vuoksi mainittakoon, että yhdysvaltalaisessa oikeuskirjallisuudessa on kirjoitettu samansuuntaisesti tarkkarajaisuusvaatimuksesta: "A law regulating expression has to be especially clear because, if it is not specific, protected expression may be chilled or suppressed" (*Barron – Dienes* 1988, s. 227).

43 PeVM 25/1994 vp, s. 4. Mietinnössä mainitaan perusoikeusmyönteisen laintulkinnan toteuttajiksi tosin vain tuomioistuimet, mutta vakiintuneesti sen katsotaan koskevan myös hallintoviranomaisia (ks. esim. Aoam 2483/4/04; Oam 2807/4/08, s. 8; Aoam 2382/2/14, s. 9). Suhteellisuusvaatimuksen merkityksestä soveltamisvaiheesta ks. myös *Viljanen* 2001, s. 225–226, 352–353.

Ei myöskään riitä, että perusoikeusrajoitus täyttää vain jonkin yllä mainituista rajoitusedellytyksistä; sallitun rajoituksen tulee samanaikaisesti täyttää kaikki edellä mainitut vaatimukset: sellaista perusoikeusrajoitusta, joka on ristiriidassa jo yhden edellä mainitun vaatimuksen kanssa, ei voida pitää sallittuna.<sup>44</sup>

### 2.3.3 Kurinpitorangeistus vankien sananvapauden rajoittamisen muotona

Vankeuslain 15 luvun 1 §:ssä säädetään, että vankilassa on järjestyssääntö, joka sisältää vankeuslakia ja sen nojalla annettuja säännöksiä ja määräyksiä tarkempia määräyksiä vankilan alueella liikkumisesta ja tilojen lukittuna pitämisestä, osastoista, tapaamisten ja puhelimen käytön sekä vapaa-ajan järjestämisestä, omaisuuden hallussapidosta sekä muista vastaavista vankilan järjestyksen ylläpitämiseen ja toimintojen järjestämiseen liittyvistä yksittäisistä seikoista. Luvun toisen pykälän mukaan vangin on noudatettava vankilan järjestyssääntöä sekä vankilan henkilökunnan antamia kehotuksia ja käskyjä ja käyttäydyttävä vankilan henkilökuntaa sekä muita vankeja ja henkilöitä kohtaan asiallisesti.

Saman luvun 3 §:ssä (735/2011) säädetään, että vangille voidaan määrätä kurinpitorangeistus, jos vanki syyllistyy järjestyksirikkomukseen. Järjestyksirikkomuksia on lukuisia erilaisia. Tämän kirjoituksen kannalta on riittävää huomata sellaisiksi ensinnäkin syyllistymisen vankilassa tai muutoin Rikosseuraamuslaitoksen virkamiehen valvonnan alaisena rikokseen, josta ei ole odotettavissa ankarampaa rangaistusta kuin sakkoa. Toiseksi vankeuslain tai sen nojalla annetun valtioneuvoston asetuksen taikka niitä täsmentävän Rikosseuraamuslaitoksen keskushallintoyksikön määräyksen rikkominen voi perustaa järjestyksirikkomuksen. Kolmanneksi järjestyksirikkomuksena voidaan pitää vankilan järjestyssäännön rikkomista edellyttäen, että järjestyssäännössä nimenomaisesti mainitaan kyseisestä rikkomuksesta voivan seurata kurinpitorangeistus.

Edellä olevasta havaitaan vangin ilmaisunvapautta sinänsä voitavan rajoittaa kurinpitorangeistusta käyttämällä. Tämä voi liittyä siihen, että vanki syyllistyy esimerkiksi kunnianloukkaukseen, laittomaan uhkaukseen tai epäasialliseen käytökseen henkilökuntaa, muita vankeja tai muita henkilöitä kohtaan. Vankilassa onkin tärkeää, että niin henkilökunnalla kuin vangeillakin on turvallista eikä kenenkään tarvitse sietää kohtuuttomia sanallisia hyökkäyksiä.<sup>45</sup> Näin tapahtuneen sananvapauden rajoittamisen voidaan yleensä vaivatta arvioida perustuvan lakiin ja hyväksyttävään tarkoitukseen yleisten rajoitusedellytysten edellyttämällä tavalla. Sen jälkeen arvioitaviksi tulevat vielä esimerkiksi kysymykset sääntelyn täsmällisyydestä ja tarkkarajaisuudesta sekä puuttumisen suhteellisuusperiaatteen mukaisuudesta.

---

44 *Viljanen* 2001, s. 61.

45 Vähimmäissääntöjen soveltaminen 1997, s. 30–31. Ks. myös *Tapani – Tolvanen* 2016, s. 425–426.

Vankeuslain 15 luvun 4 §:n (393/2015) 1 momentissa säädetään, että jollei muistutusta pidetä riittävänä seuraamuksena, vangille voidaan määrätä kurinpitorangeaistuksena varoitus, vapaa-ajan toimintaan osallistumisen, rahan tai muiden maksuvälineiden käytön tai omaisuuden hallussapidon rajoittaminen enintään 30 vuorokauden ajaksi tai sijoittaminen yksinäisyyteen enintään kymmenen vuorokauden ajaksi. Vankeuslain esitöissä muistutetaan yksinäisyysrangaistuksen käyttöön liittyvän ongelmia.<sup>46</sup> Sitä voidaan pitää psyykkisesti raskaana toimenpiteenä, joka usein kohdistuu vankeihin, jotka jo muutoinkin kärsivät psyykkisistä ongelmista. Pitkä yksinäisyys usein pahentaa näitä ongelmia, ja tutkimusten mukaan eristäminen myös lisää vankien itsemurhariskiä. Edelleen esitöissä kerrotaan, että kansainvälisissä suosituksissa on asetettu tavoitteeksi vähentää yksinäisyysrangaistuksen käyttöä ja että esimerkiksi Ruotsissa yksinäisyysseuraamuksesta onkin luovuttu.<sup>47</sup> Järjestysrikkomuksesta koituu vangille usein myös muita seuraamuksia, kuten poistumis-, siviilityö- tai opintoluvan epäminen tai yhteydenpidon vaikeutuminen omaisiin.<sup>48</sup> Korostan tässä siis sitä, että vaikka vanki on jo vapautensa menettänyt, yksinäisyysrangaistus on varsin tuntuva seuraus.<sup>49</sup>

## 3. VANGIN SANANVAPAUDEN RAJOITTAMISESTA KÄYTÄNNÖSSÄ

### 3.1 Kotimaiset tapaukset

Tässä kolmannessa luvussa siirrän tarkastelukulman lähemmäs käytännön tasoa. Esittelen ensin kotimaiset esimerkkitapaukset, minkä jälkeen käyn läpi kolme oikeustapausta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä. Luvun lopuksi arvioin kotimaisia tapauksia soveltamalla niihin EIT:n tapauksista ilmeneviä periaatteita ja kotimaisesta perusoikeusdoktriinista ja niin kutsutuista reaalisista argumenteista nousevia huomioita.

Eduskunnan oikeusasiamies on hiljattain julkaissut tarkastuskertomuksen Mikkelin vankilaan marraskuussa 2016 tekemästään tarkastuksesta.<sup>50</sup> Laillisuusvalvoja toteaa lukuisia lainvastaisuuksia vankilan, sen johdon ja aluevankilan johdon toiminnassa. Lainvastaisuuksilla on loukattu vankien oikeuksia. Niin Rikosseuraamuslaitoksen keskushallintoyksikkö kuin eduskunnan oikeusasiamieskin ovat antaneet huomautuksia Mikkelin vankilalle vastaavista lainvastaisuuksista aiemminkin, mutta tilanne on vain huonontunut.

46 Vastaavasti *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 277–279.

47 HE 263/2004 vp, s. 100. Ks. myös Vähimmäissäätöjen soveltaminen 1997, s. 56.

48 HE 263/2004 vp, s. 101; *Hartoneva – Mohell – Pajuoja – Vartia* 2016, s. 237

49 Vaikka hyväksyttävästä syystä tapahtunut eristäminen sinänsä ei ole ihmisoikeussopimuksen kieltämää, tietyissä olosuhteissa yksinäisyysrangaistus kuitenkin voi merkitä 3 artiklan vastaista epäinhimillistä kohtelua, jota ei voida oikeuttaa turvallisuustarpeilla tai muilla sellaisilla syillä (*Lindström ja Mässeli v. Suomi*, kohta 42).

