

Mikael Koillinen

LUOTTAMUKSENSUOJA
EUROOPPALAISENA
OIKEUSPERIAATTEENA

LUOTTAMUKSENSUOJA EUROOPPALAISENA
OIKEUSPERIAATTEENA



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 310

Mikael Koillinen

Luottamuksensuoja eurooppalaisena oikeusperiaatteena

Yliopistollinen väitöskirja, joka Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Calonian luentosalissa 1, lauantaina 20.10.2012 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 978-951-855-478-6

© 2012 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Mikael Koillinen

ISSN-L 0356-7206

ISSN 0356-7206

ISBN 978-951-855-319-2

Vammalan Kirjapaino Oy, Sastamala 2012

Esipuhe

Tutkimuksesta harvoin tulee täsmälleen sellainen, kuin sen aloitushetkellä tarkoituksena oli. Ei tullut tästäkään. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekuntaneuvosto vahvisti joskus muinoin tämän tutkimuksen tekijän jatko-opintosuunnitelman, joka sisälsi tarkoituksen tehdä väitöskirja otsikolla ”Luottamuksensuojat kansallisessa hallinto-oikeudessa”. Aikomus oli keskittyä yksin suomalaiseen oikeusdogmatiikkaan ja jättää EU-oikeus sekä muut oikeusjärjestykset kokonaan huomiotta. Kuten nyt käsillä olevan, otsikolla ”Luottamuksensuojat eurooppalaisena oikeusperiaatteena” loppuun saatetun tutkimuksen lukija havaitsee, tästä aikomuksesta (kuten myöskään tiedekuntaneuvostosta) ei ole erityisen paljon jäänyt jäljelle. Mutta luottamuksensuojasta kuitenkin on kyse.

Matkan varrelle on mahtunut monia mielenkiintoisia keskusteluja ja vieläkin useampia kiitoksen arvoisia ihmisiä. Käytettävissä olevan tilan puitteissa voidaan luetteloida kiitoksen arvoisista vain harvat.

Esitarkastajien, emeritusprofessori *Seppo Laakson* ja professori *Outi Suvirannan* ripeä työskentely ja kriittinenkin palaute mahdollistivat tutkimuksen viimeisten vaiheiden pysymisen raiteilla. Vähänkin suomalaista hallinto-oikeustiedettä ja erityisesti luottamuksensuojadiskurssia siinä tunteva ymmärtää, miksi mainitut henkilöt olivat väittelijälle itsestään selvä valinta – ja olivat olleet sellainen jo pitkään. Professori Suvirannan lupautuminen vastaväittäjäksi ansaitsee erityisen kiitoksen. Sivumääräisesti ja maantieteellisesti verraten laajan tutkimuksen seikkaperäinen ruotiminen ei liene työnä aivan kevyimmästä päästä.

Professori *Heikki Kulla* on toiminut työnohjaajana tutkimustyön ajan, ja lupautunut toimimaan kustoksena väitöstilaisuudessa. Tutkimuksen tekijä on saanut nauttia paitsi erinomaisesta, tutkimuksen kannalta merkityksellisestä ohjauksesta ja palautteesta, myös jo ainakin vuosikymmenen kestäneestä yhteistyösuhteesta hallinto-oikeuden oppiaineen opetuksessa ja muussa toiminnassa. Silti suurin kiitos Heikille kuuluu kipinän sytyttämisestä: väittelijän kiinnostus hallinto-oikeuteen syntyi jo perustutkintovaiheen aikana nimenomaan Heikin opetuksessa.

Väitöstutkimuksen tekeminen vaatii erilaisia resursseja: voidaan viitata niin taloudellisiin, tutkimuksellisiin kuin yleisesti pönkittäviin kontribuutioihin. Kiitoksia jaettaessa ei voikaan sivuuttaa professori *Jaakko Ossaa*, professori *Ari Saarnilehtoa*, professori *Veli-Pekka Viljasta* ja emeritusprofessori *Kauko Wik-*

strömiä. Mainittu nelikko on myötävaikuttanut merkittävästi joko välittömästi tai välillisesti tämän tutkimuksen syntymiseen. Kiitos siitä.

Rankimman työn työnhajaan ja esitarkastajien ohella ovat tehneet *OTM Sanna Hyttinen* ja *OTT Matti Urpilainen*, jotka ovat kahlanneet koko käsikirjoituksen läpi tehden niin sisällöllisesti mielekkäitä kuin teknisiiäkin parannusehdotuksia. *OTT Juha Lavapuro* on puolestaan jaksanut vuodesta toiseen keskustella tutkimuksen alaan kuuluvista teemoista intensiivisellä tavalla, joka on aina välillä muistuttanut avointa riitelyä. Ilman Juhan ajattelua tämä tutkimus (ja ehkäpä koko suomalainen julkisoikeus) olisi kovin toisennäköinen. Tutkimustyö vaatii-kin runsaasti keskustelua, kinastelua ja vähän inttämistäkin sekä ristiin lukemista ja kommentoimista. Niitä on kolmannessa kerroksessa *Caloniassa* riittänyt. Tieteellisen debatin ja puhtaasti ammatillisen tuen ohella *OTM Erno Anttilasta, ma. professori Pekka Lämsinevasta, apulaisprofessori Tuomas Myllystä, professori Elina Pirjatanniemestä* ja *OTL Janne Salmisesta* on ollut myös muunlaista seuraa ja virikettä, joskus myös vapaa-ajalle ulottuvaa.

Caloniassa on toki käyty virikkeellisiä ja vähän viihdyttäviäkin keskusteluja muuallakin ja monissa, lukemattomissa muissa yhteyksissä. Mainitsematta ei kuitenkaan voi jättää kahta eri tiedon ja ajatuksen keskittymää, joista on ollut ajatuksen kululle verratonta tukea. *Professori Anne Kumpulan* ja *professori Jukka Mähösen* miehittämä toisen kerroksen tupakkapaikka tarjoaa sellaisen määrän tieteellistä ja muutakin ymmärrystä, että se pitäisi yksin tällä perusteella jättää keskushallinnon laatimien savuttomien campusten ja muiden vastaavien, sen olemassaoloa uhkaavien ohjelmien ulkopuolelle. Rakennuksen toisessa päässä kolmannen kerroksen toisen käytävän asukit *professori Jussi Tapani* ja *OTT Mikko Vuorenpää* ovat kärsivällisesti jaksaneet opastaa allekirjoittanutta rikos- ja prosessioikeuden saloihin.

OTK Jarkko Vuorinen on pian *OTT*. Yhteinen taipaleemme alkoi vuonna 1995 *OTK*-opintojen ensimmäisten luentojen tauolla ja on jatkunut moninaisissa merkeissä aina tähän asti. Yhteisestä hämmöttävästä *OTT*-maalista huolimatta toivon sen jatkuvan aina viimeiseen pilkkuun asti.

FM Janne Wacklin on onnistunut tyydyttämään tutkimuksen teossa tarvittavan tiedontarpeen enemmän kuin virkavelvollisuuksien edellyttämällä tavalla. Lukuisat yliopistot ympäri maailmaa karhuavat Jannelta luultavasti maailmanlopun asti mitä kummallisimpia opuksia, joita Janne on tämän tutkimuksen tarpeisiin hankkinut kaukopalvelun välityksellä käyttäen omaa henkilökohtaista kirjastokorttiaan, ja jotka allekirjoittanut on johonkin työhuoneensa kerrostumiin hukannut.

Tiedekunnan virkoihin ja työsuhteisiin liittyvien, palkkaa muistuttavien rahasuoritusten ohella tutkimusta ovat taloudellisesti edistäneet Suomen Kulttuurirahasto, Pohjoismaiden hallinnollinen liitto ja Maaliskuun 25. päivän rahasto. Erityisimmän tunnustuksen ansaitsee kuitenkin Suomen Akatemia ja sen rahoit-

tama, jo muutama vuosi sitten päätökseen saatettu Valta-tutkimusprojekti, jonka taloudellisten resurssien puitteissa tätä tutkimusta on tehty niin Caloniassa kuin EUI:n kirjastossa Firenzessä.

Annille ja Juholle,

Rymättylän Kirkkolahden rannalla heinäkuussa 2012

Mikael Koillinen

Sisällys

ESIPUHE	V
LÄHTEET	XIII
LYHENTEET	XXXI
1 JOHDANTO	1
1.1 Tutkimuksen kohde	1
1.2 Tutkimuksen normatiivinen kehys.....	9
1.3 Tutkimuksen rajaus.....	18
1.4 Tutkimuksen toteutustapa.....	21
1.5 Tutkimuksen jäsentely	24
2 HALLINTO, HALLINTO-OIKEUS JA HALLINTO-OIKEUS- TIEDE	27
2.1 Normatiivinen ja funktionaalinen common law'n julkis- oikeudessa.....	33
2.2 Red light, green light	37
2.3 Oikeudet julkisoikeudessa	46
2.4 Neue Verwaltungswissenschaft.....	49
2.5 Välitilinpäätös: tutkimuksen sitoumukset	59
2.5.1 Punainen valo	59
2.5.2 Oikeuden ja oikeuksien maailma	68
3 LUOTTAMUKSENSUOJAPERIAATTEEN TAUSTA JA OIKEUTUS	73
3.1 Luottamuksensuojaperiaatteen muotoutuminen Suomessa.....	73
3.2 Luottamuksensuojaperiaate Saksan julkisoikeudessa	77
3.3 Luottamuksensuojaperiaate common law'ssa	80
3.4 Luottamuksensuoja osana julkisoikeuden kokonaisuutta.....	88
3.5 Oikeusvaltioteoriat taustalla	92
3.6 Rechtsstaat ja luottamuksensuoja	99
3.6.1 Rechtsstaat ja Grundgesetz	103
3.6.2 Rechtsstaatin lainalaisuus.....	105
3.6.3 Rechtsstaatin perusoikeudet ja hallinto	110
3.7 Luottamuksensuojan oikeutus Rechtsstaat-doktriinissa	120
3.7.1 Treu und Glauben.....	123
3.7.2 Rechtsstaat ja oikeusvarmuus.....	125

3.7.3	Perusoikeusjärjestelmä taustalla.....	131
3.7.4	Suhteellisuusperiaatteen ja luottamuksensuojan rekursio	147
3.7.4.1	Suhteellisuusperiaate Rechtsstaat-doktriinissa ...	147
3.7.4.2	Suhteellisuusperiaatteen ilmiäsu.....	150
3.7.4.3	Suhteellisuusperiaatteen kritiikki.....	154
3.7.4.4	Suhteellisuusperiaate: asymmetria vai symmetria?	159
3.7.4.5	Suhteellisuuden rajoilla: Untermaßverbot	160
3.7.4.6	Suhteellisuusperiaate luottamuksensuojan justifikaationa	163
3.7.5	Välitilinpäätös: oikeutusperusteet ja Verfassungsrang	168
3.8	Rule of Law ja luottamuksensuoja	174
3.8.1	Rule of Law'n tarkoitus.....	177
3.8.2	Rule of Law'n toteutus.....	181
3.9	Luottamuksensuoja ja Rule of Law	186
3.10	Luottamuksensuojan oikeutusperusteet common law'ssa	195
3.10.1	Rule of law luottamuksensuojan taustalla.....	199
3.10.2	Luottamus.....	203
3.10.3	Estoppel.....	207
3.10.4	Fairness ja natural justice	210
3.10.5	Good administration.....	213
3.10.6	Abuse of power	214
3.10.7	Suhteellisuusperiaate luottamuksensuojan oikeutuksena	218
3.11	Välitilinpäätös.....	224
4	LUOTTAMUKSENSUOJAPERIAATTEEN SOVELTAMIS- EDELITYKSET	237
4.1	Luottamuksensuojan perusrakenne.....	238
4.2	Luottamuksensuoja ja lainsäätävä	245
4.2.1	Lainsäätäjää vastaan asettuvan suojan ala.....	247
4.2.2	Lainsäätäjää vastaan asettuvan suojan sisältö	249
4.2.2.1	Aito taannehtivuus	251
4.2.2.2	Epäaito taannehtivuus	263
4.2.2.3	Jatkuvuudensuoja.....	268
4.2.2.4	Plangewährleistung	271
4.2.3	Kokoavia näkökohtia.....	273
4.3	Retroactive laws ja common law?	276
4.4	Välitilinpäätös: luottamuksensuoja ja lainsäätävä Suomessa.....	281
4.4.1	Doktriinin perusteet.....	281
4.4.2	Doktriinin ongelmat	292
4.4.3	Konkretisointi: taannehtiva verolainsäädäntö	295
4.4.4	Luottamuksensuoja ja vallanjako	299

5	RECHTSSTAATIN LUOTTAMUKSENSUOJA JA HALLINTO	303
5.1	Luottamuksensuoja ja Verwaltungsakt	304
5.1.1	Luottamuksensuoja ja lainvastainen hallintotoimi	313
5.1.1.1	Vapaa peruutettavuus	314
5.1.1.2	Peruutettavuuden rajoitukset.....	316
5.1.1.3	Peruutettavuuden rajoitusten rajoitukset.....	319
5.1.2	Luottamuksensuoja ja lainmukainen hallintotoimi	325
5.1.3	Luottamuksensuoja ja zusage	334
5.2	Luottamuksensuoja ja tietojen anto	338
5.3	Luottamuksensuoja ja hallinnon sisäiset määräykset	340
5.4	Luottamuksensuoja ja hallintokäytäntö	345
5.5	Luottamuksensuoja ja hallintosopimus	347
5.6	Välitilinpäätös: Vertrauensschutz ja Handlungsformlehre	351
5.7	Eine Katastrophe für den Rechtsstaat?	355
5.7.1	Vertrauensschutz ja EU-tuki.....	358
5.7.2	Vertrauensschutz ja valtioneuvosto	362
5.7.3	Luottamuksensuojakatastrofi valtiosääntöisenä ongelmana	368
5.8	Välitilinpäätös: luottamuksensuojakatastrofin valtiosääntöinen potentiaali	374
6	LUOTTAMUKSENSUOJA COMMON LAW'N HALLINTO- OIKEUDESSA	385
6.1	Menettelyllinen luottamuksensuoja.....	389
6.2	Aineellinen luottamuksensuoja	394
6.2.1	Aineellisen luottamuksensuojan kategoriat	395
6.2.2	Aineellinen luottamuksensuoja Coughlanin jälkeen	402
6.3	Luottamus, luottamusperusta ja luottamuksen legitimitetti	408
6.3.1	Luottamus.....	408
6.3.2	Luottamuksen legitimitetti.....	411
6.3.3	Reasonable?.....	412
6.3.4	Luottamusperusta	419
6.3.4.1	Ilmaiset	420
6.3.4.2	Implisiittiset ilmaukset.....	423
6.3.4.3	Policy	424
6.3.4.4	Kansainväliset sopimukset.....	426
6.3.4.5	Poliittinen prosessi.....	427
6.3.4.6	Politiikka.....	428
6.3.5	Legitiimin luottamuksen suojaamatta jättäminen	429
6.3.6	Punninnan sisältö	432
6.3.6.1	Julkisen intressin painavuus.....	433

6.3.6.2	Ilmaisun kohteiden lukumäärä.....	436
6.3.6.3	Yksityisen intressiin painavuus	438
6.3.6.4	Yksityisen toiminta.....	440
6.4	Hallintopäätösten pysyvyys.....	440
6.4.1	Prima facie pysyvien päätösten peruutettavuus.....	443
6.4.2	Lainvastaisten päätösten pysyvyys.....	446
6.5	Luottamuksensuojan rajoilla: ultra vires	446
6.5.1	Jurisdictional principle	448
6.5.2	Eroon jurisdictional principlestä	453
6.6	Välitilinpäätös: luottamuksensuoja ja hallinto	458
6.6.1	Luottamusperusteena hallintopäätös	461
6.6.1.1	Sääntelemätön itseoikaisutoimivalta?.....	464
6.6.1.2	Takaisinperintä erityistapauksena	468
6.6.1.3	Oikaisusäännökset ja ortodoksia.....	471
6.6.2	Luottamusperusteena neuvo tai vakiintunut käytäntö	473
6.6.2.1	Ortodoksia vero-oikeudessa.....	476
6.6.2.2	Irti ortodoksiasta?	488
6.6.2.3	Hiljainen luottamuksensuoja-argumentaatio	491
6.6.3	Suhteellisuus-luottamuksensuojaperiaatteen struktuuri ...	494
6.6.4	Suhteellisuus-luottamuksensuojaperiaate ja oikeudellinen työnjako	501
6.6.4.1	Luottamuksensuoja orientaationa	503
6.6.4.2	Orientaatio ja oikeussuhde.....	504
6.6.4.3	Orientaatio ja oikeusturvan oikeuslähdeoppi.....	510
6.6.4.4	Luottamuksensuojasta ideaalityyppiin.....	514
7	TILINPÄÄTÖS	515
7.1	Luottamuksensuojaperiaatteen tausta ja oikeutus.....	515
7.2	Luottamuksensuoja ja lainsäätäjä	517
7.3	Luottamuksensuoja ja hallinto.....	518
	ABSTRACT	523
	OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO	527
	ASIAHAKEMISTO	533

Lähteet

- Abendroth, Wolfgang, 1968 [1954]: "Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland". – Ernst Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, s. 114–144.
- Achterberg, Norbert: Allgemeines Verwaltungsrecht. Heidelberg 1982.
- Aer, Janne: Oikeussuojan ulottuvuus hallinnossa: hallintolainkäytön antaman oikeussuojan merkitys viranomais toiminnan auktoriteetin kannalta Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2000.
- Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1986.
- Alexy, Robert: Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. Ratio Juris, Volume 16, Issue 2, June 2003, s. 131–140.
- Allan, T.R.S.: Law, Liberty and Justice, the Legal Foundations British Constitutionalism. Oxford University Press, Oxford 1993.
- Allan, T.R.S.: The Rule of Law as The Rule of Reason: Consent and Constitutionalism. LQR 115, 1999, s. 221–244.
- Allan, T.R.S.: Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law. Oxford 2001.
- Allan, T.R.S.: The Constitutional Foundations of Judicial Review: Conceptual Conundrum or Interpretative Inquiry? The Cambridge Law Journal 2002, 61:1, s. 87–125.
- Allison, J.W.F.: A continental distinction in the common law: a historical and comparative perspective on English public law. Oxford University Press, Oxford 2000.
- Anckar, Dag: Konstitutionalismi poliittisena ilmiönä ja tutkimuskohteena. Poliitikka 1995, s. 3–9.
- Appel, Ivo: Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 2008, s. 228–277.
- Arden, L. J.: Prospective Overruling. LQR 120, 2004, s. 7–11.
- von Arnould, Andreas: Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Juristenzeitung 2000, s. 276–280.
- von Arnould, Andreas: Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine 'idée directrice' des Rechts. Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
- Badura, Peter: Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates. Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien; Vol. 66. Göttingen 1967.
- Bamforth, Nicholas: Fairness and Legitimate Expectation. Judicial Review CLJ 1/1997, s. 1–4.
- Beatty, David. M.: The Ultimate Rule of Law. Oxford University Press, Oxford 2004.
- Bellamy, Richard: Political constitutionalism and the Human Rights Act. Int J Constitutional Law (2011) 9(1), s. 86–111.
- Blair, Philip: Law and Politics in Germany. Political Studies, Volume 26, Issue 3, 1978, s. 348–362.
- Blanke, Hermann-Josef: Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht. Mohr Siebeck, Tübingen 2000.
- Blundell, David: Ultra Vires Legitimate Expectations. Judicial Review, Vol. 10, Issue 1, 2005, s. 147–155.
- von Bogdandy, Armin: The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship. Europe Int J Constitutional Law (2009) 7(3), s. 364–400.
- Borowski, Martin: Grundrechte als Prinzipien. Baden-Baden 1998.

- Borowski, Martin: Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes. Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
- Breuer, Rüdiger: Freiheit des Berufs. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VIII, § 170. C. F. Mueller, Heidelberg 2010.
- Bull, Hans-Peter: Daseinsvorsorge im Wandel der Staatsformen. Der Staat 1/2008, s. 1–19.
- Bull, Nele: Staatliche Haftung für staatliche "Fehlplanung". Bucerius Law Journal 2010, s. 46–51.
- Bullinger, Martin: Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht in historisch-kritischer Sicht. JZ 1999, s. 905–913.
- Bumke, Christian: Relative Rechtswidrigkeit. Systembildung und Binnendifferenzierungen im Öffentlichen Recht. Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Grundrechte als Grundsatznormen. – Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Staat, Verfassung, Demokratie. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991, s. 159–199.
- Bähr, Otto: Der Rechtsstaat. Eine publizistische Studie. Nachdruck der des Originals von 1864. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1963.
- Calliess, Christian: Rechtsstaat und Umweltstaat. Mohr Siebeck, Tübingen 2001.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. 2. Aufl., Berlin 1983.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht. De Gruyter, Berlin 1984.
- Cane, Peter: Theory and Values in Public Law. – Craig, Paul – Rawlings, Richard (ed.), Law and Administration in Europe. Essays in Honour of Carol Harlow, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 3–21.
- Cass, Ronald A.: The Rule of Law in America. Baltimore Johns Hopkins University Press 2001.
- Clayton, Richard: Legitimate Expectations, Policy, and the Principle of Consistency. 62(1) CLJ 2003, s. 93–105.
- Cohen-Eliya, Moshe – Porat, Iddo: American balancing and German proportionality: The historical origins. Int J Constitutional Law (2010) 8 (2), s. 263–286.
- Cooke, Elizabeth: The Modern Law of Estoppel. Oxford University Press, Oxford 2000.
- Costa, Pietro: The Rule of Law: A Historical Introduction. – Costa, P. – Zolo, D. (eds.), The Rule of Law History, Theory and Criticism. Dordrecht 2007, s. 73–149.
- Craig, Paul: Legitimate expectations: a conceptual analysis. LQR 108, 1992, s. 79–98.
- Craig, Paul: Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law. 55 CLJ 1996, s. 289–312.
- Craig, Paul: Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework. Public Law 1997, s. 467–487.
- Craig, Paul: Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review. Cambridge Law Journal 1998, 57(1), s. 63–90.
- Craig, Paul: Unreasonableness and Proportionality in UK Law. – Ellis, Evelyn (ed.), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe. Hart Publishing, Oxford 2000.
- Craig, Paul: Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy. Public Law 2003, s. 92–111.
- Craig, Paul: Theory, "pure theory" and values in public law. Public Law 2005, s. 440–447.
- Craig, Paul: Administrative Law. 6th ed. Sweet & Maxwell, London 2008.
- Craig, Paul: Political constitutionalism and the judicial role: A response. Int J Constitutional Law (2011) 9(1), s. 112–131.
- Dan-Cohen, Meir: Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law. Harvard Law Review, Vol. 97, No. 3, 1984, s. 625–677.
- Degenhart, Christoph: Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat. München 1976.

- Degenhart, Christoph: Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht: Mit Bezügen zum Europarecht. Müller Jur.Vlg., Hamburg 2010.
- De Smith, Stanley – Jowell, Jeffrey – Lord Woolf: De Smith, Woolf, and Jowell's Principles of Judicial Review (International Student Edition). Sweet & Maxwell, London 1999.
- De Smith, Stanley – Jowell, Jeffrey – Lord Woolf – Le Sueur, Andrew: De Smith's Judicial Review. 6th ed. Sweet & Maxwell, London 2007.
- Detterbeck, Steffen: Allgemeines Verwaltungsrecht: mit Verwaltungsprozessrecht. 10. Aufl. Beck, München 2012.
- Dicey, A. V.: Introduction to the Study of the Law of the Constitution. [Reprinted by] Macmillan, London 1961.
- Driedger, E. A.: Statutes: Retroactive Retrospective Reflections. (1978) 56 Canadian Bar Review, s. 264–279.
- Dyzenhaus, David: The Left and the Question of Law (2004). Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 17, No. 1, 2004, s. 7–31.
- Edlin, Douglas E. (ed.): Common Law Theory. Cambridge University Press 2007.
- Eifert, Martin: Klassisches Verwaltungsrecht und Steuerungswissenschaft, VVDStRL 67 (2008), s. 286–364.
- Elliott, Mark: The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law. Cambridge Law Journal 1999, 58(1), s. 129–158.
- Elliott, Mark: Coughlan: Substantive Protection of Legitimate Expectations Revisited. 5 JR 2000, s. 27–32.
- Elliott, Mark: Legitimate Expectation: The Substantive Dimension. 42 CLJ 2000, s. 421–425.
- Elliott, Mark: The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review. CLJ 2001, s. 301–336.
- Elliott, Mark: Unlawful Representations, Legitimate Expectations and Estoppel in Public Law. 71 JR 2003, s. 71–80.
- Elliott, Mark: Legitimate Expectation, Consistency and Abuse of Power. 281 JR 2005, s. 281–288.
- Elliott, Mark: Legitimate Expectations and Unlawful Representations. CLJ 2004, s. 261–264.
- Elliott, Mark: Legitimate Expectations and the Search for Principle: Reflections on Abdi and Nadarajah JR 2006, s. 281–288.
- Elliott, Mark: Legitimate Expectations: Procedure, Substance, Policy and Proportionality. CLJ 2006, s. 254–257. (Elliott 2006c)
- Elliott, Mark: British jobs for British doctors: legitimate expectations and inter-departmental decision-making. CLJ 2008, 67(3), s. 453–456.
- Emiliou, Nicholas: The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study. Kluwer Law International, London 1996.
- Erbguth, Wilfried: Allgemeines Verwaltungsrecht: mit verwaltungsprozess- und staatshaftungsrecht. Nomos, Baden-Baden 2011.
- Erichsen, Hans-Uwe: Allgemeine Handlungsfreiheit. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VI, § 152. C. F. Mueller, Heidelberg 1989.
- Erichsen, Hans-Uwe – Ehlers, Dirk: Allgemeines Verwaltungsrecht. 12. Neub. Aufl. De Gruyter, Berlin 2006.
- Erichsen, Hans-Uwe – Ehlers, Dirk: Allgemeines Verwaltungsrecht. 14. Neub. Aufl. De Gruyter, Berlin 2010.
- Erichsen, Hans-Uwe – Ehlers, Dirk – Badura, Peter: Allgemeines Verwaltungsrecht. 11. Neub. Aufl. De Gruyter, Berlin 2002.
- Eriksson, Lars D.: Retroaktivitetsförbudet i belysning av statgandena i regeringsformerna § 5 och § 6. Julkaisematon lisensiaatintutkimus, Helsinki 1969.

- Etherton, Terence: Liberty, the archetype and diversity: a philosophy of judging. Public Law 2010, s. 727–746.
- Di Fabio, Udo: Risikoentscheidung im Rechtsstaat. Mohr Siebeck, Tübingen 1994.
- Fitzpatrick, Peter: Law and Societies. 22 Osgoode Hall Law Journal 1984, s. 115–138.
- Fischer, Hans-Georg: Zur Rückforderung von unter Verstoß gegen Art. 92, 93 EWGV gewährten nationalen Beihilfen, DVBl. 1990, s. 1089 ss.
- Forsthoff, Ernst: "Verfassungsprobleme des Sozialstaats". – Forsthoff, Ernst (Hg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1968, s. 145–164.
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Bd. I: Allgemeiner Teil. 10. Neub. Aufl. München 1973.
- Forsyth, Christopher: The Provenance and Protection of Legitimate Expectations. The Cambridge Law Journal 1988, s. 238–260.
- Forsyth, Christopher: Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review. The Cambridge Law Journal 55 1996, s. 122–140.
- Forsyth, Christopher: Wednesbury Protection of Substantive Legitimate Expectations. Public Law 1997, s. 375–384.
- Forsyth, Christopher: Heat and Light: A Plea for Reconciliation. – Forsyth, Christopher (ed.), Judicial Review and the Constitution. Oxford 2000, s. 393–409.
- Forsyth, Christopher: The definition of Parliament after Jackson: Can the life of Parliament be extended under the Parliament Acts 1911 and 1949? Int J Constitutional Law (2011) 9(1), s. 132–143.
- Frenz, Walter: Handbuch Europarecht V. Springer Verlag, Heidelberg 2010.
- Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. Edita, Helsinki 2005.
- Fuhrmanns, Achim: Vertrauensschutz im deutschen und österreichischen öffentlichen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht. 2004.
- Fuller, Lon: The Morality of Law: Yale University Press, New Haven 1969.
- Fuller, Lon: The Forms and Limits of Adjudication. 92 Harvard Law Review 1978, s. 353–398.
- Galanter, Marc: Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. Journal of Legal Pluralism 1981, s. 1–47.
- Galetta, Diana-Urania: Procedural autonomy of EU member states: paradise lost? A study on the "functionalized procedural competence" of EU member states. Springer Verlag, Heidelberg 2010.
- Gallie, W. B.: Essentially Contested Concepts. – Gallie, W. B., Philosophy and the Historical Understanding. Chatto & Windus, London 1964, s. 157–191.
- Galligan, D. J.: Due process and fair procedures: a study of administrative procedures. Oxford University Press, New York 1996.
- Gerber, Scott Douglas: To Secure These Rights: The Declaration of Independence and Constitutional Interpretation. New York University Press 1996.
- Gozzi, Gustavo: Rechtsstaat und Individual Rights in German Constitutional History. – Costa, P. – Zolo, D. (eds.), The Rule of Law History, Theory and Criticism. Dordrecht 2007, s. 237–260.
- Grabitz, Eberhard: Vertrauensschutz als Freiheitsschutz. DVBl. 1973, s. 675–684.
- Grabitz, Eberhard: Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte. Mohr Siebeck, Tübingen 1976.
- Green, Nicholas: Proportionality and the Supremacy of Parliament in the UK. – Ellis, Evelyn (ed), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe. Hart Publishing, Oxford 2000.
- Griffiths, John: What is Legal Pluralism. Journal of Legal Pluralism 24, 1986, s. 1–55.

- Grimm, Dieter: Reformalisierung des Rechtsstaates als Demokratiepostulat? Juristische Schulung, vol. 20, 1980, s. 704–710.
- Grote, Rainer: Rule of Law, Rechtsstaat and "Etat de droit". – Starck, Christian (ed.), Constitution- alism, Universalism and Democracy: A Comparative Analysis. University Press, Groningen 2004, s. 269–306
- Guckelberger, Annette: Die Verjährung im Öffentlichen Recht. Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
- Gurlit, Elke: Verwaltungsvertrag und Gesetz. Eine vergleichende Untersuchung zum Verhältnis von vertraglicher Bindung und staatlicher Normsetzungsautorität. Mohr Siebeck, Tübingen 2000.
- Gurlit, Elke: Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderbindungen. In Dirk Ehlers, Hans-Uwe Erichsen: Allgemeines Verwaltungsrecht. 14. neub. Aufl. 2010. §§ 28–35.
- Gündisch, Jürgen: Rückforderung von nationalen Beihilfen – Kein Konflikt zwischen euro- päischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Verfassungsrecht. NVwZ 2000, s. 1125–1126.
- Hain, Karl-Eberhard: Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot, 108. Deutsches Verwaltungsblatt DVBl. 1993, s. 982–984.
- Hakalehto-Wainio, Suvianna: Valta ja vahinko: julkisen vallan käytännön vahingonkorvausvastuu vahingonkorvauslaissa. Helsinki 2008.
- Hakalehto-Wainio, Suvianna: Julkisyhteisön vahingonkorvausvastuun peruskysymyksistä. DL 2009/4, s. 587–605.
- Halila, Heikki: KKO 1999:32. Vahingonkorvaus. Julkisyhteisön korvausvastuu. Oikeustapauskom- mentti. LM 5/1999, s. 725–751.
- Halila, Leena: Hallintolainkäyttömenettelyn oikeusturvatakeista. Helsinki 2000.
- Hallberg, Pekka – Ignatius, Pirkko – Kanninen, Heikki: Hallintolainkäyttölaki. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1997.
- Hallberg, Pekka: The Rule of Law. Edita Prima, Helsinki 2004.
- Happe, Claus-Michael: Rückforderung von Zuwendungen nach negativer Kommissionsentscheid- ung im Beihilfeverfahren. NVwZ 1998, s. 26–28.
- Harlow, Carol: Changing the Mindset: The Place of Theory in English Administrative Law. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 14, No. 3 (Autumn, 1994), s. 419–434.
- Harlow, Carol – Rawlings, Richard: Law and Administration, 2nd ed. Cambridge University Press 1997.
- Harlow, Carol – Rawlings, Richard: Law and Administration, 3rd ed. Cambridge University Press 2009.
- Hartikainen, Sami: Sääntöjenvastainen valtiontuki ja takaisinperintä. DL 3/2008, s. 390–414.
- Hartley, T. C.: The Foundations of European Union Law. 7th ed. Oxford University Press 2010.
- Hatje, Armin: Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung. Nomos, Baden- Baden 1998.
- Hatje, Armin: Rechtssicherheit und Vertrauensschutz – Wechselseitige Einwirkungen zwischen Europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Verfassungs- und Verwaltungsrecht. – Schwarze, J. (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts. Nomos, Baden-Baden 2008, s. 223–236.
- Hautamäki, Veli-Pekka: Hyvän hallinnon toteuttaminen. Edita Publishing Oy, Helsinki 2004.
- Heckmann, Dirk: Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen: Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung. Mohr Siebeck, Tübingen 1997.
- Heinig, Hans Michael: Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Mohr Siebeck, Tübingen 2008.
- Helaniemi, Erkki – Helaniemi, Tuula: Vielä työsuhteoptoiden verotuksesta. Verotus 1995, s. 305–308.

- Hepola, Matti: Oikeusvoimaopin transformaatio. Siviiliprosessioikeudellisen oikeusvoimaopin muuttuminen ja siirtyminen hallinto- ja ympäristöoikeuteen ympäristöluvan pysyvyyden kannalta. Edita Publishing, Helsinki 2005.
- Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 1999.
- Heun, Werner: The Constitution of Germany. A Contextual Analysis. (Constitutional Systems of the World). Hart Publishing, Oxford 2011.
- Heuru, Kauko: Hyvä hallinto. Edita, Helsinki 2003.
- Hey, Johanna: Retroactivity and Tax Legislation. National Report Germany. EATLP 2010.
- Hickman, Tom: The Reasonableness Principle: Reassessing its Place in the Public Sphere. 63 CLJ 2004, s. 166–198.
- Hickman, Tom: Proportionality: Comparative Law Lessons. JR 1/2007, s. 31–55.
- Hillgruber, Christian: Grundrechtsschranken. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland IX 2011, § 201.
- Hilson, Chris: Policies, the Non-Fetter Principle and the Principle of Substantive Legitimate Expectations: Between a Rock and a Hard Place? JR 2006, s. 289–293.
- Hirschl, Ran: Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press, London 2004.
- Lord Hoffmann: The Influence of the European Principle of Proportionality. – Ellis, Evelyn (ed.), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe. Hart Publishing, Oxford 2000.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang: Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft. – Schmidt-Aßmann – Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft. Nomos, Baden-Baden 2004, s. 9–72.
- Hoffmeister, Frank: German Bundesverfassungsgericht: Alcan Decision of 17 February 2000; Constitutional review of EC Regulation on bananas, Decision of 7 June 2000 (2001). 38 Common Market Law Rev, s. 791–804.
- Höpfner, Clemens: Die systemkonforme Auslegung. Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht. Mohr Siebeck, Tübingen 2008.
- Hug, Walter: The History of Comparative Law, 45 Harv. Law Review 1931–2, s. 1027–1070.
- Husa, Jaakko: Johdatus oikeusvertailuun. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1998.
- Husa, Jaakko: Non liquet? Vallanjako, perusoikeudet, systematisointi. oikeuden ja politiikan välistä rajankäyntejä. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
- Husa, Jaakko: KHO 2004:15 – perusoikeusrutiinia? LM 4/2006, s. 645–654.
- Husa, Jaakko: Valkoista yksisarvista pyydystämässä vai mörköä paossa – ”oikeaa oikeusvertailua”? LM 2010, s. 700–718.
- Husa, Jaakko – Pohjolainen, Teuvo: Julkisen vallan oikeudelliset perusteet, 2. uud. p. Talentum, Helsinki 2008.
- Hutchinson, A. C.: The Rise and Ruse of Administrative Law and Scholarship. Mod L Rev. 48 1985, s. 293–324.
- Ipsen, Hans-Peter: Staatliche Wirtschafts-Intervention, Staatsverfassung und Wirtschaftsordnung, JZ (1952), s. 759 ss.
- Ipsen, Hans-Peter: Fragestellungen zu einem Recht der Wirtschaftsplanung. – Kaiser, J.H. (Hrsg.): Planung I. Baden-Baden, Nomos Verlag 1965.
- Ipsen, Jörn: Der Einfluß des Verfassungsrechts auf das Verwaltungsrecht. – Starck, C. (Hrsg.), Die Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft im demokratischen Verfassungsstaat, (Zweites deutsch-taiwanesisches Kolloquium). Baden-Baden 2004, s. 177–187.
- Isensee, Josef: Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. – Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IX, 3. Aufl., 2011, § 191.
- Jakobs, Michael: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. DVBl. 1985, s. 97 ss.

- Jans, J. H. – Lange, R. – Prechal, S. – Widdershoven, R.J.G.M.: *Europeanisation of Public Law*. Europa Law Publishing, Groningen 2007
- Jowell, Jeffrey: *Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis*. *Public Law* 2006, s. 562–576
- Jowell, Jeffrey: *The Universality of Administrative Justice?* – Ruffert, Mathias (ed.), *The transformation of administrative law in Europe*. Sellier/European Law Publishers, München 2007.
- Jowell, J. – Birkinshaw, J.: *English report*. – Schwarze, J. (ed.), *Administrative law under European influence*. Sweet & Maxwell 1996.
- Jowell, J. – Lester, A. *Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*. *Public Law* 1987, s. 368–382.
- Juntunen, Henning: *Die Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die Bestandskraft von Verwaltungsakten und die Rechtskraft von Gerichtsurteilen*. Berlin 2008.
- Juratowitch, Ben: *Retroactivity and the Common Law*. Hart Publishing, Oxford 2008.
- Jyräki, Antero: *Perusoikeuksien historiasta Suomesta*. *LM* 1996, s. 739–752
- Jyräki, Antero: *Veli Merikoski oikeusajattelijana: piirteiden hahmottelua*. *LM* 5/2002, s. 699–717.
- Jyräki, Antero: *Valta ja vapaus. valtiosääntöoikeuden yleisiä kysymyksiä*. 3. laaj. ja uud. p. Talentum, Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2003.
- Jääskinen, Niilo: *Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia*. *Yliopistopaino, Helsinki* 2008, s. 194.
- Kadelbach, Stefan: *Allgemeines Verwaltungsrecht und europäischem Einfluß*. Tübingen 1999.
- Kahl, Wolfgang: *35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – 35 Jahre Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts*. *NVwZ* 2011, s. 449.
- Kahn-Freund, Otto: *Common Law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*. – Cappelletti, Mauro (ed.), *New perspectives for a Common Law of Europe = Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*. Sijthoff 1978.
- Kersten, Jens: *Georg Jellinek System. Eine Einleitung*. – Jellinek, Georg: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen 2011, s. 1–52.
- Kiiski, Kimmo: *Hallinnollinen sanktiointi*. Turku 2011.
- King, Jeff A.: *Institutional Approaches to Judicial Restraint*. *28 Oxford Journal of Legal Studies* 2008, s. 409–441.
- Kirchhof, Paul: *Der Allgemeine Gleichheitssatz*. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* 2010, § 697.
- Kischel, U.: *Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof*. *Europarecht* 2000, s. 380 ss.
- Kisker, Gunter: *Die Rückwirkung von Gesetzen: eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht*. *Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Bd. 8, 1963.
- Kisker, Gunter: *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht*. *1973 VVDStRL* 32, s. 150–201.
- Knight, C.J.S: *Expectations in Transition: Recent Developments in Legitimate Expectations*. *Public Law* 2009, s. 15–24.
- Koch, Michael: *Die Grundsätze des intertemporalen Rechts im Verwaltungsprozess: Vertrauensschutz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren*. Duncker & Humblot, Berlin 2009.
- Koch, Oliver: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*. Duncker & Humblot, Berlin 2003.
- Koivisto, Ida: *Hallinnon hyvyys kommunikatiivisina käytäntöinä?* *Oikeus* 2/2007, s. 164–182.
- Koivisto, Ida: *Hyvä hallinto ja lain noudattamisen vaatimus: hartilainen ja dworkinilainen luenta*. – Ojanen, T. – Sakslin, M. – Suviranta, O. – Koivisto, I. (toim.), *Avoin, tehokas ja riippumaton: Olli Mäenpää 60 vuotta juhlaKirja*. Edita Publishing Oy, Helsinki 2010, s. 69–82.

