

Juha Lavapuro

UUSI
PERUSTUSLAKIKONTROLI

UUSI PERUSTUSLAKIKONTROLI



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 301

J u h a L a v a p u r o

Uusi perustuslakikontrolli

Yliopistollinen väitöskirja, joka Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Calonian luentosalissa 1 perjantaina 17.12.2010 klo 12.

WITH AN ENGLISH ABSTRACT

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

toimisto@lakimiesyhdistys.fi

www.lakimiesyhdistys.fi

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-489-2

© 2010 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Juha Lavapuro

ISSN-L 0356-7206

ISSN 0356-7206

ISBN 978-951-855-303-1

Taitto: Lapine Oy

Oy Nord Print Ab, Helsinki 2010

Esipuhe

Oikeutta ja oikeustieteellisen tutkimuksen tekemistä voidaan varmaankin lähestyä yhtä monesta kulmasta kuin on tekijöitäkin. Usein on vieläpä niin, että juuri tutkimuksessa omaksuttu perspektiivi oikeuteen on itse asiassa sen merkityksellisin tulos – eivät niinkään väitöskirjan sivuilla tehtävät huomiot, tulkin-tasuositukset ja teoreettiset mallit, jotka syystä tai toisesta esitetään jollakin vääjäämättömällä metodisella loogisuudella tutkimusaineistosta seuraavana to-tuutena. Tähän nähden ei olekaan sattumaa, että esipuheet lienevät väitöskirjo-jen luetuimpia jaksoja. Näille sivuille painetuista muutamista virkkeistä kun ta-paa usein löytää suoraan ainakin osan siitä totuudesta, jota muuten pitäisi juur-ta jaksain selvittää kirjan muista osista, ellei se peräti jäisi kokonaan hiljaiseksi, ehkä vain rivien väleistä havaittavaksi.

Todettakoon siis ainakin seuraava. Käsillä oleva tutkimus on erinäisten aka-teemisten sivupolkujen kautta tuotettu puheenvuoro perusoikeuksien ja demo-kratian vakavasti ottamisen tärkeydestä, tuohon vakavasti ottamiseen liittyvistä konflikteista ja tuollaisten konfliktien ratkaisemisen periaatteellisista merkityk-sistä. Perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen edellytyksiin erityistä huomiota kiinnittävänä ja niiden pohjalta oikeudellisia käytäntöjä kritisoiavana tutkimus olettavasti leimautuu perusoikeusfundamentalistiseksi, kuten näyttää Suo-messa automaattisesti käyvän suurelle osalle vastaaviin lähtökohtiin nojaavaa valtiosääntöoikeudellista tutkimusta. Otan kuitenkin leiman mielihyvän vastaan niin kauan kuin oikeudellisiin ja poliittisiin käytäntöihimme sisältyy periaat-teellisia ja rakenteellisia yksilön oikeuksien toteutumista koskevia ongelmia. Jos nimittäin perusoikeusfundamentalismia on käsitys siitä, että jokaista on kohdeltava ihmisarvon mukaisesti yhdenvertaisena ja että yksilöiden ja vähem-mistöjen oikeuksia tulee toisinaan suojata myös silloin, kun oikeudet estävät demokraattista enemmistöä toteuttamasta tahtoaan taikka kun niitä vastassa on painava yhteiskunnallinen tarve, tämä puheenvuoro todellakin on avoimesti pe-rusoikeusfundamentalistinen.

Yksittäisen tutkijan puheenvuorot ovat tietenkin mahdollisia vain toimivan tutkijayhteisön ansiosta. Ensimmäinen kiitos kuuluu työni esitarkastajille, pro-fessori *Martin Scheininille* ja akatemiaprofessori *Kaarlo Tuorille*, jotka hoitivat tehtävänsä kesän 2010 helteillä ripeästi ja tiiviin kriittisesti. Scheinin on myös lupautunut toimimaan väitöstilaisuudessa vastaväittäjänä. Tästä olen erityi-sen kiitollinen. Hän on väsymättömällä työllään ja maailmaa muuttavalla esi-merkillään osoittanut, mitä perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamiseen sitoutumi-nen voi parhaimmillaan merkitä. Henkilökohtaisella tasolla on myös syytä mai-

nita, että ”Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa” oli joskus kauan sitten tärkein vaikutin sille, että ylipäättään päädyin tutkijaksi.

Professori *Veli-Pekka Viljanen* on pitkään ja pyyteettä toiminut työni tosiasiallisena toisena ohjaajana ja läheisenä tutkijakollegana, jolta ei ole koskaan puuttunut aikaa valtiosääntöoikeuden ikuisia peruskysymyksiä koskevaan kriittiseen keskusteluun. Kollegiaalinen apu on jatkunut työn loppumetreille saakka väitöskirjakäsikirjoituksesta annetun palautteen ja loppumetreillä tuiki tarpeellisten kannustusten muodoissa. Valtiosääntöoikeuden oppiaineen professorina ja sittemmin myös Oikeuden ja vallan muutokset -tutkimusprojektin johtajana V-P on tarjonnut tutkijalle ihanteelliset olosuhteet väitöskirjan kirjoittamiseen ja viimeistelyyn. Kiitos!

Työnohjaajalleni, professori emeritus *Antero Jyrängille*, kuuluu puolestaan kiitos paitsi kärsivällisyydestä myös sydämellistä kannustussanoista siinä vaiheessa, kun olin jättämässä tätä työtä esitarkastukseen. Lienee myös selvää, että turkulaisperäisen valtiosääntötutkimuksen asema Suomessa on edelleenkin hyvin pitkälle Antero Jyrängin innoittamaa. Se ei ole aivan vähäinen meriitti.

Tutkijayhteisöltä saatavat kommentit ja kriittiset huomautukset enemmän tai vähemmän keskeneräisistä töistä ovat yksi tärkeimmistä tutkimuksen edellytyksistä. *Pekka Länsineva* on ystävällisesti kommentoinut kirjoituksiani tarjoten oivallisia näkökulmia perusoikeuksien potentiaaleihin silloinkin, kun itse en ole niitä synkistelyjeni keskeltä havainnut. Keskustelut ja näkökulmat pitää kuitenkin joskus saada kirjatuksi ja yksi tärkeimpiä syypäitä tämän projektin valmistumiselle on *Tuomas Ojanen*. Hänen tapansa kannustaa ja antaa palautetta tehokkaasti, suorapuheisesti ja vailla pönötyksen häivää on ollut esimerkiksi ja tekemiseen innostavaa. Valtiosääntöoikeuden tutkijapiiri on puolestaan harvasta kokoontumistiheydestään huolimatta tarjonnut luontevan foorumin kehittymässä olevien ajatusten käsittelylle. Kiitokset erityisesti *Lars D. Eriksonille*, *Juhani Kortteiselle*, *Maija Sakslinille* ja *Jukka Viljaselle* sekä muille pitkän linjan piiriläisille. Myös *Jaakko Husa* ja *Juha Karhu* ovat matkan varrella tarjonneet useita kertoja apuaan suoraan asiaan menevän ja kiperän kriittisen palautteen muodossa – yleensä vielä kommenttien laatuun nähden hämmästyttävällä ripeydellä.

Suppean valtiosääntöoikeudellisen yhteisön ohella Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa toimiva vireä tutkijakunta on monin tavoin edesauttanut tutkimukseni valmistumista. Unohtamatta muita kiittäisin erityisesti *Kauko Wikströmiä* paitsi kirjoitusteni kommentoinnista, myös akateemisen avarakatseisesta suhtautumisesta valtiosääntöoikeudellisiin pyrintöihini. *Anne Kumppula*, *Matti Urpilainen*, *Pekka Riekkinen* ja *Mika Viljanen* ovat hekin pyyteettömästi olleet aina valmiita keskustelemaan valtiosääntöoikeudellisista kysymyksenasetteluista ja vähän varmasti muustakin. Luottamuksesta kiitän erityisesti tiedekunnan johdossa tämän hankkeen eri vaiheissa toimineita *Jukka Mähöstä*, *Heikki Kullaa* ja *Ari Saarnilehtoa*.

Neljä lähintä työtoveria on vielä mainitsematta. Hallinto-oikeudellisen hötökyilemättömyyden perikuvalta, *Mikael Koilliselta*, olen oppinut ennen kaikkea peräänantamatonta juridista ajattelua – vaikkakin epäilemättä hieman hitaasti. Kadehdittavaan tutkimukselliseen intensiivisyyteen kykenevä *Tuomas Mylly* on puolestaan omista kiireistään piittaamatta ollut valmis auttamaan aina kun olen sitä pyytänyt. Hän myös luki käsikirjoitukseni varmasti perinpohjaisemmin kuin kukaan muu ja esitti siitä kritiikkiä parhaiden tieteellisten perinteiden mukaan. Tuomas, en vieläkään osaa vastata väitteisiisi. Sovitaanko, että palataan niihin vielä, mutta vasta väitökseni jälkeen?

Elina Pirjatanniemi ja *Janne Salminen* ovat jo usean vuoden ajan toimineet yliopistollisen elämäni henkireikinä. Ei ole sellaista tutkijan arkeen kuuluvaa kysymystä, huolta tai silkkaa mielettömyyttä, jota emme olisi jossakin vaiheessa yrittäneet yhdessä setviä. Ja mikä parasta, melkein aina kepeällä otteella pilke silmäkulmassa. Elina, Piispankatu ei selvästikään ole liian pitkä! Janne, kuvauksesi oikeustieteellisen tutkimuksen zeniitistä, kesykyhyistä taikka Toijalan nähtävyyksistä eivät koskaan unohdu! Toivottavasti seuraava tutkimushankeemme on yhteinen.

Tutkimus tarvitsee taloudelliset edellytykset. Oikeustieteellisen tiedekunnan ohella työtäni ovat tukeneet Suomen akatemian ”Oikeuden ja vallan muutokset Suomessa” ja ”Domintern” -tutkimusprojektit, joista viimeainitun sekä Fulbright-Centerin myöntämän ASLA-Fulbright -stipendin turvin sain viettää lukuvuoden NYU:ssa Yhdysvalloissa. Lisäksi työtäni ovat tukeneet myös tutkimusprojekti ”Välfärdsstat och konstitutionalism i Norden”, kulttuurisen vuorovaikutuksen ja integraation tutkijakoulu sekä OMY I -tutkijakoulu samoin kuin Heldtin stipendirahasto ja Maaliskuun 25 päivän rahasto. Suomalainen Lakimiesyhdistys on hyväksynyt aiemmin julkaisemiani artikkeleita hyödyntävän puheenvuoroni julkaistavaksi ilmeisen perinteikkäässä sarjassaan ja huolehtinut ammattimaisesti kirjan painokuntoon saattamisesta.

Lopuksi haluan kiittää läheisimpiäni. Tutkimukseni vei loppuvaiheissaan sitenkin kohtuuttomasti aikaa huomattavasti sitä tärkeämmiltä asioilta. Puolisoani Sallaa kiitän kärsivällisyydestä, kannustuksesta ja kolmilapsisen perheen arjen kasassa pitämisestä silloinkin. Salla, en pystyisi tähän ilman sinua. Joonaa, Emma ja Miika, huonokuuloisuuteni pitäisi olla tämän jälkeen tiessään – nipistäkö, jos niin ei käy.

Caloniassa, loka-marraskuun vaihteessa 2010

Juha Lavapuro

Sisällys

ESIPUHE	V
SISÄLLYS	IX
LÄHTEET.....	XV
LYHENNELUETTELO.....	XXIX

OSA I

JOHDANTO	1
1 OIKEUKSIEN TEHOKKUUS JA	
PERUSTUSLAKIVALVONNAN MUUTOS	3
1.1 Perinteiset vaihtoehdot ja niiden oikeutus.....	6
1.2 Suomalainen perustuslakikontrolli ja uusi valtiosääntöistytminen	9
1.2.1 Uusi valtiosääntöistytminen.....	16
1.2.2 Uuden valtiosääntöistytymisen kaksi päälinjaa	18
1.2.3 Suomen valtiosääntö osana uuden konstitutionalisin toista päälinjaa	21
2 TUTKIMUKSEN TEEMA, KYSYMYKSENASETTELU JA	
AIKAISEMPI TUTKIMUS.....	31
2.1 Teema ja rajaukset.....	31
2.1.1 Perustuslakikontrolli tutkimuksen kohteena.....	31
2.1.2 Ristiriidan käsite ja sitä koskevat erottelut.....	33
2.1.3 Eurooppaoikeutta koskeva rajaus.....	37
2.1.4 Ylimpiä laillisuusvalvoja koskeva rajaus.....	42
2.2 Kysymyksenasettelu ja sen perustelut	43
2.3 Aikaisempi tutkimus ja sen merkitys	48
3 ESITYKSEN RAKENNE	55

OSA II**KONSTITUTIONALISMIN MUUTOS, DEMOKRATIA JA**

PERUSOIKEUDET	59
1 PERUSTUSLAKIKONTROLLIN UUDET MUODOT.....	61
1.1 Perinteiset kysymykset ja uudet lähtökohdat.....	61
1.2 Perinteinen ratkaisu: auktoriteetti ja vahva kontrolli.....	67
1.2.1 Lainsäätäjän ylivalta	67
1.2.2 Tuomioistuinten ylivalta.....	69
1.2.3 Auktoriteetti kontrollin lähtökohtana.....	71
1.3 Uusi ratkaisu: kansainyhteisön malli.....	73
1.3.1 Kanada ja Charter-dialogi.....	73
1.3.2 Uusi-Seelanti, vuoden 1990 perusoikeusuudistus ja vaatimus laintulkinnan perusoikeuksien mukaisuudesta	76
1.3.3 Human Rights Act ja vahvennettu ihmisoikeusmyönteinen tulkinta	78
1.4 Kansainyhteisön malli ja välipohdinta	80
1.4.1 Kokoavia huomioita	80
1.4.2 Tuomioistuinvalvonnan oikeutus?.....	82
2 PERUSOIKEUDET, DEMOKRATIA JA TUOMIOISTUIMET ...	85
2.1 Itsepintaiset ongelmat.....	85
2.2 Oikeuspositivismi, demokratia ja perusoikeudet	89
2.2.1 Demokratia mustana laatikkona	89
2.2.2 Tulkinta harkintana	92
2.2.3 Perusoikeudet lainsäätäjän harkinnalle alisteisina normeina	94
2.3 Dworkin ja vaihtoehto oikeuspositivismille.....	97
2.3.1 Positivismin kritiikki.....	97
2.3.2 Miksi dworkinilainen käsitys oikeudesta vastaa valtio- säännön funktioita oikeuspositivismia paremmin?	101
2.4 Valtiosääntöoikeudellinen tuomioistuinvalvonnan kritiikki...	104
2.4.1 Jeremy Waldron ja tuomioistuinvalvonnan kritiikin ydin	104
2.4.2 Legalisoitumis- ja demokratiakritiikki.....	109
2.5 Tuomioistuinvalvonnan kritiikin kritiikki	110
2.5.1 Perusoikeuksien oikeus.....	112
2.5.1.1 Sitovuus	114
2.5.1.2 Ihmisoikeusparadigma.....	116

2.5.1.3.	Rationalistinen ihmisoikeusparadigma käytännössä: KKO 2008:93.....	119
2.5.2	Demokratiaperiaatteen demokratia.....	129
2.5.2.1	Demokratian tulkinnanvaraisuus.....	129
2.5.2.2	Kolme käsitystä demokratiasta.....	130
2.5.2.3	John Hart Ely ja tuomioistuINVALVONNAN demokraattinen oikeutus.....	136
2.6	Valtiosäännön jännitteisyys, institutionaaliset järjestelyt ja parempien argumenttien mahdollisuus.....	140
2.6.1	Valtiosääntöperiaatteiden essentiaalinen kiistanalaisuus.....	141
2.6.2	Essentiaalinen kiistanalaisuus, tasapainovaatimus ja institutionaaliset järjestelyt.....	142
OSA III		
UUSI PERUSTUSLAKIKONTROLI SUOMEN OIKEUDESSA...		
		147
1	PERUSTUSLAKIVALVONNAN NYKYINEN MALLI.....	149
1.1	Taustaksi.....	149
1.2	Instituutioiden väliset suhteet.....	150
1.2.1	Instituutioiden välisen dialogin mahdollisuudet.....	150
1.2.2	Kansallinen ja kansainvälinen dialogi.....	153
1.3	Valtiosääntöoikeuden yleiset opit.....	160
1.3.1	Lain perustuslainmukainen tulkinta ja perustuslain etusija.....	161
1.3.2	Poikkeuslakien välttämisen periaate ja valtiosääntöinen tasapaino.....	165
1.3.3	Yleinen rajoitustesti perustuslainmukaisuuden valvonnan yhteisenä kielioppina.....	167
1.3.4	Perusoikeudet yksilön oikeussuojan parempina ehtoina ja kansallisen ihmisoikeusaktivismiin mahdollisuus ..	169
1.4	Johtopäätökset ja siirtymäajatuksset.....	175
2	PERUSTUSLAIN ETUSIJA JA PERUSTUSLAKIKONTROLLIN JÄNNITTEET.....	179
2.1	Taustaksi.....	179
2.2	Ilmeisyysvaatimus etusijaratkaisujen sisältönä.....	185
2.2.1	Etusijaratkaisut.....	185
2.2.2	Etusijatulkintojen lähtökohdat ja vaikutukset.....	188

2.2.2.1	Perinteinen kontrollimalli.....	190
2.2.2.2	Tasapainomalli.....	192
2.3	Perinteisen kontrollimallin vaikutukset.....	194
2.3.1	Formalismi ja aikaperspektiivin vinoutuminen.....	194
2.3.2	Tulkintakriteeristön epävaltiosääntöistyminen	198
2.3.3	Suhde perustuslainmukaiseen tulkintaan.....	204
2.4	Askeleita kohti tasapainoista ilmeisyystulkintaa: KHO 2008:25 ja KHO 2009:15	207
2.5	Perustuslain etusija ja uuden perustuslakikontrollin lähtökohdat	213
2.5.1	Ilmeisyyskriteerin ongelmallisuus	213
2.5.2	Ilmeisyyskriteeri ja Kaarlo Tuorin ultima ratio -perustelu	216
3	PERUSTUSLAKIVALIOKUNNAN OIKEUTUS JA VALTIOSÄÄNTÖKULTTUURIN MUUTOS.....	225
3.1	Johdanto	225
3.2	Perustuslakivaliokunnan auktoriteettiaseman oikeutus.....	228
3.3	Tulkintojen auktoritatiivisuuden oikeutus.....	231
3.4	Pluralisoituneen valtiosääntökulttuurin haaste.....	233
3.5	Perustuslakivaliokunnan arvovalta valtiosääntö- pluralistisessa toimintaympäristössä	237
4	VALTIOSÄÄNTÖINEN MANAGERIALISMI JA NORMATIIVINEN KONSTITUTIONALISMI	243
4.1	Suomalainen valtiosääntökäsitys ja perustuslain joustavuuden oletus	243
4.2	Managerialismin tausta: pragmatismi ja formalismi suomalaisessa valtiosääntödoktriinissa	247
4.2.1	Perustuslain joustavuus	247
4.2.2	Joustavuuden selitykset.....	250
4.3	Managerialismi käytännössä	254
4.3.1	Perustuslakikontrolli ja formaalin joustavuuden nykykonkretisaatiot.....	254
4.3.2	Lex Jokela, lex in casu ja perusoikeusrajoitukset	256
4.3.3	Puolustusvoimien virka-apu terrorismintorjunnassa ja poliisin toimivaltuuksien hyväksyttävyyden rajat..	260
4.4	Oikeuspuhe ja managerialismin kritiikki	266

OSA IV**LOPUKSI: INSTITUTIONAALISISTA JÄRJESTELYISTÄ
PRESUMPTIIVISEEN VALTIOSÄÄNTÖOIKEUDELLISEEN
KONTEKSTUALISMIIN.....**

269

1 Valtiosääntöoikeuden fragmentoituminen ja systeemi 271

2 Abstrakti systeemi ja lokaalin koherenssin katveet 274

3 Systeemin ja kontekstin suhde..... 279

4 Rationaalinen perusteltavuus ja kritiikki 282

Jälkisanat: Tutkimuksen tavoitteet ja tulokset..... 285

ABSTRACT 293

OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO 297

ASIAHAKEMISTO 299

Lähteet

- Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan teoria. Juva 1986.
- Aarnio, Aulis*: Ottakaamme oikeussäännöt vakavasti. *Oikeus* 1989, s. 112–122.
- Aarnio, Aulis*: Kommentti vailla hermeneuttista kävelykeppiä. *Oikeus* 2000, s. 414–415.
- Aarnio, Aulis*: Oikeusvaltio – tuomarivaltio? Teoksessa *Aarnio, Aulis – Uusitupa, Timo*: Oikeusvaltio, s. 1–12. Helsinki 2002.
- Aarnio, Aulis*: Tulkinnan taito. Helsinki 2006.
- Aarto, Markus – Vartiainen, Markku*: Oikeus kansainvälisessä maailmassa. Ilkka Saraviidan juhlaakirja. Helsinki 2008.
- Alexander, Larry – Schauer, Frederick*: On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review* 1997, s. 1359–1387.
- Alexy, Robert*: Theorie der Grundrechte. Suhrkamp 1986.
- Alexy, Robert*: Individual Rights and Collective Goods. Teoksessa *Nino, Carlos* (ed.): *Rights*, s. 163–181. Dartmouth 1992.
- Alexy, Robert*: Balancing, Constitutional Review, and representation. *International Journal of Constitutional Law* 2005, s. 572–581.
- Alston, Philip*: Introduction. Teoksessa *Alston, Philip*: (ed.) *Human Rights Law* (International Library of Essays, s. xi–xxvi. Dartmouth 1989.
- Alston, Philip*: Bills of Rights: An Analytical Framework. Teoksessa *Alston, Philip* (ed.): *Promoting Human Rights through Bills of Rights*, s. 1–14. Oxford University Press 1999.
- Austin, John*: The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence. The Province of Jurisprudence Determined (1832). The Uses of the Study of Jurisprudence (1863). Hackett Publishing Company 1998.
- Beatty, David M.*: Ultimate rule of Law. Oxford University Press 2004.
- Bellamy, Richard*: Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy. Cambridge University Press 2007.
- Benda, Ernst*: Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht. Teoksessa *Benda – Maihofer – Vogeer* (Hrsg.): *Handbuch des Verfassungsrechts*. Walter de Gruyter 1995.
- Benvenisti, Eyal*: Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards. *New York University Journal of International Law and Politics* 1999, s. 843–854.
- Berlin, Isaiah*: Four Essays on Liberty. Oxford University Press 1969.
- Bickel, Alexander*: The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Bobbs-Merrill 1962.
- Björne, Lars*: Oikeusjärjestelmän kehityksestä. Helsinki 1979.
- Borowski, Martin*: The Beginnings of Germany’s Federal Constitutional Court. *Ratio Juris* 2003, s. 155–186.
- Bull, Thomas*: Om domstolarnas roll i demokratin – fågel, fisk eller mittemellan – del II. *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet* 2000, s. 26–47.
- Butler, Andrew S.*: The Bill of Rights Debate: Why the New Zealand Bill of Rights Act 1990 is a Bad Model for Britain. *Oxford Journal of Legal Studies* 1997, s. 323–345.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Grundrechte als Grundsatznormen. Teoksessa *Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: *Staat, Verfassung, Demokratie*. Suhrkamp 1991.
- Cappelletti, Mauro*: Judicial Review in Contemporary World. Indianapolis 1971
- Cappelletti, Mauro*: The Judicial Process in Comparative Perspective. Clarendon Press 1989.
- Claes, Monica*: The National Courts’ Mandate in The European Constitution. Hart Publishing 2006.

- Clayton, Richard*: The Human Rights Act Six Years On: Where are we now. Human Rights Law Review 2007.
- Coleman, Jules*: The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory, Oxford University Press 2000.
- Coutu, Michel – Giroux, Marie-Hélène*: The Aftermath of 11 September 2001: Liberty vs. Security before the Supreme Court of Canada. International Journal of Refugee Law 2006, s. 313–332.
- de Sousa Santos, Boaventura*: Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law Journal of Law and Society, Vol. 14, No. 3 (Autumn, 1987), s. 279–302
- de Sousa Santos, Boaventura*: Toward a New Legal Common Sense. Cambridge University Press 2002.
- Department of Constitutional Affairs: Review of the Implementation of the Human Rights Act. July 2006 (DCA 38/06).
- Dicey, Albert Venn*: Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Macmillan and Co. Ltd. London 1902.
- Dixon, Rosalind*: Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus Weak-form judicial review revisited. International Journal of Constitutional Law 2007, s. 391–418.
- Dorf, Michael C*: Facial Challenges to State and Federal Statutes. Stanford Law Review 1994, s. 235–304.
- Dorf, Michael*: Create Your Own Constitutional Theory. California Law Review 1999, s. 593–612.
- Dunoff, Jeffrey L. – Trachtman, Joel P.* (eds.): Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance. Cambridge University Press 2009.
- Dworkin, Ronald*: Taking Rights Seriously. Harvard University Press 1978.
- Dworkin, Ronald*: Law's Empire. Harvard University Press 1986.
- Dworkin, Ronald*: Life's Dominion. Vintage Books 1994
- Dworkin, Ronald*: Freedom's Law. Cambridge Mass. 1996.
- Dworkin, Ronald*: Justice in Robes. Harvard University Press 2006.
- Dyzenhaus, David*: An Unfortunate Outburst of Anglo-Saxon Parochialism. The Modern Law Review 2005, s. 673–676.
- Ebbesson, Jonas*: Comparative Introduction – Introduction Comparative. Teoksessa Ebbesson, Jonas (ed.): Access to justice in environmental matters in the EU, s. 1–47. Kluwer 2002.
- Elster, John*: Introduction. Teoksessa Elster, John (ed.): Deliberative Democracy, s. 1–18. Cambridge University Press 1999.
- Ely, John Hart*: Democracy and Distrust. Cambridge, Mass. 1980.
- Eriksson, Lars D.*: Vad kan uppnås genom en förändring av författningens text? *Politiikka* 4/1983, s. 346–359.
- European Court of Human Rights: Annual report 2009.
- Ewing, K. D.*: The Human Rights Act and Parliamentary Democracy. The Modern Law Review 1999, s. 79–99.
- Fabbrini, Federico*: Kelsen in Paris. France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation. German Law Journal 2008, s. 1297–1312.
- Fallon, Richard H. Jr.*: As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing. Harvard Law Review 2000, s. 1321–1370.
- Fenwick, Helen – Phillipson, Gavin – Masterman, Roger*: The Human Rights Act in contemporary context. Teoksessa Fenwick – Phillipson – Masterman: Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act. Cambridge University Press 2007.
- Follesdal, Andreas – Wind Marlene*: Introduction – Nordic Reluctance towards Judicial Review under Siege. *Nordik Tidsskrift For Menneskerettigheter* 2009, s. 131–141.

- Forsthoff, Ernst*: Der Staat der Industriegesellschaft. C.H. Beck 1974.
- Gaete, Rolando*: Human Rights and the Limits of Critical Reason. Dartmouth 1993.
- Gallie, W. B.*: Essentially Contested Concepts. Proceedings of the Aristotelian Society. New Series, Vol. 56, (1955–1956), s. 167–198.
- Gardbaum, Stephen*: The New Commonwealth Model of Constitutionalism. The American Journal of Comparative Law 2001, s. 707–760.
- Gardbaum, Stephen*: Human Rights as International Constitutional Rights. EJIL (2008), Vol. 19 No. 4, 749–768.
- Gardbaum, Stephen*: Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism. International Journal of Constitutional Law 2010, s. 167–206.
- Gearty, Conor*: 11 September 2001, Counter-terrorism, and the Human Rights Act. Journal of Law and Society 2005, s. 18–33.
- Gill, Stephen*: Globalisation, Market Civilisation, and Disciplinary Neoliberalism. Millenium: Journal of International Studies 1995, s. 399–424.
- Gill, Stephen*: Power and Resistance in the New World Order. Palgrave Macmillan 2003.
- Goldsworthy, Jeffrey*: The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy. Oxford University Press 1999
- Greer, Steven – Williams, Andrew Trevor*: Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards 'Individual', 'Constitutional' or 'Institutional' Justice? European Law Journal 2009, s. 462–481.
- Gross, Oren – Aoláin, Fionnuala Ni*: From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights. Human Rights Quarterly 2001 s. 625–649.
- Gustafsson, Håkan*: Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet. Lunds universitet 2002.
- Günther, Klaus*: Critical Remarks on Robert Alexy's "Special Case Thesis". Ratio Juris 3/1993, s. 149–150.
- Günther, Klaus*: The Sense of Appropriateness. Application Discourses in Morality and Law. Alkuteos Sinn für angemessenheit. Transl. John Farrel. New York 1993.
- Günther, Klaus*: The Legacies of Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture. Teoksessa Alston – Bustello – Heenan (eds.): The EU and Human Rights, s. 117–144. Oxford University Press 1999.
- Habermas, Jürgen*: Between Facts and Norms. MIT Press 1996.
- Habermas, Jürgen*: Three Normative Models of Democracy. Teoksessa Benhabib, Seyla (ed.): Democracy and Difference, s. 22–30. Princeton University Press 1996.
- Hakalehto-Wainio, Suvianna*: Valta ja vahinko. Helsinki 2008.
- Hamilton, Alexander – Madison, James – Jay, John*: The Federalist Papers. Mentor 1961. (Federalist)
- Hart, H.L.A.*: Positivism and Separation of Law and Morals. Harvard Law Review 1958, s. 593–629
- Hart, H.L.A.*: Concept of Law (2nd ed.). Oxford University Press 1997.
- Hart, H.L.A.*: American Jurisprudence through English Eysr: The Nightmare and the Noble Dream. Teoksessa Hart, H.L.A.: Essays in Jurisprudence. Oxford University Press 1983.
- Hautamäki, Veli-Pekka*: Perustuslain auktoritatiivinen tulkinta. Oikeusvertaileva tutkimus perustuslain tulkinnan auktoritatiivisista instituutioista ja niiden käyttämästä argumentaatiosta Suomessa ja Norjassa. Helsinki 2002.
- Hautamäki, Veli-Pekka*: Perustuslakivaliokunta valtiosääntöuomioistuinnäkökulmasta. Lakimies 2006, s. 586–607.
- Heiskala, Risto*: Sosiologisen teorian nykysuuntauksia. Helsinki 1994.
- Helander, Petri*: EY:n perusoikeussuojan ulottuvuudesta. Lakimies 4/1996, s. 596–610.

- Helander, Petri*: EU ja kansalainen. Teoksessa Tiilikainen – Helander – Heliskoski: Euroopan perustuslaki, s. 57–88. Helsinki 2005.
- Helgadottir, Ragnhildur*: Status Presens – Judicial review in Iceland. Nordic Journal of Human Rights 2009, s. 185–193.
- Helin, Markku*: Kieli oikeustodellisuuden rakentajana. Teoksessa Jyränki, Antero (toim.): Oikeus ja oikeudellinen ajattelu monikielisessä maailmassa. Turku 1999.
- Helin, Markku*: Perheoikeuden siveellinen luonne. Lakimies 2004, s. 1244–1266.
- Hidén, Mikael*: Näkökohtia lakien perustuslainmukaisuuden jälkikontrollista. JFT 1968, s. 459–487.
- Hidén, Mikael*: Säädosvalvonta Suomessa I. Eduskuntalait. Helsinki 1974.
- Hidén, Mikael*: ”Normaali, kohtuullinen, järkevä” ja muita kuvauksia. Hajahuomioita suhtautumisista perusoikeussuojan rajanvetokriteereihin. Lakimies 7–8/2002, s. 1168–1184.
- Hidén, Mikael*: Hard cases make bad law? Teoksessa Andersson ym. (toim.): In Memoriam Kari S. Tikka 1944–2006, s. 64–76. Helsinki 2007.
- Hiebert, Janet*: Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model? Modern Law Review 2006, s. 7–28.
- Hirschl, Ran*: Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press 2004.
- Hogg, Peter W. – Bushell, Allison*: The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing After All). Osgoode Hall Law Journal 1997, s. 75–124.
- Hogg, Peter W. – Bushell Thornton, Allison – Wright, Wade K.*: A Reply on ”Charter Dialogue Revisited. Osgoode Hall Law Journal 2007, s. 193.
- Holmes, Oliver Wendell*: The Path of Law. Harvard Law Review 1897, s. 457–478.
- Husa, Jaakko*: Lakien perustuslainmukaisuuden valvonta ja valtiosääntöuudistus. Defensor Legis 1998, s. 183–215.
- Husa, Jaakko*: Perusoikeudet valtiosääntöoikeudessa ja valtiosääntöoikeustieteessä. Teoksessa Nieminen, Liisa (toim.): Perusoikeudet Suomessa, s. 273–311. Helsinki 1999.
- Husa, Jaakko*: Non Lique? Vallanjako, perusoikeudet, systematisointi – oikeuden ja politiikan välisiä rajanvetoja. Helsinki 2004. (2004a)
- Husa, Jaakko*: KKO:2004:26. Rakennussuojelu – Omaisuuden suoja – Perustuslain etusija – Perustuslaki. Kompastuiko korkein oikeus perustuslain 106 §:ään? Defensor Legis 2004, s. 532–545. (2004b)
- Husa, Jaakko*: Valtiosääntöoikeuden luonne, yleiset opit ja poikkeuslaki-instituutio – suunta- viivoja uudelle systematiikalle? Lakimies 2007, s. 183–207.
- Husa, Jaakko*: Konstitutionalisin mahdollisuus. Lakimies 2009, s. 1141–1153.
- Husa, Jaakko*: Vallanjako, vahingonkorvaus ja perustuslainmukaisuus – koskiensuojelun kieurat tapauksessa KKO 2006:71. Lakimies 2007, s. 611–623.
- Hutchinson, Alan C.*: Waiting for Coraf. A Critique of Law and Rights. University of Toronto Press 1995.
- Hutchinson, Michael R.*: The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights. The International and Comparative Law Quarterly 1999, s. 638–650.
- Höfling, Wolfram*: Schut de Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechtsbindung. Teoksessa Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar. 2. Auflage, s. 120–155. München 1999.
- Jackson, Vicki C. – Tushnet, Mark*: Comparative Constitutional Law. Foundation Press 2006.
- Jokela, Antti*: Oikeudenkäynti II. Helsinki 2002
- Joseph, Philip A.*: New Zealand’s Bill of Rights Experience. Teoksessa Alston, Philip (ed.): Promoting Human Rights Through Bills of Rights, s. 308–309. Oxford University Press 1999, s. 281–317.

- Joutsamo, Kari:* Suomi, kansainvälistyminen ja Euroopan neuvosto, *Oikeus* 2/1988, s. 143–149.
- Jyränki, Antero:* Näkökohtia Suomen perusoikeusjärjestelmästä. *Lakimies* 1968, s. 977–1002.
- Jyränki, Antero:* Kuka on valtiosäännön vartija? Teoksessa Kairinen, Martti (toim.): *Jurisprudentia turkuensis*, s. 130–150. Helsinki 1986.
- Jyränki, Antero:* Lakien laki. Perustuslaki ja sen sitovuus eurooppalaisessa ja pohjoisamerikkalaisessa oikeusajattelussa suurten vallankumousten kaudelta toiseen maailmansotaan. Helsinki 1989.
- Jyränki, Antero:* Euroopan ihmisoikeussopimus ja Suomi. Luonnos kokonaisvaltaiseksi tarkasteluksi. Juhlajulkaisussa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta. Turku 1990.
- Jyränki, Antero:* Valtiosääntö ja sen tutkimus 21. vuosisadalla. *Lakimies* 1998, s. 1089–1098.
- Jyränki, Antero:* Uusi perustuslakimme. Turku 2000.
- Jyränki, Antero:* Valta ja vapaus. Helsinki 2003.
- Jääskinen, Niilo:* Demokratia vai perusoikeudet? Teoksessa Nuolima, Risto – Vihervuori, Pekka – Klemettinen, Hannele (toim.): *Juhlajulkaisu Pekka Hallberg, s. 101–118*. Jyväskylä 2004
- Jääskinen, Niilo:* Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia. Helsinki 2008.
- Karapuu, Heikki:* Perusasioita perusoikeuksista. *Oikeustiede–Jurisprudentia* 1986, s. 67–124.
- Karapuu, Heikki:* Perusoikeudet kansallisten normien hierarkiassa. *Lakimies* 1999, s. 867–877.
- Karhu, Juha:* Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. *Lakimies* 2003, s. 789–807
- Karhu, Juha:* Lakien perustuslainmukaisuuden jälkivalvonta, perustuslain 106 § ja Iijoki II tapaus (KKO 2006:71). Teoksessa Hurri, Samuli (toim.): *Demokraattisen oikeuden ehdot*, s. 183–195. Helsinki 2008.
- Kavanagh, Aileen:* *Constitutional Review Under the UK Human Act*. Cambridge University Press 2009.
- Keller, Helen – Stone Sweet, Alec* (eds.): *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*. Oxford University Press 2008.
- Kelman, Mark:* Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law, *Stanford Law Review* 1981, s. 591.
- Kelsen, Hans:* *Puhdas oikeusoppi*. Porvoo 1968.
- Kelsen, Hans:* *Wer soll der Hüter der Verfassung sein*. Die Justiz 1931.
- Kennedy, Duncan:* *A critique of Adjudication {fin de siècle}*. Harvard University Press 1998.
- Kivivuori, Antti:* Lainvalmistelu, tahdonmuodostus ja kansainvälinen yhdyntyminen. *Oikeus* 1987, s. 405–406.
- Klug, Heinz:* *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*. Cambridge University Press 2000.
- Koji, Teraya:* Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond; From Perspective of Non-derogable Rights. *EJIL* 2001, s. 917–940.
- Komiteanmietintö 1992:3. Perusoikeuskomitean mietintö. Helsinki 1992.
- Komiteanmietintö 1997:13. Perustuslaki 2000 -komitean mietintö. Helsinki 1997.
- Komiteanmietintö 9/2010. Perustuslain tarkistamiskomitean mietintö. Helsinki 2010.
- Kommers, Donald P:* *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Duke University Press 1997.
- Koskenniemi, Martti:* The Effect of Rights on Political Culture. Teoksessa Alston – Bustello – Heenan (eds.): *The EU and Human Rights*, s. 99–116. Oxford University Press 1999.
- Koskenniemi, Martti:* From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument. Reissued with Epilogue. Cambridge University Press 2005.
- Koskenniemi, Martti:* Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization. *Theoretical Inquiries in Law* 1/2007, s. 1–36. (2007a)
- Koskenniemi, Martti:* International Law: Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education. *European Journal of Legal Studies* 1/2007, s. 1 ss. (2007b)

- Koskenniemi, Martti*: Kirja-arvostelu Kaarlo Tuorin teoksesta Oikeuden ratio ja voluntas. *Lakimies* 1/2008, s. 119–164.
- Kramer, Larry*: *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press 2004.
- Kuhn, Thomas*: *Structure of Scientific Revolutions*. 2nd. ed. University of Chicago Press 1970.
- Kumm, Mattias*: Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. *German Law Journal* 2006, s. 341–370.
- Kumm, Mattias*: Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review. *European Journal of Legal Studies* Vol. 1, 2/2007. (2007a)
- Kumm, Mattias*: Political Liberalism and the Structure of Rights: On The Place And Limits of the Proportionality Requirement. Teoksessa Paulson, S. – Pavlakos, G.: *Law, Rights, Discourse: Themes of the Work of Robert Alexy*. Hart 2007. (2007b)
- Lagerspetz, Eerik*: Oikeusvaltion itsepuolustus ja itsetuho. Teoksessa Aarnio, Aulis – Uusitupa, Timo (toim.): *Oikeusvaltio*, s. 36–60. Helsinki 2002.
- Lasser, Mitchell de S.-O.-L'E.*: *Judicial Transformations. The Rights Revolution in the Courts of Europe*. Oxford University Press 2009.
- Lavapuro, Juha*: Oikeudenkäyntimenettely. Kanteen hylkääminen haastetta antamatta. Selvästi perusteeton vaatimus. Oikeusjärjestyksen vastaisuus. Oikeustapauskommentti. *Lakimies* 2005, s. 955.
- Lavapuro, Juha*: Perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimuksen vaikutuksista oikeuskäytännössä. *Lakimies* 2008, s. 582–611.
- Lavapuro, Juha*: Perustuslakikontrollin uudet muodot I – Kohti keskustelemaa normikontrolliajattelua. *Lakimies* 2009, s. 59–92.
- Lavapuro, Juha*: Perustuslakikontrollin uudet muodot II – Keskustelemaan normikontrolliajattelun edellytykset Suomessa. *Lakimies* 2009, s. 270–296.
- Lavapuro, Juha*: Perustuslakivaliokunnan arvovalta ja valtiosääntökulttuurin murros. Teoksessa Letto-Vanamo – Mäenpää – Ojanen (toim.): *Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009*, s. 223–237. Helsinki 2009.
- Lavapuro, Juha*: Valtiosääntöinen managerialismi ja perusoikeudet. *Oikeus* 2010, s. 6–27.
- Legrand, Pierre*: European Legal Systems are not Converging. *International and Comparative Law Quarterly* 1996, s. 52–81.
- Lehtimaja, Lauri*: Suomen linja ja Strasbourgin hyssyttelyt. *Oikeus* 3/1987, s. 281–283.
- Lehtimaja, Lauri*: Ihmisoikeudet: maailman parannusta vai huononnusta? *Oikeus* 2/1988, s. 162–166.
- Lepsius, Oliver*: Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act. *German Law Journal* 9/2006, s. 761–776.
- Lindfelt, Mats*: Fundamental rights in the European Union – towards higher law of the land?: a study of the status of fundamental rights in a broader constitutional setting. Åbo Akademi University Press 2007.
- Linna, Tuula*: Ulosotto-oikeuden yleiset opit – missä ja mitä? *Lakimies* 1/2009, s. 3–33.
- Loveland, Ian*: *Constitutional Law*. Butterworths 2000.
- Länsineva, Pekka*: Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Helsinki 2002.
- Länsineva, Pekka*: Perusoikeuskeskustelun kriittiset pisteet? *Lakimies* 2/2004, s. 274–285.
- Länsineva, Pekka*: Konstitutionalismi, perusoikeudet ja yksityinen valta. *Lakimies* 2006, s. 1177–1190.
- Länsineva, Pekka*: Perustuslakiprosessi Nepalissa. Teoksessa Letto-Vanamo – Mäenpää – Ojanen (toim.): *Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009*, s. 373–389. Helsinki 2009.

- MacCormick, Neil*: Questioning Sovereignty. Oxford University Press 1999.
- Maduro, Miguel Poiares*; Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action. Teoksessa Walker, Neil (ed.): Sovereignty in Transition, s. 501–537. Hart Publishing 2003. (2003a)
- Maduro, Miguel Poiares*: Europe and the constitution: what if this is as good as it gets. Teoksessa Weiler, J.H.H. –Wind, Marlene (ed.): European Constitutionalism Beyond the State, s. 74–102. Cambridge University Press 2003. (2003b)
- Mahoney, Paul*: Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism. Human Rights Law Journal 1998, s. 1–6.
- Malminen, Toni* (käännös ja esipuhe): Oliver Wendel Holmes: Oikeuden polku. Lakimies 2010, s. 305–329.
- Masterman, Roger*: Taking the Strasbourg Jurisprudence into Account: Developing a "Municipal Law of Human Rights" under the Human Rights Act. International & Comparative Law Quarterly 2005, s. 907–931.
- McLean, Janet*: Legislative Invalidation, Human Rights Protection and s 4 of the New Zealand Bill of Rights Act. New Zealand Law Review 2001, s. 421–448.
- Melander, Sakari*: Kriminalisointiteoria – Rangaistavaksi säättämisen oikeudelliset rajoitukset. Helsinki 2008.
- Michelman, Frank*: Law's Republic. Yale Law Journal 1988, s. 1494–1537. (1988a)
- Michelman, Frank*: Takings, 1987. Columbia Law Review 1988, s. 1600–1629. (1988b)
- Michelman, Frank*: Brennan and Democracy. Princeton University Press 1999.
- Mielityinen, Sampo*: Vahingonkorvausoikeuden periaatteet. Helsinki 2006.
- Miettinen, Tarmo*: Tieteen vapaus. Helsinki 2001.
- Minkkinen, Panu*: Järjen lait. Helsinki 2002.
- Monahan, P. J.*: Judicial Review and Democracy: A Theory of Judicial Review. University of British Columbia Law Review 1987, s. 87–164.
- Mylly, Tuomas*: Intellectual Property and European Economic Constitutional Law. The Trouble with Private Informational Power. Turku 2009.
- Mäenpää, Olli*: Laillisuusvalvonnan haasteet. Lakimies 2009, s. 1094–1105.
- Mäenpää, Olli*: Lakivaraus perusoikeuksien suojana hallintotoiminnassa. Teoksessa Lämsineva – Viljanen: Perusoikeuspuheenvuoroja, s. 121–136. Turku 1998.
- Möller, Kai*: Balancing and the Structure of Constitutional Rights. International Journal of Constitutional Law 2007, s. 453–468.
- Nergelius, Joakim*: Svensk statsrätt. Studentlitteratur 2006.
- Nergelius, Joakim*: Judicial Review in Swedish Law – A Critical Analysis. Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter 2009, s. 142–159.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Naiskauppa, paritus ja seksin osto. Lakimies 3/2004, s. 451–465.
- Nieminen, Liisa*: Ihmisoikeuksien historia, käsite ja jaottelu. Teoksessa Helminen – Lång (toim.): Kansainväliset ihmisoikeudet, s. 19–42. Lakimiesliiton kustannus 1987.
- Nieminen, Liisa*: Perusoikeuksien emansipatoriset mahdollisuudet? Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus legaalistrategioiden rajoista. Lakimiesliiton kustannus Helsinki 1990.
- Nieminen, Liisa*: Eurooppalaistuva valtiosääntöoikeus – valtiosääntöistyyvä Eurooppa. Helsinki 2004.
- Nieminen, Liisa*: Ihmisarvon loukkaamattomuus perus- ja ihmisoikeussuojan lähtökohtana. Lakimies 1/2005, s. 49–78. (2005a)
- Nieminen, Liisa*: Nais- ja lapsikauppa ihmisoikeusongelmana. Oikeus 2005, s. 130–156. (2005b)
- Nieminen, Liisa*: Tarvittaisiinko Suomessakin valtiosääntötuomioistuin? Lakimies 1/2007, s. 3–24

- Nino, Carlos Santiago*: A Philosophical Reconstruction of Judicial Review. Teoksessa Rosenfeld, Michel (ed.): Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy, s. 285–332. Duke University Press 1994.
- Nowak, Manfred*: U.N: Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary. N.P. Engel 1993.
- Nuotio, Kimmo*: Muuttuuko oikeus todella? Teoksessa Nuotio – Herler (toim.): Nykyajan muuttuva oikeus, s. 11–52. Helsinki 2001.
- Nuotio, Kimmo*: Merkitseekö poliisimiehen oikeus hätävarjeluun oikeusturva-aukkoa? Teoksessa Nuutila – Pirjatanniemi: Rikos, rangaistus, prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005, s. 215–244. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2005.
- Nuutila, Ari-Matti*: Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Helsinki 1996.
- Nuutila, Ari-Matti*: Rikoslain yleinen osa. Helsinki 1997.
- Ojanen, Tuomas*: The European Way. Saarijärvi 1998.
- Ojanen, Tuomas*: Euroopan unioni ja kotimainen perusoikeusjärjestelmä. Lakimies 7–8/2003, s. 1149–1168.
- Ojanen, Tuomas*: KKO 2004:26. Rakennussuojelu. Perustuslaki. Omaisuuden suoja. Perustuslain etusija. Lakimies 2004, s. 911–928.
- Ojanen, Tuomas*: Eurooppa-tuomioistuimet ja suomalaiset tuomioistuimet. Lakimies 7–8/2005, s. 1210.
- Ojanen, Tuomas*: KHO 2007:77 – Pro Fisco, contra legem constitutionalem. Lakimies 2008, s. 299–310. (2008a)
- Ojanen, Tuomas*: Perustuslain 106 §:n etusijasäännös – toimivuuden ja muutostarpeiden arviointi. Teoksessa Perustuslaki 2008 -työryhmän muistio, s. 131–151. Helsinki 2008. (2008b)
- Ojanen, Tuomas*: Perus- ja ihmisoikeudet – eurooppalaisen konstitutionalisin Akilleen kantapää? Lakimies 2009, s. 1106–1124. (2009a)
- Ojanen, Tuomas*: Eduskunnan perustuslakivaliokunta ja tuomioistuimet – kohti valtiosääntöistä dialogia? Teoksessa Letto-Vanamo – Mäenpää – Ojanen (toim.): Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009, s. 239–252. Helsinki 2009. (2009b)
- Ojanen, Tuomas*: EU-oikeuden perusteita. Uudistettu laitos. Helsinki 2010.
- OMTR 2002:8. Selvitys perustuslakiuudistuksen toimeenpanosta. Perustuslain seurantatyöryhmän mietintö.
- Orlin, Theodore S. – Scheinin, Martin*: The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach. Turku 2000.
- Paasto, Päivi*: Absoluuttinen ja eksklusiivinen omistusoikeus – yhäkö käypä käsite? Lakimies 2004, s. 1292. (2004)
- Pellonpää, Matti*: Expulsion in International Law: A Study in International Aliens Law and Human Rights with Special Reference to Finland. Suomalainen Tiedekatemia, Helsinki 1984.
- Pellonpää, Matti*: Euroopan ihmisoikeussopimus Suomen näkökulmasta. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 21/1988. Helsinki 1989.
- Pellonpää, Matti*: Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate. Teoksessa Hallberg ym.: Perusoikeudet. Juva 1999, s. 283–294.
- Pellonpää, Matti*: Euroopan ihmisoikeussopimus. Helsinki 2005.
- Pernice, Ingolf*: Multilevel Constitutionalism in the European Union. European Law Review 2002, s. 511–529.
- Petter, Andrew*: The Politics of the Charter: The Illusive Promise of Constitutional Rights. University of Toronto Press 2010.
- Pettit, Philip*: Republicanism: a Theory of Freedom and Government. Oxford University Press 1997.

- Pirjatanniemi, Elina:* Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 13.9.2005 (suuri jaosto) asiassa C-176/03, EU 35 artiklaan perustuva kumoamiskanne. Oikeustapauskommentti. Lakimies 2006, s. 655–667.
- Pirjatanniemi, Elina:* Vihertyvä rikosoikeus. Helsinki 2005.
- Pulkkinen, Tuija:* Postmoderni politiikan filosofia. Tampere 1998
- Pärssinen, Venla:* Ihmiskauppa rikoksena Suomen lainsäädäntömaisemassa. Turku 2003.
- Pöyhönen, Pasi:* Henkilötodistelu rikosprosessissa. Jyväskylä 2003.
- Pöyhönen, Juha:* Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Helsinki 1988.
- Pöyhönen, Juha:* Uusi varallisuusoikeus. Helsinki 2000.
- Rasilainen, Aki:* Onko perusoikeussäännösten soveltaminen lainsäädännössä ja lainkäytössä oikeudellinen ratkaisu? Lakimies 5/2008, s. 723–746.
- Rawls, John:* Political Liberalism. With a New Introduction and the “Reply to Habermas”. Columbia University Press 1996.
- Rawls, John:* Theory of Justice. Revised edition. Oxford University Press 1999.
- Raz, Joseph:* The Authority of Law, erit. s. 3–27 ja 29–33. Clarendon Press 1979.
- Raz, Joseph:* The Relevance of Coherence. Teoksessa Raz: Ethics in the Public Domain, s. 277–326. Clarendon 1994,
- Raz, Joseph:* Ethics in the Public Domain. Clarendon Press 1995.
- Reesor, Bayard W.:* The Canadian Constitution in Historical Perspective. Prentice-Hall 1992.
- Riekkinen, Pekka:* Ihmis- ja perusoikeudet: onko skeptis mielekästä? Vastaus Aarniolle ja muille jotka uskovat perusoikeuksien olevan vain ”muoti-ilmiö”. Teoksessa Tala, Jyrki – Wikström, Kauko (toim.): Oikeus – kulttuuria ja teoriaa. Juhlakirja Hannu Tolonen, s. 176–199. Turku 2005.
- Riepula, Esko:* Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslain tulkitsijana. Helsinki 1973.
- Roach, Kent:* The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue. Irwin Law 2001
- Roach, Kent:* Dialogic Judicial Review and its Critics. Supreme Court Law Review 2004, s. 49–104.
- Roach, Kent:* Dialogue or Defiance. Legislative Reversals of Supreme Court Decisions in Canada and the United States. International Journal of Constitutional Law 2006, s. 347–370.
- Rosas, Allan:* The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue. European Journal of Legal Studies 2/2007, s. 1-16.
- Rosas, Allan:* Substanssidemokratia ja EU:n valtiosääntö. Teoksessa Kanninen – Koskinen – Rosas – Sakslin – Tuori (toim.): Puhuri käy. Muuttuva suomalainen ja eurooppalainen valtiosääntömme, s. 303–339. Helsinki 2009.
- Rosenfeld, Michael:* Just interpretations. Law between ethics and politics. University of California Press 1998.
- Rosenfeld, Michel:* Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts. International Journal of Constitutional Law 2004, s. 633–668.
- Rousseau, Dominique:* The Conseil Constitutionnel confronted with comparative law and the theory of constitutional justice (or Louis Favoreu’s untenable paradoxes). International Journal of Constitutional Law 2007, s. 28–43.
- Rudolf, Beate:* European Court of Human Rights: Legal status of postoperative transsexuals. International Journal of Constitutional Law 2003, s. 716–740.
- Rytter, Jens Elo:* Grundrettigheder. Domstolens fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten. Forlaget Thomson, Kobenhavn 2000.
- Salminen, Janne:* Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 16.6.2005 C-105/03. Myös EU-puitepäättös tuottaa tulkintavaikutuksen: rikosoikeudellisen yhteistyön ja poliisiyhteistyön alalla annetun puitepäättökseen vaikutukset ja niiden perusteet. Oikeustapauskommentti. Lakimies 2006, s. 286–299.

- Salminen, Janne*: Kansallisen parlamentin eurooppalaiset tehtävät. *Oikeustiede–Jurisprudentia* 2009, s. 354–405.
- Sand, Inger-Johanne*: Judicial Review in Norway under Recent Conditions of European Law and International Human Rights Law. A Comment. *Nordic Journal of Human Rights* 2009, s. 160–169.
- Sandvik, Björn*: Högsta domstolen och grundlagens 106 § – några kommentarer med anledning av HD 2004:26. *JFT* 2005, s. 89–106.
- Saraviita, Ilkka*: Perustuslaki 2000. Helsinki 2000.
- Saraviita, Ilkka*: Yleiset tuomioistuimet perusoikeusjärjestelmän toteuttajina. *Lakimies* 1999, s. 887–896
- Sasi, Kimmo*: Asiantuntijat perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä Teoksessa Letto-Vanamo – Mäenpää – Ojanen (toim.): Juhlajulkaistu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009, s. 153–166. Helsinki 2009.
- Schauer, Frederick*: *Playing by the Rules*. Oxford University Press 1991.
- Scheinin, Martin*: Ihmisoikeuksista ja Euroopan neuvostosta. *Oikeus* 4/1987, s. 407–412
- Scheinin, Martin*: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Helsinki 1991.
- Scheinin, Martin*: Perustuslain velvoittavuudesta. Eduskunnan perustuslakivaliokunnan erään lausunnon kritiikkiä. Teoksessa Lämsineva – Viljanen (toim.): Juhlajulkaisu Antero Jyränki, s. 201–208. Turku 1993.
- Scheinin, Martin*: General Introduction. Teoksessa Scheinin, Martin (ed.): *International Human Rights Norms in the Nordic and Baltic Countries*, s. 11–26. Martinus Nijhoff Publishers 1996.
- Scheinin, Martin*: Ihmisarvon loukkaamattomuus valtiosääntöperiaatteena. Teoksessa Aerschot – Ilveskivi – Piispanen: *Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta*, s. 57–80. Helsinki 1998. (1998a)
- Scheinin, Martin*: Perustuslaki 2000 -ehdotus ja lakien perustuslainmukaisuuden jälkikontrollo: puoli askelta epämääräiseen suuntaan. *Lakimies* 1998, s. 1123–1131. (1998b)
- Scheinin, Martin*: Suomen valtiosäännön peruseriaatteet (PL 1§). Teoksessa Hallberg ym. (toim.): *Perusoikeudet*, s. 223–229. Helsinki 1999.
- Scheinin, Martin*: Ihmisoikeussopimukset ja perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa Hallberg ym. (toim.): *Perusoikeudet*, s. 187–203. Helsinki 1999.
- Scheinin, Martin*: Protection of Economic, Social and Cultural Rights in Finland – A Rights-Based Variant of the Welfare State? Teoksessa Scheinin, Martin (ed.): *The Welfare State and Constitutionalism in the Nordic Countries*. Nordic Council of Ministers 2001.
- Scheinin, Martin*: KKO 2003:107. Isyys. Isyyden vahvistaminen. Perustuslaki. *Perusoikeudet*. Yhdenvertaisuus. *Lakimies* 2004, s. 532–543. (2004a)
- Scheinin, Martin*: Kirja-arvio (vastaväittäjän lausunto) teoksesta Jukka Viljanen, *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*. *Lakimies* 3/2004, s. 549–559. (2004b)
- Scheinin, Martin*: Punninnasta ja ehdottomista ihmisoikeuksista terrorismia torjuttaessa. Teoksessa Hurri, Samuli (toim.): *Demokraattisen oikeuden ehdot*. Kritiikki, politiikka ja kulttuuri. Kaarlo Tuorin 60-vuotisjuhlakirja, s. 196–206. Tutkijaliitto, Helsinki 2008.
- Schmitt, Carl*: *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen 1931.
- Schmitt, Carl*: *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* Teoksessa Schmitt, Carl: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. Berlin 1958.
- Schneiderman, David*: *Constitutionalizing economic globalization: investment rules and democracy's promise*. Cambridge University Press 2008.
- Schofield Philip*: *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*. Oxford University Press 2006.

- Schumpeter, Joseph A.*: Capitalism, Socialism and Democracy. Routledge 2005.
- Setälä, Maija*: Demokratian arvo. Helsinki 2003.
- Shapiro, Martin M. – Sweet, Alec Stone*: On Law, Politics, and Judicialization. Oxford University Press 2002.
- Shklar, Judith N.*: Legalism, Morals and Political Trial, erit. s. 109–110. Harvard University Press 1986.
- Siltala, Raimo*: Oikeustieteen tutkijan itseymmärryksestä. Lakimies 2002, s. 95–100.
- Siltala, Raimo*: Oikeustieteen tieteenteoria. Helsinki 2003.
- Simon, Helmut*: Verfassungsgerichtsbarkeit. Teoksessa Benda – Maihofer – Vogeer: Handbuch des Verfassungsrechts, s. 161–190. Walter de Gruyter 1995.
- Skinner, Quentin*: The Foundations of Modern Political Thought: The Renaissance. Cambridge University Press 1978.
- Slagstad, Rune*: The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System. Teoksessa Smith (ed.): Constitutional Justice under Old Constitutions 1995, s. 81–112.
- Smith, Eivind*: The Legitimacy of Judicial Review of Legislation – A Comparative Approach. Teoksessa Smith, Eivind (ed.): Constitutional Justice Under Old Constitutions, s. 363–402. Kluwer 1995.
- Statens offentliga utredningar (SOU) 2007:85. Olika former av normkontroll; expertsgruppsrapport. Stockholm 2007.
- Statens offentliga utredningar (SOU) 2008:125. En reformerad grundlag. Betänkande av Grundlagsutredningen. Stockholm 2008.
- Steiner, Henry – Alston, Philip J. – Goodman, Ryan*: International Human rights in Context: Law, Politics, Morals: text and materials. Oxford University Press 2008.
- Stern, Klaus*: Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. Teoksessa Isensee – Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staats Rechts. Band V Allgemeine Grundrechtslehren, s. 3–44. Heidelberg 1992.
- Stone Sweet, Alec*: Constitutional Dialogues in the European Community. Teoksessa Slaughter, Anne-Marie – Stone Sweet, Alec – Weiler, Joseph (eds.): The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudence, s. 305–330. Hart Publishing 1998.
- Stone Sweet, Alec*: The politics of constitutional review in France and Europe. International Journal of Constitutional Law 2007, s. 69–92.
- Stone Sweet, Alex – Keller, Helen*: Introduction: The Reception of ECHR in National Legal Orders. Teoksessa Keller – Sweet: The Reception of ECHR in National Legal Orders, s. 3–30. Oxford University Press 2008.
- Sturm, Gerd*: Bundesverfassungsgericht, Zuständigkeiten, Zusammensetzung und Verfahren. Teoksessa Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar. 2. Auflage, s. 1750–1781. München 1999.
- Stüber, Stephan*: Personenstandsrechtliche Anerkennung verheirateter Transsexueller. Juristen Zeitung 2009, s. 45–52.
- Sunstein, Cass R.*: Routine and Revolution. Northwestern University Law Review 1987, s. 869–892.
- Sunstein, Cass R.*: Legal Reasoning and Political Conflict. Oxford University Press 1996.
- Sunstein, Cass R.*: One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard University Press 1999.
- Suviranta, Outi*: Virkamiehen ratkaisutoiminta ja Euroopan yhteisön oikeus. Tutkimus Euroopan unionin jäsenyyden vaikutuksista virkamiehen ratkaisutoiminnan oikeudellisen ohjauksen rakenteeseen. Helsinki 1996.
- Suviranta, Outi*: Perustuslakivaliokunta ja perustuslain ”ainoa oikea” tulkinta. Lakimies 1/2006, s. 87–88

- Syrjänen, Jussi*: Oikeudellisen ratkaisun perusteista. Jyväskylä 2008.
- Tala, Jyrki*: Mitä vahinkoa olisi Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukseen liittymisestä. Oikeus 3/1987, s. 284–286. (1987b)
- Tarnopolsky, Walter S.*: The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms. Law and Contemporary Problems 1981, s. 169–193.
- Thayer, James Bradley*: The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. Harvard Law Review 1893, s. 129–156.
- Tikka, Kari S.*: Verolakien perustuslainmukaisuuden tutkimisesta tuomioistuimissa. Lakimies 1999, s. 982–994.
- Tolonen, Hannu*: Mitä oikeus on? Teoksessa Hannu Tolonen: Oikeuden kaleidoskooppi, s. 149–166. Vaajakoski 2008.
- Torres-Pérez, Aida*: Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication. Oxford University Press 2009.
- Tribe, Laurence H.*: American Constitutional Law. 2nd edition. The Foundation Press 1988.
- Tridimas, Takis*: The General Principles of EC law. Oxford University Press 1999.
- Tuori, Kaarlo*: Oikeus, valta ja demokratia. Helsinki 1990.
- Tuori, Kaarlo*: Perustuslakiuudistus ja hallinto-oikeus. Lakimies 1999, s. 530–540.
- Tuori, Kaarlo*: Kriittinen oikeuspositivismi. Helsinki 2000. (2000a)
- Tuori, Kaarlo*: Tuomarit ja tuomioistuimet suomalaisessa oikeuskulttuurissa. Lakimies 2000, s. 1049–1059. (2000b)
- Tuori, Kaarlo*: Foucault'n oikeus. WSOY lakitieto, Helsinki 2002. (2002a)
- Tuori, Kaarlo*: Sosiaalisesta siviilioikeudesta myöhäismoderniin vastuuoikeuteen. Lakimies 6/2002, s. 902–913. (2002b)
- Tuori, Kaarlo*: Tuomarivaltio – uhka vai myytti? Lakimies 6/2003, s. 915–943.
- Tuori, Kaarlo*: Sosiaalioikeus. 3. uudistettu painos. Helsinki 2004. (2004a)
- Tuori, Kaarlo*: En sista tillflyktsort för polisens allmänna befogenhet? JFT 3–4/2004, s. 492–516. (2004b)
- Tuori, Kaarlo*: Vallanjako – vaiettu oppi. Lakimies 7–8/2005, s. 1021–1049.
- Tuori, Kaarlo*: Oikeuden ratio ja voluntas. WSOYpro, Helsinki 2007.
- Tuori, Kaarlo*: Sekä että. Teoksessa Hannu Tolonen: Oikeuden kaleidoskooppi. Helsinki 2008 2008, s. IX–XXII.
- Tuori, Kaarlo*: Perustuslain tuomioistuinvalvonnan ultima ratio -perustelu ja perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimus. Teoksessa Letto-Vanamo – Mäenpää – Ojanen (toim.): Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009, s. 319–335. Helsinki 2009.
- Tushnet, Mark*: An Essay on Rights. Texas Law Review 1984, s. 1363–1403
- Tushnet, Mark*: Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Counter-majoritarian Difficulty. Michigan Law Review 1995, s. 245–301.
- Tushnet, Mark*: Taking the Constitution Away from the Courts. Princeton University Press 1999.
- Tushnet, Mark*: Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton University Press 2008.
- Törnudd, Klaus*: Finland and the International Norms of Human Rights. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1986.
- Unger, Roberto Mangabeira*: False Necessity: Anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. Verso 2004.
- Vedel, Georg*: The Conseil Constitutionnel: Problems of Legitimation and Interpretation. Teoksessa Smith, Eivind (ed.): Constitutional Justice Under Old Constitutions, s. 331–360. Kluwer 1995.
- Viljanen, Jukka*: The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. Tampere 2003. (J. Viljanen)

- Viljanen, Jukka*: Euroopan ihmisoikeussopimus perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä. Oikeustiede–Jurisprudentia 2005, s. 461–520. (J. Viljanen).
- Viljanen, Veli-Pekka*: Kansalaisten yleiset oikeudet. Helsinki 1988.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perustuslaki ja laintulkinta. Lakimies 1990, s. 203–236.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeusuudistus ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset. Lakimies 1996, s. 788–815.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Poikkeuslakien välttämisen periaate. Lakimies 1999, s. 961–972.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Helsinki 2001.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeudet eri oikeudenaloja yhdistävinä tekijöinä. Teoksessa Viljanen, Veli-Pekka (toim.), Oikeudenalojen rajat ja rajattomuus, s. 25–37. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Turku 2002.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Onko eduskunnan asema lainsäädäntövallan käyttäjänä muuttunut? Lakimies 7–8/2005, s. 1050–1064. (2005a)
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perustuslain etusija ja ristiriidan ilmeisyyden vaatimus. Teoksessa Tala, Jyrki – Wikström, Kauko (toim.): Oikeus – kulttuuria ja teoriaa. Juhlakirja Hannu Tolonen 2005. Turku 2005. (2005b)
- Vuorinen, Jarmo*: Perustuslakivaliokunnan laaja tehtäväkenttä. Teoksessa Myrsky – Vartiainen – Miettinen (toim.): Juhlakirja Teuvo Pohjolainen 1945 – 14/10 – 2005. Joensuu 2005.
- Waldron, Jeremy*: Law and Disagreement. Oxford University Press 1999.
- Waldron, Jeremy*: Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House. Columbia Law Review 2005, s. 1681–1750.
- Waldron, Jeremy*: The Core of the Case against Judicial Review. The Yale Law Journal 2006, s. 1346–1406.
- Walen, Alec*: Judicial review in review: A four-part defence of legal constitutionalism. A review essay on Political Constitutionalism. International Journal of Constitutional Law 2009, s. 329–354.
- Walker, Neil*: The Idea of Constitutional Pluralism. Modern Law Review 2002, s. 317–359
- Waluchow, W.J.*: A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree. Cambridge University Press 2007.
- Warsmann, Jean-Luc*: Au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (N°820) de modernisation des institutions de la Ve République. Saatavana osoitteessa <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r0568.pdf> (2.10.2010).
- Weinstock, Daniel M. – Nadeau, Christian*: Republicanism: History, Theory, and Practice. Frank Cass Publishers 2004.
- Weiler, J.H.H.*: The Constitution of Europe. ”Do the New Clothes Have an Emperor?” And Other Essays on European Integration. Cambridge University Press 1999.
- Wikström, Kauko*: Yleiset opit verotuksessa ja vero-oikeudessa. Turku 2006, s. 22.
- Wilhelmsson, Thomas*: Senmodern Ansvarsrätt. Helsinki 2001.
- Wilhelmsson, Thomas*: Suomen kansanomaisen oikeuskulttuurin uhat. Lakimies 2003, s. 81–89.
- Yourow, Howard Charles*: Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence. Martinus Nijhoff Publishers 1996.
- Åhman, Karin*: Rättighetsskyddet i praktiken – skydd på papperet eller verkligt genomslag? Teoksessa Smith, Eivind – Petersson, Olof (red.): Konstitutionell demokrati, s. 172–203. SNS förlag 2004.
- Öhlinger, Theo*: The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation. Ratio Juris 2003, s. 206–222.

Lyhenneluettelo

art.	artikla
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Saksa)
BvR	Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes (Saksa)
DCA	Department for Constitutional Affairs (Yhdistynyt kuningaskunta)
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 18–19/1990)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EU	Euroopan unioni
HE	hallituksen esitys
HM	Suomen hallitusmuoto (17.7.1919/94)
HO	hovioikeus
HRA	Human Rights Act (Yhdistynyt kuningaskunta)
KKO	Korkein oikeus
KM	komiteanmietintö
KP-sopimus	Kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 7–8/1976)
L	laki
PeV	perustuslakivaliokunta
PeVL	perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	perustuslakivaliokunnan mietintö
PL	Suomen perustuslaki (11.6.1999/731)
RF	Regeringsform (Ruotsi)
S.C.R.	Supreme Court Reports (Kanada)
SOU	Statens offentliga utredningar
TSS-oikeudet	taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet
TSS-sopimus	Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 6/1967)
VakO	vakuutus oikeus
vp	valtiopäivät

OSA I
JOHDANTO

1 Oikeuksien tehokkuus ja perustuslakivalvonnan muutos

Valtiosäännöissä ja kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa turvattuja perus- ja ihmisoikeuksia pidetään yhtenä tärkeimpänä terveiden ja hyvin järjestyneiden yhteiskuntien ja niille tyypillisen demokraattisen oikeusvaltion tunnusmerkkinä.¹ Suomen perustuslain 1 §:n 2 momentissa ilmaistu käsitys valtiosäännöstä ihmisarvon loukkaamattomuuden sekä yksilön vapauksien ja oikeuksien turvaajana sekä oikeudenmukaisuuden edistäjänä samoin kuin perustuslain 2 luvussa ilmaistut perusoikeudet antavat tässä merkityksessä aiheen sijoittaa suomalainen valtiosääntökulttuuri lähtökohtaisesti osaksi modernien demokraattisten oikeusvaltioiden perinnettä.

Oikeuksien tehokas toteutuminen riippuu kuitenkin vielä tällaisen paikannuksen jälkeen useista rinnakkaisista tekijöistä, jotka palautuvat niin kirjoitettuun oikeuteen kuin valtiosäännön rakenteeseen, oikeusjärjestyksen oikeuskulttuuriseen taustaan ja poliittisen järjestelmän todellisuuteenkin. Yksittäisen oikeutta koskevan vaatimuksen oikeudellisen tehokkuuden kannalta merkitystä on ensinnäkin sillä, voidaanko se nojata perustuslakiin kirjattuun perusoikeussäännökseen tai valtiosisäisesti sitovaan kansainvälisen ihmisoikeussopimuksen määräykseen. Länsimaiseen valtiosääntötraditioon sijoittuvat oikeudelliset käytännöt tarjoavat toki lukuisia esimerkkejä siitä, kuinka alkujaan varsin abstraktiksi muotoillut periaatteet vaikkapa oikeudesta henkilökohtaiseen vapauteen ja yhdenvertaiseen kohteluun saattavat tulkintakäytäntöjen myötä konkreettisesti siten, että niihin voidaan perustellusti sisällyttää periaatetta säädettäessä huomiotta jääneitä ja tässä mielessä uusia ”kirjoittamattomia” oikeuksia.² Tai

¹ Modernin oikeuden ja modernin valtiosäännön tarkastelut sitoutuvat nykyisin pakostakin tiettyihin oletuksiin sen taustalla olevan yhteiskunnan tilasta. Selvää on, että tällaisten yleisten oletusten täsmällisissä kuvauksissa on vaihtelua samoin kuin niitä koskevissa nimityksissäkin. Amerikkalainen yhteiskuntafilosofi John Rawls sitoi poliittisen liberalismiin teoriansa ”hyvin järjestyneen yhteiskunnan” (well-ordered society) taustapremisseihin (ks. Rawls 1996, s. 35), kun taas hänen saksalaisen kollegansa, Jürgen Habermasin, demokraattisen oikeusvaltion teorian kontekstina on moraaliselta perustaltaan postkonventionaalinen ja positiiviseen oikeuteen sitoutunut ”valtiosääntövaltio” (Verfassungsstaat / constitutional state, (ks. Habermas 1996, s. 65–66). Jeremy Waldronin hiljattain esittämän valtiosääntöisen tuomioistuinkontrollin kritiikin lähtökohdista ovat puolestaan tietyt modernia liberaalia demokratiaa koskevat oletukset (ks. Waldron 2006, s. 1353 ja 1359–1369). Myös Kaarlo Tuoriin kriittinen oikeuspositivismi nojautuu oletuksiin oikeudesta nimenomaan ”kypsänä modernina oikeutena” (Tuori 2000a, s. 29). Huomattakoon, etteivät oletukset aina sisällä tai edes edellytä moderniin valtiosääntöön osoittavia viittauksia. Ks. esim. Hart 1987, s. 116.

² Sosiaaliin oikeuksiin kiinnittyvän oikeussuojan antaminen YK:n kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen (KP-sopimus) 26 artiklan yhdenvertaisuusperiaatteen no-

kuinka tietyt oikeusperiaatteet on myös toisinaan ilman kirjoitetun oikeuden tukea perinteisesti tulkittu valtiosääntöisiksi.³ Kirjoitetun oikeuden suora tuki kuitenkin poistaa merkittävän osan tällaisen sinänsä tavanomaisen valtiosääntöoikeudellisen dynamiikan normaalisti edellyttämästä argumentaatiotaakasta.

Myös valtiosääntöisen järjestelmän institutionaalisella rakenteella ja erityisesti lakien ja niiden soveltamisen perustuslainmukaisuuden valvonnan oikeudellisia puitteita määrittävillä perustuslakikontrolliratkaisuilla on huomattavia vaikutuksia. Perus- ja ihmisoikeuksien asema niissä yhteiskunnissa, joissa oikeudet ovat suoraan konkreettisissa oikeudellisissa käytännöissä sovellettavissa ja joissa tuomioistuimilla on toimivalta jättää sinänsä pätevästi säädetty lain säännös soveltamatta perustuslain vastaisena, on yleensä yleisestikin vahvempi kuin järjestelmissä, joissa oikeuksia ei pidetä suoraan sovellettavina normeina tai joissa tuomioistuimia on valtiosäännössä kielletty tutkimasta lakien ja niiden yksittäisten sovellusten perustuslainmukaisuutta.⁴ Suomalaisen oikeuskulttuurin muutos 1980- ja 1990 -lukujen taitteessa toimii edustavana esimerkkinä tästä kansainvälisen valtiosääntöteoreettisen tutkimuksen osoittamasta piirteestä. Yksilöille ja vähemmistöille turvattujen valtiosääntöisten oikeuksien – on kyse sitten perustuslaissa turvatuista perusoikeuksista tai kansainvälisistä ihmisoikeuksista – merkitys on Suomen oikeusjärjestelmässä kiistattomasti tänä päivänä aivan toinen kuin mitä se oli 1980-luvun lopun oikeustilassa, jossa perustuslain katsottiin kieltävän lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinvalvonnan ja jossa perus- ja ihmisoikeudet eivät olleet käytännössä suoraan sovellettua oikeutta joitakin marginaalisia poikkeuksia lukuun ottamatta.

Tällaisten muodollisten ja institutionaalisten valintojen ohella myös tietyillä oikeudellista ja poliittista kulttuuria koskevilla tekijöillä on usein vastaavia merkityksiä. Yhteiskunnassa, jonka jäsenet ja julkisen vallan käyttäjät ovat suurelta osilta sitoutuneet oikeuksiin myös lakiin perustuvan julkisen vallankäytön rajana, oikeuksiin nojautuvilla argumenteilla on tyypillisesti huomattava painoarvo verrattuna oikeusyhteisöihin, joissa vastaavaa sitoutumista ei ilmene tai joissa yksilölliset oikeudet ymmärretään enemmän tai vähemmän alistaisiksi edustukselliselle demokratialle, kansalliselle suverenisuudelle tai muille kansallisvaltiokeskeisille ajatuksille yhteisöllisistä päämääristä. Myös voimassa olevasta oikeudesta oikeusyhteisössä massamittaisesti ylläpidetyt käsitykset, ”mentaliteetit”, näyttäisivät vaikuttavan vahvasti siihen, millaisen merkityksen perus- ja ihmisoikeustyyppiset argumentit saattavat oikeudellisissa käytännöis-

jalla edustaa yhtä tunnettua konkreettista esimerkkiä tällaisesta ihmisoikeuksien dynamiikasta. Ks. Nowak 1993, s. 470.

³ Esimerkiksi rikosoikeudellinen laillisuusperiaate tunnustettiin Suomen valtiosäännössä perustuslain tasoiseksi oikeudeksi jo ennen kuin periaate kirjattiin perusoikeusuudistuksessa osaksi Suomen perustuslain perusoikeuslukuja. Ks. esim. PeVL 12/1985 ja Pellonpää 1999, s. 283.

⁴ Ks. esim. Dworkin 1990, s. 12–21, ks. myös Scheinin 1991, s. 13–14.

sä saada.⁵ Jos tuomioistuinten ajatellaan toimivan tiukasti etukäteen asetettuun säädännäiseen oikeuteen perustuvan järjestelmän puitteissa ja jos lainsäädäntö ymmärretään ensisijaisesti managerialististyyppisenä kontrollin välineenä, jolla yhteiskunta toteuttaa poliittisten prosessien intressineuvotteluissa sovittuja päämääriä⁶, oikeuksien ei yleensä ole katsottu saavan vastaavaa asemaa, joka niille lankeaa esimerkiksi toisen maailmansodan jälkeisen Saksan tapaisessa ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteelle viimekädessä sitoutuneessa valtiosääntökulttuurissa.⁷ Lopulta myös oikeusyhteisön piirissä tunnistetulla moniarvoisuudella saattaa olla huomattaviakin vaikutuksia perusoikeuksien konkreettista merkitystä koskevaan yhteiskuntapoliittiseen ja oikeudelliseen keskusteluun, kuten *Michel Rosenfeld* amerikkalaisen valtiosääntökulttuurin muuttumiseen ja 1950-luvun kansalaisoikeusaktiivisuuden vaikutuksiin viitaten on huomauttanut. Arvopohjaltaan yhtenäiseksi oletetussa yhteisössä ei näyttäisi olevan tilaa sille kiistanalaisuudelle, joka konkretisoituu moderneja perus- ja ihmisoikeuksia koskevissa tulkintaerimielisyyksissä ja jonka varassa oikeuksien kehittyminen ja vuorovaikutus yhteiskunnallisten arvostusten kanssa tapaa moderneissa liberaaleissa demokratioissa nykyisin tapahtua.⁸

Käsillä oleva tutkimus liittyy tähän ongelmakokonaisuuteen, mutta siten, että pääpaino on yhdellä sen osalla. Vaikka tutkimuksessa sivutaankin niin yksittäisten perus- ja ihmisoikeussäännösten konkreettista sisältöä koskevia tulkintaongelmia kuin oikeuksien tulkintaa taustoittavaa oikeuskulttuurista samoin kuin osin yhteiskunnallista todellisuutta, tutkimuksen varsinainen ydintematiikka on muotoutunut etenkin perustuslain ja erityisesti siinä vahvistettujen oikeuksien toteutumisedellytyksiä määrittävien institutionaalisten rakenteiden ja menettelyjen ympärille. Tutkimuksen otsikossa oleva perustuslakikontrollin käsite viittaa modernille valtiosäännölle sinänsä tyypillisiin menettelyihin, joissa joko nimenomaisen perustuslainsäännöksen nojalla tai perustuslain soveltamiskäytännön seurauksena pyritään takaamaan oikeusjärjestyksen perustuslainmukaisuutta. Kyse on erityisesti demokraattisesti säädettyjen lakien ja niiden soveltamisen perustuslainmukaisuutta varmistavista ristiriitojen ratkaisumenettelyistä ja niiden vaikutuksista perus- ja ihmisoikeuksien tehokkaalle toteutumiselle.

⁵ Ks. Legrand 1996, s. 60–61.

⁶ Ks. esim. Koskenniemi 2007a, s. 15–17 ja Fuller 1969, s. 207 ja 214–215.

⁷ Ks. esim. Höfling, 1999, s. 123–136, Benda 1995, 161–190, Stern 1992, s. 6–8.

⁸ Ks. esim. Rosenfeld 1998, s. 2–9.

1.1 PERINTEISET VAIHTOEHDOT JA NIIDEN OIKEUTUS

Kuten tunnettua on, lakia säädettäessä saattaa syntyä perusteltu epäily sen sisällöllisestä perustuslainmukaisuudesta. Samoin lain voimaantulon jälkeen saattaa ilmetä, että asianmukaisesti säädetyt ja demokraattisiin menettelyihin pohjautuvan lain säännöksen soveltaminen johtaa perustuslainvastaiseen lopputulokseen. Siltä osin kuin konkreettisissa käytännöissä nousee esiin tällaisia valtiosääntöisiä ristiriitoja, ne on ratkaistava jollakin tavalla. Vaikka eri maiden valtiosääntöoikeudelliset käytännöt tuntevat lukuisia erilaisia vaihtoehtoja järjestää tällaiset menettelyt,⁹ kaksi päävaihtoehtoa on muodostunut vallitseviksi. Valvonta on tyypillisesti järjestetty joko oikeudelliseksi tai poliittiseksi.¹⁰ Yleisen oikeusvertailun tasolla tarkasteltuna jako poliittiseen ja oikeudelliseen valvontaan näkyy lähinnä erilaisina poliittis-organisatorisina ratkaisuin.¹¹ Lakien perustuslainmukaisuuden oikeudellinen valvonta tapahtuu tuomioistuimien toimesta; poliittinen valvonta taas on järjestetty poliittisten instituutioiden, tyypillisesti parlamentaaristen elinten puitteisiin.

Vaikka tällaiset perustuslakikontrollia koskevat ratkaisut ja siten myös valinta oikeudellisen ja poliittisen valvonnan välillä kuuluvat muodollisesti ottaen valtiosäännön *organisatoriseen* osaan, jossa määritellään oikeudellisen ja poliittisen vallan käytön asianmukaiset menettelyt, kysymystä perustuslakikontrollista ei ole oikeastaan koskaan lähestytty pelkästään yksinkertaisena organisatorisen valinnan asiana. Päinvastoin, valtiosääntöoikeudellisen normikontrollin ongelma on korostuneesti ollut nimenomaan valvonnan *normatiivisen oikeuttamisen ongelma*: tietty normikontrolliratkaisu, olipa kyse sitten sen järjestämisestä perustuslakia säädettäessä taikka jo perustuslaissa omaksutun ratkaisun toteuttamisesta konkreettisessa tilanteessa, on valtiosääntöoikeudellisessa perinteessä aina ollut palautettavissa myös tulkinnaksi siitä, miten oikeuden legitimitettiin määrittäviä demokratia-, oikeusvaltio-, vallanjako-, ja perusoikeusperiaatteita oikeastaan tulisi tulkita.

Oikeudellisia ja poliittisia valvontamalleja koskevan jaon taustalla onkin mitä syvällisin linjaero erilaisten valtiosääntökäsitysten välillä. Perustuslakivaliokunnan asemaa korostava suomalainen valvontajärjestelmä on tämän jaottelun puitteissa edustanut sen kvasijudisiaalisesta, valtiosääntöoikeudellista asiantuntijatietoa hyödyntävästä traditiostaan huolimatta ensisijaisesti poliittista mallia sekä institutionaalisen sijaintinsa puolesta että myös siksi, että järjestelmän oikeutuspuhe on levännyt vahvasti edustuksellista demokratiaa korostavien periaatteiden

⁹ Eri valvontamalleista ks. esim. Rieppala 1973, s. 3–8 ja Husa 2004, s. 46–50. Ks. myös Jackson – Tushnet 2006, s. 464–551.

¹⁰ Ks. Cappelletti 1989, s. 124–146.

¹¹ Ks. Husa 1998, s. 185.

varassa.¹² On ollut luontevaa sijoittaa lakien perustuslainmukaisuuden valvonta juuri poliittisen instituution tehtäväksi siinä suomalaiselle valtiosääntökulttuurille tyypillisessä kontekstissa, jossa demokraattisesti säädetty laki hahmotetaan korostuneesti kansan ja kansakunnan kollektiivista identiteettiä heijastavaksi yhte-näisen tahdon ilmentymäksi,¹³ ja jossa perustuslaki on näyttäytynyt ennen muuta sekä valtiosisäisen yhteenkuuluvuuden tunnusmerkkinä että demokraattisen vallankäytön oikeutuksena.¹⁴ Vastaavat perustelut on sitä paitsi yleensä liitetty muihin samankaltaisiin poliittisiin valvontamalleihin, joista Ranskan perustusla-kineuvosto, Conseil Constitutionnel,¹⁵ edustaa todennäköisesti yleisesti tunne-tuinta esimerkkiä, mutta jotka ovat varsin tyypillisiä myös muille pohjoismaisille valtiosääntökulttuureille Islantia¹⁶ ja osin myös Norjaa lukuun ottamatta.¹⁷

Toinen kansainvälisessä katsannossa yleisesti käytetty valvontamuoto raken-tuu riippumattomien tuomioistuinten tai nimenomaan perustuslakikontrollia harjoittamaan perustetun erityisen valtiosääntötuomioistuimen varaan. Tässä kohtaa tyypillisimpiä esimerkkejä ovat valtiosääntöoikeudellisissa tarkasteluis-sa edustaneet Saksan liittovaltion valtiosääntötuomioistuin (Bundesverfas-sungsgericht), jolla on Saksan perustuslain nimenomaisiin säännöksiin perus-tuva toimivalta ratkaista sekä lakien ja alemmanasteisten määräysten perustus-lainmukaisuutta abstraktilla tasolla (abstrakte Normenkontrolle) että ratkaista konkreettisiin yksittäistapauksiin liittyvien tulkintaongelmien valtiosääntöoi-keudellinen merkitys (konkrete Normenkontrolle) samoin kuin käsitellä erityi-siä valtiosääntövalituksia (Verfassungsbeschwerde), joissa jonkin julkisen val-lan elimen toimen esitetään olevan ristiriidassa perustuslain perusoikeuksien kanssa. Lisäksi Saksan valtiosääntötuomioistuin ratkaisee toimivaltakonfliktit eri valtio-organien tai liittovaltion ja osavaltioiden välillä.¹⁸ Saksalaiselle mal-

¹² Ks. Jyränki 2003, s. 393.

¹³ Ks. Jyränki 1989, s. 46 ja Jyränki 2003 s. 72–80.

¹⁴ Ks. Jyränki 2003 s. 72–73.

¹⁵ Conseil Constitutionnel on yhdeksänjäseninen elin, jonka jäsenet nimitetään poliittisin pe-rustein ks. Rousseau 2007, s. 33, Stone Sweet 2007, s. 73. Jäsenistä kolme on tasavallan presiden-tin nimittämia ja kolme kansalliskokouksen kummankin kamarin puhemiehen nimittämia. Lisäk-si jäseninä ovat entiset tasavallan presidentit. Ranskan järjestelmän taustoista ja legitimitteettepe-rusteista yleisemmin ks. Vedel 1995, s. 331–347, Instituution nykyaasteista ks. Rousseau 2007, s. 35–43. Ks. myös Nieminen 2004, s. 117–121, Nieminen 2007, s. 9–10 ja Hautamäki 2006, s. 588–589.

¹⁶ Ks. Helgadottir 2009, s. 185–187.

¹⁷ Kuten Rune Slagstad toteaa, lakien perustuslainmukaisuuden valvonta institutionalisoitiin Norjassa jo varsin varhain, kahden 1854 ja 1866 Norjan korkeimman oikeuden antaman ratkai-sun tuloksena (Slagstad 1995, 90–99). Toisaalta instituution merkitys ja legitimitteetti suhteessa parlamentin asemaan on Norjassakin vaihdellut. Eivind Smith on yhtäältä todennut tuomioistuin-ten aseman vahvistuneen uudelleen 1970-luvulla ilman merkittäviä poliittisia erimielisyyksiä (ks. Smith 1995, s. 375), kun taas Inger Johanne Sand esittää korkeimman oikeuden viimeaikai-sen ratkaisukäytännön perusteella sen olevan perustuslaintulkinnissaan varsin maltillinen ja en-sisijaisesti lainsäätäjän tekemiä poliittisia ratkaisuja kunnioittava (ks. Sand 2009, s. 162).

¹⁸ Saksan valtiosääntötuomioistuimen tehtävistä ja kompetensseista ks. Borowski 2003, s.

lille vaihtoehtoista tuomioistuinnmallia edustaa ennen kaikkea yhdysvaltalainen, erityisesti liittovaltion korkeimman oikeuden (The Supreme Court of the United States) ratkaisuille rakentuva *judicial review* -doktriini. Doktriinin taustalla on korkeimman oikeuden klassinen *Marbury v. Madison* -ratkaisu v. 1803, jossa se ensimmäistä kertaa jätti soveltamatta tapaukseen sinänsä sovellettavissa olleen lain perustuslain vastaisena.¹⁹ Kuten poliittinen valvontamalli, myös tuomioistuinkontrolli on säännönmukaisesti nojattu eräisiin valtiosääntöoikeudellisiin oikeuttamisperusteisiin. Nyt pääpaino on kuitenkin usein asetettu oikeusvaltioperiaatteille samoin kuin oikeusjärjestyksen yhtenäisyyttä koskeville vaatimuksille sekä nykyisin painottuneesti yksilön ja vähemmistöjen oikeuksien turvaamista koskeville aineellisoikeudellisille vaatimuksille.

Oikeuttamisteeman itseperintaisuus johtuu puolestaan varsinkin siitä, että kysymys perustuslakikontrollista nostaa modernin valtiosäännön keskeisimmät normatiiviset jännitteet suoraan oikeudellisen arvioinnin kohteeksi. Kun julkinen vallankäyttö on legitiimiä²⁰ vain, jos sen perusta on palautettavissa demokraattisissa ja perustuslainmukaisissa menettelyissä asetettuun lakiin ja jos se täyttää ennen muuta perustuslain perusoikeussäännöksissä sekä kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa määritellyistä oikeuksista ilmenevät *sisällölliset* vaatimukset,²¹ voidaan kysymys lakien perustuslainmukaisuuden valvonnasta ratkaista vasta kun on ensin otettu kantaa legitiimisyttä määrittäviä kriteereitä koskeviin konflikteihin ja vuorovaikutussuhteisiin. Aivan olennainen perustuslakikontrollin järjestämiseen liittyvä huomio onkin, että kritisoitiin tai puolustettiin sitten mitä tahansa erilaisista mahdollisista lakien perustuslainmukaisuuden valvontamalleista, edustaa tällainen argumentointi pakotetusti kannanottoa myös valtiosäännön perustavimpien periaatteiden merkitykseen.

155–157, Sturm 1999, s. 1741–1773, Simon 1995, s. 1646–1653a, Kommers 1997, s. 3–29.

¹⁹ *Marbury v. Madison* -tapauksen merkitys yhdysvaltalaiselle (ja yleisemmällekin) valtiosääntökeskustelulle on siinä määrin mittava, että sitä käsitellään käytännössä kaikissa sikäläisissä valtiosääntöoikeuden oppikirjoissa. Ks. esim. Tribe 1988, s. 23–42. Tapausta ja sen taustoja on Suomessa laajimmin esitellyt Jyränki, ks. Jyränki 1989, s. 120–125.

²⁰ Käytän oikeuden legitiimisyden käsitettä viittaamaan *normatiivisiin* kysymyksenasetteluihin oikeuden hyväksymisenarvoisuudesta ja tuota hyväksymisenarvoisuutta määrittävistä kriteereistä, en siis empiirisiin kysymyksiin oikeuden nauttimasta tosiasiallisesta hyväksynnästä esimerkiksi tietyntoisen oikeusyhteisön ”ideaaliauditorion”, enemmistön tai sen yksittäisten instituutioiden piirissä. Tästä myös johtuu, että liitän legitiimisyden kriteerit korostuneesti oikeutta oikeutaviin normatiivisiin, ts. positiivisoikeudellisiin, moraalisiin ja eettisiin, perusteisiin. Lähtökohdat seuraavat pitkälti Tuorin esittämiä linjauksia (ks. Tuori 2000a, s. 260–261 ja Tuori 2002a, s. 130–132) ja vaikka Tuori näyttää toisinaan palauttavan oikeuden legitiimisyyskriteerit yksinomaan moraalisiin ja eettisiin periaatteisiin (ks. esim. Tuori 2002a, s. 130), on mielestäni selvää, että ainakin oikeuden sisäisestä näkökulmasta myös positiivisoikeudelliset oikeusnormit määrittävät itsekkin oikeuden legitiimisyden mittapuita (ks. myös Tuori 2000a, s. 263).

²¹ Ks. erit. Habermas 1996, s. 123–129.

1.2 SUOMALAINEN PERUSTUSLAKIKONTROLLI JA UUSI VALTIOSÄÄNTÖISTYMINEN

Suomalaisen valtiosääntökulttuurin muutokset koskevat merkittäväällä tavalla juuri lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa koskevia institutionaalisia järjestelyjä. Kun vielä 1980-luvun lopulla valvonta oli luonteeltaan ensisijaisesti eduskunnan perustuslakivaliokunnan harjoittamaa säättämisyjärjestyskeskeistä säädösvalvontaa,²² ja kun samalla hallitusmuodon 92.2 §:stä tulkinnallisesti johdettu lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin kielto oli joi-takin poikkeuksia lukuun ottamatta käytännössä johtanut niin perus- kuin ihmisoikeusnormien soveltamiskelvottomuuteen,²³ on nykyinen oikeustila oleel-lisesti toinen. Nykyisin myös tuomioistuimilla on merkittäviä lain soveltamisen valtiosäännönmukaisuuden valvontaan liittyviä tehtäviä. Koska lakien ja niiden soveltamisen perustuslainmukaisuuden valvontaa koskevat institutionaaliset järjestelyt ovat tällä tavoin kiinteästi sidoksissa suomalaisen valtiosääntökulttuurin muutokseen, myös järjestelmän yleiset puitteet on syytä kuvata muutos-kuvauksen osana. Suomalaisen perustuslakikontrollijärjestelmän muuttuminen ja sen nykyisiltä rakentuvat karkeasti ottaen seuraaville tekijöille:

1) Perustuslakikontrollijärjestelmän ja valtiosääntökulttuurin muutoksen keskeisenä liikkeellepanevana voimana on syytä pitää Euroopan ihmisoikeus-sopimukseen (Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi, SopS 86–86/1990) liittymiseen ajoittunutta *ihmisoikeuskulttuurin murrosta*,²⁴ jonka seurauksena kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja niiden kansainväli-nen soveltamiskäytäntö alkoivat vuodesta 1990 lähtien saada sekä määrällisesti että laadullisesti huomattavaa merkitystä oikeudellisen ja poliittisen päätöksen-teon sisällöllisinä rajoina. Samalla Euroopan ihmisoikeustuomioistuimesta on muodostunut eräänlainen suomalaiseenkin oikeuskulttuuriin vaikutuksensa ulottava eurooppalainen valtiosääntötuomioistuin,²⁵ joka ei vain toimi Euroop-paan ihmisoikeussopimuksen suojaamien oikeuksien osalta ylimpänä tuomiois-

²² Kuten Hidénin jo 1974 julkaisemassa teoksessa ”Säädösvalvonta Suomessa I. Eduskunta-lait” osoitettiin, ennakkollista säädösvalvontaa on meillä jo perinteisesti harjoitettu perustuslakiva-liokunnan ohella useissa eri vaiheissa lain valmistelusta sen säättämisen- ja vahvistamisenmette-lyyn. Ks. Hidén 1974, s. 77–268. Silti juuri perustuslakivaliokunnan asema tuossa valvonnassa on ollut oikeudellisesti aivan keskeinen. Ks. kokoavasti esim. Hidén 1974, s. 322–328. Ks. myös Saraviita 2000, s. 359–368 ja Jyränki 2003, s. 393–414.

²³ HM 92.2 §:n tutkimiskieltodoktriinista ja sen seurauksista perus- ja ihmisoikeusnormien soveltamiselle ks. erit. Scheinin 1991, s. 273–279.

²⁴ Ihmisoikeuskulttuurin murroksen samoin kuin siihen läheisesti liittyvää perusoikeuskulttuurin murroksen yleistä oikeuskulttuurista merkitystä on Suomessa laajalti kuvattu. En pidä asian perusteellista tarkastelua tässä enemmälti tarpeellisenä, vaan pyrin tuomaan tiiviisti esiin kyseisten muutosten vaikutuksia valtiosääntöoikeuden institutionaalisten rakenteiden kannalta. Ks. erit. Lämsineva 2003, s. 53–64 ja Viljanen 2001, s. 1–12 ja Nuotio 2001, s. 13–32.

²⁵ Ks. esim. Keller – Sweet 2008, s. 7.

tuimena, vaan myös osallistuu tulkinnoillaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen sisällölliseen kehittämiseen.

Ihmisoikeuskulttuurin murroksella on tunnetulla tavalla ollut suoria vaikutuksia sekä kansallisen lainsäädännön sisältöihin²⁶ että kansallisiin oikeudellisiin käytäntöihin.²⁷ Yksi tärkeimmistä ihmisoikeusmääräysten vaikutuksia oikeudellisiin käytäntöihin välittävistä ratkaisuista tehtiin perustuslakivaliokunnan käsitellessä Euroopan ihmisoikeussopimuksen hyväksymistä ja voimaansaattamista koskevaa hallituksen esitystä (HE 22/1990 vp). Pyrkimässään ratkaistaan sopimuksen laintasoisesta voimassaolosta sekä *lex posterior* ja *lex specialis* -sääntöjen kaltaisten formaalien ristiriitojen ratkaisusääntöjen soveltamisesta²⁸ Suomen kansainvälisoikeudellisten sopimusvelvoitteiden noudattamiselle aiheutuvat ongelmat, valiokunta kirjasi oikeusjärjestyksemme tulkinta-periaatteen, jollaiseen se oli sinänsä viitannut jo kaksi vuotta aikaisemmin, mutta tuolloin perusoikeuksia koskien.²⁹ Valiokunnan mukaan tuomioistuinten ja viranomaisten tuli pyrkiä tulkintatilanteissa omaksumaan erilaisista perusteltavissa olevista tulkintavaihtoehdoista sellainen, joka edistää ihmisoikeusmääräysten toteutumista, ”eli on näin määriteltynä ihmisoikeusystävällinen”.³⁰

On myös syytä korostaa Euroopan neuvostoon liittymisen ja ihmisoikeussopimuksen voimaansaattamisen suurta prejudikaattiarvoa myöhemmille integraatoratkaisuille.³¹ Ihmisoikeussopimukseen liittymisessä omaksuttiin malli, jossa ylikansalliseen yhteistyöhön liittyvä ja perinteiseen lainsäätäjän suverenisuuteen syvällisesti vaikuttava ja laaja-alainen sopimusjärjestely oli saatettavissa voimaan sekamuotoisesti hyödyntäen sekä supistetussa perustuslainsäätämisyjärjestyksessä säädettyä inkorporoivaa blankettilakia että tätä täydentävää transformaatiota, ts. kansallisen lainsäädännön asiasisältöistä muuntamista sopimusvelvoitteiden mukaiseksi.³² Samalla pohjustettiin periaatteellisen keskustelun tasolla käsityksiä siitä, miten oikeastaan tulisi suhtautua sellaiseen täysivaltaisuuden rajoittamiseen, joka seuraa ylikansallisesta lainkäyttö- ja valvontajärjestelmästä. Kuten *Jääskinen* on todennut, ihmisoikeussopimuksen voimaansaattamisesta alkoi kehitys, jossa perusoikeusuudistuksen, ETA-sopi-

²⁶ Tuoreinta esimerkkiä lainsäädännön muuttumisesta edustaa Suomen toistuvasti oikeudenkäyntien viivästyemisestä saamien langettavien tuomioiden johdosta säädetty laki oikeudenkäynnin viivästyksen hyvittämisestä (362/2009).

²⁷ Ks. jo Scheinin 1991 ja Ojanen 2005.

²⁸ Ks. PeVL 2/1990 vp, s. 2. Ks. myös Turun hovioikeuden ratkaisu 5.6.1998 T 1409, joka perustuu kansallisen lain soveltamiseen sillä perusteella, että laki oli *lex posterior* Euroopan ihmisoikeussopimukseen nähden. Tapaus koski totaaliikieltäytyjän väitettä siitä, että vain miehiä koskeva asevelvollisuus merkitsi ihmisoikeussopimusten kieltämää syrjintää, koska se asetti ihmiset toisiinsa nähden eri asemaan sukupuolen perusteella. Tapauksen kritiikistä ks. Scheinin 1999, s. 194.

²⁹ Ks. PeVM 6/1988 vp. Ks. myös Viljanen 1990, s. 203–208.

³⁰ Ks. PeVL 2/1990 vp, s. 3.

³¹ Ks. Jääskinen 2008, s. 40.

³² Erilaisista voimaansaattamisratkaisuista ks. Scheinin 1991, s. 19–20.

muksen, EU-jäsenyyden ja uuden perustuslain kautta päädyttiin oikeustilaan, jossa suomalaisille tuomioistuimille on myönnetty oikeus syrjäyttää eduskuntalain soveltaminen yksittäistapauksessa, jos se on ristiriidassa EU-oikeuteen tai perustuslakiin sisältyvän normin kanssa.³³

2) Merkittävin osin reaktionä kansainvälisten ihmisoikeussopimusten voimistuneeseen asemaan, mutta myös kansallisena vastauksena vuoden 1919 hallitusmuodon perusoikeusluettelon vanhentuneisuuteen käynnistynyt ja vuoden 1995 perusoikeusuudistuksessa lähtökohdiltaan konkretisoitunut *perusoikeuskulttuurin murros*³⁴ on korostanut erityisesti perusoikeuksien konkreettista sovellettavuutta tuomioistuimissa ja viranomaisissa.³⁵ Murroksen ja siihen läheisesti liittyvän valtiosääntöistymisen myötä myös suomalaista perustuslakikontrollijärjestelmää nimenomaisesti koskeva sääntely on uudistunut.³⁶ Muutos ilmenee useista perustuslainsäännöksistä. Osa säännöksistä määrittelee yleisempiä perustuslain toteuttamiseen liittyviä lähtökohtia, osassa puolestaan on kysymys selvästi yksittäisten organien tehtävistä ja konkreeteista ristiriitojen ratkaisumenetelyistä. Ensin mainittua ryhmää edustaa etenkin kokonaisuus, joka muodostuu perustuslain 1.2 §:n, 2 §:n ja 22 §:n ympärille 1.2 §:n määriteltessä valtiosäännön funktioksi ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeuksien turvaamisen sekä oikeudenmukaisuuden edistämisen, 2 §:n määriteltessä kansanvaltaisuus- ja oikeusvaltioperiaatteet ja viimeksi mainitun edellyttäessä, että julkinen valta turvaa perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen.

Institutionaalisten järjestelyjen osalta eduskunnan perustuslakivaliokunnan keskeinen asema lainsäädäntövaiheen valvonnassa tuodaan puolestaan esiin perustuslain 74 §:ssä, jonka mukaan valiokunnan tehtävänä on antaa lausuntonsa sen käsittelyyn tulevien lakiehdotusten ja muiden asioiden perustuslainmukaisuudesta sekä suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin. Järjestelmään kuuluu myös, että eduskunnan puhemies saa perustuslain 42 §:n nojalla kieltäytyä ottamasta asiaa käsittelyyn eikä tehtyä ehdotusta äänestykseen, jos hän katsoo sen olevan vastoin perustuslakia. Näissä tilanteissa asia lähetään lisäksi pe-

³³ Ks. Jääskinen 2008, s. 40.

³⁴ Myös perusoikeuskulttuurin murroksesta on kirjoitettu laajalti eikä tässä ole tarvetta läpikäydä tuon kirjallisuuden sisältöä enemmälti. Ks. erit. Lämsineva 1998, s. 103–119. Analyysien ohella murros on oikeuskirjallisuudessa ilmennyt perusoikeusargumentaation ja perusoikeusorientaation vahvana merkityksenä osana jonkin muun oikeudellisen aineksen tulkintaa (ks. Nuutila 1996, Määttä 1999, Pöyhönen 2002), mutta myös sekä ns. perinteisen järjestelmän taholta esitettynä perusoikeudellistumisen kritiikkinä (ks. Aarnio 2000, Aarnio 2002, Husa 2003) että perinteiselle järjestelmälle vaihtoehtoistenkin suuntausten taholta esitettyinä epäilyinä perusoikeuksien mahdollisuuksiin toteuttaa niitä ideoita, joihin vedoten perusoikeuksia on hyödynnetty (ks. tältä osin erit. Wilhelmssonin kritiikki suhteessa Pöyhösen uuden varallisuus oikeuden lähtökohtiin, Wilhelmsson 2001, s. 215–224 ja Wilhelmsson 2004, s. 212–214.)

³⁵ Ks. HE 309/1993 vp, s. 15.

³⁶ Ks. Tuomas Ojosen tiivis ja havainnollinen esitys lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan perusteista Suomen nykyisessä valtiosäännössä, Ojanen 2008b, s. 134–138.

rustuslakivaliokuntaan, jos eduskunta ei tyydy puhemiehen ilmoitukseen kielitaytymisensä syistä.

Perustuslain 106 §:ssä säädetään puolestaan perustuslain etusijasta tuomioistuinten käsiteltävissä olevissa asioissa. Säännös kuuluu seuraavasti: ”Jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle.” Säännöksen merkitystä ja sitä koskevaa oikeuskäytäntöä ja oikeustieteellistä kirjallisuutta tarkastellaan tarkemmin jäljempänä luvussa III.2, mutta jo nyt on syytä tuoda esiin eräitä perustuslain esitöistä ilmeneviä ja etusijasäännöksen oikeudellista merkitystä määrittäviä lähtökohtia.

Ensinnäkin tuomioistuinten mahdollisuus arvioida eduskunnan säätämän lain perustuslainmukaisuutta rajoittuu yksittäisen oikeustapauksen ratkaisemisen yhteyteen. Säännöksen perusteella tuomioistuimet eivät ole saaneet toimivaltaa arvioida lain perustuslainmukaisuutta yleisesti ja ilman yhteyttä konkreettiseen tapaukseen. Tuomioistuin ei myöskään voi julistaa lain säännöstä perustuslainvastaiseksi. Lain säännöksen soveltamatta jättäminen kyseisessä yksittäistapauksessa on toisin sanoen etusijasäännöksen ainoa oikeudellinen seuraus. Soveltamatta jätetyn säännöksen kumoaminen edellyttää erillistä lainsäädäntötointa.³⁷

Etusijasäännös koskee lähtökohtaisesti vain tuomioistuuksia. Tällöinkin säännös soveltuu vain perustuslain ja lain säännösten välisiin ristiriitatilanteisiin, eikä se niin ollen merkitse muutosta tuomioistuinten mahdollisuuteen muutoin soveltaa perustuslain säännöksiä. Perusoikeusmyönteinen ja perustuslainmukainen laintulkinta ovat etusijasäännöksenkin puitteissa ensisijaisia tapoja toteuttaa perusoikeuksia tai muuta perustuslakia konkreettisissa yksittäistapauksissa.³⁸ Keskeistä kuitenkin on, että perustuslain 106 § soveltuu sanamuotonsa mukaan ainoastaan *ilmeisiin* ristiriitatilanteisiin. Ilmeisyysvaatimuksella viitataan esitöiden mukaan kahteen lähtökohtaan. Yhtäältä säännöksen soveltaminen ajankohtaistuu vasta silloin, jos perustuslain ja lain välistä ristiriitaa ei ole mahdollista poistaa perustuslainmukaisen tai perusoikeusmyönteisen tulkinnan avulla. Toisaalta sekä hallituksen esityksen että perustuslakivaliokunnan siitä omaksuman kannan³⁹ mukaan ilmeisyysvaatimuksen täyttyminen riippuu etenkin siitä, onko perustuslakivaliokunta lain säätämisvaiheessa tutkinut asian valtiosääntöoikeudelliselta kannalta. Perustuslakivaliokunnan oma kanta lähti siitä, että jos valiokunta on säätämisvaiheessa ”todennut lain perustuslainmukaisuuden, ei vastakkaista kantaa voida pitää tarkoitettulla tavalla selvänä ja riidattomana siltä osin kuin valiokunta on arvioinut tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa yksittäistapauksessa esillä olevan kaltaista tulkintatilannetta”.⁴⁰

³⁷ Ks. HE 1/1998 vp, s. 163.

³⁸ Ks. HE 1/1998 vp, s. 163–164.

³⁹ Ks. HE 1/1998 vp, s. 164 ja PeVM 10/1998 vp, s. 30–31.

⁴⁰ Ks. PeVM 10/1998 vp, s. 31.

Vaikka etusijasäännöksen soveltamisalaa ja vaikutuksia on näin ollen rajattu siten, ettei Suomen järjestelmä selvästikään vastaa esimerkiksi amerikkalaista judicial review -järjestelmää taikka keskieurooppalaista valtiosääntötuomioistuintymallia, joissa tuomioistuimen kanta lain perustuslainvastaisuudesta saattaa johtaa joko käytännössä tai suoraan perustuslain nojalla lain pätemättömyyteen, merkitsi etusijasäännöksen säätäminen selvää askelta lakien perustuslainmukaisuuden jälkikontrollin suuntaan. Samalla nimittäin kumottiin valtiosääntödoktriiniamme pitkään hallinnut vuoden 1919 hallitusmuodon 92.2 §, jonka katsottiin vakiintuneesti kieltävän tuomioistuimia valvomasta lakien perustuslainmukaisuutta esimerkiksi siten, että ne jättäisivät tapaukseen tunnusmerkistönsä puolesta kiistatta soveltuvan lain säännöksen soveltamatta perustuslainvastaisena. Sen sijaan lakia alemmanasteisten säännösten perustuslainmukaisuuden osalta voimassa oleva perustuslaki vastaa sisällöltään hallitusmuodon aikaista sääntelyä. Lakia alemmanasteisten säädösten soveltamisrajoituksen sisältävä perustuslain 107 § kieltää tuomioistuimia ja viranomaisia soveltamasta perustuslain tai lain kanssa ristiriidassa olevaa asetusta tai muuta lakia alemmanasteista säädöstä.

Näiden varsin kategoristen ristiriitojen ratkaisumekanismien ohella perustuslakivalvontaa harjoitetaan meillä myös asteen joustavammassa menettelyisessä. Perustuslain 108 ja 109 § sisältävät määräykset ylimpien laillisuusvalvojen velvollisuudesta valvoa tehtävää hoitaessaan perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen valvontaa. Oikeusjärjestyksessämme on lisäksi jo ennen perusoikeusuidusta korostettu tulkinnan merkitystä lainsäädännön ja perus- ja ihmisoikeusnormien välisten ristiriitojen ratkaisussa. Tähän liittyen etenkin perustuslakivaliokunta on korostanut niin ihmisoikeusystävällisen tulkinnan (PeVL 2/1990 vp), Perusoikeusmyönteisen tulkinnan (PeVM 25/1994 vp) ja perustuslain mukaisen tulkinnan (PeVM 10/1998 vp) merkitystä kaikissa niissä konkreettisissa soveltamistilanteissa, joissa tapaukseen soveltuva lain säännös näyttäisi johtavan ristiriitaan perustuslain tai Suomea sitovien kansainvälisten ihmisoikeussopimusten kanssa.⁴¹ Perus- ja ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan periaatteen voi myös katsoa ilmentävän perustuslain 22 §:n mukaisen toimeksiannon konkreettista sisältöä niiden osoittaessa tulkinnallisia keinoja, joihin tukeutuen tuomioistuimet ja viranomaiset voivat edistää perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista silloinkin, kun lain säännöksen soveltaminen näyttäisi ensi näkemältä johtavan perus- ja ihmisoikeuksien kanssa ristiriitaan. Todettakoon edelleen, että ihmisoikeusystävällisen tulkinnan periaatteen ohella myös Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja YK:n KP-sopimukseen liittyvillä yksilövalitusmekaa-

⁴¹ Aiemmistä kannanotoista ks. PeVM 6/1988 vp. Perusoikeusmyönteisen tulkinnan periaatteen viitattiin jo vuonna 1982 jätetyssä Kauko Sipposen johtaman perusoikeustyöryhmän mietinnössä. Ks. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 3/1982, s. 21. Ks. myös Komiteanmietintö 1992:3 (Perusoikeuskomitean mietintö), s. 152–153.

nismeilla ja niiden kautta syntyvillä valvontakannanotoilla on valtiosisäisen oikeuden kannalta monessa suhteessa vastaava institutionaalinen merkitys kuin kansallisilla kontrollijärjestelmillä.

Vaikka perustuslakivaliokunnalla on järjestelmässämme edelleenkin perustuslain 74 §:n osoittama keskeinen rooli lakien perustuslainmukaisuuden ennakkovalvonnassa,⁴² nykyinen järjestelmämme korostaa useissa kohdin varsin voimakkaasti perustuslain ja etenkin perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisvastuuta kaikessa julkisen vallan toiminnassa, tuomioistuimet mukaan lukien. Tässä suhteessa nykyinen valtiosääntökulttuuri eroaa jo nimenomaisten perustuslain säännösten perusteella perinteisestä suomalaisesta valtiosääntöajattelusta, jossa lainsäätäjän asema sekä perusoikeuksien toteuttajana että niiden sisällöllisenä täsmöntäjänä oli selvästi keskeisempi.

On toisaalta selvää, ettei tällainen siirtymä yhdestä länsimaisen konstitutionalismin perusrakenteesta kohti toista lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan päävaihtoehtoa tapahdu yhdessä yössä tai suoraan perustuslainsäätäjän tahdonilmauksen seurauksena. Kuten *Kaarlo Tuori* on todennut, tuomioistuinten ja lainsäätäjän suhteet riippuvat myös valtiosääntödoktriinista ja muista valtiosääntökulttuurin tekijöistä.⁴³ Valtiosääntökulttuuriin sisältyy tyypillisesti myös muutoksen vastavoimia. Valtiosääntömurroksille onkin mitä tyypillisintä, että niistä voidaan erottaa useita rinnakkaisia ja keskenään kiistanalaisissa suhteissa olevia valtiosääntökäsityksiä.

Tähän nähden on ymmärrettävää, että kun 1990-luvun alussa toden teolla alkanut perus- ja ihmisoikeuskulttuurin murros kuvaa perus- ja ihmisoikeusnormien oikeudellisen merkityksen muuttumista lakien säätämisen menettelyllisiä ehtoja määrittäneistä normeista oikeudellisissa käytännöissä suoraan sovellettaviksi normeiksi ja toisinaan myös näiden käytäntöjen yleisiksi ja sisällöllisiksi legitimiisyyskriteereiksi,⁴⁴ vuosituhannen vaihteen jälkeen voimistuneita keskusteluteemoja luonnehtii puolestaan hieman jo eräänlainen valtiosääntöisen pidättyvyyden kulttuuri.⁴⁵ Erityisesti muiden oikeudenalojen näkökulmasta huoleksi näyttäisikin nyt nousseen perusoikeuksien ja valtiosääntöliian pitkälle mennyt rooli suhteessa kansallisessa oikeusjärjestyksessämme vanhaan ylläpidettyihin oikeudenalakohtaisiin arvoihin.⁴⁶ Myös valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen piirissä on kysytty, onko perusoikeudellistuminen merkin-

⁴² Lakien perustuslainmukaisuuden ennakkovalvontaa harjoittavat perustuslain nojalla myös valtioneuvoston oikeuskansleri (PL 108 §) ja eduskunnan puhemies (PL 42 §). Lisäksi tasavallan presidentti voi perustuslain 77 §:n 1 momentin nojalla hankkia presidentille vahvistettavaksi esitellystä laista lausunnon korkeimmalta oikeudelta tai korkeimmalta hallinto-oikeudelta.

⁴³ Ks. Tuori 2009, s. 333.

⁴⁴ Ks. Scheinin 1991, Länsineva 2002, s. 35–90.

⁴⁵ Kuten jo on tullut esiin, valtiosääntöoikeudellisella pidättyvyydellä ja sen kriittillä on vastineensa länsimaisessa konstitutionalistisessa perinteessä, ks. esim. Böckenförde 1991, s. 171–187, vrt. esim. Kumm 2006, s. 341–370.

⁴⁶ Ks. erit. Helin 2004, s. 1265–1266, Paasto 2004 s. 1316–1317 ja Aarnio 2002, s. 524–531.

nyt jo oikeusjärjestyksen *ylikonstitutionalisoitumista* demokraattisen päätöksenteon ja vallanjaon vaarantumisen muodossa.⁴⁷ Toisaalta tätäkään kritiikkiä ei ole varauksetta hyväksytty.⁴⁸ Voidaan myös kysyä, missä määrin perusoikeudellistumista on ylipäättänsä syytä luonnehtia *ylikonstitutionalisoitumiseksi*, jos sen vastalääkkeeksi tarjotaan samalla oikeusvaltio- ja demokratiaperiaatteiden kaltaisia *valtiosääntö*periaatteita. Riippumatta kysymykseen annettavasta vastauksesta perusoikeuskulttuurin murroksen jälkeinen suomalainen valtiosääntökulttuuri vaikuttaa joka tapauksessa moniarvoiselta paitsi institutionaalisissa suhteissa myös erilaisia valtiosääntökäsityksiä ilmentävän keskustelun näkökulmasta.

3) Kolmas muutostekijä koskee Suomen liittymistä Euroopan unioniin vuonna 1995. EU:n oikeuden ja kansallisen oikeuden välistä suhdetta EU:n oikeuden tasolta määrittävät peruseriaatteen, kuten yhteisöoikeuden etusija ja välitön oikeusvaikutus samoin kuin tulkintavaikutusta koskevat periaatteet tuottavat EU:n oikeudelle väistämättä tärkeällä tavalla valtiosääntöoikeudellista merkitystä myös kansallisten oikeusjärjestysten sisällä. Sama vaikutus on edelleen myös EU-oikeuden saatavuutta, vastaavuutta ja tehokkuutta koskevilla periaatteilla.⁴⁹ Olennaista unionioikeuden merkitykselle on myös, että sen kautta kansallisten tuomioistuinten asema oikeusjärjestyksen sisäisessä institutionaalisessa hierarkiassa vahvistuu väistämättä, koska EU:n oikeuden toteutumisen vaaliminen on annettu myös kansallisten tuomioistuinten tehtäväksi, kun niiden on ratkaistava kansallisen ja unionioikeuden väliset ristiriidat viime kädessä unionioikeuden hyväksi. Myös EU:ssa käytössä oleva ennakkoratkaisumenetelmä samoin kuin EU-tuomioistuimen omaksuma ihmisoikeustuomioistuimen kaltainen unionioikeuden aktiivisen kehittäjän rooli tuo valtiosisäiseen oikeuteen toisen selvän ylikansallisen valtiosääntötuomioistuinteiden, nyt tosin vain suhteessa unionioikeuden puitteissa tapahtuvaan kontrolliin. Kuten Tuori on todennut, unionissa käytössä oleva malli mukailee Saksan ja Italian valtiosääntötuomioistuinten järjestelmissä käytössä olevaa jälkikäteisen perustuslakivalvonnin menettelyä.⁵⁰ Näin vahvasti lainsäätäjän suverenisuuteen tukeutuvaan suomalaiseen valtiosääntöjärjestelmään tavallaan kuuluu jo kaksikin ylikansallista valtiosääntötuomioistuinta – Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja Euroopan unionin tuomioistuin.

Vaikka tällaiset yleisen tason kuvaukset kertovat jo jotakin suomalaisen valtiosääntökulttuurin muuttumisesta, muutoksen peruspiirteiden, tosin sanoen valtiosääntöistymisen ja perusoikeudellistumisen sekä tuomioistuinten koros-

⁴⁷ Ks. esim. Tuori 2003, s. 936–940 ja Husa 2007, s. 202. Vrt. esim. Tuori 2000a, s. 246–253.

⁴⁸ Ks. esim. Lämsineva 2004, s. 274–278, Viljanen 2002, s. 25–37, Scheinin 2004b, s. 551, Karhu 2003.

⁴⁹ EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden välisestä suhteesta ja tuota suhdetta määrittävistä periaatteista ks. esim. Ojanen 2006, s. 66–118.

⁵⁰ Ks. Tuori 2009, s. 320.

tuneen roolin ja kansainvälistymisen oikeudellisia merkityksiä on mahdollista arvioida paremmin, jos ne sijoitetaan osaksi yleisempää kansainvälistä valtiosääntöoikeudellista muutostendenssiä, nimittäin niin sanottua *uutta valtiosääntöistymistä*.

1.2.1 Uusi valtiosääntöistyminen

Suomalaisen valtiosääntökulttuurin muuttuminen viimeisen kahden vuosikymmenen aikana edustaa pohjoismaista versiota globaalin mittakaavan oikeudellisesta muutoksesta, jossa sekä tuomioistuinten että erilaisten kansallisten ja kansainvälisten yksilöllisiä oikeuksia suojaavien perus- ja ihmisoikeusnormistojen merkitys on voimistunut huomattavasti. Tuota kehitystendenssiä on ryhdytty kutsumaan yleisesti *uudeksi valtiosääntöistymiseksi* (new constitutionalism). Muutokseen myös kuuluu, että tuomioistuinten ja perusoikeuksien merkityksen kasvaessa kansallisvaltion oikeudelle olennaiset valtiosuvereenisuuden, edustuksellisen demokratian ja oikeusjärjestyksen autonomisuutta ja suljettuisuutta koskevat periaatteet ovat osin menettäneet aiempaa merkitystään. Kriittisen kanadalaisen valtiosääntövertailijan, *Ran Hirschlin*, ”Towards Juristocracy” -teoksen avauskappale kuvaa kaikessa provokatiivisuudessaankin kehityksen laajalaisuutta ja merkittävyyttä havainnollisesti.⁵¹ Hirschl kirjoittaa:

“Over the past few years the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called juristocracy. Around the globe, in more than

⁵¹ On todettava, että Hirschlin luonnehdinta edustaa vain yhtä uuden valtiosääntöistymisen kehityskuvasta. Hirschlin kiinnekohtana on ensisijaisesti perinteisen kansallisvaltiollisen konstitutionalismien muutokset ja nekin erityisesti strategista käyttäytymistä tarkkaavasta näkökulmasta. Toinen kansainvälisessä keskustelussa usein esiintyvä ja laadullisesti edellisestä poikkeava uuden valtiosääntöistymisen kuvaus liittyy valtiosääntöistymisen oikeuden globaalia fragmentoitumista sekä uusliberalistista taloudellista tehokkuutta ja markkinoiden luottamusta painottaaviin laaja-alaisiin sääntelyhankkeisiin. Tässä kuvauksessa uuden konstitutionalismien funktioksi tulee erityisesti markkinoiden suojaaminen demokraattisen päätöksenteon mahdollisilta puuttumisilta että esimerkiksi perinteisten perus- ja ihmisoikeuksien tahoilta esitettäviltä kyseenalaisuuksilta. Ks. esim. Gill 2003, s. 131 ja Schneiderman 2008, s. 38–39. Kolmas tulkinta uuden konstitutionalismien normatiivisesta sisällöstä ilmenee selkeimmin Gavin Andersonin argumentaatiosta. Anderson (2005, s. 113–115) katsoo mm. Gillin ja Schneidermanin käsityksiin viitaten, että globaalien markkinoiden ja niillä toimivien yritysten toiminnan konstitutionaalisten piirteiden tunnistaminen ei pelkästään suojaa niitä muiden tahoilta tulevalta puuttumisilta, vaan väistämättä myös alistaa tällaisten markkinoiden toimijat perinteisille valtiosääntöisille oikeudenmukaisuusstandardeille. Kun ne nimittäin ovat valtiosääntöisen vallankäytön *subjekteja*, ei niitä enää voi pitää klassisen liberaalin valtiosääntökäsityksen olettamalla tavalla ”yksityisinä”. Gillin, Schneidermanin ja Anderssonin havainnot ovat oleellisen tärkeitä erityisesti uuden valtiosääntöistymisen ylikansallisten prosessien arvioinnissa. Sen sijaan Hirschlin kritiikki kohdistuu heitä selvemmin juuri uuden valtiosääntöistymisen vaikutuksiin kansallisten oikeusjärjestysten puitteissa. Siten sen merkitys on tämän tutkimuksen kannalta keskeisempi kuin muiden uutta valtiosääntöistymistä käsitelleiden tutkimusten.

eighty countries and in several supranational entities, constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries. The countries that have hosted this expansion of judicial power stretch from Eastern Bloc to Canada, from Latin America to South Africa, and from Britain to Israel. Most of these countries have a recently adopted constitution or constitutional revision that contains a bill of rights and establishes some form of active judicial review. An adversarial American-style rights discourse has become a dominant form of political discourse in these countries. The belief that judicially affirmed rights are a force of social change removed from the constraints of political power has attained near-sacred status in public discussion. National high courts and supranational tribunals have become increasingly important, even crucial decision-making bodies.”⁵²

Vastaavan tyyppiset argumentit ovat sinällään tuttuja jo kansallisten valtiosääntökulttuurien piirissä esitetyistä valtiosääntöistymisen kritiikeistä. Saksassa samantyyppisiä puheenvuoroja ovat esittäneet jo 1970-luvulta lähtien etenkin *Carl Schmittin* myöhemmät oppilaat *Ernst Forsthoff* ja *E.-W. Böckenförde*. *Forsthoffin* kritiikissä valtiosääntö on totalisoitunut koko oikeusjärjestelmän juridiseksi “genomiksi” (Juristisches Weltenei), joka sellaisenaan sisältää tyhjentävästi oikeusjärjestyksen kehittämisessä käytettävissä olevat mahdollisuudet. Samalla demokraattisesta päätöksenteosta, hallinnollisesta toimeenpanovallan käytöstä ja tavanomaisesta oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta tulee silkkaa perustuslain täytäntöönpanoa.⁵³ Uhkakuvana siis on, että siltä osin kuin ylipäättään voidaan puhua lainsäätäjistä, sen tehtävänä on vain julistaa se, mikä on jo valmiiksi perustuslaissa säädetty. Böckenförden vuonna 1991 julkaisemassa kokoomateoksessa Staat, Verfassung, Demokratie samaan ilmiöön tartuttiin puolestaan reunamerkinnoin, jotka vastaavat pitkälti Hirschlin viisitoista vuotta myöhemmin esittämää kantaa kansainvälisen valtiosääntökulttuurin muutoksesta:

”Es vollzieht sich ein gleitende Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat. Er vollzieht sich auf dem Weg über die Entfaltung der Grundrechte als objektive Grundsatznormen und die Kompetenz des Verfassungsgericht zu deren Konkretisierung. Die Aufgabe des BVerG verändert sich insoweit von rechtsanwendender Rechtsprechung zu verfassungsbezogener Jurisdiction im alten Sinn, die der Trennung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung vorausliegt.”⁵⁴

Myös suomalaisessa keskustelussa vastaavan sisältöiset argumentit ovat tulleet varsin tutuiksi. ”Tuomarivaltioistuminen” ja ”vallanjaon hapertuminen”⁵⁵ ovat

⁵² Ks. Hirschl 2004, s. 1.

⁵³ Ks. Forsthoff 1974, s. 144.

⁵⁴ Ks. Böckenförde 1991, s. 191.

⁵⁵ Ks. Tuori 2003, s. 936–940, Husa 2007, s. 202 ja Aarnio 2002, s. 1–12. Vrt. esim. Tuori

meillä tarjonneet ne käsitteet, joiden alle muualla ”juristocracy”, ”Juristisches Weltenei”, ja ”verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat” -käsitteiden alla kulkevien argumenttien pääväitteet on saatettu artikuloita. Teoreettiset puitteet on puolestaan saatu suorimmin niistä Schmittin käsityksistä, jotka ovat koskeneet valtiosääntöoikeudellisen säädösvalvonnan luonnetta. Kuten muun muassa *Antero Jyränki* on osoittanut, nimenomaan Schmittin kautta tarkastellen perustuslain nimissä tapahtuva säädösvalvonta saadaan muunnettua poliittiseksi toiminnaksi, jossa valvontaa harjoittava instituutio sekä jatkaa perustuslain säätäjän työtä antaessaan sisältöä perustuslainsäännökselle että syrjäyttää tavallisen lainsäätäjän työn.⁵⁶ Tästä taas seuraa, että kun perustuslaissa on kysymys merkittävistä yhteiskunnallisista arvoratkaisuista, ja kun lain syrjäyttäminen esimerkiksi sen soveltamatta jättämisen merkityksessä on jotain muuta kuin tavanomainen lain soveltaminen, ei tuomioistuinten perustuslakikontrollivaltaan nojautuvaa ”perustuslainkäyttöä” voi rinnastaa tavalliseen lainkäyttöön.⁵⁷ Pikemminkin se on lähempänä lainsäädäntövallan käyttöä.

Tällainen varsin perinteinen puhe uudesta valtiosääntöistymisestä tai perusoikeudellistumisen kytkeytymisestä tuomarivaltiollistumiseen saattaa sivuuttaa eräät huomattavan tärkeät piirteet sen taustalla olevasta keskustelusta. Nykyisin merkityksellisessä valtiosääntöistymisessä on nimittäin havaittavissa kaksi erillistä kehityskulkua, joista toinen edustaa siirtymistä selväpiirteisiin tuomioistuinkeskeisiin ratkaisuihin ja toinen taas valtiosääntöhistoriallisestikin merkittävien sekä lainsäätäjän ja tuomioistuinten valtiosääntöisiä funktioita joustavasti kehittelevien välitysmallien syntyä.

1.2.2 Uuden valtiosääntöistymisen kaksi päälinjaa

Maailmansotia edeltävänä aikana lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrolli oli lähinnä yhdysvaltalaisen valtiosääntöajattelun erikoisuus, joskin yhdysvalloissakin oikeastaan vasta 1950-luvun kansalaisoikeusaktivismi nosti perusoikeudet laaja-alaisesti ja nykyisin tunnetulla tavalla sikäläisen tuomioistuinkontrollin keskiöön. Vastaavasti ensimmäiset valtiosääntötuomioistimet perustettiin Euroopassa jo varsin varhain, vuonna 1920, jolloin *Hans Kelsenin* kehitelemä instituutio otettiin osaksi sekä Itävallan että Tšekkoslovakian valtiosääntöoikeudellisia perusratkaisuja. Kuten Kaarlo Tuori on huomauttanut, valtiosääntötuomioistimet keskittyivät kuitenkin tuolloin lähinnä instituutioiden välisten suhteiden valtiosääntöoikeudelliseen kontrolliin – niillä ei ollut vielä perusoikeuksiin nojautuvaa lakien perustuslainmukaisuuden valvon-

2000a, s. 246–253.

⁵⁶ Ks. Jyränki 1986, s. 137–139.

⁵⁷ Ks. Jyränki 1986, s. 139.

tatehtävää.⁵⁸ Perusoikeuksien merkitys perustuslakikontrollissa vahvistuikin Euroopassa vasta toisen maailmansodan jälkeen. Usein kyse oli reaktiosta totalitaariseen ja autoritaariseen poliittiseen menneisyyteen. Näin tapahtui Tuorin kuvaamalla tavalla Saksassa, Italiassa ja Itävallassa toisen maailmansodan jälkeen, Espanjassa, Portugalissa ja Kreikassa 1970-luvulla oikeistoautoritaaristen hallitusten kaaduttua sekä Itä-Euroopan sosialististen järjestelmien romahdettua 1980-luvun lopussa.⁵⁹ Myös Etelä-Afrikan apartheid-järjestelmän kaatumisen jälkeen säädetty vuoden 1993 väliaikainen perustuslaki sekä neljä vuotta sen jälkeen voimaan tullut varsinainen perustuslaki kuuluvat samaan kehityslinjaan kumouksellisine taustoineen, valtiosääntötuomioistuimiseen ja laajalaisine perusoikeusluetteloineen.⁶⁰

Uusi valtiosääntöistytminen ei kuitenkaan ole rajoittunut pelkästään poliittisten järjestelmien kaatumisen seurauksina säädettyihin perustuslakeihin ja valtiosääntöisiin järjestelyihin. Se ei myöskään ole aina merkinnyt kategorista siirtymää lakien perustuslainmukaisuuden poliittisista valvontamalleista tuomioistuinpohjaisiin järjestelmiin. Kanadan perusoikeusuudistus vuonna 1982, jolloin sikäläiseen perustuslakiin sisällytettiin modernit perusoikeudet samalla kun tuomioistuimille annettiin nimenomainen valtuus jättää laki soveltamatta perustuslain vastaisena, tapahtui ilman merkittäviä edeltäviä muutoksia maan poliittisessa järjestelmässä.⁶¹ Myös Uuden-Seelannin perusoikeusuudistus vuonna 1990 tapahtui rauhanomaisesti⁶² ja sama koskee myös vanhastaan hyvinkin jyrkästi demokratiaperiaatetta ja parlamentin suvereenisuutta korostavia maita, kuten Ranska ja Yhdistynyt kuningaskunta, jotka tästäkin syystä toimivat esimerkkinä muutoksen syvällekyvyydestä ja läpituokeudesta.

Yhdistyneen kuningaskunnan osalta Euroopan ihmisoikeussopimuksen inkorporointi vuonna 1998 säädetyllä Human Rights Actilla merkitsi selvää irtiottoa brittien vuosisatoja vanhasta parlamentin suvereenisuuden periaatteesta siitäkin huolimatta, että sikäläiset tuomioistuinten kontrollitoimivaltuudet rajoittuvat ainoastaan ihmisoikeusmyönteisen tulkintaan ja mahdollisuuteen antaa lainsäätäjää sitomaton⁶³ lausuma kansallisen lainsäädännön yhteensopimattomuudesta ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa (declaration of incompatibility).⁶⁴ Kehitys on ollut saman suuntaista myös Ranskassa, jossa rousseaulainen oppi demokraattisesta lainsäädännöstä yleistahdon ilmauksena perusteli vallankumousvuosista lähtien lainsäätäjän ylivaltaa perustuslain tulkintaan liittyvissä kysymyksissä. Vuonna 2008

⁵⁸ Ks. Tuori 2009, s. 320.

⁵⁹ Ks. Tuori 2009, s. 320.

⁶⁰ Ks. esim. Klug 2000, s. 178–179.

⁶¹ Ks. Tarnopolsky 1981.

⁶² Ks. Uuden-Seelannin Bill of Rights Actin taustoista esim. Mclean 2001, s. 421–422, Butler 1997, s. 324–325.

⁶³ Tästä kriittisesti esim. Dyzenhaus 2005, s. 674.

⁶⁴ Ks. esim. Ewing 1999, s. 87–92.

säädetyllä ja maaliskuussa 2010 voimaan tulleella perustuslainmuutoksella perustuslakiin lisättiin jälkikäteistä normikontrollia koskeva 61-1 artikla. Sen mukaan jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa esitetään väite, että lain säännös on ristiriidassa perustuslain takaamien oikeuksien ja vapauksien kanssa, ylintä hallinto-oikeudellista tuomiovaltaa käyttävä korkein hallinto-oikeus (Conseil d'État) tai korkein oikeus (Cour de Cassation) voivat siirtää asian Ranskan perustuslakineuvoston (Conseil constitutionnel) käsiteltäväksi.⁶⁵ Vaikka menettely ei tällaisenaan annakaan yksittäisille tuomioistuimille suoraa perustuslakikontrollivaltaa, ja vaikka uudistusta on tässä mielessä pidetty eräänlaisena Pyrrhoksen voittona, on sen kuitenkin katsottu olevan historiallisesti merkittävä. Uudistuksen myötä Ranskan aiempi etukäteinen perustuslakikontrollijärjestelmä täydentyi jälkikäteisellä menettelyllä.⁶⁶

Myös pohjoismaissa suunta on ollut sama. Esimerkiksi Ruotsissa vuonna 2008 työnsä päätökseen saanut perustuslain tarkistamistarpeita käsitellyt parlamentaarinen komitea päätyi ehdottamaan tuomioistuinten perustuslakikontrollivaltuuksia koskevan hallitusmuodon 11 luvun 14 §:n uudistamista siten, että siitä poistetaan Suomen perustuslain 106 §:n säännöstä vastaava ristiriidan *ilmeisyysvaatimus*.⁶⁷ Samalla ennakkollista normikontrollia harjoittavan Lagrådetin toimintaa ehdotettiin tehostettavaksi.⁶⁸ Ruotsin hallitus antoikin vuoden 2009 joulukuussa valtiopäiville esityksen hallitusmuodon uudistamisesta (RP 2009/10:80) ja muutokset pyritään saamaan voimaan 1.1.2011. Vaikka muutosehdotukset ovat esimerkiksi sikäli maltillisia, ettei niissä omaksuttu komitean työssä esillä ollutta valtiosääntötuomioistuinvaihtoehtoa,⁶⁹ merkitsevät ne selvää muutosta tähän asti vallinneeseen ja pohjoismaista valtavirtaa tuomioistuin- ja perusoikeuskeptisydessään sinänsä edustavaan ruotsalaiseen valtiosääntödoktriiniin.⁷⁰ Ja kuten *Andreas Føllesdal* ja *Marlene Wind* toteavat, Euroopan integraatio on joka tapauksessa merkinnyt kahden eurooppalaisen tuomioistuimen, EU-tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuloa paikalle, jolle pohjoismaainen valtiosääntökäsitys ei lainsäätäjän suvereenisuutta koskevine oletuksineen ole tuomioistuinta tottunut asettamaan.⁷¹

Näin alkaa hahmottua kiinnostavalla tavalla kaksijakoinen kuva kansainvälisen valtiosääntökulttuurin nykytilasta. Uusi valtiosääntöistyminen on yhtäällä merkinnyt kiistatonta ja varsin kategoristakin vaihdosta yhdestä valtiosääntöi-

⁶⁵ Ks. Ranskan perustuslakiuudistuksen taustoista erityisesti uuden 61-1 artiklan osalta Warssman 2008, s. 423–442.