50 EOAK/4397/2016. Ks. myös Oikeusasiamiehen verkkotiedote, jossa on linkki tarkastuskertomukseen.

Tarkastuskertomuksessa<sup>51</sup> kerrotaan ensinnäkin tapauksesta, jossa vangille oli kurinpitomenettelyssä määrätty sopimattomasta käytöksestä kaksi vuorokautta yksinäisyyttä.<sup>52</sup> Vanki oli ilmoituksen mukaan sanonut vartijalle ”etpä tietenkään, vittu”, kun vartija ei ollut heti vastannut vangin kysymykseen, voiko tämä pyytää sairaanhoitajaa tuomaan hänelle uuden kantositeen. Toisessa tarkastuskertomuksessa käsitellyssä<sup>53</sup> tapauksessa vangille oli määrätty sopimattomasta käytöksestä ja järjestyssäännön rikkomisesta kurinpitorangeaistuksena viisi vuorokautta yksinäisyyttä.<sup>54</sup> Vangista tehdyssä ilmoituksessa hänen kerrottiin käyttäytyneen asiattomasti koko päivän, kiellosta huolimatta vierailleen luvottomasti toisella osastolla sekä ulkoilun jälkeen ”avautuneen”, kuinka häntä ”alkaa vituttaa” hänelle annettavat säännöt ja määräykset.<sup>55</sup>

## 3.2 Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöä

### 3.2.1 Yleisesti sananvapautapauksista EIT:ssa

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa arviointi etenee yleensä seuraavasti sananvapausartiklaa koskevilla tapauksissa, esimerkiksi voidaan ottaa vaikkapa tapaus *Vogt v. Saksa*: Ensin oikeus tutkii, onko artiklan suojaamaan oikeuteen ylipäänsä puuttutu (kohdat 42–44). Toiseksi se arvioi, voidaanko puuttumista pitää oikeutettuna. Tämä tapahtuu tutkimalla, onko rajoituksesta säädetty laissa (kohdat 46–48), onko rajoituksella hyväksyttävä tavoite (kohdat 49–51) ja onko se ollut välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa (kohdat 52–61).<sup>56</sup> Välttämättömyydedellytys on yleensä selvästi laajimman ja monipuolisimman arvioinnin kohteena ja osoittautunut monesti esteeksi jäsenvaltioiden menestykselle ihmisoikeustuomioistuimessa.

51 EOAK/4397/2016, s. 35.

52 62/2016/Miv.

53 EOAK/4397/2016, s. 34.

54 65/2016/Miv.

55 Tässä on olennaista huomata, että kurinpitomenettelyyn kuuluu kolme eri vaihetta ja niiden mukaiset asiakirjat: ilmoitus järjestysrikkomuksesta, rikkomuksen selvittämiseksi liittyvä kuuleminen ja varsinkin kurinpitokäsittely (ks. tarkemmin valtioneuvoston asetus vankeudesta (548/2015) 51 § ja 52 § sekä vankeuslaki 15 luku 9 §, 11 §, 12 § ja 15 §). Laillisuusvalvoja nimittäin toteaa tarkastuskertomuksessaan, että kurinpitopöytäkirjasta ja -päätöksestä ei mitenkään ilmene, että kurinpitorangeistus olisi määrätty sopimattoman käytöksen lisäksi myös luvottomalla alueella liikkumisesta. Luvottomalla alueella liikkumista ei ole millään tavalla yksilöity kurinpitoasiakirjoissa, tapahtuma-ajaksi on päätöksessä merkitty ainoastaan sopimattoman käytöksen ajankohta ja kuulemispöytäkirjassa vankia on myös kuultu ainoastaan sopimattomasta käytöksestä. Luvottomalla alueella liikkumisesta mainitaan siis ainoastaan edellä mainitussa vartijan tekemässä järjestysrikkomusilmoituksessa. Koska vangilla on vankeuslain 1 luvun 7 §:n ja 15 luvun 11 §:n perusteella oikeus tulla hallintolain (434/2004) 34 §:ää noudattaen kuulluksi siitä, mitä hänen väitetään tehneen väärin, ja koska hallintopäätös on hallintolain 45 §:n mukaan perusteltava niillä syillä, joihin se tosiasiasa perustuu, on lähdettävä siitä, että kurinpitorangeistus on annettu ainoastaan asiattomasta käytöksestä, jollaiseksi on yksilöity vangin ilmoitus siitä, että häntä voimakkaasti turhauttavat säännöt ja määräykset, joita hänen käsketään noudattaa (hän on sanonut sen hieman eri sanoin). Toisin sanoen vangin kurinpitorangeistus ei voi kattaa rangaistusta teosta, josta häntä ei ole kuultu.

56 Ks. vastaavasti tuoreemmasta oikeuskäytännöstä esimerkiksi *Orlovskaya Iskra v. Venäjä*, kohdat 94–133.

### 3.2.2 Yankov v. Bulgaria

Kun Yankov oli vankilassa ollessaan menossa tapaamaan häntä tapaamaan tullutta lakimiestään, vankilan viranomaiset takavarikoivat hänen hallustaan papereita. Yankovin mukaan kyse oli hänen kirjoittamastaan kirjan luonnoksesta, jossa kuvailtiin tapahtumia vankilassa ja hänen rikosprosessiaan ja josta hän aikoi lukea katkelmia lakimiehelleen. Vankilaviranomaiset väittivät hänen aikoneen välittää paperit lakimiehensä kautta eteenpäin.<sup>57</sup>

Yankov arvosteli kirjoituksessaan muun muassa vankilan olosuhteita huonoiksi ja vankien kohtelua sadistiseksi, syytti vartijoita epäasianmukaisesta käytöksestä, kuten väkivallasta vankeja kohtaan, ja arvosteli rikosoikeudenkäyntiään epäoikeudenmukaiseksi ja laittomaksi. Hän käytti solvaavia ja halveksuvia ilmaisuja ja nimityksiä muun muassa poliiseista ja vartijoista ja väitti, että tuomarit olivat päättäneet rikkoo ennätyksiä vankien epäinhimillisessä kohtelussa.<sup>58</sup> Kuultuaan Yankovia ja vartijoita vankilan johtaja määräsi hänelle seitsemän päivää yksinäisyyttä sillä perusteella, että hän oli esittänyt loukkaavia ja herjaavia lausumia vartijoista, tutkijoista, tuomareista, syyttäjistä ja valtion laitoksista. Eristysolosuhteet olivat karut.

Ihmisoikeustuomioistuin pitää selvänä, että sananvapauten sinänsä kajottiin, siitä oli säädetty laissa ja sillä tavoiteltiin hyväksyttävää päämäärää. Tuomion kohdassa 129 oikeus käsittelee keskeisiä asioita koskevia periaatteita sananvapauden ja erityisesti välttämättömyysvaatimuksen kannalta: Sananvapaus on demokraattisen yhteiskunnan keskeisimpiä kulmakiviä ja perusedellytys sen kehitykselle ja yksilöiden itsensä toteuttamiselle. Se ei sovellu ainoastaan tietoon ja ajatuksiin, jotka koetaan myönteisiksi, vaarattomiksi tai yhdentekeviksi, vaan myös sellaisiin, joita pidetään loukkaavina, järkyttävinä tai huolestuttavina. Tämä on seurausta pluralismin, suvaitsevuuden ja vapaamielisyyden vaatimuksista, joita ilman demokraattista yhteiskuntaa ei ollut olemassa. Sananvapaudesta on poikkeuksia, mutta niitä täytyy tulkita ahtaasti ja kaikkien rajoitusten tarpeellisuudesta tulee olla vakuuttava näyttö. Välttämättömyys EIS 10 artiklan 2 momentin mielessä viittaa pakottavan yhteiskunnallisen tarpeen olemassaoloon.