- Koivisto, Ida: Hyvän hallinnon muunnelmat: julkisoikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2011.
- Kokott, Juliane: Nationales Subventionsrecht im Schatten der EG. DVBl. 1993, s. 1235 ss.
- Konstari, Timo: Harkintavallan väärinkäytöstä: tutkimus tarkoitussidonnaisuudesta hallintoviranomaisten harkintavallan rajoitusperiaatteena. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1979.
- Kooiman, Jan: Governing as Governance. Sage, London 2003.
- Kopp, Ferdinand O. – Ramsauer, Ulrich: Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. München 2000.
- Koskinen, Pekka: Rikosoikeuden yleiset opit ja rikosvastuun perusteet. – Rikosoikeus. Oikeuden perusteokset. WSLT, Helsinki 2008.
- Kotkas, Toomas: Sosiaaloikeudellisesta kohtuusperiaatteesta – tarvitaanko sellaista? LM 5/2009, s. 761.
- Krebs, Walter: Die Juristische Methode im Verwaltungsrecht. – Schmidt-Aßmann – Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft. Nomos, Baden-Baden 2004, s. 209–222.
- Kukkonen, Pentti: Vahingonkorvaus virassa aiheutetusta vahingosta: siviilioikeudellinen tutkimus virassa aiheutetun vahingon korvaamisesta vahingonkorvauslain mukaan. Helsinki 1996.
- Kulla, Heikki: Hallintolainkäyttö ja hallinto: tutkimus korkeimman hallinto-oikeuden toimivallan määräytymisen oikeushistoriallisesta taustasta. Vammala 1980.
- Kulla, Heikki: Laillisuusolettamasta hallinto-oikeudessa. LM 1993, s. 3–20.
- Kulla, Heikki: Hallintomenettelyn perusteet. 4. uud. p. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1999.
- Kulla, Heikki: Vastaväittäjän lausunto: Kirsi Kuusikko: Neuvonta hallinnossa (2000). LM 2000, s. 802–808.
- Kulla, Heikki: Hallintomenettelyn perusteet. 7. uud. p. Talentum, Helsinki 2008.
- Kumm, Mattias: Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. A review essay on A Theory of Constitutional Rights. Int J Constitutional Law (2004) 2(3), s. 574–596.
- Kumm, Mattias: The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty. European Law Journal 2005, s. 262–307.
- Kumm, Mattias: On the past and future of European constitutional scholarship Int J Constitutional Law (2009) 7(3), s. 401–415.
- Kunig, Philip: Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1986.
- Kuusikko, Kirsi: Yksityisoikeudellinen ja julkisoikeudellinen luottamuksensuoja – eräitä Wärtsilä Meriteollisuus -tapauksen herättämiä ajatuksia. DL 1999, s. 1027–1044.
- Kuusikko, Kirsi: Neuvonta hallinnossa. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2000.
- Künnecke, Martina: Tradition and Change in Administrative Law. Springer, London 2007.
- Köck, Wolfgang: Pläne. § 37. – Hoffmann-Riem, Wolfgang – Schmidt-Aßmann, Eberhard – Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, § 37. Verlag C.H. Beck, München 2008.
- Laakso, Seppo: Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta. Valtion painatuskeskus, Helsinki 1991.
- Laakso, Seppo: Suhteellisuusperiaate yhteisöoikeudessa. LM 6–7/1999, s. 1080–1091.
- Laakso, Seppo: Oikeusvarmuuden periaate Euroopan unionin oikeudessa. Hallinnon tutkimus 2/2002, s. 190–192.
- Laakso, Seppo – Schwarze, Jürgen – Kuuttiniemi, Kirsi: Eurooppalaisen hallinto-oikeuden keskeiset periaatteet. Tampereen yliopiston julkisoikeuden laitos 1999.
- Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo: Yleishallinto-oikeus. Tampere 2006.

- Laband, Paul: Das Staatsrechts des deutschen Reiches [1876–1882], vol. 1. Laupp, Tübingen 1876. Reprint of 5th edn., Tübingen 1911.
- Lappi-Seppälä, Tapio: Rikosten seuraamukset. WSOY, Helsinki 2000.
- Lavapuro, Juha: Valtiosääntöinen managerialismi ja perusoikeudet. Oikeus 1/2010, s. 6–27.
- Lavapuro, Juha: Uusi perustuslakikontrolli. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2010 (Lavapuro 2010v).
- Laws, John: Law and Democracy. Public Law 1995, s. 72–93.
- Laws, John: Public Law Public Law and Employment Law: Abuse of Power. Public Law 1997, Aut., s. 455–466.
- Laws, John (Lord Justice): Judicial Review and the Meaning of Law. – Forsyth, Christopher (ed.), Judicial Review and the Constitution. Oxford 2000.
- Leisner, Anna: Kontinuität als Verfassungsprinzip. Mohr Siebeck, Tübingen 2002.
- Leisner, Walter: Das Gesetzesvertrauen des Bürger. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze. – Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag. München 1973.
- Leisner, Walter: Abwägung überall – Gefahr für den Rechtsstaat. NJW 1997, s. 636–640.
- Leisner, Walter: Eigentum. In Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VIII, § 173, 2010.
- Legrand, Pierre: European legal systems are not converging. International and Comparative Law Quarterly (1996), s. 52–81.
- Lepsius, Oliver: Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht. Mohr Siebeck, Tübingen 2002.
- Lerche, Peter: Übermaß und Verfassungsrecht. Köln 1961.
- Lerche, Peter: Grundrechtsschranken, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, § 122. 1996.
- Leslie, Justin: Vindicating common law constitutionalism. Legal Studies, Volume 30, Number 2, June 2010, 301–323.
- Lester, A. – Jowell, J.: Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law. Public Law 1987, s. 368–382.
- Letto-Vanamo, Pia: Oikeuden käsittely ja käsittelyiden historia. LM 7–8/2008, s. 1126–1148.
- Lichére, François: Du droit comparé et du droit tout court, AJDA 2004, 1^{er} novembre 2004, s. 2017.
- Lorenz, Dieter: Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VI 1989, § 128.
- Loughlin, Martin: Public Law and Political Theory. Oxford 1992.
- Loughlin, Martin: The Idea of Public Law. Oxford 2003.
- Loughlin, Martin: The Functionalist Style in Public Law. University of Toronto Law Journal, Volume 55, Number 3, Summer 2005, s. 361–403.
- Lücke, Jorg: Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit. DöV 1974, s. 769 ss.
- Lämsineva, Pekka: Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2002.
- Lämsineva, Pekka: Omaisuudensuoja. – Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.), Perusoikeudet. 2., uud. p. WSOYpro, Helsinki 2011.
- MacCormick, Neil D.: Der Rechtsstaat und die Rule of Law. Juristenzeitung 50, 1984, s. 65–70.
- MacCormick, Neil D.: Questioning sovereignty: law, state, and nation in the European Commonwealth. Oxford University Press 1999.
- Mainka, Johannes: Vertrauensschutz im öffentlichen Recht. Bonn 1963.
- Marcic, René: Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Springer, Wien 1957.
- Marmor, Andrei: Law in the Age of Pluralism, Oxford University Press 2007.

- Marshall, Thomas R.: Public Opinion and the Rehnquist Court. New York 2009.
- Masing, Johannes: Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht. – Hoffmann-Riem, Wolfgang – Schmidt-Aßmann, Eberhard – Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, § 7. Verlag C.H. Beck, München 2006, s. 391–491.
- Mattila, Heikki E. S.: Cross-references in Court Decisions: A Study in Comparative Legal Linguistics. Lapland Law Review 1/2011, s. 96–120.
- Maunz, Theodor – Dürig, Günter: Grundgesetz. 58. Auflage 2009.
- Maurer, Hartmut: Das Vertrauensschutzprinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten. Festschrift für den Boorberg Verlag. Stuttgart 1977, s. 223–241.
- Maurer, Hartmut: Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz. 2006 Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland IV, § 79
- Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht. 13. neub. Aufl. München 2009.
- Maurer, Hartmut: Staatsrecht I. München 2010.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. München 1924.
- Meinel, Florian: Review Essay – Ernst Forsthoff and the Intellectual History of German Administrative Law. German Law Journal Volume 8, Number 8, August 2007, s. 785–800.
- Merikoski, V.: Vapaa harkinta hallinnossa. Helsinki 1968.
- Merikoski, V.: Muuttumaton, muuttuva valtiosääntöme. Porvoo 1969.
- Meyer, Hubert: § 48. – Knack, Hans-Joachim: Verwaltungsverfahrensgesetz. 7. Aufl. Köln 2000.
- Mitchell, J. D. B.: The causes and effects of an absence of the absence of a system of public law in the United Kingdom. Public Law 1965, s. 95–118.
- von Mohl, Robert: Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. Tübingen 1832.
- von Mohl, Robert: Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. 3. Aufl. Tübingen 1866.
- Moules, Richard: Actions Against Public Officials: Legitimate Expectations, Misstatements and Misconduct. London 2009.
- Muckel, Stefan, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen. Berlin 1989.
- Mullen, T.: Reflections on Jackson v Attorney General: questioning sovereignty. Legal Studies 2007, s. 1–25.
- Myrsky, Matti: Luottamuksensuojaperiaatteen kysymyksiä verotuksessa. DL 5/2000, s. 797–806.
- Myrsky, Matti: Oliko verotuksessa mahdollista saada luottamuksensuojaa? Ratkaisun KHO 2009:20 arviointia. LM 4/2009, s. 678–686.
- Myrsky, Matti: Milloin verotuksessa on mahdollista saada luottamuksensuojaa? DL 5/2011, s. 636–649.
- Möller, Rührmair: Die Bedeutung der Grundrechte für die verfassungsrechtlichen Anforderungen an rückwirkende Gesetze. NJW 1999, s. 908.
- Möllers, Christoph: Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit? Verwaltungsarchiv 90 (1999), s. 187–207.
- Möllers, Christoph: Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft. Verwaltungsarchiv 93 (2002), s. 22–60.
- Möllers, Christoph: Methoden. – Hoffmann-Riem, Wolfgang – Schmidt-Aßmann, Eberhard – Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, München 2006, § 3, s. 121–175.
- Möstl, Markus: Normative Handlungsformen. – Ehlers, Dirk – Erichsen, Hans-Uwe: Allgemeines Verwaltungsrecht. 14. neub. Aufl. De Gruyter, Berlin 2010, §§ 19–20.
- Mähönen, Jukka: Taannehtivien verolakien perustuslainmukaisuudesta. LM 1993, s. 845–860.

- Mäenpää, Olli: Eurooppalainen hallinto-oikeus. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1996.
- Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus. 2. p. WSLT, Helsinki 1997.
- Mäenpää, Olli: Eurooppalainen hallinto-oikeus. 2. uud. p. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2001.
- Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus. 4. uud. p. WSLT, Helsinki 2003.
- Mäenpää, Olli: Toimeenpanovallan käytöstä ongelmien hallintaan. LM 7–8/2005 s. 1065–1085.
- Mäenpää, Olli: Hallintoprosessioikeus. 2. uud. p. WSOYPro, Helsinki 2007.
- Mäenpää, Olli: Julkisuusperiaate. 3. uud. p. WSOYPro, Helsinki 2008.
- Mäenpää, Olli: Eurooppalainen hallinto-oikeus. 3. uud. p. Talentum, Helsinki 2011.
- Mäenpää, Olli: Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. 4. uud. p. Editat, Helsinki 2011.
- Neidhardt, Stephan: Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts: Rezeption und Wandel zwischen Konvergenz und Wettbewerb der Rechtsordnungen. Tübingen 2008.
- Neumann, Franz L.: Zum Begriff der Politischen Freiheit. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. Bd. 109, H. 1, 1953, s. 25–53.
- Nicholls, Donald: Book Review: Juratowich, Ben, Retroactivity and the Common Law. LQR 2008, s. 712–715.
- Nicol, Andre G. L.: Prospective Overruling: A New Device for English Courts? The Modern Law Review, Vol. 39, No. 5 (Sep., 1976), s. 542–560.
- Niemi, Matti Ilmari: Oikeuslähteet verkkona! Käytännöllinen näkökulma. – Mäkelä, Sauli (toim.), Oikeusteorian poluilla. Juhlakirja professori Rauno Halttunen. Rovaniemi 2006, s. 219–240.
- Niemi-lilahti, Anita: Paikallinen uusi hallintatapa: haaste tutkijoille ja käytännön toimijoille. Kunnallistieteellinen aikakauskirja 31 (2003), s. 2–9.
- Niemivuo, Matti – Keravuori, Marietta – Kuusikko, Kirsi: Hallintolaki. 2. uud. p. WSOYPro, Helsinki 2010.
- Nolte, Georg: General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective. The Modern Law Review, 57 (1994), s. 191–212.
- Nuotio, Kimmo: Mitä törkeämpi rikos, sen ankarampi rangaistus – suhteellisuusperiaatteesta rikosoikeudessa. Oikeus 2/2005, s. 178–184.
- Oakeshott, Michael: Lectures in the History of Political Thought. Imprint Academic 2006.
- Oliver, Dawn: Is the Ultra Vires the Basis of Judicial Review? Public Law 1987, s. 543.
- Oliver, Dawn: Common values and the public-private divide. Public Law 2000, s. 337–339.
- Orly, Lobel: The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought. 89 Minn. L. Rev. December, 2004, s. 262–390.
- Ossa, Jaakko: Luottamuksensuoja – totta vai toivetta? – Keskuskauppakamarin suuri veropäivä 2010, s. 108–119.
- Ossenbühl, Fritz: Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte. Berlin 1965.
- Ossenbühl, Fritz: Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat. DöV 1972, s. 25–36.
- Ossenbühl, Fritz: Maßhalten mit dem Übermaßverbot. – Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag. C.H. Beck, München 1993, s. 151 ss.
- Ossenbühl, Fritz: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland V 2007, § 101.
- Ossenbühl, Fritz: Autonome Rechtsetzung der Verwaltung. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland V 2007, § 104.
- Ossenbühl, Fritz – Lange, Klaus: Grundlagen des Verwaltungsrechts. Die Verwaltung 2007, s. 125–140.

- Paaso, Ilpo: Vahingonkorvausvastuun normiperusta lääkarintoimessa. Tutkimus erityisesti julkisen vallankäytön vahingonkorvausvastuuta sääntelevien säännösten sovellettavuudesta lääkarintoimesta aiheutuviin vahinkoihin. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1992.
- Pandya, Abhijit: Legitimate Expectations in English Law: Too Deferential an Approach? *Judicial Review*, Volume 14, Number 2, June 2009, s. 170–176.
- Papier, H.-J.: Verfassungsschutz sozialrechtlicher Rentenansprüche, -anwartschaften und -erwerbsberechtigungen. *Vierteljahresschrift für Sozialrecht Zeitschrift* 1973/74, s. 56–71.
- Pauly, Walter: Deutschland. – von Bogdandy, Armin – Cassese, Sabino – Huber, Peter M. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 4: Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft. C.F. Müller, Heidelberg, 2011, § 58.
- Peerenboom, Randall: *China's Long March Toward the Rule of Law*. Cambridge University Press, 2002
- Pieroth, Bodo: Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für inter-temporale Gesetzgebung, Berlin 1981
- Pieroth, Bodo: Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes. *JZ* 1984, s. 971 ss.
- Pieroth, Bodo: Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes. *JZ* 1990, s. 279 ss.
- Pievsky, David: Legitimate Expectations as a Relevancy. *JR* 2003, s. 144 ss.
- Pikkujämsä, Mikko: Oikeusperiaatteet ja arvonlisäverotus kiinteistöalalla. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2001.
- Pitschas, Rainer: Maßstäbe des Verwaltungshandelns. – Hoffmann-Riem, Wolfgang – Schmidt-Aßmann, Eberhard – Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, München 2008, § 42.
- Plant, Raymond: *The Neo-Liberal State*. Oxford University Press 2009.
- Poole, Thomas: Großbritannien. – von Bogdandy, Armin – Cassese, Sabino – Huber, Peter M. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 4: Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft. C.F. Müller, Heidelberg 2011, § 60.
- Preuß, U.K.: Vertrauensschutz als Statusschutz. *JA* 1977, s. 265–313.
- Pünder, Hermann: *Verwaltungsverfahren*. – Ehlers, Dirk – Erichsen, Hans-Uwe: *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 14. Neub. Aufl. De Gruyter, Berlin 2010, §§ 13–16.
- Püttner, G.: Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht. *VVDStRL* 32 (1974), s. 149 ss.
- Pöyhönen, Juha: *Uusi varallisuus oikeus*. 2. p. Helsinki 2003.
- Radbruch, Gustav: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *SJZ* 1946, s. 105–108.
- Raitio, Juha: *The Principle of Legal Certainty in EC Law*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 2003.
- Randelzhofer, Albrecht, Gleichbehandlung im Unrecht? Zur Problematik eines Anspruchs auf Beibehaltung rechtswidrigen Verwaltungshandelns. *JZ* 1973, s. 536 ff.
- Randelzhofer, Albrecht – Wilke, Dieter: *Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns*. Berlin 1981.
- Rasilainen, Aki: Oikeudellinen argumentointi politiikassa: suomalaisen legalismin poliittinen historia. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
- Raue, Frank: Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein? *Archiv des öffentlichen Rechts* 131, 2006, s. 79–116.
- Raz, Joseph: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Clarendon Press, Oxford 1986.
- Remmert, Barbara: *Verwaltungsrechtverhältnis*. – Ehlers, Dirk – Erichsen, Hans-Uwe: *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 14. Neub. Aufl. De Gruyter, Berlin 2010, § 18.
- Rensmann, Thilo: Reformdruck und Vertrauensschutz. *JZ* 1999, s. 168–175.

- Reynolds, Paul: Legitimate Expectations and the Protection of Trust in Public Officials (October 8, 2010). Public Law, Vol. 2011, s. 330–352.
- Rhodes, R. A. W.: The New Governance: Governing without Government. Political Studies. Volume 44, Issue 4, September 1996, s. 652–667.
- Riechelmann, Frank: Struktur Des Verfassungsrechtlichen Bestandsschutzes: Das Verhältnis Zwischen Vertrauensschutz, Rechtssicherheit und Kontinuität. Norderstedt 2009.
- Riepula, Esko: Taannehtivien verolakien säätämisestä. Oikeustiede–Jurisprudentia I:1971, s. 149–194.
- Rihto, Ahti – Kandolin, Salme – Vuorinen Jarmo: Ehdotus hallintomenettelylaiksi. LaVO 1/1979.
- Ringhand, Lori A., Fig Leaves, Fairy Tales, and Constitutional Foundations: Debating Judicial Review in Britain. Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 43, No. 3, 2005, s. 866–904.
- Rivers, Julian: Proportionality and Variable Intensity of Review. The Cambridge Law Journal 2006, 65, s. 174–207.
- Roberts, Melanie: Public Law Representations and Substantive Legitimate Expectations. 64 MLR 2001, s. 112–122.
- Roellecke, Gerd: Vertrauensschutz als Rechtsschutz. – Denninger, Erhard u.a (Hrsg.), Kritik und Vertrauen. FS für Peter Schneider. Frankfurt a.M. 1990, s. 409–429.
- Rohr, John A.: Dicey's Ghost and Administrative Law. Administration & Society, Vol. 34 No. 1, March 2002, s. 8–31.
- Rosenfeld, Michel: The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. 74 Southern California Law Review 2001, s. 1307–1352.
- Rosenfeld, Michel: Preface: The role of constitutional scholarship in comparative perspective: An exchange among Armin von Bogdandy, Robert Post, Matthias Kumm, and Alexander Somek. Int J Constitutional Law (2009) 7(3), s. 361–363.
- Ross, Alf: On Law and Justice. University of California Press, Berkeley 1959
- Ruffert, Matthias: Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts. – Hoffmann-Riem, Wolfgang – Schmidt-Aßmann, Eberhard – Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, München 2006, § 17.
- Ruffert, Matthias: Verwaltungsakt. – Ehlers, Dirk – Erichsen, Hans-Uwe: Allgemeines Verwaltungsrecht. 14. neub. Aufl. De Gruyter, Berlin 2010, §§ 21–27.
- Rüffner, Wolfgang: Anmerkung zu BVerfGE 64, 87 ff. JZ 1983, s. 755 ss.
- Rüffner, Wolfgang: Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland IV 2006, § 96.
- Sachs, Michael: Verfassungsrecht II: Grundrechte. Springer, Berlin 2003.
- Sales, Philip – Steyn, Karen: Legitimate expectations in English public law: an analysis. Public Law 2004, Aut., s. 564–593.
- Sales, Philip: Legitimate Expectations. Judicial Review 2006, s. 186–193.
- Sampford, Charles: Retrospectivity and the Rule of Law. Oxford University Press 2006.
- Santoro, Emilio: The Rule of Law and the "Liberties of the English": The Interpretation of Albert Venn Dicey. – Costa, Pietro – Zolo, Danilo (ed.), The Rule of Law History, Theory and Criticism, Springer, Dordrecht 2007, s. 153–200.
- Scharpf, Fritz W.: Introduction: the problem-solving capacity of multi-level governance. Journal of European Public Policy 4:4 1997, s. 520–538.
- Schenke, W.-R: Probleme der Bestandskraft von Verwaltungsakten. DöV 1983, s. 320 ss.
- Schenke, Ralf. P.: Die Rechtsfindung im Steuerrecht: Konstitutionalisierung, Europäisierung und Methodengesetzgebung. Mohr Siebeck, Tübingen 2007.
- Schlenker, Rolf-Ulrich: Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz. Aspekte verfassungs- rechtlicher Einwirkungen auf die Stabilität sozialer Rechtslagen, Berlin 1986.

- Scheuing, Dieter H.: Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht. – Hoffmann-Riem – Schmidt-Aßmann, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns. Nomos, Baden-Baden 1994, s. 289 ss.
- Schlink, Bernhard: Abwägung in Verfassungsrecht. Berlin 1976.
- Schlink, Bernhard: Die Entthronung des Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. Der Staat 28 (1989), s. 161–172.
- Schlink, Bernhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. – FS 50 Jahre BVerfG, 2. Bd. Mohr Siebeck, Tübingen 2001, s. 445 ss.
- Schmidt, Reiner: Flexibilität und Innovationsoffenheit im Bereich der Verwaltungsmaßstäbe. – Hoffmann-Riem, Wolfgang – Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1994, s. 67–110.
- Schmidt, Walter: Vertrauensschutz im öffentlichen Recht. Randpositionen des Eigentums im spätbürgerlichen Rechtsstaat. JuS 1973, s. 529–537.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard: Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts. – Hoffmann-Riem, W. – Schmidt-Aßmann, E. (Hrsg.), Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts, Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts, Bd. 2. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1994, s. 407–423.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard: Der Rechtsstaat. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland II: Verfassungsstaat. 3. neub. Aufl. 2004. § 26.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard: Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, Aufsätze 1975–2005. Mohr Siebeck, Tübingen 2006. (Schmidt-Aßmann 2006a).
- Schmidt-Aßmann, Eberhard: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. 2. neub. Aufl. Springer, Berlin 2006 (Schmidt-Aßmann 2006o).
- Schmidt-Aßmann, Eberhard: Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, – Hoffmann-Riem, Wolfgang – Schmidt-Aßmann, Eberhard – Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation. Beck, München 2006, § 5. (Schmidt-Aßmann 2006b)
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno – Klein, Franz – Hofman, Hans – Hopfau, Axel – Bleibtreu-Schmidt, Bruno: Kommentar zum Grundgesetz. 11., neub. Aufl. Köln 2008.
- Schmidt-De Caluwe, Reimund: Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers. Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- Schmitt, Carl: Legalität und Legitimität. München 1932.
- Schmitt, Carl: Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien. Berlin, 1963.
- Schmitt, Carl: Die Tyrannei der Werte. 1967.
- Schoch, Friedrich: Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts. JZ 1995, s. 109–125.
- Scholz, Rupert: Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrenrecht, Die öffentliche Verwaltung 1998, s. 261–268.
- Schröder, Rainer: Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel. Mohr Siebeck, Tübingen 2007.
- Schulev-Steindl, Eva: Subjektive Rechte: eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts. Springer, New York 2008.
- Schuppert, Gunnar Folke – Bumke, Christian: Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Nomos, Baden-Baden 2000.
- Schönberg, Søren: Legitimate Expectations in Administrative Law. Oxford University Press 2000.
- Schönberg, Søren – Craig, Paul: Substantive Legitimate Expectations after Coughlan. Public Law 2000, s. 684–701.
- Schönberger, Christoph: Verwaltungsrechtsvergleichung: Eigenheiten, Methoden und Geschichte. – Von Bogdandy, Armin – Cassese, Sabino – Huber, Peter M. (Hrsg.): Handbuch Ius Publicum

- Europaeum, Bd. 4: Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft. C.F. Müller, Heidelberg, 2011, § 71.
- Schwarz, Kyrrill-A.: Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Nomos, Baden-Baden 2001.
- Schwarze, Jürgen: Europäische Rahmenbedingungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. NVwZ 2000, s. 241–252.
- Schwarze, Jürgen: Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Neub. Aufl. Nomos, Baden-Baden 2005.
- Seppälä, Kirs: Vielä työsuhteoptioiden verotuksesta. Verotus 1995, s. 19–26.
- Sheehan, Duncan – Thattai, Arvind: Prospective overruling and the fixed-floating charge debate LQR 2006, s. 21 ss.
- Shivaji, Felix: Protection of Substantive Legitimate Expectations in Administrative Law. Sri Lanka Journal of International Law, Vol. 18, Issue 1 (2006), s. 69–82.
- Siikavirta, Kristian: Valtiontukisäädöksiä ja luottamuksensuojia tuen takaisinperinnässä – KHO 2009:45. LM 4/2010, s. 624–637.
- Siikavirta, Kristian – Parikka, Julius: EU:n valtiontukisäännöt. Edita, Helsinki 2010.
- Singh, Mahendra P.: German Administrative Law in Common Law Perspective. Springer 2001.
- Sinnaeve, Adinda: Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen: Kollisionen im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschafts- und nationalem Recht. Berlin 1997.
- Sipponen, Kauko: Lainsäädäntövallan delegoiminen: tutkimus lainsäädännön teoriasta ja oikeussääntöjen hierarkiasta. Helsinki 1965.
- Sipponen, Kauko: Kansalainen – isäntä vai renki. Helsinki 2000.
- Sobota, Katharina: Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und Verwaltungsrechtliche Aspekte. Mohr Siebeck, Tübingen 1997.
- Soikkeli, Lauri: Luottamuksensuojia verotuksessa. Helsinki 2003.
- Somek, Alexander: The indelible science of law. Int J Constitutional Law (2009) 7(3), s. 424–441.
- Spanner, Hans. Der Regierungsentwurf eines Bundesverwaltungs-Verfahrensgesetzes. JZ 1970, s. 671–675.
- Stahl, Friedrich Julius: Die Philosophie des Rechts. 1833.
- Stark, Christian: Studies in German constitutionalism: the German contributions to the Fourth World Congress of the International Association of Constitutional Law. Nomos, Baden-Baden 1995.
- Steele, Iain: Substantive legitimate expectations: striking the right balance? LQR 2005, s. 300–328.
- Stelkens, Paul – Bonk, Heinz J. – Sachs, Michael: Verwaltungsverfahrensgesetz. 7. Neub. Aufl. Beck, München 2008.
- Stelzer, Manfred: Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Wien 1991.
- Stern, Klaus: Staatsrecht Bundesrepublik Deutschland. 1980.
- Stern, Klaus: § 109, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland V 1992.
- Steyn, Karen: Substantive Legitimate Expectations. Judicial Review 2001, s. 244–249.
- Stolleis, Michael: Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft. – Hoffmann-Riem, Wolfgang – Schmidt-Aßmann, Eberhard – Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I. C.H. Beck, München 2006, s. 63–119.
- Stählberg, K. J.: Suomen hallinto-oikeus: yleinen osa. Helsinki 1928.
- Störing, Lars: Das Untermaßverbot in der Diskussion. Berlin 2008.
- Stölzel, Martin: Vertrauensschutz und Gesetzesrückwirkung. Grundtypen abgestufter Vertrauensschutzpositionen, abgeleitet aus der Rückwirkungsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Frankfurt a.M. u.a. 2002.

- Suviranta, Outi: Virkamiehen ratkaisutoiminta ja Euroopan yhteisön oikeus. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1996.
- Suviranta, Outi: The Principle of Legitimate Expectations in Finnish Administrative Law. – Moeden, Tore (ed.), Finnish National Reports to the XVth Congress of the International Academy of Comparative Law, Helsinki 1998, s. 215–220.
- Suviranta, Outi: Oikeusvoimasta luottamuksen suojaan. LM 7–8/2004, s. 1421–1436.
- Suviranta, Outi: Hallintovalitus, hallintotoiminnan tuomioistuinkontrolli ja tuomioistuimen ratkaisulta. DL 2/2005, s. 231–247.
- Suviranta, Outi: Yliopistojen itsehallinto, julkisen hallinnon organisointi ja valtion talouden järjestelmä. LM 2006, s. 546–559.
- Tamanaha, Brian Z.: On the Rule of Law. History, Politics, Theory. Cambridge University Press 2004.
- Tamanaha, Brian Z., Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. Sydney Law Review, Vol. 29, 2007, s. 375–411.
- Tarukannel, Veijo: Luottamuksensuojalla on hallinnossa tilannesidonnaista oikeudellista merkitystä. Teoksessa Anttila, Erno – Koillinen, Mikael (toim.), Hallinto ja hallintolainkäyttö. Juhlajulkaisu Heikki Kulla 1950–28/8–2010. Turku 2010, s. 130–148.
- Thomas, Robert: Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law. Hart Publishing 2000.
- Tikka, Kari S.: Verolakien perustuslainmukaisuuden tutkimisesta tuomioistuimissa. LM 6–7/1999, s. 982–994.
- Tomkins, Adam: In Defence of the Political Constitution. Oxford Journal of Legal Studies, 22 (1), 2002, s. 157–175.
- Triantafyllou, Dimitris: Zur "Europäisierung" des Vertrauensschutzes (insbesondere § 48 VwVfG) – am Beispiel der Rückforderung staatlicher Beihilfen. NVwZ 1992, s. 436–442.
- Tridimas, Takis: The General Principles of EU Law. Oxford University Press 2006.
- Trute, Hans-Heinrich – Denkhaus, Wolfgang – Kühlers, Doris: Governance in der Verwaltungswissenschaft. Verwaltung 2004, s. 451–473.
- Tsakyrakis, Stavros: Proportionality: An assault on human rights? Int J Constitutional Law (2009), s. 307–310.
- Tuori, Kaarlo: Oikeus, valta ja demokratia. Helsinki 1990.
- Tuori, Kaarlo: Perustuslakiuudistus ja hallinto-oikeus. LM 4/1999, s. 530–540.
- Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi. WSLT 2000. (Tuori 2000k)
- Tuori, Kaarlo: Tuomarit ja tuomioistuimet suomalaisessa oikeuskulttuurissa. LM 7–8/2000, s. 1049–1059.
- Tuori, Kaarlo: Opetuksia ja väärinkäsityksiä. Oikeus 3/2001, s. 314–326.
- Tuori, Kaarlo: Onko hallinto-oikeudella tulevaisuutta? Oikeus 3/2003, s. 234 ss.
- Tuori, Kaarlo: Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota. LM 7–8/2004, s. 1196–1224.
- Tuori, Kaarlo: Vallanjako – vaiettu oppi. LM 7–8/2005, s. 1021 ss.
- Tuori, Kaarlo: Oikeuden ratio ja voluntas. Helsinki 2007.
- Tuori, Kaarlo: The Many Constitutions of Europe. – Tuori, Kaarlo – Sankari, Suvi (ed.), The many constitutions of Europe. Ashgate Pub, Burlington 2010, s. 3–30.
- Tuori, Kaarlo: Sosiaaliset oikeudet (PL 19 §). – Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.), Perusoikeudet. 2., uud. p. WSOYpro, Helsinki 2011.
- Tuori, Kaarlo – Kotkas, Toomas: Sosiaalioikeus. 3. uud. p. Helsinki 2008.

- Turpin, Colin – Tomkins, Adam: *British Government and the Constitution*. 6th ed. Cambridge 2008.
- Tähti, Aarre: *Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1995.
- Tähti, Aarre: Vilpitiön mieli Suomen hallinto-oikeuden valossa. – Saarnilehto, Ari (toim.), *Vilpittömystä mielestä*. Turku 1997, s. 214–252.
- Unruh, Peter: *Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz: ein verfassungstheoretischer Vergleich*. Duncker & Humblot GmbH 2004.
- Uotila, Jaakko – Laakso, Seppo – Pohjolainen, Teuvo – Vuorinen, Jarmo: *Yleishallinto-oikeus pääpiirteittäin*. Tampere 1989.
- Uotila, Jaakko: *Päätösvalan siirtäminen Suomen valtionhallinnossa: Sentralisaation ja desentralisaation oikeudellista taustaa koskeva tutkimus*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1963.
- Urpilainen, Matti: *Matkakustannusten korvaaminen – luottamuksensuoja*. Oikeustapauskommentti. Oikeustieto 4/2006, s. 2–5.
- Viljanen, Veli-Pekka: *Perusoikeuksien rajoitusedellytykset*. WSLT, Helsinki 2001.
- Viljanen, Veli-Pekka: *Onko eduskunnan asema lainsäädäntövalan käyttäjänä muuttunut?* LM 7–8/2005, s. 1050–1064.
- Vilkkonen, Eero: *Hallintotoimen mitättömyydestä*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1970.
- Vilkkonen, Eero: *Näkökohtia tarkoituksenmukaisuusvalituksesta*. LM 1972, s. 372–396.
- Voßkuhle, Andreas: *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*. – Hoffmann-Riem, Wolfgang – Schmidt-Aßmann, Eberhard – Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I. C.H. Beck, München 2006, § 1, s. 1–61.
- Voßkuhle, Andreas: *Das Verwaltungsverfahren im Spiegel der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft*. – Burgi, Martin – Schönenbroicher, Klaus (Hrsg.), *Die Zukunft des Verwaltungsverfahrensrechts*. Zukunftswerkstatt Verwaltungsverfahren: Staat und Wirtschaft, Wissenschaft und Praxis im Dialog. Nomos, Baden-Baden 2010, s. 13–30.
- Vranes, Erich: *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. Herleitungsalternativen, Rechtsstatus und Funktionen. Archiv des Völkerrechts 2009, s. 1–35.
- Wade, E.C.S.: *Introduction to A.V. Dicey, the Law of Constitution*. – *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 10th. ed. London 1961, s. i – mxcviii.
- Wade, H.W.R.: *Constitutional Fundamentals (Hamlyn Lecture)*. London 1980.
- Wade – Forsyth: *Administrative Law* 9th ed., Oxford University Press 2000.
- Wade – Forsyth: *Administrative Law* 10th ed., Oxford University Press 2009.
- Waldron, Jeremy: *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?* Law and Philosophy Vol. 21, No. 2/2002, s. 137–164.
- Waldron, Jeremy: *The Concept and the Rule of Law*. 43 Georgia Law Review 1 2008, s. 3–61.
- de Wall, Heinrich: *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*. Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- Wallin, Anna-Riitta – Konstari, Timo: *Julkisuus- ja salassapitolainsäädäntö*. Jyväskylä 2000.
- Waluchow, W. J.: *A Common Law Theory of Judicial Review*. Cambridge 2007.
- Watson, Jack: *Clarity and Ambiguity: A New Approach to the Test of Legitimacy in the Law of Legitimate Expectations*. Legal Studies 30 (4) 2010, s. 633–652.
- Weber-Dürler, Beatrice: *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Basel 1983.
- Werner, Fritz: *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*. DVBl. 1959, s. 527.
- Wikström, Kauko: *Yleiset opit verotuksessa*. 4. uud. p. Turku 2008.

- Wikström, Kauko: Vilpittömän mielen suojasta ja luottamuksensuojasta. – Anttila, Erno – Koillinen, Mikael (toim.), Hallinto ja hallintolainkäyttö. Juhlajulkaisu Heikki Kulla 1950–28/8–2010. Turku 2010, s. 161–175.
- Winkler, Roland: Das ”Alcan”-Urteil des EuGH – eine Katastrophe für den Rechtsstaat? Die öffentliche Verwaltung 1999, s. 148–152.
- Wolff, Hans J. – Bachof, Otto: Verwaltungsrecht I: ein Studienbuch. 9. neub. Aufl. Beck, München 1974.
- Woodhouse, Diana: In pursuit of good administration: ministers, civil servants, and judges. Oxford Clarendon Press 1997.
- Zacher, Hans F.: Das Soziale Staatsziel. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland II 2004, § 28.
- Zweigert, Konrad – Kötz, Hein: An Introduction to Comparative Law. 3rd. rev. ed., translated by Tony Weir. Oxford University Press 1998.
- Äimä, Marina: Luottamuksensuojasta korkeimman hallinto-oikeuden viimeaikaisten tuloverotarkaisujen valossa. Verotus 1998, s. 507–518.

Virallislähteet

- HE 175/1994 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi tuloverolain muuttamisesta.
- HE 53/1998 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi verotusmenettelystä annetun lain ja ennakkoperintälain 27 §:n muuttamisesta.
- HE 44/2002 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 72/2002 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.
- HE 80/2004 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle vapaaehtoisten eläkevakuutusten tuloverotusta koskevien säännöksiä uudistamiseksi.
- HE 201/2006 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi korkeimmasta hallinto-oikeudesta ja korkeimman hallinto-oikeuden asiantuntijajäsenistä.
- HE 226/2009 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi hallintolain ja hallintolainkäyttölain muuttamisesta.
- HE 258/2009 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi työttömyysetuuksien rahoituksesta annetun lain väliaikaisesta muuttamisesta.
- PeVL 5/1950 vp
- PeVL 10/1957 vp
- PeVL 31/2002 vp
- PeVL 21/2004 vp
- PeVL 25/2005 vp
- PeVL 20/2006vp
- PeVL 41/2006 vp
- PeVL 43/2006 vp
- PeVL 4/2008 vp
- PeVL 41/2010 vp
- PeVL 46/2010 vp
- PeVM 11/2009 vp
- VaVM 82/1994 vp

Lyhenteet

art.	artikla
Aufl.	Auflage
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerG	Bundesverfassungsgericht
CLJ	Cambridge Law Journal
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
DöV	Die Öffentliche Verwaltung
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus (Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWHC	High Court of England and Wales
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
HaO	hallinto-oikeus (alueellinen hallintotuomioistuin)
HE	Hallituksien esitys
HL	House of Lords
HL	hallintolaki
HLL	hallintolainkäyttölaki
HMenL	hallintomenettelylaki
HRA	Human Rights Act
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Judicial Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
L.J.	Lord Justice
LM	Lakimies
LQR	Law Quarterly Review
MLR	Modern Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Die Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
PeVL	Perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	Perustuslakivaliokunnan mietintö
PL	Public Law
PL	perustuslaki
rn.	rivinumero
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung
UKHL	United Kingdom House of Lords
VML	laki verotusmenettelystä 18.12.1995/1558
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) der Bundesrepublik Deutschland

1 Johdanto

1.1 TUTKIMUKSEN KOHDE

Englannin ja Walesin vetoomustuomioistuimen tuomiossa *R. (on the application of Bloggs 61) v Secretary of State for the Home Department*¹ oikeusriidan kohteena oli tapahtumaketju, jossa poliisille hyödyllisiä tietoja antaneelle oli luvattu vastineeksi tiedoista mahdollisuus suorittaa oma tuomionsa kokonaisuudessaan erityisturvallisessa yksikössä ("protected witness unit"). Tapaus päättyi oikeuteen lupauksen tultua petetyksi: syyttäjä oli katsonut, että tiedonantajan tiedot eivät olleet riittävän luotettavia syytteen nostamiseen niissä kuvatun toiminnan perusteella. Tämän johdosta tietojen antaja siirrettiin tavalliseen vankilaan. Tiedonantaja väitti, että hänelle oli syntynyt lupauksen johdosta perusteltu odotus siitä, että hän saisi suorittaa tuomionsa erityisturvallisessa yksikössä.

