

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

Perusoikeusargumentaation kontrolloitavuudesta

1 KONTROLLOITAVUUDEN TARVE

Perustuslaissa turvattujen perusoikeuksien ja kansainvälisiin sopimuksiin perustuvien ihmisoikeuksien¹ oikeudellisen merkityksen vahvistuminen² on Suomessa kulkenut käsi kädessä eduskunnan ensisijaisuutta korostavien sekä perusoikeusaktiivismin ja tuomarivaltion vaaroista varoittavien puheenvuorojen kanssa.³ Tällaiset varoitukset ovat ainakin osaksi oikeuskulttuurimme tradition heijastumia. Suoraan sovellettavat perusoikeudet eivät ole haastaneet vain eduskunnan asemaa ylimpänä valtioelimenä, vaan ne näyttävät myös nostavan oikeudellisen järjestelmän keskiöön sen kaksi perinteistä epäluulon kohdetta: yksilön perustavat oikeudet ja niiden toteutumista valvovat tuomioistuimet.

Eräs kiinnekohta epäluuloille liittyy myös perusoikeuksia koskevan kansallisen tulkintahistorian puutteisiin. Lakien perustuslainmukaisuuden valvonta painottui meillä tunnetulla tavalla lainsäätämisvaiheen abstraktiin normivalvontaan.⁴ Tätä ratkaisua täydensi vuoteen 2000 saakka vallinnut tuomioistuinten koskenut lakien perustuslainmukaisuuden tutkimiskielto-

¹ Käytän perus- ja ihmisoikeuksista yleisnimitystä ”perusoikeudet”, ellei asiayhteys niimenomaan edellytä eron tekemistä niiden välillä. Yleisesti ottaen oletetaan kuitenkin, että se mitä tässä artikkelissa todetaan perusoikeusargumentaation ja punninnan yleisistä opeista on merkityksellisimmiltä osin siirrettävissä myös ihmisoikeusargumentaatioon. Kirjoitus on osa Suomen Akatemian rahoittamaa ”Rights, information and security” -tutkimusprojektia.

² Perus- ja ihmisoikeuksien vahvistumisesta ks. esim. Pekka Lämsä: Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Vammala 2002, s. 35–90.

³ Ks. mm. Jyrki Tala: Mitä vahinkoa olisi Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukseen liittymisestä. Oikeus 3/1987, s. 284–286. Antero Jyränki: Euroopan ihmisoikeussopimus ja Suomi. Luonnos kokonaisvaltaiseksi tarkasteluksi. Juhlahulkaisussa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta. Turku 1990. Kaarlo Tuori, Tuomarivaltio – uhka vai myytti? Lakimies 6/2003, s. 915–943.

⁴ Järjestelmän sisällöstä ja taustasta ks. Mikael Hidén: Säädosvalvonta Suomessa I. Eduskuntalait. Vammala 1974 sekä historiallisesta taustasta etenkin Antero Jyränki: Lakien laki. Helsinki 1989, s. 438–444 ja 511–515.

doktriini. Vaikka oikeudelliset käytännöt alkoivatkin tässä suhteessa hiljalleen muuttua jo 1980-luvun lopusta lukien,⁵ on perusoikeuksia koskevaa kansallista tuomioistuinkäytäntöä sittenkin kertynyt suhteellisen lyhyen aikaa. Saatetaankin ajatella, ettei Suomessa ole vielä kehittynyt tulkintakäytäntöjen ja niiden oikeustieteellisen analyysin vuorovaikutuksessa yleensä rakentuvia ja historiallisesti koeteltuja sekä tässä mielessä kriittistä tarkastelua kestäviä tulkintaoppeja.⁶

Kehittymättömät yleiset opit olisivat puolestaan merkittävä ongelma useasta syystä. Perusoikeuksien kirjoitusasu on ensinnäkin tunnetulla tavalla varsin abstrakti ja tässä mielessä tulkinnanvarainen. Toisaalta niiden normatiivinen velvoittavuus on tavallista voimakkaampaa laatua:⁷ ne eivät ole vain ilmauksia yksilöiden perustavista oikeuksista, vaan myös lainsäätäjän ja muiden julkista valtaa käyttävien toimivallan rajoista. Abstraktin kirjoitusasun ja vahvan normatiivisen velvoittavuuden yhdistelmä näyttääkin asettavan perusoikeuksien soveltamiselle erityisiä haasteita. Ei selvästikään riitä, että perusoikeuksia sovelletaan, niitä on myös sovellettava oikein:⁸ yksilön oikeussuoja ei voine olla ensinkään tehokasta, jos perusoikeusnormien soveltaminen on täysin ennakoimatonta ja epäjohdonmukaista, vain kulloisenkin tulkitsijan henkilökohtaisista preferensseistä riippuvaa. Asialla on merkitystä myös silloin, kun perusoikeudet näyttäisivät edellyttävän poikkeamista tilanteeseen muuten soveltuvasta laista. Niin voimassa olevan lain vahva demokraattinen legitimitetti kuin oikeusvaltiolliset vaatimukset julkisen vallankäytön ennakoitavuudesta ja vallanjaosta edellyttävät, että

⁵ Ks. erit. Martin Scheinin: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Vammala 1991.

⁶ Ks. Markku Helin: Perusoikeuksilla argumentoinnista. Teoksessa Tero Iire (toim.): Varallisuus, vakuudet ja velkojat. Juhlajulkaisu Jarmo Tuomisto 1952–9/6–2012. Porvoo 2012, s. 22 ja passim.

⁷ Perusoikeuksien vahva normatiivinen velvoittavuus perustuu jo niiden hierarkkiseen asemaan perustuslain tasoisina normeina. Kansainväliset ihmisoikeussopimukset sen sijaan on Suomessa saatettu valtiosisäisesti voimaan tyypillisesti tavallisen lain tasolla. Vaikka ne tässä mielessä rinnastuvatkin valtiosisäiseltä velvoittavuudeltaan muuhun lainsäädäntöön, on asia normatiiviselta kannalta katsoen asteen monimutkaisempi: Suomi on valtiosisäisestä oikeudestaan riippumatta kansainvälisen oikeuden tasolla sopimusvelvoitteidensa sitoma eikä lainsäätäjän voi ainakaan olettaa loukanneen kansainvälisoikeudellisia velvoitteitaan. Myös ihmisoikeuksien keskeinen sisällöllinen liityntä perusoikeuksiin samoin kuin niitä koskevien turvaamisvelvoitteiden nimenomainen maininta perustuslaissa on omiaan vahvistamaan ihmisoikeuksien normatiivista sitovuutta siitä, mitä niiden hierarkkinen asema yksin ilmentäisi.

⁸ Ansiokkaimpana esityksenä oikeellisuuden vaatimuksen keskeisestä merkityksestä modernin oikeuden pätevyyskriteerinä voidaan edelleenkin pitää Robert Alexyn ”Claim to Correctness” -teesiä. Ks. Robert Alexy: The Argument from Injustice. Oxford University Press 2002 erit., s. 35–39.

tällaiset ratkaisut tehdään perustellusti ja tavalla, jonka oikeellisuus on myös ulkopuolisten arvioitavissa.

Tässä kirjoituksessa käsitellään perusoikeusargumentaation oikeellisuudelle asettuvia vaatimuksia erityisesti yleisten oppien ja oikeudellisen argumentaation kontrolloitavuuden näkökulmasta. Tarkoituksenani on aiempaa valtiosääntöoikeudellista keskustelua ja sen taustasitoumuksia hyödyntäen tarkentaa erityisesti sitä, millaisia kriteerejä perusoikeuksia koskevat yleiset opit asettavat perusoikeusargumentaatiolle ja miten argumentaation kontrolloitavuutta voidaan oikeastaan näiden oppien valossa lähestyä. En sitä vastoin juurikaan tarkastele kysymystä aiemman oikeuskäytännön vaikutuksesta perusoikeustulkintojen kontrolloitavuudelle.⁹ Myös perusoikeuksien oikeusvaltiollisia ja demokraattisia funktioita koskevat teoreettisemmat kysymykset on jätetty koko lailla sivuun.¹⁰

Kirjoituksella on kaksi jonkinasteista inspiraation lähdettä. Yhtäältä sen taustalla on korkeimman oikeuden alkuvuodesta 2012 tekemä täysistuntoratkaisu KKO 2012:11 isyyslain voimaannanolain 7 §:n 2 momentin kannerajoitusäännyksen sovellettavuudesta. Korkein oikeus jätti siinä yli kolmekymmentä vuotta voimassa olleen säännöksen soveltamatta perustuslain 106 §:n nojalla katsottuaan, että soveltaminen olisi johtanut ilmeiseen ristiriitaan perustuslain ja etenkin sen yksityiselämän suojaa koskevan 10 §:n kanssa. Tapaus ja sitä edeltävät korkeimman oikeuden aiemmat ratkaisut vastaavissa tilanteissa¹¹ edustavat ailahtelevaisuudessaankin merkittäviä virstanpylväitä kehityksessä, jossa perus- ja ihmisoikeuksien asema on hiljalleen vakiintunut osaksi suomalaisen oikeuskulttuurin keskeisnormistoa. Perusteluiltaan hyvin laaja-alaisena ja puntaroivana ratkaisu on myös selvimpiä osoituksia oikeuskulttuurimme eurooppalaistumisen etenemisestä sellaiselle tasolle, jonka vaikutukset näkyvät suoraan oikeudellisen argumentaation laadussa.

Toisena, hieman eri tyyppisenä, inspiraation lähteenä tälle tekstille on toiminut perheoikeuden professori *Markku Helinin* jonkinmoista tunnettuisuutta saavuttanut kirjoitus perusoikeuksilla argumentoinnista.¹² Helin

⁹ Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) sisältöä koskevat yleisesitykset osoittavat hyvin, kuinka keskeinen asema Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännöllä on sopimuksen tulkinnassa. Ks. tältä osin esim. Van Dijk – van Hoof – van Rijn – Zwaak (eds): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Intersentia 2006.

¹⁰ Ks. tältä osin erityisesti Kaarlo Tuori: *Kriittinen oikeuspositivismi*. Vantaa 2000, s. 235–259.

¹¹ Ks. KKO 1984 II 95, KKO 1993:58 ja KKO 2003:107.

¹² Helin 2012.

esittää siinä varsin ankaria moitteita suomalaista valtiosääntöoikeustiedettä ja perus- ja ihmisoikeuksien tulkintakäytäntöjä kohtaan. Helinin mukaan niillä argumentointi on heikosti kontrolloitua, lainsäätäjän toimintavapautta tarpeettomasti rajoittavaa, perusoikeusfundamentalistisesti orientoitua ja vieteriukkoja tuottavaa. Useat moitteet perustuvat muutamista yksittäisistä tapauksista johdetuille ylileistyksille ja niin selville väärinymmärrykselle, ettei niihin ole syytä enemmälti puuttua.¹³ Pidän kuitenkin tärkeänä edes yrittää korjata Helinin kirjoituksesta välittyviä väärinkäsityksiä perusoikeusargumentaation yleisestä struktuurista ja sitä jäsentävistä yleisistä opeista. Tärkeänä siksi, että perusteetonkin yleisen tason kritiikki konkretisoituu oikeudellisen traditiomme avustamana herkästi käytännön ratkaisutilanteiden perusoikeusskepsismiksi, joka taas olisi sekä perusteltua että vaikutuksiltaan ristiriidassa lähivuosikymmenten aikana tehtyjen tietöiden ja lähes yksimielisesti toteutettujen valtiosääntöoikeudellisten uudistusten kanssa.¹⁴

¹³ Ks. esim. Helinin väite siitä, että tuomioistuimille esitetty vaatimus turvata perus- ja ihmisoikeudet kansallisella tasolla EIS:n ja sen kansainvälisen tulkintakäytännön määrittämää minimitasoa paremmin heijastaisi jonkinlaista ”perusoikeusfundamentalismia” (Helin 2012, s. 22.). Mistään tällaisesta ei mainituksessa tietenkään ole kysymys vaan puhtaan lainopillisesta tulkintasuosituksesta, joka perustuu sekä EIS 53 artiklan määräykseen olemassa olevien ihmisoikeuksien suojasta että tulkintoihin perustuslain perusoikeussäännöksistä sellaisina yksilön oikeussuojan ”parempina” ehtoina, joista olemme kansallisesti sopineet. Ks. Veli-Pekka Viljanen: Perusoikeusuudistus ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset. Lakimies 5–6/1996, s. 788–815, s. 797–798. Kun perusoikeuksista on perustuslaissa säädetty, olisi jokseenkin kyseenalaista väittää, ettei niille tulisi antaa lainkaan itsenäistä merkityssisältöä ohi Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden. Vieläkin oudompaa olisi vaatia, että valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen pitäisi – ”fundamentalismin” välttääkseen – kehottaa suomalaisia tuomioistuimia käyttämään perusoikeuksia EIS:sta aiheutuvien velvoitteiden loukkaamiseen.

¹⁴ Viittaan tältä osin etenkin Euroopan ihmisoikeussopimukseen hyväksymistä ja voimaansaattamista koskeviin eduskunnan päätöksiin sekä vuoden 1995 perusoikeusuudistukseen (969/1995) ja vuoden 2000 perustuslakiuudistukseen (731/1999). Tuoreen esimerkin perus- ja ihmisoikeuksiin sitoutumisen pysyvyydestä ja kattavuudesta tarjoaa hallituksen laatima kansallinen perus- ja ihmisoikeuksien toimintaohjelma, jossa perustuslain 22 §:n hengessä konkretisoidaan perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuuden sisältöä ja erityisesti näihin oikeuksiin perustuvia vaatimuksia lainsäädännön kehittämiseksi. Ks. Kansallinen perus- ja ihmisoikeustoimintaohjelma 2012–2013. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita 18/2012. Helsinki 2012.