Edelleen EIT vahvistaa, että demokraattisessa yhteiskunnassa yksilöillä on oikeus ottaa kantaa ja arvostella oikeushallintoa ja sen virkamiehiä. Virkamiehiin kohdistetun hyväksyttävän arvostelun rajat saattavat olla myös väljempiä kuin yksityishenkilöihin kohdistetun.<sup>59</sup> Silti ei voida katsoa, että virkamiehet asettavat kaikki sanansa ja toimensa julkisesti arvosteltaviksi samalla tavoin kuin poliitikot ja että virkamiehiä siten tulisi voida arvostella yhtä vapaasti kuin poliitikkoja. Virkamiesten täytyy lisäksi nauttia julkista luottamusta kohtuuttomasta häirinnästä

57 *Yankov v. Bulgaria*, kohta 65.

58 *Yankov v. Bulgaria*, kohta 66.

59 Näin myös esimerkiksi *Morice v. Ranska*

vapaissa oloissa voidakseen toimittaa tehtäviään menestyksellä: saattaa olla tarpeen suojella heitä loukkaavilta ja herjaavilta hyökkäyksiltä virantoimituksessa.<sup>60</sup>

Vankien erityisen suojattomuuden<sup>61</sup> huomioiden EIT edelleen perustelee, että jos vankeja rangaistiin siitä, että he olivat tehneet vääriksi katsottuja väitteitä vankeuden oloista ja vankilaviranomaisten toimista, rankaisemiselle täytyy olla erityisen päteviä perusteita, jotta sitä voitaisiin pitää välttämättömänä demokraattisessa yhteiskunnassa.<sup>62</sup> Vaikka Yankovin esittämät lausumat *olivat epäilyksettä solvaavia*, ne eivät kuitenkaan EIT:n arvion mukaan olleet läheskään törkeän loukkaavia.<sup>63</sup> Lisäksi ne oli esitetty käsikirjoituksessa ja kysymys oli kertomuksesta, jossa henkilö kuvasi elämänsä tapahtumia vankina ja esitti käsityksensä häntä vastaan ajetusta rikosasiasta omaksuen kriittisen asenteen laittomiksi väittämiensä virkamiesten toimien suhteen. Tuomioistuin linjaa, että koska loukkaavat ilmaisut oli esitetty kirjallisesti oikeushallinnon *sisällöllisen arvostelun yhteydessä*, valtion viranomaisten olisi tullut pidättäytyä reagoimasta. Vangin oikeuksiin puuttumisen suhteellisuusarvioinnin kannalta merkitystä on lisäksi sillä, että vanki *ei ollut julkistanut* huomioitaan.<sup>64</sup>

Ihmisoikeustuomioistuin *ei pidä riittävänä* perusteena Yankovin rankaisemiselle sitä, että tiettyjen huomautusten oli täytynyt loukata henkilökohtaisesti vankilan virkamiehiä heidän nähtyään käsikirjoituksen sen takavarikoinnin jälkeen. Virkamiehillä on velvollisuus turvautua valtuuksiinsa vain ammatillisin perustein antamatta henkilökohtaisten tunteiden vaikuttaa toimenpiteisiinsä epäasiallisesti. Se, että virkamiesten täytyy nauttia julkista luottamusta aiheettomasta häirinnästä vapaissa oloissa, saattaa oikeuttaa sananvapauten puuttumisen *vain silloin*, kun tuossa suhteessa on olemassa *todellista uhkaa*.<sup>65</sup> Valittajan laatima käsi-kirjoitus ei selvästikään perustanut sellaista uhkaa.<sup>66</sup> Puuttuminen Yankovin ilmaisunvapautteen ei ollut välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa, ja ihmisoikeussopimuksen 10 artiklaa oli rikottu.

60 *Yankov v. Bulgaria*, kohta 129.

61 Ks. tästä myös *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 71.

62 *Yankov v. Bulgaria*, kohta 134.

63 *Yankov v. Bulgaria*, kohta 137.

64 *Yankov v. Bulgaria*, kohdat 137, 141. Tälle annettiin merkitystä myös tapauksessa *Tapkan ja muut v. Turkki*, kohta 70. Tapauksessa *Kostov v. Bulgaria*, kohta 46, merkitystä annettiin sen sijaan laajemman julkisuuden puutteeseen, vaikka väite viranomaisen syyllistymisestä rikokseen olikin tehty vankilan ulkopuoliselle viranomaiselle.

65 Yhdysvaltalaisessa sananvapausdoktriinissa on samansuuntaisesti lausuttu ilmaisunvapauden käytön rankaisemisesta ja lausuman uhkaavuudesta seuraavasti: "Justice Douglas said in fact that it was the purpose of the First Amendment to invite dispute. '[The First Amendment] may indeed best serve its high purpose when it induces a condition of unrest, creates dissatisfaction with conditions as they are, or even stirs people to anger.' *Speech can neither be censored nor punished 'unless shown likely to produce a clear and present danger of a serious substantive evil that rises far above public inconvenience, annoyance, or unrest.'*" (*Barron – Dienes* 1988, s. 259, kursivointi tässä).

66 *Yankov v. Bulgaria*, kohdat 142–143.

### 3.2.3 Kostov v. Bulgaria

Kostov-tapauksessa on kysymys vangin sananvapauden loukkauksesta, kun hänet määrättiin yksinäisyyteen 14 vuorokaudeksi sen vuoksi, että hän oli kannellut viralliselle syyttäjälle perheensä lähettämän paketin kateisiin jäämisestä ja esittänyt väitteen, että paketin kateisiin jääminen merkitsi rikosta. Yksinäisyysrangaistus perustettiin siihen, että vangin väitteitä pidettiin herjaavina.

Kuten *Yankov*-tapauksessakin, EIT:n mukaan yksinäisyyteen määräämisellä kerrotuissa oloissa puututtiin valittajan sananvapauteen mutta puuttumiselle oli peruste kotimaisessa laissa ja sillä periaatteessa pyrittiin hyväksyttävään tavoitteeseen eli vankilan virkailijoiden maineen ja oikeuksien suojeluun.<sup>67</sup> Puuttumisen välttämättömyydestä tuomioistuimien lausuu samaan tapaan kuin *Yankov*-tapauksessa: julkiset toimihenkilöt saattavat tarvita suojaa loukkaavia ja herjaavia hyökkäyksiä vastaan, kun niillä tarkoitetaan vaikuttaa viranhoitoon ja vahingoittaa heitä ja heidän toimiaan kohtaan tunnettua julkista luottamusta. Toisaalta vankien erityisen suojaton asema on otettava huomioon: täytyy olla erityisen vahvoja perusteita, jotta vankia saataisiin rangaista hänen tekemistään mahdollisesti vääristä syytöksistä vankilaviranomaisia vastaan.<sup>68</sup>

Kansallisten viranomaisten tulee soveltaa standardeja, jotka ovat sopuissa sananvapauteen koskevien periaatteiden kanssa, ja perustaa ratkaisunsa asiaankuuluvien tosiseikkojen hyväksyttävään arviointiin. Tässä valossa ihmisoikeustuomioistuimien arvioi sananvapauteen puuttumista kokonaisuutena huomioiden lausumien asiayhteys ja päättää, onko puuttuminen ollut yksittäistapauksessa oikeasuhteista hyväksyttävän tavoitteen saavuttamiseksi ja ovatko kansallisten viranomaisten esittämät perusteet asiaankuuluvia ja riittäviä.<sup>69</sup>

Ihmisoikeustuomioistuimien perustelee, että Kostovin lausumat liittyvät riitaan, joka koskee hänen henkilökohtaisia oikeuksiaan. Lausumat on esitetty viralliselle syyttäjälle osoitetussa kirjeessä, ja syyttäjällä on valtuudet valvoa rangaistuslaitoksia ja käsitellä tuollaisia riitoja. Vanki on ensin yrittänyt saada tietoa paketista vankilalta, mikä ei ole johtanut tuloksiin. Vasta sitten hän on pyytänyt syyttäjää tutkimaan asiaa. Siten hän on ilmeisesti uskonut kirjeessä ilmoittamansa seikat tosiksi. Mikään ei EIT:n mukaan osoita, että hän ei olisi toiminut lain säätämässä puitteissa tai että hänellä olisi ollut väärä tarkoituksia. Niinpä EIT toteaa jääneen näyttämättä, että valittajan sananvapauteen puuttumiselle olisi ollut pakottavaa yhteiskunnallista tarvetta.<sup>70</sup>

67 *Kostov v. Bulgaria*, kohdat 42–43.