Suomen korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa KHO 2006:90 oli pääpiirteissään kysymys siitä, oliko Suomen kunniapääkonsulaatille määräajan puitteissa jätetty ilmoitus tullut toimitetuksi toimivaltaiselle viranomaiselle. Vaikka kyseiseen asiaan aineellisesti soveltuva kansalaisuuslaki ei mainitse kunniapääkonsulaattia ilmoituksen vastaanottajana, ilmoituksen jättänyt oli kertomansa mukaan Suomen ulkoasiainministeriön internetsivuilta saamansa ohjeen mukaisesti toimittanut ilmoituksen määräajan puitteissa mainitun ohjeen mukaan toimivaltaiselle viranomaiselle, Düsseldorfin kunniapääkonsulaatille. Myös kunniapääkonsulaatissa oli luultu, että ilmoituksen voi toimittaa kunniapääkonsulaattiin, eikä ilmoituksen tekijälle ollut ilmoitettu siitä, että asiakirjat olisi tullut lähettää lain mukaan toimivaltaiselle viranomaiselle. KHO:ssa ratkaistavana oleva oikeuskysymys palautui kysymyksen siitä, oliko ilmoituksen perusteella tehtyä merkintää Suomen kansalaisuudesta pidettävä virheellisenä, kun ilmoitus oli määräajan puitteissa toimitettu "nettisivustojen mukaan toimivaltaiselle viranomaiselle" lain mukaan toimivaltaisen viranomaisen asemesta. Asianosaisen näkökulmasta oikeudellinen ongelma määrittyi kysymykseksi siitä, oliko hänellä oikeus luottaa internetsivustolla mainittuun tietoon.

Saksan liittotasavallan valtiosääntötuomioistuin otti tuomiossa BVerfGE 96, 330 muun ohella kantaa vuonna 1983 tapahtuneeseen opintotukijärjestelmän muutokseen. Tuomiossa erääksi oikeuskysymykseksi muotoutui kysymys lain-

¹ R. (on the application of Bloggs 61) v Secretary of State for the Home Department [2003] EWCA Civ 686.

säättäjän toimivallasta muuttaa opintotukijärjestelmä tavallisesta rahamääräisestä etuudesta lainapohjaiseksi, takaisin maksettavaksi tukimuodoksi². Valtiosääntötuomioistuimen kompetenssin edellytyksenä olevan valtiosääntöisen oikeuskysymyksen asiassa muodosti kysymys siitä, oliko mainittu muutos yhteensopiva perustuslain asettamien vaatimusten kanssa myös niiden opiskelijoiden osalta, jotka olivat aloittaneet opiskelunsa tai ainakin tehneet päätöksen opiskelun aloittamisesta vanhan lain voimassaolon aikana. Kysymys konkretisoitui siihen, oliko opiskelijoilla ollut oikeus luottaa vanhan lain järjestelmän voimassapysymiseen opiskelun keston ajan tehdessään päätöstä opiskeluun ryhtymisestä.

Kaikkia tapauksia yhdistää luottamus, joka on syntynyt julkisen vallan toimen perusteella. Kaikki tapaukset on ainakin osittain ratkaistu kysymällä, mikä merkitys tällaisella luottamuksella on. Sitooko syyttäviviranomaisen lupaus vankeinhoitoviranomaisia? Sitooko ulkoministeriön internetsivuilla annettu ohje lain soveltajaa? Sitooko voimassa oleva laki opintotuesta myös tulevaisuuden lainsäätäjää?

Kysymys on ratkaistu tukeutumalla jo verrattain vakiintuneeseen julkisoikeudelliseen oikeusperiaatteeseen, jota yleensä kutsutaan luottamuksensuojaperiaatteeksi. Sen soveltamiskontekstiksi ajatellaan yleensä oikeuden ajallinen jännite: oikeus on toisaalta tehokas tehtävässään yhteiskunnallisen elämän ja valtiollisen toiminnan *Ordnungsfaktorina* vain, mikäli siihen sisältyy tietty stabiliteetti; ajallinen kestävyys, jonka varaan toimijat voivat laskea ja toimintansa suunnitella. Toisaalta demokraattisen lainsäädäntövallan olemassaolosta ja tämän olemassaolon yhteiskunnallisiin muutoksiin kytkeytyvän reagointitarpeen perusteltavuudesta seuraa lähtökohtainen jännite tällaisen stabiliteetin kanssa. Uusien sääntelyiden luomiseen kompetentti valta tulee paitsi korvanneeksi aieman stabiliteetin uudella, myös miltei pakotetusti arvioineeksi ja arvottaneeksi myös menneisyyden tapahtumia uudella tavalla, vaikka esimerkiksi lainsäädäntövallan käytön sinänsä käsitteellisesti katsottaisiinkin koostuvan *pro futuro* oikeusvaikutuksia saavista toimista.³ Näin ymmärrettynä luottamuksensuoja paikallistuu *intertemporaaliseksi* ongelmaksi: kuten *Anna Leisner* osoittaa habilitaatioväitöskirjassaan *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, valtaosa luottamuksensuojan ongelmakentästä palautuu oikeustilan ajallisen muutoksen arviointiin.⁴

Tämä saksalaisen *Rechtsstaat*-opin piirissä määritelty intertemporaalisen jännitteen sisäistävä soveltamiskonteksti on ajateltavissa luottamuksensuojan keskeisen normatiivisen ympäristön tavoittavaksi myös silloin, kun käsillä oleva

² BVerfGE 96, 330, rn. 41–45

³ Maurer HStR 2006, §79 rn. 1–2.

⁴ Leisner 2002, s. 456.

soveltamisongelma ei liity nimenomaan lainsäätäjän tuotoksiin, vaan esimerkiksi toimeenpanovallan käyttöön. Toimeenpanovallan käytön vallaanjoalliseen asetelmaan perustuva toissijainen, subsidiaarinen luonne suhteessa lainsäätäjään merkitsee toki kontekstin asettamien vaatimusten modifioitumista, mutta perusluonne säilyy. Tämä ajallinen jännite on luonnollisesti näkynyt myös Suomen hallinto-oikeudessa: jo *Ståhlberg* viittasi siihen, että hallintotoimen pysyvyyteen vaikuttaa paitsi oikeusvarmuuden kautta muotoutuva vaatimus siitä, että hallintotoimen kautta muodostuneita oloja ei saanut kevein perustein järkyttää, myös toisaalta se, että hallinnon tarkoituksien saavuttaminen edellyttää olojen vaihtelun ja uusien tarpeiden ottamista huomioon.⁵ Hallintoa vastaan asettuvan luottamuksensuojan piirissä nousee esiin oikeuskysymyksiä, joiden sisältönä on intertemporaalinen suhde aiemman toiminnan ja myöhemmän toiminnan välillä: ongelma voi ratketa joko stabiliteetti pysyttäen tai julkisen vallan käytön muutosintressiä suojaten. Kyse voi olla esimerkiksi hallintopäätöksestä, joka olosuhteiden muuttumisesta johtuen muuttuu lainvastaiseksi.

Luottamuksensuojan keskeiseksi sisällöksi katsotaan yleensä vaatimus oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettujen odotuksien tai luottamuksen suojaamisesta. Näin erityisesti hallintoa vastaan asettuessaan luottamuksensuojaperiaate näyttäytyy usein sisältönsä puolesta *riskinjakoperiaatteena*.⁶ Tällainen funktio sille annetaan erityisesti silloin, kun stabiliteetista erkaantumisen perusteeksi esitetään stabiliteetin sisällöllistä lainvastaisuutta. Kun kyse on esimerkiksi virheellisestä ja lainvastaisesta viranomaisen neuvosta, määrittelee periaate, kuka kantaa riskin neuvon virheellisyydestä: sen antaja vai saaja. Sen voidaan kuitenkin katsoa täyttävän samaa riskinjakofunktiota yleisemminkin, mikäli riskin ymmärretään tarkoittavan yksityiselle epäedullista seuraamusta, joka johtuu stabiliteetista erkanemisesta, eikä niinkään tämän seurauksen ilmenemisen epävarmuutta. Näin ymmärrettynä periaate pyrkii ratkaisemaan kahden sinänsä perusteltavissa olevan intertemporaalisen ratkaisuvaihtoehdon, stabiliteetin ja muutoksen, *konkretisoitumien* kautta niiden legitimizeettiä. Tämä ajatus on toisinaan sitonut luottamuksensuojan yksilöllistä oikeudenmukaisuutta toteuttavien oikeusperiaatteiden joukkoon.

Luottamuksensuojan mahdollisen luonteen yksilöllistä oikeudenmukaisuutta toteuttavana periaatteena voi katsoa olevan merkityksellinen myös siihen kohdistettavan tutkimuksen lähtökohtaisten sitoumusten kannalta. Ensinnäkin voidaan viitata *Gunter Kiskerin* 1970-luvulla saksalaisessa suuressa luottamuksensuojakeskustelussa osoittamiin uhkakuviin, jossa luottamuksensuoja romahduttaa paitsi itsensä myös sen *Verfassungsrangiin* perustuvan tehokkuuden ja oi-

⁵ Ståhlberg 1928, s. 330 ss.

⁶ Blanke 2000, s. 48–50.

keusjärjestyksestä rakenteistavan vaikutuksen johdosta koko oikeusjärjestyksen eräänlaiseksi kasuistisen oikeudenmukaisuuden viidakoksi (*ein Dschungel der einzelfallgerechtigkeit!*).⁷ Tällaisen viidakon piilossa tehtäviä ratkaisuja on esimerkiksi *Bernhard Schlinkin* ajattelussa kritisoitu ilmeisistä demokraattisen lainsäätäjän toimivaltaan kytkeytyvistä näkökohdista erkaantuvaksi *punninta-euforiaksi*.⁸

Ongelmalliseksi tällainen viidakko ja siihen sisältyvä punnintalogiikka paljastuu kuitenkin erityisesti silloin, kun lähtökohdaksi ja normatiiviseksi ideaaliksi valitaan sille vastakohtainen muodollisen ennustettavuuden varaan rakentuva oikeusvaltiollinen stabiliteetti; oikeusvaltiodoktriinille annettava muodollinen tulkinta. *Eberhart Schmidt-Aßmann* nostaakin oikeusvaltiodoktriinin sisäisistä jännitteistä keskeisimmiksi edellä mainitun intertemporaalisen stabiliteetin ja muutoksen välisen lisäksi kyseisen muodollisen oikeusvarmuuden ja yksittäistapauskellisen oikeudenmukaisuuden välisen aselman.⁹ Schmidt-Aßmannin ajattelussa nämä oikeusvaltiodoktriinin sisäiset, perustavanlaatuiset jännitteet eivät ole abstraktilla tasolla ratkaistavissa.¹⁰

Näin ymmärrettynä ja paikallistettuna luottamuksensuojan ja oikeusvaltion välinen jännite voidaan samastaa niihin *Hans Michael Heinigin* tarkoittamiin perustavanlaatuisiin teemoihin, jotka ovat toisaalta liian laajoja ja moniulotteisia monografisesti käsiteltäväksi, mutta toisaalta liian tärkeitä käsittelemättä jätettäviksi. Esimerkiksi tällaisesta valikoituu julkisoikeuden ikuisuuskysymyksiin kuuluva ja luottamuksensuojaproblematiikankin taustalla vaikuttava, mutta täsmällistä vastausta jo dynaamisen ja osin poliittisen luonteensa takia karttava perustavanlaatuinen kysymys hyvinvointivaltion, vapauden ja demokratian keskinäisestä suhteesta.¹¹ Heinig päivittää 1970–1980-luvuilla kuumana velloneen *Sozialstaatlichkeit*-diskurssin tälle vuosituhannele habilitaatioväitöskirjassaan *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit* tästä epäilevästä lähtökohdasta huolimatta: laaja ja moniulotteinen tematiikka konkretisoituu oikeudellisesti käsittelykel-poiseksi Saksan valtiosäännön ja sen luoman oikeusjärjestyksen valtiosääntöisen rakenteen avulla. Tällaisen valtiosääntöisen jäsenyyksen käyttökelpoisuus ei ole vierasta luottamuksensuojatarkastelussakaan, sen käyttökelpoisuuden nimenomaan luottamuksensuojadoktriinin hallinnassa osoittaa esimerkiksi *Kyrill-A. Schwarz* habilitaatioväitöskirjassaan *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*. Schwarzin analyysi lähtee liikkeelle valtiosääntöisen jäsenyyksen tarpeen perustelevasta havainnosta, jonka mukaan luottamuksen suojaaminen asettuu oikeus-

⁷ Kisker VVDStRL 1973, s. 150, 169.

⁸ Schlink 1976, s. 128–129.

⁹ Schmidt-Aßmann HStR 2006, § 26 rn. 81.

¹⁰ Schmidt-Aßmann HStR 2006, § 26 rn. 92.

¹¹ Heinig 2008, s. 3–4.

valtiollisessa kontekstissa *in abstracto* konfliktiin oikeuden yleisyyden ja näin ehkä myös oikeuden itsensä kanssa: ”*Vertrauen als rechtlichen Phänomen ist ein Widerspruch in sich.*”¹²

Valtiosääntöinen jäsenyys ei ole kuitenkaan ainoa mahdollisuus. Luottamuksensuojaan sisältyviä jännitteitä on toisinaan pyritty ratkaisemaan konfliktin rakenteelliseen ja alati läsnä olevaan luonteeseen huomiota kiinnittämättä. Ottaen huomioon kuitenkin nimenomaan luottamuksensuojaan sisältyvä ennakoitavuuskomponentti tällainen sivuuttamisratkaisu ei ole loppuun asti aivan ongelmaton. Ongelmallisuutta voidaan hahmottaa *Meir Dan-Cohenin* tavoin ajatuksella akustisesta erottelusta. Erottelu palautuu Dan-Cohenin ajattelussa oikeusnormien eri addressaatteihin ja eriytyneen addressaattiajattelun vaikutuksesta normien sisältöä koskevaan tietoon.¹³

Dan-Cohen muotoilee tarkastelunsa pohjaksi lähtökohdan, jonka mukaan on olemassa varsin perustavanlaatuinen, vanha, mutta merkityksensä kadottanut idea: on mahdollista erottaa oikeusnormit, joiden addressaattina on jokainen (*general public*), oikeusnormeista, jotka on kohdistettu julkisen vallan käyttäjille.¹⁴ Dan-Cohen konstruoi eron merkitystä tämän akustisen erottelun (*acoustic separation*) avulla rikosoikeudellisessa kontekstissa, jossa jokaiselle osoitettua normistoa vastaavat rikoslainsäädännön sisältämät käyttäytymisnormit. Näiden ohella rikoslainsäädäntö sisältää sitä soveltaville julkisen vallan käyttäjille osoitettuja, ratkaisutoimintaa ohjaavia normeja.¹⁵

Akustinen erottelu viittaa tässä kohdin normien tarkoitettujen addressaattien lokeroimiseen siten, että normien sisältö saavuttaa vain niiden addressaatit. Kuten Dan-Cohen itsekin huomauttaa, on tällainen erottelu fiktio: ”*In the real world, the public and officialdom are not in fact locked into acoustically sealed chambers, and consequently each group may 'hear' the normative messages the law transmits to the other group.*”¹⁶ Tällä akustisen erottelun tosiasiallisella ja ainakin länsimaissa oikeusvaltiossa myös pakotetun normatiivisella puutteella on useita seurauksia. Näistä valikoituu nyt käsillä olevan tutkimusongelman kannalta merkitykselliseksi asetelma, jossa vaikuttaisi olevan perusteltua erkaantua yleisölle asetetusta abstraktista käyttäytymisnormista yksittäistapauksessa muotoilemalla julkiselle vallalle osoitettu, erkaantumiseen oikeuttava ratkaisunormi. Mutta miksi tällaisen poikkeuksen tulisi yleensäkin olla osoitettu vain julkisen vallan kuultavaksi?

¹² Schwarz 2001, s. 34.

¹³ Dan-Cohen 1984, s. 625.

¹⁴ Dan-Cohen 1984, s. 625–626.

¹⁵ Dan-Cohen 1984, s. 630.

¹⁶ Dan-Cohen 1984, s. 631.

Andrei Marmor osoittaa tähän perustellun vastauksen käyttämällä apuna ns. *battered woman syndrome* -oireyhtymää ja sen käyttöä puolustuksena tilanteissa, jossa pitkään pahoinpidelty puoliso on surmannut toisen puolison. Marmor viittaa akustisen erottelun tarpeeseen tällaisessa tilanteessa, jossa oikeus kohtaa tutun dilemman: toisaalta on selvää, että tilanteeseen liittyvä yksittäistapauksellisesti arvioitava sisällöllisen oikeudenmukaisuuden vaatimus saattaa puoltaa rankaisematta jättämistä, toisaalta taas tällaisen puolustuksen muotoileminen yleisesti voimassa olevaksi poikkeukseksi käyttäytymisnormista merkitsisi paitsi toisen surmaamiseen kieltävään normistoon liittyvän tosiasiallisen preventiovaikutuksen relativoinnista, myös sisällöllisesti ongelmallista signaalia. ”After all, the law does not want to encourage women, even if they are subject to serious abuse over the years, to get rid of their abusive husbands by killing them.”¹⁷

Näin Marmorin mukaan olisi perusteltua omaksua akustinen erottelu, jossa tällaiset yksilöllisen oikeudenmukaisuuden kriteerein määrittyvät normit jäisivät vain niiden addressaattien – viranomaisten ja tuomioistuinten – tietoon. Ratkaisu mahdollistaa sekä prevention ylläpidon ja sisällöllisesti legitiimin jokaiselle suunnatun oikeudellisen sääntelyn, mutta myös yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuusarvioinnin käytön. Ei ole kuitenkaan mitenkään selvää, onko akustisen erottelun ajatus mielekkäästi sovellettavissa rikosoikeuden soveltamis-kontekstin ulkopuolelle: niin Dan-Cohenin yleinen viitekehys kuin Marmorin valitsema soveltamisesimerkki sisältävät jokaiselle suunnatun normin, jonka oikeutus perustuu sen preventiovaikutukseen. Vaikka esimerkiksi hallinto-oikeuden ala omaa nykyisin varsin suuren määrän jopa rikosoikeudelliseen rangaistukseen rinnastuvista seuraamuksista säänteleviä sanktionormeja, vaikuttaa varsin notoriselta, että tällaista preventiofunktiota ei voida kytkeä yleisesti kaikkeen julkisoikeudelliseen normistoon.

Marmor viittaa kuitenkin nimenomaisesti siihen, että prevention asemesta akustisen erottelun ajatuksessa olennaista on yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuuden piilottaminen *in abstracto* vallankäytön julkisuudesta.¹⁸ Tutkimusasetelman piirissä kyse voi olla esimerkiksi luottamuksen suojaamisen mahdollistamisessa ilman sitä koskevasta *in casu* -ratkaisusta tehtäviä yleistäviä johtopäätöksiä. Niinpä ei ole mitenkään yllättävää, että varsin monet keskeisistä, yksityisen eduksi kääntyneistä luottamuksensuojaratkaisuista on Suomen hallintolainkäytössä ratkaisun KHO 2006:90 tavoin erotettu vallankäytön julkisuudesta ja siihen kohdistuvien normien yleisyydestä eräänlaisen akustisen erottelun mahdollistavilla ”näissä oloissa” -rajauksella. Ei ole myöskään erityisen yllättä-

¹⁷ Marmor 2007, s. 18.

¹⁸ Marmor 2007, s. 19.

vää, ettei tällaista rajausta yleensä liitetä niihin ratkaisuihin, joissa luottamusta ei suojattu.

Akustinen erottelu tällaisessa merkityksessä on läsnä luottamuksensuojadoktriinissa paitsi edellä tarkoitettussa, yleisessä rakenteellisessa konfliktinpeittämismerkityksessä myös ehkä hieman yllättävissäkin yhteyksissä. Esimerkiksi virkamies voi kuulua akustisen erottelun taustalla olevan jaottelun molempiin ryhmiin: toisaalta virkamies on osa julkista valtaa käyttävää ja lakia soveltavaa viranomaista, toisaalta taas henkilönä pikemminkin osa yleisöä. *Common law*'n virkamieskeskeinen hallinto-oikeudellinen doktriini nimittäin viittaa usein niihin ongelmiin, jotka syntyvät virkamiesten tietoisuudesta luottamuksensuojan olemassaolosta. Esimerkiksi *Robert Thomas* mainitsee luottamuksensuojan virkamiesten suut sulkevista vaikutuksesta¹⁹: kun virkamiehet ovat tietoisia lausuntonsa ja neuvonsa luottamuksensuojan kautta konstruotuvasta sitovuudesta, omaksuvat he henkilöön kohdistuvien epäedullisten seuraamusten pelossa ainakin varovaisemman asenteen suhteessa julkisuuteen.

Nimenomaan rakenteellisessa merkityksessä erottelu on realisoitunut erityisesti *common law*'n luottamuksensuojadoktriinissa lainalaisuuden ja luottamuksensuojan välisen konfliktin piilottajaksi. Erottelun konkretisoitumisen lähtökohtana toimii suomalaisen lainalaisuusvaatimukseen pääpiirteissään asiallisesti samastuva ns. *jurisdictional principle*, joka ortodoksisessa muodossaan riisuu ehdottomasti *ultra vires* -lainvastaisten hallinnollisten toimien sitovuuden. Periaate saa oikeutuksensa muun ohella perustelusta²⁰, joka pyrkii estämään virkamiesten toimivallan laajentamisen ohi statuuttioikeuden asettamien rajojen virkamiesten lainvastaisistakin toimista seuraavan, luottamuksensuojalla perusteltavan sitovuuskonstruktion avulla.

Kuitenkin esimerkiksi *Søren Schønberg* on viitannut siihen, että oikeuskäytännössä periaatteeseen sisältyviä rajoitettuja poikkeuksia on sovellettu tilanteisiin, joissa poikkeuksen soveltamisen edellytyksenä olevaa seikkaa ei riidatta ole olemassa lainkaan: esimerkiksi tutkimuksen kuluessa tarkemman erittelyn kohteeksi tuleva ns. *Lever Finance* -tuomiossa²¹ sovellettiin ns. *ostensible authority* -poikkeusta, joka asiallisesti perustuu potentiaaliseen, mutta faktuaalisesti suoritamatta jääneeseen delegointiin. Tuomiossa tätä poikkeusta sovellettiin kuitenkin kaavoituslainsäädäntöön, joka ei mahdollista delegointia lainkaan. Schønbergin analyysin mukaan tuomioistuin lähinnä *teeskenteli* poikkeuksen soveltamisedellytysten käsilläoloa voidakseen samalla sekä suojata yksityisen luotta-

¹⁹ Thomas 2000, s. 53.

²⁰ Minister of Agriculture and Fisheries v. Hulkin (ei julkaistu, viitattu tuomiossa Minister of Agriculture and Fisheries v. Mathews [1950] 1 K.B. 148).

²¹ Ks. esim. *Lever (Finance) Ltd v Westminster LBC* [1971] 1 QB 222

musta että ylläpitää *jurisdictional principlen*.²² Toisin sanoen, tapaukseen sovellettu yksittäistapauksellinen luottamuksensuojanormi eristettiin akustisesti valtakäytön julkisuudesta naamioimalla se yleiseksi normiksi, jonka erittäin poikkeuksellisiin olosuhteisiin rajoittuvat soveltamisedellytykset eivät kuitenkaan vastanneet tapauksen tosiasioita, mutta eivät myöskään antaneet julkisuuteen doktriinin perusteiden kannalta ongelmallista informaatiota *ultra vires* -toimien sitovuudesta. Tällaista akustisen erotteluun samastuvaa fasadiajattelua on kuitenkin vaikea pitää perusteltuna tapana jäsentää oikeudellisia ongelmia.

Kun akustisen erottelun olemassaolo vaikuttaa kestävämmältä niin tosiasialisesti kuin normatiivisestikin, on ilmeistä, että siitä ei ole luottamuksensuojan ja oikeusvaltion jännitteen ratkaisijaksi. Sen olemassaololle nähty tarve kuitenkin osoittaa myös perustavanlaatuisen ristiriidan olemassaolon oikeusvaltiollisen ennustettavuuden ja yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuuden välillä myös luottamuksensuojan soveltamisalalla. Tässä tutkimuksessa palataan edellä jo alussa esitettyyn tapaan jäsentää perustavanlaatuisia jännitteitä valtiosääntöisen rakenteen avulla. Valtiosääntöisen rakenteen avulla pyritään analysoimaan sitä tapaa, jolla luottamuksensuojan periaate yrittää tätä jännitettä ratkoa sen *inter-temporaalisessa* ilmenemismuodossa käyttäen apuna ymmärrystä sen valtiosääntöisestä kontekstista.

Tutkimus kohdistuu tämän ratkaisumekanismin *ratioon*. Termillä *ratio* ei tässä kohdin viitata mihinkään erityisen mystiseen konstruktion, vaan luottamuksensuojan valtiosääntöisesti perusteltaviin yleisiin oppeihin eli sitä koskevaan doktriiniin; sen tarkoitukseen, oikeuttamisperusteisiin, soveltamisalaan ja esimerkiksi suojan rajoihin. *Ratio* viittaa lähinnä siihen, että luottamuksensuojaa ei pyritä analysoimaan ikään kuin valmiina oikeusnormina, jota koskeva olennainen tieto olisi löydettävissä sen *soveltamisedellytyksiin* kohdistuvalla seikkaperäisellä tarkastelulla. *Ratiossa* kyse on doktriinin perusteista, ei sen pääpiirteistä. Näin ymmärrettyinä tutkimusasetelma voidaan tiivistää yhteen kysymykseen: *minkälaisten oikeudellisten perusteiden nojalla voidaan ratkaista kysymys siitä, onko yksityisellä oikeus luottaa julkisen vallan toimen pysyvyyteen ja laillisuuteen?*

Valmiin oikeusnormin sisällön selvittämisen asemesta ajatuksena on pikemminkin jotain päinvastaista: kun akustisen erottelun tarve edellä kytkeytyi sellaisiin oikeusjärjestyksen varsin perustavanlaatuisiksi usein katsottuihin ominaisuuksiin kuten oikeusvaltiollisuus, *rule of law*, ennustettavuus ja preventiovaikutus, näyttäisi mahdolliselta, että luottamuksensuojan olemassaolo kertoo jonkin muuttuneen siinä tavassa, jolla oikeusyhteisö ymmärtää nämä perustavanlaatuisiksi katsomansa ominaisuudet. Tutkimuksen *tausta-ajatuksena* on, että luotta-

²² Schönberg 2000, s. 92.

muksensuojaperiaatteen olemassaolo ja ilmaantuminen toisen maailmansodan jälkeiseen julkisoikeuteen ei ole muusta oikeusjärjestyksestä riippumaton ja eristettävissä oleva tapahtuma. Esimerkiksi Saksan valtiosääntötuomioistuin on jo miltei vakiintuneesti perustellut luottamuksensuojan olemassaoloa edellä mainitun jännitteen kannalta hieman yllättävällä, mutta tämän tutkimushypoteesin taustalla olevan ajatuksen kanssa yhteensopivan *Norbert Achterbergin* nimeen liitetyn, *Rechtsstaatin* sisäiset jännitteet mahdollistavan moniulotteisuuden²³ sisäistäväällä perusteluketjulla *Rechtsstaatlichkeit – Rechtssicherheit – Vertrauensschutz*: ”Für den Bürger bedeutet Rechtssicherheit mithin in erster Linie Vertrauensschutz”.²⁴

Tutkimus pyrkii tätä ajatusta hyödyntäen ymmärtämään luottamuksensuojan asemoitumista osaksi julkisoikeutta. Tämä tausta-ajatus ei jää tutkimuksessa yksin taustoittavaksi, vaan tutkimuksen eräänä keskeisenä tavoitteena on pyrkiä identifioimaan ne ideaalityypiset oikeuskulttuuriset sitoumukset, jotka edellä mainitun siirtymän takana piilevät ja sen mahdollistavat. Tutkimuksen varsinaisena tarkoituksena ei siis ole selvittää luottamuksensuojan soveltamisedellytysten sisältöä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteivätkö esimerkiksi Saksan hallintomenettelylain säännökset tai edellä viitatus oikeustapaukset saisi jatkossa niiden sisällön ja lopputulemankin sisältävää tarkastelua osakseen, vaan lähinnä tämän tarkastelun tarkoitusta: tarkoitus on soveltamisedellytysten arvioinnin kautta ymmärtää luottamuksensuojadoktriinin perusteita.

1.2 TUTKIMUKSEN NORMATIIVINEN KEHYS

Tutkimuksen konteksti on julkisoikeudellinen. Tutkimuksen sijoittuminen julkisoikeuden alueelle merkitsee kiinnostuksen suuntautumista ensi sijassa valtiosääntö- ja hallinto-oikeudellisiin kysymyksenasetteluihin. Tutkijan henkilökoh- taisen kiinnostuksen määrittämän painopisteen mukaisesti hallinto-oikeudelli- nen *soveltamiskonteksti* saa kuitenkin ainakin määrällisesti suuremman painoar- von. Hallinto-oikeudellinen painotus näkyy myös tutkimuksen sisällöllisessä orientaatioissa: luottamuksensuojaa käsitellään ensisijaisesti perinteisen hallinto- oikeudellisen oikeussuhteen – vertikaalisuhteen – sisällä. Näin luottamuksen- suoja jäsentyy ensi sijassa *julkista intressiä* vastaan asettuvaksi oikeusnormiksi. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että tutkimus tehtäisiin kuvitellen luottamuksen- suojan olevan oikeudellisesti merkityksetön horisontaalisuhteissa: luottamuk- sensuojanäkökohdat voivat realisoitua myös kolmannen oikeutta tai intressiä

²³ Achterberg 1982, s. 470.

²⁴ BVerfGE 13, 261.

vastaan. Esimerkiksi verraten tuore KKO:n perustuslain etusijaratkaisu KKO 2012:11 kiinnittyy luottamuksensuojaan sisältyvän lainsäädännön taannehtivuusarvion ja kolmannen perusoikeuden väliseen punnintaan. Tutkimusekonomisista syistä tutkimuksessa ei pyritä tällaisten punnintatilanteiden sisällölliseen hallintaan. Tutkimuksen kuluessa käy ilmeiseksi, että *vertikaalisuhteen* muodostama perinteinen hallinto-oikeussuhde sisältää jo yksinään riittävästi doktrinaalisia ongelmia yhden tutkimuksen tarpeisiin. Tutkimuksessa joudutaan kuitenkin pakotetusti ottamaan kantaa tällaisen vertikaalisuhteen tunnistamisen kriteereihin. Tutkimusta ei siis tehdä kuvitellen horisontaalisuhteiden ineksistenssi, vaan kyse on lähinnä näkökulmasta: luottamuksensuojaa tarkastellaan vertikaalisuhteen sisältä. Näin ymmärrettynä orientaatio sulkee pois lähinnä horisontaalisuhteisiin sisältyvien punninta-asetelmien sisällöllisen ratkaisemisen.

Oppiaine-erottelua ei tässä tutkimuksessa pidetä muuten johdonmukaisesti esillä. Vaikka luottamuksensuoja systematisoidaankin kohteensa perusteella lainsäätäjää ja hallintoa vastaan asettuvaksi, on tuskin perusteita väittää mainitun oppiaine-erottelun saavan suurta sisällöllistä merkitystä ainakaan *clear-cut* -diktomiana, joka pyrki erottamaan valtiosääntöoikeuden hallinto-oikeudesta. Pikemminkin tekijä sitoutuu ehkä jo kuluneeksi hokemaksikin muotoutuneeseen *Fritz Wernerin* määritelmään hallinto-oikeudesta ”*als konkretisiertes Verfassungsrecht*”.²⁵

Valtiosääntöoikeuden ja hallinto-oikeuden suhdetta ei tässä kuitenkaan käsitellä hierarkkiseksi, muodolliseksi johtamissuhteeksi²⁶, vaan ajatuksena on lähinnä tunnustaa valtiosäännön ja hallinto-oikeuden kiinteän keskinäisen yhteyden olemassaolo. Hallinto-oikeus(tiede) ei voi kokonaan erkaantua valtiosäännöstä. Suhde on luonteeltaan kuitenkin vuorovaikutussuhde: se toimii valtiosääntöoikeuden muodollisesta ylivallasta erkanevalla diskursiivisella tavalla, joka paikka paikoin on kääntänyt mainittujen oikeudenalojen keskinäiset suhteet ainakin sisällöllisesti toisinkin päin. Kuten jäljempänä tullaan erityisesti *saksalaisen julkisoikeuden* yleisiin periaatteisiin kohdistetussa tarkastelussa suhteellisuusperiaatteen kohdalla osoittamaan, valtiosäännön ja hallinto-oikeuden keskinäisissä diskursseissa *valtiosääntöoikeus* on usein omaksunut sisältöjä ja ajattelutapoja hallinto-oikeudesta. Niinpä esimerkiksi *Christoph Möllers* on viitannut siihen, että suhde voi toisinaan realisoitua myös abstrahointina: ”*Verfassungsrecht als abstrahiertes Verwaltungsrecht*”.²⁷

²⁵ Werner DVBl. 1959, 527

²⁶ Schmidt-Aßmann 2006b, § 5 rn. 7.

²⁷ Möllers 2006, § 3 rn. 13.

Kyse on alati immanentista, rakenteellisesta vuorovaikutuksesta (*”Verhältnis der Interdependenz”*).²⁸ Tällainen vuorovaikutussuhteeseen perustuva ajattelu ei ole tuntematonta *common law*’n julkisoikeudelliselle teorianmuodostukselle-kaan. Vaikka *Englannin common law* ei ole vielä toistaiseksi onnistunut saavuttamaan yhteisymmärrystä edes oikeudellisesti velvoittavan konstituution *olemassaolosta*,²⁹ rakentaa sen kiistattomiin klassikoihin kuuluva *De Smithin Judicial Review* uusimmassa painoksessaan suhteen symbioottiseksi: *”[t]he constitution shapes administrative law and in turn is shaped by it”*.³⁰

Vuorovaikutussuhteita voidaan edelleen nähdä vallitsevan myös hallinto-oikeuden sisällä: *Eberhard Schmidt-Aßmann* viittaa hallinto-oikeuden yleisiä oppeja kehittelevässä *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee* -konstruktiossaan vastaavanlaiseen, molemminpuoliseen vuorovaikutukseen yleisen ja erityisen hallinto-oikeuden välillä.³¹ Vuorovaikutukseen perustuva näkökulma paitsi varmistaa sen, ettei hallinto-oikeudesta omaksi oikeudenalakseen eriytymään pyrkivä kokonaisuus pääse kiehumaan omiin liemiinsä julkisoikeuden yleisten oppien ulottamattomiin, myös tarjoaa valtiosääntöoikeudelle ja yleiselle hallinto-oikeudelle haasteita ja materiaalia kriittiseenkin itseymmärrykseen. Edelleen se mahdollistaa yleisten oppien kehittelyn sortumatta yksipuolisen ... *als konkretisiertes...* -päätelyskeeman mahdollistamaan – tai ehkäpä jopa edellyttämään – totaali-koherenssiin, joka on jo useassa eri yhteydessä ehditty siirtämään historiaan romukoppaan, ainakin käsitettynä pyrkimykseksi koko oikeusjärjestyksen ymmärtämiseen yhden perusajatuksen kehittelyksi.³²

Toisaalta on syytä korostaa, että näinkään määritellyn vuorovaikutussuhteen tavoitteena ei nykyisin pidetä ensisijaisesti esimerkiksi yksittäisten perusoikeuksien sisällön varaan rakentuvaa systeeminrakennusta, vaan kyse on enemmänkin yleisten periaatteiden kautta tapahtuvasta rakenteistumisesta *rationaaliseksi, läpinäkyväksi ja koherentiksi järjestykseksi*.³³ Tällainen väite voi kuitenkin viedä ajatukset *Christian Bumken* ja *Gunnar Folke Schuppertin* koostaman konstitutionalisoitumisen ideaalityyppiajattelun valossa harhaan. Näissä ideaalityypeissä on kyse siitä, että valtiosääntöoikeuskulttuurin useat mahdolliset perusjännitteet, joihin palataan seikkaperäisemmin tutkimuksen kuluessa, on selitettävissä viime kädessä ideaalityyppien *Verfassung als Rahmenordnung* ja *Verfassung als materieller Grundordnung* avulla. Siinä missä edellisessä on kyse lainsäätäjän toimintavapautta korostavasta, julkisen vallan käyttöä vain rakenteistavasta valtio-

²⁸ Ipsen J. 2004, s. 179.

²⁹ Ks. esim. Tomkins 2002, s. 152 ss.

³⁰ De Smith et al. 2007, s. 7.

³¹ Schmidt-Aßmann 2006o, s. 8–10.

³² Tuori LM 2004, s. 1213–1214.

³³ Schmidt-Aßmann 2006, § 5 rn. 1.

sääntöymmärryksestä, jälkimmäinen samastuu sisällölliseen valtiosääntökäsitukseen.³⁴ Ideaalituypittelyyn sisältyvään käsityksiin oikeuksien erilaisesta sisällöstä palataan myöhemmin: ...*als konkretisiertes*... -teesin ymmärtämiseksi riittää, kun todetaan, ettei mainittu orientaatio yleisiin periaatteisiin sitoudu *Rahmenordnung*-käsitukseen. Kuten tutkimuksen kuluessa tullaan tarkemmin osoittamaan, mainitut yleiset periaatteet ovat rakenteellisesti kiinni perusoikeuksien järjestelmässä.

Näin tutkimuksen tarkoituksen saavuttamista varten luottamuksensuojaa saatetaan normatiiviseen yhteyteen niiden julkisoikeudellisten – valtiosääntö- ja hallinto-oikeudellisten – periaatteiden ja yleisten oppien kanssa, jotka luottamuksensuojaa koskevassa doktriinissa katsotaan olevan sen kannalta olennaisessa yhteydessä joko sen soveltamista vastustavana periaatteena tai sen soveltamista puoltavana periaatteena. Tämän peruskategorian sisällä voidaan edelleen tehdä useita seikkaperäisempiä jakoja: voidaan viitata esimerkiksi luottamuksensuojan oikeuttamisperusteisiin jopa konstituivassa merkityksessä, tai esimerkiksi sille menettelyllisen kehikon toisinaan tarjoavaan muuhun julkisoikeudelliseen periaatteeseen. Tällaisia seikkaperäisempiä keskinäissuhteita valikoituu tarkasteluun tutkimuksen kuluessa useita. Horisontaalisena vuorovaikutuksena tutkimuksessa hyödynnetään erityisesti vero-oikeudellisia luottamuksensuojakeskusteluja, sosiaalioikeuden alaan kuuluvia opinkappaleita sekä rikosoikeudellisia taannehtivuuskonstruktioita.

Luottamuksensuojaa saatetaan tässä tutkimuksessa erityisesti oikeusvaltioteoriasta ja suhteellisuusperiaatteesta koostuvaan normatiivisen ympäristöön. Tämä merkitsee jäsennostapaa, jossa oikeusvaltioteoria ja suhteellisuusperiaate otetaan aluksi erillisen tarkastelun kohteeksi. Tämä ei kuitenkaan merkitse niiden kokonaisvaltaista erittelyä, vaan tarkastelu rajataan koskemaan niiden luottamuksensuojadoktriinin kannalta merkityksellisiä leikkauskohtia. Vaikka luottamuksensuojan normatiivisen ympäristön alan määrittely kattamaan oikeusvaltioteoria ja suhteellisuusperiaate saa tarkemman perustelunsa vasta tutkimuksen kuluessa rekonstruoitavin keskinäisin yhteyksin, voidaan jo tässä yhteydessä kiinnittämättä huomiota sisällölliseen perusteluun viitata esimerkiksi *Robert Thomasin* väitöskirjaan *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*³⁵, joka rakentuu vastaavanlaisen pariteetin varaan jo nimestä ilmenevällä tavalla.

Ajatuksena on, että mainittu normatiivinen ympäristö toimii kiinteine suhteineen paitsi luottamuksensuojan sisällön ymmärtämisen välineenä, myös toisenlaisessa tiedollisessa vuorovaikutussuhteessa. Edellä jo viitattiin siihen, että luottamuksensuojan esimerkiksi *Fritz Ossenhühlin* ajattelussa voittokulukuksi

³⁴ Schuppert – Bumke 2000, s. 33.

³⁵ Thomas 2000.

(*Siegeszug*)³⁶ määrittänyt toisen maailmansodan jälkeinen kehitys saattaakin nimittäin olla indisio näiden julkisoikeuden perustavanlaatuisten elementtien muutoksesta, jolloin akustisen erottelun edellä tarkasteltu tarvekin relativoituu lähinnä kysymykseksi tätä muutosta koskevasta tiedosta.

