
Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro (toim.)

Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen

Ihmisoikeuksien murroksesta
kansainväliseen vuorovaikutukseen

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

toimisto@lakimiesyhdistys.fi

www.lakimiesyhdistys.fi

Kannen kuva: John Gillmoure/Corbis/SKOY

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISSN-L 1458-0446

ISBN 978-951-855-321-5

Hansaprint Oy, Vantaa 2012

Sisällys

<i>Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro</i> Suomen oikeuden eurooppalaistuminen ja valtiosääntöistymisen 1990–2012	7
<i>Riitta-Leena Paunio</i> Perusoikeudet ihmisten arjessa – eduskunnan oikeusasiamiehen rooli ja sen muutokset	29
<i>Kimmo Sasi</i> Eurooppalaistuminen perustuslakivaliokunnassa	59
<i>Matti Pellonpää</i> Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaa koskevasta vuoropuhelusta	69
<i>Pauliine Koskelo</i> Perusoikeusjärjestelmän ongelmakohtia kansallisen lainkäyttäjän näkökulmasta	95
<i>Martin Scheinin</i> Perusoikeuskonfliktit	125
<i>Juha Lavapuro</i> Perusoikeusargumentaation kontrolloitavuudesta	143
<i>Tuuli Heinonen</i> Valtiosääntöoikeus ja oikeuslähdeoppi	179
<i>Tuuli Heinonen</i> Konstitutionaalinen konflikti Suomessa	201
<i>Tuomas Ojanen</i> Räppänä raollaan Eurooppaan – Euroopan unionin perusoikeudet Suomen oikeudessa	241
<i>Mikko Puumalainen</i> Mitä Euroopan unionin perusoikeudet merkitsevät laillisuusvalvonnalle?	265
<i>Janne Salminen</i> Kansallinen valtiosääntöidentiteetti Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä	295
Kirjoittajat	333

Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintaa koskevasta vuoropuhelusta

1 JOHDANTO¹

Muun muassa Tanskassa ja Norjassa on käyty Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) asemaan liittyvää kriittistä keskustelua. Tässä yhteydessä on ongelmallisena nähty EIT:n mahdollisuus kontrolloida kansallisen tason päätöksentekijöitä ilman, että se itse on oikeastaan minkäänlaisen kontrollin alaisena.²

Huomio on siinä mielessä paikkansa pitävä, että EIT:n ratkaisuista ei voi valittaa mihinkään YK:n alaiseen tai muuhun Strasbourgin tuomioistuimen yläpuolella olevaan valvontaelimeen.³ Sen sijaan täysin vailla kontrollia

¹ Kiitän ma. hallinto-oikeustuomari *Monica Gullansia* käsikirjoitusta koskevista arvokkaista kommentteista.

² Norjan osalta ks. esim. *Tolle Stabell*, *Menneskerettigheter og grunnrettigheter – er lovgiverens råderom blitt for innsnevret?*, *Forhandlingerne ved det 37. nordiske juristmøde i Reykjavik 18.–20. august 2005*, Københavns universitet, Bind 1, s. 365–381 (s. 371: ”I motsetning til naer sagt alle rettssystemer, er situasjonen på menneskerettighetsområdet at domstole (EMD) ikke har noen andre ’konstitusjonelle organer’ som kan balansera ut domstolens makt”). Tanskan osalta voidaan viitata esim. seuraaviin kirjoituksiin: *Jens Elo Rytter*; *Går Menneskerettighedsdomstolen for vidt? – Fortolkning og rettskabelse i Strasbourg*, *Juristen nr. 1/32006*, s. 9–19; sama, *Dansk-europaeisk menneskerettighedsbeskyttelse – om en fredelig forfatningsretlig revolution*, *Juristen nr. 6/7 2010*, s. 187–195. Ks. myös *Laura Ervo*, *Förhållandet mellan Europadomstolen och nationella domstolar – finländska perspektiv*, *JFT 2006*, s. 411–422 (josta mm. käy ilmi, että Suomessa EIT:een kohdistuvaa kritiikkiä ei samalla tavoin ole esiintynyt). Euroopan ihmisoikeussopimuksesta yleensä ks. *M. Pellonpää, M. Gullans, P. Pölönen ja A. Tapanila*, *Euroopan ihmisoikeussopimus*, Helsinki 2012 (5. uud. painos, jälj. *Pellonpää ym.*).

³ Mainittakoon kuitenkin, että EIT:ssa loppuun asti käydyin prosessin jälkeen on mahdollista tehdä yksilövalitus samassa asiassa YK:n KP-sopimusta valvovaan ihmisoikeuskomiteaan. Se, että tämä (mutta ei päinvastainen tie) on mahdollista, johtuu EIS 35 artiklan muotoilusta verrattuna KP-sopimuksen vastaavaan määräykseen. Ks. *Pellonpää ym.*, s. 190–191. Viitattu mahdollisuus ei ole täysin teoreettinen, kuten oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin koskenut tapaus *Correia de Matos v. Portugal*, EIT:n päätös 15.11.2001, Reports 2001-XII, osoittaa. Sen jälkeen kun valitus oli Strasbourgissa jätetty em. päätöksellä ilmaisen perusteettomana tutkimatta, valittaja teki samassa asiassa yksilövalituksen ihmisoikeuskomitealle, joka enemmistöpäätöksellä – ja selvästi tietoisena EIT:n päinvastaisesta ratkaisusta – katsoi

ei myöskään EIT toimi. Jo viitatus puheenvuorot itsessään osoittavat, että tuomioistuimeen kohdistuu ulkopuolista tarkastelua, jonka se väistämättä joutuu ottamaan huomioon.

Paitsi, että EIT:n toimintaa arvioidaan yksittäisissä puheenvuoroissa, toimii se kaiken aikaa myös vuorovaikutussuhteessa kansalliseen tuomioistuintasoon. Tämä vuorovaikutus ei suinkaan ole yhdensuuntaista siten, että kansalliset tuomioistuimet olisivat pelkästään vastaanottavana osapuolena. Kansallisella oikeudella ja kansallisilla tuomioistuinratkaisuilla on vastavuoroisesti vaikutusta EIT:n tulkintojen muotoutumiseen ja myös aikaisemmin omaksuttujen tulkintojen muuttumiseen. Tunnetusti kansalliset oikeudet vaikuttavat Strasbourgii sitä kautta, että oikeusvertaileva lähestymistapa on yksi niistä kiinnekohdista, joihin EIT tulkinnoissaan tukeutuu. Oikeusvertailu on tullut tärkeäksi erityisesti suuren jaoston ratkaisuisa. Niinpä viime vuosilta voidaan esittää suuren jaoston ratkaisuja, joilla huomiota herättäneissä jutuissa jaoston ratkaisua on muutettu sellaisen perusteluprosessin seurauksena, jossa oikeusvertailulla on osuutensa.⁴ Oikeusvertailua koskevaan ja muihin sopimuksen tulkintaperiaatteisiin ei ole mahdollista laajemmin mennä, vaan tältä osin voidaan viitata asiasta aikaisemmin kirjoitettuun.⁵ Pelkän maininnan varaan voidaan myös jättää ne monet yhteydet, joita EIT:lla on kansallisiin tuomioistuihin (ja EU-tuomioistuimeen) muutenkin kuin Strasbourgii kontrolliin tulevien tapausten kautta.⁶

KP-sopimusta loukatun. Ks. *Michael O'Boyle, Ne bis in idem for the Benefit of States*, teoksessa *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights – Strasbourg views*, Kehl/Strasbourg 2007 (toim. L. Cafilisch ym.), s. 329–346.

⁴ Tässä yhteydessä voidaan esimerkkinä viitata suomalaissyntyisen valittajan vireille panemaan kuuluisaan ”krusifiksitapaukseen”, *Lautsi v. Italia*, jossa tuomioistuimen jaosto (tuomio 3.11.2009) katsoi ensimmäisen lisäpöytäkirjan 2 artiklaa (oikeus koulutukseen, ml. vanhempien oikeus varmistaa heidän vakaumustensa mukainen opetus lapsilleen) sillä perusteella, että krusifiksin esillä olon luokkahuoneessa katsottiin rajoittaneen lasten oikeutta uskoa tai olla uskomatta. Jaoston tuomio ei sisältänyt minkäänlaisia viittauksia oikeusvertaileviin näkökohtiin. Sen sijaan suuren jaoston, johon asia Italian hallituksen pyynnöstä eteni, muutenkin laajemmin ja monipuolisemmin perusteltuun – ja lopputulokseltaan päinvastaiseen – tuomioon (18.3.2011) sisältyy vertaileva katsaus. Valtion vapauttavaan ratkaisuun päätyessään suuri jaosto viittaa myös asiaa koskevan eurooppalaisen konsensuksen puuttumiseen, kun taas jaosto näyttää sivuuttaneen tämän näkökohdan.

⁵ Ks. esim. *Pellonpää ym.*, s. 291–294; *Pauli Rautiainen*, Moninaisuudessaan yhtenäinen Eurooppa: konsensusperiaate ja valtion harkintamarginaalioppi, Lakimies 2011, s. 1152–1171. EIS:n tulkintaan liittyvistä kysymyksistä yleisesti ks. myös *Jukka Viljanen*, The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights: the European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrine of Human Rights Law, Tampere 2003.

⁶ EIT käy keskustelua sekä EU-tuomioistuimen että kansallisten tuomioistuinten kanssa monenlaisissa konkreettisiin tapauksiin suoraan liittymättömissä yhteyksissä. Esimerkkinä

Sen sijaan alla pyritään kuvaamaan sitä, miten EIT:n tulkintakäytäntö kehittyi vuorovaikutuksessa erityisesti ylimpien kansallisten tuomioistuinten kanssa ja miten viimeksi mainittujen omaksumat kannanotot vaikuttavat Strasbourgin tuomioistuimeen. Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) osalta tuomioistuinten välistä keskusteluyhteyttä ei ole institutionalisoitu sillä tavoin kuin on laita EU-oikeudessa, jota koskevat tulkinnat suurelta osin määräytyvät kansallisten tuomioistuinten EU-tuomioistuimelle esittämien ennakkoratkaisupyyntöjen kautta. Kuitenkin myös EIT:n ja erityisesti ylimpien kansallisten tuomioistuinten välillä käydään tosiasiallista vuoropuhelua, jonka merkityksen arviointi tosin ei aina ole helppoa. On tapauksia, joissa dialogi ja myös sen lopputulos ovat helposti nähtävissä, mutta myös sellaisia, joissa vuoropuhelun ja siihen liittyvän vuorovaikutuksen olemassaolo jää jossain määrin spekulatioiden varaan. Seuraavassa jaksossa kuvataan eräiden esimerkkien valossa tätä vuoropuhelua sekä siihen liittyviä jännitteitä. Kirjoituksen lopussa tehdään joitakin kokoavia arvioita.

2 ESIMERKKEJÄ KANSALLISTEN TUOMIOISTUINTEN JA EIT:N VÄLISESTÄ VUOROPUHELUSTA

2.1 Iso-Britannia ja *Human Rights Act*

Yhdistynyt kuningaskunta oli viimeisiä sopimusvaltioita, joissa EIS niin sanotusti ”inkorporoitiin” osaksi valtiosisäistä oikeutta. Tämä tapahtui säätämällä vuonna 1998 hyväksytty *Human Rights Act*, joka tuli kaikilta osin voimaan lokakuussa 2000.⁷ Mainitun lain mukaan Britannian tuomioistuinten tulee lakia soveltaessaan ottaa huomioon EIT:n oikeuskäytäntö. Tämän velvoitteen ei alun perinkään katsottu merkitsevän velvollisuutta orjallisesti seurata Strasbourgin oikeuskäytäntöä, vaan siitä poikkeamista pidettiin joissakin tilanteissa mahdollisena. Lain säätämiseen liittyvän keskustelun yhteydessä *Lord Chancellor* lausui vuonna 1997:

voidaan viitata Karlsruheessa 2.–4.2.2006 pidettyyn mainitun kahden eurooppalaisen tuomioistuimen ja saksankielisten maiden perustuslakituomioistuinten kokoukseen (”Erstes Arbeitstreffen deutschsprachiger Verfassungsgerichte, des EGMR und EuGH”), jossa esitettyjen puheenvuorojen pohjalta laaditut esitykset on julkaistu *Europäische Grundrechte Zeitschrift* -aikakausjulkaisun teemanumerona (EuGRZ 17–18/2006).