68 *Kostov v. Bulgaria*, kohta 44.

69 *Kostov v. Bulgaria*, kohta 44.

70 *Kostov v. Bulgaria*, kohta 45.

Tapauksessa vanki *ei ole* EIT:n mukaan myöskään *turvautunut herjaaviin, koviin taikka hillittömiin ilmaisuihin*, vaikkakin eräät ilmaiset (paketin kateisiin jääminen perusti rikoksen) ovat liioittelun rajamailla. Kirjeellä ei ole vaarannettu vankilan toimihenkilöiden arvovaltaa eikä *julkista mainetta*, kun sen sisältöä ei ole päästetty julkisuuteen taikka toisten vankien tietoon.<sup>71</sup> Muun muassa näiden syiden vuoksi ja koska kansallinen tuomioistuimien oli täysin laiminlyönyt asiaankuuluvien seikkojen arvioimisen, Kostovin sananvapauteen oli loukattu.

### 3.2.4 Skalka v. Puola

Otetaan seuraavaksi puolestaan tapaus, jossa on käytetty selkeitä solvauksia tuomioistuimesta ja sen jäsenistä ilman muuta sisältöä. Vanki tuomittiin kansallisessa tuomioistuimessa kahdeksaksi kuukaudeksi vankeuteen aiempien lisäksi, koska hän solvasi tuomareita ja tuomioistuinta. Hän oli esimerkiksi nimittellyt tuomareita vastuuttomiksi klovnneiksi ja typeryksiksi. Kirjeen sävy oli kokonaisuutena selvästi halventava.<sup>72</sup> Skalka ei kuitenkaan ollut esittänyt mitään konkreettisia moitteita: hän oli ilmaissut suuttumustaan ja turhautumistaan mutta ei ihmisoikeustuomioistuimen arvion mukaan kohtuullisella huolellisuudella jäsentänyt kirjettään selvästi siinä, miksi hänen mielestään hänen saamansa vastaus ansaitsi niin voimakkaan reaktion.<sup>73</sup> Siten puuttuminen valittajan sananvapauteen oli sinänsä hyväksyttävää tuomioistuimien suojaamiseksi.<sup>74</sup> Annettu rangaistus oli kuitenkin suhteettoman ankara: käsillä oli sopimusrikkomus.

Tapauksessa ihmisoikeustuomioistuimien toteaa myös, että tuomioistuimien, jotka ovat oikeussuojan takaajia ja joilla on perustava asema oikeusvaltiossa, tulee nauttia yleisön luottamusta, ja siten niitä tulee suojella perusteettomilta hyökkäyksiltä. Siitä huolimatta tuomioistuimet eivät ole immuuneja arvostelulle kuten eivät muutkaan julkiset laitokset. *Vangeilla on tässä asiassa samat oikeudet kuin yhteiskunnan muilla jäsenillä*. Arvostelun ja solvauksen ero on joka tapauksessa selvästi tehtävä: jos jollakin ilmaisulla *tarkoitetaan pelkästään loukata* oikeutta tai sen jäseniä, asianmukainen rangaistus ei periaatteessa perusta EIS 10 artiklan 2 momentin rikkomusta.<sup>75</sup> Merkittävin ero *Yankov*-tapaukseen näyttäisi olevan siinä, että Skalka ainoastaan nimitteli halventavasti ilman mitään sisällöllistä panosta ja kohdisti tämän yksinomaan tuomioistuimeen ja yksittäisiin tuomareihin, kun taas *Yankov*in solvaukset liittyivät selvemmin epäkohtien arvostelemiseen ja kohdistuivat pääasiassa vankilaviranomaisiin, vaikka osittain tosin tuomioistuimeenkin.

71 *Kostov v. Bulgaria*, kohta 46.

72 *Skalka v. Puola*, kohta 36.

73 *Skalka v. Puola*, kohta 37.

74 *Skalka v. Puola*, kohdat 40–41.

75 *Skalka v. Puola*, kohta 34.



### 3.3 Kotimaisten tapausten arviointi

#### 3.3.1 Suhteellisuusperiaatteen mukaisuus

Edellä käsitellyissä EIT:n ratkaisemissa tapauksissa todettiin kaikissa, että sananvapauteen oli kajottu<sup>76</sup>, rajoituksesta säädettiin laissa ja sillä oli hyväksyttävä tavoite. Arviointi keskittyi siten välttämättömyyshedellytyksen täyttymiseen tai seuraamuksen kohtuullisuuteen. Kun välttämättömyysarviointi on nyt tuoreena mielessä, aloitan hieman nurinkurisesti kotimaisten oikeustapausten käsittelyn siihen kiinnittyvällä arvioinnilla ja vasta sen jälkeen pohdin lailla säättämisen vaatimusta.

Kotimaisissa esimerkkitapauksissa oli siis kyse kahdesta järjestysrikkomustapauksesta, joissa vangille määrättiin kurinpitörangaistus.<sup>77</sup> Ensimmäisessä vanki sai kaksi vuorokautta yksinäisyyttä, koska sanoi vartijalle ”etpä tietenkään, vittu”. Toisessa taas tuli viisi vuorokautta yksinäisyyttä, koska vanki kertoi, että häntä ”alkaa vituttaa” hänelle annetut määräykset ja säännöt. Seuraavaksi arvioin näitä tapauksia muun muassa edellä tässä kirjoituksessa esitettyjen näkökohtien valossa. Vaikka kotimaiset tapaukset eivät ole aivan samanlaisia käsiteltyjen eurooppalaisten tapausten kanssa, EIT:n tapauksissaan esittämiä yleisempiä periaatteita voidaan analogisesti monin osin soveltaa niihin. Varsinkin *Yankov*-tapaus vaikuttaa kirjoitetun selvästi periaatteellisemmasta näkökulmasta kuin vain yksittäistapauksen ratkaisuksi.

Sananvapaus soveltuu siis myös loukkaavina, järkyttävinä tai huolestuttavina pidettäviin lausumiin. Sananvapaudesta on poikkeuksia, mutta niitä täytyy tulkita ahtaasti, ja kaikkien rajoitusten tarpeellisuudesta tulee olla vakuuttava näyttö. Rajoituksen välttämättömyys merkitsee pakottavan yhteiskunnallisen tarpeen olemassaoloa. Demokraattisessa oikeusvaltiossa yksilöllillä on lähtökohtaisesti oikeus arvostella oikeushallintoa ja sen virkamiehiä. Vaikka virkamiesten täytyy voida työskennellä kohtuuttomasta häirinnästä vapaissa oloissa, tämä oikeuttaa sananvapauteen puuttumisen vain silloin, kun tuossa suhteessa on todellista uhkaa.

Nähdäkseni Mikkelin vankilan tapauksissa mitään uhkaa ei tässä suhteessa ole ollut: virkamiehet eivät joutuneet kohtuuttoman häirinnän kohteiksi. Puheena olevat ilmaisut eivät ole olleet uhkaavia eivätkä ole sisältäneet esimerkiksi henkilökohtaisia solvauksia tai vihapuheeksi

---

76 Voidaan kuitenkin kysyä, onko tässä käsiteltävissä kotimaisten vankien tapauksissa kyse lainkaan sananvapauden rajoittamisesta, eli olivatko lausumat sananvapauden käyttämisestä lainkaan. Päädyn kuitenkin sille kannalle, että he ilmaisivat arvostelunsa ja vastustuksensa virkamiehiä eli julkista valtaa kohtaan niillä keinoilla ja sillä tavalla, joihin katsoivat niissä olosuhteissa kykenevänsä, joten kyse on sananvapauden suojaamasta toiminnasta. Ylipäänsä on syytä havaita, että sananvapausoikeuden suojaaja eivät saa ainoastaan hyvin perustellut lausumat, vaan suojaaja voi saada jopa pelkkien symbolien kantaminen tai muu symbolinen teko, erityisesti kun siihen liittyy poliittisen ilmaisun esittäminen (*Vajnai v. Unkari*, kohta 47; *Murat Vural v. Turkki*, kohdat 44–54).