Tutkimuksen tekijän käsityksen mukaan tällainen doktriinia koskeva tutkimustehtävä on parhaiten toteutettavissa hylkäämällä oman oikeusjärjestyksen näkökulma. Jo alussa herätteenä esitetyistä kolmesta oikeustapauksesta ilmenee, että luottamuksensuoja ei ole kiinnitettävissä yksin Suomen oikeusjärjestystä koskevaksi oikeudelliseksi ongelmaksi. Kuten *Jürgen Schwarzen* tiiliskivioikeusvertailu *Europäisches Verwaltungsrecht* osoittaa, on luottamuksensuojaperiaate varsin laajasti omaksuttu oikeusperiaate eurooppalaisissa oikeusjärjestyksissä.³⁷ Se on omaksuttu niin EU:n oikeudessa³⁸ kuin Euroopan ihmisoikeussopimusta koskevassa EIT:n *case-law*'ssa.³⁹ Sen voidaan siis katsoa olevan verraten yleinen periaate, vaikka sen positiivisoikeudelliset ilmiöt ovatkin kansallisissa oikeusjärjestyksissä verrattain harvinaisia ja puuttuvat EU-oikeuden ja ihmisoikeussopimuksen teksteistä eräitä erityissääntelyitä lukuun ottamatta miltei kokonaan. Edelleen voidaan mainita sen saaneen vankan jalansijan myös Euroopan ulkopuolella erityisesti Englannin lainkäyttöpiiriin kiinteän yhteyden omaavissa *common law* -maissa: itse asiassa, kuten tutkimuksen kuluessa käy ilmeiseksi, merkittävä osa englantilaista keskustelua kytkeytyy *Hong Kongista, Australiasta ja Etelä-Afrikasta* peräisin olevien ajatusten jalostamiseen.

Luottamuksensuojan laajasta omaksumisesta ja ehkäpä myös näiden positiivisoikeudellisten ilmiöiden puutteesta johtuen luottamuksensuojaa koskevaa keskustelua leimaakin sellainen ns. *cross-fertilization*, mikä yleensä jo verrattain vakiintuneesti liitetään suhteellisuusperiaatteeseen: esimerkiksi *Tom Hickman* viittaa sitä koskevan keskustelun luonteeseen mihinkään tiettyyn oikeusjärjestykseen sitoutumattomana julkisoikeudellisena diskurssina, josta kukin oikeusjärjestys on ammentanut tapoja suhteellisuusperiaatteen jäsentämiseen.⁴⁰

Tässä tutkimuksessa ei kuitenkaan omaksuta laajuuden hallitsemiseen *Schwarzen* tavoin asetelmaa, jossa pyritään ottamaan haltuun koko maantieteellinen ala. Sen sijaan tarkoituksena on keskittyä saksalaiseen *Vertrauensschutz*-doktriiniin ja Englannin *common law*'n *protection of legitimate expectations* -periaatteeseen. Perustelu tälle valinnalle jakautuu sekä kumpaankin doktriiniin kiinnittyviin yksittäisiin tekijöihin, mutta myös näiden kahden oikeuskulttuurin välisistä, perustavanlaatuisista *eroista* kumpuavalle hedelmälliselle asetelmalle.

³⁶ Ossenbühl DöV 1972, s. 25 ss.

³⁷ Schwarze 2005, s. 843–910.

³⁸ Hartley 2010, s. 162–166.

³⁹ Moules 2009, s. 101–109.

⁴⁰ Hickman 2007, s. 31.

Keskeisin eroavaisuus liittyy tältä osin niiden tutkimusaiheen kannalta mielekkääseen aikakäsitykseen: kuten *Jaakko Husa* osoittaa, on *common law* lähtökohtaisesti menneisyyden varaan rakentuva kerrostuma, kun taas *Rechtsstaat* on demokraattisen lainsäätäjän läsnäolosta johtuen tulevaisuudelle lähtökohtaisesti avoin.⁴¹ Edelleen voidaan viitata niiden keskeisiin opinkappaleisiin *Rechtsstaat* ja *rule of law*, jotka eivät usein toistetusta lähtökohdasta huolimatta ole toistensa käännöksiä, vaan ainakin hallinto-oikeuden osalta keskenään jopa ristiriitaisia tapoja järjestää hallinnon ja oikeuden suhde. Tämä erotteluperustelu käy tutkimuksen kuluessa ilmeisen kestäväksi: tässä yhteydessä riittää, kun viitataan sitä hyödynnetyn menestyksekkäästi myös muualla. Esimerkiksi *Martina Künnecken Tradition and Change in Administrative Law*⁴² käyttää tätä eroavaisuutta työkaluna *common law*'n ymmärtämisessä, ja *Mahendra P. Singhin German administrative law in common law perspective* tarkastelee *Rechtsstaat*in hallinto-oikeutta *common law*'n silmälasein.⁴³

Tämän eroavaisuuden lisäksi voidaan viitata molemman doktriinin omilla jaloillaan seisovaan hedelmällisyyteen. Saksalainen doktriini valikoituu tarkastelun kohteeksi ensisijaisesti kahdesta seikasta johtuen. *Ensinnäkin*, lähtökohtaisesti koko eurooppalainen luottamuksensuojadoktriini tunnustaa historiallisen velkansa Saksan *Vertrauensschutz*-doktriinille⁴⁴ – eikä suomalainen hallinto-oikeus tee tässä suhteessa poikkeusta.⁴⁵ Luottamuksensuojaperiaatetta koskevaa keskustelua on koko sen olemassaolon ajan jäsentänyt voimakas tukeutuminen saksalaiseen luottamuksensuojadoktriiniin. Tämä ei tietenkään suomalaisen hallinto-oikeustieteen historia huomioon ottaen ole mitenkään erityisen yllättävä havainto. *Toiseksi*, saksalaista doktriinia nimenomaisesti koskevaa tutkimusta voi luonnehtia sanalla runsaudenpula: luottamuksensuojan *Siegeszug* on synnyttänyt – tai sitä on ollut synnyttämässä – tuloksiltaan varsin runsaslukuinen teellinen aktiviteetti.

Englantilainen doktriini valikoituu kohteeksi ensisijassa luottamuksensuojadoktriinin *kehittymättömyyden* vuoksi. Perustelu saattaa kuulostaa oudolta. Kuten jäljempänä havaitaan, *common law*'ssa ei ole ollut erityisen pitkään mahdollista puhua edes hallinto-oikeudesta saati sitten siihen sisältyvästä luottamuksensuojan periaatteesta. Erityisesti hallinto-oikeuden nuori ikä ymmärrettynä kehittymättömyydeksi ja *common law*'n muut Suomen järjestelmästä poikkeavat peruspiirteet voisivatkin suunnata ajattelemaan, että Englannin järjestelmän tuntemisella ei ole sanottavaa merkitystä suomalaiselle hallinto-oikeustieteelle. Edel-

⁴¹ Husa 2004, s. 195.

⁴² Künnecke 2007.

⁴³ Singh 2001.

⁴⁴ Hartley 2010, s. 163, Thomas 2000, s. xv.

⁴⁵ Kulla 2008, s. 109.

leen voidaan ajatella, että *common law*'n ortodoksia julkisoikeuden olemassaolon kiistävine peruslähtökohtineen ja erityisesti *Diceyn* hallinto-oikeuden olemassaolon oikeutuksenkin kiistävine *rule of law* -opinkappaleineen on hallinto-oikeustieteen itseymmärryksen kannalta vähintäänkin kiusallinen.⁴⁶

Julkisoikeuden keskeisten opinkappaleiden osalta voidaan tässä tarkoituksessa viitata myös *rule of law* / *Rechtsstaat* -erotteluun. Suomalaisessa julkisoikeudessa vallalla olevana julkilausuttuna käsityksenä voidaan ehkä pitää *Antero Jyrängin* eksplikoimaa ajatusta, jonka mukaan suomalaisen oikeusvaltiokäsitteen vastinparina nähdään nimenomaan mannereurooppalainen *Rechtsstaat*. *Rule of law*'lle jää *Rechtsstaatin* kanssa antinominen rooli: *rule of law* pelkistyy tässä angloamerikkalaisessa *common law* -oikeuskulttuurissa omaksutuksi vaatimukseksi siitä, että mahdollisimman monet yhteiskunnallisista ristiriidoista saadaan muunnetuksi tuomioistuimessa ratkaistavaksi ("rule of law = rule of judges!").⁴⁷ Tästä johtuen suomalaisessa julkisoikeudessa *common law* -oikeuspiirissä käydylle keskustelulle jätetään tyypillisesti tilaa vain eriytetyn oikeusvertailun puitteissa. Pääsäännön vahvistavana poikkeuksena voi mainita yleisen oikeustieteen ohella esimerkiksi *Kirsi Kuusikon* väitöskirjan *Neuvonta hallinnossa*, jossa *common law* -oikeudella operoidaan kautta teoksen.

Tässä tutkimuksessa lähdetään kuitenkin siitä, että tällainen doktriinin eroavaisuus ja tuoreus on tutkimuksen kannalta pikemminkin hedelmällistä seurattavaa. Tutkijan mielenkiintoa ei voi olla herättämättä esimerkiksi *Lord Justice Sedleyn* tuomiossa *R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p Hamble (Offshore) Fisheries*⁴⁸ esittämä luonnehdinta, jonka mukaan luottamuksensuojadoktriinin kehittämiseksi oli edelleen mahdollisuus, sillä *common law*'n oikeuskäytäntö ei ollut vielä ehtinyt "luuduttaa" luottamuksensuojaa koskevan doktriinin sisältöä. Yleisemminkin voidaan viitata siihen, että *common law*'n ortodoksioiden hylkäämiseen liittyvät muutostendenssit ovat muotoutuneet doktrinaalissa keskustelussa myös luottamuksensuojaproblematiikan olennaisiksi osiksi. Kyse on tämän tutkimuksen kuluessa tarkemman sisältönsä saavista kehityskuluista, jotka *common law constitutionalism* -otsikon alla paikallistuvat esimerkiksi äärimmäistä *judicial restraintia* ilmentävästä *Wednesbury unreasonable* -doktriinista erkaantumiseen mannermaisen suhteellisuusperiaatteen suuntaan tai *judicial review*'n oikeutusperustasta käytävän keskusteluun, erityisesti perinteisen *ultra vires* -ortodoksian mielekkyyteen.⁴⁹ Kehityskulut tarjoavat tutkimukselle erinomaisen tilaisuuden ymmärtää myös omaa, mannermaista hallin-

⁴⁶ Dicey 1968, s. 328.

⁴⁷ Jyräni 2003, s. 249–250.

⁴⁸ R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p Hamble (Offshore) Fisheries Ltd [1995] 2 All ER 714

⁴⁹ CLC:n näistä keskeisistä piirteistä ks. esim. Leslie 2010, s. 301–323.

to-oikeutta esimerkiksi kysymyksenä tuomioistuimen ja hallinnon välisestä valanjaollisiin seikkoihin perustuvasta työnjaosta vailla ”oman” doktriinin mukanaan kantamaa historian painolastia.

Common law’n muutostendenssit kytkeytyvät myös siihen verrattain yleisesti esitettyyn väitteeseen, jonka mukaan mannermaisen oikeuden ja *common law*’n välinen välimatka olisi ainakin kaventumassa;⁵⁰ myös nimenomaan *rule of law* ja *Rechtsstaat*-näkökulmista tarkasteltuna. Näin ymmärrettynä vieraiden oikeusjärjestysten tarkastelua ei ole pidettävä niiden *vierauden ja omasta oikeusjärjestyksestä eroavien perusratkaisujen vuoksi* esimerkiksi *Lichéren* esittämän kritiikin mukaisena *keimailuna* vailla käytännön merkitystä,⁵¹ vaan pikemminkin päinvastoin: vieraus ja vieraat näkökulmat sekä näiden kehityskulut auttavat oman oikeusjärjestyksen jäsentämisessä ja ymmärtämisessä uusin näkökulmin. Näin tausta-ajatuksena ei ole eri oikeusjärjestysten erilaisuuden (*”Differenzideologie”*) ja niiden ratkottavana olevien ongelmien samankaltaisuuden (*”Ähnlichkeitsideologie”*) käsittäminen absoluuttiseksi, keskenään ristiriitaisiksi ideaalittyypeiksi, vaan molemmat puolet näyttäytyvät tärkeänä osana tarkastelua.⁵²

Tutkimus kohdistuu siis myös Suomen oikeuteen. Suomalainen luottamuksensuojadoktriini ei ole kuitenkaan samanlaisessa roolissa kuin sen saksalainen ja englantilainen sovellutus, vaan lähinnä vastaanottavana osapuolena. Tällä ei viitata siihen, että luottamuksensuojaa koskeva tieteellinen keskustelu olisi Suomessa laadullisesti lapsenkengissään tai ettei lainkäytössä olisi kyetty sitä koskeviin varsin monisyisiin punnintaratkaisuihin.⁵³ Kysymys on yksinkertaisesti määrällisistä kriteereistä: suurten oikeuskulttuurien tuottamaan oikeudelliseen aineistoon sisältyy jo sen runsauden vuoksi vääjäämättä rikkaampaa ja moniulotteisempaa doktrinaalista tarkastelua. Esimerkiksi *Outi Suviranta* painotti vielä vuonna 2004 erääksi suomalaisen ja saksalaisen luottamuksensuojakeskustelun keskeisenä erona sitä, että luottamuksensuojan valtiosääntöistä johtamista koskevaa ”keskustelua käydään runsaasti (uskaltaisiko sanoa loputtomasti) saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa”.⁵⁴ Tämän tutkimuksen luottamuksensuojan *ration* kohdistuva tutkimustehtävä huomioiden tässä ollaan valmiit – paitsi poistamaan sulut – myös olemaan pikemminkin kiitollisia siitä loputtomuudesta, joka on ollut yksi tekijä sekä saksalaisessa että *common law*’n doktriinissa mahdollistamassa moniulotteista ja -tasoista luottamuksensuojakeskustelua.

Suomalaista luottamuksensuojadoktriinia pyritään ymmärtämään, arvioimaan ja kehittämään sen *ration* avulla, joka edellä mainitusta *eurooppalaisesta ulottu-*

⁵⁰ Husa 2004, s. 194–198.

⁵¹ Lichére 2004, s. 2017.

⁵² Ks. Schönberger 2011, § 71 rn. 15–19.

⁵³ Ks. esim. Tarukannel 2010, s. 130 ss.

⁵⁴ Suviranta 2004, s. 1435.

vuudesta pyritään rekonstruoimaan. Tämän johdosta tutkimusta ei voi lukea suomalaisen tieteen traditioon kurottavana, eikä siihen sisällytetä kattavaa erittelyä luottamuksen ja sen suojaamisen ilmenemismuodoista suomalaisen oikeustieteen traditioissa tai uustulkinnossa. Näin sivuun jäävät sinänsä perusteltavissa olevat kosketuspinnat esimerkiksi *Juha Karhun* tuotantoon, jossa luottamuksen suoja on nostettu uuden varallisuus oikeuden keskeiseksi periaatteeksi⁵⁵ sekä suomalaisen hallinto-oikeustieteen historiaan: tarkoitus ei ole tehdä sinänsä mielekästä seikkaperäistä analyysia esimerkiksi luottamuksensuojan yhteyksistä suomalaisen hallinto-oikeustieteen alkutaipaleen käsitteenmuodostukseen.⁵⁶ Erityisesti yksityisoikeuden leikkauspintojen jättämistä tarkastelun ulkopuolelle puoltaa se, että vaikka sekä saksalaisessa⁵⁷ että *common law*'n⁵⁸ doktriinissa luottamuksensuojaperiaatteella on historiallinen velka tunnustettavanaan yksityisoikeuden historialle, tulee nykyinen julkisoikeudellinen doktriini toimeen omilaaankin.

Tarkoituksena ei ole – edellä lausuttu huomioden – tehdä Suomen oikeuteen kohdistuvaa seikkaperäistä tarkastelua luottamuksensuojan soveltamisedellytyksistä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö tutkimuksesta olisi luettavissa soveltamisedellytyksiäkin koskevaa tietoa. Tutkimusta ei kuitenkaan ole systematisoitu kyseisen tiedon sisältö huomioden, eikä tutkimusta ole muutenkaan kirjoitettu soveltamisedellytysten sisällön tarkastelun itsetarkoituksessa: tutkimus ei siis välttämättä ole näiltä osin täydellinen kokonaisuus. Edellä muotoiltu doktriinin perusteisiin kiinnittyvä tutkimustehtävä muistaen tarkoituksena ei ole myöskään suomalaisen hallinto-oikeudellisen luottamuksensuojan kokonaisvaltainen sisällön selvittäminen. *Tutkimuksessa on kyse luottamuksensuojadoktriinin valtiosääntöiseksi katsottavien perusteiden identifioinnista.* Luottamuksensuojan soveltamisedellytysten näkökulmasta tarkastelu saattaa olla pistemäinen tai jopa hajanainen.

Tämä johtuu näkökulman muutoksesta: tarkoitus on identifoida yleiseurooppalaisen doktriinin, sen toisistaan eroavien perusratkaisujen ja niihin kiinnittyvän keskustelun avulla lähinnä ne suomalaisen doktriinin variaatiot, jotka vaikuttaisivat olevan valtiosääntöön kiinnittyvillä argumenteilla identifioitavissa perustavanlaatuista doktrinaalista kehittelyä vaativiksi. Ajatuksena kuitenkin on, että ei ole erityisen mielekästä suorittaa yksityiskohtaista ja seikkaperäistä soveltamisedellytyksiin kohdistuvaa tarkastelua, mikäli vakiintunutta doktriinia ja sen

⁵⁵ Pöyhönen 2003

⁵⁶ Ks. Hepola 2005, s. 105 ss.

⁵⁷ Leisner A. 2002, s. 460.

⁵⁸ Schønberg 2000, s. 10.

mukaan määrittyvää soveltamistoimintaa ei ole yhteensovitettu sen valtiosääntöisten perusteiden kanssa.

1.3 TUTKIMUKSEN RAJAUS

EU-oikeus ja ihmisoikeussopimukset eivät ole sellaisenaan tutkimuksen kohteena. Vaikka kyse ei ole varsinaisesta rajauksesta, vaan tutkimuksen suuntaamisesta, käsitellään sitä tässä kohdin kuitenkin rajauksena. Tekijän omaksumana oletuksena nimittäin on, että tällainen valinta tulee kuitenkin nimenomaan rajauksena perusteltavaksi varsinkin, kun otetaan huomioon tutkimuksen eurooppalaiseen kontekstiin viittaava otsikko. Rajausta perustuu tässä tutkimuksessa paitsi tutkimusekonomiaan ja tutkijan käytössä olevaan vapauteen suunnata tutkimus kiinnostaviksi katsomilleen alueille, myös tutkimuksen kohteena olevan normikokonaisuuden normatiiviseen ideaalisältöön: tutkimuksen tekijän käsityksen mukaan saksalaisen doktriinin ja EU-oikeuden oman luottamuksensuojadoktriinin konfliktin perusasetelman perusteella vaikuttaa ilmeiseltä, että EU-oikeuden luottamuksensuoja ei omaa sellaista *ratio*ta, jonka identifioimiseen tämä tutkimus pyrkii. Tämä varsin poleemiselta tuntuva väite ei perustu mihinkään EU:lle tai EU-oikeuden olemassaololle kriittiselle positiolle yleensä, vaan saa perustelunsa lähinnä luottamuksensuojadoktriinin sisästä.

Ensinnäkin, kuten Schwarz osoittaa, EU-oikeuden luottamuksensuojaperiaate on rakennettu EU-oikeudessa objektiivis-oikeudelliseksi muodolliseksi periaatteeksi⁵⁹, jonka voi saksalaisesta subjektiivis-oikeudellisesta ulottuvuudesta poiketen sanoa jopa *sisältävän* rakenteellisesti *julkisen intressin* muodollisen yhdenvertaisuuden, lakisidonnaisuuden ja näihin kytkeytyvän EU-oikeuden tehokkaan toimeenpanon vaatimuksen muodoissa. EU-oikeuden luottamuksensuoja samastuu sen perusteluksi usein esitettyyn muodolliseen oikeusvarmuuden periaatteeseen,⁶⁰ joka juuri orientaationsa perusteella eroaa subjektiivisoikeudellisesti orientoituneesta luottamuksensuojasta.⁶¹ Toisin sanoen, EU-oikeuden luottamuksensuoja on eräällä tavalla *deindivualisoitu*⁶² sisäistämään nimenomaisesti ne elementit, joiden vastapainona luottamuksensuojan katsotaan yleensä toimivan.

Toiseksi, edellisestä lähtökohdasta seuraa myös miltei vääjäämättä luottamuksensuojan juhlapuheenomaisuus: esimerkiksi Wolfgang Kahlin mukaan unionin

⁵⁹ Schwarz 2001, s. 483–484.

⁶⁰ Raitio 2001, s. 152 ss.

⁶¹ Von Arnould 2006, s. 153.

⁶² Kokott 1999, s. 1235.

tuomioistuinin sinänsä tunnistaa luottamuksensuojan olemassaolon ja käyttää usein siihen viittaava retoriikkaa, mutta sille konstruoimiensa erittäin tiukkojen soveltamisedellytysten johdosta antaa sen perusteella oikeusturvaa erittäin harvoin.⁶³ Perusteluksi tälle esitetään usein julkisen vallan toimien joustavuuden välttämättömyys nopeasti muuttuvissa yhteismarkkinoiden olosuhteissa⁶⁴ – ikään kuin jäsenvaltion oikeusjärjestyksissä sama joustavuuden vaatimus ei olisi läsnä kamppailemassa luottamuksensuojan vastapoolina. Kun luottamuksensuojan *ratio* jäljempänä tarkemmin perusteltavin tavoin kuitenkin edellyttää sitä koskevassa soveltamiskurssissa lähdettävän liikkeelle yksityisen oikeusturvaspositiosta, mutta EU-oikeudessa rakenteellisesti omaksutaan sille vastakkaiset näkökohdat luottamuksensuojan kannalta immanenteiksi tekijöiksi, kyetään luottamuksensuojaperiaatetta ”ylläpitämään” yleisenä normina, mutta sille merkitystä vain äärimmäisen harvoin antaen. *Schwarzin* mukaan luottamuksensuojan soveltamisedellytysten tarjoama turva on tämän johdosta jopa ”*praktisch wirkungslos*”.⁶⁵

Luottamuksensuoja ei EU-oikeudellisessa ilmiössä näytä ainakaan vielä omaavan sellaista sisältöä, jonka perusteella nimenomaan sitä koskeva tarkastelu olisi välttämätöntä luottamuksensuojadoktriinin ymmärtämiseksi. Sen immanentit, oikeuttamisperusteille konfliktissa olevat rakenteet merkitsevät sen eräänlaista kehittymättömyyttä, joka lieenee kytköksissä *Kaarlo Tuorin* ajatukseen EU-oikeuden yleisestä kehittymättömyydestä. Oikeuden muoto ja pintatason sisältö eivät ole vielä ehtineet sedimentoitua syvemmiksi oikeudellisiksi kerrostumiksi.⁶⁶ Oikeudenalajaottelun kielellä tämä voidaan ilmaista niin, että EU-oikeuden perinteisen kovan ytimen – sisämarkkinaoikeuden – ulkopuolella, erityisesti eurooppalaisen valtiosääntöoikeuden alalla, oikeuden rakenteiden ja yleisten oppien kehitys on edelleen *kesken*: ”a rather disintegrated body of legal norms with rather underdeveloped and unsteady legal-cultural underpinnings”.⁶⁷ *Johannes Masing* on tehnyt saman havainnon vertaillen yksilön oikeusasemaa EU:n oikeudessa ja Saksan julkisoikeudessa. Masingin mukaan oikeusaseman perusteet näyttävät pinnallisesti samoilta, mutta eroavat kuitenkin sisällöllisesti erityisesti EU:n oikeudesta puuttuvan, saksalaiseen perusoikeusdogmatiikkaan verrattavissa olevan valtiosääntöisen kytkennän perinteisen puutteen vuoksi, vaikka uudempi tutkimus onkin tätä puutetta pyrkinyt korjaamaan.⁶⁸

⁶³ Kahl 2011, s. 452.

⁶⁴ Schwarze 2005, s. LXXX.

⁶⁵ Schwarz 2001, s. 483.

⁶⁶ Tuori 2000, s. 224–227.

⁶⁷ Tuori 2010, s. 5.

⁶⁸ Masing 2006, § 7, rn. 90.

Kehittymättömyysteesiä on tuskin tarpeen *Niilo Jääskisen* tavoin kärjistää poleemiseksi väitteeksi siitä, että sisällölliset oikeusperiaatteet uupuisivat kokonaan EU-oikeudesta;⁶⁹ kyse on pikemminkin Jääskisen unionioikeuden puolustukseksi tässä suhteessa esiin nostamasta sisämarkkinaoikeuden historiaan ja tavoitteisiin sekä niiden suhteeseen jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiin liittyvästä *erilaisuus*-teesistä, jonka johdosta EU-oikeudessa korostuvat *muodollisen* yhdenvertaisuuden ja tehokkaan toimeenpanon vaatimukset. Luottamuksensuojan kohdalla näiden erityispiirteiden huomioonottaminen on merkinnyt edellä mainittua suojan ohuutta.

Edellä esitetystä huolimatta tutkimuksen tuottama tieto voi juuri tästä syystä olla merkityksellistä myös EU-oikeuden luottamuksensuojaperiaatteen kannalta: sedimentointi kun on tuskin perusteltua rajata atomistisesti lähteeltään vain kunkin oikeusjärjestyksen sisällä tapahtuvaksi pintatason ilmiöistä lähtöisin olevaksi. Tällaista laajemmin ymmärretyn sedimentoinnin ajatusrakennelmaa voidaan tukea erityisesti EU-tuomioistuimen omaksumalla lähestymistavalla etsiä yleisiä oikeusperiaatteita jäsenvaltioiden oikeusjärjestysten yhteisistä piirteistä, ja luottamuksensuojanormin *olemassaolon ja velvoittavuuden* kohdalla tällainen kytkentä on tuomioistuimen käytännössä tehtykin. Esimerkiksi jo luottamuksensuojan *leading case*'ksi arvioidussa⁷⁰ *Deutsche Milchkontor* -tuomiossa⁷¹ luottamuksensuojan *velvoittavuutta* osana yhteisöoikeutta arvioitiin nimenomaan tästä perspektiivistä: ”*it is clear from a study of the national laws of the member states regarding the revocation of administrative decisions and the recovery of financial benefits which have been unduly paid by public authorities that the concern to strike a balance, albeit in different ways, between the principle of legality on the one hand and the principles of legal certainty and the protection of legitimate expectation on the other is common [in] the laws of the member states*”.

On myös syytä muistaa, että nykyisin käsillä olevasta saksalaisen ja EU-oikeuden luottamuksensuojadoktriinin konfliktiasetelmasta huolimatta myös EU-oikeuden luottamuksensuojadoktriini tunnustaa yleiseurooppalaiseen tapaan ainakin historiallisessa katsannossa *sisällöllisen* velkansa saksalaiselle doktriinille, vaikka EU-tuomioistuin ei sen *sisältöä* jäsenvaltion sisällöltään vaihtelevien luottamuksensuojakonstruktioiden johdosta perustakaan oikeuslähteenä muuten pitäminään jäsenvaltioiden yhteisiin valtiosääntöperiaatteisiin.⁷² Saksalaisen luottamuksensuoja-ajattelun vaikutusta EU-tuomioistuimen oikeusajatteluun ei ole kuitenkaan pidetty kokonaan olemattomana. Esimerkiksi *Stephan Neidhardt*

⁶⁹ Jääskinen 2008, s. 194.

⁷⁰ Blanke 2000, s. 493.

⁷¹ C-215/82.

⁷² Jans, et. al 2007, s. 164–165.

osoittaa verraten tuoreessa dissertaatiossaan *Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts*, miten saksalaisen luottamuksensuojan struktuuri on heijastunut perinteisen soveltamisalansa ulkopuolelle EU-tuomioistuimen tavassa käsitellä ennakkoratkaisupyyntöön annetun ratkaisun ajallisia vaikutuksia.⁷³ EU-oikeudellisen luottamuksensuojan sisällön osalta voidaan siis edelleen perustellusti kysyä, mikä olisi EU-oikeuteen perustellummin sedimentoituvaa, hallinto-oikeustieteen tuottamaa *ymmärrystä* kuin julkisoikeuden periaatteiden yleiseurooppalainen, kansallisista oikeusjärjestyksistä irtoava *ratio*?

Tutkimuksen tällainen suuntaus ei kuitenkaan tarkoita, että tutkimus tehtäisiin kuvitellen EU-oikeuden ja/tai EIS:n inekstensi. Päävastoin, kuten tutkimuksen kuluessa käy ilmi, molemmille normikokonaisuuksille ja niiden sisältämille luottamuksensuojakäsityksille muodostuu ratkaiseva merkitys luottamuksensuojan *ration* rekonstruoinnissa: *Common law* on oppinut – tai pakotettu oppimaan – EIS:n 1. lisäpöytäkirjan tarkoittaman omaisuuden suojan merkitys kansallisten luottamuksensuojaortodoksioiden uudelleenarvioinnissa. Saksan julkisoikeuden tämän vuosituhannen konflikteista eräs keskeisin liittyy saksalaisen ja EU:n luottamuksensuojadoktriinin yhteenlöymäykseen. Se konkretisoituu *Hermann-Josef Blanken* luottamuksensuojaa koskevassa habilitaatioväitöskirjassa *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht* erityisesti ns. *Alcantuomiosta*⁷⁴ alkaneeseen pitkään, edelleen uusia muotoja saavaan ja modifioituvaa⁷⁵ konfliktiin, jossa on kyse Saksan hallintomenettelylain § 48:ssä säädetyn luottamuksensuojan suhteesta EU-oikeuden asettamiin vaatimuksiin koskien lainvastaisten etuuspäätösten peruuttamista.⁷⁶

Edellä esitetystä johtuen luottamuksensuojan *rationa* ei tutkimuksessa etsitä kiinnittämällä seikkaperäistä huomiota mainittuihin normikokonaisuuksiin sellaisina kuin ne näyttäytyvät EU-oikeuden ja/tai EIS:n sisältä. Näkökulma on siis näiltä osin välillinen: tarkoitus on tutkia niiden vaikutusta Saksan ja Englannin doktriineihin, mikä osaltaan tuottaa myös Suomen doktriiniin soveltuvia mielekkäitä arviointikriteerejä.

1.4 TUTKIMUKSEN TOTEUTUSTAPA

Näin toteutettavaa tutkimusta voisi ehkä pitää oikeusvertailuna tai vertailevana oikeustieteenä. Erityisesti voitaisiin viitata *Walter Hugn* käsityksiin oikeusver-

⁷³ Neidhardt 2008, s. 139–145.

⁷⁴ Alcan I, C-24/95 ECR I-4767.

⁷⁵ Kahl 2011, s. 453.

⁷⁶ Blanke 2000, s. 460 ss.

tailusta oikeuden evoluution tutkimuksena⁷⁷ tai yleisemminkin esimerkiksi *Jaako Husan* tarkoittamaan, oikeudelliset instituutiot kansallisesta kontekstistaan irrottamaan pyrkivään ns. systeemivertailuun⁷⁸ oikeusvertailun toteuttamistapana. Tutkimusta ei kuitenkaan tehdä tästä lähtökohdasta. Tekijän ehkä hieman vaikeasti mihinkään yksittäiseen määritelmään kiinnitettävissä oleva käsitys kuitenkin on, että oikeusvertailu tai sen synonyymiksi käsitetty vertaileva oikeustiede ovat käsitteinä jollain lailla sidoksissa lokeroivaan ajatteluun: oma oikeusjärjestys käsitetään erilliseksi, valtiosuvereniteetin rajaamaksi umpioksi, jossa oikeusvertailu on käytössä lähinnä *de lege ferenda* -argumenttien löytämiseksi muista laatikoista.

Julkisoikeudessa muihin oikeusjärjestyksiin kohdistuva tiedonintressi on ollut toisenlaisessakin roolissa. Kuten *Christoph Schönberger* erottelee, oikeusvertailun funktiona on perinteisessä yksityisoikeudellisessa käyttökontekstissa pidetty *oikeuspoliittista*, yhtenäisyyteen pyrkivää tehtävää, kun taas julkisoikeudellinen, muihin oikeusjärjestyksiin kohdistuva tiedonintressi on ollut enemmänkin akateeminen. Tarkoitus on ollut nimenomaan oppia erilaisten ratkaisujen keskinäisestä suhteesta, vaikka koherenssihakuisuuttakaan ei ole kartettu.⁷⁹

Tässä tutkimuksessa kiinnostuksen kohteena onkin ensisijaisesti eurooppalainen ymmärrys luottamuksensuojan *ratioista*, joka pyritään *Saksan* ja *Englannin* oikeuden tarkasteluilla irrottamaan mainittujen oikeusjärjestysten luottamuksensuojadoktriineista. Näin ymmärrettynä kyse ei ensisijaisesti olekaan *Englannin* ja *Saksan* oikeusjärjestyksiin kohdistuvasta tarkastelusta, vaan pikemminkin luottamuksensuojan suhteesta *Rechtsstaat* ja *rule of law* -konstruktioihin: *Englanti* ja *Saksa* valikoituvat edellä esitetyin perustein mainittujen oikeusvaltiokonstruktioiden edustajiksi.

Esitetty ei kuitenkaan tarkoita, etteikö tutkimuksessa pyritäisi ottamaan vakavasti niitä huomautuksia, joita oikeusvertailun piirissä on esitetty vieraiden oikeusjärjestysten tuntemisesta. Voidaan esimerkiksi viitata *Pierre Legrandin* muotoilemaan väitteeseen siitä, että *civil law*- ja *common law* -oikeuskulttuurien erot ovat niin suuria, että *common law*'n ulkopuolelta tuleva ei milloinkaan voi hypätä *common law* -tuomarin saappaisiin, ja vastaavasti *common law* -lakimiehellä on suuria vaikeuksia ymmärtää mannermaisia oikeudellisia ilmiöitä.⁸⁰ Tätä vaaraa torjutaan tutkimuksessa pyrkimällä perusteelliseen instituutioanalyysiin kartoittamalla oikeusvaltiolliset ja hallinto-oikeudelliset perusteet, jotka muovaavat *common law*'n hallinto-oikeudesta niin poikkeavaa. Toiseksi tätä näkö-

⁷⁷ Hug 1931–1932, s. 1027–1070.

⁷⁸ Husa 1998, s. 73–74.

⁷⁹ Schönberger 2011, § 71 rn. 4.

⁸⁰ Legrand 1996, s. 77.

kohtaa käytetään tutkimuksessa hyödyksi; kuten ilmeistä on, mainittu vaara koskee myös Saksan ja Englannin oikeuskulttuurissa vaikuttavia tutkijoita. Tutkimuksen kannalta on hedelmällistä pyrkiä identifioimaan niitä väärinymmärryksiä, joita oikeuskulttuurien kesken vallitsee.

Tutkimuksen tekijä on tietoinen oikeusvertailun suorittajan vaikeudesta löytää vertailluista oikeusjärjestyksistä tutkimusaiheen kannalta merkitykselliset oikeusinstituutiot. Tätä ongelmaa on usein pyritty ratkomaan *Konrad Zweigertin* ja *Hein Kötzin* oikeusvertailun keskeisen auktoriteetin *An Introduction to Comparative Law* edustaman *funktionaalisen* oikeusvertailun avulla. Tämän ajatuksen keskeisin teesi muodostuu verrattavan aineksen valikoitumisesta sen tarkoituksen perusteella: ”in law the only things which are comparable are those which fulfill the same function”.⁸¹ Näin esimerkiksi Schønbergin luottamuksensuojaoikeusvertailu valikoi tutkimuskohteensa sen perusteella, suojaako mainittu normikonaisuus yksityistä tilanteessa, jossa yksityinen on luottanut julkisen vallan toimiin.⁸² Tässä tutkimuksessa valitaan kuitenkin mainitusta *ratioon* kohdistuvasta tutkimustehtävästä johtuen toisenlainen lähtökohta: tarkastelun kohteeksi valikoituvat ne kokonaisuudet, joita Englannin ja Saksan runsas asiaa käsittelevä oikeustieteellinen kirjallisuus ja oikeuskäytäntö on katsonut luottamuksen suojan rubriikin alle kuuluvan. Ratkaisu on luonteeltaan yksin tutkimusekonominen: koska kohteena on abstraktiotasoltaan verrattain korkea *ratio*, edellyttäisi funktionaalinen lähestymistapa tässä kohdin jo yksin tutkimuksen alan määrittelymiseltä kahden oikeusjärjestyksen sisällön selvittämistä *in toto*. Kontrafaktuaalisena lähtökohtana tässä pidetään kuitenkin sitä, että oikeustieteilijä, siinä missä muukin suomalaisen oikeusyhteisön jäsen, tuntee Suomen oikeusjärjestyksen *in toto*: suomalaista doktriinia ei arvioida mainitulla rubriikkiperiaatteella.

Tähän näkökohtaan nojaten myös ulkomaisia oikeustapauksia hyödynnetään tutkimuksessa rubriikkiperiaatteen mukaisesti. Saksalainen tai englantilainen tuomio katsotaan merkitykselliseksi luottamuksensuojadoktriinin kannalta vain, mikäli vastaava doktriini on tällaisen tulkinnan tehnyt. Tutkimuksen tekijä ei asettaudu Englannin tai Saksan oikeutta kehittävään asemaan.

Kokoavasti on kuitenkin syytä todeta, että vaikka tekijä itse suhtautuukin epäillen tutkimuksen luonteeseen oikeusvertailuna ja mieltää pikemminkin ottavansa osaa – joskin tutkimusekonomisista syistä määrittäneen kielivalinnan johdosta lähinnä *kontrafaktuaalista* osaa – yleiseurooppalaiseen luottamuksensuojakeskusteluun, niin siltä varalta, että tässä epäilyssä onkin kysymys oikeusvertailun muodostaman mörön pakoilusta, tutkimus pyrkii kuitenkin täyttämään

⁸¹ Zweigert – Kötz 1998, s. 34.

⁸² Schønberg 2000, s. 4–5.

Jaakko Husan verrattain hiljan muotoilemat *hyvän oikeusvertailun kriteerit*. Ne on syytä lainata tässä kaikessa epäortodoksisuudessaan toivoen samalla, että edellä esitetyn ja sitä seuraavan tutkimuksen suhde ne täyttää – käsitettiinpä käsillä oleva tutkimus oikeusvertailuksi tai joksikin muuksi. Husan oikeusvertailun mystiikasta vapauttavan tulkinnan mukaan nimittäin ”[j]atko-opiskelijan kannalta tilanne on se, että päättipä sitten käyttää tai olla käyttämättä vierasta oikeutta tai varsinaista oikeusvertailua missä tahansa oikeustieteen tiedeyhteisölle tarkoitettussa työssä, on oleellista itse tietää, mitä tekee, ja kyetä luonnehtimaan omaa työtänsä sellaisella tavalla, että se vastaa työn sisältöä”.⁸³

1.5 TUTKIMUKSEN JÄSENTELY

Tutkimuksen toinen, tämän johdannon jälkeinen luku keskittyy julkisoikeuden teorioiden ja taustaoletusten käsittelyyn. Tarkoituksena on osoittaa, millaisten lähtökohtien vallitessa julkisoikeudellista tutkimusta on tehty, ja millaisten lähtökohtien vallitessa sitä on tutkimuksen tekijän omaksumasta näkökulmasta perusteltua tehdä. Huomio kiinnitetään erityisesti *normatiivisen* ja *funktionaalisen* valtataisteluun *common law*’n julkisoikeudessa sekä Saksan hallinto-oikeuden verrattain tuoreisiin muutoksiin (*”Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”*).

Tutkimuksen kolmas luku keskittyy Englannin ja Saksan julkisoikeuden keskeisiin oppeihin. Luvussa luodaan edellä kuvattu luottamuksensuojan normatiivinen ympäristö, jonka puitteisiin kyseiset doktriinit asettuvat. Tarkastelun mielekkyyden ja kontekstin hahmottamiseksi luvun alussa kuvataan pääpiirteittään luottamuksensuojadoktriinin historiallinen kehitys Suomessa, Saksassa ja Englannissa. Loppuosassa tarkastelun kohteeksi valikoituvat oikeusvaltiodoktriinit (*Rechtsstaat, rule of law*) perusoikeusjärjestelmät sisäistävässä merkityksessä sekä suhteellisuusperiaate (*Verhältnismäßigkeit, Wednesbury unreasonableness*). Luku keskittyy luottamuksensuojan oikeuttamisperusteisiin näin muotoillussa kontekstissa. Suomen luottamuksensuojadoktriini tulee arvioinnin kohteeksi tästä luvusta alkaen luvuttaisissa välitilinpäätöksissä. Tästä johtuen niiden rakenne poikkeaa totutusta: tämän tutkimuksen kontekstissa välitilinpäätös ei samastu johtopäätöslukuun, jossa ei perinteisen tutkimusmuodon mukaan ole enää otettavissa uusia argumentteja tarkasteluun. Välitilinpäätökset tässä tutkimuksessa koostuvat edellä opitun konkretisoinnista suomalaisen doktriinin kipupisteisiin. Tämän johdosta ne sisältävät myös verraten paljon ensimmäisen kerran esillä olevaa ainesta suomalaisesta doktriinista.

⁸³ Husa LM 2010, s. 718.