⁷ Ks. *Pellonpää ym.*, s. 47–48, 54.

”The Act would of course permit United Kingdom courts to depart from existing Strasbourg decisions and upon occasion it might well be appropriate to do so and it is possible they might give a successful lead to Strasbourg.”⁸

Näin ollen *Human Rights Act* -lakia säädettäessä pidettiin jo lähtökohtana sitä, että maan tuomioistuinten ja Strasbourgin välinen vuorovaikutus ei olisi yhdensuuntaista, vaan Britannian tuomioistuinten ratkaisujen odotettiin voivan vaikuttaa EIT:n kannanottoihin. Näin onkin tapahtunut siinä mielessä, että EIT on monissa tapauksissa voinut nojautua erityisesti maan korkeimman oikeuden (aikaisemmin *House of Lords*) perusteluihin. Esimerkkinä voidaan mainita tapaus *Pretty v. Yhdistynyt kuningaskunta* (2002).⁹

Juuri mainitussa tapauksessa ei mitään konfliktia syntynyt eurooppalaisen ja kansallisen tason välillä. Toisin oli, kun EIT:n jaosto antoi 20.1.2009 tuomion tapauksessa *Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta*. Tuomioistuim katsoi valittaja Al-Khawajan kohdalla 6 artiklaa loukatun potilaaseen kohdistuneesta seksuaalisesta väkivallasta tuomittua lääkäriä (Al-Khawaja) vastaan käydyn rikosprosessin yhteydessä. Koska asianomistaja oli kuollut ennen oikeudenkäyntiä, hyväksyttiin hänen poliisille antamansa lausunto todisteeksi. Oikeus kuuli kuitenkin muitakin todistajia, mukaan luettuna eräs toinen asianomistaja, johon kohdistuneesta vastaavasta rikoksesta valittaja niin ikään tuomittiin. Tuomio oli myös kuollutta asianomistajaa koskevassa tapauksessa mahdollinen sen jälkeen, kun perinteisistä brittiläisistä todistelusaännöistä oli vuonna 2003 hyväksytyllä lailla tehty mahdolliseksi poiketa tietyin edellytyksin. EIT:n jaosto sen sijaan katsoi yksimielisesti, että koska tuomio perustui ”yksin tai ratkaiseviltä osin” sellaisen todistajan lausuntoon, jolle syytetyllä ei ollut ollut mahdollisuutta esittää oikeudenkäynnissä kysymyksiä, oikeudenkäynti loukkasi EIS 6 artiklaa.

Jaostotuomio johti ensin lordi Hoffmannin, joka on yksi Britannian viime vuosien tunnetuimpia tuomareita, puheenvuoroon, jossa ihmisoikeustuomioistuinta arvosteltiin harvinaisen kovasanaisesti.¹⁰ Missä määrin se, että asia hyväksyttiin hallituksen pyynnöstä siirrettäväksi EIT:n suureen jaostoon, johtui tästä eläkkeelle jäämässä olleen tuomarin oikeudellisen ratkaisutoi-

⁸ Lainaus Jens Elo Rytterin kirjoituksesta (2010, ed. alav. 2), s. 192.

⁹ Tuomio 29.4.2002, Reports 2002-III. Tapauksessa oli kysymys siitä, oliko 2 artiklasta (oikeus elämään) johdettavissa oikeus kuolinapuun. Vastatessaan kysymykseen kielteisesti EIT saattoi pitkälti nojautua *House of Lordsin* perusteelliseen tuomioon, jota selostetaan laajalti EIT:n tuomion kohdissa 14–15. Ks. myös Pellonpää *ym.*, s. 341–342.

¹⁰ Lord Hoffmann, Universality of Human Rights, Judicial Studies Board Annual lecture, 19.3.2009. Ks. Matti Pellonpää, Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja kansallisen oikeuden kehitys – haittaa vai hyötyä?, LM 2009, s. 1125–1140.

minnan ulkopuolella esittämästä kritiikistä, jää arvailujen varaan.¹¹ Ottaen kuitenkin huomioon, että vain harvat tapaukset otetaan uudelleen arvioitavaksi suuressa jaostossa, vaikuttaa mahdolliselta, että puheenvuorolla oli osuutensa asiassa.

Joka tapauksessa suuri jaosto tarjosi foorumin myös itse tuomioistuinten väliseen vuoropuheluun. Tapauksessa *Al-Khawaja ja Tahery v. Yhdistynyt kuningaskunta* annetusta suuren jaoston tuomiosta (15.12.2011) käy näet ilmi, että jaoston ratkaisun jälkeen sekä Court of Appeal että korkein oikeus olivat ottaneet kantaa EIT:n jaoston *Al-Khawaja*-ratkaisuun tapauksessa *R. v. Horncastle and others*, jossa niin ikään oli kysymys ennen oikeudenkäyntiä kuolleen henkilön antaman lausunnon todistusarvosta ja niin sanotun *hearsay*-todistusaineiston sallittavuudesta. Molemmat valtiosisäiset tuomioistuimet perustelivat, miksi niiden mielestä Strasbourgin tuomioistuinten kehittäminen ”sole or decisive” -sääntö¹² on ongelmallinen ja katsoivat vuoden 2003 kansallisten säännösten soveltamisen oikeutetuksi. Korkein oikeus lausui lordi Phillipsin suulla, että vaikka Human Rights Act velvoitti ottamaan huomioon ja soveltamaan Strasbourgin oikeuskäytännössä vakiintuneita periaatteita, poikkeustapauksessa Britannian tuomioistuimet voisivat kieltäytyä näin tekemästä, mikäli EIT ei ole riittävästi ottanut huomioon Englannin oikeuden erityispiirteitä. *Al-Khawaja*-tapauksessa annettu jaostoratkaisu merkitsi korkeimman oikeuden mukaan tällaista tilannetta.¹³

¹¹ Siirrosta EIS 43 artiklan mukaisesti päättävä suuren jaoston lautakunta ei perustele päätöksiään. Menettelystä ks. *Pellonpää ym.*, s. 228–231. Tässä nimenomaisessa tapauksessa johtoa on kuitenkin saatavissa jäljempänä (alav. 16 ja sitä edeltävä teksti) selostetusta tuomari Bratzen äänestyslausunnosta. Siinä todetaan mm., että jaostotuomioon suunnattu kritiikki (*criticisms* monikossa) johti asian siirtämiseen suureen jaostoon. Äänestyslausunnon sanamuoto (”it was, in part, in order to enable the criticisms of that judgment to be examined that the Panel of the Grand Chamber accepted the request of the respondent Government to refer the case to the Grand Chamber”) viittaa siihen, että muullakin kuin korkeimman oikeuden esittämällä kritiikillä on ollut merkitystä siirtopäätöksen hyväksymisessä.

¹² ”... Where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the accused are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6...”. Suuren jaoston tuomio, kohta 90 ja siellä mainittu tapaus. Ks. myös *Matti Pellonpää*, Under vilka förutsättningar kan anonyma vittnesmål och annan anonym bevisning accepteras?, JFT 2008, s. 148–154, s. 150, 154.

¹³ ”Lord Phillips, giving the judgment of the Supreme Court, found that, although domestic courts were required by the Human Rights Act 1998 to take account of the Strasbourg jurisprudence in applying principles that were clearly established, on rare occasions, where a court was concerned that the Strasbourg judgment did not sufficiently appreciate or accommodate some aspect of English law, it might decline to follow the judgment. The Chamber’s judgment was such a case.” Suuren jaoston tuomion kohta 57.

EIT:n suuri jaosto muutti jaoston tuomiota täsmentäen muun muassa, että kysymyksessä olevan kaltaisen todistusaineiston hyödyntäminen ei automaattisesti loukkaa 6 artiklaa, joskin erityisiä takeita tarvitaan tasapainottamaan *hearsay*-aineiston hyväksymisestä puolustukselle aiheutuvaa haittaa.¹⁴ *Al-Khawaja*-tapauksessa näitä oli riittävästi, eikä 6 artiklaa katsottu loukatun.¹⁵ EIT:n brittiläinen tuomari ja tuomioistuimen presidentti Sir Nicolas Bratza, joka oli jaostossa äänestänyt loukkauksen puolesta, muutti suuressa jaostossa kantaansa todeten erillisessä äänestyslauseunnossaan tapauksen olevan hyvä esimerkki EIT:n ja kansallisten tuomioistuinten välisestä oikeudellisesta dialogista.¹⁶ Voidaan sanoa, että tämä dialogi korjasi ylilyönnin, jossa jaosto ei ollut riittävästi kunnioittanut subsidiariteettiperiaatetta.¹⁷

¹⁴ ”The Court ... concludes that where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 §1.” Kohta 147.

¹⁵ Suuren jaoston tuomiosta ks. myös *Pellonpää ym.*, s. 629–630.

¹⁶ ”The present case affords, to my mind, a good example of the judicial dialogue between national courts and the European Court on the application of the Convention to which Lord Phillips was referring” (Concurring Opinion of Judge Bratza). Voi tuntua yllättävältä, että tuomari Bratza osallistui asian ratkaisemiseen sekä jaostossa että suuressa jaostossa. Tämä johtuu siitä, että 43 artiklan mukaisesti suureen jaostoon siirrettyä asiaa tässä jaostossa käsittelevään kokoonpanoon kuuluvat asian jo käsitelleen jaoston puheenjohtaja ja ns. kansallinen tuomari. Asia on koettu ongelmalliseksi mm. 6 artiklan sisältämien periaatteiden valossa, minkä seurauksena vuodesta 2005 lähtien EIT:ssa vakiintui vähitellen käytäntö, jonka mukaan asian ensi vaiheessa käsitelleen jaoston puheenjohtaja vetäytyy kokoonpanosta suuressa jaostossa. Ks. *Pellonpää ym.*, s. 229. Kansallisen tuomarin kohdalla tilanne on sikäli ongelmallisempi, että hänen mukanaoloaan myös suuressa jaostossa perusteltiin sopimuksen 11. lisäpöytäkirjan esitöissä tarpeella välttää *ad hoc* -tuomareiden systemaattinen kutsuminen suureen jaostoon. Se, että kansalliset tuomarit eivät jaostopuheenjohtajien tavoin poikkeuksetta jäävää itseään asiaa uudelleen suuressa jaostossa käsiteltäessä on nähtävä sitä taustaa vasten, että tämä johtaisi tilanteeseen (lisääntyvään tarpeeseen turvautua *ad hoc* -tuomareihin), jollaista sopimusvaltiot siis nimenomaisesti halusivat välttää. Asian kiusallisuutta yksittäisen tuomarin kannalta osoittaa Sir Nicolas Bratzan äänestyslauseunnossaan tekemä viittaus siihen, että hänellä oli asian ratkaisuun kerran jo osallistuneena kansallisena tuomarina ”the uncomfortable duty under the Convention of sitting and voting in the Grand Chamber”.

¹⁷ Jaosto ei mm. lainkaan viitannut EIT:n todisteluun liittyvissä tapauksissa lähes poikkeuksetta toistettuun periaatteeseen, jonka mukaan todisteiden sallittavuus (admissibility) kuuluu kansallisella tasolla säädeltäviin kysymyksiin ja todisteiden harkinta (assessment) kansallisille tuomioistuimille. Ks. *Pellonpää ym.*, s. 623. Ks. myös *Pellonpää*, LM 2009, s. 1129, alav. 13. Suuri jaosto sen sijaan toisti periaatteen kahteenkin otteeseen, tuomion kohdat 118 ja 126. Ison-Britannian korkeimman oikeuden osalta ks. myös Pauliine Koskelon kirjoitus tässä teoksessa ja siinä mainittu tapaus *S (a child)* [2012] UKSC (14 March 2012).