⁶⁶ Ks. Fabbrini 2008, s. 1304–1307.

⁶⁷ SOU 2008:125, s. 379

⁶⁸ SOU 2008:125, s. 377.

⁶⁹ SOU 2007:85, s. 98.

⁷⁰ Ks. esim. Nergelius 2009, s. 159. Saattaa olla, että muutos tuo ruotsalaista valtiosääntökäsitystä lähemmäksi suomalaista nykykäsitystä. Suomalaisen ja ruotsalaisen valtiosääntö- ja perusoikeuskäsityksen eroista ks. esim. Nieminen 2007, s. 14.

⁷¹ Ks. Føllesdal – Wind 2009, s. 131–132.

sestä ääripäästä toiseen. Näin on tapahtunut etenkin niissä valtiosääntökulttuureissa, jotka ovat perustavien yhteiskuntapoliittisten muutosten jälkeen asettaneet erityiset valtiosääntötuomioistuimet oikeusjärjestyksen perustuslainmukaisuuden viimekätiseksi takeeksi. Toisaalta on osoitettavissa myös astetta mallillisempi muutostendenssi, jossa lainsäätäjällä näyttäisi edelleen säilyvän keskeinen asema lakien perustuslainmukaisuuden valvojana, mutta jossa myös tuomioistuimet ovat saamassa yhä merkittävämmän aseman perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen turvaajana.

1.2.3 Suomen valtiosääntö osana uuden konstitutionalismin toista päälinjaa

Kansainvälistä new constitutionalism -kehitystä koskevat havainnot auttavat ymmärtämään myös suomalaisen valtiosääntöistymiskehityksen ominaispiirteitä. Oikeudelliset muutokset Suomessa on syytä sijoittaa vastaavaan kehityslinjaan, joka on taustoittanut esimerkiksi Ruotsin⁷², Ranskan⁷³, Yhdistyneiden kuningaskuntien⁷⁴ sekä uuden konstitutionalismin osalta muun muassa Kanadan ja Uuden-Seelannin⁷⁵ valtiosääntöoikeudellisiä muutoksia.

Ensinnäkin kyse on ollut *normaalioloissa* tapahtuneista uudistuksista. Viimeisten kahden vuosikymmenen aikana tapahtuneet muutokset valtiosäännön sisällössä sekä sen institutionaalisissa rakenteissa ovat tapahtuneet meillä normaaleissa olosuhteissa ilman tarvetta tehdä selviä irtiottoja poliittisen järjestelmän menneisyyteen. Vaikka sittemmin perus- ja ihmisoikeuskulttuurin murroksena ilmennyt kehitystendenssi edustaa aidosti muutosta siihen asti ylläpidettyihin valtiosääntöoikeudellisiin perusolettamuksiin ja doktriineihin, murroksen taustalle ei varsinaisesti ole osoitettavissa mitään sellaisia poikkeuksellisia olosuhteita, jotka edellyttäisivät perustuslainsäätäjältä selkeää irtiottoa menneestä.⁷⁶

Varsinkin vuoden 2000 perustuslakiuudistuksen julkilausutut tavoitteet olivat koko lailla teknisiä: päätavoitteena oli selkeyttää valtiosääntöä ja etenkin korjata lukuisten perustuslakien osittaisuudistusten jäljiltä syntyneitä epäjohdonmukaisuuksia⁷⁷ – ei pyrkiä merkittäviin muutoksiin poliittisessa järjestelmässä. Osaselitys tälle on tietysti siinä, että suurin osa periaatteellisesti tärkeimmistä linjauksista oli jo tehty. Viisi vuotta aiemmin toteutetulla perusoikeus-

⁷² Ks. esim. Nergelius 2009, s. 142–147.

⁷³ Ks. erit. Lasser 2009, s. 243–264.

⁷⁴ Ks. erit. Kavanagh 2009, s. 1–5 ja 404–421.

⁷⁵ Ks. esim. Gardbaum 2010, s. 178–188.

⁷⁶ Ks. Lämsineva 2009, s. 373. Valtiosäännön muuttamisesta ja muuttamisen vaikeudesta ks. myös Eriksson 1983, s. 352.

⁷⁷ Ks. HE 1/1998 vp, s. 5 ja 30–31.

uudistuksella perustuslain perusoikeussäätely oli tuolloisten tavoitteiden mukaisesti saatettu vastaamaan kansainvälisten ihmisoikeussopimusten ja toisen maailmansodan jälkeisen eurooppalaisen valtiosääntökehityksen tasoa.⁷⁸ Myös perusoikeuksien valvontaan, sovellettavuuteen ja jokaisen mahdollisuuksiin vedota oikeuksien tueksi perusoikeuksiinsa oli jo perusoikeusuudistuksessa kiinnitetty huomiota ja tähän liittyneet tavoitteet näyttivät välittyneen myös oikeudellisiin käytäntöihin: perus- ja ihmisoikeuksiin viitattiin 2000-luvulle tultaessa konkreettisissa oikeudellisissa käytännöissä laajalti. Jo tapahtuneisiin muutoksiin verrattuna vuoden 2000 perustuslain kokonaisuudistuksen merkittävin perustuslakikontrolliin liittyvä institutionaalinen ratkaisu, perustuslain 106 §:n säännös perustuslain etusijasta, edustaakin lopulta pikemminkin johdonmukaista jatkumoa 1990-luvun alussa käynnistyneelle kehitykselle kuin merkittävää katkosta siihen asti vallinneisiin valtiosääntöoikeudellisiin linjanvetoihin.

Toiseksi muutoksen taustat ovat olleet vahvasti *ylikansallisesti latautuneita*. Eurooppalaisessa kontekstissa uudella konstitutionalismilla on ollut tärkeä kansainvälinen tai ylikansallinen ulottuvuus. Euroopan integraatiota voidaan yhtäältä jo itsessään pitää uuden konstitutionalimin lajityypillisenä esimerkkinä. Euroopan integraation keskeisenä ominaispiirteenä on ollut tuomioistuintyyppisten elinten korostunut asema sekä siihen perustuvien yksilöiden oikeuksien turvaamiseen liittyvät tavoitteet, joskin oikeuksien osalta pääpaino oli pitkään Euroopan neuvoston ja sen ihmisoikeussopimukseen nojautuvassa integraatiokehityksessä. Tämän rinnalla Euroopan ylikansalliset oikeusjärjestykset, Euroopan unioni ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja sen tulkintakäytännön varaan rakentuva eurooppalainen ihmisoikeusjärjestelmä ovat kuitenkin olleet keskeisiä ponnahduslautoja myös kansallisten perusoikeuksien ja tuomioistuinten normikontrollifunktioiden vahvistumiselle valtiosääntöjärjestelmissä.

Ylikansallisen muutostekijän vaikutuksia kansallisen perustuslakikontrollijärjestelmän toimintaan voidaan selittää niin johdonmukaisuuteen kuin kansalliseen suvereniteettiin ja perus- ja ihmisoikeuksien pluralistiseen dynamiikkaan liittyvillä perusteilla. Lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinten kieltoa on varsin hankala perustella tilanteessa, jossa sekä kansallisille että ylikansallisille tuomioistuimille on jo asetettu tällainen tehtävä ylikansallisen normiston perusteella. Hyvin laajasti oikeuskirjallisuudessa käsitelty Euroopan unionin perusoikeusdoktriinin kehittyminen erityisesti Saksan ja Italian valtiosääntötuomioistuinten toiminnan tuloksena käy puolestaan osoitukseksi vahvan kansallisen perustuslakikontrollin ja kansalliseen suverenisuuteen liittyvien näkökohtien yhteydestä.⁷⁹ Tuossa prosessissa juuri tarve torjua kansallisen val-

⁷⁸ Ks. HE 309/1993 vp, s. 14.

⁷⁹ EU-oikeuden perusoikeusulottuvuuden kehittämisestä ks. esim. Tridimas 1999, s. 202–243 ja Lindfelt 2007, s. 34–100. Teemasta on kirjoitettu hyvin runsaasti sekä kansainvälisesti että Suomessa. Ks. viimeaikaisista katsauksista kyseiseen keskusteluun Ojanen 2009a, s. 1108–1110. Ks. myös Helander 1996, s. 600–601.

tiosääntöperinteen ja sen perusoikeuksien vesittyminen ylikansallisen oikeuden soveltamisen seurauksena oli pääasiallinen peruste sille, että kansalliset valtiosääntötuomioistuimet katsoivat 1970-luvulla olevansa toimivaltaisia tutkimaan myös yhteisön oikeuden perustuslainmukaisuutta. Myös ihmisoikeuksien pluralistinen rakenne ja dynaaminen kehitystapa näyttäisivät edellyttävän kansallisilta tuomioistuimilta pikemminkin tulkinnallista aktivismia kuin sellaista passivismia, jota yleensä pidetään lainsäätäjän suvereenisuuteen perustuviissa oikeuskulttuureissa oikeudellisena ihanteena.⁸⁰ Vasta tällöin kansalliset tuomioistuimet pystyvät osallistumaan ihmisoikeuksien kehittämiseen tuomalla päätöksentekoon kansallisen oikeuskulttuurin perspektiivistä katsoen hyvinkin syväle valtiosääntöperinteeseen juurtuneita, mutta kansainvälisellä tasolla uudentyyppisinä näyttäytyviä tulkintaratkaisuja.⁸¹

Todettakoon myös, etteivät perus- ja ihmisoikeuksien edistäminen sekä niiden tuomioistuINVALVONNAN vahvistaminen olleet Suomessa alkujaan hegemonistisen eliitin etujen säilyttämiseksi käynnistetty hanke,⁸² vaan olennaisesti nimenomaan kansainvälisesti suuntautuneiden ja pitkälti vallitseviin vallankäytön muotoihin kriittisesti suhtautuneiden ihmisoikeusjuristien projekti.⁸³ Tässäkään mielessä suomalainen versio uudesta konstitutionalismista ei näyttäisi seuraavan uuden konstitutionalimin kansainvälistä valtavirtaa ainakaan kaikilta niiltä osin kuin asiaa on kriittisesti tarkkaavissa kansainvälisissä puheenvuoroissa hahmotettu. Esimerkiksi Ran Hirschlin mukaan uuteen konstitutionalismiin elimellisesti kuuluva pyrkimys vahvistaa tuomioistuinten asemaa on alkujaan ollut valtaapitävien poliittisten ryhmien hanke: vaikka uusiin perustuslakeihin onkin sisällytetty taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia, etenkin perustuslain tuomioistuinkontrollin vahvistamisella on itse asiassa pyritty sekä vahvistamaan negatiivisten oikeuksien ja taloudellisten vapauksien oikeudellista merkitystä että aktiivisesti siirtämään demokraattisten prosessien ulkopuolelle kysymyksiä, joiden poliittinen käsittely olisi saattanut heikentää siihen asti hegemonististen poliittisten, taloudellisten ja juridisten eliitin yhteis-

⁸⁰ Ks. myös Lasser 2009, s. 4–5.

⁸¹ Ks. myös Scheinin 1996, s. 16.

⁸² Ks. Hirschl 2004, s. 38–49 ja Gill 1995, s. 412.

⁸³ Näin jälkikäteen arvioiden ihmis- ja perusoikeuksien vahvistamista edistettiin ehkä suomalaisen oikeuskulttuurin tavanomaisten käytäntöjen näkökulmasta poikkeuksellisenkin laaja-alaisesti. Väitöskirjojen osalta ks. erit. Pellonpää 1984, Törmudd 1986, Nieminen 1990 ja Scheinin 1991. Oikeustieteen piirissä keskustelu oli toisinaan varsin poleemista ja kriittistä, kuten erityisesti Oikeus-lehdessä 1987–1988 käyty keskustelu Suomen liittymisestä Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukseen osoitti. Yhtäällä olivat ensisijaisesti Suomen kansalliseen oikeuskulttuuriin ja sen vakiintuneisiin arvoihin samoin kuin demokratia- sekä suvereenisuustulkintoihin kiinnittävät käsitykset (ks. Oikeus-lehden osalta erit. Tala 1987 s. 284–286, Kivivuori 1987, s. 405–406 sekä Jyränki 1991, s. 157–158 ja 173–174) ja toisaalla taas kyseiseen traditioon kriittisesti suhtautuvat ihmis- ja perusoikeuksien suojaan kiinnittävät argumentit (ks. erit. Scheinin 1987, s. 407–412, Lehtimaja 1987, s. 281–283, Lehtimaja 1988, s. 162–166 sekä Joutsamo 1988, 143–149).

kunnallista asemaa.⁸⁴ Suomessa kritiikin terä on käännettävä ainakin osaksi toiseen suuntaan.⁸⁵ Suomessa nimenomaan ihmisoikeudellistumista ja valtiosääntöistymistä *vastaan* käytetyt puheenvuorot on varsin usein esitetty hegemonistisen juridisen eliitin taholta – kritiikkinä sille, että siihenastisen kansallisen asiantuntijakulttuurin ylläpitämiä oikeudellisia käsityksiä ryhdyttäisiin perus- ja ihmisoikeuksiin nojautuen kyseenalaistamaan.⁸⁶

Kolmanneksi valtiosääntöistyminen on suomalaisessa kontekstissa tapahtunut rinnakkain ja vuorovaikutuksessa oikeusjärjestyksen *pluralisoitumisen*⁸⁷ kanssa. Suomalaisen valtiosääntökulttuurin kontekstissa pluralisoituminen viittaa normatiivisilta merkityksiltään ennen muuta ilmiöön, johon *Martin Scheinin* viittasi jo vuonna 1993 analysoidessaan suomalaisen pykälälegalistisen tradition sävyttämän oikeusajattelun muuttumista kansainvälistymisen seurauksena moniaineksiseksi, tapauksittain vaihtelevaksi ja jännitteitä tai kollisioita sisältäväksi ”oikeusjärjestykseksi”, jossa oikeusnormien etusijaongelmiin ja eri normilähteiden suhteisiin ei yksinkertaisesti ole olemassa yleistä etukäteistä tai hierarkkisesti ylintä vastausta.⁸⁸ Jos aiemmin suurin osa valtiosääntöisistä tulkintaongelmista ajateltiin voitavan ratkaista tukeutumalla etukäteen määriteltyihin abstrakteihin doktriineihin ja jos esimerkiksi yleisesti mielenkiintoisimmat oikeudelliset tulkintaongelmat typistyivät kysymyksiksi siitä, mikä merkityssisältö oikeuslähdeopin perusteella päteväksi osoittautuneelle ja juuri käsillä olevaan tapaukseen soveltuvalle säännökselle tulisi tarkkaan ottaen antaa,⁸⁹ nyt ongelmat ovat aivan toisen tyyppisiä. Nyt perustavimmat oikeudelliset ongelmat koskevat ennen muuta sitä, miten lukuisten samaan tapaukseen soveltuvien, erillisiin oikeudellisiin regiimeihin pohjautuvien ja erilaisen auktoriteettirakenteen omaavien oikeusnormien keskinäiset suhteet ja ristiriitaisuudet tulisi oikeastaan ratkaista, kun ristiriitoihin ei yksinkertaisesti ole olemassa ”objektiiivista”, jollakin tavalla hierarkkisesti ylintä tai muutoin etukäteen annettua ratkaisumallia.

Tällaiset muutokset näyttäisivät edellyttävän myös valtiosääntöisten institutionaalisten rakenteiden ja niiden taustaperiaatteiden keskinäissuhteiden uudelleenarviointia. Vaikka esimerkiksi perustuslakivaliokunnalle tavataan edelleen olettaa

⁸⁴ Ks. Hirschl 2004, s. 43–49.

⁸⁵ Ks. kuitenkin Husa 1999, s. 298. Husan tuolloin esittämän käsityksen mukaan valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen tapa korostaa perusoikeuksia ilmensi lähinnä valtiosääntöoikeuden tutkijoiden pyrkimyksiä kohottaa tieteellistä omanarvontuntoaan ja oman oikeudenalansa status-ta muiden oikeudenalojen tutkijoiden silmissä.

⁸⁶ Ks. etenkin Helin 2004, s. 1265–1266.

⁸⁷ Oikeudellista pluralismia ovat Suomessa käsitelleet mm. Kaarlo Tuori. Ks. Tuori 2007, esim. s. 75. Ks. myös Mylly 2009, s. 100–149. Kansainvälisestä keskustelusta ks. erit. usein viitattu Boaventura de Sousa-Santos ja tämän interlegaliteetin käsite. (Sousa Santos 1995, s. 473) sekä Rosenfeld 1998, erit. s. 199, ss. ja Walker 2008.

⁸⁸ Ks. Scheinin 1993, s. 19.

⁸⁹ Ks. Aarnio 1986, s. 160.

auktoritatiivinen perustuslain tulkitsijan asema,⁹⁰ ei luonnehdinnalla välttämättä ole loppuun saakka kestävää merkitystä oikeudellisten käytäntöjen ja perustuslakikontrollia koskevien institutionaalisten järjestelyjen nykytodellisuudessa. Perustuslain 106 §:n säännös perustuslain etusijasta edellyttää joka tapauksessa, että tuomioistuimet antavat etusijan perustuslaille, jos lain säännöksen soveltaminen johtaa niiden tulkinnan mukaan perustuslain kanssa ilmeiseen ristiriitaan. EU-oikeuden etusijaperiaate osoittaa vastaavan periaatteen pätevän myös EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden suhteeseen, kuitenkin sillä erolla, ettei ristiriidan edes edellytetä olevan ilmeinen.⁹¹ Myös kansainvälisten ihmisoikeussopimusten määräyksillä voi olla samankaltainen, kansallisen sääntelyn ja siihen perustuvat vaikiintuvat tulkinnat syrjäyttävä vaikutus, kuten useat kotimaisetkin tuomioistuintratkaisut osoittavat. *Neil Walkerin* sanoja seuraten: pluralistinen oikeus kyllä koostuu erilaisista normatiivisista järjestelmistä, mutta näiden erilaisten normijärjestelmien keskinäistä suhdetta luonnehtii pikemminkin eräänlainen globaali epäjärjestys: ”global disorder of normative orders”.⁹²

Vaikka Walkerin havainnot liittyvät ennen kaikkea oikeuden globaaleihin toimintaympäristöihin, on niille analoginen vastineensa yksittäisten oikeuskulttuurien sisäisissä osajärjestelmissä. *Tuomas Mylly* on esimerkiksi hiljan julkaisutussa väitöskirjatutkimuksessaan analysoinut perusteellisesti eurooppalaisen immateriaalioikeuden ja kilpailuoikeuden keskinäissuhteita ja konflikteja tilanteessa, jossa tuota suhdetta ja siinä ilmeneviä ristiriitoja ei selvästikään ole enää mahdollista ratkaista jommankumman sääntelyjärjestelmän hyväksi esimerkiksi *lex specialis* -tyyppisin ratkaisunormein.⁹³

Pluralisoituminen ei tarkoita, eikä sen modernin oikeusvaltion puitteissa edes voi perustellusti katsoa merkitsevän oikeudellisen ratkaisutoiminnan normatiivisuuden ja ennakoitavuuden ideaalin katoamista. Oikeudellisen ratkaisutoiminnan sisäisestä näkökulmasta tarkastellen pyrkimyksenä on edelleenkin ristiriidattomuuden saavuttaminen, ”koherenssi edes yksittäisen tapauksen ratkaisemisessa”.⁹⁴ Jos ja kun ristiriitoja ilmenee, ne joudutaan ratkaisemaan pikemminkin pyrkimällä yhteensovittamaan erilaiset järjestelmät ja niiden taustalla olevat tavoitteet ja periaatteet. Ja mikä olennaisinta, yleisen ristiriitojen ratkaisusäännön tai erilaisten normien vuorovaikutusta koskevan ”metanormin”⁹⁵

⁹⁰ Ks. esim. PeVM 10/1998 vp, s. 31.

⁹¹ Ks. Ojanen 2008b, s. 145–146.

⁹² Ks. Walker 2008, s. 376.

⁹³ Ks. Mylly 2009, s. 105–109.

⁹⁴ Scheinin 1993, s. 18. Ks. myös Dworkin 1986, s. 225–227.

⁹⁵ Metanormin käsitettä on meillä hyödyntänyt erityisesti Outi Suviranta. Suvirannan käsitteistössä metanormeilla viitataan normeihin, jotka määrittävät yhtäältä käyttäytymis- ja kompetenssinormien muodostamista tai kuulumista oikeusjärjestykseen ja toisaalta ratkaisunormin muodostamista muita normeja yhdistelemällä ja yhteensovittamalla sekä niiden välisiä ristiriitoja ratkomalla. Ks. Suviranta 1996, s. 47–48. Ei ole varmaa, että näin erilaisten funktioiden sisällyttäminen yhden normikategorian sisälle on analyttisesti hyödyllistä. Suvirannan mainitseman

puutetta ei tule ymmärtää oikeudelliseksi aukoksi, joka vain odottaa lainsäätäjän paikkaavia toimenpiteitä. Päinvastoin pluralisoituneen oikeuden erilaisten normien vuorovaikutus on tyypillisesti kysymys, joka edellyttää oikeudelliseen päätöksentekoon yleisestikin liitettävää yleistettävyyden vaatimukset täyttävää argumentoivaa ja konstruktiiivista ratkaisua.⁹⁶

Tällainen asetelma, jossa oikeudellinen todellisuus on yhtäältä ilmiselvällä tavalla ristiriitaisten normijärjestelmien todellisuus, mutta jossa siitä huolimatta on toisaalta edelleen pyrittävä mahdollisimman johdonmukaisiin ja yleistettäviin ratkaisuihin, muodostaa myös nykyvaltiosääntömme keskeisen ratkaisuasasetelman. Sellaisenaan se ei voi olla vaikuttamatta myöskään valtiosäännössä omaksuttujen institutionaalisten järjestelyjen rationaalisuusehtoihin.

Neljäs Suomen nykyvaltiosääntöä uuden konstitutionalismin toiseen päähän liittävä tekijä koskee perustuslaissamme omaksuttuja lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa ja erityisesti perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen valvontaa koskevia institutionaalisia järjestelyjä. Tavallaan kysymys on myös oikeudellisen pluralismin siirtämisestä valtiosäännön *institutionaalisten raken-*
teiden analyysiin ja sen rationaliteetin mittapuuksi.

Voidaan nimittäin sanoa, että uuden valtiosääntöistymisen toiselle aallolle luonteenomaiset institutionaaliset järjestelyt edustavat merkittävää irtiottoa perinteisestä konstitutionalismista, jossa lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa lähestytään ennen muuta suvereenisuushakuisesti sekä oikeudellisen ja poliittisen valvontajärjestelmän välillä tehtävää valintaa koskevana kysymyksenä. Auktoritatiivinen perustuslaintulkintatoimivalta voitiin tässä perinteisessä perspektiivissä sinänsä antaa niin lainsäätäjälle kuin tuomioistuimillekin,⁹⁷ mutta olennaista oli, että se annettiin jommallekummalle.⁹⁸ Toiselle aallolle tyypilliset ratkaisut pyrkivät sen sijaan ennen kaikkea siirtämään tällaiset institutionaalista auktoriteettia korostavat, lopulliseksi ymmärrettyjä päätöksiä tarkkaavat ja kategorisuutta tavoittelevat normikontrolliteoriat ainakin osittain syrjään tarkastelun keskiöstä. Sen sijaan huomio kiinnitetään instituutioiden välisen tasapainoon, jaettua perusoikeuksien toteuttamisvastuuta koskeviin vaatimuksiin samoin kuin tuomioistuinten ja lainsäätäjän välisen vuorovaikutuksen ja dialogin mahdollisuuksiin ja ehtoihin.⁹⁹ Menettelyt liittyvät perusoikeuksien toteuttamiseen ja normikontrolliin sikäli, että niissä arvioidaan nimenomaan oikeuksien toteuttamisvaatimusten ja demokraattisesti säädetyin lain sekä demokraattisten

ensimmäisen kategorian metanormien sisältö samastuu pitkälti Hartin konstitutiivista funktiota toteuttavaan sekundääristen sääntöjen luokkaan (ks. Hart 1997, s. 91–98), kun taas esimerkiksi normien yhdistelyä ja ristiriitojen ratkaisua koskevissa normeissa on kyse väistämättä myös tulkinnallisista standardeista ja metodeista.

⁹⁶ Ks. Mylly 2009, s. 19.

⁹⁷ Ks. esim. Nino 1994, s. 291–297.

⁹⁸ Ks. esim. Garbbaum 2001, s. 708.

⁹⁹ Ks. Garbbaum 2001, s. 710. Ks. myös Garbaum 2010, s. 171.

menettelyjen tuottaman legitimiisyyden välistä suhdetta. Samalla kuitenkin teesi normikontrollista *joko* lainsäätäjän *tai* tuomioistuinten ylivalta *kiistettään*.¹⁰⁰ Päinvastoin, oletuksena on, että kontrollivalta on mahdollista ja perusteltuakin antaa samanaikaisesti ja yhtäläisesti *sekä* lainsäätäjälle *että* tuomioistuimille. Samalla pyritään eroon perinteisten konstitutionalististen mallien tarjoamasta oletuksesta, jossa perusoikeudet ovat joko ylintä oikeutta, jonka toteutumista kyseenalaistamattomissa olevat ylimmät tuomioistuimet valvovat, tai tavallista lainsäädäntöä, ja sellaisenaan enemmistön milloin tahansa muutettavissa.¹⁰¹

Tällainen *sekä/että* -konstitutionalismi näyttäisi leimaavan myös nykyisiä suomalaisia valtiosääntörakenteita. Sekä suomalaisen valtiosääntökulttuurin traditionaalinen tausta että perustuslakikontrollin järjestämisessä 1990-luvun alusta lähtien omaksutut ratkaisut vastaavat lähtökohdiltaan ja keskeisiltä muuтокsiltaan niitä muutostendenssejä, jotka ovat 1980-luvun alkupuolelta lähtien leimanneet useita brittiläisen kansainyhteisön maita, samoin kuin myös osin Ranskaa ja esimerkiksi Ruotsia. Kuten Kanadassa, Uudessa-Seelannissa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa,¹⁰² sekä Ranskassa ja Ruotsissa, myös meillä konstitutionalistinen traditio on perustunut hyvin vahvasti lainsäätäjän suvereenisuuden varaan. Suomessa nimenomaan eduskunnan säätämää lakia on perinteisesti pidetty edustuksellisen demokratian lippulaivana, jonka puitteissa poliittinen hallinta toteutuu legitimiisti.¹⁰³ Tämä oletus on suoraan vaikuttanut myös perustuslain vaikutuksia konkreettisiin oikeudellisiin käytäntöihin välittäviin doktriineihin ja institutionaalisiin ratkaisuihin. Perustuslakiin kirjattujen perusoikeuksien katsottiin konkretisoituvan käytännössä kokonaan juuri eduskunnan säätämien lakien välityksellä. Samoin lakien perustuslainmukaisuuden valvonta oli loogista järjestää yksiselitteisen parlamenttijohtoisesti antamalla eduskunnan erityiselle valiokunnalle keskeinen asema perustuslain tulkinnassa. Samalla lakien perustuslainmukaisuuden tutkimiskielto merkitsi muutamaa poikkeusta lukuun ottamatta myös perustuslain perusoikeussäännösten käytännöllistä soveltamiskelvottomuutta.¹⁰⁴

Viimeisen kahden vuosikymmenen aikana tapahtuneet muutokset Suomen valtiosääntöoikeudellisessa järjestelmässä ovat kuitenkin selvästi suhteellistaneet näitä perinteisiä lähtökohtia. Kyse ei kuitenkaan ole siirtymästä parlamentaarista suvereenisuutta ja lainsäätäjän perustuslaintulkintaylivaltaa korostavas-

¹⁰⁰ Ks. kuit. Gardbaum 2001, s. 709 ja Gardbaum 2010, s. 170. Gardbaum pyrkii antamaan lainsäätäjälle viimeisen sanan, mutta on varsin epäselvää, miten tämä käsitys on yhteen sovitettavissa niiden lähtökohtien kanssa, joihin Gardbaum kansainyhteisön mallin mukaisen konstitutionalismin muuten varaa.

¹⁰¹ Ks. Gardbaum 2001, s. 708.

¹⁰² Ks. esim. Gardbaum 2001, s. 719–739.

¹⁰³ Ks. Jyräki 2003, s. 285.

¹⁰⁴ Ks. esim. Viljanen 2002, s. 27.

ta traditiosta suoraan vahvaan tuomioistuinperustaiseen perustuslakikontrollimalliin. Sen sijaan valvonnan rakenne on jo valtiosisäiseltä perusuonteeltaan pluralistinen: kuten jo edellä esitettiin, lakien perustuslainmukaisuuden valvonta ja siihen olennaisesti liittyvä perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen valvonta on meillä jo perustuslain säädöstenalla järjestetty useiden rinnakkaisten mekanismien varaan: lakien ja niiden soveltamisen perustuslainmukaisuutta valvotaan sekä lakia säädettäessä että sen jälkeen, sekä poliittisissa että oikeudellisissa menettelyssä ja sekä kategoristen ristiriitojen ratkaisumenettelyjen että tulkinnallisempien menettelyjen varassa.

Valvontajärjestelmien rinnakkaisuus on sikäli aitoa, ettei eri valvontainstituutioiden välille ole osoitettavissa selväpiirteistä hierarkiaa. Suomalaisessa järjestelmässä sen paremmin perustuslakivaliokunnalla kuin tuomioistuimillaakaan ei ole sellaista asemaa, jonka Saksan perustuslaki takaa sikkäläiselle valtiosääntötuomioistuimelle ja joka on ominaista esimerkiksi USA:n liittovaltion korkeimmalle oikeudelle yhdysvaltalaisessa valtiosääntökulttuurissa. Eduskunnan perustuslakivaliokunnalla on kylläkin keskeinen asema lakien perustuslainmukaisuuden lainsäätämisvaiheen valvonnassa. Toisaalta tuomioistuinten vastuu perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisesta ja lakien perustuslainmukaisuuden valvonnasta on selvästi suurempi kuin ennen ihmisoikeuskulttuurin murroksesta käynnistynyttä oikeustilan muutosta.

Tutkimuksessa onkin oletettu, että Suomessa omaksuttu malli ilmentää eräänlaista välitysteoriaa. Hierarkian ja tiettyyn pisteeseen palautettavan institutionaalisen auktoriteetin sijaan perustuslakikontrollia on Suomessa uudistettu kehittämällä aiemman parlamentaarisen valvonnan rinnalle erilaisia rinnakkaisia ja keskenään vuorovaikutuksessa toimivia perustuslakikontrollin muotoja. Samoin tutkimuksessa on oletettu, että välitysmallit heijastelevat varsin perustaviakin muutoksia tavoissamme ymmärtää eri valtiosääntöperiaatteiden keskinäiset suhteet. Teoreettisella tasolla kyse on uudesta tavasta lähestyä demokratian ja perusoikeusperiaatteiden välistä suhdetta.¹⁰⁵ Kuten kanadalainen valtiosääntötutkija *W. J. Waluchow* esittää, siinä pyritään ottamaan erityisen vakavasti se oikeudellisista käytännöistä ilmenevä tosiasia, ettei modernin konstitutionalismin esille nostamiin kysymyksiin oikeuksien merkityksestä ja suhteesta demokratiaan ole *yleisellä tasolla* olemassa yhtä ainoaa oikeata ja kiistatonta ratkaisua. Sen sijaan, että pyrkisimme perinteisen valtiosääntöoikeudellisen teorianmuodostuksen tapaan oikeuttamaan tai kritisomaan perustuslakikontrollia koskevia institutionaalisia järjestelyjä konstruoimalla ensin jonkin abstraktilla tasolla päteväksi oletetun teorian perusoikeuksien ja demokratian oikeasta suhteesta ja tuon suhteen edellyttämästä institutionaalaisesta työnjaosta, kysymme kin, miten perusoikeuksien ja demokratian suhdetta määrittävät institutionaali-

¹⁰⁵ Ks. myös Gardbaum 2001.

set järjestelyt tulisi muotoilla, kun tiedämme, ettei suhde ole abstraktilla tasolla ratkaistavissa.¹⁰⁶

Edellä mainittu lähtökohta perustavimpinakin esitettyjen valtiosääntöperiaatteiden abstraktista ennaltamääräämättömyydestä, mutta toisaalta niiden keskeisen tärkeästä asemasta modernin oikeusvaltion legitimitteettiperiaatteina, on ratkaisevalla tavalla määrittänyt tässä tutkimuksessa sekä työn teoreettisia lähtökohtia että perustuslakikontrollin rakenteen yleistä tarkastelukehystä.

¹⁰⁶ Ks. Waluchow 2007, s. 127.

2 Tutkimuksen teema, kysymyksenasettelu ja aikaisempi tutkimus

2.1 TEEMA JA RAJAUKSET

2.1.1 Perustuslakikontrolli tutkimuksen kohteena

Käsillä oleva tutkimus koskee Suomen valtiosäännön puitteissa tapahtuvaa perustuslakikontrollia. Perustuslakikontrollin käsitettä olisi sinänsä mahdollista yrittää täsmentää esimerkiksi *Mikael Hidénin* vuonna 1974 julkaisemassa säädösvalvontaa koskevassa monografiatutkimuksessa omaksutulla tavalla erittelemällä yleisellä tasolla sekä yleisen oikeudellisen kontrollin¹⁰⁷ että erityisesti perustuslakikontrollin¹⁰⁸ käsitteitä sanakirjamaiseen tarkkuuteen pyrkien. Tässä on kuitenkin päädytty osin toisen tyyppiseen ratkaisuun. Kun tarkoituksena on arvioida suomalaisen perustuslakikontrollin toimintaa tiettyä institutionaalista perusrakennetta heijastelevana kokonaisuutena, jonka konkreettinen sisältö riippuu kuitenkin erityisesti perusoikeus- ja demokratiaperiaatteen kaltaisista asiayhteyssidonnaisesti sisältöä saavista valtiosääntöperiaatteista, tutkimuksen lähtökohtien kannalta olen pitänyt riittävänä esittää nuo puitteet jossain määrin summaarisesti, ikään kuin tutkimuksen yleisinä pelimerkkeinä.

Huomion kohteena ovat ensinnäkin institutionaaliset järjestelyt, jotka koskevat sekä yleisten oikeusohjeiden että konkreettien tulkintaratkaisujen perustuslainmukaisuuden valvontaa. Esittelin edellä järjestelmämme yleiset säädännäisoikeudelliset puitteet voimassa olevan perustuslain ja sitä koskevien muutosten valossa. Käytän toisin sanoen perustuslakikontrollin käsitettä viittaamaan laajasti sellaisiin valtiosäännössä tai valtiosääntöoikeudellisissa käytännöissä vahvistettuihin institutionaalisiin järjestelyihin, joiden tarkoituksena on varmistaa valtiosäännönmukaisissa menettelyissä säädettyjen lakien ja niiden soveltamiseen perustuvien oikeudellisten tulkintaratkaisujen aineellisoikeudellinen perustuslainmukaisuus.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ks. Hidén 1974, s. 1–9 ja siinä valvonnasta lausuttu.

¹⁰⁸ Hidénin tutkimus kohdistui erityisesti yleisten oikeusohjeiden, säädösten valvontaan. Eriytisesti säädösvalvonnan käsitteestä ks. Hidén 1974, s. 9–44.

¹⁰⁹ Perustuslakikontrollin järjestämiseen on käytettävissä erilaisia institutionaalisia ratkaisuja, jotka poikkeavat toisistaan muun muassa ajankohdan (ennen lain voimaan tuloa / lain voimaan tulon jälkeen), kohteen (lain säännös / lain säännöksen tietty konkreetti sovellus), organisaation (hajautettu / keskitetty), kontrollia harjoittavan instituution luonteen (parlamentti / toimeenpanovallan edustaja / tuomioistuin), sekä kontrollin vaikutusten (pätemättömyys / soveltamiskelvottomuus) suhteen. Ks. tarkemmin Husa 2004a, s. 46–50.

Sen sijaan tutkimuksessa ei käsitellä lakia alemmanasteisiin säädöksiin kohdistuvaa valvontaa eikä myöskään kysymystä siitä, millaisia rajoituksia valtiosäännöstä seuraa hallinnolliselle päätöksenteolle.

Rajaus perustuu ennen muuta julkisen vallankäytön valtiosääntöisiin legitimiisyydskriteereihin sekä valtiollisten perustehtävien välillä ilmeneviin eroihin. Lakia alemmanasteisen sääntelyn merkittävin ero lainsäädännön perustuslainmukaisuuden kontrolliin on tietenkin tässä perspektiivissä siinä, että vain lainsäädännön legitimiisyyden tueksi voidaan suoraan vedota demokraattisiin menettelyihin, kun taas lakia alemmanasteisen sääntelyn demokraattinen legitimiiteetti on korkeintaan välillistä, esimerkiksi parlamentaarisen vastuukatteen kautta toteutuvaa. Hallinnolliset päätökset on puolestaan syytä *Kaarlo Tuoria* seuraten erottaa etenkin lainkäytölle tyypillisestä oikeudellisesta päätöksenteosta sen vuoksi, että hallinnollinen päätöksenteko ja toimeenpanovallan käyttö seuraavat päätöksenteossa poliittisen päätöksenteon tapaan ideaalityypiltään etukäteen asetettujen tavoitteiden puitteissa tapahtuvaa tavoiterationaalista harkintamallia.

Tämä piirre erottaa hallinnon niin lainkäytöstä kuin poliittisesta päätöksenteosta ja lainsäädäntöprosesseihin kytketyistä oikeudellisista käytännöistä. Poliitikasta poiketen hallinnon ei lähtökohtaisesti oleteta tekevän lainsäädännön tavoitteita koskevia päätöksiä, vaan niiden asettaminen kuuluu poliittisille prosesseille. Lainkäytöstä hallinto eroaa taas siinä, että hallinto toteuttaa lakeja täytäntöönpannessaan hallinnonaloittain täsmentyviä ja ulkopuolista yhteiskuntaa koskevia tavoitteita. Sen näkökulma ei siten ole vastaavalla tavalla universalisoiva ja oikeuden sisäinen, yleisten oikeusnormien toteuttamiseen itsetarkoituksellisesti viittaava.¹¹⁰ Sama oikeuden sisäinen näkökulma puolestaan tuottaa perusteen erottaa lainsäädäntöprosessien yhteyteen kytketyt oikeudelliset menettelyt, kuten esimerkiksi lakien perustuslainmukaisuuden parlamentaarisen ennakkovalvonnan, ainakin lähtökohtaisesti normaalista poliittisesta ja luonteeltaan tavoiterationaalista päätöksenteosta – olkoonkin, että tuon eron tekeminen saattaa olla vaikeaa ja kiistanalaista. Lainsäädännön perustuslakikontrollin periaatteellinen merkitys ja valtiosääntöteoreettinen haastavuus liittyikin juuri siihen, ettei kysymystä hallinnollisen päätöksenteon valtiosääntöoikeudellisesta kontrolloitavuudesta ja alisteisuudesta tuomioistuinten päätöksille pidetä oikeusvaltiossa kiistanalaisena. Sen sijaan kiistanalaista on, tuleeko ja missä rajoissa tuomioistuimille ja oikeudellisille käytännöille antaa toimivalta päättää myös demokraattisten poliittisten prosessien puitteissa tehtävien päätösten perustuslainmukaisuudesta.¹¹¹

¹¹⁰ Ks. Tuori 2000a, s. 155.

¹¹¹ Ks. myös Waldron 2006, s. 1354.

2.1.2 Ristiriidan käsite ja sitä koskevat erottelut

Tutkimuksessa ei varsinaisesti kehitellä valtiosääntöoikeudellisten ristiriitojen ratkaisun teoriaa tulkinta- ja argumentaatioteoreettisella tasolla. Perustuslaki-kontrollissa on kuitenkin kyse valtiosääntöoikeudellisten normiristiriitojen ratkaisemisesta, ja ristiriidan käsite ja sitä koskevat erottelut ovat tässä mielessä olennaisia tutkimuksen lähtökohtien ymmärtämiselle. Olen tutkimuksessa lähentynyt siitä, että ristiriidalla viitataan valtiosääntöoikeuden piirissä yleensä muiden oikeusjärjestyksen normiristiriitatilanteiden tapaan soveltamisongelmiin, joissa samaan tapaukseen soveltuu vähintään kaksi normia, jotka sinällään ovat tunnusmerkistönsä mukaan tapaukseen sovellettavissa, mutta jotka kuitenkin johtavat erilaisiin lopputuloksiin.¹¹²

Tulkinnallinen / lopullinen ristiriita – Vaikka ristiriidan perusmääritelmä konkretisoi jossain määrin valtiosääntöoikeudellisten ristiriitojen merkityssisältöä, saadaan normikollisioista ja niiden ratkaisua koskevista institutionaalisista järjestelyistä parempi ote, jos tarkastelua täydennetään ratkaisuharkinnan erilaisiin vaiheisiin liittyvillä erotteluilla.¹¹³ Erilaisissa tulkintatilanteissa esiintyvät normikollisiot on syytä jakaa kahteen ryhmään sen perusteella, mihin oikeudellisen harkinnan vaiheeseen ne liittyvät. Voidaan puhua alustavista (*prima facie*) ja lopullisista (*all things considered*) ristiriidoista.¹¹⁴ Alustavassa vaiheessa soveltuva normistoa hahmotetaan pääpiirteissään ja niin ollen myös ristiriidat ovat alustavia, *prima facie* -tyyppisiä.¹¹⁵ Lopullisina, *all things considered* -tyyppisinä ristiriitoina, normikonflikteina, voidaan pitää puolestaan normikollisioita, jotka jäävät jäljelle senkin jälkeen, kun kaikkien tapaukseen soveltuvien normien sisältö ja keskinäissuhteet sekä niiden oikeuttamisperusteet on yksityiskohtaisesti selvitetty.¹¹⁶

Tähän yleiseen erotteluun liittyy myös suomalaisissa valtiosääntökäytännöissä tehty jako näennäisiin ja tulkinnallisesti ratkaistaviin sekä selviin ja sen vuoksi tulkinnallisesti ratkaisukelvottomiin ristiriitoihin. Kuten perustuslakivaliokunta totesi muotoillessaan perusoikeusmyönteisen tulkinnan periaatetta perusoikeusuudistuksen yhteydessä, normaaleissa perusoikeuksien soveltamistilanteissa tuomioistuimissa perusoikeussäännökset vaikuttavat yhdessä ratkaisun perusteena:

”Valiokunta yhtyy siihen esityksestä välittyvään käsitykseen, että perusoikeusuudistuksen toteuttaminen on pidettävissä erillään kysymyksestä lakien perustuslainmukaisuuden jälkikontrollin järjestämisestä. Perusoikeussään-

¹¹² Ks. esim. Alexy 1986, s. 77.

¹¹³ Ks. myös Pöyhönen 2000, s. 190.

¹¹⁴ Ks. esim. Aarnio 1989, s. 161–170.

¹¹⁵ Ks. Aarnio 1989, s. 301.

¹¹⁶ Ks. esim. Nuutila 1996, s. 138–142.

nösten soveltaminen tuomioistuimissa ei sinänsä riipu siitä, onko tuomioistuimilla mahdollisuus jättää soveltamatta perustuslain kanssa ristiriidassa olevaa lakia.

Normaalissa perusoikeuksien soveltamistilanteessa tuomioistuimessa perusoikeussäännökset ja tavallisen lain säännökset vaikuttavat yhdessä ratkaisun perusteena. Käytännössä sellaiset ratkaisutilanteet, joissa olisi selvä ja ratkaisematon ristiriita perustuslain ja lain säännösten välillä, ovat äärimmäisen poikkeuksellisia. Jos tällainen tilanne tulisi esille, ei tuomioistuimen hallitusmuodon 92 §:n 2 momentin vakiintuneen tulkinnan mukaan ole mahdollista todeta lakia perustuslain vastaiseksi. Oletetut ristiriidat ovat käytännössä useimmiten näennäisiä ja poistettavissa tulkinnalla.

Tuomioistuinten tulee valita perusteltavissa olevista lain tulkintavaihtoehdoista sellainen, joka parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoituksen toteutumista ja joka eliminoi perustuslain kanssa ristiriitaisiksi katsottavat vaihtoehdot. Tältä osin voidaan puhua perustuslainmukaisesta tai perusoikeusmyönteisestä laintulkinnasta.¹¹⁷

Sikäli kuin oikeudellisissa käytännöissä nousee esiin ristiriitaisuuksia lain tulkintavaihtoehtojen ja perustuslain välillä, ovat ne toisin sanoen käytännössä useimmiten näennäisiä ja poistettavissa perusoikeusmyönteisellä tulkinnalla. Sen sijaan tilanteet, joissa olisi selvä ja ratkaisematon ristiriita perustuslain ja lain säännösten välillä, ovat äärimmäisen poikkeuksellisia. Voitaneen olettaa, että tällaiset ristiriidat kuuluvat ainakin lähtökohtaisesti perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen soveltamisalueelle.¹¹⁸

Sääntöristiriidat / Periaateristiriidat – Toinen normikollisioiden ratkaisemisen kannalta tärkeä, suomalaisessa keskustelussa usein toistettu, joskaan ei aina välttämättä oikein ymmärretty, analyttinen erottelu koskee oikeusnormien normiteoreettista jakoa sääntöihin ja periaatteisiin. Tässä kohtaa tulee myös selväksi, että valtiosääntöoikeudellisilla normiristiriidoilla ja niiden teoreettisilla jäsenyksillä on väistämättä kiinteä yhteys myös siihen, millaiseksi ymmärrämme yksilöllisiä oikeuksia perustelevien normien oikeudellisen merkityksen suhteessa yhteiskunnan kollektiivisia, jakamattomia hyviä perusteleviin normeihin. *Ronald Dworkinin* ja *Robert Alexyn* teoriatuotantoihin¹¹⁹ pohjautuvan ja oikeustieteessä hyvin vakiintuneesti seuratun erottelun mukaan oikeusnormit ovat joko sääntöjä, jotka soveltuessaan edellyttävät ehdottomasti tiettyä ratkaisua, tai periaatteita, joiden lopullinen oikeudellinen merkitys määräytyy niiden suhteellisen painoarvon perusteella. Jos tapaukseen soveltuu sääntö, on ratkaisu tehtävä sen nojalla.¹²⁰ Jos näin ei tehdä, on sääntö pätemätön. Periaate sen si-

¹¹⁷ Ks. PeVM 25/1994 vp, s. 4.

¹¹⁸ Ks. myös PeVM 10/1998 vp, s. 30–31.

¹¹⁹ Ks. erit. Dworkin 1978, s. 22–23 ja Alexy 1986, s. 71–72.

¹²⁰ Dworkin 1978, s. 27–28. Sääntö tuottaa ratkaisun ”on its own terms”.

jaan säilyttää pätevyytensä, vaikkei se välttämättä määrääkään tapauksen ratkaisua edes riidattomalla soveltamisalallaan. Joistakin tapaukseen niin ikään soveltuvista vastaperiaatteista tai noudattamistaan ehdottomasti vaativista säännöistä saattaa nimittäin seurata, ettei ensivaiheessa merkitykselliseltä vaikuttanut oikeusperiaate vaikuta lopulta lainkaan ratkaisun lopputulokseen tai sitten merkitys on vähäisempi kuin periaate yksinään implikoisi.

Kuten oikeusjärjestykseen kuuluvat normit yleensäkin, myös valtiosääntöoikeudelliset normit ovat luonteeltaan sääntöjä tai periaatteita. Perusoikeuksien periaateluonne ilmenee yleensä niiden rajoitettavuutena. Kun perusoikeudet eivät yleisesti ottaen ole sillä tavoin ehdottomia, ettei niitä saisi missään olosuhteissa painavista perusteista rajoittaa, yksittäisen perusoikeuden lopullinen merkitys riippuu sen suhteellisesta painoarvosta verrattuna oikeuden rajoittamista perusteleviin perusteisiin. Osa oikeuksista on kuitenkin syytä ymmärtää ehdottomiksi siten, ettei niitä saa missään olosuhteissa painavistakaan syistä rajoittaa, minkä lisäksi rajoitettavissakin oleville oikeuksille tulisi ainakin olettaa eräänlainen ydinalue, jonka alueella rajoitukset eivät ole sallittuja. Tällaiset perusoikeudet ja perusoikeuksien ydinalue heijastavat normiteoreettisessa katsannossa säännön luonteisia normeja. Esimerkiksi perustuslakimme 7 §:n 2 momenttiin sisältyvä kidutuksen kieltä edustaa tällaista ehdotonta sääntöä sikäläkin, etteivät myöskään kansainväliset ihmisoikeussopimukset salli kidutuksen kiellosta poikkeamista edes poikkeusoloissa.¹²¹ Niin ollen oikeusjärjestyksessämme ei voi perustellusti aktualisoitua tilanne, jossa kidutuksen kieltä ikään kuin punnittaisiin suhteessa sen rajoittamisesta mahdollisesti koituviin etuihin esimerkiksi yleiselle järjestykselle ja turvallisuudelle tai toisten perusoikeuksien toteutumiselle.

Periaate- ja sääntöluonteisten normien erot vaikuttavat myös niitä koskevien tulkintaongelmien ja kollisionratkaisun luonteeseen. Säännön luonteisille normeille tyypilliset tulkintaongelmat koskevat niiden soveltamisalaa. Tästä myös seuraa, että *prima facie* -luonteinen ristiriita säännön ja jonkin toisen normin kanssa voidaan ratkaista joko aineellisesti määrittelemällä säännön soveltamisala sellaiseksi, ettei ristiriitaa lopulta esiinny (esim. toteamalla, ettei sääntö soveltunutkaan tapaukseen, vaikka siltä jonkin säännöksen sanamuodon perusteella alustavasti näytti) tai muodollisesti toteamalla, ettei sääntö ole pätevä esimerkiksi sen vuoksi, että sen kanssa ristiriitainen normi on hierarkkisesti ylempi (*lex superior*). Jos tapaukseen soveltuu ehdoton perusoikeus, on ratkaisu kai-

¹²¹ Ks. Viljanen 2001, s. 13. Viljanen sitoo ehdottomuuden ainakin osin säännöksen kielellisiin ominaisuuksiin. Ks. kuitenkin myös Viljanen 2001, s. 229–234 ja siinä ydinalueen suojasta todettu. Lieneekin niin, että perus- ja ihmisoikeusnormien ehdottomuus ratkeaa argumenteilla, jotka perustuvat oikeuksia koskevien normilauseiden ilmentämiin terminologisiin valintoihin samoin kuin oikeuksia koskevan rajoitusdoktriinin soveltamisalaan sekä perusoikeuksien ydinalueanalyysille tyypilliseen sisällölliseen päättelyyn siitä, millaiset kajoamiset oikeuksiin tekevät kyseisen oikeuden käytännössä taikka periaatteessa tyhjäksi.

kissa olosuhteissa tehtävä suoraan sen perusteella, jolloin vastaavasti ehdottoman perusoikeuden kanssa ristiriitainen normi osoittautuu joko kokonaan pätemättömäksi tai käsillä olevassa tilanteessa soveltamiskelvottomaksi.¹²² Periaatteisiin liittyvät kollisiot ratkeavat puolestaan tyypillisesti periaatteiden painoarvoon liittyvien aineellisten argumenttien perusteella. Se, että yksittäinen periaate ei saa lopullisessa ratkaisuharkinnassa lopputuloksen kannalta merkitystä, ei tällöin tarkoita sen paremmin sitä, ettei periaate soveltunut tapaukseen kuin sitä, ettei se olisi pätevä oikeusjärjestyksen normi. Kyse on vain siitä, että ratkaisevaan asemaan noussutta periaatetta pidettiin tuossa tilanteessa painavimpana.¹²³

Oikeuksien ja kollektiivisten hyvien väliset ristiriidat – Robert Alexyn perusoikeusteoriaan sisältyvä punnintalaki edustaa yhtä käsitystä siitä, miten periaatteiden ja niiden vastaperiaatteiden välistä suhdetta tulisi painoarvojen määrittämisen näkökulmasta arvioida. Alexyn käsitysten puitteissa ristiriidat ratkaistaan aina oikeasuhtaisuusvaatimusta heijastavalla punninnalla. Alexyn sanoin: ”Mitä suurempi jonkin periaatteen toteutumatta jäämisen tai rajoituksen aste on, sitä tärkeämpää tulee toisen periaatteen toteutumisen olla.”¹²⁴ Periaatteet edustavatkin Alexylle eräänlaisia optimointikäskyjä, jotka on oikeudellisten ja tosiasiallisten mahdollisuuksien rajoissa pyrittävä toteuttamaan mahdollisimman suuressa määrin. Painoarvoltaan vahvempi periaate ei siten Alexyn mallissa koskaan kokonaan syrjäytä heikommaksi tulkittua periaatetta, vaan molempia tulisi pyrkiä toteuttamaan niin täydellisesti kuin mahdollista.¹²⁵

Esimerkiksi Ronald Dworkin ei jaa Alexyn optimointiajattelua. Päinvastoin, Dworkinin kielenkäytössä painavimmalle oikeusperiaatteelle annetaan yleensä heikommät periaatteet syrjäyttävä vaikutus. Erityisen selvää tämä on varsinaisten oikeusperiaatteiden ja kollektiivisia hyviä perustelevien politiikka-luonteisten periaatteiden välisissä suhteissa. Dworkinin tunnetun oikeuksien vakavasti ottamisen teesin sisältönä on, että ristiriidat yksilöllisiä oikeuksia perustelevien oikeusperiaatteiden ja kollektiivisia intressejä perustelevien politiikanormien välillä tulee lähtökohtaisesti ratkaista oikeusperiaatteiden hyväksi.¹²⁶ Oikeuksille joudutaan antamaan ensisijainen asema, koska vain näin ne voivat toimia kriittisenä mittapuuna sellaisille kollektiivisille tavoitteille, jotka normaalisti yksinään tuottavat riittävän oikeutuksen oikeudelliselle sääntelylle.¹²⁷ Näin käy selväksi, että oikeuksia perustelevat argumentit eivät ole Dworkinin käsitteis-

¹²² Ks. myös Dworkin 1978, s. 92.

¹²³ Tältä osin Klaus Güntherin erittely normin pätevyyttä koskevien justifiointidiskurssien ja normin sovellettavuutta koskevien soveltamisdiskurssien välillä tarjoaa nähdäkseni edelleenkin parhaan selityksen periaatteiden tällaiselle piirteelle. Ks. Günther 1989, s. 265–267.

¹²⁴ Alexy 1986, s. 146.

¹²⁵ Ks. myös Viljanen 2001, s. 215.

¹²⁶ Ks. Dworkin 1978, s. 191–192.

¹²⁷ Dworkin 1978, s. 191–192.

tössä oikeusperiaatteita, ellei niillä ole tällaista lähtökohtaista etusijaa.¹²⁸ Prima facie etusija on niiden ”tunnistamissääntö”.

2.1.3 Eurooppaoikeutta koskeva rajaus

Tutkimuksen kohteena ovat erityisesti kansallisen oikeusjärjestyksen piirissä tapahtuvat perustuslakikontrollimenettelyt ja erityisesti niiden teoreettiset perusteet. Vähän täsmällisemmin: olen ollut kiinnostunut etenkin siitä, miten modernin konstitutionalisin klassista jännitettä yhtäältä valtiosäännönmukaisten ja demokraattisten menettelyjen tuottaman legitimitietin ja toisaalta perus- ja ihmisoikeuksissa tiivistyvän sisällöllisen legitimitietin välillä tulisi yleisten oppien tasolla hahmottaa uudelle valtiosääntöistymiselle tyypillisen pluralismin puitteissa. Tutkimuksessa omaksuttu perspektiivi ja sen teoreettiset tavoitteet ovat johtaneet eräisiin muihinkin rajauksiin, joista erityisesti kahta saatetaan pitää kritiikille alttiina.

Niistä ensimmäinen koskee kansallisen valtiosäännön eurooppalaistumista ja sille annettua konkreettista merkitystä. Tutkimuksessa ei tarkastella juurikaan oikeuskulttuurimme ja valtiosääntöoikeudellisen järjestelmämme eurooppaoikeudellisten kytkentöjen vaikutuksia normikontrollijärjestelmän kokonaisuuteen.¹²⁹ Vaikka esimerkiksi hyödynnän myös eurooppalaisessa valtiosääntökeskustelussa käytettyä instituutioiden välisen dialogin¹³⁰ metaforaa perustuslakivaliokunnan ja tuomioistuinten välisen suhteen analyysissä, ja vaikka metafora sopii kiistatta kuvaamaan myös kansallisten ja eurooppalaisten instituutioiden välisiä suhteita, en eritele esimerkiksi suomalaisten tuomioistuinten ja Eurooppa-tuomioistuimien välisen dialogin mahdollisuuksia erillisenä tutkimusongelmana.¹³¹ Tämä ei luonnollisestikaan tarkoita, etten pitäisi esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimusjärjestelmää ja EU:n oikeusjärjestykseen kuuluvia unionioikeuden etusijaperiaatetta, välitöntä vaikutusta tai EU-tuomioistuimen asemaa kansallisen valtiosääntöjärjestelmämme kannalta merkityksellisenä. Asia on täsmälleen päinvastoin. On aivan selvää, että hyvin merkityksellinen osa Suomen valtiosääntökulttuurin nykytilaa on sen kiinteä kytkentä Euroopan unioniin ja kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin ja niiden institutio-

¹²⁸ Ks. Dworkin 1978, s. 366. Vrt. esim. Aarnio 1989, jossa kysymys oikeuksien ja periaatteiden suhteesta sivuutetaan, jolloin myös paljastuu, kuinka olennainen osa periaatekeskustelua oikeudet ovat.

¹²⁹ Valtiosäännön eurooppalaisuuden asettamista haasteista ks. esim. Nieminen 2004.

¹³⁰ Ks. valtiosääntöoikeudellisen dialogin merkityksestä EU-oikeuden valtiosääntöistymiselle esim. Stone Sweet 1998, s. 305, Maduro 2003a, s. 512–536. Dialogin merkityksen taustalla olevista valtiosääntöteoreettisista ja post-suvereenisista lähtökohdista ks. MacCormick 1999, s. 97–122 ja Walker 2002, s. 359 ja passim.

¹³¹ Valtiosääntödialogeista EU-tuomioistuimen näkökulmasta ks. erit. Rosas 2007.

naalisiin rakenteisiin. Eurooppalaistumisen ja kansainvälistymisen seurauksena perusoikeuksien suojajärjestelmää on kansallisenkin oikeuskulttuurin näkökulmasta lähestyttävä monitasoisena ilmiönä.

Kyse ei ole vain siitä, että perusoikeudet ja niihin sisällöllisesti rinnastuvat ihmisoikeudet on vahvistettu useissa rinnakkaisissa oikeusjärjestyksissä: kansallista tasoa edustavat kansalliset perusoikeudet ja niiden toteutumista varmistavat valtiosääntöiset menettelyt, eurooppalaista tasoa puolestaan Euroopan ihmisoikeussopimuksessa sekä Euroopan unionissa vahvistetut perusoikeudet ja kansainvälisen tason määrittäessä kansainväliset ihmisoikeussopimusten ja niitä koskevien soveltamiskäytäntöineen ja tulkintadoktriinien välityksellä. Tämän lisäksi nämä osaltaan itsenäiset mutta samalla myös keskenään vuorovaikutussuhteessa olevat oikeudelliset regiimit vaikuttavat huomattavastikin suomalaisen valtiosääntöön ja sen institutionaalisten rakenteiden kokonaisuuteen ja niin ollen sen teoreettisesti perusteltuun jäsenyykseen. Pidän myös ilmeisenä, että *Neil Walkerin* (Walker 2002), *Ingolf Pernicen* (Pernice 2002) ja *Miguel Poiarés Maduron* (Maduro 2003) ideat Euroopan unionin oikeusjärjestyksen valtiosääntöistymiseen¹³² hyvin kiinteästi kytkeytyistä valtiosääntöisestä pluralismista ja monitasoisesta konstitutionalismista ovat monessa suhteessa sukua perustuslakivalvonnan uusia muotoja koskevalle keskustelulle. Ne edustavat nimenomaan eurooppaoikeudelliselta suunnalta esitettäviä teoreettisia havaintoja niistä muutosvaateista, joita oikeuden moniaineksisoituminen tuottaa perinteiselle, kansallisvaltion kontekstissa syntyneelle valtiosääntökäsitykselle. Kyse on juuri sellaisesta vuorovaikutuksesta, jonka *Tuomas Ojanen* on sijoittanut kotimaisen perusoikeusjärjestelmämme ja Euroopan unionin oikeusjärjestyksen välisen suhteen taustalle.¹³³ Kuten *Janne Salminen* on havainnollisesti tiivistänyt, myös monitasoisista konstitutionalismia koskevan keskustelun pyrkimyksestä on kytkeä eurooppalainen valtiosääntö osaksi jäsenvaltioiden tasoa tavalla, joka samalla irtaantuu oikeusjärjestysten erillisyyttä ja hierarkiaa korostavista lähestymistavoista.¹³⁴

Näiden kansallisten konstituutioiden eurooppalaistumiseen liittyvien kehityspiirteiden oikeudellinen arviointi ja niiden asemointi osaksi perustuslakikontrollimme järjestelmää ei ole kuitenkaan itsenäisenä ongelmana tämän tutkimuksen välittömänä kohteena. Sen sijaan niiden ja erityisesti eurooppalaisen

¹³² EU:n oikeusjärjestyksen nykyisenkaltaisen valtiosääntöistymiskehityksen perusta nojataan tunnetulla tavalla etenkin EY:n tuomioistuimen 1960-luvulla tekemiin tulkintakannanottoihin yhteisöoikeuden välittömästä oikeusvaikutuksesta (asia 26/62 Van Gend & Loos;), etusijasta (asia 6/64, Costa v. ENEL) sekä perusoikeuksien asemasta EY:n oikeuden yleisinä oikeusperiaatteina (asia 29/69 Stauder). Tästä valtiosääntöistymisen prosessista ks. erit. Weiler 1999, s. 221-237 sekä prosessin kannalta keskeisistä ratkaisuksista s. 19-25. EU:n oikeusjärjestyksen valtiosääntöistymisen vaikutuksista kansallisten oikeusjärjestysten tasolla tapahtuvaan eurooppalaiseen kontrolliin ks. erit. asia 106/77 Simmenthal sekä Claes 2006, s. 149-166

¹³³ Ks. Ojanen 2003, s. 1152–1160.

¹³⁴ Ks. Salminen 2009, s. 368.

ihmisoikeusjärjestelmän suhde on otettu tarkasteluun *välillisessä*, perustuslain välittämässä, merkityksessä. Kuten jo perustuslain 22 ja 74 §:stä on suoraan pääteltävissä, perus- ja ihmisoikeudet määrittävät yhdessä *valtiosääntöisen* järjestelmämme sisällöllisiä reunaehtoja. Jo tämän vuoksi eurooppalainen ihmisoikeusjärjestelmä on väistämättä merkityksellinen arvioitaessa kotimaisen perusoikeusjärjestelmän kannalta keskeisiä institutionaalisia käytäntöjä ja niiden toiminnan oikeudellisia puitteita.

Syy sille, ettei eurooppalaista valtiosääntökehitystä ole otettu itsenäisen tarkastelun kohteeksi, perustuu kohta tarkennettavaan kysymyksenasetteluun. Tarkastelen erityisesti kansallisessa valtiosäännössä ja sen institutionaalisissa järjestelyissä tapahtuneita muutoksia ja näiden muutosten valtiosääntöteoreettisia implikaatioita. Vaikuttaa nimittäin siltä, että kansallisilla valtiosääntöjärjestelyillä on edelleen sekä oma sisäinen dynamiikkansa että toisaalta myös itsessään arvokas merkitys osana sitä eurooppalaista konstitutionalismia, joka koostuu paitsi EU:n ja EIS:n sopimusjärjestelmistä ja niitä tulkitsevista ylikansallisista käytännöistä, myös sopimusten jäsenvaltioiden kansallisesta valtiosääntöperinteestä ja niihin pohjautuvista kansallisista käytännöistä ja doktriineista. Lähdän siten siitä, että riippumatta EU:n tai eurooppalaisen ihmisoikeusjärjestelmän oikeudellisesta luonteesta, kansallisilla valtiosääntöoikeudellisilla ratkaisuilla ja institutionaalisilla järjestelyillä on edelleen oma erityisroolinsa myös eurooppalaisen konstitutionalismin piirissä.

Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että olisin pyrkinyt perustelevaan jollakin tavalla suomalaiseseen kansallisvaltiolliseen perinteeseen ja sen piirissä väitetysti ylläpidettyihin konventioihin palautuvaa kansallisvaltiollista agenda, jolla olisi mahdollista ”torjua” kansanomaiseen oikeuskulttuurimme kohdistuvat ylikansalliset uhat. Pidän selvänä, että kansallinen valtiosääntöjärjestelmämme määrittyy nykyisin olennaisesti erilaisten valtiosääntöisten toimijoiden, kansallisten ja ylikansallisten, vuorovaikutuksen tuloksena. Kun konstitutionaaliset järjestelmät ovat tällä tavoin toisiinsa limittyneitä, käyvät niin kansalliseen suvereenisuuteen kuin esimerkiksi unionioikeuden ehdottomaan etusijaankin viittaavat mustavalkoiset argumentit yhden osajärjestelmän ylivallassa ja hierarkkisesta etusijasta lähinnä mielenkiinnottomiksi.¹³⁵

Valtiosääntöinen pluralismi ei kuitenkaan olisi pluralismia, ellei se edellyttäisi ainakin jonkinasteisen erilaisuuden normatiivista tunnustamista. Sikäli kuin eurooppalaista valtiosääntöä halutaan lähestyä pluralistisessa viitekehyyksessä, sen on yhtäältä tunnistettava osajärjestelmien tasolta nousevat ja niiden puitteissa auktoriteettiasemaa nauttivat vaateet, mutta toisaalta myös pyrittävä jäsentämään tätä oikeudellista erilaisuutta jollakin koherentilla tavalla. Pyrkimyksenä on välttää sekä kyselemättömän yhdenmukaistamisen että liiallisen

¹³⁵ Ks. myös Salminen 2009, s. 362–363.

fragmentaation riskit.¹³⁶ Niinpä hierarkiaa kiinnostavammaksi ja tärkeämmäksi on tullut arvioida valtiosääntöisten osajärjestelmien suhteellisen itsenäisyyden edellytyksiä ja mahdollisuuksia, eri toimijoiden välisten yhteyksien toteutumismuotoja sekä valtiosääntöiseen pluralismiin elimellisesti kuuluvan koherenssin ja diversiteetin välisen jännitteen vaikutuksia. Tässä kontekstissa kansalliselle valtiosääntöoikeudelle ja sitä koskevalle tutkimukselle jää tärkeä asema niiden ehtojen ja rakenteiden täsmentämisessä, jotka osaltaan mahdollistavat osallistumisen eurooppalaisen konstitutionalisiin sisällöstä käytävään ylikansalliseen keskusteluun, mutta tavalla, joka samalla pyrkii ottamaan vakavasti myös kansallisessa perustuslaissa ja esimerkiksi sen perusoikeussäännöksissä tehdyt periaatteelliset ratkaisut.

Tästä itse asiassa esimerkiksi EU:n perusoikeusdoktriinin kehittymisessä on alun alkaenkin ollut kysymys. Kuten Tuomas Ojanen nykyään yleisesti tunnettuun kehityslinjaan¹³⁷ viitattaessa kirjoittaa, EU:n nyttemmin Lissabonin sopimuksen myötä voimaan tullut sitova perusoikeuskirja juontaa juurensa erityisesti Italian ja Saksan valtiosääntötuomioistuinten 1970-luvun alussa antamiin ratkaisuihin, joilla ne pidättivät itsellään toimivallan tutkia EY:n toimielinten säädösten ja päätösten perustuslainmukaisuutta.¹³⁸ Näiden ratkaisujen takana oli puolestaan ennen muuta se yksinkertainen oikeudellinen argumentti, ettei yhteisöjen oikeuteen sisältynyt jäsenvaltioiden perustuslaeille ominaista kirjoitettua ja oikeudellisesti sitovaa perusoikeuksien luetteloa, mikä taas muodostui ongelmalliseksi erityisesti yhteisöoikeuden etusijaa ja välitöntä vaikutusta koskevien doktriinien seurauksena.¹³⁹

Eräs tämänkin tutkimuksen kannalta relevantti osoitus kansallisen valtiosääntödoktriinin tarpeesta liittyy perus- ja ihmisoikeuksien välisiin suhteisiin ja niitä koskeviin yleisten oppien tasoihin oletuksiin. Huolimatta oikeuksien sisällöllisistä ja osin suoraan säännöksiin kirjoitetuista liitännöistä kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja kansalliset perusoikeudet toteuttavat osin erilaisia oikeudellisia funktioita. Ihmisoikeussopimuksissa määritellään yksilön oikeuksille kyseisen sopimuksen piirissä noudatettava vähimmäistaso, kuten esimerkiksi EIS 53 artiklasta voidaan lukea. Näin kansallisen perusoikeusjärjestelmän yhdeksi tehtäväksi tuleekin mahdollistaa yksilön oikeuksien suojaaminen paremmin kuin kansainvälisten sopimusten ja niiden tulkintakäytännön asettama vähimmäistaso edellyttää.¹⁴⁰

Tähän liittyvänä, kiinnostavalla tavalla käänteisenä, mutta nytkin kansallisen valtiosääntödoktriinin tutkimusta perustelevana huomiona voidaan viitata erää-

¹³⁶ Ks. Torres Pérez 2009, s. 70–71.

¹³⁷ EU:n perusoikeusdoktriinin kehittymisen lähtökohdista yhteisöoikeudessa ks. erit. Ojanen 1998, s. 97–158.

¹³⁸ Ks. Ojanen 2009a, s. 1108–1109.

¹³⁹ Ks. kokoavasti Lindfelt 2007, s. 58–60 ja Ojanen 2009a, s. 1109.

¹⁴⁰ Ks. Viljanen 1996, s. 797–798.

seen nykyisen perustuslakikontrollijärjestelmämme omintakeiseen ratkaisuun. Perustuslain 106 §:n etusijasäännös asettaa lakien soveltamisen perustuslainmukaisuuden toteuttamiselle korotetun, ristiriidan ilmeisyyttä edellyttävän kynnyksen. Kuten muun muassa ilmeisyysvaatimuksen poistamistarvetta arvioivassa perustuslain tarkistamiskomitean mietinnössä todetaan, tuomioistuimet tutkivat kuitenkin jo nykyisin eduskunnan säätämien lakien suhdetta EU:n säädöksiin, jolloin ne ovat velvollisia jättämään soveltamatta kansallisen normin, jos ne katsovat sen olevan ristiriidassa oikeudellisesti sitovan EU:n säädöksen kanssa. Lisäksi saman voidaan katsoa koskevan kotimaisten säädösten ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten suhdetta yksittäisessä tulkintatilanteessa. Kummassakaan arvioinnissa tuomioistuimen toiminnalle ei ole asetettu perustuslain etusijasäännökseen rinnastuvia pidäkkeitä. *Taxellin* komitean mietinnössä todetaan lisäksi aivan oikein, että Lissabonin sopimuksen voimaantulon myötä epäyhdenmukainen tulkinta-asetelma tuomioistuimissa korostuu entisestään, kun unionin perusoikeuskirjasta on tullut oikeudellisesti sitova.¹⁴¹ Komitea ei kuitenkaan pitänyt ilmeisyysvaatimuksen poistamista tarpeellisena eikä asiasta ole mainintaa komitean työn pohjalta laaditussa perustuslain muuttamista koskevassa hallituksen esityksessä (HE 60/2010 vp).

Saattaa olla, että muutoshaluttomuuteen oli aidostikin synynä soveltamiskäytännön niukkuus, kuten komiteanmietinnössä todetaan. Toisaalta – kun otetaan huomioon kansainvälisperäisten normien asema vastaavissa ristiriitatilanteissa – kielteinen kanta voi myös heijastaa suomalaisen valtiosääntökäsityksen perinteistä epäilevää asennetta perusoikeuksia valvovia tuomioistuimia kohtaan. Niin tai näin, tällaiset epäjohdonmukaisuudet kansallisen ja kansainvälisen normikontrollijärjestelmän toimintapuitteistossa ovat sekä tutkimuksellisesti mielenkiintoisia että osaltaan myös kansallisen valtiosääntökulttuurin erityispiirteitä osoittavia.

Kansallisen valtiosääntöjärjestelmän tutkimukselle näyttää siten olevan oikeudellisia perusteita myös pluralisoituneen eurooppalaisen konstitutionalismin piirissä. Kansallisvaltiolliselle traditiolle rakentuneen normikontrollijärjestelmän muuttuminen eurooppalaistumisen, kansainvälistymisen ja uuskonstitutionalisoinnin myötä edustaa kuitenkin kaikkine osatekijöineen niin kompleksista kehitystendenssiä, ettei tällaisen kokonaisuuden valtiosääntöteoreettinen arviointi olisi nähdäkseni mielekkäästi toteutettavissa yhdessä väitöskirjatutkimuksessa. Rajaamalla tutkimuksen kohteen kehityksen yhteen osatekijään, esimerkiksi juuri varsin perinteiseen valtiosääntöoikeudelliseen kysymyksenasetteluun demokraattisesti säädettävän lain valtiosääntöoikeudellisesta legitimitetistä ja tuota legitimitettiin mittaavista institutionaalisista järjestelyistä (jotka sivumennen sanoen eivät voi olla kokonaan vieraita tai irrelevantteja myöskään eurooppalaisen konstitutionalismin tutkimukselle), käsillä ole-

¹⁴¹ Ks. Komiteanmietintö 9/2010, s. 127.

vaa muutosta vaikuttaisi olevan mahdollista arvioida tarkemmin kuin jos tavoitteena olisi ottaa haltuun ”koko kenttä”. Tätä rajausta helpottaa luonnollisesti myös tieto siitä, että eurooppalaistumisen valtiosääntöoikeudellisista vaikutuksista on jo julkaistu mittavia tutkimuksia sekä Suomessa¹⁴² että kansainvälisellä foorumilla¹⁴³ ja että tuota kysymystä tarkastelevia tutkimuksia on parhaillaan muutenkin vireillä. Sitä vastoin tämän tutkimuksen aihe, suomalaisen normikontrollijärjestelmän muuttuminen tavalla, jolle löytyy suoria kansainvälisiä vertailukohtia useista samantyyppisten muutosten kohteiksi joutuneista kypsistä valtiosääntökulttuureista, on jäänyt jossain määrin tutkimukselliseen katveeseen, vaikkakin nyt käsiteltäviä teemoja on sinällään tietysti aiemmassa valtiosääntötutkimuksessa käsitelty.

2.1.4 Ylimpiä laillisuusvalvoja koskeva rajaus

Eurooppaoikeutta koskevan rajauksen ohella toinen potentiaalisesti ongelmallinen, vaikkakaan ei välttämättä periaatteelliselta merkitykseltään yhtä huomattava rajaus liittyy tutkimuksen kohteeksi valikoituneisiin institutionaalisiin käytäntöihin. Olen tutkimuksessani keskittynyt tarkastelemaan erityisesti perinteisen suomalaisen lakien perustuslainmukaisuuden ennakkovalvonnan ja tuomioistuinten harjoittaman jälkikäteisen perustuslakikontrollin suhteita. Sen sijaan olen jättänyt tarkemman tarkastelun ulkopuolelle ylimpien lainvalvojien, toisin sanoen eduskunnan oikeusasiamiehen ja valtioneuvoston oikeuskanslerin harjoittaman laillisuusvalvonnan puitteissa tapahtuvan ja perustuslain 108 ja 109 §:n säännöksiin nojautuvan perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen valvonnan. Myös monet muut vastaavat oikeusturvaelimet, kuten esimerkiksi syrjintälautakunta, on ratkaisukäytäntöineen jätetty tutkimuksen ulkopuolelle. Tätä on mahdollista pitää merkittävänä puutteena, ei vähiten siksi, että huomattava osa suomalaisessa oikeuskulttuurissa tapahtuvaa perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen valvontaa toteutetaan nykyisin ylimmän laillisuusvalvonnan ja erityisesti eduskunnan oikeusasiamiehen laillisuusvalvonnan puitteissa.

Perusteet rajauksille ovat kuitenkin nytkin osin samat kuin edellä valtiosääntön eurooppalaisten kehityspiirteiden kohdalla. Tutkimukseni keskeisimmät tavoitteet kohdistuvat valtiosääntöoikeuden alueen yleisiin oppeihin, niiden kriittiseen arviointiin ja rekonstruktioon, ei institutionaalisiin käytäntöihin ja niiden muodostaman kokonaisrakenteen kuvaukseen sinänsä. Vaikka etenkin ylimpien laillisuusvalvojien merkitystä suomalaisessa perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen valvontajärjestelmässä on syytä pitää huomattavana, ja vaikka ne ovat yksi keskeinen osa pluralistista perustuslakikontrollijärjestelmäämme, ei niiden

¹⁴² Ks. esim. Ojanen 2000 & 2010, Nieminen 2004.

¹⁴³ Ks. esim. Weiler 1999, MacGormick 1999, Claes 2006.

nykyinen oikeudellinen asema tuota vielä yhtä selkeää ja normatiivisesti hyödynnettävää tarkastelukehystä kuin se, joka tarjoutuu sitovia päätöksiä tekevien riippumattomien tuomioistuinten ja perustuslakivaliokunnan kaltaisen parlamentaarisen valvontaelimen välisen jännitteen kautta. Kuten *Olli Mäenpää* on esittänyt, tietyistä yhteyksistään ja päällekkäisyyksistään huolimatta laillisuusvalvonnan ja tuomioistuINVALVONNAN välillä on oikeudellisesti merkittäviä eroja muun muassa siinä, että laillisuusvalvonnan ala on laajempi kuin tuomioistuinvalvonnan samalla kun sen piirissä tehtävien päätösten oikeudellinen merkitys on jätetty tuomioistuimia heikommaksi.¹⁴⁴ Tämä saattaa osaltaan selittää sitäkin, että oikeusasiamiehen aktiivinen perus- ja ihmisoikeuksien valvontatoiminta ja sen piirissä toistuvasti tehtävät huomautukset eivät näytä tuottavan riittävää perustetta puuttua esille nouseviin epäkohtiin, kuten oikeusasiamies Paurion puheenvuorossa vuoden 2008 oikeusasiamiehen toimintakertomuksessa yksiselitteisesti todetaan.¹⁴⁵

Pidän kuitenkin kiistattomana, että sikäli kuin suomalaista valtiosääntödoctriinia halutaan jatkossa arvioida institutionaalista pluralismia koskevien lähtökohtien valossa, yksi keskeisimmistä osatutkimuksista liittyisi juuri ylimpien laillisuusvalvojien institutionaalisen aseman arviointiin perus- ja ihmisoikeusvalvontajärjestelmämme kokonaisuudessa.

2.2 KYSYMYKSENASETELU JA SEN PERUSTELUT

Tutkimuksen kohteena on siten lakien perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmä nimenomaan Suomen nykyvaltiosäännössä. Tutkimusote on ollut ennen muuta normatiivinen. Tavoitteenani ei ole ollut niinkään kuvata mahdollisimman tarkkaan ja perinpohjaisesti perustuslakikontrollijärjestelmämme eri toimijoita ja tällaisessa toiminnassa tehtyjen ratkaisujen sisältöä. Sen sijaan tarkastelun keskeisimmät kysymykset ovat liittyneet nykyisen perustuslakikontrollijärjestelmän rakenteelliseen perustaan ja tuon perustan oletusarvoisiin vaikutuksiin valtiosääntöoikeuden ja erityisesti perusoikeusnormien soveltamishetkiä koskeviin yleisiin oppeihin. Tutkimuksessa vastataan kahteen toisiinsa sidoksissa olevaan kysymykseen. Olen kysynyt ensiksi, *millainen institutionaalinen valtiosääntöteoria vastaisi parhaiten niitä institutionaalisia ratkaisuja, jotka nykyisin määrittävät perusoikeuksien toteutumisedellytysten kannalta kes-*

¹⁴⁴ Mäenpää 2009, s. 1097–1098.

¹⁴⁵ Ks. Oikeusasiamiehen toimintakertomus 2008, s. 15. Eduskunnan oikeusasiamiehen toiminnan vaikuttavuutta koskeneessa Anssi Keinänen ja Kalle Määttä tutkimuksessa esitetään hieinan tästä poikkeavia tuloksia (ks. Keinänen – Määttä 2007, s. 179–181). Tosin mainittu tutkimus perustuu ensisijaisesti valvonnan kohteille lähetettyyn viranomaiskyselyyn samalla kun mm. kantelija-näkökulma on rajattu kokonaan tutkimuksen ulkopuolelle (s. 5), mikä on omiaan heikentämään tutkimuksen yleispätevyyttä.

keisessä asemassa olevaa lakien perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmää Suomen valtiosäännössä. Toinen kysymys puolestaan liittyy ensimmäiseen kysymykseen annetun vastauksen normatiivisiin implikaatioihin. Olen arvioinut, millainen merkitys uuden perustuslakikontrollin taustalle asetettavissa olevalla normatiivisella välitysteorialla on valtiosääntöoikeudellisten ratkaisujen oikeutettavuutta sekä erityisesti perusoikeuksien tehokasta toteutumista koskeville yleisille opeille ja oikeudellisille käytännöille. Tähän kysymykseen olen hakenut vastauksia nostamalla kriittisen tarkastelun kohteeksi eräitä tuomioistuinten ja perustuslakivaliokunnan käytännöille tyypillisiä ja perinteisen valtiosääntödoktriinin tai muun oikeudellisen tarkastelun näkökulmasta kenties ongelmattomina hahmottuvia piirteitä.

Tutkimuksen kysymyksenasettelu on syytä liittää valtiosääntöteorian ja valtiosääntöoikeuden yleisten oppien alaan kuuluvaan tutkimusperinteeseen. Keskiössä ovat kuitenkin erityisesti perus- ja ihmisoikeuksia koskevia tulkintaratkaisuja tekevät instituutiot ja normikontrolli. Tällainen fokusointi instituutioihin eikä perusoikeuksiin saatetaan nykyisin vallalla olevan valtiosääntötutkimuksen näkökulmasta kyseenalaistaa erityisesti siltä osin kuin instituutiopainotteisuuden katsotaan vievän huomiota perusoikeuksien soveltamiseen liittyviltä kysymyksiltä. Kuten esimerkiksi *Veli-Pekka Viljanen* on todennut, normikontrollin kannalta keskeisen perustuslain etusijasäännöksenkin ensisijaisena tarkoituksena on velvoittaa tuomioistuimet huolehtimaan ”yksittäisessä oikeusjutussa jutun lopputuloksen perustuslainmukaisuudesta”.¹⁴⁶ Kyse on siten vain tuomioistuimille normaalistikin kuuluvasta oikeusturvan antamistehtävästä sen käsiteltävänä olevassa yksittäisessä oikeusjutussa – eikä esimerkiksi lain ja perustuslain välisen suhteen yleisestä arvioinnista, mitä Viljanen pitää normikontrollille ja ehkä normikontrollihakuseksikin luonnehdittavissa olevalle ajattelulle ominaisena. Tässä mielessä viittaukset perustuslakikontrolliin ja yleisempään normikontrollikeskusteluun veisivät huomiota ikään kuin asian sivuun.

Viljasen käsitykseen on osin helppo yhtyä. Tuomioistuimille on asetettu velvollisuus soveltaa perustuslakia keskeisesti sen vuoksi, ettei perusoikeuksia loukattaisi yksittäistapauksissa, ts. että *oikeusjutuissa päädytään aineellisesti perustuslainmukaisiin lopputuloksiin*. Tässä ei sinänsä ole mitään ongelmaa, päinvastoin. Sen sijaan kestävästi ei voida nähdäkseni väittää, että perusoikeusmyönteisen tulkinnan ja perustuslain etusijasäännöksen soveltamiseksi olisi mahdollista arvioida puhtaan sisällöllisin perustein ja irrotettuna kokonaan normikontrolliasetelmalle tyypillisistä, valtiosäännönmukaisissa menettelyissä demokraattisesti säädetyn lain ja perustuslain suhdetta koskevista kysymyksistä. Jos tämäntyyppinen erottelu tehdään, edellyttää se samalla oletusta siitä, että olisi mahdollista konstruoida puhtaan sisällöllinen perusoikeusteoria ja että perusoikeuksien soveltamiseksi koskevat yleiset opit olisivat kokonaan irrotet-

¹⁴⁶ Ks. Viljanen 2005b, s. 312.

tavissa valtiosääntöoikeuden yleisistä opeista. Tällainen teoria olisi taas pakko kiinnittää jollakin tavoin suoraan oikeuksien toteuttamisen teoreettisiin edellytyksiin eikä siis lainkaan asteen yleisempään valtiosääntöoikeudelliseen kontekstiin, jossa perusoikeuksien normatiivinen merkitys tulee väistämättä arviotavaksi myös suhteessa demokratia- ja oikeusvaltioperiaatteen kaltaisiin rakenteellisiin valtiosääntöperiaatteisiin.

En pidä puhdasta, valtiosäännöstä irrotettua, perusoikeusteoriaa kuitenkaan mahdollisena enkä usko Viljasenkaan niin tekevän. Kuten nimittäin miltei mistä tahansa valtiosääntöteoreettisesta puheenvuorosta käy ilmi, tuomioistuinten harjoittaman perustuslakikontrollin perusongelmana ei ole yksin se, miten perusoikeuksia tulisi oikeastaan sisällöllisesti tulkita, vaan aina myös se, miten voimme oikeuttaa – justifioida – toiminnan, jossa poliittisesta vastuusta riippumaton tuomioistuin tekee ylemmänasteiseksi määriteltyjen abstraktien periaatteiden nojalla päätöksiä siitä, ovatko tietyt demokraattisten poliittisten prosessien lopputulokset ja niiden mahdollistamat tulkinnat legitimejä.¹⁴⁷ Tällainen oikeutus on tietenkin tarpeen siksi, että demokraattiset näkökohdat joudutaan jo oikeudellisistakin syistä, toisin sanoen suoraan rajoitusdoktriinin vuoksi, ottamaan perus- ja ihmisoikeuksia toteutettaessa suoraan huomioon. Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen takaamien oikeuksien rajoitettavuus on yleensä riippuvainen muun ohella paitsi siitä, että rajoitukset ovat ”lain sallimia” tai ”laissa säädettyjä”, myös siitä, että sinänsä hyväksyttävänä pidettävät rajoitusperusteet ovat ”välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa” taikka ”pakottavaan yhteiskunnalliseen tarpeeseen” perustuvia.¹⁴⁸

Pyrkimys pitää perusoikeuksien toteuttaminen erossa normikontrollista johtaa myös herkästi liian kapea-alaiseen normikontrollin käsitteeseen. Viljasen kritiikki normikontrollihakuisuutta kohtaan onkin syytä ymmärtää kritiikiksi suomalaista säädösvalvontakeskeistä valtiosääntöperinnettä kohtaan. Tuossa perinteessä normikontrolli on samastunut ennen kaikkea abstraktiin lain säännöksen valtiosäännön mukaisuuden valvontaan, mikä taas on johtanut mahdollisesti tarpeettoman voimakkaaseenkin lakien perustuslain mukaisuuden tuomioistuINVALVONNAN kritiikkiin ja oletuksiin tuomioistuimista ja lainsäätäjistä kilpailevina perustuslaintulkitsijoina.

Vaarana onkin, että tulkitsemalla normikontrolli-instituutio näin kapeaksi, menetetään samalla ote niistä periaatteellisista ja käsitteellisistä malleista, jotka liittyvät abstraktia säädösvalvontaa hienosyisempiin ja oikeudellisilta vaikutuksiltaan kapea-alaisempiin perustuslakikontrollin muotoihin. On syytä arvioida eri kriteerein ensinnäkin vahvoja normikontrolli-instituutioita, joissa on usein kyse säädösvalvonnan tyyppisestä valtiosääntöoikeudellisesta valvonnasta. Suomalaisessa mallissa, jossa eduskunnan perustuslakivaliokunta antaa lain

¹⁴⁷ Ks. esim. Michelman 1999, s. 4.

¹⁴⁸ Ks. esim. Pellonpää 2005, s. 222.

perustuslainmukaisuudesta lausunnon eduskuntakäsittelyn aikana, todettu ristiriita lakiehdotuksen ja perustuslain välillä edellyttää joko ongelmalliseksi osoittautuneen säännöksen muuttamista tai poistamista taikka lain käsittelemistä perustuslainsäätämisyjärjestyksessä säädettävänä poikkeuslakina. Muualla omaksumissa jälkikäteisissä kontrollimalleissa vaikutukset saattavat olla yhtä ankaria. Ongelmalliseksi osoittautunut laki saatetaan esimerkiksi todeta pätemättömäksi, mikä on mahdollista saksalaisessa normikontrollijärjestelmässä, jossa valtiosääntötuomioistuimen tulee Bundesverfassungsgerichtsetz 95 artiklan 3 kohdan mukaan kumota perustuslainvastaiseksi katsottu laki.¹⁴⁹ Asteen lievempiä malleja edustavat puolestaan menettelyt, joissa ristiriidan havaitsemisen oikeudelliset vaikutukset rajoittuvat vain ratkaistavana olevaan tapaukseen, jolloin lain kumoamisen katsotaan edellyttävän erillistä säätämistointia. Kolmatta ja vieläkin lievempää mallia merkitsevät puolestaan niin sanotut tulkinalliset perustuslakikontrollimallit, joissa on ensisijaisesti pyrittävä antamaan sovellettavaksi tulevalle laille perustuslainmukainen sisältö.

Tällaiset perustuslakikontrollia koskevat analytyttiset erottelut ovat tarpeen, koska ne tuovat esiin paitsi lainsäädäntö- ja tuomiovallan käytön erilaisten oikeuttamisperusteiden, funktioiden ja toimintaympäristöiden välittymistä lainsäädännön perustuslainmukaisuutta koskeviin ratkaisuihin, myös niitä erilaisia ongelmaryhmiä, joihin tällöin joudutaan ottamaan kantaa. Kontrollia oikeutaville perusteille asetettavien vaatimusten näkökulmasta ei ole aivan sama, onko esimerkiksi tuomioistuimille annettu toimivalta kumota demokraattisesti säädetty laki vai onko niille ainoastaan annettu valta jättää perustuslainvastaiseksi katsottu lain säännös soveltamatta käsiteltävänä olevassa yksittäistapauksessa ja vain sen piiriin rajoittuvien oikeusvaikutuksien.

Perinteisessä perustuslakikontrolliajattelussa lievemmat kontrollimuodot olivat yleensä nimenomaan vahvan ja hierarkkisesti rakennetun valvontajärjestelmän osia. Saksassa velvollisuus perustuslainmukaiseen tulkintaan (verfassungskonforme Auslegung)¹⁵⁰ on nimenomaan valtiosääntötuomioistuimen toimintaan kuuluva periaate, joka sellaisenaan on kiinteä osa lain kumoamisvaltuuden sisältävää perustuslakikontrollijärjestelmää. Vastaavasti suomalaisessa järjestelmässä perustuslainmukaisen ja perusoikeusmyönteisen tulkinnan periaatteet nostettiin alkujaan osaksi nimenomaan eduskunnan perustuslakivaliokunnan ensisijaisuudelle rakentuvaa ja lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuin-kontrollin kieltävää järjestelmää.

Tässä tutkimuksessa esillä oleva uuden perustuslakikontrollin käsite on sitä vastoin yritys ottaa teorian tasolla mahdollisimman kokonaisvaltaisesti haltuun

¹⁴⁹ ”Wird der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz stattgegeben, so ist das Gesetz für nichtig zu erklären. Das gleiche gilt, wenn der Verfassungsbeschwerde gemäß Absatz 2 stattgegeben wird, weil die aufgehobene Entscheidung auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht. Die Vorschrift des § 79 gilt entsprechend.”

¹⁵⁰ Käsitteen eri merkityksistä saksalaisella kielialueella ks. Viljanen 1990, s. 208–218.

nykyiselle suomalaiselle valtiosääntöjärjestelmälle tyypillistä institutionaalista moninaisuutta. Väitän ensinnäkin, että tutkimuksessa hahmoteltu malli edustaa perinteisiä perustuslakikontrollimalleja parempaa kuvausta nykyisistä pluralistisista valtiosääntöoikeudellisista käytännöistä.

Tutkimukseni pääargumentti ei kuitenkaan ole deskriptiivinen vaan normatiivinen. Uuden perustuslakikontrollin tarjoama välitysmalli tarjoaa käsitykseni mukaan etenkin moniarvoisessa demokraattisessa oikeusvaltiossa paremman kriittisen mittapuun demokraattisesti säädettävien lakien perustuslainmukaisuuden valvonnalle kuin perinteiset keskitettyä mallia perustelevat valtiosääntöteoriat. Uuden perustuslakikontrollin näkökulmasta perinteisen kontrollin ongelmana oli ennen kaikkea *voluntaristinen reduktio*.¹⁵¹ Kaarlo Tuorin käsitteistöä seuraten: pyrkiessään sijoittamaan joko tuomioistuimet tai lainsäätäjän lakien perustuslainmukaisuuden viimekätiseksi vartijaksi, perinteinen kontrolliajattelu asetti samalla oletuksenomaisesti voluntaksen sille paikalle, jolle moderni valtiosääntö sijoittaa ration. Perustuslaintulkinnan oikeellisuuden mittapuuksi tuli se, mitä auktoritatiivinen perustuslaintulkitsija perustuslaista toteaa, ei se, mitä perustuslain voidaan katsoa normatiivisena järjestelmänä rationaalisesti edellyttävän.

Uuden perustuslakikontrollin tehtävä ei kuitenkaan ole yksin kriittinen. Kuten *Stephen Gardbaum* on konkretisoinut, institutionaalista pluralismia ja valtiosääntöistä dialogia hyödyntävillä malleilla näytettäisiin saavutettavan useita etuja verrattuna perinteisempiin auktoriteettihakuisiin normikontrollimalleihin. *Ensinnäkin* vastavuoroinen ja osin limittyvä työnjako lainsäätäjän ja tuomioistuinten välillä mahdollistaa perustuslain toteuttamisvastuun tasaisemman jakautumisen siten, ettei sen paremmin lainsäätäjän kuin tuomioistuinkaan voi rakentaa toimintaansa sen varaan, että jokin toinen orgaani vastaa kokonaisuudessaan oikeusjärjestyksen perustuslainmukaisuudesta. *Toiseksi* heikkoa normikontrollia toteuttavat menettelyt muuntavat lainsäädännön perustuslainmukaisuutta ja niin ollen myös perustuslain sisältöä määrittävän keskustelun oikeudellisesta monologista moniarvoisemmaksi ja tasapainoisemmaksi vuoropuheuksi. *Kolmanneksi*, uudet menettelyt korostavat sisällöllisen argumentaation merkitystä ja vahvistavat näin perustuslain sisältöä koskevien ja yleensä oikeuksien ja painavien yhteiskunnallisten intressien yhteensovittamiseen liittyvien ratkaisujen legitimiisyyttä. Ja *neljänneksi*, jännitteet perusoikeuksien suojaamisen ja demokraattisen päätöksenteon välillä vähenevät, kun niitä koskevat tulkintaongelmat ratkaistaan menettelyissä, jotka sisältävät viittauksia molempiin periaatteisiin.¹⁵²

¹⁵¹ Ks. Tuori 2007, s. 39.

¹⁵² Ks. Gardbaum 2001, s. 745–748.

2.3 AIKAISEMPI TUTKIMUS JA SEN MERKITYS

Perustuslakikontrolli muodostaa yhden keskeisimmistä modernia valtiosääntö-oikeutta määrittävistä ongelmista. Tähän voidaan jo nyt esittää karkeasti ottaen kaksi syytä. Ensinnäkin juuri lakien perustuslainmukaisuuden valvontamenetelyt ja niitä koskevat institutionaaliset järjestelyt tuottavat jokseenkin välittömän kosketuspinnan valtiosääntöisten järjestelmien taustalla oleviin oikeusperiaatteisiin ja niiden välillä ilmeneviin jännitteisiin. Toiseksi, juuri nämä menetelyt muodostavat myös keskeisen puitteen perustuslain ja erityisesti sen perusoikeussäännöksissä ilmaistujen oikeusperiaatteiden tulkinnalle. Kuten Tuori on todennut, kun yksittäinen säännös ei muodollisesta voimassaolosta huolimatta näytäkään täyttävän sitä justifioitavuuden vaatimusta, joka kypsässä modernissa oikeudessa liittyy kaikkeen sääntelyyn, asian käsittely siirtyy oikeuden itse rajoitusta toteuttaville institutionaalisille mekanismeille¹⁵³ ja niille ominaisille, erityisesti kansallisiin perustuslakeihin ja kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin perustuville oikeudellisille arviointikriteereille.¹⁵⁴ Juuri perustuslakikontrollia koskevilla institutionaalisilla järjestelyillä vaikutetaan suoraan ja perustavalla tavalla oikeuden legitimiisyysehdoista ja sen rajoista käytävän keskustelun oikeudellisiin mahdollisuuksiin. Käsillä oleva tutkimus liittyy tähän pitkään ja niin kansallisesti kuin kansainvälisestikin koeteltuun, mutta edelleenkin viireään valtiosääntöoikeudelliseen keskusteluun.

Lakien perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmä on aiemmassa suomalaisessa valtiosääntötutkimuksessa ollut varsin usein tarkastelun kohteena. Käsillä olevan tutkimuksen näkökulmasta erityisesti kolme monografiatutkimusta on syytä mainita heti aluksi, paitsi temaattisen kosketuspinnan johdosta, mutta myös eräiden merkittävien erojen vuoksi. *Esko Riepu*lan empiirinen ja normatiivisten puitteiden sijaan ennen kaikkea orgaanin käyttäytymiseen keskittyvä¹⁵⁵ ”Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana” (1973) edustaa ensimmäistä oikeustieteellistä monografiatutkimusta suomalaisen valvontajärjestelmän keskeisestä instituutiosta. Vuotta myöhemmin ilmestynyt Mikael Hidénin ”Säädösvalvonta Suomessa” on puolestaan Riepu>lan tutkimusta laajalaisempi ja ilmeisen oikeusdogmaattisempi selvitys kirjoitettujen säännösten antamismenettelyyn ja säännösten sisältöön kohdistuvista valvontajärjestelyistä Suomessa.¹⁵⁶ Tosin siinäkin nimenomaan perustuslakivaliokunnan toiminnalle on annettu huomattava tutkimuksen sisältöjä määrittävä merkitys. Siltä osin kuin Hidén käsittelee tutkimuksessaan lakien perustuslainmukaisuuden jälkivalvontaa, on teemaa tarkasteltu perustuslakivaliokunnan toiminnalle ja

¹⁵³ Ks. Tuori 2000a, s. 263.

¹⁵⁴ Ks. Tuori 2000, s. 247.

¹⁵⁵ Ks. Riepu>la 1973, s. 63–65.

¹⁵⁶ Ks. Hidén 1974, s. 51–53.

silloiselle suomalaiselle valtiosääntökäsitykselle tyypillisellä tavalla nimenomaan lakien säätämisyjärjestyksen jälkivalvontana.¹⁵⁷ Kolmanneksi perustuslakivalvontajärjestelmäämme koskevaksi monografiatutkimukseksi on syytä lukea *Veli-Pekka Hautamäen* vuonna 2002 ilmestynyt väitöskirjatutkimus ”Perustuslain auktoritatiivinen tulkinta”, jossa käsittelyn kohteeksi on otettu perustuslain auktoritatiivinen tulkinta, jota sitten tarkastellaan oikeusvertailun menetelmin eduskunnan perustuslakivaliokuntaa ja Norjan korkeinta oikeutta silmälläpitäen.¹⁵⁸ Tutkimuksen tuloksena on kuvaus kahdesta erilaisesta organisaatiosta, joilla kuitenkin Hautamäen mukaan on sama normihierarkian ylläpitämiseen liittyvä tehtävä perustuslain auktoritatiivisena tulkitsijana.¹⁵⁹

En kuitenkaan liittäisi tätä tutkimusta suoraan osaksi äsken viitattujen töiden muodostamaa kokonaisuutta. Toisin kuin Hautamäen tutkimus, jossa lähtökohdaksi otetaan perustuslain auktoritatiivinen tulkinta ja yksikeskeisesti organisoitu institutionaalinen rakenne, käsillä oleva tutkimus on ymmärrettävä nimenomaan tällaisen auktoriteetin ja rakenteen kritiikiksi. Tämän tutkimuksen näkökulmasta Suomen valtiosäännön institutionaalinen rakenne ja sen rationaalisesti rekonstruoitavissa oleva sisältö ei yksinkertaisesti vastaa niitä oletuksia, joille Hautamäki työnsä rakentaa. Erotuksena Riebulan työhön en pidä omaa tutkimustani lähtökohdiltaan empiirisenä saati instituutioiden käyttäytymistä keskiössään pitävänä. Päinvastoin, tässä tutkimuksessa tarkasteluperspektiiviä on määrittänyt avoimen normativistinen ote. Oletuksena on ollut, että sillä osin kuin haluamme tarkastella lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa oikeudellisena ilmiönä, on tuon tarkastelun perustuttava oikeusnormeihin ja niistä seuraaviin normatiivisiin vaatimuksiin. Tosiasialliset käytännöt taikka niissä tapahtuva käyttäytyminen ovat aina viime kädessä alisteista sille, mitä valtiosääntönormeista ja instituutioista on rationaalisesti lausuttavissa, ei päinvastoin.

Mikael Hidénin säädösvalvontaa Suomessa koskeva tutkimus liittyy omaan tutkimukseeni edellisiä läheisemmin sikäli, että siinäkin tarkastelun kohteeksi on otettu useat eri perustuslakivalvonnan tasot. Erottavana tekijänä on kuitenkin syytä mainita, että Hidén keskittyy tutkimuksessaan korostuneesti säätämisyjärjestyskysymyksen ratkaisemiseksi toteutettavaan ennakkolliseen, erityisesti abstraktien normilauseiden perustuslainmukaisuuden valvontaan. Sen sijaan tässä tutkimuksessa tarkastelun kohteena on valvontajärjestelmä, jonka perusfunktiona on valtiosäännön materiaalisioikeudellisten vaatimusten, erityisesti perus- ja ihmisoikeuksien toteuttaminen, ja joka rakentuu sekä ennakkollisen säädösvalvonnan että konkreettien yksittäistapausten yhteydessä tehtävien ratkaisujen varaan. Suomalaisen valtiosääntötutkimuksen perinteinen keskeisins-

¹⁵⁷ Ks. Hidén 1974, s. 338–360.

¹⁵⁸ Ks. Hautamäki 2002, s. 79–84.

¹⁵⁹ Ks. Hautamäki 2002, s. 259–260.

tituutio, eduskunnan perustuslakivaliokunta, on toisin sanoen tässä tutkimuksessa yksi, joskaan ei välttämättä merkittävin, orgaani muiden joukossa.

Perusteellisimpia historiallisia analyysejä suomalaisen säädösvalvontadoktriinin ja sen valtiosääntöoikeudellisten rinnakkaisilmiöiden juurista edustaa edelleenkin Antero Jyrängin teoksessa ”Lakien laki” esitetty,¹⁶⁰ ja vaikka käsillä olevan tutkimuksen tavoitteet tai sen tarkasteluperspektiivi eivät nojautu niinkään historialliseen tarkasteluun kuin suomalaiseen ja kansainväliseen valtiosääntöteoreettiseen ja oikeusvertailevaan nykykeskusteluun, ei historiallisten näkökohtien merkitystä voi luonnollisesti tällöinkään jättää sivuun. Käänte tapahtui kylläkin 1990-luvun alussa, mutta merkittävän osan sisältöään se saa tietysti juuri vaihtoehtoisuudestaan sille säädösvalvonta-ajattelulle, joka oli 1990-luvulle tullessa Suomeen kehittynyt. Sitä paitsi suomalaisen järjestelmän kehittymisen taustalla voi olla kiinnostavia peilipintoja myös tämän hetkisen uuden konstitutionalismin piirissä. Kuten Jyränki on todennut, yksi tärkeä tekijä eduskunnan ennakkollisen säädösvalvonnan kehittymisessä oli itse asiassa se, että valvonnan painopisteeksi kehittyi jo varhain varallisuusarvoisten intressien ja muiden saavutetuiksi katsottujen oikeuksien suojaaminen. Tässä suhteessa Suomessa ei tarvittu tuomioistuinta siihen, minkä myöhemmin 2000-luvulle tullessa on eräissä kommenttipuheenvuoroissa esitetty selittävän suurelta osin uuden konstitutionalismin ja siihen liittyvän tuomioistuinkontrollin kehittymistä yleismaailmalliseksi tendenssiksi.¹⁶¹ Näiden sivuhuomautusten jälkeenkin on kuitenkin todettava, että tähän tutkimukseen ei ole sisällytetty erillistä osiota normikontrollijärjestelmämme historiallisesta kehityksestä, vaan viitataan tältä osin olemassa olevaan ansiokkaaseen tutkimukseen.

Pyrkimyksenäni on ollut arvioida nykyisille valtiosääntökäytännöille tyypillisen, perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamiseen kiinnittyvän ja useiden rinnakkaisien instituutioiden toimintaan rakentuvan perustuslakikontrollin oikeutuksen rakentumista. Kun tällaiset haasteet ovat valtiosääntökulttuurillemme osin uusia, olen pitänyt kansallista säädösvalvontajärjestelmäämme nimenomaisesti koskevan oikeuskirjallisuuden sijaan tärkeämpänä ja asiaan kuuluvampana hyödyntää ennen kaikkea kolmea muuta tutkimuskirjallisuuden lohkoa.

Ensimmäinen ryhmä koskee suomalaista perusoikeustutkimusta. Ymmärrän työni jatkeena sille tutkimusperinteelle, jota erityisesti Martin Scheininin vuonna 1991 julkaistu väitöskirjatutkimus ”Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa” edustaa. Kuten Scheininin tutkimuksessa, myös tässä työssä fokuksessa ovat paitsi perus- ja ihmisoikeudet, myös ne institutionaaliset kontekstit, joissa yksilön oikeuksiin perustuvat normit tulevat sovellettavaksi. Scheininin työn rinnalla olen päässyt hyödyntämään perus- ja ihmisoikeuskulttuurin murroksen jälkeen virinneen aktiivisen perusoikeustutkimuksen tuloksia. Viitataan tältä osin vain väitöskirjoihin

¹⁶⁰ Ks. Jyränki 1989, s. 444–545.

¹⁶¹ Vrt. Hirschl 2004, s. 43–49.

ja monografioihin, mutta luonnollisesti samaa keskustelua on käyty myös artikkelipohjaisesti. Työn kannalta keskeisimpiä valtiosääntöoikeudellisia tutkimuksia ovat olleet perusoikeuksien yleisten oppien ydinteemoja käsittelevä Veli-Pekka Viljasen ”Perusoikeuksien rajoitusedellytykset” (2001) ja Pekka Lämsinevan perusoikeuksien järjestelmälouheen normatiivisia vaikutuksia rekonstruoiva ”Perusoikeudet ja varallisuussuhteet” (2002). Käsillä olevan työn lähtökohtien kannalta on syytä viitata myös sellaisiin dogmaattisen perusoikeustutkimuksen ulkopuolella kirjoitettuihin, mutta valtiosääntöoikeuden ja perusoikeuksien kannalta erittäin olennaisiin tutkimuksiin kuin Juha Pöyhösen ”Uusi varallisuus oikeus” (2000) ja Tuomas Myllyn ”Intellectual Property and European Economic Constitutional Law” (2009).

Toinen tämän tutkimuksen kannalta keskeinen aiemman tutkimuksen lohko rakentuu modernin valtiosääntö- ja siihen liittyvän laajemman oikeusteoreettisen tutkimuksen varaan. Olen pyrkinyt mahdollisuuksien mukaan hyödyntämään yhtäältä sitä laajaa kotimaista ja ennen kaikkea kansainvälistä oikeuskirjallisuutta, jonka keskeisimmät kysymyksenasettelut ovat kohdistuneet joko suoraan tai välillisesti lainsäädännön perusoikeuksienmukaisuuden oikeudelliseen valvontaan. Keskeisimpiä, joskin toisinaan erityisesti kritiikin kohteina käytettyjä taustalähteitä ovat tässä kohtaa olleet Kaarlo Tuorin ”Kriittinen oikeuspositivismi” ja ”Oikeuden ratio ja voluntas” -teokset (Tuori 2000 ja Tuori 2007), mutta myös Antero Jyrängin ”Valta ja vapaus” (2003) ja Jaakko Husan ”Non Liqueur” (Husa 2002). Ulkomaisista lähteistä on syytä mainita Ronald Dworkinin tuotanto (Dworkin 1978, Dworkin 1986, Dworkin 1996, Dworkin 2008), Jürgen Habermasin valtiosääntöteoreettinen tuotanto (erit. Habermas 1996), John Hart Elyn teoria lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuINVALVONNAN edustuksellista oikeutuksesta (Ely 1980), samoin kuin osa Cass Sunsteinin tuotantoa (Sunstein 1996). Myös Jeremy Waldronin lainsäädännön merkitystä koskevilla teoreettisilla tutkimuksilla on ollut tässä merkittävä sija vähintäänkin yhtenä kriittisenä vastinparina (Waldron 1999a, Waldron 1999b ja Waldron 2006). Työssä omaksuttu oikeuskäsitys seuraa kuitenkin pitkälti Ronald Dworkinin oikeudellisen integriteetin teorian mukaisia lähtökohtia.¹⁶²

Kolmas tutkimuksen keskeinen tausta-aineistoryhmä koskee tutkimusgenreä, jota voitaisiin luonnehtia valtiosääntövertailuksi, mutta joka eräiltä piirteiltään kattaa asteen laajemman, uudelle konstitutionalismille tyypillisten kysymyksenasettelujen kentän kansallisten oikeuskulttuurien ja eurooppalaisen konstitutionalisin piirissä. Tutkimuksen otsikkoon päätyneet aihe ”Uusi perustuslakikontrolli” on nimenmaan valtiosääntövertailun keinoin hiljattain synnytetty käsite. Keskustelun keskeisimpiin taustahahmoihin ovat tältä osin kuuluneet Stephen Gardbaum (Gardbaum 2001), Mark Tushnet (Tushnet 2008), mutta osin myös sellainen asteen perinteisempi valtiosääntövertailija kuten David M.

¹⁶² Ks. erit. Dworkin 1986, s. 225–275.

Beatty (Beatty 2004). Kun kyse on valtiosääntövertailuun perustuvasta havainnosta, on tietysti luontevaa, että siinä introdusoiduilla käsitteillä on suorat viitekohteensa ainakin joissakin kansallisissa valtiosääntökulttuureissa. Tässä suhteessa kiinnostaviksi ja tärkeiksi ovat osoittautuneet etenkin kanadalaisen valtiosääntötutkimuksen piirissä esiin nousseet argumentit dialogisen perustuslakikontrollin oikeutuksesta (Roach 2001, Waluchow 2007). Kanadalaisella keskustelulla on lisäksi kiinnostava analoginen viitekohta eurooppalaista nykykonstitutionalismia koskevassa tutkimusperinteessä. Vaikka eurooppalainen valtiosääntökehitys ei olekaan ollut tämän tutkimuksen aiheena muuten kuin välillisesti, teoksen rivien välistä on mahdollista lukea viittauksia mm. Neil Walkerin (Walker 2003) samoin kuin *Miguel Poirares Maduron* (mm. Maduro 2008) esityksiin valtiosääntöoikeudellisesta pluralismista.

Tutkimuksen ensisijaisena tarkoituksena ei ole esittää dogmaattista mallia, jota seuraten perusoikeuksia ja muita valtiosääntöisiä normeja voitaisiin konkreettisissa käytännöissä soveltaa aiemmissa oikeudellisissa käytännöissä omaksettuihin ratkaisuihin nähdessä johdonmukaisesti ja ennakoitavissa olevalla tavalla. Sen sijaan päämääränä on tuoda esiin niitä periaatteellisia ja institutionaalisia rakenteita sekä tällaisten rakenteiden taustalla olevia oikeuttamisperusteita, jotka joka tapauksessa muodostavat eräänlaisen hiljaisen esipuheen jokaiselle ratkaisutilanteelle. Tutkimuksessa suhtaudutaan sitä paitsi jokseenkin epäillen sekä dogmaattisen valtiosääntöoikeuden tapaan ottaa oikeudellisen ongelmanratkaisun lähtökohtatilanteet ikään kuin annettuna samoin kuin sen taipumukseen ylikorostaa valtiosäännön oikeuttavia ja vallitsevat valtakäytänteet legitimoivia funktioita valtiosäännön ja erityisesti perusoikeuksien kriittisen tehtävän kustannuksella. Tämä ei tarkoita, etteikö valtiosääntöisen ongelmanratkaisun tavoitteena olisi rationaalinen perusteltavuus tai etteikö myös valtiosäännössä olisi tarvetta perinteisen lainopin kaltaiselle dogmaattiselle tutkimukselle. Rationaalisuus ja samalla tarkastelun oikeellisuuden mittapuut eivät kuitenkaan tämän tutkimuksen näkökulmasta perustu siihen, että ratkaisulle voidaan löytää nimenomainen tuki etukäteen määritellystä systeemistä saati yksittäisestä auktoritatiivisen instituution tulkintalauseesta, vaan siihen, että tulkintaa on perusteltua pitää sisällöllisesti yhteensopivana oikeusjärjestyksen kokonaisuuden ja siinä voimassa olevien oikeusperiaatteiden kannalta.

Tutkimuksen teemana oleva perustuslakikontrollin oikeutettavuuden ongelma edustaa sinällään valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen klassisia kysymyksenasetteluja. Voidaankin kysyä, mitä uutta tällaisella tutkimuksella on annettavaan. Tältä osin voin ainoastaan todeta, että perustuslakikontrollia lähestytään tässä tutkimuksessa tavalla, jonka mahdollisuudet ovat tulleet kansainvälisessä valtiosääntöoikeudellisessa tutkimuksessakin yleisempään tietoisuuteen vasta viimeisten 10–20 vuoden aikana ja jolle suomalaisen valtiosääntökulttuurin kehittyminen on vasta hiljattain synnyttänyt tilan. Asetan perustuslakikontrollin toisin sanoen kontekstiin, jossa yhtä puolta edustaa uutta konstitutionalis-

mia, uusia normikontrollimuotoja sekä valtiosääntöpluralismia koskeva viimeisten kymmenen vuoden aikana esille noussut kansainvälinen valtiosääntöoikeudellinen keskustelu ja toista puolta erityisesti ne argumentit, joita lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollia vastaan on esitetty samanaikaisesti, mutta varsin perinteisiin periaatteellisiin näkökohtiin kytkettynä. Näiltäkin osin tutkimukseni on sekä toteuttamistavoiltaan¹⁶³ että muutenkin ymmärrettävä ennen kaikkea puheenvuoroksi Suomen valtiosäännön sisältöä koskevaan keskusteluun. Sellaisenaan siinä esitettyjen väitteiden totuusarvo ei omasta näkökulmastani katsoen riipu jostakin yksittäisestä työn taustalle sijoitettavasta metodista, vaan yksinkertaisesti paikasta, joka tutkimukselle asemoituu osana sitä keskustelua, jota valtiosääntöoikeutta työkseen tutkivat asiantuntijat käyvät valtiosääntöoikeudellisten käytäntöjen kanssa.¹⁶⁴

¹⁶³ Tämä tutkimus perustuu osaksi jo aiemmin artikkelimuodossa julkaistuihin kirjoituksiin. Vaikka tässä hyödynnetyt alkuperäiset artikkelit ovat varsin helposti saatavilla, tavoitteena on ollut sijoittaa ne osaksi kokonaisuutta, jota ei sellaisenaan yksittäisten kirjoitusten pohjalta ole ainakaan samalla tavoin hahmotettavissa. Lisäksi artikkeleihin on tehty sekä nyt käsillä olevan kokonaisuuden että sittemmin ilmestyneen tutkimuskirjallisuuden ja tuoreemman oikeuskäytännön edellyttämiä muutoksia. Luvun Perustuslakikontrollin uudet muodot (II.1) pohjana on toiminut Lakimiehellä 1/2009 julkaistu artikkeli ”Perustuslakikontrollin uudet muodot I – Kohti keskustelevaa normikontrolliajattelua”. Luku III.1. rakentuu Lakimiehellä 2/2009 julkaistulle artikkelille ”Perustuslakikontrollin uudet muodot II – Keskustelevan normikontrolliajattelun edellytykset Suomessa”. Luku III.2 perustuu puolestaan Lakimiehellä 4/2008 julkaistuu artikkeliin ”Perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimuksen vaikutuksista oikeuskäytännössä” ja luku III.3, ”Perustuslakivaliokunnan arvovalta ja valtiosääntökulttuurin murros”, Mikael Hidénin vuonna 2009 julkaistussa juhla kirjassa alun perin ilmestyneeseen samannimiseen artikkeliin. Osan III viimeinen luku perustuu tekstille, joka julkaistiin alun perin Oikeus-lehdessä 1/2010 otsikolla ”Valtiosääntöinen managerialismi ja perusoikeudet”. Sen sijaan osat I ja IV sekä osan II luku ”Perusoikeudet, demokratia ja tuomioistuimet” perustuvat aiemmin julkaisemattomaan aineistoon.

¹⁶⁴ Vrt. Heiskalan luonnehdinta sosiologiasta tieteenä, Heiskala 1994, s. 9.

3 Esityksen rakenne

Tutkimus etenee seuraavasti. Johdannon jälkeen alkavassa osassa II kuvaan ensin tarkemmin, millaisia institutionaalisia järjestelyjä perustuslakikontrollin uusiin muotoihin on muualla liitetty. Pyrin erityisesti kansainvälisen valtiosääntövertailun tuloksia hyödyntäen erittelemään niitä institutionaalisia malleja ja teoreettisia uudelleenlinjauksia, joiden kautta lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa ja siihen liittyvää perusoikeuksien toteuttamisen ja kansansuvereenisuuden välistä jännitettä on valtiosääntöistymisen myötä erityisesti vanhastaan lainsäätäjän suvereenisuutta korostaneissa oikeuskulttuureissa ryhdytty jäsentämään uudelleen. Osan ensimmäisen pääluvun tarkoituksena on antaa konkreetti kiinnekohta perustuslakikontrollin institutionaalisen rakenteen muutosanalyyysille ja sen taustalla oleville teoreettisille ja normatiivisille lähtökohdille.

Osan II toinen pääluku käsittelee lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuINVALVONNAN oikeutettavuutta. Ottaen huomioon, että uusi perustuslakikontrolli rakentuu osaltaan vaatimukselle tuomioistuinten lakien ja niiden soveltamisen perustuslainmukaisuuden valvojana, on ollut tarpeen arvioida hieman tarkemmin, millaisen teorian valossa tuomioistuinten tällaista toimivaltaa olisi mahdollista oikeuttaa, kun samalla huomioidaan välitysmallille tyypillinen vaatimus sekä demokratian että perusoikeuksien mahdollisimman täysimääräisestä toteuttamisesta. Kiinnitän ensin huomiota lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollia koskeviin viimeaikaisiin kriittisiin puheenvuoroihin. Perusoikeuksien tuomioistuINVALVONNAN kritiikin eräs päätyyppi rakennetaan nähdäkseni toisinaan vielä siinä määrin vahvasti yksipuolisesti demokraatiaperusteelle ja etenkin sitä tukevalle perinteiselle oikeuspositivistiselle oikeusajattelulle, että tuon kritiikin lähtökohdista on syytä tarkastella tiiviisti erikseen. Varsinkin perinteisillä, *Hans Kelsenin* ja *H. L. A. Hartin* käsityksiin nojautavilla oikeutta koskevilla epistemologisilla oletuksilla näyttää edelleenkin olevan merkittäviä vaikutuksia perusoikeuksien ja niitä koskevien tulkintojen oikeudellisuutta koskeviin määrittely-yrityksiin ja siten myös perusoikeuksien tuomioistuinkontrollin oikeutettavuutta koskeviin argumentteihin.

Perinteisen positivismien kritiikin jälkeen otan arvioinnin kohteeksi *Jeremy Waldronin* hiljattain julkaiseman modernien liberaalien demokratioiden moniarvoisuudelle ja julkisen päätöksenteon kansanvaltaisuutta koskeville vaatimuksille nojautuvan lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin ns. core case -kritiikin.¹⁶⁵ Waldronin argumentit tukeutuvat nähdäkseni muuta kri-

¹⁶⁵ Ks. Waldron 2006.

tiikkiä selvemmin *sekä demokratiaperiaatteen että perusoikeuksien* varaan, mistä syystä se näyttäisi vastaavan tavanomaisia puhtaan demokratiaperustaisia kritiikkejä paremmin modernin valtiosäännön lähtökohtia demokratian ja perusoikeuksien asemasta toistensa edellytyksinä.¹⁶⁶ Pidän kuitenkin Waldronin väitteitä lopputuloksiltaan väärinä.

Waldronin argumenttien kritiikillä on tämän tutkimuksen kannalta ensisijaisesti välineellinen merkitys. Pyrin kritiikin kautta erittelemään tarkemmin niitä oikeuksiin ja demokratiaan pohjautuvia argumentteja, jotka, toisin kuin Waldron väittää, kiistanalaisuudessaan itse asiassa edellyttävät perusoikeuksien turvaamistehtävän antamista myös tuomioistuimille ja myös silloin, kun turvaamistehtävän toteuttaminen edellyttää lain soveltamista jättämistä. Kun Waldronin kritiikin lähtökohtana on oletus siitä, että ”if there is a democratic objection to judicial review, it must also be a rights-based objection”, itse argumentoin toisin päin: jos lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinvalvonnalle on oikeusperustainen oikeutus, sen täytyy olla myös demokratiaperustainen oikeutus. Väitän samalla, että uudet perustuslakikontrollimallit tarjoavat modernin valtiosäännön perustavaan riidanalaisuuteen rakenteellisen vastauksen, joka sekä mahdollistaa tuon riidanalaisuuden normatiivisen hallinnan että vastaa myös tosiasiallisia valtiosääntöoikeudellisia ratkaisuja tarkemmin kuin esimerkiksi juuri Waldronin kannattama tuomioistuinvalvonnan pääsääntöinen kielto ja siihen liittyvä lainsäätäjän perustuslaintulkintaylivallan oletus.

Osassa III siirryn suomalaisten valtiosääntöoikeudellisten käytäntöjen pariin. Erittelen ensin niitä valtiosääntöisen sääntelyn ja valtiosääntökulttuurin tasolla ilmeneviä institutionaalisia ja yleisten oppien tasoisia piirteitä, jotka osoittavat suomalaisen perustuslakikontrollijärjestelmän vastaavan jo nykyisillään lähtökohdiltaan uudeksi perustuslakikontrolliksi tässä nimitetyn välitysteorian keskeisiä normatiivisia lähtökohtia. Tämän jälkeen analysoin vaikutuksia, joita perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen ilmeisyysvaatimuksella on ollut tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa fokusoiden erityisesti ristiriidan ilmeisyysvaatimuksen vaihtoehtoisten tulkintojen merkitykseen. Käsitykseni mukaan ilmeisyysvaatimus heijastaa itsessään valtiosääntöoikeuden muutosta perinteisestä hierarkkisesta mallista instituutioiden välistä vuorovaikutusta ja jaettua perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisvastuuta korostavaan suuntaan. Samalla sitä on ollut käytännössä mahdollista tulkita kahdella vaihtoehtoisella tavalla, joskin vain toista niistä on mahdollista pitää valtiosääntömme kokonaisuuden kannalta perusteltuna. Parempi tulkinta, niin väitän, seuraisi uudelle perustuslakikontrollille tyypillisiä linjauksia. Päätän perustuslain etusijasäännöksen ja sen soveltamiskäytäntöjen tarkastelun arvioimalla kriittisesti *Kaarlo Tuorin* perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen ristiriidan ilmeisyysvaatimukseen palauttamaa ns. viimeinen hätävara -argumenttia. Toisin kuin Tuori esittää, katson,

¹⁶⁶ Ks. Waldron 1999, s. 282.

että uusi perustuslakikontrolli ja siihen liittyvä välitysmalliajattelu edellyttävät nimenomaan kriittisen etäisyyden ottamista hätävara-argumentin taustalla oleviin yleisen tason oletuksiin tuomioistuinten pidättyvyydestä ja lainsäätäjän perustuslaintulkintavallan abstraktista ensisijaisuudesta.

Perustuslain etusijasäännöksen vaikutusten jälkeen otan kriittisen tarkastelun kohteeksi perinteisen perustuslakikontrollimme ytimen, eduskunnan perustuslakivaliokunnan toiminnan lakien perustuslainmukaisuuden valvojana. Esitän, että uudelle perustuslakikontrollille tyypillinen pluralismi, sen toiminnan dialogiset puitteet sekä eräänlainen valtiosääntöoikeudellinen kumppanuus asettavat myös parlamentaarisesti järjestetyille perustuslakivalvonnalle uusia vaatimuksia. Perustuslakivaliokunnan on toisin sanoen kyettävä yhtäältä osoittamaan, että se toimii nimenomaan demokraattisena, erilaisille käsityksille ja jokaisen yhtäläisille osallistumisoikeuksille nojaavana valvontainstituutioon. Kun toisaalta perustuslakivaliokunnan tehtävänä ei ole vain esittää demokraattisesti perusteltua käsitystä laista, vaan nimenomaan esittää oikeudellisesti perusteltu kanta säädettävän lain perustuslainmukaisuudesta, tulee sen toiminnalle asettaa myös oikeudelliset reunaehdot. Luku III päätetäänkin perustuslakivaliokunnan toimintaa erityisesti kiperissä periaatteellisissa tulkintakysymyksissä hallitsevan instrumentalismin ja eräänlaisen valtiosääntöoikeudellisen managerialismin normatiiviseen kritiikkiin.

Tutkimuksen viimeisessä, IV osassa, palaan astetta yleisemmälle tasolle ja hahmottelen niitä yleisiä lähtökohtia ja tulokulmia, joita uudelle perustuslakikontrollille tyypillinen periaatteellinen avoimuus ja jännitteisyys vaikuttaisivat edellyttävän valtiosääntöoikeudelliselta tulkinnalta ja argumentoinnilta. Kiinnitän huomiota etenkin perus- ja ihmisoikeuksien konkreettiseen soveltamiseen ja oikeudellisen ongelman hahmottamista määrittäviin tulkinnallisiin ongelmiin ja esitän kritiikkiä erityisesti systeemiä lähtöistä taikka institutionaaliin käytäntöihin kritiikittä sitoutuvaa valtiosääntöoikeusdogmatiikkaa kohtaan. Tutkimuksen lopuksi vedän lankoja yhteen ja arvioin, missä määrin tutkimus on vastannut siinä esitettyihin kysymyksiin.

OSA II

KONSTITUTIONALISMIN MUUTOS,
DEMOKRATIA JA PERUSOIKEUDET

1 Perustuslakikontrollin uudet muodot

1.1 PERINTEISET KYSYMYKSET JA UUDET LÄHTÖKOHDAT

Tulisiko tuomioistuimella olla toimivalta syrjäyttää demokraattisissa menettelyissä säädetty laki, jos se katsoo lain säännöksen soveltamisen johtavan ristiriitaan perustuslain kanssa? Vai olisiko nimenomaan demokraattisesti valittu lainsäätäjä kelpuutettava viime kädessä yksin päättämään, mitä perustuslakiin sisältyvät abstraktit ja usein keskenään eri suuntiinkin osoittavat säännökset oikeastaan tarkkaan ottaen edellyttävät? Tällaiset kysymykset perustuslain suhteesta demokraattiseen päätöksentekoon ja sen keskeisimpään muotoon, lainsäätämiseen, ovat perinteisesti määrittäneet sekä perustuslakikontrollia koskevia ratkaisuja että länsimaista konstitutionalismia yleisemminkin. Kysymykset olivat ja ovat edelleenkin tyypillisiä etenkin kansallisvaltiolle leimalliselle valtiosääntöajattelulle.

Kysymysten ongelmana kuitenkin on, että ne edellyttävät oletusta perustuslaintulkinnan viimekätisestä auktoriteetista. Samalla ne määrittävät perustuslain sisältöä koskevat päätökset ikään kuin vääjäämättä poliittisesta tahdonilmauksesta riippuviksi, kun kysymys oikeasta perustuslaintulkinnasta pyritäänkin määrittelemään sen perusteella, minkä instituution sanaa pidetään ratkaisevana. Kuten johdannossa jo tuotiin esille, tällaiselle institutionaaliseen auktoriteettiin perustuvalla joko/tai -tyyppiselle, lopulliseksi ymmärretylle ja kategorisuutta tavoittelevalle normikontrolliajattelulle on sittemmin muodostunut uudemmissa valtiosääntökäytännöissä vaihtoehto. Vaihtoehtoisen mallin lähtökohdat artikuloitiin ensimmäisen kerran *Stephen Gardbaumin* vuonna 2001 julkaisemassa ja brittiläisen kansainyhteisön maita koskevaan valtiosääntövertailuun pohjautuvassa artikkelissa ”The New Commonwealth Model of Constitutionalism”.¹ Gardbaumin kirjoitus oli käytännössä se tieteellinen avaus, jonka kautta koko siihen asti eri valtiosääntökulttuureissa kansallisina järjestelyinä ilmennyt teema² sai sekä yleispätevän, modernin konstitutionalisin mahdollisuuksia kollektiivisesti kuvaavan merkityksen³ että avautui kansainvälisen valtiosääntötutkijayhteisön tarkasteltavaksi. Kuten Gardbaumin artikkelin otsikosta voi päätellä, uusi perustuslakikontrolli on näyttäytynyt tarkastelijoilleen en-

¹ Gardbaum 2001.

² Ks. mm. Hogg – Bushell 1997 ja Roach 2001, mutta myös esimerkiksi Viljanen 1990 ja Scheinin 1991. Ks. myös Gardbaum 2001, Gardbaum 2010, Waldron 2006, s. 1354, Dixon 2007, Tushnet 2008, s. 18–24, Kavanagh 2009, s. 416–419 ja Hiebert 2006.

³ Ks. Gardbaum 2001, s. 709.

sivaiheessa korostuneen brittiläisenä ilmiönä. Sittemmin kansainvälisessä keskustelussa on jossain määrin pyritty eroon ”commonwealth”-käsitteestä ja siirrytty osin käyttämään yleispätevämpää käsitettä ”*weak-form review*”,⁴ mitä voidaan pitää sinänsä perusteltuna.

”Weak-form” -käsitteen introdusoinut *Mark Tushnet* on aiheellisesti huomauttanut, että Gardbaumin käsitteistö korostaa tarpeettomasti uuden perustuslakikontrolliajattelun sijoittumista nimenomaan brittiläisen konstitutionalismin historialliseen kontekstiin.⁵ Kuten nimittäin niin Gardbaumin kuin Tushnetin analyyseistä käy selväksi, perinteisen perustuslakikontrollin vaihtoehtoja kuvaaville käsitteille on annettavissa yleistettävissä oleva, länsimaiseen valtiosääntötraditioon varsin syvään juurtuneisiin periaatteisiin nojautuva kriittinen tehtävä. Niiden avulla on mahdollista ottaa kriittistä etäisyyttä perinteisen valtiosääntöajattelun taipumukseen korostaa osaa näistä periaatteista muiden kustannuksella. Lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrolli on omiaan sivuuttamaan demokratianäkökohdat. Lainsäätäjän suvereenisuuteen pohjautuvissa valvontamalleissa ongelmana taas on oikeuksien heikko konkreettinen suoja.

Gardbaumin avauksen jälkeen keskustelu uusista perustuslakikontrollimuodoista ja niitä kuvaavista käsitteistä (Commonwealth constitutionalism, weak-form review, weak judicial review) on nopeasti vakiinnuttanut asemansa eräänä valtiosääntöoikeudellisen nykytutkimuksen avainteemana.⁶ Keskustelulla on kaksi taustatekijää. Yhtäältä se edustaa kuvausta oikeuskulttuurisesta muutoksesta, joka on tapahtunut aiemmin lainsäätäjän suvereenisuuteen vahvasti tukeutuneissa valtiosääntökulttuureissa. Tällaisia maita edustavat kansainvälisen kirjallisuuden valossa tyypillisesti eräät brittiläisen kansainyhteisön maat, mutta pidän selvänä, että myös perus- ja ihmisoikeuskulttuurin murroksen jälkeinen Suomi kuuluu tähän joukkoon. Toinen oleellinen piirre keskustelun taustasitoumuksissa palautuu vanhaan kysymykseen lakien perustuslainmukaisuutta arvioivien menettelyjen oikeutuksesta. Kuten Stephen Gardbaum asian artikkelissaan ilmaisi, kyse on pyrkimyksestä ottaa demokraattisen päätöksenteon ja perusoikeuksien välinen jännite haltuun institutionaalisesti, mutta tavalla, joka kunnioittaa jännitteen molempien puoliskojen arvokkaampia ja olennaisimpia piirteitä hylkäämättä kuitenkin mitään olennaisen tärkeää. Perusoikeuksien turvaamisen kannalta olennaista ja arvokasta on tässä kehyksessä oikeuksien riittävä ja tehokas suoja. Maksimaalisen suojan ongelmana taas on, että jos valtiosääntö pyrkii maksimaalisesti turvaamaan vain oikeuksia, oikeusjärjestyksen

⁴ Ks. kokoavasti Tushnet 2008, s. 24–36.

⁵ Ks. Tushnet 2008, s. 24, alav. 20.

⁶ Ks. esim. Waldron 2006, jossa esitellään ensin perinteiset perustuslakikontrollia koskevat klassiset käsiteparit kuten etukäteinen/jälkikäteinen, abstrakti/konkreetti ja oikeudellinen/poliittinen, mutta todetaan samalla, että erottelu heikon ja vahvan kontrollin välillä edustaa selvästi tärkeintä valtiosääntöoikeudellista erottelua.

sisältöä koskevat päätökset näyttävät siirtyvän viime kädessä tuomioistuinten eikä lainsäätäjän päätettäväksi. Parlamentin suvereenisuuden näkökulmasta olennaista ja arvokasta puolestaan on, että kulloinkin vallassa olevan parlamentin enemmistö vastaa viime kädessä oikeusjärjestyksen sisällöstä. Ongelmana kuitenkin on, että täydellinen suvereenisuus poistaa perusoikeuksilta niiden keskeisen funktion, suojan demokraattisen enemmistön tahtoa vastaan.⁷ Uusi perustuslakikontrolli eroaa perinteisestä perustuslakikontrolliajattelusta siinä, että uudemmat mallit pyrkivät lähtökohdissaan välttämään viimekätistä auktoriteettia koskevat oletukset. Pikemminkin koko teesi normikontrollista *joko lainsäätäjän tai tuomioistuinten ylivalentana pyritään kiistämään*. Sen sijaan tarjotaan eräänlaista *sekä/että*⁸ -konstitutionalisimia. Tällöin valtiosääntöoikeuden perustavimpiakaan ristiriitoja ei sen paremmin julisteta ratkaisemattomiksi kuin kielletä määrittelemällä toinen osapuoli toisen ehdoilla.⁹

Myös absolutisoivia tulkintoja vältetään. Kuten jo *Martin Scheinin* korosti vuonna 1991 julkaistussa väitöskirjatutkimuksessaan: kaikki järjestelyt, joissa yleiset tuomioistuimet voivat soveltaa perustuslain perusoikeussäännöksiä konkreettisia oikeustapauksia tulkittaessaan, eivät johda esimerkiksi yhdysvaltalaisen judicial review -doktriinin kaltaiseen äärimuotoon.¹⁰ Uusia kontrollimuotoja kuvaavaan ”weak-form” -käsitteeseen sisältyvä tulkinta normikontrollin ”heikkoudesta” tulee siten ymmärtää kriittisenä irtiottona perinteisen kontrollimalliajattelun kategorisoivista painotuksista. Tässä suhteessa se pyrkii liudentamaan vahvaan kontrolliajatteluun pakostakin sisäänrakentunutta konfliktia perustuslain tuomioistuinkontrollin ja demokraattisen itsehallinnon välillä.¹¹ Analogiaa voidaan hakea myös kuluneesta säännöt/periaatteet -erottelusta, jossa säännön luonteiset normit tuottavat soveltamisalallaan kuhunkin ongelmaan yksiselitteisen ratkaisun, kun taas periaatteiden vaikutus on yleisempää ja ennen muuta sisällölliseen oikeutukseen tukeutuva. Tietyssä mielessä vahva normikontrolli on samaa sukua oletuksille oikeusjärjestyksestä nimenomaan etukäteen tahdonaktein asetettujen sääntöjen järjestelmänä, kun taas heikommat normikontrollimuodot pyrkivät ottamaan haltuun juuri oikeusperiaatteiden sävyttämän, kontekstuaalisesti sisältöä saavan ja konkreettisilta merkityksiltään kiistanalaisiin perusteisiin nojautuvan oikeusjärjestyksen tyypillisiä haasteita.

Viimeksi mainitut näkökohdat tuovat samalla esiin uuden perustuslakikontrollin perustavaa merkitystä valtiosääntöoikeuden yleisten oppien kehittymiselle. Siinä missä perinteinen vahva kontrolliajattelu edellytti abstraktilla tasolla etukäteen tehtyä ja niin ollen myöhempien käytäntöjen näkökulmasta annettuina otettavaksi muunnettua valintaa yhden valtiosääntöperiaatteen hyväksi mui-

⁷ Ks. Gardbaum 2001, s. 742.

⁸ Ks. joko–tai ja sekä–että -ajattelutapojen eroista Tolonen 2008, s. 151.

⁹ Ks. Tuori 2008, s. X.

¹⁰ Ks. Scheinin 1991, s. 340.