Tutkimuksen neljäs luku asettaa vastakkain luottamuksensuojan ja lainsäätäjän. Luvussa käsitellään lähinnä saksalaisen doktriinin asettamien lähtökohtien mukaisesti kuitenkin lähinnä luottamuksensuojan intertemporaalisen dimension suhdetta lainsäädännön takautuvuuteen/prospektiivisuuteen. Lainsäädännön aineelliset kysymykset jätetään saksalaisen doktriinin mukaisesti soveltamisvaiheen hallintoa vastaan asettuvan luottamuksensuojan yhteyteen. Johtuen *common law*'n ortodoksioiden parlamentin omnipotenssia korostavasta luonteesta, *common law*'n doktriinia käsitellään suhteellisen suppeutensa vuoksi samassa luvussa.

Tutkimuksen viides luku ottaa tarkasteluun hallintoa vastaan asettuvan luottamuksensuojan saksalaisessa doktriinissa, sekä kiinnittää erityisen huomion edellä viitattuun konfliktiin EU-oikeuden kanssa. Tutkimuksen kuudes luku koostuu samasta tarkastelusta *common law*'n piirissä. Konfliktiasetelmaan asettuu kuitenkin EU-oikeuden asemesta EIS.

Seitsemäs luku sisältää yleiset johtopäätökset. Luku on verrattain tiivis kooste edellisistä luvuista, sillä varsinaisiksi johtopäätöksiksi ajateltu suomalaisen doktriinin arvio käyttäen apuna yleiseurooppalaista luottamuksensuojaratiota on sijoitettu kunkin edellisen luvun päätökseksi.

2 Hallinto, hallinto-oikeus ja hallinto-oikeustiede

Luottamuksensuojan keskeisimmäksi sisällöksi paljastui jo edellä perustavanlaatuinen jännite julkisen vallan käytön aikaulottuvuuksien hallinnassa. Luottamuksensuoja pyrkii saattamaan tasapainoon julkisen vallan käytön sisällölliset muutostarpeet ja yksityisen vastakkaiseen suuntaan puhuvat intressit muutoksen torjumisesta. Vaikka tutkimustehtävän muotoilussa edellä jo sitouduttiin valtiosääntöiseen jäsennostapaan tämän intertemporaalisen jännitteen analysoinnissa, ei tällä sitoumuksella ole vielä paljon sanottu: valtiosääntöoikeuden sisällöille ja doktriineille voidaan niillekin – ja joidenkin kantojen mukaan erityisesti juuri niille – antaa useanlaisia sisältöjä. Näiden moninaisten valtiosääntöoikeudellisten sitoumusten keskinäissuhde ei välttämättä eroa mitenkään luottamuksensuojan intertemporaalisen jännitteen eri puolista ja näiden puolien ylläpitoa edellyttävistä oikeutusperusteista. Valtiosäännölle voidaan antaa niin julkisen vallan käyttöä ja sen legitimiyyttä puoltavia kuin siihen negatiivisesti suhtautuvia, lähinnä julkisen vallan käytön rajoituksiin pyrkiviä tulkintoja.

Näin myös luottamuksensuojan valtiosääntöiseen jäsennykseen oikeustieteessä vaaditaan väistämättä joukko taustaolettamuksia, joilla on välitön yhteys käsiteltävänä olevaan ongelmaan. Teeman kannalta hyvänä esimerkkinä tällaisesta toimii *Kyrill-A. Schwarzin* tutkimuksensa alussa muotoilema, ja koko loppututkimuksensa ajan punaisena lankana pitämä luottamuksensuojan ylikorostamista kritisoiva positio, joka perustuu muun ohella luottamuksensuojan aiheuttamaan haittaan julkisen vallan käytön tavoiterationaliteetille ja yhteisölliseen näkemykseen oikeusjärjestyksen funktiosta.¹

Taustaoletukset eivät kuitenkaan aina ole välttämättä doktriinissa eksplikoituja tai edes tietoisia. Näiden taustaoletusten olemassaolon osoittamisella esimerkiksi *Critical Legal Studies* pyrkii osoittamaan oikeudellisen ratkaisun immanentin ja pakotetun poliittisuuden. *CLS:n* muotoilemaa *tiedonintressiä* vastaa Englannin *common law'n* piirissä julkisoikeuden teoreettisia perusteita analysoineen *Martin Loughlinin* ajattelu. Loughlin palauttaa tämän politiikkaan sidoksissa olevan taustaoletusten rakennelman kysymykseksi arvojen ja tosiasioiden välisestä erosta. Loughlin samastaa nämä taustaolettamukset erilaisten poliittisten preferenssien mukaan muotoutuviksi oikeudellisiksi teorioiksi, jotka selittä-

¹ Schwarz 2001, s. 54.

vät enemmän tai vähemmän *olennaisen* osan kulloinkin käsillä olevan ongelman ratkaisusta.²

Näiden taustaoletusten merkitys ei rajoitu ongelmien ratkaisuun *in abstracto* oikeustieteessä. Esimerkiksi Allan C. Hutchinson on *common law*'n piirissä osoittanut, miten poliittisten preferenssien varaan rakentuvat taustateoriat yksityisen, yhteisön ja julkisen vallan käytön välisistä suhteista määrittävät tuomioistuinkäytännössä esimerkiksi oikeutta tulla kuulluksi. Välittävänä mekanismina toimii julkisen intressin käsite. Riippuen siitä, nähdäänkö julkisen intressin omaavan yksityisiin nähden *prima facie* -etusijan, määrittyy myös kuulemisvelvollisuus, jonka voi syrjäyttää ”*overriding public interest*”.³ Kuten tutkimuksen kuluessa ilmenee, konkretisoituu myös ja erityisesti luottamuksensuojan soveltamisiongelma punninta-asetelmaan yksityisen luottamusintressin ja julkisen intressin välillä.

Oikeuden poliittisuutta korostava näkökulma kytkeytyy Loughlinin ajattelussa voimakkaasti *common law*'n tuomioistuinten aseman keskeisyydestä seuraavaan lainkäytössä kehittyvään, statuuttioikeuden ennalta sitomattomaan oikeuteen (*judge-made common law*). Kuten kuitenkin on tunnettua, ei mannermaisen statuuttioikeuden olemassaolokaan merkitse oikeuden palautumista jäännöksittä sen sisältöön. Näin tällainen taustaoletusten merkitystä korostava näkökulma oikeuteen ei ole ollut pakotetusti sidottu *common law*'n lähtökohtaiseen käsitykseen kirjoittamattoman oikeuden – *common law*'n – ratiosta, vaan myös positiivisen oikeuden ensisijaisuuden ja kirjoitetun konstituution omaksunut saksalainen *Rechtsstaat*-konstruktioon sitoutunut oikeustiede tunnistaa poliittisiin preferensseihin kytköksissä olevien taustaoletusten merkityksen. Keskeiseksi konkreettiseksi esimerkiksi nostetaan usein kuuluisa *Forsthoff–Abendroth*-debatti vuodelta 1954, jossa oli kysymys vasemmistolaisen valtiosääntöjuristin Wolfgang Abendrothin ja konservatiiviksi toisinaan kategorisoidun Ernst Forsthoffin omaksumien taustaoletusten törmäyksestä määriteltäessä Saksan perustuslain sanamuotoihin kiinnitettävissä olevan *Sozialstaatin* oikeudellista merkitystä tai merkityksettömyyttä.

Keskustelun osapuolet rakensivat saman perustuslain tulkinnassa kaksi toisilleen vastakkaista näkökohtaa: Abendrothin *Sozialstaat* oli perustuslaillinen rakenneperiaate, jonka sisältö määritti myös muun perustuslain sisältöä.⁴ Forsthoffin *Sozialstaat* sitä vastoin ei ollut edes oikeuskäsite valtiosääntöisessä mielessä, vaan kyseessä oli vain valtiotyyppi, jota leimasi suorittavan hallinnon toimeenpantavaksi annettujen tehtävien kokonaisuus. *Sozialstaat* ulkoistettiin val-

² Loughlin 1992, s. 50–52.

³ Hutchinson 1985, s. 299–300.

⁴ Abendroth 1968, s. 114 ss.

tiosäännöstä hallinto-oikeuden tasolle.⁵ Jännite ei ole vuosikymmenten saatossa kadonnut mihinkään, vaikka tässä nimenomaisessa kysymyksessä Forsthoffin kanta luutui pitkään vakiintuneeksi kannaksi.⁶ Saman problematiikan pariin vuosikymmeniä myöhemmin palannut *Philip Kunigin Das Rechtsstaatsprinzip* joutuu edelleen tässäkin kohdin tunnustamaan keskeiseksi osaksi metodinrakennustaan, ettei Saksan perustuslaki lopultakaan sano mitään siitä, mikä on ”oikea” tapa tulkita sen säännöksiä:⁷ perustuslain *teksti* ei yksiselitteisesti asetu sen paremmin Abendrothin kuin Forsthoffin positioon.

Esimerkkejä avoimesta ja julkituodusta poliittisuudesta voidaan julkisoikeuden alalla konstruoida useita, eivätkä sellaiset ole erityisen tuntemattomia suomalaisessa keskustelussakaan – edes välittömästi luottamuksensuojaan palautuvassa kontekstissa. Kuten tutkimuksessa jäljempänä havaitaan, varsin suuri osa luottamuksensuojan kannalta merkityksellisistä kysymyksenasetteluista kiinnittyy omaisuudensuojaan, joka puolestaan vielä muutama vuosikymmenen sitten oli suomalaisessa keskustelussa avoimen poliittinen kysymys. Esimerkiksi *Pekka Länsineva* on viitannut siihen, että 1970- ja 1980-lukujen perustuslakivaliokunnan lausunnoista ilmenee, että ainakin eräiden kiperimpien omaisuudensuojakysymysten ratkaisemisessa jopa puoluepoliittiset jakolinjat heijastuivat melko suoraviivaisesti käsityksiin hallitusmuodon omaisuudensuojasäännökselle annettavasta oikeasta tulkinnasta. Länsineva viittaa tässä yhteydessä myös siihen, että omaisuudensuojaa käsittelevässä oikeuskirjallisuudessa poliittis-ideologisesti värittyneitä argumentteja käytettiin tuolloin kohtalaisen avoimesti.⁸

Tuskin onkaan syytä olla allekirjoittamatta *Carol Harlow’n* ja *Richard Rawlingsin* yhteisen, *Law in Context* -oppikirjan muotoon rakennetun, julkisoikeuden yleisten oppien taustaoletuksia systematisoivan teoksen *Law and Administration* alkuoletusta: ”*Behind every theory of administrative law there lies a theory of state*”.⁹ Tästä huolimatta oikeuden immanenttiin tunnusmerkistöön katsotaan kuitenkin usein kuuluvan sen perustavanlaatuisen erottamisen muista normijärjestelmistä ja menettelyistä niiden tuottamiseen tai legitimointiin. Puhutaan oikeuden ainakin jonkin asteisesta autonomisuudesta. Tämän oikeuspositivismin keskeisen teesin tuovat äärimmillään esiin sellaiset oikeuspositivismin klassiset käsitteet kuten *Hans Kelsenin Grundnorm* ja *H.L.A. Hartin Rule of Recognition*, joiden keskeisenä sisältönä on paitsi oikeuden tunnistaminen, myös sen erottaminen politiikasta. Poliitiikalla tässä yhteydessä viitataan siihen verrat-

⁵ Forsthoff 1968, s. 172–192.

⁶ Heinig 2008, s. 23.

⁷ Kunig 1986, s. 51.

⁸ Länsineva 2011, § 15.

⁹ Harlow – Rawlings 2009, s. 1

tain laajaan kokonaisuuteen, johon voidaan laskea politiikka ainakin *policyn*, arvojen, moraalien ja ehkä myös päivänpolitiikan merkityksessä.

Nykypäivän oikeudellisia käytäntöjä on kuitenkin vaikea luonnehtia ainakaan siinä määrin ehdottomasti muista yhteiskunnan normi- ja arvojärjestelmistä hermeettisesti suljetuiksi kuin esimerkiksi mainitut oikeuspositivismin perinteiset edustajat käsittivät. Vaikka esimerkiksi *Hartin* käsitys positiivisesta oikeudesta ei ole autonomisuudessaan yhtä ehdoton kuin sellaiset kaikkein eristäytyneimmät, oikeuteen yksin suvereenin käskynä suhtautuvat teorit, kuten *John Austinin* nimeen liitetty positivismin raakile, *command theory of law*, on tässäkin tutkimuksessa myöhemmin perusteltavin tavoin omaksuttua käsitystä periaate-orientoituneesta oikeusjärjestyksestä vaikea mieltää positivismin tarkoittamaksi yksin kirjoitettujen sääntöjen kokoelmaksi. Irtiotto tällaisesta ajatuksesta koskee myös Suomen oikeusjärjestystä, vaikka suomalainen oikeusjärjestys sinänsä kirjoitetun oikeuden osalta kuuluukin lähinnä mannermaiseen *civil law* -perheeseen. Periaateorientoitunut oikeus on mahdollinen myös mannermaisen oikeuskäsityksen alla: samaan perheeseen kuuluvassa saksalaisessa hallinto-oikeustieteessä tällainen paradigmanmuutos on kiinnitetty erityisesti *Hans Julius Wolffin* tuotantoon, jossa oikeusperiaatteet nostettiin subsidiaarisesta, täydentävästä asemesta oikeuslähteiksi *par excellence*: ne olivat erottamaton osa oikeusjärjestyksen kokonaisuutta.¹⁰ Tämä ei kuitenkaan ole tarkoittanut oikeuden periaatteellisesta positiivisuudesta luopumista esimerkiksi luonnonoikeuden hyväksi, perinteisen oikeuspositivismin raja oikeuden ja politiikan välillä on edelleen olemassa: *Rechtsstaat* rakentuu vallanjaolliselle ajatukselle eri instituutioiden välisestä työnjaosta.

Nykyinen käsitys oikeuspositivismista asettaa rajan kuitenkin perinteisestä poikkeavin perusteluin perinteisestä poikkeavaan paikkaan ja merkitykseen. Näin esimerkiksi *Kaarlo Tuorin* muotoilemat kriittisen oikeuspositivismin sitoumukset pystyvät tunnustamaan oikeuteen sisäänrakennetun ”yhteiskuntateoreettisen ainesosan” luopumatta modernin oikeuden positiivisuudesta.¹¹ Kyse on siitä *Teuvo Pohjola*isen ja *Jaakko Husan* viittaamasta ilmiöstä, jossa oikeusjärjestys kokonaisuudessaan – ei vain poliittisen kytkennän jo perinteisesti omaavaksi katsottu valtiosääntöoikeus – kietoutuu pakotetusti yhteen *monimutkaiseen vuorovaikutussuhteeseen* politiikan kanssa.¹²

Näin ollen ei ole mitenkään yllättävää, että oikeuden positiivisuuteen edelleen sitoutuissa tavoissa jäsentää julkisoikeutta taustalle sijoittuvat sitoumukset pyritään rakentamaan osaksi julkisoikeuden teoriaa *nimenomaan oikeudellisina*

¹⁰ Wolff – Bachof 1974, s. 121 ss.

¹¹ Tuori 2000k, s. 342.

¹² Husa – Pohjola 2008, s. 46.

konstruktioina: kyse on niistä elementeistä, jotka omaavat perinteisen positivismin oikeudesta ulkoistaman politiikan kanssa ainakin osin päällekkäisen alan. Esimerkiksi *Peter Cane* viittaa *common law*'n julkisoikeuden piirissä siihen, että oikeuden jäsentäminen *autopoiesis*-teorian valossa auttaa ymmärtämään, miten oikeus sisäistää autonomiseksikin järjestelmäksi ymmärrettynä kognitiivisesti avoimen rakenteen, joka mahdollistaa perinteisen positivismin näkökulmasta oikeuden ulkoisen sulauttamisen osaksi oikeutta.¹³ Kyse on sellaisista taustateorioista ja -oletuksista, jotka immanenttina ja sisäisenä osana teorianmuodostusta määrittävät keskeisen osan oikeudellisesta näkökulmasta.¹⁴

Oikeustieteen teorianmuodostuksen vaikutusta oikeusjärjestykseen ei ole ainakaan syytä väheksyä: esimerkiksi *Armin von Bogdandy* osoittaa historiallisten esimerkkien avulla, miten oikeustieteen teorianmuodostuksessa syntyvät käsitteet ja yleiset opit sekä voimassa olevan oikeuden arviointi yleisten periaatteiden avulla vaikuttavat oikeusjärjestyksen sisältöön tehokkaammin kuin perinteisen positivismin edustaja suostuu myöntämään.¹⁵ Tällainen näkökulma ei ole vieras suomalaiselle teorianmuodostuksellekaan edes luottamuksensuojan kohdalla. *Outi Suviranta* on analysoinut nimenomaan luottamuksensuojaperiaatetta metamuutostrendien ilmentäjänä suomalaisessa hallinto-oikeudessa pitäen mielessä lähtökohdan, jonka mukaan kunkin oikeudellisen toimijan omaksuma käsite- ja periaatejärjestelmä paitsi heijastaa taustasitoumuksia, myös *muokkaa sitä, mitä oikeuden sisällöstä havaitaan ja miten sitä painotetaan*.¹⁶

Tässä tutkimuksessa ei kiistetäkään näiden taustaoletusten käytön mielekkyyttä tai legitimitettä; pikemminkin päinvastoin. Ajatuksena on, että jo yksin julkisoikeuden pitkä historia osoittaa niiden kiistämisen mielettömyyden: julkisoikeudellisen teorianmuodostuksen edellytyksenä on vakiintuneesti ollut ainakin latentti jäsenitys siitä, minkälaisen taustaoletusten ja lähtökohtien varassa tutkimuskohdetta tarkastellaan. Suomalainen julkisoikeudellinen teorianmuodostus ei pääse tätä lähtökohtaa karkuun, vaikka toisinaan yrittääkin formaalin laintulkinnan kaapuun pukeutuneena sen siirtää taustalle. Mutta kuten *Ida Koivisto* huomauttaa, on myös tällainen ratkaisu periaatteellinen valinta – myös näistä suurista diskursseista maantieteellisesti kaukaisen Suomen hallinto-oikeudessa¹⁷: Koiviston tarkoittama dikotomia hartilaisen ja dworkinilaisen oikeuskäsitteiden välillä voidaan tämän tutkimuksen tarkoituksiin muotoilla kysymykseksi siitä, ymmärretäänkö oikeus yksin tavoiterationaliteettia toteuttavaksi sääntökoelmaksi vai saako oikeus merkittävän osan sisältöään sitä aineellisesti määrit-

¹³ Cane 2003, s. 5 ja 19–20.

¹⁴ Cane 2003, s. 5–6.

¹⁵ Von Bogdandy 2009, s. 366.

¹⁶ Suviranta LM 2004, s. 1431.

¹⁷ Koivisto 2010, s. 70.

tävistä ja rakenteistavista oikeusperiaatteista. Näin yhä ajankohtaisena pysyy *Alf Rossin* vaatimus siitä, että oikeudellisen argumentaation oikeudellisuutta ja samalla myös tieteellisyyttä voidaan kontrolloida vain, mikäli sen taustateoriat on eksplikoitu riittävällä tarkkuudella ja avoimuudella.¹⁸

Kuten *Juha Lavapuro* on viitannut, usein tutkimuksen tärkein ja mielenkiintoisin tulos kytkeytyy siinä omaksuttuun perspektiiviin oikeuteen. Lavapuro on samassa paikassa viitannut myös siihen, että jostain syystä tämä orientaatio vaetaan itse tutkimuksessa hiljaiseksi tai rivien väliin tai jätetään korkeintaan esipuheen muutaman kuvailevan virkkeen varaan.¹⁹ Ottaen huomioon edellä jo useaan otteeseen viitattu luottamuksensuojan asema oikeusjärjestyksen perustavanlaatuisten ristiriitaisuuksien joukossa, tämä näkökohta tulee ottaa tässäkin tutkimuksessa vakavasti. Näin tämän tutkimuksen taustaksi valikoituvat jaottelut, jotka rakenteistavat hallinto-oikeuden sisällön ja suhteen yhteiskuntaan, ja näin myös hallinto-oikeustieteen suhteen hallinto-oikeuteen. Kyse on nimenomaan taustasta ja orientaatiosta, joka selittää, *mitä tutkimuksessa luottamuksensuojadoktriinin sisällöstä havaitaan ja miten sitä painotetaan*.²⁰ Erityisemmällä, nimenomaan luottamuksen suojaamiseen liittyvällä tasolla kyse on perustelutakasta, jonka oikeusturvaan ja sen keskeisyyteen vetoava argumentaatio joutuu yhä uudelleen ja enenevässä määrin täyttämään puolustaessaan normikokonaisuuksia, jotka toisinaan voivat johtaa varsin haitallisiin lopputulemiin hyväksi nähtyjen päämäärien tehokkaalle toteuttamiselle. Kuten tutkimuksen jatkosta ilmenee, luottamuksensuoja erityisesti lainsäätäjää vastaan asettuvana perustuslaillisena periaatteena omaa taannehtivuuskiellon muodossa tällaisen toisinaan varsin konservatiivisen funktion.

Ajatuksena on, että tässä tutkimuksessa kehitettävä luottamuksensuojadoktriini ja siihen kytköksissä oleva orientaatio oikeuteen on ideaalityyppinäkin mahdollinen vain tässä luvussa eksplikoitavien sitoumusten varassa. Sitoumusten jäsentelyn lähtökohdaksi valikoituu ideaalityyppeihin nojaava jaottelu *normatiivinen – funktionaalinen*, jonka *Martin Loughlin* on *common law'n* julkisoikeuden piirissä omaksunut julkisoikeuden taustaoletusten arviointiin.²¹ Nimenomaan hallinto-oikeudellisissa kontekstissa on tässä kohdin perusteltua jatkaa kehittelyä Englannin *common law'n* hallinto-oikeudessa vaikuttavan, *Carol Harlow'n* nimeen liitetyn liikennevaloteorian tavoilla jäsentää oikeuden ja julkisen vallan välistä suhdetta. *Common law'n* tuottama ymmärrys pyritään konkretisoimaan tutkimuksen viitekehykseksi käyttämällä siltana saksalaisen julkisoi-

¹⁸ Ross 1959, s. 300 ss.

¹⁹ Lavapuro 2010v, s. V.

²⁰ Ks. Suviranta LM 2004, s. 1431.

²¹ Loughlin 1992, s. 60.

keuden viimeaikaisia muutoskeskusteluja. Jotta kävisi selväksi, mikä oikeudessa tutkimusaiheen kannalta oikein muuttuu, taustaksi asetetaan valtiosäännöstä kumpuava oikeusajattelu. Näkökulman kehittelyn kannalta saksalaisesta oikeuskulttuurista tässä kohdin ei voi sivuuttaa *Martin Borowskin* strukturoimaa tapaa jäsentää perusoikeuksien soveltamisalaa ja rajoitettavuutta ns. *Innen-* ja *Aussen-theorien* avulla. Tämä ymmärrys pyritään lopuksi konkretisoimaan ns. *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* sitoumusten arviointiin, ja näiden mahdolliseen käyttökelpoisuuteen Suomen julkisoikeudessa.

2.1 NORMATIIVINEN JA FUNKTIONAALINEN COMMON LAW'N JULKISOIKEUDESSA

Englannin *common law'n* julkisoikeuden piirissä viime vuosina käyty keskustelu julkisoikeuden ja poliittisen teorian yhteyksistä on käyty pitkälti *Martin Loughlinin* tuotannon ympärillä. 1990-luvun alun teoksesta *Public Law and Political Theory* alkunsa saanut teorianrakennus kulminoitui tämän vuosituhannen puolella *The Idea of Public Law'n* loppumetreillä muotoiltuun ”puhtaaseen” julkisoikeudelliseen teoriaan (”*a pure theory of public law*”²²).

Matkalla kohti puhdasta teoriaa Loughlin jakoi julkisoikeuden poliittiseen teoriaan kiinnittyvät viitekehykset karkeasti kahteen ideaalityyppiin: normatiiviseen ja funktionaaliseen tapaan jäsentää julkisoikeutta. Ideaalityypittely ei edellyttänyt tuekseen välttämättä julkilausuttuja sitoumuksia, vaan kyse saattoi olla enemmänkin ajattelutavasta, (oikeus)kulttuurista tai arvomaailmasta, joka heijastui tapaan käsitellä oikeudellisia ongelmia.²³ Koska kyseessä oli weberiläinen ideaalityyppi, ei ollut tarkoituskaan, että Loughlinin luomilla kategorioilla olisi ollut eksakti vastineensa todellisuudessa: ideaalityypittelyt oli induktion asemasta luotu tiettyjen polaaristen oletusten varaan siten, että näiden vastakkaisten poolien kesken vallitsee ”*almost complete lack of consensus over the fundamental issues of public law*”.²⁴

Julkisoikeuden *normatiivinen* ideaalityyppi sitoutui Loughlinin ajattelussa sellaisiin mannermaisesta oikeusvaltioajattelusta tuttuihin elementteihin, kuten vallanjako ja tarve alistaa julkinen vallankäyttö oikeudelle korostamalla tuomioistuinten asemaa. Loughlin liittää normatiiviseen ideaalityyppiin myös lain roolin riidanratkaisussa ja sääntöluonteen korostamisen, jotka ovat teorian mukaan väistämättä kytköksissä oikeuden autonomisuuteen. Viime vuosisadan puolivä-

²² Loughlin 2003, s. 153–163

²³ Loughlin 1992, s. 58.

²⁴ Loughlin 1992, s. 59.

lissä erityisesti *London School of Economicsin* puitteissa kasvanut²⁵ julkisoikeuden *funktionaalinen* ideaalityyppi sitä vastoin näkee lain osana julkisen vallan koneistoa, ja kiinnittää huomionsa ensisijaisesti lain regulatoriseen tavoiterationaliteettiin ja sen elämää helpottavaan, yhteiskunnallisesti hyödylliseen utiliteetifunktioon. Funktionaalisen ideaalityypin kiinnostus on täten suuntautunut päämääriin; Loughlinin mukaan funktionaalinen adoptoi instrumentaalisen *poliisyy* samastuvan lähestymistavan.²⁶ Viime kädessä kysymys on siitä, että funktionaalinen ajattelutapa ei ole kiinnostunut lainkaan laista tai oikeudesta sellaisenaan, vaan joko sen *input*- tai *output* -puolesta; ”*law serves interests or ideas, but it is of no value in itself*”²⁷.

Ideaalityyppien kesken vallitseva yhteisymmärryksen puute ulottuu myös tapaan ymmärtää lain ja oikeuden suhde *common law* -oikeuskulttuurin alati läsnä olevassa jännitteessä tuomioistuinten harjoittaman *common law*’n ja parlamentin säätämän lain välillä: siinä missä normatiivinen ideaalityyppi korostaa oikeuden (*common law*) ylivaltaa suhteessa säädännäiseen statuuttioikeuteen (*legislation*), sitoutuu funktionaalinen käsitykseen statuuttioikeudesta demokraattisen legitimaation omaavana tuotoksena oikeuden korkeimpana muotona (*law*). Vastaavasti oikeuksien (*rights*) ja valtion suhde noudattaa samaa skeemaa: siinä missä normatiivinen oikeuskäsitys ymmärtää oikeuksien omaavan etusijan suhteessa julkiseen valtaan sekä hierarkkisesti että ajallisesti ja näin kärjistää oikeuksien ja valtion suhteen jopa antinomiaksi asti, funktionaalinen tapa jäsentää oikeutta ymmärtää oikeuksien kumpuavan valtiosta. Valtion katsotaan olevan oikeuksien toteuttaja ja turvaaja.²⁸

Ideaalityyppien erottelu kulminoituu lopulta toteamukseen siitä, että näiden lakia, lainsäädäntöä, oikeuksia ja demokratiaa koskevien erimielisyyksien taustalta löytyvät perustavanlaatuisesti eroavat käsitteelliset sitoumukset koskien vapautta, järjestystä ja valtiota. Normativistin vapaus samastuu negatiiviseen vapauteen, vapauteen ulkoisista rajoitteista, kun taas funktionalisti näkee vapauden kykynä ryhtyä johonkin tai nauttia jostain. Näin normatiiviselle katsantokannalle vapaus samastuu yksityisautonomian oikeudellisten rajoitteiden puuttumiseen, kun taas funktionalistin vapaus turvataan suuremmalla määrällä sääntelyä. Loughlin päättyy lopulta taustalla olevaan ratkaisevaan erotteluun: normativistin tapa jäsentää oikeutta johtaa atomistiseen käsitykseen yksilön ja valtion suhteista, kun taas funktionalismi vie tämän suhteen orgaaniseen rakennukseen.²⁹

²⁵ Poole 2011, § 60 rn. 12.

²⁶ Loughlin 1992, s. 60.

²⁷ Loughlin 2003, s. 54–55.

²⁸ Loughlin 1992, s. 60.

²⁹ Loughlin 1992, s. 60.

Tällainen *complete lack of consensus* ja siihen kytkeytyvä ideaalittyyppittely ei ole erityisen tuntematonta *Rechtsstaatin* julkisoikeudellekaan. Kuten *Christian Bumke* ja *Gunnar Folke Schuppert* osoittavat konstitutionalisoitumisanalyysissä, tällainen jännite on rakenteellisesti läsnä edelleen miltei pakotetusti *Rechtsstaatin* valtiosäännön normatiivisuudessa: Bumke ja Schuppert identifioivat useita erilaisia, toisistaan poikkeavia valtiosääntöteorioita alkaen jo mainitusta *Abendroth–Forsthoff*-jännitteestä aina *pateettisen ja teknisen* valtiosääntöymmärryksen erotteluun. Kuten tutkimuksen alussa jo viitattiin, näille yhteiseksi tekijäksi paikantuu ideaalittyyppittely *Verfassung als Rahmenordnung* ja *Verfassung als materieller Grundordnung*: siinä missä edellisessä on kyse lainsäätäjän toimintavapauttaja korostavasta, julkisen vallan käyttöä vain rakenteistavasta valtiosääntöymmärryksestä, jälkimmäinen samastuu sisällölliseen valtiosääntökäsitykseen. Bumke ja Schuppert kiinnittävät jaotteluun Loughlinin tavoin käsityksen oikeuksista ja yksilön ja julkisen vallan välisestä suhteesta: *Rahmenordnung* on *status negativus*, *Grundordnung* on puolestaan *status positivus*.³⁰ Kuten tutkimuksen kuluessa tullaan havaitsemaan, *Rechtsstaatin status positivus* ei kuitenkaan väistämättä samastu Loughlinin funktionalismiin, vaan pysyy normativismin puitteissa.

Ei ole kuitenkaan mitenkään yllättävää, että tämänkaltaisille ideaalittyyppittelyille on ominaista se, että niihin liittyy helposti houkutus osoittaa niille ominainen vastineensa poliittisen teorian diskursseissa. Näin esimerkiksi *David Dyzenhaus* yrittää rekonstruoida tällaisten samastusten kiinnekohdat poliittisten preferenssien ainakin polarisoituihin katsantokantoihin.³¹ *Adam Tomkins* viittaa samaan suuntaan, joskin pariteetin ehdottomuudesta erkaantuvalla muotoilulla: *"You do not have to be politically progressive to be a green light theorist [i.e. functionalist]³², but it usually helps if you are."*³³ Jos lähtökohdaksi otetaan edellä esitetty väite taustaoletusten ratkaisevasta merkityksestä jopa yksittäisen ratkaisun lopputuleman määrääjänä, Dyzenhausin esittämä väite merkitsisi toteen näytettynä oikeuden ja politiikan kokonaisvaltaista samastumista.

Ei olekaan mitenkään yllättävää, että Dyzenhausin kategorisoinnit ovat saaneet osakseen voimakasta kritiikkiä. Esimerkiksi *Paul Craig*in esittämän kritiikin mukaan tällainen pariteetti on kokonaan vailla todellisuuspohjaa. Craig pyrkii osoittamaan, miten Dyzenhausin esittämä kytkentä kollektivismin poliittisen teorian ja funktionalismin ideaalittyyppin välillä on perusteeton, ja toisaalta huomauttaa, että ei ole mitenkään kestävä ratkaisu parittaa esimerkiksi libertarismi

³⁰ Schuppert – Bumke 2000, s. 32–35.

³¹ Dyzenhaus 2004, s. 8.

³² Lisäys M.K.:n, ks. jäljempänä luku 2.2.

³³ Tomkins 2002, s. 159.

ja normativismi: myös libertaari pyrkii varmistamaan, että valtiollinen vallankäyttö pysyy oikeusnormien avulla omaksutun poliittisen teorian asettamissa puitteissa. Toisin sanoen, Craig osoittaa, että myös libertarismi omaksuu oikeuteen instrumentalistisen asenteen.³⁴

Pariteetin kiistävä näkökanta ei olekaan kokonaan vailla perustetta. Esimerkiksi *Raymond Plantin* uusliberalismia ja sen kritiikin mahdollisuuksia perusteellisesti jäsentävä *The Neo-liberal State* laskee perustansa *Michael Oakeshottin* ideaalityypittelylle *nomokratia/telokratia*, jossa *nomokratia* määrittyy *rule of law*'ta itseisarvonaan pitäväksi, mitään erityistä aineellista päämäärää edistämättömäksi poliittiseksi järjestelmäksi, ja *telokratia* puolestaan tietyn tai tiettyjen aineellisten tavoitteiden saavuttamiseen tähtääväksi järjestelmäksi, jossa *rule of law* saa mahdollisen merkityksensä vain instrumentaalisesti suhteessa näihin päämääriin.³⁵ Plantin varsin polarisoitu ymmärrys kategorisoi telokratian tyyppiliseksi edustajaksi kolmannen valtakunnan, Neuvostoliiton ja toisen maailmansodan jälkeiset hyvinvointivaltiokonstruktiot, kun taas saksalainen *Rechtsstaat* saa toimia nomokratian malliesimerkkinä.³⁶ Puuttumatta tässä kohdin Plantin ilmeisen ongelmallisella tavalla yksinkertaistavaan *Rechtsstaat*-käsitteeseen, on syytä huomioida Plantin nomokratiaan liittämiä huomio: päämäärättömäksi julistautuva nomokratia toteuttaa silttenkin nimenomaisesti eksplikoimiaan vapauden, turvallisuuden ja rauhan arvoja.³⁷

Myös keskustelun aloittaja Loughlin on myöhemmässä tuotannossaan pyrkinyt osoittamaan, miten dikotomia normatiivinen–funktionalistinen ei ehkä sitenkään omaa sellaista kiinteää yhteyttä mihinkään tiettyyn poliittiseen tai filosofiseen teorianmuodostukseen, että sen eri puolia olisi perusteltua pitää *kiinteärajaisena* koulukuntana. Pikemminkin kyse on tavasta tai tyylistä ajatella ja lähestyä oikeutta.³⁸ Loughlinin ajatuksenkulku jalostuu *The Idea of Public Law*'ssa julkisoikeuden puhtaaksi teoriaksi, jonka keskeiset ideat voidaan tiivistää *Martin Shapiron* alun perin muotoileman poliittisen lainkäytön (*political jurisprudence*) opin ympärille.

Loughlinin mukaan nykyinen valtio omaa pakotetun *januskasvoisuuden*: *Michael Oakeshottin* käsitteistöllä valtio on toisaalta ihmisten yhteisöllisyyden ja tästä seuraavan vallankäytön orgaanisen yhteyden *universitas (telokratia)*, toisaalta hallintoalamaisuuden ja vallan asymmetriaan perustuva *societas (nomokratia)*. Vastaavasti julkisoikeuden teorian on omaksuttava nämä molemmat puolet ja niiden keskinäinen jännite. Kun normatiivinen teoria on Loughlinin

³⁴ Craig 2005, s. 442.

³⁵ Oakeshott 2006, s. 484.

³⁶ Plant 2010, s. 7–8.

³⁷ Plant 2010, s. 12.

³⁸ Loughlin 2005, s. 363.

ajattelussa kiinnitetty yksin *societasin* puitteisiin, eikä näin pysty vastaamaan *universitasin* piirissä nouseviin kysymyksenasetteluihin lainkaan, on puhtaan teorian erkaannuttava normatiivisesta tyylistä kohti funktionalismia. Näin modernin valtion januskasvoisuuden ja sitä oikeudessa heijastelevan konstitutiivisen ja regulatiivisen simultaani jäsenitys edellyttää erkaantumista yksinomaan normatiivisista sisällöistä: ”*Public Law is neither a code of rules nor a set of principles, but a practice*”.³⁹

Tällainen oikeuden ja valtion januskasvoisuuden yhdistävä näkemys ei kuitenkaan ole mitään uutta, mutta onko se mahdollista? Kysymys ei ole vailla perustetta, ”*almost complete lack of consensus over the fundamental issues of public law*” näyttäisi viittaavan siihen, että funktionaalinen ja normatiivinen eivät saman teorian puitteisiin mahdu.⁴⁰ Vastausta tähän dilemmaan on haettu toisessa *common law*’n hallinto-oikeuden piirissä käydystä keskustelusta, jonka keskeisimmiksi ansioiksi on yleensä katsottu normatiivisen ja empiiris-funktionaalisen yhdistäminen.⁴¹ Kyse on *Carol Harlow*’n nimeen liitetystä liikennevaloteoriasta, jonka omaksumassa käsitteistössä Loughlinin dikotomia korvaantuu hallinnon erivärisillä liikennevaloilla, ja saa luottamuksensuojaa koskevaan doktrinaaliseen keskusteluun välittömästi soveltuvan sisällön.

2.2 RED LIGHT, GREEN LIGHT

Loughlinin ideaalittyyppittelyä julkisoikeuden taustasitoumuksista tapana tai tyylinä ajatella ja lähestyä oikeutta vastaa *Harlow*’n omaksumassa käsitteistössä *syvä teoria* tai *taustateoria*: tämä *deep* tai *background theory* yrittää antaa vastauksia sellaisiin yleisiin kysymyksiin, kuten oikeuden perusteltavissa oleva funktio yleensä tai kuten tässä tapauksessa, julkisoikeuden olemassaolon perusta. Taustateoria voi kuitenkin samastua myös Loughlinin tarkoittamiin arvoihin ja poliittisiin teorioihin; *Harlow*’n mukaan taustateoriaan voidaan nimittäin lukea myös sellaiset jäsennykset, jotka koskevat esimerkiksi arvojärjestelmiä jotka joko ovat tai ainakin joiden pitäisi olla kytköksissä esimerkiksi konstituutioon tai oikeusjärjestykseen yleensä.⁴² Sitä vastoin pintateoria (*shallow theory, foreground theory*) samastuu traditionaalisempaan oikeudelliseen teorianmuodostukseen, jossa on kyse lähinnä rakenteistuneesta lähestymistavasta oikeudellisiin instituutioihin. Pintateoria mahdollistaa oikeusjärjestyksen ymmärtämisen ra-

³⁹ Loughlin 2003, s. 155.

⁴⁰ Loughlin 1992, s. 59.

⁴¹ Cane 2003, s. 29.