2.2 Itävallan perustuslakituomioistuin ja erityisesti *ne bis in idem* -sääntö

Itävallan perustuslakituomioistuin on toinen esimerkki ylimmän tason kansallisesta tuomioistuimesta, joka yhtäältä kiinnittää vakavasti huomiota EIT:n oikeuskäytäntöön, mutta toisaalta ei epäröi suhtautua siihen kriittisesti, milloin se katsoo tähän olevan aiheita. Näin tapahtui joulukuussa 2011, kun perustuslakituomioistuin hylkäsi eräässä kaava-asiassa suullista käsittelyä koskevan pyynnön, vaikka EIT oli tapauksessa *Kugler v. Itävalta* (tuomio 14.10.2010) samanlaisissa olosuhteissa katsonut suullisen käsittelyn puuttumisen perustuslakituomioistuimessa loukanneen EIS 6 artiklaa. Perustuslakituomioistuin noteerasi tapausten välisen samanlaisuuden sekä sen, että EIT:n loukkausta koskeva johtopäätös perustui (osittain) sen Itävallan oikeutta koskevalle käsitykselle, mutta totesi ilman diplomaattisia sanakäännteitä, että tämä EIT:n käsitys ei vastaa Itävallan valtiosääntöoikeudellista tilaa (”Diese Auffassung entspricht aber nicht der österreichischen Verfassungsrechtslage”).¹⁸ Lienee selvää, että EIT joutuu tarkkaan harkitsemaan, voiko se nojautua *Kugler*-tapauksessa käyttämiinsä perusteluihin, mikäli perustuslakituomioistuimen vuonna 2011 ratkaisema asia tulee käsiteltäväksi Strasbourgissa.¹⁹

Itävallan perustuslakituomioistuin ei kuitenkaan ole tyytynyt ainoastaan ”korjailemaan” EIT:n sen mielestä vääriä Itävallan oikeutta koskevia tulkintoja, vaan on myös joskus suhtautunut varauksellisesti siihen tapaan, jolla EIT on tulkinnut ihmisoikeussopimusta Itävallan oikeudellisiin olosuhteisiin, vaikka valtiosisäisen oikeuden sisällöstä ei sinänsä ole välttämättä vallinnut erimielisyyttä. Tästä ehkä parhaimman esimerkin tarjoaa *ne bis*

¹⁸ Ks. EIT:n tuomion kohdat 50–51 verrattuna perustuslakituomioistuimen ratkaisun (13.12.2011, B883/10) kohtaan 7.3.

¹⁹ Todettakoon, että vaikka EIT olisi *Kugler*-tapauksessa tulkinnut Itävallan oikeutta oikein, ei se todennäköisesti olisi tullut toiseen johtopäätökseen. Perustuslakituomioistuimen mielestä EIT:n tekemä virhe oli siinä, että viimeksi mainitun mukaan mahdollinen suullinen käsittely hallintotuomioistuimessa (Verwaltungsgerichtshof) ei olisi ollut 6 artiklan valossa riittävää, koska hallintotuomioistuimella ei ollut toimivaltaa tutkia kysymyksessä olevan kaavan laillisuutta. Perustuslakituomioistuin katsoi EIT:n erehtyneen nimenomaan hallintotuomioistuimen toimivallan osalta. Koska Kuglerin vaatimaa suullista käsittelyä ei kuitenkaan pidetty myöskään hallintotuomioistuimessa, olisi EIT todennäköisesti vahvistanut loukkauksen, vaikka se olisi tulkinnut Itävallan oikeutta oikein. Perustuslakituomioistuin puolestaan ei hylännyt v:n 2011 tapauksessa suullista käsittelyä ensisijaisesti sillä perusteella, että sellainen olisi ollut mahdollinen hallintotuomioistuimessa (johon asia olisi periaatteessa voinut siirtyä), vaan se piti suullista käsittelyä myös esillä olevien kysymysten luonteen kannalta tarpeettomana.

in idem -sääntö, jota koskeva oikeuskäytäntö on osittain kehittynyt EIT:n ja Itävallan perustuslakituomioistuimen välisenä vuoropuheluna. Sääntö sisältyy EIS 7. lisäpöytäkirjan 4 artiklaan, jonka 1 kappaleen mukaan ”[k]e-tään ei saa saman valtion tuomiovallan nojalla tutkia uudelleen ja rangaista oikeudenkäynnissä rikoksesta, josta hänet on jo lopullisesti vapautettu tai tuomittu syylliseksi kyseisen valtion lakien ja oikeudenkäyntimenettelyn mukaisesti.”²⁰

Ne bis in idem -sääntöä koskeva oikeuskäytäntö on kehittynyt hapuillen erityisesti mitä tulee kysymykseen siitä, milloin toinen teko on luonnehdittavissa ”samaksi” rikokseksi, josta annettu lopullinen vapauttava tai syyksilukeva tuomio estää uuden prosessin.

Tapauksessa *Gradinger v. Itävalta* (tuomio 23.10.1995) valittaja oli rikosprosessissa tuomittu kuolemantuottamuksesta, mutta syyte rattijuopu-muksesta oli hylätty. Myöhemmin hänet tuomittiin saman teon perusteella hallinnollisessa menettelyssä alkoholin vaikutuksen alaisena ajamisesta. EIT totesi kylläkin, että taustalla olleet rangaistusäännökset erosivat toisistaan, mutta piti *ne bis in idem* -säännön soveltamisen kannalta tärkeämpänä sitä, että molemmat rangaistukset perustuivat samaan käyttäytymiseen:

”The Court is fully aware that the provisions in question differ not only as regards the designation of the offences but also, more importantly, as regards their nature and purpose. It further observes that the offence provided in section 5 of the Road Traffic Act represents only one aspect of the offence punished under Article 81 para. 2 of the Criminal Code. Nevertheless, both impugned decisions *were based on the same conduct*. Accordingly there has been a breach of Article 4 of Protocol No. 7.”²¹

Vähitellen EIT:n oikeuskäytäntö siirtyi *Gradinger*-tapauksen mukaisesta ”saman käyttäytymisen” painottamisesta sen arviointiin, täyttääkö käyttäytyminen kahden eri rikoksen tunnusmerkistön. Itävallan perustuslakituomiois-tuin myötävaikutti tähän sikäli, että se hyväksyi ihmisoikeustuomioistuimen mainitussa tapauksessa omaksumat linjaukset vain varauksellisesti, kehittään omassa oikeuskäytännössään linjan, jossa tekojen ”samuus” määräytyi enemmän rikostunnusmerkistöjen – tekojen ”olennaisten elementtien” – kuin tapahtumakulun perusteella.²² EIT puolestaan hyväksyi tämän linjauksen

²⁰ Aihepiiristä ks. *M. Pellonpää – M. Gullans, Zolotukhin*-linjaus kansallisten tuomioistuinten koetinkivenä, *Defensor Legis* 4/2011, s. 412–430 sekä siellä mainittu muu kirjallisuus.

²¹ Tuomion kohta 55 (kursivointi MP).

²² *Claudia Fuchs*, *Ne bis in idem: Korrespondenzen zwischen Strassburg und Wien, Öffentliches Recht, Jahrbuch* 2010, s. 181–197, s. 188.

useissa 2000-luvun alkupuolella antamissaan ratkaisuissa, joista yksi oli tapauksessa *Franz Fischer v. Itävalta* annettu tuomio (29.5.2001). Siinäkin tosin sopimusta katsottiin loukatun, mutta ei sillä perusteella, että liikenne-rikoksista/-rikkeistä annetut rangaistukset perustuivat ”samaa käyttäytymiseen”, vaan koska molemmat teot muodostuivat samoista ”olennaisista elementeistä”: ”the applicant was tried and punished for both offences containing *the same essential elements*” (kohta 31, kursivointi MP).²³

Täten EIT:nkin hyväksymäksi linjaksi näytti muodostuvan, että kaksi menettelyä ovat mahdollisia, mikäli rikosten olennaiset tunnusmerkitötekijät eroavat toisistaan. Näin ei ole, mikäli tunnusmerkistöön molemmissa rangaistuksen alaisissa teoissa kuuluu alkoholin vaikutuksen alaisena oleminen, kuten oli laita esim. tapauksessa *Franz Fischer*. Sen sijaan estettä ei ollut sille, että yhdessä menettelyssä tuomitaan rattijuopumuksesta ja toisessa syytetään saman tapahtuman perusteella ruumiinvamman tuottamuksesta, mikäli juopumustilalla ei ole merkitystä jälkimmäisen rikoksen tunnusmerkitötekijänä. Esimerkiksi Suomen ja Ruotsin kohdalla tästä linjauksesta seurasi, että *ne bis in idem* -säännön ei katsottu estävän verorikosprosessia ja samaan verotukseen liittyvän käyttäytymisen/laiminlyönnin perusteella käynnistettävää hallinnollista veronkorotus- tai vastaavaa menettelyä.

Tilanne muuttui kuitenkin radikaalisti EIT:n suuren jaoston annettua helmikuussa 2009 tuomionsa tapauksessa *Sergey Zolotukhin v. Venäjä*. Valittajana oli henkilö, joka oli rangaistu poliisiasemalla aiheutetusta epäjäristyksestä ensin hallinnollisessa menettelyssä ja sitten asetettu rikossyytteeseen. EIT katsoi, että *ne bis in idem* -sääntöä koskeva oikeuskäytäntö kaipasi selkeyttä ja – tavallaan *Gradinger*-tapauksessa omaksuttuun linjaukseen

²³ Sen, että EIT hyväksyi tietoisesti ja harkiten perustuslakituomioistuimen linjaukset osoittaa myös tapaus *Bachmaier v. Itävalta* (päätös 2.9.2004). Valittaja oli ollut osallisena liikennetapahtumassa, jonka seurauksena yksi ihminen kuoli. Valittajaa syytettiin rikosprosessissa erityisen vaarallisissa olosuhteissa (=juopumustila) aiheutetusta kuolemantuottamuksesta. Syyte hylättiin, koska kanssamatkustajan katsottiin tarttumalla aiheuttaneen onnettomuuden. Kuolemaa ei toisin sanoen voitu ylipäättään lukea autoa kuljettaneen valittajan syyksi, minkä vuoksi tuomioistuin ei joutunut lainkaan ottamaan kantaa hänen juopumustilaansa. Tämän jälkeen häntä sakotettiin hallinnollisessa menettelyssä ajoneuvon kuljettamisesta alkoholin vaikutuksen alaisena. Perustuslakituomioistuin hylkäsi *ne bis in idem* -sääntöön nojautuneen valitusperusteen. Koska rikosprosessissa ei ollut lainkaan otettu kantaa hänen juopumustilaansa, ei ollut estettä alkoholin vaikutuksen alaisena ajamista koskevalle hallinnolliselle sanktiomenettelylle. EIT lausui päätöksessään mm., että se ”agrees with the Constitutional Court that the applicant has not been ‘tried again’ within the meaning of Article 4 of Protocol No. 7 because in the particular circumstances of the case the Regional Court had only examined one element of the criminal offence, namely whether the applicant had been the perpetrator of the accident.”

palaten – katsoi, että samaan käyttäytymiseen perustuva lähestymistapa toi sitä parhaiten. Ratkaiseva merkitys säännön soveltamisedellytyksiä arvioitaessa olisi jatkossa se, onko kysymyksessä ”identical facts or facts which are substantially the same” eli onko prosesseissa kysymys identtisistä tai olennaisesti samoista tosiseikoista.²⁴

Puolisen vuotta EIT:n tuomion jälkeen (2.7.2009) Itävallan perustuslakituomioistuin joutui pohtimaan tapauksessa, jossa oli jälleen kysymys varsinaisen rikosprosessin suhteesta erityisesti liikennerikkeissä sovelletta-vaan hallinnolliseen sanktiomenettelyyn,²⁵ olisiko sen tarkistettava linjaansa *Zolotukhin*-tuomion jälkeen. Viimeksi mainittuhan näytti viittaavan siihen, että tunnusmerkistöjen eroista huolimatta saman tapahtuman perusteella ei uutta prosessia saa nostaa (tai jatkaa) sen jälkeen, kun yhdessä menettelyssä on jo lopullisesti tuomittu (tai vapautettu syyteestä).