77 Tapauksia kuvattiin tarkemmin yllä luvussa 3.1.

luonnehdittavaa sisältöä. Ne eivät missään tapauksessa ole olleet myöskään törkeän loukkaavia, eivätkä vangit olleet turvautuneet herjaaviin, koviin taikka hillittömiin ilmaisuihin. Vankilan toimihenkilöiden arvovaltaa tai julkista mainetta ei ole vaarannettu, kun lausumien sisältöä ei ole päästetty julkisuuteen eikä muutoinkaan suuren joukon tietoon. On totta, että niitä ei ole esitetty erityisen hyvin eritellyn sisällöllisen arvostelun yhteydessä, mutta lienee silti ilmeistä, että vangit ovat lausumillaan tarkoittaneet arvostella kohteluaan ja ilmaista turhautumistaan kohtaamiensa vaikeuksien takia.

Esimerkiksi uutta kantosidettä pyytäneen vangin reaktio kertonee siitä, että vankien aiheellistenkaan pyyntöjen sivuuttaminen ei ole ollut Mikkelin vankilassa epätavallista. Tämä päätelmäni viranomaisten toiminta-asenteista on sopusoinnussa laillisuusvalvojan tarkastuskertomuksen lukuisten havaintojen kanssa. Vaikka käsillä saattaa olla jonkinasteinen yliireagointi vangilta, hän kuitenkin vaikuttaa lähinnä turhautuneelta siihen, että apua ei pyydettyessä yleensä saa, ja yrittää tehdä tämän tietäväksi, osoittaa arvostelunsa siihen.

Toinen vanki puolestaan ilmaisee kokevansa häneen kohdistetut määräykset turhauttaviksi. Sellaisessa tapauksessa tulisi ennemminkin selvittää, mistä tarkkaan ottaen on kyse ja ymmärtääkö vanki riittävän hyvin esimerkiksi vankilan järjestyssäännön. Vankeuslain 1 luvun 6 § 2 momentissa on säädetty, että Rikosseuraamuslaitoksen virkamiehen tulee *ensisijaisesti* neuvoin, kehotuksin ja käskyin ylläpitää vankilan järjestystä ja turvallisuutta. Määräyksiin turhautuminen voi aiheutua siitä, että vanki ei ymmärrä niitä tai häneen kohdistuvia odotuksia. Hän todennäköisesti hyötyisi enemmän keskustelusta, jossa hänen turhautumisensa syytä pyritään ymmärtämään ja poistamaan, kuin rankaisemisesta. Tuollainen rankaiseminen pikaistuksissa tai ajattele mattomuutta sanotuista sopimattomista sanoista ei vaikuta olevan ristiriidaton viimeksi mainitun lainkohdan kanssa; se tuskin myöskään toteuttaa vankeuslain 1 luvun 2 §:ssä säädettyä vankeuden täytäntöönpanon tavoitetta vangin valmiuksien lisäämisestä rikoksettomaan elämäntapaan vaan päinvastoin haittaa tavoitteen toteutumista lisäämällä vangin yhteiskunnanvastaisuutta, sillä mikäpä muukaan reaktio turhautuneen ja mahdollisesti epätietoisen vapautensa menettäneen rankaisemisesta voisi olla. Sananvapauden rajoitusta voidaan muutenkin pitää välttämättömänä vain, mikäli tavoite ei ole saavutettavissa muilla, sananvapautta vähemmän rajoittavilla keinoilla,<sup>78</sup> jollaisen siis mainittu vankeuslain 1 luvun 6 § 2 momentti näyttäisi tässä tapauksessa halukkaalle tarjoavan.

Joka tapauksessa on pantava merkille, että EIT:n viittaus *Skalka*-tapauksessa siihen, että arvostelu ei sisältänyt mitään konkreettista moitetta, koskee erityisesti tuomioistuinten toiminnan arvostelemista tilanteessa, jossa lausuman sisältö on lähes yksinomaan solvaamista ja nimittelemistä. Ihmisoikeustuomioistuin näyttää hyväksyvän tuomioistuinten arvovallan suojaamiseen perustuvat rajoitukset sananvapauteen helpommin kuin viranomaisten arvosteluun

---

78 *Manninen* 2011, s. 479.

muutoin.<sup>79</sup> Niinpä koska kyse ei ole tuomioistuinten arvostelusta ja koska virkamiehiä ei edes nimitelty, en pidä niin merkittävänä, että Mikkelin vankilan vangit eivät olleet artikuloineet sisällöllistä arvosteluaan huolellisesti. Kyse oli käytännössä vain yhdestä kirosanasta.

Ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä on siis edellä kuvatuissa tapauksissa annettu merkitystä myös vankien erityisen suojattomalle asemalle: esimerkiksi vankeuden olosuhteita tai viranomaisten toimia koskevista vääristä väitteistä rankaisemiselle täytyy olla erityisen päteviä perusteita, jotta sitä voitaisiin pitää välttämättömänä demokraattisessa yhteiskunnassa.<sup>80</sup> Muutoinkin EIT:n oikeuskäytännössä on usein lausuttu, että erinäiset viranomaisten antamat moitteet tai uhkaukset sillä perusteella, että kansalainen on käyttänyt oikeuttaan arvostella viranomaisia, voivat vaikuttaa lamauttavasti ja yleisestävästi sananvapauden käyttöön tulevaisuudessa ja merkitä jo siksi sananvapauden kiellettyä rajoittamista.<sup>81</sup> Arvioin myös arvostelun esittämiseen kohdistuvan kovin hanakan rankaisemiskulttuurin vankilassa voivan vaikuttaa tällä tavalla ja siten merkitä sananvapauden rajoittamista.

Vangin esittämä arvostelu tai tekemä kantelu voinee tulla järjestysrikkomuksena käsiteltäväksi lähinnä ilmeisessä oikeuksien väärinkäyttötilanteessa tai jos siinä uhkaillaan, karkeasti solvataan, käytetään vihapuhetta, rasismia tai muuta vastaavaa syrjintää tai kiihotetaan kansanryhmää vastaan tai karkeasti valehdellaan. Lausumaa ja siitä rankaisemisen välttämättömyyttä arvioitaessa tulee kuitenkin EIT:n tapaan huomioida vankeusrangaistuksen suorittamisen olevan aivan erityislaatuinen olosuhde: Esimerkiksi tapahtuneet oikeudenloukkaukset tai muut vaikeudet vankilassa voivat ymmärrettävästi aiheuttaa vangeissa voimakkaita tunteita, kuten pelkoa, huolta ja turhautumista. Kun lisäksi usein on tarkoitus kertoa jonkinlaisesta häädystä tai ongelmasta ja kun monet vangit eivät ole erityisen harjaantuneita esittämään asioitaan kaikkien taiteen sääntöjen mukaan tai ylipäänsä kertomaan kokemuksistaan tai tunteistaan, kuuluu ammattitaitoon osata suhtautua tällaisiin tilanteisiin suurella ymmärryksellä.<sup>82</sup>

Yksittäisten kiro sanojen<sup>83</sup> vahtiminen vankilalolosuhteissa ja niistä vuorokausien eristysrangaistusten antaminen, vaikka tilanteeseen ei liity mitään uhkaavaa tai loukkaavaa

menettelyä, on Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö huomioiden tarpeetonta ja ylimitoitettua ja voidaan kyseenalaistaa myös yhdenvertaisuuden, normaalisuusperiaatteen ja sen tosiasiallisten vaikutusten kannalta. Tiedetään näet, että yleensä vankien puheessa vilisevät kiro sanat ovat varsin hyvin siedettyjä eri vankiloissa eikä henkilökunta niihin puutu. Virkamiestenkään suista lipsahtavat kiro sanat eivät ole ennenkuulumattomia, ja yhteiskunnassa muutoinkin, esimerkiksi sosiaalisessa mediassa, ne ovat tavallisia. Tällaisesta kiro sanojen valvomisesta aiheutuu helposti myös ulossulkemista ja marginalisoitumista: sanoista rankaiseminen on omiaan aiheuttamaan sen, että osa vangeista vetäytyy vuorovaikutuksesta henkilökunnan kanssa ja ottaa entistä vähemmän vastuuta asioidensa hoitamisesta ja kuntouttamisestaan.