2 PERUSOIKEUKSIEN SOVELTAMISHARKINNAN RAKENNE

Perusoikeussäännökset ilmaisevat yleisesti sovellettavia ja perustavanlaatuisia yksilöllisiä oikeuksia. Juuri yleisen sovellettavuuden ja perustavanlaatuisuuden seurauksena oikeuksia ilmaisevien normiformulaatioiden kirjoitusasu on usein varsin avoin. Esimerkiksi perustuslain 7 §:ssä turvataan yleisesti jokaisen oikeus ”henkilökohtaiseen vapauteen” ilman että säännöksessä täsmennettäisiin tarkemmin, millaista vapautta säännöksessä tarkoitetaan ja minkälaisia rajoituksia sille on asetettavissa konkreettisissa tilanteissa. Vastaavasti perustuslain 10 §:n säännös oikeudesta yksityiselämän suojaan ei lausu kovinkaan tarkasti siitä, mitä kyseisellä oikeudella tarkemmin ottaen tarkoitetaan. Perustuslain esitöistäkin voidaan lukea lähinnä esimerkinomainen luettelo asioista, jotka ainakin näyttäisivät olevan perustuslain 10 §:n suojan piirissä. Tällaisia ovat ”muun muassa yksilön oikeus vapaasti solmia ja ylläpitää suhteita muihin ihmisiin ja ympäristöön sekä oikeus määrätä itsestään ja ruumiistaan”.¹⁵ Silti perusoikeussäännöksen soveltamisala jää merkittävän osin avoimeksi, riippumaan tulevista tulkitilanteista ja yhteiskunnallisista muutoksista. Samankaltainen avoimuus on tietenkin tyypillistä myös kansainvälisten ihmisoikeussopimusten määräyksille. Niidenkin konkreetti merkityssisältö hahmottuu tarkemmin vasta kussakin soveltamistilanteessa.

Tällaisten normien soveltamisharkinta näyttäisi ainakin tuomioistuinten näkökulmasta edellyttävän ensi vaiheessa vastausta kahteen erilliseen kysymyksenasetteluun: aineellisoikeudelliseen ja toimivallanjakoa koskevaan. On ensinnäkin osattava vastata perustellusti, soveltuuko tapaukseen jokin perusoikeussäännös ja jos soveltuu, miten sitä tulee tulkita käsillä olevassa yksittäistapauksessa. Toimivaltakysymys liittyy taas niihin rajoituksiin, joiden puitteissa tuomioistuin on oikeutettu tekemään ratkaisunsa perusoikeussäännösten nojalla: jos perustuslain perusoikeussäännös vaikuttaa johtavan eri tulokseen kuin samaan tapaukseen soveltuva tavallinen laki, viimekädessä vallanjakoa ja tuomiovallan käyttöä koskevat normit ratkaisevat, saako tuomioistuin syrjäyttää lain tai peräti julistaa lain yleisesti pätemättömäksi?¹⁶ Perus- ja ihmisoikeudet on turvattava olemassa olevien toimivaltuuksien puitteissa.

¹⁵ Ks. HE 1993/309 vp, s. 53.

¹⁶ Ks. myös lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa koskevista järjestelyistä esim. Juha Lavapuro: Uusi perustuslakikontrolli. Helsinki 2010.

Kysymyksellä toimivallasta oli erityisen hallitseva merkitys aiemmin voimassa olleen lakien perustuslainmukaisuuden tutkimiskielitodoktriinin määrittämissä puitteissa. Voimassa olevan perustuslain järjestelmässä tuomioistuimella voidaan kuitenkin katsoa olevan kiistatta toimivalta syrjäyttää perustuslain kanssa ilmeisessä ristiriidassa oleva lain säännös. Samoin niiden on pyrittävää ratkaisemaan tavalliset ristiriitatilanteet perusoikeusmyönteisellä laintulkinnalla. Se, johtaako lain soveltaminen ilmeiseen tai sitä vähäisempään ristiriitaan perustuslain kanssa, on taas ensisijaisesti aineellisoikeudellinen tulkintaongelma. Tässä mielessä voidaan sanoa, että kysymys perusoikeusargumentaation oikeudellisesta kontrolloitavuudesta koskee Suomessa nykyisin ennen kaikkea asian aineellisoikeudellista ulottuvuutta.

3 SOVELTAMISALA- JA RAJOITTAMIS-HARKINNAN KONTROLLOITAVUUS

Myös aineellisoikeudellinen soveltamisharkinta edellyttää tyypillisesti vastausta kahteen erilliseen oikeudelliseen ongelmaan. Kuten *Veli-Pekka Viljanen* on perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä koskevassa tutkimuksessaan esittänyt, ensimmäinen ongelma koskee kyseessä olevan perusoikeuden *soveltamisalaa*:¹⁷ onko asia ylipäättään relevantti tietyn perusoikeussäännöksen kannalta, toisin sanoen tuleeko käsiteltävänä olevaa tilannetta ylipäättään arvioida puuttumisena tiettyyn perusoikeutena turvattuun oikeuteen. Tulkintaongelma ei ole tältä osin useinkaan kovinkaan kiperä. Jos julkinen valta pyrkii puuttumaan poliittiseen viestintään, on asiaa epäilemättä arvioitava perustuslain 12 §:ssä ja EIS 10 artiklassa turvatussanavapauden rajoittamisena.¹⁸ Joskus asia on kuitenkin monimutkaisempi. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on esimerkiksi katsonut kaupallisen viestinnän kuuluvan sanavapauden soveltamisalan piiriin.¹⁹ Silti asiaa on ollut mahdollista pitää tulkinnanvaraisena vähintäänkin oikeuskäytännön vakiintumiseen saakka.²⁰ Vastaavalla tavalla perustuslakivaliokunnan ratkaisukäytännön perusteella on pääteltävissä, että esimerkiksi asuntovaunu

¹⁷ Ks. Veli-Pekka Viljanen: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Vantaa 2001, s. 15.

¹⁸ Ks. HE 309/1993 vp, s. 56 ja esim. Castells v. Espanja (23.4.1992), k. 42.

¹⁹ Ks. Casado Coca v. Espanja (24.2.1994), k. 36–37.

²⁰ Ks. etenkin Barthold v. Saksa (25.3.1985), k. 42, jossa kysymys kaupallisen viestinnän kuulumisesta EIS 10 artiklan soveltamisalan piiriin jätettiin vielä auki.

nauttii kotirauhan suojaa (ks. PeVL 8/1994 vp), mutta vastaavasti vangin selli ei.²¹

Toinen tulkintaongelma koskee tapaukseen soveltuvan *perusoikeuden rajoitettavuutta*. Kysymys on tällöin siitä, saadaanko perusoikeussäännöksen soveltamisalan piirissä olevaan oikeutta kaventaa tai kyseisen säännöksen suojaamaan yksilön oikeusasemaan puuttua julkisen vallan toimenpitein²² esimerkiksi sen vuoksi, että rajoittamisella suojataan jonkin toisen osapuolen perusoikeuksia tai jotain yleisempää yhteiskunnallista intressiä. Esimerkiksi poliittisen viestinnänkin alueella sananvapautta on sallittua rajoittaa, joskin tällaiselta toimenpiteeltä edellytetään poikkeuksellisen vahvoja perusteita. Sen sijaan kaupallisen viestinnän alueella rajoitukset on sallittu herkemmin.²³ Perusoikeusrajoitusten sallittavuus tulee tunnetulla tavalla yleensä arvioiduksi rajoittamisen yleisten tai erityisten, kyseistä perusoikeutta nimenomaisesti koskevien ja sen yhteyteen kirjattujen, kvalifioitujen edellytysten valossa.²⁴ Edellytykset ovat laadultaan paitsi muodollisia ja menettelyllisiä (lailla säätämistä, täsmällisyyttä ja tarkkarajaisuutta sekä oikeusturvaa koskevat vaatimukset) myös sisällöllisiä (hyväksyttävyyttä, oikeasuhtaisuutta, ydinalueen suojaa sekä ihmisoikeussopimuksen mukaisuutta koskevat vaatimukset).

Yksittäisen perusoikeussäännöksen konkreetti merkitys on sidoksissa sekä soveltamisalaharkintaan että rajoittamisharkintaan. Kuten seuraavaksi havaitaan, näiden harkinnan vaiheiden sisältö, merkitys ja keskinäissuhteet rakentuvat kuitenkin asteen yleisemmän tason oletuksille, jotka koskevat sekä perusoikeusjärjestelmän soveltamisalaa että yksittäisten perusoikeusnormien normiteoreettista luonnetta.

3.1 Soveltamisalaharkinnan merkitys

Suomalaisessa valtiosääntödoktriinissa ei ole juurikaan eritelty niitä yleisiä kriteereitä, joiden valossa yksittäisiä perusoikeussäännöksiä koskeva soveltamisalaharkinta tulisi suorittaa.²⁵ Sama koskee toisaalta myös hyväksyttä-

²¹ Ks. PeVL 12/1998 vp.

²² Ks. Perusoikeusrajoituksen määritelmästä Viljanen 2001, s. 14.

²³ Ks. Sami Manninen: Sananvapaus ja julkisuus (PL 12 §), s. 464. Teoksessa Hallberg ym.: Perusoikeudet. Helsinki 2011, s. 458–491.

²⁴ Ks. PeVM 25/1995 vp sekä Viljanen 2001.

²⁵ Tämä ei tarkoita, etteikö perusoikeuksien soveltamisala määräytyisi osin myös perusoikeuksien subjektiutta ja velvoitettuja tahoja koskevien yleisten lähtökohtien mukaan. Ks. tältä

vissä olevien rajoitusperusteiden luokkaa: Lukuun ottamatta yleistä mieltävallan kieltoa, niidenkään määrittämiseksi ei ole osoitettavissa yleisesti soveltuvia täsmällisiä kriteereitä.

Tällainen ennaltamäärittämättömyys ei kuitenkaan välttämättä muodostu niin mainittavaksi ongelmaksi kuin äkkiseltään saattaisi ajatella. Niin suomalaisessa kuin yleisemmässä eurooppalaisessakin viitekehyksessä molempiin pätee nimittäin laajentavan tulkinnan periaate. Perusoikeuksien soveltamisala on lähtökohtaisesti laaja, koko oikeusjärjestyksen kattava ja tässä mielessä etukäteen rajoittamaton,²⁶ mutta toisaalta myös hyväksyttävien rajoitusperusteiden joukko on suuri. Tämä on aivan olennaisen tärkeä lähtökohta.

Oikeuksien ja niiden rajoitusperusteiden tulkitsemisesta laajentavasti nimittäin seuraa, että perusoikeuksien soveltamisharkinnassa on keskeisesti kysymys *oikeuksien rajoitettavuuden oikeutuksen arvioinnista* – ei niinkään siitä, millä perustein tietyn perusoikeuden soveltuvuudesta käsillä olevaan tapaukseen voidaan olla objektiivisestikin ottaen varmoja. Kuten *Mikko Hoikka* on todennut, soveltamisalaharkinnan ja rajoitusdoktriinin välinen suhde rakentuu tällaisessa viitekehyksessä niin sanotulle *ulkoisten rajoitusten teorialle*.²⁷ Tällä yleensä saksalaiseen valtiosääntöteoriaan, mutta myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöön viittaavalla teorialla viitataan käsitykseen siitä, että samalla kun yksittäisten oikeuksien soveltamisala määrittyy laajaksi, niiden sisältö tulee määritettäväksi oikeuksien sallittujen ja kiellettyjen rajoitusten kautta.²⁸ Oikeuden sisältö yksittäisessä tilanteessa riippuu toisin sanoen siitä, missä määrin sitä on rajoitusedellytysten valossa sallittua rajoittaa. Tämän seurauksena esimerkiksi sananvapauden konkreetin sisällön määrittämisessä Euroopan ihmisoikeussopimuksen järjestelemässä on ensisijaisesti kysymys siitä, voidaanko sananvapauden rajoitusta pitää välttämättömänä demokraattisessa yhteiskunnassa.²⁹

Kontrastia voidaan tässä suhteessa hakea yhdysvaltalaisesta valtiosääntökulttuurista, jossa soveltamisharkinta jäsenyyty tyypillisesti *sisäisten rajojen*

osin esimerkiksi Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeuksien soveltamisala. Teoksessa Hallberg ym.: Perusoikeudet. Helsinki 2011, s. 89–137, s. 89–90 ja 116–119 sekä 134–136.

²⁶ Ks. Viljanen 2001, s. 3.

²⁷ Ks. Mikko Hoikka: Sananvapaus Euroopan unionin oikeudessa. Vammala 2009, s. 62.

²⁸ Ks. Mattias Kumm: Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. German Law Journal 4/2006, s. 348.

²⁹ Ks. Pauli Rautiainen: Kuvataiteilijan oikeudellinen asema. Ammattimaista taiteellista toimintaa rajoittava ja edistävä oikeussääntely. Tampereen yliopisto 2012, s. 67.

teorian mukaan. Kun sikäläisessä oikeuskulttuurissa sekä perusoikeuksien soveltamisalaa että niiden sallittuja rajoitusperusteita tulkitaan kapeasti, jo perusoikeussäännöksen soveltuminen tapaukseen muodostaa usein ehdottoman esteen muun suuntaiselle ratkaisulle. Toisaalta perusoikeuksien soveltamisalan kapeus rajaa herkästi jo etukäteen sitä, millaiset tilanteet ylipäättään muodostuvat valtiosääntöoikeudellisesti relevanteiksi. Esimerkiksi yksityisten väliset suhteet eivät käytännössä nauti lainkaan perustuslain suojaa yhdysvaltalaisessa oikeudessa, kun taas eurooppalaisissa käytännöissä niitä on enenevästi arvioitu välillisen horisontaalivaikutuksen kautta.³⁰

Suomalainen perusoikeusdoktriini on hakenut perusoikeusuudistuksen yhteydessä konkretisoituneet nykyiset rajoitusoppinsa keskeisesti saksalaisesta valtiosääntöajattelusta³¹ ja noudattaa tässäkin mielessä ulkoisten rajojen teoriaa. Kun perusoikeudet tulkitaan ilmaisuiksi yleisistä normeista, jotka eivät vain rajoita julkista valtaa, vaan asettavat sille myös aktiivisia toimintavelvoitteita, on perusoikeuksien soveltamisala vastaavista syistä syytä mieltää yleiseksi, lähtökohtaisesti kaikkeen julkisen vallan käyttöön soveltuvaksi. Toisaalta samalla tulee tarpeelliseksi ymmärtää myös sallittujen rajoitusperusteiden luokka laajaksi. Kuten nimittäin on tunnettua, perus- ja ihmisoikeudet eivät pääsääntöisesti ole eivätkä voikaan olla niin ehdottomia, etteikö niitä voitaisi konkreettisissa tilanteissa rajoittaa joko muiden perusoikeuksien turvaamiseksi tai painavan yhteiskunnallisen intressin toteuttamiseksi.³²

Ulkoisten rajojen teorialle ominainen käsitys yksittäisten perusoikeussäännösten soveltamisalan ja rajoitusperusteiden laajentavasta tulkinnasta vaikuttaa niin ollen perus- ja ihmisoikeusargumentaatioon sekä määrällisesti että laadullisesti. Kun yksittäisten oikeuksien soveltamisalalle ei ole osoitettavissa etukäteisiä rajoja, periaatteessa mitä tahansa julkisen vallan toimenpidettä voidaan joutua arvioimaan myös perusoikeuksien kannalta – perusoikeuksien säteilyvaikutus ulottuu toisin sanoen kaikkialle oikeusjärjestykseen, kuten Saksan perustuslakituomioistuin linjasi kuuluisassa *Lüth*-tuomiossaan.³³ Toisaalta soveltamisalaharkinnan merkitys tapauksen oikeellisuuden kontrolloitavuudelle on suhteellisen pieni. Sen sijaan keskeinen osa argumentaation oikeellisuuden mittapuita ja arviointia kohdistuu

³⁰ Ks. Kumm 2006, s. 347–348. Perusoikeuksien horisontaalivaikutuksen yhteydestä laajaan perusoikeuskäsitykseen ks. Robert Alexy: *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press 2002, s. 351–364.

