

Niilo Jääskinen

Lakimies
7–8/2020
s. 1205–1211

Oma ja muiden oikeuskäytäntö oikeuslähteenä ylimpien suomalaisten ja eurooppalaisten tuomioistuimien ratkaisutoiminnassa

1. Suomessa käytiin vuosina 1984–1985 vilkas keskustelu prejudikaattien sitovuudesta. Keskustelun käynnistivät korkeimman oikeuden silloisen presidentin *Curt Olssonin* eri yhteyksissä käyttämät puheenvuorot korkeimman oikeuden antamien ennakkopäätösten sitovuudesta korkeimman oikeuden muututtua vuonna 1980 ns. ennakkopäätöstuomioistuimeksi. Kiivaitakin sävyjä saaneeseen keskusteluun osallistui korkeasti oppineiden oikeustieteilijöiden ja pääministeri *Kalevi Sorsan* ohella myös yleisen oikeustieteen assistentti, oikeustieteen lisensiaatti *Niilo Jääskinen* kirjoituksellaan ”Ennakkopäätösten merkityksestä yleisen lain alalla”, joka sisältyy teokseen *LIBER AMICORUM CAROLO MAKKONEN DEDITUS* (toim. Urpo Kangas ja Kaarlo Tuori 1986). Tässä yhteydessä olisi liioiteltua puhua julkaisemisesta, koska mainittua teosta painettiin muistaakseni alle 100 kappaletta, jotka lienevät 1980-luvun offset-monistetuille liimasidotuille kirjoille ominaisella tavalla muuttuneet paperikasoiksi ja päätyneet paperinkeräykseen tai energiajätteeksi.

2. Artikkelin pääsanomana voinee pitää ajatusta siitä, että prejudikaateissa on olennaista –common law -järjestelmien esimerkin mukaisesti – *takeneva* prejudikaattirelaatio eli se miten ylempien tuomioistuinten ratkaisut otetaan vastaisuudessa vastaan oikeuslähteenä, eikä *etenevä* prejudikaattirelaatio eli se, että tuomioistuimet pyrkisivät lainsäätäjän kaltaiseksi norminantajaksi muotoilemalla abstrakteja oikeusohjeita. Prejudikaattien noudattaminen, jos ei ollut painavia syitä poiketa niistä, oli mielestäni sinänsä tärkeä osa oikeusvarmuutta ja muodollista oikeudenmukaisuutta.

3. Presidentti Olssonin esille tuoma käsitys korkeimman oikeuden ennakkopäätösten roolista oli omaperäinen ja kansainvälisestikin radikaali. Hänen mukaansa KKO itse ja alemmat tuomioistuimet ovat oikeudellisesti sidottuja KKO:n prejudikaatteihin ja nimenomaan niiden otsikkoon suurin piirtein samalla tavoin kuin lain säännöksiin. KKO vahvisti instituutiona vahvan prejudikaattisidonnaisuuden päätöksessään KKO 1984 I 4, jossa se viittasi ratkaisunsa perusteluna päätökseensä 1963 II 129.

* *Niilo Jääskinen*, OTT, tuomari, entinen julkisasiamies, Euroopan unionin tuomioistuin. Puheenvuoro korkeimpien oikeuksien ja tutkijoiden oikeuskehitykseen vaikuttavasta vuoropuhelusta 14.2.2020

4. Olssonin kannanottoihin liittyvät emotiot lienevät jo laantuneet. Korkein oikeus luonnehti itseään edelleenkin ennakkopäätöstuomioistuimeksi, mutta sen päätösten – tai kuten se niitä alkoi 1990-luvulla kutsua, *ennakkoratkaisujen* – sitovuutta ei enää kohdistettane samalla tavalla päätöksen otsikkoon kuin Olsson esitti. Pysyvin vaikutus KKO:n aseman muutoksella 1980 saattoi olla sen käänteinen vaikutus KHO:n kehitykseen. Ymmärtääkseni vuoden 1978 oikeudenkäymiskaaren uudistuksen valmistelun yhteydessä KHO ja hallintolainkäyttö olivat tulleet sivuutetuiksi, mikä muun ohella vaikutti siihen, että suhtautuminen valituslupajärjestelmään pysyi KHO:ssa yleisellä tasolla nihkeänä pitkälle 2000-luvulle saakka, vaikka se oli jo 1960-luvulla ollut itse ajamassa rajoitettua valituslupajärjestelmää veroasioissa. Vuosien saatossa valituslupamenettelyn käyttöala laajenikin hallintolainkäytössä, joskus eräänlaisena substituuttina valituskielloille.