¹¹ Ks. Tushnet 2008, s. 23.

ta vastaan, uusi perustuslakikontrolli pyrkii jättämään demokratian ja perusoikeuksien suojan välillä ilmenevän jännitteen oikeudellisiin käytäntöihin asti avoimeksi – siis odottamaan juuri ratkaistavana olevassa tilanteessa tehtävää tulkintaa konstitutionalismien keskeisten periaatteiden merkityksestä. Näihin kysymyksiin samoin kuin uuden perustuslakikontrollin institutionaaliin järjestämistapoihin palataan tarkemmin hieman myöhemmin. Ennen täsmennyksiä on kuitenkin syytä tuoda esiin muutama yleinen taustaoletus.

Ensinnäkin uusi perustuslakikontrolli sisältää oletuksen lakien perustuslainmukaisuuden valvontavallan antamisesta myös tuomioistuimille. Toisinaan valvonta saattaa ulkoisesti muistuttaa lakien perustuslainmukaisuuden tutkimista varsin perinteisessä merkityksessä. Esimerkiksi Kanadan perustuslain (Constitution Act) 52 §:n etusijasäännöksen mukaan perustuslain kanssa ristiriitaiset lait ovat pätemättömiä ja tehottomia.¹² Samalla sikäläisen perusoikeuskirjan (Charter of Rights and Freedoms) 32 §:n mukaan perusoikeuskirjan määräykset sitovat liittovaltion ja provinssin lainsäätäjiä. Vaikkei perustuslaki itsessään suoraan valtuuta tuomioistuinta julistamaan lakeja perustuslainvastaisina pätemättömäksi, Kanadan korkein oikeus on vuodesta 1982 lukien katsonut tällaisen toimivallan kuuluvan Kanadan perustuslain järjestelmään nojautuen juuri mm. perusoikeuskirjan 32 §:n ja perustuslain etusijasäännöksen määräyksiin.¹³ Tästä huolimatta kanadalaista järjestelmää pidetään malliesimerkkinä perustuslakivalvonnan uusista välittävistä muodoista¹⁴, koska sen toiminta on käytännössä muotoutunut valtiosääntöoikeudellista dialogia seuraavaksi.¹⁵ Dialogisessa kontrollissa tuomioistuimen päätös lain perustuslainvastaisuudesta siirtää puheenvuoron lainsäätäjälle, joka voi halutessaan esittää parempia perusteluja aiotulle lainsäädäntöhankkeelle tai säätää lain perustuslain 33 §:n ”notwithstanding” -säännöksen nojalla määräajaksi voimassa olevana ”poikkeuslakina”, joka on voimassa huolimatta siitä, että laki on sisällöllisesti ristiriidassa perustuslain kanssa.

Usein uudelle perustuslakikontrollille tyypilliset menettelyt ovat kuitenkin lain pätemättömäksi julistamista vähemmän kategorisia. Hyvänä esimerkkinä toimivat esimerkiksi vuonna 1990 säädetyt Uuden-Seelannin Bill of Rights Actin vaatimus perusoikeusmyönteisestä tulkinnasta samoin kuin Yhdistyneen kuningaskunnan v. 1998 Human Rights Actin vastaava vaatimus voimassa olevan lainsäädännön tulkittamisesta mahdollisimman pitkälle Euroopan ihmisoikeussopimuksen määräysten mukaisesti. On kuitenkin syytä korostaa, että myös tällaiset lievemmätkin, kenties vain yksittäisessä tapauksessa tietyn lain säännöksen tietyn vaihtoehdoisen soveltamisvaihtoehdon syrjäyttämiseen johta-

¹² ”The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.”

¹³ Ks. Reesor 1992, s. 403.

¹⁴ Ks. Gardbaum 2001, s. 724 ja Tushnet 2008, s. 31–33.

¹⁵ Ks. erit. Roach 2001, s. 175–204.

vat tulkinnalliset menetelmät jäsenyivät valtiosääntöoikeudellisessa tutkimuskirjallisuudessa nimenomaan perustuslakikontrollia koskeviksi institutionaalisiksi järjestelyiksi. Sellaisina niissä saatetaan joutua ottamaan kantaa perinteisiin valtiosääntöteoreettisiin kysymyksiin lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan oikeutuksesta.

Toiseksi, kansainvälinen keskustelu heikosta normikontrollista on ollut varsin angloamerikkalaisittain painottunutta. Olisi kuitenkin virheellistä olettaa, että tällainen oikeuskulttuurinen tausta estäisi kyseisessä keskustelussa tehtyjen havaintojen soveltamisen mannermaiseen oikeusperheeseen kuuluvan Suomen valtiosääntöoikeudelliseen kontekstiin. Uusi perustuslakikontrolli ei nimittäin nojautu niinkään angloamerikkalaiseen common law -traditioon etenkin tradition oikeuslähdeopillisessa merkityksessä,¹⁶ vaan valtiosääntöisesti universaalimpaan kysymykseen valtiosäännöstä lainsäätäjän suvereenisuuden rajana ja edelleen kysymyksiin tuomioistuinten asemasta lakien perustuslainmukaisuuden valvojana. Tässä suhteessa yhdysvaltalainen ja brittiläinen konstitutiotalismi ovat perinteisesti edustaneet toistensa vastakohtia. Yhdysvaltojen valtiosäännön keskeisenä lähtökohtana on tuomioistuimille hyvin vahvan kontrollivallan antava judicial review -doktriini, jonka merkitys vielä korostuu sikäläisen perustuslain hyvin vaikean, käytännössä lähes mahdottomaksi osoittautuneen muuttamismenettelyn vuoksi. Brittiläisen konstitutiotalismin perusperiaatteena puolestaan on vanhastaan ollut täydellinen parlamentin suvereenisuus, mitä taas kirjoitetun perustuslain puuttuminen sekä tuomioistuimia koskeva kielto tutkia lakien perustuslainmukaisuutta osaltaan vain vahvistavat.¹⁷ Pois lukien perustuslain kirjoittamattomuuteen liittyvät näkökohdat, brittiläisen valtiosääntökäsitys on ollut huomattavasti lähempänä ranskalaista mallia kuin esimerkiksi yhdysvaltalaisista ajattelua. Lainsäätäjän asemaa korostavalta osaltaan myös Suomi samoin kuin muut pohjoismaat ehkä Islantia¹⁸ ja sekä tie-

¹⁶ Mannermaisen oikeuskulttuurin ja common law -kulttuurin välinen ero tiivistetään yleensä tuomioistuinten ratkaisujen oikeuslähdeopillisesta asemasta koskeviin eroihin: mannermaisessa oikeuskulttuurissa oikeuskäytäntö ei kaikkien tietämällä tavalla ole sitova oikeuslähde, kun taas common law -maissa tuomioistuinten ratkaisuilla on sitovan oikeuslähteen asema. Kuten Michel Rosenfeld on todennut, tämän oikeuslähdeopillisen erottelun rinnalla on syytä tehdä ero myös oikeudellisen argumentaation ideaalimallien (deduktiivinen vs. induktiivinen) samoin kuin oikeusvaltiokäsitteenkin (*rechtstaat, etat du droit vs. rule of law*) tasoilla (ks. Rosenfeld 2004, s. 646–648). Erot ovat kuitenkin liudentumassa. Kansainvälistymisen, valtiosääntöistymisen ja perusoikeudellistumisen seurauksena tuomioistuinten asema oikeusjärjestyksen sisällöllisenä kehittäjänä on selvästi kasvanut ja tulkinnanvaraisten perusoikeussäännösten soveltaminen on omiaan korostamaan konkreetin soveltamiskontekstin merkitystä oikeudellisen harkinnan ja argumentaation lähtötilanteena varsin samaan tapaan kuin common law -oikeudessa tehdään. Myös perusoikeuksien aseman vahvistuminen valtiollisen vallankäytön kriittisenä mittapuuna saattaa liudentaa perinteisen mannermaisen oikeusvaltiokäsityksen valtiokeskeisyyttä. Ks. myös Rosenfeld 2004, s. 645–646.

¹⁷ Ks. esim. Goldworthy 1999, s. 1–2. Ks. myös Tuori 2007, s. 222.

¹⁸ Ks. Helgadottir 2009, s. 185–187.

tyin varauksin Norjaa¹⁹ lukuun ottamatta ovatkin itse asiassa varsin lähellä brittiläis-ranskalaista valtiosääntöperinnettä. Nyt näyttää siltä, että sama perheyhtäläisyys koskee myös lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa ja sen kehittymistä.

Kolmanneksi on korostettava, ettei ”heikkomuotoinen” kontrolli tarkoita heikkoja oikeuksia. Pikemminkin on niin, että uudet perustuslakikontrollimallit pakottavat aiempaa sisällöllisempään ja periaatteellisempaan argumentaatioon, kun perinteisen ajattelun dogmatismien ja auktoriteettiuskon jättämä aukko on pystyttävä täyttämään oikeudellisesti kestäväällä tavalla. Toisin sanoen heikkomuotoiseen kontrolliajatteluun liittyvä käsitys perustuslaista olettaa perustuslain ja siten myös perusoikeuksien normatiivisen statuksen itse asiassa *perinteistä mallia vahvemmaksi*. Tässä mielessä käsitepari heikko/vahva perustuslakikontrolli ei olekaan osuvin mahdollinen. Tässä tutkimuksessa on päädytty kuvaamaan perustuslakikontrollin kolmatta, välittävää ja sekä brittiläisen kansainyhteisön maissa että 1990-luvun lopulta lähtien asteittain myös Suomessa eri muodoissa omaksuttua valtiosääntöajattelua ”uuden perustuslakikontrollin” käsitteellä. Käsitevalinnalla on sekä tavoiteltu kontrastia perinteiseen ja aiempaa perua olevaan hierarkia- ja auktoriteettikorosteiseen valtiosääntökäsitykseen että pyritty korostamaan vaihtoehtoisten mallien uutuusarvoa ainakin tyypillisen valtiosääntöoikeudellisen aikaperspektiivin näkökulmasta.

Omaksutusta käsitteestä riippumatta uusi perustuslakikontrolli korostaa valtiosääntöperiaatteiden normatiivista merkitystä auktoriteettiin perustuvien tulkintojen kustannuksella. Tai kuten amerikkalainen Mark Tushnet on sekä tuomioistuinten että lainsäätäjän ylivaltaan kriittisesti suhtautuvan kirjansa otsikoinut: *Weak Courts, Strong Rights*.²⁰ Suomalaiseen kontekstiin siirrettynä, mutta samalla tavoin provokatiivisesti: heikompi perustuslakivaliokunta, vahvemmat oikeudet.

Seuraavassa hahmotetaan hieman täsmällisemmin, mitä uudella perustuslakikontrollilla on vertailevan valtiosääntötutkimuksen piirissä oikeastaan tarkoitettu. Luon ensin katsauksen Suomenkin perinteiselle valtiosääntöajattelulle tyypillisen ”vahvan” ja auktoritatiivisuutta korostavan normikontrolli-ideologian lähtökohtiin, minkä jälkeen siirryn tyypittelemään perinteisen normikontrolliajattelun uusia vaihtoehtoja hyödyntäen erityisesti Uuden-Seelannin Bill of Rights Actin, Yhdistyneen kuningaskunnan Human Rights Actin sekä Kanadan Fundamental Rights and Freedoms Charterin oikeudellisesta merkityksestä ja niiden erityisistä institutionaalisista järjestelyistä käytyä oikeusvertailevaa keskustelua. Tarkastelun on tarkoitus pohjustaa vastaavien piirteiden arviointia Suomen perustuslain järjestelmässä.

¹⁹ Ks. Slagstad 1995, s. 90–99 ja Smith 1995, s. 375.

²⁰ Tushnet 2008.

1.2 PERINTEINEN RATKAISU: AUKTORITEETTI JA VAHVA KONTROLLI

1.2.1 Lainsäätäjän ylivalta

Konstitutionalistinen traditio on tarjonnut lain perustuslainmukaisuuden valvonnan ongelmaan pääasiallisesti kahta erilaista institutionaalista vastausta. Niistä toinen rakentuu *parlamentin suvereenisuuden* varaan: kulloinkin vallassa oleva lainsäätävä valvoo tällöin itse perustuslain toteutumista. Järjestelmälle ominaista on myös, ettei perustuslain oikeastaan katsota asettavan materiaalisia rajoitteita parlamentin enemmistön poliittiselle päätöksenteolle, tai jos se niin tekeekin, ei kyseisillä vaatimuksilla ole merkitystä parlamentin ulkopuolella. Demokratiaperiaate tavallaan tuottaa perusteen arvioida muodollisesti pätevää normia myös sisällöllisesti pätevänä.

Lainsäätäjän itsekontrolliin perustuva valvonta on yleensä abstraktia ja toteutuu normaalin lainsäätämismenettelyn yhteydessä. Kansainvälisesti arvioiden valvontamalli oli varsin yleinen ratkaisu aina II maailmansodan loppuun. Sen jälkeen tähän järjestelmään kuuluvat maat ovat harventuneet varsin voimakkaasti siten, että lähinnä pohjoismaissa sekä Hollannissa ja Luxemburgissa perustuslakikontrollin katsotaan olevan ensisijaisesti lainsäätäjän toimivaltapiirissä.²¹

Suomalaisen normivalvonnan historia on tunnetusti ollut juuri lainsäätäjän itsekontrollin historiaa. Lain perustuslainmukaisuuden valvonnan on meillä perinteisesti ajateltu kuuluvan ennen muuta eduskunnalle ja sen perustuslakivaliokunnalle. Vallitsevan linjan perusta syntyi jo autonomian aikana,²² mutta varsinainen sementoituminen tapahtui 1930-luvun alussa ja nimenomaan tilanteessa, jossa oli valittava joko lainsäädäntövaiheen tai soveltamisvaiheen kontrollin välillä. Valintapakon taustalla oli eduskunnalle v. 1931 annettu esitys muun muassa hallitusmuodon 92.2 §:n muuttamisesta siten, että korkeimmalle oikeudelle olisi annettu perustuslain tutkintavalta (HE 8/1931 vp). TuomioistuINVALVONTA torjuttiin kahdella perusteella, käytännöllisellä ja normatiivisella. Ensinnäkin Suomen valtiosäännössä oli asiaan liittyvän perustuslakivaliokunnan mietinnön mukaan tehokkaiksi osoittautuneita ja lain säätämisvaiheessa toteutettavia takeita perustuslainvastaisten lakien säätämistä vastaan. Toiseksi valiokunta rinnasti tuomioistuinten normikontrollivallan lainsäädäntövallan käyttöön.²³ Se katsoi, että jos tuomioistuimet saisivat valvontavallan, saattaisi syn-

²¹ Ks. Gardbaum 2001, s. 714–716. Pohjoismaisten järjestelmien välillä on luonnollisesti eroja, mutta niitä kaikkia sävyttää vahvasti parlamentin aseman keskeisyys ja vastaavasti tuomioistuinten pidättyvyys puuttua lainsäätäjän toimiin perustuslakiin nojautuvin perustein. Ks. myös Husa 2004a, s. 73–77.

²² Ks. Jyränki 1989, s. 444–448.

²³ Ks. PeVM 8/1931 vp.

tyä hankalia arvovaltakiistoja, jotka haittaisivat korkeimman oikeuden asemaa lain käyttäjänä. Niin ollen ”tulkinta, missä järjestyksessä mikin laki on säädetävä” oli paras ”jättää lainsäädäntöelinten tehtäväksi”.²⁴ Sittenkin kanta tuomioistuinten kiellosta tutkia lakien perustuslainmukaisuutta toistettiin muun muassa Euroopan ihmisoikeussopimusta voimaan saatettaessa.²⁵ Näin doktriini lainsäätäjän itsekontrollista ja sitä vastaavasta tuomioistuinten tutkimiskiellosta jäi kiinteäksi osaksi suomalaista normikontrolliajattelua aina 1980-luvun lopulle saakka.²⁶ Samalla tuomioistuinvalvonta kiellettiin.

Senkin jälkeen lainsäätäjän asemaa korostavaa linjaa on puollettu paitsi jo varhain omaksutuilla vallanjakoon ja käytännön tarpeisiin liittyvillä näkökohdilla, myös demokratiaan liittyvillä argumenteilla.²⁷ Niinpä vuonna 2000 voimaan tulleen perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen säätämishistoriakin sisältää voimakkaita vaatimuksia lainsäätäjän perustuslaintulkintavallan ensisijaisuudesta, vaikka säännös itsessään velvoittaakin tuomioistuimet antamaan etusijan perustuslaille, jos lain soveltaminen johtaisi sen kanssa ilmeiseen ristiriitaan.²⁸

Suomalaiselle ajattelulle tyypillisen lainsäätäjävetoisen normikontrollin ideologiset perustelut voidaankin nähdä läheisessä sukulaisuussuhteessa siihen normikontrolliajatteluun, joka syntyi 1600-luvun lopun ja 1700-luvun vallankumouksellisten tapahtumien seurauksena Englannissa ja etenkin Ranskassa. Ranskassa valtiosäännön aikaansaaminen vuoden 1789 vallankumouksen jälkimainingeissa tähtäsi nimenomaan absoluuttisen ja mielivaltaisesti hallitun monarkian muuttamiseen järjestelmällisesti organisoiduksi valtioksi. Kun lainsäädäntövallan käyttöä pidettiin keskeisenä valtiollisena tehtävänä ja kun laki ymmärrettiin korostuneesti kansan ja kansakunnan tahdon ilmentymäksi²⁹, tässä *Rousseaulta* vaikutteensa imeneessä ranskalaisessa valtiosääntöideologiassa perustuslaki alistui luontevasti kansanedustuslaitoksen suvereenisuudelle: valtaa ei tullut siirtää sen paremmin monarkille kuin tuomioistuimillekaan, joita Ranskan vallankumouksen perustuslainsäätäjät pitivät taantumuksellisina.³⁰ Perustelulogiikan seurauksena perustuslaille voitiin antaa puhtaasti lainsäädäntötoimintaa ohjaavan poliittisen normiston luonne, joka puolestaan perusteli lain valtiosäännönmukaisuuden ymmärtämistä parlamentin suvereenisuudelle alisteisena ilmiönä. Samaan lähtökohtaan päädyttiin hieman pidemmän kehityskulun myötä myös Englannissa. Siellä etenkin vuoden 1688 vallankumouksen tuottama käännekohta kuninkaan ja parlamentin valtasuhteissa, mutta myös 1800-luvun lopulta hyvin vaikutusval-

²⁴ Ks. PeVM 8/1931 vp, s. 3.

²⁵ Ks. PeVL 2/1990 vp.

²⁶ Ks. myös Scheinin 1991, s. 196–222.

²⁷ Ks. erit. Jyränki 2003, s. 393.

²⁸ Ks. PeVM 10/1998 vp, s. 31.

²⁹ Ks. Jyränki 1989, s. 46.

³⁰ Ks. Jyränki 1989, s. 164–185.

taisen aseman saaneen *Diceyn* valtiosääntöteoreettiset näkemykset tuottivat vahvan doktriinin parlamentin rajoittamattomasta lainsäätämistoimivallasta ja tuomioistuimia koskevasta kiellosta tutkia parlamentin säätämien lakien perustuslainmukaisuutta.³¹ *Diceyn* käsityksen mukaan parlamentin suvereenisuus merkitsi nimittäin, että ”parliament thus defined has, under English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.”³² Tällä periaatteella oli vielä ehdoton etusi- ja muihin valtiosääntöperiaatteisiin nähden, rule of law -periaate mukaan lukien.³³

1.2.2 Tuomioistuinten ylivalta

Toinen vakiintunut normikontrollivaihtoehto antaa perustuslain tulkintaylival- lan tuomioistuimille, jolloin viime kädessä *riippumaton lainkäyttöelin* määrit- tää tulkinnoillaan lainsäätäjän toiminnan oikeudelliset rajat. Kontrolli on yleensä tällöin myös konkreettia sen tapahtuessa tuomioistuimissa muutenkin käsi- teltävänä olevan yksittäisen oikeusjutun yhteydessä. Lainsäätäjän suvereeni- suus on siten syrjäytetty tuomioistuinten, viime kädessä ylimmän tuomioistui- men, ylivalan tieltä.

Siinä missä Ranska ja Englanti tarjosivat lähtökohdat lainsäätäjävetoiselle normikontrollille, tuomioistuinkontrollin perusteet palautuvat ennen muuta Yhdysvaltoihin ja Saksaan.³⁴ Yhdysvaltalaisen ajattelun perustelut kiteytyivät ju- dicial review -doktriinin lähtökohtana pidetyssä *Marbury v. Madison* -tapauk- sessa³⁵, jossa tulkinta tuomioistuimen toimivallasta syrjäyttää demokraattisesti säädetty laki ennen muuta oikeusvaltiollisiin ja vallanjaollisiin lähtökohtiin no- jautuen ensimmäisen kerran artikuloitiin. Samalla konkretisoitiin myös tiukka vastakkainasettelu perusoikeuksien suojan ja demokraattisen päätöksenteon välillä. *Marbury v. Madison* -ratkaisun arkkitehdin, päällikkötuomari *Marshallin*, mielestä perustuslaki tuli ymmärtää joko hierarkkisesti ylimpänä lakina, jota ei voida tavallisen lain tavoin muuttaa tai sitten se on samassa asemassa ta- vallisen lainsäädännön kanssa ja muutettavissa vastaavassa menettelyssä. ”Jos

³¹ Ks. esim. Loveland 2000, s. 28. Ks. myös Tuori 2007, s. 239–243.

³² Dicey 1902, s. 37–38.

³³ Ks. Tuori 2007, s. 240–241. Kuten Tuori toteaa, parlamentin suvereenisuus ja rule of law muodostavat yhdessä *Diceyn* valtiosääntöteorian peruseriaatteet. Kun kuitenkin rule of law oli *Diceyn* käsityksessä käytännössä common law -oikeuden täyttämää ja kun common law -oikeu- den asema oli parlamentin säätämään lainsäädäntöön nähden alisteista, oli parlamentin suve- reenisuus luonteavaa asettaa englantilaisen konstitutionalismiin peruskiveksi, siis periaatteeksi, joka tuli ristiriitatilanteissa asettaa kaikkiin muihin periaatteisiin nähden ensisijaiseksi.

³⁴ Ks. Jyräni 1989, s. 115.

³⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

ensimmäinen vaihtoehto pätee, vastoin perustuslakia säädetty laki ei ole laki; jos taas jälkimmäinen vaihtoehto on oikea, kirjoitetut perustuslait ovat vain kansojen absurdeja yrityksiä rajoittaa valtaa, joka ei luonnostaan ole rajoitettavissa.” Tilanne siis hahmottui samoin kuin Suomessa vasta myöhemmin. Valinta oli suoritettava *joko* tuomioistuinten tutkintavallan *tai* lainsäätäjän rajoituksettoman suvereenisuuden välillä. Mitään välimuotoa ei ollut olemassakaan. Tai kuten Marshall totesi, ”between these alternatives there is no middle ground.”³⁶

Kun Marshall päätyi kannattamaan vahvaa perustuslakia ja siitä johdettua tuomioistuinten valvontavaltaa, *Marbury v. Madison* ratkaisu loi paitsi institutionaalisen perustan judicial review -järjestelmän kehittymiselle myös tiukan vastakkainasettelun sen taustalle. Perustuslaki ja sittemmin yhä korostuneemmin perusoikeudet oli ymmärrettävä joko ylimmänasteiseksi oikeudeksi, jonka toteutumista tuomioistuimet valvovat, tai ne nauttivat suojaa ainoastaan tavallisen lain tasolla ja ovat siten myös lainsäätäjän toimenpitein mielivaltaisesti muutettavissa.³⁷ Käytännössä Marshallin ”no middle ground” -doktriini mahdollisti korkeimmalle oikeudelle kyseenalaistamattoman perustuslaintulkintaylivallan kaikkiin muihin valtioelimiin nähden.

Sittemmin tuomioistuinvalvonta on muodostunut yleisimmäksi tavaksi kontrolloida lainsäädännön valtiosääntönmukaisuutta. Esimerkiksi Saksassa kehitys kulki erityiseen valtiosääntötuomioistuimeen, jota usein pidetään saksalaisen myöhäisperustuslaillisen koulukunnan kasvatin ja oikeuspositivistisen teorian keskeisimmän kehittelijän, *Hans Kelsenin*, keksintönä. Piti tämä taustakerptomus paikkansa tai ei,³⁸ oikeuspositivistisen oikeusteorian näkökulmasta valtiosääntötuomioistuin muodostaa joka tapauksessa varsin loogisen vastauksen perustuslain sitovuuden ongelmaan. Kelsen nimittäin katsoi, että jos ja kun perustuslain sisältämien yleisten normien ylipäättänsä tahdotaan saavan oikeudellista sitovuutta, oli yksinkertaisesti vain määriteltävä orgaani, jonka ratkaisuja pidetään muita orgaaneja auktoritatiivisesti sitovana.³⁹ Kelsen ehdotti valvontaelimeksi erityistä valtiosääntötuomioistuinta, tosin varsin praktisin argumentein. Aikakauden valtiosääntöoikeudellisten konfliktien koskiessa tyypillisesti toimeenpanovallan ja lainsäätäjän välisiä suhteita, oli varsin luontevaa asettaa kolmas, vallanjaolisessa mielessä konfliktin osapuolten ulkopuolinen elin ratkaisemaan kiistaa. Kelsen kyllä myönsi, että tällainen elin saisi tehtävänsä mukana merkittävää julkista valtaa, mutta jos kyseisellä instituutiolla ei ole lain-

³⁶ *Marbury v. Madison*, s. 177.

³⁷ Ks. Gardbaum 2001, s. 708.

³⁸ Vaikka Kelsenä pidetään yleisesti valtiosääntötuomioistuininstitution pääideologina, Georg Jellinek oli jo vuonna 1885 vaatinut erityisen perustuslakituomioistuimen perustamista varmistamaan, ettei tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä säädettäisi lakia, joka asiallisesti merkitsisi perustuslain muuttamista. Ks. Öhlinger 2003, s. 211.

³⁹ Ks. Kelsen 1968, s. 288.

kaan muita tehtäviä, jäävät vallan vaikutukset huomattavasti rajallisemmiksi kuin järjestelyssä, jossa tehtävä täydentäisi kyseisellä elimellä muutenkin olevia vallanjako-opin mukaisia valtuuksia.⁴⁰

Huolimatta Kelsenin kohtaan esitetystä aikalaiskriitistä,⁴¹ hänen kantansa jäi voitolle ja Saksassa kuten monessa muussakin mannereurooppalaisessa maassa päädyttiin valtiosääntötuomioistuinmalliin. Sittemmin tuomioistuINVALVONNAN merkitys on kasvanut myös ylikansallisen oikeuden piirissä. Monessa suhteessa auktoritatiiviseen normikontrolliin rinnastuva valtiosääntöoikeudellinen perusrakenne on havaittavissa myös statuksessa, jonka sekä EU-oikeus että Euroopan ihmisoikeussopimuksen varaan rakentuva ihmisoikeuksien valvontajärjestelmä yhtäältä EU-tuomioistuimelle⁴² ja toisaalta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimelle antavat.⁴³

1.2.3 Auktoriteetti kontrollin lähtökohtana

Nojaututtiin yksittäisessä oikeuskulttuurissa sitten kumpaan normikontrollivarianttiin tahansa, omaksutuissa ratkaisuisa on myös niitä yhdistäviä piirteitä. Ensinnäkin molemmat normikontrollimallit tarjoavat valtiosääntöisen paradoksin ratkaisuksi *institutionaalista auktoriteettia*. Tämä päätöksentekovaltaa korostava ajattelu tietenkin kuvastaa paitsi oikeuspositivistisesti orientoituneen oikeustieteen piirissä toisinaan eläteltyä skeptistä asennetta perustuslain kykyyn tuottaa oikeudelliselle päätöksenteolle objektiiviset normatiiviset mittapuut⁴⁴ myös perinteiselle konstitutionalismille tyypillistä ”no middle ground”-doktriinia. Koska perustuslaintulkintatoimivalta on mahdollista jättää ainoastaan joko lainsäätäjän tai lain soveltajan tehtäväksi, on samalla loogista antaa tehtävä tämän valinnan puitteissa yhdelle orgaanille kyseistä valtiollista perustehtävää hoitavien instituutioiden hierarkian huipulla. Juuri hierarkisuuden mahdollisuus osoittaa samalla, ettei perinteinen normikontrolliajattelukaan edellytä kontrollivaltuuksien *keskittämistä yksinomaan* yhdelle orgaanille. Tyypillisesti perustuslaintulkintatoimivaltaa on päinvastoin hajautettu eri instituutioille. Kun näistä instituutioista yhden kuitenkin katsotaan olevan viime kädessä ratkaiseva ja tässä merkityksessä normatiivisesti ensisijainen perustuslaintulkitsija, noudattaa hajautettukin malli tyypillisesti institutionaalisen auktoriteetin logiikkaa.

⁴⁰ Ks. Kelsen 1931, s. 609.

⁴¹ Ks. Schmitt 1931 ja Schmitt 1958.

⁴² Ks. esim. Ojanen 2006, s. 58 ja 249–251.

⁴³ Ks. myös Ojanen 2005, s. 1210.

⁴⁴ Ks. esim. Riekkinen 2005, s. 176–199. Vrt. viimeaikaisista ”skeptisistä” puheenvuoroista esim. Rasilainen 2008, s. 257–746.

Toinen perinteisen kontrolliajattelun päävaihtoehtoja yhdistävä piirre koskee vaatimusta omaksutun *normikontrollimallin justifioitavuudesta*. Mitään tiettyä kontrollimekanismia ei konstitutionalistisessa perinteessä ole hyväksytty sellaisenaan, vaan kulloinkin omaksuttu malli on pitänyt vielä erikseen oikeuttaa. Tässä keskusteluperinteessä lainsäätäjän viimekätistä tutkintavaltaa on oikeutettu tyypillisimmin demokratiaperiaatteen suunnalta ja tuomioistuinten valvontaa puolestaan tarpeella suojata yksilöiden oikeuksia myös demokraattisesti valitulta enemmistöltä.

Valinnalla jommankumman justifikaatioperusteen hyväksi on tietysti huomattavia käytännöllisiä seurauksia sekä perustuslain sitovuutta koskevien oletusten että valtioelinten toimivaltajaon kannalta. Toisaalta juuri valinnasta lähtökohtaisesti yhtä painavien periaatteiden välillä johtuu, että molemmat mallit ovat kaiken aikaa teoreettisesti ”epävakaita”: kun perustuslain legitimiisyyskriteerien jännite puretaan reduktionistisesti palauttamalla sen ratkaisu jompaa-kumpaa jännitteen puolta⁴⁵ edustavan instituution päätöksentekoon, omaksuttua ratkaisua voidaan aina kritisoida kahdella perusteella. Yhtäältä omaksutussa mallissa ei riittävällä tavalla huomioida jännitteen toista, perustuslain kokonaisuuden kannalta normatiivisesti samanarvoista puolta. Toisaalta keskitetty auktoriteetti näyttää johtavan perustuslain määräytymiseen puhtaasti tosiasiallisista käytännöistä käsin. Jos ”perustuslaki on lopulta sitä mitä sen auktoritatiivinen tulkitsija sanoo sen olevan”,⁴⁶ ei perustuslaille näyttäisi lopulta jäävän itenäistä *normatiivista* asemaa suhteessa auktoritatiivisen tulkitsijan toimintaan. Päinvastoin, sen sisältö redusoituu auktoriteettiasemassa olevan instituution *tahtoon*.

Moderni valtiosääntöteoria on ollut suurelta osin pyrkimystä rationalisoida ja oikeudellistaa tätä tahtoa. Kun teorianmuodostus on kuitenkin tapahtunut pitkälti viimekätiseen auktoriteettiin johtavan käsitteellisen jaon puitteissa, teorit ovat olleet taipuvaisia sivuuttamaan sellaiset institutionaaliset ratkaisumallit, jotka eivät tätä perusjakoa seuraa. Tällaiset mallit eivät kuitenkaan ole sen paremmin käsitteellisiä mahdolluuksia kuin pelkkää teoriaakaan. Useiden maiden valtiosääntöjärjestelmiin viimeisten kolmenkymmenen vuoden aikana kehittyneen kolmannen, vaihtoehtoisen ja välittävän valtiosääntöisen linjan peruslähtökohdana on nimenomaan kiistää perinteisen auktoriteettikeskeisen kontrolliajattelun lähtökohdat. Näitä lähtökohkia on mahdollista havainnollistaa kansainyhteisön maissa omaksutuilla valtiosääntöisillä ratkaisuilla ja tulkintadoktriineilla.

⁴⁵ Ks. reduktionismin ongelmasta yleisemmin Tuori 2007, s. 38–44.

⁴⁶ Yhdysvaltojen korkeimman oikeuden toimivaltaan perustuslain tulkitsijana on toisinaan viitattu juuri tällaisella iskulauseella ”The Constitution is what the Supreme Court says it is”, jonka viime vuosisadan alun päällikkötuomari Charles E. Hughes esitti kuvauksenaan korkeimman oikeuden roolista. Ks. esim. Alexander – Schauer 1997, s. 1387.

1.3 UUSI RATKAISU: KANSAINYHTEISÖN MALLI

1.3.1 Kanada ja Charter-dialogi

Kanadan perustuslakiin sisällytettiin vuonna 1982 nykyaikainen perusoikeussäännöstö (Canadian Charter of Rights and Freedoms, jäljempänä Charter). Samalla siihen otettiin myös nimenomainen säännös perustuslain etusijasta, joka toteaa perustuslain kanssa ristiriitaisten lakien olevan pätemättömiä.

Muutokset olivat aiempaan oikeustilaan nähden huomattavia. Tuomioistuimilla oli tosin ollut ennenkin rajoitettu toimivalta tutkia Kanadan liitto- ja osavaltiolakien perustuslainmukaisuutta, mutta vain siltä osin kuin sääntely puutui lainsäädäntövallan jakoon provinssien ja liittovaltion välillä. Charterin voimaantultua tutkintavalta laajeni yksilön oikeuksiin ja niin ollen perustuslain lainsäädännölle asettamien sisällöllisten vaatimusten kontrollointiin. Tämä merkitsi selvää periaatteellista eroa siihen asti vallinneeseen käsitykseen nimenomaan kansansuvereenisuudesta julkisen vallankäytön legitimitettiin periaatteena.⁴⁷

Charter näytti alkuvaiheessa myös tosiasiallisesti merkinneen huomattavaa, jopa radikaaliakin muutosta lainsäätäjän ja tuomioistuinten välisiin suhteisiin. Vuoteen 1995 mennessä tuomioistuimet olivat syrjäyttäneet voimassa olleen lain 66 tapauksessa, mitä pidettiin huomattavana osoituksena tuomioistuinten harjoittamasta oikeudellisesta aktivismista.⁴⁸ Tulkinta kuitenkin kiistettiin vuonna 1997 julkaistussa *Peter W. Hoggin* ja *Allison A. Bushellin* sittemmin klassikoksi osoittautuneessa artikkelissa ”The Charter Dialogue Between Courts And Legislatures”.⁴⁹ Hoggin ja Bushellin keskeinen havainto nimittäin oli, että Kanadan Charterin rakenne jätti itse asiassa lainsäätäjälle mahdollisuuden reagoida tuomioistuimen tekemään päätökseen ja että näin oli myös tapahtunut. Korkeimman oikeuden perustuslain etusijaratkaisuja oli useimmiten seurannut eksplisiittisesti korkeimman oikeuden ratkaisussa ilmaistujen perusteiden kanssa argumentoiva lainsäädäntöhanke, jossa samaan päämäärään pyrittiin uudentyyppisin keinoin. Näin lainsäätäjällä näytti sittenkin olevan viimeinen sana pyrittäessä poliittisesti tarpeelliseksi koettuihin ja kulloisenkin yhteiskuntakehityksen edellyttämiin päämääriin. Ainakaan se ei näyttänyt olevan kokonaan tuomioistuimilla.⁵⁰ Hoggin ja Bushellin mukaan tämä merkitsi myös, ettei tuomioistuinten valta tutkia lakien perustuslainmukaisuutta voinut olla yhtä vahva

⁴⁷ Ks. esim. Hutchinson 1995, s. 57–58.

⁴⁸ Ks. esim. Monahan 1987, s. 87–164.

⁴⁹ Hogg – Bushell 1997.

⁵⁰ Ks. myös Hogg – Bushell Thornton – Wright 2007, s. 193.

kuin kriitikot olivat väittäneet. Pikemminkin kanadalainen normikontrolli näytti olevan joustavaa ja lainsäätäjän uudelleenarvioinneille tilaa antavaa.⁵¹

Hoggin ja Bushellin artikkeli ja sen taustalla ollut *Charter-dialogia* koskeva teoria muodostui Kanadassa sittemmin kiinteäksi osaksi valtiosääntödoktriinia. Tässä doktriinissa Charterin katsotaan tarjoavan tukea dialogille lähinnä kahdesta suunnasta. Yhtäältä sen 33 §:n ns. ”notwithstanding clause” sallii tavallisen lainsäätäjän säätää lakeja huolimatta siitä, mitä perusoikeuskirjan eräissä määräyksissä säädetään. Säännöksen merkitys on tosin jäänyt lähinnä periaatteelliseksi sen jälkeen kun korkeimman oikeuden erittäin salliva asenne 33 §:n mukaisiin säännöksiin johti vastareaktion poliittiseen konsensukseen siitä, ettei 33 §:n mukaisia lakeja tulisi lainkaan säätää.⁵² Keskeisemmäksi dialogin lähtökohdaksi on muuttunut Charterin 1 §:ään sisällytetty yleinen rajoituslauseke, joka sallii lailla säädettävät kohtuulliset ja demokraattisessa yhteiskunnassa hyväksyttävät rajoitukset Charterin turvaamiin oikeuksiin.

Rajoituslausekesäntely on tietysti ominainen kaikille moderneille perus- ja ihmisoikeussäntelyille.⁵³ Sen sijaan tapa, jolla kanadalainen doktriini on jäsentänyt sen osaksi instituutioiden välistä vuoropuhelua, on selvästi kanadalainen ”innovaatio”. Charterin 1 §:n rajoituslausekkeen on ensinnäkin korkeimman oikeuden käytännössä katsottu edellyttävän lainsäätäjältä varsin tarkkojakin perusteita sille, että Charterissa suojattuihin oikeuksiin ja vapauksiin kohdistuva rajoitus palvelee hyväksyttävää ja tärkeää julkista intressiä. Tässä mielessä se muistuttaa vielä hyvin vahvasti suomalaista rajoitustestidoktriinia samoin kuin ihmisoikeussopimuksille tyypillisiä rajoituslausekkeitä ja niitä koskevaa tulkintadoktriinia. Kanadassakin oikeuksien rajoitettavuudelle asetettavat vaatimukset pakottavat myös *lainsäätäjän* esittämään erityisiä oikeudellisia argumentteja lainsäädännön tueksi.

Erona Suomeen kuitenkin on, että Kanadassa rajoituslausekkeen vaikutukset näyttävät liikkuvan instituutioiden välillä kahteen suuntaan. Tämä on samalla nostanut lainsäätäjän argumentaatiotaakkaa. Meillä perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntö konstruoidaan helposti tuomioistuinta melkein pä formaalisti-

⁵¹ Ks. Hogg – Bushell 1995, s. 105 sekä Hogg – Bushell Thornton – Wright 2007, s. 194.

⁵² Korkein oikeus omaksui Quebecin kielilainsäädäntöä koskeneessa ensimmäisessä 33 §:n tulkintaratkaisussaan (Ford v. Quebec, 1988) doktriinin, jossa 33 §:n katsottiin asettavan ainoastaan minimaaliset muodolliset vaatimukset perusoikeuspoikkeusten säätämiselle. Vaikka tulkintaa sinänsä pidettiin perustuslain näkökulmasta mahdollisena, sen seuraukset katsottiin poliittisesti mahdottomiksi. Sen johdosta kanadalainen nykydoktriini lähtee Quebecia lukuun ottamatta siitä, ettei 33 §:n tarjoamaa mahdollisuutta tulisi käyttää lainkaan. Niinpä siihen on vedottu Quebecin ohella ainoastaan kerran. Ks. Gardbaum, s. 724–725.

⁵³ Kuten Mattias Kumm on todennut, yhdysvaltalaisen ja eurooppalaisen perusoikeusajattelun välillä on syytä tehdä juuri oikeuksien rajoittamisidoktriinia koskeva merkittävä ero. Yhdysvalloissa perusoikeudet tulkitaan sekä soveltamisalaltaan että rajoitettavuudeltaan kapeiksi, kun taas eurooppalaisessa standardissa tulkinta on päinvastainen: sekä perusoikeuksien soveltamisalaa että niiden rajoittamisperusteita tulkitaan laajasti. Ks. Kumm 2006, s. 347–348.

kin sitovaksi⁵⁴ – eikä lainkaan päinvastoin – kun taas Kanadassa korkeimman oikeuden tulkintadoktriinilla on erityinen merkitys osana lainsäätäjän tekemää rajoitusarviota. Lainsäätjä on yleensä seurannut tuomioistuimen tulkintaa Kanadan perusoikeuskirjan sisällöstä pyrkien asettamaan argumenttinsa korkeimman oikeuden omaksuman ja konkreettisten käytäntöjen puitteissa täsmälliseksi kehittyneen doktriinin mukaan. Toisaalta korkein oikeus on yleensä kunnioittanut lainsäätäjän tekemiä ratkaisuja, jos parlamentti on lainsäädäntöteitse reagoinut korkeimman oikeuden aiempaan tulkintaan tietyn lain perustuslainvastaisuudesta.⁵⁵

Tapahtumakulku Charter-dialogissa on yleensä seuraava: korkein oikeus toteaa ensin Kanadan parlamentin säätämän lain perustuslainvastaiseksi. Sen jälkeen parlamentti säätää asiasta uuden lain ottaen huomioon korkeimman oikeuden aiemman kannan, minkä jälkeen tuomioistuimet arvioivat parlamentin lain tueksi esittämiä perusteluja jonkin uuden oikeustapauksen yhteydessä. Vaikka Kanadan korkein oikeus on yleensä hyväksynyt lainsäätäjän korjausliikkeet,⁵⁶ ei tällainen lopputulos kuitenkaan ole mitenkään välttämätön. Tuoreehkossa *Sauvé No. 2* -tapauksessa (*Sauvé v. Canada* [2002] 3 S.C.R. 519), joka koski yli kahden vuoden pituista vankeustuomiota kärsivien vankien äänioikeuden epäävän lain perustuslainmukaisuutta, korkein oikeus katsoikin lain olevan perustuslain vastainen siitäkin huolimatta, että lainsäätjä oli jo kertaalleen korkeimman oikeuden aiemman vastaavan päätöksen (*Sauvé v. Canada* [1993] 2 S.C.R. 438) seurauksena muuttanut kyseistä lakia äänioikeuden rajoituksen alaa kaivantamalla.

Dialogiteorialla on ollut huomattava merkitys kanadalaisen judicial review-doktriinin oikeuttajana. Sen avulla on mahdollistettu perustuslain tehokkuus myös konkreettisissa oikeudellisissa käytännöissä tavalla, joka ei näyttäisi johdettavan välittömiin ristiriitoihin parlamentin suvereenisuuden kanssa. Toisaalta ongelmana saatetaan pitää sitä, että koska dialogisuus perustuu yleisten oppien tasoiselle oletukselle jaetusta perustuslaintoteuttamisvastuusta, ei järjestelmä sisällä muodollisesti sitovia perustuslaintasoisia pidäkkeitä vuoropuhelun väärinkäytölle. Se, mitä nyt pidetään dialogina, saattaa siten vastaisuudessa muuttua piittaamattomuudeksi.⁵⁷ Nykyinen valtiosääntökulttuuri vaikuttaa Kanadassa kuitenkin sikäli kehittyneeltä, että lain valtiosääntöinen riidanalaistuminen jossakin instituutiossa käynnistää pikemminkin avoimen ja yksittäisistä päätöksistä etenevän keskustelun asian valtiosääntöisestä relevanssista kuin tuottaa sille auktoritatiivisen ja keskustelun päättävän päätöksen.⁵⁸ Osaselitys ilmiölle saattaa olla siinäkin, että tällaisen dialogisen tarkasteluperspektiivin on katsottu

⁵⁴ Ks. PeVM 10/1998 vp, s. 31.

⁵⁵ Ks. Roach 2004, s. 63–67.

⁵⁶ Ks. Roach 2006, s. 363–364.

⁵⁷ Ks. esim. Roach 2006, s. 365–366.

⁵⁸ Ks. Roach 2006, s. 369–370.

vastaavan paremmin myös sikäläistä tulkintaa perustuslaista ”elävänä puuna”, jota on jatkuvasti uudelleen tulkittava muuttuvissa olosuhteissa.⁵⁹ Tarve ymmärtää valtiosääntö ja perusoikeudet pikemminkin jatkuvana prosessina kuin pistemäisinä päätöksinä näyttää sitä paitsi olevan länsimaiselle konstitutionalismille muutenkin leimallista. Vastaava piirre on nimittäin liitettävissä esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen omaksumaan evolutiivisen tulkinnan periaatteeseen samoin kuin sen ilmentämiin valtiosääntöteoreettisiin olettuksiin länsimaisesta konstitutionalismista eräänlaisena päättymättömänä ja elävänä projektina, jossa perustuslain pysyvyys tuotetaan ennen muuta kaikilla oikeuden tasoilla tapahtuvina perustuslain uudelleentulkintoina.⁶⁰

1.3.2 Uusi-Seelanti, vuoden 1990 perusoikeusuudistus ja vaatimus laintulkinnan perusoikeuksien mukaisuudesta

Kanadan Charter perusti tuomioistuimille lähtökohtaisesti vahvat normikontrollivaltuudet, mutta sen voimaantultua kehittänyt käytäntö modifioi järjestelmää monimuotoisempaan suuntaan. Uudessa-Seelannissa muutos tapahtui toisin päin. Sikäläinen perusoikeusuudistus käynnistyi v. 1986 työväenpuoluetta edustavan hallituksen esitettyä perustuslain tasoista ja niin ollen muuta lainsäädäntöä yksiselitteisesti ylempänä olevaa perusoikeuksien luetteloa. Ehdotuksen katsottiin kuitenkin olevan selvästi ristiriidassa sikäläisten parlamentin suverenisuutta koskevien periaatteiden kanssa, jotka puolestaan olivat läheistä sukua brittiläiselle suverenisuusperiaatteelle. Kritiikin seurauksena ehdotukseen tehtiin eräitä varsin merkittäviä muutoksia. Uuden-Seelannin Bill of Rights Act saatettiin ensinnäkin voimaan tavallisena lakina. Periaatteessa se on siten kumottavissa ja muutettavissa kuin mikä tahansa laki. Bill of Rights ei myöskään kumonnut ainoatakaan aiempaa voimassa ollutta lakia. Lisäksi tuomioistuimille asetettiin kielto tutkia voimassa olevan lain perusoikeuksien mukaisuutta (§ 4). Lähtökohtaisesti perusoikeuksien suoja näyttäisi siten Uudessa-Seelannissa riippuvan täysin lainsäätäjän toimenpiteistä.⁶¹

Tarkkaan ottaen perusoikeudet eivät kuitenkaan jääneet tavallisen lain asemaan. Bill of Rights Actin 6 §:n nimenomaisen säännöksen mukaan tuomioistuimilla on velvollisuus perusoikeusmyönteiseen laintulkintaan. Säännöksen mukaan: ”Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning”. Velvoite on yleinen ja koskee kaikkea kansallista lainsäädäntöä. Bill of Rights Actia onkin luonnehdittu Uuden-Seelannin

⁵⁹ Ks. Waluchow 2007, s. 269–271.

⁶⁰ Ks. Habermas 1996, s. 129.

⁶¹ Uuden-Seelannin Bill of Rights Actin taustoista ks. esim. Tushnet 2008, s. 25–26.

oikeusjärjestyksen yleiseksi materiaalisoikeudelliseksi puitelaksi,⁶² joka suuntaa kaikkea oikeudellista ratkaisutoimintaa perusoikeuksien suojaamiseen.

Uuden-Seelannin Bill of Rights Actin korotettu asema suhteessa tavalliseen lainsäädäntöön on puhtaasti *tulkinnallinen*. Se ei selvästikään perusta oikeuksille vastaavaa asemaa kuin esimerkiksi Kanadan Charter, jossa oikeudet ovat hierarkkisesti tavallista lainsäädäntöä ylemmällä tasolla ja jossa tuomioistuintuimilla on valta *syryjättää* perustuslain kanssa ristiriitainen laki. Kun lukuun otetaan myös Bill of Rights Actin laintasoisuus, lopputuloksen kannalta tilanne muistuttaa pikemminkin ihmisoikeussopimusten asemaa Suomen oikeusjärjestyksessä 1990-luvun alkupuolelta lähtien. Näin on siitakin huolimatta, että ihmisoikeusmyönteistä tulkintaa koskeva periaate joudutaan Suomessa lukemaan säädännäisen oikeuden sijaan perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännöstä.⁶³

Miten sitten Uuden-Seelannin tulkinnallinen ratkaisu on käytännössä toiminnut? Sikäläisen oikeuskirjallisuuden perusteella tulkinnallinen harmonisointivelvoite näyttäisi riittäneen varsin pitkälle takaamaan oikeuksien toteutumisen myös käytännössä.⁶⁴ Uuden-Seelannin korkein oikeus omaksui jo varsin aikaisessa vaiheessa tulkinnan, että perusoikeuslakia on tulkittava laaventavasti ja sen tarkoitusta silmälläpitäen.⁶⁵ Tulkintadoktriinia on ryhdytty kutsumaan oikeuskeskeiseksi (rights-centered).⁶⁶ Samalla oikeuskulttuurista muutosta on yleisemminkin kuvattu suomalaista perus- ja ihmisoikeuskulttuurin murrosta vastaavin äänenpainoin.⁶⁷ Muun muassa *Philip A. Joseph* on luonnehtinut Bill of Rights Actin merkitystä konstitutionalistiseksi, vaikka sillä ei muodollisesti ottaen perustuslain asemaa olekaan.⁶⁸

Suomen tavoin Uusi-Seelanti näyttää siten tarjoavan kuvaavan esimerkin oikeuskulttuurista, jossa perus- ja ihmisoikeudet pääsevät murtautumaan tehokkaiksi oikeudellisiksi normeiksi siitakin huolimatta, että oikeuksien toteutumista takaavat institutionaaliset puitteet näyttäisivät muodollisessa mielessä viittaavan edelleenkin perinteisiin lainsäätäjän suvereenisuutta korostaviin lähtökohtiin. Toki tilanteiden välillä on erojakin. Suomessa ihmisoikeusmurrosta edisti mitä ilmeisimmin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen varassa toimiva tehokas ulkoinen valvontamekanismi sekä siihen liittyvä yksilövalitusjärjestelmä.

Eräs kiinnostava yksityiskohta liittyy siihenkin, että Uuden-Seelannin omaksuma malli vastasi pitkälti Kanadassa ennen vuoden 1982 Charterin säätämistä voimassa olleessa Bill of Rights Actissa omaksuttuja ratkaisuja. Sittemmin

⁶² Gardbaum 2001, s. 728.

⁶³ Ks. PeVL 2/1990 vp ja PeVM 25/1994 vp.

⁶⁴ Ks. esim. McLean 2001, s. 421.

⁶⁵ Ks. Joseph 1999, s. 308–309.

⁶⁶ Ks. Gardbaum 2001, s. 730.

⁶⁷ Ks. esim. Tushnet 2008, s. 25–26.

⁶⁸ Ks. Joseph 1999, s. 310.

Charterilla kumottu Kanadan Bill of Rights Act säädettiin tavallisen lain tasoisena eikä siihen sisältynyt erityistä etusijasäännöstä, jonka perusteella tuomioistuimet olisi velvoitettu jättämään Bill of Rights Actin vastainen laki soveltamatta. Sen sijaan oikeuksien tehokkuus pyrittiin varmistamaan perusoikeusmyönteistä laintulkintaa vastaavalla tulkintaperiaatteella.⁶⁹ Kanadan Bill of Rights jäi kuitenkin käytännössä oikeudellisesti merkityksettömäksi, kun tuomioistuimet yhtä ainoaa tapausta lukuun ottamatta tulkitsivat sen käytännössä vain kodifioineen ne oikeudet, jotka jo olivat säätämishetkellä voimassa. Tulkinnan seurauksia pidettiin lisäksi yhteensopivana parlamentin suvereenisuutta koskevan opin kanssa.⁷⁰ Näin se institutionaalinen ratkaisu, mikä myöhemmin mahdollisti Uudessa-Seelannissa varsin tasapainoisen valtiosääntökulttuurin syntyminen, ei riittänyt kanadalaisessa kontekstissa.

1.3.3 Human Rights Act ja vahvennettu ihmisoikeusmyönteinen tulkinta

Vuonna 1998 voimaan tullut Yhdistyneen kuningaskunnan Human Rights Act (HRA) merkitsi käytännössä päätepistettä vuosikymmeniä kestäneelle sikäläiselle keskustelulle siitä, tulisiko oikeusjärjestyksen sisältää jonkinlainen perusoikeusluettelo. Asiallisesti kysymys oli Euroopan ihmisoikeussopimuksen inkorporoinnista osaksi kuningaskunnan valtiosisäistä oikeutta. Gardbaum on tiivistänyt keskustelun sikäläisen kulminaatiopisteen osuvasti. Yhtäältä tavallisen lain tasoinen perusoikeusluettelo tarjoaisi todennäköisesti liian heikon ja helposti sivuutettavan suojan. Toisaalta mikä tahansa vahvempi taso olisi yhtä ongelmallinen, ellei mahdotonkin, Englannin valtiosäännön ja sen parlamentaarista suvereenisuutta koskevan opin valossa.⁷¹

HRA kuitenkin säädettiin. Yhdistyneen kuningaskunnan vastauksena parlamentaarisen suvereenisuuden ja ihmisoikeuksien väliseen ongelmaan oli eräänlainen vahvennetun ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan periaate. Ensinnäkin HRA 3 §:n 1 momentti asettaa tuomioistuimille velvollisuudeksi tulkita voimassa olevaa lainsäädäntöä ihmisoikeussopimuksen mukaisesti niin pitkälle kuin mahdollista. Ihmisoikeussopimuksen kanssa ristiriitaiseksi osoittautuva ja mahdollisesti yksittäistapauksessa soveltamatta jätettävä laki ei kuitenkaan menetä yleistä pätevyyttään ja sovellettavuuttaan (3 §:n 2 mom). Sen sijaan lain 4 §:n nojalla eräät erikseen nimetyt ylimmät tuomioistuimet saattavat ristiriidan havaitessaan tehdä muodollisen julistuksen parlamentin säätämän lain ja ihmisoikeussopimuksen välisestä yhteensopimattomuudesta (declaration of incom-

⁶⁹ Ks. esim. Tarnopolsky, s. 173–175.

⁷⁰ Ks. Tarnopolsky 1991, s. 191.

⁷¹ Gardbaum 2001, s. 732.

patibility). Julistuksen antamisesta huolimatta sen kohteena oleva kansallinen laki on edelleen voimassa ja normaalisti sovellettavissa. Julistus ei myöskään tuota parlamentille velvollisuutta muuttaa sen kohteena olevaa lainsäädäntöä. Sen sijaan asianomaisen alan sääntelystä vastaavalla ministerillä on lain 10 §:n nojalla ja julistuksen seurauksena toimivalta antaa ristiriidan poistamiseen tähtäävä oikaisumääräys (power of remedial action), joka tulee saattaa erikseen parlamentin molempien kamarien hyväksyttäväksi. Toisaalta parlamentti voi milloin tahansa kumota jo hyväksytyt oikaisumääräykset.

Lainsäätäjän suvereenisuutta korostavine piirteineenkin Human Rights Actin säätämistä on pidetty sikäläisessä oikeuskulttuurissa historiallisesti huomattavana tapahtumana⁷² vaikkakin vuonna 2006 valmistuneen seurantaraportin perusteella sen vaikutukset ovat olleet jossain määrin vähäisemmät kuin alun perin ennakoitiin.⁷³ Myös vaikutukset parlamentin suvereenisuudelle ovat jääneet suurelta osin odotettua niukemmalle tasolle.⁷⁴ Oikeustilaa on erityisesti terrorismilainsäädännön yhteydessä arvosteltu siitä, ettei HRA kykene tarjoamaan riittävää suojaa ihmisoikeuksille silloin kun vastassa on paitsi perinteinen oppi lainsäätäjän ehdottomasta suvereenisuudesta myös painavana esitetty yhteiskunnallinen intressi.⁷⁵

Ongelmistaan huolimatta HRA:lla on ollut varsin välittömiäkin vaikutuksia tuomioistuinten ja lainsäätäjän välisiin suhteisiin. Vuonna 2007 julkaistun tutkimuksen perusteella määräystä lakien ihmisoikeussopimuksen mukaisesta tulkinnasta on sovellettu ainakin neljässätoista tapauksessa.⁷⁶ Ja vaikka laaja soveltamiskäytäntö ei ole merkinnyt tulkintaperiaatteen sisällön ja sen soveltamisalan rajojen muuttumista riidattomiksi, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen tuella kansallisten tuomioistuinten on katsottu voivan mennä parlamentin säätämän lain tulkinnassa varsin pitkällekin.⁷⁷ Toinen keskeinen ihmisoikeussopimuksen ja kansallisen lainsäädännön suhdetta koskeva määräys on niin ikään osoittautunut varsin tehokkaaksi. Vuoteen 2007 mennessä tuomioistuimet olivat antaneet 4 §:n mukaisen yhteensopimattomuutta koskevan julistuksen viidessä tapauksessa. Jokainen niistä on myös johtanut lainsäädännön muutoksiin tai muutosprosessin käynnistämiseen.⁷⁸

⁷² Ks. Fenwick – Phillipson – Masterman 2007, s. 1–3.

⁷³ Ks. DCA 38/06: Department of Constitutional Affairs: Review of the Implementation of the Human Rights Act. July 2006), s. 10–11.

⁷⁴ DCA 38/06, s. 6.

⁷⁵ Ks. Gearty 2005 s. 30–31. Ks. myös Tuori 2007, s. 244–245.

⁷⁶ Ks. Clayton 2007, s. 12–14.

⁷⁷ Ks. Masterman 2005, 908–910 ja s. 930.

⁷⁸ Ks. Clayton 2007, s. 14.

1.4 KANSAINYHTEISÖN MALLI JA VÄLIPOHDINTA

1.4.1 Kokoavia huomioita

Edellä käsitellyt kansainyhteisön mallit taustoittavat valtiosääntöisen normikontrollin eriasteisina irtiottoina parlamentin hyvin ehdottomaksi ymmärretystä suvereenisuudesta valtiosäännön tulkinnassa. Toisaalta lopputulokset eivät edusta myöskään perinteistä vahvaa tuomioistuINVALVONTAJÄRJESTELMÄÄ. Valtiosääntökontrolli hahmottuu niiden puitteissa pikemminkin *jatkuvana keskusteluna* kuin auktoritatiivista päätöstä odottavana pistemäisenä päätöksentekona. Tässäkin suhteessa uusi perustuslakikontrolli edustaa perinteestä poikkeavaa vastausta klassiseen valtiosääntöoikeudelliseen kysymykseen valtiosäännön vartijuudesta. Itse asiassa uusi perustuslakikontrolli vihjaa, että koko kysymys on ainakin nykyisyyden perspektiivistä tarkastellen virheellisesti asetettu. Niin Kelsen, *Schmitt* kuin esimerkiksi Marbury-ratkaisun päällikkötuomari Marshall olivat väärillä jäljillä. Perustuslakikontrollia ei tule järjestää eikä sen oikeuttamisperusteita konstruoida olettaen, että koko kysymys ratkeaa yksittäisen ratkaisun välittömien oikeudellisten vaikutusten perusteella tai että tehtävä tulee antaa jollekin yksittäiselle instituutiolle. Sen sijaan valvontavallan oikeutus on paitsi mahdollista myös rationaalista lähestyä useista ratkaisuista ja useiden instituutioiden rinnakkaisesta toiminnasta muodostuvana prosessina. Samalla kontrollitehtävä on mahdollista säilyttää useille elimille samanaikaisesti ilman että valtiosäännön sitovuus kyseenalaistuisi välttämättä lainkaan.⁷⁹

Kiistämällä tuomioistuinten ylivalvan, mutta tinkimättä merkityksellisellä tavalla perusoikeuksien suojasta, uudelle perustuslakikontrollille tyypillinen institutionaalinen rakenne pyrkii tuottamaan sekä demokratiaperiaatteen että oikeuksien suojan näkökulmasta tasapainoisemman vallanjaon tuomioistuinten ja lainsäätäjän välille. Tavoitteena on vähentää niitä demokraattiseen legitimitettiin ja vallanjakoon liittyviä ongelmia, joita oikeuksia koskevien tulkintojen kiistanalaisuuteen tuomioistuinten ylivaltaan perustuvissa valtiosääntökulttuureissa on usein liitetty. Tuomioistuinten ylikorostunut asema saattaa myös johtaa oikeuksia koskevan argumentaation oikeudelliseen monologisoitumiseen, mikä olisi erityisesti moniarvoisessa yhteiskunnassa kyseenalainen kehityspiire. Kun perusoikeuksien toteuttamisvastuu on selvästi annettu myös lainsäätäjälle, joudutaan niille antamaan merkitystä myös poliittisissa prosesseissa ja tällaisille prosesseille tyypillisten, juridista argumentaatiota selvästi avoimempien argumentaatiomahdollisuuksien puitteissa.⁸⁰

Uusilla institutionaalisilla järjestelyillä näyttäisi myös olevan mahdollista ainakin osin alentaa paitsi oikeuden politisoitumiseen myös politiikan oikeudel-

⁷⁹ Vrt. Kelsen 1968, s. 288.

⁸⁰ Ks. Gardbaum 2010, s. 174–175.

listumiseen liittyvien vaarojen toteutumisriskejä.⁸¹ Uuden perustuslakikontrollin lähtökohtaisen kriittinen suhde tuomioistuinten ylivaltaa perustelevaan ja demokraattisen lainsäätäjän tahdonilmaukset sivuuttavaan argumentaatioon voi nimittäin ainakin olettaa vähentävän ainakin tällaisen politisoitumiskehityksen riskejä, vaikkei institutionaalisilla järjestelyillä luonnollisestikaan kyetä suoraan vaikuttamaan siihen, millaisia ratkaisuja yksittäiset tuomioistuimet perusoikeustulkinnissaan tekevät.

Uusien normikontrollimuotojen perusongelmana pidetään niiden joustavuutta. Kun pistemäistä auktoriteettia tai selvää pääperiaatetta ei ole, menettelyt näyttävät olevan jatkuvassa vaarassa muotoutua tapauksittain vaihteleviksi ja normikontrolliasetelman oikeuttamisperusteiden näkökulmasta epävakain.⁸² Muodollisilta puitteiltaan lainsäätäjän ja tuomioistuinten yhtäaikaisille valvontatehtäville perustuvassa ratkaisussa valtiosääntöoikeudelliset käytännöt saattavat esimerkiksi etenkin lainsäätäjän ylivaltaa aiemmin korostaneessa traditiossa palautua ajan myötä perinteisiin uomiin. Tuomioistuimet voivat esimerkiksi judicial self-restraint -ideologian mukaisesti pidättäytyä kyseenalaistamasta niitä lainsäätäjän tekemiä perustuslaintulkintoja, joita jo lain säätäminen sinänsä heijastaa taikka joita lain esitöiden muuten voidaan katsoa edustavan, vaikka muunlaiset tulkinnat olisivat perustuslain näkökulmasta ilmeisen perusteltuja. Lainsäätäjä saattaa puolestaan yksinkertaisesti kieltäytyä ottamasta huomioon tuomioistuinten tekemiä perustuslaintulkintaratkaisuja. Jos näin on, perustuslakikontrolli ei selvästikään ole uudistunut, vaan kyse on edelleenkin lainsäätäjän ylivaltaa rakentuvasta järjestelmästä. Samalla perustuslakiin kirjattujen institutionaalisten ratkaisujen ja tosiasiallisten valtiosääntöoikeudellisten käytäntöjen välille avautuisi ilmeinen kuilu.

Epävakaus toimii luonnollisesti myös toiseen suuntaan. Alun alkaen heikkosi muotoillut järjestelyt saattavat heikentymisen sijaan vahvistua vahvaksi lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrolliksi. Näin voi käydä esimerkiksi silloin, kun tuomioistuimille yksittäistapauksissa annettu valta jättää lain säännös soveltamatta muuttuikin esimerkiksi ylimpien tuomioistuinten prejudikaattivaikutuksen myötä yleiseksi ja abstraktiksi normikontrolliksi. Myös perus- ja ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan kaltaiset tulkinnalliset valtiosääntöoikeudelliset ristiriitojen ratkaisusäännöt ovat jo kaikkeen oikeudelliseen tulkintaan liittyvän ennaltamääräämättömyyden vuoksi vastaavalla tavalla epävakaita. Vaikka esimerkiksi yksittäiselle lain säännökselle saatetaankin osoittaa tietty yleinen sisällöllinen ydinmerkitys, konkreettisissa oikeudellisissa käytännöissä voi aina nousta esiin ennalta-arvaamattomia tai muutoin pikemminkin säännöksen soveltamisalan reuna-alueelle sijoittuvia kuin sen ytimeen kuuluvia soveltamistilanteita. Jokaisen säännöksen tunnusmerkistöön kirjattu sovelta-

⁸¹ Ks. Tuori 2007, s. 256.

⁸² Ks. myös Tushnet 2008, s. 51–52.

mistunnusmerkistö on vääjäämättä yleistys, joka on lain ja sen säätäjän tavoiteteisiin nähden potentiaalisesti sekä yli- että alikattava. Säännös saattaa soveltua tapauksiin, joihin sen ei alun perin tarkoitettu soveltuvan, tai jokin väliintuleva tekijä voi edellyttää sen soveltamisalan rajaamista tavalla, jota ei lakia säädettäessä osattu ennakoida. Kun näin on, tuomioistuimien voi katsoa perusoikeusmyönteisen tulkinnan edellyttävän lain soveltamisalan rajaamista sitten, ettei se varsinaisesti sovellukaan ratkaistavana olevaan tapaukseen, vaikka siltä ensi näkemältä selvästi näytti. Tällainen ratkaisu ei eroa valtiosääntöoikeudelliselta lopputulokseltaan lainkaan normaalista etusijatyypisistä ratkaisusta, jossa tuomioistuimien jättää lain soveltamatta sen vuoksi, että soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa. Näin lain puitteissa tapahtuvaksi oletettu perusoikeusmyönteinen tulkinta saattaa laajentua toiminnaksi, jonka katsotaan itse asiassa vastaavan täysin normaaleja lakien perustuslainmukaisuuden tutkimismenettelyjä.

Perinteinen valtiosääntöajattelu korosti muodollista ennakoitavuutta ja sen ongelmanratkaisukyky oli tietenkin tässä mielessä vahva: jos ilmeni epäselvyyttä lain perustuslainmukaisuudesta, asia oli vain saatettava oikean instituution ratkaistavaksi, jonka päätökset sittemmin vahvistivat kaikkia muita sitovalla tavalla, miten asiassa oli valtiosääntöoikeudellisesti meneteltävä. Toisaalta auktoritatiivista instituutiota korostava malli heijasti ja niin ollen myös uusinsä valtiosääntöoikeudellisen tulkinnan ennakoimattomuutta koskevia oletuksia. Valtiosäännön sisältö ratkesi tällaisessa mallissa viime kädessä auktoritatiivisen perustuslaintulkitsijan tahdonilmausten tuloksena, *ei perustuslaista johdettavissa olevien normatiivisten vaatimusten määräämänä*. Olennainen kysymys oli kuka päättää – ei se, mitä valtiosääntöisten periaatteiden voidaan katsoa edellyttävän.

1.4.2 TuomioistuINVALVONNAN OIKEUTUS?

Edellä esitettyjä lähtökohtia on mahdollista kritisoida siitä, että ne riitauttavat perinteisen valtiosääntöoikeudellisen tavan jäsentää oikeudellisten käytäntöjen legitimiisyydskriteeristöjä, mutta eivät oikeastaan tuota mitään selvää normatiivista teoriaa siitä, miten instituutioiden välinen vuorovaikutus ja oikeudellisten käytäntöjen jännitteisyyden tunnustaminen voisi tuottaa perustuslakia koskeville tulkintaratkaisuille niiden edellyttämän legitimitietin. Kanadalaista dialogiteoriaa kritisoinut *Andrew Petter* onkin todennut, ettei tuomioistuinten harjoittamaa lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa voi justifioida pelkästään vetoamalla siihen, että tuomioistuinten tehtävänä on käydä keskustelua lainsäätäjän kanssa.⁸³ Teoria uudesta perustuslakikontrollista ei myöskään ole teoria

⁸³ Ks. Patter 2010, s. 141.

lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollista vaan laajempi yritys jäsentää tuomioistuinten harjoittama valvonta osaksi yleisiä julkisia päätöksentekoprosesseja. Siitä huolimatta se vaikuttaa asettavan tuomioistuimet varsin vahvaan asemaan yhteiskunnan perustavimpia periaatteita koskevassa päätöksenteossa. Siltä osin kuin niiden katsotaan tällaisilla päätöksillä olevan toimivaltaisia syrjäyttämään demokraattisissa menettelyissä lain säätämisen muodossa tapahtuneet tulkinnat perustuslain julkiselle vallankäytölle asettamista vaatimuksista, tällaiselle vallankäytölle pitää osoittaa normatiivinen oikeutus, kuten muun muassa *Kent Roach* on korostanut.⁸⁴ Seuraavaksi onkin syytä arvioida tarkemmin niitä teoreettis-normatiivisia lähtökohtia, joiden valossa uudelle perustuslakikontrollille tyypilliset institutionaaliset järjestelyt olisi mahdollista oikeuttaa, jos näiden lähtökohtien pitää perustua sekä demokraattisen itsehallinnon että yksilöille oikeuksia perustavien perusoikeuksien varaan.

⁸⁴ Ks. Roach 2004, s. 68–69.

2 Perusoikeudet, demokratia ja tuomioistuimet

2.1 ITSEPINTAISET ONGELMAT

Perusoikeudet ja demokratia edellyttävät toisiaan. Kansanvallan toteutuminen, sikäli kuin sen ajatellaan ylipäättään perustuvan kansalaisten⁸⁵ vapaaseen mielihiteenmuodostukseen ja esimerkiksi yhtäläiseen äänioikeuteen, edellyttää tässä minimimerkityksessäänkin ainakin joitakin oikeuksia. Vähintäänkin se edellyttää oikeutta osallistua lain säätämiseen.⁸⁶ Toisaalta kyetäkseen legitiimisti asettamaan rajoituksia demokraattiselle päätöksenteolle myös perusoikeuksien tulee viime kädessä nojautua demokraattisten ideaalien mukaisiin menettelyihin. Moderni oikeus on ihmisten itse itselleen säätämää oikeutta⁸⁷ – se ei voi perustua sen paremmin luonnonoikeuden tapaisiin yliajallisiin ja inhimillisistä tahdonilmauksista riippumattomiin normeihin kuin diktaattorin tai valistuneen itsevaltiaan käskyihin.⁸⁸

Demokratian idea ei siten ole abstraktilla tasolla välttämättömässä ristiriidassa yksilöllisten oikeuksien kanssa.⁸⁹ Yhteensopivuus ei myöskään rajoitu yksin demokraattisiin menettelyihin välittömästi kytkeytyviin ja ihmisten julkista autonomiaa toteuttaviin osallistumisoikeuksiin. Kuten esimerkiksi *Jürgen Habermas* on todennut, osallistumisoikeuksien toteuttaman julkisen autonomian edellytyksenä on ihmisten oikeudellisesti suojattu yksityinen autonomia, heidän oikeutensa määrätä itsestään ja siihen liittyvä vapaus muodostaa ja pitää yksityisiä mielipiteitä.⁹⁰ Edellytysuhteiden jatkumoa on syytä jatkaa myös taloudellisiin ja sosiaalisiin oikeuksiin. Niin yksityinen kuin julkinen autonomia ovat oikeudellisestikin turvattuina merkityksellisiä, jos ihmisillä ei ole tosiasiallisia edellytyksiä käyttää autonomiaansa.⁹¹ Kansainvälisistä ihmisoikeuksista puhutaankin yleensä jakamattomina ja toisistaan riippuvina oikeuksina.⁹²

⁸⁵ Kansalaisen käsitettä käytetään tässä poliittisen yhteisön jäsenen merkityksessä – ei siis viittauksena oikeusdogmaattiseen ja esimerkiksi kansalaisuuslaissa käytettävään muodollisjuridiseen kansalaiskäsitteeseen.

⁸⁶ Ks. Waldron 1999, s. 232–254.

⁸⁷ Ks. esim. Michelman 1988a, s. 1503–1504 ja Habermas 1996, s. 495–496, jossa Habermas viittaa erityisesti Kantin ja Rousseauin ajatuksiin kansalaisen käsitteen ja itsehallinnon idean yhtymäkohdista. Kantin ja Rousseauin käsitteistöissä kansansuvereenisuuden käsite ei palautunut kuninkaan valtaa rajoittavaan yhteiskuntasopimukseen hallitsijan ja kansan välillä, vaan vaatimukseen kansan itse säätämisen lain asemasta *ainoana* legitiimin poliittisen auktoriteetin lähteenä.

⁸⁸ Ks. myös Rosas 2009, s. 308.

⁸⁹ Vrt. kuit. Jääskinen 2004, s. 107.

⁹⁰ Ks. Habermas 1996, s. 119–121 ja Habermas 1998, s. 260–262. Ks. myös Tuori 1999, s. 462, s. 181.

⁹¹ Ks. Tuori 2004a, s. 181.

⁹² Ks. esim. Steiner – Alston – Goodman 2008, s. 263–264.

Perusoikeusperiaatteiden ja demokratiaperiaatteen välille saattaa näistä normatiivisen tason lähtökohdista huolimatta konkreettisissa oikeudellisissa käytännöissä syntyä jännite. Tyypillisesti näin on silloin, kun demokraattisten menettelyjen lopputuloksen, lain, katsotaan tiettyssä tuomioistuimessa käsillä olevassa soveltamistilanteessa johtavan ristiriitaan niiden sisällöllisten vaatimusten kanssa, joita perusoikeudet demokraattisille menettelyille asettavat. Vaikka yleensä konkreettisissa tilanteissa ilmenevät ristiriidat onkin mahdollista välttää tulkitsemalla sovellettavaksi tulevaa lain säännöstä tavalla, joka on yhteen sovitettavissa perustuslain kanssa, kaikissa tilanteissa tämä ei ole oikeudellisesti mahdollista. Joskus tapaukseen soveltuu kirjoitusasultaan niin yksiselitteinen säännös, ettei sitä oikeudelliselle tulkinnalle yleisesti asetettujen tunnusmerkkien valossa voi mielekkäästi tulkita tavalla, joka ei olisi perustuslain kanssa sisällöllisessä ristiriidassa. Jos tuomioistuimia ei ole kokonaan kielletty soveltamasta perustuslakia, viimeistään tällaisissa tilanteissa joudutaan ottamaan perusteltu kanta siihen, saako ja millä edellytyksellä tuomioistuin jättää lain säännöksen soveltamatta perustuslain vastaisena.

Tuomioistuinten tällaiseen tutkintavaltaan suhtaudutaan oikeustieteellisessä kirjallisuudessa usein varsin skeptisesti ja sille erilaisia etukäteisiä rajoitteita asettamaan pyrkien. Skepsismin päälinjat on mahdollista jakaa karkeasti ottaen kahteen luokkaan: oikeuspositivistiseen ja valtiosääntöteoreettiseen. *Oikeuspositivistisella kritiikillä* on syytä viitata etenkin perinteisiin, *Hans Kelsenin* ja *H.L.A. Hartin* käsityksiin⁹³ perustuviin oikeutta koskeviin ontologisiin ja epistemologisiin oletuksiin, joilla on merkittäviä vaikutuksia perusoikeuksien ja niitä koskevien tulkintojen oikeudellisuutta koskeviin määrittely-yrityksiin ja siten myös perusoikeuksien tuomioistuinkontrollin oikeutettavuutta koskeviin argumentteihin. Juuri oikeuspositivistinen oikeusteoria nimittäin johtaa herkästi oletuksiin perusoikeuksien soveltamisen epäoikeudellisuudesta ja puhtaasta harkinnanvaraisuudesta. Samoin sen kautta tulee mahdolliseksi demokraattisten menettelyjen oikeudellisesti relevanttien merkitysten rajaaminen yksin kyseisten menettelyjen lopputuloksiin, toisin sanoen säädettyyn lakiin. Muutaman esimerkin mainitakseni suomalaisen oikeustieteen piiristä etenkin Niilo Jääskisen oikeuspositivistisen oikeusteorian ja edustuksellisen demokratiakäsityksen yhteyksiä analysoiva ja niille vahvasti rakentuva ”Demokratia vai perusoikeu-

⁹³ Perinteisen oikeuspositivistisen doktriinin taustasitoumuksista yleisesti, ks. Tuori 2000a, s. 6–8. Oikeuspositivistisen oikeusteorian viimeaikaisia kehityssuuntauksia samoin kuin oikeuspositivistisen teorian erilaisia malleja ovat Suomessa käsitelleet erityisesti Matti Ilmari Niemi (Niemi 1996, s. 266–271 ja 326–356) ja Sampo Mielityinen (Mielityinen 2006, s. 21–58). On tietysti muistettava, että oikeuspositivistisen oikeusteorian kehittäely ei ole pysähtynyt Kelsenin ja Hartin tuotantoon. Ks. tältä osin etenkin Raz 1979 sekä hartilaisen konventionalistisen ja ”pehmeän” positivismiin osalta erit. Coleman 2001. Ronald Dworkinia voidaan puolestaan edelleenkin pitää oikeuspositivismiin merkittävimpana kriitikkona. Ks. Razin ja Colemanin osalta Dworkin 2006, s. 187–222.

det” -artikkeli kuuluu selvästi osaksi tätä keskusteluperinnettä,⁹⁴ jonka keskeisenä johtopäätöksenä on lakien valtiosääntöoikeudellisen arvioitavuuden ja demokraattisen lainsäätäjän valtiosääntöoikeudellisten rajoitusten ongelmallisuus. Niin ikään valtiosääntöoikeudellisen tradition ulkopuolelta voidaan samassa mielessä mainita etenkin *Aulis Aarnion* suomalaisen oikeusajattelun perinteeseen voimakkaasti sitoutuvat, mutta valtiosääntöteoreettisen tutkimuskirjallisuuden koko lailla sivuuttavat kirjoitukset.⁹⁵

Richard Bellamyn vuonna 2007 julkaisemaan ”Political Constitutionalism” -teokseen sisältyvä kritiikki edustaa puolestaan kategorisuudessaan yhtä kansainvälisen valtiosääntöteoreettisen *skepsismin* ääripäätä.⁹⁶ Vaikka Bellamy ei sinänsä väitäkään, että demokratiaa tulisi pitää absoluuttisesti tärkeämpänä kuin sille oikeudellisessa valtiosääntökäsityksessä rajoja yleensä asettavaa valtiosääntöä, oikeuksia taikka oikeusvaltioperiaatteita,⁹⁷ ilmentävät hänen johtopäätöksensä kaikessa radikaaliudessaan nimenomaan tämänsuuntaista perustavaa lähtökohtaoletusta. Bellamy katsoo nimittäin, ettei pelkästään lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrolli ole illegitiimi instituutio, vaan myös, ettei edes demokraattisen lainsäätäjän tulisi valvoa oman toimintansa valtiosäännönmukaisuutta. Bellamyn perustelu on tältä osin ensisijaisesti seurausperustainen: koska tavanomaiset demokraattiset prosessit tuottavat itsessään legitiimeimmän ja tehokkaimman suojan valtiosääntöisille periaatteille, ei mitään erillistä oikeudellista valvontamekanismia tarvita.⁹⁸ Tähän nähden johdonmukaisesti Bellamy kiistää paitsi perusoikeuksien, myös lainsäätämismenettelyä, vaaleja ja muita perustuslain rakenteellisia periaatteita koskevan tuomioistuin-kontrollin legitiimisyyden – mukaan lukien tilanteet, joissa tuomioistuimet pyrkivät vain tulkinnallisesti varmistamaan lain soveltamisen perustuslainmukaisuuden.⁹⁹ Myös *Duncan Kennedyn* puheenvuoro oikeuksia koskevien argumenttien väistämättömästä ideologisesta ja poliittisesta perustasta on tulkittava samalla myös fundamentaalien tason argumentiksi oikeuksien tuomioistuin-kontrollia vastaan. Tuskin nimittäin voimme lähteä siitä, että tuomioistuinten legitiimisyyden takeeksi riittää irrationalinen uskomus niiden toiminnan oikeudellisesta rationaalisuudesta.¹⁰⁰

⁹⁴ Ks. Jääskinen 2004.

⁹⁵ Ks. Aarnio 2006, s. 308–366, Aarnio 2002 ja Aarnio 2000. Viittaan tässä rajatusti Aarnion valtiosääntöoikeutta koskeviin käsityksiin, en hänen muuhun teorianuotantoonsa.

⁹⁶ Tämänhetkinen kansainvälinen valtiosääntökeskustelu vaikuttaa ainakin uusien avaus-ten osalta olevan vahvasti angloamerikkalaisittain painottunutta. Nykyisen saksalaisen valtiosääntökeskustelun kannalta keskustelua suuntaavat edelleenkin Forsthoffin ”Verfassung als juristisches Weltenei” (Forsthoff 1971) ja Böckenförden ”Jurisdiktionsstaat” -kritiikit (Böckenförde 1991). Tuon kritiikin nykymerkityksestä ja kritiikin kritiikistä ks. erit. Kumm 2006.

⁹⁷ Bellamy 2007, s. 260–262.

⁹⁸ Ks. Bellamy 2007, s. 141. Ks. myös Walen 2009, s. 330.

⁹⁹ Ks. Bellamy 2007, s. 48.

¹⁰⁰ Kennedy 1998, s. 305–314.

Suomessa valtiosääntöinen kritiikki on ollut asteen maltillisempaa. Silti sen sisältönä on ollut usein yhtäältä luottamus lainsäätäjään ja toisaalta epäilevä suhtautuminen tuomioistuimiin perusoikeuksien toteutumisen valvojana. Esimerkiksi *Kaarlo Tuorin* puheenvuoro ylikonstitutionalisoitumisen ja perusoikeudellistumisen periaatteellisista riskeistä kääntyy lopulta ensisijaisesti tuomioistuinten harjoittaman perustuslakikontrollin epäilyksi ja demokraattisen lainsäätäjän liikkumavaran puolustuspuheeksi.¹⁰¹ *Jaakko Husan* ”Non Liqueur’n” yhtenä kantavana teemana on puolestaan selväpiirteisestä vallanjakoperiaatteesta ja tiukasta oikeus/politiikka -erottelusta johdettu lakien perustuslainmukaisuuden ja yleisemminkin oikeuden sisältöjen valtiosääntöoikeudellisen arvioitavuuden kritiikki.¹⁰²

Pyrin seuraavassa vastaamaan lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollia vastaan esitettyihin argumentteihin. Kun perusoikeuksien tuomioistuinvalvonnan kritiikin eräs päätyyppi rakennetaan nähdäkseni edelleenkin yksipuolisesti edustuksellisuuden ja enemmistöpäätösten varaan rakentuvalla demokratiaperiaatteen tulkinnalle ja etenkin sitä tukevalle perinteiselle oikeuspositivistiselle oikeusajattelulle,¹⁰³ on tuon kritiikin lähtökohtia ja sen vasta-argumentteja syytä tarkastella tiiviisti ensin erikseen. Tarkastelun pääpaino on kuitenkin valtiosääntöoikeudellisen kritiikin arvioimisen suunnalla. Tuomioistuinvalvonnan valtiosääntöoikeudellinen kritiikki auttaa nimittäin avaamaan oikeuspositivistisia konstruktioita ja niiden arviointia selvemmin niitä valtiosäännön sisäisiä ja *sekä demokratiaperiaatteen että perusoikeuksien* varaan rakentuvia argumentteja, joihin institutionaaliset käytännöt ja konkreettiset ratkaisut on joka tapauksessa nojattava. Kiinnitän tarkastelussani huomiota erityisesti *Jeremy Waldronin* hiljattain julkaisemaan lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin kritiikkiin. Argumenttini on kuitenkin Waldronin argumentaation nähden käänteinen. Kun Waldronin kritiikki perustuu oletukselle siitä, että lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinvalvonnan demokraattisen kritiikin on aina oltava myös oikeusperustainen kritiikkiä,¹⁰⁴ itse väitän päinvastoin: lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinvalvonnalle on esitettävissä oikeusperustainen oikeutus, mutta johtuen oikeuksien ja demokratian suhteen keskinäisestä riippuvuudesta, tuon oikeutuksen täytyy olla myös demokratiaperustainen.

¹⁰¹ Ks. Tuori 2008, s. 267–273 ja Tuori 2009, s. 333–335.

¹⁰² Ks. Husa 2004a, s. 120–129 ja 143–147.

¹⁰³ Ks. erit. Niilo Jääskinen 2004, s. 102. Jääskinen näyttää eräin osin sitoutuvan varsinkin Hartin ”pehmeää”, inkluusiivista oikeuspositivistista oikeusteoriaa huomattavasti tiukemman oikeus/moraali -erottelun tekevän Joseph Razin ns. kovaan positivismiin tulkintaan, jossa normi on oikeusnormi vain jos se voidaan perustella oikeuslähteiksi tunnistettujen sosiaalisten faktojen perusteella ja turvautumatta moraalisiin perusteisiin. Ks. Raz 1979, s. 45. Vrt. Jääskinen 2004, s. 106: ”demokratiaa ei voi perustella ’positivistisesti’, siis turvautumatta joihinkin yhteiskunta- ja moraalifilosofisiin postulaatteihin”.

¹⁰⁴ Ks. Waldron 1999, s. 282.

2.2 OIKEUSPOSITIVISMI, DEMOKRATIA JA PERUSOIKEUDET

Perinteinen oikeuspositivismi ja perinteinen enemmistöperiaatteen mukainen demokratiakäsitys merkitsevät yhdistelmänä perusoikeuksien kyseenalaistumista, jos oikeuksille annetaan asema, jossa ne asettavat lainsäätäjälle ja lainsäädännön soveltamiselle etukäteisiä sisällöllisiä rajoja.¹⁰⁵ Tähän on karkeasti kaksi syytä. Niistä ensimmäinen liittyy positivismiin tuottamaan ja enemmistödemokratiaperiaatteen kanssa yhteensopivaan tulkintaan *demokratian oikeudellisesta merkityksestä* ja toinen oikeuspositivistisen oikeusteorian käsitykseen *abstraktien normilauseiden tulkinnan harkinnanvaraisuudesta*.

2.2.1 Demokratia mustana laatikkona

Vaikka oikeuspositivismiin, enemmistöperiaatteeeseen sitoutuneen demokratian ja perusoikeuksien oikeudellista asemaa koskevien skeptisten oletusten suhdetta on myös suomalaisessa valtiosääntöoikeudellisessa tutkimuksessa käsitelty verraten laaja-alaisesti,¹⁰⁶ Niilo Jääskinen on nähdäkseni tuonut selvimmin esille tähän käsiteltyyn sisäänrakentuneet yleiset oikeusteoreettiset yhteydet.¹⁰⁷ Oikeuspositivismiin, enemmistödemokratian ja perusoikeuskepsismiin välisessä elimellisessä suhteessa ei näyttäisi olevan kyse vain siitä, että oikeuspositivistinen oikeuskäsitys oikeuttaa rationaalisesti demokratian poliittisena instituutiona,¹⁰⁸ vaan myös siitä, että tietty demokratiakäsitys oikeuttaa positivismiin oikeudellisena käsityksenä.¹⁰⁹ Molemmat on toisin sanoen mahdollista oikeuttaa samalla yhteiskuntafilosofisella perusteella ja kummankin näkökulmasta oikeuden sisältö tyhjentyy aiempiin nimenomaisiin tahdonilmaisuihin. Kuten Kelsen totesi, oikeus on nimenomaisilla oikeuden luomiseen tarkoitetuilla tahdonakteilla asetettua oikeutta.¹¹⁰ Demokratia taas on se menettely, jossa oikeutta koskevat tahdonaktit saavat sisältönsä. Suomen oikeusjärjestyksen ”oi-

¹⁰⁵ Todettakoon, että esimerkiksi H.L.A. Hartin ns. inklusiivinen positivismi lähtee siitä, että positiivisen oikeusjärjestyksen perustana oleva tunnistamissääntö saattaa varsin hyvin, ja usein niin tekeekin, inkorporoida moraalien osaksi oikeutta (Hart 1997, s. 250). Ongelma vain on, että tässä inklusiivista, pehmeää positivismia edustavassa mallissa moraaliset mittapuut välittyvät oikeusyhteisössä tosiasiallisesti ylläpidettyihin konventioihin pohjautuvan tunnistamissäännön välittämistä. Tällöin oikeuden pätevyyskriteerien sisältökin näyttää jäävän viime kädessäkin riippumaan oikeusyhteisössä *tosiasiallisesti ylläpidetyistä konventioista* ja niitä koskevista dogmaattisista oletuksista eikä niinkään niistä *sisällöllisistä periaatteista*, jotka tunnistamissääntö lähdeopillisesti sinänsä paikantaa osaksi voimassa olevaa oikeusjärjestystä.

¹⁰⁶ Ks. erit. Jyränki 2003 ja Husa 2004.

¹⁰⁷ Ks. Jääskinen 2004.

¹⁰⁸ Ks. Jääskinen 2004, s. 102 ja siinä viitatus lähteet.

¹⁰⁹ Ks. Jääskinen 2004, s. 103.

¹¹⁰ Ks. Kelsen 1968, s. 5–9.

keus” ei ole ollut vain säädännäistä oikeutta, vaan myös demokraattisesti valitun kansanedustuslaitoksen päätöksiin perustuvaa oikeutta.¹¹¹

Tässä kuvauksessa edustuksellisella enemmistödemokratialla on kaksi keskeistä funktiota. Yhtäältä se välittää julkisen mielipiteenmuodostuksen *lopputulokset* osaksi valtiollisen vallankäytön oikeutusta ja toisaalta se tuottaa poliittisesti pätevän *legitimaation* oikeusvaltiollisen vallankäytön keskeiselle välineelle, eduskunnan säätämälle laille. Samalla vahvistetaan oletusta, että koko oikeusjärjestys voidaan palauttaa yhteen lähteeseen, edustuksellisen demokration kautta määrittyvään suvereeniin *tahdonilmaisuu*n.¹¹² Jääskisen mukaan perusoikeudet ovatkin abstraktilla tasolla demokration kanssa ristiriidassa – argumentti, joka heijastaa suoraan käsitystä demokration rajoituksettomana kansansuvereenisuutena.¹¹³

Kuten tunnettua, positivistinen kuvaus oikeudesta hahmottaa oikeuden lähtökohtaisesti muusta inhimillisen toiminnan seurauksena muutettavissa olevasta sosiaalisesta normistosta erotetuksi erityiseksi normijärjestelmäksi: oikeuden ja moraalien välillä ei ole välttämätöntä yhteyttä; se, minkä sisältöisenä oikeus on voimassa on eri asia kuin se, minkä sisältöisenä sen pitäisi olla.¹¹⁴ Oikeusjärjestelmän, yksittäisten normien ja niihin pohjautuvien oikeudellisten päätösten pätevyys perustuu yksin muodollisten ja tosiasiallisten voimassaoloehtojen täyttymiselle, toisin sanoen ylemmänasteiselle normille tai oikeudellisista käytännöistä havaittavissa olevalle tunnistamissäännölle. Normin eettisellä tai moraalilla hyväksyttävyydellä taikka poliittisella tarkoituksenmukaisuudella ei lähtökohtaisesti ole merkitystä, ellei voimassa olevaksi tunnistettu oikeusnormi niihin nimenomaisesti viittaa.¹¹⁵

Sitoessaan oikeuden voimassaolon perusteet oikeuden luomista merkitseviin *objektiivisesti havainnoitavissa oleviin faktoihin*¹¹⁶ positivistiset tulkinnat oikeudesta johtavatkin väistämättä deskriptiiviseen epistemologiaan¹¹⁷: arvostelmien objektiivisuutta koskevassa skeptisyydessään oikeuspositivismi olettaa, että oikeudesta on mahdollista saada tietoa tukeutumalla yksinomaan niihin objektiivisesti havainnoitavissa oleviin käytäntöihin, joissa oikeutta luodaan. *Carlos Santiago Nino* onkin esittänyt, että positivismi käyttää ”pitämistä”, ”ought”-käsitettä, kuvaamaan vallitsevan tuomarinideologian, oikeuslähdeopin tai muun

¹¹¹ Ks. Jyränki 2003, s. 285.

¹¹² Ks. Jyränki 2003, s. 307.

¹¹³ Jääskisen argumentti saattaa olla pätevä tietyllä käsitteellisellä tasolla, vaikka se ei sitä käytännöllisesti olekaan. Vain jälkimmäisellä argumentaation tasolla on luonnollisesti merkitystä silloin, kun arvioimme demokration valtiosääntöoikeudellista ja yhteiskunnallista merkitystä.

¹¹⁴ John Austin kuvasi tämän kirikkaasti: ”The existence of law is one thing; its merit or demerit another... Whether it be or not be is one enquiry; whether it be or not be conformable to an assumed standard, is a different enquiry”. Ks. Austin 1863, s. 184.

¹¹⁵ Ks. Kelsen 1968, s. 74–77, Hart 1997, s. 208–212.

¹¹⁶ Ks. esim. Siltala 2003, s. 53.

¹¹⁷ Ks. erit. Dworkin 1986, s. 33–35.

tunnistamissäännön tosiasiallista hyväksyntää.¹¹⁸ Tietty oikeudellinen argumentti on tällöin pätevä, jos se voidaan tunnistaa oikeudelliseksi oikeusyhteisön tosiasiallisesti hyväksymän tunnistamissäännön puitteissa. Niin kuin *Siltala* omille lähtökohdilleen osin ristiriitaisesti, mutta myös osin uskollisesti¹¹⁹ toteaa, oikeuspositivismin kannalta perusteltavissa olevat tulkinnat hahmottuvat ensisijaisesti viittauksilla sellaisiin pätevyyskriteerinomaisiin konstruktioihin, kuten ”vallitseva oikeuslähdeoppi”, ”tuomarinideologia” ja ”institutionaalinen tuki¹²⁰”.

Samalla kuitenkin myös demokratia muuntuu oikeudelliselta perusluonteeltaan faktaksi. Juuri perinteinen oikeuspositivismi mahdollistaa demokratian hahmottamisen Jääskisen esittämällä tavalla eräänlaiseksi mustaksi laatikoksi, jonka toiminnan kausaaliset seuraukset, oikeussäännöt, ovat niin tutkimuksellisesti kuin käytännöllisesti merkityksellisiä, ei sen sijaan järjestelmän toiminta sinänsä.¹²¹ Voidaankin sanoa, ettei perinteinen oikeuspositivistien oikeusajattelu ole juurikaan kiinnostunut demokratian sisällöstä, toteuttamistavoista eikä varsinkaan sen normatiivisten ehtojen toteutumisesta. Riittää, että demokratia-käsite kyetään muotoilemaan niin tarkkarajaiseksi ja muodolliseksi, etteivät sen sisällölliset ja proseduraaliset ulottuvuudet pääse vaikuttamaan oikeuden sisältöihin demokraattisten menettelyjen lopputulosten ohitse. Demokraattisiin menettelyihin olennaisesti kuuluvan massamittaisen dialogin korvaaminen yksikömuotoisella puheella ”lainsäätäjistä”¹²² samoin kuin enemmistöperiaatteen käyttö lainsäädäntövaiheen tulkintaerimielisyyksien ratkaisemiseen ovat tässä suhteessa oikeuspositivistisen oikeusideologian perusoletuksiin suoraan soveltuvia.

¹¹⁸ Ks. Nino 1993, s. 16.

¹¹⁹ Ks. Siltala 2003, s. 30–31, vrt. Siltala 2003, s. 89–92.

¹²⁰ Institutionaalisen tuen käsite kuuluu oleellisena osana Ronald Dworkinin perinteiseen positivismiin kriittisesti suhtautuvaan teoriaan oikeudesta tulkitsevana käytäntönä ja tähän liittyen teoriaan oikeusperiaatteista, joita ei voida tunnistaa hartilaiseen tunnistamissääntöä koskevin viittauksin (ks. Dworkin 1978, s. 39–45). Dworkinin edustamassa mallissa institutionaalisen tuen käsitettä onkin välttämättä täydennettävä sisällöllisen koherenssin vaatimuksella. Tekstissä esitetty viittaus institutionaaliseen tukeen koskee ennen muuta käsitteen sellaista käyttöä, jossa vaatimus sisällöllisestä koherenssista on kutakuinkin syrjäytynyt tai vähintään muuntunut institutionaalille tuelle alistaiseksi, jolloin kyse ei ole enää Dworkinin periaate-teorian mukaisesta institutionaalisen tuen käsitteestä. Ks. myös Dworkin 1978, s. 64–68.

¹²¹ Ks. Jääskinen 2004, s. 102–104. Jeremy Waldron kritisoi modernin oikeuspositivismin tapaa lähestyä lainsäätämisen prosessia mustana laatikkona, jonka merkitys on yksinomaan siinä, että sen kautta ikään kuin ”yhdellä suulla” puhuva lainsäätäjä tuottaa ensisijaisen oikeuslähteen asemassa olevia normeja. Jääskinen vaikuttaa kuitenkin omaksuvan kritiikin kohteen oman tarkastelunsa annettuna otettavaksi ja jopa ainoaksi mielekkääksi tarkasteluperspektiiviksi. Ks. Jääskinen 2004, s. 105, vrt. Waldron 1999, s. 48.

¹²² Ks. Waldron 1999, s. 47–48.

2.2.2 Tulkinta harkintana

Oikeuspositivismi on teoria oikeuden pätevyyden perusteista, mutta myös sen rajoista.¹²³ Kuten Hart asian toteaa, positiivisoikeudellisilla oikeussäännöillä on väistämättä samanlainen luonnollisen kielen ominaisuuksiin palautuva lopputulosten ennalta määräämättömyyteen johtava reuna-alue, *penumbra of doubt*, kuin millä tahansa muulla kielellisellä käsitteellä. Niinpä vaikka tietyn oikeussäännön ajatellaan soveltuvan suureen joukkoon tyypillisimpiä tapauksia, toisin sanoen sillä voidaan ajatella olevan tietty ydinsisältö (*core of settled meaning*), aina on myös tilanteita, joissa sovellettavuus ei ole yhtäältä kokonaan poissuljettu muttei toisaalta myöskään rutiinitapausten kaltaisella tavalla ilmeinen. Tämä oikeudellisten käsitteiden avoimuus, *open texture of law*, ja siitä syntyvä sääntelyn sovellettavuuden raja-alueita koskeva epävarmuus on hinta, joka joudutaan maksamaan säänneltäessä konkreettista inhimillistä käyttäytymistä ja määriteltäessä tosiasioita oikeudellisin, siis yleisesti sovellettavaksi tarkoitettuihin, käsitteihin.¹²⁴ Kielellisen epävarmuuden oikeusjärjestykselle aiheuttama epävarmuutta korjaa kuitenkin Hartin mukaan kehittyneissä yhteiskunnissa oikeudellisissa käytännöissä muotoutuva ja yleiseen hyväksyntään perustuva yleinen tunnistamissääntö, *rule of recognition*, joka tuottaa *auktoritatiivisen kriteerin* oikeudellisten velvoitteiden tunnistamiselle.¹²⁵ Kaikkea epävarmuutta komplekseinkaan tunnistamissääntö ei kuitenkaan pysty poistamaan, vaan jotkut oikeudelliset ratkaisut jäävät väistämättä aina *harkinnanvaraisiksi*. Tällaisia ratkaisuja ei toisin sanoen voida palauttaa tunnistamissäännön kautta voimassa olevaan oikeuteen, vaan ne tehdään jo määritelmän mukaan ei-oikeudellisin perustein.¹²⁶ Tässä ei kuitenkaan ole oikeuspositivismin näkökulmasta varsinaisesti mitään ongelmallista, koska tilanne on vain looginen seuraus oikeuskieleen pakotetusta ennaltamääräämättömyydestä.¹²⁷

Myös Hans Kelsenin puhdas oikeusoppi tuottaa saman lopputuloksen. Siinä missä Hartin oikeuden voimassaolon perustaksi nostama tunnistamissääntö palautuu yhteisölliseen hyväksyntään ja siinä merkityksessä havainnoitavissa olevaan konventioon, joka voi sisällyttää myös moraaliset kriteerit osaksi oikeuden pätevyyskriteerejä, Kelsenin puhdas oikeusoppi pyrkii perustelemaan oikeuden nimenomaan suljettuna normijärjestyksenä, jonka perusta rakentuu tunnetulla

¹²³ Taustoitin tässä oikeuspositivistisen oikeusteorian lähtökohtia tietoisesti tukeutuen vain sen perinteisimpien edustajien tuotantoon. Oletukseni on, että perusoikeuksien tuomioistuinvallannon positivistinen kritiikki nojautuu Suomessa ennen kaikkea Kelsenin ja Hartin esittämiin lähtökohtiin, ei niinkään positivismiin myöhempiin kehitelmiin.

¹²⁴ Ks. Hart 1997, s. 128.

¹²⁵ Ks. Hart 1997, s. 100.

¹²⁶ Ks. Hart 1997, s. 150–154.

¹²⁷ Ks. myös erit. Schauer 1991, s. 34–37.

tavalla yhteisöllisten käytäntöjen sijaan edellytettyyn perusnormiin.¹²⁸ Samalla Kelsen kuitenkin hyväksyi väistämättömänä oletuksen siitä, että oikeussäännöt jättävät aina lainsoveltajalle harkintavaltaa. Ylemmän asteinen normi kyllä säännöstää sekä alemmanasteisen normin asettamisenettelyä että sen sisältöä, mutta kyseinen sääntely ei ole koskaan täydellistä. Ylemmänasteinen normi ei kykene joka suunnassa sitomaan aktia, jolla sitä sovelletaan, vaan normi jättää aina enemmän tai vähemmän harkintavaltaa soveltajalleen. Niinpä jokainen ylemmän normin puitteissa tapahtuva norminasettamistoimi samoin kuin puhdas täytäntöönpanoakti on aina vain osaksi oikeuden etukäteen määräämä, ja muilta osin epämääräinen.¹²⁹ Vastaavasti se, että tuomio perustuu lakiin, ei Kelsenille merkitse muuta kuin että se pysyy lain asettamissa puitteissa.

Niin Hartin kuin Kelseninkin teoriat jättävät kuitenkin oikeudelliselta kannalta avoimeksi sen, millaisten oikeudellisten reunaehtojen valossa harkinta oikeusnormien reuna-alueella tai oikeussääntöjen avoimeksi jättämissä tilanteissa tapahtuu. Selitys tähän on varsin yksinkertainen. Hartin positivistinen teoria rakentuu nimenomaan oletukselle siitä, että reuna-alueella, tilanteissa, joissa oikeussäännön sisältöä ei voida tarkasti määritellä oikeusyhteisön tunnistamissäännön sisältämän oikeuslähteopin puitteissa, ratkaisu tapahtuukin *ulko-oikeudellisin perustein*. Niissä tilanteissa toisin sanoen tuomioistuin tekee ratkaisunsa harkintansa (*discretion*) nojalla, ilman sidottuisuutta etukäteen asetettuun oikeuteen. Siltä osin kuin oikeusyhteisön tunnistamissääntö sisällyttää tuomioistuinten ratkaisut osaksi oikeuslähteiden luetteloa, kyseisestä ratkaisusta, ja siten tuomioistuimen tekemästä harkintapäätöksestä, tulee osa voimassa olevaa oikeutta.

Kelsenille yleinen oikeusnormi ei puolestaan ole oikeastaan muuta kuin kehys, jossa yksittäinen oikeusnormi joudutaan luomaan.¹³⁰ Laajimmillaan luomiseen liittyvä toimivaltuus on tilanteissa, joissa positiivinen yleinen oikeusnormi sisältää ainoastaan valtuutuksen yksittäisen oikeusnormin luomiseen määräämättä ennakolta sen sisältöä.¹³¹ Näissäkin tilanteissa tuomioistuin kuitenkin soveltaa oikeusjärjestystä: kysymys on nimenomaisen harkintavallan ja siten oikeuden luomistoimivallan perustavan normin soveltamisesta.¹³² Kelsen kuitenkin nimenomaisesti kiistää, että valintaa normin mahdollistamien erilaisten tulkintavaihtoehtojen välillä voitaisiin oikeudellisesti jäsentää:

”Ei ole kerrassaan mitään – positiivisoikeudelliseksi luonnehdittavaa – metodia, jolla normin useista kielellisistä merkityksistä ainoastaan yksi voitaisiin leimata oikeaksi.”¹³³

¹²⁸ Ks. Kelsen 1968, s. 208.

¹²⁹ Ks. Kelsen 1968, s. 364.

¹³⁰ Ks. Kelsen 1968, s. 365–366.

¹³¹ Ks. Kelsen 1968, s. 262.

¹³² Ks. Kelsen 1968, s. 261.

¹³³ Kelsen 1968, s. 366.

Näin kysymys siitä, mikä sovellettavan oikeuden puitteissa tarjoutuvista mahdollisuuksista on oikea, määrittynyt Kelsenillä oikeuspoliittiseksi, ei positiivisen oikeuden tietämystä koskevaksi kysymykseksi.¹³⁴ Niin Kelsenillä kuin Hartillakin *ylemmän normin* tai *tunnistamissäännön* kautta päteväksi tunnistettava oikeus päättyy sisällöllisesti siinä, missä sovellettavan säännöksen tulkinnanvaraisuuden pohjustama *harkintavalta* alkaa. Tulkinta epäselvissä tilanteissa samoin kuin soveltamistilanteeseen liittyvä valinta erilaisten perusteltavissa olevien tulkintavaihtoehtojen välillä saa tässä kehyksessä sekä oikeudellisesti välttämättömän että määritelmän mukaan oikeuden ulkopuolelle sijoittuvan merkityksen. Välttämättömäksi se käy sen takia, että sovellettavana oleva normi tai normien järjestelmä jättää väkisinkin useampia mahdollisuuksia avoimeksi. Oikeuden ulkopuolelle tulkinta sijoittuu taas sen vuoksi, ettei positiivinen oikeus itse kykene tuottamaan niitä kriteereitä, joiden varassa normin esille nostamien kilpailevien intressien välinen arvottaminen voitaisiin suorittaa. Päinvastoin, se jää tehtäväksi nimenomaan tulevassa norminluomisaktissa. Oikeudellinen ratkaisu on näin ollen Hartin määrittelemälle harmaalle alueelle sijoittuessaan tai Kelsenin määrittelemässä tulkintatilanteissa aina välttämättä myös norminasettamisakti.

2.2.3 Perusoikeudet lainsäätäjän harkinnalle alistaisina normeina

Tulkittuna oikeuspositivistisen teorian perusoletusten lävitse perustuslain tuomioistuinkontrolli ja siihen liittyvä lain soveltamatta jättäminen suoraan sovellettavien perusoikeuksien perusteella¹³⁵ saattaa perusoikeudet samaan asemaan, jonka positivismi yleensä varaa luonnonoikeudellisille argumenteille.¹³⁶ Oikeuksille ei myöskään ole mahdollista antaa demokratian ehtoja määrittävää merkitystä, koska demokratian ehdot eivät ylipäätään ole positivistisessä katsannossa oikeudellisesti relevantteja. Jo Kelsen katsoikin, että perusoikeustyyppisiin normeihin nojautuva lainsäätäjän valvonta olisi väistämättä muuntanut valtiosääntöoikeudelliset käytännöt lähtökohdiltaan luonnonoikeudellisiksi, ja vastaavasti valvontaa harjoittavan ja niin ollen luonnonoikeuden sisältöä selvittämään asetetun tuomioistuimen tosiasiallisesti positiiviseksi lainsäätäjäksi.¹³⁷

Ei olekaan sattumaa,¹³⁸ että juuri perinteinen oikeuspositivismi ja sen kanssa yhteensopiva enemmistödemokratiaperiaate ovat tuottaneet keskeisimmät läh-

¹³⁴ Ks. Kelsen 1968, s. 368.

¹³⁵ Suorasta sovellettavuudesta ks. Scheinin 1991, s. 27–28.

¹³⁶ Kääntein voi myös ironisoida. John Hart Elyn sanoin: erilaisia luonnonoikeudellisia teorioita yhdistää tärkeällä tavalla tietty avoimuus ja epämääräisyys, joka teorian käytännöllisen sovellettavuuden kannalta on sekä etu että kohtalokas haitta. Etuna on, että luonnonoikeuteen nojautuen voidaan puolustaa periaatteessa mitä tahansa argumenttia. Haittana on, että kaikki tietävät sen. Ks. Ely 1980, s. 50.

¹³⁷ Ks. Shapiro – Stone Sweet 2002, s. 147–148, Tuori 2009, s. 319–210.

¹³⁸ Oikeuspositivistiset oikeusteoriat ovat yleensä käsitteellisiä teorioita oikeudesta yleisesti,

tökohdat lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin kritiikille myös Suomessa. Jääskisen ohella ainakin Jaakko Husaa on mahdollista pitää tämän perinteen selväpiirteisenä jatkajana. Husan tulkinnoissa perusoikeudellistuminen merkitsee välitöntä uhkaa valtiosäännön ytimessä olevalle vallanjaon periaatteelle, joka edellyttäisi poliittisen ja oikeudellisen päätöksenteon tiukkaa erottelua. Perusoikeuslähtöinen laintulkinta rapauttaa hänen mukaansa vallanjakoa väistämättä, koska tavallisen lainsäädännön puitteissa tapahtuva tulkinta tapahtuu tiheimmän sääntelyn puitteissa, kun taas perustuslakiin nojautuva ratkaisutoiminta perustuu sekä väljiin että arvostuksenvaraisiin ja keskenään ristiriitaisiin normeihin.¹³⁹ Näin perusoikeudet vaikuttavat samanaikaisesti uhkaavan sekä valtiosääntöoikeudellista erottelua poliittisen ja oikeudellisen päätöksenteon välillä että positiivisoikeudellista erottelua oikeuden ja moraalien välillä.

Antero Jyränki on lähestynyt kysymystä astetta nyansoidummin ja Husan kaltaisia ontologisoivia tulkintoja välttämällä, mutta perusoikeusnormien suoraan sovellettavuuteen vastaavalla tavalla kriittiseen näkemykseen päätyen.¹⁴⁰ Valtiosääntö näyttäytyy hänelle yhtäältä eri suuntiin vetävien ainesten koonnoksena,¹⁴¹ mutta toisaalta ainakin yleisten oppien kannattelemassa, sittenkin potentiaalisesti yhtenäisenä kokonaisuutena. Tosin valtiosääntöoikeudessa, niin kuin oikeusjärjestelmässä yleensäkin, kaikki vaikuttaa kaikkeen, ja johdonmukaisesti kehiteltyinäkin valtiosääntöoikeuden yleisten oppien eri aineksiin saattaa sisältyä ristiriitaisia piirteitä.

Erityisesti perusoikeuksia ja demokratiaa voidaan Jyrängin mukaan perinteisesti pitää sellaisina valtiosäännön osina, jotka saattavat johtaa ristiriitaisiin lopputuloksiin. Jos ja kun näin on, jollekin yleisten oppien osalle on annettava toisiin osiin nähden hierarkkisesti korkeampi asema. Jyrängin mukaan tällaisella artikulaatioperiaatteella varmistetaan, että valtiosääntödoktriinista saadaan

toisin sanoen ne eivät ainakaan ensisijaisesti pyri kuvaamaan ja arvioimaan minkään tietyn oikeuskulttuurin oikeusjärjestelmän oikeutta sinänsä (ks. esim. Hart 1997, s. 239). Tämä ei ole selvästikään estänyt oikeustiedettä soveltamasta oikeuspositivismiin teoreettisia lähtökohtia suoraan konkreettisten oikeudellisten käytäntöjen pätevyysedellytysten arviointiin. Ks. myös Koskenniemi 1993, s. 28.

¹³⁹ Ks. Husa 2004a, s. 124. Myös Sampo Mielityinen on esittänyt samansuuntaisia käsityksiä. Mielityisen mukaan perusoikeudet eivät kykene edistämään oikeudellisen ratkaisutoiminnan hyväksyttävyyttä ensinnäkään siksi, että perusoikeussäännökset ovat abstrakteja ja väljiä, eivätkä ne osoita miten ja minkä kriteerien varassa eri suuntaan vetäviä perusoikeuksia olisi tietyssä ratkaisutilanteessa punnittava. Samoin niiltä puuttuu hänen mukaansa kiinteä yhteys kulloinkin sovellettavan säännöksen tai kyseessä olevan oikeudenalan omiin täsmällisempiin tavoitteisiinsa. Perusoikeussäännöksistä ei – edelleen Mielityisen mukaan – myöskään ole luettavissa tietyn oikeudenalan sääntelyyn liittyvää johdonmukaista oikeudenmukaisuuskäsitystä sikäli kuin sellaiseen voidaan ylipäättensä viitata. Ks. Mielityinen 2006, s. 129.

¹⁴⁰ Ks. Jyränki 2003, s. 446.

¹⁴¹ Ks. Jyränki 2003, s. 29.

ainakin jokseenkin ristiriidaton ja yhtenäinen eli koherentti kokonaisuus.¹⁴² Kun valtiollista vallankäyttöä oikeutetaan ensisijaisesti demokratian idealla ja kun se yleisen elämäkokemuksen mukaan suojaa ihmisarvoa paremmin kuin muut tunnetut valtiojärjestelmät, on nimenomaan demokratiaperiaate asetettavissa Jyrängin mukaan tällaisen artikulaatioperiaatteen asemaan.¹⁴³

Vaikka Tuorin kriittinen oikeuspositivismi sisältääkin perusteellisen irtioton oikeuspositivismin hartilaisista ja kelseniläisistä tulkinnoista, ainakin jonkinlaisia jäänteitä näistä samoista lähtökohdista voidaan nähdäkseni havaita niissä Tuorin puheenvuoroissa, joissa valtiosääntöistymiseen haetaan kriittistä etäisyyttä demokratia- ja vallanjakoperiaatteiden formalistisista, joskin suomalaiselle oikeuskulttuurille tyypillisistä tulkinnoista. Perusoikeusperiaatteiden tulkinnaissa ja erityisesti perusoikeuspunninnoissa ei hänen mukaansa olekaan mitenkään väistämättä kyse sellaisista desisionistisista arvovalinnoista, joihin käsitykset perusoikeusperiaatteisiin nojautuvien ratkaisujen pakotetusta poliittisesta luonteesta perustuvat. Kun suomalainen ja laajemmin skandinaavinen oikeuslähteoppi on perinteisesti korostanut lainsäädäntöä tärkeimpänä oikeuslähteenä, on vastaavasti periaatenormienkin institutionaalinen tuki osoitettava Tuorin käsityksen mukaan ensisijaisesti lainsäädännöstä.¹⁴⁴ Tämä ei luonnollisestikaan muuta sitä, että myös perustuslain perusoikeussäännökset täyttävät oikeuslähteopillisen perusvaatimuksen: ne ovat osa voimassa olevaa lainsäädäntöä. Vaarana Tuorin mukaan kuitenkin on, että perustuslaista suoraan ratkaisunormeja johtavat tuomioistuimet ajautuvat herkästi alueelle, jonka demokratia- ja vallanjakoperiaatteet osoittavat lainsäätäjälle. Sen vuoksi perustuslain 22 §:n säännöstä julkisen vallan velvollisuudesta turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen tulee hänen mukaansa tulkita tavalla, joka ei ota huomioon vain perus- ja ihmisoikeuksia, vaan ennen kaikkea myös demokratia- ja vallanjakoperiaatteiden asettamat rajoitukset tuomioistuinten ratkaisuvallalle.¹⁴⁵

Husan, Jyrängin ja Tuorin edellä esittämät oletukset valtiosääntöoikeudellisen analyysin sisällöllisistä ja metodologisista lähtökohdista eivät selvästikään ole kaikilta osin yhtenevät. Husan oletus vallanjakoperiaatteen asemasta valtio-

¹⁴² Ks. Jyräki 2003, s. 39.

¹⁴³ Ks. Jyräki 2003, s. 39.

¹⁴⁴ Ks. Tuori 2003, s. 938.

¹⁴⁵ Ks. Tuori 2007, s. 271. Tässä ei yleisenä näkökohtana ole vielä mitään ongelmallista. Ongelmallista sen sijaan on, jos demokratia- ja vallanjakoperiaatteille annetaan jo yleisellä tasolla sisältö, joka estää paitsi niiden, myös perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden tapauskohtaisen tulkinnan. Tämä vaara nähdäkseni piilee niissä Tuorin prima facie luonteisissakin tulkintakehotuksissa, joissa lainsäätäjä määritellään perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvoitteen kannalta ensisijaiseksi velvoitetuksi tahoksi aina kun kyse on horisontaalisista, yksityisten välisiin suhteisiin kohdistuvista perusoikeuspunninnoista (s. 266–267), taloudellisten sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien toteuttamisesta subjektiivisina oikeuksina (s. 268–269) tai yksinkertaisesti sellaisesta tavallisen lainsäädännön alueesta, jossa tavallisen lain säätäjä on tehnyt tietoisia moraalisia tai eettisiä valintoja (s. 273).

säännön eksklusiivisena ytimenä on ennen muuta normatiivinen dogmi,¹⁴⁶ jolle kirjoittaja rakentaa oikeuden ja politiikan välisiä rajanveto-ongelmia käsittelevän tutkimuksensa. Jyrängin tulkinta demokratiaperiaatteesta rakentuu puolestaan käsitykseni mukaan yhtäältä pragmaattiseksi perustellulle tarpeelle jäsentää valtiosääntöoikeuden systeemi jo abstraktilla tasolla mahdollisimman ristiriidattomaksi kokonaisuudeksi ja toisaalta viime kädessä poliittisiin arvostuksiin palautuvalle oletukselle demokratian ensisijaisuudesta suhteessa esimerkiksi ihmisarvoa koskeviin vaatimuksiin.¹⁴⁷ Kaarlo Tuorin konstitutionalisoinnista ja tuomarivaltiokehitystä koskien muotoileman tarkasteluperspektiivin ytimeen palautetaan puolestaan ennen muuta oikeuskulttuurissa ylläpidetyt konventiot demokratiasta ja oikeuslähdeopista, jotka suomalaisessa ja skandinaavisessa oikeuskulttuurissa korostavat lainsäädännön ja lainsäätäjän asemaa.

Edellisiä käsityksiä kuitenkin yhdistää se, että ne kaikki lähtökohtaisesti alistavat perustuslain sisällöt niille arvoalinnoille, joita lainsäätäjän on jo tehnyt. Tästä on lyhyt askel siihen, että lainsäätämiseksi ymmärretään jo itsessään auktoritatiiviseksi perustuslain tulkinnaksi. Jos lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollia ylipäättään pidetään tarpeellisena, tulee kontrollin tapahtua tiukasti lainsäätäjän osoittamien perustuslain tulkintojen puitteissa. Kyse on siten vain maltillisesta näkökulmasta niihin lähtökohtiin, jotka Jääskinen liitti perusoikeuksien ja demokratian välisiin suhteisiin oikeuspositivistisen oikeusteorian perspektiivistä.

2.3 DWORKIN JA VAIHTOEHTO OIKEUSPOSITIVISMILLE

2.3.1 Positivismin kritiikki

Yksi tapa vastata oikeuspositivistisen teorian tuottamiin perusoikeuskriittisiin väitteisiin on kiistää sen taustalla oleva oikeuskäsitys. Tässä suhteessa Ronald Dworkinin jo 1970-luvulla esittämä sääntöperusteisen oikeusajattelun kritiikki edustaa nähdäkseni edelleenkin selvintä ja valtiosääntöoikeudellistenkin näkökohtien valossa perustelluinta vaihtoehtoa. Dworkinin oikeuspositivistiseen oikeusajatteluun kohdistaman kritiikin juuret yksilöitiin ”Model of Rules I” -artikkelissa ja osana laajempaa artikkelikokoelmaa ”Taking Rights Seriously”.¹⁴⁸ Vaikka Dworkin on myöhemmässä tuotannossaan tarkentanutkin omia teoret-

¹⁴⁶ Ks. Husa 2004a, s. 11.

¹⁴⁷ Ks. Jyränki 2003, s. 15–19, 29–30 ja 39.

¹⁴⁸ Dworkin 1978.

tisia lähtökohtiaan,¹⁴⁹ teorianmuodostuksen normatiiviset juuret ovat säilyneet kutakuinkin ennallaan.

Dworkinin kritiikki suhteessa oikeuspositivismiin kohdistaa kärkensä seuraaviin pääteeseihin,¹⁵⁰ jotka muodostavat ennen muuta H.L.A. Hartin ”Concept of Law” -teoksessa kiteytyneen positivistisen teorian pääjuonteen.

- A) Positivismin mukaan oikeus on erityisten *sääntöjen* järjestelmä, joita yhteisössä käytetään sen määrittelemiseen, minkä tyyppistä käyttäytymistä voidaan pitää käskettynä, kiellettynä tai sallittuna. Säännöt eivät ole identtifoitavissa sisältönsä vaan asettamistapansa perusteella. Asettamismenettely muodostavat oikeuden tunnistamiskriteeristön ja tuon kriteeristön perusteella voidaan erotella sekä voimassa olevan oikeuden säännöt voimassa olemattomista että oikeussäännöt muista sosiaalisista säännöistä, joita yhteisössä kyllä noudatetaan, mutta joiden toteutumista ei valvota osana julkista vallankäyttöä.
- B) Säännöt muodostavat oikeuden täydellisesti. Jos tapaukseen ei selvästi sovellu jokin sääntö (mikään ei ole soveltamisalansa puolesta asianmukainen tahi ne, jotka soveltuvat, ovat epämääräisiä), tapausta ei voi ratkaista lakia soveltaen. Tämän sijaan ratkaisu tulee tehdä harkintaan (discretion) perustuen, ts. ulko-oikeudelliseen standardiin perustuen.
- C) Oikeudellista velvollisuutta (legal obligation) tai oikeutta (legal right) koskeva väite voi perustua vain pätevään oikeussääntöön. Jos tällaista sääntöä ei ole, ei myöskään ole velvollisuutta/oikeutta. Näin ollen harkintaan perustuva päätös ei voi sisältää väitettä oikeuden tahi velvollisuuden olemassaolosta, vaan se luodaan kyseisessä ratkaisutilanteessa *ex post facto*. *Ex post facto* -velvoitteen syntyminen ei kuitenkaan ole oikeudellisesti ongelmallista, koska tuomarin on ratkaisupakon myötä ikään kuin käsitteellisesti pakko luoda oikeutta tilanteissa, joissa säädännäinen oikeus ei ennalta säädelyä vastausta tuota¹⁵¹.

Dworkin kiistää oikeuspositivistisen tulkinnan harkinnan välttämättömyydestä tukeutumalla oikeuden sisällöllistä legitimiisyyttä koskeviin vaatimuksiin sekä kritisoimalla oikeuspositivismin tulkintaa oikeuden perusteista. Hänen pääväitteensä oikeuspositivismia vastaan on, että oikeusjärjestykseen sisältyy positivismiin pätevyystestin läpäisemien oikeusnormien ohella myös tyypillisesti yksilön tai ryhmän oikeuksia perustelevia oikeusperiaatteita, politiikkoja ja muuntyyppisiä ratkaisustandardeja,¹⁵² joiden pätevyyttä eikä etenkään painoarvoa yksittäisessä ratkaisutilanteessa voida nojata yksin siihen, että ne on asetettu muodollisesti oikeassa menettelyssä tai että oikeusyhteisön hyväksymä tunnis-

¹⁴⁹ Ks. erit. Dworkin 1986.

¹⁵⁰ Ks. Dworkin 1978, s. 17–18.

¹⁵¹ Ks. Dworkin 1978, s. 34.

¹⁵² Ks. Dworkin 1978, s. 22.

tamissäntö määrittelee ne oikeudelliseksi.¹⁵³ Jos nimittäin painoarvoltaan vaihtelevia ja loogisen päättelyn sijaan pikemminkin tulkinnallisesti muodostettavia normeja ei oikeusjärjestykseen sisällytetä, ratkaisut kiperissä oikeudellisissa ongelmissa jäävät riippumaan määritelmänkin mukaan tuomarin ulko-oikeudellisin perustein suorittamasta harkinnasta. Tällaisen harkinnan Dworkin pyrkii kuitenkin minimoimaan.

Eräs keskeinen Dworkinin luonnosteleman oikeudellista eheyttä, ”integriteettiä”, korostavan tulkintateorian piirre koskeekin *normatiivista* oletusta yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta. Vaikka oikeussäännöistä ei löytyisi yksiselitteistä ratkaisua, vaan päinvastoin ne osoittaisivat useita eri tulkintavaihtoehtoja sinänsä mahdollisiksi, tuomarilla ei kuitenkaan Dworkinin mukaan voida katsoa olevan valtaa ratkaista asiaa harkintansa mukaan. Yksiselitteisten sääntöjen rinnalla hänen ratkaisuaan ohjaavat myös painavuudeltaan erilaiset oikeusperiaatteet, joiden voimassaolon perusta nojautuu oikeusyhteisön käytäntöjen ilmaisemiin ja tulkinnallisesti rekonstruoitaviin moraaliperusteisiin.¹⁵⁴ Vaikka oikeus ei ulkoisesta perspektiivistä tarkastellen olekaan kaikilta osiltaan konsistentti ja saumattomasti yhteen liittyvien perustelujen verkko, oikeudenkäynnin asianosaisilla on hänen mukaansa lupa vaatia, että se sellainen olisi. Niinpä oikeusjärjestys tuleekin pyrkiä tulkitsemaan sellaisten abstraktien ja konkreettisten oikeusperiaatteiden kokonaisuutena, joiden puitteissa aiemmat ennakkopäätökset ja periaateargumentein oikeutettavissa olevat perustuslain ja muun lainsäädännön säännökset on esitettävissä osana sisäisesti johdonmukaista kokonaisuutta.¹⁵⁵ Tästä normatiivisesta ja selvästikin oikeusvaltiollisiin lähtökohtiin kytkeytyvästä vaatimuksesta seuraa myös normatiivinen vaatimus yhden ainoan oikean ratkaisun oletuksesta. Oikeudellinen ongelma on pyrittävä ratkaisemaan niin kuin siihen olisi yksi ainoa oikea ratkaisu, ts. ratkaisu, joka samalla esittää aiemmat oikeudelliset käytännöt taustaperiaatteiltaan parhaassa mahdollisessa valossa.

Dworkinin konstruktio yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta oikeudelliseen ongelmaan on siten ennen muuta regulatiivinen ideaali, joka kehottaa tulkitsijaa pyrkimään oikeusjärjestyksen kokonaisuus huomioonottaen parhaaseen mahdolliseen ratkaisuun.¹⁵⁶ Tuomari ei Dworkinin mukaan ole ainakaan länsimaisen oikeuskulttuurin piirissä vapaa toimimaan lainsäätäjän tavoin vapaan poliittisen harkinnan piirissä, vaan hänen on pyrittävä aina kussakin yksittäisessä ratkaisutilanteessa jatkamaan oikeudellisten käytäntöjen ilmentämää ”jatkokertomusta” ja tekemään ratkaisu sellaisten periaatteiden mukaan, jotka näyttävät kyseiset käytännöt parhaassa mahdollisessa valossa.¹⁵⁷ Ei siis riitä, että tulkitsi-

¹⁵³ Ks. Dworkin 1978, s. 40.

¹⁵⁴ Ks. Dworkin 1978, s. 115–117.

¹⁵⁵ Ks. Dworkin 1986, s. 243–250.

¹⁵⁶ Ks. Dworkin 2006, s. 52–53 ja Dworkin 1986, s. 225–227.

¹⁵⁷ Dworkin 1986, s. 229.

ja sitoo tulkintansa sellaisiin perusteisiin, jotka hän oikeusyhteisönsä jäsenenä katsoo *tosiasiallisesti* vallitsevasti hyväksytyiksi, vaan tämän ohella kussakin tulkintatilanteessa on aina tavallaan mentävä myös yhteisöllisen hyväksynnän taakse, niihin *normatiivisiin* perusteisiin, jotka kyseiset vallitsevat yhteiskunnalliset käytännöt oikeuttavat. Vallitsevat käytännöt hyväksyvän oikeusyhteisön jäsenen on niin ollen pyrittävä ratkaisuisaan *uusintamaan* niitä perusteita, jotka parhaiten oikeuttavat kyseiset vallitsevat käytännöt.

Dworkinin koherentistinen yhden oikean ratkaisun ideaali ei siten rakennu lainkaan oletukselle, että oikeusyhteisössä olisi yksimielisesti vallitseva käsitys niistä perusteista, joiden varaan oikeudellisten käytäntöjen hyväksyttävyyds voi-taisiin tukea. Päinvastoin, teoria on nimenomaan suunnattu sitä kantaa vastaan, että voimassa olevan oikeuden kriteerinomaisista perusteista olisi esitettävissä yleisesti ikään kuin konventiona hyväksyty kanta.¹⁵⁸ Samalla hän kuitenkin kiistää sen positivistien tekemän väitteen, ettei kiperien tulkintaratkaisujen välillä voitaisi tehdä eroja tai että oikeudellinen ratkaisu jäisi tällaisissa tapauksissa tekijänsä harkintaan.¹⁵⁹ Sen sijaan oikeuden perustavanlaatuisuus on ainakin periaatteessa pyrittävä ylittämään yhä yleispätevämpiin normatiivisiin lähtökohtiin tukeutuen. Oikeudellista argumenttia ja tulkintaa voidaan pitää sitä perustellumpana, mitä paremmassa valossa se näyttää oikeudelliset käytännöt yleisestikin.

Oikeus on tässä merkityksessä myös Dworkinille perusteitaan myöden kiistanalainen yhteiskunnallinen ilmiö. Kuten Matti Ilmari Niemi on todennut, Dworkin ei itse asiassa pidäkään kiinni ainoan oikean ratkaisun teesistä loogisessa tai tietoteoreettisessa merkityksessä.¹⁶⁰ Sen sijaan teorian taustalla ovat ennen muuta oikeuden legitimitiivyyttä ja oikeusvarmuutta koskevat vaatimukset. Jos oikeudellisen tulkinnan lähtökohdaksi otetaan se, ettei oikeaa ratkaisua ole, ei voida myöskään mielekkäällä tavalla vaatia parhaaseen mahdolliseen ratkaisuun pääsemistä. Näin Dworkinin omaksuma tulkinnan malli muodostuu sekä konstruktiviseksi että justifikaatiohakuiseksi. Jokainen oikeudellinen ratkaisu on pystyttävä oikeuttamaan sellaisten periaatteiden kannalta, joiden näkökulmasta oikeusjärjestys kokonaisuudessaan olisi perusteltavissa.

¹⁵⁸ Ks. Dworkin 1986, s. 128.

¹⁵⁹ Ks. Dworkin 1978, 44–45. Vrt. suomalaisen valtiosääntökeskustelun piiristä esim. Suviranta 2005, s. 88, joka nähdäkseen (virheellisesti) tulkitsee yhtä ainoaa oikeata ratkaisua normatiivisena ideaalina lähestyvää teoriaa ikään kuin sen pätevyyttä tulisi arvioida totuuden korrespondenssiteorian puitteissa empiiriseen todellisuuteen liittyvänä väitteenä, jolloin yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta olisi mahdollista puhua vain sillä edellytyksellä, että oikeudellisista käytännöistä olisi osoitettavissa objektiiviset kriteerit tuon ratkaisun oikeellisuuden arvioimiseksi.

¹⁶⁰ Ks. Niemi 1996, s. 223.

2.3.2 Miksi dworkinilainen käsitys oikeudesta vastaa valtiosäännön funktioita oikeuspositivismia paremmin?

Dworkinilaisessa käsitteistössä kiperien tapauksien (hard cases) ratkaisussa on siten oikeuspositivismin omien ehtojen mukaan aina lähtökohtaisesti kysymys retroaktiivisesta lainsäätämisestä. Tämä muodostuu kuitenkin ongelmaksi sellaisessa oikeuskulttuurissa, joka on lähtökohdiltaan sidottu tiettyihin oikeusvaltiollisiin lähtökohtiin vallanjaosta ja tiettyihin moraalisiin vaatimuksiin yhteisöllisen elämän oikeudenmukaisuusperusteista. Dworkinin kädenvääntö *positivistien* kanssa ei siten ole laadultaan ainoastaan käsitteellinen tai tietoteoreettinen, vaan oleellisesti myös modernin *oikeuden oikeuttamisperusteisiin* palautuva. Teorialla pyritään toisin sanoen vastaamaan samaan ongelmaan, jonka H.L.A. Hart liitti ennen muuta amerikkalaisiin realisteihin. Hart käytti nimittäin painajaisen metaforaa kuvaamaan amerikkalaisen realismin keskeistä väitettä, ettei oikeudella oikeastaan ole sisältöä, vaan konkreettisissa tapauksissa tuomari luo jokaiseen tapaukseen aina uuden normin. Realistien kanta kiteytyi provokatiivisissa argumenteissa: ”The prophesies of what the courts will do in fact and nothing more prentious are what I mean by the law”, kuten Oliver Wendell Holmesin usein lainattu lausuma kuuluu.¹⁶¹

Realistien näkökulmasta vallanjakoperiaatteessa ilmaistu oletus tuomioistuimista ja tuomareista puolueettomina ja objektiivisina lakia soveltavina instituutioina määrittäytyi näin amerikkalaisten realistien käsityksissä *illuusioksi*,¹⁶² jonka varaan ei tulisi laskea. *Jokainen* oikeudellinen ratkaisu oli tosiasiallisesti taannehtivan lainsäätämisen instanssi ja oli kaikkien kannalta parempi, jos tämä tosiasia myönnettiin. Realistien käsitys edustikin Hartille painajaista juuri sen vuoksi, että se siirsi kokonaan syrjään vallanjaon konkretisoiman vaatimuksen tuomarin ja lainsäätäjän roolien pitämisestä toisistaan erillään. Toisaalta Hart torjui kuitenkin myös vahvan normativismin. Jos nimittäin metafora oikeudesta painajaisena edusti oikeuden ja politiikan samastavaa näkemystä, sen antiteesiä, *toiveunta*, edusti Hartille juuri Dworkininkin edustama näkemys, jossa oikeus pyrittiin hahmottamaan normatiivisena ja aukottomana kokonaisuutena. Hartin omasta näkökulmasta nimenomaan *tämä* käsitys oli illuusio.¹⁶³ Jokaiseen oikeudelliseen ongelmaan ei yksinkertaisesti ole löydettävissä oikeaa ratkaisua voimassa olevan oikeuden piiristä, koska positiivisoikeudellisen sääntelyn yksittäiset säännökset ovat sisällöllisesti avoimia ja lopputuloksen osalta ennalta määräämättömiä.

¹⁶¹ Holmes 1897, s. 461. Ks. myös Toni Malmisen erinomainen Holmesin artikkelin suomenos, Malminen 2010.

¹⁶² Ks. Hart 1983, s. 126–128.

¹⁶³ Ks. Hart 1983, s. 132.

Oikeuspositivistiseen ideologiaan verrattuna Dworkinin periaatteita ja oikeudellista eheyttä korostava teoria vaikuttaakin tästä perspektiivistä tarkastellen läpeensä idealistiselta. Se ei myöskään vaikuta vastaavan lainkaan niitä yhteiskunnan moniarvoisuutta ja tuomarin ratkaisuharkinnan tosiasiallista luonnetta koskevia lähtökohtia, joihin suomalaisessa oikeustieteellisessä keskustelussa tavataan viitata. Oikeudelliseen ratkaisutoimintaan sisältyy väistämättä arvoja ja arvostuksia, mikä on antanut *Aarniolle* aiheen huomauttaa Dworkinia siitä, että tämän pitäisi edellyttää oikean ratkaisun tekemiseen kykenevän Herculeksen asettavan ratkaisunsa taustalle yhden ja ainoan oikean, juuri kyseistä tapausta koskevan arvojärjestelmän.¹⁶⁴ Koska Dworkin ei itsekään kuitenkaan väitä Herculeksen kykenevän tekemään universaalialia arvovalintaa, ei hänelle näytä Aarnion mielestä jäävän muuta mahdollisuutta kuin myöntää, että oikeudellisiin ongelmiin on toisinaan vain erilaisia ratkaisuja, joiden keskinäistä paremmuutta on mahdotonta punnita.¹⁶⁵ Näihin lähtökohtiin nähden normatiiviset väitteet yhden ainoan oikean ratkaisun ideasta jäävät ilmaan.