³¹ Ks. Viljanen 2001, *passim*.

³² Ks. HE 309/1993 vp.

³³ BVerfGE 7, 198 (Lüth). Ks. myös Alexy 2002, s. 354.

rajoituksen sallittavuuteen, ts. siihen, onko puuttuminen tapaukseen sinänsä soveltuvaan perus- tai ihmisoikeuteen sallittua niiden kriteerien varassa, joita oikeuksien rajoittamiselle yleisesti ja erityisesti asetetaan. Tiivistäen: sillä, että tapauksen katsotaan kuuluvan tietyn perusoikeussäännöksen soveltamisalan piiriin, osoitetaan vain ratkaisua tekevälle *argumentaatiotaakan suuntaa* osoittava lähtökohta.

Tähän soveltamisalaharkinnan merkitystä koskevaan pääsääntöön oikeastaan vain kaksi poikkeusta. Jos tapaukseen tulee sovellettavaksi ehdottoman kiellon luonteinen perusoikeus, kuten esimerkiksi kidutuksen kieltä, tai jos kyse olisi perusoikeuden ydinalueelle ulottuvasta rajoituksesta, ratkeaa asia suoraan soveltamisalaharkinnan perusteella:³⁴ jos arvioitavana oleva toimenpide merkitsee kidutusta, tai jos kyse on esimerkiksi sananvapauden ydinalueelle sijoitettavissa olevasta poliittisen viestinnän ennakkosensuurista, ei sitä voi oikeuttaa millään rajoitusperusteella. Poikkeuksellisesti saattaa myös olla niin, ettei soveltamisalaharkinnan kohteena olevan perusoikeussäännöksen rajoittamiselle ole osoitettavissa lainkaan perustetta tai että kaikki esitetyt perusteet osoittautuvatkin mielivaltaisiksi. Tällaisessakin tilanteessa soveltamisalaharkinnan voi katsoa osoittavan samalla myös sen, miten tapaus tulee ratkaista.

Koska perusoikeudet ovat pääsääntöisesti rajoitettavissa ja koska sallittujen rajoitusperusteiden joukko tulkitaan lähtökohtaisesti laajaksi, myös perusoikeusnormin soveltamisen vastasyitä on kuitenkin yleensä olemassa. Jos ja kun näin on, on myös argumentaatioissa kysymys keskeisesti sen perustelemisesta, onko tapaukseen soveltuvan perusoikeusperiaatteen rajoittaminen käsillä olevassa tilanteessa sallittua. Siinä missä soveltamisalaharkinnan lopputulos osoittaa ratkaisijalle kyseiseen perusoikeussäännöksen kiinnittyvän perusteluvollisuuden olemassaolon, vasta rajoitusharkinta osoittaa tuon perusteluvollisuuden sisällön. Samalla myös kysymys perusoikeusargumentaation kontrolloitavuudesta löytää ensisijaisen paikkansa juuri rajoitusharkinnan alueelta.

3.2 Rajoitusharkinnan kontrolloitavuus

Suomessa ja esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen järjestelmässä noudatettuja rajoitusedellytyksiä on jo käsitelty oikeuskirjallisuudessa laajalti, joten niiden tarkempaan esittelyyn ei ole tässä artikkelissa aihet-

³⁴ Ks. Martin Scheinin: Punninnasta ja ehdottomista oikeuksista terrorismia torjuttaessa. Teoksessa Samuli Hurri (toim.): Demokraattisen oikeuden ehdot. Helsinki 2008, s. 205.

ta.³⁵ Monet niistä ovat varsin selkeitä ja vähän tulkinnallista epävarmuutta herättäviä. Kansallisen oikeusjärjestyksen piirissä esimerkiksi lailla säättämisen vaatimuksen täyttymisen voi olettaa aiheuttavan epätietoisuutta vain poikkeuksellisesti. Perusoikeusargumentaation kontrolloitavuuden näkökulmasta keskeisimmät ongelmat näyttäisivät paikantuvan sisällöllisiin rajoitusedellytyksiin, erityisesti rajoitusten oikeasuhtaisuutta koskevaan vaatimukseen.

Oikeasuhtaisuusvaatimus edellyttää yleisesti ottaen, että perusoikeuden rajoitus on oikeassa suhteessa sillä tavoiteltuun päämäärään. Perusoikeus uudistuksen yhteydessä vaatimuksen sisällöksi määrittyi seuraava (PeVM 25/1994 vp, s. 5):

”Rajoitusten tulee olla välttämättömiä hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi. Jokin perusoikeuden rajoitus on sallittu ainoastaan, jos tavoite ei ole saavutettavissa perusoikeuteen vähemmän puuttuvien keinoin. Rajoitus ei saa mennä pidemmälle kuin on perusteltua ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään.”

Viimeinen virke ilmaisee oikeastaan asian ytimen. Kuten Veli-Pekka Viljanen esittää, suhteellisuusvaatimuksen täyttymisen arviointi perustuu viime kädessä perusoikeutena ilmaistujen yksilön oikeuksiin viittaavien oikeusperiaatteiden ja perusoikeuden rajoittamisen perusteena esitettyjen intressien välillä tapahtuvaan punnintaan.³⁶ Missä määrin tällaista punnintaa voidaan kontrolloida oikeudellisesti, vaikuttaa eräänlaiselta valtiosääntöoikeuden kohtalonkysymykseltä. Jos ”punninta” on puhtaan arvostuksensvaraista, on myös suhteellisuusvaatimuksen täytyminen tai täyttymättä jääminen sitä. Koska suhteellisuusvaatimuksella on puolestaan keskeisin osa soveltamisharkinnassa, tulisi myös keskeinen osa perusoikeuksien soveltamista ymmärtää silkkana yhteiskuntapoliittisten valintojen tekemisenä. Juuri tällaisiin ongelmiin myös saksalainen yhteiskuntateoreetikko *Jürgen Habermas* on kiinnittänyt huomiota kritisoidessaan erityisesti maanmiehensä *Robert Alexyn* käsityksiä valtiosääntöoikeudellisesta punninnasta optimointina,³⁷ jossa kaikki kilpailevat periaatteet pyritään toteuttamaan oikeudellisten ja tosiasiallisten mahdollisuuksien puitteissa mahdollisimman suuressa mää-

³⁵ Perusoikeuksien rajoitusedellytyksistä Suomessa ks. Viljanen 2001. Euroopan ihmisoikeussopimuksen rajoitusedellytyksistä ks. Jukka Viljanen: *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law*. Tampere 2003.

³⁶ Ks. Viljanen 2001, s. 210.

³⁷ Ks. Robert Alexy: *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp 1986, s. 122–125.

rin.³⁸ Habermasin mukaan optimointikäskyn idea poistaa perusoikeuksilta oikeusnormeille ominaisen pitämislottuvuuden ja muuntaa niitä koskevan ratkaisuharkinnan puhtaaksi tavoiterationaaliseksi punninnaksi erilaisten yhteiskunnallisesti merkittävien arvojen välillä. Tämän seurauksena perusoikeudet menettävät merkityksensä poliittisen päätöksenteon rajana ja samalla valtiosääntöoikeudellisena esitetty ratkaisuharkinta muuntuu tosiasiallisesti puhtaaksi yhteiskuntapoliittiseksi päätöksenteoksi.³⁹ Myös suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa esitetään toisinaan vastaavan kaltaisia väitteitä valtiosääntöoikeudellisen ratkaisutoiminnan puhtaasta tai vähintäänkin hyvin korostuneesta yhteiskuntapoliittisesta ja subjektiivisesta luonteesta.⁴⁰

Tällaiset väitteet eivät kuitenkaan vakuuta. Ne eivät ensinnäkään ole hevin yhteen sovitettavissa sen yksinkertaisen tosiasian kanssa, että käytännössä kaikissa moderneissa demokratioissa tuomioistuimet tekevät jatkuvasti perusoikeuksiin nojautuvia punnintaratkaisuja ilman että niiden legitiimisyttä epäiltäisiin vastaavassa suhteessa. Selvää tietysti on, ettei perusoikeuksia koskevaa punninta-argumentaatiota voi kuvata selvän säännön soveltamiseen rinnastuvalla tarkkuudella, vaan toiminta lähenee pikemminkin moraalinormien varassa tapahtuvaa käytännöllistä päättelyä. Toisaalta kyse ei ainakaan lähtökohtaisesti ole puhtaasta moraalisesta päättelystä tai yhteiskuntapoliittisten valintojen tekemisestä, koska päätöksenteon institutionaaliset puitteet ovat korostuneen oikeudelliset. Kuten esimerkiksi *Mattias Kumm* on korostanut: perusoikeuksia soveltavat tuomioistuimet eivät ainakaan ensisijaisesti tee yhteiskunnan poliittisia päämääriä ja niihin pääsemisen keinoja koskevia valintoja, vaan arvioivat tällaisten valintojen oikeutettavuutta. Tällainen arviointi tapahtuu perusoikeussäännösten ja niitä koskevien tyypillisesti etukäteen määriteltujen tulkintaperiaatteiden ja aiemman oikeuskäytännön puitteissa ja tuomioistuinten toimintaa on mahdollista myös arvioida kriittisesti näiden oikeuslähteiden valossa. Lopulta valtiosääntöoikeudellista argumentaatiota ja oikeasuhtaisuuden vaatimusta sen osana määrittävät valtiosääntöperiaatteet edellyttävät yleensä myös muiden institutionaalisten toimijoiden tekemien valintojen kunnioittamista ainakin joiltakin osin.⁴¹ Suomalaisessa valtiosääntöoikeudessa voidaan tältä

³⁸ Ks. Jürgen Habermas: *Between Facts and Norms*. MIT Press 1996, s. 254–256.

³⁹ Ks. Habermas 1996, s. 255.

⁴⁰ Ks. Jaakko Husa: *Non Liquet – Vallanjako, perusoikeudet ja systematisointi*. Oikeuden ja politiikan välisiä rajankäyntejä, Vammala 2004, s. 123 ja Helin 2002, s. 17–18.

Ks. Mattias Kumm: *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*. *German Law Journal* 2006, s. 341–370, s. 349.

osin viitata perustuslakivaliokunnalle annettuun asemaan perustuslain 106 §:n etusijäsäännöksen ilmeisyysskriteerin tulkinnassa.⁴²

Myös valtiosääntöoikeudellinen teorianmuodostus on jo pitkään pyrkinyt tarkentamaan suhteellisuusperiaatteen sisältöä siitä, mitä se yleisenä vaatimuksena perusoikeusrajoitusten ja tällaisten rajoitusten tavoitteiden oikeasta suhteesta ilmentää.⁴³ Seuraavaksi tarkastelun kohteeksi otetaan yksi keskeisimmistä oikeustieteellisistä ehdotuksista tällä alueella: Robert Alexyn punnintateoria, joka nykyisessä, 2000-luvun alussa täydennetyssä muodossaan edustaa myös nimenomaista vastausta Jürgen Habermasin edellä tiiviisti kuvattuun kritiikkiin.⁴⁴ Tarkoituksenani on Alexyn jalanjäljissä oikeastaan vain pyrkiä osoittamaan, että punnintaa on myös suomalaisissa valtiosääntöoikeudellisissa käytännöissä mahdollista eritellä vastaavalla tarkkuudella, jolla oikeudellista argumentaatiota on esimerkiksi subsumptioteoreettisten mallien avulla yleensä eritelty.⁴⁵ Toiseksi tuon esille käsitystä siitä, että Alexyn punnintateoria vastaa varsin hyvin valtiosääntöoikeudellisten käytäntöjen tyypillisiä argumentaatorakenteita. Vähintäänkin mainittu teoria antaa välineitä tällaisen ratkaisutoiminnan kriittiseen tarkasteluun.

3.3 Rajoitusten oikeasuhtaisuuden vaatimus ja Alexyn punnintakaava

Oikeasuhtaisuuden periaate ei luonnollisestikaan toimisi oikeusperiaatteena, ellei sen sisältöä olisi mahdollista jäsentää ja tarkentaa oikeudellista ennakoitavuutta ja kontrolloitavuutta parantavalla tavalla. Tuskin nimittäin olisi

⁴² Ks. HE 1/1998 vp, s. 163 ja PeVM 10/1998 vp, s. 31.

⁴³ Ks. Viljanen 2001, s. 205–228. Kuten Viljanen toteaa, suhteellisuusperiaatteella on ollut keskeinen asema Suomen oikeusjärjestyksessä valtiosääntöoikeudellisista konstruktioista riippumatta. Erityisesti tämä koskee hallinto-oikeutta ja suomalaisessa diskurssissa Veli Merikosken esityksiin palautuvia käsityksiä hallinto-oikeudellisesta suhteellisuusperiaatteesta. Ks. erit. Veli Merikoski: Vapaa harkinta hallinnossa. 2. painos. Vammala 1968.