⁴² Harlow 1994, s. 422.

kenteistuneena systeeminä, oikeusjärjestelmänä. Ilman sitä oikeus olisi lopulta-kin vain tunnetun hokeman mukainen ”*a mass of unrelated decisions*”.⁴³

Pintateoria omaa sekin kiinteät yhteydet taustateoriaan. Toisaalta on syytä huomata, että taustateoriat voivat saada erilaisia painotuksia oikeusjärjestyksen *sisällä* arvioitaessa eri oikeudellisten instituutioiden perustelluksi katsottavaa roolia. Yksittäisille instituutioille annettava merkitys ei välttämättä anna eväitä taustateorian, saati sitten siihen mahdollisesti kytköksissä olevien polarisoitujen poliittisten preferenssien rekonstruointiin. Esimerkiksi käyköön tässäkin päälle-päin ilmeisen polarisoituneelta vaikuttava *Forsthoff–Abendroth*-diskurssi. Mikäli sen konservatiiviseksi puoleksi katsotun Forsthoffin esittämä kanta *Sozialstaatin* irrottamisesta valtiosääntöisestä oikeudellisesta käyttöyhteydestä luetaan esimerkiksi nykyisen (uus)liberalismikeskustelun osaksi, tehdään esimerkiksi *Heinigin* mukaan perustavanlaatuinen virhepäätelmä. Sen paremmin Forsthoffin poliittinen ajattelu, oikeusjärjestyksen kokonaissystematiikka kuin hallinto-oikeuden tasolle ”laskettu” *Sozialstaat* mukaan lukien ei pyrkinyt *Sozialstaatin* sisällön minimoimiseen. Forsthoffin hierarkia ei tässä kohden sisältänyt aineellista arvojärjestystä. Heinigin sanoin, ”Forsthoff ist kein neoliberal *avant la lettre*”.⁴⁴ Kyse oli lähinnä oikeudellisten instituutioiden työnjaosta, joka heijasteli Forsthoffin yleistä käsitystä siitä, että hallinto-oikeudelliset kysymykset oli yleensä syytä pitää hallinto-oikeuden tasolla kiinnittämättä niitä perustuslakiin.⁴⁵

Oikeudellisten instituutioiden työnjakoon kytkeytyvä näkökohta on syytä pitää mielessä arvioitaessa hallinnon liikennevaloteoriaa, joka rakentuu kahdelle erilaiselle tavalle jäsentää *oikeuden ja hallinnon suhde*. Punaisen valon teoriassa keskeiseksi muodostuu hallinnon kontrolli oikeuden ja tuomioistuinten avulla. Teoria on kuvaus *oikeuden ja hallinnon antagonistisesta* suhteesta. Harlown omaksuman vertauskuvan mukaan laki on *red light* -teoriaan sitoutuneella eräänlainen julkisen vallan toimintaa vahtiva poliisi; julkisen vallan ulkoinen ja usein retrospektiivinen vartija. Oikeustiede ja tuomioistuimet ovat merkittävässä asemassa luomassa hallinnon oikeudellisen kontrollin mahdollistavia oikeusperiaatteita. *Red light* -teorian taustalla vaikuttaa Harlown mukaan taustateoriana liberaali poliittinen teoria, johon kuuluu muun ohella *red lightin* perusteleva liberaali vapauskäsitys, jossa oikeuden tehtäväksi jää vapauksien ja oikeuksien suojaaminen julkisen vallan interventioilta.⁴⁶ Keskeisiksi esimerkeiksi punaisen valon teorioista nousee Harlown ajattelussa instituutioiden joukosta *rule of law* ja hen-

⁴³ Harlow 1994, s. 422.

⁴⁴ Heinig 2008, s. 25.

⁴⁵ Meinel 2007, s. 787.

⁴⁶ Harlow – Rawlings 2009, s. 6.

kilöiden joukosta tässä tutkimuksessa myöhemmin suurennuslasin alle joutuva *Albert Venn Dicey*.

Vihreän valon teorialla sitä vastoin rakentuvat ajatukselle lain ja hallinnon symbioottisesta suhteesta. Laki, ja erityisesti laki hallinto-oikeuden merkityksessä on hyödyllinen edistymisen väline. Hyvinvointivaltio hallinnollista valtaa oikeuden kustannuksella korostavana hallintovaltionakin (*administrative state*) on toivottava kehityssuunta. Hallinto-oikeus tieteenalana on kiinnostunut oikeudellisen kontrollin mahdollistavien periaatteiden asemesta päämäärien tehokkaasta toteuttamisesta; kiinnostus suuntautuu julkisen vallan toimivallan ja sen rajojen määrittämisen asemesta julkisen vallan *tehtäviin* ja niiden tosiasialliseen *toteuttamiseen*. Hallintotoiminnan kontrolli painottuu poliittiseen ja demokraattiseen vastuunalaisuuteen sekä hallinnon sisäiseen valvontaan. *Green light* -teorialle onkin usein ollut ominaista pyrkimys tuomioistuinten harjoittaman *judicial review*'n alan ja sisällön minimointiin, sillä tuomioistuinten harjoittama julkisen vallan oikeudellinen kontrolli legalismiin sitoutuneine arvoineen on nähty epädemokraattiseksi kehityksen esteeksi. Keskeisiksi esimerkeiksi vihreän valon teorioista nousee Harlow'n ajattelussa instituutioiden joukosta *hyvinvointivaltio* ja henkilöitymäksi *Harold Laski*.

Harlow'n liikennevaloteoria on kohdannut runsaasti kritiikkiä. On esimerkiksi viitattu siihen, että liikennevalojen dikotomia on – kielellinen esikuvakin huomioiden – perusteeton: hallinto-oikeuden ja hallinto-oikeustieteen suhdetta kohteeseensa tulisi luonnehtia sittenkin myös Harlow'n aiemmin omaksumana keltaisena valona (*amber light*)⁴⁷. Esimerkiksi *Adam Tomkinsin* mukaan kokonaisvaltaisen teorian olisi pystyttävä sulauttamaan sekä punainen että vihreä valo; oikeusjärjestyksen julkisen vallan käytön restriktiiviset pidäkkeet ja julkisen vallan käytön aineellisoikeudellinen konstituutio, yksilöiden oikeuksien suojeleminen ja julkisten intressien edistäminen.⁴⁸ Keltaisen valon hallinto-oikeus sitoutuu edelleen punaisen valon keskeisiin ideoihin, oikeuden eroon ja ylivaltaan suhteessa politiikkaan ja julkisen vallan käytön rajoittamiseen lain avulla hallinnon lainalaisuutta korostamalla. Punaisen valon perinteisistä muodoista keltaisen valon erottaa lähinnä sitoutuminen sääntöorientoituneeseen oikeusjärjestyksen asemesta periaateorientoituneeseen oikeusjärjestykseen, jossa korostuu perus- ja ihmisoikeuksien oikeusjärjestyksen perusteita määrittävä asema. Keltainen valo eroaa kuitenkin punaisen valon teorioista ainakin siinä suhteessa, että se korostaa tuomioistuinten asemaa ja legitimitettiä enemmän kuin punaisen valon teoria myöntämällä niille perus- ja ihmisoikeuksien normatiivisen merkityksen perusteella syvälle hallinnon toimivaltaan ulottuvan laillisuuskontrollin mahdollisuu-

⁴⁷ Harlow – Jennings 1997, s. 91 ss.

⁴⁸ Tomkins 2002, s. 157.

den.⁴⁹ Modifiointi saattaa kuulostaa *red lightin* omaksuma myötämielisyys tuomioistuimille huomioiden oudolta, mutta kuten jäljempänä huomataan, perinteinen *red light* ei *Wednesbury unreasonableness* -doktriinin puitteissa sen taustalla olevat valtiosääntöiset sitoumukset huomioiden myöntänyt johtotähdelleen – hallintoon kohdistuvalle *judicial review’lle* – aineellisesti laajaa toimivaltaa. *Red lightin* perinteistä *review’tä* leimasi lähinnä äärimmäinen *judicial restraint* myös hallinto-oikeustieteen doktriinin piirissä.⁵⁰

Keltaisen valon teoria ei kuitenkaan eroa punaisen valon perussitoumuksista: kyseessä on selkeästi normativistinen teoria, joka pyrkii saattamaan hallinnon oikeudellisen kontrollin alle. Sitä voitaisiin ehkä luonnehtia jäljempänä tutkimuksen kuluessa tarkemman erittelyn kohteeksi joutuvan *common law constitutionalism* -päivityksen saaneeksi *red light* -teoriaksi. Tästä johtuen myös tässä tutkimuksessa pidättäydytään *Harlow’n* ja *Jenningsin* uusimmassa painoksessa omaksuttuun ratkaisuun, joka säilyttää *punainen–vihreä*-dikotomian perusteltuina jaotteluna myös nykypäivän hallinto-oikeustieteen jäsentämisessä.⁵¹ Tutkimuksen kuluessa käy kuitenkin ilmeiseksi, että nykypäivän hallintotoiminnan oikeudellista kontrollia korostava *red light* vastaa oikeusperustaisen oikeusajattelun vallatessa *common law’n* julkisoikeutta sisällöltään pitkälti keltaista valoa.

Sisällöllisen hienosäädön ohella liikennevaloteoriaa vastaan on esitetty myös sen olemassaolon oikeutukseen kohdistuvaa kritiikkiä. Esimerkiksi *Peter Cane* on viitannut liikennevaloteorian ympärillä yleisesti ja erityisesti sen taustateorioiden ympärillä käytävään keskusteluun turhana akateemisena reviiritisteluna (*academic turf war*). Canen kritiikin mukaan *Harlow’n* liikennevaloteoria tekee perusteettomia samastuksia liikennevalojen (*foreground theory*) ja kulloisenkin taustateorian välillä. Cane esimerkiksi huomauttaa *Harlow’n* positivismiin ja siihen kytketyn punaisen liikennevalon omaksuneen julkisoikeudelliseen teorianmuodostukseen kohdistetun kritiikin itse asiassa suuntautuneen oikeusperustaiseen, ei-kommunitaristiseen poliittiseen individualismiin, jonka *Harlow* (Cane mukaan ilmeisen perusteettomasti) väittää samastuvan punaiseen liikennevaloon.⁵² Canen esittämä kritiikki tekee tässä kohdin tärkeän huomion: hallinnon liikennevalojen kannalta keskeinen erottelu liittyy *tuomioistuimiin ja niiden roolin painotuksiin*, eikä niinkään lain ja politiikan (lain taustateorian merkityksessä) suhteeseen.

Kysymys tuomioistuinten perustellusta roolista on tietysti luonteeltaan huomattavan laaja julkisoikeudellinen ikuisuuskeskustelu, johon kuuluvat muun

⁴⁹ Tomkins 2002, s. 160.

⁵⁰ De Smith et al. 1999, s. 21.

⁵¹ Harlow – Jennings 2009, s. 45.

⁵² Cane 2003, s. 7–8.

ohella saksalaiset, nykyisin usein *Böckenförden* nimeen liitetty⁵³, *René Marcicin Vom Gesetzesstaat zum Richtersstaat*⁵⁴ -puheenvuoron jo 1950-luvulla herättämät tuomarivaltiokeskustelut ja niitä asiallisesti ainakin osittain uusintava *Ran Hirschlin* nimeen liitetty *juristocracy*-kritiikki.⁵⁵ Myös Englannin *common law*'n piirissä voidaan tässä kohdin todeta niin liikennevaloteorioiden kuin normatiivisen ja funktionaalisen erottelun kytkeytyvän nimenomaan tuomioistuinten aseman välityksellä yleiseen konstitutionaaliseen kysymyksenasetteluun brittiläisen konstituution luonteesta *poliittisena tai oikeudellisena* normistona. Rajalinja tässä keskustelussa paalutetaan lopulta nimenomaan tuomioistuinten aseman suhteeseen parlamentin suvereenisuuteen. Siinä missä oikeudellinen konstituutio korostaa oikeuksia tuomioistuimessa toteutettavina, lainsäätäjän omnipotenssista irtoavina konstitutionalisina oikeuksina, poliittisen konstituution sitoumukset omaksuvat tuomarivaltiokritiikin keskeiset ideat.⁵⁶

Näihin perusteiltaan toisistaan eroaviin, Suomen oikeusjärjestyksen piirissäkin⁵⁷ käytyihin keskusteluihin ei ole tässä yhteydessä tarkoituksenmukaista erikseen laajasti paneutua. Tämän tutkimuksen sitoumusten kannalta lienee riittävää todeta, ettei Suomen valtiosääntöoikeuden nykyinen doktriini näe ainakaan tuomarivaltiokeskustelun viittaaman ylioikeudellistumisen muodostavan nykypäivän oikeudellisissa käytännöissä vakavasti otettavaa uhkaa. Väitettä tukee esimerkiksi *Veli-Pekka Viljasen* perustuslakivaliokunnan käytännöstä tekemä, ylikonstitutionalisoitumiskritiikkiin vastaava havainto, jonka mukaan ”perusoikeudet eivät ole juurikaan estäneet lainsäädäntöhankkeiden läpivientä sinänsä, vaan kyse on ollut pikemminkin siitä, miten hallituksen esityksen taustalla oleva lainsäädännöllinen tavoite on toteutettavissa perusoikeudet huomioon ottavalla tavalla”.⁵⁸ Viljasen mukaan perustuslakivaliokunnan harjoittamassa *perustuslakikontrollissa on kyse lähinnä hallituksen esitysten hienosäädöstä*, eikä niiden taustalla piilevien tavoitteiden riitauttamisesta. Tuomarivaltiouhan asemesta voidaan ehkä puhua alikonstitutionalisoitumisesta: esimerkiksi valtiosääntöisissä käytännöissä näyttää *Juha Lavapuron* esittämän kritiikin perusteella vallitsevan jonkinlainen tavoiterationalismia korostava, lopputulosten kautta legitimizeettinä lunastava managerialistinen lähestymistapa, joka nimenomaisesti erkane normatiivisesta ajattelutavasta.⁵⁹

⁵³ Böckenförde 1991, s. 191.

⁵⁴ Marcic 1957.

⁵⁵ Hirschl 2004.

⁵⁶ Bellamy 2011, s. 90–92.

⁵⁷ Tuori 2003, s. 915 ss.

⁵⁸ Viljanen LM 2005, s. 1062.

⁵⁹ Lavapuro 2010v, s. 243–267.

Common law'n red light – green light -dikotomian sisällä tuomioistuinten asemaa koskeva keskustelu kuitenkin tiivistyy osittain edellä mainittujen yleisten diskurssien kanssa yhteisin perusteluin siihen, että vihreän valon teorian edustajat eivät luota tuomioistuimiin eivätkä erityisesti tuomareihin, sillä lainkäyttöön pakotetusti sisältyvä poliittinen elementti saa tuomareiden toiminnassa edustuksellisuuteen perustumattoman ja täten demokraattisen vastuun ulottumattomissa olevan vallankäytön muodon. Tämän johdosta julkisen vallan käytön painopisteen tulisi vallanjaollisesti sijaita tuomioistuinten asemasta lainsäätäjän ja hallinnon käsissä. Tämän toteuttaminen edellyttää hallinnon instituutioiden muotoilemista siten, että epädemokraattisen *judicial review'n* niihin kohdistuva valta voidaan minimoida.

Cane kuitenkin suhteellistaa havaintoaan tuomioistuinten roolin merkityksestä dikotomialle huomauttamalla kyseessä olevan lopultakin vain aste-ero: tyypillinen *green-lighter* ei suinkaan kannata *judicial review'n* hylkäämistä kokonaan sen enempää kuin punaisen liikennevalon kasvatti kieltää muiden kuin tuomioistuinkontrolliin perustuvien hallinnon valvonnan muotojen tuomioistuinkontrollia täydentävän merkityksen. Aste-ero kytkeytyy kuitenkin Canella lähinnä henkilökohtaisiin ideologisiin tekijöihin, jotka koskevat kielteistä tai myönteistä suhtautumista aktiiviseen ja oikeutta kehittävään hallinnon tuomioistuinvalvontaan: kysymys on siis ehkä sittenkin taustaoletusten varaan rakentuvasta lähtökohdasta.⁶⁰ Cane pyrkii kuitenkin eroon näiden taustaoletusten yhteydestä polarisoituihin poliittisiin preferensseihin osoittamalla historiallisten esimerkkien avulla, miten *kaikki poliittiset taustateoriat sitoutuvat tarvittaessa*, siis aineellisen oikeuden ja poliittisen taustateorian konfliktissa, *red lightin* ajatukseen *judicial review'n* hallinnon toimivaltaa rajaavan kontrollin merkityksestä.⁶¹

Näkökohta ei ole yksin *common law'lle* ominainen. Saksan julkisoikeudesta on havaittavissa samankaltainen ilmiö, joka kuitenkin paikallistui erilaiseen normijärjestelmien väliseen asetelmaan: Dieter Grimmin keskustelunavaus ”*Reformalisierung des Rechtsstaates als Demokratiepostulat?*” osoitti, miten vastaava ilmiö oli Saksassa osoitettavissa muodollisen oikeusvaltion periaatteiden osalta silloin, kun kuilu poliittisen taustateorian ja lain sanamuodosta irtoavien tulkintojen välillä kasvoi riittävän suureksi.⁶² Kaarlo Tuori viittaa samaan suuntaan todetessaan saksalaisessa oikeusvaltiokeskustelussa esitettyjen vasemmistolaisen oikeusvaltio- ja valtiosääntöpuheenvuorojen suhteen oikeusvaltiokäsitteen tulkintaan akselilla muodollinen–aineellinen olevan muuta kuin yksiviivainen; esimerkiksi käy muodollisen oikeusvaltion periaatteisiin *vetoaminen osana puo-*

⁶⁰ Cane 2003, s. 13.

⁶¹ Cane 2003, s. 13–14.

⁶² Grimm 1980, s. 24.

lustuksellista taistelua poliittisten kansalaisvapauksien puolesta.⁶³ Ajatus toimii toki myös toisinpäin. Kuten *Charles Sampfordin* analyysi luottamuksensuojadoktriinin keskiöön kuuluvasta taannehtivan lainsäädännön kiellosta osoittaa, taannehtivaan lainsäädäntöön turvaudutaan varsin laajasti poliittisen kentän eri laidoilla: luottamuksen suojaamista puoltavat ja siitä vallankäytön tehokkuuden nimissä erkaantumaan pyrkivät argumentit eivät ole siis mitenkään kategorisesti kiinnittyneet pariteettiin sen paremmin edistyksellisen kuin konservatiivisen otikon saaneisiin poliittisiin teorioihin.⁶⁴

Pariteetissa voikin olla kyse vain havaittavuudesta. *Philip Kunigin* oikeusvaltioanalyysi *Das Rechtsstaatsprinzip* nimittäin väittää, että Grimmin osoittama asetelma, jossa taustaoletusten ja poliittisten preferenssien pariteettiteesin mukaan anomaliaksi määrittyvä tilanne, jossa poliittinen vasemmisto peräänkuuluttaa sille perinteisesti vieraaksi katsotun muodollisen oikeusvaltion periaatteiden ylläpitoa paljastuukin vain kysymykseksi havaittavuudesta. Kunigin analyysin mukaan muodollisen oikeusvaltion periaatteisiin vedotaan osana strategista argumentaatiota poliittisen kentän kaikilta laidoilta, mutta koska kentän vasen laita on Saksassa historiallisesti ollut aktiivisempi hyödyntämään perustuslakiin nojaavaa valtiosääntöpoliittista argumentointia, valikoituu se helpommin tarkastelun kohteeksi.⁶⁵

Voitaisiin ehkä ajatella niinkin, että tässä kohdin kyse ei ole oikeudellisesta argumentaatiosta lainkaan, vaan niin Grimmin, Tuorin kuin Kunigin viittamat puheenvuorot ovat osa politiikkaa. Väite ei ole kokonaan perusteeton: oikeutta ei voine oikeudeksi tunnistaa vain sen sisällön perusteella. Esimerkiksi *Aki Rasilainen* osoittaa väitöskirjatutkimuksessaan Suomen poliittisen kulttuurin olleen ainakin tasavallan syntyaikoina siinä määrin legalistinen, että politiikka koostui osin oikeudellisesta argumentoinnista⁶⁶ – tai ainakin sellaisen sisältöön samastuvista argumenteista. *Philip Blair* viittaa siihen, että ainakin ulkoapain katsottuna, brittiläisten silmälasien läpi tarkasteltuna Saksan poliittinen järjestelmä vaikuttaa edelleen omaavan tällaisia piirteitä: erityisesti perustuslain säännöksiä käytetään usein strategisessa poliittisessa argumentoinnissa nimenomaan politiikan kentällä.⁶⁷ Ero tällaiseen (kvasi-)oikeudelliseen argumentointiin politiikassa on kuitenkin olennainen: nyt arvioinnin kohteena olevat puheenvuorot on esitetty oikeudellisissa käytännöissä. Vaikka esittämiskonteksti sivuutettaisiinkin, vaikuttaisi siltä, että esitettyjen kantojen rubrisointi politiikan alle olisi tässä kontekstissa jopa kehäpäätelmän oloinen.

⁶³ Tuori 1990, s. 129–130.

⁶⁴ Sampford 2006, s. 1. ss.

⁶⁵ Kunig 1986, s. 26.

⁶⁶ Rasilainen 2004.

⁶⁷ Blair 1978, s. 348 ss.

Vaikka kyseessä onkin Loughlinin tarkoittamia taustateorioita ehkä vielä etäisemmän yhteyden oikeuteen omaavan poliittisen järjestelmän suhteesta punaista liikennevaloa vastaavaan ilmiöön, osoittaa saksalainen keskustelu tältä osin kuitenkin ehdottoman pariteetin olemattomuuden: mistään rakenteellisesta anomaliasta ei siis ole kyse.⁶⁸ Tässä valossa käy ymmärrettäväksi myös suomalaisen ns. vaihtoehtoisen lainopin sitoutuminen muodollisen oikeusvaltion periaatteisiin sellaisessa historiallisessa jatkumossa, jossa vaihtoehtoinen lainoppi muotoilee keskeiset sitoumuksensa marxilaisen oikeustieteen laskemalle perustalle.⁶⁹

Common law'ssa käytävän nykyisen keskustelun osalta on toki huomattava, että vaikka esimerkiksi Canen esittämät historialliset esimerkit eivät ehkä kaikilta osin vakuuta, ja Harlow'n kritiikin kruunuksi ilmeisesti ajateltu luettelo Englannin julkisoikeuden arvoista⁷⁰ esimerkiksi Craigin mukaan pikemminkin puhuu taustateorian ja hallinnon liikennevalon värin välisestä yhteydestä kuin Canen tarkoittamasta kontingentista luonteesta,⁷¹ on Canen tekemä huomio erimielisyyden kiinnittymisestä nimenomaan tuomioistuinten asemaan olennainen. Tätä näkökohtaa vain tukee Craigin esittämä kritiikki, joka kiistää Canen ja Tomkinsin *red light – green light* -dikotomioista eroon pyrkivän holismin mielekkyyden osoittamalla, että erimielisyys jää lopultakin dikotomiseksi. *In concreto* eriväriset liikennevalot tuottavat erisisältöisiä vaatimuksia nimenomaan tuomioistuinten toiminnalle esimerkiksi *judicial review*'n intensiteetin suhteen.⁷²

Craigin ratkaisuehdotus julkisoikeuden, oikeusteorian ja poliittisen teorian kytkennän ongelmaan palautuu nimenomaisesti ”dworkinilaiseen lainkäytön teoriaan”, joka Craigin ajattelussa tiivistyy ennen kaikkea vaatimukseen oikeusnormien ja kunkin yhteisön oikeuskäytännöistä konstruktiiivisesti tulkittujen sellaisten periaatteiden kuin ”*justice, fairness ja procedural due process*”⁷³ sisältöön. Käytävän keskustelun kannalta on olennaista havaita Craigin painottavan tähän pakotetusti sisältyvää ajatusta siitä, että lakiin kuuluu sen oikeusnormina välittömästi velvoittavan, oikeuksia ja velvollisuuksia määrittävän ja perustavan sisällön ohella myös se *periaatteiden kokonaisuus, joka on välttämätön osa ensin mainittujen oikeusnormien oikeuttamista*.⁷⁴ Tässä ei ole tarkoitus mennä *Dworkinin* nimeen liitetyn oikeudellisen ajattelun yksityiskohtiin; olennaista on havaita sen omaksumisen seuraukset Craigin ajattelulle ja näiden seurausten

⁶⁸ Kunig 1986, s. 26.

⁶⁹ Tuori 1990, s. 129–130.

⁷⁰ Cane 2003, s. 14–16.

⁷¹ Craig 2003, s. 24.

⁷² Craig 2003, s. 27.

⁷³ Craig 2003, s. 43.

⁷⁴ Craig 2003, s. 44.

merkitys hallinnon liikennevaloilte. Craigin ratkaisuehdotus nimittäin samastuu siihen punaiseen liikennevaloon, joka on jo edellä mainitun *common law constitutionalism* -otsikon alla omaksunut keltaisen liikennevalon keskeiset elementit.

Craig on nimittäin useassa eri yhteydessä tarkastellut *rule of law*'ta sellaisena oikeudellisena perusvaatimuksena, joka rakentuu pitkälti dworkinilaiseen oikeusteorian varaan.⁷⁵ Craigin hallinto-oikeudellisen teorian sitoumukset kiinnittyvät olennaisella tavalla siihen dworkinilaiseen ymmärrykseen oikeuden ja sen taustafilosofian yhteydestä, joka saa konkreettisen ilmiänsä tuomioistuinten harjoittamassa *judicial review*'ssä ja siinä turvatuissa oikeuksissa; oikeusperustaisessa oikeusajattelussa. Kuten jäljempänä kuitenkin havaitaan, on Englannin *common law*'n teorianmuodostus koskien *subjektiivisia* julkisoikeudellisia oikeuksia ja niiden luonnetta vielä alkutaipaleellaan: perinteinen *common law*'n public law right on oikeudellisena kategoriana erotettavissa sen yksityisoikeudellisesta vastineesta lähinnä institutionaalisella perusteella.⁷⁶

Julkisoikeudellisten oikeuksien kesken oleva kehitysprosessi tekee siitä kuitenkin hedelmällisen tutkimuskohteen prosessissa, jonka tarkoituksena on muun ohella ymmärtää sitä logiikkaa, miten luottamus ja sen suojaaminen täydentävät oikeuksia. Kuten tutkimuksen kuluessa tullaan huomaamaan, oikeuksia täydentävä luottamuksensuojadoktriini ei ole sen paremmin Englannin kuin Saksan julkisoikeuden sivuraiteilla. Erityisesti Englannissa luottamuksensuojakeskustelu toimii olennaisena osana keskustelua, joka koskee oikeudellisten instituutioiden perusteltavissa olevaa työnjakoa. Näin tässäkin tutkimuksessa pyritään hahmottamaan, minkälaisen ideaalityypisen oikeudellisen työnjaon luottamuksensuojanäkökohdat tuottavat eri instituutioiden välille. Kyse on *common law*'n ideaalityypittelyiden tapaan lähinnä siitä, miten tuomioistuimiin tulee suhtautua: tutkimuksen kuluessa pyritään selvittämään, onko luottamuksensuoja-ajattelulla käyttökelpoisuutta hallintolainkäytön kahden perusfunktion, oikeusturvan antamisen ja objektiivisen laillisuuskontrollin välisessä rajanvedossa ja sen tuottamassa tuomioistuinten oikeuskulttuurisessa itseymmärryksessä. Tuomioistuinten ja niiden roolin painotuksiin liittyvän keskustelun merkitys hallinnon liikennevaloilte tutkimuksen tässä vaiheessa avautuu kuitenkin vasta vakiintuneeman mannermaisen diskurssin avulla: miten julkisoikeuden oikeudet toimivat eriväristen liikennevalojen palaessa?

⁷⁵ Craig 2005, s. 440.

⁷⁶ Oliver 2000, s. 338.

2.3 OIKEUDET JULKISOIKEUDESSA

Paul Craigin viittaama oikeusperustainen oikeusajattelu kytkeytyy mannermaisesti oikeuskulttuurissa olennaisilta osiltaan, joskaan ei toki läheskään jäännöksittä, perustuslain perusoikeussäännöksiin. Perusoikeuksille voidaan kuitenkin antaa erilaisia merkityksiä oikeusperustaisenkin oikeusajattelun kontekstissa; se ei oikeastaan edellytä muuta kuin oikeuteen omaksuttavaa oikeuksista kumpuaavaa näkökulmaa. Myös oikeuksille voidaan antaa varsin erilaisia sisältöjä ja toimintalogiikoita jopa saman perusoikeussäännöksen sanamuodon puitteissa. Tähän ajatukseen palataan myöhemmin erityisesti suhteellisuuspriaatteen yhteydessä. Tutkimuksen lähtökohtien muotoiluun riittää karkea rakenteellinen ymmärrys oikeuksien suhteesta niiden rajoitettavuuteen.

Martin Borowski erottelee teoksessa *Grundrechte als Prinzipien* kaksi toisistaan poikkeavaa mallia oikeuksien toimintalogiikalle; *Innen-* ja *Außentheorien*. Nämä erilaiset oikeuskäsitykset eivät ole Borowskin mukaan keskenään yhteensouvia. Saksan siviilioikeuden historiasta lainatulla käsitteparilla on Borowskin mukaan määrä kuvastaa oikeuden tuottaman tehokkaan suojan rajojen lähdettä. *Außentheorie* näkee tehokkaan suojan määrittyvän lopulta kunkin oikeuden ulkoisten rajoitusten mukaiseksi, kun taas *Innentheorie* lähtee ajatuksesta, jonka mukaan kunkin oikeuden tuottama tehokas suoja määrittyy lopulta oikeudesta itsestään.⁷⁷

Außentheorie sitoutuu kunkin oikeuden kohdalla konstruktion, joka erottaa toisistaan oikeuden soveltamisalan ja sen rajoitukset. Oikeuden soveltamisalaa vastaa *prima facie* -oikeus, oikeus *an sich*. Tämä oikeus *an sich* ei kuitenkaan kerro sen tuottamasta tehokkaasta suojasta. Suojan ala määrittyy vasta, kun oikeuteen kohdistuvien ulkoisten rajoitusten legitimitetti on kussakin soveltamistilanteessa erikseen osoitettu. Tehokkaan suojan alaksi määrittyy kussakin yksittäistapauksessa se, mitä *prima facie* oikeudesta rajoitusten soveltamisen jälkeen jää jäljelle.⁷⁸ Julkisoikeudessa on vakiintuneesti jäsennetty tällaista lähestymistapaa termillä ”*Schutzbereich-Eingriff-Schranken-Schema*”,⁷⁹ jossa *Schutzbereich* viittaa oikeuden soveltamisalaan, *Eingriff* julkisen vallan siihen kohdistamaan rajoittavaan toimeen ja *Schranken* tämän toimen mahdollisesti oikeudellisesti legitiimistä perustelusta; oikeuden rajoituksesta.⁸⁰ Tässä omaksutun kielikäytön mukaisesti jatkossa tässä tutkimuksessa viitataan myös kirjoittamattoman oikeusperiaatteen *Schutzbereich*-alaan termillä soveltamisala, vaikka siltä

⁷⁷ Borowski 1998, s. 29–31.

⁷⁸ Borowski 1998, s. 29–31.

⁷⁹ Borowski 2006, s. 228.

⁸⁰ Isensee 2011, § 191 rn. 105.

tarkkaan ottaen sellainen puuttuukin: oikeusperiaatteen soveltaminen ei ole terminologisesti välttämättä kestävä ajatus ainakaan vakiintuneen, tässä tutkimuksessa muuten sivuutettavan *säännöt-periaatteet*-keskustelun käsitteistöllä.

Innentheorie sitä vastoin näkee kunkin oikeuden soveltamisalan ja tehokkaan suojan samansisältöisenä. Kyse ei ole kuitenkaan siitä, että oikeudet yleensä nähtäisiin laajan soveltamisalan omaavina ehdottomina oikeuksina, vaan *Innentheorien* voi sanoa keskittyvän lopputulokseen. Oikeus samastuu sen käytännössä tuottamaan tehokkaaseen suojaan. Tämän samastuksen johdosta ei ole mielekäästä edes puhua rajoituksista, vaikka on ilmeistä, että esimerkiksi perusoikeussäännöksen sanamuotoon perustettavissa olevan oikeuden ja tehokkaan suojan välillä voi olla olennainen laajuusero. Borowskin ajattelussa tämä ero kuitenkin määrittänyt kunkin oikeuden sisältä. Esimerkiksi omaisuuden osalta voidaan kysyä, mitä on oikeuden tarkoittama normaali käyttö. Näin määrittyneen oikeuden suoja muodostuu lopulta kapeaksi, mutta ehdottomaksi: kyse on säännön luonteisesta normista.⁸¹

Suomalainen julkisoikeus tunnistaa vastaavan keskustelun erityisesti perusoikeusuudistuksen yhteydessä tapahtuneena perusoikeusjärjestelmän yleisten oppien, erityisesti perusoikeuksien rajoitusedellytysten, muutoksena. Tuskinpa on liioiteltua väittää perusoikeusuudistuksen ja siihen (ainakin ajallisesti) liittyvän oikeuskulttuurin murroksen erään keskeisen elementin samastuvan muutokseen akselilla *Innentheorie–Außentheorie*. Kapeat, pistemäiset, mutta toisaalta soveltamisalallaan miltei ehdottomat perusoikeudet transformoituivat laajan soveltamisalan omaaviksi, mutta oikeudellisin kriteerein rajoitettaviksi oikeuksiksi. Keskeisimmän esimerkin tällaisesta kehityksestä osoittaa Pekka Länsineva hahmottaessaan omaisuudensuojasäännöksen tulkinnan muutosta.

Länsineva osoittaa tutkimuksessaan perusoikeuksista ja varallisuussuhteista, miten suomalaisen perusoikeusjärjestelmän viime vuosikymmenten (tässä yhteydessä historiallisena tapahtumasarjana notoriseksi seikaksi jäävä) muutosprosessi sisältää myös *Innentheorie–Außentheorien* tasolla tapahtuvan liukuman (perus)oikeuksien toimintalogiikassa. Länsineva paikallistaa muutoksen muun ohella perinteistä omaisuudensuojan *Innentheorien* tarkoittamaa sääntöluonteista toimintalogiikkaa täydentävään *Außentheorien* edellyttämään näkemykseen oikeuksista periaatteina.⁸² Tässä yhteydessä ei kuitenkaan ole enää erityisen hedelmällistä syventyä *säännöt-periaatteet*-jaottelua koskevaan keskusteluun sen oikeusdogmaattisessa muodossa. Tämän tutkimuksen tarpeisiin riittää, kun todetaan mainitun *Außentheorien* ja sen ainakin oikeuksien julkisen vallan käyttöä vastaan asettuvan *Abwehr*-ulottuvuuden kantaman *Schutzbereich-Eingriff*-

⁸¹ Borowski 1998, s. 31, 75.

⁸² Länsineva 2002, s. 95–98.

Schranken-Scheman sekä erityisesti siihen sisältyvän, jäljempänä tarkasteluun tulevan suhteellisuusperiaatteen miltei pakotetusti edellyttävän periaatelähtöistä tarkastelutapaa oikeuksiin: kunkin oikeuden ulkoa konstruoitavien rajoitusten legitimitettä ei ole mallissa mahdollista tarkastella ilman periaateargumentointiin samastuvaa kysymystä rajoituksen sisällöllisestä legitimitetistä. Näin on jo miltei vakiintuneesti katsottu myös saksalaisessa julkisoikeudessa; esimerkiksi *Robert Alexyn* perusoikeuskäsitys nojaa olennaisesti perusoikeuksiin optimoitavina periaatteina.⁸³ Vaikka kyse ei ilmeisesti olekaan normiteoreettisesta, vaan Saksan perustuslain sisällöstä johtuvasta luonnehdinnasta, ei tämä perustelukonteksti *sulje pois ajatusta* vastaavan normilogiikan omaksumisesta Suomen oikeusjärjestykseen.

Außentheorien väistämättömästä seurauksesta, oikeuksien soveltamisalan laajuudesta ja niiden periaateluonteisuudesta seuraa myös niiden varaan rakennettujen oppirakennelmien laaja-alainen merkitys koko julkisoikeuden doktriinia rakenteistavana. Vaikka esimerkiksi saksalainen oikeusperiaatekeskustelu julkisoikeudessa paikallistuu ensi sijassa valtiosääntöisiin konteksteihin, ei edellä jo viitattu ”... *als konkretisiertes...*” -näkökulma huomioiden mainittu keskustelu menetä merkitystään siirryttäessä hallinto-oikeuden tasolle. Esimerkiksi *Matthias Ruffert* huomauttaa valtiosäännöstä peräisin olevien, perustavanlaatuisiksi katsottavien periaatteiden kuten oikeusvaltio-, suhteellisuus- ja luottamukSENSUOJAPERIAATTEIDEN säilyttävän valtiosääntöisen kytkentänsä myös hallinto-oikeudellisessa kontekstissa – myös hallinto-oikeudelliselta laintasoiselta sääntelyltä muuten puuttuva *Verfassungsrang* mukaan lukien.⁸⁴ Laintasoinen hallinto-oikeudellinen sääntely ja sen mahdollinen sääntöorientoitunut subsumtiolooGINEN soveltaminen saa alati täydennyksekseen valtiosääntöisiin periaatteisiin palautuvan punnintalogiikan.⁸⁵

Tutkimuksen kuluessa selviää tarkemmin, miten ja millaisella laajuudella positiivisen oikeuden ja oikeusperiaatteiden välinen työnjako on järjestetty Saksan julkisoikeudessa ja Englannin *common law*’ssa. Tutkimuksen kuluessa pyritään rakentamaan tapaa jäsentää myös suomalaisen julkioikeuden yleiset opit sellaisella *ideaalityyppisellä* työnjaolla, jossa positiivisoikeudellisen lainsäädännön olemassaolo ja sen pohjalta kasvavat legaliteettivaatimukset eivät merkitse sitoutumista oikeuden sääntöluonteisuuteen tai siihen kytköksissä olevaan tavoiterationaliteetin monopoliin. Ajatuksena on, että myös suomalaisen julkisoikeuden työnjakoa jäsennettäessä voidaan oppia esimerkiksi Saksan julkisoikeudessa omaksutusta, Saksan perustuslain sanamuotoihinkin kirjatusta oikeusvaltiolli-

⁸³ Alexy 1986, s. 414.

⁸⁴ Ruffert 2006, § 17, rn. 56.

⁸⁵ Stolleis 2006, § 2, rn. 110.

sesta *Gesetz und Recht* -erottelusta ja sitä *common law*'n piirissä vastaavasta oikeudellisten instituutioiden työnjaosta tuomioistuinten hallitseman *common law*'n ja parlamentin käsissä olevan statuuttioikeuden välillä.

Tällaisen jäsenyyksen tuottama orientaatio oikeusperiaatteisiin ei pyri olemaan mikään erityisen uusi tapa ymmärtää suomalaista julkisoikeutta, pikemminkin päinvastoin: periaatelähtöisen tai -hakuksen ajattelutavan voidaan perustellusti katsoa olevan jo siinä määrin juurtunut myös Suomen oikeudellisiin käytäntöihin ainakin julkisoikeudellisen teorianmuodostuksen puitteissa, että siihen nojautuminen hallinto-oikeudellisessa tutkimuksessa ei tarvitse enää erityisen seikkaperäistä perustelua. Tämä ei kuitenkaan merkitse siihen kohdistuvan kritiikin sivuuttamista. Tähän kritiikkiin vastataan tutkimuksessa kahdella tasolla. *Ensinnäkin* tutkimuksen kuluessa otetaan nimenomaisesti kantaa useissa eri yhteyksissä niihin uhkatekijöihin, joita tällaiseen oikeuskäsitykseen on käsitetty sisältyvän. *Toiseksi* otetaan huomioon se seikka, että tällaisen periaatekeskustelun aktiivisin aika esimerkiksi Saksan julkisoikeudessa sijoittui jo viime vuosituhatluvalla. Tämän jälkeen erityisesti hallinto-oikeudellinen doktriininmuodostus on käynyt läpi ainakin julkilausutusti kokonaisvaltaisen uudistuksen otsikon *Neue Verwaltungswissenschaft* alla.

2.4 NEUE VERWALTUNGSRECHTSWISSENSCHAFT

Vaikka *Wolfgang Hoffmann-Riem* aloittaa panoksensa uuden hallinto-oikeustieteen metodikeskusteluun väittämällä saksalaisen (hallinto-)oikeustieteen motto-
na olleen pitkään metodisen keskustelun vähäisyyden viittaamalla mottoon ”*Eine Methode hat man, über Methode spricht man nicht*”⁸⁶, ei suomalaisesta perspektiivistä katsoen saksalaista hallinto-oikeuskeskustelua voi syyttää aina-
kaan metodikeskustelun olemattomuudesta. Pikemminkin vaikuttaisi siltä, että saksalaista keskustelua hallitsevat aina säännöllisin väliajoin pinnalle nousevat doktriinin uudistamispyrkimykset, jotka sisältävät perusteisiin asti ulottuvan laajan ja vilkkaan metodikeskustelun tai sen sisältö paremmin huomioiden: metodi-
riidan, *Methode- und Richtungsstreit*.⁸⁷ Tunnetuin ja merkittävin näistä kytkeytyy Weimarin tasavallan aikaiseen keskusteluun, jonka osapuolina olivat *Hermann Heller*, *Carl Schmitt*, *Rudolf Smend* ja *Hans Kelsen* ja kohteena erityisesti oikeuden positiivisuus, formaalisuus ja suhde valtiosääntöön.⁸⁸

⁸⁶ Hoffmann-Riem 2004, s. 11.

⁸⁷ Möllers 1999, s. 187 ss.

⁸⁸ Unruh 2004, s. 47.

Näistä diskursseista viimeisin kytkeytyy ns. *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* -otsikon alla kulkevaan laajaan irtiottoon 1900-luvun alkupuolelta vallinneesta, hieman vaikeasti mielekkäästi suomeksi kääntyvästä mayerilaisen hallinto-oikeuden oikeudellisesta metodista (*Juristische Methode*).⁸⁹ Tosin heti alkuun on syytä huomauttaa, että mitään yhtenäistä tämän otsikon alle kategorisoitavaa metodologia ei ole koskaan ollut olemassakaan. Esimerkiksi *Walter Krebs* huomauttaa laajan erimielisyyden vallitsevan kyseisen metodin sisällöstä, mutta kuitenkin siten, että yhteisymmärrys vallitsee ainakin sen omaksumista sitoumuksista koskien hallinto-oikeustieteen kohdetta: Krebsin mukaan *Juristische Methoden* kohde on eittämättä positiivinen oikeus.⁹⁰ *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* siihen suuntaamaan kritiikin mukaan tämä korostetun oikeudellinen metodi kattaa ainakin perinteisen oikeuspositivismin *huonoimmat puolet*.