Oikeuspositivismin tuottama kuvaus oikeudellisen realismin ja idealismin ongelmista tarjoaa siten perusoikeustulkintojen piiriin siirrettynä kaksi yhtä vähän toivottavaa ratkaisuvaihtoehtoa. Jos yksiselitteisesti hyväksytään se, ettei valtiosääntö perusoikeussäännöksineen voi tarjota objektiivista, poliitikasta ja moraalista vapaata perustaa konkreettiselle oikeudelliselle ratkaisulle, siirtyy tuomioistuimille vääjäämättä sellaista valtaa, joka yksiselitteisesti kuuluu vallanjako-, demokratia-, ja oikeusvaltioperiaatteet sisäistäneessä oikeuskulttuurissa lainsäätäjälle. Jos taas oletamme, että valtiosäännön kokonaisuutta tulee tulkita ikään kuin se muodostaisi johdonmukaisen kokonaisuuden, joka yksittäisissäkin tapauksissa voi muodostaa oikeudellisen perustan tietyille oikeudelliselle ratkaisulle, muodostuu tämä ongelmalliseksi siitä johtuen, ettei oikeusjärjestelmään lopulta sisälly yksiselitteisiä mittapuita sille, miten tällaisen ratkaisun oikeellisuutta voidaan objektiivisesti jälkikäteen arvioida. Hartin ratkaisuna on hylätä molemmat vaihtoehdot, jolloin voimme ikään kuin vain todeta tilanteen ja myöntää oikeudellisen ratkaisun perustuvan joskus ei-oikeudellisiin standardeihin ja joskus oikeudellisiin.¹⁶⁶

Jos tarkastelu siirretään kuitenkin lähemmäksi konkreettisia oikeudellisia käytäntöjä ja osaksi valtiosääntöoikeudellisia kysymyksenasetteluja, oleellimmaksi kysymykseksi kuitenkin muodostuu, sallivatko demokraattisen oikeusvaltion vallanjako, demokratia- ja ihmisoikeusperiaatteet sellaisen normatiivisen lähtökohdan, jossa oikeudellinen ratkaisutoiminta tulkitaan viime kädessäkin lainsäätämiseksi. Perustellummalta vaikuttaisi lähteminen siitä, että ainakin osanottajan sisäisestä normatiivisesta näkökulmasta tarkastellen oikeu-

¹⁶⁴ Ks. Aarnio 1989, s. 270.

¹⁶⁵ Ks. Aarnio 1986, s. 271.

¹⁶⁶ Hart 2001, s. 144.

dellisessä tulkinnassa tulisi *juuri näistä periaatteista johtuen* pyrkiä hahmottamaan oikeudellinen ratkaisutoiminta sellaisena, että niihin ideaalitulanteessa olisi olemassa etukäteen asetettuun oikeuteen nojautuva yksi ainoa oikea ratkaisu, niin tietoisia kuin olemmekin siitä, ettei tällaista ratkaisua voida deskriptiivisesti oikeaksi osoittaa. Eri asia sitten on, että ulkoisesta, deskriptiivisestä tarkkailijan perspektiivistä tarkastellen oikeuden ja oikeudellisten käytäntöjen ristiriitaisuus on selviö. Selvää myös on, ettei jokaisessa ratkaisutilanteessa ole tarvetta purkaa oikeusjärjestyksen oikeuttamisperusteita osiin ja analysoida tehtävän ratkaisun oikeutettavuutta ikään kuin loppuun saakka. Silti, ja tässä vaatimus oikeudellisesta integriteetistä eroaa ratkaisevasti oikeudellisen positivismin perusoletuksista, oikeudella ei ole etukäteen tunnistettavissa olevia kriteerinomaisia rajoja.¹⁶⁷

Dworkinin tulkintateorian valtiosääntöoikeudellinen merkitys ja sen kriittinen potentiaali suhteessa oikeuspositivistisiin teorioihin kumpuaa nähdäkseni juuri sen tuottamasta ei-oikeudellisten harkintaratkaisujen kritiikistä ja pyrkimyksestä täyttää harkinta oikeusperiaatteisiin pohjautuvalla tulkinnalla. Samaan kohtaan kytkeytyy myös Dworkinin erottelu yksilöllisiä oikeuksia perustelevien oikeusperiaatteiden luonteisten normien ja yhteiskunnan kollektiivisia tavoitteita koskevien politiikkannormien välillä. Dworkinin tunnetun *taking rights seriously* -teesin mukaan oikeuksille tulee tämän erottelun puitteissa antaa etusija. Miksi? Koska vain ne voivat toimia kriittisenä mittapuuna sellaisille kollektiivisille tavoitteille, jotka normaalisti yksinään tuottavat riittävän oikeuksen oikeudellisen sääntelylle.¹⁶⁸

Kuten havaitaan, oikeuksien etusijateesi perustuu paitsi liberalistisen poliittisen teorian käsityksille oikeuksien ja hyvien suhteesta,¹⁶⁹ myös oikeusvaltiollista vallanjakoa koskeviin oletuksiin lainsäätämismenettelyjen ja tuomiovalankäytön suhteista. Dworkin pyrkii samanaikaisesti sekä rajaamaan kollektiivisten etujen toteuttamiseksi tapahtuvan ja utilitaristisin perustein toteutettavan päätöksenteon yksin demokraattisen lainsäätäjän päätöksentekovallan piiriin että viemään johdonmukaisesti eteenpäin teoriaa oikeudesta periaatteessa aukottomana oikeuksien järjestelmänä,¹⁷⁰ jonka tehtävänä on oikeudenmukaisuusperiaatteiden puitteissa mahdollistaa ihmisten kohtelu yhdenvertaisina, yhtäläisen huolen ja kunnioituksen kohteina.¹⁷¹

¹⁶⁷ Ks. esim. Dworkin 2006, s. 53.

¹⁶⁸ Dworkin 1978, s. 191–192.

¹⁶⁹ Ks. Dworkin 1978, s. 181–183 ja erit. Rawls 1999, s. 28–29 sekä Rawls 1996, s. 173–211.

¹⁷⁰ Ks. myös Hart 1983, s. 141.

¹⁷¹ Ks. Dworkin 1986, s. 213.

2.4 VALTIOSÄÄNTÖOIKEUDELLINEN TUOMIOISTUINVALVONNAN KRITIIKKI

Yleisellä tasolla esitettävä oikeuspositivistinen kritiikki sen paremmin kuin oikeuspositivistisen kritiikin kritiikki eivät ratkaise institutionaalista kysymystä siitä, miksi nimenomaan tuomioistuimet olisi asetettava valvomaan oikeuksien toteutumista myös silloin, kun kyse on kaikkein perustavimmista, perustuslais-
sa vahvistetuista oikeuksista. Miksi juuri tuomioistuimet olisivat oikea instituutio määrittelemään, millainen sisältö oikeuksien vakavasti ottamisen teesin taustalla oleville modernin oikeuden ydintä ja poliittisen yhteisön tavoitteiden-
asetteluja määrittäville moraalisesti ja eettisesti ladatuille oikeusperiaatteille¹⁷² tulisi antaa? Eivätkö tällaiset päätökset sopisi paremminkin demokraattisten menettelyjen puitteissa tehtäviksi?

Tällaiset kysymykset muodostavat perusoikeuksien tuomioistuininvalvonnan valtiosääntöoikeudellisen kritiikin ytimen. Tässä suhteessa eräs viime vuosien syvälleikäyvimmistä ja yleispätevimmistä puheenvuoroista on peräisin uusiseelantilaisyyntä, mutta Yhdysvalloissa jo pitkään tutkimusta harjoittaneen Jeremy Waldronin kynästä.

2.4.1 Jeremy Waldron ja tuomioistuininvalvonnan kritiikin ydin

Jeremy Waldronin mukaan tuomioistuimille ei tulisi antaa valtaa lainsäädännön perustuslainmukaisuuden eikä etenkin perusoikeuksienmukaisuuden tutkimiseen. Kompetenssi perusoikeuksien asettamien vaatimusten tarkemmasta sisäl-
löstä sopii hänen mukaansa parhaiten demokraattiselle lainsäätäjälle itselleen.

Tässä väitteessä ei sinällään ole mitään uutta. Kuten jo edellä on tuotu esiin, myös Suomessa perusoikeuksien toteuttamis- ja täsmentämistehtävää on pyritty juuri demokratiaan nojautuen sijoittamaan lainsäätäjän tehtäväpiiriin. Samantyyppisiä argumentteja on esitetty myös muualla. Waldronin väite on sukua esimerkiksi *Mark Tushnetin* näkemyksille. Tushnet on katsonut, että tuomiois-
tuinten ulkopuoliset populistiset menettelyt kykenevät tuottamaan perusteltuja tulkintoja etenkin perusoikeuksien varaan rakentuvasta ”ohuesta” perustuslais-
ta.¹⁷³ Tushnetin mukaan tuomioistuinten ylivaltaa ei tällä alueella tule pitää perusteltuna, vaikka tuomioistuimille voidaankin osoittaa legitiimi tehtävä perus-
tuslain organisatoristen ja rakenteellisten säännösten, ts. ”tiheän” perustuslain noudattamisen valvonnassa.¹⁷⁴ Vastaavana amerikkalaisena esimerkkinä voi-

¹⁷² Ks. Tuori 2000a, s. 245–246.

¹⁷³ Ks. Tushnet 1999, s. 31–33.

¹⁷⁴ Erottelusta thin constitution/thick constitution ks. Tushnet 1999, s. 9–14.

daan viitata myös *Cass Sunsteiniin*,¹⁷⁵ jonka oikeudellisen minimalismin teoria lienee selvimpiä *Alexander Bickelin* aloittaman ja perusoikeuksien tuomioistuinkontrollin enemmistönvastaisesta paradoksisista ammentavan suuntauksen edustajia.¹⁷⁶

Varsin tavanomaisista loppupäätelmistään huolimatta Waldronin esitys on syytä ottaa tavallista vakavammin.¹⁷⁷ Ensinnäkin kritiikki on laadittu mahdollisimman yleispätevään muotoon. Sen taustalla on selvästi pyrkimys analysoida tuomioistuinkontrollin oikeutusta tavalla, jota yksittäiset hyvät (tai huonot) kertomukset tai instituution historiallista kehittymistä selittävät oikeuskulttuurispesifit näkökohdat eivät hämää.¹⁷⁸ Tavoitteena on pikemminkin pelkistää judicial review -instituution arvostelu sellaisiin olennaisiin lähtökohtiin, jotka yhdistävät moderneja liberaaleja demokratioita yleisesti.

Toiseksi Waldronin argumentaatio rakentuu kahdelle keskeiselle argumentille, jotka ovat molemmat valtiosääntöoikeudellisesti merkittäviä, mutta joista vain toinen on melko vakiintunut. Lainsäädännön perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrolli on Waldronin mielestä ensinnäkin *menettelyllisesti* illegiitimi instituutio, koska siirtäessään yhteiskunnan perustavimpia kysymyksiä koskevan moraalisen päätöksentekovallan tuomioistuimille, se on samalla ristiriidassa demokratiaperiaatteen kanssa. Toiseksi, tuomioistuinkontrolli ei myöskään kykene takaamaan, että oikeudet tulisivat sen piirissä paremmin turvatuiksi kuin demokraattisissa menettelyissä. Itse asiassa – näin Waldron väittää – tuomioistuimille tyypillinen legalistinen argumentaatio, joka ei rasita poliittista keskustelua, ei vaikuttaisi mitenkään varmistavan oikeuksia koskevien päätösten oikeita, oikeuksia parhaalla mahdollisella tavalla edistäviä *lopputuloksia*.

¹⁷⁵ Ks. Sunstein 1999, s. ix–xi ja erit. s. 39.

¹⁷⁶ Alexander Bickelin ”The Least Dangerous Branch” (Bickel 1962) on keskeisteos. Teoksen nimi viittaa Alexander Hamiltonin luonnehdintaan tuomioistuinten asemasta muihin valtioelimiin nähden. Tuomioistuimet olivat Hamiltonin mukaan valtioelimestä vaarattomimpia, koska ne eivät päättäneet oikeussäännöistä taikka valtiontaloudesta (”legislature not only commands the purse but prescribes the rules”) ja koska niiltä puuttui mahdollisuus päättää toimeenpanovaltaan sisältyvästä väkivaltakoneiston käytöstä (the executive holds... the sword of the community”). (Federalist 78, s. 465, Hamilton). Bickelin teos haastaa nämä lähtökohdat ensimmäisestä virkkeestä alkaen: ”The least dangerous branch of the American government is the most extraordinarily powerful court of law the world has ever known” (Bickel 1962, s. 1). Bickelin luonnehdintojen mukaan judicial review olikin ongelmallisella tavalla sekä ”counter-majoritarian” (s. 16) että ”deviant institution in the American democracy” (18). Silti hän katsoi instituution sinänsä oikeutetuksi – vaikkakin passivismin hyveiden puitteissa – ”as a process for the injection into representative government of a system of enduring basic values” (s. 51). Ks. myös Ely 1980. Tushnetin kritiikki on sikäli mm. Bickeliä ja Elyä fundamentaalimpaa, että hän pyrkii avoimesti siirtämään keskeisen osan perustuslakikontrollia tuomioistuinten ulkopuolelle. Ks. vastaavasti myös Kramer 2004, s. 233.

¹⁷⁷ Ks. kritiikin teoreettisista lähtökohdista myös Waldron 1999a ja Waldron 1999b, jotka molemmat pyrkivät esittämään oikeusperustaisen oikeutuksen demokraattisen lainsäädännön legitimitisyydelle.

¹⁷⁸ Ks. Waldron 2006, s. 1351–1352.

Tätä kaksiosaista, menettelyjen ja lopputulosten oikeudenmukaisuusvaatimukseen pohjautuvaa argumenttia lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollia vastaan Waldron kutsuu tuomioistuinkontrollin vastaisen argumentin ytimeksi (core of the case against judicial review).¹⁷⁹

Kolmas Waldronin puheenvuoron painoarvoa nostava seikka liittyy sen taustaoletuksiin. Kritiikin lähtökohtana on intuitiivisesti vakuuttava, moderneja liberaaleja valtiosääntökulttuureja silmälläpitäen tehty kuvaus valtiosääntöoikeudellisten käytäntöjen taustalla vallitsevista poliittisista ja oikeudellisista olosuhteista, mikä sellaisenaan tarjoaa yleispätevän kontekstin valtiosääntöoikeudellisen ratkaisutoiminnan ja sen piirissä tehtyjen institutionaalisten järjestyksien tarkastelulle. Arvioinnin pohjana on yhteiskunta, jossa on:

- 1) Hyvin toimivat demokraattiset instituutiot, mukaan lukien yleisen äänioikeuden perusteella valittu edustuksellinen lainsäätävä.
- 2) Hyvin toimiva tuomioistuinlaitos, jonka toiminta ei perustu edustuksellisuuteen ja jonka tehtävänä on ratkaista oikeudellisia riitoja sekä ylläpitää oikeusvaltiota.
- 3) Yksilöllisten ja vähemmistöjen oikeuksien ideaan sitoutuneet yhteiskunnan jäsenet ja julkisen vallan käyttäjien selvä enemmistö.
- 4) Yhteiskunnan jäsenten ja julkisen vallan käyttäjien piirissä esiintyvä pysyvä, aineellinen ja vilpittömästi ylläpidetty erimielisyys oikeuksien konkreetista sisällöstä, toisin sanoen siitä, mitä sitoutuminen oikeuksiin konkreetisti tarkoittaa ja mitä niistä seuraa.¹⁸⁰

Kuten havaitaan, tiettyjen vakiintuneiden oikeusvaltiollisten instituutioiden ohella kritiikki pyrkii ottamaan vakavasti myös uuden konstitutionalismin kautta avautuvat tosiasialliset ilmiöt, kuten perus- ja ihmisoikeuksien korostuneen suojan. Samoin sen teoreettiset lähtökohdat on sijoitettu puitteisiin, jotka ainakin oletuksenomaisesti ovat yhteensopivia demokraattisia valtiosääntövaltioita perustavalla tavalla määrittävän pluralismin kanssa.

Jeremy Waldronin perusoikeuksien tuomioistuinkontrollin kritiikki tunnustaa lähtökohtaisesti idean yksilöiden ja vähemmistöjen oikeuksista. Hän myös asettaa oikeuksiin sitoutumisen yhdeksi keskeiseksi modernin liberaalin oikeusvaltion tunnusmerkeistä. Waldron pitää selvänä, ettei modernissa oikeusvaltiossa vallitse suurtakaan erimielisyyttä siitä, että erinäisistä poliittisista sekä useimmissa oikeuskulttuureissa myös taloudellisista, sosiaalisista ja sivistyksellisistä oikeuksista on säädetty ja on syytäkin säätää perustuslaissa ja sopia kansainvälisellä tasolla. Tällaisten yksilöllisten intressien tunnustaminen perus-

¹⁷⁹ Ks. Waldron 2006, s. 1375–1376.

¹⁸⁰ Ks. Waldron 2006, s. 1360.

oikeuksiksi osoittaa Waldronin mukaan, että yhteiskunta, joka sinänsä tunnustaa enemmistöperiaatteen merkityksen poliittisen päätöksenteon yleisenä periaatteena ja jossa poliittisen päätöksenteon yleiset tavoitteet liittyvät ennen muuta kollektiivisen hyvinvoinnin edistämiseen, tunnustaa myös tietyt yksilölliset oikeudet näin motivoitujen päätösten rajaksi.¹⁸¹

Sitoutuminen oikeuksiin ei niin ollen ilmennä sen paremmin sitoutumista luonnonoikeudellisiin ikuisiin totuuksiin kuin tukeutumista valtiosäännön historiallisesta kontekstista irrotettuihin periaatteisiin ikään kuin poliittinen perustuslainsäätäjä olisi ne tietyinä ajankohtana puhtaalta pöydältä ja sattumalta säättänyt.¹⁸² Ne oikeudet, joista moderni valtiosääntö ja ihmisoikeussopimukset puhuvat, ja joihin perustuslakikontrollin oikeutettavuuden analyysit pitää palauttaa, palautuvat poliittisina ilmiöinä ennen muuta valistuksen ajan vallankumouksiin Ranskassa ja Yhdysvalloissa,¹⁸³ joissa ihmisoikeudet kirjattiin osoitukseksi aiempien partikulaarista valtaa perustelleiden ikuisten ja jumalallisten totuuksien kumoutumisesta. Niiden tilalle tulleet ihmisoikeusperiaatteet tukeutuivat ihmisten itse itselleen asettamiin *universaaleihin* lakeihin ja suuntasivat kriittisen teränsä nimenomaan vallitseviin vallankäytön muotoihin.¹⁸⁴

Waldron myös korostaa, että oikeuksiin sitoutuminen on kehittyneissä liberaaleissa yhteiskunnissa tosiasiallista ja normatiivisessa mielessä aitoa. Puhe oikeuksista ei siten edusta tosiasiallisesti vain tyhjää retoriikkaa, kuten sellaiset kriittiset tarkkailijat kuin *Martti Koskenniemi* ovat toisinaan esittäneet.¹⁸⁵ Päinvastoin, oikeudet koetaan sitoviksi ainakin siinä merkityksessä, että niitä koskevat poliittiset päätökset ovat systemaattisesti herkkiä tavallista tarkemmalle julkiselle arvioinnille ja keskustelulle.¹⁸⁶ Oikeudellisessa mielessä yhteiskunnan sitoutuneisuutta oikeuksiin todistavat varsinkin perustuslaeissa vahvistetut perusoikeudet samoin kuin kansainväliset ihmisoikeussopimukset. Sama merkitys voidaan antaa kansainvälisen oikeuden pakottaville normeille,¹⁸⁷ Euroopan unionin oikeuskehityksen kannalta keskeistä osaa näytelleelle jäsenvaltioiden yhteisen valtiosääntöperiaatteen käsitteelle¹⁸⁸ sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen johdannossa mainitulle ja ihmisoikeuksien ilmentämälle ”yhteiselle

¹⁸¹ Ks. Waldron 2006, s. 1364.

¹⁸² Waldron 2006, s. 1364. Ks. myös Habermas 1996, s. 128.

¹⁸³ Ks. Jyräni 1989, s. 83–87.

¹⁸⁴ Ks. myös Koskenniemi 2007, s. 32–35.

¹⁸⁵ Ks. erit. Koskenniemi 2000. Koskenniemen ihmisoikeuksien kritiikin ydinkohdat vastaavat pitkälti amerikkalaisen CLS-perinteen standardikritiikkiä. Ks. erit. Kennedy 2007, s. 315–337, Glendon 1991. Tuon kriittisen perinteen taustat taas ovat palautettavissa yhtäältä Jeremy Benthamin analyysiin Ranskan ihmisoikeuksien julistuksesta sekä toisaalta myös Karl Marxin esseeseen ”Zur Judenfrage”. Ks. Waldron 1987, s. 46–76 ja 137–150.

¹⁸⁶ Ks. Waldron 2006, s. 1365.

¹⁸⁷ Ks. esim. Hannikainen 1988, s. 210–215.

¹⁸⁸ Euroopan unionin jäsenvaltioiden yhteisen valtiosääntöperiaatteen käsitteestä ks. esim. Helander 2005, s. 65–67.

poliittisten perinteiden, ihanteiden, vapauden ja oikeusjärjestelmän perinnölle”.¹⁸⁹ Perusoikeuksien vahvistaminen demokraattisen määräenemmistön säätämällä perustuslailla osoittaa samalla oikeuksien laaja-alaista hyväksyntää. Se, joka väittää, ettei oikeusyhteisö olekaan sitoutunut oikeuksiin, joutuu samalla osoittamaan vähintään, ettei edes perustuslain säätämiseen vaadittavan demokraattisen määräenemmistön kanta jostain syystä edusta yhteiskunnan selvän enemmistön käsityksiä.

Perusoikeuksiin sitoutumisen tuottaman ”yhteisen perustan” käänttöpuolella on kuitenkin oikeuksien *konkreettista soveltamista koskeva perustava kiistanalaisuus*, ja juuri tämä kiistanalaisuus tuottaa Waldronille keskeisen perusteen kyseenalaistaa lakien perustuslainmukaisuuden valvonta tuomioistuimissa. Hänen mukaansa:

“[R]ights disagreements...may represent themselves in the first instance as issues of interpretation, but they raise questions of considerable practical moment for the political community...They are major issues of political philosophy with significant ramifications for the lives of many people. Moreover, I assume that they are not idiosyncratic to the society in which they arise. They define major choices that any modern society must face, choices that are reasonably well understood in the context of existing moral and political debates, choices that are focal points of moral and political disagreement in many societies. Examples spring quickly to mind: abortion, affirmative action, the legitimacy of government redistribution or interference in the marketplace, the rights of criminal suspects, the precise meaning of religious toleration, minority cultural rights, the regulation of speech and spending in electoral campaigns, and so on.”¹⁹⁰

Waldron toisin sanoen sijoittaa perusoikeuksia koskevan kiistanalaisuuden osaksi erimielisyyttä, joka pluralistisessa yhteiskunnassa leimaa kaikkia merkittäviä poliittisia, eettisiä ja moraalisia kysymyksiä. Samalla syntyy jako yhtäältä perusoikeuksille tyypillisiin ja perustavalla tavalla moraalisiin tulkintaongelmiin ja toisaalta tuomioistuinten normaalin ennalta asetettuihin täsmällisiin normeihin perustuvan ratkaisutoiminnan ja sille tyypillisen ja oikeudellisiin teksteihin suoremmin palautettavissa olevan tulkinnan välillä. Kun toisin sanoen Ronald Dworkin pyrkii ratkaisemaan kaikki oikeuden ennaltamääräämättömyyden ongelmat koherenssin ideaaliin sitoutuneella tulkintateorialla, Waldron hakee ratkaisua institutionaaliselta tasolta. Ne kysymykset, jotka koskettavat yhteiskunnan perustavimpia ja samalla kiistanalaisimpia kysymyksiä, on annettava demokraattisten instituutioiden ratkaistavaksi.

¹⁸⁹ Ks. myös Pellonpää 2005, s. 211–212 ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu tapauksessa Soering v. Yhdistynyt kuningaskunta (7.7.1989) k. 88.

¹⁹⁰ Waldron 2006, s. 1367.

2.4.2 Legalisoitumis- ja demokratiakritiikki

Perusoikeuksien sisällön täsmentäminen ei Waldronin mielestä sovi tuomioistuinten tehtäväksi kahdesta syystä. Ensinnäkään tuomioistuinmenettely ei varmista, että oikeuksia koskevat tulkintaongelmat ratkaistaan oikein. Päinvastoin, tuomioistuinten harjoittama perustuslakikontrolli siirtää hänen mukaansa huomion oikeuksista ennakkopäätöksiin, teksteihin ja muihin legalistista tulkintaa koskeviin ”sivuseikkoihin”.¹⁹¹ Tätä voidaan kutsua Waldronin *legalisoitumisväitteeksi*. Kun tuomioistuinkäytännöt tapaavat oikeusvaltiossa olla sidottuja tiettyyn legalistiseen kielioppiin, jossa päätökset perustetaan ennemminkin teksteihin, esitöihin ja aiempiin ennakkopäätöksiin kuin sellaiseen moraaliseen argumentointiin, joka perusoikeuksien asianmukaisen soveltamisen kannalta olisi välttämätöntä, ei myöskään ole mitään takeita siitä, että tuomioistuimet aidosti kykenisivät turvamaan oikeuksia paremmin kuin demokraattiset päätöksentekomenettelyt. Oikeastaan päinvastoin. Demokraattisissa menettelyissä tapahtuvalle argumentoinnille ei nimittäin lähtökohtaisesti ole asetettu sellaisia rajoitteita, jotka koskevat tuomioistuinten päätöksentekoa. Sen vuoksi juuri demokraattisten lainsäädäntömenettelyjen voi katsoa perustellusti vastaavan paremmin niitä vaatimuksia, joita perusoikeuksia koskevien tulkintaongelmien ratkaisemiselle tulee niiden arvosidonnaisuuden vuoksi asettaa.

Oikeuksien vakavasti ottamiseen perustuvaa, mutta niiden legalisoitumiseen kriittisesti suhtautuvaa teesiä täydentää *demokratiakritiikki*. Perusoikeuksien tuomioistuinkontrolli on Waldronin mielestä demokraattisesti illegitiimi instituutio, koska se asettaa oikeuksia koskevan viimekätisen päätöksentekovallan demokraattista vastuuta vailla toimivalle suppealle tuomarijoukolle ja riistää sen kansalaisilta, joille se edustuksellisuuden ja poliittisen yhdenvertaisuuden periaatteiden valossa kuuluisi.¹⁹² Tältä osin Waldronin väitteet näyttäisivät samastuvan myös Suomessa esitettyyn ja sinänsä varsin tavanomaiseen valtiosääntöistymisen kritiikkiin. Esimerkiksi Kaarlo Tuori on nojannut lainsäätäjän ensisijaista perusoikeuksien toteuttamisvastuuta ja niin ollen myös tuomioistuinten pidättyvyyttä koskevat argumenttinsa korostuneesti juuri vastaavan tyyppiseen demokratiaperiaateargumenttiin.¹⁹³ Ja kuten Waldron, myös Tuori näyttää sallivan lainsäätäjälle erityisen korostuneen harkintamarginaalin silloin, kun lainsäädäntöön liittyy yhteiskunnallisesti huomattavan merkityksellisiä arvovalintoja. Näissä tapauksissa, Tuori korostaa, joita tyyppillisesti liittyy esimerkiksi perhelainsäädäntöön ja rikoslain ydinalueelle, ”demokratia- ja valtakantaperiaatteet edellyttävät, että tuomioistuimet kunnioittavat niitä valintoja,

¹⁹¹ Ks. Waldron 2006, s. 1353.

¹⁹² Ks. Waldron 2006, s. 1353.

¹⁹³ Ks. Tuori 2007, s. 272.

joilla lainsäätäjä toteuttaa sille kuuluvaa ensisijaista perusoikeusperiaatteiden toteuttamisvelvollisuutta”.¹⁹⁴

2.5 TUOMIOISTUINVALVONNAN KRITIIKIN KRITIIKKI

Pidän Waldronin kritiikkiä vakavana paitsi sen suorien sovelluksien vuoksi, myös siksi, että kyse on *eksplisiittisesti sekä oikeuksien toteuttamiseen että demokraattiseen legitimitettiin sitoutuneesta kritiikistä*. Nähdäkseni se rakentuu kuitenkin kahdelle kyseenalaiselle lähtökohdalle. Niistä ensimmäinen liittyy perusoikeuksien ja demokratian kaltaisten *valtiosääntöoikeudellisten* käsitteiden ja periaatteiden *riidanalaisuuteen* ja toinen *valtiosääntöoikeudellisten käytäntöjen merkitykseen* näiden käsitteiden käyttöä koskevana ja niille merkityksiä antavana *julkisena keskusteluna*.

Ensimmäinen kriittinen pääväitteeni jakaantuu edelleen kahteen osaan. Kuten osoitan kohta tarkemmin, *perusoikeudet* eivät ensinnäkään ole *oikeudellisia* argumentteina *sillä tavoin* riidanalaisia kuin Waldron ja muut perusoikeuksien sovellettavuuden kriitikot usein väittävät. Yhtäältä yksilölliset oikeudet voidaan valtiosäännön tasoisina ja tiettyyn paradigmaattiseen oikeuskäsitykseen perustuvina *oikeusnormeina* pitää erossa yksilöllisistä oikeuksista puhtaasti yleistä sovellettavuutta edellyttävinä *moraaliperiaatteina*. Toisaalta se kiistanalaisuus, jonka Waldron liittää oikeuksiin, koskee myös monia muita perustuslakikontrollin kannalta keskeisiä periaatteita, *demokratiaperiaate mukaan lukien*. Vaikka Waldron ei toisin sanoen nojaakaan kritiikkiään puhtaasti esimerkiksi enemmistöperiaatteen mukaiseen käsitykseen demokratiasta, vaan käsitteen taustalla on myös deliberatiivisiin, yhteisymmärryksen pääsyä ja jo-

¹⁹⁴ Tuori 2007, s. 273. Tuori katsoo, että lainsäätäjän harkintamarginaali tulisi olettaa laajaksi ja vastaavasti perusoikeuksien normatiivinen merkitys kapeaksi esimerkiksi sellaisissa kysymyksissä, jotka olivat esillä, kun eduskunnassa käsiteltiin hallituksen esitystä laiksi hedelmöityshoidosta (HE 76/2002 vp). Toisaalta Tuori näyttää sinänsä hyväksyvän lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin silloin, kun tuomioistuimet perustavat päätöksensä moraalisesti ja eettisesti ladatuille periaatteille ja kun ne käyttävät näitä periaatteita erityisesti lyhyen aikavälin yhteiskuntapoliittisia päämääriä koskevan ja puhtaan instrumentalistisesti motivoitun lainsäädännön kontrolloimiseen. Onkin jossain määrin epäselvää, missä määrin Tuori katsoo tuomioistuinten voivan legitimiesti kontrolloida lainsäätäjän tekemiä tietoisia eettisiä, ts. ryhmäkohtaisia hyvää elämää koskevia valintoja niissä tilanteissa, joissa tällaiset valinnat eivät vastaa moraalisia, ts. universalisoitavissa olevien periaatteiden, vaatimuksia. Jos nimittäin perusoikeuksien tehtävänä on mahdollistaa erilaiset yksilölliset tai ryhmäkohtaiset eettiset valinnat ja luoda näin edellytykset modernille arvopluralismille, eikä perusoikeuksien tulisi asettaa myös esteitä lainsäätäjän puhtaan eettisesti motivoituille ja niin ollen arvopluralismia tukahduttaville lainsäädäntöhankkeille – myös silloin, kun lainsäädäntöhankkeeseen liittyy selviä arvovalintoja, kuten esimerkiksi hedelmöityshoitoja koskevan lain säätämisen yhteydessä oli tilanne. Ks. Tuori 2003, s. 941, vrt. Tuori 2007, s. 272–273.

kaisen yhdenvertaisia osallistumismahdollisuuksia edellyttäviä menettelyjä koskevia vaatimuksia, ei hän toisaalta ole myöskään valmis irrottamaan kansanvaltaisia menettelyjä niiden perinteisistä, parlamenttien varaan rakentuvista institutionaalisista puitteista. Näin Waldronin demokratiaperiaatteen sisällöksi pelkistyy vaatimus sulkeistaa kansanvaltaiset menettelyt yksinomaan edustuksellisten instituutioiden puitteisiin. Hän sivuuttaa niin ollen sen piiristä ne julkiset diskurssit, joita esimerkiksi perusoikeusargumenteille rakentuvien tuomioistuinratkaisujen varassa on mahdollista käydä. Tällainen tulkinta demokratiasta on sekä valtiosääntöoikeudellisesti että muutenkin perustuslakikontrollin oikeuttamiskurssille asetettavissa oleviin vaatimuksiin nähden liian kapea.

Toinen Waldronin argumenttien kritiikiksi suunnattu pääväitteeni jatkaa siitä, mihin ensimmäinen päättyi, ja liittyy institutionaalisten käytäntöjen ja valtiosäännön sisällön välttämättömään vuorovaikutussuhteeseen. Valtiosääntöoikeudelliset käytännöt ja perustuslakikontrolli eivät muodosta institutionaalista kehystä vain perusoikeuksia koskeville tulkinnoille, vaan niissä joudutaan ottamaan kantaa myös siihen, mitä oikeastaan tarkoitamme demokratialla, missä rajoissa demokraattisesti perustuslain säatelemissä menettelyissä asetettu oikeus voi legitimoida julkista vallankäyttöä ja miksi vasta sekä demokraattisesti säädettyä että oikeuksia kunnioittavaa lainsäädäntöä ja oikeudellista päätöksentekoa on mahdollista pitää legitiiminä. Toisin kuin Waldron esittää, tuomioistuinten harjoittamaa perusoikeusvalvontaa onkin syytä pitää yhtenä sellaisena institutionaalisenä käytäntönä, jossa osallistutaan julkiseen keskusteluun demokratian sisällöstä, oikeuksista ja oikeuden legitiimisysehdoista, toisin sanoen juuri niistä edellytyksistä, joiden varaan Waldron perustuslakikontrollin kritiikkinsä varaa. Lainkäyttö ei suoja oikeusvaltion demokraattisuutta vain kunnioittamalla demokratiaa oikeusperiaatteena vaan myös suojaamalla niitä oikeusperiaatteita, joita on mahdollista pitää demokratian ja edustuksellisuuden toteutumisen edellytyksinä.¹⁹⁵ Tästä taas seuraa, ettei valtiosääntöoikeudellisten normien kiistanalaisuuteen ole syytä liittää sellaisia institutionaalisten valintojen taseisia implikaatioita kuin kritiikot niihin tapaavat liittää. Perustavaan kiistanalaisuus ei merkitse, ettei oikeuksista ja niiden merkityksistä olisi mahdollista esittää rationaalisia, intersubjektiivisesti todennettavissa olevia väitteitä. Itse asiassa valtiosääntöoikeuden tällaista konfliktuaalisuutta ja siitä seuraavaa parempien argumenttien esittämisen vaatimusta on mahdollista pitää yhtenä keskeisenä valtiosäännön legitiimisyttä perustelevana elementtinä.

Perustelen edellä esittämiäni argumentteja aloittaen perusoikeuksien oikeudellisuudesta ja jatkaen siitä valtiosäännön kiistanalaisuuden institutionaaliin seurannaisvaikutuksiin.

¹⁹⁵ Ks. Tuori 2000a, s. 253.

2.5.1 Perusoikeuksien oikeus

Perusoikeuksien kiistanalaisuuteen pohjautuva tuomioistuinkontrollin kritiikki vaikuttaa ensi näkemältä uskottavalta, koska sen taustalla oleva kuvaus arkipäiväisistä perus- ja ihmisoikeuskäytännöistä vastaa käytäntöjen eräitä ulkoisia piirteitä. On yleisesti tiedossa, että oikeuksia koskevat ilmaisut perustuslaeissa ja kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa ovat kirjoitusasultaan avoimia ja tulkinnanvaraisia. Tämän avoimuuden voi katsoa olevan vieläpä suora seuraus siitä, että tällaisten valtiosääntöoikeudellisten oikeuksien on tarkoitettukin tulevan sovellettavaksi yleisesti läpi oikeusjärjestyksen. Ja vaikka esimerkiksi säännön luonteiset, ehdottomat perusoikeudet ja ihmisoikeudet on kaikissa niiden soveltamistilanteissa asetettava niitä vastaan puhuvien perusteiden edelle,¹⁹⁶ selvästi suurin osa arkipäiväisiä oikeuksien soveltamistilanteita edellyttää punnintaa eri oikeuksien välillä samoin kuin suhteessa muihin painaviin yhteiskunnallisiin intresseihin. Tällaisten tulkintaongelmien ratkaisuille on varsin hankala osoittaa etukäteen konkreettista ja mekaanisesti sovellettavaa ratkaisusääntöä. Valtiosääntöoikeudellisen punninnan teoriaa nähdäkseni perusteellisimmin kehittämään pyrkinyt *Robert Alexy* on esimerkiksi katsonut, ettei abstraktilla tasolla ole mahdollista luoda perusoikeusperiaatteiden sisäistä arvojärjestystä, jota voitaisiin sitten konkreettisissa tilanteissa käyttää eri perusoikeuksien välillä esiintyvien jännitteiden ratkaisemiseen.¹⁹⁷

Yhtä kiistatonta on, että useat perustavat perusoikeuskäsitteet ovat varsin kiistanalaisia. Esimerkiksi yksilön vapauksien ja oikeuksien suojan tarpeesta sinänsä saatetaan olla yleisellä tasolla yhtä mieltä. Silti vapauksien ja oikeuksien tarkemmasta merkityksestä esitetään yleensä hyvinkin erilaisia käsityksiä. Yksityisautonomiata julkisen vallan taholta tulevilta puuttumisilta suojaava negatiivinen vapauskäsitteet tuottaa aivan toisenlaisia tulkintoja kyseisen perusoikeuden sisällöstä kuin ennen muuta tosiasiallista vapautta ja julkista autonomiata suojaava positiivinen vapauskäsitteet.¹⁹⁸ Kumpaakaan vapauskäsitteetä ei voi sinällään pitää perustuslakiimme nähden yhteensopimattomana. Selvänä lähtökohtana uudemmassa perusoikeuskäsitteessä myös on, että perusoikeudet edellyttävät julkiselta vallalta paitsi pidättyvyyttä, myös suojaa toisten yksityisten tahoilta tulevilta puuttumisilta sekä aktiivisia toimenpiteitä, joilla varmistetaan oikeuksien toteutuminen myös käytännössä. Silti epäselvää on, missä määrin esimerkiksi tuomioistuimet voivat suoraan soveltaa perusoikeuksia yksityisten välisissä horisontaalisuhteissa taikka tilanteissa, joissa kysymys on esimerkiksi TSS-oikeuteen sidotun taloudellisen etuuden myöntämisestä.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Ks. esim. Scheinin 2008, s. 205.

¹⁹⁷ Ks. Alexy, 1986, s. 138–143.

¹⁹⁸ Ks. erilaisista vapauskäsitteistä Karapuu 1986, s. 74–83.

¹⁹⁹ Ks. esim. Tuori 2003, s. 934–935. Vrt. esim. Scheinin 1999, s. 249 ja 260.

Kuten David Beatty on todennut, jos perus- ja ihmisoikeustulkinnat olisivat loppuun saakka tällä tavoin epämääräisiä, ei lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollissa tai ylipäätänsä demokraattisten lainsäädäntöprosesien perustuslainmukaisuuden valvonnassa olisi mieltä.²⁰⁰ Jos tuomioistuimen tai muun perustuslakikontrollia harjoittavan instituution tehtävänä olisi lakien perustuslainmukaisuuden valvominen vain sen perusteella, mitä sen jäsenet saattavat pitämään oikeudenmukaisena, olisi vaikea esittää perusteita, miksi yksittäisen tuomarin tai edes yksittäisten kansanedustajien mielipiteen pitäisi syrjäyttää demokraattisesti valitun enemmistön kanta samassa asiassa. Jos nimitäin todellakin olisi niin, että lain legitimiisyyden rajat määräytyisivät yksinomaan henkilökohtaisten mielipiteiden mukaan, asiaa koskeva päätösvalta kuuluu oikeutetustikin demokraattiselle enemmistölle, ei yksittäisille tuomareille.

Näin ei kuitenkaan ole. Yksittäisen säännöksen tai yksittäisen yleisen oikeusperiaatteen ennaltamääräämättömyys ei merkitse valtiosääntöoikeudessa tai sen piiriin kuuluvissa perus- ja ihmisoikeuskäytännöissä, kuten ei oikeudessa yleisestikään, ettei konkreettisia soveltamistilanteita pitäisi pyrkiä ratkaisemaan oikeusnormeihin ja rationaaliseen argumentointiin tukeutuen. Esitän tälle kannalle tässä kohtaa kaksi yleistä perustetta, joiden tarkoituksena on perustella lähtökohtaa kiperienkin perusoikeustulkintojen oikeudellisesta luonteesta ja palauttaa samalla Waldronin ja muiden samansuuntaisia argumentteja esittäneiden kritiikin kautta noussut argumentaatiotaakka takaisin tuomioistuINVALVONNAN kriitikoille.

Ensinnäkin totean, että modernit perus- ja ihmisoikeudet ovat *sitovuudeltaan* ”samanlaista” oikeutta kuin muutkin oikeusjärjestyksen normit. Modernien perus- ja ihmisoikeuksien oikeudellinen sitovuus perustuu niiden positiivisoikeudelliseen voimassaoloon ja tässä mielessä niitä on myös konkreettisissa soveltamistilanteissa velvollisuus soveltaa kuten muutakin voimassa olevaa oikeutta.

Toinen perustelu liittyy puolestaan nykyisille perus- ja ihmisoikeuskäytännöille tyypilliseen tulkinnalliseen ja argumentatiiviseen rakenteeseen, toisin sanoen yleisten oppien tasoihin lähtökohtiin erityisesti oikeuksia koskevien tulkintaongelmien ratkaisuille tyypillisistä käsitteistä, periaatteista ja teorioista. Vaikka näitä perus- ja ihmisoikeuksien yleisiä oppeja on kirjallisuudessa käsitelty hyvinkin laajalti, tukeudun tässä esimerkinomaisesti saksalaisen valtiosääntötutkijan Mattias Kummin luonnehdintoihin rationaalisesta ihmisoikeusparadigmasta. Kummin analyysi on nimittäin esitetty juuri oikeusperustaista tuomioistuinkontrollin kritiikkiä koskevan keskusteluteeman kontekstissa, joten sen avulla saadaan myös ote niistä kiinnostavista, joiden kautta moraaliset punninnat ja demokraattista legitimitettä koskevat vaatimukset on ollut mahdollista saattaa osaksi nimenomaan oikeudelliseksi tunnistettavia tulkintakäytäntöjä.

²⁰⁰ Ks. Beatty 2004, s. 5.

2.5.1.1 Sitovuus

Ei ole syytä kiistää, että vastaukset esimerkiksi kysymyksiin kahden eri suuntaan osoittavan perusoikeuden taikka yksittäisen oikeuden ja sen täysimääräistä toteuttamista vastaan puhuvan yhteiskunnallisen intressin välillä edellyttävät tyypillisesti kannanottoa käsillä olevien oikeusperiaatteiden soveltamista oikeuttaviin astetta yleisempiin oikeusperiaatteisiin, ja että tällainen punninta tapaa sekä etäännyttä positiivisoikeudellisesta tekstistä että lähetä tavanomaista moraalista päättelyä niin sisällöllisesti kuin lopputulostensa kiistanalaisuuden osalta. Tällainen konkreettisten tulkintojen moraalinen sidonnaisuus ei kuitenkaan vielä poista tulkinnan oikeudellista puitteistoa ja sen vaikutuksia. Perusoikeuksien tulkinnassa on lähtökohtaisesti kyse voimassa olevan oikeuden tulkinnasta menettelyissä, jotka on institutionalisoitu oikeudellisiksi ja joiden lopputulokset ovat oikeudellisesti täytöntöön pantavissa. Perustuslait ja valtiosisäisesti voimaansaatetut kansainväliset ihmisoikeudet ovat osa sitä positiivisoikeudellista normistoa, johon julkisen vallan käytön tulee oikeusvaltiossa perustua ja jota myös Suomen perustuslain 2.3 §:n nojalla tulee kaikessa toiminnassa noudattaa tarkoin.

Ne perus- ja ihmisoikeudet, joihin modernissa valtiosääntöoikeudessa ja kansainvälisessä oikeudessa viitataan, eivät toisin sanoen samastu keskiajan luonnonoikeuteen ja järjellä paljastettaviin ikuisiin totuuksiin, kuten esimerkiksi Aulis Aarnio on Suomessa esittänyt²⁰¹, vaan positiivisoikeudellisiin normeihin valtiosäännöissä ja kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa.²⁰² Etäännyminen luonnonoikeudellisesta taustasta koskee myös oikeuksien ideologista perustaa. Nykyiset perus- ja ihmisoikeudet on syytä palauttaa *Costas Douzinasin* osoittamalla tavalla ennen kaikkea kahden sadan vuoden pituiseen valtiosääntöoikeudelliseen muutosprosessiin ensin Euroopassa ja Yhdysvalloissa sekä sittemmin globaalisti. Tuossa prosessissa Amerikkalaisten siirtokuntien vuoden 1776 *Declaration of Independence* sekä vuoden 1791 *Bill of Rights* samoin kuin vuonna 1789 annettu Ranskan *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* loivat alkusysäyksen liikkeelle, joka sittemmin muunsi noissa julistuksissa vielä luonnonoikeudellisina ilmaistut oikeudet positiivisoikeudellisiksi perus- ja ihmisoikeuksiksi, ja jossa niiden soveltamisala ja vaikutuspiiri laajenivat hiljalleen ja etenkin II maailmansodan seurauksena Yhdysvalloista ja Ranskasta yleismaailmallisiksi.²⁰³ Ne ovat olleet keskeisessä osassa autoritaaristen poliittisten järjestelmien kaatumisessa Espanjassa, Kreikassa, Portugalissa ja sittemmin myös 1980-luvun lopulta alkaen Itä-Euroopassa, entisessä Neuvostoliitossa ja Etelä-Afrikassa.

²⁰¹ Aarnio 2002, s. 520–521.

²⁰² Ks. Tuori 2003, s. 915–916.

²⁰³ Douzinas 2000, s. 85. Ks. myös Nieminen 1987, s. 20–27.

Kehityksen tuloksena perus- ja ihmisoikeuksista ja niiden oikeudellisesti tehokkaista, yleensä yksilöiden suoraan käytettävissä olevista suojamekanismeista on tullut jo tilastollisestikin tunnusomainen osa nykyisin voimassa olevia positiivisoikeudellisia valtiosääntöjä ja kansainvälistä oikeutta. Vuonna 1948 tapahtuneeseen YK:n ihmisoikeuksien julistuksen hyväksymiseen mennessä jo 82 % vuosien 1788–1948 välisenä aikana säädetyistä perustuslaeista sisälsi ihmisoikeusmääräyksiä. Vuoteen 1975 mennessä osuus oli jo kasvanut 93 %:iin²⁰⁴ ja vaikka käytössäni ei olekaan ollut tarkkoja tilastollisia tietoja asiasta, perusteltua lienee olettaa, ettei määrä ole ainakaan vähentynyt 1980-luvulta käynnistyneen uskonstitutionalistisen suuntauksen myötä.²⁰⁵ Vaikka uutta valtiosääntöistymistä koskeva kriittinen kirjallisuus on toisinaan taipuvainen korostamaan kehityksen poliittisia ja strategisia lähtökohtia,²⁰⁶ on kyse niidenkin puheenvuorojen näkökulmasta kuitenkin ollut muutoksista oikeuden säädännäis-oikeudellisissa ja institutionaalisissa rakenteissa.²⁰⁷ Uusi valtiosääntöistyminen ja siihen liittyvä perus- ja ihmisoikeudellistuminen ovat konkreettiselta toteutukseltaan nimenomaan tietoisin, demokraattisesti ja säädännäisoikeudellisesti toteutettuihin perustuslainmuutoksiin palautuvia ilmiöitä.

Muutenkin käsitys siitä, että perus- ja ihmisoikeuskäytännöt olisivat jollakin illegitiimillä tavalla epäjuridisia, on varsin huonosti yhteensovittavissa tosiasiallisten käytäntöjen kanssa. Perus- ja ihmisoikeusnormeja sovelletaan jatkuvasti sekä kansallisissa että kansainvälisissä oikeudellisissa käytännöissä ja ilman että tätä käytäntöä pidettäisiin yleisesti perusteitaan myöten kyseenalaisena. Esimerkiksi eurooppalaisen ihmisoikeusjärjestelmän kannalta keskeisen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen merkitys on ollut viimeisten vuosikymmenten aikana jatkuvassa kasvussa. Yksilövalitukset tuomioistuimelle ovat kymmenen vuoden kuluessa kymmenkertaistuneet (3520/1999–33065/2009),²⁰⁸ mikä osaltaan osoittaa yleistä luottamusta kyseisen elimen toimintaan ihmisoikeussopimuksen toteutumisen valvojana. Kertomusvuonna 2009 ihmisoikeustuomioistuin antoi 1625 tuomiota, ja vaikka nykyistä Euroopan ihmisoikeussopimuksen valvontajärjestelmää onkin kritisoitu, on kritiikki kohdistunut etenkin järjestelmän ruuhkautumiseen – ei tuomioistuimen ratkaisujen liialliseen tai liian vähäiseen oikeudellisuuteen. Abstraktin tason perusoikeuskritiikki ei yksinkertaisesti vastaa sen paremmin positiivisoikeudellista todellisuutta, institutionaalisia käytäntöjä kuin sitäkään, että tuomioistuinten valta perus- ja ihmisoikeusratkaisujen tekemiseen näytetään yleisesti ottaen hyväksyttävän kypsiä demokraattisten oikeusvaltioiden piirissä.

²⁰⁴ Ks. Alston 1999, s. 3.

²⁰⁵ Ks. myös Rosenfeld 1994, s. 3 ja Henkin 1994, s. 39–40.

²⁰⁶ Ks. Hirschl 2004, s. 50–99.

²⁰⁷ Ks. Hirschl 2004, s. 17–30.

²⁰⁸ Ks. Annual report of the European Court of Human Rights 2009, s. 146.

2.5.1.2 Ihmisoikeusparadigma

Myönnän, ettei edellä mainittu positiivisoikeudellinen sekä vallitseviin käytäntöihin ja niiden ilmentämiin konventioihin liittyvä perustelu vielä välttämättä vakuuta tuomioistuINVALVONNAN kriitikoita. Tässä erityisen tarkastelun kohteeksi otettu Jeremy Waldronin ”core case -argumentin” keskeisin pääkritiikki oikeusperustaista tuomioistuinkontrollia kohtaan ei myöskään nojaudu niinkään perusoikeuksien sitovuuden oikeudelliseen perustaan ja niitä koskeviin käytäntöihin. Painavammat kritiikin perusteet liittyvät niihin argumentatiivisiin ja käytännöllisiin vaatimuksiin, joita perusoikeuksien esille nostamiin tulkintaongelmiin olisi hänen mukaansa syytä liittää. Sen vuoksi ne on myös vastakritiikissä otettava tarkemman tarkastelun kohteeksi.

Mattias Kumm on ollut yksi niistä valtiosääntötutkijoista, jotka ovat jo asettuneet kritisoimaan Waldronin kritiikkiä perusoikeuksien tuomioistuINVALVONNASTA. Kummin mukaan Waldron ja samansisältöisiä väitteitä esittänyt Richard Bellamy nostavat sinänsä esiin asianmukaisia ja tärkeitä periaatteellisia kysymyksiä.²⁰⁹ Perusoikeuksien kiistanalaisuus ja sidonnaisuus moraalisiin arvoituksiin on syytä ottaa vakavasti. Silti Kumm katsoo, että kriitikoiden tästä kiistanalaisuudesta ja moraalisisidonnaisuudesta tekemät johtopäätökset ovat ilmeisen vääriä. Kriitikot eivät hänen mukaansa ole havainneet etenkin Euroopassa hallitsevassa asemassa olevaan ja Kummin ”*rationalistiseksi ihmisoikeusparadigmaksi*” kutsumaan ajattelutapaan kiinnittyviä piirteitä, jotka ovat mahdollistaneet sekä perus- ja ihmisoikeusargumentaation oikeudellisuuden että sen erkaantumisen sellaisista legalistis-formalistisista piirteistä, joita oikeudelliseen ratkaisutoimintaan kenties muutoin liittyy, ja joita on hänen mukaansa syytä pitää perusoikeusargumentaatiolle asetettävien vaatimusten näkökulmasta osin häiritsevinäkin.

Rationaalisen ihmisoikeusparadigman tunnusmerkeiksi Kumm lukee käytännössä kolme kohtaa. Ensinnäkin sen ydin perustuu oikeasuhtaisuuden vaatimukselle, jossa oikeuksien asianmukaisten soveltamisalamääritysten ohella huolehditaan myös siitä, että oikeuksia rajoitettaessa huolehditaan niin rajoitusten välttämättömydestä ja soveltuvuudesta rajoituksen tarkoitukseen, samoin kuin siitäkin, että rajoituksen intensiteettiä voidaan objektiivisesti pitää oikeutettuna ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan päämäärän painoarvo. Toiseksi oikeasuhtaisuuden vaatimus tulee ymmärtää perus- ja ihmisoikeusargumentaation yleiseksi rakenteeksi, jonka valossa julkisen vallankäytön oikeutettavuutta tulee arvioida. Kolmanneksi yksittäisten oikeuksien soveltamisalaa tulee Kummin mukaan tulkita lähtökohtaisesti laajentavasti eikä kaventavasti. Tällaisissa puitteissa perusoikeuksien tuomioistuINVALVONTA on Kummin mielestä itse asiassa omiaan parantamaan oikeuksia koskevien tulkintaratkaisujen

²⁰⁹ Ks. Kumm 2007, s. 2.

lopputulosten oikeellisuutta.²¹⁰ Samalla eurooppalainen ihmisoikeusparadigma näyttäisi edellyttävän tuomioistuinten ratkaisutoiminnan tietyn tyyppistä uudelleenarviointia. Perus- ja ihmisoikeuksia soveltaessaan ne eivät lähtökohdaisesti vain sovelta sääntöjä tai tulkitse periaatteita, vaan olennaisesti *arvioivat eri suuntaan puhuvien argumenttien oikeuttavaa* vaikutusta.

Kummin käyttämä rationalistisen ihmisoikeusparadigman käsite edustaa nähdäkseni vain yleisnimitystä modernin valtiosääntöoikeuden ja ihmisoikeuskäytäntöjen piirissä rekonstruoiduille yleisille oikeuskäsitteille, oikeusperiaatteille ja niitä yhdisteleville oikeudellisille teorioille, toisin sanoen yleisille opeille.²¹¹ Sen rinnalla olisi mahdollista viitata käytännössä mihin tahansa perus- ja ihmisoikeuksien tulkintaperiaatteita koskevaan oikeustieteelliseen tutkimukseen. Kummin kiinnekohtana on Robert Alexyn ”*Theorie der Grundrecht*”-teoksen punnintateoria. Suomalaisen tutkimuksen osalta lähimmät vastaavat viitepisteet löytyvät *Veli-Pekka Viljasen* perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä ja *Jukka Viljasen* Euroopan ihmisoikeussopimuksen rajoitusedellytyksiä käsittelevistä väitöskirjoista.²¹² Rationalistisen ihmisoikeusparadigman tuottama kriittinen perusvire suhteessa Waldronin teeseihin onkin sukua Martin Scheininin toisaalla tekemille havainnoille ihmisoikeuksien asemasta suomalaisessa oikeuskulttuurissa. Kuten Scheinin toteaa, perus- ja ihmisoikeuksien kansallisten kriitikkojen tulkintoja siitä, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on kuin vieteriukko, joka yllättäen ponnahtaa kannen alta tuomiten jonkin sopimusvaltion lainsäädännön tai soveltamiskäytännön milloin missäkin asiassa,²¹³ on mahdollista selittää sillä, etteivät ihmisoikeusajattelun kriitikot ole vaivautuneet tutustumaan alan oikeuskirjallisuuteen ja ratkaisukäytäntöön²¹⁴, eivätkä he sen vuoksi havaitse, miten ihmisoikeusjärjestelmän velvoittavuus, rakenne, sisältö, soveltaminen ja ennakoitavuus ovat oikeudellisesti rakentuneet.

Kummin ja Scheininin kriittiset argumentit korostavat perus- ja ihmisoikeuksien järjestelmäluonnetta. Kuten millä tahansa modernin oikeuden oikeudenalalla, myös perus- ja ihmisoikeusjuridiikan alan yksittäiset oikeusnormit ovat aina myös osa muiden normien tulkintaperiaatteiden muodostamaa oikeusjärjestystä. Jokaisen yksittäisen normin soveltaminen edellyttää väistämättä normin tulkintaa ei vain ratkaistavana olevan tapauksen, vaan myös oikeusjärjes-

²¹⁰ Ks. Kumm 2007, s. 2 ja 5–7.

²¹¹ Ks. myös Tuori 2007, s. 133

²¹² Ks. V-P. Viljanen 2001 ja J. Viljanen 2003.

²¹³ Scheinin 2004, s. 551.

²¹⁴ On jokseenkin oireellista, että samaan aikaan kun etenkin eräät vanhemman polven yksityisoikeuden tutkijat ovat taipuvaisia esittämään yleisiä syytöksiä nykyisen perusoikeustutkimuksen pinnallisuudesta, he itse esittävät – keinoja selvästikään kaihtamatta – valtiosääntöteorian kiistanalaisimpiin argumentteihin kuuluvia väitteitä osoittamatta mitenkään, että väitteet perustuisivat edes pintapuoliselle perehtymiselle tuon teoreettisen keskustelun puitteissa esitettyjen argumenttien sisältöön. Ks. erit. Helin 2004, s. 1265–1266 ja Helin – Letto -Vanamo 2010.

tyksen kontekstissa. Tämä on tietenkin jokaiselle juristille itsestäänselvyys. Kuten Koskenniemi asian kansainvälisen oikeuden ympäristössä ilmaisee:

”No lawyer will refuse to find states as states, or ask for evidence for the rule of *audiatur et altera pars* merely because the immediately applicable law is silent about such matters. These are structurally given, not positively enacted or incorporated.”²¹⁵

Toisin kuin filosofisella tasolla operoivat kriitikot olettavat, sama pätee tietysti myös valtiosääntöoikeudellisiin käytäntöihin. Se, ettei perusoikeuksien soveltamistilanteisiin löydy perustuslain tekstistä tai kansainvälisistä ihmisoikeussopimuksista suoraa ja kiistatonta vastausta, ei tee perus- ja ihmisoikeuksia koskevista tulkintaongelmista jollakin välttämättömällä tavalla ei-oikeudellisesti ratkaistavia. Modernin oikeuden ilmiönä myös perus- ja ihmisoikeuksille on muodostunut niitä koskevissa käytännöissä oma sisäinen rakenteensa ja logiikkansa, systeeminsä. Niin oikeudellisissa käytännöissä vähintäänkin hiljaisena esipuheena ilmenevät kuin oikeustieteellisen tutkimuksen piirissä yleensä eksplisiittisemmin eriteltyt yleiset opit toteuttavat perus- ja ihmisoikeuksien alueella samaa tehtävää kuin oikeutta tulkitsevat käytännöt ja oikeustieteellinen tutkimus modernissa oikeuskulttuurissa yleisemminkin. Ne vastaavat yksittäisten oikeudellisten ratkaisujen johdonmukaisuudesta suhteessa aiempiin oikeudellisiin käytäntöihin samoin kuin yleisemmästä oikeusjärjestyksen tulkinnasta ja systematisoinnista. Tätä tehtävää hoitaessaan ja sisällöllistä ja loogista johdonmukaisuutta tarkatessaan ne pakotetusti uusintavat ja konstruoivat myös kohdealueensa sisäistä rationaalisuutta ja sille tyypillistä oikeudellista ilmenemis-
muotoa.²¹⁶ Myös perus- ja ihmisoikeuksien merkitys avautuu tulkitsijalle vasta oikeusjärjestelmän ja sen yleisten oppien järjestelmän kautta.

Perus- ja ihmisoikeuksien tulkintaa koskevat yleiset opit muodostavat verrattain laajan ongelmakokonaisuuden, jonka perinpohjaiseen käsittelemiseen ei ole nyt mahdollisuutta. On kuitenkin syytä korostaa, että sekä Kumm että Scheinin ovat nähdäkseni oikeassa siinä, että käytännöllisesti merkittävin osa ihmisoikeusparadigman rationaalisuutta rakentuu juuri oikeasuhtaisuusvaatimuksessakin tiivistyvän perusoikeuksien rajoitettavuuden sekä tuota rajoitettavuutta määrittävien yleisten kriteerien varaan. Juuri rajoitusjärjestelmän kautta suuri osa niistä moraalisisista ja poliittisista taustatekijöistä, joiden kriitikoiden puheenvuoroissa väitetään vuoroin jäävän epäasianmukaisesti legalistisen ihmisoikeusargumentaation varjoon ja vuoroin muuntavan ihmisoikeuksia koskevat tulkintaratkaisut puhtaiksi moraalisisiksi tuomioiksi, kiinnittyvät *oikeudellisesti* osaksi perus- ja ihmisoikeusnormistoa ja niiden arkipäiväisiä soveltamis-

²¹⁵ Ks. Koskenniemi 2007, s. 19.

²¹⁶ Ks. Tuori 2000a, s. 303.

käytäntöjä.²¹⁷ Ja juuri rajoitustestiin kiinnittyvät myös perus- ja ihmisoikeuksien oikeudellisen merkityksen kannalta olennaiset lähtökohdat oikeuksien ehdottomuudesta ja suhteellisuudesta samoin kuin oikeuksien tosiasiallisten oikeudellisten vaikutusten kannalta olennaiset erottelut oikeuksien soveltamisalaja rajoitusharkintaan.

Rationalistisen ihmisoikeusparadigman ja Waldronin esille nostaman kiistanalaisuuden välistä suhdetta voidaan havainnollistaa konkreetilla esimerkillä. Vaikka etenkin viimeaikaisista kansallisista käytännöistä olisi löydettävissä useitakin paradigmaa toteuttavia esimerkitapauksia²¹⁸ ja vaikka esimerkkeinä olisi mahdollista käyttää myös kyseenalaisten tuomioistuinratkaisujen kriittisiä oikeustieteellisiä kommenttipuheenvuoroja,²¹⁹ otan tässä esille vain yhden äskettäisen tapauksen, nimittäin korkeimman oikeuden ratkaisun lääkäriellä uskonnollisin perustein alle viisivuotiaalle pojalle suoritetun ympärileikkauksen rangaistavuutta koskevassa asiassa.

2.5.1.3. *Rationalistinen ihmisoikeusparadigma käytännössä: KKO 2008:93*

Tapauksen KKO 2008:93 ydinkysymys koski jännitettä lapsen henkilökohtaista koskemattomuutta koskevien oikeuksien sekä uskonnonvapauden ja siihen liittyvien perhe-elämän suojaa koskevien vaatimusten välillä sekä tuon jännitteen ratkaisun rikosoikeudellista relevanssia. Jännite ajankohtaistui, kun neljän ja puolen vuoden ikäiselle pojalleen ympärileikkauksen uskonnollisista syistä lääkäriellä teettänyttä pienen lapsen vanhempaa syytettiin avunannosta pahoinpitelyyn. Korkein oikeus katsoi, että menettely ei ollut rangaistavaa pahoinpitelynä tai siihen yllytyksenä.

On ilmeistä, että tapaus on kiperä ja että sen ratkaiseminen edellytti juuri sellaisia yhteiskunnallisen vedenjakajan asemassa olevia moraalisia ja eettisiä valintoja, joita Waldron piti erityisen sopimattomina tuomioistuinten ratkaista-

²¹⁷ Ks. Scheinin 2004, s. 551.

²¹⁸ Ks. KKO 2010:39 (Yksityiselämän suoja – Yksityiselämää loukkaava tiedon levittäminen, Sananvapaus, Menettämisseuraamus – Hyödyn menettäminen); KKO 2009:80 (Ylimääräinen muutoksenhaku – Tuomion purkaminen rikosasiassa – Ihmisoikeusloukkaus – Itsekriminointisuoja); KHO 2009:15 (Väestötietoasia – Henkilötunnuksen muuttaminen – Transseksuaalin sukupuolen vahvistaminen – Aviopuolison suostumus – Perusoikeudet – Ihmisoikeudet – Suomen perustuslaki – Euroopan ihmisoikeussopimus – Euroopan ihmisoikeustuomioistuin – Yksityis- ja perhe-elämän suoja – Oikeus avioliittoon – Rekisteröity parisuhde); KHO 2005:50 (Ulkomaalaisasia – Oleskelulupa – Avioliitto – Yhteiselämän päättymisen – Perheväkivalta – Perusoikeusmyönteinen tulkinta). Tapauksiin viitataan tässä esimerkkeinä perusteluiden laadukkuudesta, mikä ei välttämättä tarkoita, että myös ratkaisujen lopputulosta olisi syytä pitää oikeana.

²¹⁹ Ks. esim. KKO 2003:104, vrt. Scheinin 2004; KKO 2004:26, vrt. Ojanen 2004; KKO 2005:72, vrt. Lavapuro 2005, KKO 2007:77, vrt. Ojanen 2008; KKO 2005:72.

vaksi sekä tuomioistuinten legalististen taipumusten että demokraattiseen legitimeettiin liittyvien näkökohtien vuoksi.²²⁰ Kyse oli viime kädessä siitä, estääkö lapsen oikeus ruumiilliseen koskemattomuuteen hänen huoltajiaan päättämästä lapsensa puolesta koskemattomuuteen puuttuvasta toimenpiteestä, jonka perusteet eivät ole lääketieteellisiä, vaan joka perheen uskonnon mukaisesti perinteisiin liittyvänä kytkeytyy sekä perhe-elämän suojaan että uskonnonvapau-teen. Jos Jeremy Waldronin tuomioistuINVALVONNAN kritiikki otetaan tarkastelun lähtökohdaksi, olisi samalla oletettava, että tapaukseen sisältyvät moraalisesti ja eettisesti merkittävät valinnat tehtäisiin legalistisesti soveltamalla tapaukseen suoraan oikeudellisia tekstejä ja sivuuttaen näin tapaukseen liittyvät moraaliset ja eettiset punninnat kokonaan. Kun kyse on vielä periaatteista, joiden sisällöstä pluralistisessa yhteiskunnassa vallitsee rationaalisesti ylläpidettyjä erilaisia käsityksiä, tuomioistuimet käyttäisivät samalla valtaa, jonka tulisi edustuksellisuuden ja poliittisen yhdenvertaisuuden periaatteiden valossa kuulua demokraattisesti valituille elimille.

Korkeimman oikeuden ratkaisu ympärileikkausasiassa osoittaa kuitenkin Waldronin kritiikin puutteita. Tapauksen perusteella on ensinnäkin pääteltävissä, etteivät perus- ja ihmisoikeuksien tulkintaan liittyvät ja hyvinkin periaatteelliset ongelmat koske ainoastaan välittömiä normikontrollitilanteita, vaan ne saattavat ajankohtaistua jo yksinkertaisesti siksi, etteivät tapaukseen soveltuvat lain säännökset mahdollista ratkaisua ennen perusoikeustyypisten periaatteellisten konfliktien ratkaisemista. Toisin kuin oikeustieteellisen tutkimuksen piirissä on mahdollista, tuomioistuin ei myöskään voi ratkaisupakostaan johtuen ilman nimenomaisen lain tukea julistaa ongelmaa ratkaisemattomaksi taikka siirtää sitä lainsäätäjän päätettäväksi.

Toiseksi tapaukseen sisältyvät perustelut osoittavat havainnollisesti, kuinka kiperiäkin perus- ja ihmisoikeuspunnintoja on mahdollista lähestyä tavalla, joka ei tyhjenny oikeudellisessa mielessä puhtaaseen legalismiin, mutta ei toisaalta myöskään moraalisisessa ulottuvuudessa irrottaudu kokonaan niistä kiinnekohdista, joita yhteiskunnan perustavia arvovalintoja koskevilla moraalisilla argumenteilla on valtiosäännöissä ja kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa vahvistettuihin ja tässä mielessä oikeudellisiin perusteisiin.

Nyt ei ole tarpeen arvioida korkeimman oikeuden esittämien perustelujen aineellisoikeudellista pätevyyttä saati sijoittaa tapausta osaksi rikosoikeuden yleisiä oppoja.²²¹ Myös perus- ja ihmisoikeuksien rajoitusproblematiikkaa ja rajoi-

²²⁰ Korkeimman oikeuden ratkaisu oli yksimielinen, mutta ratkaisuun reagoitiin julkisuudessa varsin voimakkaasti. Esimerkiksi Vapaa-ajattelijain liitto ry. organisoii nimien keruun korkeimmalle oikeudelle osoitettuun avoimeen kirjeeseen, jossa kritisoiitii uskonnollisen tavan käyttämistä lapsen henkilökohtaiseen koskemattomuuteen puuttumisten perusteena sekä vaadittiin tyttöjen ja poikien ei-lääketieteellisistä syistä tehtävän ympärileikkauksen säätämistä Suomessa rikokseksi. Ks. <http://www.vapaa-ajattelijat.fi/lausunnot/avoin-kirje-ymparileikkauksesta>.

²²¹ Rikoksen rakenteesta ja oikeuttamis- ja anteeksiantoperiaatteiden merkityksestä siinä ks.

tusedellytyksiä on oikeustieteen keinoin tarkasteltu niin laajalti, ettei tässä ole syytä enää mennä tuon doktriinin yksityiskohtiin.

Tarkasteltavan argumentin kannalta tärkeämpää on osoittaa, että *tuomiois-tuinkäytännöt* tarjoavat konkreettisia ja rationaalisia esimerkkejä perus- ja ihmisoikeuspunnintoja koskevan argumentaation oikeudellisesta rakenteesta. Korkeimman oikeuden esittämät perustelut jakautuvat karkeasti ottaen neljään osaan. Perustelut alkavat yleisellä asian taustaa ja kysymyksenasettelua koskevalla osiolla, jossa tarkastellaan pahoinpitelyn tunnusmerkistön suhdetta ympärileikkaukseen sekä kuvataan ympärileikkauksen asemaa uskontoon liittyvänä ilmiönä samoin kuin toimenpiteen lääketieteellistä merkitystä (kappaleet 1–9). Tämän jälkeen perusteluissa siirrytään selostamaan asiassa lähtökohtaisesti merkityksellisten perus- ja ihmisoikeuksien sisältöä (kappaleet 10–18). Kolmas osa koostuu vuorostaan perus- ja ihmisoikeuksien tarkemman merkityksen arvioinnista juuri käsillä olevassa tapauksessa (kappaleet 19–27) johtopäätösten muodostaessa argumentaation viimeisen vaiheen.

Perus- ja ihmisoikeuksia ja niiden merkitystä koskevat osuudet muodostuivat keskeisimmiksi. Korkeimman oikeuden perustelujen mukaan asiassa oli annettava merkitystä ensinnäkin seuraaville teon oikeudenvastaisuutta perusteleville ja niin ollen rangaistukseen tuomitsemisen puolesta puhuville perus- ja ihmisoikeuksille sekä niitä koskeville tulkintaperiaatteille:

- A. Perustuslain 6 §:n 3 momentti edellyttää, että lapsia on kohdeltava tasa-arvoisesti yksilöinä, mikä jo sinänsä merkitsee lapsen käsittelemistä perusoikeuksien kannalta itsenäisenä subjektina.
- B. Perustuslain 7 §:n 3 momentin mukaan henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ei saa puuttua ilman laissa säädettyä perustetta.
 - B.1. Perustuslain esitöistä on pääteltävissä, että henkilökohtaisen koskemattomuuden suojan soveltamisalan piiriin kuuluivat muun muassa pakolla toteutettavat lääketieteelliset tai vastaavat toimenpiteet (HE 309/1993 vp s. 47).
 - B.2. Yksityisten välisissä suhteissa henkilökohtainen koskemattomuus saa turvaa lähinnä juuri rikos- ja vahingonkorvauslainsäädännön välityksellä.
 - B.3. Perustuslain 7 §:n 3 momentin esitöiden perusteella henkilökohtaisen koskemattomuuden suojalla perusoikeutena on läheinen

esim. Nuutila 1997, s. 81–87. Rikosoikeuden doktriinin kannalta on kiinnostavaa, ettei nykydoktriini näytä kykenevän sijoittamaan perus- ja ihmisoikeuksien oikeuttamaa tekoa osaksi perinteisten oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden varaan rakentuvia vastuuvapauden yleisiä oppeja. Tässä käsiteltävän tapauksen KKO 2008:93 ratkaisusta ei esimerkiksi ole pääteltävissä, sovelsiko KKO tapaukseen lopulta oikeuttamis- vai anteeksiantoperusteita koskevia yleisiä oppeja. Vielä selvemmin tämä doktrinaalinen puute tulee esiin korkeimman oikeuden tuoreesta täysistunnossa käsitellystä ennakkopäätöksestä KKO 2010:41, jossa enemmistö vaikuttaa soveltaneen tapaukseen oikeuttamisperusteita koskevaa doktriinia, mutta anteeksiantodoktriinin mukaisin seurauksin.

yhteys myös perustuslain 10 §:ssä turvattuun yksityiselämän suojaan: sen piiriin kuului muun muassa oikeus määrätä itsestään ja ruumiistaan (HE 309/1993 vp s. 53).

- B.4. Lakiin ei sisälly nimenomaista säännöstä, joka olisi oikeuttanut tapauksessa kysymyksessä olevan kaltaisen toimenpiteen.
- B.5. Henkilökohtaisen koskemattomuuden rajoittamiselle oli asetettu korkea kynnyks. Rajoitusten tuli perustua lakiin ja täyttää tulkintakäytännössä täsmentyvät hyväksyttävyyys- ja välttämättömyysvaatimukset.
- B.6. Merkitystä oli annettava myös perusoikeussäännösten ja ihmisoikeussopimusten tarjoaman suojan yhteisvaikutukselle.
- B.7. Myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa turvattu yksityiselämän suoja ulottuu sellaisiin henkilön koskemattomuuden loukkauksiin, joita ei voida pitää ihmisoikeussopimuksen 3 artiklassa tarkoitettuna epäinhimillisenä tai halventavana kohteluna kuten Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta asiassa *Juhnke v. Turkki* (13.5.2008) käy ilmi. Suhteellisen vähäisenkin lääketieteellinen toimenpide voi merkitä perusoikeuksien loukkausta, jos se tehdään ilman asianmukaista suostumusta.
- B.8. EIT:n tulkintakäytännön mukaan huoltajan oikeudet eivät voi olla vailla rajoja, vaan julkisen vallan tehtävänä on suojata lasta huoltajan aseman väärinkäytöltä (*Nielsen v. Tanska*, 28.11.1988, tuomion kohta 72).
- B.9. Lapsen ja hänen huoltajiensa oikeuksia yhteensovittaessa ensisijainen merkitys on lapsen edulla, joka voi syrjäyttää vanhemman intressin. Perhe-elämän suoja ei siten oikeuta huoltajan terveyttä ja kehitystä vaarantaviin toimiin (*Johansen v. Norja*, 7.8.1996, k. 78; *Scozzari ja Giunta v. Italia*, 13.7.2000, k. 169).

Se, että mainitut perusoikeudet soveltuivat tapaukseen, ei vielä sinällään ratkaissut asiaa. Myös syytteenalaisen toimenpiteen ja niin ollen henkilökohtaiseen koskemattomuuteen puuttumisen oikeuttamiseksi oli esitettävissä perus- ja ihmisoikeusperustaisia argumentteja:

- C. Vaikka perustuslain 10 §:ssä ei ole erityistä mainintaa perhe-elämän suojasta, myös perhe-elämä kuuluu säännöksen tarkoittaman yksityiselämän suojan piiriin (HE 309/1993 vp s. 53).
 - 1.1. Oikeus perhe-elämään turvataan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa.
 - 1.2. Perhe-elämän perus- ja ihmisoikeussuoja kattaa lähtökohtaisesti sen, että lapsen huoltajilla on oikeus päättää lapsensa kasvatuksesta ja siten myös oikeus kasvattaa lastaan uskontonsa ja kulttuurinsa vaatimusten mukaisesti. Näin ollen oli selvää, että niin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa kuin kansallisessa perusoikeussäännöstössäkkin suojataan siten yhtäältä yksilöä, mukaan lukien lapset yksilöinä, ja toisaalta perhettä ja perhe-elämää, johon liittyy lapsen huoltajien lähtökohtainen päätösvalta alaikäistä koskevissa asioissa.
- D. Uskonnon ja omantunnon vapaus on turvattu perus- ja ihmisoikeutena ja tähän oikeuteen kuuluu muun muassa oikeus tunnustaa ja harjoittaa

uskontoa (perustuslain 11 §, Euroopan ihmisoikeussopimuksen 9 artikla).

D.4. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä uskonnon harjoittamisen ja tunnustamisen muotoina pidetään muun muassa uskoa ilmaisevia erilaisia seremoniaalisia menoja ja osallistumista tiettyyn elämänvaiheeseen kuuluviin uskonnollisiin rituaaleihin.

D.5. Uskonnonvapaus käsittää niin yhteisöllisesti ja julkisesti kuin yksityisesti tapahtuvan uskonnon harjoittamisen, samoin kuin oikeuden oman vakaumuksen levittämiseen kanssaihmisille (EIT:n ratkaisu asiassa *Kokkinakis v. Kreikka*, 25.5.1993, A 260, tuomion kohta 31).

Toisaalta uskonnonvapautteen oli sallittua säätää rajoituksia.

E. Uskonnonvapauden osalta sallittuihin rajoitusperusteisiin kuuluu – Euroopan ihmisoikeussopimuksen 9 artiklan 2 kohdasta nimenomaisesti ilmenevin tavoin – toisen oikeuksien suojeleminen.

E.1. Perusoikeusuudistuksen esitöiden (HE 309/1993 vp s. 56) mukaan uskonnonvapaus ei merkitse sitä, että siihen vedoten voitaisiin harjoittaa toimia, jotka loukkaavat ihmisarvoa tai muita perusoikeuksia, eikä uskonnonvapautta koskeva säännös siten voi oikeuttaa missään olosuhteissa esimerkiksi ihmisyksilöiden silpomista, kuten naisten ympärileikkausta, huolimatta tällaisen toimenpiteen mahdollisesta yhteydestä johonkin uskonnolliseen suuntaukseen.

E.2. Perusoikeusuudistuksen esitöissä korostuu myös yleisesti, että muiden perusoikeuksiin liittyvät näkökohdat on otettava huomioon tulkittaessa, miten pitkälle perusoikeussuoja ulottuu.

E.3. Perustuslain esityöt kieltävät loukkaamasta lapsen perusoikeuksia, kuten oikeutta henkilökohtaiseen koskemattomuuteen, muun henkilön uskonnonvapauteen vedoten.

Lopuksi korkein oikeus totesi, että edellä viitatuut lähtökohdat ilmenevät myös Suomessa lailla 1129/1991 voimaansaatetusta, ja New Yorkissa 20.11.1989 tehdystä lapsen oikeuksia koskevasta yleissopimuksesta. Sen 30 artiklan mukaan lapselta ei saa kieltää oikeutta nauttia yhdessä uskonnollisen ryhmänsä muiden jäsenten kanssa omasta kulttuuristaan tai tunnustaa ja harjoittaa omaa uskontoaan. Toisaalta yleissopimuksen 19 artiklan mukaan sopimusvaltiot ovat sitoutuneet ryhtyvänsä kaikkiin asianmukaisiin toimiin suojellakseen lasta kaikentilaiselta väkivallalta, vahingoittamiselta ja pahoinpitelyltä silloin, kun hän on vanhempansa tai huoltajansa hoidossa, ja 24 artiklan 1 kohdan mukaan sopimusvaltiot ovat tunnustaneet lapsen oikeuden nauttia parhaasta mahdollisesta terveydentilasta. Yleissopimuksen 24 artiklan 3 kohdassa sopimusvaltiot ovat sitoutuneet ryhtyvänsä tehokkaisiin ja tarkoituksenmukaisiin toimiin poistaakseen lasten terveydelle vahingollisia perinteisiä tapoja. Sopimuksen syntyyn

liittyvät asiakirjat viittaavat siihen, että tällä maininnalla on tarkoitettu viitata naisten sukupuolielinten silpomista koskeviin perinnäistapoihin.

Sen jälkeen kun tapauksessa ”prima facie” merkitykselliset perus- ja ihmis-oikeudet oli alustavasti nostettu esiin, oli korkeimman oikeuden vielä arvioitava niiden lopullista merkitystä ratkaisutilanteessa. Kuten perusteluissa todetaan, merkitys riippui punninnasta. Kysymys oli viime kädessä siitä, ”estääkö perus- ja ihmisoikeutena turvattu lapsen oikeus ruumiilliseen koskemattomuuteen hänen huoltajiaan päättämästä lapsensa puolesta tällaisesta toimenpiteestä, jonka perusteet eivät ole lääketieteellisiä, vaan joka perheen uskonnon mukaisesti perinteisiin liittyvänä kytkeytyy sekä perhe-elämän suojaan että uskonnonvapauteen.” (KKO 2008:93, perustelujen k. 19)

On kiinnostavaa havaita, ettei korkein oikeus vain tyytynyt ilmaisemaan punninnan lopputulosta, kuten on varsin tavallista etenkin korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisukäytännölle.²²² Sen sijaan se pyrki usean perustelukappaleen turvin selvästi antamaan tapaukseen soveltuville periaatteille juuri käsillä olevassa tulkintatilanteessa asianmukaisen painoarvon (ks. KKO 2008:93, k. 20–23). Se katsoi asiassa esitetyn selvityksen valossa, että poikien ympärileikkausta voidaan sellaisenaan pitää jokseenkin vaarattomana toimenpiteenä eikä toimenpiteestä asianmukaisesti ja ammattitaitoisesti suoritettuna aiheudu asianomaiselle terveydellistä tai muutenkaan pysyvää haittaa. Kyseessä oli lisäksi toimenpide, jolle toisinaan on myös lääketieteellisiä perusteita ja jota varten on siitäkkin syystä olemassa asianmukaiset ja ammatillisesti koetellut menettelytavat. Vaikka toimenpiteen vaikutus on pysyvä ja peruuttamaton, siihen ei liity lasta tai hänestä sittemmin kehittyvää aikuista kielteisesti leimaavia piirteitä. Nämä seikat huomioon ottaen korkein oikeus katsoi, että ympärileikkausta voidaan pitää verraten vähäisenä puuttumisena lapsen ruumiilliseen koskemattomuuteen, mikäli toimenpide suoritetaan lääketieteelliseltä kannalta asianmukaisesti, asiallisissa hygieenisissä olosuhteissa ja toimenpiteen edellyttämää kivunlievitystä käyttäen. Lisäksi perusteluissa todettiin aiemmin esitettyihin tarkempiin perusteluihin viitaten, että uskonnollisista syistä suoritettavalla ympärileikkauksella voidaan arvioida olevan myönteistä merkitystä nimenomaan leikkattavan pojan itsensä, hänen identiteettinsä kehittymisen sekä uskonnolliseen ja sosiaaliseen yhteisöönsä kiinnittymisen kannalta. Näistä syistä uskonnollisiin perustein suoritettuna lääketieteellisesti asianmukaisen ympärileikkauksen muodossa tapahtuvaa puuttumista pojan ruumiilliseen koskemattomuuteen oli mahdollista pitää lapsen kokonaisedun kannalta puolustettavana ja kokonaisuutena-

²²² Ks. esim. KHO 2006:98 (ns. eroakirkosta.fi -tapaus, jossa KHO katsoi, että kaupungin liikennelaitos sai kieltäytyä tekemästä yksityisoikeudellista sopimusta yhdistyksen kanssa, jolla yhdistys olisi mainostanut mahdollisuutta erota uskonnollisesta yhdyskunnasta). Ks. myös KHO 2008:20 (vangin oikeus paastonajan ravintoon), KHO 2005:62 (keskitetty vaalimainonta) sekä korkeimman oikeuden osalta myös esim. KKO 2003:107 (isyyslain voimaanpanolain kannerajoi-tussäännöksen sovellettavuus).

kin arvostellen siinä määrin vähäisenä toimenpiteenä, ettei lapsen huoltajien menettelyä tällaisen ympärileikkauksen teettämisessä lapselleen ole aiheutta pitää sellaisena lapsen etua ja oikeutta loukkaavana tekona, joka olisi pahoinpitelynä rangaistava.

Korkeimman oikeuden ratkaisua voidaan perustelujen laadun näkökulmasta pitää oikeuskulttuurissamme poikkeuksellisenä, melkeinpä jonkinasteisena sisällöllistä argumentaatiota painottavan ihmisoikeuskulttuurin murroksen ”toisen aallon” valtiosääntöoikeudellisena maamerkinä, joka merkitykseltään rinnastuisi ihmisoikeusnormien sovellettavuutta korostaneen ensimmäisen aallon keskeiseen ratkaisuun KKO 1993:58.²²³

Tämä ei tarkoita, että korkein oikeus olisi tapauksessa kehitellyt aivan uudenlaisia perustelutapoja. Päinvastoin, argumentaation peruslähtökohdat ovat sinänsä vakiintuneet. Esimerkiksi kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valvontaelinten ratkaisuihin on meillä viitattu jo 1990-luvun alkupuolelta lähtien.²²⁴ Myöskään tapauksen ratkaisemisen kannalta keskeistä roolia näytellyt perusoikeuspunninta taikka oikeastaan oikeasuhtaisuuden vaatimuksen soveltaminen ei luonnollisestikaan edusta juuri tässä tapauksessa kehitettyä innovaatiota. Tapauksen punninta-asetelma on selvästi sukua esimerkiksi niille muotoiluille, joiden kautta *Veli Merikoski* lähestyi perusoikeuksien tulkintaan liittyviä konfliktitilanteita jo vuonna 1969,²²⁵ ja joita sittemmin on täsmennetty etenkin Veli-Pekka Viljasen perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä koskevassa väitöskirjatutkimuksessa.²²⁶ Viljasen kirjaamalla lähtökohdilla on puolestaan selvä kytkentä paitsi perustuslakivaliokunnan perusoikeusuudistuksessa esittämiin lähtökohtiin myös etenkin saksalaisessa valtiosääntödoktriinissa omaksuttuun suhteellisuusvaatimukseen sen suppeassa merkityksessä.²²⁷ Viimeksi mainittu puolestaan on saanut abstrakteimman ilmaisunsa jo edellä mainituksi tullessa Robert Alexyn punnintalaissa: Kun samaan tapaukseen soveltuu useita keskenään jännitteisiä perusoikeuksia tai kun laki muulla perusteella rajoittaa yksittäisen, käsillä olevaan tapaukseen *prima facie* soveltuva perusoikeutta, määräytyy oikeuksien lopullinen (definitiv) merkitys yksinkertaisen kaavan

²²³ Ks. tapauksen KKO 1993:58 merkityksestä Scheinin 2004, s. 538 ja Scheinin 1996, s. 266–268. Tapaus on kritiikille altis sen suhteen, että yhtä vähemmistöön jääneen oikeusneuvoksen mielipidettä lukuun ottamatta perusteluihin ei sisälly viittauksia perusoikeuksiin.

²²⁴ Ks. esim. KKO 1994:26.

²²⁵ Ks. Merikoski 1969, s. 118. Merikosken mukaan vähäisemmät kajoamiset perusoikeuksiin voitiin toteuttaa tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä, kun taas ankarammat, syvemmälle käyvät puuttumiset edellyttivät perustuslainsäädäntöjärjestystä. Merikosken omin sanoin: ”Mitä voimakkaammasta ja pakottavammasta yleisestä edusta on kysymys, sitä pitemmälle meneviä kajoamisia hallitusmuodon toisessa luvussa mainittuihin kansalaisten yleisiin oikeuksien voidaan saattaa voimaan tavallista lainsäätämisyjärjestystä noudattaen.”

²²⁶ Ks. Viljanen 2001.

²²⁷ Ks. esim. Schlink 2001, 460–462,

mukaan: mitä enemmän yhtä periaatetta rajoitetaan, sitä tärkeämpänä tulee toisen toteuttamista pitää.²²⁸

Korkeimman oikeuden ennakkopäätöksen KKO 2008:93 perustelut tarjoavat kuitenkin kokonaisuutena esimerkillisen kuvan siitä, miten punnintalain mukainen yleinen rakenne on mahdollista täyttää sisällöllisesti oikeudellisilla argumenteilla. Samalla se tarjoaa näkymän myös kolmeen muuhun keskeiseen perus- ja ihmisoikeuksien oikeudellista merkitystä määrittävään lähtökohtaan.

Niistä ensimmäinen koskee valtiosääntöoikeudellisten argumenttien painavuutta ja justifikaatioarvoa suhteessa muihin painaviin yhteiskunnallisiin intresseihin. Kuten Veli-Pekka Viljanen on korostanut, valtiosääntöoikeudellisille näkökohdille on syytä antaa vaikutusta arvioitaessa eri vaakakuppeihin sijoitettavien argumenttien painoarvoa silloinkin, kun tapaukseen soveltuva argumentti näyttäisi viittaavan muuhun kuin lähtökohtaisesti perusoikeustyyppiseen intressiin.²²⁹ Yksittäisen argumentin painoarvoon vaikuttaa nimittäin se, millaista institutionaalista tukea argumentti saa perustuslaista ja sitä koskevista tulkintakäytännöistä samoin kuin sekin, kuinka hyvin argumentti on sopusoinnussa yleisempien valtiosääntöoikeudellisten periaatteiden ja perusoikeusjärjestelmän kokonaisuuden kanssa.²³⁰ Tämän vuoksi myös sellaiset argumentit, jotka on tavanomaisesti palautettu yleisiin kollektiivisuonteisiin intresseihin (esim. ympäristön suojelu) tai muutoin painavina pidettyihin oikeudellisiin päämääriin (esim. lapsen etu) saattaa olla punninta-asetelmassa syytä ymmärtää perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden valossa. Niinpä korkeimman oikeuden ratkaisua voidaan lukea myös tulkintana siitä, millaisiin perusteisiin perheoikeudellinen ”lapsen edun” käsite tulee perus- ja ihmisoikeuskontekstissa nojata.

Tällaiselle kollektiivisten intressien perusoikeudellistamiselle on sinänsä syytä asettaa myös rajoja, kuten Kaarlo Tuori on toisaalla etenkin lainsäädäntövaiheen punnintoihin viitaten esittänyt.²³¹ Silti etenkin konkreettisissa yksittäistapauksissa, kun käsillä olevan tulkintaongelman ratkaiseminen edellyttää mahdollisimman perusteltua kannanottoa yksittäisten oikeussubjektien välisiin suhteisiin ja näissä suhteissa ilmenevien perusoikeusrajoitusten oikeutettavuuteen, punninnan lopputulosta voidaan kiistatta pitää sitä oikeutettumpana, mitä vakuuttavammin ja välittömämmin se on kytkettävissä perus- ja ihmisoikeuksina vahvistettuihin periaatteisiin eikä esimerkiksi pelkästään harkinnanvaraisiksi miellettyihin oletuksiin kollektiivisen intressin painavuudesta.

Toinen näkökohta liittyy punninnan rajoihin ja erityisesti ei-rajoitettavissa oleviin perusoikeuksiin. Kuten korkeimman oikeuden perusteluista käy ilmi, virallinen syyttäjä oli tapausta käsiteltäessä esittänyt, että poikien ympärileik-

²²⁸ Ks. Alexy 1986, s. 146.

²²⁹ Ks. Viljanen 2001, s. 220–221.

²³⁰ Ks. Viljanen 2001, s. 220.

²³¹ Ks. Tuori 2002a, s. 104–105.

kauksen hyväksyminen merkitsisi sukupuoleen ja uskontoon perustuvaa syrjintää siihen nähden, että tyttöjen ympärileikkauksen katsotaan olevan rangaistavaa ja että muissa uskonnoissa kuin juutalaisuudessa ja islamilaisuudessa pojat eivät joudu ympärileikkauksen kohteeksi. Tällainen tulkinta kuitenkin torjuttiin. Korkein oikeus katsoi sen sijaan, ”että tyttöjen ympärileikkauksessa on kysymys lähinnä törkeäksi pahoinpitelyksi luokiteltavasta menettelystä, jota ei voida missään olosuhteissa oikeuttaa nyt kyseessä olevan kaltaisilla uskonnollisilla ja sosiaalisilla syillä, eikä sitä ole perusteltua rikosoikeudellisessa arvioinnissa rinnastaa poikien ympärileikkaukseen.”

Lausumaa voidaan perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta tarkastellen tulkita ilmaukseksi siitä, että tyttöjen sukupuolielinten silpominen merkitsee joko kidutukseen verrattavaa kohtelua²³² tai muuta kajoamista lapsen henkilökohtaisen koskemattomuuden ydinalueeseen, mistä puolestaan seuraa, ettei toimenpidettä voida oikeuttaa sen paremmin uskonnonvapaudella kuin millään muullakaan oikeudellisella tai yhteiskunnallisella argumentilla. Kyse on perus- ja ihmisoikeuksien sääntöluottuvuudesta ts. siitä, ettei kyseiseen oikeuteen saa joko oikeuden ehdottomuuden taikka sen ydinalueen suojan johdosta millään perusteella puuttua.²³³

Kolmas tapauksen valtiosääntöteoreettisesti kiinnostava ulottuvuus koskee valtiosäännön suhdetta muihin oikeudenaloihin. Korkeimman oikeuden ennakkopäätöksen 2008:93 lähtötilanteena oli rikosoikeudellinen vaatimus teon oikeudenvastaisuudesta teon rangaistavuuden edellytyksenä. Oikeudenvastaisuus riippui puolestaan konfliktista lapsen henkilökohtaisen koskemattomuuden ja uskonnonvapauden välillä.

Perusoikeuksien tuomioistuinvalvontaan kriittisesti suhtautuvien argumenttien näkökulmasta tällainen konflikti tulisi ratkaista ensisijaisesti rikoslain ja sitä koskevien tulkintakäytäntöjen ja -doktriinien nojalla, koska vain näin voidaan varmistaa, että lainsäätäjän lainsäätämisvaiheessa tekemät perusoikeustulkinnat välittyvät oikeudellisiin käytäntöihin. Tällainen lähtökohta ei kuitenkaan lainkaan ota kantaa siihen, miten tuomioistuinten tulisi oikeastaan toimia, jos demokraattisesti säädetty laki ja muut ensisijaiset oikeuslähteet eivät tuotaakaan selvää vastausta esillä olevaan oikeudelliseen ongelmaan. Tuomioistuin-kontrollin kriitikoiden näkökulmasta tuskin voidaan tällöin hyväksyä oikeuspositivistisen oikeusteorian tarjoamaa vaihtoehtoa, jonka mukaan tuomioistuimet voisivat tällaisissa tilanteissa tehdä ratkaisunsa vapaasti oman harkintansa nojalla ja niin ollen nimenomaisesti ulko-oikeudellisiin argumentteihin tukeutuen. On nimittäin vaikea nähdä, millä perusteella tuomioistuinten harkinta perusoi-

²³² Ihmisoikeuskomitea on käytännössään katsonut, että ns. naisten ympärileikkaus merkitsee kidutuksen ja ihmisarvoisen kohtelun kieltoa koskevan KP-sopimuksen 7 artiklan loukkausta. Ks. esim. Ihmisoikeuskomitean yleinen kannanotto 28, k. 11. Ks. myös YK:n erityisraporttija Manfred Nowakin kidutusta koskeva raportti 5.10.2010 (A/HRC/13/39/Add.5), k. 54–55.

²³³ Ks. Viljanen 2001, s. 231.

keuksien rajoissa olisi illegitiimimpää kuin näistä kahleista kokonaan vapautettuna. Uskottavampaa onkin, että kriitikkojen mukaan tuomioistuinten tulisi aukkotilanteissa edelleenkin pyrkiä ensisijaisesti tekemään ratkaisunsa sovellettavan lain taustalla olevan oikeudenalakohtaisen systeemin määrittämässä rajoissa. Tällaista näkökantaa saatetaan perustella silläkin, että perusoikeuksiin rationaalisesti liitettävissä olevien normatiivisten vaatimusten voi olettaa olevan jo ikään kuin valmiiksi kerrostuneina lakiin perustuvissa oikeudenalakohtaisissa doktriineissa ja sen puitteissa kehittyneissä periaatteissa ja käsitteissä: sekä demokraattiset että oikeudenalakohtaiseen systeemiin perustuvat argumentit edellyttäisivät rationaalien perus- ja ihmisoikeusparadigman sitomista oikeudenalakohtaisesti määrittävien, ”lokaalisesti koherenttien” tulkintavaihtoehtojen puitteisiin.²³⁴

Aulis Aarnion kantaa voitaneen pitää suomalaisen keskustelun piirissä tältä osin ehdottomimpana. Kritisoidessaan Juha Karhun tilannekohtaista ja perusoikeuspainotteista varallisuus-oikeusteoriaa, Aarnio päätyy esittämään, että perus- ja ihmisoikeudet samoin kuin muutkin kansallisen oikeuden ulkopuoliset lähteet tulisi konkreettisissa soveltamistilanteissa alistaa muilla kansallisilla oikeuslähteillä ja etenkin lailla määriteltäville tulkintavaihtoehtoilta:

”Peruskartoitus tehdään aina normaalijuridisin keinoin... . Siinä tapauksessa että systeemi jättää tasavahvat tulkintavaihtoehdot, saatetaan tilanteesta riippuen joutua perusoikeuksien edellyttämään punnintaan, joka puolestaan voi johtaa myös eri tasoiseen moraaliargumenttien käyttöön.”²³⁵

Korkeimman oikeuden ratkaisu heijastelee kuitenkin toisenlaista näkökulmaa. Siinä nimenomaan perus- ja ihmisoikeusargumentit tuottivat ne erilaiset tulkintavaihtoehdot, joita tapauksessa oli punnittava. Ne eivät määrittäneet ikään kuin rikosoikeudesta ja perheoikeudesta käsin vaan nimenomaan päinvastoin.

Tällainen näkökulma asettaa perus- ja ihmisoikeudet sille paikalle, jolle ne tapaavat jo sekä oikeudellisilta perusfunktioltaan että systeemiseltä merkitykseltään modernissa konstitutionalismissa ja ihmisoikeusjuridiikassa yleensä asettua. Perus- ja ihmisoikeuksien ensisijainen oikeudellinen funktio on kriittinen: ne asettavat muulle oikeusjärjestykselle yleiset normatiiviset legitimiisyyskriteerit. Vaikka kaikkea oikeudellista päättelyä ei ole Veli-Pekka Viljasen korostamalla tavalla syytä palauttaa perusoikeuksiin²³⁶ eikä poliittista päätöksentekoa tule arvioida ikään kuin se olisi perusluonteeltaan valtiosäännössä omaksuttujen sisällöllisten ratkaisujen toimeenpanoa niin kuin Tuori sekä *Böckenförde* ja *Forsthoff* ovat huomauttaneet,²³⁷ jää konkreettisesti sovelletta-

²³⁴ Ks. esim. Helin 2007, s. 1266, Tuori 2007, s. 125–126 ja 272–273.

²³⁵ Aarnio 2006, s. 336.

²³⁶ Ks. Viljanen 2002, s. 35.

²³⁷ Ks. Tuori 2007, s. 273, Böckenförde 1991, s. 188–189, Forsthoff 1971, s. 144.

ville perus- ja ihmisoikeuksille vielä tämän jälkeenkin legitiimi ja oikeastaan valtiosääntöisen järjestelmän perusehtojen valossa välttämätönkin rooli. Vain oikeusjärjestystä yleisesti arvioivan kriittisen tehtävänsä kautta perus- ja ihmisoikeudet voivat varmistaa, että julkisen vallan käyttö perustuu tosiasiallisesti-kin niille lähtökohdille, joille sen perustuslaissa väitetään perustuvan. Ja toisin kuin kriitikot väittävät, juuri tällaista kriittistä tehtävää toteuttaessaan tuomioistuimet voivat osaltaan valvoa, ettei päätöksentekovalta oikeuden sisällöstä siirry kapea-alaisen juristieliitin ja eliitin käymän doktrinaalisen kielipelin hal- tuun ja *niin ollen* demokraattisten menettelyjen ulkopuolelle.²³⁸

2.5.2 Demokratiaperiaatteen demokratia

2.5.2.1 Demokratian tulkinnanvaraisuus

On syytä palauttaa mieliin, että Waldronin toinen keskeinen kritiikki perusoikeuksiin nojautuvaa lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollia vastaan perustui demokratia-argumentille. Perusoikeuksien tuomioistuinkontrolli oli Waldronin mielestä demokraattisesti illegitiimi instituutio, koska se asettaa oikeuksia koskevan viimekätisen päätöksentekovallan demokraattista vastuuta vailla toimivalle suppealle tuomarijoukolle ja riistää sen kansalaisilta, joille se edustuksellisuuden ja poliittisen yhdenvertaisuuden periaatteiden valossa kuuluisi.²³⁹ Totesin jo edellä, että Waldronin demokratiaperiaatteen sisäl- löksi näyttää näin ollen pelkistyvän vaatimus rajata *oikeudellisesti merkityksel- liset* kansanvaltaiset menettelyt yksinomaan edustuksellisten instituutioiden piiriin. Tästä taas seuraa, että Waldron joutuu sivuuttamaan demokraattisten menettelyjen piiristä ne julkiset diskurssit, joita myös demokratian sisällöstä on esimerkiksi perusoikeusargumenteille perustuvien tuomioistuinratkaisujen va- rassa mahdollista käydä.

Tällainen tulkinta demokratiasta on sekä valtiosääntöoikeudellisesti että muutenkin perustuslakikontrollin oikeuttamisdiskursseille asetettavissa oleviin vaatimuksiin nähden liian kapea. Se kiistanalaisuus, jonka Waldron liittää oi- keuksiin, koskee myös monia muita perustuslakikontrollin kannalta keskeisiä periaatteita, demokratiaperiaate mukaan lukien. Tällä taas on huomattavia vai- kutuksia sen suhteen, millaiseksi ymmärrämme tuomioistuinten aseman paitsi perusoikeuksien konkreetteja sisältöjä, myös demokratian edellytyksiä koske- vassa julkisessa keskustelussa. Ennen kuin näihin seurauksiin on mahdollista mennä, on syytä tarkastella hieman tarkemmin, millaisten vaihtoehtojen puit-

²³⁸ Ks. myös Kumm 2006, s. 366.

²³⁹ Ks. Waldron 2006, s. 1353.

teissa demokratian sisältöä ja merkitystä samoin kuin demokratiakäsitysten valtiosääntöisiä implikaatioita on karkeasti ottaen mahdollista tarkastella.

2.5.2.2 *Kolme käsitystä demokratiasta*

Demokratian erilaisia merkitysisältöjä on Jürgen Habermasia seuraten mahdollista eritellä tekemällä jako republikanistiseen (ts. yhteisölliseen), liberaaliin ja deliberatiiviseen (so. diskursiiviseen) demokratiakäsitykseen. Niistä sekä yhteisöllistä että liberaalia tulkintaa leimaa sitoutuminen tiettyyn sisällölliseen teoriaan demokratian funktioista, kun taas Habermasin kannattama deliberatiivinen käsitys korostaa demokratian menettelyllisiä piirteitä. Niillä kaikilla on suoria seurannaisvaikutuksia sen suhteen, miten perusoikeuksien ja demokratian suhteen ajatellaan oikeudellisestikin oikeastaan jäsenyvän.

Kaarlo Tuorin kriittisesti käyttämä yksinkertaistetun demokratiakäsityksen kuvaus ilmentää näitä oikeudellisia implikaatioita varsin hyvin.²⁴⁰ Tuorin hahmotelmassa yksinkertaistettu demokratiakäsitys hahmottaa ensinnäkin perusoikeuksien soveltamistilanteet samoin kuin lakien aukkotapauksetkin. Tällaiset tilanteet aiheutuvat siitä, ettei lainsäätäjällä ole otanut tiettyä soveltamistilannetta huomioon tai siitä, että lainsäädäntö on jätetty tarpeettoman väljäksi. Jos näin on, tuomioistuinten on jatkettava lainsäätäjän työtä ja täytettävä aukko kyseisessä tapauksessa täsmennettävällä uudella normilla. Oikeuspositivistisen oikeusteorian mukaan tuomioistuin asettaa tällöin puhtaasti harkintaansa perustuvan uuden oikeusnormin. Vaikka myönnetäänkin, ettei tällaisia tilanteita voi oikeuskielen epätarkkuudesta johtuen välttää, ovat ne lähtökohtaisesti kyseenalaisia. Tuomioistuimet joutuvat tehtävään, johon niillä ei ole sen paremmin keinoja kuin legitimizeettää.²⁴¹

Kuten Husa on esittänyt, yksinkertaistettu demokratiakäsitys viittaa lähinnä ”vanhaan”, ranskalaisesta klassisesta valtiosääntöajattelusta nouseviin yhteisöllisiin, erityisesti republikanistisiin²⁴² käsityksiin kansanedustuslaitoksen säättämien lakien luonteesta kansan yleistahdon ilmauksena.²⁴³ Tämä ilmiössäns *Rousseaulta*²⁴⁴ peräisin oleva ja vuoden 1789 kansalaisoikeuksien julistuksen 6

²⁴⁰ Ks. Tuori 2000a, s. 251–252.

²⁴¹ Ks. Tuori 2000a, s. 252.

²⁴² Poliittisena käsitteenä ”republikanismi” palautuu antiikin Kreikkaan ja erityisesti siihen roomalaiseen hallintotapaan, jossa kaikkia kansalaisia koskevista julkisista asioista (res publica) tuli ensin keskustella vapaasti yhteisessä julkisessa tilassa. Moderni republikanismi nojautuu tähän renessanssissa henkiinherätettyyn poliittiseen ideologiaan (ks. erit. Skinner 1978, s. 139–144), mutta sen keskeinen nykysisältö sai muotonsa Ranskan ja Yhdysvaltojen vallankumouksissa ja niiden valistusteoreettisissa taustoissa (Pettit 1997, s. 19–22).

²⁴³ Ks. Husa 2004a, s. 131.

²⁴⁴ Toisaalta on kyllä huomattava, että Rousseauin lähtökohtana oli pienessä yhteisössä harjoitettava suora demokratia eikä ainakaan lähtökohtaisesti nykyisissä valtiollisissa demokratioissa

artiklaan tuolloin kirjattu periaate²⁴⁵ muodosti ranskalaisen valtiosääntökäsit-
tyksen ja sen institutionaalista ratkaisua määrittävän ytimen: Kun laki oli välit-
tömästi kytketty kansan yleiseen tahdonilmaukseen, merkitsisi tuomioistuinten
asettaminen tuon tahdonilmauksen pätevyuden arvioijaksi samalla demokrati-
an vastakohtaa. Lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin krii-
tiikki onkin yleensä seurannut yhteisölliselle demokratiatulkinntalle tyypillisiä
linjauksia.

Liberaali, etenkin *John Lockeen* mutta myös *Joseph Schumpeteriin* kiinnitty-
vä demokratiakäsitys tavataan esittää tällaisen rousseaulaisen ja republikanisti-
seen ajattelutraditioon kytkeytyvän käsityksen vaihtoehtona. Siinä missä re-
publikanistisessa teoriassa demokraattisella politiikalla on yhteisön ja sen jä-
senet, ts. kansalaiset, *perustava* vaikutus, liberaalin käsityksen mukaan demo-
kratian tehtävä on ensisijaisesti *välittävä*.²⁴⁶

Liberaalin paradigman näkökulmasta demokraattisilla menettelyillä mahdol-
listetaan yksilöllisesti ylläpidettyjen intressien kanavoituminen enemmistöpe-
riaatteen mukaisesti osaksi julkista päätöksentekoa. Tältä osin etenkin Schum-
peterin minimidemokratiakäsitys pelkistää teorian lähtökohdat selkeimmilleen.
Kuten *Maija Setälä* on kuvannut, Schumpeterin kritiikin kohteena oli juuri
klassinen rousseaulainen demokratiakäsitys (tai oikeammin ehkä sen utilitaris-
tinen versio), jota Schumpeter arvosteli siitä, että siinä demokratian uskotaan
tuottavan yhteisen hyvän tai yhteiskunnan kokonaisedun mukaisia lopputulok-
sia.²⁴⁷ Schumpeterin mukaan demokratian legitimitetti ei riippunut sen tuotta-
mista lopputuloksista. Sen sijaan demokratia edusti hänelle institutionalisoitua
menettelyä, jossa yksilöt kilpailivat poliittisesta päätöksentekovallasta.²⁴⁸ Täl-
lainen liberaali demokratiakäsitys samastaa poliittisen päätöksenteon markki-
noin ja sen toimijat markkinoilla toimiviin vapaisiin ja yksilöllisiä intressejä
toteuttaviin ihmisiin. Habermas onkin korostanut, että liberaalissa demokrati-
akäsityksessä yksityisten suhde valtioon jäsentyy negatiivisten oikeuksien kaut-
ta. Oikeuksien kantajina yksilöt nauttivat julkisen vallan suojaa niin kauan kuin
he toteuttavat oikeuksiaan lain säätelmissä rajoissa. Poliittiset oikeudet takaa-
vat jokaiselle mahdollisuuden ymmärtää yksityiset intressit tavalla, jossa int-
ressien voi katsoa välittyvän vaalien ja edustuksellisen demokratian kautta po-
liittiseen päätöksentekoon ja sen perusteella tapahtuvaan julkisen vallan käyt-

toteutuva massamittainen edustuksellinen demokratia, jonka perusteet on syytä kytkeä Rous-
seaun sijaan pikemminkin klassisiin utilitaristeihin, kuten Jeremy Benthamiin. Benthamin käsi-
tyksen mukaan juuri edustuksellinen demokratia edisti parhaiten yhteiskunnan kokonaisuhyvin-
vointia. Ks. esim. Schofield 2006, s. 250.

²⁴⁵ Vuoden 1789 Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyenin 6 artiklan ensimmäinen
virke kuuluu seuraavasti: ”La loi est l’expression de la volonté générale.”

²⁴⁶ Ks. Habermas 1996, s. 21.

²⁴⁷ Ks. Setälä 2003, s. 61.

²⁴⁸ Ks. Schumpeter 2005, s. 269–273 ja 284–285.

töön.²⁴⁹ Demokratian funktioksi määritty näin intressikilpailun tulosten legitimointi.

Republikanistisen demokratiakäsityksen puitteissa demokratian ja siinä tapahtuvan julkisen mielipiteenmuodostuksen tarkoituksena ei ole tuottaa foorumia strategisesti omia etujaan toteuttavien toimijoiden ja erilaisten mielipiteiden valtakamppailulle. Markkinoiden sijaan sen taustana on julkinen tila, jossa tavoitellaan yhteisymmärrykseen pääsyä vapaan mielipiteenmuodostuksen pohjalta. Myöskään ihmisten oikeusasema suhteessa valtioon ei lähtökohtaisesti määräydy sellaisten negatiivisten oikeuksien kautta, joihin he saattaisivat yksityisinä tahoina vedota. Sen sijaan poliittiset oikeudet ovat muodoltaan positiivisia vapauksia,²⁵⁰ jotka sellaisena eivät anna suojaa valtion taholta tulevia puuttumisia vastaan, vaan takaavat vain mahdollisuuden ottaa osaa julkiseen päätöksentekoprosessiin. Demokratian funktioksi ei kuitenkaan jää yksinomaan poliittisen keskustelun tilan tuottaminen, vaan sen merkitys on huomattavasti vahvempi. Nimenomaan demokraattisesti toteutetun mielipiteen- ja tahdonmuodostuksen kautta poliittinen yhteisö konstituoiti itsensä ja saa ikään kuin yhteisönä ja kollektiivisena tahtona oman identiteetin.²⁵¹

Habermas on kuvannut havainnollisesti oikeuksia ja itse asiassa oikeutta koskevia tulkintaeroja liberaalin ja republikanistisen demokratiakäsityksen välillä. Liberalistisen demokratian oikeudet ovat negatiivisia oikeuksia ja valtiollisen oikeusjärjestyksen tehtävänä on nimenomaan institutionalisoida menettely, jossa mahdollistetaan päätöksenteko yksilöiden intressejä ilmaisevien oikeuksien konkreettisista sisällöistä ja vaikutuksista. Republikanistisessa perspektiivissä institutionalisoidun demokratian samoin kuin itse asiassa valtionkin olemassaolon tarkoituksena ei sen sijaan ole kansalaisten yksityisten intressien suojaaminen ja niiden kanavoiminen osaksi julkista päätöksentekoa, vaan taiteiden luominen inklusiiviselle julkiselle mielipiteenmuodostukselle, jossa vapaat ja yhdenvertaiset kansalaiset voivat päätyä yhteisymmärrykseen niistä päämääristä ja normeista, jotka ovat kaikkien yhtäläisessä intressissä.²⁵² Kuten muun muassa Cass Sunstein on todennut, republikanisteille oikeudet eivät lopulta edellä politiikkaa vaan seuraavat sitä; ne eivät viime kädessä ole muuta

²⁴⁹ Ks. Habermas 1996, s. 22.

²⁵⁰ Käsitteet positiivinen ja negatiivinen vapaus saavat nykysisältönsä Isaiah Berlinin tunnetusta virkaanastujaisitelmästä *Two Concepts of Liberty*. Ks. Berlin 1969, s. 118–172. Berlin viittaa negatiivisella vapaudella erityisesti vapauteen tyyppiä ”vapautta jostakin” positiivisen vapauden viitatessa vapauteen joka noudattaa muotoa ”vapaus johonkin” (ks. Berlin 2001, s. 56). Negatiivisen vapauden tausta on luonnollisestikin angloamerikkalaisessa liberaalissa poliittisessa teoriassa positiivista vapautta korostavien käsitysten nojassa selvemmin kantilaiseen traditioon, jossa ihminen on vapaa vasta toimiessaan universaalnin moraalilain mukaisesti. Ks. Pulkkinen 1998, s. 22–24.

²⁵¹ Ks. Habermas 1996a, s. 297.

²⁵² Ks. Habermas 1996b, s. 22.

kuin hallitsevassa asemassa olevan poliittisen tahdon tuotetta, joka voidaan sellaisenaan syrjäyttää, jos poliittisessa prosessissa niin päätetään.²⁵³

Liberaalin demokratiakäsityksen piirissä sen sijaan ainakin jotkin oikeudet edeltävät poliittista tahtoa.²⁵⁴ Liberaalin demokratiateorian ongelmana kuitenkin on, ettei se oikeastaan sisällä mielekästä kuvausta siitä, miksi ja miten politiikan tulisi oikeastaan olla oikeuksille alisteista. Liberaali teoria johtaakin pluralistisissa yhteiskunnissa herkästi poliittisten preferenssien ja niitä koskevien strategioiden välisen kilpailun asettamiseen vedenjakajan asemaan. Demokratiassa ei tällöin ole kyse muusta kuin erilaisten toisistaan riippumattomien intressien kilpailusta tuon kilpailun lopputulosten kautta määrittyvistä valinnoista. Samalla liberaali demokratiateoria menettää kuitenkin otteensa julkisen järjestyksen normatiivisuudesta, toisin sanoen siitä, miksi kyseisissä prosesseissa saavutettavien valintojen tulisi ylipäätään olla etukäteen rajattuja.

Habermasin esittämästä liberaalin ja republikanistisen teorian vaihtoehdosta on mahdollista havaita, etteivät tällaiset periaatteelliset erot ole pelkästään yhteiskuntateoreettisesti mielekkäitä ja ikään kuin tästä syystä valtiosääntöoikeudellisesti irrelevantteja, kuten toisinaan on esitetty.²⁵⁵ Habermasin oma vastaus liberaalin ja republikanistisen demokratiakäsityksen ongelmiin painottaa nimitäin sekä valtiosäännön institutionaalista ja erimielisyyksiä stabiloivaa vaikutusta että demokraattisen yhteisymmärryksen tiettyjä normatiivisia ja valtiosääntöoikeudellisesti relevantteja ehtoja. Habermasin rekonstruoima niin sanottu diskursiivinen ja deliberatiivinen demokratiakäsitys pyrkii ensinnäkin sekä ottamaan etäisyyttä molempien teorioiden kritiikille alttiista piirteistä että hyödyntämään niiden arvokkaimpia osia. Pyrkimyksenä on toisin sanoen yhdistää yksilöiden oikeuksia painottava liberaali demokratiakäsitys ja julkista keskustelua päätöksentekona painottava republikaaninen demokratiakäsitys ja hyödyntää samalla Habermasin aiemmassa tuotannossa artikuloitua teoriaa ideaalia kommunikaatiota sääntelevistä ehdoista. *Joshua Cohen* onkin todennut, että deliberatiivisessa demokratiakäsityksessä on pohjimmiltaan kyse siitä, että poliittisten päätösten sisällöstä päätetään yhdessä menettelyissä, joihin jokaisella on yhtäläinen oikeus osallistua, jotka ovat julkisia, ja joissa päätöksistä keskustellaan harkitsevasti.²⁵⁶

²⁵³ Ks. Sunstein 1987, s. 874–877.

²⁵⁴ Ks. Unger 2004, s. 70–71. Ks. myös Michelman 1988a, s. 1504–1505.

²⁵⁵ Ks. esim. Jääskinen 2004, s. 104–105. Vaikka valtiosääntöoikeudellinen ja yhteiskuntateoreettinen tarkastelu eivät luonnollisestikaan täysin samaistu toisiinsa, vaan niillä molemmilla on lähtökohtaisesti itsenäisenkin alansa, ei normatiivisten teorioiden välistä kuulua ole nähdäkseni syytä kaivaa myöskään niin syväksi kuin oikeuspositivistisen oikeuden konstruktioit ovat taipuvaisia tekemään.

²⁵⁶ Ks. Cohen 1989, s. 17. On tietysti erotettava tällaisen keskustelun merkitysten rekonstruktioit niiden tosiasiallisista toteutuksista. Julkisen keskustelun tuskin tarvitsee täyttää käytännöllisen filosofian laudaturseminaarin vaatimuksia (ks. Jääskinen 2004, s. 106), vaikka käytännöllisen filosofian laudaturseminaarissa voidaan varsin hyvin arvioida ja kehittää tällaisen keskustelun legitimitteettifunktioiden teoriaa.

Deliberatiivinen demokratiakäsitys ottaakin ensin kriittistä etäisyyttä liberaalin demokratiakäsityksen pyrkimykseen hahmottaa demokraattiset menettelyt strategisina intressikilpailuina. Poliittisen päätöksenteon ja niin ollen myös demokratian legitimiisyys riippuu vapaan kilpailun sijaan ensisijaisesti siitä, palautuvatko siinä tehtävät päätökset vapaiden, yhdenvertaisten ja rationaalisten toimijoiden yhteisiä päämääriä koskeviin neuvotteluihin. Samalla republikanistiseen teoriaan kiinnittynyt oletus julkisen keskustelun ja demokraattisen päätöksenteon yhteydestä konkreettiseen, sisällöllis-eettisesti yhtenäiseen poliittiseen yhteisöön hylätään.²⁵⁷ *John Elster* on korostanut juuri Habermasin osoittaneen, ettei demokratiaa ole syytä ymmärtää ikään kuin sen funktiona olisi yksilöllisten preferenssien yhdistäminen tai niiden yhteensovittaminen, vaan niiden *muuntaminen*.²⁵⁸ Republikanistisen demokratiakäsityksen tavoin myös deliberatiivinen demokratiakäsitys hahmottaa demokratian julkisena keskusteluna ja harkintana, jossa inter-subjektiiviselle arvioitavuudelle alistettujen menettelyjen kautta pyritään ensisijaisesti sellaisiin kollektiivisiin valintoihin, jotka olisivat kaikkien hyväksyttävissä. Nyt kuitenkin huomio on aiempaa painotuneemmin päätösten perusteissa. Myös niiden pätevyydestä tulee pyrkiä saavuttamaan yhteisymmärrys.

Toinen keskeinen ero deliberatiivisen demokratian ja sen liberaalien ja republikanististen vaihtoehtojen välillä koskee tulkintaa valtion ja yhteiskunnan välisistä suhteista. Niin republikanistinen kuin liberaalikin demokratiatulkinta hahmottavat yhteiskunnan *valtiokeskeisesti*. Liberaalissa mallissa valtion roolina on taata vapaa kilpailu taloudellisilla ja poliittisilla markkinoilla; republikanistisessa mallissa taas demokraattisesti hahmonsaa saanut eettinen yhteisö saa juuri (kansallis)valtiossa institutionaalisen hahmon.²⁵⁹ Kuten Antero Jyränki on viimeksi mainittuja ideoita soveltaen esittänyt, juuri kansa valtiossa on ollut valtion suvereenisuuden viimekätinen haltija ja vallan käytön oikea lähde samalla kun kansakunnan käsitettä on tarvittu nimenomaan suvereenin poliittisen organisaation, valtion, muodostamisen tarkoituksiin.²⁶⁰ Deliberatiivinen demokratiakäsitys sen sijaan pyrkii irrottautumaan valtiokeskeisyydestä. Valtion sijaan sen keskiössä ovat sekä poliittisen mielipiteenmuodostuksen prosessit että niiden ehtoja erityisesti moderneissa yhteiskunnissa määrittävät *valtiosääntönormit*. Ensin mainittu piirre erottaa deliberatiivisen demokratian liberalistisista doktriineista; jälkimmäinen taas republikanistisista.

²⁵⁷ Ks. Habermas 1996a, s. 300.

²⁵⁸ Ks. Elster 1998, s. 1.

²⁵⁹ Ks. Habermas 1996, s. 26.

²⁶⁰ Ks. Jyränki 2003, s. 67.

”It conceives principles of constitutional state as a consistent answer to the question of how the demanding communicative forms of a democratic opinion- and will formation can be institutionalized... This concept of democracy no longer needs to operate with the notion of social whole centered in the state and imagined as a goal-oriented subject writ large. Just as little does it represent the whole in a system of constitutional norms mechanically regulating the powers and interests in accordance with the market model.”²⁶¹

Tässä kehyksessä valtiosäännössä turvattavien oikeuksien subjektit eivät teoreettisessa mielessä ole sen paremmin atomistisia, yksilöllisiin intresseihin tyhjentäviä, muusta yhteiskunnasta ja sen sosiaalisista suhteista irrallisia yksilöitä kuin suoraan alisteisia julkisen päätöksenteon tuloksena muodostetulle yhteiselle tahdolle.²⁶² Sen sijaan deliberatiivinen demokratiakäsitys pyrkii ymmärtämään oikeudet keskeisellä tavalla intersubjektiivisesti; niiden subjektit ovat sosiaalisten suhteiden osapuolia, ja oikeudet vastaavasti edellytys deliberatiivisten menettelyjen ytimessä olevalle vapaalle ja tasa-arvoisista lähtökohdista käytävälle keskustelulle. Näin kytkentä perusoikeuksien ja demokratian välillä näyttäytyy keskinäisenä edellytys-suhteena. Kun liberalistisen tulkinnan mukaan perusoikeudet olivat demokraattisen päätöksenteon raja ja kun republikaanistinen käsitys määrittä perusoikeudet suoraan alisteiseksi sille, mitä kulloinkin demokraattinen enemmistö päättää, Habermasin edustama deliberatiivinen näkemys kiistää molemmat vaihtoehdot. Perusoikeudet eivät ole demokratian rajoitus eikä demokratia perusoikeuksien, koska ne sekä edellyttävät että samalla myös mahdollistavat toinen toisensa.²⁶³

Oletus demokratian ja perusoikeuksien keskinäisestä riippuvuudesta tuottaa kriittisen tulokulman sekä liberaaliin käsitykseen esipoliittisista oikeuksista että yhteisöllisen demokratiakäsityksen oletuksiin perusoikeuksien voimassolon perustumisesta vain siihen, mitä konkreettinen oikeusyhteisö kollektiivina kulloinkin päättää. Voidaan kuitenkin kysyä, miksi juuri valtiosääntö ja modernin valtion luonne valtiosääntövaltiona on Habermasin demokratiakäsittelle niin keskeinen.

Habermasin tarjoama vastaus lähtee liikkeelle yhteiskunnan kulttuurisesta modernisaatiosta ja siitä, kuinka tuon kehityksen tuloksena perinnäisten tapojen ja uskonnollisten perusteiden luoma yhteys arvojen, moraalien ja oikeuden välillä purkautuu. Yhtäällä moraalien pätevyysperusta erkaantuu konventionaalisesti määrittyvistä arvoista ja kytkeytyy pikemminkin kiistanalaisten moraaliperiaatteiden rationaalista hyväksyttävyyttä koskevaan mielipiteenvaihtoon asianosaisten välisessä vapaassa ja tasa-arvoisessa keskustelussa.²⁶⁴ Toi-

²⁶¹ Habermas 1996, s. 27.

²⁶² Ks. myös Tuori 2000a, s. 100.

²⁶³ Ks. myös Tuori 2000a, s. 105.

²⁶⁴ Ks. Habermas 1996, s. 71–72 ja 82–84. Ks. myös Tuori 1993a, s. 7.

saalla taas katkeavat myös oikeuden siteet luonnonoikeudellisiin välttämättömyyksiin. Sen tilalle tulevat positiivisuutta koskevat pätevyysoletukset.

Perinnäisen yhteyden katkeamista oikeuden ja moraalien välillä ei kuitenkaan Habermasin mukaan tule samaistaa sellaiseen totaaliseen oikeus/moraali -eroteluun, johon oikeuspositivismin jyrkimmän kannan edustajat omissa lähtökohdissaan viittaavat. Positiivinenkin oikeus on välttämätöntä sitoa *normatiivisiin* legitimiisyysehtoihin.²⁶⁵ Tätä vaatimusta ilmentävät paitsi ”200 vuotta länsimaista valtiosääntöhistoriaa”²⁶⁶ myös samaan teemaan liittyvä poliittis- ja oikeusfilosofinen keskustelu kansansuvereenisuuden ja perusoikeuksien suhteesta. Ilman normatiivisia legitimiisyysvaatimuksia ja niiden tehokasta ja institutionalisoitua valvontaa uhkaksi nimittäin muodostuu, että oikeuden ja poliittisen vallan itsenäistymisen myötä myös oikeus sääntelyvälineenä instrumentalisoituu puhtaasti hallinnollisen pakkovallankäytön välineeksi. Näin modernille perustuslaille ja sen instituutioille lankeaa elimellinen osa demokraattisten menettelyjen takeina. Vaikka diskursiivinen, julkisessa tilassa tapahtuva poliittinen mielipiteen- ja tahdonmuodostus on Habermasin mukaan edelleen demokraattisen kommunikaation keskiössä, juuri perustuslaki tarjoaa vastauksen siihen, kuinka kommunikatiivinen mielipiteen- ja tahdonmuodostus voidaan institutionalisoida ja vakauttaa. Demokraattinen legitimitetti ei Habermasin mukaan riipukaan enää yksin kollektiivisesti toimivista kansalaisista, vaan myös siitä, kuinka yhteisöllinen päätöksenteko saadaan kanavoitua perustuslaillisen kehyksen kautta siten, että päätöksenteossa syntyneiden mielipiteiden kohtaaminen ja sovittelu vastaavat demokraattisen oikeusvaltion ideaaleja.²⁶⁷ Tässä valvonnassa ja niin ollen myös valtiosääntöoikeuteen kerrostuneiden periaatteiden uusintamisessa ja uudelleenrekonstruktiossa erityisesti lakien perustuslainmukaisuutta koskevat institutionaaliset järjestelyt ja niiden puitteissa tapahtuva valtiosääntöoikeudellinen päätöksenteko on *demokratiaperiaatteidenkin* kannalta keskeisessä roolissa.²⁶⁸

2.5.2.3 John Hart Ely ja tuomioistuinvalvonnan demokraattinen oikeutus

Demokratiaperiaate näyttäisi ainakin deliberatiivisen tulkinnan valossa sekä mahdollistavan että edellyttävän lain soveltamisen perustuslainmukaisuuden valvonnan antamista tuomioistuinten tehtäväksi. Tämä ei kuitenkaan vielä sellaisenaan tarkoita, että valvonta tulisi ulottaa kaikkiin perustuslain sääntelemiin kysymyksiin. Eräs klassisimpia teorioita lakien perustuslainmukaisuuden tuo-

²⁶⁵ Ks. myös Tuori 1993a, s. 10.

²⁶⁶ Ks. Habermas 1996a, s. 129.

²⁶⁷ Ks. Habermas 1996a, s. 296–302.

²⁶⁸ Ks. Habermas 1996a, s. 238–240.

mioistuinkontrollin demokraattista oikeutuksista, John Hart Elyn ”Democracy and Distrust”-teoksessa²⁶⁹ esittelemä edustuksellisuutta vahvistava tuomioistuinkontrollin teoria, perustuu itse asiassa käsitykselle siitä, että juuri demokraatiaperiaate muodostaa tuomioistuinvalvonnan keskeisimmän oikeutuksen, mutta vain tietyissä rajoissa. Elyn tarkastelun lähtökohtana on kysymys siitä, milloin normatiivisten ehtojen valossa tuomioistuinten mahdollisuutta jättää lain säännös soveltamatta perustuslain vastaisena voidaan edustukselliseen demokratiaan nojaavan valtiosääntöoikeudellisen ideologian valossa pitää oikeutettuna ja yksittäistä, säädetyin lain perustuslainvastaisena soveltamatta jättäväkin päätöstä perusteltuna. Elyn vastaus on tältä osin selkeä: judicial review on oikeutettu niissä tilanteissa, joissa tällaisen päätöksen voidaan katsoa edistävän edustuksellisen demokratian toimintaedellytyksiä (representation reinforcing theory of judicial review).²⁷⁰ Tässä suhteessa lakien perustuslainmukaisuuden valvonta tuomioistuimissa toteuttaa *järjestelmän systeemistä toimivuutta valvovaa* tehtävää: jos ja kun poliittisen järjestelmän legitimitettiin rakennetaan edustuksellisen demokratian ideaalin varaan, tuomioistuimille voidaan antaa luonteva tehtävä tuon ideaalin toteutumisen valvojana.

Tilanteet, joissa demokraattinen järjestelmä ei toimi sille valtiosäännössä määriteltyjen puitteiden mukaan, jakaantuvat Elyn mukaan kahteen pääryhmään. Ensimmäiseen ryhmään kuuluvat tapaukset, joissa poliittista valtaa jo omaavat joko lainsäädäntövaltaansa käyttämällä tai muutoin nimenomaisesti estävät poliittisen muutoksen ja pyrkivät näin varmistamaan oman vallassa pysymisensä. Toisen ryhmän muodostavat tilanteet, joissa keneltäkään ei suoraan riistetä sen paremmin oikeutta ääneen (oikeutta lausua mielipiteensä julkisesti) kuin äänioikeuttakaan, mutta joissa enemmistön edustajat systemaattisesti asettavat tietyt vähemmistöryhmät muita huonompaan asemaan.²⁷¹ Näissä tilanteissa nimenomaan demokraatiaperiaate edellyttää Elyn mukaan, että tuomioistuimet takaavat poliittisten prosessien integriteetin valvomalla sellaisten poliittisten perusoikeuksien kuin sananvapaus, yhdistymisvapaus ja yleinen ja yhtäläinen äänioikeus toteutumista täysimääräisesti. Sama koskee yhdenvertaisuuden vaatimusta. Juuri tuomioistuinten tehtävänä on valvoa, ettei enemmistö käytä valta-asemaansa väärin yhteiskunnassa jo valmiiksi huonosti edustettujen ihmisryhmien vahingoksi. Niinpä lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollilla on erityinen paikkansa tilanteissa, joissa lainsäädäntö asettaa esimerkiksi ulkomaalaiset ja etniset tai seksuaaliset vähemmistöt muihin nähden heikompaan asemaan.²⁷² Juuri vähemmistöjen heikompi asema po-

²⁶⁹ Ely 1980.

²⁷⁰ Ks. Ely 1980, s. 87.

²⁷¹ Ks. Ely 1980, s. 103.

²⁷² Ks. Ely 1980, s. 161–164.

liittisessä järjestelmässä perustelelee tällöin lainsäätäjän toimien tavanomaista tarkempaa oikeudellista arviointia.

Miksi sitten tuomioistuimet ovat lainsäätäjää parempi instituutio turvaamaan edustuksellisen demokratian periaatteiden käytännöllistä toteutumista? Eikö valtiosäännön perustelema edustuksellisen demokratian periaate edellyttäisi nimenomaan, että juuri demokraattisesti valittu lainsäätäjä itse päättäisi niiden periaatteiden sisällön, joihin se väittää sitoutuvansa? Ely vastaa kysymykseen kielteisesti ja ottaa oikeastaan annettuna, että juuri poliittisten prosessien demokraattisuuden *ehtojen* valvontaa ei pidä jättää demokraattisen elimen itsensä valvottavaksi. Juuri tuomioistuinten asema edustuksellisesta demokratiasta riippumattomana, siihen nähden ulkopuolisena tahona, antaa niille mahdollisuuden arvioida edustuksellisen demokratian ehtojen toteutumista objektiivisesti. Vaikka ei olekaan perusteltua väittää, etteikö lainsäädännön perustuslainmukaisuuden arviointi edellyttäisi perustavanlaatuisten arvovalintojenkin tekemistä, tuomioistuinten riippumattomuus mahdollistaa ainakin lainsäätäjän itsevalvontaa objektiivisemmin sen tarkistamisen, etteivät demokraattisesti valitut edustajat joko aktiivisesti poliittisen muutoksen kanavia tukkimalla tai enemmistötyrannian jatkeena toimimalla tosiasiallisesti toimi niiden kansanvaltaisuutta koskevien intressien edustajana, jollaiseksi perustuslaki heidät määrittelee.²⁷³ Niinpä valtiosääntöoikeudelliselta kannalta yhdenvertaisuusperiaatetta ja syrjinnän kieltoa ei loukkaa vain sellaisten lakien *sisältö*, jotka ilman hyväksyttävää perustetta asettavat henkilöt toisiin nähden eri asemaan, vaan oikeastaan yhdenvertaisuusloukkaus seuraa jo lainsäätämismenettelyyn liittyvän *poliittisen prosessin syrjivästä luonteesta ja vapaata mielipiteenmuodostusta koskevaan menettelyyn liittyvistä epäyhdenvertaisista piirteistä*.²⁷⁴

Vaikka Elyn teoria pyrkii välttämään dogmaattiset oletukset amerikkalaisen konstitutionalismien sisällöllisistä vähimmäisehdoista, viime kädessä edustuksellisuutta vahvistava teoria lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollista vaikuttaa kyseenalaistuvan juuri tiettyjen materiaalien sitoumusten seurauksena. Kuten Beatty on esittänyt, jos teoria rakennetaan hyvin formaalisti ymmärretyn edustuksellisen demokratian periaatteen varaan, olisi varsin perusteltua olettaa tällaisen periaatteen varaan rakennetun valtiosääntöoikeudellisen järjestelmän määrittelevän myös lakien perustuslainmukaisuuden valvontainstituution saman periaatteen kanssa muodollisesti yhteensopivalla tavalla.²⁷⁵ Samoin näyttää siltä, että puhtaan proseduraalinen valtiosääntöteoria on omiaan johtamaan eräisiin sisällöllisiin ongelmiin etenkin vähääkään kiperämissä tulkintakysymyksissä. Esimerkiksi Elyn tulkinta *judicial review*'n oikeutuksesta naisia syrjivän lainsäädännön kohdalla ei vaikuta vakuuttavalta. Hänen mu-

²⁷³ Ks. Ely 1980, s. 103.

²⁷⁴ Ks. myös Habermas 1996a, s. 265.

²⁷⁵ Beatty 2004, s. 17.

kaansa nimittäin miesten ja naisten välistä tasa-arvoa koskevat kysymykset tulisi jättää yksinomaan lainsäätäjän harkintavaltaan siitä yksinkertaisesta syystä, että naiset eivät ole lukumääräisesti miehiä heikommassa asemassa, eivätkä mitkään poliittisia prosesseja koskevat havainnot osoita, että naiset joutuisivat kyseisissä menettelyissä syrjinnän kohteeksi, vaan päinvastoin naisilla on käytössään oikeudellisestikin turvattuja välineitä varmistaa omien intressiensä välittyminen poliittisiin menettelyihin.²⁷⁶

Habermas on puolestaan kritisoinut Elyä siitä, että tämä sijoittaa proseduraalisen valtiosääntöteorian ytimeensä varsin muodollisen demokratiakäsityksen.²⁷⁷ Etenkin lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin oikeutusta koskevin osin Habermasin valtiosääntöteoreettiset kontribuutiot onkin syytä ymmärtää Elyn proseduraalisen valtiosääntöteorian täydennyksiksi. Habermasin mukaan perusoikeuksien ja muiden valtiosääntöisten periaatteiden konkreetin sovellettavuuden tarkoituksena on sekä *valvoa* demokraattisia menettelyjä että *toteuttaa* diskursiiviseen (deliberatiiviseen) demokratiaan liittyviä mielipiteenmuodostusprosesseja.²⁷⁸ Yksilöiden oikeuksia perustelevia perusoikeuksia ei voida tämän jälkeen nähdä alisteisessa suhteessa enemmistön poliittiseen päätöksentekoon nähden, mutta myöskään ei käy mahdolliseksi ajatella, että demokraattiset menettelyt jäisivät toissijaiseen asemaan suhteessa perusoikeuksia perusteleviin periaatteisiin. Oikeuden ja oikeudellisten käytäntöjen haastavaksi tehtäväksi muodostuu tällöin sekä yksilön oikeuksien erityisasemaan²⁷⁹ että demokraattiseen mielipiteenmuodostukseen perustuvien legitimiisyysehtojen samanaikainen kanavoiminen yhteiskunnallisiin käytäntöihin. Näitä kanavia ei toisin sanoen saa etukäteen sulkea sen paremmin demokraattisen lainsäätäjän kuin perusoikeuksien yleistä abstraktia ensisijaisuutta koskevin oletuksin. Jos Habermasin demokratiakäsitykset otetaan vakavasti, valtiosääntöisten periaatteiden varassa tapahtuvat ja niitä argumentoiden tulkitsevat menettelyt, oli kyse sitten lainsäätämisestä tai lakien perustuslainmukaisuuden valvomisesta tuomioistuimissa, on yleisestikin syytä nähdä institutionaalisenä käytäntönä, jossa konkreettisen ongelmanratkaisun ohella myös osallistutaan julkiseen keskusteluun demokratian sisällöstä, oikeuksista ja oikeuden legitimiisyysehdoista. Lainkäyttö ei suojaa oikeusvaltion demokraattisuutta vain kunnioittamalla demokratiaa oikeusperiaatteena vaan myös suojaamalla niitä oikeusperiaatteita, joita on mahdollista pitää demokratian ja edustuksellisuuden toteutumisen edellytyksinä, kuten Tuori on korostanut.²⁸⁰

²⁷⁶ Ks. Ely 1980, s. 168.

²⁷⁷ Ks. Habermas 1996a, s. 266.