⁴⁴ Ks. Alexy 2002 ja erit. teoksen jälkikirjoitus, s. 388, ss.

⁴⁵ Ks. myös Robert Alexy: On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. Ratio Juris 4/2003, s. 433–449. Subsumptiologinen kuvaus oikeudellisesta harkinnasta ei tunnustusti ole pätevä kuvaus oikeudellisen harkintaratkaisun syntymisestä. Se jättää muun muassa avoimeksi sen, miten loogisen päättelyn kohteeksi valikoituvat premissit muodostetaan ja oikeutetaan. Subsumptiologinen malli vaikennee myös siitä, miten samaan tapaukseen soveltuvien, mutta eri lopputuloksiin johtavien normien konflikti ratkaistaan. Toisaalta mallia voidaan kuitenkin hyödyntää jälkikäteen sen arvioimiseen, onko jo tehty ratkaisu perusteltu asianmukaisesti.

riittävää vain todeta, että perusoikeusrajoitusten on oltava oikeassa suhteessa niiden taustalla olevan intressin painoarvoon. Tällainen yleinen vaatimus ei kerro mitään siitä, miten eri suuntaan vetävien argumenttien painoarvot tulisi oikeastaan määrittää ja miten ne lopulta suhteutettaisiin toisiinsa. Robert Alexyn perusoikeusteorialla onkin länsimaisessa valtiosääntöperinteessä ollut osin tästäkin syystä keskeinen asema. Kyse on yhdestä perinpohjaisimmasta tämän alueen oikeusteoreettisista esityksistä.

Suomalaisessakin oikeustieteellisessä tutkimuksessa⁴⁶ usein viitatus Alexyn ”*Theorie der Grundrechte*” -teoksessa esitellyn perusoikeusteorian pääteesin mukaan perusoikeudet ovat periaatteita ja periaatteet puolestaan optimointikäskyjä.⁴⁷ Perustuslaissa vahvistettujen perusoikeuksien painoarvo on kuitenkin säätämistasosta johtuen jo yleisellä tasolla suuri, mikä heijastuu väistämättä niiden merkitykseen konkreettisessa ratkaisutilanteessa.⁴⁸ Toisaalta perusoikeuden periaateluonteesta seuraa, ettei sille välttämättä tule antaa etusijaa kaikissa tilanteissa. Optimointikäskynä perusoikeuksien oikeudellinen merkitys tyhjentyy yhteen vaatimukseen: niitä on pyrittävä toteuttamaan mahdollisimman suuressa määrin ottaen huomioon oikeudelliset ja tosiasialliset mahdollisuudet.⁴⁹ Tosiasialliset mahdollisuudet saavat oikeudellisen sisältönsä toteuttamista rajoittavien perusteiden välttämättömyyttä ja soveltuvuutta koskevien vaatimusten kautta. Periaatteeseen puuttumisen on oltava välttämätöntä jonkin kilpailevan periaatteen toteuttamiseksi ja toimenpiteen, jolla vastaperiaatetta toteutetaan, on myös sovelluttava tarkoitukseensa.⁵⁰

Varsinainen punninta, toisin sanoen oikeasuhtaisuuden vaatimus käsitteen suppeassa merkityksessä, koskee kuitenkin oikeudellisten mahdollisuuksien arviointia. Tai kuten Alexy itse toteaa, se mitä voidaan pitää yhden optimointikäskyn kannalta oikeudellisesti mahdollisena, on perustavalla tavalla sidottu kilpaileviin optimointikäskyihin. Punninta ei Alexyn mukaan koostukaan

⁴⁶ Ks. Scheinin 1991, s. 30–31 ja etenkin Jaakko Jonkka: Syytekyynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Vammala 1991, s. 248–254.

⁴⁷ Ks. Alexy 1986, s. 75–77. Ks. myös Alexy 2002, s. 388.

⁴⁸ Ks. myös Veli-Pekka Viljanen: Perusoikeuksien rajoittaminen, s. 158. Teoksessa Hallberg ym.: Perusoikeudet. Helsinki 2011, s. 139–170.

⁴⁹ Ks. Alexy 2002, s. 47–48.

⁵⁰ Rajoitusperusteen soveltuvuus- ja välttämättömyysvaatimukset kytkeytyvät saksalaisessa valtiosääntöoikeusdoktriinissa ajatukseen oikeasuhtaisuusvaatimuksen kolmiosisaisuudesta. Tässä rakenteessa Alexyn vaatimus valtiosääntöoikeudellisesta optimoinnista koskee ensisijaisesti oikeasuhtaisuusvaatimusta suppeassa merkityksessä, ei niinkään soveltuvuus- ja välttämättömyysvaatimuksia. Ks. myös Viljanen 2001, s. 212.

mistään muusta kuin kilpailevien periaatteiden välisestä optimoinnista.⁵¹ Tätä kautta suhteellisuusvaatimus saa ilmauksensa punnintalakina, joka määrää ratkaisemaan perusoikeuksien ja niiden rajoitusperusteiden väliset jännitteet seuraavasti:

Mitä suurempi on jonkin perusoikeusperiaatteen toteutumatta jäämisen aste tai sen rajoitus, sitä tärkeämpää tulee olla toisen punnittavana olevan periaatteen toteutuminen.⁵²

Viimeistään vuonna 2002 julkaistun englanninkielisen laitoksen jälkeen tätä lakia lienee kuitenkin syytä kutsua Alexyn 1. punnintalaiksi. Englanninkieliseen ”Theory of Constitutional Rights” -teokseen sisältyy nimittäin jälkikirjoitus, jossa Alexy täydentää alkuperäistä punnintaskeemaansa 2. punnintalailla. Se kuuluu täsmällisemmässä muodossaan seuraavasti:

Mitä intensiivisemmin perusoikeusperiaatetta rajoitetaan, sitä varmempia rajoitusta perustelevien syiden tulee olla.⁵³

Ensimmäinen punnintalaki määrittelee toisin sanoen aineellisoikeudellisen suhteellisuusarvioinnin lähtökohdat jälkimmäisen ollessa luonteeltaan episteeminen ja rajoitusarvioinnin oikeudellista ja empiirisluonteista luotettavuutta silmälläpitävä.⁵⁴ Kahden punnintalain puitteissa perusoikeuksien konkreetti painoarvo määräytyy soveltamistilanteessa oikeudellisten ja tosiasiallisten mahdollisuuksien mukaan sen perusteella, mitä kunkin periaatteen noudattamisen *tärkeys* ja niihin puuttumisen *intensiteetti* punnintalain mukaisesti edellyttää⁵⁵ ottaen kuitenkin huomioon myös sekä periaatetta että sen vastaperiaatetta koskevien arvioiden *luotettavuutta* koskevat näkökohdat. Mitä luotettavimpia arviot ovat, ts. mitä enemmän niiden tueksi voidaan esittää institutionaalisesti tuettua oikeudellista ja empiiristä näyttöä, sitä enemmän kyseisille arvioille tulee antaa ratkaisuharkinnassa merkitystä.

Alexy on luonnollisestikin tietoinen siitä, että punnintalain keskeisille osatekijöille, periaatteen tärkeydelle, siihen puuttumisen intensiteetille ja tällaisten arvioiden luotettavuudelle, on varsin hankala asettaa yleispäteviä ja konkreettisissa oikeudellisissa käytännöissä hyödynnettävissä olevia

⁵¹ Ks. Rohert Alexy: Balancing, Constitutional Review, and Representation. International Journal of Constitutional Law 2005, s. 572–581, s. 573.

⁵² Ks. Alexy 1986, s. 146.

⁵³ Ks. Alexy 2002, s. 418–419.

⁵⁴ Ks. Alexy 2002, s. 414–425.

⁵⁵ Ks. Alexy 2003, s. 436–437.

mittareita. Hänen ratkaisunaan on tässä kohdin pyrkiä siihen tarkkuusasteeseen, joka on oikeudelliselle argumentaatiolle muutenkin tyypillistä. Valtiosääntöoikeudellisessa argumentaatiossa periaatteen painoarvoa sekä sen toteutumatta jäämisen intensiteettiä kuvataan varsin tyypillisestikin käsittein, joissa suurta painoarvoa ilmaisevat ”vakavuuteen”, ”perustavanlaatuisuuteen”, ”merkittävyys” viittaavat määreet kun taas asteikon toisessa päässä nousevat esiin tyypillisesti ”vähäisyydestä”, ”heikkoudesta” ja ”lievyydestä” puhuvat ilmaukset.

Alexyn konkreettisena kiinnekohtana on tältä osin Saksan valtiosääntötuomioistuimen ratkaisukäytäntö, mutta siitä tehdyille huomioille on vastineensa myös suomalaisissa tulkintakäytännöissä. Perustuslakivaliokunta joutui esimerkiksi hiljan säteilylain uudistuksen yhteydessä ottamaan kantaa muun muassa kysymykseen siitä, miten elinkeinonharjoittajiin kohdistuvaa kieltoa tarjota kosmeettisia solariumpalveluja alle 18-vuotiaille tulisi arvioida valtiosääntöoikeudellisesti.⁵⁶ Lähtökohtaisesti kysymys oli puuttumisesta perustuslain 18 §:ssä suojattuun elinkeinovapauteen. Valiokunta kuitenkin katsoi, että kiellosta voitiin säätää tavallisella lailla. Tämä johtui valiokunnan argumentaation perusteella paitsi siitä, että sääntelystä seuraava puuttuminen elinkeinovapauteen oli intensiteetiltään vähäistä, ”kaikkiaan vain lievähköä puuttumista elinkeinonharjoittajien elinkeinovapauteen” merkitsevää, kun taas puuttumisen taustalla oli sijoitettavissa painoarvoltaan selvästi suurempi periaate, useisiin perusoikeuksiin ja erityisesti alaikäisten suojeluun ja kansanterveydellisiin syihin kytkeytyvä ”merkittävä yhteiskunnallinen intressi”.⁵⁷ Kun vastakkain olivat ”lievähkö” puuttuminen ja ”merkittävä” yhteiskunnallinen intressi, ei oikeasuhtaisuuden vaatimus asettanut esteitä lain käsittelemiselle tavallisen lain säätämisjärjestyksessä.

Alexy esittääkin, että oikeusperiaatteiden välillä tapahtuvaa punnintaa voidaan jäsentää yksinkertaisimmin ja samalla hyödyllisimmin tukeutumalla kolmiportaiseen painoarvojen asteikkoon.⁵⁸ Tällöin oikeusperiaatteiden ja niihin puuttumisen tai niiden toteutumatta jäämisen intensiteetin painoarvoa kuvataan yleisesti kevyimmästä painavimpaan etenevällä asteikolla ”heikko”, ”keskimääräinen” ja ”suuri”. Luonnollisesti myös näiden synonyymiset ilmaukset kuten esimerkiksi ”lievä”, ”raskaahko” tai ”vakava” ovat vastaavalla tavalla käyttökelpoisia. Pääidea on pitäytynyt lähtökohtaisesti kolmiportaisessa asteikossa. Alexy kuitenkin samalla korostaa, ettei mikään

⁵⁶ Ks. PeVL 5/2012 vp.

⁵⁷ Ks. PeVL 5/2012 vp, s. 2.

⁵⁸ Ks. Alexy 2003, s. 440–443.

estä jakamasta erilaisia painoarvoluonnehdintoja edelleen pienemmiksi osajoukoiksi iteroimalla harkinnan eri tekijät yhä uudelleen samaa kolmiportaista asteikkoa hyödyntäen. Tällöin esimerkiksi raskainta painoarvoa edustava ”vakava” puuttuminen perusoikeuteen voidaan jaotella edelleen asteen hienojakoisempaan painoarvoryhmään: melko vakava, keskimääräisen vakava ja erittäin vakava.⁵⁹

Vastaava kolmiportaisuus koskee myös 2. punnintalain episteemisiä arvoja. Punninta-arvostelmien taustalla olevien oikeudellisten ja tosiasiallisten oletusten luotettavuutta voidaan toisin sanoen oikeudellisessa argumentaatioissa eritellä esimerkiksi ”epävarman, toteen näyttämättömän”, ”mahdollisen, melko todennäköisen” sekä ”selvän ja riidattoman” luokissa. Tämäkin vastaa itse asiassa tosiasiallisia argumentaatiokäytäntöjä, kuten myöhemmin havaitaan.

Vaikka sekä punnintalain kaltaiset tulkintamaksiimit että kolmiportaiset painoarvojen luokat osoittavat jo suuntaviivoja suhteellisuusarvioinnin kannalta merkityksellisille näkökohdille⁶⁰ eivät ne yksinään vielä riittävästi selvennä punnintaoperaation mekaniikkaa. Alexy täsmentääkin punnintalakien toimintaa punnintakaavalla, joka jäsentää suhteellisuusarvioinnissa huomioonotettavia tekijöitä matemaattisen kaavan muodossa.⁶¹ Punnintakaavan mukaan laskettuna yksittäisen perusoikeusperiaatteen konkreetti merkitys saadaan asettamalla vastakkain yhtäältä kyseisen perusoikeusperiaatteen abstrakti painoarvo⁶², sen toteutumatta jäämisen intensiteetti ja

⁵⁹ Alexy 2002, s. 412. Toisaalta on selvää, että jossakin vaiheessa erottelu yhä pienempiin painoarvoluokkiin muuttuu vaikeasti hallittavaksi. Voidaan hyvällä syyllä kysyä, lisääntykö oikeudellisen argumentaation tarkkuus esimerkiksi siitä, että punninta-argumentaatioissa turvauduttaisiin esimerkiksi ”lievän keskimääräisesti erittäin vakavan” puuttumisen käsitteeseen. Ks. tältä osin Alexy 2003, s. 445.