5. Valituslupajärjestelmän ja ennakkopäätösten oikeuslähdevaikutuksen välillä ei ole käsitteellistä loogista välttämättömyyssuhdetta. Käytännössä prejudikaattiperusteinen valituslupajärjestelmä kuitenkin korostaa ylimpien tuomioistuinten julkaistujen päätösten oikeuslähdemerkitystä ja on omiaan edistämään niihin viittaamista sekä ao. ylimmän tuomioistuimen että alempien tuomioistuinten myöhemmissä päätöksissä. Näin ymmärtääkseni Suomessa tapahtuikin KKO:n aseman muututtua; sekä KKO itse että alemmat tuomioistuimet alkoivat viitata suoraan KKO:n ratkaisuihin päätösten oikeudellisina perusteluina.

6. Vastaavasti käänteisesti KHO:ssa oli vielä 2000-luvun ensimmäisellä vuosikymmenellä vallalla seuraava syllogismi: KHO ei ole ennakkopäätöstuomioistuin *ergo* emme viittaa omaan käytäntöömme oikeuslähteenä. Tässä suhteessa tapahtui 2000-luvun ensimmäisellä vuosikymmenellä joitain irtiottoja ja 2010 jälkeen tällainen viittaaminen on joissakin asiaryhmissä kuten verkkotoiminta-asioissa ollut hyvinkin yleistä. KHO:ssa tätä käytännön vapautumista lienee edistänyt hallintoelinkäytön eurooppalaistuminen. KHO viittasi 1996 ensimmäistä kertaa silloisen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen päätöksiin ja 1999 Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin. (KKO viittasi ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöön tietääkseni jo 1994.) Vuoden 2015 tienoilla KHO:n käytäntö oli muotoutunut jo sangen pluralistiseksi. Ratkaisua saatetaan edellisten lisäksi perustella myös viittauksilla muiden EU-valtioiden oikeuskäytäntöön ja kansainvälisten viranomaisten kuten UNCHR:n tai unionin komission linjauksiin.

7. Puhuttaessa oikeuskäytännöstä oikeuslähteenä on syytä tehdä ero *context of discovery* ja *context of justification* välillä. Lainkäyttöpäätöksiä on aina tehty ennakkopäätösten, siis samantapaisissa asioissa annettujen aiempien ratkaisujen perusteella. Kuten kirjoitin vuonna 1986, ”ennakkopäätöksiä *par excellence* ovat alioikeuden ”mallikokoelmiin” kertyneet ratkaisut, varsinkin saman hovioike-

uspiirin hovioikeuden päätöstaltiot eli silkit.” Näin siis ennen googlea ja internetiä. Tällainen faktinen ennakkopäätössidonnaisuus perustuu rationaaliseen mallioppimiseen, polkuriippuvuuteen sekä luonnollisen oikeudenmukaisuuden perusvaatimukseen kohdella relevantisti samanlaisia tapauksia samalla tavalla.

8. *Context of justificationin* puolella kysymys on sen sijaan normatiivinen, voidaananko ja saadaanko tuomioistuimen ratkaisua perustella viittaamalla prejudikaatteihin. Asiasta on kirjoitettu hyllymetreittäin, valitettavan paljon myös perustuen stereotyyppisiin dikotomioihin mannermaisen oikeuden ja viktorianisena karrikatyyrinä kuvatun *common lawn* välillä, tai keskittyen älyllisesti mahoön pohdintaan prejudikaattien oikeudellisesta sitovuudesta/sitovuuden puutteesta.

9. Mutkat suoraksi vetäen voinen todeta, että luultavasti lähes kaikki maailman ylimmät tuomioistuimet vetoavat perusteluissaan omaan oikeuskäytäntöönsä joko suoraan siteeraten prejudikaatteja tai välillisesti vedoten vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön (*jurisprudence constante, ständige Rechtsprechung* ym.). Mikään kansallinen ylin tuomioistuin tai kansainvälinen lainkäyttöelin ei tietääkseni pidä itseään oikeudellisesti täysin sidottuna vanhaan käytäntöönsä vaan pidättää itselleen mahdollisuuden muuttaa sitä, jos siihen on perusteltua aihetta. Toisaalta tällainen *overruling* tai *revirement* on määrällisesti asiaa tarkastellen hyvin harvinaista, kysymys on pikemminkin promilleissa kuin prosenteissa kaikista ratkaisuista. Tässä todettu pätee myös Euroopan unionin tuomioistuimeen.