Andreas Voßkuhle tiivistää *Juristische Methoden* keskeiset piirteet luonnehtimalla sitä julkisen vallan oikeudellisiin toimenpiteisiin (*Rechtsakt*) suuntautuneeksi ajattelutavaksi, joka hallinnon lakisidonnaisuuden johdosta on kiinnostunut lähinnä hallinnon pistemäiseksi nähdystä, hallintotuomioistuinten muutoksenhakuprosesseissa tapahtuvasta laillisuuskontrollista ja pitää esimerkiksi hallinnon sisäisiin prosesseihin ja toimeenpanoon suuntautuneita kysymyksenasetteluja toissijaisina. Episteemisesti *Juristische Methode* on esitetyn kritiikin mukaan sitoutunut Suomessakin oikeudellista ajattelua pitkään hallinneen muodollisen oikeuslähdeopin sitoumuksiin ja sen välttämättömään pariin; oikeusdogmatiikkaan. *Juristische Methoden* maailma on binaarimaailma, jota hallitsevat dikotomiat, kuten laillinen/laiton, yksityinen/julkinen, valtio/yhteiskunta.⁹¹

Hallinto-oikeudellisen systeeminrakennuksen keskiöön *Juristische Methode* sijoittaa ns. *Handlungsformlehren*, joka rakenteistaa hallinnon käytössä olevat toimintamuodot formaalein kriteerein. *Eberhard Schmidt-Aßmann* osoittaa tälle varsin vakiintuneelle ja dogmaattiselle opinkappaleelle kaksoisfunktion: toisaalta se turvaa yksityisen oikeusasemaa rakenteistamalla julkisen vallan käytön määrämuotoihin ja niitä koskeviin menettelyihin, toisaalta tarjoaa hallinnolle keinovalikoiman legitiimien tehtäviensä suorittamiseen.⁹² Tällaisena se muotoutuu oikeusturva-ajattelun rakenteistaman hallinto-oikeuden keskeiseksi opinkappaleeksi: esimerkiksi *Johannes Masing* lukee perusoikeuksien *Abwehr*-ulottuvuuden erityisinä konkretisoitumina hallinto-oikeudessa toimivaltaperusteen laintasoisuuden ja hallintolainkäytön tarjoaman oikeusturvan ohella nimen-

⁸⁹ Voßkuhle 2006, § 1, rn. 2.

⁹⁰ Krebs 2004, s. 213–214.

⁹¹ Voßkuhle 2006, § 1 rn. 2–7.

⁹² Schmidt-Aßmann 2006a, s. 110.

omaan julkisen vallan käytön sitomisen *Handlungsformlehren* ja siihen kytköksissä oleviin menettelyllisiin ratkaisuihin.⁹³

Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin esittämän kritiikin mukaan tämänkaltaisen tapa jäsentää hallinto-oikeutta alkoi menettää mielekkyyttään jo usea vuosikymmen sitten. 1970-luvun empiiriset tutkimukset, jotka osoittivat perustuvanlaatuksia ongelmia lainsäädännön toimeenpanon tehokkuudessa (ns. ”*Vollzugsdefizite*”), sekä hallinnon omaehtoinen irrottautuminen lainsäädännöstä ja sen toimeenpanoideaalista esimerkiksi joustaviin yhteistyömuotoihin yksityisten kanssa hallinnon itsensä kehittäminen toimintamuodoin viittasivat siihen, että *Juristische Methode* ei vastannut hallinto-oikeudellista tai hallinnollista todellisuutta.⁹⁴ Toisaalta on esitetty, että kytkös todellisuuteen oli liiankin rakenteellinen: *Ivo Appel* on viitannut siihen, että *Juristische Methoden* sitoumukset samastivat sen orientaation ja näkökulman lainkäyttöön, ja näin se vääjäämättä redusoi funktionsa *lainkäytön aputieteen* *sen praktista tiedonintressiä palvelemaan*.⁹⁵

Christoph Möllers paikallistaa *Juristische Methoden* mielekkyysongelmat normatiiviseksi miellettyyn suhteeseen hallinto-oikeuden ja valtiosääntöoikeuden välillä (”...*als konkretisiertes...*”): kun *Juristische Methode* sitoutuu mainittuun normatiiviseen jäsenyykseen, jää siltä havaitsematta hallinto-oikeudellisen ja hallinnollisen *todellisuuden* piiristä kumpuavat muutostendenssit. Niinpä *Juristische Methode* jää Möllersin mukaan kiinni valtiosäännön jähmeisiin rakenteisiin, ja johtaa usein hedelmättömiksi jääviin konflikteihin. Esimerkiksi nousee kritiikki, jota *Juristische Methode* kohdisti *hallintosopimuksiin* valtiosääntöisellä perusteella päätyen jopa epäilykseen niiden kokonaisvaltaisesta perustuslainvastaisuudesta.⁹⁶ Konfliktia on ratkottu toisinaan jopa uuden oikeudenalan synnyllä: kun suunnitteluun liittyvä oikeudellinen kysymyksenasettelu ei taipunut *Juristische Methoden Handlungsformlehren* käsitearsenaaliin, oli sen ympärille luotava oma oikeudenala, *Planungsrecht*.⁹⁷

Juristische Methoden keskiöön kuuluva *Handlungsformlehre* kohtaa *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* kritiikin erityisesti abstraktina oppina, jonka rakenteella ei ole erityistä yhteyttä kulloinkin käsillä olevan hallinnon tehtävän sisältöön, sekä *Rechtsaktin* hallinto-oikeudellisen systeemin kannalta erityispaukseen, hallintotoimeen (*Verwaltungsakt*) kiinnittyvänä oppina.⁹⁸ Erityisesti

⁹³ Masing 2006, § 7 rn. 50.

⁹⁴ Voßkuhle 2006, § 1 rn. 10.

⁹⁵ Appel 2008, s. 240.

⁹⁶ Möllers 1999, s. 195–196.

⁹⁷ Tästä ja muista esimerkeistä ks. Pauly 2011, § 58 rn. 18.

⁹⁸ Schmidt-Aßmann 2006a, s. 111–118.

Christian Bumke on kehittänyt tällaisen lähestymistavan vastapainoksi hallinto-oikeudellisen, normatiivisen oikeussuhdeajattelun varaan rakentuvaa mallia.⁹⁹

Neue Verwaltungsrechtswissenschaften metodiset sitoumukset vaikuttavat enimmäkseen perustelluilta, ja suurelta osin jo suomalaiseseenkin keskusteluun omaksutuilta. Mikäli *Juristisches Methode* samastetaan Möllersin tavoin nimenomaan oikeuspositivismiin tai Appelin lailla paalutetaan kiinni oikeusdogmatiikan ja oikeuspolitiikan rajalinjaan,¹⁰⁰ ja näin suljetaan hallinto-oikeustieteestä muu kuin *muoto* epäoikeudellisenä ja poliittisena elementtinä pois, ei *Juristisches Methoden* kritiikkiä voi pitää muuna kuin erittäin tervetulleena keskusteluna.¹⁰¹ Näin on erityisesti silloin, kun uuden lähestymistavan keskeiset doktriinin muodostuksen edellytykset sidotaan positiivisen oikeuden ja hallinto-oikeustieteen välisen suhteen määrittelyyn tavalla, joka erkanee perinteisen positivismin sitoumuksista mahdollistaen oikeuden normatiivisen kritiikin ilman, että olisi välttämätöntä luopua tieteellisestä integriteetistä politiikan hyväksi.¹⁰²

Neue Verwaltungsrechtswissenschaften sitoumukset voidaankin ymmärtää osaksi eurooppalaista julkisoikeudellista kehitystä, joka pyrkii eroon dogmaattisista ja binäärisistä metodisista sitoumuksista esimerkiksi *Matthias Kumm*in tiivistämällä tavalla kohti muodollisen, aineellisen ja empiirisen integrointia osaksi julkisoikeutta.¹⁰³ Edelleen voidaan viitata esimerkiksi monitieteisyyteen, oikeusdogmatiikan hylkäämiseen tieteellisessä diskurssissa, käsityksiin hallinto-oikeudesta yksinkertaiseen syllogismiajatteluun nojaavaa lainsäädännön toimeenpanoa huomattavasti monisyisempänä ilmiönä, eurooppalaistumiseen, yleisen ja erityisen hallinto-oikeuden väliseen symbioottiseen diskurssiin ja oikeussuhdeajatteluun. Lista on miltei loputon, sillä *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* -otsikon alle on kerätty hallinto-oikeustieteen viime vuosikymmenten merkittävät muutostendenssit: kritiikkinsä kohteen lailla sekään ei ole luonteeltaan erityisen monoliittisen homogeeninen oppi.¹⁰⁴

Neue Verwaltungsrechtswissenschaft kantaa kuitenkin mukanaan myös kritiikille alttiita piirteitä, mikäli mittareina käytetään kahta tässä tutkimuksessa edellä omaksuttua lähtökohtaa: hallinnon punaista liikennevaloa ja siihen kytkeytyvää julkisoikeuden oikeuksien *Außentheorien* mukaista luonnetta oikeuksina, joiden rajoitettavuus on oikeudellisesti kontrolloitavissa viime kädessä tuomioistuimissa, ja jotka laajan soveltamisalansa ja periaateluonteensa vuoksi rakentavat koko julkisoikeuden doktriinia. *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*

⁹⁹ Bumke 2004, s. 255 ss.

¹⁰⁰ Appel 2007, s. 233.

¹⁰¹ Möllers 2006, § 3 rn. 49.

¹⁰² Möllers 2002, s. 23–24.

¹⁰³ Kumm 2010, s. 402 ja 407.

¹⁰⁴ Pauly 2011, § 58 rn. 20.

nimittäin sisältää oikeuksien kannalta merkittävän orientaation muutoksen, hallinto-oikeustieteen painopisteen siirtymisen lainkäyttöorientoituneesta tulkintatieteestä lainsäädäntöön, hallinnon tehtäviin ja poliittiseen funktioon sekä lainsäädännön toimeenpanoon kiinnittyväksi *toiminta- ja päätöksentekotieteeksi*.¹⁰⁵ Tällaisessa muutoksessa keskeisiksi diskursseiksi muotoutuvat esimerkiksi sääntely ja ohjaus (*Steuerung*), sääntelyn vaikutukset ja seuraukset, empiirinen todellisuuden analyysi (*Realbereichanalyse*) ja *Governance*.

Terminologisesti on syytä täsmentää, että esimerkiksi *governance*-ajattelua ei voi sitäkään jäänöksettä paikantaa yhteen yhtenäiseen oppiin. Esimerkiksi Kooiman käyttää termiä *governance* kuvaamaan niitä kaikkia teorialakennelmia, jotka kohdistuvat hallinnointiin.¹⁰⁶ *Governance*-ajatteluun on sisällytetty niin liberaaleja oppirakennelmia minimalistisesta valtiosta¹⁰⁷ kuin vallankäytön ongelmien ratkaisukykyä painottavia konstruktioita.¹⁰⁸ *Governance*-ajattelun juuret voidaan paikallistaa taloustieteeseen: tarkoitus oli laajentaa illusorisen, rakenteistattamattoman *markkina*-käsitteen varaan rakentuva taloudellinen analyysi ottamaan huomioon markkinoihin kohdistuvat, talouden ulkoiset ja sisäiset rakenteelliset ohjaus- ja valvontamekanismit.¹⁰⁹ *Governance*-ajatteluun on sisällytetty monenlaisia, keskenään jopa ristiriitaisia elementtejä, jotka eivät välttämättä eroa selväpiirteisesti poliisivaltiollisista, oikeusvaltiollisista tai hyvinvointivaltiollisista vallankäytön jäsenyksistä. *Governancen* yhtenäinen nimittäjä voidaan kuitenkin paikallistaa muutosvaatimuksiin, jotka hakevat vastausta modernin hallinnon ja hallinto-oikeuden ongelmiin hylkäämällä julkisoikeuteen sisäänrakennetun valtaelementin keskeisyyden¹¹⁰ sekä samalla oikeusjärjestyksen merkityksen hallinnon ensisijaisena legitimaatioperustana.¹¹¹

Myöskään näkemys hallinto-oikeudesta ohjaustieteen jatkona tai ohjausinstrumentina ei palaudu yhteen yhtenäiseen selvärajaiseen oppirakennelmaan. Voidaan ehkä *Schmidt-Aßmannin* tavoin puhua julkisen vallan interventiohakuisesta luonteesta konkretisoituna uudeksi ohjausmalliksi, jossa hallinto sekä hallinto-oikeus hahmotetaan ensisijaisesti yhteiskunnan ohjauksen ja kontrollin välineeksi.¹¹² Ohjausteorioita yhdistää oikeuskulttuurin tasolle paikannettavissa oleva ajatus oikeuden ensisijaisesta instrumentalismista: hallinnon ja hallinto-oikeuden tehtäväksi jää tässäkin ongelmien *hallinta*.

Hallinnan varaan rakentuva hallinto-oikeus sisäistää ajatuksen, jonka mukaan sekä muodollisen että aineellisen lainsäädännön toimeenpanofunktio ei enää pysty vastaamaan asetettuihin tavoitteisiin, ja tarjoaa tilalle toimeenpa-

¹⁰⁵ Voßkuhle 2006, § 1 rn. 15.

¹⁰⁶ Kooiman 2003, s. 4.

¹⁰⁷ Rhodes 1996, s. 652–653.

¹⁰⁸ Scharpf 1997, s. 520 ss.

¹⁰⁹ Trute – Denkhaus – Kuhlers 2001, s. 452.

¹¹⁰ Ks. myös Trute – Denkhaus – Kuhlers 2001, s. 454.

¹¹¹ Niemi – Illahti 2003.

¹¹² Schmidt-Aßmann 2004o, s. 19 ss.

nofunktion transformoimista dynaamisiin, refleksiivisiin ja joustaviin valtaregiimeihin.¹¹³ Siinä missä perinteisen hallinto-oikeuden näkökulmasta relevantteja valtaregiimejä sekä niiden välisiä suhteita ovat ainakin lainsäätäjät sekä hallinnon suhde lainsäädäntövaltaan, mutta myös lainsäätäjät suhteessa perustuslainsäätäjään, hallinnalle merkityksellinen on atomistinen, tehokkuuteen perustuva regimijajattelu, jossa julkisen vallan asettamia tavoitteita ei pyritäkään toteuttamaan sitoutumalla hallinnon oikeudellisiin rajoihin.

On tietysti niin, että kaikissa *Neue Verwaltungsrechtswissenschaften* omaksumisessa teemoissa ei ole julkisoikeuden punaisen liikennevalon palaessakaan mitään erityisen kritisoitavaa. Varsin vaivatta voidaan yhtyä esimerkiksi niihin näkemyksiin, joiden mukaan perinteisen metodin saama tieto lainsoveltamisratkaisun yhteiskunnallisista vaikutuksista ja tämän tiedon hyödyntäminen osana oikeustiedettä ei tapahdu mitenkään *systemaattisen metodisen* kontrollin alla, vaan on luonteeltaan pikemminkin satunnaista. Toisaalta on kuitenkin selvää, ettei oikeustieteellä ole oman oikeudellisen osaamisensa ulkopuolella tarjottavanaan mitään erityisen rakenteistunutta tapaa jäsentää esimerkiksi yhteiskunnallista todellisuutta tai lainsäädännön tosiasiallisia vaikutuksia. Niinpä tällainen orientaatiomuutos voi redusoitua vain praktisen päättelyn merkityksen kasvamiseksi.

Tosin *Alexander Somek* viittaa siihen, että jo sellaisten punnintaa sisältävien oikeusperiaatteiden, kuten suhteellisuusperiaatteen, esiinmarssi on jo aiemmin merkinnyt perustavanlaatuisia muutoksia metodisissa sitoumuksissa: ”Whereas in the context of traditional public law, methods of interpretation had to play their role, the more recent conception of constitutional law materializes in more or less free-floating exercises of practical reasoning.”¹¹⁴ *Neue Verwaltungsrechtswissenschaften* orientaatiomuutoksen merkityksen arvioinnin voi jättää suhteellisuusperiaatetta koskevan huomion varaan: kuten tutkimuksen kuluessa tarkemmin eritellään, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaften* kritiikin kohde on jo sisäistänyt vuosikymmeniä sitten suhteellisuusperiaatteen ja siihen väistämättä kytkeytyvän sisällöllisen, tulevaisuusorientoituneen näkökulman oikeuksiin, joka pakotetusti edellyttää argumentaation avaamista myös yhteiskuntatieteelliselle ainekselle.¹¹⁵ Keskeinen normatiivinen näkökulma säilyy ainakin näiltä osin: *Fritz Ossenbühl*in arvion sanoin ”eine Revolution findet nicht statt”.¹¹⁶ Jonkun verran onkin keskusteltu, onko paradigman muutos lopultakaan sellainen, että se ansaitsee välttämättä ”*Neue*”-otsikon.¹¹⁷

¹¹³ Orly 2004, s. 365.

¹¹⁴ Somek 2009, s. 432.

¹¹⁵ Eifert 2008, s. 314–315.

¹¹⁶ Ossenbühl 2007, s. 125.

¹¹⁷ Voßkuhle 2010, s. 14.

Tulkintatieteestä erkaneva orientaation muutos saattaa kuitenkin kantaa sisäl-
lään hallinnon punaisen valon sammuttavan katkaisijan, vaikka *Neue Verwal-*
tungsrechtswissenschaftin julkilausutut sitoumukset sisältävät sen ylläpitoakin
edellyttäviä elementtejä. Esimerkiksi oppisuunnan keskeisiin vaikuttajiin kuulu-
va, nykyisin *Bundesverfassungsgerichtin* presidenttinä toimiva *Andreas Voßkuh-*
le lähtee siitä, että *Juristische Methoden* vuosikymmeniä kestänyt työ oikeustur-
van kehittäjänä ei käy reformin myötä tarpeettomaksi: ”*Im demokratischen Ver-*
fassungstaat bleibt Recht der maßgebliche Bestimmungsfaktor für das Entschei-
dungssystem der Verwaltung.”¹¹⁸ Hallinto-oikeuden ja valtiosäännön normatiivi-
sen suhteenkin Voßkuhle jättää lähtökohdiltaan koskemattomaksi; hallinto-oi-
keus toteuttaa edelleen valtiosäännön määräämää arvojärjestelmää.¹¹⁹ Samoin
esimerkiksi *Johannes Masing* painottaa, että orientaatiomuutos ei valtiosäännön
normatiivisen ytimen johdosta merkitse, että yksityinen redusoidaisiin vain
instrumentaaliseen asemaan sääntelyvaihtoehtojen tehokkuuden arvioinnissa.¹²⁰
Yksityisen oikeusturvan vartijaksi jäävät hallinto-oikeuden ”perinteiset” oikeus-
periaatteet eli ainakin oikeusvaltioperiaate sekä suhteellisuus-, yhdenvertaisuus-
ja luottamuksensuojaperiaatteet, joiden merkitystä esimerkiksi *Matthias Ruffert*
korostaa ohjaus- ja sääntelynäkökulman ylikorostumisen (”*Steuerungseupho-*
rie”) legitiiminä rajoituksena ainakin valtiosääntöisen hätäjarrun ominaisuudes-
sa.¹²¹

Kanta ei ehkä ole kuitenkaan kokonaan vakiintunut. Nimittäin huolimatta sii-
tä, että *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* on saksalaiseen tapaan ehtinyt
konkretisoidua jo useampiosaiseksi ja monituhatsivuiseksi perusteokseksi
Grundlagen des Verwaltungsrechts, on kiistatonta, että *Neue Verwaltungsrechts-*
wissenschaft ei ole tältäkään osin mitenkään monoliittisen yhtenäinen oppi. Lä-
hinnä *Juristische Methoden* kritiikin kokoelmana se mahdollistaa toisenlaisiakin
painotuksia.

Arviointi on syytä aloittaa muistutuksella: hallinto-oikeustiede on perinteises-
ti sisäistänyt itseymmärrykseensä myös metodisessa merkityksessä konstitutio-
nalismin ja siihen kytkeytyen vallankäyttöön epäilevästi suhtautuvan asenteen.¹²²
Julkisen vallankäytön epäily on lakivarausten rakenteistamassa ja oikeusturva-
ajatuksen täyttämän *Juristische Methoden* puitteissa saanut valtiosääntöön pe-
rustettavissa olevan toimivallan ja vapauden asymmetriaan samastuvan ajatuk-
sen hallinto-oikeustieteen ja muiden oikeudellisten käytäntöjen välisenä työnja-
kona. *Juristische Methode* on pitänyt punaista liikennevaloa palamassa ymmär-

¹¹⁸ Voßkuhle 2006, § 1 rn. 19.

¹¹⁹ Voßkuhle 2006, § 1 rn. 28.

¹²⁰ Masing 2006, § 7 rn. 84.

¹²¹ Ruffert 2006, § 17 rn. 107.

¹²² Ks. esim. Ossenbühl 2007, s. 125.

tämällä positionsa samaksi kuin oikeusturvaa antavan tuomioistuimen:¹²³ *toimivallan ja vapauden asymmetrian* mukaan julkisen vallan, erityisesti hallinnon, on perusteltava kaikki toimintansa, erityisesti vallankäyttönsä, yksityinen on taas lähtökohtaisesti vapaa tekemään mitä haluaa.¹²⁴ Työnjaossa myös hallinto-oikeustieteen rooliksi on jäänyt julkisen vallan käytön legitimitietin arviointi. Tämä näkökulma ei ole menettänyt merkitystään *Neue Verwaltungswissenschaften* aikanaan. *Juristische Methoden* keskeisiksi, edelleen perusteltavissa oleviksi funktioiksi on nimittäin uuden ajattelutavan aikakin todettu olevan esimerkiksi järjestelmän rationaliteetin puolustaminen, ennakoitavuuden ylläpito ja kontrollin varmistaminen.¹²⁵

Vaikka *Neue Verwaltungswissenschaften* havainto siitä, että hallinto-oikeustieteen metodisia sitoumuksia *ei ole mitenkään pakotetusti* samastettava esimerkiksi lainkäytön metodivalintoihin¹²⁶ tai oikeuslähdeopillisiin sitoumuksiin, on sinänsä perusteltu, voi mainitun asymmetrian hylkääminen samalla merkitä punaisen valon sammuttamista. Masing tiivistääkin *Neue Verwaltungswissenschaften*’n piirissä sen sitoumusten merkitsevän kokonaisvaltaista ajattelumuutosta tavassa mieltää hallinto-oikeuden funktio: ”Verwaltungsrecht wird zunehmend nicht mehr allein oder auch nur primär als Recht zum Schutz von Einzelnen verstanden, sondern als Handlungsinstrument zur Erreichung von Zielen”.¹²⁷ Muutoksen ongelmallisuus ilmenee erityisesti Appelin tavassa jäsentää hallinnon lakisidonnaisuuden ja uuden hallinto-oikeustieteen edellyttämän ohjaustieteen näkökulman kollisio: siellä missä hallinto on sidottu oikeusjärjestykseen (”*die Reichweite der Gesetzes- und Verfassungsbindung*”)¹²⁸, ei uudelle näkökulmalle ole tilaa.¹²⁹

Toisin sanoen, *Neue Verwaltungswissenschaften* perspektiivi ei kiinnity ensisijaisesti oikeuden yksityiselle tarjoamaan suojaan hallintoa vastaan. Oikeusturvan funktion relativoituminen saa eräänlaisen kulminaationsa Appelin ajatuksessa, jossa oikeusturvan määrä tuomioistuimessa muodostaa eräänlaisen summan, jonka on hallinnon toimintaedellytysten kannalta pysyttävä ilmeisen vakiona: näin esimerkiksi menettelyn oikeudellisen kontrollin korostuminen merkitsee tässä nollasummapelissä sitä, että kompensatioksi (!) aineellisen oikeuden kontrollin merkitystä on vähennettävä, ”...die Sachentscheidung von

¹²³ Hoffmann-Riem 2004, s. 20.

¹²⁴ Schmidt-Aßmann 2006b, §1 rn. 22–26.

¹²⁵ Pauly 2011, § 58 rn. 22.

¹²⁶ Hoffmann-Riem 2004, s. 11–19.

¹²⁷ Masing 2006, § 7 rn. 3., kurs. M.K.:n.

¹²⁸ Appel 2008, s. 265.

¹²⁹ Appel 2008, s. 260.

den Gerichten nicht (mehr) in vollem Umfang überprüft wird”.¹³⁰ On vaikea nähdä, mihin muuhun tällainen nollasummapeliasetus voisi perustua kuin oikeusturvalle annettavaan, hallinnon toimintaa legitimoivaan *fasadifunktion*.

Oikeusturva-ajattelun keskeisyydestä luopumisen johdosta ei ole mitenkään yllättävää, että esimerkiksi *Florian Meinel* tiivistää *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* orientaatiomuutoksen merkitsevän lopultakin irtiottoa nimenomaan *normativismiksi* kritisoidusta hallinto-oikeuden konstitutionalismista kohti *functionalistista* hallinto-oikeutta, jonka tutkimuskohteeksi redusoituu lähinnä *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* korostama hallinnon tehtävien (*Verwaltungsaufgaben*) ja niiden poliittisen luonteen muodostama kokonaisuus.¹³¹ Oikeusturvan asemesta johtotähdeksi nousee valtion tehtävien asianmukainen toteuttaminen, mikä merkitsee samalla hallinto-oikeustieteen aikaorientaation muutosta. Siinä missä *Juristische Methoden* aikaperspektiivi oli *Rechtsakt*-keskeisyyden vuoksi kiinni tuomioistuimen menneisyysorientoituneessa perspektiivissä, katsoo *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* hallinnon ja lainsäätäjän tavoiterationaliteettiin sidottuna tulevaisuuteen.¹³² Tämä erottelu johtaa lopulta siihen, että *Juristische Methoden* ja *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* välillä vallitsee Loughlinin ideaalityypittelystä tuttu ”almost complete lack of consensus over the fundamental issues of public law”.¹³³ Eifertin mukaan nimittäin *Juristische Methoden* näkökulmasta uusi hahmotus samastuu lähinnä puhtaaksi hallinto- tai oikeuspolitiikaksi, kun taas *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*’n positiosta vanha traditio on auttamaton kapea ja sellaisena historian romukoppaan kuuluva.¹³⁴

Masing konkretisoi tämän ajatuksenkulun irtiottoon Wernerin edellä jo useaan otteeseen toistetusta luonnehdinnasta hallinto-oikeudesta konkretisoituna valtiosääntöoikeutena. Masing huomauttaa, että *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* orientaatiomuutos, sääntelytieteellinen näkökulma ja siihen kytköksissä oleva ymmärrys siitä, että niin lainsäätäjä kuin hallintokin toteuttavat reaali maailmasta kumpuavien ongelmien ratkaisuun tähtääviä toimia, johtaa siihen, että demokraattiseen legitimaatioon kytkeytyvä varsin laaja harkintavalta tämän tehtävän toteuttamisessa ei mahdollista hallinto-oikeuden ja valtiosäännön suhteen tarkastelua normatiivisena konkretisointisuhteena; ”*Verwaltungsrecht ist insoweit nicht konkretisiertes Verfassungsrecht*”.¹³⁵

¹³⁰ Appel 2008, s. 274. ja erit. alav. 171 siinä.

¹³¹ Meinel 2007, s. 786.

¹³² Eifert 2008, s. 293–295.

¹³³ Loughlin 1992, s. 59.

¹³⁴ Eifert 2008, s. 300.

¹³⁵ Masing 2006, § 7 rn. 63.

Tosin esimerkiksi Eberhard Schmidt-Aßmann on edelleen esittänyt valtiosääntöisten peruseriaatteiden toimivan edelleen hallinto-oikeuden rakenne- ja tavoiteperiaatteina, jotka muodostavat hallinto- ja valtiosääntöoikeuden välille dynaamisen ja normatiivisen suhteen, joka ei kuitenkaan *Juristische Methoden* omaksumien sitoumusten tavoin *luuduta* detaljitason oikeudellisten ongelmien ratkaisua.¹³⁶ Myös Masing kiinnittää valtiosäännöstä erkaantumisen lähinnä siihen hallinnon ja hallinto-oikeuden alaan, jota ei leimaa vapausoikeuksien *Abwehr*-ulottuvuuden edelleen normatiiviseksi tunnustettava merkitys: perusoikeuksien soveltamisalalla oikeusvaltiollinen toimivallan ja vapauden asymmetria on edelleen voimissaan.¹³⁷ Näin muotoiltu hallinto-oikeus on kuitenkin vaarassa menettää *Juristische Methoden* lähtökohtaisen abstraktin ja muodollisen vapautta ja oikeusturvaa puolustavan funktion.¹³⁸ Kuten Ossenbühl osoittaa, ilmeisenä vaarana tällaisessa päätöksentekotieteessä on orientoituminen *hallinnon tehokkuuteen*: uuden hallinto-oikeustieteen uutuus näyttäytyykin vain jo perinteisen lähtökohdankin *sisäistämän*, oikeusturvan ja tehokkuuden alati läsnä olevan ristiriidan ratkaisemisena vanhasta poikkeavalla *prima facie* -asetelmalla.¹³⁹ Hallinto-oikeus omaksuu ja uusintaa *hallinnon* tulevaisuusorientoituneen tavoiterationaliteetin lähtökohtaisen etusijan yksityisen vahingoksi myös *hallinto-oikeudelliseksi* lähtökohdaksi.

Koska hallinto-oikeudellisen teorianmuodostuksen *prima facie* -lähtökohta muuttuu, voidaan katsoa kyseessä olevan varsin perusteellisen paradigmanmuutoksen. *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* voidaan jopa kärjistää luottamukSENSUOJAAN konkretisoituvan historiallisen jatkumon vastatendenssiksi. Möllers nimittäin kiinnittää huomiota siihen miltei triviaaliin huomioon oikeuden *stabilisoivasta* vaikutuksesta, että *oikeus* yleensä priorisoi menneisyyttä tulevaisuuden kustannuksella: erityisesti positiivinen oikeus sitoo tulevaisuuden menneisyyden ratkaisuihin.¹⁴⁰ Schmidt-Aßmann konkretisoi ajatuksen asymmetriaan, jonka mukaan hallinto-oikeuden perinteiset, menneisyysorientoituneet peruskäsitteet, kuten *oikeusvarmuus* ja *luottamuksensuoja*, eivät ole saaneet parikseen tulevaisuusorientoituneita vakiintuneita oikeuseriaatteita. *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* (aika)orientaatiomuutos tulkintatieteestä päätöksentekotieteeksi paikkaa juuri tätä puutetta. Se tarjoaa menneisyysorientoituneille peruskäsitteille vastineeksi uusia käsitteitä kuten *Flexibilität*, *Reformation* ja *Inno-*

¹³⁶ Schmidt-Aßmann 2006, § 5 rn. 7.

¹³⁷ Masing 2006, § 7 rn. 139.

¹³⁸ Masing 2006 § 7, rn. 150.

¹³⁹ Ossenbühl [– Lange] 2007, s. 127–128.

¹⁴⁰ Möllers 2002, s. 25.

vation,¹⁴¹ joiden asettumisesta julkisen vallan käytön oikeudellisen kontrollin mahdollistajiksi on kuitenkin varsin vähän takeita.

Ympyrä *common law*'n vihreän valon teorioihin ja funktionalismiin sulkeutuu; kuten Eifert huomauttaa, oikeudet menettävät ainakin kapean ydinalueensa ulkopuolella sisällöllisen normatiivisuutensa,¹⁴² ja samalla niiden rajoitettavuuden oikeudellisen kontrollin mahdollisuuden. Samalla julkisoikeuden periaatteet menettävät sen laaja-alaisen, julkisoikeutta periaatteiden välityksellä rakenteistavan potentiaalin, jota nykyinen julkisoikeus käyttää konstitutionalismin edellyttämän rationaliteetin, transparessin ja kontrollin ylläpitoon. *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* ytimeksi jää sen omaksumien sitoumusten mukaisesti päätöksenteon *ei-oikeudellisen* aineksen hallinta.¹⁴³

2.5 VÄLITILINPÄÄTÖS: TUTKIMUKSEN SITOUMUKSET

2.5.1 Punainen valo

Tämän tutkimuksen tekijä tunnustaa mahdollisuuden, että hallinnon vihreän liikennevalon, *Loughlinin* funktionalismin ja *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin Verwaltungsaufgaben* -näkökulman valossakin saattaa olla mahdollista tehdä mielekästä oikeudellista tutkimusta. Tässä tutkimuksessa ei kuitenkaan nähdä mielekkääksi omaksua tällaista positiota. Taustaksi tälle valinnalle voidaan viitata *Robert Thomasin* ajatukseen vastaavassa tutkimusasetelmassa: on ilmeistä, että esimerkiksi sellaisten perustavanlaatuisten oikeusperiaatteiden kuin suhteellisuusperiaatteen soveltaminen merkitsee tai ainakin voi merkitä kannanottoa yhteiskunnallisesti merkittäviin asiakokonaisuuksiin. Thomasin mukaan hallinnon vihreän liikennevalon palaessa on yhtä ilmeistä, että tuomioistuimilta ja samalla oikeudelta yleensä puuttuu legitimitetti niiden kattamien ongelmien ratkaisuun: suhteellisuusperiaatteen sisältämä punninta muuttuu tärkeytensä vuoksi *green lightin* piirissä väistämättä poliittiseksi, oikeudellisen kontrollin ulkopuoliseksi ratkaisumekanismitiksi.¹⁴⁴

Kun otetaan huomioon erityisesti luottamuksensuojan asema Saksan julkisoikeuden eräänä keskeisenä periaatteena, ja yhtäältä *common law*'n luottamuksensuojaperiaatteen kiinteä yhteys *common law*'n suhteellisuusperiaatteen, sa-

¹⁴¹ Schmidt-Aßmann 1994, s. 409–410.

¹⁴² Eifert 2008, s. 295

¹⁴³ Voßkuhle 2010, s. 28.

¹⁴⁴ Thomas 2000, s. 94.

man näkökannan voidaan epäilemättä ymmärtää koskevan myös luottamuksen-suojaperiaatetta. Kuten tutkimuksen kuluessa tullaan huomaamaan, vihreän valon funktionalismin jakamat käsitykset hallinto-oikeuden ja julkisen vallan käytön päämäärien suhteesta ovat eräs keskeinen selitystekijä arvioitaessa luottamuksensuojadoktriinia kohtaan esitettyä kritiikkiä *common law*'ssa. Luottamuksensuojadiskurssia ei kuitenkaan ole *common law*'ssa yleensä eksplisiittisesti kytketty näihin ideaalityyppeihin, vaan keskustelu käydään toisin käsiteparein. Luottamuksensuojan analyysikehikko *common law*'ssa – *judicial restraint* -ajatuksen sitoutunut ortodoksia vs. oikeusperustainen julkisoikeus – voidaan nykyisin *sisällöllisesti* hahmottaa vihreän ja edellä tarkoitetuin tavoin modifioidun punaisen valon rajalinjaksi, vaikka julkisoikeuden periaatteiden kohdalla onkin tunnustettava, että tällaiset kategorisoinnit ovat verraten relatiivisia ja riippuvat lopulta siitä, mistä näkökulmasta asioita tarkastellaan.¹⁴⁵

Tämän tutkimuksen tekijä ei kuitenkaan näe erityisen tarkoituksenmukaiseksi sitoutua oman tutkimuskohteensa oikeudellisen käsittelyn mahdollisuuden kiistäviin oppirakennelmiin jo tutkimuksen alussa. Tuomioistuinten oikeusturvatehtävä, joka antaa suojaa hallintoa vastaan, ei siis näyttäydy lähtökohtaisesti ongelmallisena: luottamuksen suojaamisen tuomioistuinten toimesta ei ajatella olevan luonteeltaan lähtökohtaisesti niille kuulumaton poliittinen ratkaisu, vaikka se usein vaikuttaa poliittisestikin merkittäviin asiakokonaisuuksiin. Tätä näkökohdtaa ei kuitenkaan enää jatkossa sidota nimenomaisesti eksplikoiden taustateorioihin. Kun tämän luvun keskeisiin havaintoihin kuuluu ainakin osin poliittisten sitoumusten varaan rakennettujen taustateorioiden ja hallinnon liikennevalojen välisen pakotetun pariteetin olemattomuus, ei tässä kohdin nähdä myöskään tarkoituksenmukaiseksi käydä seikkaperäistä keskustelua näiden *taustateorioiden* legitimitietistä ja paremmuudesta toisiinsa nähden. Tutkimuksessa ei myöskään pyritä arvioimaan tarkasteltavana olevien oikeudellisten instituutioiden suhdetta mainittuihin taustateorioihin, vaikka erityisesti saksalaisessa keskustelussa tällaista on luottamuksensuojadoktriininkin osalta harjoitettu.¹⁴⁶

Riittää, kun tässä yhteydessä toistetaan se saksalaisessa oikeustieteessä usein toistettu ajatus, jonka mukaan oikeusvaltion ja hyvinvointivaltion suhde ei ainaakaan oikeudellisina doktriineina ole luonteeltaan lähtökohtaisen antinominen,¹⁴⁷ vaan pikemminkin symbioottinen. On siis jo etäännytty varsin kauas siitä vielä viime vuosisadan puolivälissä vallinneesta ymmärryksestä, joka käsitteli mainit-

¹⁴⁵ Harlow – Rawlings 2009, s. 46.

¹⁴⁶ Schmidt 1994, s. 105.

¹⁴⁷ Schmidt-Abmann HStR 2006, § 26 rn. 95.

tua suhdetta nimenomaan perustavanlaatuisena, ratkaisemattomana ristiriitana.¹⁴⁸

Antinomian hylkäävä ajatus on eksplikoitu saksalaisessa doktriinissa aina valtiösääntötuomioistuimen käytäntöä myöten. Tuomioistuin on nimittäin viitannut siihen, että ”[d]er Sozialstaat kann auf dem Boden des Grundgesetzes nur mit den Mitteln des Rechtsstaats verwirklicht werden”¹⁴⁹. Doktriinin jatkokehittelyssä esimerkiksi *H. F. Zacherin* ajattelussa symbioosi kasvaa siitä ymmärryksestä, jossa perustuslain tarkoittama sosiaalinen oikeusvaltio (*”der Soziale Rechtsstaat”*) määrittyy hyvinvointivaltioksi, jonka sosiaaliset päämäärät toteutetaan oikeusvaltioperiaatteen asettamissa muodoissa ja rajoissa, ja vastaavasti oikeusvaltiollisuus määrittyy näiden päämäärien toteuttamisen kautta. Suhde syvenee lopulta ihmisarvon ja perusoikeusjärjestelmän muodostamassa yhdenvertaisuutta painottavassa suhteessa, joka saa kuitenkin oikeusvaltiollisesta vapaudesta seuraavat rajansa.¹⁵⁰ Näin myös luottamuksensuojan suhde erisisältöisiin taustateorioihin noudattaa samaa rakennetta: kuten tutkimuksen kuluessa tullaan huomaamaan, sen oikeuden stabiliteettia korostavasta vaikutuksesta on johdettavissa rajat varsin laajalle skaalalle julkisen vallan toimia, joiden taustalla on varsin heterogeeninen valikoima julkisen vallan päämääriä.

Tämä tutkimuksen kuluessa tarkemman sisältönsä saava ajatus antinomian hylkäämisestä ei ole tuntematon suomalaisessakaan julkisoikeudessa. Suomalaisessa oikeusvaltiokeskustelussa keskeistä on ollut pitkään erilaisten valtion valankäyttömallien periodisoinnin ja vastakkainasettelun varaan rakentuva jäsenyys. Ideaalityyppinä suomalaisesta käsityksestä toimii *Olli Mäenpään* kiteyttämä kehityskulku, jossa liberaalin oikeusvaltion formaalisrationaalinen vallankäyttö korvautuu vähitellen valtion ja hallinnon tehtävien ekspansion myötä hyvinvointivaltion aineellista oikeudenmukaisuutta tavoittelevalla palvelujen tuottamisella ja etuuksien jakamisella.¹⁵¹ Lopulta myös hyvinvointivaltion tapa järjestää hallinto korvautuu ns. modernilla hallinnolla, jolle ominaista on toimia tehokkaana ongelmien ratkaisijana.¹⁵²

Kaarlo Tuori on pyrkinyt ratkaisemaan Mäenpään periodisointiin sisältyvää oikeusvaltion ja hyvinvointivaltion vastakkainasettelua korostamalla oikeusvaltion käsitteen neutraalisuutta suhteessa hyvinvointivaltioon, joka Tuorin ajattelussa on valtion tehtäviin erityisesti sosiaali- ja terveydenhuollossa sekä koulutuksessa viittaava aineellinen käsite. Oikeusvaltiossa on puolestaan kyse lähinnä muodollisesta käsitteestä, jonka alaa ovat ne menettelyt ja muodot, joita nouda-

¹⁴⁸ Schröder 2007, s. 53.