⁶⁰ Tähän kohtaan kohdistui myös Böckenförden tunnettu kritiikki Alexyn optimointikäskyä kohtaan. Hänen mukaansa Alexyn optimointikäskyn idea sitoo perusoikeuksien sisällön puhtaasti punnintaan ilman että oikeuksille voidaan osoittaa mitään kiinteää sisältöä. Tämän seurauksena perusoikeusteoria muodostuu samanaikaisesti sekä liian köyhäksi että kaiken kattavaksi. Kaikkea voidaan arvioida perusoikeuksien näkökulmasta, mutta toisaalta perusoikeuksista voidaan johtaa mitä tahansa ilman että lopputuloksen pätevyyttä voidaan millään tavalla kontrolloida oikeudellisessa mielessä. Habermasin kritiikin ohella Alexyn punnintakaavaa koskevaa esitystä on syytä lukea yrityksenä vastata myös Böckenförden kritiikkiin. Ks. Ernst-Wolfgang Böckenförde: Grundrechte als Grundsatznormen. Teoksessa E-W Böckenförde: Staat, Verfassung, Demokratie. Suhrkamp 1991, s. 185. Ks. myös Alexy 2002, s. 389.

⁶¹ Ks. Alexy 2002, s. 408.

⁶² Abstraktilla painoarvolla ei viitata absoluuttiseen vaan prima facie -tyyppiseen painoarvoon, joka on prima facie -luonteinen nimenomaan siinä mielessä, ettei siinä ole vielä otettu kantaa kilpailevien intressien ja muiden tapauksen tosiasioiden vaikutukseen. Perusoikeuk-

intensiteettiä koskevien oletusten luotettavuus sekä toisaalta perusoikeuden rajoitusperusteen yleinen painoarvo, sen toteutumatta jäämisen intensiteetti sekä intensiteettiä koskevien arvioiden luotettavuus. Punnintakaava voidaan tällöin esittää seuraavassa muodossa:⁶³

Rajoitusharkinnan kohteena olevan perusoikeuden	=	Rajoitettavan perusoikeus- periaatteen abstrakti painoarvo	X	Rajoitettavan periaatteen toteutumatta jäämisen intensiteetti	X	Intensiteettiä koskevien arviointien luotettavuus
konkreetti painoarvo		Rajoitus- perusteen abstrakti painoarvo	X	Rajoitusperusteen toteutumatta jäämisen intensiteetti	X	Intensiteettiä koskevien arviointien luotettavuus

Kuvio 1. Robert Alexyn punnintakaava

Rajoitusharkinnan kohteena olevan perusoikeusperiaatteen konkreetti, ts. ratkaistavana olevaan yksittäistapaukseen sidottu, painoarvo saadaan laskettua, kun yllä olevaan kaavaan sijoitetaan edellä mainittua kolmipor- taista asteikkoa (vähäinen, keskimääräinen ja suuri) vastaavat lukuarvot. Alexyn ehdotuksena on noudattaa tältä osin geometrista sarjaa, jossa kah- den peräkkäisen arvon suhde on vakio.⁶⁴ Tällöin lukuarvo 1 vastaisi aina painoarvoltaan vähäistä periaatetta taikka periaatteen toteutumatta jäämisen intensiteettiä, lukuarvo 2 vastaisi taas painoarvoltaan keskimääräistä puut- tumista ja periaatetta sekä arvo 4 vakavaa toteutumatta jäämisen astetta ja painoarvoltaan suurta periaatetta.⁶⁵

Kiinnittämättä vielä tässä vaiheessa huomiota kaavan viimeisenä osana olevaan episteemiseen luotettavuuslaskelmaan, esimerkiksi abstraktilta painoarvoltaan suuren (4) perusoikeusperiaatteen kollisio yhtä painavaa (4) yhteiskunnallista päämäärää perusteleavan periaatteen kanssa tilanteessa, jossa perusoikeuden toteutumatta jäämisen aste olisi keskimääräinen (2) ja

sille eikä välttämättä muillekaan oikeusperiaatteille ei ole mahdollista määritellä täysin abstraktia ja tässä mielessä absoluuttista arvojärjestystä. Ks. tältä osin myös Alexy 1986, s. 138–143. Ks. myös Jonkka 1991, s. 248–249. Absoluuttisen etusijajärjestyksen olemassa- olosta riippumatta voidaan esimerkiksi esittää, että yksittäisen perusoikeuden prima facie -painoarvo on soveltamisalan reuna-alueella vähäisempi kuin sen tyypillisellä ydinalueella.

⁶³ Ks. Alexy 2002, s. 446. Alexyn esitys nojautuu eri suureiden lyhenteille, joita ei ole lähinnä esitysteknisistä syistä johtuen hyödynnetty tässä yhteydessä.

⁶⁴ Ks. Alexy 2003, s. 444–445.

⁶⁵ Painoarvot 1, 2 ja 4 vastaavat geometrista sarjaa 2^0 , 2^1 ja 2^2 . Ks. Alexy 2003, s. 444.

yhteiskunnallisen intressin toteutumatta jäämisen aste vähäinen (1), tuottaisi kaavan muotoon puettuna seuraavan laskelman:

$$\text{Perusoikeuden konkreetti painoarvo} = \frac{4}{4} \times \frac{2}{1} = 2$$

Jos taas puuttumisen intensiteettien painoarvo olisi käänteinen siten, että perusoikeutta rajoittava toimenpide merkitsisi vain intensiteetiltään vähäistä puuttumista kyseiseen oikeuteen kun taas perusoikeuden toteuttaminen täysimääräisesti vaikuttaisi kohtalaisen voimakkaasti painavan yhteiskunnallisen intressin toteutumatta jäämiseen, saa myös punninta-kaava muodon:

$$\text{Perusoikeuden konkreetti painoarvo} = \frac{4}{4} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{2}$$

Edellä viitattu perustuslakivaliokunnan lausunto PeVL 5/2012 vp solariumpalvelujen kieltämisestä alle 18-vuotialta tarjoaa konkreettin esimerkin vastaavasta tilanteesta. Siinä valiokunta viittasi kiellon tavoitteiden välittömiin perusoikeusliitännöihin sekä siihen, että hallituksen esityksen perusteella säännöllisen solariumin käytön on useissa tutkimuksissa osoitettu lisäävän tilastollisesti merkittävällä tavalla melanooman riskiä ja tämän riskin olevan sitä suurempi, mitä nuorempana käyttö on aloitettu (Ks. HE 146/2011 vp, s. 8). Tällä perusteella voidaan sanoa, että kiellon toteuttamatta jättäminen olisi heikentänyt varsin merkittävästikin painavan yhteiskunnallisen intressin toteutumista. Kun toisaalta ikärajojen asettamisen voitiin katsoa merkitsevän vain lievähköä puuttumista elinkeinovapauteen ja omaisuuden suojaan elinkeinotoiminnassa ei ainakaan *suhteellisuusperiaate*⁶⁶ estänyt lain käsittelemistä tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä.

Sen sijaan äskeistä edellisessä esimerkissä, jossa painoarvolaskelman lopputulokseksi tuli 2, perusoikeuden rajoittaminen ei olisi sallittua, koska perusoikeuden rajoittaminen ei ole oikeassa suhteessa sillä tavoitellun intressin painoarvoon. Punnintakaava edellyttääkin punninnan tekemistä rajoitusharkinnan kohteena olevan perusoikeuden hyväksi aina silloin, kun osamäärän lopputulokseksi tulee enemmän kuin 1. Jos taas kaavan lopputulokseksi tulee tasan 1, ei perustuslaki sen paremmin kiellä kuin sal-

⁶⁶ Tässä on syytä korostaa, että punninta-analyysissä on kysymys rajautuneesti vain suhteellisuusarvioinnista. Esimerkiksi yleinen väestön terveys tai yleinen järjestys ja turvallisuus eivät voi painavanakaan kollektiivisia intressejä perustelevalina argumenttina yksin oikeuttaa perusoikeuden rajoitusta, vaan tällaisen toimenpiteen on lisäksi perustuttava lain tasoiseen sääntelyyn.

likaan perusoikeuden rajoittamista. Tällöin Alexy katsoo, että asia kuuluu lainsäätäjän harkintaan.⁶⁷

Periaatteiden painoarvon ja niiden toteutumatta jäämisen intensiteetin arvioinneissa ja toisiinsa suhteuttamisessa on kysymys Alexyn ensimmäisen punnintalain soveltamisesta. Sehän edellytti tulkintaratkaisua tekevän varmistumaan siitä, että mitä suurempi jonkin perusoikeusperiaatteen toteutumatta jäämisen aste tai sen rajoitus on, sitä tärkeämpää tulee olla toisen punnittavana olevan periaatteen toteutuminen. Toinen punnintalaki edellyttää näiden punnintojen suhteuttamista niiden taustalla olevien oletusten varmuuteen: mitä intensiivisemmin perusoikeutta rajoitetaan, sitä varmempia rajoitusta perustelevien syiden tulee olla. Koska painoarvoja perustelevien argumenttien oikeudellinen voima heikkenee suoraan suhteessa niiden luotettavuuden vähenemiseen, antaa Alexy niille tässä kohtaa yhdestä alaspäin sijoittuvat arvot siten, että ”epävarman, toteen näyttämättömän” argumentin painoarvo on $1/4$, ”mahdollisen, melko varman” arvo puolestaan $1/2$ ja vasta ”selvän ja riidattoman” argumentti saa painokseen arvon 1.⁶⁸ Näiden arvojen merkitystä voidaan havainnollistaa jatkamalla edellistä kaavamaista esimerkkiä seuraavasti:

Oletetaan, että tapaus koskee prima facie -painoarvoltaan on suuren sananvapausperusoikeuden rajoittamista jonkin merkitykseltään huomattavan yleiseen järjestykseen ja turvallisuuteen liittyvän intressin toteuttamiseksi. Tällöin painoarvoltaan suuren (4) sananvapausperusoikeuden rajoittaminen painoarvoltaan yhtä suuren (4) yhteiskunnallisen intressin toteuttamiseksi tulee ratkaista perusoikeuden hyväksi esimerkiksi silloin, jos sananvapauden toteutumatta jäämisen intensiteetti olisi keskimääräinen (2) ja sitä koskevien oletusten luotettavuus suuri, ja jos yleisen järjestyksen ja turvallisuuden edistämisen intressin toteutumatta jäämisen vaikutukset olisivat vähäisiä ja niitä koskevien oletusten luotettavuus vielä vain mahdollista ($1/2$) tasoa. Tällainen punnintaoperaatio saisi nimittäin punnintakaavaan sijoitettuna muodon:

$$\text{Sananvapauden konkreettinen painoarvo} = \frac{4}{4} \times \frac{2}{1} \times \frac{1}{\frac{1}{2}} = 4$$

Koska lopputulos >1 , tulee ratkaisu tehdä perusoikeussäännöstä soveltaen. Toisaalta punnintaratkaisu voi ratketa toisin päin pelkästään perusoikeuden rajoittamisoletuksia koskevien epävarmuuksien kasvamisen seurauksena. Jos esimerkiksi sananvapauden rajoittamisen intensiteettiä koskevien ar-

⁶⁷ Ks. Alexy 2002, s. 414–416.

⁶⁸ Ks. Alexy 2003, s. 447.

vioiden tulkitaankin edellä olevassa tapauksessa luotettavuudeltaan vähäisiä (1/4), mutta vastaavan luotettavuuden olevan rajoitusperusteen kohdalla suurta (1), tulee ratkaisu tehdä rajoitusperusteen edellyttämällä tavalla, koska lopputulos jää alle yhden:

$$\text{Sananvapauden konkreettinen painoarvo} = \frac{4}{4} x \frac{2}{1} x \frac{\frac{1}{4}}{1} = \frac{2}{4}$$

4 ALEXYN PUNNINTAKAAVAN MERKITYS

4.1 Punnintakaava teoreettisena yleistyksenä ja heuristisena kuvauksena

Alexyn punnintateorian kaavamaiset laskentamallit epäilemättä yliyksinkertaistavat juridista harkintaa, jossa monet tekijät ovat hyvinkin tilannesidonnaisia. Vain harvoin kyse on ainoastaan yhden perusoikeusperiaatteen suhteuttamisesta sen tiettyyn vastaperiaatteeseen. Juridisen harkinnan eri osatekijöiden esittämiseen matemaattisten suureiden muodossa sisältää sekin arveluttavia piirteitä. Toisaalta Alexyn punnintakaava on tietoisesti punninnan rationaalisuuden mahdollisuutta osoittamaan pyrkivä ja tässä mielessä suurta yleistettävyyttä hakeva – se ei toisin sanoen edes pyri esittämään konkreetin todellisuuden piiruntarkkaa kuvausta.⁶⁹ Teoria itsessään ei sitä paitsi aseta rajoituksia mallin hienojakoistamiselle. Kaavaan voidaan lisätä periaatteessa rajattomasti uusia periaatteita ja niiden vastaperiaatteita. Samoin kolmiportaisen painoarvoasteikon jokainen osa on jaettavissa edelleen yhä uusiin saman kolmiportaisen asteikon kerrannaisiin. Teorian mahdolliset ongelmat eivät johdu niin ollen ainakaan yksin siitä, ettei teoriaa saataisi sovitettua riittävän hyvin käytäntöjä vastaavaksi.

Epäilemättä on myös niin, ettei Alexyn malli poista kaikkea epävarmuutta oikeudellisesta päätöksenteosta. Se tarjoaa argumentaatiolle muodon, mutta sisällöt on väistämättä haettava kulloinkin käsillä olevista ratkaisutilanteesta. Näihin sisältöihin liittyy puolestaan sekä oikeuden sisältöä että empiirisiä tosiasioita koskevaa epävarmuutta. Toisaalta tälle epävarmuudellekin on teoriassa oma paikkansa. Itse asiassa Alexy antaa varsin suurenkin merkityksen tapausta koskevien normatiivisten ja empiiristen arviointien luotettavuutta koskevalle episteemiselle harkinnalle, mitä eräät tutkijat ovat

⁶⁹ Ks. Alexy 2003, s. 449.

pyrkineet vähentämään mallia koskevin edelleenkehittelyin.⁷⁰ Silti Alexyn punnintateoria – episteemisine harkinnanvaraisuuksineenkin – tarjoaa nähdäkseni mielekkään vasta-argumentin niille, jotka kiirehtivät pitämään perusoikeusperiaatteiden varassa tapahtuvia punnintoja oikeudellisesti kontrolloimattomissa olevina desisionistisina valintoina.⁷¹ Siltä osin kuin teoriaa ei nimittäin osoiteta perusteettomaksi sekä teoreettisesti että käytännöllisesti, ei ole mitään välttämättömiä syitä olettaa, että perusoikeuksilla argumentointi olisi edes punninnan alueella sen kontrolloimattomampaa kuin oikeudellinen argumentaatio kiperissä tapauksissa tapaa yleensä olla.