10. Saksalainen tutkija *Marc Jacob* viittaa erinomaisessa teoksessaan *Precedent and Case-based reasoning in the European Court of Justice* (Cambridge University Press 2015) siihen, että tarkastelemme ennakkopäätöksiä usein virheellisesti kahden oikeustapauksen tai päätöksen välisenä suhteena. Tähän virheeseen myönnän itsekkin syyllistyneeni 1986. Jacobin mukaan prejudikaattirelaatio on olennaisesti kolmio, siinä kahta oikeustapausta yhdistää kolmas elementti, joka voi olla oikeussääntö, oikeudellinen periaate tai käsite taikka kolmas oikeustapaus. Kahden oikeustapauksen samuutta/erilaisuutta peilataan tähän kolmanteen tekijään. Mielestäni tämä ajatus antaa hyvän analyttisen työkalun tarkasteltaessa unionin tuomioistuimen käytäntöä.

11. Euroopan unionin oikeusjärjestys muodostuu toiselle sadalle tuhannelle sivulle ulottuvasta määrästä säädännäistä oikeutta, mutta tämän oikeuden tulkinta rakentuu keskeisesti unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön eli lähes 20 000 oikeustapauksen varaan. Sivumennen sanoen unionin tuomioistuin on tässä suhteessa aivan eri asemassa kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuin, jonka soveltama oikeuslähde on lähinnä ihmisoikeussopimus lisäpöytäkirjoineen sekä ihmisoikeustuomioistuimen oma käytäntö. Viimeksi mainittu onkin kes-

keisellä sijalla oikeuslähteenä ihmisoikeustuomioistuimessa, koska säädännäisen oikeuden kautta tapahtuva oikeuskehitys on käytännössä harvinaista: uusia lisäpöytäkirjoja hyväksytään ihmisoikeussopimukseen sangen harvoin. Näin ollen ihmisoikeustuomioistuimessa tuomioiden perustelut muodostuvat käytännössä keskustelusta oman aiemman oikeuskäytännön sekä sopimusvaltioiden relevantin lainsäädännöllisen kehityksen ja kansallisen oikeuskäytännön kanssa.

12. Kun unionin tuomioistuin esimerkiksi tulkitsee tietyn perussopimuksen, asetuksen tai direktiivin artiklaa uudessa oikeustapauksessa, lähtökohtana on saman ja samanlaisten säännösten aikaisempi soveltamiskäytäntö, jos sellaista on. Sama koskee yleisen oikeusperiaatteen, oikeuskäsitteen tai vaikkapa aiemman tuomion tulkintaa. Prejudikaattirelaatio on olemassa suhteessa tähän kahta tapausta yhdistävään elementtiin. Tuomioistuin ei etsi umpimähkäisesti faktoiltaan samanlaisia aiempia tapauksia vaan tiettyä *oikeuskysymystä* koskevaa käytäntöä. Tähän tietysti johtaa jo se, että ennakkoratkaisut perustuvat tietyn normipohjan yksilöivään kysymykseen.

13. Jos tällaista käytäntöä on, se otetaan yleensä uuden tulkinnan pohjaksi ja siihen viitataan eksplisiittisesti. Joskus tuomioistuin sen sijaan katsoo, että rinnakkaistapaus ei faktojensa tai oikeuskysymyksen puolesta ole vertailukelpoinen tai aika on ajanut sen ohi, jolloin se suorittaa ns. *distinguishing*-operaation eli selittää, miksi tässä tapauksessa ei voida menetellä samalla tavalla kuin rinnakkaisessa tapauksessa. Tuomioistuimella ei kuitenkaan ole mitään vakiintunutta *ratio decisionis/obiter dictum* -oppia vaan oikeuskäytännön dynamiikka perustuu ehkä itse asiassa juuri siihen, että jälkikäteen voidaan joustavasti arvioida, mikä rinnakkaistapauksessa on ollut olennaista ja mikä ei. Äärimmäisen poikkeuksellisesti tapahtuu ns. *revirement* eli perusteluissa ilmaistu ja tietoinen poikkeaminen aiemmasta käytännöstä.

14. Tuomioistuin alkoi alusta alkaen rakentaa päätöksensä siteeraamalla itseään, aluksi leikkaa liimaa –tekniikalla mutta 1970-luvulla – Irlannin ja Yhdistyneen kuningaskunnan yhteisöjäsenyyden heijastusvaikutuksena - jo eksplisiittisesti viittaamalla myös tekstin lähteenä olevaan aiempaan tuomioon. Tuomiot rakennetaan kappaleista, jotka tavallaan haetaan mahdollisuuksien mukaan olemassa olevien perustelukappaleiden varastosta.