Verfassungsgerichtshof ei tällaista johtopäätöstä kuitenkaan ollut valmis tekemään. Se on avoimen kriittinen eräitä EIT:n *Zolotukhin*-tapauksessa omaksumia perusteluja kohtaan, ilmoittaa ottavansa huomioon EIT:n oikeuskäytännön vuodesta 1995 mainittuun tuomioon asti kokonaisuudessaan eikä katso olevansa *Zolotukhin*-tuomion johdosta pakotettu muuttamaan käytäntöään, jonka mukaan sama liikennetapahtuma voi olla kahden sanktiomenettelyn kohteena, mikäli rikosten tunnusmerkistökijät eroavat toisistaan.²⁶ Konkreettisisessa tapauksessa valtiosääntötuomioistuin pitäytyi ennen *Zolotukhin*-tuomiota vakiintuneeseen linjaansa eikä nähnyt estettä kahdelle menettelylle, koska niiden kohteina olleiden sanktioitujen tekojen olennaiset elementit erosivat toisistaan.²⁷

Valtiosääntötuomioistuimen kannanotto ei jääne viimeiseksi puheenvuoroksi, vaan EIT joutunee palaamaan asiaan ennemmin tai myöhemmin. On epävarmaa, voiko se yhtä joustavasti mukautua valtiosääntötuomioistuimen

²⁴ Tuomiosta (10.2.2009) ja sen seurauksista ks. *Pellonpää – Gullans*, DL 2011 (ed. alav. 20).

²⁵ VfGH 2.7.2009, B 559/08.

²⁶ Valtiosääntötuomioistuin yhtyi varauksitta EIT:n *Zolotukhin*-tapauksessa esittämiin näkökohtiin vain siltä osin kuin EIT oli painottanut oikeuskäytännön jatkuvuuden ja enustettavuuden sekä oikeusvarmuuden merkitystä: ”Der Verfassungsgerichtshof folgt dabei insbesondere der Einschätzung des EGMR, dass eine Kontinuität in der Rechtsprechung im Interesse der Rechtssicherheit, der Vorhersehbarkeit und der Gleichheit vor dem Gesetz gelegen ist”, s. 23. Vrt. *Pellonpää – Gullans*, DL 2011, s. 421.

²⁷ Valtiosääntötuomioistuimen johtopäätökset on tiivistetty seuraavasti: ”Für den konkreten Anlassfall erkannte der VfGH sodann, dass die – vereinfacht – strafgerichtliche Verfolgung und die verwaltungsbehördliche Bestrafung des Beschwerdeführers wegen Lenkens eines Fahrzeugs mit einem überhöhten Alkoholgehalt, fahrlässiger Körperverletzung und Imstichlassen auf verschiedenen Straftatbeständen beruhen, die sich in ihren wesentlichen Elementen unterscheiden.” *Fuchs* emk. (alav. 22), s. 188.

linjaan kuin tapahtui esimerkiksi asiassa *Franz Fischer* muun muassa siitä syystä, että Zolotukhin-linjaus tehtiin suuressa jaostossa tarkoituksena nimenomaan selventää ja ilmeisesti samalla vakiinnuttaa oikeuskäytäntöä.

2.3 Vuoropuhelu, *ne bis in idem* -sääntö ja verosanktiojärjestelmät Suomessa ja Ruotsissa

Itävallan tapauksessa oli kysymys *ne bis in idem* -säännön soveltamisesta meille jossain määrin vieraassa yhteydessä. Huomattavasti lähempänä omia oikeudellisia olojamme ollaan Ruotsissa, jossa EIT:n uuden ennakkoratkaisun merkitys on tullut pohdittavaksi tilanteissa, joissa kysymys on yhtäältä rikosoikeudellisesta rankaisemisesta, toisaalta sanktioluonteisen, meidän veronkorotustamme muistuttavan veronlisäyksen (skattetillägg) määräämisestä samojen rikkeiden tai laiminlyöntien perusteella. Vaikka EIT:n oikeuskäytännön valossa on ollut pitkään selvää, että muun muassa veronkorotus on rangaistusluonteinen sanktio EIS 6 artiklan tarkoittamassa mielessä, ei tällaisen seuraamusten kumulaation katsottu loukanneen *ne bis in idem* -sääntöä, koska kysymyksessä ei taustalla olevien tosiasioiden yhtäläisyydestä tai samanlaisuudesta huolimatta katsottu olevan kysymys samasta rikoksesta. Verorikos edellyttää yleensä tahallisuutta tai ainakin erilaista subjektiivisen syyllisyyden astetta kuin veronkorotus, joka voi olla mahdollinen pelkkien objektiivisesti havaittavissa olevien laiminlyöntien perusteella: näin ollen rikosten tunnusmerkistökiteijöiden tai ”olennaisten elementtien” on voitu katsoa eroavan toisistaan. *Zolotukhin*-tapaus näyttäisi kuitenkin selvästi merkitsevän muutosta juuri tässä suhteessa sikäli, että siinä rikosten ”samuuden” kriteeriksi asetetaan se, onko ”rikossyyte” perustunut samoihin tosiasioihin.

Ruotsin tuomioistuimet eivät kuitenkaan olleet valmiita tekemään *Zolotukhin*-tapauksesta sellaisia johtopäätöksiä, johon se näyttäisi antavan aihetta. *Regeringsrätten* (jonka nimi nykyään on *Högsta förvaltningsdomstolen*) katsoi 17.9.2009 antamassaan ratkaisussa (RÅ 2009 ref. 94), että rikosprosessissa määrätty sakkorangaistus ei estänyt määräämästä veronlisäystä samojen laiminlyöntien perusteella. Sen mukaan *ne bis in idem* -sääntöä, jota koskevan kysymyksen tuomioistuin nosti esiin omasta aloitteestaan, oli edelleen tulkittava ottaen huomioon sopimusvaltioiden oikeusjärjestys. Ruotsissa sanktiojärjestelmä oli rakennettu kahden tuomioistuinhaaran, yleisten tuomioistuinten ja hallintotuomioistuinten varaan, eikä johtanut lopputulok-

siin, joita voitaisiin oikeasti pitää ihmisoikeuksien vastaisena. Perusteluissa muistutettiin myös, että EIT oli aikaisemmin nimenomaisesti hyväksynyt Ruotsin järjestelmän. Vaikuttaa siltä, että ylimmän hallintotuomioistuimen kannanotto voidaan nähdä pyrkimyksenä avata keskustelu Strasbourgin suuntaan.²⁸ Yllättävää olisikin, ellei asia tulisi käsiteltäväksi EIT:ssa.

Siihen, että keskustelu jatkuu, myötävaikuttavat myös eräät asiaan liittyvät Ruotsin korkeimman oikeuden (HD) ratkaisut. Ylimmän hallintotuomioistuimen tavoin – mutta erilaisin perustein – myös HD päätyi kahdessa 31.3.2010 antamassaan ratkaisussa – äänestyksen jälkeen – siihen, ettei *Zolotukhin*-tuomio ja siihen liittyvä käytäntö loppujen lopuksi estänyt eri tuomioistuinhaaroissa käytäviä peräkkäisiä prosesseja ja sanktion langettamista molemmissa. Nämä ratkaisut ovat saaneet pääosin kriittisen vastaanoton Ruotsissa.²⁹ Korkeimman oikeuden tuomiot ovat itse asiassa johtaneet erikoiseen tilanteeseen, jota on luonnehdittu kaaokseksi tuomioistuimissa (”Högsta domstolens avgöranden skapar kaos i domstolarna”)³⁰, tai kapinaksi korkeinta oikeutta vastaan.³¹ Vaikuttaa siltä, että hovioikeuksien maan ylintä tuomioistuinta kohtaan tuntema lojaliteetti on joutunut koetukselle.³² On mielenkiintoista nähdä, millä tavoin EIT reagoi Ruotsin korkeimman oikeuden ratkaisuihin, joista tehtyjä valituksia on vireillä Strasbourgissa. Voisi olettaa, että EIT tuntee tarvetta perustella mahdollista loukkauksen

²⁸ Ks. *Fredrik Stenhammar*, Internationell anarki i svenska domstolar? Ett folkrättsligt perspektiv på ”HD-upproret” om skattetilläggen, *Juridisk Tidskrift* 2011–12:3, s. 477–502, s. 497. Stenhammar korostaa, että EIT:n ja kansallisten tuomioistuinten välinen aktiivinen dialogi ”har avgörande betydelse för konventionens fortsatta praxis” ja katsoo, että *Regeringsrätten*in eräät yllä tekstissäkin siteeratut perustelut ”kan uppfattas som en uppmaning till Europadomstolen att skynda långsamt”. Myös tämän kirjoittaja on toisessa yhteydessä arvellut, että Ruotsin ylin hallintotuomioistuin hakee tietien tahtoen keskustelua Strasbourgin kanssa. Pellonpää, LM 2009, s. 1136. (”Päätös on kirjoitettu tavalla, joka tuo mieleen ajatuksen, että *Regeringsrätten* kenties soisi verovelvollisen saattavan asian EIT:n testattavaksi.”)

²⁹ Mm. entinen ihmisoikeustuomioistuimen tuomari Elisabeth Palm on kritisoinut maansa ylimpien tuomioistuinten ratkaisuja voimakkaasti. Ks. *Palm*: Europakonventionen och skattetillägg, *Europarättslig tidskrift* nr 1/2011, s. 15–26. Toisaalta em. (alav. 28) mainittu Stenhammarin kirjoitus osoittaa ymmärtämystä Ruotsin ylimpiä tuomioistuimia kohtaan.

³⁰ Svenska Dagbladet 13.9.2010.

³¹ Vrt. ed. alav. 28 mainitun Stenhammarin artikkelin otsikko.

³² Niinpä Hovrätten för Västra Sverige asettui avoimesti uhmaamaan korkeinta oikeutta, dom 2010-06-23 i mål B 2432-09. Högsta domstolen (mål B 3553-10) hylätessään valituslupahakemuksen viittasi 31.3.2010 antamiinsa ennakkopäätöksiin: ”... Högsta domstolen har gått igenom materialet och funnit att det inte har kommit fram skäl att meddela prövningstillstånd (jfr NJA 2010 s. 168 I och II).” Eräs toinen hovioikeus puolestaan ilmoitti kunnioittavansa HD:n ennakkopäätöstä ainoastaan ”lojaliteettisyistä”. Göta hovrätt eräässä kesällä 2010 antamassaan ratkaisussa. Ks. myös Pellonpää – Gullans, DL 2011, s. 422–423.

toteavaa tuomiota (jos sellainen on tullakseen) laajemmin kuin vain viittaamalla *Zolotukhin*-tapauksessa luotuun ennakkopäätökseen.

Suomessa ei yleensä ole kritisoitu Euroopan ihmisoikeustuomioistuinta, eikä *Zolotukhin*-tuomio merkitse tässä suhteessa poikkeusta. Sekä KKO että KHO ovat hyväksyneet ilman suurempia varauksia, että lainvoimaiseksi tullut veronkorotuspäätös estää uuden rikosprosessin käynnistämisen ja päinvastoin.³³ Toisaalta mainitut tuomioistuimet ovat tulkinneet *Zolotukhin*-tuomiota jossain määrin supistavasti ja välttäneet menemästä yli sen, mihin EIT:n prejudikaatti yksiselitteisesti antaa aihetta. Niinpä ne eivät ole yhtyneet alempiin muutoksenhakutuomioistuihin, jotka olisivat olleet valmiita katsomaan *ne bis in idem* -säännön kieltävän ei ainoastaan toisen prosessin aloittamisen ensimmäisen jo tultua lopulliseksi vaan myös toisen jatkamisen sen jälkeen, kun toinen samanaikaisesti vireillä olleista kahdesta menettelystä on päättynyt lopulliseen ratkaisuun. Näin ollen myös Suomen ylimpien tuomioistuinten kannanotot jättävät tarvetta oikeuskäytännön täsmentämiselle ja näin vuoropuhelulle.³⁴ – Tosin on tiettyjä merkkejä siitä, että dialogi päättyi ennen kuin se kunnolla alkoikaan.³⁵

2.4 Saksan perustuslakituomioistuimen ja EIT:n välisestä vuoropuhelusta

Saksan perustuslakituomioistuin on vahva vaikuttaja eurooppalaisessa tuomioistuinten välisessä. On sanottu, että EY-tuomioistuimen (nyt EU-tuomiois-

³³ Ks. *Pellonpää – Gullans*, DL 2011, s. 423–427.

³⁴ *Zolotukhin*-tuomio on kirjoitettu tavalla, jonka voi sanoa tukevan KHO:n ja KKO:n linjausta. *Pellonpää – Gullans*, DL 2011, s. 426.