²⁷⁸ Ks. Habermas 1996, s. 279–280.

²⁷⁹ Ks. Habermas 1996, s. 119.

²⁸⁰ Ks. Tuori 2000a, s. 253.

2.6 VALTIOSÄÄNNÖN JÄNNITTEISYYS, INSTITUTIONAALISET JÄRJESTELYT JA PAREMPIEN ARGUMENTTIEN MAHDOLLISUUS

Rationalistinen ihmisoikeusparadigma ja deliberatiivinen demokratiakäsitys eivät välttämättä tuota lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin oikeutettavuuden tarkastelulle aivan yhtä ”terävää” ja selvärajaisista perustaa kuin oikeuspositivistisen oikeusajattelun taikka edustuksellisen demokratiakäsityksen ajatellaan tekevän. Lähtökohdat saattavat myös vaikuttaa perinteiselle suomalaiselle oikeusajattelulle jossain määrin vierailta.

Tämä ei vielä sellaisenaan vähennä kummankaan perinteelle vaihtoehdoisen tulokulman arvoa, vaan asiaa tulee arvioida sen mukaan, kuinka hyvin teoria vastaa voimassa olevan valtiosääntöömme perus- ja ihmisoikeuksille sekä demokraattiselle mielipiteenmuodostukselle takaamaa asemaa. Tällä arvioinnilla on huomattava merkitys. Jos rationalistinen ihmisoikeusparadigma ja deliberatiivinen demokratiakäsitys hyväksytään laajasti omaksumalla ne esimerkiksi valtiosääntöoikeuden yleisten oppien lähtökohdiksi, hahmottuu perusoikeuksien tuomioistuinvalvonta samalla demokraattisesti legitimiin päätöksenteon välttämättömänä täydennyksenä. *Sekä demokratia että perusoikeudet edellyttävät sekä demokraattisia ja valtiosäännönmukaisia lainsäädäntömenettelyjä että lakien perustuslainmukaisuuden jälkikäteistä, konkreettista valvontaa.* Mattias Kummin väite onkin, että tällaiset menettelyt on mahdollista hahmottaa valtiosääntöisen legitimitietin peruspilareina, jotka sellaisenaan ilmaisevat oikeusjärjestyksen sitoutumista kypsille demokraattisille oikeusvaltioille tyypilliseen konstitutionalismiin.²⁸¹

Lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinvalvontaa määrittävät normatiiviset lähtökohdat muuttuvat kuitenkin *myös siinä tapauksessa*, että rationalistinen ihmisoikeusparadigma ja deliberatiivinen demokratiakäsitys hyväksytään vain *yhtenä mahdollisena* lähestymistapana muiden joukossa. Tuomioistuinvalvonnan legitimitettiin ei nimittäin voi enää tällaisen myönnytyksen jälkeen ratkaista vanhaan tapaan oikeuspositivistismin ja perinteisen demokratiakäsityksen perusteella *ikään kuin* ne muodostaisivat jonkin *yleisesti hyväksyty*n tavan arvioida perusoikeuksien ja demokratian suhdetta.²⁸² Tälle oletetulle konventiolle ei yksinkertaisesti ole perusteita.

²⁸¹ Ks. Kumm 2007, s. 2 ja 25–31.

²⁸² Vrt. Jääskinen 2004, s. 105.

2.6.1 Valtiosääntöperiaatteiden essentiaalinen kiistanalaisuus

On syytä korostaa näin avautuvan tarkasteluperspektiivin kriittistä ja niin ollen myös valtiosääntöoikeudellisen argumentaation legitimiisyyttä ainakin potentiaalisesti vahvistavaa vaikutusta. Valtiosääntöoikeudellisiin käytäntöihin ja niissä ilmenevien tulkintaongelmien riidanalaisuuteen ja riidanalaisuuden deliberatiivista ratkaisemista koskeviin vaatimuksiin voidaan nimittäin soveltaa *W. B. Gallien* 1950-luvulla esittelemää essentiaalisesti kiistanalaisen käsitteen ideaa. Gallien kiinnostuksen kohteena olivat erityisesti *normatiivisesti* käytetyt käsitteet, joihin moderneissa inhimillisissä käytännöissä ja argumentaatiossa tavataan usein viitata, ja joiden asianmukainen käyttö näyttää itse asiassa edellyttävän jatkuvaa keskustelua niiden asianmukaisen käytön edellytyksistä.²⁸³ Niille ei toisin sanoen ole osoitettavissa mitään selkeää objektiivista kriteeriä.

Oikeuksien ohella demokratia on hyvä ja Gallienkin käyttämä esimerkki. Kyse ei ole vain siitä, että demokratiaan voidaan muiden kielellisten ilmausten tapaan liittää erilaisia merkityksiä, joista osa näyttäisi sijoittuvan käsitteen ydinalueelle ja osa sen reuna-alueille. Olennaista on, että oikeuksia ja demokratiaa koskevat kiistat eivät koske vain käsitteiden reuna-alueelle sijoittuvia soveltamistilanteita (esim. onko Irak demokraattinen valtio tai kuuluuko matkailuauto kotirauhan suojan piiriin), vaan käsitteen *ydinmerkityksiä*,²⁸⁴ toisin sanoen kysymyksiä vaikkapa siitä, edellyttääkö demokratiaperiaate lopulta vain enemmistön valtaa vai tuleeko tietyt perusoikeudetkin sisällyttää käsitteen piiriin; edellyttääkö demokratiaperiaate lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollia vai merkitseekö tällainen kontrolli demokratian rajoitusta; ovatko perusoikeudet asetettava lähtökohtaisesti kollektiivisen intressien edelle; onko Suomi demokratia sanan täydessä merkityksessä?

Koska käsitteet ovat paitsi kiistanalaisia myös normatiivisia, ei niille annettava merkitys voi ainakaan niihin vetoavan argumentoijan sisäisestä näkökulmasta katsoen olla yhdentekevä. Demokratiaperiaatteen tiettyyn tulkintaan tai tiettyyn perusoikeuskäsitykseen vetoava ei toisin sanoen viittaa näihin kiistanalaiseihin käsitteisiin vain ikään kuin ulkoisen tarkkailijan näkökulmasta ja jälleen kerran vain uuden vaihtoehdoisen tulkinnan tuottaakseen. *W. B. Gallien* vastaus essentiaalisesti kiistanalaiseiden käsitteiden merkitykseen nostaa päinvastoin esille juuri argumentaatioon liittyvät arvot. Kun käsite tunnustetaan essentiaalisesti kiistanalaiseksi, samalla tunnustetaan myös sille annetut kilpailevat merkityssisällöt ei vain loogisesti mahdollisiksi tai inhimillisesti todennäköisiksi, vaan ennen muuta pysyväksi kriittiseksi arvoksi sille käsitykselle, jonka argumentoija on itse käsitteelle antanut tai antamassa. Gallien mukaan tämä merkitsee oletusarvoisesti myös argumentaatiota koskevien vaatimusten koha-

²⁸³ Gallie 1955–1956, s. 169.

²⁸⁴ Ks. myös Waldron 2002, s. 149.

mista. Kun argumentaatiossa tulkinnallisesti hyödynnettävä käsite ymmärretään tässä tarkoitetulla tavalla kiistanalaiseksi, siihen vetoavalla käyttäjällä on erityinen velvollisuus esittää käsityksensä tueksi mahdollisimman hyvät, myös kilpailevat argumentit huomioon ottavat argumentit.²⁸⁵ Näin käsitteen riidanalaisuuden tunnustaminen pakottaa käsitteeseen vetoavan tunnustamaan samalla vähintäänkin hiljaisesti myös, ettei sen paremmin yhteen ainoaan oikeaan käsitykseen vetoava dogmatismi, kaikki käsitykset samanarvoistava skepsismi kuin erilaisia käsityksiä mielivaltaisesti yhdistämään pyrkivä eklektismikään tarjoa tyydyttävää lähestymistapaa tällaisten käsitteiden tulkintaongelmiin.

Juuri tällaisen kriittisen funktion osalta CLS-suuntauksessa useasti hyödynnetty vahvan ennaltamääräämättömyyden teesi vaikuttaisi olevan normatiiviselta merkitykseltään Gallien essentiaalisesti kiistanalaisen käsitteen käsitettä vastaava. Kuten esimerkiksi Koskenniemi on todennut, jos ja kun oikeus on sisällöltään ennaltamääräämätön, ei sen olemassa olevia käytäntöjä justifoivalle muttei myöskään kritisoivalle käytölle ole ennalta asetettuja rajoja. Siltä osin kuin oikeuteen sisältyy rakenteellisia vinoutumia, ts. siltä osin kuin se suosii systemaattisesti tiettyjä preferenssejä muiden legitiimien preferenssien kustannuksella, se myös osallistuu aktiivisesti tällaisten sosiaalisten vinoutumien ja niiden taustoittavien arvojen tuottamiseen. Tällöin niin kriittisen politiikan kuin oikeudenkin tehtäväksi jää tällaisten vinoutumien kiistanalaistaminen maailmassa, joka on lopulta aina myös oikeudellisesti tuotettu, mutta toisaalta samalla alati *myös* tiettyjä poliittisia valintoja uusintava.²⁸⁶

2.6.2 Essentiaalinen kiistanalaisuus, tasapainovaatimus ja institutionaaliset järjestelyt

Valtiosääntöisten ratkaisujen legitimitteettivaatimusten näkökulmasta puhe valtiosäännöstä perusrakenteeltaan essentiaalisesti kiistanalaisena (tai ennaltamääräämättömänä/indeterminanttina) oikeudellisena ilmiönä korostaa perustuslain sisältöjen riippuvuutta valtiosäännön *normatiivisten* käsitteiden keskinäisyyhteistä ja ydinmerkityksiä *koskevista konflikteista ja niille annettavista tulkintaratkaisuksista*. Perusoletuksena siis on, että lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan herkästi esille nostamat demokratian ja perusoikeuksien väliset jännitteet on mahdollista ja syytäkin jättää *yleisellä tasolla ratkaisematta*.²⁸⁷

²⁸⁵ Gallie 1955–1956, s. 193.

²⁸⁶ Ks. Koskenniemi 2005, s. 590–595.

²⁸⁷ Konstitutionalismiin sisältyy tietysti muitakin vastaavalla tavalla jännitteisiä käsittepareja kuin tässä esitettävä demokratian ja perusoikeuksien dikotomia. Käytänkin vastakkainasettelua tässä kohtaa tyyppiesimerkkinä konstitutionalismia yleisesti määrittävistä ristiriidoista. Mikään tässä esitettävä argumentti ei kuitenkaan riipu siitä, katsotaanko juuri tämän jännitteen edustavan modernin konstitutionalisin ”perustavinta” jännitettä.

Sen sijaan, että oikeuden sisäinen konflikti määrittyisi joksikin kaikin keinoin vältettäväksi asiantilaksi ja osoitukseksi yleisten oppien epäonnistumisesta, perustaville ristiriidoille on annettavissa myös positiivinen merkitys. Vasta oikeusjärjestyksen perusteisiin menevien normikonfliktien kautta joudumme argumentoimaan entistä paremmin ja avoimemmin, millaisten periaatteiden varaan oikeastaan valtiosääntöoikeudellisen järjestelmämme varaamme. Kyse on siten valtiosääntöperiaatteiden välisen jännitteen käyttämisestä valtiosääntöemme yleisten oppien rakennusprojektin peruskivenä sen sijaan, että oppeja pyrittäisiin konstruoimaan tuon jännitteen etukäteisen ratkaisun varaan.

Lähtökohta perustuu ajatukselle, jonka Waldronia ja muita edustuksellisen demokratian ja sen instituutioihin tuomioistuinkritiikkinsä nojaavia kritisoinut *W. J. Waluchow* on artikuloinut varsin selkeästi: lainsäädännön perustuslainmukaisuuden tuomioistuinvalvonnan oikeutus piilee moniarvoisissa demokraattisissa yhteiskunnissa nimenomaan siinä, että perustuslakikontrollin joka tapauksessa edellyttämät oikeuttamisperusteet ovat ilmeisen riidanalaisia: meillä ei yksinkertaisesti ole etukäteistä vastausta niihin demokraattisen valtiosääntövaltion rajoina näyttäytyviin ongelmiin, joita perusoikeuksiin pohjautuva lakien perustuslainmukaisuuden valvonta tuottaa. Sen paremmin demokraattisella lainsäätäjällä, tuomioistuimilla kuin Waldronin kaltaisella oikeusfilosofilla ei ole – kaikki asiaan vaikuttavat seikat huomioiden – yliveraista pääsyä niihin periaatteisiin, joiden puitteissa perusoikeuksien ja demokratian suhdetta koskevia tulkintaongelmia joudutaan ratkaisemaan. Tästä syystä myöskään kysymys lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan oikeutuksista ei ole loppuun saakka ratkaistavissa yleisellä tasolla, toisin sanoen kun vasta suunnitellaan ja oikeutetaan erilaisia valtiosäännön taseisia institutionaalisia ratkaisuja.²⁸⁸ Tällaisiin kysymyksenasetteluihin liittyviin jännitteisiin joudutaan väistämättäkin ottamaan kantaa *yhä uudelleen* yksittäisissä tulkintatilanteissa.

Silti koko idea uusista normikontrollimuodoista rakentuu *myös tasapainon mahdollisuutta koskevan normatiivisen ideaalin* varaan. Lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan oletetaan toisin sanoen olevan järjestettävissä konkreettisiin käytäntöihin asti tavalla, joka ainakin periaatteessa kunnioittaa *yhtäläisesti* sekä perusoikeuksien toteuttamisvastuuta että demokraattista lainsäädäntöprosessia. Herkkyys jännitteille ei siten tarkoita alistumista oikeusjärjestyksen ristiriitaisuudelle. Niin kauan kuin oikeusjärjestyksen ajatellaan rakentuvan yhdenvertaisuutta toteuttaville yleisille laeille, perustuslaki ja valtiosääntöiset käytännöt on pyrittävä edelleenkin ymmärtämään osana koherenssiin ja ristiriidattomuuteen pyrkivää oikeudellista järjestelmää.

Tässä kohtaa on syytä palata perustuslakikontrollin uusia muotoja koskeviin institutionaalsiin kysymyksiin. On nähdäkseen hyviä syitä ajatella, että uudet perustuslakikontrollin muodot edustavat institutionaalisen suunnittelun tasolla

²⁸⁸ Ks. Waluchow 2007, s. 127.

tehtyä ratkaisua, jossa oletukset valtiosääntöisten periaatteiden hierarkiattomuudesta ja niiden keskinäisyyksien kiistanalaisuudesta siirretään osaksi valtiosääntöisten toimijoiden rakennetta ja oikeutusta määrittäväksi abstraktioperiaatteeksi²⁸⁹ siellä vanhastaan vallinneiden hierarkisoitujen etusijasuuksien tilalle. Samalla huomio kiinnitetään etukäteen lukkoon lyödystä järjestelmästä ja yksittäisistä ratkaisuista laajempaan oikeudellisten ja poliittisten käytäntöjen prosessiin. Jos tällaista positionvaihdosta tarkastellaan demokratiaperiaatteen näkökulmasta, näyttää myös demokratiaperiaatteen merkitys toisenlaiselta. Uusien normikontrollimuotojen näkökulmasta tuomioistuinten harjoittama perustuslakikontrolli ei edusta niinkään välttämätöntä uhkaa demokraattisten instituutioiden päätöksentekovallalle, vaan osaa laajemmasta prosessista, joka tuottaa kulloisellekin tulkintatilanteelle, siinä vallitseville olosuhteille sekä ratkaisua tekeväälle instituutiolle tyypillistä julkista *keskustelua* demokraattisen oikeusvaltion keskeisten periaatteiden sisällöstä.

Kun perustuslakikontrolli ja sen oikeutus jäsennetään abstraktilla tasolla konstruoidun systeemin sijaan jatkuvasta keskustelusta sisältönsä saavana prosessina, vaikuttaa se samalla muodostuvan epästabiliiksi, ennakoimattomaksi, tapauskohtaisesti sisältöjä saavaksi ja siten myös kontrolloimattomaksi. Näin ei kuitenkaan välttämättä ole. Vuorovaikutukseen ja keskusteluun perustuvan kontrollin vakaus ja ennustettavuus eivät luonnollisestikaan ole samanlaista kuin abstraktilla tasolla tehtyjen valintojen tuottama selväpiirteinen, mutta soveltamisalaltaan varsin rajallinen järjestelmätason ennakoitavuus. Sen sijaan ennakoitavuus on kiinni ennen kaikkea siitä, miten perustuslakikontrollia harjoittavat instituutiot kykenevät *perustelevaan* auktoriteettinsa yksittäisiä ratkaisuja sekä ratkaisua tekevien instituutioiden erityistä kompetenssia oikeuttavien valtiosääntöperiaatteiden valossa. Parhaassa tapauksessa tällainen sisällöllisestä argumentaatiosta ja sen rationaalisuudesta nouseva ennakoitavuus toteuttaa oikeusvarmuutta paremmin ja soveltamisalaltaan laajemmin kuin malli, jossa varmuus koskee ainoastaan instituutiota, joka on valtiosääntöisesti kelpuutettu tekemään asiassa viime kädessä harkinnanvaraisen ratkaisun.

Uutta perustuslakikontrollia koskevaa keskustelua onkin syytä lähestyä kahdella tasolla. Ensinnäkin siinä viitataan tiettyihin vaihtoehtoihin tapoihin *organisoida* lakien perustuslainmukaisuuden valvontamenettelyt osaksi poliittisen ja oikeudellisen järjestelmän toimintaa. Ehkä vieläkin keskeisempi ja kauaskantoisempi merkitys liittyy kuitenkin valtiosääntöoikeuden *yleisiin oppeihin*. Uusia normikontrollimuotoja koskeva keskustelu samoin kuin siinä hyödynnetty jännitteillä ja tulkinnanvaraisuuksilla operoiminen sekä valtiosääntödialogin metaforakin pyrkivät ottamaan etäisyyttä perinteisen doktriinin tapaan lähestyä valtiosääntöoikeuden alueen jännitteiden ongelmia reduktionistisesti ja etukäteen abstraktin tason ratkaisuun pyrkien. Sen sijaan tarjotaan eräänlaista ti-

²⁸⁹ ”Abstraktioperiaatteen” normatiivisesta merkityksestä varallisuus-oikeuden alueella ks. Pöyhönen 2000, s. XIII ja 40–44.

lannesidonnaista välitysteoriaa. Tällöin valtiosääntöoikeuden yleisiä oppeja ei rakenneta edes institutionaalisten järjestelyjen tasolla demokratian ja perusoikeuksien välillä tehtävän etukäteisen valinnan varaan,²⁹⁰ vaan kyseinen jännite pyritään päinvastoin jättämään avoimeksi, odottamaan kussakin ratkaisutilanteessa erikseen tehtävää kannanottoa jännitteen taustalla olevien periaatteiden merkityksestä juuri käsillä olevassa tilanteessa.

Tämä välitysteoria pyrkii nähdäkseni vastaamaan valtiosääntöoikeuden sisäiseen jännitteisyyteen samalla sekä/että -logiikalla, jolle *Kaarlo Tuori* rakentaa ”Oikeuden ratio ja voluntas” -teoksensa teoreettisen perustan: modernin konstitutionalismin kahden ristiin vetävän legitiimisyysperiaatteen – kansansuvereenisuuden ja ihmisoikeuksien – väliseen jännitteeseen ei yksinkertaisesti ole olemassa yleistä, lopullista ja kiistatonta ratkaisua ainakaan niin kauan kuin oikeus ymmärretään sekä poliittisen vallankäytön välineeksi että sen rajaksi.²⁹¹ Sen vuoksi parasta, mihin voidaan päästä, on hylätä yksipuolisesti jännitteen jotain osaa korostavat lähestymistavat ja kiinnittää huomio niiden kulloisiinkin suhteisiin ja merkityksiin.²⁹²

Kaikki edellä mainittu vaikuttaisi pätevän suomalaisen valtiosääntökulttuuriin. Kansainyhteisön maiden tapaan nimittäin myös nykyisiä suomalaisia valtiosääntökäytäntöjä on syytä pitää yhtenä tällaisen valtiosääntöajattelun elävänä laboratoriona. En tarkoita, että Suomen malli olisi kaikissa suhteissa identtinen aiemmin käsiteltyjen kansainyhteisön mallien kanssa. Myös oikeuskulttuuriset erot mannermaista oikeusajattelua edustavan Suomen ja common law -maiden välillä ovat monelta osin suuret. Samoin oikeusvaltiokäsityksissä vaikuttaisi olevan eroja. Heti perään on kuitenkin todettava, että tällaiset erot oikeuskulttuurien välillä näyttäisivät olevan erityisesti valtiosääntöoikeudellisten käytäntöjen kohdalla jossain määrin muuta oikeusjärjestystä vähäisemmät.²⁹³ Lisäksi perustuslakikontrollin uusien muotojen kategoriaan on jo nykyisin sijoitettu varsin vaihteleva joukko erilaisia institutionaalisia järjestelyjä. Kanadan Charter of Rights and Freedoms, Uuden-Seelannin Bill of Rights Act ja Yhdistyneen kuningaskunnan Human Rights Act sekä Suomen nykyinen järjestelmä edustavat kukin hieman erityyppistä valtiosääntöistä ratkaisua lainsäätäjän suvereenisuuden ja perusoikeuksien suojan väliseen jännitteeseen. Kiinnostavaa on, että kuten kohta havaitaan, suomalaista järjestelmää on mahdollista pitää yhtenä uuden normikontrolli-ajattelun *laaja-alaisimmista* sovelluksista.

²⁹⁰ Osa valtiosääntöoikeuden yleisten oppien rakennusprojekteista rakentuu edelleenkin tällaiselle abstraktille dogmatismille. Ks. esim. Jääskinen 2004, s. 101–118. Ks. myös Jyränki 2003, s. 39 ja siinä demokratiaperiaatteesta artikulaatioperiaatteena todettu.

²⁹¹ Ks. Tuori 2007, s. 39.

²⁹² Uskoakseni vastaava metodologinen käänne on myös eurooppalaisen konstitutionalismin suuntaa hahmottelevan Miguel Poiares Maduron mielessä hänen riitauttaessaan perinteiselle kansallisvaltion konstitutionalismille tyypilliset oletukset vakiintuneiden valtiosääntöisten arvojen absoluuttisuudesta ja akontekstuaalisuudesta. Maduro 2003b, s. 75 ja 101.

²⁹³ Ks. esim. Rosenfeld 2004, s. 635–638.

OSA III
UUSI PERUSTUSLAKIKONTROLI
SUOMEN OIKEUDESSA

1 Perustuslakivalvonnan välityssuhteet

1.1 TAUSTAKSI

Edelliset osat ovat pyrkineet pohjustamaan lakien ja niiden soveltamisen perustuslainmukaisuutta valvoville menettelyille tietyt yleiset teoreettiset lähtökohdat. Tavoitteena on ollut hahmotella valtiosääntöisille käytännöillemme ja niitä määrittäville yleisille opeille normatiiviset ja rakenteelliset puitteet, jotka yhtäältä vastaisivat perustuslaissa omaksuttuja normikontrolliratkaisuja, mutta joissa toisaalta olisi myös osattu tavallaan ennakoida nykyiselle järjestelmällemme tyypillistä institutionaalista moninaisuutta. Keskeinen huomio on tästä syystä ollut nimenomaan sellaisilla teoreettisilla avauksilla, joissa lakien perustuslainmukaisuuden valvonta on pyritty osoittamaan sekä lainsäätäjän että tuomioistuinten tehtäväksi ja nojautuen sekä demokratia- että perusoikeusperiaatteiden toteuttamista koskeviin vaatimuksiin. Käsitykseni mukaan tällaista institutionaalista pluralismia voidaan pitää 1990-luvun alusta lähtien Suomeen asteittain kehittyneiden valtiosääntöisten normikontrollimekanismien olennaisimpana tekijänä.

Tämän luvun tavoitteena onkin tarkastella suomalaisia valtiosääntöoikeudellisia käytäntöjä ja alan yleisiä oppeja aiemmin tarkasteltavina olleiden vertailevan valtiosääntötutkimuksen viimeaikaisten avausten sekä ja lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin kritiikin kritiikin hengessä. Tavoitteenani on paikantaa nykyvaltiosääntökulttuuristamme ja siinä omaksutuista institutionaalisista järjestelyistä kansainvälistä valtiosääntökehitystä vastaavia piirteitä, jotka ovat Suomessa mahdollistaneet muutoksen vahvasta lainsäätäjän konstitutionalistisen suvereenisuuden perinteestä kohden aiempaa oikeuspainotteisempaa valtiosääntökulttuuria ilman että lopputuloksena toisaalta olisi ollut valtiosääntötuomioistuinkulttuureille tyypillinen tuomioistuinvetoinen normikontrollijärjestelmä.

En kuitenkaan pyri kaiken kattavaan analyysiin. Tarkoituksena on tässä vaiheessa tuoda esiin järjestelmän yleiset puitteet periaatteellisesti merkityksellisimpien yleisten oppien tasoisten näkökohtien tasolla. Järjestelmän yksittäisiin osiin kuten esimerkiksi perusoikeusmyönteisen tulkinnan ja perustuslain etusijäsäännöksen suhteisiin samoin kuin perustuslakivaliokunnan asemaankin palataan tarkemmin myöhemmissä luvuissa.

1.2 INSTITUUTIOIDEN VÄLISET SUHTEET

1.2.1 Instituutioiden välisen dialogin mahdollisuudet

Institutionaalista dialogia on valtiosääntövertailullisissa tutkimuksissa pidetty yhtenä keskeisimpänä uusia normikontrollimuotoja määrittävistä tekijöistä. Perinteinen normikontrolliajattelu pyrki hahmottamaan tuomioistuimet ja lainsäätäjän kilpailevina toimijoina, joiden välinen konflikti on aina samalla myös arvovaltakonflikti. Uudemmassa jäsenyyksessä valtiosääntöiset konfliktit sen sijaan hahmotetaan lähtökohtana entistä perusteellisemmalle argumentaatiolle perustuslain sisältöä koskevassa keskustelussa. Toimiva instituutioiden välinen dialogi on tämän keskustelun eräs ilmenemismuoto, jolla on erityisesti Kanadan valtiosääntökulttuurissa ollut huomattava merkitys sikäläisen perustuslakikontrollin oikeuttajana ja monessa suhteessa koko sikäläisen doktriiniin institutionaalisenä lähtökohtana.¹

Suomessa kehitys on tältä osin ollut lähinnä orastavaa ja mahdollisuuksia osoittavaa. Esimerkiksi *Tuomas Ojasen* mukaan dialogin sijaan olisi osuvampaa puhua instituutioiden monologista, jossa perustuslakivaliokunta esittää kannanottojaan lakiehdotusten suhteesta perustuslakiin *in abstracto* ja toisaalla tuomioistuimet tulkitsevat ja soveltavat perustuslain säännöksiä konkreettisissa yksittäistapauksissa.² Totta onkin, etteivät tuomioistuimet joitakin yksittäisiä poikkeuksia³ lukuun ottamatta tukeudu perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntöön, muttei myöskään perustuslakivaliokunta näyttäisi kokevan tarvetta kotimaisen tuomioistuinikäytännön valtiosääntöoikeudelliseen arviointiin.⁴ Erityisen ongelmallinen piirre tässä suhteessa liittyy argumentaatioon, joka silmäääräisesti tarkastellen saattaisi vaikuttaa valtiosääntöoikeudelliselta dialogilta, mutta jossa ei tosiasiallisesti ole siitä alkuunkaan kyse. Viitataan tältä osin jäljempänä tarkemmin tarkasteltaviin perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen soveltamisharkintatapauksiin, joihin sisältyy kyllä hyvinkin seikkaperäisiä viittauksia perustuslakivaliokunnan käytäntöön. Kuten Ojanenkin esittää, kyse on kuitenkin tuomioistuinten pyrkimyksestä seurata orjallisesti soveltamisharkin-

¹ Ks. Roach 2001, s. 9–15.

² Ks. Ojanen 2009b, s. 249–250.

³ Perustuslakivaliokunnan ratkaisuilla on ollut merkitystä etenkin PL 106 §:n etusijasäännöksen alaan kuuluvissa tapauksissa. Samalla valiokunnan yksittäiset lausunnot ovat saaneet lähinnä muodollista sitovuutta muistuttavan merkityksen. Ks. valiokunnan lähestymistavan kritiikistä esim. Ojanen 2008a, s. 310.

⁴ Ks. kuit. PeVL 3/2000 vp ja PeVL 30/2006 vp. Perustuslakivaliokunta viittaa varsin usein ihmisoikeussopimusten valvontaelimien samoin kuin EY-tuomioistuinten ratkaisukäytäntöön. Tämä selittynee sillä, että kyseisiä valvontaelimiä, eikä perustuslakivaliokuntaa, pidetään kunkin sopimusjärjestelmän auktoritatiivisena tulkitsijana.

nan kohteena olevan lain säätämisvaiheessa esitettyjä kannanottoja sen perustuslainmukaisuudesta.⁵

Konkreettisinta esimerkkiä valtiosääntödialogin mahdollisuuksista joudutaankin hakemaan varsin erikoislaatuisesta lainsäätämistilanteesta, jota suomalaisessa valtiosääntötutkimuksessa on vieläpä yleensä luonnehdittu kriittiseen sävyyn arvovaltakonfliktiksi.⁶ ”Konflikti” syntyi siitä, että korkein oikeus ja perustuslakivaliokunta omaksuivat erilaisen tulkinnan arpajaislain (1047/2001) erään säännöksen ja Ahvenanmaan itsehallintolain välisestä suhteesta.

Säännöksen tausta nojautui hallituksen esitykseen HE 197/1999 vp, josta perustuslakivaliokunta antoi lausunnot PeVL 23/2000 vp ja PeVL 22/2001 vp. Se sisällytti lausuntoon 22/2001 vp itse muotoilemansa säännösehdotuksen, jonka se katsoi täyttävän Ahvenanmaan itsehallintolain vaatimukset. Lain vahvistamisvaiheessa tasavallan presidentti päätti kuitenkin perustuslain 77 §:n nojalla pyytää korkeimman oikeuden lausunnon juuri perustuslakivaliokunnan ehdottamien säännösten suhteesta Ahvenanmaan itsehallintolakiin. Korkein oikeus katsoi puolestaan lausunnossaan 29.8.2001/nro 1625 (KKO 2001:79), että säännökset eivät olleet sopusoinnussa Ahvenanmaan itsehallintolain mukaisen valtakunnan ja maakunnan välisen toimivallan jaon kanssa. Korkeimman oikeuden kannasta seurasi, että arpajaislain säätämisyjärjestykseen olisi ollut sovellettava Ahvenanmaan itsehallintolain 69 §:n 1 momentin mukaista säätämisyjärjestystä, eikä siis tavallista lain säätämisyjärjestystä, kuten perustuslakivaliokunta oli lausunnoissaan katsonut. Vahvistamatta jääneen arpajaislain palauduttua eduskuntakäsittelyyn perustuslakivaliokunnalta pyydettiin uusi lausunto (PeVL 36/2001 vp), jossa se katsoi lain olevan korkeimman oikeuden kannasta huolimatta säädettävissä tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä.

Prosessin loppuvaiheessa annettu perustuslakivaliokunnan lausunto on *kaksijakoisuudessaan* mielenkiintoinen. Suurin osa lausunnosta käsittelee esikysymyksenomaisesti korkeimman oikeuden lausunnon ja erityisesti sen perustuslakivaliokunnan kannasta poikkeavan käsityksen sitovuutta. Korostettuaan ensin perustuslain 74 §:n sekä perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen perusteluiden ilmaisemaa kantaa perustuslakivaliokunnan keskeisestä asemasta perustuslainmukaisuuden valvojana valiokunta katsoo olevan ”selvää, että korkeimman oikeuden lain vahvistamisvaiheessa tasavallan presidentille antama lausunto ei sido eduskuntaa ja että perustuslakivaliokunta ratkaisee eduskuntatyössä, onko eduskuntaan palautunut arpajaislaki sopusoinnussa Ahvenanmaan itsehallintolain kanssa”.⁷

Kiinnostavaa ja tärkeää kuitenkin on, että todettuaan auktoriteettinsa valiokunta ryhtyy kaikesta huolimatta keskustelemaan korkeimman oikeuden kans-

⁵ Ks. Ojanen 2009b, s. 247–248.

⁶ Ks. Viljanen 2005b, s. 315.

⁷ PeVL 36/2001 vp.

sa sen esittämien perustelujen materiaalisoikeudellisesta merkityksestä. Vaikka perustuslakivaliokunnan perustelut eivät tältä osin ole kovin vakuuttavat vaan pikemminkin aineellisoikeudellisesti ongelmalliset,⁸ olennaista valtiosääntödialogin näkökulmasta on, että valiokunta ylipäättään pyrkii vastaamaan korkeimman oikeuden esittämiin argumentteihin. Koko menettelyhän olisi voinut kulkea kokonaan toista rataa. Korkein oikeus olisi jo omassa lausunnossaan saattanut asettaa perustuslakivaliokunnan siihen auktoritatiivisen tulkitsijan asemaan, johon valiokunta itsensä myöhemmässä lausunnossaan asetti, jolloin perustuslain 77 §:n mukainen lausuntoinstituutio olisi muuttunut lähinnä symboliseksi. Vastaavasti perustuslakivaliokunnalla oli myös mahdollisuus todeta asian tulleen yksiselitteisesti ratkaistuksi jo kertaalleen, jolloin asian käsittely uudessa lausunnossa ei olisi ollut tarpeen, ehkei edes sallittuakaan.

On tietysti kyseenalaista, missä määrin yksittäisestä varsin epätyypillisestä, Ahvenanmaan itsehallintolakiin liittyvästä ja perustuslain 77 §:n lausuntomenettelyyn kytkeytyvästä ratkaisusta voidaan vetää pitkälle meneviä ja normaaleihin oikeuskäytäntöihin sovellettavia valtiosääntöoikeuden yleisten oppien tasoisia tulkintoja. Jotain kuitenkin osoittaa, että perustuslakivaliokunta ei arpajaislakiasian viime vaiheessakaan tyytynyt ratkaisemaan asiaa pelkästään auktoriteettiasemansa nojalla, vaan esitti kantansa tueksi myös materiaalisia lisäperusteluja. Ovi aidolle normatiiviselle vuoropuhelulle jäi siten ainakin raolleen.⁹

⁸ Ks. myös Martin Scheininin (20.9.2001) ja Mikael Hidénin (21.9.2001) asiantuntijalausunnat perustuslakivaliokunnalle 20.9.2001. Sekä Scheinin että hieman epävarmemmin myös Hidén katsovat, että perustuslakivaliokunnan toimintamahdollisuudet riippuvat yksinkertaisesti siitä, mitä perustuslain voidaan käsillä olleessa tapauksessa *aineellisoikeudellisesti* edellyttävän. Tällöin korkeimman oikeuden lausunto voitaisiin periaatteessa sivuuttaa valtiosääntöoikeudellisen argumentaation kautta – perustelemalla miksi korkeimman oikeuden tulkinta Ahvenanmaan itsehallintolaista on virheellinen ja perustuslakivaliokunnan oma aiempi tulkinta oikea. Sekä Hidénin että etenkin Scheininin mielestä tätä mahdollisuutta ei kuitenkaan asiallisesti ottaen ollut: arpajaisia Ahvenanmaan maakunnassa toimeenpaneville voitiin säätää toimeenpanoon liittyviä hallinnollisia velvoitteita, mutta Ahvenanmaan itsehallintolaista seurasi, ettei tätä sääntelyä yksinkertaisesti saanut toteuttaa lailla, kuten perustuslakivaliokunta ehdotti, vaan ainoastaan joko maakuntalailla tai Ahvenanmaan itsehallintolaista poikkeamiselle säädetyssä järjestyksessä. Vrt. etenkin Antero Jyrängin (21.9.2001) ja Veli-Pekka Viljasen (21.9.2001) asiantuntijalausunnat, joissa tapauksen aineellisoikeudellista ratkaisua haetaan viime kädessä perustuslakivaliokunnan ensisijaista perustuslaintulkintatoimivaltaa ja arvovaltaa koskevista lähtökohdista. Ks. tältä osin myös Jyränki 2003, s. 411–414. Vaikka itse pidänkin perustuslakivaliokunnan aineellisoikeudellista tulkintaratkaisua oikeudellisesti ongelmallisena, on valiokunnan menettely sinänsä varsin ymmärrettävää. Jos sen lausuntoon sisältyneitä ja reaalisten argumenttien kaltaisia näkökohtia parempia argumentteja ei ollut käytettävissä, muunlaisen kannan omaksuminen olisi edellyttänyt sen vastikään tekemän tulkintaratkaisun myöntämistä virheelliseksi, mikä olisi ollut vähintäänkin epätavanomaista. Korostan kuitenkin, ettei tällä ymmärrettävällä piirteellä ole mitään tekemistä ratkaisun oikeudellisen perusteltavuuden kannalta.

⁹ Perustuslakivaliokunnan vastaanottokykyä kuvastaa sekin, että myös oikeustieteen piirissä käyty kriittinen keskustelu turvallisuusperusoikeuden asianmukaisesta sisällöstä johti perustuslakivaliokunnassa ainakin osittaiseen linjantarkistukseen (ks. Tuori 2007, s. 260–261, ks. myös

Valtiosääntöiselle vuoropuhelulle saattaa jatkossa olla enenevästi tarvetta. Perustuslakivaliokunnan avoimeksi jättämään mahdollisuuteen voidaan esimerkiksi sovittaa sellaisia perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen soveltamisratkaisuja, joissa ilmeisesti perustuslainvastaisena jätetään soveltamatta lain säännös, jota koskeva valtiosääntöinen epäkohta on sääntelyn luonteesta johtuen yleinen eikä selvästikään vain yksittäistapaukselliseen soveltamistilanteeseen liittyvä. Tyyppi-esimerkkejä tällaisista tilanteista olisivat esimerkiksi korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen KHO 2008:25 kaltaiset tapaukset, joissa sovellettavaksi tulevaan ja vieläpä ennen perusoikeusuudistusta säädettyyn lakiin sisältyy yksilön oikeuksia ja velvollisuuksia koskeviin päätöksiin ulottuvia valituskieltosäännöksiä, joita on sittemmin valtiosääntökäytännöissä pidetty perustuslain 21 §:n 1 momentin vastaisina.¹⁰ Sen lisäksi, että tuomioistuimen kuuluu jättää tällainen säännös joko perusoikeusmyönteisen tulkinnan tai perustuslain 106 §:n nojalla soveltamatta, lain-säättäjällä voidaan olettaa olevan jo perustuslain 22 §:n yleisen turvaamisveloitteen johdosta velvollisuus ryhtyä oikeustilan korjaaviin lainsäädäntötoimenpiteisiin. Mitään estettä tässä prosessissa ei edes institutionaalisen arvovallan tai demokratian kannalta pitäisi olla siinä, että asian tullessa mahdollisesti perustuslakivaliokunnan käsiteltäväksi se lausunnossaan viittaisi voimassa olevan sääntelyn oikeuskäytännössä aiheuttamiin oikeudellisiin ongelmiin ja pyrkisi esittämään oman kantansa niiden valtiosääntöoikeudellisesta merkityksestä. Tällaista kehitystä on syytä pitää erityisen toivottavana senkin vuoksi, että kotimaiset tuomioistuimet näyttäisivät ainakin korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön perusteella olevan varsin herkkiäkin kansainvälisten tuomioistuinten taholta tuleville kriittisille, mutta perustelluille arvioinneille.

1.2.2 Kansallinen ja kansainvälinen dialogi

Suomen perusoikeusjärjestelmän kannalta merkityksellistä vuoropuhelua käydään myös kansallisten ja kansainvälisten tuomioistuinten välillä. Tässä suhteessa yksi viime vuosien kiinnostavimmista kehityspiirteistä liittyy etenkin ihmisoikeusargumenttien asemaa koskeviin muutoksiin korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä. Asiaa on mahdollista havainnollistaa käyttämällä hyväksi kvantitatiivisia tietoja sellaisista tuomioistuinratkaisuksista,¹¹ joissa ratkaisun pe-

Tuori 1999, s. 920–931 ja Viljanen 2001, s. 159–162). Tosin vaikutusta saattaa olla silläkin, että kriittiset keskustelijat olivat juuri niitä asiantuntijoita, joita perustuslakivaliokunta säännönmukaisimmin lakiehdotuksia käsitellessään muutenkin kuulee.

¹⁰ Ks. esim. PeVL 12/2002 vp.

¹¹ Vastaavaa kvantitatiivista analyysiä on hyödynnetty suomalaisessa valtiosääntöoikeudellisessa tutkimuksessa varsin usein. Esimerkiksi Martin Scheininin väitöskirjatutkimuksen keskeisimmät perus- ja ihmisoikeusnormien valtiosisäistä asemaa koskevat väitteet taustoitettiin juuri empiirisillä havainnoilla ihmisoikeuksiin viittaavista tuomioistuinratkaisuksista (ks. Scheinin 1991,

rusteluihin tai muihin tapausta koskeviin tietoihin sisältyy nimenomaisia viittauksia kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin tai niiden valvontaelimiin, tyypillisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen.

Tarkastelun pohjana olevat tiedot perustuvat Finlex-tietokannassa oleviin korkeimman oikeuden¹² ennakkopäätöksiin. Ensimmäinen otanta tehtiin yksinkertaisesti käyttäen hakusanoja ”ihmiso*” ja ”EIT*”. Haku tuottaa tulokseksi kaikki sellaiset korkeimman oikeuden ratkaisut, joissa on nimeltä mainiten viitattu oikeudellisissa käytännöissä ihmisoikeuksien osalta tyypillisimmin sovellettuun Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja sen noudattamista valvovaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen (josta KKO toisinaan käyttää lyhennettä EIT). Tapauksia löytyi yhteensä 164 kappaletta. Lisäksi hakutuloksia täydennettiin ”kansalaiso*”-hakua käyttäen tapauksilla, joihin sisältyi viittaus Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevaan yleissopimukseen, mutta ei muita ihmisoikeusviittauksia. Tällaisia tapauksia oli neljä. Yhteensä analysoituva oikeustapausaineisto käsitti siten 168 korkeimman oikeuden ”ihmisoikeustapauksen” luonteista ennakkopäätöstä. Otannan toisessa vaiheessa kukin 168 tapauksesta analysoitiin vielä erikseen yksittäisiin tapauksiin sisältyvien ihmisoikeusviittausten tapauskohtaisen esiintymistiheyden selvittämiseksi. Lopuksi samaa hakumenettelyä sovellettiin vielä perustuslakivaliokunnan lausuntojen merkittävyyttä koskevien viittaustietojen selvittämiseen. Hakusanalla ”perustuslakival*” löytyi yhteensä 30 korkeimman oikeuden ennakkopäätöstä.

On sanomattakin selvää, ettei oikeudellisten käytäntöjen dialogisuus sen paremmin kuin suomalaisen ihmisoikeuskulttuurin tila, ihmisoikeuksien suojan taso tai niitä koskevan oikeudellisen argumentaation vakuuttavuus riipu pelkästään tiettyjen käsitteiden käyttöihydestä. Suurikaan ihmisoikeusviittausten määrä ei ensinnäkään muutu automaattisesti oikeuksia koskeviksi oikeiksi ratkaisuksi. Esimerkiksi korkeimman oikeuden tuoreehkoon ennakkopäätökseen KKO 2008:24 sisältyy yhteensä 60 ihmisoikeusviittausta. Silti kyseistä ratkaisua, jossa korkein oikeus kieltäytyy purkamasta hovioikeuden tuomiota ihmisoikeustuomioistuimen tuomion perusteella, voidaan arvostella voimakkaastikin sekä ihmisoikeustuomioistuimen toteaman ihmisoikeusloukkauksen että perustuslain 22 §:ään perustuvan perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisvelvollisuuden näkökulmasta. Tiettyyn rajalliseen joukkoon sanoja keskittyvä hakumene-

s. 212–213). Vastaavasti Veli-Pekka Viljasen väitöskirjatutkimuksessa perusoikeuksien merkityksen kasvamista lainsäätäjän ja erityisesti perustuslakivaliokunnan toiminnassa perustellaan osaltaan perusoikeuksiin viittaavien lausuntojen suhteellista määrää koskevilla kuvauksilla (ks. Viljanen 2001, s. 4–5). Tuomas Ojanen puolestaan esittää perustuslain tarkistamistyöryhmälle tekemässään muistiossa arvioita perustuslain etusijasäännöksen merkittävyydestä nimenomaan sen perusteella, kuinka usein ylimmät tuomioistuimet ovat etusijasäännökseen viittaneet (ks. Ojanen 2008b, s. 134 ja 140–141).

¹² Kokonaisvaltainen tarkastelu edellyttäisi myös KHO:n oikeuskäytännön käsittelyä. Tässä tarkastelu on rajattu KKO:een, koska prejudikaattituomioistuimena sen perusteluvedellytykset ovat lähtökohtaisesti paremmat kuin KHO:n.

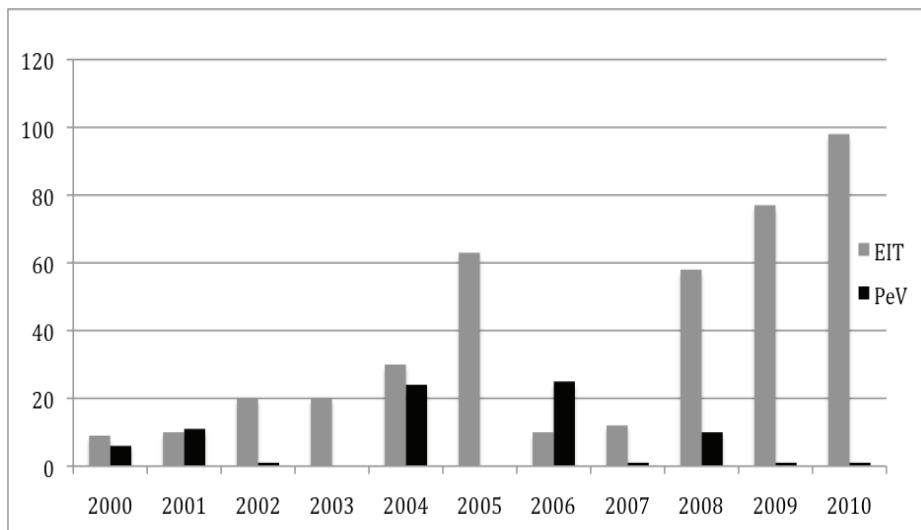
telmä ei myöskään kerro meille mitään siitä, kuinka monessa tapauksessa tuomioistuin on jättänyt viittaamatta ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön, vaikka sen olisi objektiivisoikeudellisessa katsannossa tullut niin menettää.¹³ Toisaalta tapaus voidaan tietysti ratkaista ihmisoikeuksien kannalta ongelmatomastikin, vaikkei ratkaisun perusteluihin sisälly ainoatakaan nimenomaista ihmisoikeusviittausta.

Myös tietyt otantatekniset rajoitukset on syytä tiedostaa. Pelkästään tiettyihin ihmisoikeussopimusten nimissä oleviin termeihin kohdistuvat haut eivät tavoita läheskään kaikkia ihmisoikeusargumentteja silloinkaan, kun niitä on nimenomaisesti esitetty. Esimerkiksi lausumat, joissa viitataan suoraan tiettyyn oikeuteen (esim. sananvapaus) tai tiettyyn ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun (esim. Eerikäinen v. Suomi) jäävät sopimusten ja niiden valvontaelinten nimiin kohdistuvan haun ulkopuolelle.

Vaikka nyt suoritettu terminologiaperusteinen otanta edustaa niin ollen väistämättä vain osatotuutta oikeudellisten käytäntöjen todellisesta sisällöstä, on sen avulla mahdollista kuitenkin tuoda esiin ainakin joitakin piirteitä ihmisoikeuksien asemasta ja niitä koskevissa käytännöissä mahdollisesti tapahtuvista muutoksista. Oikeudellinen argumentaatio nojautuu väistämättä joillekin kielelliseen muotoon puetuille peruskäsitteille ja oikeuslähteille, jolloin tulee myös mahdolliseksi olettaa, että mitä enemmän tuomioistuinratkaisuihin sisältyy viittauksia kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin ja niiden sisällön määrittymisen kannalta keskeiseen oikeuskäytäntöön, sitä punnitsevammasta ja myös dialogisemmasta argumentaatiosta voidaan olettaa olevan kyse.

Institutionaalisen dialogin näkökulmasta mielenkiintoisimmat tapausaineistosta kertyvät havainnot liittyvät Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja perustuslakivaliokunnan kannanottojen esiintymistiheyden muutoksiin korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä. Molemmilla instituutioilla on oletusarvoisesti merkittävä oikeuslähteopillinen status. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin kantaa päävastuun ihmisoikeussopimuksen tulkinnallisesta kehittämisestä. Suomalaiseen perusoikeusjärjestelmään on puolestaan vanhastaan kuulunut, että vastuu sen kehittämisestä kuuluu eduskunnan perustuslakivaliokunnalle. Näin ollen yhtäältä ihmisoikeustuomioistuimen ja toisaalta perustuslakivaliokunnan tulkinta-argumentaation hyödyntäminen korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä heijastaa nimittäin ainakin joissakin suhteissa kansallisen perusoikeusjärjestelmämme ja kansainvälisen ihmisoikeussopimusjärjestelmän valtionsisäistä asemaa ja siinä mahdollisesti ilmeneviä vaihteluita. Seuraavaan taulukkoon on kerätty määrälliset tiedot kaikista korkeimman oikeuden ratkaisuihin sisältyvistä viittauksista Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen ja toisaalta perustuslakivaliokuntaan 2000-luvulla.

¹³ Ks. esim. KKO 2001:96, vrt. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio asiassa Eerikäinen v. Suomi (10.2.2009).



Kaavio 1. Viittaukset Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen ja perustuslakivaliokuntaan KKO:ssa – yksittäisten viittausten vuosittaiset lukumäärät vuosina 2000–2010.

Kuten havaitaan, samaan aikaan kun viittaukset Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen ovat korkeimmassa oikeudessa määrällisesti kasvaneet, kehitys on ollut oikeastaan päinvastaista perustuslakivaliokunnan lausuntojen suhteen. Vaikka kehitykselle saattaa olla ymmärrettäviä, esimerkiksi perustuslakivaliokunnan harjoittaman abstraktin säädösvalvonnan ja tuomioistuinten harjoittaman konkreetin oikeudellisen ratkaisutoiminnan eroihin palautuvia selitystekijöitä,¹⁴ ja vaikka ihmisoikeuksien merkitys on ollut selvässä kasvussa, ei muutos ole välttämättä sen paremmin oikeuksien toteutumisen kuin demokraattisen legitimitietinkään näkökulmasta myönteinen.

Ensinnäkin, kuten kohta tuodaan tarkemmin esille, perusoikeuksille on syytä varata erityisrooli suhteessa kansainvälisiin ihmisoikeuksiin. Niiden tehtävänä on määritellä yksilön oikeuksille kansainvälisesti noudatettava *vähimmäistaso*.¹⁵ Järjestelmään myös kuuluu, että esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimus kieltää nimenomaisesti käyttämästä ihmisoikeussopimusta heikentämään kansallisen lainsäädännön tai muiden kansainvälisten sopimusten yksilön oikeuksille antamaa parempaa suojaa. Kansallisten perusoikeuksien ja niitä koskevien perustuslainsäätäjän ratkaisujen näkökulmasta tietynlaista perusoikeusaktivismia on mahdollista perustella siitäkin näkökulmasta, että perustuslakimme tunnustaa perustaviksi oikeuksiksi myös sellaisia oikeuksia, jotka eivät kan-

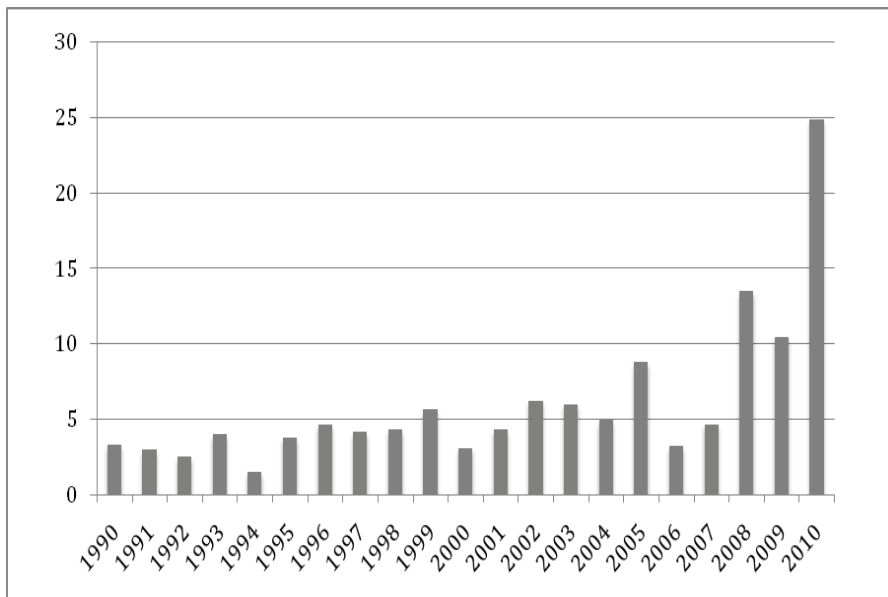
¹⁴ Ks. myös Ojanen 2009b, s. 251.

¹⁵ Ks. Viljanen 1996, s. 797–798.

sainvälisten ihmisoikeussopimusten perusteella nauti aivan yhtä välitöntä suojaa. Esimerkkinä voidaan tältä osin viitata muun muassa perustuslain 20 §:n säännökseen ympäristövastuusta, jota koskeva perustuslakivaliokunnan käytäntö olisi sinänsä voinut tulla sovellettavaksi rakennussuojelulain soveltamista koskevassa korkeimman oikeuden ennakkopäätöksessä KKO 2004:26. Lisäksi kansallinen ihmisoikeusaktivismi on itse asiassa välttämätön osa eurooppalaisen oikeussuojajärjestelmän kehitystä. Ihmisoikeussopimuksen tulokinnassa keskeisessä asemassa oleva dynaaminen muutos, toisin sanoen sen tulkinta ”tämän päivän olosuhteiden valossa”, on vahvasti sidottu oikeusvertailevaan tietoon käsillä olevan oikeuden sisällöstä jäsenvaltioissa.¹⁶ Samoin myös EU:n kehittyvässä olevan perusoikeusjärjestelmän voi olettaa olevan jatkossa kiinteästi sidoksissa kansallisten oikeusjärjestysten taholta tuleviin impulseihin jo siitäkin syystä, että Perusoikeuskirjan 53 artikla määrittää kansallisen valtiosäännön yhdeksi keskeiseksi EU:n perusoikeuskirjan takaamien oikeuksien minimitasoa määrittäväksi lähteeksi.

Ainakin korkeimman oikeuden ennakkopäätöksen valossa nykyinen kehitys näyttää kuitenkin olevan vahvasti johtamassa eurooppalaisen ihmisoikeusjärjestelmän ja sitä koskevan valvontakäytännön hyvin vahvaan asemaan yksilöiden oikeuksia koskevassa oikeuskäytännössä. Kansallisten perusoikeuksien ja perustuslakivaliokunnan osalta vastaavasta muutoksesta ei ainakaan vielä ole merkkejä, vaikkakin esimerkiksi korkeimman oikeuden hiljattain tekemä ratkaisu naispapin syrjintää koskevassa tapauksessa KKO 2010:74 toimii osoituksena myös aktiivisten perusoikeustulkintojen mahdollisuuksista. Ennakkopäätös KKO 2010:74 edustaa kuitenkin pikemminkin poikkeusta kuin kehittymässä olevaa trendiä. Kvantitatiivisten tilastotietojen valossa suomalainen oikeuskäytäntö ohjautuu tällä hetkellä vuorovaikutussuhteessa kansainvälisten ihmisoikeussopimusten, etenkin Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja sen soveltamiskäytännön kanssa. Tätä havainnollistava seuraava kaavio perustuu otantaan, jossa kaikki korkeimman oikeuden ihmisoikeusviittauksia sisältävät tapaukset analysoitiin vielä erikseen laskemalla kuhunkin yksittäiseen ratkaisuun sisältyvien ihmisoikeusviittausten määrät. Koska viittauksia sisältävien tapausten määrässä on satunnaisuuteen perustuvaa vuotuista vaihtelua, ihmisoikeusargumentaation yksittäistapauksellinen merkitys on paremmin hahmotettavissa vuotuisten keskiarvotietojen avulla.

¹⁶ Ks. Pellonpää 2005, s. 214–216.



Kaavio 2. Keskimääräiset tapauskohtaiset ihmisoikeusviittausmäärät KKO:n oikeuskäytännössä 1990–lokakuu 2010.

Kaavion perusteella on pääteltävissä, että 1990-luvun ”läpimurron” jälkeen ihmisoikeudet sinänsä vakiinnuttivat asemansa korkeimman oikeuden oikeuskäytännössä. Toisaalta niitä koskeva argumentaatio oli pitkään myös varsin vähänaista. Sen sijaan viimeiset 3-5 vuotta näyttäisivät tässä suhteessa edustavan merkittävää muutosta. Yksittäisiin tapauksiin sisältyvien ihmisoikeusviittausten määrä on tuona ajanjaksona noussut selvästi suuremmaksi kuin sitä edeltäneinä 15 vuonna oli muodostunut tyypilliseksi. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön seikkaperäisellä ja käytännön perusteisiin menevällä oikeudellisella argumentaatiolla näyttäisi olevan merkittävä rooli muutoksen yhtenä selittäjänä. Esimerkiksi vuonna 2010 nimenomaisia viittauksia Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen on erityisesti kahden korkeimman oikeuden ne bis in idem -ratkaisun (KKO 2010:45 ja KKO 2010:46) seurauksena kertynyt jo 98.

Mikä sitten selittää ihmisoikeusviittausten määrällistä kasvua vuosien 2005–2008 tienoilta alkaen? Luontevin selitys liittyy nähdäkseni niihin korkeimman oikeuden ratkaisuihin, jotka ovat sittemmin päätyneet Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen, ja joissa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on todennut Suomen loukanneen ihmisoikeussopimuksen mukaisia velvoitteitaan. Ensimmäinen tällainen murrostekijä kiteytyy tapauksessa KKO 2001:96, josta sittemmin tuli Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu asiassa *Eerikäinen v. Suomi* (10.2.2009). KKO 2001:96 vastasi sinänsä siihen asti vallinnutta sananvapauskäytäntöä. Tuossa käytännössä ei juurikaan piitattu Euroopan ihmisoikeustuo-

mioistuimen soveltamiskäytännöstä. Yleensä yksityiselämän suoja tuntui painavan lähtökohtaisesti sananvapautta enemmän. Juuri tämän tulkintakäytännön samoin kuin KKO:n kyvyn perustella sananvapautta rajoittavia ratkaisujaan EIT kyseenalaisti Eerikäinen -ratkaisussaan. Merkillepantavaa toisaalta on, että moite tuli sikäli myöhässä, että KKO oli jo ehtinyt parantaa perustelujaan. Viitataan tässä EIT:n *Selistö* (16.11.2004) ja *Karhuvaara* (16.11.2004) -ratkaisujen jälkimainingeissa tehtyyn vahvennettuun jaostoratkaisuun KKO 2005:136 siihen sisältyvine eriävine mielipiteineen.

Tapausten KKO 2002:116, KKO 2009:27 sekä KKO 2009:80 ympärille kietoutuva oikeudellinen kehityslinja on samalla tavalla merkityksellinen. Niistä ensimmäisessä korkein oikeus katsoi, ettei ulosottovelallisuuden ollut oikeutta kieltäytyä ulosotto selvityksestä sillä perusteella, että tämä saattoi joutua myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä selvittämiseen. Tapauksessa KKO 2009:27 korkein oikeus vahvisti saman periaatteen soveltuvan konkurssimenettelyyn. Lopulta tapauksessa KKO 2009:80 korkein oikeus joutui tunnustamaan, että sen siihen asti omaksuma tulkinta oli virheellinen. Täyskäännöksen taustalla oli EIT:n vastikään antama ratkaisu asiassa *Martinen v. Suomi* (21.4.2009), joka puolestaan koski niminomaan korkeimman oikeuden ratkaisua KKO 2002:116.

Tässä ei ole tarpeen arvioida korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön mahdollisia aineellisoikeudellisia ongelmia. Sen sijaan oikeudellisen dialogin edellytysten näkökulmasta on huomionarvoista sekä sananvapautta että itsekriminointisuoja koskevien tapausten viimeisissä vaiheissa ensinnäkin (ks. myös KKO 2010:49) se, ettei korkein oikeus ole lukinnut itseään kansallisen tradition sanelemaan argumentaatiomalleihin. Toisaalta se ei myöskään ole omaksunut EIT:n tulkintalinjauksia täysin niitä pureksimatta. Sen sijaan korkein oikeus näyttäisi esittävän ja punnitsevan aktiivisesti erisuuntaisia argumentteja puolesta ja vastaan -tyyppisin perustein. Juuri tällainen rationaaliselle ihmisoikeusparadigmalle tyypillinen pro & contra -argumentointi näyttäisi osaltaan selittävän ihmisoikeusviittausten määrällistäkin kasvua korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä. Näin tapahtuvaa osallistumista ihmisoikeuksien sisällöstä käytävään keskusteluun voidaan siten pitää kehittyneen ihmisoikeuskulttuurin tunnusmerkkinä. Siihen kuuluu yhtäältä virheiden tunnustaminen, mutta myös pyrkimys mahdollisimman kokonaisvaltaisiin, punnittuihin ja avoimiin perusteluihin.

Valtiosääntöoikeuden kokonaisuuden näkökulmasta olisi kuitenkin perusteltua että vastaavat piirteet, jotka nyt leimaavat korkeimman oikeuden ihmisoikeusargumentaatiota, siirtyisivät myös kansallisten perusoikeuksien tulkinta-argumentaatioon. Kun perusoikeuksien toteutumista tulisi ihmisoikeuksien minimitasofunktion seurauksena valvoa erityisen aktiivisesti, olisi kansallisten instituutioiden välisellä dialogilla potentiaalisesti keskeinen rooli tällaisen aktivismin legitimoimisessa toteuttamisessa. Tätä puoltaisi sekin, että perustuslakivaliokunnalla vaikuttaisi olevan institutionaaliset ja demokraattisesti legitimit edel-

lytykset toimia tuomioistuimia nopeatempoisemmin perusoikeuksien kehittämisen saralla. Tämän hetkisen oikeuskäytännön valossa näyttää kuitenkin siltä, ettei perustuslakivaliokunta ole ainakaan korkeimman oikeuden ennakkopäättösratkaisuissa kyennyt tuottamaan tulkintakäytäntöä, joka merkittävyydeltään vastaisi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöä. Toisaalta, kuten Tuomas Ojanen on huomauttanut suomalaisen valtiosääntödialogin tilaa kriittisesti arvioivassa artikkelissaan, myös perustuslakivaliokunta vaikuttaa välttelevän viittauksia perustuslain tulkintaa koskeviin kotimaisten tuomioistuinten ratkaisuihin.¹⁷ Itse asiassa Ojasen mukaan perustuslakivaliokunnan viittaukset kansainvälisten tuomioistuinten ratkaisuihin ovat nekin jokseenkin sattumanvaraisia ja riippuvaisia lähinnä siitä, keitä valiokunta on sattunut kuulemaan asiantuntijoina. Näissäkin suhteissa suomalaista valtiosääntödialogia on syytä pitää vielä orastavana, oikeudellisia mahdollisuuksia vasta hakevana.

1.3 VALTIOSÄÄNTÖOIKEUDEN YLEISET OPIT

Oikeuskulttuurin moniarvoistumiseen, oikeudenalojen rajat ylittävään taikka instituutioiden väliseen dialogiin liittyvät oikeuskulttuuriset näkökohdat eivät luonnollisestikaan yksinään kykene takaamaan oikeudellisten käytäntöjen kehittymistä valtiosäännön kokonaisuuden kannalta tasapainoisella tavalla. Niiden ohella tarvitaan sekä demokraattiseen päätöksentekoon että perusoikeuksien toteuttamiseen yhtäläisesti kiinnittyviä ja tässä mielessä normatiivisesti kaksitahoisia institutionaalisia järjestelyjä. Oikeudellisten käytäntöjen osalta tällaisina järjestelyinä on syytä nostaa esiin perus- ja ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan periaatteiden ja perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen muodostama kokonaisuus. Niin ikään olennaisessa asemassa ovat poikkeuslakien välttämisen periaate ja perusoikeuksien rajoitusedellytykset sekä perus- ja ihmisoikeuksien keskinäistä suhdetta määrittävät vaatimukset.

Valtiosääntöoikeudellisen doktriinin piirissä näillä tulkintaperiaatteilla ja instituutioilla on tietysti itsenäisenkin, normikontrollin institutionaalisen järjestämisen tavoista osin riippumaton sisältö. Silti niitä voidaan analysoida myös uuden normikontrolliajattelun perspektiivistä. Ne kaikki luovat edellytyksiä sekä demokraattisen lainsäätäjän perustuslaintulkintakannanottojen että näistä kannanotoista riippumattomien tulkintojen periaatteellisesti asianmukaiselle huomioimiselle.

Samalla tarkastelua on mahdollista suunnata tasapainotilaa horjuttaviin tendensseihin. Järjestelyjen normatiivisesta kaksitahoisuudesta nimittäin seuraa, että ne mahdollistavat jo määritelmänkin mukaan sekä perusoikeuksien turvaamista että lainsäätäjän suvereenisuutta korostavien argumenttien pätevän esittä-

¹⁷ Ks. Ojanen 2009b, s. 249.

misen. Riskinä on, että kun keskeiset valtiosääntöoikeudelliset järjestelyt jättävät valtiosäännön periaatteelliset jännitteet vaille etukäteistä ratkaisua, niiden puitteissa toimivat konkreettiset käytännöt ovat jatkuvassa vaarassa suistua järjestelyjen periaatteellisiin ääripäihin: Jos demokraattisen päätöksenteon legitimoivaa vaikutusta korostetaan liikaa, tyypistyvät muodollisesti valtiosääntöoikeudellisena normikontrollina esitettävät menettelyt herkästi vain lainsäätäjän suvereniteettia toistaviksi käytännöiksi, joissa alun perin puhtaan poliittinen päätöksenteko selitetään jälkikäteen perustuslainmukaisesti tai peräti sen edellyttämäksi. Jos taas tuomioistuimet päätyvät ylikorostamaan omaa perustuslaintulkintatoimivaltaansa kokonaan ohi lainsäätäjän tekemien poliittisten ratkaisujen, sivuutetaan samalla myös perustuslain poliittiselle päätöksenteolle asettamat demokraattisuuden vaatimukset, joiden merkitystä voi vielä pitää erityisen korostuneena juuri perustuslain kattamien painoarvoltaan merkittävien periaatteiden alueella.

1.3.1 Lain perustuslainmukainen tulkinta ja perustuslain etusija

Suoraan sovellettavat ja voimassa olevan lain kanssa potentiaalisesti ristiriitaan johtavat perus- ja ihmisoikeudet sopivat suomalaisen valtiosääntöoikeuden traditioon lähtökohdiltaan varsin huonosti: ne tuottavat oikeudelliselta statukseltaan vahvoja sisällöllisiä argumentteja, jotka ovat omiaan haastamaan lainsäätäjän muodollisen suvereenisuuden välittömin oikeudellisin ja poliittisin vaikutuksin. Oikeuksien tehokkuuteen ei pyrittykään Suomessa alun alkaen ehdottomin etusijasäännöksiin, vaan asteen lievemmällä ratkaisulla, edellyttämällä lakien perustuslain ja ihmisoikeussopimusten mukaista tulkintaa. Perusoikeusudistuksen yhteydessä periaate esitettiin nimenomaan täydennykseksi silloin vielä vallinneeseen kieltoon tutkia lakien perustuslainmukaisuutta: tuomioistuimilla oli perustuslakivaliokunnan mukaan tutkimiskiellosta riippumatta velvollisuus valita perusteltavissa olevista laintulkintavaihtoehdoista sellainen, joka parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoituksen toteutumista ja joka eliminoi perustuslain kanssa ristiriitaisiksi katsottavat vaihtoehdot.¹⁸

Ratkaisu lainsäätäjän suvereenisuuden ja oikeuksien väliseen jännitteeseen oli toisin sanoen varsin samanlainen kuin tapa, jolla vastaava konflikti ratkaistiin Uudessa-Seelannissa Bill of Rights Actia säädettäessä ja johon sittemmin päädyttiin myös Yhdistyneen kuningaskunnan Human Rights Actin myötä¹⁹: vaikka oikeudet eivät muodollisesti syrjäytä voimassa olevaa lainsäädäntöä,

¹⁸ Ks. PeVM 25/1994 vp, s. 4. Tulkintaperiaatteen sisällöstä esitetyistä käsityksistä ks. esim. Viljanen 1990, Scheinin 1991, s. 203–209, Lavapuro 1998, Lavapuro 2001, Mäenpää 2000, s. 187–189, Pöyhönen 2000, s. 85–97, Pölönen 2003, s. 70–82, Jyränki 2003, s. 442–446.

¹⁹ Ks. esim. Tushnet 2008, s. 25–31.

eikä tuomioistuimilla ole oikeutta kumota lakeja perustuslainvastaisena, voimassa olevaa lainsäädäntöä on kuitenkin yleisesti tulkittava mahdollisimman pitkälle perus- ja ihmisoikeuksien mukaisesti. Näin perusoikeuksien tehokkuutta saatettiin lisätä tavalla, joka lähtökohtaisesti kunnioittaa myös lainsäätäjän asemaa.

Tulkinnallista kontrollia koskevat valtiosääntöperiaatteet jättävät tyypillisesti avoimeksi sen, kuinka pitkälle lakia voidaan oikeastaan perustuslain valossa tulkita. Toisaalta niiden myötä mahdollistuvaa konfliktia lainsäätäjän ja tuomioistuinten välillä ei näyttäisi olevan syytä pitää ainakaan yhtä selvänä verrattuna tilanteisiin, joissa tuomioistuimille annetaan yksiselitteinen toimivalta julistaa laki tai sen tietty säännös perustuslainvastaisena pätemättömäksi. Tulkinnallisesta epävarmuudesta huolimatta omaksuttu ratkaisu näyttää toimineen valtioon välisen toimivallanjaonkin näkökulmasta varsin hyvin. Oikeudelliset käytäntömme ovat 1990-luvun alusta lukien selvästi perus- ja ihmisoikeudellistuneet ilman että samalla olisi ajaututtu merkittäviin konflikteihin lainsäätäjän poliittisen päätöksentekovallan kanssa.²⁰

Kun perusoikeusmyönteinen tulkintaperiaate näyttäisi mahdollistaneen perusoikeus- ja demokratiatarpeiden yhtäaikaisen toteutumisen ainakin lähtökohdiltaan ongelmattomasti, suomalaisen normivalvontajärjestelmän viimeisintä institutionaalista käännettä edustava perustuslain 106 §:n etusijasäännös näyttää väkisinikin johtavan valtiosääntöisen tasapainon horjumiseen. Säännös mahdollistaa yksiselitteisesti lain säännöksen soveltamatta jättämisen perustuslain nojalla. Tämä oli myös sääntelyn tavoite: esitöiden perusteella säännöksellä pyrittiin varmistamaan, ettei ratkaisun lopputulos yksittäisessä oikeustapauksessa ole siinä soveltamistilanteessa ilmeisesti perustuslain vastainen.²¹

Kyse ei kuitenkaan ole pidäkkeettömästä normikontrollivaltuudesta. Etusijan antaminen on mahdollista ainoastaan niin sanotuissa ilmeisissä ristiriitatilanteissa, jolloin vaikutusta on siltäkin, miten perustuslakivaliokunta on arvioinut käsillä olevassa tapauksessa relevantin lain perustuslainmukaisuutta.²² Myös

²⁰ Ks. esim. OMTR 2002:8, Selvitys perustuslakiuudistuksen toimeenpanosta. Perustuslain seurantatyöryhmän mietintö, s. 28–29.

²¹ Ks. PeVM 10/1998 vp, s. 30.

²² On syytä korostaa, ettei ilmeisyysvaatimus tai muunkaltainen tuomioistuinten pidättyvyttä osoittava perustuslainsäännös ole edellytys tässä puolustettavalle perustuslakivalvonnan mallille. Muun muassa Kanadan esimerkki osoittaa, että lainsäätäjä kykenee säilyttämään merkittävän aseman perustuslaintulkintakysymyksissä, vaikka perustuslakikontrollia koskeva perustuslainsäännös asettaisi muodollisesti ottaen tuomioistuimet hyvinkin vahvaan asemaan. Ottaen huomioon perustuslakivaliokunnan traditionaalisen aseman samoin kuin suomalaisen valtiosääntökulttuurin vahvat sidokset parlamentaariseen demokratiaan, pidän itse asiassa todennäköisenä, ettei ilmeisyysvaatimuksen poistaminen perustuslain 106 §:stä olisi lainkaan heikentänyt perustuslakivaliokunnan asemaa valtiosääntömme kokonaisuudessa. Ks. myös Oikeusministeriön työryhmämietintö 2008:8. Perustuslaki 2008 -työryhmän muistio, s. 60–62 samoin kuin muistioon sisältyvä Tuomas Ojosen selvitys PL 106 §:n toimivuudesta ja muutostarpeista, s. 134–151. Tähän ei ns. Taxellin komitean työssä sen paremmin kuin sen perusteella laaditussa hallituksen esi-

etusijasäännöksen yksittäistapauksellista sovellettavuutta ja ratkaistavana olevaan tapaukseen rajautuvia vaikutuksia koskevat vaatimukset asettavat tuomioistuinten vallankäytölle juuri lainsäätäjän hyväksi toimivia pidäkkeitä.

Niin ollen etusijasäännöskin näyttäisi sisältävän uudelle perustuslakikontrollille ominaiseen tapaan viittauksia sekä perusoikeuksien turvaamisen tärkeyteen että lainsäätäjän keskeiseen asemaan perusoikeuksien toteuttajana ja turvaajana. Kontrollimallin taustalla oleva välitysteoria edellyttää kuitenkin etusijasäännöksen ja siihen sisältyvän ilmeisyysvaatimuksen tietyn tyyppistä tulkintaa. Etusijasäännöksen soveltamisharkinta on ennen muuta sidottava tapauskohtaisesti haettavaan tasapainoon: perustuslain etusijasäännöstä ei voida jättää soveltamatta pelkästään sillä perusteella, että lainsäätäjä on jo lakia hyväksyessään katsonut lain vastaavan perustuslakia; toisaalta lain säännöksen soveltamisen suhdetta perustuslakiin ei voi myöskään arvioida vapaasti ottamatta lainkaan huomioon lainsäädäntöprosessissa perustuslaista yleisesti ja sovellettavana olevan lain perustuslainmukaisuudesta erityisesti esitettyjä käsityksiä. Vain näin sovellettuna se toteuttaa niitä funktioita, joita sekä demokratiaperiaatteelle että perusoikeusperiaatteille nojautuvien normikontrolliratkaisujen ajatellaan yleisesti toteuttavan.

Tällaisten vaatimusten seuraamisen ja ratkaisun asianmukaisuuden jälkikäteiseen kontrollointiin ei luonnollisestikaan ole olemassa tarkkoja mekanistisia sääntöjä. Jotain voidaan silti sanoa. Ratkaisun kontrolloitavuus edellyttää yksinkertaisesti vakuuttavia ja periaatteellisesti johdonmukaisia perusteluja, jotka tässä tapauksessa on pyrittävä kirjoittamaan perustuslain *kokonaisuuden eikä siis sen jonkin yksittäisen periaatteen taikka yksittäisen organin aiemman kannan* kannalta parhaalla mahdollisella tavalla. Tasapainon saavuttaminen on puolestaan kiinni ennen muuta siitä tulkinnallisesta perspektiivistä, jonka suunnalta tapauksen valtiosääntöoikeudellista merkitystä lähdetään hahmottamaan. Auktoriteettiin perustuva kontrollimalli suuntaisi huomionsa institutionaaliin valintoihin ja niiden tuottamiin oletuksiin siitä, mille instituutiolle perustuslaintulkintavalta ensisijaisesti kuuluu, ja pyrki määrittelemään tapauksen mahdolliset ratkaisut tuon valinnan ehdoilla. Periaatteellista tasapainoa hakeva kontrolliajattelu sen sijaan pyrki ensisijaisesti perustuslain edellyttämään aineellisoikeudelliseen ratkaisuun, mutta kiinnittäisi samalla huomiota lainsäätäjän tekemiin perustuslaintulkintoihin ja lain tavoitteiden valtiosääntöoikeudelliseen merkitykseen.

Isyyslain (700/1975) järjestelmään sisältyvän kannerajoitussääntelyn tulkintaa koskeva esimerkkitapaus selventää näkökulmaeron merkitystä. Korkein oikeus on joutunut useassa ennakkopäätöksessään²³ arvioimaan 1.10.1976 voimaan tulleeseen ja lasten oikeudellisen yhdenvertaisuuden toteuttamiseksi sää-

tyksessä (HE 60/2010 vp) kuitenkin päädytty, kuten olen jo edellä esittänyt.

²³ Ks. KKO 1984 II 95, KKO 1993:58 ja KKO 2003:107.

dettyyn isyyslakiin liittyvän voimaanpanolain (701/1975) suhdetta perus- ja ihmisoikeuksiin. Ongelmana on ollut, että voimaanpanolaki asettaa isyyskanteen nostamiselle kaksi muodollista ehtoa, jotka eivät lähtökohtaisesti ota huomioon isyyslain yhdenvertaisuuden edistämiseen liittynyttä päätavoitetta eivätkä niin ollen myöskään vastaavia perus- ja ihmisoikeusnormeja lasten oikeuksista. Lain 7 §:n mukaan isyyden vahvistamista koskeva kanne on pantava vireille viiden vuoden kuluessa isyyslain voimaantulosta. Kannetta ei kuitenkaan voida nostaa, jos mies on kuollut.

Ennakkopäätösten sarjan viimeisessä tapauksessa KKO 2003:107 oli kysymys ennen isyyslain voimaantuloa syntyneen A:n nostamasta isyyden vahvistamiskanteesta, joka oli nostettu sekä 7 §:ssä mainitun määräajan että isän kuoleman jälkeen. Korkeimman oikeuden mukaan kannerajoituksen soveltaminen ei ollut ristiriidassa perustuslain 6 §:n 2 momentissa säädetyn syrjinnän kiellon kanssa ja kanne tuli jättää tutkimatta. Näin korkein oikeus päätyi ainakin yhdenvertaisuuden näkökulmasta toiseen lopputulokseen kuin aiemmissa ratkaisuisaan, joissa kannerajoitussääntely on jätetty käytännössä valtiosääntöisesti analogisissa tilanteissa soveltamatta.

Korkeimman oikeuden saavuttamaa lopputulosta on syytä tulkita sen taustalle valikoituneen tulkinnallisen asetelman valossa. Kun esittelijän mietinnössä oli ehdotettu isyyslain voimaanpanolain soveltamatta jättämistä perustuslain 106 §:n nojalla, korkein oikeus päätyi päinvastaiseen lopputulokseen ikään kuin olettaen, ettei muita vaihtoehtoja näiden kahden ääripään välillä ollut oikeudellisesti käytössä: joko laki oli ilmeisen perustuslainvastaisena jätettävä soveltamatta tai sitten sitä oli perusoikeus- ja ihmisoikeusnormeihin vilkuilematta sovellettava sanamuotonsa mukaisesti.²⁴ Kuten kuitenkin *Martin Scheinin* on osoittanut, ääripäiden lisäksi oli olemassa kolmaskin tulkintavaihtoehto, joka olisi ottanut huomioon sekä lainsäätäjän isyyslaille osoittaman tarkoituksen että perus- ja ihmisoikeuksien kunnioittamiseen liittyvät vaatimukset.²⁵ Sekä isyyslaki että tapauksessa relevantit perus- ja ihmisoikeudet osoittivat samaan suuntaan: lasten oikeudellisen yhdenvertaisuuden turvaamiseen, minkä toteutumisen kannerajoituksen sanamuodonmukainen soveltaminen esti kantajan osalta lopullisesti²⁶ ja vain sen takia, että hän oli sattunut syntymään ennen 1.1.1976 eikä ollut nostanut kannetta viiden vuoden kuluessa tuosta ajankohdasta.²⁷ Isyyslain voimaanpanolain säännös olisi siis tullut jättää soveltamatta sekä isyyslain tarkoituksen perusteella että perus- ja ihmisoikeuksien vastaiseen lopputulokseen johtavana.

²⁴ Ks. Scheinin 2004, s. 541–542.

²⁵ Ks. Scheinin 2004, s. 542.

²⁶ Ks. Scheinin 2004, s. 539.

²⁷ Ks. myös Scheinin 2004, s. 539.

Palaan isyyslakitapauksen pariin vielä myöhemmin. Nyt on sen sijaan syytä kiinnittää huomiota Scheininin esittämän argumentin ja lain soveltamatta jättämiseen liittyvän vallanjako- ja demokratiakritiikin väliseen suhteeseen. On nähdäkseen nimittäin vaikea nähdä, miksi Scheininin ehdottamaa ratkaisua tulisi pitää vallanjaon ja demokratian kannalta ongelmallisena puuttumisena lainsäätäjälle kuuluvan lainsäädäntövallan käyttöön. Eikö ole päinvastoin niin, että perinteisen ajattelun taipumus ylikorostaa lainsäätäjän suvereenisuutta ja muodollista ennakoitavuutta muiden valtiosääntöperiaatteiden ja niiden määrittämän sisällöllisen ennakoitavuuden kustannuksella tuottaa eräänlaisen näköharhan, joka johtaa lähtökohtaisesti problematisoimaan sellaisetkin perusoikeussovellukset, jotka vastaavat sisällöllisesti soveltamatta jätettävän lain tarkoitusta? Sitä paitsi uusien normikontrollimuotojen taustalla oleva tasapainoajattelu näyttäisi nykyisten oikeudellisten käytäntöjen valossa joka tapauksessa edellyttävän ainakin jonkinasteista perusoikeuksien painotusta. Suomalaisessa oikeuskulttuurissa sekä perustuslakivaliokunta²⁸ että ylimmät tuomioistuimet²⁹ vaikuttavat nimittäin kiistanalaisissa ja kiperissä tilanteissa edelleenkin korostavan lainsäätäjän harkintavallan laajuutta valtiosääntöoikeudellisen ratkaisun lähtökohtatilanteena. Kun näin on, on sekä perustuslakivaliokunta että tuomioistuinten etusijaharkinta otettava vielä myöhemmin erityisen tarkastelun kohteeksi. Nyt sen sijaan on syytä jatkaa valtiosääntöoikeudellisia vuorovaikutussuhteita määrittävän rakenteellisen kokonaisuuden tarkastelua.

1.3.2 Poikkeuslakien välttämisen periaate ja valtiosääntöinen tasapaino

Poikkeuslaki-instituutio on muodostanut erään valtiosääntökulttuurimme omailemaisimmista piirteistä. Sen myötä kulloinkin vallassa olevalle parlamentille on annettu valta säätää perustuslain tekstiin kajoamatta siitä aineellisesti poikkeavia lakeja, jos eduskunnan määränemmistö katsoo sen poliittisesti tarpeelliseksi.

Poikkeuslakimahdollisuudesta ei luovuttu perustuslakia uudistettaessa, vaan se haluttiin säilyttää poliittisten realiteettien edellyttämän jouston varmistamiseksi myös perustuslakia koskevissa kysymyksissä.³⁰ Samalla esitöissä kuitenkin korostettiin pidättyvää suhtautumista poikkeuslakimenettelyn käyttöön. Hallituksen perustuslakiesityksen mukaan mahdolliset ristiriidat perustuslain

²⁸ Ks. esim. PeVL 16/2006 vp (Hallituksen esityksestä laeiksi hedelmöityshoidoista ja isyyslain muuttamisesta), PeVL 15/2001 vp (Hallituksen esityksestä laiksi virallistetusta parisuhteesta) ja PeVL 12/2002 vp (Hallituksen esityksestä laiksi ulosottolain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi)

²⁹ Ks. Lavapuro 2008, s. 585 ja Ojanen 2008a.

³⁰ Ks. HE 1/1998 vp, s. 35.

ja lakiehdotusten väliltä tulisi ensisijaisesti poistaa lakiehdotuksiin tehtävin muutoksin sen sijaan, että lakiehdotus toteutettaisiin poikkeuslakina. Jos poikkeuslain säätäminen osoittautuisi välttämättömäksi, tulisi poikkeus rajata vain välttämättömään kirjoittamalla se mahdollisimman tarkkarajaiseksi ja vähäiseksi.³¹

Poikkeuslakien sallituiksi käyttötilanteiksi jäivätkin lopulta lähinnä kansainvälisten velvoitteiden voimaansaattamiset. Sen sijaan kotoperäinen käyttö jäi mahdolliseksi vain pakottavista syistä tapauksissa, jotka ovat niiden erityispiirteiden vuoksi poikkeuksellisia.³² Linjaus oli suoraa jatkoa jo sitä edeltäneelle perustuslakivaliokunnan omaksumalle käytännölle, jossa lähtökohtana on ollut lakiehdotusten muuttaminen perustuslain edellyttämällä tavalla turvautumatta poikkeuslakimenettelyyn. *Veli-Pekka Viljanen* onkin katsonut, että kehitys heijastaa erityisen poikkeuslakien välttämisen periaatteen vakiintumista osaksi valtiosääntöoikeudellista järjestelmäämme.³³

On kiistatonta, että poikkeuslakien välttämisen periaate on modifioinut poikkeuslaki-instituution sisältöä varsin radikaalistikin. Periaatteelle on syytä antaa kuitenkin astetta yleisempi merkitys. Myös se heijastaa suomalaisen normivalvontajärjestelmän muuttumista auktoritatiivisesta normivalvonnasta kohti erilaisia välittäviä normivalvonnan muotoja. Poikkeuslain välttämisen periaate edesauttaa tällaista muutosta ainakin kahdessa suhteessa.

Ensinnäkin aiempi poikkeuslakidoktriini jätti poikkeuslain säätämisen riippumaan yksin riittävän laajan poliittisen tahdon olemassaolosta. Nykyinen doktriini sen sijaan mahdollistaa perustuslaista poikkeamisen, jos se katsotaan poliittisesti tarpeelliseksi, mutta tällöinkin poikkeamisen tarve on perusteltava aineellisoikeudellisesti. Perustuslaista poikkeaminen ei siten ole enää kokonaan poliittisen valinnan asia, vaikka poliittiselle harkinnalle onkin edelleen jätetty tilaa myös silloin, kun lopputulosta on syytä pitää aineellisesti perustuslainvastaisena.³⁴

Myös periaatteen merkitys normivalvonnan toteutustapoihin heijastaa uusille normikontrollimuodoille tyypillisiä mekanismeja. Se ohjaa lainsäätäjää pikemminkin korjaamaan lain eduskuntakäsittelyssä ilmenneet perustuslakiongelmien jo lainsäätämisenvaiheessa. Kyse on yksinkertaisesti siitä, että perustuslaista lainsäädäntöhankkeelle aiheutuvat puutteet voidaan korjata ilman, että alkuperäinen lainsäädännöllinen tavoite vaarantuu, mutta kuitenkin niin, että myös perusoikeusnäkökohdat otetaan huomioon.³⁵ Käsiteltävänä oleva lakiehdotus saattaa esimerkiksi rajoittaa oikeuksia enemmän kuin voidaan pitää vält-

³¹ Ks. HE 1/1998 vp, s. 125.

³² Ks. Viljanen 1999 s. 965–971.

³³ Ks. Viljanen 1999, s. 962.

³⁴ Oikeudellisuuden ja poliittisuuden suhteista poikkeuslakitilanteissa, ks. Husa 2007, s. 202–205.

³⁵ Ks. Viljanen 2001, s. 357.

tämättömänä lain tavoitteen toteuttamiseksi, mikä on tyypillisesti korjattavissa kaventamalla lain soveltamisalaa asianomaiselta kohdin.³⁶ Joskus taas esimerkiksi etuuksia myöntävä lakiehdotus osoittautuu yhdenvertaisuusvaatimuksen kannalta soveltamisalaltaan liian kapeaksi siten, että osa etuuden saajiin nähden samassa asemassa olevia jää ilman hyväksyttävää perustetta sen ulkopuolelle.³⁷

Valtiosääntöoikeudellisen tasapainon kannalta olennaista on, että poikkeuslakien välttämisen periaate viittaa kahteen suuntaan. Se jättää kulloinkin vallassa olevalle lainsäätäjälle ainakin periaatteessa keskeisen roolin päätettäessä oikeusjärjestyksen sisällöstä myös perusoikeuksien kannalta herkällä alueella, mutta tekee sen tavalla, joka samanaikaisesti pyrkii ottamaan myös perusoikeuksien lainsäätäjälle asettamat velvoitteet vakavasti. Näin prosessi, joka esimerkiksi Kanadan valtiosääntödoktriinissa toteutuu yleensä instituutioiden välisenä dialogina lainsäätäjän ryhtyessä korjaamaan Kanadan korkeimman oikeuden valtiosääntöisesti riittauttamaa lainsäädäntöä,³⁸ toteutuu meillä osittain lainsäätäjän sisäisenä päätöksentekona, osana eduskunnan perustuslakivaliokunnan harjoittamaa ennakkovalvontaa pyrittäessä välttämään valtiosääntöoikeudellisen ristiriidan ratkaisua poikkeuslailla.

1.3.3 Yleinen rajoitustesti perustuslainmukaisuuden valvonnan yhteisenä kielioppina

Poikkeuslakien välttämisen periaate on syytä nähdä kiinteässä yhteydessä suomalaisen konstitutionalismiin muutokseen perusoikeuksien menettelyllisestä suojasta kohti korostuneesti aineellista suojaa. Perusoikeussuojan aineellistuminen taas tuskin olisi ollut mahdollista ilman aineellista argumentaatiota ja tulkintaa koskevia valtiosääntöoikeuden yleisiä oppeja. Tältä osin perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset ovat olleet keskeisessä roolissa. Toisin sanoen samalla kun poikkeuslakien välttämisen periaate on tuottanut oikeudellisia pidäkkeitä poikkeuslakimenettelyn käyttämiselle, erityisesti perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten testi on luonut puitteita sisällölliselle ja periaatteellisesti koherentille oikeudelliselle argumentaatiolle.

Vertailevan valtiosääntötutkimuksen näkökulmasta perusoikeuksien rajoitustestiä näyttäisi olevan perusteltua hahmottaa myös osana normikontrollin järjestämistä koskevia institutionaalisia ratkaisuja. Esimerkiksi Kanadan valtiosääntödoktriinissa perusoikeuksien laintasoista rajoitettavuutta määrittävä säännös on muodostanut keskeisen väylän, jonka kautta perustuslaintulkintatoimi-

³⁶ Ks. esim. PeVL 18/2007 vp.

³⁷ Ks. esim. PeVL 38/2006 vp.

³⁸ Ks. Roach 2001, s. 263–282.

valtaa on kyetty hahmottamaan olennaisesti myös lainsäätäjälle kuuluvana valtana.³⁹ Sama lähtökohta pätee myös suomalaisen valtiosääntödoktriiniin melkeinpä itsestään selvällä tavalla. Kuten tunnettua, perustuslaki samoin kuin kansainväliset ihmisoikeussopimukset asettavat lainsäätäjän erityisasemaan määriteltäessä perus- ja ihmisoikeuksien rajoitettavuutta. Rajoituksista on säädetty nimenomaan lailla sekä klassisista oikeusvaltiollisista syistä että demokraattisesta kontrolloitavuudesta johtuen. Vaatimus yksilön oikeuksiin puuttuvien normien laintasoisesta sääntelystä siirtää puuttumistoimivaltuudet pois hallinnollisen mielivallan piiristä, mutta alistaa rajoituksista säättämisen samalla demokraattisen lainsäätämismenettelyn puitteissa avoimesti tehtäväksi.⁴⁰

Toisaalta pelkästään lailla säättäminen ei tee rajoituksesta hyväksyttävää, vaan lainsäätäjän on pystyttävä perustelevaan rajoittava sääntely myös sisällöllisesti, muiden rajoitusehtojen ja perusoikeuksien ehdottomuutta koskevien oppien edellyttämällä tavalla. Tämän tyyppiset sisällölliset rajat piirtyvät tietysti selkeimmillään silloin, kun rajoitustesti ei ole alkuunkaan käytössä, kuten ehdottomien oikeuksien soveltamisalueella sekä pyrittäessä puuttumaan perusoikeuksien ydinalueeseen.⁴¹ Silti jo rajoitusten hyväksyttävyyden ja oikeasuhtaisuuden vaatimukset merkitsevät, että lainsäätäjän on pystyttävä perustelevaan oikeuksiin kohdistuva rajoitus myös aineellisoikeudellisesti.

Myös rajoitustesti viittaa siten kahteen suuntaan: se sekä osoittaa lainsäätäjälle erityisen aseman perusoikeuksien rajoittajana että pakottaa lainsäätäjän perustelevaan perusoikeuksien rajoitukset sisällöllisesti systemaattisen kriteeristön puitteissa ja kattavasti useiden eri osatekijöiden kannalta.⁴²

Suomen valtiosääntöoikeudellisissa käytännöissä rajoitustestillä onkin ollut ainakin kolme erityyppistä seurausta. Ensinnäkin rajoitustesti on mahdollistanut perustuslaintulkintaa koskevien perustelujen arvioitavuuden yleisesti johdonmukaisemmin kuin aiemman doktriinin kapeammat ja kasuistisemmat testityypit.⁴³ Toiseksi, rajoitustestiin sisältyvien vaatimusten kautta perustuslakivaliokunta on kyennyt perustelevaan rationaalisesti, miten sen käsiteltävänä olevia lakiehdotuksia tulisi aineellisesti muuttaa, jotta ne vastaisivat perustuslain asettamia vaatimuksia. Kolmas seuraus muutoksesta liittyy valiokunnan ratkaisujen auktoriteettiarvoon. Mitä rationaalisemmille perusteille oikeudellisten tulkintojen väitetään perustuvan, sitä enemmän konkreettien tulkintaratkaisujen pätevyyttä on syytä arvioida juuri tällaisten perusteiden eikä esimerkiksi pelkästään ratkaisua tekevän organin auktoritatiivisen aseman perusteella. Yleisten oppien tasoisena konstruktiona rajoitustesti toimii valtiosääntöoikeudellisten käytäntöjen rationaalisena paradigmana. Se tuottaa tavallaan yhtei-

³⁹ Ks. esim. Hogg – Bushell 1997, s. 84–87.

⁴⁰ Ks. Viljanen 2001, s. 68–69.

⁴¹ Ks. Scheinin 2008, s. 198.

⁴² Ks. Viljanen 2001, s. 351.

⁴³ Ks. Viljanen 2001, s. 51–53.

sen kielen, jonka avulla eri tasoilla tapahtuvien institutionaalisten käytäntöjen välinen normatiivinen vuorovaikutus ja keskinäinen arvioitavuus tulevat ylipäättänsä mahdolliseksi.

Yhteistä kriittistä kieltä tarvitaan myös torjumaan keskusteleviin normikontrollimenettelyihin yleisesti liittyvää ongelmaa: vaikka poikkeuslakien välttämisen periaate ja perusoikeuksien rajoitustesti lähtökohtaisesti pyrkivätkin turvaamaan sekä perusoikeuksien toteutumista että demokraattisen lainsäätäjän suverenisuutta, soveltamiskäytännöt saattavat tosiasiallisesti liukua yksipuolisesti toisen ääripään suuntaan. Ilman kriittistä tarkastelua poikkeuslakien välttämisen periaate ja rajoitustesti saattavat johtaa oikeustilaan, jossa perustuslain katsotaan edellyttävän vain säädettävien pykälien terminologista hienosäätöä,⁴⁴ ja jossa pelkästään rajoitusten hyväksyttävän päämäärän katsotaan oikeuttavan perusoikeuksiin puuttumiset perustuslain selvästä sanamuodosta riippumatta.⁴⁵ Tällöin on palattu perinteiselle poikkeuslakidoktriinille ominaiseen ongelmaan: perustuslain materiaalisesta sisällöstä voidaan tinkiä, kunhan se tehdään oikeassa menettelyssä. Ainoa ero olisi, että nykyinen valtiosääntödoktriini sallisi tavallisella lailla säädettävän sellaisia perusoikeusrajoituksia, jotka aiempi doktriini olisi määrittänyt poikkeuksiksi perustuslaista ja siten myös perustuslainsäätämisyjärjestystä edellyttäväksi.

1.3.4 Perusoikeudet yksilön oikeussuojan parempina ehtoina ja kansallisen ihmisoikeusaktiivisuuden mahdollisuus

Perustuslaissa turvattujen perusoikeuksien ja kansainvälisten ihmisoikeuksien läheinen liittyntä saa nimenomaisen ilmauksensa useissa perustuslainsäännöksissä. Perustuslain 22 §:n yleisen toimeksiannon mukaan julkisen vallan on turvattava sekä perus- että kansainvälisten ihmisoikeuksien toteutuminen. Samoin perustuslakivaliokunnan harjoittamaa lakien perustuslainmukaisuuden ennakkovalvontaa koskevassa perustuslain 74 §:ssä valiokunnan tehtäväksi asetetaan lausuntojen antaminen sen käsittelyyn tulevien lakiehdotusten ja muiden asioiden perustuslainmukaisuudesta sekä suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeusoppimuksiin. Myös ylimpien laillisuusvalvojen tehtäviä koskevat perustuslain 108 ja 109 §:n säännökset edellyttävät paitsi perusoikeuksien myös ihmisoikeuksien toteutumisen valvontaa.⁴⁶ Vastaava rinnakkaisuus toteutuu myös yleisten

⁴⁴ Vaikka hienosäätöäkin joskus tarvitaan, tilanne, jossa lakien perustuslainmukaisuutta valvova instituutio keskittyy oleellisesti siihen, voi nähdäkseni muodostua aidoksi ongelmaksi perusoikeuksien asettamien vaatimusten näkökulmasta. Näin on silloin, jos tekninen hienosäätö tapahtuu työlämmän oikeasuhtaisuus- ja välttämättömyysvaatimusten kunnollisen kontrollin kustannuksella. Ks. Viljanen 2001, s. 256–257 ja Viljanen 2005a, s. 1050–1064.

⁴⁵ Ks. esim. PeVL 12/2002 vp, s. 3–4.

⁴⁶ Nimenomainen viittaus kansainvälisiin ihmisoikeuksiin sisältyy myös perustuslain 1.3 §:n

tulkintaperiaatteiden tasolla. Perusoikeusmyönteisen laintulkinnan periaatetta täydentää sisällöllisesti identtinen, mutta ihmisoikeuksiin viittaava ihmisoikeusystävällisen tulkinnan periaate (PeVL 2/1990 vp).

Tällaiset ihmisoikeuksien sitovuutta ja oikeudellisia vaikutuksia nimenomaisesti sääntelevät perustuslainsäädännökset heijastelevat ihmisoikeuksien vahvaa vaikutusta nykyisen perusoikeusjärjestelmämme taustalla. Kuten Veli-Pekka Viljanen on seikkaperäisesti osoittanut, ihmisoikeussopimukset ja niiden soveltamiskäytäntö ovat vaikuttaneet paitsi perusoikeuksien ulottuvuutta ja sitovuutta koskeviin perusratkaisuihin, myös yksittäisten perusoikeussäädösten muotoiluun sekä perusoikeuksien aineellisoikeudellisen alan määrittämiseen.⁴⁷ Toisaalta kyse ei ollut myöskään suoraviivaisten oikeudellisten siirrännäisten tuottamisesta Suomen valtiosäätöön. Osa perustuslaissa turvatuista perusoikeussäädöksistä on laadittu tietoisesti kansainvälisiä verrokkejaan täsmällisemmiksi. Viljanen mainitsee esimerkkeinä sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet (PL 18 ja PL 19 §:t) sekä sivistykselliset oikeudet (PL 16 §). Asiakirjajulkisuutta ja hyvän hallinnon vaatimusta koskevat perusoikeudet ovat puolestaan sisällöllisestikin ennen kaikkea kansallista alkuperää.⁴⁸ Myös perustuslain 20 §:ssä säädetty ympäristövastuu voidaan lukea selvästi kansallista valtiosäätöajattelua heijastavaksi perusoikeudeksi, vaikkakaan säännös ei sellaisenaan ole eurooppalaisessa valtiosäätökontekstissa tavaton.⁴⁹

Perus- ja ihmisoikeuksien konkreettista vuorovaikutussuhdetta määrittävät erityisesti *tulkinnallista harmonisointia* ja kansainvälisten ihmisoikeuksien asemaa yksilön oikeuksien *vähimmäistasona* koskevat lähtökohdat. Kuten perustuslakivaliokuntakin perusoikeusuudistuksen yhteydessä korosti, perusoikeuksien sisällöllinen läheneminen kansainvälisten ihmisoikeussopimusten suuntaan edellyttää perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien välistä tulkinnallista harmonisointia,⁵⁰ seikka, joka liittyy suoraan myös ihmisoikeuksien mukaisuuden asemaan yhtenä perusoikeuksien rajoitusedellytyksenä. Konkreettisissa tulkintatilanteissa esille nousevat jännitteet olisi pyrittävä purkamaan etsimällä sellaisia tulkintavaihtoehtoja, joiden valossa perus- ja ihmisoikeuksien tarjoama suojaa olisi mahdollista pitää yhtenevänä.

Harmonisointi on kuitenkin oikeudellisesti pätevää vain yhteen suuntaan toteutettuna.⁵¹ Kansainväliset ihmisoikeudet määrittävät kansallisen perusoikeus-

kansainvälisyysperiaatteen, 9 §:n 3 momentin säännökseen Suomen kansalaisen maasta luovuttamisen ja siirtämisen edellytyksistä sekä perustuslain 23 §:n säännökseen perusoikeuksiin poikkeusoloissa säädettävien tilapäisten poikkeuksien rajoituksista.

⁴⁷ Ks. Viljanen 1996, s. 789–792.

⁴⁸ Ks. Viljanen 1996, s. 791.

⁴⁹ Suomen ohella myös esim. Tanskan (21 §), Saksan (20a §), Kreikan (II luvun 24 §), Italian (117 §), Portugalin (9 ja 66 §:t) sekä Espanjan (45 §) perustuslakeihin sisältyy ympäristöä koskevia määräyksiä. Ks. myös Ebbesson 2002.

⁵⁰ Ks. PeVM 25/1994 vp, s. 5.

⁵¹ Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännössä on kehittynyt oppi valtioiden har-

järjestelmän *minimitason*: ihmisoikeuksia ei voi käyttää perusteena kansallisen perusoikeussuojan alentamiselle taikka muunkaltaiselle perusoikeuksien si-
vuuttamiselle, kuten mm. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 53 artiklan määrä-
yksestä olemassa olevien ihmisoikeuksien suojasta käy ilmi. Luettuna yhdessä
tulkinnallista harmonisointia koskevan valtiosääntöoikeudellisen periaatteen
kanssa ihmisoikeuksien asema yksilön oikeuksien minimistandardina tarkoit-
taa, että tietyn säännöksen tai sen sovelluksen tulkitseminen ihmisoikeussopi-
muksen vastaiseksi merkitsee aina samalla myös sitä, että säännös tai sen sovel-
lus on ristiriidassa myös vastaavan kansallisen perusoikeusnormin kanssa. Näin
perusoikeuksien funktioksi suhteessa kansainvälisiin ihmisoikeuksiin tulee ni-
menomaan sellaisen oikeussuojan tason tuottaminen, joka menee yksilön näkö-
kulmasta pidemmälle kuin kansainvälisten ihmisoikeussopimusten ja niiden
valvontakäytäntöjen asettama minimistandardi edellyttäisi.⁵²

Tällaiset normatiiviset lähtökohdat asettavat jossakin määrin kyseenalaiseksi
ne aiempien oikeudellisten käytäntöjen piirteet, joihin myös Tuomas Ojanen on
kiinnittänyt kriittistä huomiota. Ojaseen havaintojen mukaan suomalaisille tuo-
mioistuimille on ollut tyypillistä, että ne pyrkivät kyllä ottamaan huomioon ih-
misoikeudet ja niitä koskevan ihmisoikeustuomioistuimen käytännön silloin
kun käsillä olevaan tapaukseen selvästi soveltuu jokin aiempi ratkaisu. Sen si-
jaan tuomioistuimet eivät useinkaan pyri tavoittelemaan ihmisoikeuksien ja pe-
rusoikeuksien toteutumista parhaalla mahdollisella tavalla edistäviä ratkaisuja.
Ne eivät toisin sanoen pyri aktiivisesti hakemaan ratkaisuvaihtoehtoja, jotka
menisivät ihmis- ja perusoikeuksien turvaamisessa pidemmälle kuin sellaiset
ratkaisut, jotka täyttävät ihmisoikeussopimuksesta ja sitä koskevasta ihmisoi-
keustuomioistuimen oikeuskäytännöstä johdettavat minimivaatimukset.⁵³

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut KHO 2009:22 ja KHO 2003:75
edustavat tyypillistä esimerkkiä tällaisesta valtiosääntöoikeudellisesti kyseen-
alaisesta minimalismista. Ratkaisussa KHO 2009:22 korkein hallinto-oikeus
katsoi, että huolimatta Kreikan turvapaikkamenettelyssä ilmenneistä, turvapai-

kintamarginaalista. Toisin kuin perusoikeusuudistuksen esitöistä saattaisi olla pääteltävissä (HE
309/1993 vp, s. 39–40), harkintamarginaalioppi ei sovellu *jäsenvaltion tasolla* tehtäviin perusoi-
keuksien ja ihmisoikeuksien välisen suhteen määrittelyihin. Doktriini liittyy ensisijaisesti ihmis-
oikeussopimuksen kansainvälisoikeudelliseen luonteeseen ja ihmisoikeustuomioistuimen ase-
maan sopimuksen kansainvälisoikeudellisena valvojana. Sen ensisijainen perustelu ei myöskään
liity sopimuksen normatiiviseen sisältöön sinänsä, vaan yksinkertaisesti tietynlaiseen subsidiari-
teettiajatteluun: tietyissä tulkintatilanteissa kansalliset toimijat saattavat olla kansainvälistä insti-
tuutiota paremmassa asemassa arvioimaan ihmisoikeussopimuksen asettamia vaatimuksia, nii-
den tosiasiallisia seurauksia ja painoarvoa suhteessa muihin painaviin yhteiskunnallisiin intres-
seihin silloin, kun sopimusmääräyksen soveltaminen edellyttää sen rajoitettavuuden sallittavuutta
demokraattisessa yhteiskunnassa. Ks. erit. Handyside v. Yhdistynyt Kuningaskunta (7.12.1976),
k. 48. Ks. myös Yourow 1996, s. 14–15, Viljanen 1996, s. 799, Gross – Aolain 2001, s. 627–
628.

⁵² Ks. myös Viljanen 1996, s. 797–798.

⁵³ Ks. Ojanen 2005, s. 1218.

kanhakijoiden oikeusturvan vaarantavista vakavista puutteista, erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen vastaavanlaisessa asiassa 2.12.2008 tekemästä päätöksestä *K. R. S. v. Yhdistynyt kuningaskunta* voitiin päätellä, ettei irakilaisen turvapaikanhakijan palauttaminen Kreikkaan merkinnyt ihmisoikeussopimuksen 3 artiklassa asetettujen vaatimusten loukkaamista.

Tapauksessa KHO 2003:75 oikeudellinen ongelma koski puolestaan sitä, muodostiko Suomessa asuvan vanhemman ja ulkomailla asuvien alaikäisten lasten todellisen perhe-elämän katkeaminen painavan syyn perheenyhdistämistä koskevan oleskeluluvan myöntämiselle ulkomaalaislain mukaisessa kokonaisuudessa. Korkein hallinto-oikeus viittasi ratkaisunsa perusteluissa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun tapauksessa *P.R. v. Alankomaat* (7.11.2000) ja totesi ihmisoikeustuomioistuimen tuossa tapauksessa päätyneen katsomaan, ettei Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artikla takaa maahanmuuttajalle oikeutta valita sopivinta paikkaa perhe-elämän viettämiseen. Tällä perusteella korkein hallinto-oikeus arvioi, ettei muutoksenhakijan ja tämän lasten kaksi tapaamiskertaa Turkissa ennen perheenyhdistämishakemuksen tekemistä, yhteydenpito puhelimitse sekä rahan lähettäminen osoittanut sitä, että kysymys olisi riittävän läheisestä ja todellisesta perhe-elämästä, jota mainitulla ihmisoikeussopimuksen säännöksellä oli tarkoitus suojata.

Tässä ei ole tarpeen ryhtyä pidemmälti arvioimaan, miten edellä esitellyt tapaukset olisi tullut perustuslaissa turvattujen perusoikeuksien taikka ihmisoikeusmääräysten aktiivisen, oikeuksien laajentavaan tulkintaan⁵⁴ pyrkivän perusasetteen valossa ratkaista. Olennaisempaa on kiinnittää huomio ratkaisun perustelutapaan: ratkaisun tekemiseksi oli riittävää, että korkein hallinto-oikeus saattoi löytää tapaukseen ulkoisilta tunnusmerkeiltään sopivan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisun, jonka alle ratkaistavana olleet tapaukset voitiin subsumoida.⁵⁵ Sen sijaan korkein hallinto-oikeus ei lainkaan edes pyrkinyt esittämään oikeuksien laajentavaa tulkintaa puoltavia argumentteja.

Myös korkeimman oikeuden ratkaisu tapauksessa KKO 2009:80, jossa se purki vain muutamaa kuukautta aiemmin antamansa tuomion (KKO 2009:27), osoittaa osaltaan minimalistisen tulkinnan ongelmia. Purkuun päädyttiin korkeimman oikeuden omien perustelujen mukaan ensisijaisesti siksi, että korkeimman oikeuden purettavaksi vaaditussa tuomiossa omaksuttu tulkinta Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan takaaman itsekriminointisuojaan sisältö oli sittemmin ”täsmentyneen oikeuskäytännön perusteella arvioituna ris-

⁵⁴ Sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännön (ks. esim. *Suleymanova v. Venäjä*, 12.5.2010 k. 76 ja *Von Hannover v. Saksa*, 24.6.2004 k. 72) että suomalaisen valtiosääntökäsityksen valossa perus- ja ihmisoikeuksia tulisi lähtökohtaisesti tulkita laajentavasti ja niiden rajoituksia supistavasti (ks. Manninen 1999, s. 405).

⁵⁵ Ks. vastaavasti myös korkeimman oikeuden ratkaisut KKO 1995:7 ja KKO 2003:107, joista jälkimmäiseen ei tosin sisälly edes viittauksia ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöön, vaan korkein oikeus käytännössä vain (virheellisesti) toteaa, ettei sellaista ole.

tiriidassa ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa” (päätöksen perustelujen k. 36). Saattaa olla, että perustelulausuman muotoilu liittyy ennen kaikkea oikeudenkäymiskaassa tuomion purulle asetettujen edellytysten ankaruuteen. Samoin vaikutusta saattoi olla silläkin, että korkeimman oikeuden viittaama muutos oikeuskäytännössä koski lähinnä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisua asiassa *Marttinen*, joka puolestaan koski korkeimman oikeuden ratkaisua KKO 2002:116. Ihmisoikeustuomioistuin oli Marttinen-ratkaisussaan nimenomaisesti kyseenalaistanut korkeimman oikeuden oikeuskäytännössä keskeisessä osassa olleen ja kansallisen konkurssi- ja ulosottolainsäädännön vakiintuneen lähtökohdan⁵⁶ ulosottomenettelyn tehokkuudesta oikeudenalan lainsäädännön tulkintaa määrittävänä periaatteena. Näistäkin näkökohdista huolimatta oikeudellisesti selvää kuitenkin on, etteivät kansallisen tuomioistuimen velvollisuudet suojata perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista rajaudu siihen tasoon, joka ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä on suoraan pääteltävissä. Ne eivät myöskään sovelleta ihmisoikeustuomioistuimen aiempia ratkaisuja, vaan valtiosisäisesti voimaansaatettuja ihmisoikeussopimusten määräyksiä, mikä taas Euroopan ihmisoikeussopimuksen tapauksessa tarkoittaa, että korkeimman oikeuden purun perusteena ollut normi on ollut kansallisesti voimassa jo vuodesta 1990.

On syytä korostaa, että oikeudellisiin käytäntöihin sisältyy myös toisen suuntaisia, aktiivisesti ja innovatiivisestikin ihmisoikeuksia tulkitsemaan pyrkiviä tapauksia. Edellä jo esitelty korkeimman oikeuden ratkaisu ympärileikkaustapauksessa (KKO 2008:93) on hyvä esimerkki, samoin korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu KHO 2005:50, jossa korkein hallinto-oikeus kumosi perusoikeusmyönteisen tulkinnan nojalla ulkomaalaisviraston ja hallinto-oikeuden päätökset, joilla ne olivat jättäneet Suomessa muutoksenhakijan jatko-oleskeluluvan myöntämättä, koska hänen maahantulonsa peruste ja oleskeluluvan myöntämisperuste olivat oleellisesti muuttuneet Suomessa oleskelun aikana. Kysymys oli Suomessa pysyvällä oleskeluluvalla oleskelevan miehen vaimosta, joka oli miehen väkivaltaisuuden vuoksi hakeutunut turvakotiin ja sittemmin asumaan erikseen. Korkein hallinto-oikeus tukeutui perusteluissaan ensisijaisesti perusoikeutena turvattuun henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen ja katsoi, että oleskeluluvan myöntämättä jättämistä oli pidettävä ilmeisen kohtuuttomana.

Tapauksista KKO 2008:93 ja KHO 2005:50 ilmenevä aktiivinen perus- ja ihmisoikeusargumentaatio on syytä ymmärtää vaihtoehdoksi ihmisoikeuksien kansainvälisen soveltamiskäytännön määrittämään suojatasoon tiukasti ja epäitsenäisesti sitoutuneelle passivismille, joka siis itse asiassa kääntää ihmisoikeuksien ja perusoikeuksien väliset suhteet valtiosääntöoikeuden vakiintuneisiin doktrinaalisiin lähtökohtiin nähden päinvastaisiksi. Passivismissa ei ole nimit-

⁵⁶ Ks. esim. Linna 2009, s. 5 ja 24.

täin enää kyse ihmisoikeuksien ymmärtämisestä oikeussuojan minimitasona, vaan tuon suojan auktoritatiivisesti määritettynä kattona, jonka ulkopuolelle kansallisen tuomioistuimen ei olisi ikään kuin lupa mennä. Vaihtoehtoisessa, aktiivisessa ja siis valtiosääntöoikeudellisesti perustellumassa perspektiivissä kansallisten tuomioistuinten suhde Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen nähden samoin kuin muihinkin ihmisoikeussopimusten kansainvälisiin valvontaelimiin ja niiden tulkintakäytäntöihin olisi pikemminkin aktiivisen keskustelijan kuin passiivisen kuuntelijan rooli. Kuten Scheinin on todennut, kansalliset tuomioistuimet voivat olla keskeisessä asemassa ihmisoikeuksien kehittäjinä silloin kun uuden tyyppiset tulkintaongelmat edellyttävät uusia tulkintaratkaisuja.⁵⁷ Selvää tietysti on, että asetelma on Ojasen osoittamalla tavalla vastaava myös kansallisten tuomioistuinten ja EU-tuomioistuimen välisessä suhteessa.⁵⁸

Toteutuessaan tällainen aktiiviseen tulkintaan perustuva tuomioistuinten välinen ihmisoikeusdialogi saattaisi luoda edellytyksiä tunnistaa aiempaa paremmin muuttuneissa olosuhteissa ja ihmisoikeuksien dynaamisessa kehityksessä muutoin tapahtuvia oikeuden loukkauksia. Ja kuten edellä on valtiosääntöoikeudellisesta dialogista muutenkin todettu, se saattaisi myös tuottaa paremmin perusteltuja ja tässä merkityksessä aiempaa legitimiimpiä ratkaisuja. Espanjalainen Torres-Pérez onkin korostanut, ettei kansallisten ja ylikansallisten tuomioistuinten välisen dialogin edellyttämä ”tuomioistuinaktivismi” mitenkään välttämättä johda sellaisiin perustaviin ongelmiin, joita auktoritatiivisiin valtiosääntötuomioistuiimiin toisinaan on aiheellisestikin liitetty. Kyse on siitä, miten aktivismin tavallisena vastinparina pidetty tuomioistuinten pidättyvyys ymmärretään.⁵⁹

Dialoginen ja tuomioistuinten aktiivista tulkintaa korostava, mutta samalla kansalliset perusoikeudet ”parempina ehtoina” ja vastaavasti kansainväliset ihmisoikeudet ”minimistandardina” hahmottava lähestymistapa tuottaa itse asiassa hyviä perusteita myös tietyn tyyppiselle pidättyvyydelle. Jos kansallinen tuomioistuin kykenee perustellusti osoittamaan, että kansallinen perusoikeusjärjestelmä edellyttää käsiteltävänä olevassa tapauksessa tiettyä oikeuksien suojan tasoa, voidaan myös kansainvälisen valvontaelimen perustellusti edellyttää seuraavan näitä linjauksia, ellei se sitten kykene omilla perusteluillaan osoittamaan, etteivät kansalliset tulkinnat kuulu ihmisoikeussopimuksen näkökulmasta valtioiden harkintamarginaaliin. Sama pätee myös päinvastaisessa suhteessa. Kansallisten tuomioistuinten voi perustellusti edellyttää seuraavan ihmisoikeussopimusten kansainvälisten valvontaelimien tekemiä linjauksia, elleivät ne osaltaan kykene omilla perusteluillaan osoittamaan, että joko perusoikeudet tai

⁵⁷ Ks. Scheinin 1996, s. 18.

⁵⁸ Ks. Ojanen 2005, s. 1227–1227.

⁵⁹ Ks. Torres Pérez 2009, s. 176.

esimerkiksi muissa valtiosisäisesti sitovissa ihmisoikeussopimuksissa turvatut oikeudet taikka kyseisen ihmisoikeussopimuksen dynaaminen tulkinta⁶⁰ edellyttävät oikeuksien turvaamista paremmin kuin vakiintuneessa kansainvälisessä käytännössä on siihen asti tapahtunut.

1.4 JOHTOPÄÄTÖKSET JA SIIRTYMÄAJATUKSET

Valtiosääntöinen dialogi, perus- ja ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan ja perustuslain etusijasäännöksen muodostama kokonaisuus, poikkeuslakien välttämisen periaate sekä perusoikeuksien rajoitustesti tuovat näkyviin modernin konstitutionalismien keskeistä vastakkainasettelua: lain legitimitietin määräytymistä sekä demokratiaperiaatteen mukaisesti järjestettyjen poliittisten menettelyjen että perusoikeuksien nojalla. Juuri tästä syystä ne kuitenkin luovat myös edellytyksiä valtiosääntöisen normikontrollin toteuttamiselle tasapainoisella, sekä oikeudet että demokraattisen lainsäätäjän vakavasti ottavalla tavalla.

Vastaavia rakenteellisia elementtejä sisältyy myös ihmisoikeuksien asemaan yksilön oikeuksien vähimmäisehtoina sekä perus- ja ihmisoikeuksien tulkinnallista harmonisointia ja kansallisen perusoikeusjärjestelmän ihmisoikeuksien takaamaa tasoa parempaa suojaa koskeviin vaatimuksiin.⁶¹ Myös myöhempien lakien vaikutuksia suhteessa niiden kanssa jännitteisiin ihmisoikeussopimusten määräyksiin rajaavalle presumptiosäännölle on annettavissa samantyyppinen merkitys.⁶² Rakentuessaan pikemminkin valtiosääntöoikeudelliselle jännitteelle ja jännitteen yksittäistapaukselliseen ratkaisuun kohdistuvalle tasapainovaatimukselle kuin tuon jännitteen etukäteiselle abstraktille ratkaisulle tällaiset valtiosääntönormit mahdollistavat parhaimmillaan lainsäädännön perustuslainmukaisuuden punnitun ja avoimesti argumentoidun arvioinnin. Toisaalta juuri jännitteisyys mahdollistaa myös toisensuuntaisen kehityksen, toisin sanoen normikontrollin degeneroitumisen hiljalleen joko lainsäätäjän suvereenisuutta tai perusoikeuksia yksipuolisesti vartioivaksi menettelyksi, jossa systemaattisesti häviölle jäävät argumentit vain oikeuttavat kokonaan muilla perusteilla tapahtuvan vallankäytön. Näiden uhkien torjumiseksi tarvitaan paitsi asianmukaisia valtiosääntöoikeudellisia rakenteita myös kypsää ja kriittistä valtiosääntökulttuuria.

⁶⁰ Ks. erit. KHO 2009:15, jossa valittajat pyrkivät muun muassa Saksan valtiosääntötuomioistuimen ratkaisuun vedoten osoittamaan, että transseksuaalien aseman oikeudellisen tunnustamisen edenneen Euroopan ihmisoikeussopimuksen sopijavaltioissa pidemmälle kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen siihenastainen tulkintakäytäntö osoitti. Euroopan ihmisoikeussopimuksessa turvattujen oikeuksien dynaamiseen kehitykseen liittyvästä tulkinnallisesta jatkumosta ks. J. Viljanen 2003, s. 50.

⁶¹ Ks. Viljanen 1996, s. 788–815.

⁶² Ks. Scheinin 1991, s. 47.

Myös valtiosääntöoikeuden alueen yleisillä opeilla on keskeinen rooli. Tässä suhteessa on kuitenkin syytä panna merkille eräs ongelma, joka liittyy yleisten oppien tehtäviin. Esimerkiksi *Tuori* on korostanut usein, että yleisissä opeissa on perinteisesti ollut mahdollista ottaa ennakoivasti kantaa oikeusjärjestyksen sisäisiin ristiriitoihin asettamalla periaatteet ja niiden vastinparit erilaisiin *prima facie* -luonteisiin etusijajärjestyksiin.⁶³ Kun perustuslakivalvonnan välitysmallin ideana on jättää valtiosääntöperiaatteiden ydinkonfliktit *vaille etukäteistä ratkaisua*, on syytä kysyä, miten valtiosääntöoikeuden alueen yleisten oppien tehtävät ja niistä johdetut sisällöt tulisi tällaisen lähtökohdan varassa jäsentää. Miten yleisten oppien tuottamaa oikeuden ennakoitavuutta tulisi arvioida tilanteessa, jossa nimenomaan abstrakti yleisen tason etusijajärjestys pyritään riitauttamaan?

Nähdäkseni yleisiä oppeja on sinänsä jo periaatteelliseen johdonmukaisuuteen liittyvistä syistä johtuen syytä toteuttaa uudessakin kontekstissa ainakin osin perinteisin muodoin. *Prima facie* -tyyppistä periaatteiden systematiikkaa saatetaan tarvita, jotta yksittäistapauksellinen ratkaisutoiminta olisi ylipäättänsä asetettavissa osaksi laajempaa ja ennen kaikkea ennakoitavaa oikeudellista käytäntöä sivuuttamatta kuitenkin kunkin tapauksen erityispiirteisiin liittyviä aineellisia oikeudenmukaisuusnäkökohtia.⁶⁴ Olennaisempi kysymys koskeekin sitä, *mihin tällainen prima facie -luontoinen ja sellaisenaan asianmukaisin perusteluin kumottavissa oleva valtiosääntöperiaatteiden etusijajärjestys* tulisi perustaa, jos samalla on oletettava, ettei konstitutionalismi yksinkertaisesti tarjoa yhtä yleistä vastausta sen sisäisten periaatteiden jännitteisiin.

Ehdotan seuraa vastausta esittämäni kysymyksen: uusien normikontrollimuotojen lähtökohdana oli paitsi perustuslain jännitteisyyden sisäistäminen oikeudenalan keskeiseksi rakenneperiaatteen, myös oletus tietynkaltaisen periaatteellisen tasapainon mahdollisuudesta ainakin kontekstisidonnaisesti merkitystä saavana normatiivisena ideaalina. Jos tämä lähtökohhta hyväksytään, myös valtiosääntöoikeuden alueen *prima facie* -tyyppiset etusijakonstruktiot olisi rakennettava kontekstuaalisesti ja tukien ne ennen kaikkea valtiosääntöperiaatteiden keskinäisen jännitteisyyden ja jännitteen ratkaisua koskevan *tasapainovaatimuksen varaan*, ei sen sijaan esimerkiksi periaatteiden keskinäistä suhdetta koskeviin yleisen tason arvovalintoihin tukeutuen.⁶⁵ Konkreettiset oikeudelliset

⁶³ Ks. Tuori 2001, s. 200.

⁶⁴ Ks. Tuori 2007, s. 123–124.

⁶⁵ Vrt. esim. Tuori 2007, s. 271–273. Ks. Koskenniemi 2008, s. 121–122, jossa Koskenniemi kritisoi Tuoria siitä, että hän alkuperäisen ilmoituksensa (ks. Tuori 2007, s. 39) vastaisesti näyttäisi systemaattisesti asettavan ration (järki/oikeus) voluntaksen (tahto/politiikka) edelle. Tuorin tuomarivaltiota käsittelevä osuus kyseisessä kirjassa näyttäisi kuitenkin tekevän tästä perusvalinnasta kiinnostavan poikkeuksen Tuorin pyrkiessä systemaattisesti asettamaan lainsäätäjän ensisijaiseksi perustuslaintulkitsijaksi – joskin vallanjakoon ja demokratiaperiaatteeseen liittyvin syin (ks. Tuori 2007, s. 267, 268, 271, 273 ja 274).

käytännöt ja tasapainoperustainen kriittinen arvio tuottavat tällöin ainakin yhden keskeisen lähtökohdan yleisten oppien kehittämiseksi. Valtiosääntöperiaatteiden keskinäinen prima facie -etusijajärjestys yleisissä opeissa sidotaan tällöin yksinkertaisesti siihen, kuinka hyvin olemassa olevat valtiosääntökäytännöt toteuttavat niitä tasapainoisesti. Mitä enemmän oikeudellisissa ja poliittisissa käytännöissä ylikorostetaan demokraattisen lainsäätäjän suvereenisuutta ohi perusoikeuksien toteuttamistarpeiden, sitä enemmän tulkintaa olisi jo yleisissä opeissa ohjattava perusoikeuksia painottavaan suuntaan. Ja vastaavasti: mitä enemmän samat käytännöt korostavat yksilöllisiä oikeuksia ohi demokraattisten tarpeiden, sitä enemmän yleisten oppien tulisi suunnata huomiota kansanvaltaisuutta tukevien edellytysten valtiosääntöisissä käytännöissä.

Siirryn seuraavissa kolmessa pääluvussa arvioimaan suomalaisia oikeudellisia käytäntöjä näin viitoitetusta perspektiivistä käsin. Otan erityisen tarkastelun kohteeksi yhtäältä tuomioistuinten toiminnan niiden soveltaessa perustuslain 106 §:n etusijasäännöstä ja toisaalta perustuslakivaliokunnan aseman lakien perustuslainmukaisuuden ennakkovalvonnassa. Kiinnitän erityistä huomiota siihen, miten vastuu perusoikeuksien toteuttamisesta tuomioistuimille ja perustuslakivaliokunnalle on mielekästä asettaa ja miten yhtäältä tuomioistuimille ja toisaalta perustuslakivaliokunnalle tyypilliset institutionaaliset lähtökohdat olisi mahdollista kanavoida osaksi niiden toimintaa.

2 Perustuslain etusija ja perustuslakikontrollin jännitteet

2.1 TAUSTAKSI

Lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan jäsentäminen edellä hahmotellulla tavalla sekä tuomioistuinten että demokraattisen lainsäätäjän vuorovaikutteiseksi yhteistoiminnaksi edellyttää tarkasteluperspektiivin suuntaamista yksittäisiä instituutioita tai yksittäisiä ratkaisuja koskevista tarkasteluista useista eri ratkaisuista ja useiden rinnakkaisten instituutioiden toiminnasta koostuvaan prosessiin. Tässä prosessissa eri instituutioilla on valtiosääntöoikeuden näkökulmasta sama yleinen tehtävä: valtiosäännön aineellisen sisällön toteuttaminen.

Toisaalta niiden roolissa saattaa ja pitääkin olla huomattavaakin vaihtelua. Lainsäädäntövaiheessa ja suomalaisessa järjestelmässä erityisesti eduskunnan perustuslakivaliokunnan harjoittamassa valvonnassa on syytä korostaa lainsäädäntömenettelyn demokraattisuuteen liittyviä piirteitä. Tämä ei tarkoita luonnollisestikaan sitä, että valiokunta voisi toiminnassaan tukeutua yksistään parlamentaarisen järjestelmän sille muodollisesti antamaan legitimitettiin ja auktoriteettiin. Kyse on pikemminkin siitä, että perustuslakivaliokunnalla on demokraattisena instituutiona edellytykset tuottaa valtiosääntöoikeudelliseen keskusteluun puheenvuoroja, jotka eivät lähtökohtaisestikaan ole sidottuja niin tiukoihin legalistisiin vaatimuksiin, kuin jotka ovat leimallisia erityisesti tuomioistuinten oikeudelliselle päätöksenteolle. Antaessaan perustuslain 74 §:n nojalla lausuntoja lakiehdotuksen suhteesta perustuslakiin ja kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin perustuslakivaliokunnalla on toisin sanoen ainakin periaatteessa mahdollisuus tukeutua huomattavasti tuomioistuinta laaja-alaisempaan argumentaatioon, jossa pyritään ottamaan erilaiset oikeudelliset ja reaaliset näkökohdat mahdollisimman seikkaperäisesti huomioon.

Tällaisia demokratiaperiaatetta painottavia näkökohtiakaan ei tule kuitenkaan ylikorostaa: kyse ei ole vain demokraattisesti legitimoitavasta valvontavallasta, vaan myös perustuslaissa säädetyn valtiosääntöisen valvontatehtävän toteuttamisesta ja siihen tyypillisesti liittyvästä perusoikeuksien toteutumisen valvonnasta. Demokraattisen oikeusvaltion instituutiona lainsäätäjällä ja perustuslakivaliokunnalla sen osana on velvollisuus varmistaa, ettei lainsäädäntöprosessi nojaudu vain enemmistön tarkoituksenmukaisina pitämiin näkökohtiin tai kollektiivisia päämääriä toteuttaville instrumentaalis-pragmaattisille pohdintoille taikka vain eri intressien välisille kompromisseille. Kun perusoikeuk-

sien yhtenä keskeisenä oikeudellisena funktiona on asettaa rajoja tällaisille instrumentaalisen vallankäytön muodoille, myös demokraattisen legitimaation tuella sinänsä toimivan valiokunnan on kyettävä ratkaisullaan ja niissä tapahtuvalla argumentaatiollaan osoittamaan, että se myös käytännössä toteuttaa sille kuuluvaa *oikeudellista* perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamistehtävää.

Vastaavasti riippumattomien tuomioistuinten keskeisenä tehtävänä on oikeusturvan antaminen yksittäisissä tapauksissa. Myös niiden valtiosääntöinen rooli suhteessa lainsäätäjään ja perustuslakivaliokuntaan on syytä hahmottaa tätä kautta. Antaessaan oikeussuojaa yksittäisissä tapauksissa tuomioistuimet kykenevät myös osallistumaan perus- ja ihmisoikeuksien sisältöjä koskevaan keskusteluun suunnasta, joka ei ole edes mahdollinen parlamentaarisisa menettelyissä yleisiä lakeja säädettäessä. Tällaisen roolin toteuttamisen voidaan katsoa edellyttävän muun muassa perus- ja ihmisoikeuksien tulkintaa itsenäisesti ja oikeudet ”vakavasti ottaen”. Oikeuksien loukkauksien tai muiden epäoikeudenmukaisuuksien kohteeksi joutuneiden kuulemiselle on annettava riittävä paino ja vähemmistöjä sekä muutoin heikommassa asemassa olevia suojeleva enemmistöperiaatteella päätettyjen ja kollektiivisia intressejä toteuttamaan pyrkivien lainsäädäntöhankkeiden yksittäisissä tapauksissa ilmeneviltä haitallisilta vaikutuksilta. Kyse ei kuitenkaan ole siitä, että tuomioistuimille annettaisiin tällaisen roolituksen kautta ensisijainen valta päättää perus- ja ihmisoikeuksien sisällöstä, vaan ainoastaan niiden legitimiin paikan tunnustamisesta oikeuksien merkitystä koskevissa käytännöissä.⁶⁶

Suomalaisessa valtiosääntökulttuurissa perustuslakikontrollia harjoittavien instituutioiden välinen vuorovaikutus ja siihen liittyvä asianmukaista tehtävänjakoa koskeva kysymyksenasettelu kiteytyy tuomioistuinten ja perustuslakivaliokunnan välistä suhdetta koskevaksi ongelmaksi. Kyse on ensinnäkin siitä, miten tuomioistuimille kuuluvaa kontrollivaltaa tulisi jäsentää sekä itsenäisenä oikeudellisena ratkaisutoimintana että osana sellaista lakien perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmää, jossa lakien säätämisvaiheen ennakkovalvonnalla ja siihen liittyvillä perustuslakivaliokunnan lausunnoilla on tärkeä asema. Toinen kysymys taas koskee perustuslakivaliokunnan harjoittaman valvonnan asianmukaista sisältöä sellaisessa perustuslakikontrollijärjestelmässä, jossa valiokunnalla on tietty legitimi rooli.

Otan seuraavaksi tarkasteluun ensin mainitun kysymyksen tuomioistuinten roolista ja palaan perustuslakivaliokunnan asemaan kahdessa seuraavassa pääluvussa. Tarkastelen tuomioistuinten valtiosääntöoikeudellista asemaa erityisesti perustuslain 106 §:n etusijasäännöstä koskevan soveltamiskäytännön ja siinä omaksuttujen normikontrollikäsitysten valossa. Kyseistä vuonna 2000 voimaantulleeseen perustuslakiin otettua säännöstä voidaan pitää yhtenä viime

⁶⁶ Ks. myös Roach 2004, s. 51–52.

vuosien periaatteellisesti merkityksellisimpänä yksittäisenä muutoksena perustuslakikontrollijärjestelmäämme.

Ensiksi on syytä palauttaa mieliin säännöksen täsmällinen sisältö. Perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen mukaan ”tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle, jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa”.⁶⁷ Mahdollistaessaan näin lain säännöksen soveltamatta jättämisen perustuslain nojalla säännös vahvistaa selvästi sekä perusoikeuksien konkreettisia soveltamisedellytyksiä että tuomioistuinten asemaa suhteessa lainsäätäjään.

Kuten *Veli-Pekka Viljanen* onkin todennut, säännöksen myötä yhtäältä irtaannuttiin viimein perustuslain kirjaimenkin tasolla perinteisestä HM 92.2 §:n lakien perustuslainmukaisuuden tutkimiskielto-doktriinista,⁶⁸ jonka seurauksena perustuslaki oli oikeastaan 1980-luvun lopulle saakka jäänyt pääsääntöisesti tuomioistuinten sovellettavaksi tulkitseman oikeusjärjestyksen ulkopuolelle.⁶⁹ Tähän nähden perustuslain etusijainstituutiota voitaisiinkin tulkita jatkeena⁷⁰ perustuslain 22 §:n ja perusoikeusuudistuksen jo oikeudellisissa käytännöissä pitkälti toteutuneillekin tavoitteille parantaa *perusoikeusnormien konkreettista sovellettavuutta ja tehokkuutta*.⁷¹ Siinä missä perustuslainmukaisen ja perusoikeusmyönteisen tulkinnan periaatteet pyrkivät aiemmin yksinään edistämään näitä tavoitteita yleisinä tulkintaperiaatteina, etusijasäännös toteuttaa samaa ideaa muutoin ylitsepääsemättömiä ristiriitatilanteita koskevana ratkaisusääntönä.⁷²

Toisaalta etusijasäännöksen taustalle voidaan esittää myös kokonaan toisen tyyppisiä, lainsäätäjän perustuslaintulkinta-auktoriteettia painottavia perusteita. Säännös ei nimittäin aiheuttanut suoranaista muutosta normikontrollijärjestelmämme perinteiseen kivijalkaan, eduskunnan perustuslakivaliokunnan asemaan lakien perustuslainmukaisuuden valvojana siten kuin perustuslain 74 §:ssä säädetään.⁷³ Oikeastaan päinvastoin: perustuslain 106 §:n sisältöä pyrittiin

⁶⁷ Ks. säännöksen soveltamisedellytyksistä tarkemmin PeVM 10/1998 vp, s. 30–32 ja HE 1/1998 vp, s. 162–164. Ks. myös Saraviita 2000, s. 516–530, Viljanen 2005b, s. 309–323.

⁶⁸ Ks. Viljanen 2005b, s. 310.

⁶⁹ Lakien perustuslain mukaisuuden tutkimiskielto-doktriinin seurauksia on valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa käsitelty laajalti. Ks. esim. Scheinin 1991, s. 196–203, Viljanen 2001, s. 2–12, Lämsineva 2002, s. 73–77 ja Nieminen 2007, s. 14–17.

⁷⁰ Perusoikeusuudistuksen yhteydessä ei ehdotettu uusia institutionaalisia perusoikeuksien valvontajärjestelmiä, koska kysymyksen perustuslain noudattamisen valvonnasta katsottiin koskevan yleisemmin koko valtiosääntöä eikä vain perusoikeuksia (ks. HE 309/1993 vp, s. 31). Tässäkin suhteessa vuoden 2000 perustuslakiuudistusta tulee lukea perusoikeusuudistuksen institutionaalisenä jatkeena: tuolloin vietiin loppuun perusoikeusuudistuksen tavoitteissa alulle pannut linjaukset.

⁷¹ Ks. HE 309/1993 vp, s. 15 ja 163–164 sekä PeVM 10/1998 vp, s. 30–31.

⁷² Ks. HE 1/1998 vp, s. 164 ja PeVM 10/1998 vp, s. 30–31.