15. Oikeustapausviittauksilla on tietty systeeminsä, jota tuskin kuitenkaan pystytään aukottomasti soveltamaan. Viitatus päätöskohdan tai -kohtien yksilöintitietojen edellä mainitaan *arret* (tuomio), *voir arrêt* (katso tuomio), *voir en ce sens*, *voir également* (katso vastaavasti) tai *par analogie* (analogisesti) sen mukaan siteerataanko aiempaa päätöstä sananmukaisesti, tekstiä muokaten, oikeusajatus eri asiayhteyteen siirtäen tai analogiatukena. Erään otoksen mukaan

unionin tuomioistuimen suuren jaoston tuomioissa viitattiin keskimäärin 19:ään muuhun tuomioon. Vastaavasti yksinkertaisessa asiassa riittää viitata yhteen tai kahteen. Valtaosa eli reilusti yli 90 prosenttia oikeustapausviittauksista on niin sanottuja ketjuviittauksia, joissa toistetaan sananmukaisesti tai muunnellen aiemman päätöksen ao. kohdan sisältö ja annetaan viitetiedot. Vain pieni osa oikeustapausviittauksista on niin sanotusti sisällöllisiä, joissa oikeasti keskustellaan vanhan tekstin kanssa tai tulkintaan sitä. Tällaiset viittaukset liittyvät lähinnä *distinguishing* ja *revirement* -tilanteisiin.

16. Unionin tuomioistuin on alusta alkaen pitänyt oikeuskäytännön johdonmukaisuutta keskeisenä arvona. Ennakkoratkaisumenettely perustuu nimenomaan tarpeeseen yhdenmukaistaa oikeuskäytäntöä unionissa, joten olisi omituista, että tuomioistuin itse ei olisi johdonmukainen. Oikeuskäytännön johdonmukaisuutta edistävät monet tuomioistuimen työmuodot.

17. Saapuvista asioista tehdään tapauksen mukaan joko tuomioistuimen kirjauksessa tai tutkimus- ja dokumentaatio-osastolla analyysi, jossa luetellaan jutun asiakirjoissa mainitut oikeustapaukset sekä listataan mahdollisuuden mukaan jo ratkaistut tai vireillä olevat asiat, joilla on liittymiä uuteen asiaan. Tämä on tarpeen muun muassa sen vuoksi, että asiat, joissa ratkaisu on olemassa olevan oikeuskäytännön pohjalta selviö, voidaan ratkaista perustellulla määräyksellä (*ordonnance, reasoned opinion*) kolmen tuomarin kokoonpanossa ilman kirjallista menettelyä. Muissa, tuomiolla (*arrêt, judgment*) ratkaistavissa asioissa esittelevä tuomari (*juge rapporteur*) laatii kirjallisen menettelyn päätyttyä ja asiakirjojen ranskannosten valmistuttua ns. alustavan kertomuksen (*rapport préalable*), jonka julkisasiamies tarkastaa ja joka käsitellään viikoittain pidettävissä yleiskokouksissa (*réunion générale*). Yleiskokous, johon osallistuvat kaikki tuomarit ja julkisasiamiehet, päättää ratkaisukokoonpanosta (kolme vai viisi vai suuri jaosto), suullisesta käsittelystä sekä mahdollisesta julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksesta. Kaikkiin näihin kysymyksiin vaikuttaa keskeisesti se, miten uusi asia suhteutuu jo olemassa olevaan käytäntöön ja onko asiassa vaikeita/uusia oikeuskysymyksiä.

18. Tuomioneuvottelujen jälkeen jaoston päättämä tuomioluonnos joutuu tuomioistuimen presidentin kabinetissa toimivien ”tuomionlukijoiden” (*lecteur d’arrêts*) tarkastettavaksi. Nämä ranskankieliset juristit kiinnittävät kielen ja tyylin lisäksi tarvittaessa huomiota myös puuttuviin tai virheellisiin oikeustapausviittauksiin. Todettakoon tässä yhteydessä, että vaikka oikeudenkäyntikielenä voi olla mikä tahansa unionin virallisista kielistä ja todistusvoimainen tuomio annetaan oikeudenkäyntikielellä, niin tuomioluonnos laaditaan ranskaksi, jolla kielellä tuomarit myös käyvät suulliset ja kirjalliset tuomioneuvottelunsa. Kaikki

asianosaisten ja lausunnonantajien kannanotot käännetään ranskaksi, ja ranskankielinen asiakirjavihko toimii käsittelyn pohjana.