³⁵ Korkeimpien oikeuksiemme mm. juuri viitatussa kirjoituksessa selostettujen ratkaisujen jälkeen annettussa – muuta kuin verosanktioita koskevassa – tapauksessa *Tomasovic v. Kroatia* (tuomio 18.10.2011) ei EIT:n jaosto näytä katsoneen sen seikan, että kysymys oli samanaikaisesti vireillä olevista prosesseista, olevan esteenä *ne bis in idem* -kiellon soveltamiselle. Mistään dialogista ei voida puhua, sillä EIT:n jaosto ei mitään ilmeisimmin ole kiinnittänyt minkäänlaista huomiota siihen, että *Zolotukhin*-ratkaisu on kirjoitettu tavalla, joka heijastaa *ne bis in idem* -säännön suppeampaa tulkintaa. Valituksen ratkaissut jaosto tuskin on myöskään ollut tietoinen, että Suomen ylimmät tuomioistuimet ovat tukeutuneet suuren jaoston *Zolotukhin*-tuomion sanamuotoihin, joiden selkeydessä voi katsoa olevan toivomisen varaa. Ks. *Pellonpää – Gullans*, DL 2011, s. 427. Suomen osalta on syytä lyhyesti mainita myös käsikirjoituksen valmistumisen jälkeen annettu korkeimman hallinto-oikeuden (mielenterveysasiaa koskeva) täysistuntoratkaisu KHO 2012:75, jolla on liittymä samaa aihepiiriä koskevaan EIT:n asiassa *X. v. Suomi* 3.7.2012 antamaan tuomioon. Sekä Suomen hallitus että valittaja ovat pyytäneet mainitun tapauksen siirtämistä käsiteltäväksi uudelleen EIT:n suuressa jaostossa.

tuin) ensimmäiset tärkeät perusoikeuslinjaukset olivat seurausta saksalaisen oikeuskäytännön kanssa käydystä dialogista.³⁶ Tunnetun *Solange*-varauksen mukaan *Bundesverfassungsgerichtshof* pidättäytyy kontrolloimasta EU-oikeuden perustuslainmukaisuutta niin kauan kuin (”solange”) EU:n tarjoama perusoikeussuoja pysyy riittävällä eli jotakuinkin *Grundgesetzin* edellyttämällä tasolla.³⁷

Perustuslakituomioistuin on erityisesti noin 10 viimeisen vuoden aikana käynyt myös EIT:n kanssa dialogia, jolla on tiettyjä yhtäläisyyksiä EU-oikeuden piirissä tapahtuneen keskustelun kanssa. Eräänlaisen aloituspuheen- vuoron käytti vuonna 2002 perustuslakituomioistuimen jo tuolloin entinen presidentti *Ernst Benda*, joka *Europäische Grundrechte Zeitschrift* -julkaisussa kommentoi hieman lordi Hoffmannin tavoin pisteliäästi paria EIT:n jaoston ratkaisua, joissa enemmistö päätöksellä (5–2) oli katsottu sopimusta loukatun muun muassa sillä perusteella, että saksalainen tuomioistuin ei ollut tapaamisoikeutta ja tähän liittyviä kysymyksiä koskevassa asiassa kuullut suullisesti pientä lasta.³⁸ Benda päätti kirjoituksensa toivomukseen siitä, että EIT ei aiheuttaisi kansallisille tuomioistuimille enempää epävarmuutta vaan antaisi niiden tehdä työnsä.³⁹

Vaikka Bendan eniten arvostelemat ratkaisut muuttuivat jäljempänä mainituin tavoin EIT:n suuressa jaostossa, ei toivomus ”työrauhasta” täysin toteutunut sikäli, että pari vuotta myöhemmin EIT antoi niin ikään muun muassa lapsen tapaamisoikeuteen liittyvässä tapauksessa *Görgülü v. Saksa*

³⁶ ”With hindsight it seems clear that the first judgments in this development [so. yhteisön perusoikeuksien kehitys] both demonstrate and result from a dialogue with German case law.” *José Narciso Cunha Rodrigues*, *The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order*, teoksessa *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (toim. M. Poirares Madureo – L. Azoulai), Oxford 2010, s. 89–97, s. 94.

³⁷ Tässä on kysymys ns. *Solange II* -vaiheesta (jota koskeva perusratkaisu BVerfGE 73, 339, on vuodelta 1986). Dialogin alussa perustuslakituomioistuin oli päinvastoin ilmoittanut varaavansa mahdollisuuden arvioida yhteisöoikeutta Saksan perustuslain turvaamaa perusoikeussuojaa vasten. Toinen vaihe tuli mahdolliseksi sen jälkeen, kun EY-tuomioistuin oli hyväksynyt kannan, jonka mukaan perus- ja ihmisoikeuksien suoja sisältyy yhteisöoikeuteen yleisinä oikeusperiaatteina. Ks. edellisessä alaviitteessä mainittu lähde ja esim. *Pellonpää ym.*, s. 84–85.

³⁸ *Ernst Benda*, *Verkehrtes zum Verkehrsrecht – Anmerkungen zu den EMGR-Urteilen Sommerfeld, Elsholz und Sahin gegen die Bundesrepublik Deutschland*, EuGRZ 2002, s. 1–3. Nimenomaan pikkulapsen kuulemisesta oli kysymys tapauksessa *Sahin* (jaostotuomio 11.10.2001, suuren jaoston tuomio 8.7.2003, Reports 2003-VIII). Ks. myös *Pellonpää*, LM 2009, s. 1126–1129.

³⁹ ”Der Gerechtigkeit würde ein grösserer Verdienst erwiesen, wenn man die Fachgerichte nicht verunsichern würde, sondern sie ihre Arbeit tun liesse.” *Benda*, s. 3.

jälleen tuomion (26.2.2004, Reports 2004-II), jota ei Saksassa varauksetta hyväksytty. Naumburgin valitustuomioistuimen vuonna 2001 tekemän päätöksen katsottiin loukanneen ihmisoikeussopimusta muun muassa sitä kautta, että avioliiton ulkopuolella syntyneen ja sijaisvanhempien huollossa olleen pienen lapsen biologiselta isältä evättiin lapsen etuun vedoten oikeus tavata lasta. Tätä asiaratkaisua suuremman huomion kohteeksi kuitenkin joutui EIT:n tuomioon sisältynyt täytäntöönpanoa koskeva määräys: vaikka sopimusrikkomukseen syyllistyneellä valtiolla on oikeus valita keinot, joiden avulla se sopeuttaa menettelynsä langettavan tuomion asettamiin vaatimuksiin, tapauksen olosuhteissa sopimuksen 46 artikla edellytti ainakin sitä, että valittajalle järjestetään mahdollisuus tavata lasta.⁴⁰ Sama valitustuomioistuin kieltäytyi Strasbourgin tuomion jälkeenkin antamasta tällaista määräystä. Myöskään perustuslakituomioistuin ei asiaa ensi kerran käsitellessään määrännyt tapaamisoikeutta ehdottomasti toteutettavaksi, mutta edellytti substanssituomioistuinten ”ottavan huomioon” EIT:n ratkaisun. Tämä johti perustuslakituomioistuimen ja ihmisoikeustuomioistuimen presidentin muun muassa Saksan joukkotiedotusvälineiden välityksellä käymään keskusteluun, jossa ihmisoikeustuomioistuimen taholta esitettiin huoli siitä, että Saksan perustuslakituomioistuin antaa uudempien jäsenvaltioiden suuntaan väärän viestin siitä, että EIT:n tuomiot eivät ole sitovia vaan riittää, että ne otetaan huomioon (”berücksichtigen”) – mitä tämä sitten tarkoittaakaan.⁴¹

Näissäkään tapauksissa EIT ei linnoittautunut asemiinsa vaan välillisesti myönsi kritiikin olleen ainakin osittain oikeutettua. Bendan eniten arvostelemat tapaukset siirrettiin Saksan hallituksen pyynnöstä EIT:n suureen jaostoon, joka muutti jaoston tuomioita juuri eniten arvostelun kohteeksi joutuneilta osin.⁴² Tapauksessa *Görgülü* perustuslakituomioistuin määräsi

⁴⁰ ”In the case at hand this means to make it possible for the applicant to at least have access to his child.” Tuomion kohta 64. Artiklan 46(1) mukaan ”korkeat sopimuspuolet sitoutuvat noudattamaan tuomioistuimen lopullisia tuomioita jutuissa, joiden osapuolena ne ovat”. Kohta 64 on nähtävissä yhteydessä yleisempään sen suuntaiseen kehitykseen, että EIT pyrki lisäantavasti sisällyttämään tuomioihinsa pelkän loukkauksen toteamisen ja mahdollisen rahallisen hyvityksen lisäksi muita tuomion edellyttämiä toimenpiteitä koskevia määräyksiä tai suosituksia. Ks. *Pellonpää ym.*, s. 231 ss.

⁴¹ Ks. *J. Meyer-Ladewig – H. Petzold*, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR – Neues aus Strassburg und Karlsruhe, Neue Juristische Wochenschrift 1–2/2005 s. 15–20; *Meyer-Ladewig*, The German Federal Constitutional Court and the Binding Force of Judgments of the European Court of Human Rights under Art. 46 ECHR, teoksessa *Trente ans de droit européen des droits de l’homme: Études à la mémoire de Wolfgang Strasser*, s. 216–228, Bryssel 2007. Asiaa käsiteltiin Saksan perustuslakituomioistuimessa neljä kertaa.

⁴² Sitä, vaikuttiko Benda kritiikki siirtopäätökseen, on yhtä mahdoton varmuudella sa-

monien vaiheiden jälkeen asian käsiteltäväksi toimivaltaisen tuomioistuimen eri jaostossa kuin siinä, joka oli asiaa aikaisemmin käsiteltyt. Se ei tosin nytkään EIT:n jaoston tavoin vaatinut tapaamisoikeuden ehdotonta toteutumista, mutta korosti velvollisuutta noudattaa EIT:n tuomioita ja katsoi, ettei asiaa aikaisemmin käsiteltyt jaosto ollut riittävän vakavasti pohtinut mahdollisuutta täytäntöönpanna Strasbourgin tuomio täsmentäen, että velvollisuus ottaa tuomio huomioon ei jättänyt kotimaiselle tuomioistuimelle täydellistä vapautta sen suhtautumisessa EIT:n ratkaisuuun.⁴³ Tapauksen on loppujen lopuksi katsottu vahvistaneen EIS:n asemaa Saksan oikeusjärjestyksessä sikäli, että selkeämmin kuin aikaisemmin perustuslakituomioistuin sovelsi ihmisoikeussopimusta harjoittamansa kontrollin yhteydessä. Toisaalta myös ihmisoikeustuomioistuin tuntuu hiljaisesti hyväksyneen, että asian ratkaissut jaosto oli kansalliselle tuomioistuimelle kysymyksessä olevaa määräystä antaessaan mennyt liian pitkälle. Ainakaan vastaavanlaisten määräysten antaminen ei sittemmin näytä toistuneen.⁴⁴

Perustuslakituomioistuimen vastaantulo Strasbourgin suuntaan näkyy erityisesti sen 4.5.2011 antamassaan ratkaisussa (BVerfG, 2 BvR 2365/09), jossa omaksuttiin hyvin mukautuvainen linja suhteessa EIT:n oikeuskäytäntöön. Ihmisoikeustuomioistuin oli tapauksessa *M. v. Saks*a (tuomio 17.12.2009, Reports 2009) ja eräissä muissa ratkaisuissa katsonut, että Saksan lain mukainen vaarallisten rikoksenuusijoiden varsinaisia tuomioita seuraava vapaudenriisto (*Sicherheitsverwahrung*) loukkasi eräissä suhteissa EIS 5 ja 7 artiklaa. Perustuslakituomioistuin oli vuonna 2004 katsonut oikeustilan perustuslain mukaiseksi. Vaikka EIS oli valtionsisäisesti tavallisen lain asemassa, oli se ja EIT:n oikeuskäytäntö otettava huomioon perustuslakia kansainväliselle oikeudelle ”ystävällisesti” (*völkerrechtsfreundlich*) tulkittaessa. *Sicherheitsverwahrung* oli nyt katsottava perustuslain vastaiseksi vastaavalla tavalla kuin EIT oli pitänyt sitä sopimusta loukkaavana.⁴⁵

noa kuin oli laita lordi Hoffmannin ja *Al-Khawaja*-tapauksen kohdalla, mutta on paljon mahdollista, että näin tapahtui. Kysymyksessä olevien tapausten välillä vallitsi se ero, että *Al-Khawaja*-tapauksesta poiketen Bendan kritisoimissa Saksaa koskeissa tapauksissa myöskään jaostoratkaisut eivät olleet yksimielisiä. Ks. esim. *Sahin*-tapaukseen liitetty erיאvä mielipide.