Ehkä mallin keskeinen anti ei sitä paitsi olekaan teoreettisluontoisessa keskustelussa valtiosääntöoikeudellisen argumentaation ontologisesta ole-muksesta, vaan oikeudellisissa käytännöissä. Mallia voidaan toisin sanoen hyödyntää *heuristisena kuvauksena valtiosääntöoikeudellisesta punninta-argumentaatiosta ja sen oletusarvoisesta struktuurista* – eräänlaisena tarkistuslistauksena niistä tekijöistä, joita perusoikeusrajoitusten oikeasuhtaisuutta arvioitaessa tulisi pitää silmällä. Nimenomaan tällä heuristisen kuvauksen tasolla malli tarjoaisi nähdäkseni meillä yleensä hyödynnettyjä suhteellisuusperiaatteen kuvauksia pidemmälle menevän ja erittelevämmän kuvauksen perusoikeusargumentaation rakenteesta, joka voi esimerkiksi ohjata tekeillä olevan tulkintaratkaisun sisällön jäsentämistä, mutta jota vasten myös aiempien ratkaisujen argumentaatiota on mahdollista arvioida. Ajatusta voidaan testata sijoittamalla korkeimman oikeuden tuoreehkon isyyslakitapauksen KKO 2011:12 keskeinen punninta-asetelma ja siinä esitetyt argumentit osaksi Alexyn punnintakaavaa.

4.2 Isyyslakitapaus KKO 2012:11 ja Alexyn punnintamalli

Korkeimman oikeuden täysistuntokokoonpanossa⁷² tekemä ennakkopäätös KKO 2012:11 koski isyyslain voimaannpanosta annetun lain 7 §:n 2 momen-

⁷⁰ Ks. Matthias Klatt & Johannes Schmidt: Epistemic discretion in constitutional law. *International Journal of Constitutional Law* 1/2012, s. 69–105.

⁷¹ Ks. myös Kaarlo Tuori, Tuomarivaltio – uhka vai myytti, *Lakimies* 6/2003, s. 915–943, s. 939.

⁷² Ratkaisu syntyi äänin 13–3. Eri mieltä olivat presidentti Pauliine Koskela sekä oikeusneuvokset Kari Raulos ja Mikko Tulokas. Raulos olisi hylännyt kanteen liian myöhään nostettuna perustellen ratkaisuaan sillä, ettei sen paremmin nykyisin voimassa oleva perustuslaki kuin EIS olleet voimassa kantajan kanneoikeuden sammuneessa vuonna 1981. Raja-an Rauloksen mielipiteen tässä tarkemman käsittelyn ulkopuolelle, koska siinä esitetyillä käsityksillä ei ole nyt esillä olevan teeman kannalta merkitystä.

tin kannerajoitussäännöksen sovellettavuutta. Kyseisen säännöksen mukaan kanne ennen isyyslain voimaantuloa syntyneen lapsen isyyden vahvistamisesta oli nostettava viiden vuoden kuluessa isyyslain voimaantulosta lukien eli viimeistään 1.10.1981. Korkein oikeus katsoi, että sanamuodoltaan ehdottoman kanneaikäsäännöksen soveltaminen olisi johtanut ristiriitaan perustuslain 10 §:ssä ja ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa turvatun yksityiselämän suojan kanssa. Kanneaikaa koskevaa säännös jätettiin soveltamatta perustuslain 106 §:n nojalla, isyyskanne tutkittiin ja isyys vahvistettiin.

Vaikka kyseiseen tapaukseen sisältyy useita muitakin, tässä vain alaviitteen varaan jätettäviä tulkintaongelmia ja merkittäviä valtiosääntöoikeudellisia avauksiakin,⁷³ tarjoaa se myös hyödyllisen näkökulman punninnan problematiikkaan. Yksi ratkaisun avaintekijöistä liittyi nimittäin punnintaan yhtäältä kanteen tutkimista puoltavien syiden sekä voimaannapolain sanamuodon mukaista soveltamista ja niin ollen kanteen tutkimatta jättämistä puoltavien seikkojen välillä (KKO 2012:11, tuomion perustelujen kappale no. 28). Kanteen tutkimatta jättämistä perustelevat syyt kiinnittyivät ensisijaisesti kantajan perus- ja ihmisoikeuksiin, lähinnä yksityiselämän ja perhe-elämän suojaan. Vastaan puhuvat seikat liittyivät puolestaan paitsi tapaukseen sinänsä soveltuvan lain sanamuotoon, myös yleiseen oikeusvarmuuteen ja ennakoitavuuteen.

Kun kanneaikaa koskeva säännös jätettiin soveltamatta, voidaan myös sanoa, että korkeimman oikeuden enemmistö teki punnintaratkaisun kantajan perusoikeuksien hyväksi ja niitä vastaan puhuvat seikat syrjäyttäen. Tapahtuiko tämä sitten oikeudelliselta kannalta kontrolloimattomasti? Vastaus on yksiselitteisesti kielteinen: sekä ratkaisun perustelut että siihen liittyvät eriävät mielipiteet on kirjoitettu poikkeuksellisenkin perusteelliseen ja analyyttiseen muotoon, ja olisi sangen uskaliaasta väittää, ettei niiden perusteella voida lainkaan arvioida tehdyn tulkintaratkaisun oikeellisuutta.

Miltä sitten tapaus KKO 2012:11 näyttää alexyläisen punnintateorian kannalta? Sen suunnalta tarkastellen huomio on syytä kiinnittää sovellettaviksi

⁷³ Tapauksessa oli kysymys muun muassa perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen ilmeisyysskriteerin tulkinnasta, perus- ja ihmisoikeuksien suhteesta ja ihmisoikeuksien asemasta perustuslain perusoikeussäännösten minimisisältönä, yksityiselämän suojan sisällöstä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen ajallisen sovellettavuuden ja mahdollisen taannehtivuuden merkityksestä ja suhteesta niin sanotuissa jatkuvan ihmisoikeusloukkauksen tilanteissa. Tapauksen merkittävin valtiosääntöoikeudellinen avaus liittyy nimenomaiseen tulkintaratkaisuun siitä, että perustuslain 106 § voi tulla sovellettavaksi myös tilanteessa, jossa perustuslain perusoikeussäännöksen sisältö on johdettu tulkinnallisesti ennen muuta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä.

tulleiden periaatteiden ja niiden vastaperiaatteiden yleisiin painoarvoihin, periaatteiden ja niiden vastaperiaatteiden toteutumatta jäämisvaikutusten intensiteetteihin käsillä olevassa tapauksessa sekä punnintojen taustalla olevien oletusten luotettavuuteen.

4.2.1 Punnittavien periaatteiden yleisten painoarvojen määrittely

Punnintaongelman muotoon puettuna tapauksen KKO 2012:11 ratkaisu riippui yleisellä tasolla kahden keskeisen ratkaisuperusteen keskinäisestä suhteesta. Kuten korkein oikeus EIT:n käytäntöönkin viitaten tuo esiin, yhtäällä vaakakupissa olivat kantajan yksityiselämän suojaan kiinnittyvät oikeudet saada biologinen isä selvitettyä ja isyys vahvistettua (ks. KKO 2012:11, k. 10). Toisessa vaakakupissa taas olivat ennen kaikkea kanneaikasääntelyyn yleisesti liittyvät oikeusvarmuuden ja ennakoitavuuden vaatimukset, joihin nojautuen korkein oikeus oli aiemmassa prejudikaatissaan KKO 2003:107 päätenyt soveltamaan kanneaikasäännöstä sitä vastaan puhuneista perus- ja ihmisoikeusargumenteista huolimatta (ks. myös KKO 2012:11, k. 7).

Vaikka oikeusperiaatteiden abstraktin painoarvon määrittelyyn sisältyikin varsin merkittäviä ongelmia, voidaan ehkä sanoa, että molempien vaakakuppien painoarvo oli yleisesti ottaen suuri (=4). Korkeimman oikeuden perusteluista käy seikkaperäisesti ilmi, kuinka Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella oli pääteltävissä, että biologisen alkuperän tunteminen ja sen oikeudellinen vahvistaminen ja julkistaminen ovat nykyisen tietämyksen mukaan henkilön identiteetin tärkeitä osia ja kuuluvat siten perustuslain 10 §:ssä ja ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa turvatun yksityiselämän suojan *ydinalueeseen* (k. 29). Yksityiselämän suojan suurta painoarvoa heijastaa myös argumentti siitä, että isyysasioita koskevien kannerajoitusten soveltaminen saattaa EIT:n oikeuskäytännön valossa johtaa 8 artiklassa tarkoitetun yksityiselämän suojan loukkaukseen, jos kannerajoitukset käytännössä estävät henkilön biologisen isän selvittämisen ja isyyden vahvistamisen (k. 27).

Toisaalta myös ennakoitavuuden ja oikeusvarmuuden painoarvot määritettiin lähtökohtaisesti korkeiksi. Ne kytkeytyivät ennen muuta isyyslain voimaannpanolain kanneaikasäännöksen selvään sanamuotoon, siihen että tapaus selvästi kuului kanneaikasäännöksen soveltamisalueelle sekä siihen, että nyt riitautettu kanne aika oli umpeutunut jo 30 vuotta sitten. Ainakin korkeimman oikeuden aiemman vastaavassa tapauksessa KKO 2003:107

ilmaiseman kannanoton mukaan⁷⁴ lain voimassaoloajan voi otaksua vaikuttavan asiassa ennakoitavuuden vaatimusta korostavasti. Tähän ratkaisuun ja siinä tehtyyn linjaukseen korkein oikeus viittaa myös nyt (k. 7). Samoin etenkin presidentti *Koskelon* ja oikeusneuvos *Tulokkaan* eriäviin mielipiteisiin sisältyy useita oikeusvarmuuden ja ennakoitavuuden merkitystä korostavia kannanottoja, yleensä vielä liittyneenä lainsäätäjän ja tuomioistuinten välistä toimivaltaa koskeviin vallanjako-opillisiin vaatimuksiin.

Punnintakaavaan sijoitettuna tapauksessa KKO 2012:11 oli kyse lähtökohtaisesti painoarvoltaan suuren oikeusperiaatteen punnitsemiseen käsillä olevassa tapauksessa painoarvoltaan yhtä suureksi osoittautunutta periaatetta vasten. Tässä kohtaa asia ei ole kuitenkaan vielä kypsä ratkaistavaksi, vaan merkitystä joudutaan antamaan vielä periaatteiden toteutumatta jäämisen vaikutuksille sekä periaatteiden sisältöä ja vaikutuksia koskevien arvioiden luotettavuudelle. Alexyn punnintakaavaan sijoitettuna argumentaatioissa ollaan siten vasta ensimmäisessä vaiheessa.

			Yksityiselämän suojan
Yksityiselämän			abstrakti painoarvo:
painoarvo			4
ratkaistavana	=	_____	
olevassa			Oikeus-
tapauksessa			varmuuden
			abstrakti painoarvo:
			4

Kuvio 2. KKO 2012:11 ja abstraktit painoarvot

Koska abstrakti perusoikeusperiaate ja sen vastaperiaate ovat painoarvoltaan yhtäläiset, ne käytännössä neutraloivat toisensa. Punnintaoperaation lopputulos riippuu siten ensisijaisesti periaatteiden toteutumatta jäämisen suhteellisista intensiteeteistä ratkaistavan olevassa tapauksessa sekä niitä koskevien arvioiden episteemisestä luotettavuudesta.

⁷⁴ Ks. KKO 2003:107, jossa KKO viittaa isyylain olleen ratkaisua tuolloin tehtäessä voimassa jo 25 vuotta. Tämän seurauksena se katsoi, että ennen isyylain voimaantuloa syntyneiden lasten oikeudellista asemaa koskevaa oikeustilaa voitiin pitää vakiintuneena, mistä taas seurasi, että kannemääräajalle tuli antaa ”entistäkin suurempi merkitys oikeusvarmuuden kannalta”.