Reaalisen argumenttina esitän vielä, että arvostelun sävyyn ja tyyliin keskittyminen on myös usein käytetty mutta hyvin ongelmallinen tapa, joka mahdollistaa arvostelun sisällön käsittelyn laiminlyömissä ja itse asiassa arvostelijan vaijennamisen. Silloin siirrytään keskustelemaan asian sijasta etupäässä siitä, kuka saa sanoa ja millä tavalla, ja tässä keskustelussa ehdot määrittelee yleensä se, jolla on muutenkin valta-asema tilanteessa. Ylenmääräinen puuttuminen asian esittämistapaan on toisin sanoen omiaan aiheuttamaan itsesensuuria ja vaijennamaan erityisesti jo valmiiksi heikossa asemassa olevia, jolloin epäkohdat eivät myöskään tule niin hyvin esiin. Tällöin vankilalolosuhteissa jää helpommin kytemään eräänlaisia latenteja konflikteja, mikä puolestaan lisää väkivallan ja muun ei-toivottavan toiminnan todennäköisyyttä.<sup>84</sup> Pitäisi ymmärtää, että vapautensa menettäneiden esittämä arvostelu on arvokasta jo sinänsä.<sup>85</sup>

*Van Zyl Smit* ja *Snacken* kirjoittavat seuraavasti: "The European concept of democracy entails that European prison systems and their prison staff must accept criticism expressed by prisoners."<sup>86</sup> Oikeus arvostella julkisen vallan käyttäjiä yleisesti ja vangitsijoitaan erityisesti on erittäin keskeinen ilmaisunvapauden käyttömuoto,<sup>87</sup> jolle tulee antaa huomattava merkitys punnittaessa perusoikeuteen ja sen rajoitusperusteeseen liittyviä arvoja ja intressejä vastakkain.<sup>88</sup> Pitäen tämän mielessä ja muutoin edellä tässä alaluvussa selostetuilla perusteilla arvioin, että puuttuminen Mikkelin vankilan vankien sananvapautteen *ei ole ollut pakottavan*

79 *Skalka v. Puola*, kohta 40; *Morice v. Ranska*, kohdat 128–131. Ks. myös *Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012, s. 726–727; Manninen 2011, s. 487. On syytä panna merkille, että 10 artiklan toisen momentin rajoitussäännöksessä on nimenomaisesti mainittu tuomioistuinten arvovallan ja puolueettomuuden varmistaminen perusteeksi rajoittaa sananvapautta, mutta erikseen ei ole mainittu esimerkiksi muiden virkamiesten suojaamista.

80 *Yankov v. Bulgaria*, kohta 134; *Kostov v. Bulgaria*, kohta 44.

81 Niin kutsuttu *chilling effect* (ks. esimerkiksi *Wille v. Liechtenstein*, kohta 50; *Morice v. Ranska*, kohta 127; *Kostov v. Bulgaria*, kohta 47).

82 Samansuuntaisesti *Yankov v. Bulgaria*, kohta 142.

83 Ks. myös tapaus *Uj v. Unkari*. Tapauksessa toimittaja oli arvostellut valtionyhtiön viiniä lehdessä paskaksi ja hänet oli tuomittu siitä oikeudessa. EIT myönsi ilmaisun olleen loukkaava (offensive; kohta 23) mutta totesi sananvapauden loukkauksen ja lausui muun muassa, että vulgaarin ilmauksen käyttäminen *ei sinänsä* ole ratkaisevaa ilmaisun loukkaavuutta arvioitaessa (kohta 20). EIT:n mielestä valittaja oli kuitenkin ensisijaisesti tarkoittanut kiinnittää huomion valtion omistusoikeudesta johtuviin epäkohtiin eikä mustamaalata yhtiön tuotteita lukijoiden silmissä (kohta 23).

84 *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 43.

85 Ks. esimerkiksi Vähimmäissääntöjen soveltaminen 1997, s. 42–43. Siinä todetaan muun muassa, että vankeja tulee rohkaista esittämään valituksia ja saattamaan vankilaelämässä kokemansa ongelmat vankilahallinnon tietoon. Vankeja ei sen mukaan saa koskaan myöskään painostaa vaikenemaan kokemistaan epäkohdista, vaan vankilahenkilökunnan tulee tehdä vankien pyyntöjen ja valitusten kuulemisen ilmapiiri mahdollisimman ystävälliseksi ja vapautuneeksi.

86 *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 249.

87 Ks. luku 2.3.1.

88 Ks. *Viljanen* 2001, s. 219, jossa todetaan seuraavasti: punnittaessa perusoikeuteen ja sen rajoitusperusteeseen liittyviä arvoja tai intressejä vastakkain, merkitystä on sillä, kuinka keskeiseen perusoikeuden käyttömuotoon puuttumisesta on kysymys. Vaikka lausuma on kirjoitettu lainsäätämisyvaiheessa tapahtuvan suhteellisuusarvion yhteydessä, se ilmeisesti on sovellettavissa myös soveltamisvaiheen arvioissa (ks. myös *Viljanen* 2001, s. 225–226; *Manninen* 2011, s. 480–481, 486–487).

yhteiskunnallisen tarpeen sanelemaa eikä siten välttämätöntä. Lainsäädäntö osoittaa sopivampiakin keinoja reagoida vankien epärakentavaan käyttäytymiseen, varsinkin jos kyse on lähinnä ajattelemattomista, pikaistuksissa sanotuista ilmauksista tai yksittäisistä rumista sanoista niin kuin näyttäisi nytkin olevan.<sup>89</sup> Lisäksi kiinnitän huomioni siihen, että lailla ei voida kieltää sellaista, johon perustuslaki nimenomaan oikeuttaa.<sup>90</sup> Kun sananvapauden fundamentaalinen tarkoitus on sallia julkisen vallankäytön arvostelu, on se lähtökohtaisesti perustuslain oikeuttamaa toimintaa: rankaiseminen siitä ei voi tapahtua niin matalalla kynnyksellä kuin se nyt näyttää Suomen vankiloissa tapahtuvan, vaan edellytysten on oltava olennaisesti korkeammat.

Lisäksi pelkkä seurauksen ankaruus suhteessa tekoon, jonka vuoksi se on annettu, voi perustaa sananvapauden loukkauksen, jos se on suhteeton, kuten *Skalka*-tapauksesta käy ilmi.<sup>91</sup> Pidän Mikkelin vankilassa annettuja useiden vuorokausien yksinäisyysrangaistuksia tässä mielessä selvästi suhteettomina tekojen moitittavuuteen nähden, ja edelleen pidän todennäköisenä, että ne jo sellaisenaan merkitsisivät ihmisoikeustuomioistuimessa sopimusloukkausta. Mikkelin vankilaa koskevassa tarkastusraportissaan myös apulaisoikeusasiamies *Pajujoja* toteaa, että kurinpitokäytäntö vankilassa on selvästi Rikosseuraamuslaitoksen ohjetta ankarampi ja varsin vähäisistä käytösrikkeistä annetaan erittäin kovia kurinpitorangeistuksia.<sup>92</sup>

### 3.3.2 Lailla säätämisen vaatimus

Lopuksi kiinnitän huomiota perusoikeusrajoitusten lailla säätämisen vaatimukseen. Kuten olen edellä todennut, vankeuslaissa säädetään, että vangin tulee käyttäytyä asiallisesti muun muassa vankilan henkilökuntaa kohtaan ja että vankeuslain vastaisesta toiminnasta voidaan määrätä kurinpitorangeistus. Rajoitus perustuu siinä mielessä lakiin ja on myös hyväksyttävän tavoitteen motivoima samaan tapaan kuin *Yankov*- ja *Kostov*-tapauksissakin. Rajoitusten tulee kuitenkin olla tarkkarajaisia ja riittävän täsmällisesti määriteltyjä, ja rajoitusten olennaisen sisällön tulee ilmetä laista.<sup>93</sup> Laista tulee käydä selville esimerkiksi rajoitusten laajuus ja täsmälliset edellytykset.<sup>94</sup> Rajoitusvaltuudet on kirjoitettava laissa niin selkeiksi, että niiden perusteella voidaan ennakoida riittävällä varmuudella, miten toimivaltuuksia tullaan käyttämään.<sup>95</sup> Huomautan myös ihmisoikeustuomioistuimen katsoneen sillä olevan merkitystä

lain täsmällisyyttä arvioitaessa, mille ihmisryhmälle kyseinen lainsäädäntö on kohdistettu.<sup>96</sup> Näillä perusteilla arvioin vankien kurinpitorangeistuksen perustana olevien sananvapautta rajoittavien säännösten laadulle asetettavan verrattain korkeat vaatimukset.<sup>97</sup>