⁴³ Ks. päätös 14.10.2004, 2 BvR 1481/104.

⁴⁴ Vrt. kuitenkin *Gluhaković v. Kroatia* (tuomio 12.4.2011), kohdat 88–89. Kysymyksessä oli isän ja lapsen välisen tapaamisoikeuden täytäntöönpanoa koskenut tapaus, jossa kansallisen tuomioistuin oli vahvistanut tapaamisoikeuden, jota ei kuitenkaan ollut pantu täytäntöön käytännön vaikeuksien takia.

⁴⁵ Ks. Pellonpää *ym.*, s. 56, 410–411.

Saksan perustuslakituomioistuin ei kuitenkaan olisi oma itsensä, ellei se yhtäältä eurooppalaiseen oikeuskäytäntöön mukautuessaan toisaalta samalla paaluttaisi tiettyjä rajoja tai asettaisi ehtoja. ”Solange”-varaus Strasbourgin suuntaan on nähtävissä perustuslakituomioistuimen lausumassa, jonka mukaan rajat saattavat tulla vastaan siellä, missä yhden perusoikeussubjektin oikeuksien lisääminen vähentää toisen oikeuksia.⁴⁶ Tällaisissa tilanteissa perustuslakituomioistuin varasi mahdollisuuden olla seuraamatta Strasbourgin oikeuskäytäntöä.

Vaikka juuri viitattu toukokuun 2011 ratkaisussa tehty varaus näyttää *obiter dicta* -luonteiselta ja sellaisenaan irralliselta, se lienee nähtävä yhteydessä siihen dialogiin, jota EIT:n ja Saksan tuomioistuinten välillä on käyty koskien yhtäältä EIS 8 artiklan mukaisen yksityisyyden suojan ja 10 artiklan turvaaman sananvapauden välistä punnintaa. Tämän keskustelun laukaisi tapauksessa *von Hannover v. Saksa* (24.6.2004, Reports 2004-VI) annettu tuomio, jossa Monacon prinsessa Carolinen yksityisyyden suojaa katsottiin loukatun.⁴⁷

Tämän vuoden alussa EIT:n suuri jaosto antoi tuomion tapauksessa *von Hannover v. Saksa (no.2)*, jossa se julkituo yksityisyyden suojan ja sananvapauden oikeuksien välisissä konfliktitilanteissa huomioon otettavat näkökohdat tavalla, joka muun ohessa korostaa valtionsisäisille tuomioistuimille intressien lopullisessa punninnassa jäävää harkintamarginaalia.⁴⁸ Jos kansalliset viranomaiset ovat suorittaneet kilpailevien etujen punninnan EIT:n oikeuskäytännöstä ilmeneviä kriteerejä noudattaen, ihmisoikeustuomioistuin ei arvioi asiaa toisin ilman vahvoja syitä. Tämän viestin merkitystä tosin hämärtää samana päivänä tapauksessa *Axel Springer AG v. Saksa* (2012) annettu tuomio, jonka on katsottu – eikä mielestäni aivan ilman perusteita – viittaavan siihen, että EIT ei itse ole loppujen lopuksi ottanut vakavasti

⁴⁶ ”Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ergeben sich aus dem Grundgesetz. Sie darf zunächst nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz eingeschränkt wird... Dieses Rezeptionshemmnis kann vor allem in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen relevant werden, in denen das ’Mehr’ an Freiheit für den einen der Grundrechtsträger zugleich ein ’Weniger’ für einen anderen bedeutet. Die Möglichkeiten einer konventionsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint.”

⁴⁷ Ks. esim. *Matti Pellonpää*, Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen – Aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 2006, s. 483–486, erit. s. 484–485 mainitun puheenvuoron.

⁴⁸ Ks. suuren jaoston tuomion (7.2.2012) kohdat 95–126 ja *Pellonpää ym.*, s. 754–757. EIT korosti muun ohessa sitä, että tässä tapauksessa Saksan tuomioistuimet olivat ottaneet oppia ensimmäisestä *von Hannover* -tapauksesta. *Von Hannover (no. 2)*, kohta 125.

tapauksessa *von Hannover (no. 2)* julkituomioiaan periaatteita.⁴⁹ Ennustan, että keskustelu EIT:n ja Saksan tuomioistuinten välillä tulee jatkumaan.

2.5 Muita esimerkkejä ”dialogista”

Valtiosääntö- tai perustuslakituomioistuimille monissa maissa kuuluva erityinen rooli perusoikeuksien suojelijana selittää pitkälti sen, että juuri ne usein toimivat välittävinä tahoina EIT:n ja alemman kansallisen tuomioistuintason välillä ja EIT:n ”keskustelukumppanina”. Valitusasiaa 24880/05, *Holub v. Tšekin tasavalta*, koskevassa ratkaisussa (EIT:n päätös 14.12.2010) oli kysymys neljännellätoista pöytäkirjalla sopimukseen lisäystä uudesta 35(3) artiklan b kohdasta, jonka mukaan muuten tutkittavaksi ottamisen edellytykset täyttävä valitus voidaan jättää tutkimatta, jos valittaja ei ole kärsinyt ”merkittävää haittaa” (significant disadvantage) eikä ihmisoikeuksien kunnioittaminen vaadi valituksen tutkimista.

Juuri viitatussa asiassa perustuslakituomioistuin ei ollut antanut valittajille tiedoksi alempien tuomioistuinten sille lähettämiä huomioita. Muun muassa tapauksen *Nideröst-Huber v. Sveitsi* (1997) sekä tapauksen *Milatová ym. v. Tšekin tasavalta* (2005) valossa arvioiden tilanne vaikutti ongelmalliselta. Ensiksi mainitussa tapauksessa omaksutun ja myöhemmässä oikeuskäytännössä seuratun tiukan linjan mukaan sillä seikalla, että huomiot eivät *prima facie* sisältäneet mitään uutta ja olivat kansallisen tuomioistuimen mielestä asiaan vaikuttamattomia, ei olisi tullut olla merkitystä. *Nideröst-Huber*-tapauksen mukaan osapuolelle itselleen kuuluu siitä päättäminen, edellyttäen

⁴⁹ *Ansgar Ohly, Privacy v. Freedom of Expression in the ECHR*, JURIST-Forum, April 3, 2012, <http://jurist.org/forum/2012/03/ansgar-ohly-privacy-rights.php>, s. 3: ”...The ECHR does not take its own position of self-restraint seriously: in Springer, the German decision to ban the photos was probably within the boundaries set by the convention. Arguably it should have been respected. That the balance struck by the ECHR in Springer is more convincing in substance is a different matter.” *Springer*-tapauksessa suuri jaosto (tuomio 7.12.2012) katsoi enemmistöpäätöksellä (12–5) lehtiyhtiön sananvapautta loukatun, kun se oli tuomittu korvauksiin sen kerrottua valokuvilla varustetuissa artikkeleissa, nimellä mainitun tunnetun TV-näyttelijän huumeepidätyksestä ja oikeudenkäynnistä. Olen taipuvainen ajattelemaan Ohlyn kanssa samansuuntaisesti eli yhtäältä voin hyvin ymmärtää, miksi tässä tilanteessa sananvapauden tulisi painaa enemmän, toisaalta ei ole yksiselitteisen selvää, miksi Saksan tuomioistuinten ratkaisut eivät täyttäneet niitä *von Hannover (no. 2)* -tapauksessa määriteltyjä (ja *Springer*-tapauksessa toistettuja) kriteereitä, joiden vallitessa EIT:n tulisi pidättäytyä puuttumasta kansallisten tuomioistuinten suorittamaan harkintaan. Ks. myös *Springer*-tuomioon liitetty eriävä mielipide. (Dissenting Opinion of Judge López Guerra joined by Judges Jungwiert, Jäger, Villiger and Poalelungi).

kö lausunto hänen vastaselitystään.⁵⁰ Tšekin perustuslakituomioistuin oli kuitenkin EIT:n oikeuskäytäntöä (mm. em. *Milatová*-tuomio 21.6.2005) ”implementoidessaan” 23.7.2007 tehnyt sisäisen linjauksen, jonka mukaan EIT:n tuomioihin perustuva kuulemisvelvoite ei ole poikkeukseton, vaan kuultava on edellyttäen, että uudessa aineistossa esitetään uusia faktoja, väitteitä tai niiden voidaan epäillä sisältävän tällaista aineistoa.⁵¹ Toisin sanoen perustuslakituomioistuin sovelsi EIT:n oikeuskäytäntöä lieventäen ”omavaltaisesti” sitä tiukkaa linjaa, jota esimerkiksi *Nideröst-Huber*-tapaus näyttää heijastavan. Tämän linjauksen mukaista käytäntöä oli noudatettu myös jo vuonna 2005 valittaja Holubin asiaa perustuslakituomioistuimessa käsiteltäessä.

Perustuslakituomioistuimen kantaa arvioidessaan EIT kiinnitti huomiota siihen, että alempien tuomioistuinten lausumissa ei ollut esitetty mitään lisäperusteluja. Kaikki viittasi siihen, että valitukset olisivat tulleet hylätyiksi joka tapauksessa eli kysymyksessä olevista alempien tuomioistuinten huomioista huolimatta. Valittajat eivät myöskään EIT:ssa selittäneet, mihin seikkoihin he olisivat halunneet vastata, jos olisivat siihen saaneet tilaisuuden. Ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että valittajille ei ollut aiheutunut merkittävää haittaa, eikä myöskään ihmisoikeuksien kunnioittaminen vaatinut valituksen tutkimista.⁵²

Vaikka kysymyksessä oli nimenomaan uutta tutkittavaksiottamisedellytystä koskevan sopimusmääräyksen tulkinta, jolla ei varsinaisesti tarkoitettu muutettavan 6 artiklan tulkintaa, voidaan ratkaisu nähdä myös kansallisen perustuslakituomioistuimen ”aloitteesta” tehtynä pienenä kuulemisvelvoitetta koskevan oikeuskäytännön korjausliikkeenä, jolla on merkitystä

⁵⁰ ”In that connection, the effect they [i.e. alemman tuomioistuimen Sveitsin ylimmälle eli liittotuomioistuimelle esittämät huomiot] actually had on the impugned decision is of little consequence...”. *Nideröst-Huber v. Sveitsi*, tuomio 18.2.1997 (Reports 1997-I), kohta 27. Kohta 29: ”Nor is the position altered when, in the opinion of the courts concerned, the observations do not present any fact or argument which has not already appeared in the impugned decisions. Only the parties to the dispute may properly decide whether this is the case; it is for them to say whether or not a document calls for their comments. What is particularly at stake here is litigants’ confidence in the workings of justice, which is based on, inter alia, the knowledge that they have had the opportunity to express their views on every document in the file.”

⁵¹ Perustuslakituomioistuin antoi omille esitteleville tuomareilleen (juges rapporteurs) osoitetun suosituksen, jonka mukaan näiden tuli lähettää ”les observations des parties aux requérant, avec un délai raisonnable pour son éventuelle réplique, lorsque ces observations contiennent de nouveaux faits, allégations ou arguments, et ce même lorsqu’il y a un doute à cet égard” (lainaus EIT:n päätöksestä).

⁵² Ks. *Pellonpää ym.*, s. 196.

myös muiden kuin tapauksen vastaajana olleen valtion eli Tšekin tasavallan kohdalla.⁵³ Suomessa EIT:n oikeuskäytäntö on yhtäältä terävöittänyt positiivisella tavalla kuulemisperiaatetta, toisaalta juuri käsitelty linjaus vahvistaa osaltaan, että *Nideröst-Huber*-tapauksen hyvin kirjaimellisen tulkinnan mukaiset, formalistiset äärisovellutukset eivät ole välttämättömiä.