⁷³ Perustuslain 74 § koskee otsikkonsa mukaisesti perustuslainmukaisuuden valvontaa. Sen mukaan ”Eduskunnan perustuslakivaliokunnan tehtävänä on antaa lausuntonsa sen käsittelyyn

esitöiden tasolta nivomaan mahdollisimman tiukasti osaksi ennakkovalvontajärjestelmää. Tämä toteutettiin sekä korostamalla esitöissä perustuslakivaliokunnan ”johtavaa asemaa”⁷⁴ että kirjaamalla perustuslakiin säännöksen soveltamiselle ristiriidan ”ilmeisyyttä” edellyttävä erityinen korotettu kynnys. Tätä taustaa vasten etusijasäännöstä voitaisiin arvioida sittenkin varsin marginaalisena institutionaalisenä lisäyksenä perinteiseen keskitettyyn, eduskunnan perustuslakivaliokunnan toiminnan varaan rakentuvaan ja niin ollen ainakin puitteiltaan demokraattisesti valvottuun normikontrolliin.⁷⁵ Samalla sen periaatteellinen merkitys olisi jossain määrin käänteinen verrattuna perusoikeusuudistuksen tavoitteisiin. Korotettuine soveltamiskynnyksineen ja perustuslakivaliokunnan kantoihin formaalisti sidottuna säännös näyttäisi korostavan *tuomioistuinten pidättyvyyttä* ja ennen kaikkea *lainsäätäjän poliittisen vapauden laajuutta*. Tässä suhteessa se rinnastuisi ideologisesti perinteiseen valtiosääntödoktriinimme⁷⁶ sekä ylikonstitutionalisoitumisesta varoittaviin puheenvuoroihin.⁷⁷

Vaikka etusijasäännöksen tuottamaa muutosta suomalaisen normikontrollijärjestelmän kokonaisuuteen on yleisesti pidetty periaatteellisesti tärkeänä ja myönteisenä valtiosääntöoikeudellisena kehityspiirteenä,⁷⁸ on säännöksen saamia muotoiluja sekä erityisesti siihen otettua ja Ruotsin hallitusmuodon 11 luvun 14 §:n säännöstä⁷⁹ vastaavaa ristiriidan ilmeisyysvaatimusta perustuslain valmisteluvaiheista lähtien kritisoitu. *Martin Scheininin* mukaan säännös saattaa olla omiaan ohjaamaan tuomarin harkintaa punnintaratkaisuille tyypillisen tulkinnallisen harmonisoinnin sijasta ristiriitahakuiselle linjalle, jossa perusoikeuksien oletetaan saavan merkitystä vain sellaisissa tilanteissa, joissa lain ja perustuslain välille voidaan osoittaa selvä ja lopullinen ristiriita.⁸⁰ Erityistä kritiikkiä Scheinin kuitenkin esittää ristiriidan ilmeisyysvaatimusta kohtaan. Perustuslainmukaisuutta lähestytään valtiosääntöoikeudellisessa perinteessä läh-

tulevien lakiehdotusten ja muiden asioiden perustuslainmukaisuudesta sekä suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin.”

⁷⁴ Ks. HE 1/1998 vp, s. 164 ja PeVM 10/1998 vp, s. 31.

⁷⁵ Ks. Perustuslakivaliokunnan erityisaseman perusteista tarkemmin ks. Jyränki 2003, s. 431–436.

⁷⁶ Perinteisen doktriinin sisällöstä ks. esim. Länsineva 2002, s. 38–53 ja Husa 2004a, s. 92–97. Perinteisen käsityksen juurista ks. Jyränki 1989, s. 511–524.

⁷⁷ Ks. erit. Tuori 2003, s. 939, mutta osin myös Viljanen 2005b, s. 322.

⁷⁸ Ks. esim. Karapuu 1999, s. 872–877, Tikka 1999, s. 990, Saraviita 1999, s. 889–894, Tuori 1999, s. 536–537, Nieminen 2007, s. 17–19 ja Viljanen 2005b, s. 309–311.

⁷⁹ Regeringsformen (SFS 1974:152) 11:4 §: ”Finner domstol eller annat offentligt organ att en föreskrift står i strid med bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning eller att stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid dess tillkomst, får föreskriften icke tillämpas. Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, skall tillämpning dock underlåtas endast om felet är uppenbart (Lag 1979:933)”. Säännöksen merkitystä koskevasta ruotsalaisesta keskustelusta ks. Svensk Jurist Tidning 9/2007 (perustuslakikontrollia ja muuta normikontrollia koskeva teemanumero), SOU 2007:85, Grundlagsutredningens rapport VIII, s. 13–57, Nergelius 2006, s. 181–232, Åhman 2004 ja Bull 2009, s. 27.

⁸⁰ Scheinin 1998b, s. 1128.

tökohtaisesti kaksipaikkaisena ilmiönä: joko laki tai sen tietty sovellus on (all things considered) perustuslainvastainen tai sitten se ei sitä ole. Ilmeisen ristiriidan kategoria näyttäisi sitä vastoin heijastavan oletusta siitä, että lain tasoista säännöstä koskevat valtiosääntöoikeudelliset tulkintatilanteet olisi mahdollista jaotella kolmeen jatkumonkaltaiseen ryhmään: perustuslainmukaisiin, perustuslainvastaisiin ja ilmeisen perustuslainvastaisiin.⁸¹ Näistä ensimmäinen ja viimeinen näyttäisivät ongelmattomilta: tuomarin tulisi jättää viimeksi mainittuun ryhmään kuuluva säännös soveltamatta ja toisaalta tehtävä ratkaisunsa ensimmäisen ryhmä tapauksissa lakia soveltaen. Sen sijaan epäselvää on, miten tuomioistuinten tulisi oikeastaan menetellä tilanteissa, joissa lain sovellus vaikuttaa perustuslainvastaiselta olematta kuitenkaan ilmeisesti perustuslainvastainen. Vaarana on, että tuomioistuimet antavat näissä tilanteissa etusijan lievästi perustuslainvastaiselle laille.⁸²

Kolmas etusijasäännöksen ja sen ilmeisyysvaatimuksen kritiikin tyyppi on perustunut epäsymmetriaan kansallisen perustuslain ja lainsäätäjää sitovien kansainvälisten normien välillä. Kuten *Tuomas Ojanen* toteaa Perustuslaki 2008 -työryhmälle laatimassaan selvityksessä, suomalaisilla tuomioistuimilla on jo pitkään ollut toimivalta ja velvollisuuskin jättää soveltamatta ihmisoikeusnormien ja EU-oikeuden kanssa *ristiriidassa* olevia eduskuntalakien säännöksiä.⁸³ Tässä suhteessa perustuslain 106 § asettaa kansallisen perustuslain heikompaan asemaan kuin kansainväliset normistot, mitä voidaan pitää epätyydyttävänä jo senkin vuoksi, että asetelma on omiaan heikentämään kansallisen perustuslain ja esimerkiksi siinä turvattujen perusoikeuksien suhdetta myös kansainvälisten normistojen suuntaan. Samat argumentit sisältyvät myös hiljattain työnsä päätökseen saattaneen perustuslain tarkistamiskomitean mietintöön,⁸⁴ jossa kuitenkin päädyttiin katsomaan, ettei ilmeisyysvaatimuksen poistamiselle ollut tarvetta, koska soveltamistapauksia oli kertynyt toistaiseksi vähän ja säännöksen tulkintakäytäntö on niin ollen vasta muotoutumassa. Toisaalta mietinnössä myös katsottiin, ettei ilmeisyysvaatimus ole keskeinen säännöksen perustuslain tehokasta toteutumista koskevan perusajatuksen kannalta.⁸⁵

⁸¹ Sama kritiikki on itse asiassa esitetty amerikkalaisen James Bradley Thayerin hyvin vastaavaa lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin oikeutusta vastaan. Thayerin v. 1893 esittämän klassisen argumentin (Thayer 1893, s. 144) mukaan tuomioistuimet saivat jättää perustuslain vastaiseksi katsoman lain soveltamatta, jos ne katsoivat lain olevan perustuslain kanssa ilmeisessä ristiriidassa ("manifestly inconsistent"). Mark Tushnetin mukaan Thayer tekee virheen nimenomaan siinä, että hän näkee valtiosääntöisen ristiriidan jatkumona: laki voi olla thayeriläisessä katsannossa ristiriidassa perustuslain kanssa, muttei tarpeeksi. Ks. Tushnet 2008, s. 39.

⁸² Ks. Scheinin 1998b, s. 1128–1129.

⁸³ Ojanen 2008b, s. 145–146.

⁸⁴ Ks. Perustuslain tarkistamiskomitean mietintö 2009, s. 127.

⁸⁵ Ks. Perustuslain tarkistamiskomitean mietintö 2009, s. 128.

Pyrin seuraavassa analysoimaan periaatteellisesti merkittävimpien ylimpien tuomioistuinten etusijaratkaisujen⁸⁶ valossa, millaisia vaikutuksia perustuslain 106 §:n *ilmeisyysvaatimuksella* on oikeudellisten käytäntöjen tasolla ollut. Esitän, että yhtä korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisua⁸⁷ lukuun ottamatta etenkin ylimmät tuomioistuimet ovat olleet taipuvaisia asettamaan keskitettyä eduskuntajohtoista normikontrollia koskevat käsitteelliset lähtökohtaoletukset perusoikeusmurrokselle tyypillisten materiaalien oikeusturvaintressien ja niiden konkretisointiin liittyvän punninta-argumentaation edelle. Ne eivät ole hahmottaneet etusijasäännöstä perusoikeusuudistuksen tavoitteiden hengessä jatkeena perustuslain 22 §:n ja perusoikeusmyönteisen laintulkinnan kaltaisille perustuslain tehokasta toteutumista koskeville periaatteille ja tähän liittyvälle *oikeusturvan*⁸⁸ toteuttamistehtävälle.

Ilmeisyysvaatimusta koskeva tulkintakäytäntö toimii nähdäkseni osoituksena sekä uudelle perustuslakikontrollille tyypillisestä jännitteisyydestä että mallin kriittisistä mahdollisuuksista. Kuten olen aiemmin esittänyt, etusijasäännös ja ilmeisyysvaatimus sen osana edustavat yhtä mahdollista tapaa luoda uusille perustuslakikontrollimuodoille tyypillisiä vuorovaikutussuhteita lainsäätäjän ja tuomioistuinten välille. Toisaalta liian kategorisesti tulkittuna vuorovaikutussuhde saattaa vinoutua: sen sijaan, että ilmeisyysvaatimus välittäisi lainsäädäntövaiheessa esitettyjä periaatteellisia argumentteja tuomioistuinten ratkaisukäytännön osaksi, se saattaakin luoda välittömän alistussuhteen lainsäätäjän ja tuomioistuinten välille. Samalla perustuslain sisältö redusoituisi yksittäistä ratkaisua tekevän tuomioistuimen näkökulmasta siihen, mitä lakia säädettäessä sen sisällöstä joko nimenomaisesti tai implisiittisesti päätettiin.

Tällaisesta käänteestä seuraa merkittäviä valtiosääntöoikeudellisia ongelmia. Kyse ei ole vain perusoikeuskulttuurin murrokselle tyypillisten tavoitteiden toteutumatta jäämisestä ja oikeussuojan menetyksistä yksittäisissä tapauksissa.⁸⁹ Päinvastoin, tuomioistuinten omaksumaa tulkinta-asennetta voidaan pa-

⁸⁶ Ylimpien tuomioistuinten erityinen merkitys etusijaratkaisujen tekijänä liittyy sekä valtiosääntöisesti relevanttien ratkaisujen lopullisuuteen että prejudikaattifunktion. Yksittäisten tapauksien merkittävydestä voidaan puolestaan jotain päätellä jo niitä koskevan kommenttikirjallisuuden perusteella. Ks. Scheinin 2004a, Ojanen 2004, Husa 2004b, Sandvik 2005, Husa 2007, Ojanen 2008a, Karhu 2008. Kommentteista yleensä välittyvä tuomioistuinten etusijaharkinnan kritiikki vastaa tässä edustettua kantaa.

⁸⁷ Ks. KHO 2008:25.

⁸⁸ Oikeusturvasta voidaan valtiosääntöoikeudessa puhua sekä suppeassa että laajassa merkityksessä. Suppeassa merkityksessään oikeusturva viittaa yksinomaan perustuslain 21 §:n mukaiseen oikeusturva-perusoikeuteen. Laajassa merkityksessä oikeusturvalla tarkoitetaan sen sijaan vaatimusta *koko* perusoikeusjärjestelmään kiinnittyvien *aineellisoikeudellisten* odotusten tehokkaasta toteutumisesta. Tässä oikeusturvaan viitataan nimenomaan käsitteen laajassa merkityksessä. Näin ymmärrettynä se rinnastuu normatiivisessa merkityksessään Aulis Aarnion usein käytämään oikeusturvaodotuksen käsitteeseen (Aarnio 1989, s. 181–182), vaikka tässä sille annettu tarkempi sisältö ei välttämättä vastaakaan Aarnion käsitystä.

⁸⁹ Vrt. perustuslain tarkistamiskomitean mietintö 2009, s. 127, jossa esitetyn näkemyksen

radoksaalisesti kritisoida myös perinteisen valtiosääntödoktriinin korostamasta vallanjako- ja demokratiaperspektiivistä käsin: lainsäätäjän ensisijaisuutta korostava ilmeisyystulkinta näyttää pakottavan tuomioistuimet omaksumaan toiminnallisen asenteen, joka yksittäistapauksellisen tuomiovallan käytön sijaan muistuttaa paremminkin lain ja sen säätämismenettelyn abstraktia oikeudellista arviointia.⁹⁰ Samalla ilmeisyysvaatimuksen heijastelema korotettu soveltamiskynnys on omiaan myös nostamaan todettujen ristiriitojen abstraktiotasoa ja niin ollen niiden yksittäisen tapauksen ulkopuolelle meneviä vaikutuksia: mitä ilmeisemmäksi ristiriita lain soveltamisen ja perustuslain välillä todetaan, sitä selvemmin se kohdistuu välittömästi itse lakiin, ei sen yksittäistapaukselliseen sovellukseen.

2.2 ILMEISYYSVAATIMUS ETUSIJARATKAISUJEN SISÄLTÖNÄ

2.2.1 Etusijaratkaisut

Perustuslain etusijasäännös on ollut voimassa kymmenen vuotta. Säännöksen yleistä merkitystä on sen valmisteluvaiheesta lähtien tavallisesti luonnehdittu kahdella määreellä. Etusijasäännöksen soveltamistilanteiden on ensinnäkin arvioitu jäävän harvinaisiksi ja tässä mielessä poikkeuksellisiksi. Toisaalta säännöstä on pidetty harvoin sovellettavaksi tarkoitettunakin periaatteellisesti hyvin merkittävänä.⁹¹ Tuomioistuimille annettava lakien perustuslainmukaisuuden tutkimistoimivalta, jota säännös kiistatta ainakin osaksi merkitsee,⁹² linjaa suoraan ja perustavasti oikeusvaltion ja kansanvaltaisen päätöksenteon institutionaalisia puitteita.⁹³ Ratkaisun perustavanlaatuisuuden vuoksi onkin asianmukaista, kuten *Antero Jyränki* on korostanut, että siihen päädyttiin nimenomaan perustuslainsäätäjän tahdonilmauksin eikä esimerkiksi tuomioistuinaloitteisesti.⁹⁴

Ennakoarviot säännöksen soveltamistilanteiden harvinaisuudesta ovat pitäneet kohtuullisen hyvin paikkaansa. Yleisesti saatavilla olevien tietojen perusteella perustuslain 106 § on tullut tähän mennessä sovellettavaksi kaikkiaan

mukaan oikeussuojan antaminen ei olisi havaintojen mukaan kilpistynyt perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimukseen. Näkemys ei ainakaan kaikilta osin vastaa oikeustieteellisessä kommentaarikirjallisuudessa esitettyä kantaa ks. erit. Scheinin 2004, s. 539–543 ja Ojanen 2008a, s. 309–310, joissa nimenomaan ilmeisyysvaatimuksen on katsottu johtavan merkittäviin ongelmiin.

⁹⁰ Vrt. erit. Tuori 2009, s. 333–335.

⁹¹ Ks. esim. Viljanen 2005b, s. 310–311.

⁹² Ks. Jyränki 2003, s. 431.

⁹³ Ks. Husa 2004a, s. 67–73 ja 119.

⁹⁴ Ks. Jyränki 2003, s. 433.

neljä kertaa.⁹⁵ Ensimmäisen kerran säännöstä sovellettiin korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2004:26. Tapauksessa katsottiin perustuslain 15 §:n omaisuudensuojasäännöksen sekä perustuslain 106 §:n nojalla, että rakennussuojelulain sanamuodon mukaan vain suojelupäätöstä koskevia korvausperiaatteita tuli soveltaa myös väliaikaisesta toimenpidekiellosta aiheutuneeseen ja omaisuudesta kertyneen tulovirran katkeamiseen perustuneeseen vahinkoon. Korkeimmassa hallinto-oikeudessa säännöstä sovellettiin puolestaan ensimmäisen kerran tapauksessa KHO 2008:25. Siinä soveltamatta jätettiin valtion virkamieslain 58 §:n valituskieltosäännös, joka esti valittamisen mm. päätöksestä, jolla virkamiehen nimissä ollut virka oli siirretty ilman lain 5 §:n 1 momentissa tarkoitettua virkamiehen suostumusta viraston toiseen yksikköön. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että koska valtion virkamieslain 58 §:ään sisältyvän valituskieltosäännöksen soveltaminen olisi estänyt puheena olevalle virkamiehelle perustuslain 21 §:ssä turvattun oikeuden säännönmukaiseen muutoksenhakuun, säännöksen soveltaminen olisi ollut perustuslain 106 §:ssä tarkoitettulla tavalla ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa.

Alempien oikeusasteiden antamissa perustuslain 106 §:n soveltamisratkaisuissa perustuslainmukaisuusongelmat ovat liittyneet astetta muodollisempiin vaatimuksiin. Vakuutus oikeuden vuonna 2004 tekemässä päätöksessä (VakO 6254:2005) kuntoutuksen sisältöä koskevan valituskiellon noudattamisen katsottiin loukkaavan Suomen perustuslain 21 §:ssä turvattua yksilön muutoksenhakuoikeutta sen estäessä valittajaa saattamasta oikeuttaan koskevaa päätöstä riippumattoman lainkäyttöelimen ratkaistavaksi.

Kysymys oli valtion eläkelain 18 g §:n säännöksen sovellettavuudesta. Ilman perustuslakivaliokunnan myötävaikutusta säädetyn säännöksen mukaan Valtiokonttorin päätökseen, joka koskee kyseisen lain 18 b §:n 4 momentissa tarkoitettua kuntoutuksen sisältöä, ei saa hakea muutosta. Asianomaisessa hallituksen esityksessä (HE 115/2003 vp) valituskieltoa perusteltiin muun muassa kuntoutuksen sisältöä koskevaan päätöksentekoon liittyvin tarkoituksenmukaisuusperustein. Vakuutus oikeus kuitenkin viittasi sekä kunnallisen eläkelain 158 §:n ja työntekijän eläkelain 4 m §:n valtion eläkelain 18 g §:ää vastaaviin säännöksiin, joita käsitellessään perustuslakivaliokunta oli vaatinut valituskieltojen poistamista (ks. PeVL 55/2002 vp ja PeVL 30/2005 vp) muun muassa sen vuoksi, että päätös kuntoutuksen sisällöstä oli hallituksen esityksessä mainittujen perustelujen valossa yhteydessä perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitettuun yksilön oikeuteen. Viitattuaan tämän jälkeen perusoikeusuudistuksessa omaksuttuun kantaan, jonka mukaan perustuslain oikeusturvaa koskevan säännöksen kannalta saattavat ongelmallisia olla sellaiset laissa tai asetuksessa säädetty valituskiellot, joissa on kysymys yksilön oikeuksia tai velvollisuuksia koskevasta

⁹⁵ Ks. KKO 2004:26, VakO 6254:2005, Helsingin HAO 09.10.2006 T:06/1410/1 ja KHO 2008:25.

asiasta sekä perusoikeuksien yleisiin rajoitusedellytyksiin ja todettuaan vielä valtion eläkelain 18 g §:n valituskieltosäännöksen perustuvan selvään ja esitöissä yksiselitteisesti perusteltuun säännökseen, vakuutusosoikeus katsoi, ettei ristiriitaa ollut mahdollista poistaa perusoikeusmyönteisellä tulkinnalla. Tähän nähden ja ottaen lisäksi huomioon perustuslakivaliokunnan kuntoutuksen sisältöä koskevat lausunnot, erityisesti lausunto PeVL 30/2005 vp, vakuutusosoikeus piti lain ja perustuslain välistä ristiriitaa asiassa ilmeisenä.

Helsingin hallinto-oikeus puolestaan katsoi vuonna 2006 antamassaan päätöksessä 06/1419/1 eduskunnan perustuslakivaliokunnan verolakien täsmällisyyttä ja tarkkuutta koskevaan käytäntöön vedoten, ettei asiassa sovellettavaksi tullut autoverolain säännös täyttänyt verolaille perustuslain 81 §:n 1 momentin nojalla asetettavia täsmällisyysvaatimuksia. Korkein hallinto-oikeus on sittemmin kumonnut Helsingin hallinto-oikeuden antaman ratkaisun vuosikirjaratkaisulla KHO 2007:77.

Helsingin hallinto-oikeuden kumottu ratkaisu rinnastui valtiosääntöoikeudellisessa mielessä vakuutusosoikeuden päätökseen. Myös hallinto-oikeuden etusijaharkinnan kohteena oli ilman perustuslakivaliokunnan myötävaikutusta syntyneen lain valtiosääntöoikeudellinen sovellettavuus ja myös hallinto-oikeuden tulkinta-argumentaatio tukeutui perustuslain esitöihin ja perustuslakivaliokunnan viimeaikaiseen ratkaisukäytäntöön. Hallinto-oikeus viittasi nimenomaisesti esitöissä esitettyyn vaatimukseen siitä, että verolakien tulisi perustuslain 81 §:n 1 momentin nojalla olla sillä tavoin tarkkoja, että lakia soveltavien viranomaisten harkinta veroa määrättäessä olisi sidottua harkintaa. Lisäksi päätöksessä viitataan perustuslakivaliokunnan lausuntoihin PeVL 66/2002 vp, PeVL 3/2003 vp, PeVL 46/2004 vp, PeVL 32/2005 vp, PeVL 44/2005 vp, PeVL 47/2005 vp ja PeVL 55/2005 vp. Kun sovellettavassa autoverolain säännöksessä oli säädetty vain maksun ylärajasta ja jätetty muutoin maksuperuste viranomaisen harkintaan, oli hallinto-oikeuden mukaan selvää, ettei perustuslakivaliokunnan käytännössä vakiintunut tulkinta verosta säättämistä koskevasta tarkkuuden ja täsmällisyyden vaatimuksesta täyty.

Tuomioistuimet linjaavat etusijasäännöksen sisältöä luonnollisesti myös silloin, kun ne päätyvät säännöksen soveltamatta jättämiseen. Niinpä esimerkiksi Helsingin hallinto-oikeuden etusijasäännöksen soveltamisratkaisun kumonnut päätös KHO 2007:77, transseksuaalin oikeutta saada muuttunutta sukupuolta vastaava henkilötunnus koskeva KHO 2009:15 samoin kuin korkeimman oikeuden jäljempänä käsiteltävät tapaukset KKO 2003:107 ja KKO 2006:71 ovat valtiosääntöoikeudelliselta peruluonteeltaan etusijaratkaisuja. Niissä keskeisen perustelutaakkaa suuntaavan oikeuskysymyksen on muodostanut ongelma siitä, mitä perustuslain 106 §:n etusijasäännös ja erityisesti sen sisältämä ristiriit-

dan ilmeisyyden vaatimus oikeastaan tarkoittaa.⁹⁶ Samanlaisia havaintoja on tehtävissä myös alempien oikeuksien ratkaisukäytännöstä.⁹⁷

2.2.2 Etusijatulkintojen lähtökohdat ja vaikutukset

Kertyneen oikeuskäytännön perusteella voidaan ainakin sanoa, ettei etusijasäännös ole meillä jäänyt aivan marginaaliseen asemaan samaan tapaan kuin Ruotsissa näyttää käyneen samankaltaisessa tilanteessa.⁹⁸ Etusijakonstruktion varsinainen oikeudellinen merkitys ei kuitenkaan oikeastaan perustu siihen, kuinka usein sen soveltamista tuomioistuimissa harkitaan. Oleellisempaa on, millaisin tulkintaperustein sille pyritään antamaan sisältöä ja millaista valtiosääntökäsitystä omaksutut perusteet heijastavat. Voidaan nimittäin olettaa, että etusijaratkaisujen ja perustuslain sovellettavuutta koskevien valtiosääntöoikeuden yleisten oppien välillä on erityisen vahva vuorovaikutussuhde. Etusijaharkinnassa ja tätä harkintaa koskevissa yleisissä opeissa linjataan laajemminkin edellytyksiä, joiden vallitessa perustuslaille ja erityisesti sen perusoikeussäännöksille tulee antaa konkreettista vaikutusta.

Kumotun hallitusmuodon 92.2 §:ään perustunut lakien perustuslainmukaisuuden tutkimiskieltodoktriini tarjoaa ilmiöstä hyvän esimerkin. Doktriini ei missään vaiheessa kieltänyt perustuslain sovellettavuutta sinänsä, vaan asetti ainoastaan esteitä tuomioistuinten mahdollisuudelle jättää laki soveltamatta valtiosääntöisin perustein. Silti säännös tosiasiallisesti johti tilanteeseen, jossa myös perustuslain konkreettia sovellettavuutta pidettiin sekä doktriinissa että oikeuskäytännössä vähintäänkin kyseenalaisena.⁹⁹ Tämä puolestaan voidaan tulkita seuraukseksi siitä, että oikeuskulttuurissamme oltiin taipuvaisia arvioimaan perusoikeussäännösten lainsoveltamistilanteisiin kohdistuvaa vaikutusta tarpeettoman abstraktisti äärimmäisten tilanteiden – lain ja perustuslain välisen lopullisen ristiriidan ja lain perustuslainvastaisuuden – kautta.¹⁰⁰

Vaikka oikeustila on uudessa perustuslaissa keskeisin osin käänteinen, sama äärimmäisyyksien logiikka on edelleen mahdollinen. Ongelma kietoutuu etusijasäännöksen korotetun soveltamiskynnyksen ja niin ollen ristiriidan ilmeisyyden vaatimuksen ympärille. Ainakin kaksi kysymystä näyttää vaativan vastausta:

⁹⁶ Ks. myös etusijasäännöstä sivuavat KKO 2004:62 sekä KHO 2005:43 ja KHO 11.09.2001/2122.

⁹⁷ Ks. esim. Rovaniemen HO 11.6.2001 T:325.

⁹⁸ Ks. SOU 2007:85, s. 33–35.

⁹⁹ Ks. Scheinin 1991, s. 197–203 ja 273–276.

¹⁰⁰ Ks. Scheinin 1991, s. 198 ja Hidén 1968, s. 465.

- A) Millä perusteella ristiriitaa lain soveltamisen ja perustuslain välillä tulee pitää perustuslain 106 §:n tarkoittamalla tavalla ilmeisenä?
- B) Miten tulee toimia tilanteessa, jossa ristiriita ei tarkemmassa tarkastelussa osoittaudukaan ”ilmeiseksi”? Toisin sanoen koskeeko velvollisuus antaa perustuslaille etusija *ainoastaan* tilanteita, joissa ristiriitaa voidaan pitää ilmeisenä. Tuleeko vähemmän ilmeisissä ristiriitatilanteissa etusija antaa laille?

Perustuslain esityöt tarjoavat lähtökohtaisesti luontevimman kiinnekohdan ilmeisyysvaatimuksen sisällön täsmentämiselle.¹⁰¹ Niiden perusteella tulee kuitenkin varsin nopeasti selväksi, että ilmeisyysvaatimukselle voidaan esittää kaksi erillistä ja tärkeällä tavalla eri suuntaankin vetävää perustelujuonetta.¹⁰² Kutsun niistä ensimmäistä *perinteiseksi kontrollimalliksi*. Sen mukaan ilmeisyydelle olisi haettava sisältöä painottamalla viimekätistä perustuslaintulkintatoimivaltaa painottavan normikontrolli-instituution ideoita ja erityisesti sen yhden instituution, Suomessa perustuslakivaliokunnan, ensisijaisuutta lakien perustuslainmukaisuuden valvonnassa.¹⁰³ Ristiriita olisi tällöin selvä ja riidaton l. ilmeinen, jos perustuslakivaliokunta lakia säädettäessä piti tai jos sen voidaan perustellusti olettaa pitäneen tuomioistuimen harkittavana olevaa lain sovellusta perustuslainvastaisena.

Toisen mahdollisen vaihtoehdon mukaan ilmeisyysvaatimus saisi sen sijaan keskeisen sisältönsä *perustuslain etusijaperiaatteen toissijaisuudesta suhteessa perustuslainmukaisen laintulkinnan periaatteeseen*. Samalla se kuitenkin edellyttäisi perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännön huomioonottamista tapaukseen soveltuviin perusoikeuksien tulkinnassa. Lain soveltamisen voitaisiin tällöin katsoa johtavan ilmeiseen ristiriitaan perustuslain kanssa vain jos kyseistä jännitettä ei voida perustellusti poistaa tulkinnallisesti perus- ja ihmisoikeusmyönteisellä tai muulla perustuslainmukaisen tulkinnan metodilla. Kuten *Veli-Pekka Viljanen* on korostanut, tällöin perustuslain 106 §:n sisältö ei määrittäisi ensisijaisesti johdannaisena keskitetyn normikontrollin järjestämiseen. Sen sijaan se kiinnittyisi tuomioistuimen tehtävään toteuttaa *materiaalista oikeusturvaa huolehtimalla yksittäisen jutun lopputuloksen perustuslainmukaisuudesta*. Tätä perinteiselle kontrollimallille vaihtoehtoista tulkintamallia kutsutaan tässä *tasapainomallin* mukaiseksi ilmeisyystulkinnaksi.¹⁰⁴ Seuraavaksi tarkennetaan molempien tulkintamallien sisältöä ja merkitystä.

¹⁰¹ Ks. erit. HE 1/1998 vp, PeVM 10/1998 vp ja Komiteanmietintö 1997:13 (Perustuslaki 2000).

¹⁰² Ks. myös Viljanen 2005b, s. 317–319 ja 312–323 sekä Scheinin 1998b, s. 1128.

¹⁰³ Ks. HE 1/1998 vp, s. 164 ja PeVM 10/1998 vp, s. 30–31. Ks. myös Jyränki 2003, s. 431–446, Tuori 2002a, s. 268–269 ja Husa 1998, s. 183–215.

¹⁰⁴ Ks. Viljanen 2005b, s. 312. Ks. myös PeVM 10/1998, s. 30–31. Tarkastelukriteeristöni eroaa Kaarlo Tuorin tekemistä analyttisistä ilmeisyysvaatimuksen erotteluista, joissa sille on haettu sisältöä vaihtoehtoisesti joko kvantitatiivisista tai epistemologisista kriteereistä. Tuorin

2.2.2.1 *Perinteinen kontrollimalli*

Lainsäätäjän suvereenisuutta ja ensisijaisuutta painottavassa merkityksessään vaatimus lain soveltamisen ilmeisestä ristiriidasta perustuslain kanssa tulkitsee kriteerin viittauksena perustuslakivaliokunnan varaan rakentuvaan keskitettyyn normikontrolli-instituutioon. Oletuksena on, että yksittäisen oikeusjutun yhteydessä esille noussut aineellisoikeudellinen jännite lain ja perustuslain välillä tulee ratkaista sen mukaan, mitä eduskunnan ja erityisesti sen perustuslakivaliokunnan perustuslain 74 §:n nojalla harjoittamassa ennakkolisessa valvonnassa lakia säädettäessä tapahtui.¹⁰⁵ Rakennelmaa perusteltiin esitöissä ennen muuta normikontrollijärjestelmän yhtenäisyydellä ja perustuslakivaliokunnan johtavalla asemalla: etusijasäännöksellä ei ollut tarkoitus muuttaa lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan perinteisiä, ennakoivaa ja perustuslakivaliokuntaa, korostavia painotuksia.¹⁰⁶ Tavoitteen toteuttaminen näyttikin edellyttävän etusijapäätösten sitomista poikkeuksellisen tiukasti ulkoisella kriteerillä: perustuslakivaliokunnan säätämisvaiheen perustuslaintulkinnan tuli olennaisesti määrittää myös tuomioistuimen tulkintaratkaisun sisältöä.¹⁰⁷ Idea kiteytyi tulkintasäännöksi: lain soveltamisen ja perustuslain välistä ristiriitaa ei voida ”pitää säännöksen tarkoittamassa mielessä ilmeisenä, jos perustuslakivaliokunta on ottanut siihen kantaa lain säätämisvaiheessa ja katsonut ettei ristiriitaa ole olemassa”.¹⁰⁸

Siteerattu tulkintasääntö on merkitykseltään oleellinen siksi, että riippumatta siitä, tarkoitettiinko tätä vai ei, sen kautta ristiriidan ilmeisyyden kriteerit on mahdollista kiinnittää yksinomaan ennakkoliseen normikontrollijärjestelmään ja perustuslakivaliokunnan yksittäiseen säätämisvaiheessa esitettyyn tulkintakannanottoon.¹⁰⁹ Konkreetin jälkikäteisen normikontrollin sitominen tällaisella tulkintasäännöllä abstraktin ennakkolisen normivalvonnan päätöksentekomuotoihin tuottaa kuitenkin neljä tärkeää seurausvaikutusta. Ensinnäkin – vaikka koko sääntelyn tarkoitus on tietenkin päinvastainen – tuomioistuin tavallaan pakotetaan irrottautumaan käsillä olevasta ratkaisutilanteesta ja lähestymään sitä samanlaisin kysymyksenasetteluin, jotka leimaavat perustuslakivaliokunnan säätämisvaiheessa suorittamaa abstraktia perustuslainmukaisuusvalvontaa. Sa-

mukaan kvantitatiivinen merkityssisältö viittaisi tällöin räikeään, vähäisen vastakohtaan, kun taas epistemologisessa tulkinnassa sisältöä haettaisiin ”selvyyden” ja ”riidattomuuden” kaltaisten käsitteiden kautta. Oleellista on, että Tuorin mukaan vaatimukselle tulisi hakea sisältöä nimenomaan jälkimmäisten kriteerien valossa ja tällöinkin viittauksena perustuslakivaliokuntajohtoiseen perustuslakikontrolliin. Ks. Tuori 2002a, s. 268–269. Omassa erottelussani Tuorin tulkinta rinnastuu siten perinteisen kontrollimallin mukaiseen ilmeisyystulkintaan.

¹⁰⁵ Ks. PeVM 10/1998 vp, s. 30–31.

¹⁰⁶ Ks. HE 1/1998 vp, s. 164.

¹⁰⁷ Ks. Jyräki 2003, s. 437.

¹⁰⁸ HE 1/1998 vp, s. 164.

¹⁰⁹ Ks. Jyräki 2003, s. 437–439, Viljanen 2005b, s. 314–317 ja 321–323.

malla vaarana on, että tuomioistuimet ryhtyvät selvittämään eduskunnan lakia hyväksyessään tekemän säätämisyjärjestysratkaisun perustuslainmukaisuutta.¹¹⁰ Tällaiseen arvioon perustuslain 106 § ei niitä tietenkään valtuuta.

Toiseksi, kun huomio kiinnitetään lainsäätämisvaiheen perustuslakikontrolliin, saatetaan samalla sivuuttaa toinen keskeinen ja tuomioistuinten riippumattomuudelle rakentuvissa oikeudellisissa käytännöissä ehkä luontevin perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön vaikutustapa. Perustuslakivaliokunnan käytäntöä on varsin hyvin mahdollista käyttää esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön tapaan informaationa tuomioistuinten sovellettavaksi tulevien perustuslain säännösten tarkemmasta sisällöstä sekä etenkin niitä koskevista yleisistä tulkintaperiaatteista. Tällaisten oikeuskäytännössä muodostuneiden tulkintalinjojen merkitystä voidaan pitää vielä erityisen tärkeänä pyrittäessä soveltamaan perusoikeusnormien kaltaisia periaatenormeja sisällöllisesti johdonmukaisella tavalla.

Kolmanneksi, ilmeisyusharkinnan sitominen ulkoisella ja ajallisesti sovellettavan lain säätämisvaiheeseen sijoituvalla kriteerillä muuttaa myös konkreetin ratkaisutilanteen aikaperspektiiviä vastaavasti. Olennaista ei ole enää sen selvittäminen, mitä perustuslaki käsillä olevassa tilanteessa oikeastaan edellyttää, vaan se, mitä lakiehdotuksen perustuslainmukaisuudesta lain säätämisaikajankohdalla lausuttiin. Tämä aikaperspektiivin muutos on sinänsä mahdollinen sen vuoksi, että ensimmäisen kysymyksen arvellaan tyhjentyvän jälkimmäiseen. Vaarana kuitenkin on, että lainsäätämisvaihetta seuranneet muutokset perustuslaissa joko nimenomaisten perustuslakiuudistusten tuloksena tai tulkintakäytännön kehittymisen seurauksena jäävät oikeudellisen arvioinnin sivuun.

Neljänneksi on vielä huomattava, ettei ilmeisyystulkinnan kohteena oleva perustuslakivaliokunnan varassa toimiva ennakkovalvonta tunne vastaavaa korotettua ristiriidan kynnystä. Lakiehdotus on joko käsiteltävä perustuslainsäätämisyjärjestyksessä, taikka sitä on muutettava, jos perustuslakivaliokunta havaitsee sen olevan joltakin osin *ristiriidassa* perustuslain kanssa. Tämä mahdollistaa tulkinta-asetelman, jossa ilmeisyusharkinnan voidaan itse asiassa ajatella ratkaisevan lain perustuslainvastaisuuden kokonaisuudessaan. Laki on joko jätettävä soveltamatta perustuslain 106 §:n nojalla, jos perustuslakivaliokunta piti tiettyä soveltamisvaihtoehtoa perustuslainvastaisena tai sitä on sovellettava sanamuotonsa mukaan, koska lain *ristiriidattomuus* on jo tullut auktoritatiivisesti todennettua. Näin perinteisen kontrollimallin mukainen ilmeisyystulkinta näyttäisi johtavan edellä esitetyn ilmeisyystulkinnan seurauksia koskevan B-kysymyksen osalta seuraavaan vastaukseen: jos ristiriitaa ei voida osoittaa ilmeiseksi, ratkaisu tulee tehdä ”normaalisti” suoraan lain nojalla.

¹¹⁰ Ks. KKO 2006:71, k. 32.

2.2.2.2 Tasapainomalli

Uudelle perustuslakikontrollille tyypillisiin valtiosääntöperiaatteiden asiayhteyssidonnaisesti toteutettaviin tasapainovaatimuksiin palautuva ilmeisyystulkinta rakentuu perusoikeuksien toteuttamista koskevalle lähtökohdalle, mutta ei tyhjenny siihen. Oikeuksien toteuttamisvaatimus muodostaa lähtökohtatilanteen, jonka kautta oikeudellista ongelmaa lähdetään hahmottamaan. Koska kyse on toisaalta myös demokraattisesti ja asianmukaisissa menettelyissä säädetyn lain perustuslainmukaisuuden arvioinnista, edellyttää oikeuslähtöinenkin perspektiivi demokraattisen lainsäätäjän ja sitä valtiosääntöisessä mielessä edustavan perustuslakivaliokunnan perustuslakia koskevien perusteltujen tulkintakannanottojen huomioimista. Silti malli edustaa selvää vaihtoehtoa perinteiseen kontrolliajatteluun pohjautuvalle ilmeisyystulkinnalle. Toisin kuin perinteinen kontrollimalli, joka kytki tuomioistuimet suoraan osaksi perustuslakivaliokuntaan huipentuvaa institutionaalista rakennetta, valtiosääntöperiaatteiden tasapainoa korostava ilmeisyystulkinta liittyy etusijasäännöksen ennen muuta perustuslain 22 §:n perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisvelvoitteelle ja perustuslainmukaiselle tulkinnalle ominaisiin vaatimuksiin konkreettisen oikeudellisen päätöksenteon aineellisoikeudellisesta perustuslainmukaisuudesta.¹¹¹

Kyse ei ole enää niinkään siitä, että perustuslakivaliokunnan tulkintakannanottojen oletettaisiin suoraan määräävän tuomioistuimen tekemien tulkintojen rajoja. Päinvastoin, vaikka sekä lainsäätäjällä että tuomioistuimilla on periaatteessa yhtenevä oikeudellinen tehtävä varmistua lakiin perustuvan julkisen vallankäytön perustuslainmukaisuudesta, on niiden välillä syytä nähdä myös eroja. Kuten perustuslakiuudistuksen esitöissä korostettiin, tulkintatilanteiden rakenteelliset erot, ajan kulumisen, ja lausuntojen oikeudellinen perusteltavuus muodostavat jo esitöiden valossa perusteita, joiden johdosta perustuslakivaliokunnan säättämisvaiheen kannanotoista saattaa olla syytä ottaa etäisyyttä.¹¹² Perustuslakivaliokunta tekee nimittäin tulkintansa *in abstracto*, tuomioistuin *in concreto*, tietyn tapauksen yhteydessä, eikä kaikkia vastaisuudessa esiin nousevia oikeudellisia konflikteja voida säättämisvaiheessa ennakoida. Perustuslaki tai sen tulkintakäytäntö on myös saattanut muuttua lain säätämisen jälkeen. Myös valiokunnan omaksumien kantojen perusteltavuudelle on syytä antaa merkitystä jo siitä yksinkertaisesta syystä johtuen, ettei perustuslakivaliokunnalle ole perustuslaissamme annettu toimivaltaa päättää perustuslain sisällöstä. Kuten perustuslain 74 §:stä ilmenee, valiokunnan tehtävänä on antaa lausuntonsa sen käsiteltäväksi tulevien lakiehdotusten suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin ja perustuslakiin, mikä tietenkin merkitsee, että valio-

¹¹¹ Ks. Viljanen 2005b, s. 312.

¹¹² Ks. HE 1/1998 vp, s. 163–164 ja PeVM 10/1998 vp, s. 30–31

kunnan tekemien tulkintaratkaisujen perusteltavuus riippuu yksin siitä, vastaavako ne perustuslaille ja kansainvälisille ihmisoikeussopimuksille perustellusti annettavissa olevia sisältöjä.

Tämä ei tietystikään tarkoita, että tuomioistuimet voisivat perusteluitta sivuuttaa sen tulkintakäytännön, joka perustuslakivaliokunnan käytännössä on perusoikeuksista kertynyt. Tuomioistuinten on päinvastoin perusoikeussääntösten yleisen kirjoitusasun seurauksena syytä lähteä siitä, että aiemmat tulkintakäytännöt määrittävät vahvasti myös vastaisten perustuslaintulkintojen puitteita, ja että suomalaisessa oikeuskulttuurissa perustuslakivaliokunnalla on tässä erityisasema sekä demokraattisen legitimitetin että suomalaisen valtiosääntötradition vuoksi. Mallien välillä on kuitenkin olennainen ero: siinä missä perinteinen kontrollimalli soveltaa perustuslakivaliokunnan säätämisvaiheessa antamaa lausuntoa ikään kuin lain ja perustuslain välisen konfliktin ratkaisemisen ensisijaisena oikeuslähteenä, uudessa mallissa lausuntojen merkitys on välillinen ja toissijaisen oikeuslähteen omainen: ne antavat informaatiota sovellettavaksi tulevan perustuslainsäännöksen sisällöstä tilanteessa, jossa tuomioistuimen on itse ratkaistava oikeudellisesti perustellen, johtaako lain soveltaminen ilmeiseen ristiriitaan perustuslain kanssa.

Perusoikeuksien toteuttamisen näkökulmasta sovellettavaa lakia koskeva perustuslakivaliokunnan tulkintakanta saa tällöin kuitenkin pikemminkin tarkastelua suuntaavan kuin lopputulosta määräävän vaikutuksen. Soveltamistilannetta paikallisimmin koskevana sen voi olettaa antavan lähtökohtaisesti luotettavaa informaatiota perustuslain sisällöstä juuri arvioitavana olevassa asiayhteydessä. Jotta paikallisesti tarkkaa tulkintakantaa voidaan pitää myös yleisesti hyväksyttävänä, säätämisvaiheessa omaksutun kannan yleispätevyys on vielä erikseen testattava voimassa olevaa perustuslakia koskevien vakiintuneiden tulkintalinjojen näkökulmasta.

Tuomioistuimen rooli lakien perustuslainmukaisuuden valvojana on myös tärkeässä suhteessa lainsäätäjää rajoitetumpi. Tuomioistuinten tehtävänä on yksin sen varmistaminen, ettei *lain säännöksen soveltaminen* johda ilmeiseen ristiriitaan perustuslain kanssa ja siten perustuslainvastaiseen lopputulokseen konkreettisesti ratkaisutilanteessa. Sen sijaan tuomioistuinten tehtävänä ei ole arvioida yleisesti ja ilman konkreettista yhteyttä käsillä olevaan tapaukseen, onko jokin lain säännös ristiriidassa perustuslain kanssa. Tällainen toimivalta kuuluu Suomen valtiosäännössä lähtökohtaisesti eduskunnan perustuslakivaliokunnalle.

Myös etusijapäätöksen oikeusvaikutukset rajautuvat ratkaistavana olevaan tapaukseen, eikä sillä ole vaikutusta soveltamatta jätetyn lain säännöksen pätevyuteen. Ristiriitaiseksi katsotun lain kumoaminen edellyttää erillistä lainsäädäntötointa.¹¹³ Voidaankin sanoa, että etusijaharkinnan yksittäistapauksellisuut-

¹¹³ Ks. HE 1/1998 vp, s. 163.

ta painottavat rajaukset pyrkivät varmistamaan *yhtäaikaisesti* sekä eduskunnan harjoittaman ennakkollisen normivalvonnan integriteettiä että vallanjakoperiaatteenkin näkökulmasta tuomioistuinten luontevinta tehtävää, oikeusturvan antamista yksittäisessä tapauksessa. Niiden on ensisijaisesti tulkinallisoin keinoin pyrittävä lopputulokseen, joka parhaiten on sopusoinnussa perustuslain kanssa¹¹⁴ ja jos tässä ei onnistuta, annettava perustuslain 106 §:n nojalla etusija nimenomaan perustuslaille.¹¹⁵ Samalla edellä esitetty B-kysymys tuomioistuimen toimintavelvoitteista tapauksissa, joissa ristiriita osoittautuukin tarkemmassa arvioissa ei-ilmeiseksi, määrittöy tarpeettomaksi. Tälle toimintavaihtoehdolle ei nimittäin jää enää tilaa, koska perustuslainmukainen tulkinta on jo osoittanut sisällöllisen suunnan varsinaiselle asiaratkaisulle. Ilmeisyysvaatimuksen täyttyminen ja etusijasäännöksen soveltamiskynnyksen ylittyminen ovat siten tasapainomallin mukaisessa ilmeisyysvaatimuksen tulkintamallissa vain *seurauksia* perustuslainmukaisen laintulkinnan rajojen ylittymisestä – eivät itsenäistä soveltamisharkintaa edellyttäviä tulkintaongelmia.

2.3 PERINTEISEN KONTROLLIMALLIN VAIKUTUKSET

2.3.1 Formalismi ja aikaperspektiivin vinoutuminen

Yleisten oppien tasoiset näkökohdat näyttelevät yleensä hyvin merkittävää ja samalla hiljaiseksi jäävää osaa oikeudellisessa päätöksenteossa. Varsin usein nimittäin keskeisimmät tulkintaratkaisut eivät koske niinkään sitä, miten tiettyä säännöstä tulisi oikeastaan soveltaa, vaan sitä, miten käsillä oleva tilanne oikeudellistetaan. Tästä huolimatta juuri tapauksen oikeudelliseen hahmotukseen liittyvät valinnat jäävät useasti vaille nimenomaisia perusteluja. Vasta rivien välistä voidaan lukea ja arvioida, millaisten oletusten varassa ratkaisua edeltäneet tulkinnat lopulta tehtiin.

Kun ilmeisyysvaatimus vetää samanaikaisesti kahteen eri suuntaan – keskitettyyn normikontrolliin ja yksittäistapauksellisen oikeussuojan toteuttamiseen, ja kun perustuslain esityöt tukevat molempia lähestymistapoja, voidaan kysyä, kumpaa tarkastelutapaa tulisi pitää perustellumpana. Tähän kysymykseen saadaan ainakin yksi vastaus perustuslakiuudistuksen jälkeen kertyneestä oikeuskäytännöstä. Kuten kohta havaitaan, varsinkin ylimpien tuomioistuinten tulkintaargumentaatio on korkeimman hallinto-oikeuden etusijapäätöstä KHO 2008:25 lukuun ottamatta ohjautunut voimakkaasti *perinteisen kontrollimallin* osoitta-

¹¹⁴ Ks. PeVM 10/1998 vp, s. 30–31.

¹¹⁵ Ks. esim. Mäenpää 2003, s. 154 ja 159, Viljanen 2005b, s. 312 ja 318.

maan suuntaan. Samalla tuon mallin periaatteelliset ongelmat ovat tulleet tosiasiallisestikin hyvin näkyviksi.

Korkeimman oikeuden ensimmäisen etusijasäännöksen soveltamisratkaisun KKO 2004:26 keskeisin valtiosääntöoikeudellinen ulottuvuus liittyy nimenomaan tällaisiin yleisten oppien tasoihin näkökohtiin. Tapauksessa oli korkeimman oikeuden mukaan kysymys siitä, edellyttikö omaisuuden suoja rakennussuojelulain 11 §:n korvausperiaatteiden soveltamista lain sanamuodon vastaisesti myös väliaikaisesta toimenpidekiellosta aiheutuneeseen vahinkoon.

Voimassa olevan perustuslain näkökulmasta KKO 2004:26 koskee kuitenkin ennen kaikkea jännitettä yhtäältä rakennussuojelulain korvaussääntelyn laajentavaa tulkintaa perustelevan omaisuudensuojan (PL 15 §) ja toisaalta sanamuodonmukaista tulkintaa oikeuttavan kulttuuriperintöä koskevan vastuun (PL 20 §) välillä.¹¹⁶ Valtiosääntöoikeudellisesti on merkityksellistä, ettei korkeimman oikeuden ratkaisuun sisälly ainoatakaan kannanottoa jännitteen toisen valtiosääntöisen kiinnekohdan, ympäristövastuun, merkityksestä. Näin rakennussuojelulain *normaalin sanamuodonmukaisen soveltamisen justifioitavuus* jäi kokonaan tarkemman tarkastelun ulkopuolelle. Tällaisen punninta-asetelman sijaan ratkaistavana oli yksinkertaisesti valtiosääntöisestä kontekstistaan irrotetun rakennussuojelulain korvaussääntelyn suhde perustuslain 15 §:n omaisuudensuojasäännökseen. Asetelma ei vaikuta olleen edes riidanalainen, vaikka ratkaisu muutoin syntyikin vahvennetussa jaostossa huomattavan erimielisenä:¹¹⁷ ilmiselvästi perustuslain 20 §:n mukaisen kulttuuriperinnön suojan alaan liittyvän toimenpidekiellon perustuslainmukaisuutta arvioidaan *kaikissa* ratkaisuun sisältyvissä mielipiteissä antamatta mitään merkitystä toimenpidekieltoa oikeuttaville perusoikeuskytkennöille.

Tähän perustavanlaatuisen puutteeseen on kiinnitetty huomiota myös oikeuskirjallisuudessa.¹¹⁸ Kritiikki on ympäristöperusoikeuden sivuuttamisen ohella kohdistunut paitsi ilmeisysharkinnan lopputulokseen myös ratkaisussa omaksuttuun omaisuudensuojatulkintaan.¹¹⁹ Selkein yksittäinen yleisen tason syy kritiikille liittyy kuitenkin tulkintaratkaisun aikaperspektiiviin. Kuten esimerkiksi *Tuomas Ojanen* on huomauttanut, *Krogeruksen* ja *Hidénin* eriävää mielipidettä lukuun ottamatta rakennussuojelulain soveltamisen suhdetta perustuslakiin arvioidaan vain rakennussuojelulain säätämistä edeltäneiden esitöiden ja ainoastaan lain säätämiseen johtaneiden perustuslakivaliokunnan lau-

¹¹⁶ Ks. myös Ojanen 2004, s. 925 ja Husa 2004b, s. 544–545.

¹¹⁷ Jaoston yhdestätoista jäsenestä itse asiassa vain vähemmistö, viisi oikeusneuvosta oli korkeimman oikeuden ratkaisuksi tulleella kannalla etusijakysymyksessä kahden oikeusneuvoksen päätyessä samaan lopputulokseen perusoikeusmyönteiseen tulkintaan tukeutuen. Lopputuloksesta eri mieltä oli neljä oikeusneuvosta, jotka hekin edustivat kahta erilaista perustelua.

¹¹⁸ Ks. Ojanen 2004, s. 919–928, Husa 2004b, s. 544–545, Scheinin 2004, s. 543, Viljanen 2005b, s. 313 ja Nieminen 2007, s. 19.

¹¹⁹ Ks. erit. Ojanen 2004, s. 923.

suntojen (PeVL 16/1982 vp ja PeVL 6/1983 vp) perusteella.¹²⁰ Näin korkein oikeus päätyi niinkin outoon tilanteeseen, että kahdenkymmenen vuoden takainen, vuosituhatosen vaihteessa kumottuun hallitusmuotoon, vuonna 1995 vanhentuneeseen perusoikeusluetteloon sekä syrjäytyneisiin tulkintaperiaatteisiin¹²¹ perustunut perustuslakivaliokunnan omaisuudensuojakanta pääsi määrittämään sitä, miten perustuslakia ja omaisuudensuojasäännöstä tulkitaan konkreettisesti ratkaisutilanteessa tämän päivän oikeusjärjestyksessä.¹²² Tässä tulkintakontekstissa ympäristöperusoikeuteen vetoaminen ei tietenkään tule kyseeseen, koska 1980-luvun alun hallitusmuotomme ei sitä tuntenut.

Tapauksessa omaksutun selvästi virheellisen tulkintaperspektiivin voisi jättää huomiotta, ellei sillä olisi laajakantoisia vaikutuksia. Tulkinnoillaan korkein oikeus tuli nimittäin samalla vahvistaneeksi oletusta, että etusijasäännöstä tulee valtiosääntöoikeudellisesti muuttuneissakin olosuhteissa tulkita yksinomaan yhteydessä keskitettyyn normikontrollijärjestelmään ja sidottuna nimenomaan alkuperäiseen lainsäätäjän perustuslaintulkintaratkaisuun.¹²³

Vastaava tulkinnan kohdetta koskeva siirtymä yksittäisen tilanteen perustuslainmukaisuuden arvioinnista lain säätämisvaiheessa suoritettua perustuslakikontrollin arvioimiseen voidaan havaita myös korkeimman oikeuden kaksi vuotta myöhemmin tekemässä ratkaisussa KKO 2006:71. Tapauksessa korkein oikeus päätyi ilmeisyydetulkinnan osalta kielteiseen lopputulokseen laadullisesti rakennussuojelulakitapaukseen rinnastuvien perusteiden. Asia koski voimayhtiön valtiota vastaan nostamaa vahingonkorvauskannetta, jossa yhtiö vaati korvausta koskien-suojelulain (35/2987) säätämisen seurauksena syntyneestä ja menetettyä tuottoa koskeneesta vahingosta. Korkein oikeus hylkäsi yhtiön kanteen. Materiaaliselta lopputulokseltaan valtiosääntöoikeudellisesti ongelmattoman ratkaisun perusteluihin sisältyy laajakanto pohdinta perustuslain etusijasäännöksen sovellettavuudesta tapaukseen sen johdosta, että yhtiö väitti koskiensuojelulain olevan ristiriidassa perustuslain kanssa (k. 28–34). Korostettuaan ensin perustuslakivaliokunnan ja eduskunnan ensisijaista vastuuta lakien perustuslainmukaisuuden valvojana, korkein oikeus katsoi, että perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen avulla on kuitenkin ”mahdollista lakia sovellettaessa välttää sellainenkin yksittäiseen henkilöön kohdistuva vahinko, joka muuten voisi johtua siitä, että kyseinen laki on saatettu voimaan perustuslain vastaisesti”¹²⁴ (kursiv. tässä). Argumentaatio eroaa

¹²⁰ Ks. Ojanen 2009b, s. 248.

¹²¹ Ks. Viljanen 2001, s. 48–53 ja Lämsineva 2002, s. 45–68.

¹²² Ks. myös Ojanen 2004, s. 923–924.

¹²³ Ks. KKO 2004:28, k. 10–14.

¹²⁴ Ks. KKO 2006:71, tuomion kohta 31. Tapausta kommentoinut Jaakko Husa (ks. Husa 2007, s. 618–619) kiinnittää aiheellista huomiota sekä korkeimman oikeuden perusteluista välittyvään selvästi virheelliseen (ks. PeVM 10/1998 vp, s. 30) oletukseen PL 106 §:stä koko lain ja itse asiassa sen säätämismenettelyn perustuslainmukaisuutta koskevana normina että korkeimman oikeuden konstruktion siitä, että perustuslain ilmeisyysvaatimus tulisi jollakin tavalla tulkittavaksi johdonmukaisena jatkeena julkisoikeudellista vahingonkorvausvelvollisuutta koske-

hieman rakennussuojelulakitapauksesta, koska nyt korkein oikeus näyttäisi periaatteessa katsovan olevansa perustuslain 106 §:n nojalla toimivaltainen tutkimaan myös lain säätämiskäytännön perustuslainmukaisuutta,¹²⁵ mitä kantaa tapauksesta KKO 2004:26 ei voida lukea. Tulkinnan kohde on silti sama: lain perustuslainmukaisuus sitä säädettäessä.

Tapaukset KKO 2004:26 ja KKO 2006:71 nostavatkin esille eräitä keskeisiä ilmeisyyskriteerin tulkintaan liittyviä sudenkuoppia. Ilmeisyysvaatimuksen sisällyttämällä etusijasäännöksen soveltamisen ehdoksi pyrittiin osaltaan varmistamaan perustuslakivaliokunnan tulkinta-auktoriteetti ja lakien perustuslainmukaisuuden painopisteen säilyminen eduskunnan käsissä. Konkreetin oikeudellisen ratkaisutoiminnan logiikka on kuitenkin omiaan kääntämään vaatimuksen merkityksen tavoitteeseen nähden päinvastaiseksi. Paikantaessaan itsensä keskitetyn normikontrolli-instituution jatkeeksi tuomioistuin joutuu joko sitomaan oman kantansa perustuslakivaliokunnan säätämisvaiheessa abstraktilla tasolla esittämään perustuslain tulkintaan tai vaihtoehtoisesti arvioimaan kyseisen kannan pätevyyttä voimassa olevaa perustuslakia koskevan tulkintansa valossa.¹²⁶ Ensin mainittua vaihtoehtoa seurattaessa tuomioistuin saattaa sivuuttaa sekä perustuslainsäätäjän että lainsäätäjän myöhemmät tapauksen kannalta merkitykselliset perustuslain sisältöä koskevat ratkaisut. Jälkimmäistä vaihtoehtoa noudattaessaan tuomioistuin joutuu vaarallisen lähelle perustuslakivaliokunnan säätämisvaiheen tulkintakannanoton perustuslainmukaisuuden arviointia.¹²⁷ Kumpaakaan vaihtoehtoa tuskin voidaan pitää perustuslain institutionaalisten järjestelyjen kannalta asianmukaisena.

van vahingonkorvauslain 3 luvun 2 §:n soveltamiskäytännössä omaksutulle vaatimukselle hallintopäätöksen ”selvästä” virheellisyydestä.

¹²⁵ Ks. myös Karhu 2008, s. 192.

¹²⁶ Ks. myös Karhu 2008, s. 184. Karhu toteaa, että erottelu abstraktiin ja suhteelliseen normikontrolliin on muuttunut suhteelliseksi perusoikeuksien oikeudellisen merkityksen vahvistamisen myötä. Hänen mukaansa olisi sen vuoksi pohdittava, onko jyrkän eron tekemistä perustuslakivaliokunnan ennakkovalvonnan ja yleisten tuomioistuinten jälkivalvonnan välillä pidettävä tarpeellisena *siltä osin kuin kysymys on perusoikeuksista*. Itse katsoisin, että Karhu on osin oikeassa. Erottelu on edelleen tarpeen niiden perus- ja ihmisoikeuksien osalta, joita saadaan perustuslain ja ihmisoikeussopimusten estämättä lailla rajoittaa. Sen sijaan tilanne vaikuttaisi olevan lähtökohtaisesti toinen ns. ehdottomien perus- ja ihmisoikeuksien kohdalla. Ks. myös Scheinin 2008, s. 196–206.

¹²⁷ Ks. KKO 2004:26, k. 10–13 ja 18–19. Ja KKO 2006:71, k. 31.

2.3.2 Tulkintakriteeristön epävaltiosääntöistyminen

Perinteinen kontrolliajattelu asettaa ilmeisyysharkinnan kriteeriksi perustuslakivaliokunnan lakia säädettäessä tekemän tulkintaratkaisun. Ongelmana kuitenkin on, ettei säätämisvaiheen eduskuntakäsittely sisällä ratkaisua kaikkiin vastaisuudessa esille tuleviin perustuslaintulkintaongelmiin. Ennakollinen normivalvonta tapahtuu abstraktilla tasolla vailla yhteyttä konkreettisiin tapauksiin eikä yleisten normilauseen mahdollisesti tuottamia tulkintaongelmia muutenkaan olisi mahdollista edes teoriassa etukäteen ennakoida.¹²⁸ Ja vaikka olisi, tarkemman valtiosääntöoikeudellisen kontrollin kohteeksi päätyy joka tapauksessa vain osa lainsäädännöstä. On siis varsin todennäköistä, että tuomioistuimien joutuu harkitsemaan etusijasäännöksen soveltamista myös ilman nimenomaista säätämisvaiheen valtiosääntöistä kannanottoa. Kun toisaalta perustuslain esitöissä tulkintakriteereinä viitataan hyvin voimakkaasti perustuslakivaliokunnan säätämisvaiheen kannanottoon, on varsin tärkeää arvioida, miten tuomioistuinten ovat toimineet keskeisimmän tulkintakriteerin puuttuessa tai sen ollessa epäselvä.

Tältä osin oikeuskäytännöstä voidaan tehdä kiinnostava havainto. Ainakaan ylimmät tuomioistuinten eivät ole ryhtyneet täyttämään tulkintaperustaa koskevaa vajetta hakemalla omille tulkinnoilleen analogista tukea muusta perustuslakivaliokunnan käytännöstä ja siinä omaksutuista tulkintalinjoista. Niiltä osin kuin säätämisvaiheen kanta ei tuota selvää ratkaisua joko sen epäselvyyden vuoksi tai yksinkertaisesti siksi, ettei sellaista ole olemassa, kysymys ristiriidan ilmeisyydestä pyritään ratkaisemaan pikemminkin perustuslain normatiivisiin vaatimuksiin nähden ulkoisin kriteerein kuin näitä vaatimuksia tulkitsemaan pyrkien.

Rakennussuojelulakia koskeneessa tapauksessa KKO 2004:26 hallitsevassa asemassa olleet perustuslakivaliokunnan lausunnot olivat ratkaisutilanteen näkökulmasta osin epäselviä. Korkeimman oikeuden siteeraamasta¹²⁹ ja lain säätämiseen johtaneesta valiokunnan lausunnosta PeVL 6/1983 vp ei nimittäin käy ainakaan suoraan ilmi, että perustusvaliokunta olisi edellyttänyt rakennussuojelulain hyväksymistä perustuslainsäätämisjärjestyksessä, jos toimenpidekielto-sääntely johtaisi omaisuudesta ”normaalisti kertyvän tuoton saamatta jäämiseen”, minkä korkeimman oikeuden enemmistö taas katsoi merkitsevän ilmeistä ristiriitaa rakennussuojelulain ja perustuslain välillä. Aukko tuli siis täyttää käsillä olleessa ratkaisutilanteessa. Se, miten tämä tehtiin, jää kuitenkin vaille perusteluja. Sen sijaan korkein oikeus käytännössä vain ilmoittaa ratkaisutilanteen vastaavan perustuslakivaliokunnan käsittelemää ja valtiosääntöoikeudelli-

¹²⁸ Ks. esim. Hart 1997, s. 123 ja Schauer 1992, s. 34–37.

¹²⁹ Ks. KKO 2004:26, k. 12

sesti ongelmallisena pitämää tilannetta.¹³⁰ Kokonaan ongelmattomana ei voi myöskään pitää eriävissä mielipiteissä omaksuttua viittausta toimenpidekiellon seurausten kohtuuttomuuteen, vaikkakin silläkin on juurensa perustuslakivaliokunnan säätämävaiheen tulkintakannanotossa.¹³¹ Nykydoktriinin valossa kohtuuttomuudelle voidaan sinänsä antaa merkitystä, mutta oikeastaan vasta osana laajempaa perusoikeuksien rajoitettavuuden arviointia ja siihen sisältyvää oikeasuhtaisuuden vaatimusta.

Vastaava taipumus ylittää valtiosääntöoikeudellinen argumentaatiotaikka joko yksinkertaisin syllogistisin ilmoituksin taikka muuten valtiosääntöoikeudellisesti riittämättömin argumentein, on saanut varsin määrävän aseman myös kahdessa muussa etusijasäännöksen soveltamisharkintaa koskevassa ratkaisussa. Ensimmäistä tällaista tapausta edustaa vuotta ennen rakennussuojelulakिताpausta ratkaistu isyyslain voimaanpanolain kannerajoitusta koskeva ratkaisu KKO 2003:107,¹³² jossa muodollisen oikeusvarmuuden tulkittiin muodostavan perustuslain 6 §:n 2 momentin syrjäntäkieltosäännökseen sisältyvän hyväksytävän erotteluperusteen.

Tapauksessa oli kysymys sanamuodoltaan selvän ja yksiselitteisen isyyslain voimaanpanolain kannerajoitussääntelyn suhteesta perustuslaissa ja kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa kiellettyyn syrjintään sekä perhe-elämän suojaan. Vuonna 1968 syntyneen A:n kanne oli pantu vireille 29.9.2000 vaikka isyyslain voimaanpanolain mukaan kanne isyyden vahvistamisesta oli nostettava viiden vuoden kuluessa isyyslain voimaantulosta lukien eli viimeistään 1.10.1981. Kyseinen säännös oli vastaavankaltaisessa tilanteessa aiemminkin jätetty soveltamatta isyyslain lapsien oikeudelliseen yhdenvertaisuuteen liittyvän tarkoituksen ja perus- ja ihmisoikeutena turvatun yhdenvertaisuusperiaatteen nojalla.¹³³ Nyt korkein oikeus katsoi kuitenkin yksimielisesti, ettei isyyslain kannerajoitussäännöksen soveltaminen sanamuotonsa mukaisesti johtanut lainkaan ristiriitaan perustuslain kanssa.

Esittelijä katsoi isyyslain voimaanpanolakiin sisältyvän kannerajoituksen soveltamisen johtavan perustuslain 106 §:n tarkoittamassa mielessä ilmeiseen ris-

¹³⁰ Ks. KKO 2004:26, k. 19. Ojaseen mukaan korkeimman oikeuden omaisuuden suoja tulkintaa voidaan tältä osin kritisoida jo säätämävaiheen omaisuuden suoja doktriinin valossa. Ks. Ojanen 2004, s. 921–925.

¹³¹ Ks. myös Ojanen 2004, s. 921–925.

¹³² Ks. myös Scheinin 2004, s. 541–542.

¹³³ Tapauksessa KKO 1993:58 oli kyse saman isyyslain voimaanpanolain säännöksen soveltamatta jättämisestä, jota nyt katsottiin voitavan perus- ja ihmisoikeuksista riippumatta soveltaa. Korkein oikeus pyrkii tosin perusteluissaan erottamaan mainitut tapaukset toisistaan. Vaikka perusteluissa korostettua menettelyllisiin yksityiskohtiin liittyvää eroa saatetaan perheoikeudellisesti pitää perusteltuna, vakuuttavaksi distinktio tulee vasta, jos se pystytään oikeuttamaan myös suhteessa sen perus- ja ihmisoikeusrelevantteihin seurauksiin. Tällöin huomiota tulisi kiinnittää myös lapsen ikään kanneoikeuden loppuessa sekä korkeimman oikeuden ratkaisusta seuraavaan erottelun lopullisuuteen. Ks. myös Scheinin 2004, s. 539. Ks. myös KKO 1984:85.

tiriitaan perustuslain ja erityisesti sen 6 §:n 2 momentin syrjintäkiellon kanssa. Vastakkain olivat siten ratkaisuvaihtojen ääripäät: yhtäältä esittelijän mielipide rakentuu väitteelle isyyslain voimaanpanolain soveltamisen *ilmeisestä ristiriidasta perustuslain* kanssa. Toisaalla on taas korkeimman oikeuden yksimielinen kanta siitä, *ettei ristiriitaa ollut lainkaan*, vaan tapaus voitaisiin ratkaista perustuslain estämättä suoraan tapaukseen soveltunutta kannerajoitussäännöstä soveltamalla.

Tapaus on etusijaproblematiikan näkökulmasta erityisen mielenkiintoinen sen vuoksi, että siinä ovat vastakkain ratkaisuvaihtoehtojen ääripäät: yhtäältä esittelijän mielipide rakentuu väitteelle isyyslain voimaanpanolain soveltamisen *ilmeisestä ristiriidasta perustuslain* kanssa. Toisaalla on taas korkeimman oikeuden yksimielinen *ei-lainkaan-ristiriitaa* -kanta.

Ei-ristiriitaa -tulkintaan päädyttiin kolmella erillisellä perusteella. Ensimmäkin kanteen nostamisen määräaika koskeva säännös ei ollut korkeimman oikeuden mukaan omiaan aiheuttamaan tulkinnallisia epäselvyyksiä. Se oli päinvastoin yksiselitteinen ja ehdoton. Toiseksi, isyyslaki oli ollut voimassa yli 25 vuotta, minkä vuoksi oikeustilaa voitiin myös avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten oikeudellisen aseman osalta pitää vakiintuneena. Tämän vuoksi isyyslain voimaanpanolain kannerajoitussääntelyyn sisältyvällä kanteen nostamisen määräajalla voitiin katsoa olevan nykyään entistäkin suurempi merkitys oikeusvarmuuden kannalta. Kolmanneksi korkein oikeus katsoi, etteivät myöskään Suomea sitovat kansainväliset sopimukset, kuten lapsen oikeuksia koskeva yleissopimus (SopS 60/1991) ja Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 19/1990), niiden soveltamiskäytännön valossakaan tukeneet sellaista käsitystä, että isyyslain voimaanpanosta annetun lain 7 §:n 2 momentin soveltaminen tässä tapauksessa sanamuotonsa mukaisesti olisi ristiriidassa näiden sopimusten määräysten kanssa.

Näistä perusteista oikeusvarmuus on tarkemmassa tarkastelussa osoitettavissa määrääväksi ratkaisuperusteeksi. Korkeimman oikeuden muutoinkin perustelemattomaksi jäävä kanta ihmisoikeussopimusten irrelevanssista suhteessa ratkaisun lopputulokseen ei ensinnäkään yksinkertaisesti pidä paikkaansa.¹³⁴ Myöskään tapauksessa sovellettavan säännöksen sanamuodon ehdottomuus ja yksiselitteisyys ei ollut aiemmassa korkeimman oikeuden käytännössä estänyt lain soveltamatta jättämistä mm. isyyslain tarkoitukseen ja yhdenvertaisuuteen liittyvin perustein. (ks. KKO 1993:58).

Toisinkin olisi voinut siis toimia, vaikka sinänsä ei liene poissuljettua, että oikeusvarmuuteen liittyvät näkökohdat asettavat rajoituksia valtiosääntöoikeudellisten argumenttien kantavuudelle.¹³⁵ Oikeusvarmuus ei nimittäin myöskään

¹³⁴ Ks. Scheinin 2004, s. 539 ja siinä mainittu Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö.

¹³⁵ Ks. Karapuu 1999, s. 867–877, s. 875.

muodosta ehdotonta valttikorttia, joka tulisi aina asettaa perustuslakiin liittyvien materiaalisoikeudellisten vaatimusten edelle. Esimerkiksi pitkään ja laajamittaisesti jatkunut syrjintä ei muuta toimintaa hyväksyttäväksi erotteluksi, koska erottelun hyväksyttävyyys tulee arvioitavaksi aivan toisenlaisin, *perusoikeusjärjestelmään* liittyvin kriteerein.¹³⁶ Oikeusvarmuudelle voidaan tällöin antaa merkitystä, mutta lähtökohtaisesti vain välillisesti, perusoikeuksina turvattujen oikeuksien toteuttamiseen kiinnitettynä. Tähän liittyvää argumentaatio- taakkaa korkein oikeus ei kuitenkaan täyttänyt, koska perusteluissa ei lainkaan arvioida sovelletun oikeusvarmuusargumentin suhdetta kannerajoitussäännöksen soveltamisesta kantajalle aiheutuviin pysyviin ja peruuttamattomiin perus- ja ihmisoikeusvaikutuksiin.¹³⁷ Sen sijaan argumentaatio ilmentää pikemminkin joko/tai -tyyppistä valintaa lain sanamuodon tuottaman oikeusvarmuuden ja yksilölle aiheutuvien perusoikeushaittojen välillä.

Korkeimman oikeuden prejudikaatin 2003:107 oikeudellinen merkitys on sittemmin muuttunut ratkaisevasti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen kahden Suomea koskevan ratkaisun myötä.¹³⁸ Toisessa niissä, nimittäin tapauksessa *Grönmark v. Suomi*, oli kysymys nimenomaan korkeimman oikeuden ratkaisemasta asiasta. Toisin kuin korkein oikeus, ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että isyylain voimaanpanolain kannerajoitussäännöksen soveltaminen oli kyseisessä tapauksessa vastoin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan määräyksiä perhe-elämän suojasta. Se kiinnitti huomiota erityisesti siihen, että kansallisessa lainsäädännössä ei ollut otettu huomioon valittajan kaltaisten lasten asemaa. Kantaja oli ollut määrääjän alkaessa kulumaan 7 vuoden ja määrääjän päättyessä 13 vuoden ikäinen. Lastenvalvojalla ei ollut puolestaan oikeutta nostaa kantetta ilman äidin erillistä suostumusta. Erityisesti ihmisoikeustuomioistuin antoi merkitystä sille, että isyyskanteen nostamiselle asetettu määräaika oli joustamaton ja kului lapsen iästä ja oikeustoimikelpoisuudesta riippumatta ilman mitään poikkeuksia.¹³⁹ Ihmisoikeustuomioistuin katsoikin, että kannemahdollisuuden epäminen valittajalta ei ollut oikeassa suhteessa kannerajoituksen siinänsä hyväksyttäviin tavoitteisiin. Samoin se totesi, ettei ollut näytetty, että oikeusvarmuuteen perustunut yleinen intressi taikka isän tai tämän perheen yksityiset intressit olisivat niin painavia, että valittajalta tuli evätä kannemahdollisuus.¹⁴⁰

Etenkin viimeksi mainittu argumentti heijastelee eroja oikeusvarmuuden periaatteelle annettavissa olevissa tulkinnoissa. Korkein oikeus sovelsi oikeusvarmuuden periaatetta ottaen sen merkitykseltään ikään kuin annettuna ja voimassa olevan lain sanamuotoon ja voimassaoloaikaan sellaisenaan perustuvana

¹³⁶ Ks. HE 309/1993 vp, s. 44.

¹³⁷ Ks. myös Scheinin 2004, s. 539.

¹³⁸ Ks. *Grönmark v. Suomi* (6.7.2010) ja *Backlund v. Suomi* (6.7.2010).

¹³⁹ Ks. *Grönmark*-tapaus, tuomion k. 55.

¹⁴⁰ Ks. *Grönmark*-tapaus, tuomion k. 58.

sekä osoittamatta argumentin tueksi sisällöllisiä ja konkreettisia perusteluja. Sen sijaan ihmisoikeustuomioistuin näytti sinänsä pitävän oikeusvarmuuden periaatetta yhtenä punninnassa mahdollisesti huomioonotettavana näkökohtana, mutta vain siinä tapauksessa, että sen relevanssin tueksi esitetään myös käsillä olevaan tapaukseen liittyviä sisällöllisiä perusteita. Samansisältöiset perustelut toistuvat myös samana päivänä annetussa *Backlund v. Suomi* -ratkaisussa, jossa isyyslain voimaanpanolain kannerajoitussäännöksen soveltamisen katsottiin niin ikään merkinneen Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa turvattun perhe-elämän loukkausta.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen perusteella onkin helppo ennakoida, että esimerkiksi Helsingin hovioikeuden 7.12.2009 antama isyyslain voimaanpanolain kannerajoitussäännöksen soveltamatta jättämispäätöksen sisältävä tuomio Nro 3188 pysyy myös korkeimmassa oikeudessa, jos korkein oikeus asian joskus ratkaisee.¹⁴¹ Hovioikeus katsoi kyseisessä tuomiossa, että isyyslain voimaanpanosta annetun lain 7 §:n 2 momentin säännöksen sovellettavuutta oli arvioitava ottamalla erityisesti huomioon Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa turvattu oikeus yksityis- ja perhe-elämään kohdistuvaan kunnioitukseen sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu asiassa *Phinikaridou v. Kypros* (20.12.2007). Nojautuen ihmisoikeustuomioistuimen omaksumiin ja useisiin sen aiempiin ratkaisuihin perustuviin tulkintaperusteisiin se katsoi, että koska kantajalla ei ollut ollut tosiasiallista mahdollisuutta selvittää isän henkilöllisyyttä ennen kuin isyyslain voimaanpanolain kanteen nostamiselle säädetty aika umpeutui, voimaanpanosta annetun lain 7 §:n 2 momentin viiden vuoden määräaika koskeva säännös oli perusteltua jättää soveltamatta. Erityisen merkillepantavaa samalla on, ettei hovioikeus viittaa lainkaan sen paremmin perustuslain 6 §:n yhdenvertaisuusperiaatteeseen tai korkeimman oikeuden prejudikaattiin 2003:107, vaan tekee ratkaisunsa suoraan ihmisoikeussopimuksen perusteella ja sitä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä ilmenevällä tavalla soveltaen. Tämän voi tulkita osoitukseksi siitä, että korkein oikeus voi etusijasäännöksen soveltamattajättämISRatkaisuilta vaikuttaa negatiivisesti perusoikeussäännösten sovellettavuuteen myöhemmissä oikeudellisissa käytännöissä.

Korkeimman oikeuden virheelliseksi osoittautuneen ennakkopäätöksen KKO 2003:107 taustalle hahmotettavissa oleva perusasenne näyttäisi heijastavan suomalaista tuomarinideologiaa laajemminkin. Tuomioistuinten piirissä näyttäisi edelleen olevan haluttomuutta pureutua oikeuksien rajoitettavuutta sinänsä perusteleviin argumentteihin syvemmmäلت. Päinvastoin, etenkin kun kysymys on lain ja sen tarkoituksen konfliktista perustuslain kanssa, lain soveltamisen puolesta puhuvat argumentit otetaan herkästi ratkaisun lähtökohdaksi. Samalla perustuslakiin taikka perus- ja ihmisoikeuksiin vetoavalle asettuu korostunut ar-

¹⁴¹ Korkein oikeus on myöntänyt valitusluvan hovioikeuden tuomioon. Ks. Finlex-seloste VL:2010-22.

gumentointitaakka sen suhteen, että ratkaisu tulisi tehdä toisin kuin laki taikka sen tarkoitus edellyttää. Tällaista ennakkoasennetta ilmentää myös korkeimman hallinto-oikeuden suhteellisen tuore etusijaratkaisu KHO 2007:77.¹⁴² Tapauksessa korkein hallinto-oikeus kumosi Helsingin hallinto-oikeuden aiemmin tekemän päätöksen, jolla hallinto-oikeus oli jättänyt perustuslain 106 §:n nojalla soveltamatta nykyisin autoverolain 35 a §:n 2 momentissa säädettyä verotuksen peruuttamisen johdosta verovelvolliselta perittävää maksua – joka valtiosääntöoikeudelliselta luonteeltaan on oikeammin vero – koskevan säännöksen perustuslain 81 §:n 1 momentin mukaisten verolain täsmällisyysvaatimusten vastaisena. Säännöksen mukaan peruuttamistilanteissa ”verovelvolliselta peritään ennakkoratkaisusta perittävän maksun lisäksi maksu, jonka suuruus on enintään yksi kymmenesosa siitä verosta, joka ajoneuvosta olisi tullut säännönmukaisesti suorittaa”.

Hallinto-oikeuden ilmeisyystulkinnan taustalla oli ollut perustuslakivaliokunnan vakiintunut käytäntö perustuslain 81 §:n § momentissa verolain täsmällisyydelle ja tarkkuudelle asetetuista vaatimuksista. Käytäntö ei sinänsä koskenut soveltamisharkinnan piirissä ollutta autoverolain säännöstä eikä edes autoverolakia. Valiokunta oli kuitenkin säännönmukaisesti pitänyt tavallisen lain säätämisyjärjestyksen edellytyksenä, että veroa koskeva sääntely sisältää yksiselitteiset säännökset veronmaksuvelvollisuuden suuruuden perusteista. Samoin valiokunta on korostanut, että verolakia soveltavien viranomaisten harkintaa tulee sääntelyn valossa voida arvioida sidottuna harkintana.¹⁴³ Hallinto-oikeuden käsityksen mukaan pelkästään veron enimmäismäärästä säätäminen ei tätä vaatimusta täyttänyt, eikä sitä verolaille asetettavista täsmällisyysvaatimuksista johtuen voinut myöskään tulkinnallisesti taikka lain esitöiden ja lainsäätäjän tarkoitukseen tukeutuen paikata.

Korkein hallinto-oikeus ei kuitenkaan hyväksynyt hallinto-oikeuden ilmeisyysskannanottoa. Päinvastoin, se katsoi, että autoverolain *sinänsä epätarkkaa säännöstä* voitiin tapauksessa kaikesta huolimatta soveltaa, koska veroluonteen maksun määräytymisen perusteet voitiin selvittää riittävällä tarkkuudella autoverolakia koskevasta *hallituksen esityksestä*.

Perustelua voidaan kritisoida siitä, että se nojautuu yksinomaan ratkaisutilanteessa jo valtiosääntöisesti kyseenalaistuneeseen tulkintaperusteeseen. Tapauksen tulkintaongelma koski korkeimman hallinto-oikeuden omankin kannan mukaan sanamuodoltaan väljän autoverolain säännöksen suhdetta perustuslain 81 §:ään, joka edellyttää veron suuruuden perusteita koskevan sääntelyn sisällyttämistä lakiin eikä esimerkiksi sitä koskeviin esitöihin. Kyse ei siis ollut esimerkiksi veron oikeasuhtaisuuteen liittyvästä tulkintaepävarmuudesta, jonka korkein hallinto-oikeus olisi saattanut täyttää tulkinnallisesti ja viittauksilla

¹⁴² Ks. myös Ojanen 2008a.

¹⁴³ Ks. esim. PeVL 67/2002 vp, s. 3–4, PeVL 41/2004 vp, s. 2 ja PeVL 29/2005 vp, s. 1–2.

hallituksen esitykseen, vaan päinvastoin *verolain muodollisista* edellytyksistä.¹⁴⁴ Tällaisten vaatimusten täyttymättä jättämistä ei yksinkertaisesti ole sallittua tulkinnallisesti paikata nojautumalla kriteereihin, jotka tulkittava perustuslainsäännös rajaa sallittujen tulkintaperusteiden ulkopuolelle.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu saattaa olla hyväksyttävissä finanssioikeudellisen doktriinin puitteissa siitäkin huolimatta, että vero-oikeudelle tyypillinen legalismi on omiaan itekin korostamaan lakitekstin keskeisyyttä verovelvollisuuden perusteiden määrittäjänä¹⁴⁵. Olennaista kuitenkin on, ettei käsillä olleen tapauksen perustava tulkintaongelma varsinaisesti ollut vero-oikeuden yleisten oppien ja oikeudenalakohtaisen oikeuslähdeopin ratkaistavissa, koska ilmeisyysväite oli tehnyt siitä valtiosääntöoikeudellisen. Ongelmana ei siten ollut veron asianmukainen määrä tai edes se, mitä lainsäätäjällä oli tarkoittanut, vaan se, saatiinko *epätäsmällistä* verolakia perustuslaista johtuvista syistä alkuunkaan soveltaa.

Mahdollista myös on, että korkein hallinto-oikeus suhtautui tavallista pidättyvämmiin verolain soveltamatta jättämiseen senkin vuoksi, että muodollisista syistä soveltamiskelvottomaksi osoittautuvan lain soveltamatta jättäminen saattaa rinnastaa abstraktiin normikontrolliin, johon suomalaisilla tuomioistuimilla ei ole perustuslain 106 §:n puitteissa toimivaltaa. Tällainen rinnastus perustuisi kuitenkin valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa toisinaan esiintyvään käsiteseakaannukseen, jossa perustuslakiin perustuvia materiaalisia oikeuskysymyksiä tulkitaan olettaen, että ne tulee ratkaista toimivaltakysymyksiinä.¹⁴⁶ Tuskin voidaan nimittäin ajatella, että tuomioistuimen pitäisi perustuslain 8 §:n nimenomaisesta kiellosta huolimatta soveltaa myös taannehtivaa rikoslakia,¹⁴⁷ koska muussa tapauksessa sen voitaisiin katsoa tutkivan lain eikä vain sen sovelluksen perustuslainmukaisuutta.

2.3.3 Suhde perustuslainmukaiseen tulkintaan

Yksi keskeinen perustuslakiuudistuksen etusijasäännöksen soveltamisedellytyksiä koskeva lähtökohta koskee toissijaisuuden periaatetta. Etusijan on tarkoitus toimia toissijaisena valtiosääntöoikeudellisten ristiriitojen ratkaisumekanismina. Periaate rakentuu oletukselle, että suurin osa oikeudellisissa käytän-

¹⁴⁴ Ks. myös Ojanen 2008a, s. 304–305.

¹⁴⁵ Ks. Wikström 2006, s. 22.

¹⁴⁶ Ks. sekaannuksesta tarkemmin esim. Dworkin 1986, s. 369–371. Sama käsitteellinen sekaannus materiaalisioikeudellisen ja toimivaltaa koskevan kysymyksen välillä taustoittaa olennaisesti myös jakoa valtiosääntöoikeudelliseen pidättyvyyteen (judicial self-restraint) ja tuomioistuinaktivismiin (judicial activism).

¹⁴⁷ Sivuutan tässä nyt sen, että taannehtivuuskielto on kirjattu myös rikosoikeudellisen vastuun yleisiä edellytyksiä koskevaan rikoslain 3 lukuun.

noissa ilmenevistä valtiosääntöisistä ristiriidoista ilmenee alustavassa ratkaisuharkinnassa ja että tällaiset *prima facie* ristiriidat voidaan tarkemmassa ratkaisuharkinnassa tulkinnallisesti poistaa. Tällöin erilaisista perusteltavissa olevista vaihtoehdoista tulee omaksua sellainen, joka parhaiten edistää perus- ja ihmisoikeuksien tarkoituksen toteutumista tai joka parhaiten sovittaa yhteen perustuslain asettamat vaatimukset.¹⁴⁸ Vasta jos tässä ei jostain syystä onnistuta, harkittavaksi tulee ristiriidan ratkaiseminen perustuslain 106 §:n nojalla.¹⁴⁹ Periaate on verraten yksinkertainen ja sinänsä toteuttamiskelpoinenkin. Esimerkiksi jossain määrin yllättävästikin edellä esitelty vakuutus oikeuden ratkaisu seuraa tulkintamalla onnistuneesti.

Myös korkeimman oikeuden argumentaatio rakennussuojelulakitapauksessa KKO 2004:26 näyttää tässä suhteessa ensi silmäyksellä asianmukaiselta. Perustelujen mukaan etusijasäännöksen soveltamiseen jouduttiin, koska rakennussuojelulain selvä ja harkitusti valittu sanamuoto esti rakennussuojelulain 11 §:n korvausperiaatteita koskevan säännöksen ulottamisen ”tulkintateitse” koskemaan myös väliaikaisia toimenpidekieltoja.¹⁵⁰ Näin etusijasäännös olisi tullut sovellettavaksi vasta toissijaisesti.

Tarkkaan ottaen tästä ei kuitenkaan ollut ainakaan perustelujen valossa kysymys. Väite siitä, että rakennussuojelulain sanamuoto estää korvausperiaatteiden ulottamisen väliaikaisen toimenpidekiellon aiheuttamiin vahinkoihin, sisältää nimittäin jo itsessään *johtopäätöksen* siitä, että tällaiset vahingot tulisi perustuslain näkökulmasta korvata. Tähän johtopäätökseen voidaan kuitenkin päästä vasta ottamalla valtiosääntöoikeudellisesti kestävä ja perusteltu kanta omaisuusuojan rajoitettavuuteen sekä ympäristöperusoikeuden ja omaisuusuojan väliseen suhteeseen. Kun tällaisia perusteita ei esitetä, ulkopuolisen on vaikeata arvioida, millä perusteella perusoikeusmyönteinen tulkintavaihtoehto lopulta korkeimman oikeuden ratkaisussa sivuuntui.¹⁵¹

Vastaava ongelma liittyy myös korkeimman oikeuden isyyslakitapaukseen KKO 2003:107. Perustuslainmukaisten tulkintavaihtoehtojen harkinnan sijaan¹⁵² korkein oikeus näytti hahmottaneen tapauksen kaksijakoisen kysymyk-

¹⁴⁸ Ks. PeVL 2/1990 vp, s. 3, PeVM 25/1994 vp, s. 4, PeVM 10/1998, s. 30–31.

¹⁴⁹ Ks. PeVM 10/1998 vp, s. 30–31.

¹⁵⁰ Ks. KKO 2004:26 tuomion kohdat 16 ja 17.

¹⁵¹ Vaikka perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntö on punninta-asetelman suhteen tarpeettoman epäselvää, jonkinlaista johtoa siitä kuitenkin olisi saanut. Vaikka perustuslain 20 §:n säännöksen ei voitaisikaan perustaa yksilöittäin todennettavissa olevia velvoitteita esimerkiksi omaisuusuojaan vetoavaan nähden, toisaalta saman perusoikeussäännösten osina niillä kummallakin voi olla vaikutusta toistensa tulkintoihin esimerkiksi pyrittäessä muun muassa ihmisen ja ympäristön välistä tasapainoa kestävästi edistäviin lainsäädäntöratkaisuihin. Perustuslain omaisuusuojasäännös ei myöskään sanamuotonsa mukaan aseta ehdotonta korvausvaatimusta muihin kuin 2 momentin pakkolunastustilanteisiin, jota sinällään tulee tulkita supistavasti. Pykälän 1 momentista ei sen sijaan johdu vaatimusta korvata omistajalle mitä tahansa käyttörajoitusta. Ks. PeVL 38/1998 vp ja PeVL 21/1996 vp.

¹⁵² Ks. Scheinin 2004, s. 541.

senasettelun välittämänä. Esittelijän mietintöön sisältyvän ilmeisyystulkinnan ja aiemman käytäntönsä mahdollisesti ”pakottamana” korkein oikeus vaikuttaa pyrkineen ensisijaisesti selvittämään, johtiko isyyslain voimaanpanolain soveltaminen ilmeiseen ristiriitaan perustuslain kanssa. Tällöin esille nousi luontevasti kaksi vaihtoehtoista ratkaisua: jos lain soveltamisen voitiin osoittaa johtavan ilmeiseen ristiriitaan perustuslain kanssa, se oli jätettävä soveltamatta. Jos ja kun sen sijaan ilmeistä ristiriitaa ei ollut, asia tuli ratkaista isyyslain voimaanpanolakia sanamuotonsa mukaisesti soveltaen.

Kuten tapausta kommentoinut Scheinin on korostanut, tapauksessa olisi kuitenkin ollut tarjolla kahden ilmeisyyskysymyksen määrittämän ääripään vaihtoehdon lisäksi useita muitakin mahdollisia ratkaisuvaihtoehtoja. Näiden hienovaraisempien ristiriitojen ratkaisutapojen sijaan perustuslaille haettiin merkitystä olettaen ristiriidan ratkeavan kahden vaihtoehdon välisenä valintana.¹⁵³ Joko laki on ilmeisen perustuslainvastaisena jätettävä soveltamatta tai sitten sitä on perus- ja ihmisoikeusnormeihin vilkuilematta sovellettava sanamuotonsa mukaisesti.¹⁵⁴

Scheinin havainto on erityisen kiinnostava siksi, että täsmälleen sama dikotomisoiva ratkaisulogiikka voidaan sijoittaa myös korkeimman hallinto-oikeuden tuoreen autoverotapauksen KHO 2007:77 taustalle. Autoverolain epätasällisen säännöksen sovellettavuus ratkesi nimittäin perustelujen mukaan siihen, että ”maksua” koskevaa säännöstä voitiin ”sen tarkoitus huomioonottaen soveltaa ilman, että maksun määrääminen säännöstä soveltamalla olisi perustuslain 106 §:ssä tarkoitettulla tavalla ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa”.

Tapaukset vahvistavat käsitystä siitä, että perustuslainmukaisen tulkinnan siivuntumisen käänttöpuolella voidaan havaita eräänlainen kaksiarvoinen valtiosääntöoikeudellisen tulkinnan muoto. Jos ratkaisuharkinnan alustavassa vaiheessa syntyy esimerkiksi esittelijän mietinnön tai alemman tuomioistuimen ratkaisun seurauksena epäily siitä, että lain soveltaminen johtaa ilmeiseen ristiriitaan perustuslain kanssa, tuomioistuin näyttää olevan taipuvainen katsomaan joko

- A) että lain säännöksen soveltaminen on ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, jolloin ratkaisu pitää tehdä perustuslain 106 §:n mukaisesti suoraan perustuslain nojalla

¹⁵³ Ks. myös Scheinin 2004, s. 541–542.

¹⁵⁴ Ks. tapauksen valtiosääntöoikeudellisesta taustasta tarkemmin Scheinin 2004, s. 537–539.

tai

- B) että lain säännöksen soveltaminen ei sittenkään ole ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, jolloin asiaratkaisukin pitää tehdä perustuslainmukaisuuskysymyksen jo tultua käsitellyksi suoraan lain nojalla.

2.4 ASKELEITA KOHTI TASAPAINOISTA ILMEISYYSTULKINTAA: KHO 2008:25 JA KHO 2009:15

Valituskieltosäännöksen sovellettavuutta koskeva korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjapäätös KHO 2008:25 poikkeaa merkittävällä tavalla aiemmista ylimpien tuomioistuinten etusijasäännöksen soveltamisratkaisuista. Päätökseen sisältyvä tulkinta ilmeisyyssriteerin tulkintaperusteista noudattelee selvästi edellä valtiosääntöperiaatteiden tasapainoa toteuttamaan pyrkivää tulkintalinjaa. Ainakaan siihen ei voida kohdistaa samanlaista kritiikkiä kuin ylimpien tuomioistuinten etusijaratkaisuihin yleensä. Myös korkeimman hallinto-oikeuden perustelut transseksuaalin henkilön henkilötunnusta koskevassa tapauksessa KHO 2009:15 ilmentävät tasapainomallia. Näin siitäkin huolimatta, että kyseisessä varsin kiperässä tapauksessa päädyttiin lopulta toteamaan, ettei tapaukseen soveltunut lain säännös ollut ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa eivätkä tapaukseen soveltuneet perus- ja ihmisoikeudet edellyttäneet lopulta (all things considered) jutun ratkaisua siten kuin kyseiset oikeudet prima facie näyttivät edellyttävän.

Molemmat tapaukset ovat verraten monisyisiä ja etenkin transseksuaalitapauksen argumentaatio on poikkeuksellisen laaja-alaista ja periaatteellista. Tapausten valtiosääntöoikeudellinen merkitys ilmenee kuitenkin riittävällä tarkkuudella vuosikirjaratkaisujen tiivistelmistä. Tapauksen KHO 2008:25 osalta se kuuluu seuraavasti:

”Virkamiehen nimissä ollut virka oli siirretty viraston toiseen yksikköön. Päätös oli tehty ilman valtion virkamieslain 5 §:n 1 momentissa tarkoitettua virkamiehen suostumusta. Viran siirtämistä koskevasta päätöksestä ei valtion virkamieslain 58 §:n mukaan saanut valittaa. Ylimääräistä muutoksenhakua, jonka perusteella hallintopäätös voidaan kumota vain hallintolainkäyttölain 11 luvussa säädetyin edellytyksin, ei päätöksestä ilmenevissä oloissa voitu pitää riittävän tehokkaana oikeussuojakeinona. Koska valtion virkamieslain 58 §:ään sisältyvän valituskieltosäännöksen soveltaminen olisi estänyt puheena olevalle virkamiehelle perustuslain 21 §:ssä turvatun oikeuden säännönmukaiseen muutoksenhakuun, säännöksen soveltaminen olisi ollut perustuslain 106 §:ssä tarkoitettulla tavalla ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa. Tämän vuoksi säännös tuli tässä yksittäistapauksessa jättää soveltamatta.”

Perustuslain etusijasäännöstä käytettiin toisin sanoen mahdollistamaan lopputulos, jota perustuslain 21 §:n säännös oikeudesta muutoksenhakuun edellytti, mutta jonka valtion virkamieslain 58 §:n sanamuodoltaan selvä valituskielto-säännös esti. Tapauksen perusteluja lähemmin tarkasteltaessa huomiota voidaan kiinnittää myös siihen, että oikeusturvaperusoikeudelle haetaan sisältöä normaaliin valtiosääntöoikeudelliseen tapaan tukeutumalla perustuslain esitöihin ja esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä muodostuneisiin tulkintaperiaatteisiin. Näin ristiriidan ilmeisyydestä tulkinnaa päädyttiin yhtäältä aineellisoikeudellisen perustuslain tulkinnan ja toisaalta laissa olleen muutoksenhakukiellon ehdottomuuden seurauksena. Tosin aivan kokonaan poissuljettuna ei voida pitää myöskään samaan lopputulokseen päätymistä perusoikeusmyönteisen lain tulkinnan pohjalta, kuten eri mieltä olleen hallintoneuvos Vihervuoren kiinnostavalla tavalla avoimesti argumentoidussa äänestyslausumassa esitetään. Kun lopputulos on joka tapauksessa sama, ratkaistavana olleessa soveltamistilanteessa yksiselitteinen etusijaratkaisu näyttäisi kuitenkin vastaavan institutionaalisia ratkaisujamme perusoikeusmyönteistä tulkintaa paremmin.

Tapaus KHO 2008:25 tarjoaa myös mielenkiintoisen näkökulman ylikonstitutionalisoitumiskeskusteluun. On nimittäin varsin vaikea nähdä, miksi korkeimman hallinto-oikeuden nimenomaisen perustuslain säännöksen valtuuttamana tekemää ja perustuslain perusoikeuksiin selvästi nojautuvaa ratkaisua tulisi demokratia-, oikeusvaltio- ja vallanjakoperisaatteidenkaan näkökulmasta pitää minään muuna kuin normaalina oikeusjärjestykseen perustuvana tuomiovallan käyttönä. Aivan yhtä hankalaa olisi osoittaa, millä tavoin korkeimman hallinto-oikeuden etusijapäätös uhkasi esimerkiksi lainsäätäjän perustuslain tulkinta-auktoriteettia taikka perustuslakivaliokunnan ”johtavaa” asemaa perustuslain tulkitsijana. Kyse oli nimittäin valituskielto-säännöksen soveltamatta jättämisestä tilanteesta, joka ei virkamieslakia asianmukaisesti sovellettaessa pitäisi edes olla mahdollinen. Jos valituskieltoa olisi sovellettu sanamuotonsa mukaisesti, virkamieheksi nimitetyllä henkilöllä ei olisi ylimääräisen muutoksenhaun lisäksi muita keinoja valittaa edes sellaisista päätöksistä, jotka eivät ilmeisen selvästi ole virkamieslain mukaan sallittuja.¹⁵⁵

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu KHO 2009:15 edustaa puolestaan sekä lähtökohdiltaan että ihmisoikeuksien yleisen dynaamisen kehityksenkin näkökulmasta poikkeuksellisen kiinnostavaa tapausta. Ratkaisun tiivistelmä on seuraavansisältöinen:

¹⁵⁵ Rajaan tässä tarkastelun ulkopuolelle sen korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisua taustoittavan mielenkiintoisen kysymyksen tuomion purkamiselle asetettujen vaatimusten suhteesta perustuslain 106 §:n soveltamisvaatimukseen. Lähtökohtaisesti lienee kuitenkin niin, että asia, jossa yksilön oikeudet edellyttävät lain soveltamatta jättämistä perustuslain 106 §:n nojalla, tulisi myös purkuasiana ratkaista perustuslain edellyttämään lopputulokseen päätyen.

Maistraatti ei ollut muuttanut transseksuaalin miehen henkilötunnusta naisen henkilötunnukseksi eikä siten myöskään muuttanut transseksuaalin sukupuolta väestötietojärjestelmään, koska hakijan aviopuoliso ei ollut antanut maistraatille siihen suostumustaan.

Suomen voimassa oleva lainsäädäntö mahdollisti transseksuaalin sukupuolen vahvistamisen, jos hän ei ollut avioliitossa tai rekisteröidyssä parisuhteessa taikka jos aviopuoliso tai rekisteröidyn parisuhteen toinen osapuoli antoi vahvistamiseen suostumuksensa. Lainsäädäntö ei kuitenkaan mahdollistanut avioliittoa samaa sukupuolta olevien kesken, vaan tällöin oli kysymys rekisteröidystä parisuhteesta.

Transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetun lain 1 §:n 3 kohdan ja 2 §:n soveltaminen ei ollut Suomen perustuslain 106 §:ssä tarkoitettulla tavalla ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa. Valittajalle oli Suomen perustuslain 22 §:ssä ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa edellytetyllä tavalla turvattu oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä kohdistuvaa kunnioitusta, kun otettiin myös huomioon mainitun sopimuksen 12 ja 14 artiklat sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö. Äänestys perusteluista 4–1.

Tapauksen keskeinen oikeudellinen kysymys koski tapauksen perustelujen valossa sitä, edellyttivätkö yhdenvertaisuutta ja syrjinnän kieltoa, yksityiselämän ja perhe-elämän suojaa samoin kuin oikeutta solmia avioliittoa koskevat perustuslain, Euroopan ihmisoikeussopimuksen sekä Euroopan unionin peruskirjan määräykset tapaukseen muutoin soveltuvan transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetun lain soveltamatta jättämistä tai vaihtoehtoisesti sen tulkitsemista tavalla, jonka perusteella sukupuoltaan vaihtaneella henkilöllä olisi oikeus saada henkilötunnuksensa muutettua naisen henkilötunnukseksi ja vastaavasti muuttunut sukupuoli merkittävä väestötietojärjestelmään.

Suomen lainsäädäntö vastasi lähtökohdiltaan tältä osin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä kehittyneitä ja erityisesti tapaukseen *Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningaskunta* (11.7.2002) perustuvia vaatimuksia. Kyseisessä *Goodwin* -tapauksessa ihmisoikeustuomioistuin oli tiukentanut aiemmissa *Sheffield* ja *Horsham, Rese* sekä *Cossey* -tapauksissa¹⁵⁶ omaksumaansa ja valtion harkintamarginaalille nojautunutta tulkintadoktriiniaan ja katsonut, että Yhdistynyt kuningaskunta oli loukannut ihmisoikeussopimuksen 8 artiklaa, kun sukupuolenvaihdosta ei voinut saada oikeudellisesti tunnustetuksi. Asiassa oli tuolloin myös kysymys sopimuksen 12 artiklasta, joka koskee miehen ja naisen oikeutta avioitua ja perustaa perhe. Miehestä naiseksi muuttanut hakija halusi avioitua miehen kanssa. Ihmisoikeustuomioistuin ei nähnyt

¹⁵⁶ Ks. *Sheffield* ja *Horsham* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (30.7.1998), *Rees v. Yhdistynyt kuningaskunta* (17.10.1986) ja *Cossey* vastaan Yhdistynyt kuningaskunta (27.9.1990). Ks. myös J. Viljanen 2003, s. 132–142 ja Rudolf 2003, s. 716–721.

perusteita estää transseksuaaleja nauttimasta oikeudesta avioitua, ja se totesi, että myös sopimuksen 12 artiklaa (oikeus avioliittoon) oli rikottu.

Kuten Jukka Viljasen väitöskirjatutkimuksessa on osoitettu, transseksuaalien oikeussuojan kehittyminen ja sitä koskeva eräänlainen tulkinnallinen jatkumo perustui ennen kaikkea ihmisoikeustuomioistuimen dynaamista tulkintaa koskeville periaatteille.¹⁵⁷ Ihmisoikeustuomioistuin totesi jo vuonna 1978 annetussa *Tyrer*-ratkaisussa ihmisoikeussopimuksen olevan elävä asiakirja, living instrument, jota on tulkittava aina tämän päivän olosuhteiden valossa.¹⁵⁸ Dynaamisen, sopimuksessa turvattujen oikeuksien evolutiivista kehitystä korostavan tulkinnan seurauksena oikeuksien sisällön ei juurikaan enää katsota perustuvan ihmisoikeussopimuksen valmisteluasiakirjoista kenties selviävään sopijapuolten alkuperäiseen tarkoitukseen.¹⁵⁹ Muiden mukana Pellonpää on kuitenkin korostanut, ettei tämä vielä sinällään ole välttämättä merkinnyt ihmisoikeustuomioistuimen toimimista pikemminkin lainsäätäjänä kuin sopimuksen tulkitsijana. Torjuakseen nimittäin tällaiset syytökset tuomioistuin on pyrkinyt sitomaan sopimuksen dynaamisen tulkinnan, samoin kuin sen taustalla olevat tulkinnat yhteiskunnallisen ilmapiiriin ja demokraattisten arvojen muutoksesta Euroopassa, oikeusvertailun kautta saataviin konkreettisiin havaintoihin.¹⁶⁰

Korkein hallinto-oikeus joutui osaltaan ottamaan osaa keskusteluun ihmisoikeuksien dynaamisesta kehityksestä. Yhtäältä oli nimittäin selvää, että transseksuaalien oikeudellinen suoja oli selvässä kehitysvaiheessa. Tämä näkyi selvästi siitä jatkumosta, joka ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä oli syntynyt vuosien 1986 ja 2002 välillä annetuissa *Rees*, *Cossey*, *Sheffield* ja *Horsham* sekä *Christine Goodwin* -ratkaisuissa. Toisaalta oli epäselvää, kuinka pitkälle tällaiset muutokset ulottuivat erityisesti suhteessa kansallisessa lainsäädännössä omaksuttuihin avioliittoa koskeviin ratkaisuihin. Kuten korkeimman hallinto-oikeuden perusteluista käy ilmi, ihmisoikeustuomioistuin oli 28.11.2006 *Wena ja Anita Parry vastaan Yhdistynyt kuningaskunta* -asiassa tekemässään inadmissibility-päätöksessä¹⁶¹ pitänyt ilmeisen perusteettomana väitteitä ihmisoikeussopimuksen 8 ja 12 artiklan rikkomisista tilanteessa, jossa sukupuolen vaihdosleikkauksen läpikäyneelle voitiin vuoden 2004 kansallisen lain mukaan myöntää vain väliaikainen sukupuolen tunnustamisasiakirja, koska hän oli avioliitossa. Kysymyksessä oli aviopari, jolla oli yhteisiä lapsia, mutta jotka eivät halunneet päättää avioliittoa, joten pysyvää sukupuolen tunnustamisasiakirjaa ei voitu myöntää.

¹⁵⁷ Ks. J. Viljanen 2003, s. 50 ja 132.

¹⁵⁸ Ks. *Tyrer v. Yhdistynyt kuningaskunta* (25.4.1978), k. 31. Dynaamisesta tulkinnasta yleisemmin ks. Pellonpää 2005, s. 212.

¹⁵⁹ Ks. Pellonpää 2005, s. 214–215.

¹⁶⁰ Ks. Pellonpää 2005, s. 215.

¹⁶¹ Ks. *Wena ja Anita Parry v. Yhdistynyt kuningaskunta* (28.11.2006).

Tarkasteltuaan tämän jälkeen EU:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöä korkein hallinto-oikeus katsoi ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä sovelletujen tulkintaperiaatteiden samoin kuin ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön nopean kehityksen edellyttävän kansallisen sääntelyn suhteuttamista alan viimeaikaisiin kansainvälisiin kehitysvaiheisiin. Korkein hallinto-oikeus siirtyi itse arviomaan asiaa koskevaa oikeuskehitystä Euroopassa. Se toisin sanoen omaksui omassa tulkinnassaan samat menetelmät, joita Euroopan ihmisoikeustuomioistuin sopimusta tulkittaessaan käytti. Vaikka tosiasiallinen syy tähän lienee siinä, että valittaja oli omien vaatimustensa perusteluissa esittänyt seikkaperäistä selvitystä asiasta, osoittavat ratkaisun perustelut tärkeällä tavalla niitä argumentatiivisia mahdollisuuksia, joita dynaamisesti kehittyviin ihmisoikeuksiin liittyy.

Tältä osin ratkaisun perusteluissa kiinnitettiin huomiota samaa sukupuolta olevien avioliiton laillistamiseen ensin Alankomaissa (2001) ja sittemmin myös Belgiassa (2003), Kanadassa ja Espanjassa (2005). Myös Norjassa 1.1.2009 voimaan tulleen lainsäädännön mukaan avioliitto oli vastakkaista tai samaa sukupuolta olevien välinen parisuhde. Valtiosääntöoikeudellisen kehityksen ja perusoikeuksien kannalta merkitystä oli puolestaan korkeimman hallinto-oikeuden perustelujen valossa sillä, että valittajan viittaamassa Saksan liittotasavallan perustuslakituomioistuimen ns. Transsexuellengesetz-tapauksessa antamassa tuomiossa 27.5.2008¹⁶² pidettiin Saksan liittotasavallan perustuslain vastaisena 10.9.1980 annetun lain säännöstä, jonka mukaan transseksuaalin sukupuolen vahvistamisen vastakkaiseksi sukupuoleksi edellytyksenä oli, ettei henkilö ollut avioliitossa.

Saksan perustuslakituomioistuimen ratkaisu näytti vastaavan varsin tarkoin korkeimmassa hallinto-oikeudessa esillä ollutta tilannetta. Sovellettavaksi tulleen transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetun lain 1 §:n 3 kohdan verrattuna lain 2 §:n 1 momenttiin mukaan valittaja voitiin vahvistaa kuuluvaksi naissukupuoleen sillä edellytyksellä, että hänen aviopuolionsa antaa henkilökohtaisesti siihen suostumuksensa. Aviopuolison suostumus puolestaan on tarpeen, jotta valittaja voitaisiin merkitä väestötietojärjestelmään naisena. Jos muutos naiseksi vahvistetaan, heidän avioliittonsa muuttuu lain 2 §:n 2 momentin mukaan ilman eri toimenpidettä rekisteröidyksi parisuhteeksi. Näin Suomen lainsäädäntö asetti sukupuoltaan vaihtaneen henkilön ja tämän aviopuolison varsin ongelmallisen tilanteen eteen. Joko puoliso antaa suostumuksensa ja avioliitto muuttuu rekisteröidyksi parisuhteeksi, vaikka puoliset eivät tätä tosiasiallisesti halua, mutta toisaalta sukupuoltaan vaihtanut saa muuttunutta sukupuoltaan vastaavan identiteetin. Tai puoliso jättää suostumuksen antamat-

¹⁶² Ks. BVerfG, 1 BvL 10/05 (27.5.2008), Absatz-Nr. (1–76). Tapauksen kommentaareista ks. esim. Stüber 2009.

ta, jolloin avioliitto säilyy ennallaan, mutta myöskään muuttunutta sukupuolta ei vahvisteta.

Vastaavasti myös Saksan liittotasavallan perustuslakituomioistuimien oli todennut lain jättävän hakijalle kaksi vaihtoehtoa: joko hän säilyttää avioliiton, mutta ei saa oikeudellista tunnustusta uudelle sukupuoli-identiteetilleen, tai eroaa, vaikka hän ja hänen puolisonsa haluavatkin jatkaa avioliittoa.¹⁶³ Tällaista valintatilannetta Saksan perustuslakituomioistuin piti suhteettomana. Se viittasi paitsi siihen, että saksalainen avioliittolainsäädäntö edellytti puolisoitten muuttavan erotilanteissa vähintään kolmeksi vuodeksi erilleen, myös perustuslain säännökseen avioliiton erityisestä suojasta oikeudellisesti turvattuna miehen ja naisen yhteiselämän muotona.¹⁶⁴ Puolisoiden pakottaminen eroon olisi tämän suojausjärjestyksen vastaista. Valtiosääntötuomioistuin katsoi, ettei lainsäädännöllinen intressi avioliittoinstituution säilyttämiseen miehen ja naisen välisenä yhteiselämän muotona periaatteessa väistynyt samaa sukupuolta olevien puolisoitten avioliiton säilyttämistä koskevan intressin tieltä. Lainsäätäjät ei myöskään saanut ilman muuta voinut sivuuttaa avioparin intressiä avioliiton jatkamiseksi. Lopuksi tuomioistuin painotti arviossaan avioliiton ja sukupuoli-identiteetin perustuslainsuojaa sekä koettuun yhteiselämään liittyviä subjektiivisia näkökohtia. Se katsoi, että voimassa olevan lainsäädännön tuottama valinnan vaatimus ei asettanut hakijaa vain ratkaisemattomaan sisäiseen ristiriitatilanteeseen, vaan merkitsi myös hänelle perusoikeutena turvattujen oikeuksien loukkautta.¹⁶⁵

Korkein hallinto-oikeus päätyi toiseen lopputulokseen. Se katsoi ensinnäkin, että lainsäätäjät oli halunnut säilyttää avioliiton miehen ja naisen välisenä oikeussuhteena, mutta mahdollistaen kuitenkin uuden sukupuolen vahvistamisen aviopuolison suostumuksella siten, että avioliitto jatkuu pitkälti avioliittoon oikeudellisesti rinnastuvana ja turvattuna rekisteröitynä parisuhteena. Tältä osin korkein hallinto-oikeus olisi voinut viitata myös perustuslakivaliokunnan lausuntoon PeVL 15/2001 vp virallistettua parisuhdetta koskevasta lakiehdotuksesta (HE 200/2000 vp), jossa valiokunta nimenomaisesti katsoi avioliittolainsäädännön ja sen kanssa rinnasteisten lakien säätämiseksi olevan kyse sellaisista erityisistä yhteiskunnan tulevaisuuteen ja arvoihin liittyvistä ratkaisuksista, joissa avioliiton asettaminen naisen ja miehen parisuhteena erityisasemaan lainsäädännössä on perusteltua (PeVL 15/1001 vp, s. 3).¹⁶⁶ Sitä paitsi valiokun-

¹⁶³ Ks. BVerfG, 1 BvL 10/05, k. 41.

¹⁶⁴ Ks. BVerfG, 1 BvL 10/05, k. 55 ja 58.

¹⁶⁵ Ks. BVerfG, 1 BvL 10/05, k. 59.

¹⁶⁶ Lausuntoon sisältyvät perustelut perustuslain 6 §:n 1 momentin yhdenvertaisuusperiaatteen sisällöstä ja suhteesta 6 §:n 2 momentin syrjäntäkieltosäännöksen soveltamisalaa käytännössä toistavat hyvin yleisen lainsäätäjän laajaa harkintamarginaalia koskevan tulkintasäännön, eikä niistä sen vuoksi ole juurikaan tukea pyrittäessä ratkaisemaan tuomioistuimissa käsillä olevan kaltainen tulkintaongelma perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden edellyttämällä tavalla. Ks. tul-

ta itsekin viittaa lausunnossaan lakien tulkinnan saattavan ajan kuluessa muuttua ja perustuslain tulkinta aktiivisesti muuttaa arvokäsityksiä.

Korkein hallinto-oikeus katsoi, että valituksenalaisessa asiassa tuomioistuimen oli ensisijaisesti arvioitava valittajan ja hänen aviopuolisonsa näkökulmasta, merkitsikö se, ettei voimassa oleva oikeus sallinut valita *sekä* sukupuolenvaihdon oikeudellista tunnustamista väestötietojärjestelmässä *että* avioliiton säilyttämistä entisellään, perus- ja ihmisoikeuksien vastaista puuttumista heidän yksityiselämäänsä. Tässä kiperässä tulkintatilanteessa se päätyi osin ongelmalliseen, mutta tapauksen periaatteellisen vaikeuden huomioonottaen ehkä sittenkin ymmärrettävään lopputulokseen. Ongelmallista kuitenkin on, että ratkaisu tehtiin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen kehrittelemän harkintamarginaalia koskevan opin perusteella. Sen sijaan, että se olisi pyrkinyt aidosti punnitsemaan oikeasuhtaisuusperiaatteen valossa lain soveltamista puoltavia ja sitä vastaan puhuvia argumentteja esimerkiksi juuri siten kuin sen viittaamassa Saksan perustuslakituomioistuimen Transsexuellengesetz-ratkaisussa tehdään, korkein hallinto-oikeus tyytyi toteamaan, ettei Suomen lainsäädännöllinen ratkaisu ylitä Suomen valtiolle Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaan kuuluvaa harkintamarginaalia.

Tällainen punninta ei välttämättä olisi johtanut päinvastaiseen lopputulokseen kuin se, johon korkein hallinto-oikeus lopulta todellisuudessa päätyi. Sen sijaan se olisi edellyttänyt esimerkiksi perustuslain 6 §:ssä turvatun yhdenvertaisuusperiaatteen ja syrjintäkiellon sekä 10 §:n 1 momentissa turvatun yksityiselämän suojan painoarvon tarkempaa arviointia sen tiedon valossa, että transseksuaalien asema on merkittävästi kehittynyt sekä kansalliselle perusoikeusjärjestelmälle minimistandardia määrittävässä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä että suomalaista valtiosääntöperinnettä lähellä olevissa ulkomaisissa oikeuskulttuureissa.

2.5 PERUSTUSLAIN ETUSIJA JA UUDEN PERUSTUSLAKIKONTROLLIN LÄHTÖKOHDAT

2.5.1 Ilmeisyyskriteerin ongelmallisuus

Martin Scheinin ennakoi vuonna 1998, että etusijasäännöksen ilmeisyyskriteeri on omiaan johtamaan merkittäviin valtiosääntöoikeudellisiin ongelmiin.¹⁶⁷ Vaarana Scheininin mukaan oli, että korotetun kynnyksen seurauksena tuomio-

kintadoktriinista esim. Scheinin 1999, s. 236–239.

¹⁶⁷ Ks. Scheinin 1998b, s. 1128–1129. Ks. myös Scheinin 2004, s. 541–542.

istuimet lähestyvät valtiosääntöoikeudellisesti relevantteja tulkintaongelmia sijoittaen ne johonkin seuraavasta kolmesta tyyppitilanteesta:¹⁶⁸

1. lain soveltaminen on perustuslainmukaista,
2. lain soveltaminen on perustuslainvastaista olematta sitä kuitenkaan ”ilmeisesti”,
3. lain soveltaminen on ilmeisen perustuslainvastaista.

Perustuslainmukaisen lain perustuslainmukaisessa soveltamisessa tuskin voidaan osoittaa valtiosääntöoikeudellisia ongelmia. Mitään valtiosääntöoikeudellista ongelmaa ei ole myöskään lähtökohtaisesti siinä, että ilmeisen perustuslainvastainen lain säännös jätetään perustuslain nimenomaisen toimivaltasäännöksen perusteella yksittäisessä tapauksessa soveltamatta.¹⁶⁹ Sen sijaan ongelmat alkavat keskimmaisessä tilanteessa, kun lain soveltamisen katsotaan kyllä johtavan ristiriitaan perustuslain kanssa, mutta ilman, että tällä ajateltaisiin olevan etusijasäännöksen soveltamisen laukaisevaa vaikutusta. Kun ilmeisyysharkinnan yhteydessä on jo päädytty katsomaan, että lain säännöksen soveltamatta jättämisen edellytyksenä olisi ilmeinen ristiriita perustuslain kanssa, ehdon täyttymättä jääminen on tulkittavissa valtuutukseksi tehdä ratkaisu suoraan lain nojalla. Näin ristiriidan lievyys näyttäisi edellyttävän lain ja perustuslain välisen konfliktin ratkaisemista lain hyväksi.¹⁷⁰

Scheinin periaatteelliselta kannalta alun perin esittämä kritiikki on sittemmin osoittautunut osuvaksi ennusteeksi. Alkuperäisen tarkoituksen mukaan perustuslain asemaa ratkaisuharkinnassa *viimesijaisesti* määrittävä perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimus on ainakin useissa tapauksissa tosiasiallisesti määrittänyt ratkaisujen perustuslakirelevanssin ja perusoikeusargumentaation oikeuslähdeopilliset perusteet *kokonaan*. Joko perusoikeuksien kannalta ongelmalliselta näyttävä lain säännös jätetään ilmeisen perustuslainvastaisena soveltamatta tai – jos kyse ei ollutkaan ilmeisestä ristiriidasta – lain säännöstä sovelletaan mekaanisesti sanamuotonsa mukaisesti perusoikeussäännöksiä huomioonottamatta.¹⁷¹

Suuremmalti liioittelematta voidaan puhua eräänlaisesta *etusijaoireyhtymästä*. Siinä ilmeisyyskriteerin määrittäminen tapauksen keskeiseksi oikeuskysymykseksi siirtää ensi vaiheessa tuomioistuimen huomion keskipisteen yksittäisen tapauksen aineellisoikeudellisesta ratkaisemisesta keskitettyä normikont-

¹⁶⁸ Ks. myös Scheinin 1998b, s. 1128.

¹⁶⁹ Itse asiassa jo hallitusmuodon aikainen tutkimiskieltodoktriini hyväksyi ajatuksen siitä, ettei kenelläkään ole velvollisuutta noudattaa perustuslain kanssa ilmeisen ristiriitaista lakia. Ks. esim. Jyränki 1989.

¹⁷⁰ Ks. Scheinin 1998b, s. 1129.

¹⁷¹ Ks. Scheinin 2004, s. 542–543.

rolli-instituutiota ja lain perustuslainmukaisuutta koskeviin valtiosääntöisiin näkökohtiin. Tämän seurauksena ratkaisuharkintaa määrittävät tulkintaperusteet samoin kuin tulkinnan kohdekin muuttuvat vastaavasti. Sen sijaan, että tuomioistuin arvioisi, millaista aineellista lopputulosta perustuslaki käsillä olevassa tilanteessa edellyttää, se pyrkiikin selvittämään lain perustuslainmukaisuutta sen säätämismenettelyn valossa. Samalla perustuslakivaliokunnan kannanotto lain perustuslainmukaisuudesta tulkitaan formaalisti sitovaksi, jos se koskee juuri sovellettavaa lakia. Sen sijaan yksittäisen perusoikeussäännöksen sisällön kannalta tärkeä valiokunnan lausuntokäytäntö yleisine tulkintalinjoinen jätetään kokonaan huomiotta. Samasta syystä myös tulkinnan aikaperspektiivi ja kohde vinoutuvat: ratkaisevaksi näyttää tyypillisesti muodostuvan kysymys siitä, miten perustuslakivaliokunta tulkitsee sovellettavaa lakia sitä säädettäessä – ei se miten perustuslakia tulisi soveltamishetkellä tulkita.

Etusijaoireyhtymän rasittama valtiosääntöoikeudellinen argumentaatio poikkeaa selvästi viime vuosien ratkaisukäytännössä havaittavissa olleesta perusteellisesta ja eri tulkintavaihtoehtoja ja niiden oikeuttamisperusteita punnitsevästä materiaalisesta perus- ja ihmisoikeusargumentaatiosta.¹⁷² Erot on tiivistetty seuraavaan taulukkoon.

Ilmeisysharkinnan vaikutukset

	Perinteinen kontrollimalli	Tasapainomalli
Tulkinnan kohde	Sovellettavaa lakia koskeva perustuslakivaliokunnan lausunto	Perustuslaki ja lain valtiosääntöinen oikeutus
Tulkintaperusteet	Etusijasäännöksen esityöt + perustuslakivaliokunnan lain säätämisvaiheessa antama lausunto	Perustuslain esityöt, perus- ja ihmisoikeuksia koskeva tulkintakäytäntö siinä omaksuttuine tulkintaperiaatteineen.
Tulkinnan aikaperspektiivi	Lain säätämisaikajankohdan perustuslainmukaisuustulkinta	Ratkaisuhetkellä voimassa oleva perustuslaki
Tulkinnan funktio	Normikontrollin toteuttaminen osana eduskuntavetoista valvontajärjestelmää	Oikeusturvan toteuttaminen yksittäisessä tapauksessa perustuslainmukaisena

Perinteisen normikontrolliajattelun kautta suoritettu etusijaharkinta näyttääkin heijastavan perustuslakikäsitystä, jossa perustuslaki tulkitaan hivenen paradoksaalisesti sekä *staatiseksi* että *desisionistisesti* sisältöä saavaksi. Yhtäältä näh-

¹⁷² Ks. erit. KHO 2005:50, KHO 2007:5 ja KKO 2008:10 ja KHO 2008:25. Ks. myös Scheinin 2004, s. 541–542.

dään, että perustuslakia leimaa erityinen *muuttumattomuus* ainakin suhteessa tavalliseen lainsäädäntöön. Tämän vuoksi lainsäätäjän tekemiä perustuslaintulkintoja voidaan hyödyntää suoraan ottamatta lainkaan kantaa siihen, onko perustuslaki lain säätämisen jälkeen mahdollisesti muuttunut joko perustuslainsäätäjän nimenomaisen toiminnan tuloksena tai tulkintakäytännön muuttumisen seurauksena. Toisaalta samalla vahvistetaan desisionistista oletusta, että perustuslain sisältö riippuu puhtaasti poliittisista valinnoista. Olennaista ei ole, millä normatiivisella perusteella lainsäätäjät perustuslaintulkintaratkaisunsa oikeastaan päätyi, vaan se, että tulkinta on oikean organin, lainsäätäjän, tekemä. Tämä myös selittäisi ainakin osaksi, miksei säätämisvaihetta koskevaa perustuslakivaliokunnan lausuntoa pyritä arvioimaan laajemmasta valtiosääntöoikeudellisesta perspektiivistä samoin kuin senkin, että tuomioistuimet ovat olleet taipuvaisia siirtymään kokonaan normaalien valtiosääntöoikeudellisten perusteluvelvoitteiden ulkopuolelle, jos sovellettavasta laista itsestään ei ole auktoritatiivista tulkintakantaa.

Vastuu perustuslain oikeudellista asemaa koskevien institutionaalisten järjestelyjen sisällöstä kuuluu luontevimmin perustuslainsäätäjälle. Siltä osin kuin aseman katsotaan nykytilanteessa olevan epäselvä, myös korjausliikkeet on luontevaa tehdä perustuslainmuutoksia. Juuri tässä suhteessa parhaillaan vireillä oleva perustuslain tarkistamisprosessi (ks. HE 60/2010 vp) olisi tarjonnut luontevan tilaisuuden poistaa ainakin niitä konfliktien lähteitä, jotka ovat pikemminkin erilaisten ajattelutraditioiden yhteentörmäyksestä syntyneiden *kompromissien* tuottamia epäloogisuuksia¹⁷³ kuin modernille konstitutionalismille sinänsä tyypillisiä, erilaisten legitimiyskriteereiden tuottamia ja tällaisenaan järjestelmään elimellisesti kuuluviakin jännitteitä.¹⁷⁴

Oikeuskäytännön perusteella ilmeisyyskriteeri edustaakin tyyppiesimerkkiä poliittisen kompromissin tuloksena syntyneestä anomaliasta, joka on systemaattisesti johtamassa valtiosääntöoikeudellisesti kestävämpiin lopputuloksiin.¹⁷⁵ Kun sen poistamista ei perustuslain tarkistamiskomitean työssä ehdotettu, jää vastuu etusijasäännöksen koherentista soveltamisesta painottuneesti tuomioistuimille ja etenkin oikeustieteelle. Arvioin sen vuoksi luvun lopuksi erästä oikeustieteen piirissä jokin aika sitten esitettyä ehdotusta etusijasäännöstä koskeviksi yleisiksi opeiksi.

2.5.2 Ilmeisyyskriteeri ja Kaarlo Tuorin *ultima ratio* -perustelu

Perustuslain etusijasäännös merkitsee nykyisessä muodossaan eduskunnan perustuslakivaliokunnan perustuslaintulkintasuvereenisuuden jonkinasteista ra-

¹⁷³ Ks. Scheinin 1998b, s. 1126 ja Scheinin 1991, s. 47–48.

¹⁷⁴ Ks. Habermas 1996, s. 127–129 ja Tuori 2007, s. 5 ja 38–44.

¹⁷⁵ Ks. myös Ojanen 2008a, s. 310.

joitusta. Toisaalta siihen kuuluva ristiriidan ilmeisyyden vaatimus sitoo tuomioistuimen harkintaa ainakin osaksi siihen, miten perustuslakia on lain säätämisaikavaiheessa tulkittu. Voidaan kysyä, kuinka välttämättömänä tällaista ilmeisyysvaatimusta tulisi oikeastaan perustuslakikontrollin välitysmallien valossa pitää, ja väittää, että uudelle perustuslakikontrollille tyypillisten institutionaalisten järjestelyjen puitteissakin pitää nojautua yleisestä tasapainotavoitteesta huolimatta jonkinlaiseen lähtökohtaiseen, mutta painavin argumentein kumottavissa olevaan etusija-ajatteluun. Tällöin tuomioistuinten harkintaa sidottaisiin etukäteen esimerkiksi tuomioistuinten pidättyvyyttä koskeviin doktriineihin,¹⁷⁶ lainsäätäjän viimeiseen sanaan¹⁷⁷ tai vaatimuksiin tuomioistuinten rajauksesta vain ilmeisimpiin ja patologisimpiin perusoikeuksien loukkaustilanteisiin.¹⁷⁸

Kaarlo Tuorin esittämä ja suomalaisen valtiosääntödoktriiniin kiinnitetty argumentti lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinvalvonnan asemasta eräänlaisena viimeisenä hätävarana, *ultima rationa*, rakentuu tällaisen etusija-ajattelun pohjalle. Ensinnäkin suomalaista lakien perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmää on Tuorin mielestä syytä hahmottaa juuri uudelle perustuslakikontrolliajattelulle tyypillisestä välitysteoreettisesta asetelmasta käsin. Se lakien perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmä, joka on Suomen valtiosäännössä ollut voimassa vuoden 2000 perustuslakiuudistuksesta lähtien, perustuu abstraktin parlamentaarisen ennakkovalvonnan ja konkreetin tuomioistuinten harjoittaman jälkivalvonnan yhdistelmälle. Tuomioistuimet eivät kuitenkaan ole suomalaisessa järjestelmässä saaneet yhdysvaltalais- tai saksalais-tyyppistä hallitsevaa asemaa. Sen sijaan tuomioistuinten valvontatehtävä on Tuorin mielestä ymmärrettävä täydentäväksi.¹⁷⁹ Olennainen merkitys tämän täydentävän funktion toteuttamisessa on Tuorin mukaan perustuslain 106 §:n etusijasäännöksellä, joka velvoittaa tuomioistuimet antamaan perustuslaille etusijan, mutta vain jos lain säännöksen soveltaminen olisi *ilmeisessä* ristiriidassa perustuslain kanssa. Nimenomaan ristiriidan ilmeisyyden vaatimuksella parlamentaarisen ennakkokontrollin vaikutukset välittyvät Tuorin mukaan asianmukaisesti konkreettiseen jälkikontrolliin.¹⁸⁰ Ja kuten Tuori esittää, myös perustuslain esityöt näyttäisivät viittaavan tähän suuntaan. Yksi keskeisimmistä perustuslain 106 §:n säätämisperusteluista liittyi siihen, ettei perustuslakivalio-

¹⁷⁶ Ks. Viljanen 2005b, s. 323.

¹⁷⁷ Ks. Gardbaum 2001, s. 709. Nähdäkseni Gardbaumin viittaus lainsäätäjän viimeiseen sanaan on ristiriidassa hänen teorianensa peruslähtökohtana olevan tasapainovaatimuksen samoin kuin eräiden sen instituutioiden välistä dialogia ja niin ollen valtiosääntöoikeudellisten käytäntöjen rekursiivisuutta (= ei-finaalisuutta) korostavien tosiasiallisten toimintaympäristöjen kanssa. Vrt. Gardbaum 2001, s. 710.

¹⁷⁸ Ks. Waldron 2006, s. 1346 ja 1406.

¹⁷⁹ Ks. Tuori 2009, s. 332.

¹⁸⁰ Ks. Tuori 2009, s. 332.

kunnan harjoittamassa abstraktissa ennakkovalvonnassa ole mahdollista ottaa huomioon kaikkia konkreettisissa oikeustapauksissa mahdollisesti esille tulevia ristiriitatilanteita. Sen vuoksi saattaa käydä (oikeuden kielellisyydestä johtuen tämä on itse asiassa väistämätöntä¹⁸¹), että tuomioistuin joutuu ottamaan kantaa sellaiseen tulkinta-asetelmaan, jota lakia säädettäessä ei ennakoitu. Tällaisessa tilanteessa ilmeisyysvaatimus saattaa perustuslakivaliokunnan oman kannanoton mukaan poikkeuksellisesti täytyä perustuslakivaliokunnassa käsitellyn lainkin osalta.¹⁸²

Näin perustuslain etusijasäännökseen sisältyvän ilmeisyysvaatimuksen keskeiseksi funktioksi tulee lainsäätäjän ja tuomioistuinten välisen asianmukaisen toimivaltajaon määrittäminen. Tällä paikannuksella ja siihen liittyvillä vaatimuksilla on merkittäviä normatiivisia seurausvaikutuksia. Tuorin mukaan etusijasäännös on viimeinen hätävara. Sen sisältämä ilmeisyysvaatimus:

- vahvistaa tuomioistuinten harjoittaman perustuslakivalvonnan ultima ratio -perustelua vastaavasti lainsäätämisvaiheessa toteutettavan kontrollin ensisijaisuuden,
- sisältää tuomioistuimille yleisen kehotuksen pidättyvyyteen lainsäätäjän tietoisien valintojen uudelleen arvioinnissa, sekä
- rajoittaa sitä tuomarivaltioitumista, joka saattaisi seurata perusoikeuksien ymmärtämisestä yleisinä oikeusperiaatteina, perusoikeuksien horisontaalivaikutuksesta sekä julkisen vallan turvaamisvelvollisuudesta.¹⁸³

Vaikka Tuori on toisaalla korostanutkin, että tällaiset normatiiviset luonnehdinnat ja niiden taustalla olevat yleisten oppien tasoiset tulkintasuositukset ovat luonteeltaan lähinnä prima facie -tyyppisiä, ja sellaisinaan yksittäisissä tilanteissa perustelluista syistä sivuutettavissa,¹⁸⁴ ovat ne omiaan vaikuttamaan varsin suoraan perus- ja ihmisoikeuksien tulkintaan ja soveltamiseen. Niin kuin nimittäin Tuori itsekin toteaa, perusoikeusvalvonnan vaikutukset tuomioistuinten ja lainsäätäjän suhteisiin eivät riipu yksinomaan nimenomaisista institutionaalisia järjestelyjä koskevista normeista, vaan myös valtiosääntökulttuurin tasoisista, yleisiksi opeiksi ja vakiintuneiksi käytänteiksi iskostuneista ja sellaisenaan oletettavasti varsin hitaasti muuttuvista tekijöistä.¹⁸⁵ Lisäksi lienee syytä olettaa, että juuri lain ja perustuslain välisiä ristiriitoja ja itse asiassa niiden aktualisoitumista tai sivuuttamista koskevilla valtiosääntöoikeuden alueen yleisillä opeilla on yleisten oppien piirissä tavallistakin painavampi merkitys. Juuri valtiosäännön erityisestä asemasta oikeuden ja politiikan välittäjänä johtuu, että

¹⁸¹ Ks. esim. Schauer 1991, s. 35–37.

¹⁸² PeVM 25/1998 vp, s. 31.

¹⁸³ Ks. Tuori 2009, s. 335.

¹⁸⁴ Ks. Tuori 2007, s. 250 ja 275.

¹⁸⁵ Ks. Tuori 2009, s. 333. Oikeuskulttuurin muutoksen hitaudesta ks. Tuori 2000a, s. 212–213.

valtiosääntöoikeudellisilla doktriineilla myös määritetään muita oikeudenaloja vahvemmin oikeudellisia mahdollisuuksia, toisin sanoen sitä, onko jokin ongelma ylipäätään luokiteltavissa oikeudellisiksi ja jokin sinänsä aineellisesti prima facie relevantilta vaikuttava argumentti joko oikeudellisesti päteväksi tai siten kenties vaikkapa poliittisesti, moraalisesti tai eettisesti kestäväksi, mutta kuitenkin käsillä olevassa oikeudellisessa yhteydessä asiaankuulumattomaksi.¹⁸⁶ Kun näin on, myös yleisiin oppeihin väistämättä niiden koherenssia tuottavan funktion ohella liittyvä rakenteellisen vinoutuman riski on tavallista suurempi.¹⁸⁷ Muodostaessaan kasvualustoja jäykille dogmeille,¹⁸⁸ tällaiset lähtökohtaolettamat tuottavat herkästi oikeudellisen tilan, jossa systeemi tosiasiallisesti, syvään juurtuneiden preferenssivalintojen seurauksena, preferoi hiljaisesti tiettyjä lopputuloksia ja valintoja, mutta jättää ne samalla vaille näkyvää kriittistä tarkastelua.¹⁸⁹ Vaarana onkin, että etusijasäännökseen liitettävät ultima ratio -tyyppiset konstruktioit määrittävät oikeudellisen ratkaisutoiminnan puitteita liiankin yleisesti asettamalla perusoikeuksien soveltamiselle esteitä myös niissä tilanteissa, joissa ei lähtökohtaisesti ole kysymys etusijaharkinnasta. Vanha hallitusmuodon 92.2 §:ään kiinnittynyt lakien perustuslainmukaisuuden tutkimiskieltodoktriini tarjoaa paraatiesimerkin. Vaikka oppi ei kieltänyt perusoikeuksien soveltamista sinänsä, johti kielto käytännössä tähän. Tämän taas voidaan arvioida johtuneen jo siitä, että raja sallitun lakien perustuslainmukaisen soveltamisen ja kielletyn lakien perustuslainmukaisuuden tutkimisen välillä on vähintäänkin häilyvä. Sama häilyvyys koskee luonnollisesti myös sitä, milloin kyse on niin ”ilmeisestä” ristiriidasta perustuslain kanssa, että tuomioistuimen on jätettävä lain säännös soveltamatta, milloin taas sellaisesta asteen lievemmästä ristiriidasta, että tuomioistuimen on kunnioitettava lainsäätämisvaiheessa tehtyjä poliittisia valintoja.