Myös vankeuslain esitöissä kiinnitettiin huomiota tähän ongelmaan: Hallituksen esityksessä myönnettiin, että vankia käytännössä rangaistiin myös teoista, joiden rangaistavuuden rajat ovat tulkinnanvaraisia. Tällaiseksi mainittiin esimerkiksi sopimaton käytös, ja laitoksissa vallitsevan toleranssin kerrottiin vaihtelevan sen suhteen varsin paljon. Tämän perusteella esitöissä linjattiin, että kurinpitorangeistuksen määrittämisen edellytyksenä tulisi olla *selkeä* säännös, määräys tai järjestyssääntö, jossa teko on sanktioitu.<sup>98</sup>

Arvioin vaatimuksen asiallisesta käyttäytymisestä olevan niin abstraktilla tasolla ja rajoiltaan sumea, että rankaiseminen sen nojalla on oikeudenmukaista vain hyvin selvissä tapauksissa, joissa on karkeasti ylitetty asiallisen käyttäytymisen rajat.<sup>99</sup> Sanallisissa ilmaisuissa, jotka eivät ole muulla tavalla vastoin lakia ja joihin ei liity muutoin erityisen uhkaavaa käyttäytymistä, tälle tulee jäädä hyvin kapea ala, kun huomioidaan edellä selostetut seikat ilmaisunvapauden suuresta merkityksestä erityisesti vapaudenmenetyksen aikana.<sup>100</sup>

## 4. LOPUKSI

Olen käsitellyt edellä tilanteita, joissa vangin ilmaisunvapautta rajoitetaan antamalla kurinpitorangeistus sillä perusteella, että vangin ilmaisua pidetään asiattomana ja se perustaa sopimattoman käyttäytymisen. Olen esittänyt olevan jokseenkin ristiriidassa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön ja kotimaisen sananvapausdoktriinin kanssa rangaista vapautensa menettäneitä kurinpidollisesti niin kuin on käynyt ilmi tapahtuneen. Tulevaisuudessa vankiloissa tulisikin tämän vuoksi pidättäytyä rankaisemasta asiattomasta käytöksestä kurinpidollisesti vankien yksittäisten sanallisten lausumien perusteella, jotka eivät sisällä uhkauksia, solvauksia tai selvää vihapuhetta ja jotka ovat yhteiskunnassamme muutoinkin yleisiä ja arkisia.

89 Myös ihmisoikeustuomioistuin pitää merkittävänä, onko kyse välittömistä ja harkitsemattomista ilmauksista kuten sanallisesta ja lähinnä reaktionomaisesta liioittelusta vai kirjallisista ja julkisista loukkaavista ilmaisuista (*Palomo Sánchez ja muut v. Espanja*, kohta 73).

90 PeVL 23/1997 vp, s. 2.

91 Samoin *Kostov v. Bulgaria*, kohdat 44, 48

92 EOAK/4397/2016, s. 36. Ks. myös s. 38.

93 PeVM 25/1994 vp, s. 5. Sananvapauden osalta erityisesti ks. *Manninen* 2011, s. 475–477.

94 HE 309/1993 vp, s. 29–30.

95 *Viljanen* 2001, s. 119–120, 122–123.

96 Esim. *Vogt v. Saksa*, kohta 48; *Lindström ja Mässeli v. Suomi*, kohdat 60 ja 64.

97 Ks. myös *Mäkipää* 2014, s. 11–12.

98 HE 263/2004 vp, s. 101. Ks. myös *Mäkipää* 2013, s. 5, 63, 72.

99 Perustuslakivaliokunta on pitänyt liian yleisluonteisena sananvapauden rajoituksena säännöstä, jonka mukaan lääkkeiden markkinointi ei saa olla epäasiallista (PeVL 19/2002 vp, s. 3). Kyse oli siis mainonnasta, joka on olennaisesti loitommalla sananvapausperusoikeuden ydinalueesta kuin oikeus arvostella julkista valtaa: sitä suuremmalla syyllä asiallisen käytöksen vaatimus on sananvapausrajoituksena pääsääntöisesti liian väljä.

100 Tällaisen supistavan tulkinnan mahdollisuuden sääntelyn täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusongelmien vuoksi tuo esiin myös *Viljanen* 2001, s. 352. Ks. myös *Manninen* 2011, s. 484; *Mäkipää* 2014, s. 12.

Vapausrangaistuksen aikana vankien perusoikeudet tulee toteuttaa mahdollisimman täysimääräisesti ja heitä tulee kohdella oikeudenmukaisesti. Empiiriset tutkimukset näet osoittavat varsin yhdensuuntaisesti, että sillä on ilmeinen yhteys onnistuneeseen järjestyksenpitoon vankilassa, miten vangit kokevat oikeudenmukaisuuden ja vallankäytön legitimiuden siellä.<sup>101</sup> Yhteiskunnallisemmalla tasolla ajateltuna, oikeudenmukainen kohtelu vankilassa mitä todennäköisimmin myös parantaa mahdollisuuksia vaikuttaa myönteisesti vankien integroitumiseen takaisin yhteiskuntaan ja siten edesauttaa uusintarikollisuuden vähentämistä: vankeuden täytäntöönpanolle laissa asetetut tavoitteet toteutuvat paremmin.<sup>102</sup>

On tärkeää huomata, että vankien ihmisarvoa kunnioittavan ja hyvän kohtelun sekä heidän oikeuksiensa tehokkaan toteutumisen takaamisella on edelleen vaikeuksia saavuttaa niin suuren yleisön, poliitikkojen kuin vankilahenkilökunnankin täysi tuki ja hyväksyntä. Siksi oikeusjärjestelmän on epäsuosion uhallakin aktiivisesti puututtava epäkohtiin ja yhä uudelleen vahvistettava valtiosääntöoikeudellisten peruseriaatteiden merkitys ja toteutuminen käytännössä.

## LÄHTEET

### Kirjallisuus

*Barron, Jerome A. – Dienes, C. Thomas:* Constitutional law in a nutshell. 2nd reprint. St. Paul, West Publishing co. 1988. (Barron – Dienes 1988)

*Foucault, Michel:* Discipline and Punish. The Birth of the Prison. Second edition. New York, Vintage books 1995. (Foucault 1995)

*Goffman, Erving:* On the Characteristics of Total Institutions: The Inmate World. In Cressey, Donald R. (ed.): The Prison. Studies in Institutional Organization and Change. New York, Holt, Rinehart and Winston 1961, s. 15–67. (Goffman 1961)

*Hallberg, Pekka:* Perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Toinen, uudistettu painos. Helsinki, WSOYpro 2011, s. 29–59. (Hallberg 2011)

*Hartoneva, Anne:* Normaalisuusperiaate Suomen vankeinhoidossa. Rikosseuraamusviraston julkaisuja 3/2002. (Hartoneva 2002)

*Hartoneva, Anne – Mohell, Ulla – Pajuoja, Jussi – Vartia, Matti:* Yhdyskuntaseuraamukset ja vankeus. 2. painos. Helsinki, Tietosanoma 2016. (Hartoneva – Mohell – Pajuoja – Vartia 2016)

*Hirvonen, Ari:* Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17. Helsingin yliopisto 2011. Saatavilla: [[http://www.helsinki.fi/oikeustiede/tutkimus\\_ja\\_julkaisut/julkaisut/yleinen\\_oikeustiede](http://www.helsinki.fi/oikeustiede/tutkimus_ja_julkaisut/julkaisut/yleinen_oikeustiede)] (Hirvonen 2011)

*Kolehmainen, Antti:* Tutkimusongelma ja metodi lainopillisessa työssä. Teoksessa Miettinen, Tarmo (toim.): Oikeustieteellinen opinnäyte – Artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta. Helsinki, Edita Publishing 2016, s. 106–134. (Kolehmainen 2016)

*Manninen, Sami:* Sananvapaus ja julkisuus (PL 12 §). Teoksessa Hallberg, Pekka (toim.) – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Toinen, uudistettu painos. Helsinki, Werner Söderström lakitieto 2011, s. 459–491. (Manninen 2011)

*Mäkipää, Leena:* Vankiloiden järjestyssääntöjen sisältöanalyysi vankeuslakiuudistuksen näkökulmasta. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 120. Helsinki, Hakapaino Oy 2013. (Mäkipää 2013)

*Mäkipää, Leena:* Vankien oikeusturvan toteutuminen eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisujen valossa. Edilex 2014. (Mäkipää 2014)

---

101 *Reisig – Mesko* 2009, s. 55–56. ks. myös esim. *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 43, 45–47, 114, 265.