Kansallisen perustuslakituomioistuimen aloitteesta tapahtuneesta korjausliikkeestä voi sanoa olleen kysymys myös suuren jaoston tapauksessa *Guiso-Gallisay v. Italia* (2009) antamassa tuomiossa.⁵⁴ Tapaus koski Italian oikeuden tuntemaa ”konstruktiivista pakkolunastusta”. Se on EIT:n oikeuskäytännössä luokiteltu laittomaksi omaisuuden riistoksi ja sellaisena rinnastettu eräisiin erityisen karkeaa mielivaltaa sisältäneisiin tapauksiin, jotka EIT:n omassa korvauskäytännössä ovat johtaneet korkeimpiin mahdollisiin korvauksiin. Italian perustuslakituomioistuimen antamat kaksi ratkaisua ja niitä seurannut lain muutos johtivat EIT:n jaoston hyväksymään aikaisempaan käytäntöön verrattuna alemman korvauksen. Suuri jaosto seurasi vuoden 2009 ratkaisussaan tätä linjausta, minkä jälkeen voidaan sanoa, että myös ei-lailliseksi luokitelluissa omaisuudenriistotapauksissa voidaan tilanteesta riippuen soveltaa jossain määrin joustavia korvausperiaatteita niin, että korvauksen määrä riippuu menettelyn mielivaltaisuuden tai muun epäsäännöllisyyden asteesta.⁵⁵

Myös Belgian perustuslakituomioistuimien voidaan mainita yhtenä niistä, joiden taholta on osallistuttu EIT:n ja kansallisen tason väliseen keskusteluun. Tuomioistuimen presidentti näet käytti vuonna 2010 puheenvuoron, jossa

⁵³ Vaikka EIT viittasi perustuslakituomioistuimessa käytävän prosessin erityispiirteisiin (”La Cour note d’emblée que la procédure devant la Cour constitutionnelle est une procédure spécifique qui est limitée à l’examen de questions de constitutionnalité et n’implique pas une appréciation directe et entière des droits de caractère civil”), ei tämä merkinne sitä, etteikö kuulematta jättäminen täysin prosessin kannalta merkityksettömistä asiakirjoista voisi myös muiden tuomioistuinten kohdalla kuulua 35(3) artiklan b kohdan soveltamisalaan.

⁵⁴ Suuren jaoston korvaustuomio 22.12.2009, ks. *Pellonpää ym.*, s. 245, 864.

⁵⁵ ”Konstruktiivinen pakkolunastus” on sinänsä lainmukaista kiireellistä pakkolunastusta seuraava, viranomaisten suorittama omaisuuden haltuunotto ilman lopullista pakkolunastuspäätöstä. Italian oikeuskäytännössä kehiteltyjen periaatteiden mukaan konstruktiivinen pakkolunastus kuitenkin siirtää omistusoikeuden. EIT:n oikeuskäytännössä se on aikaisemmin rinnastettu oikeudellisilta vaikutuksiltaan tapaukseen *Papamichalopoulos ym. v. Kreikka* (tuomio 24.6.1993, A-260 ja korvaustuomio 31.10.1995, A-330), jossa oli kysymys laivaston suorittamasta mielivaltaisesta yksityisen omaisuuden haltuunotosta. EIT hyväksyi Italian perustuslakituomioistuimen ja valtiosisäisen lainsäätäjän konstruktiivista pakkolunastusta koskevat luonnehdinnat, jotka merkitsivät tällaisesta toimenpiteestä EIS 41 artiklan nojalla maksettavan korvauksen määrän selvää alenemista. Ks. *Pellonpää ym.*, s. 244–245. Muutoksen merkittävyttä kuvastaa myös EIT:n 2009 antamaan tuomioon (ään. 16–1) liitetty hyvin kriittinen eriävä mielipide (Dissenting Opinion of Judge Spielmann).

arvosteltiin erityisesti ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja ja linjauksia, jotka koskevat EIS 3 artiklan soveltamista ulkomaalaisasioissa. Kysymyksessä oli 11.5.2010 *Gazet van Antwerpen*⁵⁶ -lehdessä julkaistu haastattelu, jonka sävy ei ollut olennaisesti ystävällisempi kuin aiemmin selostetuissa Hoffmannin ja Bendan puheenvuoroissa, vaikka nyt olikin kysymyksessä virassa oleva kansallinen tuomari. Presidentti Bossuytin kritiikin mahdollista vaikutusta on vaikea arvioida. Ei kuitenkaan ole mahdotonta, etteikö se olisi ollut yksi seikka, joka (muiden ohella) myötävaikutti siihen, että EIT:n presidentti antoi vuonna 2011 potentiaalisille valittajalle ja hallituksille suunnatun julkisen lausuman (”Statement”), jossa hän ilmaisi huolensa erityisesti täytäntöönpanon kieltoa ulkomaalaisasioissa koskevien hakemusten jyrkästä kasvusta.⁵⁷ Epäilemättä Belgian perustuslakituomioistuimen presidentin puheenvuoro on ainakin ollut EIT:n tiedossa relevanttina aikana.

3 ARVIOITA JA JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Euroopan ihmisoikeussopimusta koskevat tulkinnat kehittyvät toisinaan jännitteisenkin dialogin kautta. Suomessa, jossa ihmisoikeustuomioistuinta ei juurikaan ole tapana arvostella, saattaa joistakin tuntua yllättävältä, että eräät kansalliset tuomioistuimet varaavat oikeuden olla eri mieltä EIT:n kanssa ja että myös viimeksi mainittu pitää erimielisyydetkin esiin tuovaa keskustelua loppujen lopuksi varsin luonnollisena.⁵⁸

Keskustelu onkin välttämätöntä, sillä EIT:n jatkuva menestys edellyttää, että sen ja kansallisen tuomioistuintason välillä vallitsee jonkinlainen vähimmäisluottamus. EIT:n hyvin jyrkkä irtaantuminen kansallisen oikeuden/kansallisten oikeuksien lähtökohdista saattaisi merkitä, että esimerkiksi

⁵⁶ Ks. blogissa Strasbourg Observers 17.5.2010 julkaistu *Stijn Smetin* kirjoitus ”President of Belgian Constitutional Court Criticizes European Court of Human Rights”, jossa selostetaan presidentti Marc Bossuytin *Gazet van Antwerpen* -lehdessä antamaa 11.5. 2010 julkaistua haastattelua (<http://strasbourgobservers.com/2010/05/17/president-of-belgian-constitutional-court.criticizes-european-court-of-human-rights>).

⁵⁷ Ks. *Pellonpää ym.*, s. 223.

⁵⁸ Kansallisten tuomioistuinten ja tuomareiden osalta voidaan jo esitetyn lisäksi viitata *Stenhammarin* artikkelissaan JT 2011–12, s. 497 mainitsemaan Tanskan korkeimman oikeuden presidentin kannanottoon. Sen mukaan ”är det naturligt att nationella domstolar aktivt och efter omständigheterna kritiskt förhåller sig till Europadomstolens praxis”. EIT:n osalta voidaan viitata edellä (alav. 16 ja sitä edeltävä teksti) mainittuun presidentti Bratzen äänestyslauseen.

Ison-Britannian korkein oikeus tai Saksan perustuslakituomioistuimien toteuttaisivat ”uhkauksensa” olla joissakin tilanteissa noudattamatta EIT:n ratkaisuja tai linjauksia viimeksi mainitun kanssa konfliktiin johtavalla tavalla. Yleistyessään esimerkin ansiosta tällainen noudattamattajättäminen murentaisi ihmisoikeustuomioistuimen yleistä arvovaltaa ja vääjäämättä uhkaisi koko järjestelmän perusteita. Se, että näin ei ole tapahtunut, johtuu paitsi siitä, että valtiosisäiset tuomioistuimet loppujen lopuksi vain harvoin näkevät aiheelliseksi kyseenalaistaa EIT:n ratkaisuja, myös siitä, että EIT ei suinkaan ole linnoittautunut asemiinsa, vaan on osoittanut kykyä arvioida asioita uudestaan myös valtiosisäiseltä tuomioistuintasolta tulevan palautteen seurauksena. Tämä ei suinkaan tarkoita – eikä saa tarkoittaa – sitä, että Strasbourgin tuomioistuimeen voitaisiin vaikuttaa painostuksella.⁵⁹ Esimerkiksi *Al-Khawaja*-tapauksessa on suuri jaosto mitä ilmeisimmin voinut puhtaasti juridisin perustein katsoa, että jaoston ratkaisu ei ole ollut erityisen hyvin harkittu edes EIT:n oman perinteisen linjan valossa. Se, että valtiosisäisen tuomioistuimen esittämä perusteltu kritiikki on kenties edesauttanut tähän johtopäätökseen tulemista, on eri asia kuin painostukseen taipuminen.

Juuri EIT:n suuren jaoston merkitys korostuu EIT:n oikeuskäytännön yhtenäisyyden turvaajana tilanteessa, jossa jaostot toimivat kovassa työpaineessa ja, kuten kokemus osoittaa, päätyvät joskus suuren jaoston myöhemmän tuomion valossa arvioituna huonosti harkittuihin ratkaisuihin.⁶⁰ Kansallisten oikeuksien ja tuomioistuinten näkökulmasta mutta myös EIT:n näiden silmissä nauttivan uskottavuuden kannalta vaikuttaisi suotavalta, että suuren jaoston toimintaedellytyksiä parannetaan niin, että se pystyisi

⁵⁹ Ei ole merkkejä siitä, että EIT muuttaisi linjauksiaan helpommin esim. juuri suurista jäsenvaltioista tulevan paineen seurauksena. Tapauksessa *Saadi v. Italia* (suuren jaoston tuomio 28.2.2008, Reports 2008) erityisesti väliintulijana esiintyneen Ison-Britannian hallituksen argumentointi sen puolesta, että terrorismista epäiltyjen kohdalla tulisi kidutuksen ja muun epäinhimillisen kohtelun uhkaamien henkilöiden ehdotonta karkottamis- ja luovuttamiskieltoa lieventää soveltamalla jonkinlaista yksityisten ja julkisten intressien välistä punnintaa, ei johtanut toivottuun tulokseen. Ks. tuomion kohdat 138–141 ja esim. *Pellonpää ym.*, s. 373.

⁶⁰ Tästä esimerkkinä em. (alav. 4) *Lautsi*-tapaus. Riippumatta siitä, mitä itse kukin ajattelee aineellisesta lopputuloksesta, voidaan asian ensi kädessä ratkaissaan jaoston menettelyä kummeksua. Jaoston olisi ensinnäkin voinut odottaa omasta aloitteestaan luopuvan toimivallastaan suuren jaoston hyväksi (EIS 30 artikla), mutta vielä yllättävämpää on, että jaosto käsitteli asian 29(3) artiklan mukaisessa ns. yhdistetyssä menettelyssä eli samalla tavoin kuin tyypillisesti käsitellään esim. rutiininomainen prosessin pituutta koskeva asia. *Lautsi*-tapauksessa ei kuitenkaan ollut kysymys rutiiniasiasta vaan potentiaalisesta puuttumisesta hyvin vanhaan, monissa jäsenmaissa tärkeään kristilliseen perintöön liittyvään käytäntöön. Ks. *Pellonpää*, LM 2009, s. 1139, erit. alaviite 44.

käsittelemään enemmän asioita kuin mihin sen kapasiteetti tänään yltää.⁶¹ Ainakin suuren jaoston työ- ja toimintatapojen tiettyyn kehittämiseen saattaa olla tarvetta. Suuren jaoston toiminnassa selvästi havaittava pyrkimys vaikutuksiltaan useisiin jäsenvaltioihin ulottuvien periaateratkaisujen antamiseen on sinänsä hyvin kannatettava, mutta se asettaa uusia vaatimuksia EIT:n ja kansallisten tasojen väliselle keskustelulle, jonka tulisi ihannetapauksessa olla tuomioistuimen ja vastaajavaltion välistä dialogia laajempi. Jälleen voidaan viitata *ne bis in idem* -sääntöä koskevaan *Zolotukhin*-tapaukseen, jolla on merkittäviä vaikutuksia myös muualla kuin vastaajavaltiossa Venäjällä.