Yleisten oppien tuottamaa rakenteellista vinoutumaa on luonnollisesti mahdollista kritisoida. Jos vinouman taustalla oleva prima facie -konstruktio ja siihen kytkeytyvä dogmaattinen lähtökohtaoletus nojautuvat perusteisiin, jotka eivät ole oikeusjärjestyksen kokonaisuuden kannalta perusteltuja, tai jos sen voi muutoin osoittaa johtavan systemaattisesti ongelmallisiin lopputuloksiin tai perusteettomiin metodologisiin etusijajärjestyksiin, myös dogmin perusteltavuus joutuu kyseenalaiseksi.

Juuri tästä syystä en olekaan aivan vakuuttunut Tuorin ”viimeinen hätävara”-perustelun kestävydestä. Siihen sisältyy ensinnäkin vastaavia ongelmia, joita ihmisoikeustutkimuksessa on usein liitetty erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen *margin of appreciation* -doktriiniin. Valtioiden harkintamargi-

¹⁸⁶ Ks. myös esim. Kelman 1981, s. 591–592.

¹⁸⁷ Rakenteellisesta vinoutumasta ks. Koskenniemi 2005, s. 606–615

¹⁸⁸ Oikeudellisista dogmeista ja niiden merkityksestä systeeminrakennuksessa ks. Pöyhönen 1988, s. 82–84.

¹⁸⁹ Ks. Mylly 2009, s. 73, 180–187 sekä erit. Koskenniemi 2005, s. 606–607.

naalia koskevat oletukset samoin kuin vaatimukset tuomioistuinten pidättyvyydestä suhteessa lainsäätäjään ovat omiaan muuntamaan alun perin yksilön oikeuksien loukkausta koskeneen väitteen puhtaaksi toimivaltakysymykseksi, jonka ratkaisussa ei niin ollen tarvitse ottaa kantaa tapauksen materiaalisoikeudelliseen perustaan. Harkintamarginaalidoktriinin onkin katsottu tunnustavan periaatteessa moraalisen relativismin ja johtavan niin ollen fundamentaaliin ristiriitaan ihmisoikeuksien universalismin kanssa.¹⁹⁰ Samoin sen on katsottu johtavan yksilön oikeuksien tosiasiallisiin loukkauksiin, tuomioistuimille kuuluvan tuomiovallan menetyksiin ja oikeuksien tulkintaa koskevien normatiivisten tulkintaperiaatteiden liudentumiseen.¹⁹¹ Sen on myös katsottu siirtävän merkittävät ihmisoikeussopimuksen soveltamisalaan sinänsä kuuluvat tulkintaongelmat poliittisen harkinnan alueelle ja siten niitä koskevan päätöksenteon myös vaille selvää, oikeudellisin argumentein osoitettavaa perustaa.¹⁹²

Niiltäkin osin kuin pidättyvyysdoktriinin katsotaan saavan oikeudellisen tukensa valtiosääntöoikeuden yleisistä opeista ja niiden tasolla tehdyistä demokratia- ja vallanjako- ja perusoikeusperiaatteiden tulkinnoista, rakentuu doktriini vähintäänkin kiistanalaisille ja kyseenalaisen yleisellä tasolla tehdyille oletuksille näiden periaatteiden sisällöstä ja keskinäisestä suhteesta. Kuten *Sunstein* on todennut, judicial restraint -doktriinit esitetään yleensä ikään kuin yleisinä tuomioistuinten passiivisuutta korostavina oppeina, vaikka tosiasiallisesti ne edustavat kääntöpuolellaan valtiosääntöoikeudellista aktivismia ja maximalismia. Vaatimus tuomioistuinten pidättyvyydestä ja passiivisuudesta koskee vain perusoikeuksien tulkintaa. Sen sijaan tuomioistuinten odotetaan valvovan aktiivisesti demokratiaperiaatteen toteutumista nimenomaan sen enemmistöperiaatetta maksimoivassa muodossa.¹⁹³ Kuten olen edellä pyrkinyt esittämään, tällaisen preferenssijärjestyksen taustalla oleva tulkinta demokratiaperiaatteen ja sen vaikutuksista valtioiden väliselle toimivallanjaolle edustaa vain yhtä mahdollista, joskin varsin kiistanalaista tulkintavaihtoehtoa valtiosääntöisten oikeusperiaatteiden institutionaalisista implikaatioista. Vähintäänkin yhtä perusteltua on olettaa, että perusoikeuksien ja demokratian välinen jännite ja kysymykset siitä, mitä perusoikeudet oikeastaan konkreettisissa tilanteissa edellyttävät ja mihin demokraattisten menettelyjen legitimoiva vaikutus oikeastaan perustuu, muodostavat osan niitä normatiivisia ongelmia, joihin konkreettissakin valtiosääntöoikeudellisissa tulkintatilanteissa saatetaan joutua ottamaan kantaa.

Tuomioistuinten oikeudellista pidättyvyyttä edellyttävät etukäteiset tulkintakonstruktiot ovatkin usein ongelmallisia sekä käytännöllisesti että normatiivi-

¹⁹⁰ Ks. Benvenisti 1999, s. 844.

¹⁹¹ Ks. Mahony 1998, s. 4-5.

¹⁹² Ks. Hutchinson 1999, s. 641.

¹⁹³ Ks. Sunstein 1999, s. x, 25–26.

sesti: kun perustuslain sisältöä ei ole perusteltua redusoida lainsäätäjän tahdonilmauksiin, ei myöskään tuomioistuimen velvollisuutta kunnioittaa lainsäädäntövaiheessa tehtyjä perusoikeuspunnintoja voi perustaa pelkästään valtiosääntön ulkopuolisiin tai käsillä olevasta tapauksesta irrotettuihin argumentteihin. Ja jos tuomioistuimilta edellytetään pidättyvyyttä yksittäisessä tapauksessa, on tällainen vaatimus kyettävä perustelemaan myös käsillä olevassa tapauksessa merkityksellisillä valtiosääntöoikeudellisilla argumenteilla. Tältä osin on sinänsä totta, kuten Tuori on *Habermasiin* viitaten toisaalla korostanut,¹⁹⁴ että myös lainsäätäjät voi varmistua, ettei lainsäädäntöprosessi rakennu vain kollektiivisia päämääriä toteuttaville instrumentaalis-pragmaattisille ja kompromissihakuisille neuvotteluille, vaan myös lainsäätämismenettelyyn voi ja pitää sisältyä sekä yhteisöllisiä että yksilöllisiä arvoja koskevia eettisiä diskursseja. Lisäksi tällaisten diskurssien tulosten yleinen pätevyys tulisi vielä varmistaa moraalisisissa diskursseissa,¹⁹⁵ joissa tarkistetaan, että lain kollektiiviset tavoitteet, yhteisöllisiä arvoja koskevat ratkaisut sekä intressikompromissit ovat hyväksyttävissä myös sellaisesta universalisoivasta, moraaliseen oikeudenmukaisuusperspektiivistä, jota esimerkiksi *John Rawlsin* oikeudenmukaisuusteorian hypoteettinen ”tietämättömyyden verho”¹⁹⁶ edustaa taikka jonka varaan *Klaus Güntherin* perusteludiskurssin käsite¹⁹⁷ rakentuu.

Se, että lainsäätäjän tulee tässä Habermasin luonnostelemassa demokraattisen lainsäätämisen ideaalimallissa kontrolloida kollektiivisia intressejä välineellisesti toteuttavien lainsäädäntöhankkeiden asianmukaisuutta valtiosääntöön iskostuneisiin moraaliperiaatteisiin nojautuen, ei luonnollisestikaan vielä sisällä oletusta siitä, että demokraattisissa menettelyissä myös tosiasiallisesti toimittaisiin näin. Mutta jos yksittäinen lainsäädäntöhanke ideaalimallin ehdot täyttää, siis jos sen puitteissa esitetyt perustelut osoittavat lainsäätämismenettelyjen tapahtuneen esimerkiksi siten, että niissä on pyritty täydelliseen tilannekuvaukseen ja arvioimaan tilanteessa relevanttien intressien merkitystä puolueettomasti yleistettävyyssnäkökohdan huomioon ottaen,¹⁹⁸ voidaan demokratia- ja vallanjakoperiaatteiden katsoa edellyttävän, että tuomioistuimet kunnioittavat näin saavutettuja lopputuloksia.¹⁹⁹ Tässä ei ole sinänsä mitään epäselvää. Kuten kuitenkin Cass Sunstein on korostanut, näin hahmotuva tuomioistuinten pidättyvyys ei kuitenkaan tarkoita sen paremmin sitä, että perustuslakikontrollissa tulisi jollakin erityisellä tavalla kunnioittaa lainsäätäjän tekemän harkinnan lopputulosta sinänsä tai etteivät tuomioistuimet pidättyvyyteen pää-

¹⁹⁴ Ks. Tuori 2000a, s. 242–243.

¹⁹⁵ Ks. Habermas 1996a, s. 282–284.

¹⁹⁶ Ks. Rawls 1971, s. 136.

¹⁹⁷ Ks. Günther 1989, s. 157 sekä Günther 1993, s. 149–150. Ks. myös Habermas 1996a, s. 217.

¹⁹⁸ Ks. Günther 1989, s. 157.

¹⁹⁹ Ks. Tuori 2007, s. 273.

tyessäänkään olisi jo itse asiassa arvioineet lainsäädäntöratkaisun perustuslainmukaisuutta. Silloin kuin tuomioistuimen pidättyvyys oikeutetaan lainsäädäntöprosessien menettelyllisellä reiluidella tai muilla moraalisisilla perusteilla, muuntuu pidättyvyys vain seuraukseksi siitä, että tuomioistuin on jo ensin kyennyt toteamaan esimerkiksi lain esitöiden ja niissä esitettyjen argumenttien perusteella, että lain soveltamisen kannalta olennaisiin moraalipunnintoihin on jo lainsäädäntövaiheessa otettu perusteltu kanta.²⁰⁰

Lopuksi on syytä kiinnittää huomiota ultima ratio -perustelun oikeuskulttuuriseen kontekstiin. Voi nimittäin olla, että Tuorin esille nostamat kriittiset näkökohdat pätevät argumenttien teoreettista taustaa sävyttävään saksalaisiin valtiosääntökäytäntöihin. Sen sijaan niiden asema ja oikeutettavuus ei ole Suomessa aivan yhtä selvä. Perustuslakivalvonnan välittävien muotojen, johon Tuori omankin analyysinsä liittää, tarkoituksena on nimenomaan luoda institutionaaliset puitteet sellaiselle valtiosääntöoikeudelliselle ratkaisutoiminnalle, jossa kussakin yksittäisessä ratkaisutilanteessa joudutaan *lähtökohtaisestikin* muodostamaan perusteltu kanta valtiosääntöisten legitimitteettiperiaatteiden keskinäisiin suhteisiin juuri käsillä olevan tapauksen kontekstissa. Kun siis suomalaisen valtiosääntötradition pitkä linja on korostanut edustuksellista demokraatiaperiaatetta perusoikeuksien konkreettisen toteuttamisen sijaan, on vaarana, että saman vaatimuksen lukitseminen suoraan myös perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimukseen venyttää pidättyvyysdoktriinin liian pitkälle. Tällöin etusijasäännöksen toinen ilmeinen funktio, nimittäin yksilön oikeuksien toteuttaminen perustuslain 22 §:äänkin kytkeytyvän perus- ja ihmisoikeuksien yleisen turvaamisvelvollisuuden mukaisesti jää vaille perustuslain kokonaisuuden edellyttämää merkitystä.

Edellä tarkastelemani oikeuskäytännön perusteella perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimus on itse asiassa johtanut juuri tällaisiin ongelmiin. Esimerkiksi korkeimman oikeuden etusijaratkaisut, kuten KKO 2003:107 ja KKO 2004:26, eivät ole päinvastaisista toiveista²⁰¹ huolimatta pelkkiä anomaliaita. Sen sijaan niissä kiteytyy yleinen, muun muassa ratkaisussa KHO 2007:77 toistuva normikontrollia korostava valtiosääntöinen lähestymistapa, jota kutsuin etusijaoireyhtymäksi. Vaikka tapaukset eivät ehkä yhdessäkään riitä perustelemaan voimassa olevaa doktriinia, edustavat ne siis ainakin yhtä merkittävää tulkintasuuntausta. Kun tälle suuntaukselle voidaan perustuslain esitöiden ristiriitaisuudesta johtuen saada osittaista, mutta painoarvoltaan vahvaa institutionaalista tukea, on varsin hyviä perusteita olettaa, että juuri perustuslain sovellettavuuteen kaksijakoisesti suhtautuvasta ja *perinteisen kontrollimallin tulkintaperspektiivistä on vaarassa tulla vallitseva etusijadoktriini suomalaisen valtiosääntöoikeuteen*. Tähän suuntaan ylimmät tuomioistuimet ovat ottaneet jo vä-

²⁰⁰ Ks. Sunstein 1996, s. 178.

²⁰¹ Ks. Scheinin 2004, s. 543, Ojanen 2004, s. 927 ja Husa 2004b, s. 545.

hintään puoli askelta, todennäköisesti enemmänkin. Näitä askeleita tuskin voidaan jatkossakaan jättää huomiotta, vaikka korkeimman hallinto-oikeuden etusijaratkaisu KHO 2008:25 osoittaa selvästi myös toisen suuntaisten kehityspiirteiden olevan mahdollisia ja vaikka esimerkiksi KHO:n transseksuaalitapaus toimii osoituksena niistä argumentatiivisista mahdollisuuksista, joita tuomioistuimilla on käytössään ilmeisyyssharkinnankin puitteissa.

Entä sitten? Etusijasäännös määrittelee perustuslain konkreetteja toteutumisedellytyksiä lähtökohtaisestikin vain harvoissa, poikkeuksellisissa, tapauksissa. Pääsääntöisesti niin perus- kuin ihmisoikeudetkin saavat merkitystä perus- ja ihmisoikeusmyönteistä laintulkintaa koskevien periaatteiden välittämänä. Eikö tärkeintä ole, että oikeuksien pääasiallista toteutumista koskevat institutionaaliset mekanismit ovat kunnossa, vaikka ääritapauksia koskeviin järjestelyihin liittyisikin kyseenalaisia piirteitä?

Totta on, ettei etusijalle tyypillinen argumentaatiomalli ole vielä levinnyt laajalti muihin valtiosääntöoikeudellisiin käytäntöihin.²⁰² Silti mahdollisuutta ei tule myöskään pitää poissuljettuna. Sekä kotimaiset että kansainväliset kokemukset osoittavat, että juuri lakien perustuslainmukaisuuden tutkimista koskevat institutionaaliset järjestelyt ovat omiaan vaikuttamaan valtiosääntöä koskeviin käsitteellisiin lähtökohtaoletuksiin yleisemminkin. Jo nyt oikeuskäytännöistä on havaittavissa merkkejä siitä, että perusoikeuksien sovellettavuudelle asetettu korotettu kynnyks on johtamassa perusoikeuksien soveltamatta jättämiseen silloinkin, kun ratkaisu tehdään suoraan ihmisoikeussopimusmääräysten nojalla (ks. edellä käsitelty Helsingin hovioikeuden tuomio 7.12.2009, T 3188). Tätä voidaan pitää ongelmana jo senkin vuoksi, että kansallinen perusoikeusjärjestelmämme, toisin kuin Euroopan ihmisoikeussopimus, sisältää nimenomaiset säännökset myös useista taloudellisista, sosiaalisista ja sivistyksellisistä oikeuksista. Vaarana onkin, että mitä herkemmin tuomioistuimet tukeutuvat Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja sivuuttavat kansallisissa perustuslaissa turvatut oikeudet, sitä enemmän perus- ja ihmisoikeusjärjestelmämme muuttuu tosiasiallisesti perinteisten negatiivisten vapausoikeuksien järjestelmäksi.²⁰³

Ilmeisyysvaatimuksen oikeudellista merkitystä onkin ehkä syytä arvioida etukäiteisten toimivaltajakonstruktioiden sijaan kiinnittämällä huomio niihin näkökohtiin, joita lakien perustuslainmukaisuuden uusia muotoja koskevissa puheenvuoroissa on muualla nostettu esiin. Esimerkiksi *Stephen Gardbaum* on havainnut ristiriidan ilmeisyysvaatimusdoktriinien kaltaisten oppien johtaneen Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja Uudessa-Seelannissa vastaaviin ongelmiin kuin Suomessa. Gardbaumin mukaan vaatimus ristiriidan ilmeisyydestä johtaa

²⁰² Vrt. kuit. esim. KHO 2008:20.

²⁰³ Esimerkiksi Ran Hirschl on laajaan oikeusvertailevaan aineistoon nojautuen esittänyt, että tuomioistuinten aseman vahvistuminen globaalilla tasolla on juurikin johtanut negatiivisten vapauksien vahvistumiseen ja vastaavasti taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien heikentymiseen. Ks. Hirschl 2004, s. 146–148.

eräänlaiseen valtiosääntöoikeudelliseen minimalismiin, joka puolestaan kääntää tuomioistuimille asetetut tulkinnallisetkin perusoikeuksien toteuttamisvelvollisuudet väärin päin. Sen sijaan, että tuomioistuimet pyrkisivät tulkitsemaan käsillä oleviin tapauksiin soveltuvaan lakia perusoikeuksien valossa, ne ovatkin tulkinneet perusoikeuksia sovellettavan lain valossa.²⁰⁴ Toisaalta ristiriidalle asetettu korotettu kynnyks merkittää Gardbaumin mukaan herkästi myös sitä, että niissä tilanteissa, joissa tuomioistuin toteaa lain ilmeisesti perustuslain kanssa ristiriitaiseksi, lainsäätäjän mahdollisuudet reagoida tuomioistuimen tekemään perustuslaintulkintaan ovat samalla tavallista heikkomat.²⁰⁵ Molemmat ongelmat ovat puolestaan seurausta siitä, että ristiriidan ilmeisyysvaatimus johtaa ratkaisemaan lain ja perustuslain väliset ristiriidat ja niin ollen perusoikeuksien ja demokratian väliset konfliktit sääntökonfliktien tapaan kaikki-tai-ei-mitään -tyyppisesti, jolloin vastaavasti perustuslakikontrollin välittävälle muodoille olennaiselle perusoikeus/demokratia -punninnalle ei jää tilaa.²⁰⁶ Tällöin tosiasialliset valtiosääntökäytännöt vinoutuvat herkästi joko lainsäätäjän tai tuomioistuinten asemaa ylikorostaviksi. Näin tapahtuu esimerkiksi juuri silloin, kun tuomioistuimet hyväksyvät lainsäätäjän tekemät perustuslaintulkinnat pureksimatta ja niiden lopputulokset annettuina ottaen,²⁰⁷ mutta tietysti myös silloin, jos ne ryhtyvät viittaamaan kintaalla sille tulkintakäytännölle, joka perustuslaista lainsäätämisvaiheessa syntyy.

²⁰⁴ Ks. myös Scheinin 2004, s. 1127–1128 ja Scheinin 2004, s. 541–543.

²⁰⁵ Ks. Gardbaum 2001, s. 751.

²⁰⁶ Ks. Gardbaum 2001, s. 751.

²⁰⁷ Ks. Tushnet 2008, s. 43.

3 Perustuslakivaliokunnan oikeutus ja valtiosääntökulttuurin muutos

3.1 JOHDANTO

Lainsäätäjän rooli perusoikeuksien toteuttajana on keskeinen useassa suhteessa. Sekä moderneihin perus- että ihmisoikeuksiin kiinnittyvä lailla säätämisen vaatimus ilmentää klassisen oikeusvaltiollisen lakivarauserojittelun mukaisesti vaatimusta siitä, että yksityisautonomian piiriä suojaaviin vapauksiin ja oikeuksiin voidaan puuttua vain lailla.²⁰⁸ Toisaalta lainsäätäjän asema on oleellisen tärkeä myös perusoikeuksia aktiivisesti turvattaessa. Paitsi että perusoikeuksien täsmällisestä sisällöstä on säädettävä yleisellä lailla jo niiden yhtäläisen ja yleisen toteutumisen varmistamiseksi, myös perustuslain 22 §:ssä ilmaistu julkisen vallan yleinen velvollisuus turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen on mahdollista nähdä keskeisiltä osiltaan juuri lainsäätäjään kohdistuvana velvoitteena.²⁰⁹

Molemmissa suhteissa lainsäätäjakeskeisyys on palautettavissa demokraattiseen legitimaatioon. Kuten *Mäenpää* on esittänyt, lakivaraus sitoo perusoikeuden sisältöä ja käyttöä olennaisella tavalla koskevan päätöksenteon demokraattisiin puitteisiin.²¹⁰ Toisaalta juuri demokraattiset menettelyt mahdollistavat ainakin lähtökohtaisesti, että esimerkiksi yksityisten välisiä suhteita koskevat perusoikeusjännitteet ratkaistaan yleistä lakia säädettäessä tavalla, joka nimenomaisesti pyrkii kanavoimaan tällaisia päätöksiä koskevat yhteiskunnalliset erimielisyydet osaksi asiaa koskevaa päätöksentekomenettelyä.

Myös lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa koskevat institutionaaliset järjestelyt ovat pakotetusti sidottuja modernien valtiosääntöjen keskeiseen lähtökohtaan demokraattisen lainsäädäntömenettelyn erityisestä asemasta myös perusoikeuksia koskevien päätösten oikeuttajana. Palautettakoon tässä mieleen jako kahteen valtiosääntöoikeudellisissa käytännöissä vakiintuneimpaan kontrollimalliin: poliittiseen ja oikeudelliseen. Poliittisen, yleensä lainsäätäjälle keskitetyn valvontajärjestelmän oikeutus perustuu nimenomaan käsitykseen demokratiasta kaiken julkisen vallankäytön ensisijaisena legitimizeettiperiaatteena. Lähtökohtaa voidaan käyttää torjumaan kaikentyyppiset vaatimukset kansan tahdonilmaukseen perustuvan lain alistamiseen jonkun sellaisen institution arvioitavaksi, joka ei nauti välitöntä demokraattista valtuutusta (ks.

²⁰⁸ Ks. Viljanen 2001, s. 68.

²⁰⁹ Ks. Tuori 2007, s. 271.

²¹⁰ Ks. Mäenpää 1998, s. 122.

I.1.1.2). Samoin sen kautta voidaan perustella myös vaatimus jättää perusoikeuksien täsmällisempiin merkityksiin liittyvät ja yhteiskuntaa jakavat arvovallinat nimenomaan demokraattisten instituutioiden tehtäväksi. Toisaalta niissäkin valtiosääntökulttuureissa, joissa valtiosääntöoikeudellisen normikontrollin perusratkaisuksi on jo varsin varhain muotoutunut tuomioistuinkeskeinen malli, kysymys tuomioistuinten toiminnan demokraattisesta legitimitetistä on ollut jatkuvasti oikeudellisen keskustelun asialistalla (ks. II.4).

Välitön demokraattinen valtuutus on vanhastaan muodostanut myös suomalaisen perustuslakikontrollijärjestelmän ytimen. Tradition ja epäilemättä myös sen taustalla olevan oikeutuksen merkitys on ollut siinä määrin vahva, että tämä ydin, ts. kansanedustajista koostuva ja lainsäätämisvaiheessa ennakoivalvontaa harjoittava perustuslakivaliokunta, oletetaan valtiosääntökulttuurimme muutoksista huolimatta jokseenkin koskemattomaksi.²¹¹ Nimenomaan perustuslakivaliokunta esitetään meillä edelleenkin sinä instituutiona, jolla perus- ja ihmisoikeuskulttuurin murroksen ja oikeuden eurooppalaistumisen jälkeenkin on entiseen tapaan ensisijainen vastuu oikeusjärjestyksen perustuslainmukaisuudesta.

Perustuslakivaliokunnan asema on keskeisesti vaikuttanut myös muiden valtiosääntöoikeudellisten käytäntöjen ja erityisesti tutkimuksen perusolettamuksiin ja kysymyksenasetteluihin. Vaikka valiokunta itsessään ei olekaan ollut Esko Riebulan vuonna 1973 julkaisemaa väitöskirjaa²¹² lukuun ottamatta nimenomaisen oikeustieteellisen monografiatutkimuksen kohteena, juuri perustuslakivaliokuntaa on meillä yleisesti pidetty orgaanina, joka suomalaisissa valtiosääntökäytännöissä, tutkimus mukaan lukien, määrittelee perustuslain ja toisinaan myös sen yleisten oppien sisältöä.²¹³ *Mikael Hidénin* hiljattain esittämä luonnehdinta on kuvaava. Hänen mukaansa ”valiokunnalle muodostunutta asemaa ja arvovaltaa voidaan pitää suomalaisen valtiokäytännön ehkä omintakeisimpana ja arvokkaimpana luomuksena. Valiokunnan roolia perustuslaintulkitsijana ei tarvitse pönkittää millään erehtymättömyysopilla, mutta sen asemaa, sen nauttimaan luottamusta ja sen hyviä toimintaedellytyksiä on täysi syy tietoisesti vaalia.”²¹⁴

Tällainen kuva perustuslakivaliokunnan asemasta antaa aiheen kiinnittää huomiota kahteen erilliseen argumenttiin. Ensinnäkin perustuslakivaliokunnan harjoittaman valvonnan tueksi on esitettävissä niin painavia, ennen muuta demokraatiaperiaatteeseen kytkeytyviä valtiosääntöisiä argumentteja, että sen nauttimaan arvovaltaa on syytäkin vaalia – myös suhteessa tuomioistuimiin ja

²¹¹ Ks. erit. HE 1/1998 vp s. 164, ja siinä esitetyt kannat perustuslakivaliokunnan ”johtavasta asemasta” ja tuomioistuinten sidottaisuudesta perustuslakivaliokunnan lain säätämisvaiheessa tekemiin tulkintoihin lain perustuslainmukaisuudesta.

²¹² Ks. Riepula 1973.

²¹³ Ks. Viljanen 2001.

²¹⁴ Hidén 2008, s. 1–9.

muihin oikeudellisiin toimijoihin. Toisaalta tämä ei voi tarkoittaa oletusta valiokunnan erehtymättömyydestä. Tämän voi puolestaan olettaa viittaavan yksinkertaisesti siihen, että modernin oikeuden instituutiot eivät voi enää lähteä siitä, että sen piirissä tehtäviä ratkaisuja tulisi pitää pätevinä *yksin* sen vuoksi, että ne ovat auktoriteetiksi koetun instituution antamia.²¹⁵ Auktoriteetti on päinvastoin ansaittava aina uudelleen, ja jos esimerkiksi *Kaarlo Tuoria* ja *Jürgen Habermasia* on uskominen, tuo ansaitseminen voi tapahtua vain päätösten perusteiden rationaalista hyväksyttävyyttä koskevissa ja lähtökohtaisesti kaikille asianosaisille avoimissa keskusteluissa.²¹⁶

Demokraattisessa yhteiskunnassa julkisuus ja sitä kannatteleva kansalaisyhteiskunta muodostavat lähtökohtaisesti sen tilan, jossa oikeudellisten ratkaisujen legitimitetti ja niihin sisältyvien perustelujen vakuuttavuus tulee arvioitavaksi.²¹⁷ Oikeudellisten käytäntöjen ja oikeuskulttuurin merkitystä ei kuitenkaan pidä sivuuttaa. Myös ne omine oikeudellisine asiantuntijakulttuureineen ja oikeusjärjestystä koskevina oletuksineen muodostavat yhden auktoritatiivisina esitettävien päätösten rationaalista hyväksyttävyyttä mittaavan julkisen foorumin.

Juuri tästä syystä oikeusjärjestyksemme muutokset ovat myös perustuslakivaliokunnan näkökulmasta mitä merkityksellisimpiä. Siinä missä perustuslakivaliokunnan erityisasema perustuslain auktoritatiivisena tulkitsijana selittyi aiemmin ainakin osaksi myös sillä, ettei haastajia valiokunnalle juuri ollut, nykyinen oikeustila on juuri tässä suhteessa oleellisesti toinen: perustuslakivaliokunnan kannalta merkityksellisiä tulkintakannanottoja esitetään käytännöllisesti katsoen kaikilla oikeudellisten käytäntöjen tasoilla,²¹⁸ valtiosääntöoikeuden sisältä ja muiden oikeudenalojen suunnalta²¹⁹, kansallisesti ja ylikansallisesti.²²⁰ Usein, vaikkakaan ei välttämättä, muut tulkitsijat ovat tahoillaan auktoritatiivisiksi ymmärrettyjä instituutioita.

Perustuslakivaliokunnan arvovalta tulee nykyisin arvioitavaksi varsin erilaisessa ympäristössä, kuin missä se alun perin kehittyi. Tarkoituksenani onkin seuraavassa eritellä perustuslakivaliokunnan erityistä arvovaltaa perustelevia argumentteja ja asettaa ne osaksi nykyisille valtiosääntökäytännöille tyypillisiä piirteitä. Päämääräni on päästä pohtimaan, miten perustuslakivaliokunnan ”asemaa, sen nauttima luottamusta ja sen hyviä toimintaedellytyksiä” voitaisiin

²¹⁵ Ks. Aarnio 1989.

²¹⁶ Ks. Tuori 2000a, s. 96–97.

²¹⁷ Ks. Habermas 2006, s. 279–280 ja 298–300.

²¹⁸ Ks. Lämsineva 2004, s. 274–278 ja Viljanen 2002, s. 25–37.

²¹⁹ Oikeustieteellisen tutkimuksen osalta nostan tässä esiin erityisesti Juha Karhun uuden varallisuus oikeuden teorian (ks. Pöyhönen 2000) sekä kolme tärkeää väitöskirjatutkimusta: ks. Pasi Pölösen ”Henkilötodistelu rikosprosessissa” (Pölönen 2003), Elina Pirjatanniemen ”Vihertyvä rikosoikeus” (Pirjatanniemi 2005) ja Sakari Melanderin ”Kriminalisointiteoria” (Melander 2008).

²²⁰ Ks. myös Ojanen 2005, s. 1210–1228.

kenties parhaiten vaalia juuri nykyisille oikeudellisille käytännöille tyypillisissä, normikontrollifunktiota toteuttavien instituutioiden moninaisuutta ja tulkintaperiaatteiden jännitteisyyttä korostavissa olosuhteissa. Muutama raja on kuitenkin vielä paikallaan. Olen tässä kohtaa kiinnostunut etenkin siitä, miten perustuslakivaliokunnan arvovaltaa konstruoidaan *valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen piirissä*. En sen sijaan vielä pyri esittämään tulkintojani perustuslakivaliokunnan ”todellisesta” asemasta, sen reaalista toimintaedellytyksistä tai siitä, kuinka kattavasti perustuslakivaliokunnan yksittäiset ratkaisut todellisuudessa heijastavat sen toiminnasta oikeustieteen piirissä esitettyjä tulkintoja. Yritän sen sijaan luonnostella niitä *yleisten oppien taseisia näkökohtia*, joiden valossa perustuslakivaliokunta kykenisi *parhaiten oikeuttamaan* erityisen arvovaltansa nykyisissä pluralistisissa valtiosääntökäytännöissä.

3.2 PERUSTUSLAKIVALIOKUNNAN AUKTORITEETTIASEMAN OIKEUTUS

Perustuslakivaliokunnalla on historiallisesti tarkastellen kiistatta keskeinen asema suomalaisessa lakien perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmässä. Tämä asema vahvistetaan oikeudellisessa mielessä osaltaan perustuslain 74 §:ssä, jossa valiokunnan tehtäväksi on säädetty lausuntojen antaminen sen käsiteltäväksi tulevien lakiehdotusten perustuslainmukaisuudesta. Valiokunnan valtiosääntöoikeudellisen merkityksen kannalta vieläkin olennaisempaa on, että perustuslakivaliokunnasta on muodostunut perustuslain tulkintakysymyksissä *auktoritaatiivisena* pidetty valvontaelin.²²¹ Vaikka lakien perustuslainmukaisuuden valvonta on ollut suomalaisessa järjestelmässä kaiken aikaa joissain suhteissa hajautettua,²²² juuri perustuslakivaliokunnan auktoritaatiivinen asema on jäsentänyt suomalaisen säädösvalvonnan hierarkkisen kaavan mukaisesti yhteen pisteeseen ja viime kädessä kansanedustuslaitoksen itsensä harjoittamaan valvontaan palautuvaksi. Nimenomaan perustuslakivaliokunnalle on meillä perinteisesti pyritty keskittämään sekä institutionaalisten toimijoiden tasolla että valtiosääntöoikeudellisessa doktriinissa valtaa, jonka esimerkiksi saksalaisessa järjestelmässä katsotaan kuuluvan valtiosääntötuomioistuimelle ja yhdysvaltalaisessa mallissa sikäläiselle liittovaltion korkeimmalle oikeudelle.

Auktoriteetista voidaan modernin oikeuden ja konstitutionalismin puitteissa kuitenkin puhua vain *legitiimin* auktoriteetin merkityksessä.²²³ Auktoriteetti ja

²²¹ Perustuslakivaliokunnan auktoritaatiivisesta asemasta ks. Hautamäki 2002.

²²² Ks. myös Hiden 1972, s. 333–334.

²²³ Auktoriteetin legitimititeettivaatimuksen käsitteellisestä paradoksaalisuudesta ja oikeudellisen auktoriteetin oikeuspositivistisesta erittelystä ks. Eaz 1979, s. 3–27 ja 29–33. Yleisesti voidaan sanoa, että auktoriteetin käsite on oleellinen erityisesti oikeuspositivistisille oikeusteorioille ja huomattavasti vähämerkityksellisempi esimerkiksi konstruktivistisille ja koherentistisille

siihen liittyvä valta pitää pystyä oikeuttamaan, ja niin kauan kuin ymmärrämme perustuslain funktioksi sekä legitiimin vallan organisoimisen että oikeudellisten rajojen vetäminen tuon organisaation vallankäytölle,²²⁴ myös valtiosääntöoikeudellisen auktoriteetin oikeutus tulisi pyrkiä perustelemaan nimenomaan valtiosääntöoikeudellisiin normeihin tukeutuen. Tämä ei tarkoita, etteikö auktoriteetille voitaisi hakea tukea myös traditioon ja järjestelmän toimivuutta koskeviin pragmaattisiin oletuksiin nojautuen. Tällaiset argumentit eivät kuitenkaan kannaksin yksinään.²²⁵

Tärkeimpänä perustuslakivaliokunnan asemaa oikeuttavana perusteena meillä onkin yleensä viitattu instituution poikkeuksellisen vahvaan, valtiosääntöisen järjestelmämme kannalta oleelliseen tärkeään legitimitteettiperiaatteen, toisin sanoen *demokraattiseen legitimaatioon*. Esimerkiksi *Antero Jyränki* on toistuvasti korostanut perustuslakivaliokunnan läheistä liityntää demokraattiseen päätöksentekoon. Ajatuksena on, että kun valvontavaltaa käyttää kansan suoraan valitsema edustusorgaani, eduskunta, ei ennakkollisella perustuslainmukaisuusvalvonnalla ole samanlaista demokratiasta etäännyvää luonnetta kuin etenkin sellaisella tuomioistuINVALVONNALLA, jossa syrjäytetään perustuslakia myöhemmin annettuja lainsäädännöksiä.²²⁶ Samansuuntainen argumentti nousee herkästi esiin myös eräiden varsin tavanomaisten perusoikeuksia koskevien epistemologisten oletusten ja vallanjakoperiaatetta tarkkaavien tulkintojen suunnalta. Kun perusoikeusvetoinen ratkaisutoiminta nähdään esimerkiksi niin ankarana kokonaisvaltaisesti sidottuna ”oikeuden *ulkopuolisiin* arvostuselementteihin”, kuin esimerkiksi *Jaakko Husa* on väittänyt, näyttää lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrolli hapertavan vallanjakoa väistämättömästi: tuomioistuinten tehtäväksi tulee juuri sellaisten päätösten tekeminen, jotka vallanjaon näkökulmasta kuuluisivat lainsäätäjälle.²²⁷ Jos ja kun vallanjakoperiaatteesta tulee pitää kiinni, Husan argumentaation lähtökohdat johtavat vääjäämättä vaatimuksiin perustuslakikontrollin pysyttämisestä mahdollisimman tiukasti demokraattisessa valvonnassa – siten kuin esimerkiksi perustuslakivaliokunnan ympärille rakennettu valvontajärjestelmä edellyttää.

Demokratiaperiaatetta hyödyntävät teesit – joko yksinään tai vallanjakoperiaatteen ja niin ollen myös eräisiin perustuslaintulkinnan poliittista luonnetta koskeviin oletuksiin sidottuna – ovat itse asiassa toistuneet varsin usein suomalaisessa perustuslakikontrollikeskustelussa joko tukemassa perustuslakivaliokunnan asemaa tai ainakin siihen kytkeytyneenä, osoittamassa pidäkkeitä tuomioistuinten vallalle jättää soveltamatta eduskunnan enemmistön päätöksellä

oikeusteorioille. Ks. esim. Dworkin 2008, s. 206–211.

²²⁴ Ks. Tuori 2002a, s. 78.

²²⁵ Ks. erit. Dworkin 2008, s. 61–63 ja 84–88.

²²⁶ Ks. Jyränki 2003, s. 393.

²²⁷ Ks. Husa 2004a, s. 136.

säädetty laki.²²⁸ Kaarlo Tuorin tuomarivaltio-otsakkeen alla esittämä kriittinen puheenvuoro konstitutionalisoitumisen vaikutuksista oikeudellisille ja poliittisille prosesseille edustaa tässä suhteessa tuoretta esimerkkiä. Tuorin pääargumentin mukaan nimittäin perustuslain asemaa oikeudellisissa ja poliittisissä käytännöissä tulisi arvioida painottuneesti demokratia- ja vallanjakoperiaatteiden suunnalta. Juuri demokratia- ja vallanjakoperiaatteet sekä ”opettavat tuomioistuimille pidättyvyyttä perusoikeusnormeihin tukeutumisessa”²²⁹ että osoittavat nimenomaan lainsäätäjän esimerkiksi perustuslain 22 §:n mukaisen turvaamisvelvollisuuden ”ensisijaiseksi subjektiksi”.²³⁰ Normikontrollihakuiheen tarkasteluun yleisesti ottaen kriittisesti suhtautuva *Veli-Pekka Viljanen* näyttäisi hänkin lopulta määrittelevän perustuslakikontrollin alan tuomioistuinten ja lainsäätäjän välisiä toimivaltajakoja silmällä pitäen. Perusoikeuksia ei Viljasen mukaan ole ainakaan yleisesti ottaen perusteltua yrittää toteuttaa tuomariaktiivismin keinoin, vaan lainsäätäjälle on syytä varata suomalaisessa järjestelmässä keskeinen rooli perusoikeuksien toteuttajana ja turvaajana. Niin olen myös perustuslain 106 §:ää ja erityisesti sen ilmeisyysvaatimusta tulisi Viljasen mielestä käsitellä ytimeltään tuomioistuinten pidättyvyyttä, judicial self-restraint -ideologiaa, korostavana vaatimuksena.²³¹

Oletukset lainsäätäjän ensisijaisuudesta perustuslaintulkitsijana samoin kuin vaatimukset tuomioistuinten pidättyvyydestä samassa asiassa heijastavat tiettyä tulkintaa valtiosääntöoikeudellisen tulkinnan perusluonteesta, demokratiasta ja perusoikeuksista. Kun suomalainen perustuslakikontrollijärjestelmä ja perustuslakivaliokunnan asema siinä on perustunut lainsäädäntöelimen itsevalvonnan varaan, järjestelmän tueksi esitetyt argumentit ovat olleet pääosin yhteneviä niiden perusteiden kanssa, jotka yleensäkin oikeuttavat lainsäätämismenettelyä ja sen erityisyyttä suhteessa muihin julkisen vallan käytön muotoihin. Tässä traditiossa oikeus on oikeutetustikin hahmottunut nimenomaan kansallisvaltion oikeutena ja laki legitimititeettinsä suvereenin sekä oletusarvoisesti tietyn kollektiivisen identiteetin jakavan kansan tahdonilmaisusta.²³² Eduskunnan perustuslakivaliokunta on puolestaan juuri tässä rakenteessa löytänyt paikkansa lakien perustuslainmukaisuutta valvovien institutionaalisten järjestelyjen hierarkisena huippuna, demokraattisesti legitimoituna auktoritatiivisena perustuslaintulkitsijana.

²²⁸ Ks. esim. Jyränki 1986, s. 138–139 ja 145–146.

²²⁹ Ks. Tuori 2007, s. 274.

²³⁰ Ks. Tuori 2007, s. 271.

²³¹ Ks. Viljanen 2005, s. 322–323.

²³² Ks. Jyränki 2003 s. 285.

3.3 TULKINTOJEN AUKTORITATIIVISUUDEN OIKEUTUS

Demokratiaperiaate muodostaa *perustuslakivaliokunnan institutionaalisen auktoriteetin keskeisen oikeutuksen*. Periaatteelle ei kuitenkaan anneta doktriinissamme merkitystä, kun määritellään perustuslakivaliokunnan ratkaisutoiminnan legitimiisyyuskriteereitä. Sen sijaan että meillä olisi esimerkiksi kansainvälisen valtiosääntöteorian tapaan pyritty aktiivisesti konstruoimaan perustuslakivaliokunnan ratkaisutoiminnan yleisiä oppeja instituution demokraattisesta legitimitetistä liikkeelle lähtien tai ainakin siihen normatiivisesti kantaa ottaen,²³³ omaksuttu malli onkin noudattanut oikeastaan täysin päinvastaista loogiikkaa. Vallitsevan justifikaatioparadigman lähtökohtana on ollut oikeuspositivistiselle ajattelulle tyypillinen hyvin abstraktilla tasolla tehty oikeuden ja politiikan selvärajainen erottelu, päämääränä taas valiokunnan toiminnan legitimiisyyuskriteerien määrittäminen yksiselitteisen selkeästi oikeudellisiksi ja yhtä selvästi ei-poliittisiksi. Perustuslakivaliokunta säilyttää doktriinin valtalinjan näkökulmasta auktoriteettinsa huolehtimalla, että sen ratkaisut perustuvat mahdollisimman yksiselitteisesti perustuslain sanamuotoihin ja esitöihin sekä valiokunnan omaan aiempaan käytäntöön. Sen sijaan valtiosääntöoikeudellinen tutkimus ei meillä enää ole juurikaan esittänyt perustuslakivaliokuntaa kohtaan vaatimuksia avoimesta, kulloinkin käsiteltävänä olevan tapauksen arvosidonaisuudet tunnistavasta ja niihin kantaa ottavasta argumentaatiosta.²³⁴

Omaksuttu teoreettinen tulokulma onkin tuottanut valtiosääntöoikeudelliselle doktriinille joukon normatiivisesti hyödynnettäviä ja tiukkaa oikeus/politiikka -jakoa uusintavia toimintakuvauksia: perustuslakivaliokunnan päätöksenteko tapahtuu oikeusharkinnan pohjalta – muiden valiokuntien jäsenet toimivat avoimen poliittisesti ryhmäkurin sitomina;²³⁵ valiokunnan yleensä yksimieliset lausunnot perustuvat sen omalle aiemmalle käytännölle ja niissä vakiintuneille linjoille, ne eivät poukkoile hallitusrintaman ja opposition vaihdosten mukaan;²³⁶ valiokunnan päätökset eivät nojaudu sen poliittisin perustein valittujen jäsenten itsenäiseen harkintaan, vaan ennen muuta valiokunnan asiantuntijainstituution tuottamaan ja niin ollen tieteelliseen taustaan pohjautuvaan tietoon perustuslain sisällöstä.²³⁷

²³³ Kansainvälinen valtiosääntöteoreettinen tutkimus sisältää lukuisia esimerkkejä juuri tämäntyyppisistä hankkeista. Ks. esim. Ely 1980, erit. s. 87–88 ja 102–104.

²³⁴ Aikaisemmassa valtiosääntökirjallisuudessa tällaisiakin näkökantoja esitettiin. Ks. Jyräntö 1968, s. 985–986.

²³⁵ Ks. Saraviita 2000 s. 363.

²³⁶ Ks. Hidén 2008 s. 6 sekä jo Hidén 1974, s. 188. Toisinaan valiokuntaa on tosin kritisoitu muutosten peittämisestä näennäisperusteluilla. Ks. esim. Scheinin 1993, s. 206.

²³⁷ Ks. esim. Riepula 1973, s. 319–320, jossa yhtenä keskeisimmistä tutkimustuloksista päädytään esittämään, ettei tutkimuksessa saatujen tulosten perusteella voitu enää juuri puhua perustuslakivaliokunnan omaehtoisesta tulkintatoiminnasta. Riepulän tutkimus on tietenkin ikääntynyt

Juuri asiantuntijainstituutiolle doktriini näyttäisi muutenkin varaavan erityisen painon. Valiokunnan kuulemat ulkopuoliset asiantuntijat ymmärretään tavallaan valiokunnan arvovallan legitimitetin takeiksi. He tuottavat järjestelmään poliittisia muutoksia tasapainottavaa jatkuvuutta²³⁸ sekä varmistavat, että valiokunnalla on käytettävissään relevantti valtiosääntöoikeudellinen tieto.²³⁹ Eikä vain sitä, vaan kuten Jyränki demokratiaperiaatetta korostaviin käsityksiinsä nähden hieman yllättävästikin toteaa, asiantuntijainstituutio on oleellinen, suorastaan elimellinen, osa perustuslakivaliokuntaa, joka ”heikentää perustuslakivaliokunnan poliittista luonnetta, vahvistaa sen oikeudellista auktoriteettia valtiokoneistoon nähden ja legitimizeettiä kansalaisyhteiskuntaan nähden”.²⁴⁰

Näissä puitteissa perustuslakivaliokunnan oikeutus tulee konstruoiduksi kah-tiajakautuneesti. Yhtäällä ovat instituution demokratiaperiaatteeseen kytkeytyvät ja tässä mielessä perustuslain tulkinnan poliittisuuteen liittyvät yleiset oikeuttamisperustelut, toisaalla taas instituution juridista toimintakulttuuria korostavat kategorisen oikeudelliseksi määritellyt kriteerit.

Syntynyttä asetelmaa on mahdollista selittää usealta suunnalta. Doktriinin taustalla olevaa käsitystä politiikasta ja oikeudesta voidaan ainakin oikeusteoreettisessa katsannossa pitää karkeana: oikeus on siinä korostuneesti oikeuspositivistisen oikeusideologian kriteerein tunnistettavaa oikeutta; politiikka taas puoluepolitiikkaa. Myös tulkinta demokratiaperiaatteen sisällöstä näyttäisi ylikorostavan demokratian edustuksellisuutta ja enemmistöpäätössidonnaisuutta käsitteen vaihtoehtoisten, esimerkiksi kaikille avointa keskustelua ja yhteisymmärrykseen pääsyä korostavien deliberatiivisten ulottuvuuksien kustannuksella.²⁴¹ Vaikutusta saattaa edelleen olla suomalaisen valtiosääntöoikeustutkimuksen eliitin ja perustuslakivaliokunnan symbioottisella suhteellakin. Perustuslakivaliokunnan on voitu katsoa käytännössään vain seuraavan sitä juridisen logiikan mallia, jota valtiosääntödoktriini ja niin ollen myös valiokunnan kuulemat asiantuntijat siltä edellyttävät. Toisaalta samat asiantuntijat ovat itse näytelleet keskeistä osaa tuon käytännön synnyttämisessä, mikä taas vuorostaan selittääkin, että perustuslakivaliokunnan kriittinen tarkastelu on suomalais-

ja sitä vastaan esitettiin jo tuoreeltaan eräitä kriittisiä huomautuksia. Ks. esim. Hidén 1974, s. 207–212. Toisaalta nykyinenkin valtiosääntöoikeudellinen tutkimus tapaa systemaattisesti korostaa asiantuntijainstituution merkitystä nimenomaan poliittisesti riippumattoman valtiosääntöoikeudellisen tiedon tuottajana, jonka vaikutuksen kuuluukin näkyä perustuslakivaliokunnan ratkaisuksista. Niinpä yksi keskeisimmistä julkisuudessa esitetyistä perustuslakivaliokunnan ns. Lex Nokia -lausuntoa (PeVL 29/2008 vp) koskeneista kritiikeistä kohdistui siihen, että valiokunta näytti ohittaneen asiantuntijoiden ylivoimaisen enemmistön kannanotot.

²³⁸ Ks. Saraviita 2000, s. 364–365.

²³⁹ Hidén 2008, s. 5.

²⁴⁰ Jyränki 2003, s. 397–398.

²⁴¹ Deliberatiivisesta demokratiakäsityksestä ks. edellä luku II.2.

sa valtiosääntötutkimuksessa kansainvälisiin verrokkeihin nähden poikkeuksellisen harvinaista.²⁴²

Valtiosääntödogmaattisesti tarkastellen jännite perustuslakivaliokunnan demokraattisen oikeutuksen ja sen toiminnalle asetettujen legitimiisyysskriteerien välillä selittyyneen parhaiten perustuslakivaliokunnan kaksinaisroolilla. Yhtäältä valiokunnalla on yksiselitteisesti perustuslaissa asetettu oikeudellinen tehtävä (PL 74 §).²⁴³ Toisaalta on yhtä selvää, että tämän oikeudellisen tehtävän suorittaminen tapahtuu poikkeuksellisen poliittisessa ympäristössä. Hidén tiivistää asian osuvasti todetessaan, että valiokunnan harjoittamassa perustuslainmukaisuuden valvonnassa ”korostuneen poliittiseen tehtävään poliittisin perustein valitut henkilöt tekevät korostuneen poliittisessa ympäristössä ratkaisuja, jotka voivat suoraan vaikuttaa jonkin poliittisen hankkeen läpimenoon”.²⁴⁴ Antero Jyränki on vastaavin sanankääntein puhunut perustuslakivaliokunnan kaksinaisroolista, Dr. Jekyll/Mr. Hydestä, valtiokoneistossa.²⁴⁵ Ilmiön merkittävyyttä vieläpä lisää perustuslain asema oikeuden ja politiikan rajapinnalla.²⁴⁶ Valtiosääntöoikeudelliset argumentit ovat tavallaan suoraan poliittisen prosessin osina käytettävissä poliittisiin tarkoituksiin samalla kun perustuslaki näyttää olevan jatkuvassa vaarassa joutua poliittisiin päämääriin perustuvien mukauttamistoimenpiteiden kohteeksi. Valtiosääntödoktriinin pyrkimys asettaa valiokunnan ratkaisujen hyväksyttävyydelle tiukat ja yksiselitteiset oikeudelliset raajat on mahdollista ymmärtää yritykseksi torjua näitä vaaroja.

3.4 PLURALISOITUNEEN VALTIOSÄÄNTÖKULTTUURIN HAASTE

Ymmärrettävästä taustastaan huolimatta perustuslakivaliokunnan arvovaltaperusteiden jännitteisyys avaa tilan kritiikille. Jos perustuslakivaliokunnan demokraattisen perustan ja perustuslaintulkinnan poliittisuuden ei ole tarkoituskaan näkyä sen konkreettisesti ratkaisutoiminnassa, on syytä kysyä, minkä vuoksi

²⁴² Eräitä valiokunnan asemaa koskevia lausumia on tutkimuksen kriittisen perustehtävän näkökulmasta syytä pitää jo huolestuttavina. Ilkka Saraviita (Saraviita 2000, s. 363–364) on esimerkiksi luonnehtinut valiokuntaa seuraavasti: ”Tämä järjestelmä, jolla ei ole minkäänlaisia oikeudellisia takeita kuten tuomioistuimilla ..., on vertaansa vailla parlamenttien valiokuntien joukossa. Sen vakautta ja toimivuutta käytännössä ei ole oikeuskirjallisuudessa asetettu kyseenalaiseksi.” Vaikka Saraviidan luonnehdintaa ei pureksimatta nielisi, ovat perustuslakivaliokuntaa koskevat kriittiset äänenpainot meillä silmiinpistävästi poikkeuksellisia. Marginaalisuudessaan ja yleensä yksittäistapauksellisessa mikro-kriittisyydessään ne lähinnä vahvistavat valiokuntaa koskevaa yleistä ja toisinaan miltei paatoksellista hyväksyntää. Kriittisistä puheenvuoroista ks. esim. Tuori 2002, s. 91–109 ja Scheinin 1993.

²⁴³ Perustuslakivaliokunnan tehtävistä laajemmin, ks. Vuorinen 2005, s. 107–121.

²⁴⁴ Hidén 2008, s. 5.

²⁴⁵ Ks. Jyränki 2003, s. 394.

²⁴⁶ Ks. Tuori 2002a, s. 72.

lakien perustuslainmukaisuuden valvonta on ylipäättänsä järjestetty demokraattisesti. Kun tehtävä pitää suorittaa yksiselitteisen oikeudellisesti, eikä olisi syytä antaa se tuomioistuinaltokselle, jolle valtiollisia perustehtäviä koskevassa työnjaossa tällainen päätöksenteko tyypillisesti kuuluu. Jos taas perustuslakikontrollin järjestämistä demokraattisten menettelyjen yhteyteen pidetään tärkeänä, eikä tämän näkökohdan tulisi jollakin tavalla näkyä myös valiokunnan konkreetin ratkaisutoiminnan asianmukaisuudelle asetettavissa kriteereissä.

Ehkä vieläkin ongelmallisempänä ja ajankohtaisempänä ongelmana tulisi kuitenkin pitää valtiosääntödoktriiniimme sisään rakentunutta oikeudellista formalismia. Kun perustuslakivaliokunnan tulkintatoiminnan arvovaltaa on tuettu argumentein, jotka on samalla viritetty voimakkaasti vastauksiksi valiokunnan poliittisen organisaation luomiin uhkakuviin, valtiosääntöoikeuden tuottama kuva oikeudesta on vaarassa muodostua legalistiseksi täsmälleen sanan siinä kielteisessä merkityksessä, jonka *Judith Shklar* on tuotannossaan artikuloinut. Shklar nimittäin viittaa legalismilla eettiseen asenteeseen, joka kohtelee moraalista käyttäytymistä säännön seuraamisena ja joka jäsentää moraaliset suhteet sääntöjen määrittämien oikeuksien ja velvollisuuksien kautta,²⁴⁷ ja juuri tällainen mentaliteetti näyttäisi leimaavan myös perustuslakivaliokuntaa koskevia oletuksia. Tuskin näet voidaan kiistää, että etenkin lain säätämisen yhteydessä, kun päätetään perusoikeuksien toteuttamisen keinoista ja niiden rajoittamisen edellytyksistä yleisellä lailla, joudutaan väistämättä tekemään vaikeita ja vaikutuksiltaan laaja-alaisia poliittis-moraalisia valintoja. Koska kysymys on perustuslaissa ilmaistuihin periaatteisiin kytkeytyvistä valinnoista, niitä koskevat päätökset pitäisi pystyä tekemään perustellusti. Valtiosääntödoktriinin tapa määrittellä valiokunnan argumentaation arvovaltakriteerit puhtaan oikeudelliseksi johtaa kuitenkin herkästi tilanteeseen, jossa moraaliperiaatteisiin nojautuviin ja tässä mielessä sisällöllisesti kiistanalaisiin sekä tilannesidonnaisista punninnoista riippuviin tulkintaongelmiin pitäisikin ideaalittyyppisesti hakea ratkaisua etukäteen konstruoituihin akontekstuaalisiin sääntöihin ja kaavamaisiin tulkintastandardeihin tukeutuen.²⁴⁸

²⁴⁷ Ks. Shklar 1986, s. 109–110.

²⁴⁸ Menemättä tässä perustuslakivaliokuntalegalismin kaikkiin ilmenemismuotoihin viittaaan kahteen konkreettiseen esimerkkiin: sekä perustuslain 6 §:n 1 momenttiin kiinnitettyä lainsäätäjän laajaa harkintamarginaalia korostavaa tulkintasääntöä (ks. esim. PeVL 12/1990 vp, PeVL 3/1991 vp, PeVL 15/2001 vp, PeVL 58/2001 vp, PeVL 59/2002 vp, PeVL 65/2002 vp, PeVL 1/2006 vp, PeVL 16/2006 vp, PeVL 25/2006 vp ja PeVL 5/2008 vp) että perustuslain 10 §:ssä turvattuun luottamuksellisen viestin salaisuuteen kytkeytyvää dogmia viestin tunnistamistietojen jäämisestä PL 10.3 §:n kvalifioitun lakivarauksen soveltamisalan ulkopuolelle (ks. PeVL 47/1996 vp, PeVL 7/1997 vp, PeVL 26/2001 vp, PeVL 9/2004 vp, PeVL 10/2004 vp, PeVL 16/2004 vp, PeVL 23/2006 vp ja PeVL 29/2008 vp) sovelletaan tyypillisesti täysin irrallaan tulkintasäännön muodostamiseen vaikuttaneista perusteista samoin kuin käsillä olevista olosuhteista ja niiden perusoikeusrelevanssista.

Tällaiset kriittiset näkökohdat eivät väistämättä muodostu vakaviksi, elleivät perustuslakia koskevat tulkintaratkaisut yleisesti ottaen muutenkaan näyttäyty merkittäväällä tavalla kiistanalaisina. Tässä mielessä 1990-lukua edeltänyt valtiosääntökulttuurimme, jossa valtiosääntöoikeus oli perustuslakivaliokunnan monopolioikeutta ja jossa perustuslain sovellettavuus oli muutenkin rajattu valtiollisen elämän ylätasolle,²⁴⁹ toimi samalla tehokkaana pidäkkeenä valtiosääntöoikeudellisten tulkintakysymysten laaja-alaiselle kiistanalaistumiselle. Myös oikeusjärjestyksemme luonne tyypillisenä kansallisvaltiollisena oikeusjärjestyksenä vaikutti samaan suuntaan. Kun oikeusjärjestyksemme oli perusteltua kuvata valtiollisen lainsäätäjän päätöksiin perustuvana normien järjestelmänä,²⁵⁰ ja kun demokraattisesti säädetty laki puolestaan voitiin ymmärtää rousseaulaisittain korostuneesti kansan ja kansakunnan kollektiivista identiteettiä heijastavaksi yhtenäisen tahdon ilmentymäksi,²⁵¹ myös perustuslaille asetui herkästi luonteva rooli sekä valtiosisäisen yhteenkuuluvuuden tunnusmerkkinä että demokraattisen vallankäytön oikeutuksena.²⁵² Tämä eetos yhdistettynä valiokunnalle institutionalisoituun perustuslaintulkintamonopoliin takasi, ettei valiokunnan tulkinta-auktoriteetille asetunut vakavia haastajia.

Kansallisvaltion oikeus ja siinä oikeutta instrumentaalisesti käyttävän demokraattisen lainsäätäjän asema on kuitenkin viimeisten kahden vuosikymmenen aikana muuttunut.²⁵³ Perusoikeusuudistus ja vuoden 2000 perustuslakiuudistus samoin kuin perus- ja ihmisoikeusnormien vuorovaikutuskin ovat myötävaikuttaneet suomalaisen oikeusjärjestyksen valtiosääntöistymiseen, joka taas on näkynyt valtiosääntöoikeudellisen argumentaation huomattavana lisääntymisenä sekä tuomioistuimissa että oikeustieteessä. Tätä muutosta osaltaan kiteyttävän perustuslain 106 §:n etusijasäännöksenään periaatteellisesti tärkein viesti ei siis ole yksin siinä, että säännöksen myötä tuomioistuimille on tietyin rajatuin edellytyksin annettu toimivalta jättää lain säännös perustuslain nojalla soveltamatta. Vieläkin merkityksellisempää on, että säännös todistaa perustuslain-tasoisesti lainsäätäjän kyselemättömän ylivallan horjumisesta.²⁵⁴

Kansainvälistyminen on vastaavalla tavalla merkinnyt oikeudellisen normiston tuottamiseen liittyvien prosessien ja niin ollen myös erilaisten oikeudellisten ideologioiden moninaistumista. Siinä missä kansallisvaltion oikeudessa oikeus muuttui lähtökohtaisesti kansallisen lainsäätäjän toiminnan seurauksena, erilaiset ylikansalliset normijärjestelmät, esimerkiksi Euroopan unionin oikeus tai kansainväliset ihmisoikeusnormistot, kehittyvät sisällöllisesti itsenäisinä oikeusjärjestyksinä ja yleensä niiden oikeudellisten valvontaelinten konkreetin

²⁴⁹ Ks. Viljanen 2002, s. 27.

²⁵⁰ Ks. Tuori 2007, s. 279.

²⁵¹ Ks. Jyränki 1989, s. 46 ja Jyränki 2003, s. 72–80.

²⁵² Ks. Jyränki 2003, s. 72–73.

²⁵³ Ks. Tuori 2007, s. 283.

²⁵⁴ Ks. myös Tuori 2000b, s. 1056.

soveltamiskäytännön tuloksena. Samalla ne ulottavat vaikutuksensa niin kansallisten oikeusjärjestysten perusteisiin kuin yksityisiin subjekteihinkin ja ilman kansallisvaltion suvereenin lainsäätäjän tähän antamaa erityistä säädös-kohtaista suostumusta.²⁵⁵ Syvälekäyvimmillään kansainvälistyminen ulottaa vaikutuksensa suoraan perustuslain sisältöihin. Kuten muun muassa Veli-Pekka Viljanen ja *Tuomas Ojanen* ovat korostaneet, esimerkiksi ihmisoikeussopimusten ja perustuslain välillä ei nykyisin voi tehdä samanlaista eroa, joka vielä ennen perusoikeusuudistusta näytti itsestään selvältä. Euroopan ihmisoikeussopimuksella on ollut useissa kohdin hyvin vahva vaikutus *yksittäisten perusoikeussäännösten muotoiluun*, minkä seurauksena myös oikeuden täsmällinen sisältö määrittäyty keskeisesti vastaavien ihmisoikeusnormien mukaan. Lisäksi kansainväliset ihmisoikeussopimukset asettavat muutenkin yleisen *vähimmäistason* perus- ja ihmisoikeuksien suojalle Suomessa. Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 53 artiklan määräys olemassa olevien ihmisoikeuksien suojaamisesta kieltää nimenomaisesti ajatuksen, että ihmisoikeussopimusta voitaisiin käyttää heikentämään sitä suojaa, joka oikeuksille on jo kansallisen lainsäädännön piirissä annettu.

Toisaalta on varottava ylikorostamasta muutosten vaikutuksia. Perustuslakivaliokunta ei ole meillä menettänyt lähtökohtaista auktoriteettiaan, vaikka tuomioistuimet ovatkin saaneet velvollisuudekseen jättää lain säännös soveltamatta, jos soveltaminen johtaisi ilmeiseen ristiriitaan perustuslain kanssa. Perus- ja ihmisoikeusargumentit eivät myöskään aina edellytä poikkeamista lain normaalitulkinnasta, vaan usein ne toimivat luontevammin vahvisteena lain taustalla oleville muun tyyppisille ja usein oikeudenalakohtaisesti kehittyneille perusteille.²⁵⁶ Sama koskee kansainvälistymistä. Sitäkään ei voi luonnehtia suoraviivaiseksi toimivallansiirroksi kansalliselta tasolta kansainväliselle. Vaikka esimerkiksi eurooppalaista ihmisoikeusstandardia voidaan pitää varsin korkeana, on kuitenkin selvää, että se jättää kansallisille toimijoille tuntuvasti liikkumavaraa oikeuksien määrittämisessä ja rajoittamisessa. Kansallisen perusoikeusjärjestelmän ja sitä tulkitsevien instituutioiden yhdeksi tehtäväksi tuleekin näin ollen määrittää kansainvälisten sopimusten asettaman tason edellyttämää vähimmäistasoa korkeampi yksilön oikeuksien suojan taso, kuten Veli-Pekka Viljanen on painokkaasti todennut.²⁵⁷ Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuinten käyttämä evolutiivisen tulkinnan periaate pohjautuu pitkälti valtiosääntövertailuun, minkä seurauksena muutokset Euroopan ihmisoikeussopimuksen tarjoamassa oikeussuojajärjestelmässä on mahdollista nähdä heijastumina jäsenvaltioiden tasolla tapahtuvista muutoksista.²⁵⁸ Vastaavasti Euroopan unionin

²⁵⁵ Ks. Tuori 2007, s. 300.

²⁵⁶ Ks. esim. Pirjatanniemi 2005, s. 178–183.

²⁵⁷ Ks. Viljanen 1996, s. 797–798.

²⁵⁸ Ks. Pellonpää 2005, s. 213–222.

perusoikeusdoktriinin kehittymisen kannalta tärkeä vuoropuhelu EU-tuomioistuimen ja keskieuropalaisten valtiosääntötuomioistuinten välillä osoittaa erilaisten dialogisten lähestymistapojen esiinmarssia sille institutionaaliselle paikalle, jota aiemmin tavattiin hahmottaa suvereenisuuteen viittaavin käsittein.²⁵⁹

Nykyisiä valtiosääntöoikeudellisia käytäntöjä ei olekaan enää edes ideaalittyyppisesti mielekäästä kuvata yksikeskeisesti yhden suvereenin instituution päätöksiin rakentuvana toimintana, vaan pikemminkin monikeskeisesti, useiden auktoritatiivisten instituutioiden ja päällekkäisten oikeusjärjestysten muodostamana ja eri tahoilla tehtävien päätösten vuoropuhelusta muodostuvana prosessina.²⁶⁰ Tämän prosessin puitteissa yksittäinen instituutio kykenee esiintymään auktoriteettina tietyn sääntelyregiimin piirissä vain niin kauan kuin se pystyy perusteluillaan osoittamaan ratkaisujensa joko kuuluvan sen harkittavallan piiriin tai vastaavan muutoin samaan tapaukseen soveltuvien kilpailevien regiimien vaatimuksia. Tällaiselle valtiosääntöoikeuspluralismille onkin ominaista vuorovaikutus ja rajojen avoimuus eri normijärjestysten ja institutionaalisten rakenteiden välillä,²⁶¹ ei kansallisvaltion oikeudelle ja sen perustuslakikontrollia hahmotteleville ratkaisuille ominainen hierarkkisuus ja yksiselitteisesti määritellyt instituutioiden väliset valtasuhteet.

Muutos koskee myös perustuslakivaliokuntaa. Sekään ei enää toimi tarkkarajaisesti hierarkisoitavan kansallisvaltion valtiosäännön institutionaalisen hierarkian huippuna, vaan mitä suurimmassa määrin erilaisten institutionaalisten toimijoiden sekä normijärjestelmien vuorovaikutukselle ja riidanalaisuksille jatkuvasti alttiissa sekä erilaisten arvojen ja oikeusjärjestysten moninaisuutta todistavassa toimintaympäristössä.²⁶²

3.5 PERUSTUSLAKIVALIOKUNNAN ARVOVALTA VALTIOSÄÄNTÖPLURALISTISESSA TOIMINTAYMPÄRISTÖSSÄ

Miten oikeusjärjestyksemme pluralisoitumisen tulisi sitten vaikuttaa perustuslakivaliokunnan arvovaltaa koskeviin tulkintaperusteisiin? Vastauksia haettaessa yhtenä soveliaana lähtökohtana on mahdollista pitää auktoriteettien moninaisuutta. Valtiosääntökulttuurin pluralisoituminen ei riitautaa auktoritatiivisina pidettyjen instituutioiden legitimitettiin sinänsä. Päinvastoin, nykyisille valtiosääntökäytännöille tyypillinen pluralismi heijastaa tärkeällä tavalla myös tällaisten instituutioiden moninaisuutta. Euroopan ihmisoikeustuomioistuinta pi-

²⁵⁹ Ks. esim. Walker 2002, s. 348–350 ja Maduro 2003b, s. 75 ja 101.

²⁶⁰ Ks. myös Walker 2002, s. 349.

²⁶¹ Ks. Tuori 2007, s. 302.

²⁶² Ks. Tuori 2007, s. 305–311.

detään edelleen merkittävimpänä Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkitsijana, ihmisoikeuskomitealla on sama asema YK:n KP-sopimuksen piirissä ja EU-tuomioistuimella unionioikeuden suhteen. Vastaavasti kansallisen oikeuden piirissä korkein oikeus ja korkein hallinto-oikeus nauttivat edelleen ylimmille tuomioistuimille tyypillisesti kuuluvaa ja tavallisesti prejudikatuurin tuottamiseen liittyvää arvovaltaa. Samoin perustuslakivaliokuntaa voidaan kansallisessa oikeusjärjestyksessämme edelleen pitää ensisijaisena perustuslaintulkitsijana.

Pluralisoituminen pakottaa kuitenkin siirtämään huomiota muodollisesta ja kaikenkattavaksi ymmärretystä auktoriteetista sisällöllisiin perusteluihin sekä institutionaalista työnjakoa ja jaettua vastuuta koskeviin oletuksiin. Kun yhä useammat oikeudelliset ongelmat ovatkin luonteeltaan päällekkäisongelmia, joissa samaan tapaukseen näyttää lähtökohtaisestikin soveltuvan useita erillisiä normijärjestelmiä omine institutionaalisine rakenteineen, lähtökohdiltaan erillisten normijärjestelmien sisäisten auktoriteettirakenteiden merkitys suhteellistuu väistämättä – niistä tulee korostuneen prima facie -luonteisia ja entistä enemmän kontekstuaalisina esitettävien perustelujen vakuuttavuuteen kytkettyjä. Olennainen kysymys kuuluukin oikeastaan, miten perustuslakivaliokunta kykenee säilyttämään sille perinteisesti kuuluneen perustuslaintulkintaa koskevan arvovallan, jos useat muutenkin tahoillaan auktoriteettiasemaa nauttivat ja perusteluvelvollisuuksiaan täyttämään pyrkivät instituutiot osallistuvat päätöksillään myös oman valtiosääntömme sisällöllisiä rajoja koskevaan keskusteluun.

Otan lopuksi pohdittavaksi yhden vastausvaihtoehdon, joka pyrkii yhdistämään perustuslakivaliokunnan perinteisen demokraattisen oikeutuksen ja nykyisille valtiosääntökäytännöille tyypillisen pluralismin. Perustuslakivaliokunnan institutionaalinen uudelleenasetointi muodostaa vastaukseni ensimmäisen puoliskon. Olen edellä esittänyt, ettei perustuslakivaliokuntaa ole enää perusteltua asettaa samaan asemaan, joka sillä kenties vielä kaksi vuosikymmentä sitten oli valtiosääntön sisältöä ja oikeusjärjestyksen pätevyyttä mittaavien institutionaalisten järjestelyjen huipentumana. Lainsäätäjän kyselemättömän ylivallan horjuminen on väistämättä merkinnyt myös perustuslakivaliokunnan kyselemättömän arvovallan horjumista. Vaikka ehdotonta tai yleisesti ensisijaista auktoriteettia ei enää niin ollen olekaan, valiokunnalle on kuitenkin edelleen syytä antaa keskeinen asema suomalaisen normikontrollijärjestelmän kokonaisuudessa. Se on yksi tärkeimmistä toimijoista niissä moninaisissa oikeudellisissa käytännöissä, joissa jatkuvasti esitetään valtiosääntömme kannalta merkityksellisiä tulkintoja ja näiden tulkintojen perusteluja. Demokraattisena elimenä se tuottaa koko järjestelmän legitimitietin kannalta olennaisen vastapainon riippumattomien tuomioistuinten harjoittamalle yksittäistapaukselliselle kontrollille. Perustuslakivaliokunnan asemaa onkin syytä lähestyä siten kuin kansainvälisessä valtiosääntökeskustelussa viime vuosien kuluessa käynnistyneessä uusien normikontrollimuotoja koskevassa keskustelussa vastaavassa asemassa

olevia instituutioita on tavattu lähestyä: perustuslakivaliokunta on yksi olennaisen tärkeä toimija monien eri toimijoiden varaan rakentuvissa oikeudellisissa käytännöissä, joissa pyritään samanaikaisesti varmistamaan sekä valtiosääntöperiaatteiden mahdollisimman laaja-alainen ja tehokas toteutumien että oikeusjärjestyksen sisältöä koskevien päätösten mahdollisimman demokraattinen perusta. Vaikka perustuslakivaliokunta ei enää pystykään vetoamaan ehdottomaan auktoriteettiinsa, juuri vahva demokraattinen legitimitetti sekä erottaa perustuslakivaliokunnan muista institutionaalisista toimijoista että on omiaan antamaan sille erityisen painoarvon perustavalla tavalla kiistanalaisia valtiosääntöperiaatteita koskevassa keskustelussa. Perustuslakikontrollin ymmärtäminen tällä tavoin jatkuvana ja erilaistuneiden instituutioiden omista positioistaan käymänä keskusteluna eikä niinkään auktoriteetin varassa tapahtuvana pistemäisenä päätöksentekona asettaa samalla keskusteluun osallistujille tiettyjä työnjaollisia ja jaettua vastuuta korostavia vaatimuksia.

Jotta demokraattiseen oikeutukseen nojautuva perustuslakivaliokunta säilyttää sille kuuluvan arvovallan, sen on kuitenkin myös omilla puheenvuoroillaan kyettävä osoittamaan toimivansa nimenomaan *demokraattisena perustuslain tulkitsijana*. Toinen puoli perustuslakivaliokunnan arvovallan säilymisen edellytyksiä koskevaa vastausta on niin ollen liitettävä vaatimuksiin, joita on syytä asettaa perustuslakia koskevalle päätöksenteolle moniarvoisessa demokraattisessa yhteiskunnassa. Demokraattinen vastuu yhteiskunnan *yhteisesti* hyväksymiä ja *kaikille kuuluvia* oikeusperiaatteita koskevan perustuslain tulkinnassa ei nimittäin voi tarkoittaa sen alistamista puoluepoliittisin perustein tapahtuvalle tai muuten vain *rajatun* ihmisryhmän intressejä turvaamaan pyrkivälle instrumentaalille päätöksenteolle. Sen vuoksi on kysyttävä, millaista päätöksentekoa nimenomaan demokraattiseen legitimaatioon tukeutuvalta perustuslakikontrollilta on oikeastaan edellytettävä. Tältä osin pidän hyödyllisenä palata aiemmin tarkasteltuun *Jeremy Waldronin* kritiikkiin lakien perustuslainmukaisuuden vahvaa tuomioistuinkontrollia kohtaan.

Kuten esitin, Waldron rakentaa kritiikkinsä lähtökohdalle siitä, että moniarvoisessa yhteiskunnassa²⁶³ sekä menettelyjen että lopputulosten oikeudenmukaisuuteen liittyvät syyt perustelevat lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan jättämistä ensisijaisesti kokoonpanoltaan demokraattisille instituutioille ja vasta viimesijaisesti tuomioistuimille. Hän tähdentää erityisesti institutionaalisia kompetenssieroja. Poliittisesti ja moraalisesti hyvin merkittävät, usein yhteiskunnallisen vedenjakajan asemassa olevat perusoikeusratkaisut edellyttäisivät Waldronin mielestä normatiivisen perusuonteensa vuoksi mahdollisimman perusteellista, ideaalittyyppisesti kaikki asiaan vaikuttavat seikat huomioonottavaa ja niiden merkitystä syvällisesti puntaroivaa harkintaa. Tällainen harkinta ei kuitenkaan Waldronin mukaan tyyppillisesti kuulu tuomioistuinten ja niiden har-

²⁶³ Ks. Waldron 2006, s. 1346–1381.

joittaman oikeudellisen päätöksenteon perusmetodeihin. Pikemminkin juridiset menettelyt pyrkivät systemaattisesti muuttamaan oikeuksia koskevat tulkintakysymykset kysymyksiksi toimivallasta, tapaukseen soveltuvasta säännöksestä, asiaan vaikuttavista ennakkopäätöksistä ja niin edelleen. Ne toisin sanoen siirtävät sisällöllisen keskustelun moraalisesti ladattujen periaatteiden todellisesta merkityksestä syrjään ja korvaavat sen tapaukseen sovellettavan säännön paikantamiseen keskittyvällä juridisteknisellä analyysillä.²⁶⁴

En mene tässä enää Waldronin argumenttien yksityiskohtiin. Muistutan myös, etten pidä hänen perusoikeuksien tuomioistuinvalvonnan kritiikkiään kestäväenä. Sen sijaan katson sen soveltuvan perustuslakivaliokunnan kaltaisen oikeutukseltaan demokraattisen, mutta toimintaperiaatteiltaan legalistisen perustuslakivalvontainstituution kriittiseen tarkasteluun. Waldronin judicial review -kritiikki sisältää yhtäältä perusteellisen, sekä moniarvoisen yhteiskunnan piirteisiin että demokratiaperiaatteeseen palautuvan tuen perustuslakivaliokunnan kaltaisen edustuksellisen instituution erityiselle perustuslaintulkinta-arvovallalle. Tässä suhteessa hänen käsityksensä rinnastuvat perustuslakivaliokunnan aseman yleisestä oikeutuksesta meillä esitettyihin näkökantoihin. Toisaalta Waldronin argumentaatio haastaa suoraan suomalaisen valtiosääntödoktriinin toisen osan – nimittäin selväpiirteisen oikeudellisuuden perustuslakivaliokunnan ratkaisujen auktoriteetin takeena. Tässä Waldron pyrkii olemaan loppuun saakka suomalaista doktriinia johdonmukaisempi: perustuslakikontrolli on järjestettävä demokraattisesti ja tuon lähtökohdan on välityttävä suoraan myös kontrollin toteuttamistapaan. Se tiukan legalistinen argumentaatio, jota meillä on pidetty yleisesti valiokunnan tekemien ratkaisujen auktoriteetin edellytyksenä, näyttäytyy Waldronille itse asiassa yhtenä keskeisenä syynä arvostella lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinvalvontaa: demokraattisten menettelyjen tarkoituksena on nimenomaan mahdollistaa avoin ja julkinen keskustelu yhteiskunnan perustavista arvoista – ei häivyttää niitä koskevia valintoja oikeudellisen retoriikan taakse.

Jos Waldronin huomio kaikkine taustaperusteluineen otetaan myös suomalaisissa valtiosääntökäytännöissä vakavasti, perustuslakivaliokunnan ratkaisutoiminnan legitimitietin takeita tulisi myös valtiosääntöoikeuden piirissä arvioida uudelleen. Toisin kuin valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa usein esitetään, valiokunnan integriteettiä ei niin ollen tulisikaan pyrkiä nojaamaan tarkkarajaiseen oikeuslähdeoppiin, ennakoitavuuteen ja muihin yksiselitteisen juridisiksi tunnistettaviin kriteereihin, vaan pikemminkin demokratiaperiaatteesta, avoimesta sekä kaikki asiaan vaikuttavat seikat huomioimaan pyrkivästä argumentaatiosta ja huomattavasti tuomioistuimia joustavammasta oikeuslähdeopista liikkeelle lähtien. Perustuslakivaliokunnan arvovaltaa tulisi toisin sanoen vaalia, koska demokraattisena instituutioon nimenomaan sillä on tuo-

²⁶⁴ Waldron 2006, s. 1353.

mioistuu paremmat edellytykset tuottaa kiperiin valtiosääntöongelmiin asian laadun edellyttämät laaja-alaiset ja sisällölliset perustelut.²⁶⁵

Lienee kiistatonta, että legalismin kritiikki ja samalla esitetty vaatimus avoimesta, kaikki asiaan vaikuttavat seikat huomioon ottavasta argumentaatiosta asettaa perustuslakivaliokunnan toiminnalle varsin korkeat, uuden tyyppiset ja ehkä epärealistisetkin laatustandardit. Lainsäädännön kiivastahtisuus ei useinkaan jätä aikaa avoimelle ja asian perusteisiin menevälle keskustelulle. Se mitä nyt on konstruoitu, onkin syytä ymmärtää normatiiviseksi ideaaliksi. Sellaisenaan sen pätevyys ei riipu käytettävissä olevista resursseista, vaan ennen muuta siitä, kuinka hyvin konstruktio vastaa valtiosäännössämme tehtyjä normatiivisia perusratkaisuja.

Tällaisenaankin ideaalia on mahdollista hahmottaa lakien perustuslainmuokaisuuden valvontaa harjoittavien instituutioiden erilaisuutta koskevien näkökohtien valossa. Erityisesti kanadalainen *Kent Roach* on tuotannossaan kiinnittänyt erityistä huomiota juuri vuoropuhelua käyvien instituutioiden oikeudellisesti erilaisiin rooleihin.²⁶⁶ Tällöin yksittäisen instituution toimintaa tulisi arvioida ennen muuta sen toimintaa ensisijaisesti oikeuttavien valtiosääntöperiaatteiden valossa. Esimerkiksi demokraattinen lainsäätäjä täyttää sille kuuluvan perustuslakikontrollitehtävän parhaiten pyrkimällä toimimaan kuten demokraattiseen legitimaatioon perustuvan poliittisen instituution tuleekin toimia: niissä tapauksissa, jotka edellyttävät kannanottoa perusoikeuksien konkreettiseen merkitykseen, tuollaiset kannanotot tulisi pyrkiä esittämään avoimesti ja julkisesti argumentoiden sekä mahdollisimman universalisoitavissa oleviin periaatteisiin nojautuen. Sitä vastoin perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamista yksittäisissä tapauksissa valvovan tuomioistuimen toimintaa on syytä arvioida ensisijaisesti oikeusvaltio- ja vallanjakoperiaatteista käsin. Tällöin ratkaisevaa on, että tuomioistuin toteuttaa juuri käsillä olevassa yksittäistapauksessa relevantteja oikeuksia mahdollisimman tarkoin.

²⁶⁵ Tämä rationaalisen argumentaation vaatimukseen pohjautuva ratkaisuehdotus poikkeaa tietysti fundamentaalilla tavalla myös Outi Suvirannan perustuslain kiistanalaisuuden tuottamien ongelmien ratkaisuehdotuksesta. Suvirannan mukaan perustuslakivaliokunnan ei tarvitsisi ratkaista perustuslain ”yleispiirteisen ja joustavan sääntelyn” aiheuttamia kiistanalaisia tulkintaongelmia, joihin ei ilmeisestikään ”läheskään aina ole esitettävissä ainoata oikeata tai edes oikeusjärjestyksen kannalta selvästi parasta tulkintaa”. Sen sijaan Suviranta katsoo, että ”harmaa voisi pysyä harmaana ja suuri sali voisi ratkaista asian tavallisella lailla”. Kanta merkitsee sekä perustuslain alistamista enemmistödemokraattiselle päätöksenteolle että sen sisällön palautumista yksinomaan poliittisiin tahdonilmauksiin.

²⁶⁶ Ks. Roach 2004, s. 68-69.

4 Valtiosääntöinen managerialismi ja normatiivinen konstitutionalismi

4.1 SUOMALAINEN VALTIOSÄÄNTÖKÄSITYS JA PERUSTUSLAIN JOUSTAVUUDEN OLETUS

Edellä päädyttiin kritisoimaan legalistista perusoikeustulkintaa ja korostamaan demokratiaperiaatteen, avoimen ja kaikki asiaan vaikuttavat seikat huomioimaan pyrkivän argumentaation sekä tuomioistuimia joustavamman oikeuslähteopin merkitystä perustuslakivaliokunnan ratkaisutoiminnan legitimitetille. Tällaisen vaatimuksen kääntöpuolella on tietenkin valtiosäännön ja erityisesti sen perusoikeussäännösten *oikeudellisen sitovuuden* vaarantuminen. Modernin valtiosäännön tehtävänä ei ole vain oikeuttaa demokraattista päätöksentekoa vaan asettaa sille myös etukäteiset normatiiviset rajat. Mitä enemmän perusoikeuksien legitimiä sisältöä koskevat kriteerit lähestyvät poliittisen päätöksenteon normaaleja menettelyjä, sitä hankalampaa on osoittaa niitä normatiivisia kiinnekohtia, joissa perustuslain voidaan aidosti katsoa rajaavan poliittisen päätöksenteon mahdollisuuksia.

Tällaiset vaatimukset on syytä kohdistaa myös vahvaa demokraattista legitimitettä nauttivan perustuslakivaliokunnan toimintaan. Sen asema ei toisin sanoen voi perustua vain enemmistöperiaatteen tuottamalle oikeutukselle taikka edes asteen kunnianhimoisemmille demokraattisille ideaaleille yhteiskunnan perustavia arvoja koskevasta avoimesta ja julkisesta keskustelusta. Osana lakien perustuslainmukaisuutta toteuttavia valtiosääntöisiä menettelyjä sen on myös kyettävä osoittamaan perustuslakia koskevien tulkintaratkaisujensa oikeudellisuus, toisin sanoen se, etteivät tällaiset ratkaisut ole vain poliittisen tarkoituksenmukaisuusharkinnan sanelemia, vaan että ne perustuvat nimenomaan perustuslaista seuraaviin sisällöllisnormatiivisiin vaatimuksiin. Vain tällöin nimittäin poliittisen järjestelmän varassa toimiva, mutta oletusarvoisesti valtiosääntöoikeudellisia ratkaisuja tekevä instituutio voi säilyttää arvovaltansa myös niiden oikeudellisten käytäntöjen piirissä, jotka omassa toimivaltapiirissään harjoittavat samaa tehtävää. Voidaankin sanoa, että sekä poliittisten että oikeudellisten instituutioiden vuorovaikutukselle rakentuvat normikontrollijärjestelyt korostavat aineellisen valtiosäännön merkitystä oikeusvaltion perusteissa. Niin kuin *Tuori* on saksalaista valtiosääntökeskustelua lainaten todennut, valtiosääntöön nojautuva oikeusvaltio on sitoutunut ensisijaisesti oikeuteen, mutta ei ainoas-

taan oikeuden muotoon, vaan myös tiettyihin valtiosäännössä vahvistettuihin sisältöihin.²⁶⁷

Tässä kohtaa on syytä ottaa tarkasteluun eräs perustuslakivaliokunnan nykykäytännön keskeisimmistä ongelmista. Vaikuttaa nimittäin siltä, ettei perustuslakivaliokunnan harjoittama lakien perustuslainmukaisuuden valvonta ole eräistä legalistisista piirteistään huolimatta kyennyt riittävässä määrin pitämään kiinni perustuslain sisällöllistä sitovuutta koskevista vaatimuksista. Sen lausuntokäytäntöä voidaan eittämättä suurelta osin kuvata perustuslain kirjainta, sen esitöitä samoin kuin valiokunnan omassa käytännössä omaksumia tulkintasääntöjä tarkasti seuraavana toimintana. Tämä kuvaus ei kuitenkaan ole kaiken kattava. Konkreettisten ratkaisujen ja niissä esitettyjen argumenttien rinnalla valiokunnan käytännöt näyttävät nimittäin erityisesti kiperissä perustuslaintulkintakysymyksissä heijastelevan legalismille tyypillisen formalismin sijaan aivan toisenkaltaista valtiosääntöoikeudellista ideologiaa. Sitä voidaan kutsua formalistisen joustavuuden opiksi. Suomalaiselle perusoikeus- ja valtiosääntökäsitykselle on nimittäin ollut mitä tyypillisintä *lähtökohtainen sitoutuminen* tiukkaan valtiosääntöulkintaan silloin, kun kysymys on ollut perustuslain asettamista *muodollisista ja menettelyllisistä vaatimuksista*. Jos asia sen sijaan liittyy perustuslain julkiselle vallankäytölle asettamiin sisällöllisiin ehtoihin, tyypillisesti perusoikeuksien toteuttamiseen, ei sitovuutta ole ymmärretty yhtä ankarasti. Itse asiassa näyttää pikemminkin siltä, että valtiosääntöoikeutemme pitkänä linjana on eräänlainen etukäteen hiljaisesti tehty oletus perusoikeuksien viimekätisestä alisteisuudesta niille päämäärille, joita lainsäätäjä katsoo valitsemillaan keinoilla kulloinkin tarpeelliseksi edistää tai joiden toteuttamista poliittisen todellisuuden katsotaan muutoin edellyttävän: *kiperissä tapauksissa perustuslain sisältöjen pitää joustaa* ja antaa tilaa poliittiselle harkinnalle ja tilannekohtaisesti saavutettaville optimaalisille lopputuloksille, ei asettaa etukäiteisiä sisällöllisiä ehtoja taikka peräti esteitä tuolle harkinnalle.²⁶⁸ Perusoikeudet ovat tässä mielessä suomalaisessa valtiosääntökulttuurissa ytimeltään heikkoja norveja.

²⁶⁷ Ks. Tuori 1990, s. 128.

²⁶⁸ Jännite perustuslain normatiivista sitovuutta perustelevien ja toisaalta sen alisteisuutta poliittiselle vallalle osoittavien argumenttien välillä on valtiosääntöoikeuden klassisia teemoja, jonka pääargumentit konkretisoituivat selvimmilleen Hans Kelsenin ja Carl Schmittin viime vuosiosadan alkupuolen kiistassa siitä, kenelle valtiosäännön vartijan rooli kuuluu. Hans Kelsenille valtiosääntö oli tunnetulla tavalla puhtaan oikeudellinen ilmiö, jonka oma pätevyys perustui oletettuun perusnormiin ja joka itsessään takasi alemmanasteisten normien pätevyuden. Schmitt puolestaan näki asian täysin päinvastoin. Normi ei Schmittin mukaan voinut perustua toiseen normiin vaan yksinomaan tahtoon. Niinpä perustuslain lähtökohtanakaan ei ollut normi, vaan poliittinen valta, viime kädessä schmittiläisestä poikkeustilasta päättävä suvereeni. Schmittin ja Kelsenin kiistasta ks. Husa 2004a, s. 23–30. Suomalaisessa nykykeskustelussa vastaava jako toistuu ilmeisen selvästi Kaarlo Tuorin ”Oikeuden ratio ja voluntas”-teoksessa – sen nimestä alkaen. Ks. Tuori 2007.

Tällä valtiosäännön instrumentaalisuutta korostavalla opilla on historialliset taustansa, joita en muutamia yksittäisiä reunamerkintöjä lukuun ottamatta tässä käsittele. Suomalaisen valtiosääntö- ja perusoikeusajattelun nykytilan,²⁶⁹ tuon ajattelun heijastamien käytäntöjen sekä suomalaisen oikeuskulttuurin kansainvälistymishaasteidenkin kannalta kiinnostavampana voidaan nimittäin mielestäni pitää havaintoa siitä, että oppimme näyttäisi olevan perustavalla tavalla jännitteinen erään modernin valtiosääntö- ja ihmisoikeusajattelun perusoletuksen kanssa. Se merkitsee nimittäin konstitutionalismin keskeisen legitimeettifunktion kääntymistä nurin niskoin. Sen sijaan, että valtiosääntö ja valtiosääntöoikeudelliset käytännöt toimisivat sisällöllisenä rajoitteena poliittisen vallankäytön instrumentalismille, ne muuntuvatkin tällaisen vallankäytön määrämuotoiseksi oikeutukseksi.²⁷⁰

Pyrin seuraavassa konkretisoimaan formaalin joustavuuden ja sen taustalla olevan instrumentalismin tuottamisen mekanismeja käyttämällä hyväksi valtiosääntökulttuurimme sisältöä koskevia keskustelupuheenvuoroja sekä periaatteellisesti merkityksellisiä perustuslakivaliokunnan ratkaisuja. Konkretisoinnilla on sekä deskriptiivisiä että normatiivisiä tavoitteita. Tarkoitukseni on osaltaan kuvata niitä menettelyjä, joissa valtiosääntömme hiljaista ydintä uusinnetaan silloinkin kun ytimen lähtökohdat ovat ristiriidassa sekä perustuslain tekstissä että valtiosääntödoktriinimme julkilausutuissa lähtökohdissa tapahtuneiden muutosten kanssa.

Normatiiviset tavoitteet liittyvät puolestaan formaalin joustavuusdoktriinin ilmentämään valtiosääntöoikeudelliseen ajattelutapaan ja tuon ajattelutavan kritiikkiin. Nähdäkseni valtiosääntöoikeudellisten käytäntöjemme toimintalogiikka heijastaa vastaavaa oikeudellista ajattelumallia, jota *Martti Koskenniemi* on toisaalla luonnehtinut managerialistiseksi.²⁷¹ Managerialismi – Koskenniemen käsitteistössä – viittaa ennen muuta ajattelutapaan (mindset), joka on yhtäältä noussut hallitsevaan asemaan kansainvälisoikeudellisissa käytännöissä vastauksena globalisoituvan oikeuden fragmentoitumis- ja pluralisoitumistendensseihin, mutta joka toisaalta instrumentaalisuudessaan edustaa selvää vastakohtaa erityisesti *kantilaiselle* näkemykselle oikeuden velvoittavuuden kytkeytymisestä universaalin lain kautta mahdollistuvaan vapauteen ja autonomiaan.²⁷² Kansainvälisen oikeuden piirissä managerialistinen näkökulma ilmenee erityisesti kasvavana pyrkimyksenä ymmärtää oikeus erilaisten toimijoiden tarpeiden kompromissina. Samalla oikeutta hahmotetaan korostuneesti alakoh-

²⁶⁹ Ks. Tuori 2007, s. 253–275. Ks. myös Lämsineva 2006, s. 1177–1190 ja Viljanen 2005a, s. 1050–1064, Ojanen 2009a, s. 1106–1124 ja Husa 2009, s. 1141–1153.

²⁷⁰ Ks. instrumentalismin rajoista ja suhteesta oikeuteen myös Tuori 2007, s. 41–31, 26–129 ja 302–303.

²⁷¹ Ks. Koskenniemi 2007a, s. 15–17.

²⁷² Ks. Koskenniemi 2007a, s. 15–17. Ks. myös Koskenniemi 2007b, s. 1 ss. sekä Minkkinen 2002, s. 50–51.

taisten päämäärien, tavoitteiden ja asiantuntijuuden näkökulmasta: kansainvälisellä rikosoikeudella on omat tavoitteensa, omat instituutionsa, sen omien tavoitteiden toteuttamiseksi riittävän laajaksi oletettu soveltamisalansa sekä oma asiantuntijakulttuurinsa, jotka varmistavat, että tietty ongelma oikeudellistetaan, analysoidaan ja ratkaistaan tavalla, joka takaa *optimaaliset lopputulokset*.²⁷³

Pragmaattisesta orientaatiostaan huolimatta managerialismi jakaa tietyt hyvin olennaiset piirteet oikeuspositivistisen oikeuskäsityksen ja sen formalististen lähtökohtien kanssa. Sääntelyn päämäärät ja tavoitteet oletetaan tahtoon perustuviksi ja alakohtaisesti määrittyneiksi, eikä niillä sellaisenaan ole liityntää universalisoitavissa oleviin tavoitteisiin ja päämääriin. Vastaavasti päämäärien sekä tavoitteiden kääntyminen poliittisiksi preferensseiksi oletetaan ennalta määräämättömäksi, mikä vastaa analogisesti formalistisen oikeuskäsityksen ymmärrystä oikeussääntöjen ja tahdon välisestä suhteesta. Myös managerialistisesti toteutettu alakohtaisten oikeuspoliittisten preferenssien soveltaminen yksittäisiin tapauksiin muistuttaa läheisesti oikeussääntöjen soveltamista. Kun yksittäisille preferensseille on osoitettavissa poikkeuksia ja vastapreferenssejä, kuten säännöillekin, konkreettisesti ratkaisutilanteessa määräävimmäksi muodostuu kysymys siitä, kenellä on asiassa päätöksentekovalta.²⁷⁴

Koskenniemen analyysiä ja erityisesti siihen sisäänrakentunutta jännitettä managerialismin ja yleistettävyyssprinsiipeille rakentuvan kantilaisen konstitutionalismin välillä voidaan soveltaa myös valtiosisäisiin prosesseihin, valtiosääntö mukaan lukien. Managerialistinen perspektiivi perustuslakiin ja valtiosääntöoikeudellisiin käytäntöihin tyypistää perustuslain ja perusoikeuksien merkityksen kysymykseksi asianmukaisesta säätämisyjärjestyksestä ja terminologisesta hienosäädöstä, hakee tulkintaratkaisuille vastausta avoimen sisällöllisen ja periaatteellisen argumentaation sijaan auktoritatiivisista tulkinnoista, dogmatiikasta ja alakohtaisesta asiantuntijakulttuurista,²⁷⁵ näkee perusoikeudet viime kädessä samanlaisina intressikalkyylien kohteena kuin mitkä tahansa muut painavat yhteiskunnalliset intressit, ja alistaa valtiosääntöä ja sitä koskevat käytännöt lopulta yhteiskunnan kokonaisuuteen tai muuhun poliittiseen projektiin liittyvien intressien toteuttamisen välineeksi. Samalla oikeus liudentuu tekniikaksi ja muodoksi, joka sekä mahdollistaa vallankäytön että tuottaa sille oikeutavan fasadin. Koskenniemen sanoin:

”When managerial mindset in its formalistic mode imagines itself as law, it becomes a particularly unreflective version of legal literalism. When thoroughly managerialized, it turns into rule by experts managing those practi-

²⁷³ Ks. Koskenniemi 2007a, s. 13–14 ja Koskenniemi 2007b, s. 5–6.

²⁷⁴ Ks. Koskenniemi 2007b, s. 16–17.

²⁷⁵ Kritiikin kohteet vastaavat tässä Thomas Wilhelmssonin aiemmin esittämiä huomioita. Ks. Wilhelmsson 2003, s. 88–89.

ces, that is into unreflective support of the structural bias within particular expert discourse.”²⁷⁶

Kuten Koskenniemi painottaa, ongelma on siinä, että juuri tällaisen instrumentaalisen vallankäytön ja olemassa olevien valtasuhteiden kritiikki on ymmärretty konstitutionalististen ideoiden perustehtäväksi Kantista lähtien.²⁷⁷ Moderni konstitutionalismi ymmärrettynä kantilaisittain pikemminkin vallitseviin valtakäytön muotoihin kohdistettuna universalisoivana kriittisenä ajattelutapana kuin oikeusjärjestyksen hierarkkisena arkkitehtuurina edustaakin Koskenniemelle managerialistisen perusasenteen kriittistä vastinparia. Sama koskee tässäkin esitettyä. Päinvastoin kuin suomalainen valtiosääntökäsitys ainakin sen formaalis-pragmaattisissa lähtökohdissaan näyttää olettavan, lähdän siitä, että konstitutionalismi – vakavasti otettuna – edellyttää *viime kädessäkin* universalisoivaa *kriittis-normatiivista asennetta* suhteessa olemassa oleviin poliittisiin valtakäytäntöihin ja niiden instrumentalistisiin mekanismeihin.²⁷⁸

4.2 MANAGERIALISMIN TAUSTA: PRAGMATISMI JA FORMALISMI SUOMALAISESSA VALTIOSÄÄNTÖDOKTRIINISSA

4.2.1 Perustuslain joustavuus

Miten sitten managerialismi ilmenee suomalaisessa valtiosääntökäsityksessä sekä sitä ilmentävissä käytännöissä? Valtiosääntökäytäntömme ovat ensinnäkin olleet formalistisia siinä, että meillä on suhtauduttu varsin tiukasti perustuslain *muodolliseen* sitovuuteen. Siltä osin kuin kysymys on ollut perustuslain erityisestä hyväksymis- ja muuttamismenettelystä ja näiden menettelyjen tuottamasta erityisestä pysyvyydestä taikka esimerkiksi siitä, millaisia menettelyllisiä rajoja perustuslain katsotaan asettavan kansansuvereenisuuden käytölle ja lainsäätäjän poliittiselle päätöksenteolle, olemme historiallisestikin arvioiden varsin lähellä länsimaisen konstitutionalismen yleisiä peruslähtökohtia.²⁷⁹ Tässä suhteessa esimerkiksi perustuslakiuudistuksen esitöihin sisältyvillä lausumilla perustuslain hierarkkisesta ylemmänasteisuudesta, sen asemasta muun oikeus-

²⁷⁶ Koskenniemi 2007a, s. 17.

²⁷⁷ Ks. Koskenniemi 2007a, s. 31–32.

²⁷⁸ Ks. myös Koskenniemi 2007a, s. 35–36. Ks. lisäksi Günther 1999, s. 117–144. Klaus Günther pyrkii hahmottamaan ihmisoikeuksien universalismin intersubjektiivisen dialogin vaatimuksena ja vastaavasti oikeudet normatiivisina kiinnekohtina, jotka sekä antavat niihin vetoaville ”äänen” että pakottavat meidät ymmärtämään toisen kärsimyksen myös meitä koskevaksi. Ks. Günther 1999, s. 119–123. Vrt. Koskenniemi 1999, s. 100–102.

²⁷⁹ Ks. Jyränki 1989, s. 18.

järjestyksen perustana ja perustuslain tekstin erityisestä pysyvyydestä²⁸⁰ on selvä vastineensa myös suomalaisten valtiosääntökäytäntöjen historiallisessa todellisuudessa ja tuon todellisuuden heijastamassa valtiosääntökäsityksessä.

Formalismi ei kuitenkaan ole koskaan ollut suomalaisen valtiosääntöajattelun ainoa hallitseva piirre. Oikeastaan päinvastoin. Formalismia täydentää vähintään yhtä määräävästi sen kanssa osin ristiriitainen oletus siitä, ettei perustuslain oikeastaan kuulu asettaa *loppuun saakka* sitovia etukäteisiä *sisällöllisiä* rajoja poliittiselle päätöksenteolle. *Antero Jyränki* on palauttanut tämän kaksinaisuuden historiallisessa katsannossa yhtäältä vanhaliberaalien ylikorostettuun legalismiin ja varallisuus oikeuksien suojaan, toisaalta hegeliläisten fenomenanien joustavuusvaatimuksiin, jotka saavuttivat jo varhain tärkeän roolin valtiosääntöajattelumme lähtökohdissa.²⁸¹ Tämän historiallisen taustan sekä eittämättä myös hyvinvointivaltiollisen²⁸² samoin kuin parlamentaarista suvereenisuutta ja lain välineellisyyttä korostavan lainsäädännöllis-positivistisenkin²⁸³ oikeuskäsityksen jatkumona perustuslain sitovuus hahmotetaan meillä edelleen tärkeässä suhteessa toisin kuin länsimaisessa konstitutionalistisessa perinteessä on viimeistään II maailmansodan jälkeen yleensä ajateltu. Niinpä samalla perustuslakiesityksen aukeamalla, jossa äsken viitatulla tavalla ensin korostetaan perustuslain erityistä pysyvyyttä ja sitovuutta, heti perään tuodaan esiin täysin tälle ideologialle vastakkaisia näkökohtia. Joustavuusideologian hallintaa selkeimmin valtiosääntöjärjestelmässämme kuvaavan *poikkeuslaki-instituution* säilyttämiseen päädyttiin esityötekstin mukaan ensisijaisesti siksi, että järjestelmä mahdollistaa valtiosäännön joustamisen silloin, kun poliittinen todellisuus sitä vaatii. Jos nimittäin poikkeamismahdollisuutta ei olisi käytettävissä, ”olisi välttämättömät poikkeamistilanteet otettava huomioon itse perustuslain tekstissä”.²⁸⁴

Näin ”poikkeamistilanteiden välttämättömyys” nousee tavallaan kuin varkein konstitutionalismien rajoja määrittäväksi perusoletukseksi. Vaikka poikkeuslaki-instituutiossa konkretisoituva formalistisen sitovuuden ja pragmatistisen jouston välinen yhdistelmä määritteli etenkin 1990-lukua edeltänyttä valtiosääntöajatteluumme ja sen institutionaalisia perusratkaisuja, olisi virheellistä olettaa, ettei tällä perusasetelmalla olisi enää merkitystä perus- ja ihmisoikeuskulttuurin murroksen²⁸⁵ ja konstitutionalisoitumispuheen²⁸⁶ jälkeisessä Suomessa. Itse asiassa sama ideologia näyttää olevan varsin keskeinen osa nykyisin

²⁸⁰ Ks. HE 1/1998 vp, s. 34.

²⁸¹ Ks. Jyränki 1989, s. 540.

²⁸² Ks. Scheinin 2001, s. 245.

²⁸³ Ks. Jyränki 2003, s. 285.

²⁸⁴ HE 1/1998 vp, s. 35.

²⁸⁵ Ks. erit. Scheinin 1991.

²⁸⁶ Ks. esim. Lämsineva 2004, s. 274–278 ja Viljanen 2002, s. 25–37. Konstitutionalisoitumiseen epäillen suhtautuvista puheenvuoroista ks. Tuori, s. 936–940 ja Husa 2007, s. 202.

vallalla olevaa valtiosääntöoikeudellista ajattelumallia – ainakin mitä tulee perustuslakivaliokunnan toimintaan. Kuten esimerkiksi perustuslakivaliokunnan eniten kuulema asiantuntija, *Mikael Hidén*,²⁸⁷ on käsittääkseni aivan oikein kuvannut, perusoikeuksien yleisen rajoitustestin painopiste on edelleen itse asiassa muualla kuin perusoikeuksien suojan materiaalisen rajan asettamisessa ja sen noudattamisen valvonnassa. Valiokunnan toiminnassa painottuvat nimittäin erityisesti laintasoisuuden, täsmällisyyden ja oikeusturvan toteuttamisen vaatimukset, kun taas sisällölliset rajoitustestin osat kuten hyväksyttävyy-, oikeasuhtaisuus- ja ydinalueen suojaa koskevat vaatimukset ovat merkitykseltään vähäisemmässä roolissa.²⁸⁸ Toisen valiokunnan säännönmukaisesti kuuleman asiantuntijan, *Veli-Pekka Viljasen*,²⁸⁹ havainto siitä, etteivät perusoikeudet ole juurikaan estäneet lainsäädäntöhankkeiden läpiviemistä sinänsä, vaan kysymys on ollut ennen muuta hienosäädöstä,²⁹⁰ nähdäkseni vain vahvistaa Hidénin merkilepanoja. Perustuslakivaliokunnan harjoittaman perustuslakikontrollin pääasiallinen merkitys näkyy valtiosääntöteknisenä tarkastustoimintana – ei lain päämäärien ja keinojen hyväksyttävyyden ja oikeasuhtaisuuden perinpohjaisena arvioimisena.

Perustuslakivaliokunta on esimerkiksi äärimmäisen harvoin kieltäytynyt pitämästä lakiehdotuksen tavoitteita hyväksyttävinä,²⁹¹ mikä sinällään voi tietenkin olla osoituksena myös lainvalmistelun ja lainsäädäntöhankkeita koskevien tavoitteenasettelujen asianmukaisuudesta. Silti kaksi jäljempänä esille nostettavaa perustuslakivaliokunnan lausuntoa ovat omiaan osoittamaan niitä kyseenalaisia piirteitä, joita valiokunnalla hyväksyttävyyksivaatimuksen soveltamiskäytäntöön liittyy. Huomattavaa myös on, että vaikei konkreettista oikeuskäytäntöä varmasti tarvita sen osoittamiseen, että kidutusta tulee pitää valtiosääntökulttuurissamme kaikissa olosuhteissa ehdottomasti kiellettyinä, esimerkiksi ydinalueen koskemattomuuden suojan merkitys on jäänyt meillä kokonaan vaille todellista, lainsäätäjän harkintavallan viime kädessä estävää funktiota. Perustuslakivaliokunnan käytännössä ydinalueen koskemattomuutta käytetään nimittäin yksinomaan perusoikeuksien funktioiden kannalta käänteisessä merkityksessä – osoittamaan lainsäätäjän harkintavallan laajuutta perusoikeuden ydinalueen ulkopuolelle sijoittuvalla sääntelyalueella.²⁹² Eräiden perustuslakivaliokunnan lausuntojen perusteella voidaan itse asiassa lähteä siitä, ettei val-

²⁸⁷ Ks. Sasi 2009, s. 158.

²⁸⁸ Ks. Hidén 2002, s. 1183.

²⁸⁹ Ks. Sasi 2009, s. 158.

²⁹⁰ Ks. Viljanen 2001, s. 356–357 ja Viljanen 2005, s. 1062.

²⁹¹ Ks. kuitenkin PeVL 34/2004 vp, jossa valiokunta katsoi, etteivät nuorisorangaistusjärjestelmän alueellisen kokeilun jatkamiselle esitetyt sääntelyn täytäntöönpanoon liittyvät sinänsä vähäiset taloudelliset syyt muodostaneet hyväksyttävää perustetta edes poikkeuslakimenettelyn käyttämiselle.

²⁹² Ks. esim. PeVL 29/2008 vp.

tiosääntödoktriinimme oikeastaan tunnusta perusoikeuksien ydinaluetta niiden rajoitusten rajana – ei ainakaan tiettyjen perusoikeuksien kohdalla.²⁹³ Oikeasuhtaisuusvaatimus puolestaan konkretisoituu yleensä lakiehdotuksen sanamuotojen täsmentämistä ja tarkkarajaisamista koskeviksi vaatimuksiksi. Sen sijaan perustuslakivaliokunnan käytännössä ei havaintojeni mukaan ole merkkejä siitä, että suhteellisuustestin soveltamisessa operoitaisiin tosiasiallisesti esimerkiksi saksalaismallisella kolmiportaisella suhteellisuusvaatimuksella, jota Veli-Pekka Viljanen piti väitöskirjatutkimuksessaan ongelmitta myös Suomeen soveltavana.²⁹⁴

4.2.2 Joustavuuden selitykset

Perusoikeusrajoitusten sisällöllisiä rajoja tarkkaavien hyväksyttävyyttä, ydinalueen suojaa ja suhteellisuutta koskevien vaatimusten hampaattomuutta voidaan selittää usealta suunnalta. Mikael Hidén on vedonnut tässä kohtaa poliittisiin realiteetteihin. Kun enemmistöhallitus esittää lainmuutosta, on hänen mukaansa hyvin epätodennäköistä, että eduskunnassa ja perustuslakivaliokunnassa päädyttäisiin katsomaan, ettei ehdotukselle ole riittävän painavia yhteiskunnallisia perusteita.²⁹⁵ Toisentyypinen selitys tarjoutuu valtiosääntöoikeuden yleisten oppien suunnalta. Suomalaisiin perusoikeuskäytäntöihin vaikuttaa nimittäin juurtuneen yllättävän syvälle oletus siitä, että mikä tahansa liityntä perusoikeuksien suojaamiseen – olkoon se kuinka hypoteettinen tahansa – riittää osoittamaan sääntelyn päämääräksi perusoikeuksien turvaamisen. Tai Kaarlo Tuorin kriittisesti esittämää huomiota seuraten: suomalaisissa valtiosääntökäytännöissä näytetään voitavan aina argumentoida, että ”yleinen turvallisuus on yksittäisten henkilökohtaisten turvallisuuksien summa” ja että yleisen turvallisuuden toteuttamisessa on niin ollen aina kyse myös perusoikeutena turvatun henkilökohtaisen turvallisuuden toteuttamisesta.²⁹⁶

Tuorin kritiikki fokusoi erityisesti perustuslakivaliokunnan ja osin valtiosääntöoikeudellisen doktriininkin kyvyttömyyteen pitää erillään yhtäältä kollektiivisia intressejä ja toisaalta perusoikeuksia perustelevia argumentteja. Hän kiinnittää tältä osin huomiota perustavaan eroon yhtäältä *Robert Alexyn* ja toisaalta *Ronald Dworkinin* perusoikeusteorioiden välillä. Molemmat teoreetikot ovat suomalaisessa keskustelussa olleet avainasemassa niin perus- ja ihmisoikeuksia koskevien argumenttien oikeudellisuutta koskevissa perusteluissa kuin oikeuksiin liittyvien punnintatilanteiden analyysissä. Suomalaiselle keskuste-

²⁹³ Ks. myös Jyränki 2003, s. 489–490. Ks. myös esim. PeVL 30/2009 vp, ja siinä sosiaalityöntekijän oikeudesta lukea lapselle osoitettu kirje lausuttu.

²⁹⁴ Ks. Viljanen 2001, s. 212–213.

²⁹⁵ Ks. Hidén 2002, s. 1182–1183.

²⁹⁶ Ks. Tuori 2002a, s. 108. Vrt. Viljanen 2001, s. 172.

lulle on kuitenkin ollut tyypillistä kaksi seikkaa. Ensinnäkään niissä ei aina ole käsitelty teorioiden välisiä periaatteellisen tason eroja.²⁹⁷ Toiseksi suomalaiset tutkijat ovat yleensä olleet taipuvaisia sitoutumaan nimenomaan Robert Alexyn kirjaamiin lähtökohtiin ja erityisesti alexyläiseen ajatukseen perusoikeusperiaatteiden soveltamisesta eräänlaisena valtiosääntöoikeudellisena optimointina, jossa kaikki kilpailevat periaatteet pyritään toteuttamaan oikeudellisten ja tosiasiallisten mahdollisuuksien puitteissa mahdollisimman suuressa määrin. Näin on tehty silloinkin, kun Alexyn kriittinen tarkastelu osoittaisi samassa yhteydessä julkilausuttujen lähtökohtien olevan lähempänä Dworkinin kuin Alexyn lähtökohtia.²⁹⁸

Robert Alexyn käsitteistössä punninta ei nimittäin koostu mistään muusta kuin kilpailevien periaatteiden välisestä optimoinnista,²⁹⁹ joka puolestaan saa sisältönsä kaikkia periaatteita koskevasta yleisestä punnintalaista. Perustuslaista nimenomaisesti luettavissa olevat samoin kuin perusoikeussäännöksistä johdettavissa olevat oikeudet³⁰⁰ ovat punninnassa analyttisesti samalla viivalla kuin sellaiset kollektiiviset tavoitteet, kuten kansallinen turvallisuus, joihin tavallisesti viitataan säädettäessä esimerkiksi perusoikeuksiin lailla rajoituksia. Molemmat, sekä perusoikeuksiin että kollektiivisiin tavoitteisiin liittyvät periaatteet saavat oikeudellisessa päätöksenteossa hahmonsäilyksenä optimointikäskynä, joiden noudattamisvelvollisuus määräytyy konkreettisesti tilanteesta oikeudellisten ja tosiasiallisten mahdollisuuksien mukaan sen perusteella, mitä kunakin periaatteen noudattamisen *tärkeys* ja niihin puuttumisen *intensiteetti* punnintalain mukaisesti edellyttää.

Punninnassa ei toisin sanoen voida etukäteen rajata yhtäkään arvottavaa kriteeriä punninnan ulkopuolelle,³⁰¹ ja kaikkiin niihin tulee soveltaa punnintalakia. Alexyn teoriaa kohtaan on tästä syystä esitetty muualla voimakasta kritiikkiä. Esimerkiksi *Habermasin* mukaan optimointikäskyn idea poistaa perusoikeuksilta oikeusnormeille ominaisen pitämisloukkuvuuden ja muuntaa perusoikeuksia koskevan ratkaisuharkinnan tavoiterationaaliseksi punninnaksi erilaisten yhteiskunnallisesti merkittävien arvojen välillä.³⁰² Tästä taas on kaksi seuraus-

²⁹⁷ Ks. kuitenkin Tuori 2002b, s. 91–92 ja Miettinen 2001, s. 68–75.

²⁹⁸ Ks. erit. Scheinin 1991, s. 30–31, jossa näytetään sivuutettavan kokonaan Alexyn kanta siitä, että perusoikeudet ovat *normeina* aina optimointikäskyjä, eivät koskaan sääntöjä (Alexy 1986, s. 122–125, vrt. osin myös Viljanen 2001, s. 12–13.) Vastaavasti Viljanen näyttää yhtäällä sitoutuvan alexyläiseen ajatukseen perusoikeuksista optimointikäskynä, jotka niin ollen olisivat lähtökohtaisesti samassa asemassa kuin muutkin painavat yhteiskunnalliset päämäärät (Alexy 1986, s. 145–154), mutta toisaalla sitoutuvan kuitenkin lähtökohtaan siitä, että kollektiivisten intressien painavuudelta on syytä edellyttää erityistä painavuutta ja hyvin konkreettista liityntää ehdotettuun sääntelyyn (Viljanen 2001, s. 184–190).

²⁹⁹ Ks. Alexy 2005, s. 573.

³⁰⁰ Ks. Alexy 2002, s. 31–38.

³⁰¹ Ks. Alexy 2002, s. 92.

³⁰² Ks. Habermas 1996, s. 254.

ta: perusoikeudet menettävät merkityksensä poliittisen päätöksenteon rajana ja samalla valtiosääntöoikeudellisena esitetty ratkaisuharkinta muuntuu tosiasiallisesti puhtaaksi yhteiskuntapoliittiseksi päätöksenteoksi. Suomessa samaan ongelmaan ovat kiinnittäneet huomiota myös *Hannu Tolonen* ja – kuten todettua – *Kaarlo Tuori*. Tolosen mukaan periaatteiden ymmärtäminen optimointikäskyksi hämärtää oikeusperiaatteiden erot yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin.³⁰³ Tuori puolestaan kritisoi voimakkaasti Alexyn tapaa asettaa yksilöllisiä oikeuksia perustelevat periaatteet ja kollektiiviset hyvät periaatteiden kohteina samalle viivalle.³⁰⁴

Kun valtiosääntödoktriinimme alexyläiset taipumukset yhdistetään suomalaisessa valtiosääntökäsityksessä perinteisesti ylläpidettyihin oletuksiin lainsäätäjän suvereenisuuden ulottumisesta myös perustuslain sisältöä koskeviin oletuksiin, perusoikeusvalvonta on vaarassa menettää normatiivisen ytimensä nimenomaan oikeusnormeihin perustuvana valvontana. Niinpä ei liene sattumaa, että perustuslakivaliokunnan kontrollitoiminnan perusprinsiipiksi tapaa valtiosääntöoikeudellisissa käytäväkeskusteluissa määrityä oletus lainsäätäjän suvereenisuudesta (”lainsäätäjän pitää saada säätää laki”) samalla kun kiperien tapausten ongelmaa lähestytään mieluummin eräänlaisena ”selviytymistaisteluna” kuin oikeuksien vakavasti ottamisen testinä. Näin perustuslakivaliokunnan tehtäväksi tulee – viime kädessä – tuottaa kokonaisharkintaan ja lainsäätäjän suvereenisuuteen nojautuvia, mutta juridisteknisesti ja dogmaattisesti oikein toteutettuja valtiosääntöoikeudelliseen asiantuntijatietoon perustuvia ratkaisuja silloinkin, kun kokonaisuuden kannalta paras ja hallituksen esitykseen sisältyvän lainsäädäntöhankkeen mukainen ratkaisu näyttää selvästi olevan ristiriidassa perustuslain sisällöllisten perusratkaisujen kanssa. Tätä on valtiosääntömanagerialismi.

On syytä korostaa kontrastia yhtäältä näin hahmottuvan suomalaisen valtiosääntökäsityksen erään piirteen ja toisaalta mannereurooppalaisen valtiosääntöajattelun ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten peruslähtökohtien välillä. Esimerkiksi saksalaisessa oikeuskulttuurissa nimenomaan oikeasuhtaisuuden vaatimus muodostaa valtiosääntöoikeudellisen kontrollin ydintestin,³⁰⁵ jopa niin, että Saksan valtiosääntötuomioistuin on esittänyt oikeasuhtaisuuden vaatimuksen perustuvan suoraan jo perusoikeuksien luonteeseen sinänsä.³⁰⁶ Samalla tavoin kuvaavaa myös on, että Saksan perustuslaki kieltää nimenomaisesti poikkeuslakimenettelyn (79 art. 1 k.) sekä kieltää esimerkiksi puuttumasta missään tapauksessa perusoikeuksien ydinsisältöön (19 art. 2 mom.). Tämän seurauksena tietyn rajan ylittäviä perusoikeusrajoituksia ei voida lainkaan toi-

³⁰³ Ks. Tolonen 1989, s. 360–361.

³⁰⁴ Ks. Tuori 2002b, s. 91.

³⁰⁵ Ks. Alexy 1986, s. 100–104.

³⁰⁶ Ks. esim. Saksan valtiosääntötuomioistuimen ratkaisu 15.12.1965, 1 BvR 513/65 k. 2, BVerfGE 19, 342.

meenpanna, ellei samalla muuteta itse perustuslain tekstiä. Merkittävin säännös juuri tässä suhteessa on tietysti Saksan perustuslain 79 artiklan 3 kohdan ns. ”ikuisuustakuu”, joka kieltää kajoamista Saksan liittovaltiotakenteeseen sekä Saksan perustuslain 1 artiklassa todettuun ihmisarvon loukkaamattomuuden ja ihmisoikeuksien kunnioittamisen periaatteeseen sekä 20 artiklassa määriteltyihin demokraattisen ja sosiaalisen liittovaltion periaatteisiin edes perustuslain nimenomaisin muutoksin.

Kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa vahvistetut ehdottomat, esimerkiksi kidutuksen ja epäinhimillisen kohtelun kiellon tavoin ilman rajoituslauseketta kirjoitetut oikeudet, joista ei myöskään saa edes poikkeusoloissa poiketa, toteuttavat osaltaan samaa perusideologiaa. Kuten *Martin Scheinin* on osuvasti todennut, vaikka ehdottomien kieltojen ja oikeuksien ydinalueiden soveltamisala saattaa olla varsin kapea, tällaiset kiellot ja niissä tiivistyvä punninnan periaatteellinen torjunta on eräs ihmisoikeusajattelun kulmakivistä.³⁰⁷ *Jeremy Waldronin* sanoin, kidutuksen kiellon kaltaiset ehdottomat kiellot ovat eräänlaisia oikeudellisia ”arkkityyppejä”, jotka kytkevät oikeuden ihmisarvoisuuteen ja joiden luudentamisella olisi dramaattisia seurauksia niin poliittiselle identiteettillemme kuin koko oikeusjärjestyksellekin.³⁰⁸ Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa usein esiintyvä oikeuksien vakavasti ottamisen teesi on mahdollista ymmärtää nimenomaan tämän idean johdannaisena. Oikeuksien vakavasti ottamisesta voidaan puhua vasta sitten, kun kiperät tapaukset ratkaistaan viime kädessä oikeuksia perustelevien periaatteiden nojalla, eikä alistettuna yhteiskunnan kokonaisetua koskeville laskelmille tai muille instrumentaalisille valinnoille³⁰⁹, koska vain näin ihmistä kyetään oikeudellisissa menettelyissä kohtelemaan päämääränä sinänsä.

Kansainvälisen ihmisoikeusajattelun normatiiviseen ytimeen kuuluvat ehdottomat kiellot, oikeuksien vakavasti ottamisen teesi samoin kuin saksalaiseen valtiosääntödoktriiniin elimellisesti kuuluvat ehdottomat kiellot tekevät näkyviksi suomalaisen valtiosääntömanagerialismin vaihtoehtoja. Viittaus vaihtoehtoisuuteen ei tarkoita, että managerialistinen joustavuus olisi Suomen valtiosäännön koko kuva tai ettei oikeuksia meillä otettaisi koskaan vakavasti. Suomalaiseenkin valtiosääntödoktriiniin sisältyy oppi ehdottomista kielloista ja perusoikeuksien ydinalueen suojasta. Perusoikeuksien rajoitettavuus määräytyy sekä sisällöllisiä että muodollisia elementtejä sisältävän rajoitustestin välityksellä.³¹⁰ Samoin poikkeuslaki-instituution merkitys on poikkeuslakien välttämisen periaatteen myötä kiistatta muuttunut.³¹¹ Edelleen selvää on, että perusoi-

³⁰⁷ Ks. Scheinin 2008, s. 205.

³⁰⁸ Ks. Waldron 2005, s. 1726–1728.

³⁰⁹ Tästä oikeuksien vakavasti ottamisen teesistä ks. Dworkin 1978, s. 90. Ks. myös Tuori 2002b, s. 91.

³¹⁰ Ks. erit. Viljanen 2001.

³¹¹ Ks. Viljanen 1999, s. 962.

keuskulttuurin murros, perustuslakiuudistus ja niiden myötä kehittyneet institutionaaliset uudistukset ovat muutenkin vaikuttaneet suomalaiseen valtiosääntökäsitykseen perusoikeuksien merkitystä vahvistavasti.³¹² Näiden sinänsä perusteltujen dogmaattisten lähtökohtien ja yleisen tason kuvausten ei kuitenkaan pitäisi estää meitä katsomasta kolikon kääntöpuolelle, toisin sanoen niihin konkreettisiin käytäntöihin, joissa valtiosääntömme perustavia normatiivisia lähtökohtia ja niiden kestävyyttä *erityisesti* mitataan.

4.3 MANAGERIALISMI KÄYTÄNNÖSSÄ

4.3.1 Perustuslakikontrolli ja formaalin joustavuuden nykykonkretisaatit

Perustuslakivaliokuntaa voidaan epäilemättä pitää nykyäänkin suomalaisten valtiosääntökäytäntöjen keskeisimpänä instituutiona. Nimenomaan sen tekemät tulkinnot ja sen käytännössä omaksumat metodologiset valinnat vaikuttavat selvimmin suomalaisen valtiosääntökäsityksen kehitykseen. Merkitystä tässä suhteessa on myös sillä, että valiokunnan suorittamaa lakien perustuslainmukaisuuden ennakkovalvontaa pidetään valtiosääntöoikeudellisissa käytännöissä yleensä varsin hyvin toimivana järjestelynä.³¹³ Tätä arviota ei sinänsä ole syytä epäillä, vaikei varsinaista laajamittaista empiiris-normatiivista tutkimusta järjestelmämme toiminnasta olekaan tehty. Esimerkiksi Veli-Pekka Viljanen on kuitenkin todennut valtiopäivillä 2002 annettujen lausuntojen perusteella kontrollin toimivan ainakin siltä osin, kuin kriteerinä käytetään säätämisyjärjestyksen kannalta merkityksellisten huomautusten suhteellista osuutta. Valiokunta ei Viljasen analyysin perusteella toimi pelkkänä leimasimena, joka arvovallallaan siunaa oikeudellisesti sen, mitä hallitus poliittisin perustein esittää. Viljasen mukaan nimittäin niistä 64 lausunnosta, jotka perustuslakivaliokunta kyseisillä valtiopäivillä antoi, säätämisyjärjestykseen vaikuttavia valtiosääntöongelmia havaittiin 28 tapauksessa. Pääosa ongelmista koski perusoikeuksia (24 lausuntoa).³¹⁴ Vastaavantyyppistä tukea saadaan myös jo edellä viitatuksi tulleista valtiosääntöoikeudellisista käytäväpuheista. Niissä esitetyn yleisarvion mukaan valiokunnan ratkaisuihin 95 % on varsin perusteltuja, ”all things considered” oikeaan osuneita.

Toisaalta 95 % ei ole 100 %, eikä oikeudellisten instituutioiden legitimitettiin ratkaista sillä, että määrällisesti suurinta osaa niiden ratkaisuihin voidaan rajatun asiantuntijaeliitin mielestä pitää hyväksyttävänä. Jos nimittäin kävisi ilmi,

³¹² Ks. Lämsineva 2002, s. 35–90.

³¹³ Ks. myös esim. HE 1/1998 vp, s. 29.

³¹⁴ Ks. Viljanen 2005a, s. 1061–1062.

että kyseenalaiset viisi prosenttia olisivat samalla periaatteellisesti kaikkein tärkeimpiä, siis jos perustuslakikontrolli kompastelisi juuri silloin, kun vaatimukset sen legitimiisyydestä ja oikeellisuudesta ovat korkeimmillaan, asettuu koko instituution toiminta lopulta alttiiksi varsin vakavalle kritiikille.

Perustuslakivaliokunnan kiperien tapausten ansioluettelo on syytä tarkastella tässä valossa. Perusoikeusuudistuksen jälkeen valiokunta on muun muassa katsonut sisällöllisesti perustuslainmukaisiksi lait, jotka asettavat ihmisiä seksuaalisen suuntautuneisuuden perusteella eri asemaan perhesuhteisiin ja hedelmöityshoitoihin liittyvissä kysymyksissä, koska kyse on ”yhteiskunnan tulevaisuuteen ja arvoihin liittyvistä ratkaisuista”.³¹⁵ Niin ikään valiokunta on hyväksynyt sotilaallisten voimakeinojen käytön terrorismirikosten estämisessä ja torjunnassa ilmaisematta kuitenkaan selvästi, ettei voimakeinojen käyttö saa perustuslain valossa merkitä sivullisten menehtymistä³¹⁶, sallinut alueellisen nuorisorangaistuskokeilun jatkamisen poikkeuslakina huolimatta asiaan liittyvistä selvistä ja valiokunnankin merkille panemista ihmisoikeusongelmista³¹⁷, selittänyt perustuslainmukaiseksi myös sellaiset puuttumiset kotirauhan suojaan, jotka eivät selvästikään täytä perustuslain 10 §:n 3 momentin mukaisen kvalifioidun lakivarauksen soveltamiseksi,³¹⁸ antanut yksityisille elinkeinonharjoittajille oikeuden selvittää luottamuksellisten sähköisten viestien tunnistamistietoja ilman tuomioistuinten tätä koskevaa lupaa,³¹⁹ sekä katsonut asianmukaiseksi säätää kahden sinänsä traagisen ja ihmishenkien menetykseen johtaneen ampumistapauksen tutkinnasta ja tutkinnassa tarvittavista ja perusoikeuksiin syvälle käyvällä tavalla puuttuvista toimivaltuuksista vain kyseiseen tapaukseen ja sen asianosaisiin soveltuvalla lailla.³²⁰

Tällainen joustavuus ei toisaalta ole estänyt valiokuntaa tulkitsemasta perustuslakia toisinaan hyvinkin tiukasti. Perustuslakivaliokunta on esimerkiksi katsonut, että tupakoinnin kieltäminen yksityisautoissa silloin, kun siellä oleskelee alaikäisiä, on sillä tavoin ristiriidassa henkilökohtaista vapautta koskevan perustuslain 7 §:n 1 momentin ja yksityiselämän suojaa koskevan 10 §:n 1 momentin kanssa, että kiellosta ei voi säätää tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä.³²¹ Ottaen huomioon tupakoinnin vaikutukset juuri yksityisautoissa sekä niissä matkustavien lasten mahdollisuudet tosiasiallisesti vaikuttaa omaan asemaansa siinä tilanteessa, valiokunnan kanta ei välttämättä parhaalla mahdollisella tavalla ota huomioon lasten yhdenvertaista kohtelua koskevan perustuslain

³¹⁵ Ks. PeVL 15/2001 vp, PeVL 59/2002 vp, PeVL 16/2006 vp ja PeVL 25/2006 vp.

³¹⁶ Ks. PeVL 10/2005 vp ja PeVL 23/2005 vp.

³¹⁷ Ks. PeVL 59/2001 vp ja PeVL 34/2004 vp.

³¹⁸ Ks. PeVL 12/2002 vp, PeVL 39/2005 vp.

³¹⁹ Ks. PeVL 29/2008 vp.

³²⁰ Ks. PeVL 19/2008 vp.

³²¹ Ks. PeVL 21/2010 vp.

6 §:n 3 momentin ja julkiselle vallalle perustuslain 19.3 §:stä seuraavan väestön terveyden edistämismääräyksen mukaisia vaatimuksia.

Vaikka valiokunnan tulkintakäytännöstä voidaan osoittaa toisaalta myös sellaisia ratkaisuja, joissa kiperä periaatteellinen tulkinta-asetelma on kovassakin poliittisessa paineessa ratkaistu asianmukaisesti,³²² ei tämä vielä yksinään korjaa tilannetta. Ongelmalliset tapaukset eivät välttämättä myöskään edusta poikkeusta pääsääntöön. Oikeastaan asiantila saattaa olla täysin päinvastoin: niissä saattaa itse asiassa tiivistyä se pääsääntö, joka määrää ratkaisemaan kiperät valtiosääntöoikeudelliset tulkintaongelmat juridisteknisesti oikein, mutta välttämättä liian tiukkaa sitoutumista perustuslain sisällöllisiin vaatimuksiin.

Asian edelleen konkretisoimiseksi nostan esimerkinomaisesti kaksi jo mainituksi tullutta lainsäädäntöhanketta tarkemman tarkastelun kohteeksi. Kuten useissa muissa vastaavissa tapauksissa, nytkin hankkeiden toteuttamista perustelivat kiireelliset ja painavat yhteiskuntapoliittiset intressit. Toisaalta niitä vastaan puhuivat eräät varsin perustavatkin valtiosääntöoikeudelliset näkökohdat jokaiselle yhtäläisesti kuuluvista oikeuksista ja viime kädessä ihmisarvoisen kohtelun vaatimuksista.

4.3.2 Lex Jokela, lex in casu ja perusoikeusrajoitukset

Niin sanotussa Lex Jokela -tapauksessa on kyse hallituksen esityksestä laiksi Jokelan koulukeskuksessa sattuneiden kuolemaan johtaneiden tapahtumien tutkinnasta (HE 51/2008 vp). Hallituksen esitys annettiin Tuusulan Jokelassa sijaitsevassa lukiossa sattuneen ja yhteensä yhdeksän ihmisen menehtymiseen johtaneen ampumatapauksen jälkeen. Tapauksen perinpohjaista tutkintaa pidettiin välttämättömänä vastaavien tapahtumien ennalta ehkäisemiseksi. Ongelmana kuitenkin oli, ettei voimassa ollut lainsäädäntö mahdollistanut tapauksen laajapohjaista tutkintaa tai antanut sen toteuttamisen kannalta välttämättömiä toimivaltuuksia viranomaisille. Tämän vuoksi hallitus päätyi esittämään erityislakia nimenomaan Jokelan tapauksen tutkinnasta. Lain eduskuntakäsittelyn aikana Kauhajoen palvelualueen oppilaitoksessa sattuneen vastaavan ampumistapauksen seurauksena soveltamisalaa jouduttiin laajentamaan kattamaan myös sitä koskeva tutkinta. Muutoin lakiehdotus hyväksyttiin eduskunnassa suhteellisen vähäisin sisällöllisin muutoksin 24.10.2008 ja laki eräiden kuolemaan johtaneiden tapahtumien tutkinnasta tuli voimaan (662/2008) 4.11.2008. Lain 1 §:n soveltamisaläsäännöksen mukaan lakia saadaan soveltaa ainoastaan Jokelan ja Kauhajoen tapauksien tutkintaan.

Hallituksen esityksen perusoikeuksien kannalta merkityksellisimmät säännöshdotukset sisältyivät lakiehdotuksen 7 ja 9 §:iin. Tutkintalautakunnalle eh-

³²² Ks. PeVL 54/2005 vp ja PeVL 38/2006 vp.

dotettiin nimittäin 7 §:ssä muun muassa oikeutta saada viranomaisilta tutkinnan tarkoituksen kannalta tarpeelliset tiedot mm. asiaa koskevan esitutkinnan aineistosta *luottamuksellisten viestien sisältö mukaan lukien* samoin kuin *välttämättömät tiedot tekijän terveydentilasta*, hänen saamistaan *mielenterveyspalveluista* ja hänen henkilökohtaisista oloistaan. Lain 9 §:ään ehdotettiin puolestaan eräitä määräyksiä tutkintalautakunnan laatimasta tutkintaselostuksesta, jonka perusteella *julkistettavaan tutkintaselostukseen saa sisällyttää tekijää koskevia muutoin salassa pidettäviä tietoja*, jos se on välttämätöntä muun muassa vastaavankaltaisten väkivaltaisten tekojen ennalta ehkäisemiseksi tarvittavien suositusten perustelemiseksi. Tiiviisti ilmaisten lailla luotiin järjestely, jonka tarkoituksena oli sekä selvittää että tarvittaessa myös julkistaa yksittäisen, säätämishetkellä tiedossa olevan ihmisen kaikki elinaikaiseen yksityiselämän sfääriin kuuluvat tiedot, jos tätä vain voitiin pitää välttämättömänä tutkinnan tarkoituksen kannalta.

Mitä sitten tällaisesta lakiehdotuksesta olisi valtiosääntöoikeudellisesti ajateltava? Selvää on, että asia on merkityksellinen jo puhtaasti perusoikeusrajoituksia merkitsevän toimivaltasääntelyn seurauksena. Erityisen merkitykselliseksi ja samalla ongelmalliseksi rajoitussääntelyn kuitenkin tekee se, että laki soveltuu ainoastaan kahteen jo tapahtuneeseen yksittäistapaukseen. Tällaista taaksepäin katsovaa *in casu* -tyyppistä lakia on valtiosääntöisessä perinteessä tavattu pitää jo lähtökohtaisesti kyseenalaisena sekä *vallanjakoperiaatteen*³²³ että *yhdenvertaisuus- ja oikeusturvanäkökohtien* vuoksi³²⁴. Toisin kuin oikeusvaltiossa yleensä, Jokelan ja Kauhajoen koulusurmien tutkintaa koskevan lain kaltainen *in casu* -laki ei rakennu yleisille ja abstrakteille normeille, joita sovellettaisiin yhtäläisin perustein myöhempiin tapauksiin. Sääntämislogiikasta seuraa, että lainsäätäjällä on jo lainsäätämishetkellä ollut hyvin tarkasti tiedossa se henkilöpiiri, johon lakia tullaan soveltamaan ja johon sen sisältämät perusoikeusrajoitukset soveltuvat. Kyse on siis asiallisesti ottaen kahden yksittäisen hallintoasian ratkaisemisesta lain muodossa ja lainsäätäjän ratkaisuin. Kun tutkintavaltuudet lisäksi koskevat erityisesti kahta säätämisvaiheessa tiedossa olevaa henkilöä ja näiden lähipiiriä, merkitsee *in casu* -lain säätäminen perusoikeusrajoituksia sisältäviltä osiltaan sitä, että yksilöitävissä olevan henkilön perusoikeuksien rajoittamisesta päättää suoraan eduskunta.