4.2.2 Periaatteiden toteutumatta jäämisen intensiteetin merkitys

Kun tapauksessa relevanttien periaatteiden ja niiden vastaperiaatteiden yleinen, käsiteltävästä olevan tapauksen tosiasioista sinänsä riippumaton painoarvo on saatu määriteltä, on otettava kantaa niiden *toteutumatta jäämisen asteeseen*. Juuri tämä argumentaation vaihe on korkeimman oikeuden ratkaisussa keskeisessä asemassa. Kiinnostavaa myös on, että enemmistön ja vähemmistön väliset mielipide-erot voidaan suurelta osin palauttaa tähän osaan punnintaharkintaa. Sekä täysistunnon enemmistö että vähemmistöön jääneet presidentti Koskelo ja oikeusneuvos Tulokas näyttävät olevan sinänsä yhtä mieltä siitä, että biologisen alkuperän selvittämisen toteutumatta jäämisen vaikutukset ovat kantajan näkökulmasta intensiteetiltään vakavat (4). Tällaiseen tulkintaan viittaavat muun muassa lausumat siitä, ettei kantajalla ollut laissa asetetussa määräajassa todellista mahdollisuutta isyyskanteen ajamiseen eikä muutakaan keinoa isyyden vahvistamiseen (k. 33). Rajoituksen intensiteettiin voidaan välillisesti kytkeä myös ihmisoikeussopimuksen ajalliseen sovellettavuuteen sinänsä liittyvä kanta siitä, että lainsäädäntöön perustuva este ajaa isyyskannetta kanneajan umpeen kulumisen vuoksi voi merkitä jatkuvaa perus- ja ihmisoikeuksien loukkausta. Jos argumentaatiolinjaa olisi vielä halunnut tarkentaa, olisi siinä voinut hyödyntää myös niitä väitteitä, joihin nojautuen *Martin Scheinin* on kritisoinut edellistä isyyslain voimaannanolain kannerajoitussäännöksen sovellettavuutta koskenutta korkeimman oikeuden ennakkopäätöstä KKO 2003:107. Tuossa kritiikissään Scheinin viittaa mm. siihen, että kanneaikasäännöksen soveltaminen johtaa pysyvään ja peruuttamattomaan oikeudelliseen eriarvoisuuteen yksilön oikeusaseman sekä perusoikeuksien kannalta keskeisessä asiassa. Samoin merkitystä voidaan antaa myös sille, että tällaiset kielteiset oikeusvaikutukset johtuvat lähinnä lapsen puhevaltaa käyttäneiden muiden henkilöiden valinnoista ja laiminlyönneistä.⁷⁵

Toisaalta vastapunnituksen, oikeusvarmuuden, painoarvo näytti korkeimman oikeuden enemmistön perustelujen ja niissä siteeratun EIT:n ratkaisukäytännön valossa määräytyvän vähäiseksi (1). Tästä kielii ennen kaikkea kaksi argumenttia: yhtäältä toteamus siitä, etteivät yleinen oikeusvarmuus tai pitkään vallinnut oikeustila ole sellaisinaan riittäviä perusteita kannerajoitussäännöksen soveltamiselle (k. 29); toisaalta perusteluihin sisällytetty kanta siitä, että isyys voitaisiin jättää vahvistamatta, jos osoitettaisiin erittäin painavia tosiasiallisia väitetyt isän tai muiden henkilöiden oikeuksiin liittyviä

⁷⁵ Ks. Martin Scheinin: Oikeustapauskommentti korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 2003:107. Lakimies 3/2004, s. 532–543, s. 539.

vastasyitä (k. 29.) Kun viimeksi mainittuja sisällöllisiä vastasyitä ei esitetty (k. 34), tulee myös mahdolliseksi sanoa, että yksityiselämän suojaaminen johti korkeintaan sen rajoitusperusteen vähäiseen toteutumatta jäämiseen. Alexyn punnintakaavaan sijoitettuna korkeimman oikeuden enemmistön kanta saa tässä vaiheessa seuraavan muodon:

$$\begin{array}{rcl}
 \text{Yksityiselämän} & & \text{Yksityiselämän suojan} \\
 \text{painoarvo} & & \text{toteutumatta jäämisen} \\
 & & \text{intensiteetti:} \\
 & & 4 \\
 \text{ratkaistavana} & = & \text{—————} \\
 \text{olevassa} & & \text{Oikeusvarmuuden} \\
 \text{tapauksessa} & & \text{toteutumatta jäämisen} \\
 & & \text{intensiteetti:} \\
 & & 1
 \end{array}$$

Kuvio 3. KKO 2012:11 ja periaatteiden toteutumatta jäämisen intensiteetti

Vähemmistöön jääneiden presidentti Koskelon ja oikeusneuvos Tulokkaan eriävät mielipiteet sitä vastoin nojautuvat ennen muuta oletukselle kanneaikasäännöksen soveltamatta jättämisen johtamisesta asteeltaan hyvinkin vakavaa puuttumista oikeusvarmuuteen ja ennakoitavuuteen. Tähän viittaavat muun muassa Tulokkaan lausuma siitä, kuinka ”isyyden selvittäminen ja vahvistaminen kannemääräajan jälkeen saattaa järkyttää vakiintuneita oikeussuhteita ja lakiin luottaen tehtyjä oikeudellisia järjestelyitä, mikäli isyyssratkaisulla on normaalit oikeusvaikutukset”. Samoin Koskelon äänestyslausumassa kiinnitetään yhtä lailla voimakasta huomiota niihin oikeudellisiin seurannaisvaikutuksiin, joita isyyden vahvistamisella olisi etenkin perintöoikeuden alueella. Erityisen merkille pantavaa on, että Koskelo liittää nämä vaikutukset niin vallanjaollisiin näkökohtiin tuomioistuinten ja lainsäätäjän välisistä suhteista kuin kolmansien oikeuksien, perusoikeudet mukaan lukien, toteutumiseen. Tällaisten argumenttien voi katsoa heijastavan käsitystä erityisen suuren painoarvon (4) antamisesta yksityiselämän suojan rajoitusperusteen toteutumatta jäämisen intensiteetille.

Yksityiselämän suojan osalta asetelma oli Koskelon ja Tulokkaan kannoissa toinen. Heidän molempien äänestyslausumissa hyväksytään kyllä se, että lapselle tulee taata oikeus saattaa biologista alkuperää koskeva asia ainakin kerran tuomioistuimen ratkaistavaksi. Sen sijaan he katsovat, ettei yksityiselämän suoja edellytä Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratkaisukäytännön valossa oikeutta saada kanneajoista riippumatta myös isyys

vahvistettua kaikkine oikeusvaikutuksineen. Tässä mielessä kanneaikasaännöksen soveltamisesta seuraavaa yksityiselämän suojaan puuttumisen intensiteettiä voitaneen kuvata keskimääräiseksi (2): Säännöstä ei saa soveltaa tavalla, joka estää isyyden selvittämisen, mutta sitä saa soveltaa tavalla, joka estää sen vahvistamisen tai isyyden oikeusvaikutusten syntymisen. Koskelon ja Tulokkaan eriävät mielipiteet näyttäisivät niin ollen johtavan periaatteiden abstraktien painoarvojen ja niiden toteutumatta jäämisen intensiteetin osalta seuraavankaltaiseen punnintakaavaan.

Yksityiselämän suojan, ml. oikeus saada isyys vahvistettua, painoarvo = käsillä olevassa tapauksessa	Periaatteen abstrakti painoarvo: 4	Perusoikeuden toteutumatta jäämisen intensiteetti: 2
	Rajoitusperusteen abstrakti painoarvo: 4	Oikeusvarmuuden toteutumatta jäämisen intensiteetti: 4

Kuvio 4. KKO 2012:11 ja eriävät mielipiteet: periaatteiden painoarvo ja niiden toteutumatta jäämisen intensiteetit

4.2.3 Punninnan taustaoletusten luotettavuus

Alexyn punnintakaavan kolmas osa edellyttää sen arvioimista, kuinka luotettavina punninta-argumentaation taustalla olevia oikeudellisia ja empiirisiä oletuksia on mahdollista pitää. Taustaoletuksia koskeva epävarmuus voi luonnollisesti kohdistua sekä oikeudellisiin että empiirisiin tosiseikkoihin. Yksittäisen perusoikeuden sisältö ja merkitys käsillä olevassa tapauksessa saattaa sekä kirjoitusasunsa että soveltamiskäytännön valossa hyvinkin tulkinnanvarainen tai vaihtoehtoisesti täysin selvä ja riidaton.

Myös ratkaisun pohjaksi otetut tosiasiatiedot saattavat vaihdella luotettavuudeltaan suurestikin. Tässä kohtaa on varmasti myös institutionaalisia eroja. Tuomioistuimessa voi olla mahdollista arvioida hyvinkin tarkasti ja luotettavasti, millaisia konkreettisia vaikutuksia perusoikeuden toteuttamatta jättäminen aiheuttaa jutun osapuolelle. Sen sijaan tuomioistuimen saattaa olla huomattavasti hankalampi ennakoita, millaisia yleisiä ja ratkaistavana olevan tapauksen ulkopuolelle sijoittuvia seurannaisvaikutuksia sen tekemällä päätöksellä itse asiassa on. Lain säätämisvaiheessa asetelma on usein

päinvastainen. Hallituksen esityksen perusteluissa saatetaan viitata laajoihin selvityksiin lain yhteiskunnallisista vaikutuksista ja sen tavoitteiden toteuttamisen kannalta merkittävistä asiantiloista, mikä lisää niihin nojautuvien arvioiden luotettavuutta.⁷⁶ Sitä vastoin lain konkreettiset vaikutukset yksilöiden perusoikeuksiin jäivät ainakin osin varsin yleisluontoisten oletusten varaan.

Korkeimman oikeuden argumentaatiossa jouduttiinkin ottamaan kantaa siihen, edellyttikö perustuslain 10 §:ssä ja EIS 8 artiklassa suojattu yksityiselämän suoja isyyslain voimaannpano lain kanneaikasäännöksen soveltaminen vai oliko asiassa sittenkin annettava enemmän painoarvoa lain sanamuodon mukaiselle soveltamiselle ja oikeusvarmuudelle. Molempien argumenttien painoarvo riippui siitä, kuinka vahvoja syitä niiden tueksi voidaan esittää.

Yksityiselämän suojan puolesta puhuivat useat perusteet. Korkeimman oikeuden ratkaisussa yksityiskohtaisesti läpikäydyn EIT:n oikeuskäytännön perusteella oli ensinnäkin pääteltävissä, että lapsella on eräitä poikkeuksia lukuun ottamatta oikeus saada tieto biologisesta isästään ja oikeus ainakin kerran saada oikeudellisen suhteen vahvistamista koskeva asia tuomioistuinten käsiteltäväksi. Tämän käsityksen varmuudesta kielivät paitsi ratkaisussa tarkastellut useat EIT:n yksittäiset ratkaisut (k. 8–12), myös korkeimman oikeuden nimenomainen lausuma siitä, ettei mainittuja oikeuksia voida ”nykyään pitää epäselvänä eikä tulkinnanvaraisena” (k. 30.). Tätä kantaa perustelee erityisen painavasti tietenkin se, että EIT oli vastikään katsonut Suomen loukanneen EIS 8 artiklan mukaisia velvoitteitaan juuri isyyslain voimaannanolain kanneaikasäännöksen sanamuodon mukaisen soveltamisen seurauksena (*Grönmark v. Suomi*, 6.7.2010 ja *Backlund v. Suomi* 6.7.2010). Toinen näistä, *Grönmark*, oli vielä asiallisesti sama, jonka korkein oikeus oli aiemmin ratkaissut prejudikaatillaan KKO 2003:107.

Rajoituksen intensiteetin kannalta merkitystä asiassa oli myös sillä, että ratkaisuselosteeseen sisältyvästä kanteen kuvauksesta ilmenevistä tiedoista voitiin luotettavasti päätellä, ettei kantajalla ollut tosiasiallisia mahdollisuuksia saattaa isyyden selvittämistä ja vahvistamista koskevaa asiaa aiemmin

⁷⁶ Ks. esim. HE 178/2012 vp laeiksi kuluttajansuojalain 7 luvun, eräiden luotonantajien rekisteröinnistä annetun lain sekä korkolain 2 §:n muuttamisesta. Hallituksen esityksen pohjaksi oli selvitetty velkaantumistuomioiden tilastotietoihin sekä ulosottorekisteritietoihin perustuen niin sanottujen pienlainojen vaikutuksia ylivelkaantumiseen. Näiden tietojen perusteella voidaan ainakin kohtuullisen luotettavasti osoittaa, että esityksestä seuraavien perusoikeusrajoitukset kytkeytyvät asiallisestikin pyrkimyksiin vähentää ylivelkaantumisesta aiheutuvia ongelmia.

tuomioistuimen käsiteltäväksi. DNA-testin perusteella voitiin puolestaan hyvin luotettavasti päätellä, että epäilty isä oli myös tosiasiallisesti kantajan biologinen isä (ks. myös k. 29 sekä asian oikeudellisesta merkityksestä *Backlund v. Suomi*, k. 53). Lienee oikein sanoa, että tulkinta voimassa olevasta oikeustilasta ja siitä, että kanneaikasäännöksen soveltaminen puuttuisi voimakkaan intensiivisesti kantajan yksityiselämän suojaan, perustui luotettavuudeltaan varmoille (1) tiedoille.

Sen sijaan kantajan yksityiselämän suojan vastapunnuksen osalta tilannetta on mahdollista pitää episteemisesti epävarmempana. Korkein oikeus yhtäältä katsoi ihmisoikeustuomioistuimen soveltaman tapauskohtaisen punninnan merkitsevän sitä, että kanneaikasääntelyyn yleisesti liittyvät oikeusvarmuuden ja vallitsevien olojen suojaamisen tavoitteet jäävät pääosin saavuttamatta (k. 28). Toisaalta se myös totesi, etteivät yleinen oikeusvarmuus tai pitkään vallinnut oikeustila, joka ei ole johtunut lapsen omasta tietoisesta ja vapaaehtoisesta valinnasta, ole sellaisinaan ole riittäviä perusteita sille, ettei lapsen tulisi voida ajaa isyyskannetta kanneajan umpeuduttua. Päinvastoin, korkein oikeus katsoi, että isyyden vahvistamatta jättäminen edellyttäisi, että kyseisessä yksittäistapauksessa osoitetaan erittäin painavia tosiasiallisia väitetyn isän tai muiden henkilöiden oikeuksiin liittyviä vastasyitä (k. 29). Kun tällaisia painavia perusteita ei esitetty, ei voitu myöskään luotettavasti sanoa, että yksityiselämän suoja vaikuttaisi merkittävästi sen vastaperiaatteen toteutumatta jäämiseen. Kysymyksen isyyden vahvistamisen mahdollisista muuhun lainsäädäntöön perustuvista oikeusvaikutuksista, kuten oikeudesta perintöön, korkeimman oikeuden enemmistö rajasi nimenomaisesti käsiteltävänä olevan asian ulkopuolelle, erillisessä oikeudenkäynnissä ratkaistavaksi.⁷⁷ Enemmistön perusteluiden perusteella on varsin hyvin pääteltävissä, että kantajan perusoikeuksien suojaamisen vaikutuksista edes heikosti oikeusvarmuuteen tai kantajan biologisen isän ja tämän perheen oikeuksiin ei ollut selvää ja luotettavaa näyttöä (1/4). Alexyn punnintakaavaan sijoitettuna punnintaoperaation eri osat saavat näin ollen seuraavat arvot.

⁷⁷ Rajaus vastaa perustuslain esitöistä ilmenevää selvää vaatimusta siitä, että perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen soveltaminen tulee rajata vain yksittäisiin tapauksiin ja vain siinä esille nouseviin oikeudellisiin ongelmiin. Ks. HE 1/1998 vp, s. 163.