19. Unionin tuomioistuin ei kuitenkaan ole oikeudellisesti sidottu omaan käytäntönsä. Tämä on todettu useassa eri yhteydessä. Tuomioistuin on myös vuoden 1963 Da Costa -tuomiosta alkaen sallinut uuden ennakkoratkaisupyyntöjen tekemisen samasta oikeuskysymyksestä ja joissain kuuluisissa tapauksissa ilmoittanut poikkeavansa vanhasta käytännöstä (tuomio 27.3.1963, Da Costa ym., 28/62–30/62, EU:C:1963:6).

20. Nimenomaan suuri jaosto on kokoonpano, joka tuomioistuimen oman käytännön mukaan voi päättää tällaisesta *revirementista* tai siihen asiallisesti rinnastuvasta oikeuskäytännön täsmentämisestä tavalla, jossa vanhan käytännön sisältö tai merkitys muuttuu. Tästä huolimatta tuomioistuimen ratkaisujen normatiivinen status ei riipu sen antavasta kokoonpanosta. Kolmen tuomarin jaoston ennakkoratkaisun johdosta antamalla perustellulla määräyksellä on sama *erga omnes* auktoriteetti unionin oikeuden oikeana tulkintana kuin suuren jaoston antamalla tuomiolla.

21. Oman oikeuskäytännön lisäksi unionin tuomioistuin siteeraa tarvittaessa oikeuslähteenä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen päätöksiä sekä eräitä muista vastaavia elimiä kuten EFTAn tuomioistuinta, WTO:n riitojen ratkaisuelintä tai kansainvälistä tuomioistuinta. Se ei sen sijaan koskaan siteeraa unionin yleisen tuomioistuimen tai kansallisten tuomioistuinten käytäntöä oikeuslähteenä, edellisen estää oikeusastejärjestys, jälkimmäisen mahdottomuus olla tässä tasapuolinen. Sen sijaan julkisasiamiesten ratkaisuehdotuksissa voidaan siteerata kaikkia edellä mainittuja sekä joskus myös kolmansien maiden, esimerkiksi kilpailuasioissa Yhdysvaltojen, oikeuskäytäntöä. Viimeisen kymmenen vuoden aikana tuomioistuin on luopunut aiemmasta pidättyväisyydestään suhteessa unionin lainsäädännön esitöiden siteeraamiseen oikeuslähteenä. Tämä on nyttemmin mahdollista, joskin määrällisesti harvinaista verrattuna esimerkiksi Suomen ja Ruotsin ylimpien tuomioistuinten käytäntöön.

22. Julkisasiamiehen lausunnossa on usein myös viittauksia doktriiniin eli asiaa koskeviin oikeustieteen kannanottoihin. Miten siteerattava doktriini valikoituu, riippuu luonnollisesti kunkin julkisasiamiehen taustasta ja kielitaidosta, koska täydellinen doktriinin analysointi kaikilla unionin 24 kielellä ei tietenkään ole kenellekään käytännössä mahdollista. Unionin tuomioistuimen tuomiossa ei sen sijaan ole tapana siteerata doktriinia lukuun ottamatta lähinnä unionin kansainvälis-yksityisoikeudellisten säädösten taustalla olleita puolivirallisia akateemisia selvityksiä.

23. Tuomioistuimien taikka esittelevä tuomari ja julkisasiamies voivat pyytää tuomioistuimen tutkimus- ja dokumentaatio-osastoa laatimaan vertailevan selvityksen asiassa esillä olevasta oikeuskysymyksestä tai tuomioistuimen omien prosessien kehittämiseen liittyvästä kysymyksestä. Tällainen selvitys käsittää yleensä otoksen viidestä kymmeneen eri oikeusperheitä edustavan jäsenvaltion lainsäädännöstä, oikeuskäytännöstä ja mahdollisesti oikeustieteessä esitetyistä kannoista niin, että osaston asianomaisesta jäsenvaltiosta ovat tutkijalakimiehet laativat oman jäsenvaltionsa osalta maaraportin, jotka yhdessä niistä tehdyn yhteenvedon kanssa muodostavat pyydetyn selvityksen. Poikkeuksellisesti, lähinnä koskien jäsenvaltioiden ylimpien tuomioistuinten prosessikäytäntöjä, selvitys voi kattaa kaikki jäsenvaltiot. Tutkimus- ja dokumentaatio-osasto jakaa myös säännöllisesti katsauksia jäsenvaltioiden ylimpien tuomioistuinten sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen, EFTAn tuomioistuimen, ETA-valtioiden, Sveitsin ja Yhdysvaltojen korkeimpien oikeuksien sekä kansainvälisten lainkäyttöelinten unionin oikeuden kannalta kiinnostavista päätöksistä.