Ratkaisu annettiin Venäjää koskevan sellaisen tapauksen yhteydessä, jolla ei ensi silmäyksellä näytä olevan paljonkaan tekemistä Itävallan tieliikenneoikeuden tai Ruotsin (taikka Suomen) verosanktiojärjestelmän kanssa. Ilmeisesti tästä syystä mainittu tuomio on tullut yllätyksenä Ruotsissa ja Itävallassa, mikä osittain ehkä selittää niiden maiden ylimpien tuomioistuinten vastahakoisen suhtautumisen. Jos Itävallalle ja Ruotsille olisi tarjottu mahdollisuus tulla kuulluksi suuren jaoston prosessissa, olisi tuomio kenties ollut helpommin hyväksyttävissä siinäkin tapauksessa, että se ei olisi ollut sisällöltään ratkaisevasti erilainen. Yksi *Zolotukhin*-tapauksen opetuksia voisi olla se, että EIT:n menettelyä suurten linjaratkaisujen kohdalla on syytä kehittää siihen suuntaan, että myös muut tahot tulevat systemaattisemmin tietoisiksi odotettavissa olevasta ennakkopäätöksestä ja voivat näin harkita paremmin turvautumista niille sinänsä kuuluvaan mahdollisuuteen pyytää väliintulo-oikeutta kuin oli laita mainitun tapauksen yhteydessä. Toki on samaan hengenvetoon todettava, että eurooppalaisessa keskustelussa EIT:n tehtävä ei ole helppo muun muassa siitä syystä, että se joutuu enenevässä määrin ottamaan huomioon paitsi kansalliset oikeusjärjestykset myös EU-oikeuden ja EU:n taholta tulevat odotukset. Nämä eivät aina ole täysin yhdensuuntaisia, ja tässäkin suhteessa *Zolotukhin*-tapaukseen voidaan viitata esimerkkinä.⁶²

Aika ajoin EIT:n ja kansallisten tuomioistuinten välisen vuoropuhelun edistämiseksi nostetaan ajatus SEUT 267 artiklassa säänneltyä ennakkoratkaisumenettelyä muistuttavan järjestelyn luomisesta EIS:n yhteyteen.

⁶¹ Ks. *Pellonpää ym.*, s. 228–231.

⁶² EIT haki rikosten ”samuutta” tulkittessaan johtoa EU-oikeudesta, erityisesti Schengenin soveltamissopimuksen 54 artiklasta, mihin Itävallan perustuslakituomioistuin (muun ohessa) suhtautui kriittisesti. Ks. *Pellonpää – Gullans*, DL 2011, s. 414. Eräs EU-tuomioistuimen jäsen puolestaan on äskettäin arvioinut samaa seikkaa EUT:n ja EIT:n välisen dialogin kannalta hyvin positiivisesti. Ks. *Van Koen Lenaerts*, Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung, *Europarecht* 2012 (Heft 1), s. 3–17, s. 14.

Kysymys EIT:lle luotavasta mahdollisuudesta antaa ”neuvoa antavia mielipiteitä” valtiosisäisten tuomioistuinten pyynnöstä oli esillä muun muassa huhtikuussa 2012 pidetyssä Brightonin kokouksessa, jossa pohdittiin (jälleen kerran) EIT:n kehittämistä. Tuomioistuimen puolesta puhunut presidentti Bratza suhtautui asiaan varovaisen myönteisesti:

”The Court has discussed the idea that superior national courts should be enabled to seek an advisory opinion from Strasbourg and distributed a reflection paper on it; it is not opposed to such a procedure in principle, although there remain unanswered questions about how it would work in practice.”⁶³

Itse olisin ehkä vielä aavistuksen verran varauksellisempi. Vaikka EU-tuomioistuimella ja EIT:lla on paljon yhteistä, eivät ensiksi mainitun prosessimallit ole automaattisesti siirrettävissä ihmisoikeussopimuksen toimintaympäristöön. Ennakkoratkaisumenettely on hyvä keino turvata esimerkiksi jonkin tekniluontoisen direktiivin yhdenmukainen tulkinta, mutta menettely (oli kysymys sitten sitovista tai neuvoa-antavista lausunnoista) ei ole vaikeuksista siirrettävissä ihmisoikeussopimuksen toimintaympäristöön järjestelmän perusluonnetta vaarantamatta. Tähän kuuluu subsidiariteettiperiaatteen mukaisesti jokaisen sopimusvaltion ensisijainen vastuu sopimusvelvoitteiden toteutumisesta niiden omalla kansallisella tasolla ja EIT:n harjoittama jälkikäteinen valvonta. Kansallisilla tuomioistuimilla on velvollisuus ottaa huomioon EIT:n linjaukset, mutta toisaalta kansalliset oikeusjärjestykset ja tuomioistuimet vaikuttavat näihin linjauksiin sekä EIT:n soveltaman oikeusvertailevan tulkintatavan että edellä kuvatun, eri muotoja saavan dialogin kautta.

Uskon, että sekä jäsenvaltioiden moninaisuutta paremmin kunnioittava että EIT:lle aidompaa informaatiota kansallisten oikeuksien lähtökohdista tarjoava vaihtoehto on nykyisen kaltainen, EIT:n harjoittamalle jälkikäteiselle valvonnalle perustuva järjestelmä. Esimerkiksi sananvapauden ja yksityisyyden suojan välisissä tapauksissa kiperin kysymys, johon asian ratkaiseminen normaalisti kulminoituu, on nimenomaan eri intressien viimekätinen punninta, joka muun muassa *von Hannover (no. 2)* -tapauksen mukaan kuuluu valtiosisäisen tuomioistuimen tehtäviin sille EIT:n suoman harkintamarginaalin puitteissa. Järjestelmän koko luonnetta muuttamatta on vaikeasti ajateltavissa, että ylin valtiosisäinen lainkäyttöelin luovutaisi juuri tämän tehtävän EIT:lle pyrkimättä ensin asian ratkaisemiseen

⁶³ High level Conference, Brighton 18–20 April 2012, Sir Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights. Puheenvuoro löytyy EIT:n kotisivuilta.

omista kansallisista lähtökohdistaan käsin, missä yhteydessä sillä toki on velvollisuus ottaa huomioon EIT:n oikeuskäytäntö. Ennakollisen menettelyn mahdollisuuden luominen todennäköisesti merkitsisi myös, että sopimusvaltioiden tuomioistuimet turvautuisivat siihen hyvin eri tavalla. On vaikea kuvitella, että Ison-Britannian korkein oikeus *Al-Khawaja*-tyyppisessä tapauksessa kysyisi, onko Britannian uusia *hearsay*-sääntöjä lupa soveltaa tai että Saksan perustuslakituomioistuin pyytäisi neuvoa *von Hannover*-tapauksen/tapausten tyyppisissä punnintatilanteissa. Jossakin tilanteessa jonkin toisen maan tuomioistuin saattaisi sen sijaan olla valmiimpi käymään keskustelua etukäteen – ja samalla ehkä sysäämään omaa vastuutaan EIT:lle vaikeissa asioissa. Tällainen sopimusvaltioiden eriytyminen tuskin olisi hyvä järjestelmän kokonaisuuden kannalta.

Vaikka neuvoa antavaa mielipidettä koskevan menettelyn pohtiminen saattaa olla harkinnan arvoista, olisi tällainen järjestelmä – jos sellainen nähdään suotavaksi – syytä rajata kapea-alaiseksi niin, että järjestelmän perusluonne ei muutu. Ajateltavissa saattaisi esimerkiksi olla, että tuomioistuimella, joka jostain syystä harkitsee poikkeamista EIT:n oikeuskäytännöstä, tulisi olla mahdollisuus halutessaan esittää perusteensa ihmisoikeustuomioistuimelle etukäteen ja saada niihin viimeksi mainitun kannanotto.

Joka tapauksessa Brightonin huippukokouksen yhteydessä sovittiin siitä, että vuoden 2013 loppuun mennessä laaditaan luonnos sopimuksen täydentämisestä niin, että valtiosisäisille tuomioistuimille tulisi mahdollisuus pyytää neuvoa antavia mielipiteitä ihmisoikeustuomioistuimelta. Järjestelmän on määrä sisältyä valinnaispöytäkirjaan, jonka voimaantulo ei edellytä kaikkien sopimusvaltioiden ratifiointia.⁶⁴

Kuten presidentti Bratza totesi edellä viitatussa Brightonin puheessaan, ”the Convention system requires a shared responsibility which involves establishing a mutually respectful relationship between Strasbourg and national courts and paying due deference to democratic processes”.

Yhtäältä kansallisten tuomioistuinten on oltava lojaaleja ihmisoikeustuomioistuinta kohtaan, jolle on annettu tehtävä toimia sopimuksen auktoritaativisimpana tulkitsijana. Toisaalta monissa asioissa EIT kehittää sopimuksen tulkintaa hakien johtoa kansallisista oikeuksista ja siitä, onko niiden pohjalta löydettävissä jonkinlainen eurooppalainen konsensus. Jotta EIT:lla olisi vääristymätön käsitys kansallisten oikeuksien lähtökohdista ja tarpeista, ei ole

⁶⁴ Mainittakoon, että presidentti Bratzan manitsemä ”reflection paper” osoittaa, että EIT:n sisällä vallitsee hyvin erilaisia käsityksiä suunnitellun järjestelmän tarpeellisuudesta ja hyödyllisyydestä. Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court’s Advisory Jurisdiction (löytyy EIT:n kotisivuilta).

perusteltua, että kansalliset tuomioistuimet vähänkin epäselvissä tilanteissa pyrkivät omaksumaan näistä tarpeista poikkeavia tulkintoja vain ollakseen ehdottoman varmoja ratkaisunsa pitävyydestä Strasbourgissa. Äärimmilleen vietynä tällainen asenne on omiaan vääristämään EIT:n ja kansallisen tason välistä aitoa vuoropuhelua, joka on välttämätön sopimuksen harmoniselle kehitykselle.⁶⁵ Varauksellinen suhtautuminen EIT:n ratkaisuihin – puhumattakaan Strasbourgin tuomioistuimen kritisoimisesta – ei tietenkään saa olla itsetarkoitus, eikä siihen kovin usein voi myöskään nousta todellista tarvetta. Kaiken kaikkiaan EIS:n tulkintojen tasapainoiselle kehitykselle välttämätön vuoropuhelu edellyttää niin EIT:lta kuin erityisesti ylimmiltä kansallisilta tuomioistuintakin viisautta ja harkintakykyä. Tehtävää ei tee helpommaksi se, että viitatuksi kaksi tasoa eivät voi tyytyä keskinäiseen dialogiin, vaan sekä EIT:n että erityisesti EU-valtioiden tuomioistuinten on kaiken aikaa otettava huomioon myös unionin tuomioistuin ja EU:n kehittyvä perusoikeusjärjestelmä.⁶⁶

⁶⁵ Tästä syystä pidän periaatteessa hieman problemaattisena tapaa, jolla Ruotsin korkein oikeus ns. vihapuhetta koskevassa *Åke Green* -tapauksessa (NJA 2005 s. 805) ilmoitti pyrkivänsä tekemään todennäköisyysarvioita siitä, millainen ratkaisu olisi Strasbourgissa hyväksyttävissä. Tosiasiassa tietenkin moni ylin kansallinen tuomioistuin joutuu väistämättä joskus miettimään ratkaisunsa kansainvälistä/eurooppalaista hyväksyttävyyttä, mutta tämän näkökohdan ottaminen jonkinlaiseksi johtoajatukseksi on eri asia.

⁶⁶ Esimerkkinä tilanteista, jotka ovat mahdollisia tämän päivän ”perusoikeuspluralismissa” voidaan – yksityiskohtiin menemättä ja ilman kommentteja – mainita seuraava. Korkein hallinto-oikeus pyysi EU-tuomioistuimelta ennakkoratkaisua tietosuojadirektiivin tulkinnasta tapauksessa, jossa oli kysymys verotustietojen julkistamisesta. Unionin tuomioistuimen annettua asiassa C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi Oy ym.*, tuomionsa 16.12.2008 KHO kumosi asiaa koskevat hallinto-oikeuden ja tietosuojalautakunnan päätökset ja palautti syyskuussa 2009 asian lautakuntaan (KHO 2009:82). Asian ollessa tämän ”uuden kierroksen” johdosta vireillä kansallisella tasolla EIT kommunikoivat siitä Strasbourgisiin 22.3.2012 tehdyn valituksen keväällä 2012 Suomen hallitukselle kysyen, onko asiassa puututtu 10 artiklan vastaisella tavalla sananvapauteen (Application no. 16248/10).