Vallanjako-ongelmalla on läheinen yhteys yhdenvertaisuusvaatimukseen. Ottaen huomioon, että Lex Jokelalla organisoidaan tutkintamenettely, joka koskee vain kahta säätämishetkellä tiedossa olevaa tapausta, laki ei lähtökohtaisestikaan pyri kohtelemaan ihmisiä perustuslain 6 §:n tarkoittamalla tavalla yhdenvertaisena lain edessä, mikä on tietysti kaikkien yleisten ja abstraktien lakien perusidea: lain, joka soveltamisalaltaan koskee ainoastaan tiettyä tilannetta ja

³²³ Ks. Jyränki 2000, s. 263.

³²⁴ Ks. Tuori 2005, s. 1037.

niin ollen myös tiettyä henkilötahoa, tuskin voidaan katsoa kohtelevan ihmisiä yhdenvertaisina lain edessä. Ja edelleen, kun yksityistä subjektia koskeva asia ratkaistaankin lailla, ei lain kohteeksi joutuneilla ole käytettävissään samoja oikeusturvakeinoja, jotka muuten olisivat käytettävissä, jos samaan lopputulokseen päädyttäisiin yleisen lain nojalla tehtävällä hallinto- tai tuomioistuinratkaisulla.³²⁵

Yksittäistapauksellinen laki näyttäisi niin ollen johtavan vakaviin ongelmiin sekä vallanjaon että useiden perusoikeuksien yhtäläisen toteutumisen kannalta. Esimerkiksi Jyräni onkin pitänyt *lex in casu* tyyppiesimerkkinä tilanteesta, jossa lainsäännöksen perustuslainvastaisuus on säätämistilanteessa helposti tunnistettavissa. Perustuslainvastaisuus seuraa tällöin siitä, että lailla pyritään toteuttamaan tointa, joka perustuslain 3 §:n vallanjakoperiaatteen mukaan ei sisältönsä nähden kuulu lainsäätäjän toimivaltaan.³²⁶ Itse asiassa myös astetta vakavampi väite on mahdollinen: lain yleisyyttä ja prospektiivisuutta on mahdollista pitää niin itsestään selvinä, jopa annettuna otettavina oikeusvaltiollisen sääntelyn ominaispiirteinä, ettei vastakohtaista, vain yksittäiseen jo tiedossa olevaan tapaukseen taannehtivasti sovellettavaa lakia tulisi pitää ainakaan muodollisen oikeusvaltiokäsitteistön minimivaatimusten puitteissa edes lakina.³²⁷ Kuvaavaa onkin, että vastaavat tilanteet ovat muissa pohjoismaissa johtaneet mittaviin oikeudellisiin ongelmiin, vaikka oikeuskulttuurissa muuten korostetaisiinkin parlamentin suvereenisuutta. Esimerkiksi Tanskassa korkeimman oikeuden v. 1999 *Tvind-asiassa* tekemässä ratkaisussa katsottiin, että laki, jolla *Tvind*-kouluyhteisöön kuuluvalta järjestöltä oli nimenomaisesti evätty oikeus yksityisoppikoulujen valtionapuun, oli ristiriidassa Tanskan perustuslain 3 §:n kanssa, koska säännös esti konkreettista asiaa koskevan tuomioistuinkäsittelyn.³²⁸

Hallituksen esityksestä pyydettiin lausunto perustuslakivaliokunnalta. Huolimatta siitä, että edellä esitetyt periaatteellisen tason argumentit nostettiin esiin myös perustuslakivaliokunnan toimittamassa asiantuntijakuulemisessa,³²⁹ kysymys *lex in casu* hyväksyttävyydestä ei saanut juuri lainkaan merkitystä perustuslakivaliokunnan lausunnossa. Lausunnon ainoa säätämisyjärjestyksen kannalta relevantti huomautus edustaa sinänsä tyyppiesimerkkiä valiokunnan har-

³²⁵ Ks. myös Tuori 2005, s. 1037.

³²⁶ Ks. Jyräni 2000, s. 263.

³²⁷ Ks. esim. Lagerspetz 2002, s. 41.

³²⁸ Ks. tapausta koskevasta keskustelusta esim. Rytter 1999, s. 68. Ks. myös Tuori 2005, s. 1047.

³²⁹ Toimin yhtenä perustuslakivaliokunnan kuulemista asiantuntijoista. Muut asiantuntijat olivat Mikael Hidén, Olli Mäenpää, Kaarlo Tuori ja Teuvo Pohjolainen. Säädettävän lain yksittäistapauksellisuutta pidettiin ongelmallisena kirjoittajan lausunnon lisäksi Kaarlo Tuorin ja Olli Mäenpään asiantuntijalausunnoissa. Sen sijaan Hidén katsoi, ettei perustuslakimme valiokunnan vanhan käytännön valossa asettanut itsenäisiä esteitä *in casu* -tyyppisille laeille.

joittamasta ”hienosäädöstä”³³⁰. Huomautus koski ehdotettua 7 §:n 1 momentin 1 kohdan säännöstä tutkintalautakunnan oikeudesta saada ”tutkinnan tarkoituk-
sen kannalta tarpeelliset tiedot” myös luottamuksellisten viestien sisällöistä. Valiokunta korosti, että luottamuksellisen viestin salaisuuden rajoituksiin kohdistuu perustuslain 10 §:n 3 momentissa nimenomaisesti mainittu ”välttämättömyysedellytys”. Sen vuoksi lakiehdotusta oli muutettava niin, että ”tarpeellisuuden” sijaan luottamuksellisten viestien saaminen esitutkinta-aineistosta si-
dotaan viestien sisältämien tietojen ”välttämättömyyteen” tutkinnan tarkoituk-
sen kannalta.

Lakiehdotuksen luonne yksittäistapauksellisena lakina nostettiin esiin vasta viimeisenä kohtana asiaryhmässä ”muita seikkoja”. Valiokunnan argumentaatio oli asiassa niin tiiviiseen muotoon puettu, että se voidaan ottaa kokonaisuudessaan tähän:

”Ehdotettua lakia sovelletaan lain 1 §:n perusteella vain yhden yksittäisen, Jokelan koulukeskuksessa vuonna 2007 sattuneen tapahtuman tutkintaan. Eesityksen perusteluissa yksittäistä tapausta koskevan lain säätämistä perustellaan yhtäältä tutkinnassa tarvittavilla toimivaltuuksilla ja toisaalta tutkinnan suorittamisen kiireellisyydellä. Perustuslakivaliokunnan mielestä tämänkaltaisten yksittäistapauksellisten lakien säätämistä on syytä pyrkiä välttämään. Tutkinnan kohteena olevan tapahtuman poikkeuksellinen luonne ja tutkinnan kiireellisyys tekevät lakiehdotuksen antamisen tässä erityislaatu-
isessa tilanteessa kuitenkin ymmärrettäväksi. Valiokunta pitää tärkeänä, että valtioneuvoston piirissä ryhdytään toimenpiteisiin sen selvittämiseksi, olisiko tarkoituksenmukaista muuttaa onnettomuustutkintalakia siten, että sitä voitaisiin soveltaa jatkossa vastaavien tapahtumien tutkintaan.”

Näin kaikki ne ongelmat, jotka liittyivät lain yksittäistapaukselliseen luonteeseen, oikeusvaltiolliseen vallanjakoperiaatteeseen, yhdenvertaisuuteen, oikeus-
turvaan ja merkittäviin yksityiselämän suojan rajoituksiin, voitiin yhtenä kokonaisuutena ratkaista tilanteen aiheuttamiin erityisiin vaatimuksiin vedoten: yksittäistapauksellisen lain säätäminen ei muodostunut perustuslain näkökulmas-
ta ongelmalliseksi, koska ”tutkinnan kohteena olevan *tapahtuman poikkeuksel-
linen luonne ja tutkinnan kiireellisyys tekevät lakiehdotuksen antamisen tässä erityislaatu-
isessa tilanteessa kuitenkin ymmärrettäväksi* (korostus tässä).”

Voi olla, ettei perustuslakivaliokunnan ratkaisua Lex Jokela -tapauksessa pi-
detä yleisesti kovinkaan ongelmallisena. Koskivathan asianomaisella lailla pe-
rustetut toimivaltuudet pääasiassa jo vakavan rikoksen tehneeseen kuolleeseen
henkilöön ja tämän lähipiiriin kohdistuvia tutkintatoimenpiteitä, joihin rinnas-
teisia toimivaltuuksia sisältyi jo rikostutkinnan osalta esitutkintalakiin. Saate-
taan myös ajatella, ettei kyse ollut ensisijaisesti puuttumisesta kaikkein perus-
tavimpiin perusoikeuksiin, vaan itse asiassa pyrkimyksestä suojata sellaisia.

³³⁰ Ks. Viljanen 2001, s. 356–357 ja Viljanen 2005a, s. 1062.

Kun vastakkain asetetaan yleisellä tasolla yhtäältä oikeus yksityiselämän, henkilötietojen ja luottamuksellisten viestien salaisuuden suojaan ja toisaalta potentiaalisten uhrien oikeus elämään, punninta kääntyy herkästi jälkimmäisten hyväksi.

Tällaiset argumentit eivät kuitenkaan ole juridisesti kovin kestäviä. Perusoikeudet kuuluvat yhtäläisesti myös rikoksentekeijöille, ja vaikka vainajia ei pidetäkään perusoikeuksien subjekteina, ei tämä vielä tarkoita sitä, että julkinen valta saisi perusoikeuksien ja perustuslain 1 §:n 2 momentissa turvatus ihmisarvon sitä lainkaan estämättä käsitellä esimerkiksi vainajan elinaikanaan harjoittamaa luottamuksellista viestintää aivan kuin se ei olisi koskaan perusoikeussuojaa nauttinutkaan. Mitä taas tulee perusoikeuksien välisiin painotuseroihin, moderni perus- ja ihmisoikeusajattelu lähtee siitä, ettei oikeuksien välillä ole abstrakteja painoarvoeroja, vaan kaikki oikeudet on turvattu yhtäläisesti perus- ja ihmisoikeuksina. Sitä paitsi punninta tekijän perusoikeuksien ja potentiaalisten uhrien oikeuksien välillä on tässä sikälikin kyseenalainen, että tällainen punninta on omiaan johtamaan perusoikeussuojan relativoitumiseen ja samastumiseen sellaisiin kollektiivisiin intresseihin, jotka tulisi lähtökohtaisesti pitää erossa oikeuksista. Kuten Tuori on todennut, perusoikeuksien funktiona on nimenomaan kollektiivisten intressien poliittisen tavoittelemisen ohjaaminen niihin oikeudellisiin rajoihin ja keinoihin, joita perus- ja ihmisoikeudet edellyttävät³³¹ – ei oikeuttaa sitä vallankäyttöä, jota demokraattinen lainsäätäjät voi muutenkin legitiimisti harjoittaa.

Lex Jokelan käsittely perustuslakivaliokunnassa kertookin herkkyydestä, jolla valtiosäännöstä seuraavat sisällölliset vaatimukset voidaan siirtää sivuun *tilanteen* ”poikkeuksellisuuden” ja ”kiireellisuuden” kaltaisten argumenttien tieltä. Sillä, ettei *poikkeuksellinen laki* täyttänyt valtiosääntöoikeudellisesti hyväksyttävän lain tunnusmerkkejä, ei ollut vastaavaa normatiivista voimaa.

4.3.3 Puolustusvoimien virka-apu terrorismintorjunnassa ja poliisin toimivaltuuksien hyväksyttävyyden rajat

On syytä painottaa tilanteen edellyttämiä vaatimuksia ja kokonaisharkintaa korostavan perspektiivin merkitystä nimenomaan tiettyä valtiosääntöideologiaa heijastavana valintana. Vaihtoehtona olisi toisenlainen tulkinta, jossa valtiosäännön oikeudellinen rooli tulee näkyville viime kädessä juuri julkisen vallankäytön hyväksyttävyyttä koskevin rajoina – erityisesti *kiperissä tapauksissa* avautuvana kriittisenä perspektiivinä ”turvallisuuden” tai muun ”olosuhteiden pakon” sanelemaan sääntelyyn. Palaankin vielä uudelleen vertailevan ekskurs-

³³¹ Ks. Tuori 2002a, s. 108.

sin muodossa saksalaisen ja suomalaisen valtiosääntökäsityksen eroihin juuri tässä suhteessa.³³²

Saksan valtiosääntötuomioistuin sai New Yorkin terroristi-iskujen jälkimainingeissa vuonna 2004 ratkaistavakseen kiperän tapauksen. Kyse oli valtiosääntövalituksesta koskien Saksan liittopäivien samana vuonna hyväksymää ilmaturvallisuuslakia, joka sisälsi nimenomaisen säännöksen sotavoimien valtuuttamisesta asevoiman välittömään käyttöön turvautuen ampumaan alas ilma-aluksen, jota käytetään ihmishenkien vaarantamiseen (Luftsicherheitsgesetz 14 §, kohta 3).

Valtiosääntötuomioistuin antoi asiassa ratkaisunsa 15.2.2006.³³³ Se katsoi, ettei mainittu ilmaturvallisuuslain valtuus ollut sopusoinnussa Saksan perustuslain 2 artiklan 2 kohdassa turvaton hengensuojan ja 1 artiklan 1 kohdassa taatun ihmisarvon kanssa sikäli kuin toimenpide koskee tekoon osallistumattomia ihmisiä ilma-aluksessa. Näin oli perustelujen mukaan ennen muuta siksi, että tällainen menettely ”ylenkatsoo sen kohteeksi joutuneita subjekteina, joilla on arvo ja luovuttamattomia oikeuksia. Se, että heidän surmaamistaan käytetään välineenä muiden pelastamiseen, merkitsee heidän esineellistämistään ja samalla heidän oikeuksiensa riistämistä.”³³⁴

Saksan valtiosääntötuomioistuimen arviossa tapaus ratkesi toisin sanoen *vii-me kädessä* ihmisarvon loukkaamattomuuden perusteella. Päätöksen perustelujen mukaan ”perustuslain 1 artiklan 1 kohta ei suojele yksilöä vain alentavalta kohtelulta, leimaamiselta, vainoamiselta, halveksunnalta ja senkaltaisilta kolmansien henkilöiden tai valtion itsensä toimilta”, vaan ”perustuslainsäätäjän ajatuksen mukaan ihmisen olemukseen kuuluu vapaus määrätä itsestään ja kehittää itseään, ja yksilöllä on oikeus vaatia, että hänet tunnustetaan yhteisössä periaatteessa yhdenvertaiseksi ja itsessään arvokkaaksi jäseneksi”. Tämän vuoksi ihmisarvon loukkaamattomuuden vaatimus sulkee ”yleisesti pois mahdollisuuden, että ihmisestä tehtäisiin vain valtion (toimien) objekti”.³³⁵ Tiivistäen: Saksan valtiosääntötuomioistuin torjui mahdollisuuden oikeuttaa matkustajakoneen ampumisvaltuus punninnalla. Kysymys sääntelyn oikeasuhtaisuudesta ei ajankohtaistunut lainkaan, koska sääntelyn tavoitteita ei voitu pitää valtiosääntöoikeudellisesti hyväksyttävänä.³³⁶

³³² Mikael Hidén rinnastaa perustuslakivaliokunnan puolustusvoimien virka-apuasiassa antamia lausuntoja voimakkaasti kritisoivassa artikkelissaan ”Hard cases make bad law?” perustuslakivaliokunnan lausunnot ja Saksan valtiosääntötuomioistuimen ns. matkustajakoneen alasampumissäännöksestä antaman ratkaisun samalla tavoin kuin tässä tehdään. Ks. Hidén 2007, s. 70–73. Olen hyödyntänyt seuraavassa Hidénin artikkeliin sisältyviä käännöksiä Saksan valtiosääntötuomioistuimen ratkaisusta.

³³³ Ks. Saksan valtiosääntötuomioistuimen ratkaisu 15.2.2006, 1 BvR 357/05, 115 BVerfGE 118.

³³⁴ Ks. 115 BVerfGE 118, k. 124.

³³⁵ 115 BVerfGE 118, k. 121.

³³⁶ Ks. myös Lepsius 2006, s. 763 ja Möller, s. 466–476.

Suomessa vastaava tulkintaongelma ajankohtaistui, kun eduskunta sai käsiteltäväkseen hallituksen esityksen puolustusvoimien virka-avusta annetun lain (781/1980) 4 §:n muuttamisesta (HE 187/2004 vp). Hallituksen esitykseen sisältynyt lakiehdotus ei sisältänyt nimenomaista valtuutta ampua alas terroristien kaappaama ilma-alus, vaan tällainen tilanne mainittiin ainoastaan esityksen perusteluissa virka-avun yhtenä mahdollisena soveltamistilanteena.³³⁷ Sääntelyn peruslähtökohdat samoin kuin sen yleiset tavoitteet olivat kuitenkin kutaquinkin samankaltaiset kuin Saksassa. Hallituksen esityksessä ehdotettiin virka-apusääntelyn uudistamista siten, että poliisilla olisi puheena olevan virka-apulain 4 §:n 1 momentin nojalla oikeus saada puolustusvoimilta sotilaallisten voimakeinojen käyttöä edellyttävää virka-apua, jos se on välttämätöntä rikoslain (39/1889) 34 a luvussa tarkoitettujen terrorismirikosten estämiseksi tai keskeyttämiseksi. Sotilaallisilla voimakeinoilla tarkoitettiin perustelujen mukaan sotilaan henkilökohtaisen aseiden käyttämistä voimakkaampaa sotavaruksin tapahtuvaa aseellisten voimakeinojen käyttämistä. Virka-apusääntelyn uudistamisen tarve kytkettiin puolestaan suoraan New Yorkissa vuonna 2001 tapahtuneisiin terroritekoihin. Hallituksen esityksen perustelujen mukaan ne nimittäin ”osoittivat, että terroriteko voidaan toteuttaa itsemurhaiskuina aiempaa paljon laajemmin seurauksin. Uudenlainen toteuttamistapa osoitti lainsäädännön puutteet terrorismin torjunnassa ympäri maailmaa”, kun kävi ilmeiseksi, että ”vakavimmat terroriteot saatetaan toteuttaa käyttämällä sellaisia välineitä, joiden torjumiseksi voidaan tarvita sotilaallisten voimakeinojen käyttöä.”³³⁸

Hallituksen esityksestä pyydettiin lausunto perustuslakivaliokunnalta, joka antoi asiasta kaksi erillistä lausuntoa (PeVL 10/2005 vp ja PeVL 23/2005 vp). Kummatkaan eivät olleet yksimielisiä, mikä sinänsä on valiokunnan käytännössä poikkeuksellista.

Sivuutan tässä kohtaa vain maininnoin valiokunnan sinänsä asianmukaiset huomiot alkuperäisen lakiehdotuksen epätasällisyydestä samoin kuin tarkkarajaisuuteen ja oikeasuhtaisuuteenkin liittyvistä puutteista.³³⁹ Tapauksen valtio-

³³⁷ Ks. HE 187/2004 vp, s. 8; ”Vaikka tällaisen voimakeinojen käyttötarve on lähinnä teoreettinen, on säännös tarkoituksenmukaista ottaa lakiin. Sotilaallisia voimakeinoja saatettaisiin tarvita esimerkiksi tilanteessa, jossa terroristien haltuun ottama ilma-alus olisi tulossa Suomen ilmatilaan taikka se olisi Suomen ilmatilassa poistunut lentoreitiltään suunnaten lentonsa kohti yhteiskunnan kannalta erittäin merkittävää ja tuhoutuessaan laajalle alueelle tuhoa tai vakavaa vaaraa aiheuttavaa kohdetta, esimerkiksi ydinvoimalaa. Tällainen ilma-alus saattaisi suunnata lentonsa myös kohden huomattavaa taajamaa taikka paikkaa, jossa on koolla valtion ylintä johtoa.” Vaikkei hallituksen esityksen perustelulauseella voi perustuslain 2 §:n 3 momentin mukaisen oikeusvaltioperiaatteen valossa määritellä sotilaallisten voimakeinojen käyttövaltuuden alaa, tuskin voidaan ajatella myöskään niin, ettei tällaisilla tilannekuvauksilla ole mitään merkitystä sen kannalta, millaisia tilanteita silmällä pitäen lain abstraktia valtuussääntelyä on pyritty laatimaan.

³³⁸ HE 187/2004 vp, s. 6.

³³⁹ Ks. PeVL 10/2005 vp, s. 3 ja PeVL 23/2005 vp, s. 2–4. Valiokunta edellytti, että lakiin otetaan 1) määritelmä siitä, mitä laissa mainituilla sotilaallisilla voimakeinoilla tarkoitetaan, 2) selkeät säännökset edellytyksistä, joiden vallitessa virka-apu voi sisältää sotilaallisten voimakeino-

sääntöoikeudellisen merkityksen ja valiokunnan toiminnan ymmärtämisen kannalta on tärkeämpää panna ensimmäiseksi merkille, että valiokunnan huomio asian käsittelyssä kohdistui ennen muuta lakiehdotuksessa omaksuttuun tapaan säännellä poliisin toimivaltuuksista ikään kuin virka-apusääntelyn kautta. Perustuslakivaliokunta piti alkuperäisen hallituksen esityksen perusluonteisena ongelmana, ettei puolustusvoimilla ollut voimassa olevan lain eikä ehdotetun lain perusteella toimivaltaa käyttää sotilaallisia voimakeinoja rikoksen estämiseksi tai keskeyttämiseksi Suomen alueella. Tämä johtui siitä, että hallituksen esityksessä oletettiin virheellisesti, että poliisilla olisi virkatehtävässä oikeus käyttää millaisia sotilaallisia voimakeinoja tahansa ja että puolustusvoimilla olisi ehdotetun sääntelyn perusteella oikeus käyttää muita kuin poliisin toimivaltaan nojautuvia voimakeinoja. Koska sen paremmin poliisilla kuin puolustusvoimilla ei tällaisia valtuuksia ole ja koska virka-apusääntelyllä ei laajenneta poliisin voimakäyttövaltuuksia eikä luoda puolustusvoimille poliisin toimivalta-riippumatonta uutta toimivaltaa, valiokunta katsoi ensimmäisessä lausunnossaan, ettei ehdotettu sääntelytapa muodostanut ”riittävää pohjaa arvioida esityksen perusteluissa esimerkkinä mainittuun terroristien haltuunottamaan ilma-alueeseen mahdollisesti kohdistettavien sotilaallisten voimatoimien lainmukaisuutta”.³⁴⁰

Perustuslakivaliokunta palasi ongelmaan jälkimmäisessä lausunnossaan, joka annettiin sisäasiainministeriön esitettyä hallintovaliokunnalle perustuslakivaliokunnan edellyttämiä tarkistuksia hallituksen alkuperäiseen esitykseen.³⁴¹ Se arvioi ensin uutta ehdotusta aiemman lausuntonsa valossa ja totesi sääntelyehdotusten olevan nyt pääosin asianmukaisia virka-avun antamisen ja siihen mahdollisesti sisältyvän sotilaallisen voimankäytön edellytysten ja rajoitusten osalta. Lakiin kuitenkin sisältyi valiokunnan mielestä edelleenkin virka-apukonstruktion käyttöön ja toimivaltasääntelyyn liittyvä lainsäädäntötekninen puute.³⁴² Puutteen korjaamiseksi valiokunta ehdotti poliisilakiin (493/1995) otettavaa erillistä toimivaltasäännöstä, jonka nojalla poliisilla on oikeus puolustusvoimien avustuksella käyttää sotilaallisia voimakeinoja terrorismirikoksen estämiseksi tai keskeyttämiseksi sen mukaan kuin puolustusvoimien virkaavusta poliisille säädetään. Vastaavasti puolustusvoimista annettua lakia ehdotettiin täydennettäväksi erillisellä säännöksellä puolustusvoimien voimankäyt-

jen käyttöä, sekä 3) säännökset voimakeinojen käytössä noudatettavista suhteellisuuden vaatimuksista ja seikoista, joihin on kiinnitettävä huomiota nimenomaan sotilaallisten voimakeinojen käytön puolustettavuutta arvioitaessa. Mainittakoon, että oikeasuhtaisuuden osalta valiokunta edellytti lain soveltamisalan rajaamista vain rikoslain 34 a luvussa tarkoitettuihin vakaviin tekoihin, joiden välitön estäminen on välttämätöntä muiden henkilöiden hengen tai terveyden suojelemiseksi, jos tekoa ei ole mahdollista estää tai keskeyttää sotilaallisia voimakeinoja lievemmillä keinoilla.

³⁴⁰ PeVL 10/2005 vp, s. 2–3.

³⁴¹ Ks. PeVL 23/2005 vp, s. 9.

³⁴² Ks. PeVL 23/2005 vp, s. 4–5.

tövaltuuksista avustettaessa poliisia terrorismirikosten estämisessä ja keskeyttämisessä.³⁴³ Aiemmassa lausunnossa ongelmalliseksi osoittautunut ja matkustajakoneen mahdollisen alasampumistilanteen valtiosääntöoikeudellisen arvioinnin estänyt sääntelytapa saatiin siten perustuslakivaliokunnan avustuksella korjattua. Kun näin oli, olisi myös ollut aiheellista ottaa valtiosääntöoikeudellisesti kantaa siihen, asettaako perustuslakimme ehdottomia rajoja sotilaallisten voimakeinojen kohdistamiselle siviili-ilma-aluksia vastaan. Perustuslakivaliokunta kuitenkin pidättäytyi käsittelemästä asiaa enemmälti. Se jäi tavallaan ilmaan ja niiden lausumien varaan, joita perustuslakivaliokunta sotilaallisten voimatoimien käytön hyväksyttävyydestä yleisesti esitti.

Perustuslakivaliokunnan tarvetta saada virka-apulakiin sisältyvä sotilaallisten voimakeinojen käyttöä koskeva toimivaltasääntely sekä lainsäädäntötekniisesti että lain tavoitteiden kannalta asianmukaiseksi voidaan sinänsä pitää tärkeänä ja ymmärrettävänä jo tällaisten voimankäyttövaltuuksien intensiteetin näkökulmasta. Tästä huolimatta tärkeämmät ongelmat liittyvät voimankäyttövaltuuksien hyväksyttävyyteen sinänsä,³⁴⁴ kuten vähemmistöön jääneet perustuslakivaliokunnan jäsenet eriävissä mielipiteissäänkin esittävät.³⁴⁵ Kysymys ratkaistiin perustuslakivaliokunnan lausunnossa yhdellä virkkeellä. Valiokunnan mukaan ”terrorismissa on kysymys yhteiskunnan perustoimintoja, oikeusjärjestystä sekä ihmisten henkeä, terveyttä ja turvallisuutta hyvin vakavasti vaarantavasta rikollisuudesta, jonka estämiselle ja keskeyttämiselle on perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta hyväksyttävät ja hyvin painavat perusteet” (PeVL 23/2005 vp, s. 2). Kun tämä kanta sen enemmälti erilaisia tilanteita erotelematta oli omaksuttu, kaikki riippui oikeasuhtaisuuden turvaavasta sääntelytekniikasta – siitä, että sääntely täsmällisesti ja tarkkarajaisesti määritteli voimakeinojen käytön oikeasuhtaisuutta ja hyväksyttävyyttä arvioitaessa huomiioon otettavat seikat ja että virka-apukonstruktio toteutettiin teknisesti asianmukaisesti niin, että sotilaallisten voimakeinojen käyttö voitiin tarpeen vaatiessa toteuttaa asianmukaisen valtuussääntelyn pohjalta.

Olisi ehkä kohtuutonta vaatia, että perustuslakivaliokunta ryhtyisi samantyyppiseen oikeusfilosofiseen pohdintaan, joka määritti hyvin vahvasti Saksan valtiosääntötuomioistuimen perusteluja. Suomalaisissa käytännöissä ei ole tapana viitata, eikä ehkä tiedostaakaan, saksalaisessa ratkaisussa samoin kuin yleisemminkin ihmisoikeusajattelussa vahvasti läsnä olevaan Kantilta peräisin olevaan periaatteeseen siitä, että ihmistä tulee aina kohdella myös päämääränä sinänsä eikä koskaan pelkästään välineenä. Lienee myös niin, että ihmisarvon

³⁴³ Ks. PeVL 23/2005 vp, s. 5. Ks. erit. perustuslakivaliokunnan lausunnon alaviite 2.

³⁴⁴ Ks. myös Hidén 2007, s. 69–70.

³⁴⁵ Ks. PeVL 10/2005 vp, s. 5–7 ja PeVL 23/2005 vp, s. 7.

loukkaamattomuudelle annetaan Saksassa jo historiallisista syistä vahvempi merkitys kuin suomalaisessa valtiosääntödoktriinissa on tahdottu antaa.³⁴⁶

Kohtuutonta ei sen sijaan ole edellyttää, että perustuslakivaliokunta pyrkisi perusteellisesti argumentoiden tuomaan esiin niitä viimekätisiä oikeudellisia rajoja, joita perustuslakimme julkisen vallan intensiiviselle väkivallankäytölle asettaa kaikissa olosuhteissa, olipa toimenpiteellä suojattava intressi kuinka painava tahansa.³⁴⁷ Perustuslakimme 1 §:n 2 momentissa mainittu ihmisarvon loukkaamattomuuden periaate samoin kuin perustuslain 7 §:n 2 momentin kieltö kohdella ketään ihmisarvoa loukkaavasti tuottaisivat – perustuslakivaliokunnan perusoikeusuidistuksen yhteydessä kirjaaman perusoikeusrajoitusten hyväksyttävyyksivaatimuksen ohella – valiokunnan käytännössä edellytetyn institutionaalisen tuen tällaisillekin pohdinnoille.

Kun tämän suuntaisia argumentteja ei kuitenkaan täsmällisesti esitetty, perustuslakivaliokunnan lausunnot jättävät valitettavan paljon avoimeksi. Ottaen huomioon virka-apusääntelyn taustalla vaikuttaneet tapahtumat on esimerkiksi vähintäänkin kyseenalaista, riittävätkö perustuslakivaliokunnan lausumat tahalliseen surmaamiseen liittyvästä rikosoikeudellisesta vastuusta³⁴⁸ taikka lain

³⁴⁶ Ks. myös Scheinin 1998a, s. 62–69. Ihmisarvon periaatteen asemasta ja monimutkaisuudesta perus- ja ihmisoikeussuojan lähtökohtana saa havainnollisen kuvan Liisa Niemisen laaja-alaisesta katsauksesta periaatteen merkitykseen nykyisissä valtiosääntö- ja ihmisoikeuskäytännöissä, ks. Nieminen 2005. Ks. myös Melander 2008, s. 266–267. Melander näyttää rajaavan Suomen perustuslakiin sisältyvän ihmisarvon loukkaamattomuuden vaatimuksen soveltumisesta lähinnä rangaistusluonteisiin toimenpiteisiin tai viranomaisten melko voimakasasteisiin vapauspiiriin puuttumisiin, mikä tosin saattaa johtua ennen muuta tarkastelun rikosoikeudellisesta kontekstista.

³⁴⁷ Ks. myös Hidén 2007, s. 70. Vaikka voidaan varmasti kiistellä siitä, oliko perustuslakivaliokunnan käsiteltävänä olevassa asiassa lainkaan kyse matkustajakoneen alasampumiskenaariosta, pidän Hidénin kritiikkiä perustuslakivaliokunnan lausuntoa kohtaan pääosin oikeutettuna. Vähintäänkin lausunto jättää tämän periaatteellisesti tärkeän kysymyksen tarpeettoman epäselväksi. Sen sijaan olen eri mieltä Hidénin kanssa siitä, että perustuslakivaliokunnan olisi tullut ratkaista käsillä ollut ongelma edellyttämällä asian käsittelemistä poikkeuslakina. Itse ajattelen täsmälleen päinvastoin: jos lailla valtuutetaan poliisi puolustusvoimien virka-apua käyttäen ampumaan alas terroristien kaappaama ilma-alus tavalla, joka väistämättä merkitsee sivullisten menehtymistä, on sääntely sillä tavoin vastoin perustuslain 1.2 §:ssä mainittua ihmisarvon loukkaamattomuutta, ettei lakia voida pitää perustuslain 73 §:n tarkoittamana rajattuna poikkeuksena perustuslakiin (vrt. Hidén 2007, s. 74–75). Sitä ei toisin sanoen saisi säätää edes poikkeuslakina, tavallisesta laista puhumattakaan. Tämän argumentin edelleen kehittämiseen ei tässä yhteydessä ole tilaa, mutta todettakoon kuitenkin, että vastaavalla tavalla myöskään esimerkiksi kidutuksen kiellosta säädettyä poikkeusta ei voitaisi missään tilanteessa pitää rajattuna poikkeuksena (sen lisäksi että tällainen säännös rikkoisi Suomen kansainvälisiä ihmisoikeusvelvoitteita). Ks. tämän argumentin valtiosääntöteoreettisista perusteista Waldron 2005 ja siinä kidutuksen kiellon arkkityyppisestä luonteesta sekä kiellon yhteydestä koko oikeusjärjestyksen perusteisiin esitetty: ajatuksena on tiiviisti, että koko oikeusjärjestyksen perusteisiin ja siten koko oikeusjärjestykseen ulottuvaa poikkeusta tuskin voidaan pitää rajattuna.

³⁴⁸ Viittaamalla rikosoikeudelliseen vastuuseen perustuslakivaliokunta saattaa olettaa, että kysymys sivullisten surmaamisen oikeutettavuudesta terrorismirikosten estämisessä ja keskeyttämisessä olisi jo tullut valtiosääntöoikeudellisesti hyväksyttävällä ja sivullisten surmaamisen kielvällä tavalla ratkaistuksi rikoslaissa. Näin tuskin voidaan yksiselitteisesti sanoa. Ks. KKO

säännökseen otettu maininta ”sivullisten oikeuksien ja turvallisuuden huomiointamisesta” osoittamaan riittävän selvästi, ettei perustuslakimme salli *missään olosuhteissa* sotilaallisten voimakeinojen käyttöä Suomen alueella siviileihin tavalla, joka väistämättä johtaa sivullisten menehtymisen.

Se, että näin on oikeudellisesti, on tietysti valtiosäännön peruseräpäätösten valossa selvää. Demokraattisessa oikeusvaltiossa, jossa julkisella vallalla on velvollisuus kunnioittaa ihmisarvoa ja edistää perusoikeuksien toteutumista siten kuin perustuslakimme 1.2 ja 22 §:issä säädetään, suurensaakin ihmisjoukon pelastaminen ei ääritilanteessa oikeuta asevoimien käyttöä terrorismirikoksen estämiseen, jos estäminen riistää samalla sivulliselta hengen. Miksi? Saksan valtiosääntötuomioistuimenkin artikuloimia ihmisarvon loukkaamattomuuden ja niin ollen myös modernin perusoikeusajattelun keskeisiä lähtökohtia seuraten: perusoikeuksien ensisijaisena tarkoituksena on osoittaa yksilöllinen kärsimys objektiivisesti vääräksi. Sellaisenaan sivullisen kärsimys ei koskaan koske vain uhria, vaan aina *myös kaikkia*. Jos siis hyöty/haitta -punnintoja tehdään, ”jokainen” on laskettava haitaksi.³⁴⁹

4.4 OIKEUSPUHE JA MANAGERIALISMIN KRITIIKKI

Suomalaista valtiosääntökulttuuria koskevissa kommenttipuheenvuoroissa tavataan esittää, että perus- ja ihmisoikeudet toteutuvat Suomessa yleisesti ottaen kohtuullisen hyvin ja että oikeusjärjestyksemme on merkittäväällä tavalla perusoikeudellistunut ja valtiosääntöoikeudellistunut. Myös lakien perustuslainmukaisuuden valvonnasta perustuslakivaliokunnassa ja tuomioistuimissa esitetään usein varsin myönteisiä käsityksiä. Kiistatonta onkin, että 1990-luvun alussa tapahtunut perus- ja ihmisoikeuskulttuurin murros merkitsi selvää käännettä perus- ja ihmisoikeusargumenttien oikeudellisessa merkityksessä. Sitä vastoin epäselvempää on, kuinka syvälleikäyvästä muutosta tulisi tämän päivän oikeudellisessa todellisuudessa pitää, jos vertailukohtana ei enää käytetäkään ennen 1990-lukua Suomessa vallinnutta tilannetta, vaan esimerkiksi Saksan kaltaisia vahvan valtiosääntökulttuurin omaavia maita. Niin tai näin, edellä esitetty kritiikki on tietoisesti rajattu koskemaan kiperimpiä ratkaisutilanteita, joissa lain-säädäntöhankkeen taustalla on jokin perustava arvotarkaisu taikka tarve toteuttaa jotakin hyvin painavaa, jopa poikkeuksellista yhteiskunnallista intressiä, mutta joka samalla näyttäisi olevan ristiriidassa perustuslaissa tehtyjen sisällöllisten ratkaisujen kanssa. Näissä tilanteissa nykyiset valtiosääntöoikeudelliset käytäntömme ja erityisesti perustuslakivaliokunta näyttäisivät olevan taipuvai-

1993:50 ja KKO 2004:75. Poliisin hätävarjeluoikeuden ongelmallisuudesta ks. Tuori 2004b, s. 492–516. Vrt. Nuotio 2005, s. 215–144.

³⁴⁹ Ks. Koskenniemi 2007a, s. 35.

sia uusintamaan valtiosääntödoktriiniimme jo vanhastaan sisältynyttä instrumentalistista pohjavirettä ja sen mukaista joustavuusoppia. Perus- ja ihmisoikeuskulttuurin murros ei niin ollen ole ainakaan vielä merkinnyt valtiosääntöoikeutemme kaikkien ydinlähtökohtien murtumista.

Viimekätinen joustavuus ja instrumentalismi eivät siten ole hävinneet minnekään, vaan niiden tuottamistapa on vain vaihtanut hieman paikkaansa. Se, mikä ennen toteutettiin poikkeuslailla, voidaan nykyisin ainakin osin toteuttaa perusoikeuksien yleistä rajoitustestiä soveltamalla ja tavallisena lakina. Siinä missä aiemmassa doktriinissa estoitta käytetty poikkeuslaki-instituutio takasi sekä perustuslain muodollisesti tiukan tulkinnan että valtiosäännön jouston silloin kun tilanne sitä vaati, nykyformalismin tyypillisintä muotoa edustavat perustuslakikontrollin keskittyminen teknisluonteiseen sanonnalliseen hienosäätöön sekä valiokunnan argumentaation kaavamaisuus ja asiayhteydestä irrottujen yleisten tulkintalauseiden toistoksi.

Pragmaattinen jousto ja instrumentalismin ylivalta ilmenevät puolestaan erityisesti kiperissä tulkintatilanteissa. Periaatteellisten tulkintaongelmien avointa artikulaatiota välttämällä tai määrittelemällä ongelman ratkaisu harkinnanvaraiseksi taikka poikkeuksellisen tilanteen edellyttämäksi perusoikeudet saadaan palautettua samanlaisten intressikalkyylien kohteiksi kuin mitkä tahansa muut painavat yhteiskunnalliset intressit. Samalla valtiosääntö hahmottuu ensisijaisesti yhteiskunnan kokonaisuutun tai muuhun poliittiseen projektiin liittyvien intressien toteuttamisen välineeksi, jonka oikeudellisessa hallinnassa olennaisinta on asianmukaisista menettelyistä ja sanamuodoista huolehtiminen. Tällaisen valtiosääntöoikeudellisen todellisuuden tuottamista voidaan tuskin pitää sen paremmin modernin perustuslain kuin demokraattiseen legitimitettiin nojaavan perustuslakivaliokunnan tehtävänä.

OSA IV
LOPUKSI:
INSTITUTIONAALISISTA
JÄRJESTELYISTÄ PRESUMPTIIVISEEN
VALTIOSÄÄNTÖOIKEUDELLISEEN
KONTEKSTUALISMIIN

1 Valtiosääntöoikeuden fragmentoituminen ja systeemi

Martin Scheinin analysoi 1990-luvun alkupuolella kansainvälistymisen tuottamia haasteita suomalaiselle oikeusajattelulle erotellen toisistaan karkeasti kaksi oikeudellista lähestymistapaa. Kansallisen lainsäätäjän ehdottomaan suvereenisuuteen rakentuvan oikeusjärjestyksen ja sen ideologisia sitoumuksia heijastavan pykälälegalistisen oikeusajattelun näkökulmasta oikeudellisen ratkaisutoiminnan oikeellisuuden mittapuuna voitiin huoletta pitää sitä, että lakikirjasta löytyi oikea pykälä, jonka alle ratkaistavana oleva tapaus voitiin subsumoida. Scheininin mukaan kansainvälistymiskehitys ja oikeusjärjestyksen fragmentoituminen pudottivat tältä ajattelulta pohjan sekä ideologisesti että käytännöllisesti. Lakikirja ei enää sisältänytäkään ”kokonaisia” oikeusnormeja, vaan lähinnä kiinnekohtia yksittäisessä ratkaisutilanteessa muodostettavalle oikeusnormille, joita oli tilanteen mukaan täydennettävä kansainvälistä alkuperää olevilla ja normifragmenteilla. Näin moniaineksinen, tapauksittain vaihteleva ja jännitteitä ja kollisionia sisältävä oikeusjärjestys pakotti tavallaan myöntämään, ettei abstraktien oikeusnormien etusijaongelmiin ja eri normilähteiden välisiin suhteisiin ole edes ideaalituypisesti olemassa yleistä vastausta.¹

Irtaantuminen lainsäätäjän suvereenisuuteen palautuvasta ja abstraktilla tasolla lukkoon lyödystä oikeusjärjestyksestä ei kuitenkaan Scheininin mielestä voinut merkitä täydellistä irtiottoa myös ristiriidattomuuden ja johdonmukaisuuden vaatimuksista. Ristiriidattomuus ei tosin muuttuneissa olosuhteissa voinut enää kummuta sen paremmin lainsäätäjän suvereenisuudesta kuin formaaleista etukäteen määritetyistä normien etusijajärjestyksistä. Kun oikeusjärjestys yksinkertaisesti tunnusti useita erilaisia normilähteitä ja legitimizeettikriteereitä päteviksi ja ainakin konkreettisten oikeudellisten käytäntöjen tasolla lähtökohdaisesti yhtä relevanteiksi, ainoaksi mahdollisuudeksi tavallaan jäi oikeudellisen ratkaisutoiminnan sitominen *diskursiivisesti* konstruoitavissa olevaan systeemiin, mutta kuitenkin niin, että systeemin luoma koherenssi jätetään sekä normatiivisen ideaalin että yksittäistapauksellisuuden varaan.² Tällaista asennoitumista oikeudellisiin ongelmiin Scheinin kutsui systeemilegalistiseksi.

Vastaava formalistisen systeemin kritiikki, mutta samalla myös tulkinta systeemin ja tilannesidonaisuuden välisestä erottamattomasta suhteesta sisältyy niin ikään *Juha Karhun* uutta varallisuus-oikeutta taustoittavaan *tilanneherkkyy-*

¹ Ks. Scheinin 1993, s. 19.

² Ks. Scheinin 1993, s. 18.

den ideaan.³ Oleellista tilanneherkässä oikeudellisessa ajattelussa ei selvästi kukaan ole se, että tapauksen tosiasiat tulisi ottaa jollakin tavalla aiempaa paremmin huomioon siinä jo soveltuviksi valikoituneiden normien tulkinnassa. Sen sijaan kyse on Scheininin tavoin perinteisenä esitettävälle abstraktille systeeminrakennukselle vaihtoehtoisesta lähestymistavasta. Kun yhä useammat oikeudelliset ongelmat alkavat sekä kansainvälistymisen että moniarvoistumisen seurauksena määrittäytyä päällekkäisongelmiksi,⁴ joissa useat oikeusnormit näyttävät lähtökohtaisestikin soveltuvan samaan tapaukseen yhtä aikaa, perinteiseen abstraktiin systeemiin sisältyvien oikeudenalakohtaisesti itsenäistyneiden periaatteiden ongelmanratkaisukyky alkaa menettää merkitystään. Vähintäänkin tällainen ajattelu kyseenalaistuu sitä perustavammin, mitä tyypillisemmin se näyttää johtavan kyseenalaisiin lopputuloksiin tapauksen jonkin oikeudellisesti relevantin näkökohdan kannalta.⁵ Sen vuoksi oikeudellista ongelmanratkaisua tulisikin lähestyä tavalla, joka pitää oikeudellisen systeemin mahdollisimman avoimena mahdollisimman pitkään.

Tässä mielessä tilanneherkkyys näyttäisikin edustavan vaihtoehtoa lainopille tyypilliselle systeemilähtöiselle ja formalismiin taipuvaiselle oikeudelliselle ajattelulle, joissa oikeudellisen ongelman ratkaisua lähdetään hahmottamaan tyypillisesti abstraktista konkreetin suuntaan edeten.⁶ Lainopilliselle logiikalle on luonteenomaista, että ensin hahmotetaan oikeuslähdeopin, oikeudenalajoutuksen ja sen sisällä lokaalisti vallitsevan doktriinin puitteissa sovellettavat normit ja sitten annetaan niille käsillä olevan tapauksen valossa mielekäs, voimassa olevan oikeuden mukainen merkityssisältö.⁷ Tai kuten Aarnio toteaa, systematiikka lyö lukkoon ”puitteet, joissa ratkaisut voivat liikkua. Se rakentaa asianomaisen alueen yleiset opit, ajattelun yleisen kehikon” määrittäen näin ratkaisutilanteiden rakenteen.⁸

Lainopille tyypillinen käsitys systeemin ja käytännön suhteesta ja oikeudellisen tulkinnan merkityksestä tässä suhteessa saattaa sinänsä sopia hyvin olosuhteisiin, jossa systeemin periaatteellisista lähtökohdista ja annettuina otettavista lähtökohtaoletuksista voidaan olettaa vallitsevan varsin suuri konsensus.⁹ Käsitteeltä putoaa kuitenkin pohja pois sitä mukaa kuin oletus konsensuksesta osoittautuu illusoriseksi. Kun yhtenäistä abstraktia systeemiä, oikeudenalajakoa tai tiettyä oikeuslähdeoppia tukevaa riidatonta konventiota ei ole, oikeudellisen ongelman hahmotuskin joudutaan suorittamaan käänteisesti. Sen sijaan, että ratkaisutilanne ymmärrettäisiin yleisen teorian soveltamisena erityiseen tapaukseen, on-

³ Ks. Pöyhönen 2000, s. 186.

⁴ Ks. Pöyhönen 2000, s. 9 ss.

⁵ Ks. Pöyhönen 2000, s. 65–66.

⁶ Ks. myös Niemi 2002, s. 195.

⁷ Ks. Aarnio 1989, s. 298–301.

⁸ Aarnio 1989, s. 301.

⁹ Ks. myös Rosenfeld 1998, s. 1.

gelman hahmotuksen lähtökohdaksi asetetaan käsillä oleva tilanne, joka tavallaan vasta nostaa esiin ne laajempiin systemaattisiin näkökohtiin perustuvat ongelmat, joihin vastaamista voidaan pitää perustellun ratkaisun edellytyksenä.¹⁰ *Ensin on otettava haltuun kokonaisuus ja sitten valittava sovellettavat normit,*¹¹ *mutta koska ratkaistavana oleva oikeudellinen ongelma onkin eritaustaisten normien etukäteisesti ratkaisukelvoton päällekkäisongelma, kokonaisuus saadaan edes periaatteessa haltuun vain, jos sen puitteita ei ole etukäteen abstraktilla tasolla lyöty formaalisti lukkoon.* Tätä voidaan pitää Juha Karhun esittelemän presumptiivisen kontekstualismin¹² perusideana.

Käsillä oleva tutkimus on perustunut vastaavalle kontekstualistiselle lähtökohdalle. Olen kuitenkin tähän mennessä käsitellyt teemaa korostuneesti perustuslakikontrollia koskevien institutionaalisten järjestelyjen ja niiden rationaalien suunnittelun puitteissa. Tutkimuksen lopuksi on kuitenkin syytä nostaa esille niitä vaikutuksia, joita tällaisella oikeudellisella asennoitumisella vaikuttaisi olevan valtiosääntöoikeudelliselle tulkinnalle, argumentaatiolle ja systematisoinnin menetelmille. Keskeytyn tuomioistuinten valtiosääntöisen ratkaisutoiminnan lähtökohtiin. Kiinnitän huomiota etenkin perus- ja ihmisoikeuksien konkreettiseen soveltamiseen ja oikeudellisen ongelman hahmottamista määrittäviin tulkinnallisiin ongelmiin. Samalla esitän kritiikkiä etenkin systeemilähtöistä oikeusdogmatiikkaa ja systeemideterminismää kohtaan, joilla viittaan kulloisenkin ratkaisutilanteen tulkintapuitteiston johtamiseen suoraan yleisen tason systeemistä, esimerkiksi oikeudenalajaottelusta, mutta myös kyseenalaistamattomista oikeuslähteopillisista oletuksista.¹³ Kritiikki koskee luonnollisesti muutakin yleistä valtiosääntödogmatiikkaa. Juuri valtiosääntöoikeuden alueella periaatekollisiot muodostavat tyypillisimmän ratkaisutilanteen ja samalla modernia konstitutionalismin määrittävän perusjännitteen, jonka erilaisista konkreettisista ratkaisutilanteista kaksisataa vuotta länsimaista valtiosääntöhistoriaa tarjoaa esimerkkejä,¹⁴ mutta jolle ei ole nähdäkseen ole johdettavissa yleistä ratkaisua ”systeemistä” siten kuin lainoppi usein olettaa. Päinvastoin, perus- ja ihmisoikeudet ovat juuri tässä mielessä elävä projekti, jonka sisäiset konfliktit joudutaan ratkaisemaan kussakin tilanteessa erikseen sisällöllisesti, ei nojautuen abstraktilla tasolla konstruoi tuun systeemiin taikka tuon systeemin sisältöä koskeviin oletuksiin oikeusyhteisön konventionaalista hyväksynnästä.

¹⁰ Ks. myös Dworkin 2006, s. 52–55.

¹¹ Ks. Pöyhönen 2000, s. 191.

¹² Ks. Pöyhönen 2000, s. 199.

¹³ Ks. vastaavasti, mutta vieläkin laajemmin sisällöllisen koherenssin vaatimusta kritisoiden Wilhelmsson 2001, s. 219–220. Tässä omaksuttu kriittinen perspektiivi systeemilähtöisyyttä kohtaan ei ulotu oikeusjärjestelmän normatiivisia legitimiisyysehtoja määrittävien, normatiivisia ideaaleja ilmaisevien ja asiayhteyssidonnaisesti merkitystä saavien periaatteiden järjestelmälunteen kritiikkiin. Ks. myös Tuori 2002b, s. 906–907.

¹⁴ Ks. Habermas 1996, s. 129.

2 Abstrakti systeemi ja lokaalin koherenssin katveet

Miksi abstrakti systematisointi johtaa ongelmiin? Eikö pikemminkin ole niin, että mitä monimutkaisempina ja muuttuvampina oikeudelliset käytännöt hahmottuvat, sitä enemmän tarvitaan oikeustiedettä sitomaan kyseiset käytännöt osaksi johdonmukaista systeemiä? Eivätkö lainoppi ja esimerkiksi valtiosääntödogmatiikka ole olennainen osa oikeudellisten käytäntöjen rationaalisuusehtoja, joita ilman oikeudelliset käytännöt muuttuisivat täysin sattumanvaraisiksi? Ja jos näin on, eikö niiden merkitystä rajoittamaan pyrkivä kontekstualismi jätä ratkaisutilanteita vaarallisen avoimeksi?¹⁵ Eikö jotain merkitystä ole silläkin, että teoreettisen lainopin formaalit etusijajärjestykset edustavat sittenkin vain *prima facie* -luonteista järjestystä, joka saattaa modifioitua huomattavastikin, kun periaatteiden keskinäinen painoarvo ratkaistaan kussakin tapauksessa sen erityispiirteiden mukaan aina erikseen?¹⁶

Onkin esitetty, että vaikka ajatus kokonaisvaltaisesta, koko oikeusjärjestyksen johdonmukaisena kokonaisuutena esittävästä globaalisti koherentista systeemistä on syytä hylätä, oikeustieteellisessä käsitteenmuodostuksessa ei toisaalta tulisi kokonaan hylätä perinteisen oikeusjärjestelmäidean mukaista ajatusta oikeuden sisäisestä johdonmukaisuudesta. Globaalin järjestelmätason sijaan onkin ryhdytty puhumaan epistemologisesti samankaltaisesta, mutta astetta rajatummassa, oikeudenalakohtaisesta ts. lokaalista koherenssista.¹⁷ Tällaisen konstruktion voidaan ajatella viittaavan oletukseen, että arvopluralismia heijastaen myös oikeutta tulisi arvioida sisäisiä oikeuttamisperusteitaan myöten sektoroituneina osajärjestelminä, jossa sisällölliselle johdonmukaisuudelle voidaan kyllä antaa merkitystä, mutta vain, kuten *Joseph Raz* on esittänyt, tiettyjen alueiden doktriinin puitteissa: coherence of doctrine in specific fields.¹⁸ Tässä mallissa kullakin oikeudenalalla on sisäiset, tradition ja asiantuntijakulttuurin ylläpitämät periaatteet ja tavoitteet, oikeudenalalle luonteenomaiset arvonsa, jotka määrittävät sen tarkempaa sisältöä ja samalla itsenäisyyttä suhteessa muihin rinnakkaisiin oikeusjärjestelmiin.¹⁹ *Håkan Gustaffsson* on hyödyntänyt Razin käsitystä edelleen oikeuden järjestelmätasoista moniarvoistumista, polyvalenssia, koskevassa tutkimuksessa. Gustaffsson lähtee siitä, että vaikka oikeu-

¹⁵ Ks. näin esim. Aarnio 2006, s. 327.

¹⁶ Ks. Tuori 2007, s. 125.

¹⁷ Ks. Tuori 2007, s. 104–105.

¹⁸ Ks. Raz 1994, s. 303.

¹⁹ Ks. Gustaffsson 2002, s. 440–442.

den polyvalenssi tekeekin perusteettomaksi sellaisen totaalisen koherenssin, joka nojautui oikeusjärjestyksen erilaisen normiaineiston järjestämiseen oikeudenalakohtaiseksi jaksolliseksi järjestelmäksi, ei moniaineksisoituminen lokaalia koherenssia koskevien oletusten perusteella kuitenkaan estä pyrkimästä samaan tavoitteeseen pienempien systeemien puitteissa. Globaalin systeemin sijaan systeeminrakennus rajataan pienempään mittakaavaan.²⁰ Sittemmin *Tuori* on tuonut saman ajatuksen suomalaiseen oikeudenala- ja konstitutionalisoitumiskeskusteluun.²¹

Lokaalia koherenssia painottavaa lähestymistapaa on kuitenkin syytä kritiikoida samoista syistä, jotka koskevat globaalia koherenssia. Kiperät tapaukset ovat kiperiä yleensä juuri siksi, että niihin soveltuu jo prima facie -tasolla useita keskenään jännitteisiä yleisten oppien taseisia tulkintaperiaatteita. Vaikka jokin oikeudenalakohtainen doktriini saattaa sinänsä tuottaa oikeudenalan sisäisen logiikan näkökulmasta perusteltavissa olevia lopputuloksia, ei tällainen sisäinen perusteltavuus kuitenkaan riitä, jos samaan tapaukseen soveltuvan muun oikeudenalan normit johtavat erilaiseen lopputulokseen.²² Esimerkki valaisee asiaa.

Korkein oikeus ratkaisi kesäkuussa 2005 tapauksen (KKO 2005:72), jossa A vaati valtiolta syyttömästi vangitulle tai tuomitulle valtion varoista vapauden menetyksen johdosta maksettavasta korvauksesta annetun lain nojalla valtiolta korvausta muun muassa ansionmenetyksestä sen johdosta, että hän oli ollut aiheutta vangittuna 9.4.2002 ja 30.5.2002 välisen ajan. Ansionmenetyksen oli aiheuttanut siitä, että A oli ansainnut Suomessa elantonsa seksipalvelujen tarjoajana eikä hän ollut voinut vangittuna ollessaan harjoittaa ammattiaan.

A:n kanne hylättiin oikeudenkäymiskaaren 5 luvun 6 §:n 2 momentin nojalla heti haastetta antamatta. Kannevaatimus ei korkeimman oikeuden mukaan voinut hyvän tavan vastaisiin oikeustoimiin palautuvana saada oikeussuojaa, ja oli niin ollen selvästi perusteeton oikeudenkäymiskaaren tarkoittamassa mielessä.

Tulkintaongelmana oli kysymys siitä, tuliko prostituoidun ansionmenetykseen perustuvaa ja valtiota vastaan aiheettoman vapaudenriiston johdosta nostettua vahingonkorvauskannetta pitää selvästi perusteettomana. Korkeimman oikeuden enemmistön ratkaisussa soveltamisharkinta pyrittiin korostuneesti johtamaan aineellisoikeudellisesta ja oikeudenalakohtaisesta sistemistä. Olenaista oli paikantaa sovellettava säännös ja sen tulkintaa avaavat oikeudenalakohtaiset yleiset opit. Soveltamisharkinnan kohteena olleen säännöksen esitöiden perusteella oli pääteltävissä, että kanne tulisi hylätä haastetta antamatta, jollei vaatimus perustu lakiin tai jollei ilmoitetusta perusteesta voi seurata pyydettyä seuraamusta. Kun kanne käsillä olevassa tapauksessa perustui prostituoi-

²⁰ Gustafsson 2002, s. 441.

²¹ Ks. esim. Tuori 2003, erit. s. 940.

²² Ks. samoin myös Mylly 2009, s. 116–117.

dun saamatta jääneisiin tuloihin, sen ratkaiseminen edellytti vastausta siihen, millainen asema tällaisilla saatavilla Suomen oikeusjärjestyksessä yleisesti ottaen olisi. Koska tällaisia saatavia pidettiin doktriinissa yleisesti hyvän tavan vastaisina ja koska hyvän tavan vastaisuudesta puolestaan seurasi, ettei prostituiioon perustuvia sopimuksia voida määrätä täytettäviksi, eivätkä niihin perustuvat vaatimukset muutoinkaan saa oikeussuojaa, voitiin A:n kanne korkeimman oikeuden mukaan hylätä heti selvästi perusteettomana. Tämä tulkinta vastasi sen mukaan parhaiten niin sanottua puuttumattomuusperiaatetta eli ettei hyvän tavan vastaisiin sopimukseen perustuville saataville anneta oikeussuojaa.

On hyvin todennäköistä, että korkeimman oikeuden ratkaisuun sisältyvät tulkinnat sekä prostituoituna toimimisen hyvän tavan vastaisuudesta että siitä, etteivät hyvän tavan vastaisiin oikeustoimiin pohjautuvat kanteet voi saada oikeussuojaa Suomen oikeusjärjestyksessä, ovat sinänsä varallisuus oikeudellisen doktriinin puitteissa kannatusta nauttavia, ehkä konventionaalisesti hyväksytyjäkin tulkintoja. Oletettavaa myös on, ettei hyvän tavan vastaisiin oikeustoimiin perustuvan kanteen hylkäämistä oikeudenkäymiskaaren 5 luvun 6 §:n 2 momentin säännöksen puitteissa selvästi perusteettomana voida myöskään puhtaan prosessioikeudellisen tarkastelun puitteissa pitää ilmeisen kyseenalaisena, oikeastaan päinvastoin.²³ Ratkaisu näyttäisi seuraavan systeemistä juuri siinä merkityksessä, jota esimerkiksi Aulis Aarnio näyttäisi pitävän sekä oikeusturvaodotusten toteutumisen että mahdollisesti myös opillisen puhtauden kannalta olennaisena.²⁴

Kiinnostavaa kuitenkin on, että tapaus näyttää varsin toisenlaiselta, jos perspektiivi käännetään toisin päin olettaen, että tapauksen konteksti ja perusoikeusjärjestelmä muodostavat oikeudellisen hahmotuksen lähtökohtatilanteen, jota vasten tapaukseen sinänsä sovellettavissa olevat yksityis- ja prosessioikeudelliset tulkintadoktriinit tulevat arvioitaviksi. Tällöin tapauksen ratkaisu riippuu ensisijaisesti niistä perusoikeusongelmista, jotka yksityis- ja prosessioikeudelliset opit jättivät lähinnä marginaaliin. Jos nimittäin aiheettoman vapaudenriiston kohteelta riistetään jo prosessuaalisiin perusteisiin mahdollisuus ajaa valtiota vastaan vahingonkorvauskannetta, voidaan tällainen ratkaisu lähtökohdaisesti oikeuttaa vain, jos se on yhteensovittavissa vapaudenriiston oikeussuojakeinoja ja tuomioistuimeen pääsyä koskevien perus- ja ihmisoikeuksien kanssa. Myös hyvän tavan vastaisia oikeustoimia koskevan doktriinin sisältö joudutaan määrittelemään uudelleen. Nyt kyse on siitä, miten oikeusjärjestyksessämme tulisi oikeudellisesti arvioida toimintaa, johon tyypillisesti voidaan katsoa liittyvän monitahoisia syrjiviä ja toiminnan harjoittajien perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen ja ihmisarvoisuuden systemaattisesti vaarantavia

²³ Ks. esim. Jokela 2002, s. 304.

²⁴ Ks. Aarnio 2005, s. 323–325.

piirteitä,²⁵ mutta jota kuitenkin ei ole laissa yleisesti säädetty kielletyksi ja jota toisaalta vielä suojaa jokin perustuslain takaama perusoikeus, tässä tapauksessa perustuslain 18 §:ssä jokaiselle turvattu oikeus hankkia toimeentulonsa lain mukaan valitsemallaan ammatilla tai elinkeinolla.

Riippumatta siitä, edellyttäisivätkö perustuslakiin nojautuvat lähtökohdat korkeimman oikeuden ratkaisun lopputuloksen muuttamista, ainakin ne kääntävät perustelutaakkaa siitä, minkä varallisuus oikeudellinen doktriini asettaa lähtökohdaksi. Tai kuten ratkaisuun sisältyvässä eriävässä mielipiteessä todetaan, nyt pitäisi pystyä perustelemaan, miksi ”prostituutio – olipa hän ammatinharjoittaja tai rikoksen uhri – menettää jo lähtökohtaisesti sellaisen oikeuden, joka jokaiselle aiheetta vapautensa menettäneelle kuuluu”.

Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että valtiosääntöoikeudelliset tulkintaopit tulisivat kokonaan varallisuus oikeuden tilalle. Päinvastoin, varallisuus oikeuden alueen doktriinille on vain pystyttävä antamaan sisältö, joka voidaan oikeuttaa myös perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Tällainen perusoikeusarvio ei sinänsä siis estä hyvän tavan vastaisuutta koskevien näkökohtien huomioonottamista. Niin perus- ja ihmisoikeudet kuin varallisuus oikeudellinen hyvän tavan vastaisuuden käsite ja siihen liittyvä puuttumattomuusperiaate tuottavat oikeudellisesti välttämättömiä ja ehkä sisällöllisesti yhteneviäkin käsitteellisiä edellytyksiä puuttua prostituutiota koskevaan yhteiskunnalliseen ongelmaan. Naiskaupalle tyypillinen pakkoprostituutio tuottaa jo määritelmän mukaan ihmisoikeusloukkauksia, jotka on pyrittävä torjumaan sekä välittömästi perus- ja ihmisoikeuksiin nojautuen että välillisemmin esimerkiksi varallisuus oikeudellisiin hyvän tavan vastaisuutta ja oikeustoimien laillisuutta koskeviin lähtökohtiin tukeutuen. Molemmat käsitteelliset lähtökohdat tuottavat myös mahdollisuuden arvioida prostituutiota instituutiona, joka laajassa mitassa yhtäältä ylläpitää naiskauppaa ja toisaalta johtaa väistämättä ristiriitaan ihmisarvoisuutta koskevien ja ihmisen välineellistämiseen skeptisesti suhtautuvien vaatimusten kanssa. Taloudellisiin ja sosiaalisiin oikeuksiin nojaava sekä oikeuksien tosiasiallisesta toteutumisesta huolehtiva oikeusjärjestys ei voi myöskään legitimiesti pysyä neutraalina esimerkiksi näennäisesti vapaaehtoisen prostituution edessä, jos toiminta tosiasiallisesti on köyhyyden ja esimerkiksi siirtolaisuuden tuottamaa ja olosuhteiden sanelemaa vastentahtoisuutta. Vähintään näissä prostituution tyypillisiin toteutumismekanismiin liittyvissä piirteissä varallisuus oikeudellinen käsite hyvän tavan vastaisuudesta voidaan kytkeä konkreettisesti niihin tosiasiallista yhdenvertaisuutta ja ihmisarvoisuutta koskeviin lähtökohtiin, jotka ovat etenkin kansainvälisissä ihmisoikeuskäytännöissä tuottaneet pe-

²⁵ Ks. esim. Nieminen 2005b, s. 130–156, Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 451–465 ja Pärssinen 2003, s. 10–12. Ks. myös esim. HE 34/2004 vp, s. 9–14.

rusteita prostituution hahmottamiselle tyypillisesti ihmisoikeuskielteisenä ilmiönä.²⁶

Samalla perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta on kuitenkin selvää, ettei ihmisoikeuskielteisyyden taustalla olevaa käsitystä prostituoidusta nimenomaan systemaattisten ihmisoikeusloukkausten uhrina pidä sekoittaa prostituutiota harjoittavien leimaamiseen ihmisryhmäksi, joka esimerkiksi uhkaa yhteiskunnan moraalialia ja jota niin ollen pitää joukkona kohdella eri tavoin kuin muita sosiaalisia ryhmiä. Tietyn ihmisryhmän luokittelu ”toiseksi”, valtaväestöstä poikkeavaksi ryhmäksi, joka ei lähtökohtaisestikaan ansaitse samoja oikeuksia kuin valtaväestö, on perusoikeusnäkökulmasta epäilyttävä luokittelu riippumatta siitä, voidaanko se oikeuttaa perinteeseen vedoten vai ei. Perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta hyvän tavan vastaisuuteen liittyvä puuttumattomuusperiaate muuntuu tällaisessa tilanteessa pikemminkin piittaamattomuusperiaatteeksi sen edellyttäessä passiivisuutta tilanteessa, jossa perusoikeuksien turvaaminen vaatisi nimenomaan aktiivisia toimia. Tällaista lopputulosta tuskin voidaan hyväksyä pelkästään sillä perusteella, että se on yksittäisen oikeudenalan mukainen.

²⁶ Vrt. tältä osin EU-tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-268/99 (Aldona Malgorzata Jany ym. v. Staatssecretaris van Justitie).

3 Systemin ja kontekstin suhde

Pyrin edellä kuvatulla tapauksella nostamaan esille oikeudellisten päällekkäisongelmien merkitystä oikeudellisessa päätöksenteossa ja tilanteessa, jossa hierarkkiset ristiriitojen ratkaisusäännöt eivät kykene normikollisiota tyydyttävästi ratkaisemaan. Tapauksen avulla on myös mahdollista paikantaa suomalaiselle valtiosääntökulttuurille tyypillisiä ongelmia ja erityisesti traditionaalisten oikeudenalajaottelujen ja perusoikeuksien toteuttamisen välillä ilmenevien jännitteiden vaikutuksia. Kiperien tapausten juridisen ongelmanratkaisun keskeisimmät kysymykset eivät tällaisissa tilanteissa enää nimittäin näyttäisi koskevan sitä, miten tiettyä tapaukseen soveltuvaa säännöstä tulisi esimerkiksi aukkotilanteissa tulkita tai mikä siinä mahdollisista tulkintavaihtoehdoista tulisi ottaa ratkaisun lähtökohdaksi. Sen jälkeen kun väite oikeudenalakohtaisen doktriinin ristiriidasta perus- ja ihmisoikeuksina turvattujen oikeuksien kanssa on esitetty, ei tapausta voi rationaalisesti ratkaista pelkästään oikeudenalakohtaisen tulkintasääntöjen perusteella. Päinvastoin, on edellytettävä, että tällaisen päätöksen oikeuttava periaate on yhteensopiva ei vain oikeudenalakohtaisen doktriinin vaan myös oikeusjärjestyksen kokonaisuuden kanssa.

Prostituutiotapauksessa perusoikeudet muodostivat sen lähtökohdan, jonka kautta käsillä olevan tulkintaratkaisun yleistä oikeutettavuutta oli mahdollista ja syytäkin lähestyä. Konkreetissa tapauksessa ilmenevä jännite oikeudenalakohtaisesti määräytyvän tulkintasäännön ja perusoikeuksien välillä näyttää siten edellyttävän abstraktiotason nostamista vähintäänkin sille tasolle, jota perusoikeudet edustavat: hyvän tavan vastaisuutta koskevalle opille on toisin sanoen haettava tukea oikeudenalan ylittävistä yleisistä oikeusperiaatteellisista näkökohdista. Näin oikeudelliselle ratkaisulle ja siinä ilmenevälle tarpeelle sovitaa yhteen konkreetti tilanne ja oikeusjärjestelmä avautuu kaksi vaihtoehtoista heuristista mallia. Olennainen ero presumptiivisen kontekstualismin ja erityisesti perinteiselle oikeuspositivismille ja oikeudenalakohtaiselle systeemille rakentuvan lainopin välillä näyttäisikin koskevan sitä juridista metodia, jonka kautta oikeusjärjestelmä ja käsillä oleva ratkaisukonteksti sovitetaan yhteen.

Eroja voidaan havainnollistaa tukeutumalla *Ronald Dworkinin* ja osin *Klaus Güntherin* esityksiin teorian ja konkretian suhdetta koskevista vaihtoehtoisista lähestymistavoista.²⁷ Ensimmäisessä, lainopilliselle hahmotukselle tyypillisessä

²⁷ Ks. Dworkin 1994, s. 28–29 ja Günther 1988, s. 267–276 ja 347–353. Ei liene sattumaa, että tässä tehtävä erottelu seuraa myös standardinomaista erottelua säädännäisoikeudellisen oikeusjärjestelmän juridisen metodin ja toisaalta common law -metodin välillä. Kuten esimerkiksi Legrand on todennut, säädännäiseen oikeuteen perustuvissa järjestelmissä oikeudellista harkintaa ja säädetyin oikeuden soveltamista tavataan hahmottaa deduktiivisesti yleisestä, säädetyistä normista konk-

vaihtoehdossa tulkintamme systeemistä vaikuttaa ratkaisuun ylhäältä alaspäin, toisin sanoen abstraktia järjestelmää koskevista oletuksista kohti konkreettisia tulkintoja edeten. Voimme muotoilla ensin jonkin yleisen teorian oikeuden olemuksesta, oikeusjärjestelmän funktioista ja esimerkiksi valtiosääntöoikeudellisesta tulkinnasta joidenkin tiettyjen perustavien periaatteiden varassa ja sitten soveltaa tällaista teoriaa konkreettisiin käytäntöihin. Esimerkiksi *Antero Jyrängin* tulkinta demokratiaperiaatteesta suomalaisen valtiosäännön artikulaatioperiaatteena tuottaa juuri tällaisen mallinnuksen. Kun valtiosääntöoikeuden eri osat vetävät ristiriitaisiin suuntiin, jollekin periaatteelle pitää antaa jo yleisellä tasolla hallitseva asema, jonka puitteissa ristiriidat voidaan ratkaista ennakkoidusti. Jyränki asettaa tälle paikalle demokratiaperiaatteen,²⁸ mutta esimerkiksi *Jaakko Husalla* vastaavaksi ydinperiaatteeksi on valikoitunut vallanjakoperiaate.²⁹ Usein tällainen systeemideterministinen malli rakentuu sekä oikeudenalakohtaisille että sitä yleisemmille teoreettisille käsityksille. Esimerkiksi tulkinta perustuslakivaliokunnan auktoritatiivisesta asemasta perustuslaintulkitsijana ja siten perustuslaintulkinnan pätevyyskriteerien palauttaminen tapauskohtaisen sisällöllisen argumentaation normatiivisen vakuuttavuuden sijaan tosiasiallisiin käytäntöihin voidaan perustella sekä oikeuspositivistiseen teoriaan nojautuen että valtiosääntödoktriiniin liittyvistä periaatteellisista ja traditionalistisista lähtökohdista käsin.

Tässä ei ole enää syytä palata edellä mainittujen valtiosääntöteoreettisten käsitysten tarkempiin sisältöihin. Olennaista sen sijaan on, että teoriaa käytetään tällaisissa malleissa tyypillisesti ratkaisutilanteen oikeudellista *hahmotusta* koskevana lähtökohtana, joka määrittää yksittäisen oikeudellisen ongelmanratkaisun *prima facie* -tyyppisiä tulkinnallisia lähtökohtia. Tästä tietenkin seuraa, ettei kyseinen lähtökohtaoletus itsessään voi *prima facie* tulla kussakin tapauksessa erikseen testattavaksi. Jos siis perusoikeudet näyttävät johtavan ristiriitaan demokraattisen lainsäätäjän suverenisuuden kanssa, demokratiaperiaatteelle nojaava systeemi antaa lähtökohtaisesti etusijan lainsäätäjän harkinnalle. Jos tuomioistuimen ratkaistavana olevassa tapauksessa lain soveltaminen näyttäisi johtavan ristiriitaan perustuslain kanssa, tuomioistuimen tulisi suhtautua perustuslain soveltamiseen lähtökohtaisen pidättyvästi, koska muussa tapauksessa tapauksen ulkopuolella etukäteen täsmennetyin vallanjoon edellyttämä raja lainsäädäntövallan ja tuomiovallan välillä hämärtyisi. Näin jokainen yksittäinen soveltamistilanne hahmottuu ensisijaisesti yleisen teorian soveltamisen erityistapauksena. Oikeudellisen soveltamisharkinnan ideaalinen perusmetodi on *deduktio*.

reettiseen tapaukseen edeten, kun taas common law -maiden oikeudellinen metodi seuraa ideaalittyyppisesti induktiota ja etenee konkreetista tapauksesta yleisten oikeusperiaatteiden suuntaan. Ks. Legrand 1996, s. 75. Toisaalta valtiosääntöoikeus ja ihmisoikeudet yleisiin oikeusperiaatteisiin pohjautuvina instituutioina näyttävät liudentavan tässäkin suhteessa kuilua mannermaisen oikeusjärjestelmän ja common law -järjestelmän välillä. Ks. Rosenfeld 2004, s. 635–638.

²⁸ Ks. Jyränki 2003, s. 38–39.

²⁹ Ks. Husa 2004a, s. 255–256.

Toinen vaihtoehto hahmottaa systeemin ja konkretian suhteet päinvastoin. Oletuksena on, että sen sijaan, että systeemin annettaisiin määritellä erilaiset tulkintavaihtoehdot etukäteen, vasta käytännöllinen soveltamistilanne nostaa esiin kysymykset niistä astetta yleisemmän tason teoreettisista ongelmista, joihin joudumme vastaamaan ratkaistaksemme käsillä olevan ongelman. *Lähtökohdan sijaan systeemi muodostaakin tulkintatilanteen horisontin.* Oikeusharkinta tapahtuu toisin sanoen ensisijaisesti erityisestä yleiseen, *induktiivisesti.*

Tämä ei tarkoita tietenkään, ettei esimerkiksi oikeutta koskevilla yleisillä teorioilla tai esimerkiksi oikeudenalajaotuksella olisi merkitystä hahmotettaessa tapauksen oikeudellisesti relevantteja tilannepiirteitä jo aivan alustavassa harkinnassa. Oleellista kuitenkin on, että alustava harkinta oletetaan alusta lähtien potentiaalisesti riidanalaiseksi. Esimerkiksi ensi näkemältä jonkin yksittäisen aineellisoikeudellisen oikeudenalan rutiinitapauksena hahmottunut ongelma saattaakin katsetta hieman kohottamalla muuttua kiistanalaiseksi ja kiperäksi, jos asiaa tarkastellaan astetta yleisemmällä tasolla esimerkiksi kansainvälisten ihmisoikeussopimusten, valtiosääntöoikeuden taikka eurooppaoikeuden aineellisoikeudellisten tulkintaperiaatteiden näkökulmasta. Tämäkin käsitys saattaa puolestaan tilanteesta riippuen riidanalaisua, jos tapaus jostain syystä edellyttää kannanottoa vieläkin abstraktimman tason kysymyksiin esimerkiksi ihmisoikeuksien, kansansuvereenisuuden tai edustuksellisen demokratian merkityksestä ja keskinäisuuhteista eurooppalaisessa valtiosääntöperinteessä. Olenaisinta on, ettei moderni oikeuteen sisälly a priorista tai kokonaisvaltaista etukäteistä kriteeriä, jonka perusteella voisimme ennen yksittäisen tapauksen sisällöllistä arviointia tietää, milloin tapauksen ratkaiseminen edellyttää tukeutumista oletettuun standarditilanteeseen nähden astetta yleisempiin periaatteisiin ja mahdollisesti edelleen niiden taustaperusteluihin.³⁰ Samoin kriteereitä vaille jää myös kysymys siitä, kuinka pitkälle oikeusjärjestyksen perusteisiin joudumme argumentaatioketjun ulottamaan.³¹

Mikä tahansa alun perin rutiiniratkaisuna näyttäytynyt ongelma saattaakin muuntua jonkin mahdollisesti yllättävänkin väliin tulevan tekijän johdosta kiperäksi tapaukseksi. Tämäkin oikeuden piirre vain heijastelee sitä tosiasiaa, ettei demokraattisen oikeusvaltion perustaa määrittelevien periaatteiden etusijasuhteisiin yksinkertaisesti ole olemassa etukäteistä ratkaisua. Oikeuden legitimiisyys on riippuvainen samanaikaisesti sekä muodollisista että sisällöllisistä vaatimuksista ja, jos halutaan, viime kädessä sekä demokratiaperiaatteesta että ihmisoikeusperiaatteista.

³⁰ Ks. myös Mylly 2009, s. 106–108.

³¹ Näin osin myös Aarnio 1989, s. 204, jonka mukaan oikeudelliselle argumentaatiolle ei ole osoitettavissa yleisin termein mitään täsmällistä periaatteellista rajaa, jossa argumentaatio voidaan aina katkaista. Toisaalta tällainen raja kuitenkin Aarnion argumentaatioteoriaan selvästi sisältyy. Argumentaatiotarpeen päätepiste on Aarnion teorian näkökulmasta partikulaarisessa, *yhteisten arvojen* varaan rakentuvassa ideaaliauditoriossa saavutettavassa hyväksyttävyydessä. Ks. myös Aarnio 1989, s. 282–283.

4 Rationaalinen perusteltavuus ja kritiikki

Presumptiivinen kontekstualismi ei kiinnitä huomiota niinkään yksittäiseen tapaukseen soveltuviin periaatteiden sisältöä ja punnintaa koskeviin tulkintajuridisiin ongelmiin, vaan ensisijaisesti niihin teoreettisiin taustasitoumuksiin, joiden valossa tapausta lähdetään ylipäätään oikeudellisesti arvioimaan. Tilannesidonnaisuuden korostuksista huolimatta tavoitteena on siten ratkaisun rationaalinen perusteltavuus. Rationaalisuus ei kuitenkaan seuraa siitä, että ratkaisulle voidaan löytää nimenomainen tuki etukäteen määritellystä systeemistä vaan siitä, että sen yksittäisen ratkaisun taustaperusteet voidaan esittää sisällöllisesti yhteensopivana mahdollisimman yleistettävissä olevien periaatteiden valossa.

Lähtökohdista seuraa kriittinen suhde perinteiseen oikeuspositivistiseen valtiosääntödogmatiikkaan ja perinteiseen perustuslakikontrolliajatteluun. Jättäessään nimittäin oikeudellistamisen kriteerit keskeisesti systematisoinnin tasolla tehtäväksi ja siirtäessään ne sellaisenaan oikeudellisen ongelmanmäärittelyn puitteiksi, valtiosääntödogmatiikalla on systemaattinen taipumus peittää moniarvoiselle oikeuskulttuurille tyypilliset jännitteet ja väittää niitä jo ratkaistuksi.

Dogmatiikan kritiikki muistuttaakin niitä oikeusperustaisia ihmisoikeuskritiikkejä, joissa on kiinnitetty erityistä huomiota ihmisoikeuksien yleisiä soveltamiskriteerejä koskeviin yleisiin oppeihin, jotka *Rolando Gaeten* kuvaamalla tavalla mahdollistavat oikeudenloukkauksen uhriksi itseään väittävän vaatimusten neutralisoinnin tavalla, joka ei edellytä minkäänlaista kannanottoa oikeuksiin.³² Toisaalta presumptiivinen valtiosääntöinen kontekstualismi näyttäisi tuottavan yhden mahdollisuuden vastata esimerkiksi sellaisiin kriittisen koulukunnan puheenvuoroihin, joita muun muassa *Martti Koskenniemi* on moderneista ihmisoikeuksista esittänyt. Tällaisessa kritiikissä saatetaan esimerkiksi kyseenalaistaa ihmisoikeuksien normatiivinen merkitys samoin kuin niiden rationaalisuuskin viittaamalla oikeuksien taipumukseen muuntua jo vallitsevan yhteiskunnallisen tilanteen, status quo'n, legitimaatioksi ja sitä kautta tietysti poliittisen päätöksenteon fasadiksi.³³ Samalla saatetaan kyllä myöntää, että ihmisoikeuksilla on voinut olla historiallisesti päinvastaisia ja vallankäyttöön nähden kriittisiä ja vapauttavia merkityksiä. Siitä huolimatta niiden asema on kriitikoiden mukaan nykyisessä todellisuudessa aivan toinen: todellisuudessa ihmisoikeudet banalisoituvat yhä tyypillisemmin asioiden tekniseksi hallin-

³² Ks. Gaete 1993, s. 52.

³³ Koskenniemi 1999, s. 99–100

noinniksi yhtäällä ja strategisen valtapelin puitteissa tehtävän päätöksenteon oikeuttajiksi toisaalla. Kriitikoiden mukaan fasadinomaisuuden problemaattisuus vain korostuu, kun oikeudet samanaikaisesti esitetään perustavanlaatuisina, luovuttamattomina ja jokaiselle yhtäläisin perustein kuuluvina, vaikka kaikki oikeudelliset käytännöt samalla osoittavat, etteivät ne sitä oikeasti ole.³⁴

Vaikka tällaisia näkökohtia ei tietenkään pidä sivuuttaa, vaikuttaa kriittinen realismi kuitenkin menevän tietyissä suhteissa liian pitkälle. Kun ihmisoikeuksien kriittis-normatiiviselle roolille on löydettävissä todellinen paikka ainoastaan oikeudellisen ajattelun historiassa, menettävät ne samalla merkityksensä vallitsevien käytäntöjen kritiikin mittapuuna. Kaikki onkin vain politiikkaa. Koskenniemen esittämän CLS-perustaisen oikeuksien standardikritiikin³⁵ lähtökohtia rasittaa myös pitäytyminen varsin tiukasti perinteisessä liberaalissa oikeuskäsityksessä ja nimenomaan sen arvostelussa. Esimerkiksi *Philip Alston* onkin vastannut kritiikkiin kyseenalaistamalla sen sellaisten ihmisoikeusteorioiden ja -käytäntöjen suunnalta, jotka eivät rakennu pelkästään liberaalille ideologialle sekä oikean ja hyvän ja siis oikeuden ja politiikan niin tiukalle erotelulle kuin oikeuksien valttikorttiteesiin tyypillisesti luetaan.³⁶ Toisaalta Alston itsekin myöntää arvostelijoiden olevan osin oikeilla jäljillä. Ihmisoikeuksilla ei voi mielekkäästi osoittaa mitään kiistanalaisuuden ulkopuolelle jäävää objektiivista perustaa. Samalla oletus poliittisesta neutraalisuudesta on ilmiselvästi kyseenalaistettavissa.³⁷ Ongelmaksi kuitenkin Alstonin mukaan jää, mitä kritiikillä on tarjottavanaan ihmisoikeuksien tilalle.

Perustuslakikontrollin uusia muotoja koskeva keskustelu ja tässä sen taustalle hahmotettu presumptiivinen valtiosääntöinen kontekstualismi tarjoaa lähtökohdissaan yhden vaihtoehtoisen vastauksen. Periaatteellisuudessaan se nojautuu oikeudellisissa käytännöissä yleisesti tunnustettuihin oikeudellisiin lähtökohtiin. Ennaltamääräämättömyydessään ja kontekstuaalisuudessaan se puolestaan mahdollistaa kriittisen etäisyyden vallitseviksi määrittyviin käytänteisiin ja tunnustaa samalla tällaisiin päätöksiin väistämättä sisältyvät moraalipoliittiset valinnat.

Tämä ei tarkoita, että oikeuksia koskevat kriittis-realistiset ja oikeuksien merkityksen fundamentaalilla tasolla kyseenalaistavat havainnot pitäisi sivuuttaa kokonaan. Päinvastoin. Suunnatessaan huomiota perusoikeuksien toteutumismekanismien järjestelmätason ongelmiin ulkoisesta näkökulmasta esitetty arvostelu voi paljastaa niiden soveltamiskäytännöistä jotain, minkä oikeuksien toteuttamiseen sitoutuneiden tulisi omien ehtojensa valossa itsekin havaita, mutta joka syystä tai toisesta johtuen jää tavan takaa järjestelmän katveeseen.

³⁴ Koskenniemi 1999, s. 104.

³⁵ Ks. tästä erityisesti amerikkalaisen kriittisen koulukunnan harjoittamasta oikeuksien kritiikistä erityisesti Kennedy 1997, s. 299–338. Ks. myös Tushnet 1984 ja Glendon 1991.

³⁶ Ks. Alston 1989, s. xvi.

³⁷ Alston 1989, s. xvii.

Sama lähtökohta muodostaa myös presumptiivisen valtiosääntöoikeudellisen kontekstualismin oikeutuksen. Mitä vähemmän tulkintaa sidotaan *annettuina otettavilla ja etukäteen kontekstiriippumattomasti lukkoon lyödyillä* systeemisillä lähtökohtaoletuksilla, sitä pienempi katve.

Jälkisanat: Tutkimuksen tavoitteet ja tulokset

Tutkimukseni kohteena ovat olleet etenkin ne käytännölliset ja valtiosääntöteoreettiset mahdollisuudet, joita nykyistä valtiosääntöämme uudella tavalla leimaavaan, usean eri instituution toimintaan ja vuorovaikutukseen sekä joustavuudeltaan vaihteleville menettelyille rakentuvaan lakien ja niiden soveltamisen perustuslainmukaisuuden valvontaan liittyy. Olen käyttänyt ”uuden perustuslakikontrollin” käsitettä ensinnäkin *kuvaamaan* erityisesti nykyvaltiosäännöllemme leimallista normikontrollijärjestelmää, jossa perustuslain ja erityisesti perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista valvotaan paitsi perinteiseen tapaan eduskunnan perustuslakivaliokunnan toimesta siten kuin nykyisin perustuslain (PL) 74 §:ssä säädetään, myös tuomioistuinten ja viranomaisten (PL 22 §, PL 106 ja 107 §) sekä ylimpien laillisuusvalvojen (PL 108 ja 109 §) taholta. Myös valtiosääntöoikeudellisesti merkitykselliset kansainväliset sopimusjärjestelmät ja niiden toteutumista valvovat ylikansalliset oikeudelliset institutiot, kuten Euroopan unioni, unionin perusoikeuskirja ja EU-tuomioistuin sekä Euroopan ihmisoikeussopimus ja Yhdistyneiden kansakuntien piirissä solmittu KP-sopimus ja niitä valvovat Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja ihmisoikeuskomitea ovat osa tätä institutionaalista järjestelmää, joskin niiden vaikutus valtiosääntöme sisältöihin on ennen kaikkea välillinen.

Toiseksi uuden perustuslakikontrollin käsitteellä on pyritty mahdollistamaan valtiosääntöoikeudelliselle perinteelle sinänsä tyypillisten normikontrollikysymyksenasettelujen modernin konstitutionalisin peruseriaatteisiin palautettavissa oleva *systemaattinen eriteltävyys* uudessa oikeudellisessa ympäristössä. Tässä ympäristössä perinteisempien kategoristen ristiriitojen ratkaisumekanismien ohella myös erilaisille tulkinnallisille ristiriitojen ratkaisumalleille, kuten perusoikeusmyönteisen, ihmisoikeusystävällisen ja perustuslainmukaisen lain-tulkinnan kaltaisille tulkintaperiaatteille, on muodostunut tärkeä rooli aiemmin korostuneiden kategorisempien ristiriitojen ratkaisusääntöjen ja -mekanismien sijaan. Tällaiset joustavat ja lain tulkinnan valtiosääntöiseen harmonisointiin suunnatut menettelyt näyttäisivät mahdollistavan perus- ja ihmisoikeuksien konkreetit sovellukset asteen herkemmin ja asiayhteyssidonnaisemmin kuin aiemmat ristiriitahakuiset ja niin ollen myös lopputuloksiltaan usein yksittäistä ratkaisutilannetta selvästi laajakantoisemmat säädösvalvontakeskeiset kontrollimallit. Samalla niiden asema normikontrollijärjestelmän kokonaisuudessa näyttää muodostuneen varsin hallitsevaksi: oletettavaa on, että perus- ja ihmisoikeudet välittyvät nykyisin oikeudellisiin käytäntöihin tyypillisesti juuri tulkinnallisesti.

Ja kolmanneksi: uusi perustuslakikontrolli viittaa *normatiivisen valtiosääntöteorian* ja yleisten oppien tasolla perinteiselle hierarkkiselle ja yksikeskeiselle säädösvalvonta-ajattelulle *vaihtoehtoiseen tapaan* ymmärtää modernia valtiosääntöä taustoittavien ihmisoikeus-, oikeusvaltio- ja demokratiaperiaatteiden merkitys valtiosääntöoikeudellisten käytäntöjen legitimiisyyskriteereinä samoin kuin institutionaalisten rakenteiden oikeuttajina. Siinä missä ”vanha” valtiosääntökäsitys lähti siitä, että lakien perustuslainmukaisuuden valvonta tuli aina jättää viime kädessä yhden auktoritatiiviseksi määritellyn instituution – yleensä joko ylimmän tai tarkoitukseen erityisesti osoitetun valtiosääntötuomioistuimen taikka lainsäätäjän – tehtäväksi, ”uuden” perustuslakikontrollin taustalle konstruoitu käsitys kiistää nimenomaan tämän lähtökohdan välttämättömyyden.

Näin teoria uudesta perustuslakikontrollista pyrkii *jäsentämään uudelleen* nimenomaan ne perusoikeusperiaatteita ja demokratiaperiaatetta koskevat valtiosääntöoikeudelliset lähtökohtaoletukset, joiden varaan varsin perinteiset argumentit tuomioistuinvalvonnan demokratianvastaisuudesta ja lainsäätäjän harjoittaman valvonnan irrationaalisuudesta ovat nojautuneet. On syytä korostaa, että vaikka käsillä oleva tutkimus on keskittynyt valtiosääntöön institutionaaliin ratkaisuihin, jotka sellaisenaan sijoittuvat lähinnä valtiosääntöorganisaatoriseen, joskus jopa teknisluontoiselta vaikuttavaan osaan, on kyse ollut perus- ja ihmisoikeuksien tehokkaan toteutumisen edellytyksiä koskevasta ja niitä perustelemaan pyrkivästä tutkimuksesta.

Tutkimuksessa väitetään, että suomalaisessa valtiosääntökulttuurissa 1990-luvun alusta lähtien kotoperäisesti omaksutut perustuslakikontrolliratkaisut vastaavat merkittävässä määrin kansainvälisen valtiosääntövertailun piirissä hahmoteltuja perustuslakikontrollin uusia muotoja ja niiden taustalle rationaalisesti rekonstruoitavissa olevia teoreettisen tason avauksia. Olen myös väittänyt, että rekonstruktion taustalla olevat modernin valtiosääntöperiaatteelliseen taustaan liittyvät oletukset tarjoavat perinteistä hierarkkista valtiosääntöoikeudellista teorianmuodostusta paremmat edellytykset arvioida konkreettisia oikeudellisia käytäntöjä sekä kriittisesti että valtiosääntöoikeuden itsensä tunnustamiin normatiivisiin mittapuihin nojautuen. Uuden perustuslakikontrollin näkökulmasta perinteisen kontrollin ongelmana oli ennen kaikkea *voluntaristinen reduktio*.³⁸ *Kaarlo Tuorin* käsitteistöä seuraten: pyrkiessään sijoittamaan joko tuomioistuimet tai lainsäätäjän lakien perustuslainmukaisuuden viimekätiseksi vartijaksi, perinteinen kontrolliajattelu asetti samalla kuin varkain voluntaksen sille paikalle, jolle moderni valtiosääntö oletusarvoisesti sijoittaa ration. Perustuslaintulkinnan oikeellisuuden mittapuuksi tuli se, mitä auktoritatiivinen perustuslaintulkitsija perustuslaista toteaa, ei se, mitä perustuslain voidaan normatiivisena järjestelmänä katsoa edellyttävän. Samalla niin lainsäätä-

³⁸ Ks. Tuori 2007, s. 39.

jän kuin tuomioistuimenkin ylivalta päättää perustuslain sisällöstä saa oikeudellisessa katsannossa jokseenkin kyseenalaisen leiman. Jos perustuslain sisältö määräytyy yksinomaan sen mukaan, mitä kansanedustuslaitoksen enemmistö päättää sen olevan, näyttävät perustuslait olevan vain kansojen tyhjiä yrityksiä rajoittaa valtaa, joka ei luonnostaan ole rajoitettavissa. Jos taas oikeusjärjestyksen sisältö määräytyy kansan tahdonilmausten sijaan pelkästään sen mukaan, miten vailla demokraattista valtuutusta toimivat tuomarit sattuvat perustuslakia tulkitsemaan, ei kyse ole enää demokraattisesta järjestelmästä.

Uuden perustuslakikontrollin normatiivisena ideana on nimenomaan tällaisen abstraktin reduktionismin kyseenalaistaminen. Sen sijaan, että lakien ja niiden soveltamisen perustuslainmukaisuuden valvonnan herkästi esille nostamat demokratian ja perusoikeuksien väliset jännitteet pyrittäisiin ratkaisemaan etukäteen, lähtökohtana on oletus siitä, että myös tällaiset valtiosäännön perustaviin periaatteisiin palautuvat kiistat on mahdollista ja syytäkin jättää yleisellä tasolla ratkaisematta ja siis odottamaan myöhemmissä oikeudellisissa ja poliittisissa käytännöissä tehtäviä punnintoja ja niissä esitettäviä argumentteja.

Käsillä olevan tutkimuksen peruslähtökohtia onkin määrittänyt vahvasti käsitys modernien valtiosääntöoikeudellisten ongelmien rakentumisesta yhtäältä ennaltamääräämättömyyden ja kontekstuaalisuuden, mutta toisaalta myös sisällöllistä legitimitettä ja periaatteellista tasapainoa koskevien normatiivisten ideaalien varaan. Kuten esimerkiksi *Pekka Länsinevan* väitöskirjassa analysoitiin varallisuussuhteisiin liittyviä tyypillisiä harkintatilanteita, myös tässä tutkimuksessa on nojaututtu merkittävässä määrin käsityksiin siitä, että modernit valtiosääntöoikeudelliset ongelmat ovat mitä tyypillisimmin tapauskohtaisen punninnan ja normatiivisen oikeuttamisen ongelmia. Onkin syytä viitata samaan *Frank Michelmanin* korostamaan ajatukseen, johon Länsinevakin työnsä loppusivuilla viittaa. Myös oman tutkimukseni näkökulmasta punninnat, tai oikeastaan asiayhteyssidonnaiseen käytännölliseen päättelyyn erikoistuneet oikeudelliset käytännöt, ovat valtiosääntöoikeuden ydin – ei sen antiteesi.³⁹

Nyt tapauskohtaisen punninnan vaatimus on viety osaksi valtiosäännön keskeisiä, perustuslain normatiivista tehokkuutta varmistavia institutionaalisia järjestelyitä. Tämä käänne on velkaa erityisesti *W. J. Waluchowin* oivaltavalle havainnolle valtiosäännön institutionaalisia rakenteita koskevien rekonstruktioi-

³⁹ Ks. Michelman 1988b, s. 1629. Todettakoon vielä, ettei punninnan tällainen merkitys tarkoita, etteikö oikeudella olisi sellaisia ehdottomia rajoja, joissa punnintaa ei enää tapahdu, ja joissa siis oikeusnormi suoraan osoittaa ehdottomana normina, miten asiassa pitää toimia. Perusoikeuksien ja demokratian *yleinen* suhde ei kuitenkaan tyypillisesti ole tällainen suhde. Perusoikeudet edellyttävät demokratiaa ja demokratia perusoikeuksia, eikä niiden keskinäistä suhdetta voi niin ollen ratkaista alistamalla toista toisen ehdoille. Tästä perussyystä johtuen demokratiaan perustuvan lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin kritiikin tulee aina olla myös oikeusperustaista kritiikkiä (Waldron 1999, s. 282). Ja luonnollisesti myös päinvastoin: oikeusperustainen lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin oikeutus on aina nojattava myös demokraattisen legitimitettiin vaatimukseen.

den lähtökohdista ja valtiosääntöoikeudellisen ennaltamääräämättömyyden rationaalisista institutionaalisista implikaatioista. Waluchowin päättely lähtee liikkeelle pluralistisissa yhteiskunnissa esiintyvistä tarpeesta hylätä oletus siitä, että perustuslakia koskevien oikeudellisten käytäntöjen herättämiin ja ilmeisen kiistanalaisiin oikeudellisiin ja poliittismoraalisiin kysymyksiin olisi olemassa yleisiä abstraktilla tasolla oikeita vastauksia. Kun näin on, myös perustuslain soveltamista ja soveltamisen puitteita määrittäviä institutionaalisia järjestelyjä tulee lähestyä kokonaan toisesta suunnasta. Koska perusoikeuksien ja demokratian sisältöä taikka niiden keskinäissuhdetta koskeviin kysymyksiin ei ole etukäiteistä vastausta, voimme vain pyrkiä suunnittelemaan valtiosääntöoikeudelliset instituutiot tavalla, joka ottaa tämän epätäydellisyyden ja ennaltamääräämättömyyden vakavasti.⁴⁰ Yhden ensisijaisen perustuslaintulkitsijan sijaan käytännöt onkin syytä rakentaa valtiosääntöisen pluralismin, useiden toisiinsa täydentävien instituutioiden ja niiden välisen vuorovaikutuksen sekä rinnakkaisten valvontapisteiden varaan. Jos perinteinen valtiosääntöajattelu piti ideaalinaan valtiosääntöoikeudellista monologia, uuden kontrollin ideaalina toteutusmuotona on pluralistinen dialogi.

Kun tällaiset lähtökohdat otetaan myös perustuslakikontrollin kriittisen arvioinnin lähtökohdiksi, yksittäisen instituution – paradigmaattisesti lainsäätäjän tai tuomioistuimen – valtiosääntöoikeudellinen legitimiteetti riippuu siitä, miten hyvin se kykenee oikeuttamaan paikkansa osana sellaisia valtiosäännön noudattamista valvovia prosesseja, jossa useat erilaiset instituutiot toteuttavat samaa tehtävää, mutta normatiivisesti erilaisista asemista. Tässä kehyksessä demokraattisen lainsäätäjän harjoittama perustuslain tulkinta on legitimeimmillään silloin, kun se osoittaa toimivansa nimenomaan demokraattiselle oikeusvaltiolle tyypillisten demokraattisten ideaalien mukaisesti: menettelynä, joka perustuu avoimelle ja julkiselle keskustelulle, johon kaikilla on lähtökohtaisesti yhtäläinen oikeus päästä osalliseksi ja jossa myös viime kädessä pyritään normatiivisestikin varmistamaan, että saavutetut lopputulokset olisivat sisällöllisesti kaikkien hyväksyttävissä.⁴¹ Ja vastaavasti: on hyviä syitä lähteä siitä, että riippumattomien tuomioistuinten tekemät perusoikeuksien soveltamisratkaisut ovat sitä legitimeimpiä, mitä selvemmin ne kytetään perustelujensa valossa kytkemään perustuslaissa ja kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa ilmaistuihin, aiemmista oikeudellisista käytännöistä institutionaalista tukea saaviin, mutta perimmiltään moraalisesti sekä eettisesti ladattuihin oikeusperiaatteisiin.⁴²

Koska valtiosääntöoikeudellisten periaatteiden keskinäissuhteita ei ole etukäteen ratkaistu, niihin joudutaan ottamaan kantaa käsillä olevissa yksittäista-

⁴⁰ Ks. Waluchow 2007, s. 127.

⁴¹ Ks. esim. Habermas 1998, s. 39–46 ja 258–262 sekä Tuori 2000a, s. 252–253.

⁴² Ks. Dworkin 1996, s. 10–11 ja Dworkin 1986, s. 398–399.

pauksissa. Tämä ei tarkoita, että tuomioistuinten ja esimerkiksi lakien perustuslainmukaisuutta lainsäätämisvaiheessa valvovan perustuslakivaliokunnan olisi jokaisessa ratkaisutilanteessa otettava kantaa valtiosääntöisen järjestelmämme kaikkein perustavimpienkin periaatteiden keskinäiseen suhteeseen juuri käsillä olevassa tapauksessa. Oikeusjärjestyksen syvärakenteen rekonstruktioit jäävät edelleen globaalissakin mittakaavassa ennen muuta muutaman oikeusfilosofisesti orientoituneen valtiosääntöteoreetikon tehtäväksi. Konkreettisesti ratkaisutoiminnassa oikeudenmukaisen ratkaisun tekeminen ei yleensä edellytä kokonaisvaltaisesti perusteltua teoriaa, vaan yleensä riittää, että argumentaatio tuottaa teoreettisesti *Cass Sunsteinin* esittämällä tavalla epätäydellisenäkin riittävän perustan yksittäisten kysymysten ratkaisua koskevalle yhteisymmärrykselle (incompletely theorized agreement).⁴³ Tällainen yhteisymmärrys saavutetaan myös valtiosääntöoikeudellisessa ratkaisutoiminnassa tavanomaisesti soveltamalla tapaukseen suoraan sisällöltään varsin vakiintuneita oikeuskohtaisia tulkintadogmeja ja yleisiä kaavamaisia tulkintastandardeja. Tässä mielessä esimerkiksi perustuslakivaliokunnan sangen formalistinen argumentaatio ja vakiintuneiden tulkintalausumien siirtäminen tapauksesta toiseen on yleisesti ottaen rationaalista.

Aina näin ei kuitenkaan ole. Toisinaan valtiosääntöoikeudellinen ongelma on niin kiperä tai normaalisti sovellettava tulkintastandardi niin ongelmalliseen lopputulokseen johtava, että perustellun ratkaisun tekeminen edellyttää siirtymistä astetta abstraktimmalle periaatteelliselle tasolle.⁴⁴ Tällöin niin tuomioistuimet kuin lainsäätäjät saattavat olla pakotettuja etenemään argumentaatioonsaan yhä syvemmälle modernin demokraattisen oikeusvaltion normatiivisiin perusteisiin, ja niin ollen ottamaan kantaa viime kädessä kysymyksiin perusoikeusperiaatteiden, demokratian ja oikeusvaltion tarkoituksesta ja keskinäisestä suhteesta. Kuten *Dworkin* on todennut, tällainen etenevä justifikaatiotarve voi sinänsä ajankohtaistua hyvin harvoin. Silti aivan olennainen modernin valtiosääntöisiin periaatteisiin nojautuvan oikeusajattelun lähtökohta on, ettei oikeus sisällä etukäteistä yleistä testiä sille, koska tällaista oikeutusta edellytetään.⁴⁵ Sekin riippuu tapauksesta.

Tässä hahmoteltu perusoikeuksien toteuttamisen ja niiden toteutumisen valvonnan malli rakentuu instituutioiden ja valtiosääntöperiaatteiden vuorovaikutukselle. Tästä myös seuraa, että lainsäätäjän ja tuomioistuinten valtiosääntöoikeudelliset roolit joudutaan olettamaan osin päällekkäisiksi. Demokraattiselle lainsäätäjälle kuuluu myös sen varmistaminen, ettei demokraattisissa menettelyissä tai niiden tuottamilla päätöksillä vaaranneta demokraattisen tahdonmuodostuksen takeina olevia perus- ja ihmisoikeuksia. Jos lakien perustuslainmu-

⁴³ Ks. Sunstein 1996, s. 4 ja 44–46.

⁴⁴ Ks. myös Sunstein 1996, s. 46 ja Dworkin 2006, s. 53–55.

⁴⁵ Ks. Dworkin 2006, s. 55.

kaisuuden tuomioistuINVALVONNALLE halutaan esittää ensisijaisesti demokratia-periaatteeseen kytkeytyviä perusteita, ovat tällaiset perusteet selkeimmin kytettävissä juuri tähän kohtaan, demokratian edellytysten valvomiseen.⁴⁶ Toisaalta demokraattiset menettelyt ovat keskeisessä roolissa tehtäessä perusoikeuksien sisältöä koskevia päätöksiä pluralistisessa yhteiskunnassa, jossa oikeuksien merkityksestä esiintyy aidosti ja perustellusti huomattavan erilaisia käsityksiä. Siltä osin kuin lainsäädäntöprosessissa on päädytty tietoisesti ja perustellusti tiettyyn perustuslaintulkintaan, voidaan demokratiaperiaatteen perustellusti katsoa rajaavan tuomioistuinten toimivaltaa poiketa tällaisista tulkinnoista.

Se, miten lainsäätäjät ja tuomioistuimet tehtävissään ja roolijakoensa noudattamisessa onnistuvat, jää arvioitavaksi päätösten perusteiden rationaalista hyväksyttävyyttä koskevissa ja lähtökohtaisesti kaikille asianosaisille avoimissa keskusteluissa.⁴⁷ Näiden keskustelujen tilana demokraattisessa yhteiskunnassa toimivat julkisuus ja sitä kannatteleva kansalaisyhteiskunta,⁴⁸ mutta myös valtiosääntöoikeudelliset käytännöt. Niin perusoikeuksien kuin demokratiankin sisältöä ja suhdetta koskevat tulkinnat muotoutuvat niiden sisältöä tulkitsevissa rekursiivisissa käytännöissä, joissa yhden instituution tietystä tulkintatilanteesta tekemä tulkintaratkaisu muodostaa aina samalla myös lähtökohdan seuraavalle tulkintatilanteelle.⁴⁹ Tulkittavien periaatteiden kiistanalaisuudesta kuitenkin johtuu, etteivät aiemmat tulkintaratkaisut saa merkitystään vain loogisesti mahdollisina, inhimillisesti todennäköisinä, tai mahdollisesti suoraan sovellettavina tulkintoina perustuslaista, vaan pikemminkin kriittisenä peilipintana sille tulkinnalle, jonka seuraava argumentoija on itse perusoikeuksille ja demokratialle antamassa.

Saattaa herätä kysymys, miten tällaiset tulokset hyödyttävät konkreettisia tulkintakäytäntöjä. Olenko esimerkiksi kyennyt tuottamaan valtiosääntöoikeudellisille käytännöille tulkintamallin, jonka puitteissa konkreettisissa oikeudellisissa ongelmissa voitaisiin aukottomasti päätyä sekä perus- ja ihmisoikeusperiaatteita että demokratiaperiaatetta mahdollisimman tasapainoisesti toteuttaviin lopputuloksiin? Korkeintaan tiettyyn rajaan saakka. Käsittelemäni punninnat joudutaan tekemään tapauskohtaisesti ja tuolloin yksittäistä ratkaisua tekevällä – oli kyse sitten perustuslakivaliokunnasta tai tuomioistuimesta – on itsenäinen vastuu siitä, että tulkintaratkaisu vastaa mahdollisimman hyvin valtiosääntöisen järjestelmän kokonaisuutta ja että sille tuotetaan parhaat mahdolliset ja julkisen kritiikin kestävät perustelut. Tuota kontekstuaalisen punninnan vastuuta ei nähdäkseni voi, eikä pidä, siirtää oikeustieteellisen tutkimuksen kei-

⁴⁶ Ks. erit. Ely 1980.

⁴⁷ Ks. Tuori 2000, s. 96–97.

⁴⁸ Ks. Tuori 2000, s. 118–122.

⁴⁹ Ks. Tuori 2008, s. X.

noin konstruoiduille ja suoraan sovellettavaksi tarjotuille akontekstuaalisille yleisen tason tulkintamalleille. Samalla katsoisin, että kun ihmisoikeuksia koskevan institutionaalisen vuoropuhelun ja sisällöllisen ihmisoikeusargumentaation asema on tutkimuksessa tehdyn kvantitatiivisen analyysin perustella ollut ainakin korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön osalta selvässä kasvussa viimeiset 3–5 vuotta, tapauskohtaisen ja yleisille periaatteille sisältöä antamaan pyrkivän ratkaisutoiminnan merkitys ei meillä ole jatkossa ainakaan vähenevässä.

Tässä saavutettujen tulosten liityntä oikeudellisiin käytäntöihin on siten yleisiin oppeihin perustuva. Olen ensisijaisesti pyrkinyt nostamaan esiin sellaisia valtiosääntöoikeudellisen ratkaisutoiminnan ja siinä käsillä olevien normatiivisten vastuiden yleisiä puitteita ja rakenteita, jotka yhtäältä näyttäisivät olevan valtiosäännön kokonaisuuden näkökulmasta perusteltuja, mutta jotka eivät välttämättä ole oikeudellisissa käytännöissä vielä saaneet sitä asemaa, joka niille normatiivisesti kuuluisi. Tähän kriittiseen asetelmaan liittyy myös tutkimuksen asema osana suomalaisen valtiosääntöparadigman muutosta.⁵⁰ Perus- ja ihmisoikeuskulttuurin murroksen samoin kuin suomalaisen oikeusjärjestyksen yleisen valtiosääntöistymisen keskeisenä tunnusmerkkinä on ollut valtiosääntöisten normien sovellettavuuden ja tehokkuuden lisääminen,⁵¹ ja kuten paradigman tuottamisessa ja sen muuttamisessa yleensäkin, muutos on tapahtunut lainsäätäjän, lainkäyttäjien ja oikeustieteen välisessä vuorovaikutussuhteessa.⁵²

Oikeustieteen asema tämän muutoksen tuottamisessa ja uusintamisessa on painottuneesti immanentin kriitikon rooli. Siltä osin kuin muutos tapahtuu valitsevien oikeudellisten käytäntöjen epäjohtonmukaisuuksia ja epäoikeudenmukaisuuksia paljastavan kritiikin kautta, on kritiikin lähtökohdat säännönmukaisesti haettava oikeudesta itsestään.⁵³ Modernin valtiosääntövaltion perinteessä kysymys on tällöin aina *sekä* demokratia- *että* perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden toteutumista koskevista vaatimuksista. Siksi vaatimus valtiosääntöoikeudellisten ratkaisujen periaatteellisesta legitimiisyydestä on ollut myös tämän tutkimuksen punainen lanka.

⁵⁰ Tieteellisen paradigman käsite on oleellinen erityisesti Thomas Kuhnin kuvaukselle normaalityteen edistymisestä ja tieteellisten vallankumousten syntyprosesseista. Ks. Kuhn 1970.

⁵¹ Ks. jo Karapuu 1986, s. 71–73 ja 112–115.

⁵² Ks. Karapuu 1986, s. 71.

⁵³ Ks. esim. Karapuu 1986, jossa esittämisajankohtanaan vielä vallinneen perinteisen suomalaisen perusoikeuskäsityksen valtiokeskeisyyttä ja sen vapauskäsityksen negatiivisuutta (s. 72) kritisoidaan nojautumalla länsimaisesta valtiosääntöperinteestä ammennettavissa olevaan ja perusoikeudet suhteessa valtioon priorisoivaan positiiviseen vapauskäsitykseen (s. 109–110), mitkä lähtökohdat näyttäisivät puolestaan olevan nykyisen suomalaisen perusoikeusparadigman tunnusmerkkejä.

Abstract

Juha Lavapuro

THE NEW CONSTITUTIONAL REVIEW

The traditional Finnish position towards judicially protected fundamental rights can be described as sceptical. Notwithstanding the fact that the Finnish Constitution includes an individual rights catalogue, historically speaking rights and judiciaries have had a rather marginal role on the Finnish constitutional landscape. Representing what might be described as the northern tower of the democratic bastion of constitutionalist legislative supremacy, the Finnish model of constitutionalism has self-consciously subscribed to conceptions about the law as a supreme expression of the people's will, as well as to ideas about democracy as majority rule. Moreover, legislative supremacy has been further strengthened by the statutory legal system, as well as by the fact that the conventional doctrines of law have followed the standard presumptions of legal positivist theory.

However, these characteristics of Finnish constitutionalism have increasingly been challenged by tendencies towards rights-based constitutionalism since the late 1980s. Reminiscent of several other settings within the global constitutional arena, also the Finnish constitutional practices have witnessed a clear shift from the legislative sovereignty paradigm to one in which legislative acts are increasingly subordinated to rights-based judicial review. The growing significance of European-level judicial review as exercised by the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union is an archetypical example of this development. Moreover, equally important changes have either already occurred or are bound to occur on the domestic level of constitutional law, too, if only to alleviate the inconsistency of having national courts not being able to enforce constitutional standards vis-a-vis domestic legislation while the very same legislation is clearly under the influence of European judicial review.

The present thesis evaluates the constitutional significance of this development by addressing the current Finnish system of constitutional review of domestic legislation from the perspectives of contemporary comparative constitutionalist theories on new forms of judicial review (see, for instance Gardbaum 2001 & 2010 and Tushnet 2008) and the recent constitutional critique of judicial review of rights as presented by Jeremy Waldron (Waldron 2006).

I argue that it is highly unlikely that current development in Finland would result into an adoption of full-fledged judicial review typical for continental

constitutional courts and their counterpart in the United States. Instead, various weaker and pluralistic forms of review mechanisms and doctrines, which rely on both legislative and judicial institutions and purport to provide effective protection both to rights and to democratic values, are not just more likely but in fact already have begun to develop since the early 1990's. One of the most crucial features of this constitutional change is a development of institutional structure, which combines the traditional *ex ante* review of the constitutionality of legislation by the Constitutional Law Committee of Parliament and a less traditional but now important *ex post* constitutional review by the courts. Namely, under the current Finnish constitutional system, the politically arranged Constitutional Law Committee of Parliament holds the main responsibility for reviewing the constitutionality of legislation in legislative the phase. However, in current constitutional system, also the courts carry out important constitutional review functions. First, they have the duty to interpret ordinary legislation in a manner which conforms with the fundamental rights of the constitution as well as with the domestically applicable international human rights norms. Second, the current Finnish constitution, which entered into the force in 2000, provides for a specific provision about the primacy of the constitution. According to that provision, the court of law must give primacy to the provision in the Constitution if the application of an Act would be in a manifest conflict with the Constitution.

Due to this institutional structure where both the legislature and courts exercise partly overlapping duties of constitutional review, the Finnish constitutional change seems to follow the same developmental path that Stephen Gardbaum and Mark Tushnet, among others, have attached to constitutional transformations in number of Commonwealth countries during the last thirty years. To follow Gardbaum's insightful lead, also the current Finnish model of constitutionalism is built upon a rejection of the two models of traditional constitutionalism in which individual rights are either supreme law, entrenched and enforced by an unreviewable judiciary, or they are ordinary law changeable by legislative majority. As such, the Finns are in the course of adopting a new, pluralist, form of constitutionalism where both the democratically elected legislature and the independent judiciary are entrusted with a shared duty to protect constitutional rights. Accordingly, by denying the "strong-form" authority of the legislature in issues about rights, they minimize the risks often associated with purely majoritarian decision-making on constitutional rights. And vice versa, by denying a similar sole authority to courts, too, they reduce the risk of entrusting with unelected judges, instead of the democratically elected legislature, the power to make ultimate decisions about the law of the land.

Another main argument of the thesis concerns the criticism of Jeremy Waldron's recent core case against judicial review. According to Waldron, judicial review is philosophically legitimate only in relatively marginal cases, that is, in-

sofar as it is “capable of reversing dysfunctional legislative institutions, corruptive political cultures, legacies of racism and other forms of endemic prejudice”. Otherwise, in reasonably democratic societies that satisfy certain realistic but demanding conditions, Waldron argues that there is no reason to think that courts are more likely than legislatures to arrive to correct interpretations about rights. Moreover, he argues that there are also several process-related reasons, which weigh in favour of legislatures instead of courts, and make judicial review by and large an illegitimate institution for rights protection within healthy societies. I argue that Waldron’s case is too sweeping to provide an acceptable contemporary account of judicial review. To be more precise, because the critique is presented as a general account against one form of judicial protection of rights, it is in constant risk of being radically over- and under-inclusive. As an over-inclusive account against particular form of rights protection, the critique is inclined to lay a questionable burden also over such forms of judicial review in which courts do exercise judicial review powers but not as an isolated epitome of some institutional hierarchy, but as an institutional participant of a constitutional discourse. As an under-inclusive account focused on the critique of the courts, it more or less ignores the mode of criticism that ought to be imposed against any institution claiming to possess final supremacy in this issue.

Accordingly, the concrete content of rights and their relation to democratic concerns represents us with a problem that was already captured by W.B. Gallie in his writings (See, Gallie 1955–1956) about the essentially contested concepts. As with Gallie’s famous characterization of “essentially contestable” nature of certain concepts of modern society, also judicial review clearly seems to represent an essentially contested institution of modern constitutionalism. If and when this is the case, we do not have all the answers regarding the correct content of constitutional rights and their appropriate relationship to principles of peoples’ sovereignty and democratic governance in abstract level. Instead, these problems and their justifiable solutions are contextually determined. Therefore, all we can do is to purport to design our constitutional institutions in a way that takes seriously this essential contestability. It is argued that the comparative constitutional theories on the new forms of constitutional review are essentially an application of this idea about the contestability of our deepest constitutional principles. Similarly, the present book, *The New Constitutional Review*, is an analysis about the consequences of this idea to the general constitutional doctrines and legal practices in Finland.

Oikeustapaushakemisto

Kotimaiset tuomioistuimet

KKO 1984 II 85 s. 163, 199
KKO 1993:58 s. 125, 163, 199–200
KKO 1995:7 s. 172
KKO 2001:79 s. 151
KKO 2001:96 s. 155, 158
KKO 2002:116 s. 159, 173
KHO 2003:75 s. 171, 172
KKO 2003:107 s. 124, 163, 164, 172, 187,
199, 201, 202, 205, 222
KKO 2004:26 s. 119, 157, 186, 195, 197,
198, 199, 205, 222
KKO 2004:62 s. 188
KHO 2005:43 s. 188
KHO 2005:50 s. 119, 173, 215
KHO 2005:62 s. 124
KKO 2005:72 s. 117, 275
KKO 2006:71 s. 187, 191, 196, 197
KHO 2006:98 s. 124
KHO 2007:5 s. 215
KHO 2007:77 s. 119, 187, 203, 206, 222
KKO 2008:10 s. 215
KHO 2008:20 s. 124, 223
KHO 2008:25 s. 153, 184, 186, 194, 207,
208, 215, 223
KKO 2008:93 s. 119–127, 173
KHO 2009:15 s. 119, 175, 187, 207,
208–213
KHO 2009:22 s. 171
KKO 2009:27 s. 159, 172
KKO 2009:80 s. 119, 159, 172
KKO 2009:89 s. 119
KKO 2010:45 s. 158
KKO 2010:46 s. 158
KKO 2010:74 s. 157
KHO 11.09.2001/2122 s. 188

Turun HO 5.6.1998 T 1409 s. 10
Rovaniemen HO 11.6.2001 T:325. s. 188
Helsingin HO 7.12.2009, Nro 3188 s. 202, 223

Vako 6254:2005 s. 186–187

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Backlund v. Suomi (6.7.2010) s. 201–202
Christine Goodwin v. Yhdistynyt kuningas-
kunta (11.7.2002) s. 209–210
Cossey vastaan Yhdistynyt kuningaskunta
(27.9.1990) s. 209–210
Eerikäinen v. Suomi (10.2.2009) s. 155–158
Grönmark v. Suomi (6.7.2010) s. 201
Handyside v. Yhdistynyt Kuningaskunta
(7.12.1976) s. 171
Johansen v. Norja (7.8.1996) s. 122
K. R. S. v. Yhdistynyt kuningaskunta
(2.12.2008) s. 172
Karhuvaara v. Suomi (16.11.2004) s. 159
Kokkinakis v. Kreikka, (25.5.1993) s. 123
Nielsen v. Tanska (28.11.1988) s. 122
P.R. v. Alankomaat (7.11.2000) s. 172
Phinikaridou v. Kypros (20.12.2007) s. 202
Rees v. Yhdistynyt kuningaskunta
(17.10.1986) s. 209–210
Scozzari ja Giunta v. Italia (13.7.2000) s. 122
Selistö v. Suomi (16.11.2004) s. 159
Sheffield ja Horsham vastaan Yhdistynyt
kuningaskunta (30.7.1998) s. 209–210
Suleymanova v. Venäjä (12.5.2010) s. 172
Tyrer v. Yhdistynyt kuningaskunta
(25.4.1978) s. 210
Wena ja Anita Parry vastaan Yhdistynyt
kuningaskunta (28.11.2006) s. 210
Von Hannover v. Saksa (24.6.2004) s. 172

EU-tuomioistuin

C-26/62 Van Gend & Loos s. 38
C-6/64 Costa v. ENEL s. 38
C-29/69 Stauder s. 38
C-106/77 Simmenthal II s. 38
C-268/99 Aldona Malgorzata Jany ym.
s. 278

Muiden maiden tuomioistuimet*Saksan perustuslakituomioistuin*

1 BvR 357/05, 115 BVerfGE 118.
 (15.2.2006), Luftsicherheitsgesetz) s. 261
 BVerfG, 1 BvL 10/05 (27.5.2008), (Transse-
 xuellengesetz) s. 211–212

Yhdysvaltain korkein oikeus

Marbury v. Madison 5 U.S. (1 Cranch) 137
 (1803) s. 8, 69–70, 80

Kanadan korkein oikeus

Ford v. Quebec [1988] 2 S.C.R. 712 s. 74
Sauvé v. Canada [1993] 2 S.C.R. 438 s. 75
Sauvé v. Canada [2002] 3 S.C.R. 519 s. 75

PeVL 55/2005 vp s. 187
 PeVL 16/2006 vp s. 165, 234, 255
 PeVL 25/2006 vp s. 234, 255
 PeVL 38/2006 vp s. 167, 256
 PeVL 18/2007 vp s. 167
 PeVL 19/2008 vp s. 255
 PeVL 29/2008 vp s. 232, 234, 249, 255
 PeVL 21/2010 vp s. 255

Eduskunnan perustuslakivaliokunta

PeVM 25/1994 vp s. 13, 34, 77, 161, 170,
 205
 PeVM 10/1998 vp s. 12, 13, 25, 34, 68, 75,
 162, 181, 182, 189, 190, 192, 194, 196,
 205
 PeVL 16/1982 vp s. 196
 PeVL 6/1983 vp s. 196, 198
 PeVL 2/1990 vp s. 10, 13, 68, 77, 170, 205
 PeVL 3/2000 vp s. 150
 PeVL 23/2000 vp s. 151
 PeVL 15/2001 vp s. 165, 212, 234, 255
 PeVL 22/2001 vp s. 151
 PeVL 36/2001 vp s. 151
 PeVL 59/2001 vp s. 255
 PeVL 12/2002 vp s. 153, 165, 169, 255
 PeVL 55/2002 vp s. 186
 PeVL 59/2002 vp s. 234
 PeVL 66/2002 vp s. 187
 PeVL 3/2003 vp s. 187
 PeVL 30/2006 vp s. 150
 PeVL 34/2004 vp s. 249, 255
 PeVL 46/2004 vp s. 187
 PeVL 10/2005 vp s. 255, 262, 263, 264
 PeVL 23/2005 vp s. 262–264
 PeVL 30/2005 vp s. 186–187
 PeVL 32/2005 vp s. 187
 PeVL 39/2005 vp s. 255
 PeVL 44/2005 vp s. 187
 PeVL 47/2005 vp s. 187
 PeVL 54/2005 vp s. 256

Asiahakemisto

Ahvenanmaa s. 151–152

Aktivismi, ks. oikeudellinen aktivismi

Argumentaatio

– avoimuuden merkitys s. 80, 81, 143, 240, 264–266.

– fasadi s. 282–283

– ihmisoikeusparadigman mukainen s. 116–117, 121–124

– perustuslakivaliokunnassa s. 231

– pro & contra s. 159, 213

– punninnassa s. 117, 221

Asiantuntijat, ks. perustuslakivaliokunta

Auktoriteetti

– auktoritatiivinen tulkinta s. 25–27, 47, 49, 66, 70–75, 82, 152, 216, 227

– hyväksyttävyyden kriteerit s. 227, 228–229, 231–233

– lainsäätäjän ylivaltaan perustuva s. 19, 67–69

– suhde keskitettyyn normikontrolliin s. 174, 191, 228

– tuomioistuinten ylivaltaan perustuva s. 69–71

– voluntaristisena reduktiona s. 47, 286

Autonomia

– julkinen s. 85, 112

– yksityinen s. 85, 112, 225

Autovero s. 187, 203, 206

Columba livia s. VII

Core of the case against judicial review

– argumentin sisältö s. 104–106, 109

– taustalla oleva tulkinta yhteiskunnasta s. 106–108

Demokratia

– deliberatiivinen s. 110, 130, 133–136

– diskursiivinen, ks. deliberatiivinen

– edellytysuhde perusoikeuksiin s. 85–86

– ja kollektiivinen identeetti s. 7, 132–136

– kiistanalaisuus s. 129, 141–142

– liberalistinen s. 131–133

– mustana laatikkona s. 89–91

– republikanistinen s. 130, 132

– suhde oikeuspostivismiin s. 89–81

– tuomioistuINVALVONNAN kritiikkinä s. 6–7, 16–17, 20, 87, 95–96, 104 ss.

– tuomioistuINVALVONNAN oikeutuksena s. 3, 56, 128, 135 ss.

Dialogi

– instituutioiden roolit s. 241

– oikeusjärjestysten välinen s. 156–157, 174–175, 236–237

– perustuslakivaliokunnan harjoittama s. 150–152

– suhde pidättyvyysoppeihin s. 174

– tuomioistuinten harjoittama s. 75–75, 150–153

– tuomioistuINVALVONNAN oikeutuksena s. 64–65, 73–75, 150, 241

Dogmatiikka

– hyödyt s. 52, 274

– ongelmat s. 52, 89, 142, 219, 246, 255–256, 273, 282

– valtiosääntödogmatiikka s. 54, 66, 138, 145, 233, 246, 252–254

Eduskunnan perustuslakivaliokunta, ks. perustuslakivaliokunta

Eduskunta s. 11–12, 151–152, 166, 198, 229, 257

Ehdottomat kiellot

– kidutuksen kieltö s. 35, 127, 253

– suhde punnintaan s. 35, 127, 247

Ennakoitavuus, ks. oikeusvarmuus

Ennaltamääräämättömyys s. 92, 246, 281–283

Essentiaalisesti kiistanalainen käsite s. 141

– merkitys s. 141–142

– valtiosäännön s. 142–143

Etusijaratkaisut, ks. perustuslain etusija

Euroopan ihmisoikeussopimus

– dynaamisuus s. 76, 157, 174–175, 210, 236

– minimistandardina s. 170–171, 174, 213

– oikeuskäytännön merkitys Suomessa s. 9, 15, 154–156

- voimaansaattamisen merkitys Suomessa s. 9–10
- Euroopan unioni s. 15–16, 22, 38, 107, 209, 235–236
- Ihmisarvon loukkaamattomuus
 - ehdottomana kieltona s. 127, 253
 - matkustajakoneen alasampuminen s. 261
 - Saksassa s. 5, 6, 261, 264
 - suhde instrumentalismiin s. 245
 - suhde managerialismiin s. 266–267
 - Suomessa s. 3, 97, 123, 264–265
- Ihmisoikeuskulttuurin murros
 - ensimmäinen aalto s. 9–10, 14, 266
 - toinen aalto s. 125, 158–159
 - vaikutukset s. 9–10, 77
- Ilmeisyysvaatimus, ks. perustuslain etusija
- Isyyslakitapaukset s. 163–165, s. 199–202
- Lokaali koherenssi, ks. koherenssi
- Kansainyhteisön konstitutionalismi s. 27, 61–62, 72, 73 ss.
- Koherenssi
 - globaali koherenssi s. 96, 274,
 - lokaali koherenssi s. 274–275
 - sisällöllisenä johdonmukaisuutena s. 99–100, 108, 143
- Kollektiivinen intressi
 - Alexyn punnintalaissa s. 36, 251–252
 - Dworkinin periaateteoriassa s. 36–37, 250
 - suhde instrumentalismiin s. 245, s. 250 ss.
- Kollisiot, ks. ristiriidat
- Kontekstualismi
 - normatiivinen merkitys s. 63, 145, 176, 282 ss.
 - presumptiivinen valtiosääntöinen s. 282–283
- Lailla säätämisen vaatimus
 - merkitys s. 168, s. 202–203
 - normatiivinen funktio s. 225
- Managerialismi, ks. valtiosääntömanagerialismi
- Oikeudellinen aktivismi
 - perus- ja ihmisoikeusaktivismi s. 5, 18, 23, 157, 168 ss.
 - vallanjako- ja demokratia-aktivismi s. 15, 220
 - ks. myös pidättyvyysoppi
- Oikeudenalat, ks. lokaali koherenssi
- Oikeusvarmuus
 - aineellinen s. 144, 202
 - muodollinen s. 199–201
 - yhteiskunnallisena intressinä s. 100, 199–201
- Perus- ja ihmisoikeusmyönteinen tulkinta
 - normikontrollina s. 13
 - Saksassa s. 46
 - Suomessa s. 12–13, 34, 82, 153, 162, 169–170, 184, 187, 205, 208, 285
 - Uudessa-Seelannissa s. 76–77
 - Yhdistyneessä kuningaskunnassa s. 64, 78
- Perusoikeudet
 - henkilökohtainen koskemattomuus s. 119–127
 - henkilökohtainen turvallisuus s. 250–251
 - hierarkiattomuus s. 112
 - horisontaalisuus s. 96, 112
 - kirjoittamattomat oikeudet s. 3
 - oikeusturva s. 153, 186–187, 207–208, 275
 - omaisuuden suoja s. 195–199, 205
 - perhe-elämän suoja s. 119–124, 172, 199–202, 209
 - perusoikeusjärjestelmä s. 38, 126, 153–157, 170, 175, 184, 278
 - rajoitettavuus, ks. rationalistinen ihmisoikeusparadigma
 - sananvapaus s. 137, 158–159
 - suhde lapsen edun käsitteeseen s. 122, 125
 - suhteellisuus, ks. oikeasuhtaisuus
 - TSS-oikeudet s. 3, 23, 85, 96
 - uskonnon vapaus s. 119–127
 - vastuu ympäristöstä s. 195, 205
 - yksityiselämän suoja s. 119, 122, 159, 213, 255
 - ks. myös ehdottomat kiellot
- Perustuslain etusijasäännös
 - ilmeisyysvaatimus s. 12, 185 ss.
 - oikeutus s. 68
 - Ruotsissa s. 20
 - sisältö s. 12

- vaihtoehtoiset tulkinnat s. 181–182
- viimeisenä hätävarana, ks. pidättyvyysoppi
- Perustuslakivaliokunta
- asiantuntijat s. 230–231, 252
- formalismi s. 244, 247–249
- instituution oikeuttamisperusteet s. 228–230
- managerialismi s. 245–247
- ratkaisujen oikeuttamisperusteet s. 230–233
- Pidättyvyysoppi
- ilmeisyysvaatimuksen sisältönä s. 182, s. 216 ss.
- käsitesekaannuksena s. 204, 220
- margin of appreciation s. 170–171, 174, 219–220
- minimalismi s. 105, 171–172, 223
- passivismi s. 105, 173
- Suomessa s. 14, 57, 67, 109, 222, 230
- thayerilainen s. 183
- ultima ratio -perustelu s. 216 ss.
- viimeinen hätävaraperustelu s. 216 ss.
- Pohjoismainen konstitutionalismi s. 16, 20, 65, 67, 258
- Poikkeuslaki-instituutio s. 165
- poikkeuslakien välttämisen periaate s. 165–167
- suhde managerialismiin s. 248–249
- Punninta
- kollektiivisten intressien merkitys s. 34, 36, 103, 126
- oikeasuhtaisuuden vaatimus s. 116, 118, 125, 168, 213, 249, 252, 261–264
- oikeuksien vakavasti ottamisen teesi s. 103
- punninnan rajat s. 261
- punnintalaki s. 36, 251
- valtiosääntöoikeuden ytimenä s. 287
- Rajoitusdoktriini
- dialogin välittäjänä s. 167–169
- osana rationaalista ihmisoikeusparadigmaa s. 116 ss.
- pragmatistisesti käytettynä s. 249, 254 ss.
- Rakennussuojelutapaus s. 157, 186, 195 ss.
- Ranskan Conseil Constitutionell s. 7, 20.
- Ristiriidat
- konfliktuaalisuus s. 1
- käsite s. 33

- oikeudet/kollektiiviset hyvät s. 36–37
- sääntöristiriidat /periaateristiriidat s. 34–35
- tulkinnallinen/lopullinen s. 33

Systeemi

- kontekstin horisonttina s. 271–272, 281
- prima facie -etusijajärjestykset s. 176–177, 218–219, 238, 274 ss.
- tarkastelun puitteina s. 95–96, 272, 274,

Transseksuaalitapaus s. 175, 187, 207, 209–213

Ultima ratio -perustelu, ks. pidättyvyysoppi

Vallanjako s. 68, 71, 80, 88, 95–96, 101–103, 165, 185, 194, 220

Valtiosääntöistyminen

- fragmentaatio s. 16, 40, 245, 271
- ja kansallisvaltion valtiosäännöt s. 26, 38–41, 51–52
- ja perustuslakivaliokunta s. 26–27, 227, 233–237
- uusi valtiosääntöistyminen s. 16 ss.

Valtiosääntöoikeuden yleiset opit

- institutionaaliset järjestelyt s. 31, 48, 83, 138, 140 ss.
- muutosdynamiiikka s. 4, 9 ss., 149 ss., 227
- organisatorinen osa s. 6, 104
- suhde perusoikeuksien yleisiin oppeihin s. 44–45
- vaikutukset perusoikeuksien toteutumislle s. 1–5
- ylikonstitutionalisoituminen s. 15, 88, 182

Valtiosääntöpluralismi s. 24–26, 53, 237 ss.

Valtiosääntötuomioistuimet

- EU-tuomioistuin s. 15, 20, 38, 71
- Euroopan ihmisoikeustuomioistuin s. 9, 20, 38, 71
- Saksan bundesverfassungsgericht s. 7–8, 46, 175, 211–212
- USA:n korkein oikeus s. 8, 28, 228

Viimeinen hätävara -perustelu, ks. pidättyvyysoppi

Välitysteoria s. 28, 44, 56, 145, 163, 217

Ympärileikkaustapaus s. 119–129, 173–174

Perinteinen suomalainen oikeusajattelu on pyrkinyt ratkaisemaan lakien perustuslainmukaisuuden valvontaan liittyvät ongelmat korostamalla lainsäätäjän asemaa. Lähtökohta on ollut, että niin perusoikeuksien ensisijainen toteuttamisvastuu kuin niitä koskeva tulkintavalta kuuluvat demokraattisesti valitulle eduskunnalle. Erityisesti perustuslakivaliokunnalle muodostui jo varhain keskeinen asema. Kuvaan kuuluu, että tuomioistuinten valtiosääntöisiin tehtäviin on samalla suhtauduttu epäillen. Järjestelmämme perusteet ovat kuitenkin muuttuneet viimeisten kahdenkymmenen vuoden kuluessa perusoikeudellistumisen ja valtiosääntöistymisen myötä.

”Uusi perustuslakikontrolli” on kotimaisen valtiosääntökulttuurin muutokseen pohjautuva ehdotus lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan yleisiksi opeiksi. Sen lähtökohtana on havainto siitä, että perusoikeuksien aineellisen suojan ja tuomioistuINVALVONNAN korostuminen ei ole Suomessa merkinnyt suoraviivaista vallan siirtoa demokraattiselta lainsäätäjältä riippumattomille tuomareille. Sen sijaan muutos heijastaa ennen kaikkea käännettä auktoriteettikeskeisistä oikeuttamismalleista kohti pluralistisia, instituutioiden vuorovaikutukselle, jaetulle perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisvastuulle sekä aineelliselle argumentaatiolle rakentuvia oikeuttamisen tapoja. Tämä periaatteelliselta kannalta varsin syvälinen muutos asettaa uusia vaatimuksia sekä valtiosääntöä koskeville yleisille opeille että konkreettiselle oikeudelliselle argumentaatiolle.

Tutkimus nojautuu viimeaikaiseen kansainväliseen valtiosääntövertailuun ja valtiosääntöteoriaan. Siinä hyödynnetään vertailevia havaintoja perustuslakikontrollin välittävistä malleista sekä uudentyypisiä dialogisia lähestymistapoja valtiosääntöoikeudelliseen konfliktinratkaisuun. Tutkimuksessa otetaan myös kantaa lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin demokratiakritiikkiin. Lisäksi siinä arvioidaan kriittisesti sekä perustuslakivaliokunnan että ylimpien tuomioistuinten ratkaisukäytäntöä ja oletuksia niiden keskinäisestä vallanjaosta.

Tutkimus perustuu osaksi aiemmin julkaistuille artikkeleille, joita on kuitenkin ajantasaisesti ja muokattu kokonaisuutta silmälläpitäen. Tutkimuksesta on hyötyä kaikille, jotka joutuvat käytännössä tunnistamaan ja käsittelemään perus- ja ihmisoikeuksien sekä voimassa olevan lainsäädännön välisiä konflikteja.