102 Ks. myös *Foucault* 1995, s. 266; Vähimmäissääntöjen soveltaminen 1997, s. 39–40; *Hartoneva – Mohell – Pajuoja – Vartia* 2016, s. 102–103; *Van Zyl Smit – Snacken* 2009, s. 68, 81–83, 265.

*Neuvonen, Riku*: Sananvapauden sääntely Suomessa. Helsinki, Lakimiesliiton kustannus 2012. (Neuvonen 2012)

*Nieminen, Liisa*: Laitosvaltaopin hylkääminen: alku perusoikeuksien uudelle aikakaudelle. Teoksessa Letto-Vanamo, Pia – Mäenpää, Olli – Ojanen, Tuomas (toim.): Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009. Helsinki, Suomalainen lakimiesyhdistys 2009, s. 11–35. (Nieminen 2009)

*Ojanen, Tuomas*: Suomen valtiosäännön perusteita. Helsinki, Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2001. (Ojanen 2001)

*Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin*: Suomen valtiosäännön perusperiaatteet (PL 1§). Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.): Perusoikeudet. Toinen, uudistettu painos. Helsinki, WSOYpro 2011, s. 217–226. (Ojanen – Scheinin 2011)

*Ollila, Riitta*: Sananvapaus. Helsinki, Tietosanoma 2004. (Ollila 2004)

*Reisig, Michael D. – Mesko, Gorazd*: Procedural justice, legitimacy, and prisoner misconduct. Psychology, Crime & Law 2009 Vol. 15 No. 1. Oxford, Routledge. s. 41–59. (Reisig – Mesko 2009)

*Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti*: Rikosoikeus. Rangaistuksen määrääminen ja täytäntöönpano. 3., uudistettu painos. Helsinki, Talentum Pro 2016. (Tapani – Tolvanen 2016)

*Tiilikka, Päivi*: Sananvapaus ja yksilön suoja. Lehtiartikkelin aiheuttaman kärsimyksen korvaaminen. Helsinki, WSOYpro 2007. (Tiilikka 2007)

*Tuori, Kaarlo*: Julkisoikeuden perusteet. Toinen painos. Helsinki, Forum iuris. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut 2001. (Tuori 2001)

*Tuori, Kaarlo*: Rule of law, oikeusvaltio ja hallinto-oikeus. Teoksessa Kanninen, Heikki – Koskinen, Hannu – Rosas, Allan – Sakslin, Maija – Tuori, Kaarlo (toim.): Puhuri käy. Muuttuva suomalainen ja eurooppalainen valtiosääntömme. Helsinki, Edita 2009, s. 341–362. (Tuori 2009)

*Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Helsinki, WSOY Lakitieto 2001. (Viljanen 2001)

Vähimmäissääntöjen soveltaminen. Hyvän vankeinhoidon käsikirja. Vankeinhoidon koulutuskeskuksen julkaisu 4/1997. (Vähimmäissääntöjen soveltaminen 1997)

*Van Zyl Smit, Dirk – Snacken, Sonja*: Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights. Oxford, Oxford University Press 2009. (Van Zyl Smit – Snacken 2009)

## Virallislähteet

Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta (HE 309/1993 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle vankeusrangaistuksen täytäntöönpanoa ja tutkintavankeuden toimeenpanoa koskevaksi lainsäädännöksi (HE 263/2004 vp)

Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi (PeVL 23/1997 vp)

Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi rangaistusten täytäntöönpanosta annetun lain, tutkintavankeudesta annetun lain, pakkokeinolain ja kansanterveyslain muuttamisesta (PeVL 12/1998 vp)

Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi lääkelain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta (PeVL 19/2002 vp)

Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä vankeusrangaistuksen täytäntöönpanoa ja tutkintavankeuden toimeenpanoa koskevaksi lainsäädännöksi (PeVL 20/2005 vp)

Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta (PeVM 25/1994 vp)

## Sähköiset lähteet

Oikeusasiamiehen tiedote, katsottu 1.3.2017 –

<http://www.oikeusasiamies.fi/Resource.phx/pubman/templates/2.htm?id=1219>

Tieteen termipankki, katsottu 1.3.2017 –

<http://tieteentermipankki.fi/wiki/Oikeustiede:sananvapaus>

WJP, katsottu 1.3.2017 – <http://worldjusticeproject.org/what-rule-law>

## Oikeustapaukset

Eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen päätös 29.8.2006 Dnro 2483/4/04 (Aoam 2483/4/04)

Eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen päätös 14.4.2016 Dnro 2382/2/14 (Aoam 2382/2/14)

Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 22.4.2010 Dnro 2807/4/08 (Oam 2807/4/08)

Eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen tarkastuskertomus 16.1.2017 (EOAK/4397/2016)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Dickson v. Yhdistynyt kuningaskunta 4.12.2007 (*Dickson v. Yhdistynyt kuningaskunta*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Handyside v. Yhdistynyt kuningaskunta 7.12.1976 (*Handyside v. Yhdistynyt kuningaskunta*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Hirst (nro 2) v. Yhdistynyt kuningaskunta 6.10.2005 (*Hirst v. Yhdistynyt kuningaskunta*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin [Marin] Kostov v. Bulgaria 24.7.2012 (*Kostov v. Bulgaria*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Lindström ja Mässeli v. Suomi 14.1.2014 (*Lindström ja Mässeli v. Suomi*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Morice v. Ranska 23.4.2015 (*Morice v. Ranska*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Murat Vural v. Turkki 21.1.2015 (*Murat Vural v. Turkki*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Orlovskaya Iskra v. Venäjä 21.2.2017 (*Orlovskaya Iskra v. Venäjä*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Palomo Sánchez ja muut v. Espanja 12.9.2011 (*Palomo Sánchez ja muut v. Espanja*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Pedersen ja Baadsgaard v. Tanska 19.06.2003 (*Pedersen ja Baadsgaard v. Tanska*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Skalka v. Puola 27.5.2003 (*Skalka v. Puola*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Tapkan ja muut v. Turkki 20.09.2007 (*Tapkan ja muut v. Turkki*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Uj v. Unkari 19.7.2011 (*Uj v. Unkari*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Vajnai v. Unkari 8.7.2008 (*Vajnai v. Unkari*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Vogt v. Saksa 26.9.1995 (*Vogt v. Saksa*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Wille v. Liechtenstein 28.10.1999 (*Wille v. Liechtenstein*)

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin Yankov v. Bulgaria 11.12.2003 (*Yankov v. Bulgaria*)

Mikkelin vankilan päätös 62/2016, 14.7.2016 (62/2016/Miv)

Mikkelin vankilan päätös 65/2016, 2.8.2016 (65/2016/Miv)

## 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.

### Harvard style footnotes

A reference to the source is marked as follows: last name of the author, year of publication, page number(s). The footnote will always end with a period. (Example: Dworkin, 2004, p. 87–88.)

### Citations

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

### References

A reference list should be attached to the end of every work sent to us. Include the information regarding the publisher and the place of publication – in a collection of essays both the name of the original book and the referenced part – including page numbers. When referring to a journal, mention the year, volume, issue number and page numbers.

**Send your article submission to:** *submissions@helsinkilawreview.fi*.

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 *tuomas.tiihonen@helsinki.fi* or *helina.teittinen@gmail.com*.

*www.facebook.com/helsinkilawreview*

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

Instagram: @helsinkilawreview