Yksityiselämän suojan konkreetti painoarvo	=	Perusoikeuden abstrakti painoarvo: 4	Perusoikeuden toteutumatta jäämisen intensiiteetti: 4	Perusoikeutta koskevien tausta- oletusten luotettavuus: 1
		Rajoitusperusteen abstrakti painoarvo: 4	Rajoitusperusteen toteutumatta jäämisen intensiiteetti: 1	Rajoitusperustetta koskevien tausta- oletusten luotettavuus: 1/4

Kuvio 5. KKO 2012:11: abstraktit painoarvot, puuttumisen intensiteetit ja oletusten luotettavuus

Koska punnintaoperaation kaikki osat on saatu esiin, myös lopputulos voidaan nyt laskea:

$$\text{Yksityiselämän suojan konkreetti painoarvo} = \frac{4}{4} \times \frac{4}{1} \times \frac{1}{\frac{1}{4}} = 16$$

Koska lopputulos >1 , tulee ratkaisu tehdä perusoikeussäännöstä soveltaen. Painoarvolaskelman lopputulos on vielä sikäli selvä, suorastaan ilmeinen, että korkeimman oikeuden ratkaisu jättää isyyslain voimaannapolain kanneaikasäännös soveltamatta perustuslain etusijasäännöksen nojalla näyttää ainakin ratkaisun perustelujen valossa asianmukaiselta.

On vielä syytä panna merkkeille, että punnintaoletusten luotettavuusvaatimus koskee myös eriävissä mielipiteissä esitettyjä kantoja siitä, ettei kanneaikasäännöksen soveltamatta jättämisen tulisi johtaa kaikkien isyyden oikeusvaikutusten syntymiseen. Tulokkaan perusteluissa huomio kiinnittyy tältä osin erityisesti perintöoikeuteen, jonka syntymisen hän kiistää. Koskelon perusteluissa näytetään puolestaan katsottavan, ettei tuomioistuimella olisi ratkaistavana olevassa tapauksessa isyyden selvittämisen jälkeen velvollisuutta vahvistaa isyyttä, vaikka isyyslain 3 §:n 2 momentissa tällaisesta velvollisuudesta nimenomaisesti säädetään. Nämä tulkintakannanotot nojautuvat perustelujen valossa ennen kaikkea käsitykselle myönteisen isyyden vahvistamispäätöksen kielteisistä, erityisesti yksityisoikeudellisiin suhteisiin ja perintöoikeuteen ulottuvista seurannaisvaikutuksista. Toisaalta näistä seurannaisvaikutuksista ei ollut juurikaan esitettävissä konkreettista näyttöä, vaan ne perustetaan ilmeisesti yleisluontoisiin oletuksiin perintöoikeudesta ja sen toimintamekanismeista samoin kuin korkeimman oikeuden prejudikaattien merkityksestä yleiseen oikeuskehitykseen.

Alexyn punnintakaavaa voidaan kuitenkin käyttää myös sen osoittamiseen, kuinka suurta varmuutta näiltä seurannaisvaikutuksia koskevilta oletuksilta olisi edellytettävä, jotta punninnassa voitaisiin legitimiin päätyä isyyden vahvistamatta jättämiseen tai sen oikeusvaikutusten syntymisen kiistämiseen. Koska sekä Koskelon että Tulokkaan tulkintaratkaisuisa pyritään poikkeamaan lainsäätäjän nimenomaisista, isyyden oikeusvaikutuksia ja isyyden vahvistamisen menettelyä koskevista ratkaisuista, tulisi punnintakaavan johtaa pienempään lopputulokseen kuin yksi.⁷⁸ Tällöin ainoaksi mahdollisuudeksi jää vaihtoehto, että yksityiselämän suojan toteuttamisen katsottaisiin hyvin suurella varmuudella johtavan oikeusvarmuutta koskevan painavan yhteiskunnallisen intressin toteutumatta jäämiseen, koska jo keskimääräinen varmuus asiasta (1/2) johtaa lopputulokseen 1. Punnintakaava olisi nimittäin tällöin muotoa

$$\text{Yksityiselämän suojan painoarvo} = \frac{4}{4}x\frac{2}{4}x\frac{1}{2} = 1$$

Isyyslakiratkaisuun sisältyviä eriäviä mielipiteitä voidaankin tämä vuoksi kritisoida paitsi vallanjakoperiaatteen sivuuttamisesta, myös yhden tärkeän perusteluvollisuuden laiminlyömisestä. Jos nimittäin otetaan vakavasti se periaate, että perusoikeusperiaatteen rajoittaminen tulee olla oikeassa suhteessa paitsi rajoittamisen taustalla olevien intressien painoarvoon myös näitä intressejä perustelevien syiden varmuuteen, ei rajoittamien luonnollisestikaan ole sallittua, jos rajoittamista perustelevien intressien olemassa oloa ei kyetä riittävän tarkasti yksilöimään. Näin on varsinkin siinä tilanteessa, että tuomioistuin pyrkii ratkaisullaan rajoittamaan yksilön oikeuksia siitä, mitä tavallinen lainsäädäntö takaa normaalisti kaikille.

5 KONTROLLOITAVUUS, ASENTEELLISUUS JA TIETÄMÄTTÖMYYS

Robelt Alexyn punnintateoria on vain yksi mahdollinen tapa jäsentää perusoikeuksia koskevien tulkintaongelmien ratkaisua ja näissä tilanteissa tyypillisesti esille nousevaa punnintaproblematiikkaa. On ilmeistä, että siinä hyödynnettyä matemaattista laskentatapaa pidetään ensi näkemältä juridiselle elämälle jokseenkin vieraana. Silti teoria osoittaa ainakin heuristisen

⁷⁸ Jos punnintalaskelman lopputulokseksi tulisi yksi, jäisi asia lainsäätäjän harkintaan vahvistetun isyyden oikeusvaikutusten osalta.

mallin tasolla, että oikeusperiaatteiden välillä ilmenevät oikeasuhtaisuuden ongelmat on mahdollista ratkaista kontrolloidusti ainakin jos kontrolloitavuudella tarkoitetaan toiminnan arvioitavuutta ulkoisten ja yleisesti hyväksyttävissä olevien kriteereiden valossa.

Toinen vaihtoehtoinen tapa rekonstruoida perusoikeusargumentaation oikeellisuuden mittapuita tukeutuisi lainopilliseen systematisointiin. Veli-Pekka Viljasen väitöskirja Perusoikeuksien rajoitusedellytyksistä⁷⁹ tarjoaa tässä suhteessa luotettavan lähtökohdan. Sama koskee *Jukka Viljasen* vuonna 2004 julkaistua väitöskirjatutkimusta Euroopan ihmisoikeussopimuksen rajoituslausekkeista ja EIT:n asemasta yleisten oppien kehittäjänä.⁸⁰ Kiinnostavaa onkin, että kysymykset perus- ja ihmisoikeusargumentaation kontrolloitavuudesta, rajoitusopin merkityksestä sekä teemaa koskevista väärinkäsityksistä nousivat esiin myös viimeksi mainittua kirjaa tarkastettaessa. Niin väitöskirjassa kuin virallisen vastaväittäjän, Martin Scheininin lausunnossa⁸¹ havainnollistetaan osuvasti sitä keskeistä roolia, joka rajoitusopilla on ihmisoikeuksien sisältöä koskevissa tulkinnoissa. Tämän lisäksi Scheinin kuvaa lausunnossaan huomionarvoisella tavalla kyseisen tematiikan suhdetta suomalaisen perus- ja ihmisoikeuskulttuurin tuon ajan ongelmiin, jotka ilmenivät lähinnä eriasteisina perus- ja ihmisoikeusvastarintojen muotoina. Vastarintaa selittivät hänen mukaansa lähinnä kaksi tekijää. Yhtäältä kyse oli *asenteellisesta* vastustuksesta, jossa osa oikeuselämän vaikuttajista on ollut joko ylimielisyyttään tai konservatiivisuuttaan valmistautumaton ottamaan vastaan ihmisoikeusjuridiikan haasteen ja erityisesti siihen sisältyvän kansainvälisperäisen normiaineksen ja tulkinta-aineiston radikaalisti kasvaneen merkityksen kansallisessa oikeuselämässä.⁸² Toisaalta osa vastustuksesta on Scheininin mukaan perustunut silkkään *tietämättömyyteen*:

”Euroopan ihmisoikeustuomioistuim on nähty vieteriukkona, joka yllättäen ponnahtaa esiin tuomiten jonkin sopimusvaltion lainsäädännön tai soveltamiskäytännön milloin missäkin asiassa ja ilman pinnalliselle seuraajalle välittyvää käsitystä ratkaisun perustana olevan oikeusnormiston sisäisestä logiikasta. Itse ihmisoikeusnormit taas saatetaan edelleen kuvitella jonkinlaiseksi uudeksi tai vanhaksi luonnonoikeudeksi. Ihmisoikeusjuridiikan

⁷⁹ Viljanen 2001.

⁸⁰ Viljanen 2004.

⁸¹ Martin Scheinin: vastaväittäjän lausunto Jukka Viljasen väitöskirjasta *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law: A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*. Acta Universitatis Tamperensis nro 965. Tampere 2003. Lakimies 3/2004, s. 549–559.

⁸² Ks. Scheinin 2004, s. 551.

harjoittajien oletetaan jakavan luonteeltaan moraalisia tuomioita maailman realiteeteista ja demokraattisen lainsäätäjän valistuneesta harkinnasta piittaamatta. Ihmisoikeusjuridiikan kuvitellaan olevan erityisen kykenemätön ottamaan kantaa tilanteisiin, joissa ”hyvät” moraaliset arvot ovat toisiaan vastassa, siis muun muassa ihmisoikeuksien välillä ilmeneviin kollisioihin.”⁸³

Tämä tietämättömyys on Scheininin mukaan aiemmin mainittujen asenneongelmien kasvuperusta.

Syystä tai toisesta Scheinin kahdeksan vuotta vanha kuvaus on edelleenkin pätevä. Ainakin osalle suomalaista oikeusyhteisöä näyttää olevan jokseenkin hankalaa sisäistää niitä yleisiä oppeja, joiden kautta perus- ja ihmisoikeuksia koskevat tulkintaongelmat tulee jäsentää.

Tämä ei ole aivan vähäinen ongelma. Perusoikeussäännökset ilmaisevat sekä tulkinnanvaraisia että oikeudelliselta ja poliittiselta merkitykseltään vahvoja normeja. Ne eivät kuitenkaan ole mitä tahansa arvoja, jotka oikeudellinen toimija voisi seurauksista piittaamatta leimata mielivaltaiseksi. Ne ovat oikeusnormeja, joiden voimassaolo Suomen oikeusjärjestyksessä pohjautuu laajaan demokraattiseen yksimielisyyden vallitessa tehtyihin poliittisiin ratkaisuihin. Suomi on toisin sanoen vapaaehtoisesti ja eduskunnan nimenomaisin lainsäädäntöpäätöksin sitoutunut sekä läpi oikeusjärjestyksen sovellettaviin kansallisiin perusoikeuksiin että lukuisiin valtioiden kansainvälisellä tasolla neuvottelemiin ja hyväksymiin ihmisoikeusnormeihin, ml. Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Tämän sitoutumisen ja esimerkiksi perustuslain 22 §:ssä ilmaistun periaatteen seurauksena julkisen vallan on taattava perus- ja ihmisoikeuksien tehokas toteutuminen oikeudenkäyttöpiirissään, mikä edellyttää ko. normien ottamista huomioon kansallisessa lainsäädännössä, lainkäytössä ja tarvittaessa muussakin kansallisessa käytännössä. Siltä varalta, että lain säännöksen soveltaminen johtaisi ilmeiseen ristiriitaan perustuslain kanssa, on perustuslakiin otettu nimenomainen säännös tuomioistuinten velvollisuudesta antaa tällöin perustuslaille etusija. Silloinkin kun jännite perusoikeuksien ja muun lainsäädännön välillä on pikemminkin vain tulkinnallista laatua ja niin ollen myös tulkinnallisesti poistettavissa, on perusteltavissa olevista tulkintavaihtoehdoista valittava perusoikeusmyönteisin.⁸⁴ Perusoikeudet eivät enää ole normeja, joilla lainsäätäjä on itse itseään rajoittanut ja joiden toteutumista se itse valvoisi, vaan julkista valtaa sen kaikessa toiminnassa sitovia ja yksilöille oikeuksia perustavia normeja, joiden sisältö tarkentuu paitsi kansallisissa myös kan-

⁸³ Ks. Scheinin 2004, s. 551.

⁸⁴ Ks. PeVL 2/1990 vp ja PeVM 25/1994 vp.

sainvälisissä oikeudellisissa käytännöissä. Kaiken tämän pitäisi olla selvää jokaiselle suomalaisen oikeusyhteisön jäsenelle.

Se että perusoikeuksiin on näin laajamittaisesti ja oikeudellisesti kiistatoman pätevällä tavalla sitouduttu, ei luonnollisestikaan tarkoita sitä, ettei perusoikeuksiin nojautuvaa ratkaisutoimintaa saisi kritisoida. Oikeudellisissa käytännöissä tehdään virheitä, eivätkä perus- ja ihmisoikeuskäytännöt ole tässä poikkeus. Epäilemättä esiintyy myös lukuisa määrä erilaisia kantoja siitä, miten perusoikeuksia tulisi konkreettisissa tapauksissa tulkita. Olisi kuitenkin tärkeää, että kritiikki sekä perustetaan että kohdistetaan oikein. Asenteellisuuteen ja tietämättömyyteen tai yksittäisen oikeudenalan puhautauden taikka alan asiantuntijaeliitin saavuttamien asemien vaalimiseen pohjautuva piittaamattomuus näkyy viime kädessä paitsi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen langettavina tuomioina myös tällaisten tuomioiden jälkeen syntyvinä oikeusvarmuusongelmina, kun EIS:n edellyttämiä muutoksia ei ole toteutettu riittävän ajoissa ja riittävän laajasti.⁸⁵ Tällainen perusoikeusargumentaation ”kontrolli” on tuskin kenenkään etu.

⁸⁵ Ratkaisun KKO 2012:11 merkittävin oikeudellinen ongelma perustuu oikeastaan vain siihen, ettei isyyslainsäädäntöä uudistettu riittävän ajoissa, vaikka sääntelyn ongelmiin oli kiinnitetty huomiota jo yli 20 vuoden ajan niin oikeustieteen kuin korkeimman oikeuden toimesta.