¹⁴⁹ BVerfGE 88, 203

¹⁵⁰ Zacher 2004, § 28 m. 109–110.

¹⁵¹ Mäenpää 2003, s. 27 ss.

¹⁵² Mäenpää 2005, s. 1065–1066.

tetaan tehtävistä päätettäessä ja niitä toteutettaessa. Tuorin keskeinen väite kuuluu, että oikeusvaltion ja hyvinvointivaltion välillä ei vallitse mitään välttämätöntä vastakohtaa, vaan oikeusvaltiollisia menettelyjä ja muotoja tulee noudattaa myös hyvinvointivaltion tehtävien toteutuksessa.¹⁵³

Tutkimuksen kannalta olennaista on havaita, että oikeusvaltio viittaa Tuorin ajattelussa siis ”johonkin pysyvään modernin valtion ja oikeuden normatiivisissa perusteissa eikä vain ohimenevään kehitysvaiheeseen”.¹⁵⁴ Kyse on sen ajatuskulun jalostumisesta, jonka perusta laskettiin *Oikeus, valta ja demokratia* -teoksessa 1990-luvun alussa. Silloin kysymys konkretisoitui siihen, miksi aineellisen legitimitetin omaavassa hyvinvointivaltion oikeudessa oli kuitenkin joissain tilanteissa perusteltua toteuttaa oikeusvaltion ihanteita noudattavaa sääntelymallia. Vastaus löytyi oikeusvaltion takana piilevistä oikeuttamisperusteista, jotka erottivat oikeusvaltion yksin formaalisrationaalisesti rakentuvista positivismin tavoista jäsentää oikeusjärjestystä.¹⁵⁵

Oikeusvaltiollisuuden ja valtion tehtävien antinomian hylkääminen ei ehkä kuitenkaan heijasta suomalaisten oikeudellisten käytäntöjen omaksumaa itseymmärrystä omasta positioistaan ja oikeuden funktioista. Ilmeistä on, että suomalaiset oikeudelliset käytännöt, osa oikeustieteestä mukaan lukien, ovat perinteisesti sitoutuneet sellaisiin varsin instrumentaalisiin painotuksiin, jotka näkevät oikeuden poliittisten päätöksentekijöiden käytössä olevana välineenä ja painottavat funktionaalista lähestymistapaa hallintoon ja hallinto-oikeuteen.¹⁵⁶ Varsin perustellusti voidaan yhtyä siihen Suvirannan esittämään arvioon, jonka mukaan esimerkiksi hallinto-oikeuden yleiset opit, käsitteistö ja periaatteet jäsentävät oikeudellisia ilmiöitä pääasiallisesti käyttäen näkökulmanaan *hallintoviranomaisen ja hallinnon toimintaa*.¹⁵⁷ Tällaisesta funktionaalisesta ajattelutavasta toimii osoituksena jo sekin, että hallinto-oikeustiede on yleensä laskenut oman itseymmärryksensä *hallinnon* muutoksen historiallisen periodisoinnin varaan.¹⁵⁸ Nimenomaisemmin esimerkiksi *Heikki Kulla* on viitannut suomalaiseen hallinto-oikeudelliseen järjestelmään *lähinnä* institutionaalisen järjestelmän mukaisena.¹⁵⁹ Mainittu käsitys on elänyt erityisen vahvana myös valtiosääntöoikeudessa, erityisesti *Antero Jyrängin* eksplikoimana: valtiosääntöoikeuden vakiintunut ja perinteinen tutkimus asemoi itsensä näkökulmaan valtiollisista instituutioista ja

¹⁵³ Tuori 2003, s. 240.

¹⁵⁴ Tuori 2003, s. 240.

¹⁵⁵ Tuori 1990, s. 48–50.

¹⁵⁶ Kulla LM 2000, s. 804.

¹⁵⁷ Suviranta LM 2004, s. 1428.

¹⁵⁸ Mäenpää 2003, s. 27 ss.

¹⁵⁹ Kulla 2000, s. 804.

päätöksentekomekanismeista.¹⁶⁰ Terminologisista variaatioista huolimatta on syytä huomata, että tällainen luonnehdinta asettuu sekä Jyrängillä että Kullalla kontekstiinsa osaksi varsin perustavanlaatuaista julkisoikeudellista konfliktia, jossa institutionaalisen tarkastelun vastapooliksi määrittyy nimenomaan *oikeusperustainen* näkökulma oikeuteen.¹⁶¹

Oikeudellisissa käytännöissä tällainen oikeusperustaisesta oikeusajattelusta eroava lähestymistapa ilmenee yleensä pidättäytyvyyden sisäistävänä oikeuskulttuurina (*judicial restraint*), mikä ilmenee erityisesti tuomioistuinten omaksumassa pidättyvässä tulkinta-asenteessa. Suomen osalta voidaan puhua myös *judicial deferencestä*, millä viitataan yleensä tuomioistuimen *institutionaaliseen, vallanjaolliseen asemaan* perustuvaan hallinnon laillisuuskontrollin *intensiteettirajoitteeseen* suhteessa viranomaisen *harkintavallan* laajuuteen. *Common law'n* kielellä sama asia voidaan ilmaista yksinkertaisesti sitoutumisena vihreän valon funktionalismiin.

Tällaisesta *institutionaalisesta* näkökulmasta luottamuksensuojaperiaatteen velvoittavuus kiinnittyy ensi sijassa lainsäätäjän tuotoksiin ja kuuluu sisällöltään lainsäätäjän harkintavallan piiriin. Tutkimuksen kuluessa pyritään Suomen oikeusjärjestyksestä identifioimaan tällainen ajattelutapa, jossa lainsäätjä perustaa luottamuksensuojaperiaatteen velvoittavuuden, määrittää myös sen sisällön ja toimii sen ehdottomana rajana. Kuten edellisen luvun tutkimustehtävästä kävi ilmi, tutkimus ei pyri tällaisen luottamuksensuojadoktriinin rekonstruoimiseen. Identifiointi tehdään kritiikin tarpeisiin. Tarkoitus on osoittaa, miten funktionalismin tuottama luottamuksensuojadoktriini ei vastaa niitä eurooppalaisen doktriinin perusteita, jotka määrittävät luottamuksensuojadoktriinin mielekkyyttä.

Eväät suomalaisen luottamusedoktriinin kritiikille haetaan eurooppalaisen näkökulman ohella myös kotimaasta. Instrumentalistisen painotuksen ohella Suomen oikeudessa ja erityisesti valtiosääntö- ja hallinto-oikeuden traditioissa on nimittäin *legalismiin* liittyvien historiallisten juurien vuoksi ollut tilaa myös toisenlaiselle näkökulmalle.¹⁶² Tämä *legalismi* on merkinnyt mm. hallinto-oikeudelliselle tutkimukselle hallinto-oikeuden alati immanentin oikeusturvanäkökulman olemassaolon tunnustamista ja tunnistamista sellaisin lähtökohtaisin sitoumuksin, jotka ovat pitäneet tuomioistuimet oikeusturvajärjestelmän keskiössä. Myös instrumentalismista erkanemiseen välttämätön toimivallan ja vapauden asymmetria on saanut keskeisen merkityksensä suomalaisessa tavassa jäsentää julkisoikeudellista oikeussuhdetta: erityisesti PL 2.3 §:n sisältämä oikeusvaltiolinen lakivaraus (”Julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin”) huomioiden

¹⁶⁰ Jyränki 2003, s. 17–19.

¹⁶¹ Jyränki 2003, s. 18, Kulla 2000, s. 804.

¹⁶² Tuori LM 2000o, s. 1049–1050.

keskeisenä lähtökohtana on, että yksityisellä ei ole oikeussuhteessa esimerkiksi julkisoikeuden yksipuolisuuteen, hallinto-oikeudelliseen suhteen valtalunonteen, yleiseen tai erityiseen vallanalaisuuteen tai viranomaisen yleisvaltuuksiin perustettavissa olevia velvollisuuksia, vaan yksityisen oikeusaseman määrittelyn lähtökohtana on niiden asemasta pidettävä edelleenkin vapautta.¹⁶³

Näin ollen on ehkä sittenkin vaikea identifioida suomalaisesta julkisoikeudellisesta doktriininmuodostuksesta sellaista ajattelutapaa, joka jakaisi vihreän valon funktionalismin erittäin torjuvan asenteen oikeusvaltion keskiössä sijaitsevaan hallinnon tuomioistuinkontrolliin. Edes sellaisen teorianmuodostuksen, joka edellä selostetun pariteettiajattelun vallitessa muuten jakaa *green lightin* taustateorioiden keskeiset sitoumukset, piiristä on vaikea identifioida linjaa, joka järjestelmällisesti sitoutuisi *green lightin* torjuvaan suhtautumiseen tuomioistuinkontrolliin. Torjunta käy varsin ymmärrettäväksi, kun havaitaan Craigin osoittaneen *common law'n* piirissä, miten *green light* -funktionalismiin asiallisesti samastuva konstituution poliittisuus erotuksena oikeudellisesti normatiivisesta konstituutiosta merkitsisi muun ohella sitä, että Yhdistyneiden kuningaskuntien tulisi paitsi kumota valtionsisäisesti voimassa oleva *Human Rights Act*, myös erota Euroopan ihmisoikeussopimuksesta.¹⁶⁴ Tällaiselle lopputulemalle olisi ilmeisen vaikea hankkia kannatusta Suomen julkisoikeuden kanssa tekemisissä olevan oikeusyhteisön jäsenten keskuudesta.

Perustuslain normatiivista merkitystä onkin Suomen julkisoikeudessa nykypäivänä ilmeisen hedelmätöntä kiistää. Tieteellisen vapauden piirissä on toki kehiteltävissä sellaisiakin teorioita, jotka tämän valtiosäännön normatiivisuuden hylkäävät (*Governance!*): oikeustieteen harjoittaja ei ole virkavastuun nojalla voimassa olevaan oikeuteen sidottu, eikä oikeustieteen tiedonintressi redusoidu voimassa olevan oikeuden sisällön selvittämiseen. Tässä tutkimuksessa omaksutaan kuitenkin ajatus valtiosäännöstä julkisoikeutta rakenteistavana elementtinä erityisesti hallinto-oikeudessa (...*als konkretisiertes*...). Tämän konstitutionalisoidun julkisoikeuden piirissä vihreän valon sytyttäminen merkitsisi lähtökohtaisesti valtiosäännön valjastamista vallan käytön palvelukseen tavalla, jossa perusoikeudetkin kääntyvät vallankäytön instrumentiksi. Tällaista fasadia esimerkiksi *Dag Anckar* kutsuu politiikan tutkimuksessa konstituutioksi ilman konstitutionalismia: ”kyseessä on oppirakennelma, joka asettaa valtiosäännön tehtäväksi valtion vallankäytön tukemisen ja helpottamisen ja kyseenalaistaa yritykset rajoittaa ja kontrolloida valtaa”.¹⁶⁵ Kuten edellä kävi ilmi, tämä samastus ei johda sitoutumiseen yksin muodollisen oikeusvaltion periaatteisiin. Tällaisen fasadinomaisen konsti-

¹⁶³ Mäenpää 2003, s. 204.

¹⁶⁴ Craig 2011, s. 120.

¹⁶⁵ Anckar 1995, s. 4.

tutionalismmin tunnistamisessa olennaista ei ole konstituution kattamien oikeuksien laatu, vaan konstituution irrottaminen oikeusperustaisesta ajattelusta ja oikeuksista yleensä julkisen vallankäytön itseisarvon perusteluksi.

Tutkimuksen kuluessa suomalaista luottamuksensuojadoktriinia pyritään ymmärtämään tämän näkökulmana kautta. Ajatuksena on, että suomalainen julkisoikeus on omaksunut *Rechtsstaat*-teorialta julkisoikeuden systeemisyyden ja rationaliteetin ainakin suhteessa hallintoon: suomalaisen oikeusvaltiokäsitykseen kuuluu kiistämättä hallinnon sitominen lakiin siten, että hallintoa ohjataan oikeusjärjestyksen avulla puhtaan politiikan asemesta. Tutkimuksessa pyritään kuitenkin osoittamaan, miten suomalainen julkisoikeus ei ole omaksunut *Rechtsstaat*-teorialta rationaliteetin ja systeemisyyden välttämätöntä komponenttia, joka estää oikeuden redusoitumisen lainsäätäjän tavoiterationaliteettiin ja yksittäisten lakien ja asetusten sattumanvaraisiin, yksittäisiin sanamuotoihin, vaan on asemoinut itsensä *julkisen vallan* oikeusvaltioksi. Suomalaisen julkisoikeuden käsitys oikeuksista ja niiden varaan rakennetuista oikeusperiaatteista on saksalaiseen esikuvaan nähden varsin vaatimattomalla tasolla. Tutkimuksen kuluessa käy ilmi, miten tällainen oikeudellisesti kontrolloimaton tavoiterationaliteetti samastuu sittenkin vihreän valon funktionalismiin muodollisesta oikeusvaltiolähtökohdasta huolimatta. Kautta tutkimuksen kehiteltävä, luottamuksensuojaan kytkeytyvä ehdotus oikeudellisten instituutioiden työnjaon ideaalimallista pyrkii konstruoidaan myös suomalaisen julkisoikeuteen sen *oikeusvaltiollisen* oikeuksiin kytkeytyvän normativiteetin, jota *Rechtsstaat*-doktriini käsitteellisesti edellyttää.

Tässä tutkimuksessa ei siis pidetä vihreän valon teorioita erityisen perusteltu-
na tapana tehdä julkisoikeudellista oikeusperiaatteeseen kohdistuvaa tutkimusta. Tutkimuksessa ei kuitenkaan jatkossa rasiteta lukijaa kiinnittämällä esille tulevia ajatuksia tai kritiikin sisältöjä eksplisiittisesti edellä käsiteltyihin oppirakennelmiin. Kyse on oikeuskulttuurisesta ideaaliposiitiosta, joka *värittää koko loppututkimusta ja siinä esitettyjä kantoja*. Keltaisen valon suuntaan modifioitu punainen valo sammutetaan tässä tutkimuksessa vasta, jos siihen tutkimuksen kuluessa ilmenee perusteltu syy. Muodollisen oikeuspositivismin kantaman ehdottoman formalismin tieteellinen legitimitettkriisi ei tällaista syytä muodosta. Nimittäin siitä huolimatta, että edellä samastettiin *funktionalismi*, *green light* ja *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* eräät sitoumukset toisiinsa, tämä valinta ei kuitenkaan välttämättä merkitse *red lightin* ja *Juristische Methoden* samastamista sitoutumalla sellaisiin oletuksiin oikeudesta ja oikeustieteen tutkimuksen kohteesta, jotka samastuvat oikeuspositivismin perinteisiin muotoihin.

Tällaista näkökulmaa julkisoikeuteen voidaan valottaa verrattain tuoreella keskustelulla, jonka pohjana on von Bogdandyn väite siitä, että eurooppalaisen valtiosääntöoikeuden vallitsevaksi metodiksi on ymmärrettävä *doktrinaalinen*

konstruktivismi.¹⁶⁶ *Doktrinaalinen konstruktivismi* tarkoittaa von Bogdandyn eurooppalaisen valtiosääntöoikeuden valtavirran luonnehdinnaksi tarkoitettussa puheenvuorossa oikeuspositivismin perillistä; metodia, joka kohdistaa kiinnostuksensa oikeudelliseen aineistoon kehittääkseen oikeusjärjestyksestä yleisten oppien ja periaatteiden avulla rakentuneen oikeusjärjestelmän. Doktrinaalisen konstruktivismin käsitteellä on määrä ottaa haltuun se kehitys, joka perinteiseen oikeuspositivismiin kohdistettu kritiikki on saanut aikaan. Esimerkiksi valikoituvat perinteisen oikeuspositivismin – lakipositivismin – näkökulmasta vieraat elementit kuten *intressipunninta ja seurausharkinta*, jotka muodostavat olennaisen osan tutkimuksen kohteena olevien luottamuksensuojadoktriinien sisällöstä. Myös koko järjestelmän suhde oikeuteen on muuttunut. Siinä missä perinteinen oikeuspositivismi näki järjestelmän idean olleen piilotettu, mutta valmiina oikeudessa (*crypto-idealistically inherent*), doktrinaalinen konstruktivismi myöntää avoimesti tavoitteellisen järjestelmärakennuksen olemassaolon: tarkoitus on hallita oikeuden moninaisuutta.¹⁶⁷

Samalla kuitenkin osaksi doktrinaalista konstruktivismia määrittyy positio, jossa oikeustiede sijoittaa itsensä eräänlaiselle välitasolle filosofiseksi ja teologiseksi kokonaisuudeksi nähdyn ”luonnonoikeuden” ja tuomioistuinten ja poliittisten lainsäädäntökäytäntöjen vastuulle kuuluvien positiivisoikeudellisten normien väliin. Termiä ”luonnonoikeus” on tässä kohdin luettava ilmeisenä kärjistyksenä; von Bogdandyn mukaan siihen lukeutuu tässä kohdin sellaisia epäilemättä historiallisesti arvioituna luonnonoikeudellisiakin konnotaatioita omaavia oikeuskäsitteitä kuten esimerkiksi valtio, oikeushenkilö, valtiotahto.¹⁶⁸ Asiallisesti tämä taso näyttäisi vääjäämättä samastuvan siihen Tuorin kriittisen oikeuspositivismin syvätasoon, joka sisältää esimerkiksi oikeuden peruskäsitteet ja perustavat oikeusperiaatteet normatiivisina ideoina.¹⁶⁹

Näin määrittynyt doktrinaalisen konstruktivismin positio vastaa *Matthias Kummin* esittämässä kritiikissä eurooppalaisen julkisoikeudellisen tutkimuksen perustelluksi nähtyä metodia vain tietyin reunaehdoin. *Ensinnäkin*, tällaisen metodin kohteeksi määrittyy *oikeudellinen normisto*, joka on erotettavissa muista yhteiskunnan normeista, moraalista ja tosiasioista. Tämä ei kuitenkaan merkitse muiden kokonaisuuksien sulkemista oikeuden ja oikeustieteen ulkopuolelle, vaan päinvastoin: niille voidaan antaa ratkaisevaa merkitystä esimerkiksi oikeusnormien sisällön selvittämisessä ja niiden tunnistamisessa. *Toiseksi*, näitä oikeusnormeja analysoidaan oikeuden sisäisestä perspektiivistä, käyttäen oikeutta

¹⁶⁶ Von Bogdandy 2009, s. 365.

¹⁶⁷ Von Bogdandy 2009, s. 376.

¹⁶⁸ Von Bogdandy 2009, s. 373.

¹⁶⁹ Tuori 2000, s. 202–216.

mittatikkuna. *Kolmanneksi*, tämä oikeuden sisäinen perspektiivi johtaa koherenssivaateeseen: Kummin mukaan koherenssin vaatimus on ollut jo pitkään keskeinen doktrinaalinen opinkappale eurooppalaisessa julkisoikeudessa.¹⁷⁰

Kumm ei pysty sulkemaan pois, etteikö kritiikin kohteena oleva *doktrinaalinen konstruktivismi* täyttäisi näitä kriteereitä. Vakavampi kritiikki kohdistuuakin lähinnä siihen, että von Bogdandy sijoittaa doktrinaalisen konstruktivismin position eurooppalaisen julkisoikeuden vallitsevan metodin ominaisuudessa osaksi oikeuden formaalitraditiota, kun perustellumpaa olisi rekonstruoida se binääristä, dogmaattisista ja lopulta reduktionistisista sitoumuksista eroon pyrkiväksi tavaksi tehdä julkisoikeutta, Kummin omaksumalla tavalla kohti muodollisen, aineellisen ja empiirisen integrointia osaksi julkisoikeutta.¹⁷¹ Pariteetti *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* keskeisten sitoumusten kanssa on ilmeinen.

Kun mielessä pidetään *green lightin* sekä funktionalismin jakamat, hallinnon tuomioistuinkontrollin legitimizeettiin ja samalla pakotetusti myös hallinnon ja oikeuden kiinteään suhteeseen epäilevästi suhtautuvat sitoumukset sekä *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* omaksuma orientaatiomuutos, lienee tällainen integrointi rakennettavissa kuitenkin vain dikotomian toiselta puolelta ponnistavan, mutta traditionaalisen positivismiin ehdottoman formaaliuden hylkäävän ajattelun (modifioitu *red light*) varaan. Kummin asettamista reunaehdoista tuskin yksikään on mahdollinen *green lightin* rakenteistamassa oikeudellisesta eroavassa positiossa.

Punaisen liikennevalon ja oikeusperustaisen oikeusajattelun näkökulmasta seuraa myös se, että vaikka muodollisen, aineellisen ja empiirisen integrointi osaksi julkisoikeutta on sinänsä mahdollista ja toivottavaakin, on kuitenkin syytä sulkea pois tämän väitteen omaksumisesta seuraavat jyrkimmät positiot, jotka *kiistävät oikeusjärjestyksen aseman oikeustieteen* kohteena. Ns. oikeudellinen pluralismi, joka erkanee yhden ainoan auktoriteetin varaan rakennetuista hierarkkisista järjestelmistä oikeuden rakennetyypinä (”the ideology of legal centralism”)¹⁷² tarjoaa monet niistä sitoumuksista, jotka mahdollistavat tässä tutkimuksessa omaksutut ratkaisut irtaantumisessa kansallisen oikeusjärjestyksen näkökulmasta. Tähän sinänsä hajanaiseen oppiin on sen eräissä versioissa kuitenkin liitetty ajatus oikeustieteen perspektiivin laajentamisesta siten, että oikeuden *rinnalle* nostetaan *yhdenvertaisena* kohteena muut yhteiskunnan normijärjestelmät, jotka saivat edellä Kummin metodinrakennuksessa yhdenvertaisuuden asemesta lähinnä oikeutta täydentävän aseman. Pluralismin äärimmäinen versio kiistää oikeustieteen käsittämän oikeusjärjestyksen erikoisaseman oikeus-

¹⁷⁰ Kumm 2009, s. 409.

¹⁷¹ Kumm 2009, s. 402, 407.

¹⁷² Griffiths 1986, s. 3.

tieteessä jättäen jäljelle vain tilan, jossa vallitsee ”an unstructured and promiscuous plurality”.¹⁷³ Tällaisen lähestymistavan sisältö kristallisoituu sen keskeiseksi opinkappaleeksi nostettuun Marc Galanterin luonnehdintaan: ”By indigenous law I refer not to some diffuse folk consciousness, but to concrete patterns of social ordering to be found in a variety of institutional settings – in universities, sports leagues, housing developments, hospitals.”¹⁷⁴

Brian Z. Tamanaha esittämän kritiikin mukaan tällainen pluralismi johtaa kestäättömiin rajanveto-ongelmiin: ”just about every form of norm governed social interaction is law”.¹⁷⁵ In abstracto tällainen lähestymistapa johtaa oikeustieteen luonteen nimenomaan oikeustieteenä katoamiseen: kuten Tamanaha huomauttaa, tällaisten sitoumusten vallitessa ei ole mitenkään poikkeuksellista pyrkiä eroon koko oikeuden käsitteestä.¹⁷⁶ Vaikka mikään perusteltavissa oleva syy ei kuitenkaan estä tekemästä tutkimusta tällaisesta näkökulmasta tai edes oikeustieteen oikeudellisuuden luonteen kiistämistä tekemällä yhteiskuntatieteellistä tutkimusta esimerkiksi hallinnon toiminnasta, ei tässä sitouduta oikeuden erityisaseman kiistämiseen oikeustieteessä. In concreto: tutkimus, jonka keskeisiin sitoumuksiin ja kohteisiin kuuluu julkisen vallan oikeudellinen kontrolli, ei ole ehkä mielekkäin konteksti irtautua oikeustieteen oikeudellisesta näkökulmasta.

2.5.2 Oikeuden ja oikeuksien maailma

Luottamuksensuojan oikeudellinen analyysi rakennetaan tässä tutkimuksessa kuuluvaksi oikeuden ja oikeuksien maailmaan, eikä pyritäkään kuvaamaan esimerkiksi sitä loputonta soft law -massaa erivärisiä EU:n tuottamia kirjoja tai ministerikomiteoiden tahi maailmanpankin suosituksia erilaisista hyvän hallinnon periaatteista, joita nykypäivän hallintokoneisto ja sen hyvän hallinnon maailmaan kuuluva laadullinen ”laillisuusvalvonta” tuottavat.

Kiinnittyminen oikeuden maailmaan red lightin sitoumuksiin tarkoittaa myös sitä, että tuomioistuinten rooli oikeusperiaatteiden muotoilussa nostetaan tutkimuksessa keskeiseen asemaan. Käytännössä tämä merkitsee luottamuksensuojadoktriinin tarkastelemista sellaisena konstitutionaalisena oikeusperiaatteena kuin se ilmenee doktriineissa, jotka ovat kiinni Saksan valtiosääntötuomioistuinten käytännöissä ja Englannin ja Walesin ylimpien tuomioistuinten common law’ssa. Ratkaisu on tutkimuksen tekijän käsityksen mukaan identtinen tutkimuksen kohdedoktriinien kanssa: Saksan ja Englannin luottamuksensuojadokt-

¹⁷³ Fitzpatrick 1984, s. 166.

¹⁷⁴ Galanter 1981, s. 17–18.

¹⁷⁵ Tamanaha 2008, s. 393.

¹⁷⁶ Tamanaha 2008, s. 395.

riinien keskeisimmät kiinnekohdat löytyvät juuri näiden ylimpien tuomioistuinten käytännöistä.

Tutkimusasetelman *Rechtsstaat – common law* -dikotomia huomioiden on kuitenkin täsmennettävä, että oikeuskäytännön ja doktriinin suhde vaihtelee dikotomian eri puolilla. Englannin hallinto-oikeudessa oikeuskäytäntö on tietysti notorisesti keskeisessä asemassa (*common law*!). Tutkimuksen kuluessa käy kuitenkin ilmeiseksi, että *common law*’n ja mannermaisen lähestymistavan eroksi usein asetettu *deduktio–induktio*-erottelu, jossa mannermainen oikeus sitoutuu yleisen normiston, usein myös oikeustieteessä luodun oikeudellisen aineiston – yleisten oppien ja oikeusperiaatteiden – konkretisointiin yksittäistapauksiin, kun taas *common law*’n nähdään korkeintaan induktiolla päättävän yksittäisestä tuomiosta oikeuden sisältöä, on relativoitunut myös oikeustieteen roolin osalta: viimeistään *common law constitutionalism* -doktriinin myötä myös *common law*’n oikeustiede on omaksunut oikeusperiaatteita muutenkin kuin induktion keinoin jäsentävän ja hyödyntävän tavan. Vastaavasti on todettava, ettei induktioon perustuva oikeudellinen päättely ole mitenkään tuntematonta mannermaisesä oikeustieteessä erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tai EU-tuomioistuimen käytäntöä hyödynnettäessä.

Common law -tuomioihin liitetään kuitenkin usein yksittäistapauksellisuutta, käytännönläheisyyttä, pragmatismia sekä sidottuneisuutta aikaisempiin tuomioihin (*stare decisis*) korostavia luonnehdintoja, eikä tässä kiistetäkään, etteikö mannermainen oikeustiede ja ehkäpä myös julkisoikeus olisi luonteeltaan rationaalisempaa; ainakin mikäli rationaliteetin mittarina käytetään systeemisyyttä. On kuitenkin niin, ettei tämä ero muodostu merkittäväksi perustelulle *common law*’n tuomioiden hyödyntämättä jättämiselle: ainakin hallinto-oikeudellisen *judicial review*’n alalla *common law* -tuomio sisältää parhaimmillaan runsaasti pohdintaa, tuomioistuimen aseman konstitutionaalista itsereflektointia, aikaisemman käytännön kriittistä arviointia sekä oikeustieteen suuntaan käytävää keskustelua – joskin usein *obiter dicta*. Kuten Mattila huomauttaa, perinteisesti näin ei ole ollut: esimerkiksi oikeustieteeseen on viitattu *common law*’n tuomioissa erittäin harvoin.¹⁷⁷ Nykyisin tapa argumentoida on kuitenkin muuttunut. Terence Ethertonin viittaamasta *common law*’n tuomioiden perinteisestä ”*bluff, anti-intellectual, pragmatism*” -kriitistä ei ole enää niiden hyödyntämättä jättämisen perusteluksi.¹⁷⁸ Tämä puoltaa niiden varsin laajaa hyödyntämistä.

Sitä vastoin Saksan doktriinin osalta tilanne on toinen. Michel Rosenfeldin mukaan Saksan valtiosääntöoikeuden traditioissa pääosaa ovat näytelleet dokt-

¹⁷⁷ Mattila 2011, s. 104.

¹⁷⁸ Etherton PL 2010, s. 729.

riinit, ja *case-law* on jätetty tässä suhteessa miltei statistin asemaan.¹⁷⁹ Rosenfeldin luonnehdinta voi Saksan osalta olla ehkä hieman ylipolarisoitu, vaikka ei siinä sisälläkään väitetä doktriinin aineellisen sisällön irtoamisesta oikeuskäytännöstä. Vaikutussuunta onkin usein oikeustieteestä lainkäyttöön. Tuomioistuimet korjaavat usein käytäntöjään oikeustieteen vallitsevan kannan mukaiseksi.¹⁸⁰ Asetelma voidaan valtiosääntötuomioistuimen kohdalla ymmärtää hieman toisenlaiseksikin: saksalaista valtiosääntöoikeutta on usein syytetty liiasta sitoutumisesta valtiosääntötuomioistuimen käytäntöön. Puhutaan kriittiseen sävyyn jopa valtiosääntötuomioistuinpositivismista (*”Bundesverfassungsgerichtspositivismus”*).¹⁸¹

Tästä huolimatta voidaan mainittu suhde kuitenkin muotoilla toisin kuin *common law* -maissa myös luottamuksensuojan osalta. Saksan varsin pitkän tradition omaava doktriini on jo itsenäistynyt oikeustapausten massasta. Oikeuskäytännön sisällön voi sanoa jo rakenteistuneen julkisoikeuden doktriineissa ja vastaavasti myös doktriinien oikeuskäytännössä, eikä oikeuskäytännön itsenäinen seikkaperäinen tarkastelu tästä syystä ole erityisen mielekästä. Saksalaisen oikeuskäytännön sisältöön kiinnitetään huomiota lähinnä sen taitekohdissa ja erityisen paljon keskustelua herättäneiden tuomioiden kohdalla.

Oikeuskäytännön osalta on kuitenkin edelleen syytä todeta sen tiedolliseen hyödyntämiseen liittyvä keskeinen rajoitus. Luottamuksensuojan edellä konstruoitu luonne yksittäistapauksellista oikeudenmukaisuutta toteuttavana periaatteena on johtanut siihen, että luottamuksensuojan soveltamisedellytykset eivät ole mielekkäästi puettavissa tarkan sisällön saaviksi *sääntö–poikkeus*-asetelmiksi. Tässä väitteessä ei ole kyse siitä, että tämä rajoitus johtuisi oikeuskäytännön määrästä tai laadusta, vaan kyse on enemmänkin julkisoikeudellisten oikeusperiaatteiden sisäänrakennetusta ominaisuudesta. Niiden soveltamista leimaa voimakas sitoutuminen kunkin tapauksen olosuhteisiin, eikä niiden soveltamisedellytysten konstruointi *sääntö–poikkeus*-asetelmiksi ole erityisen mielekäs ajatus: laajakaan oikeuskäytäntö ei poista soveltamisedellytyksiin kiinnittyvää tiedollista epävarmuutta. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö oikeuskäytäntö olisi mielekäs lähde doktriinin perusteiden tutkimisessa. Oikeuskäytännössä otetaan kantaa usein luottamuksensuojan perusteltavuuteen, sen *in abstracto* rajoihin ja esimerkiksi siihen liittyvän päätösheuristiikan yleiseen perusrakenteeseen.

Tämän tutkimuksen puitteissa mainittu näkökulma oikeuskäytäntöön saa normatiivisen perustelunsa Borowskin muotoilemasta tavasta jäsentää oikeuksia

¹⁷⁹ Rosenfeld 2009, s. 361.

¹⁸⁰ Mattila 2011, s. 97.

¹⁸¹ Schlink 1989, s. 161 ss.

yleisemminkin.¹⁸² Tutkimuksessa pyritään osoittamaan perustelluksi kanta, jonka mukaan luottamuksensuoja on yleinen, oikeuksien *Außentheorien* tarkoittama struktuuri, joka tapauskohtaisesti määrittävästä sisällöstään huolimatta erkaneekin kokonaan rakenteistamattomasta kohtuusajattelusta. Luottamuksensuoja ei ole Schwarzin tarkoittamalla tavalla ”*eine Rechtsfigur ohne dogmatische Strukturen*”,¹⁸³ vaan se kykenee toimimaan yksityisen näkökulmaan kiinnittyvästä lähtökohdasta huolimatta suhteellisuusperiaatteen tavoin yleisenä oikeusnormina. Koska *Außentheorie* lähtee ajatuksesta jokaisen oikeuden rajoituksen legitimitetin lunastamisesta jokaisessa soveltamistilanteessa uudelleen, on sen näkökulmasta olennaista identifioida luottamuksensuojan *perusteet* sen soveltamiskäytännön *pääpiirteiden* asemesta.

¹⁸² Ks. edellä 2.3.

¹⁸³ Schwarz 2001, s. 43–47.

3 Luottamuksensuojaperiaatteen tausta ja oikeutus

Tutkimus kohdistuu ensisijaisesti luottamuksensuojaperiaatteeseen Saksan ja Englannin oikeusjärjestyksissä. Kuten jo edeltä kävi ilmi, se ei ole kuitenkaan tutkimuksen yksinomainen tarkoitus. Tutkimuksen tarkoituksiin kuuluu myös suomalaisen luottamuksensuojadoktriinin arviointi käyttäen perusteena niitä ajatuksia, joita Saksan ja Englannin doktriinin tarkastelu tuottaa.

Luottamuksensuojaperiaatteen taustan ja oikeutuksen tarkastelun tarve osoitettiin jo edellä tutkimuksen alussa. Nyt alkavassa tarkastelussa tuo tutkimustehtävä pyritään konkretisoimaan. Tarkastelu aloitetaan kunkin luottamuksensuojadoktriinin pääpiirteittäisestä taustoittamisesta. Lukijan johdattelemiseksi aiheeseen tarkastelu aloitetaan tässä kohdin poikkeuksellisesti Suomesta. Jatkossa käsittelyjärjestys on mainitusta arviointiin liittyvästä tutkimustehtävästä johtuen toinen, suomalainen doktriini otetaan tarkasteluun vasta sen arvioinnin mahdollistavien perusteiden eli Saksan ja Englannin doktriinin tarkastelun jälkeen.

3.1 LUOTTAMUKSENSUOJAPERIAATTEEN MUOTOUTUMINEN SUOMESSA

Luottamuksensuojaperiaatteen voidaan sanoa kotiutuneen suomalaiseen julkisoikeudelliseen keskusteluun 1990-luvun alussa. Hajamainintoja sen olemassaolosta on identifioitavissa varhaisemmastakin keskustelusta. Esimerkiksi *Eero Vilkkosen* väitöskirja *Hallintotoimen mitättömyydestä* käsittelee tutkimuskohdettaan useissa kohdin luottamuksensuojaperiaatteen näkökulmasta¹ ja paikka paikoin jopa osallistuu myös nimenomaan luottamuksensuojaa koskevan doktriinin kehittelyyn.² Myös vielä aiempi *Jaakko Uotilan* väitöskirja operoi monessa kohdin luottamuksensuojaan liittyvin ajatuksin.³ Olisi kuitenkin liioiteltua väittää näiden hajamainintojen osoittavan sellaista luottamuksensuojaperiaatetta koskevaa keskustelunavausta suomalaisessa julkisoikeudessa kuin *Seppo Laak-*

¹ Ks. esim. Vilkkonen 1970, s. 272.

² Ks. erit. Vilkkonen 1970, s. 309.

³ Ks. esim. Uotila 1963, s. 217.

son vuonna 1990 ilmestyneeseen teokseen *Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta* sisältyvä luottamuksensuojaperiaatteen tarkastelu edustaa.⁴

Vaikka Laakson esityksessä luottamuksensuojaperiaate on vilpittömän mielen suojan ja individuaalisen kohtuusperiaatteen tavoin vasta ”muotoutumassa ja vakiintumassa”, asettaa se luottamuksensuojaperiaatteen systemaattiseen yhteyteen muiden vakiintuneiden hallinto-oikeudellisten periaatteiden kanssa. Kyse ei ollut siis mistään erityisen vähämerkityksellisestä periaatteesta; vakiintuneet hallinto-oikeudelliset harkintavallan rajoitusperiaatteet l. suhteellisuus-, objektiviteetti-, yhdenvertaisuus- ja tarkoitussidonnaisuuden periaatteet ovat muodostaneet hallinto-oikeudellisen teorianmuodostuksen varsin keskeisen osan, eikä niiden merkitys ole viime vuosien konstitutionalisoitumiskehitys huomioiden ollut ainakaan vähenemään päin. Laakson systematiikassa luottamuksensuoja sijoittui näiden klassisten, lähinnä muodollisiin seikkoihin kiinnittyvien periaatteiden rinnalle ensisijaisesti sisällöllisten kriteerien varaan rakentuvina periaatteina.⁵

Luottamuksensuoja rekonstruoitiin Laakson tarkastelussa omaksutun negatiiviseen oikeusvoimaoppiin samastuvan alustavan formuloinnin ympärille: viranomaisen ei saanut ilman erityistä toimivaltaperustetta muuttaa virheellistä edunsuovaa hallintopäätöstä asianosaisen vahingoksi. Alustavasta formuloinnista oli tehtävissä johtopäätös, jonka mukaan riskin virheistä kantoi viranomaisen.⁶ Laakson tarkastelussa luottamuksensuoja ei kuitenkaan jää yksin oikeusvoimaopin piiriin, vaan kasvaa muun ohella neuvontavelvollisuuden oikeudellisten seurausten sekä takautuvien oikeusvaikutusten kiellon kautta yleisemmäksi individuaalisen oikeudenmukaisuuden tavoitteluun tähtääväksi periaatteeksi, jonka oikeutusperusta sijaitsee *praeter legem scriptam* viime kädessä niissä oikeusvaltiodoktriinin kehityspiirteissä, jotka erkaantuvat yksin muodolliseen lainalaisuuteen kiinnittyvistä oikeusturvan takeista asiallisiin perusteisiin nojaavan rationaalisen hyväksyttävyyden puolelle.⁷

Laakson avaus ei jäänyt vaille merkitystä. Vielä 1990-luvun puolivälin jälkeen *Outi Suvirannalla* oli kuitenkin perusteltua syytä todeta luottamuksensuojaperiaatteen olevan vielä vakiintumaton.⁸ *Olli Mäenpään* toiseen painokseen ehtinyt hallinto-oikeuden yleisesitys tunnisti luottamuksensuojan julkisen luotettavuuden ja oikeusvoimaopin osina⁹ sekä EU-oikeuteen sisältyvänä yleisenä oikeusperiaatteena¹⁰, mutta neljän klassisen hallinnon yleisen periaatteen joukkoon sitä ei

⁴ Laakso 1990, s. 230 ss.

⁵ Laakso 1990, s. 207.

⁶ Laakso 1990, s. 230.

⁷ Laakso 1990, s. 234–235.

⁸ Suviranta 1998, s. 215–220.

⁹ Mäenpää 1997, s. 46 ja 359–362.

¹⁰ Mäenpää 1997, s. 185–186.

vielä systemaattisesti sijoitettu.¹¹ Vasta mainitun teoksen neljännessä laitoksessa luottamuksensuoja sai nykyisen systemaattisen paikkansa viidentenä yleisenä periaatteena neljän klassisen periaatteen jatkona.¹² Vastaava kehitys näkyy *Heikki Kullan* esityksessä hallintomenettelyn perusteista, joka vuonna 1999 ilmestyneestä neljännessä laitoksesta lähtien mainitsee luottamuksensuojaperiaatteen systemaattisessa yhteydessä muiden yleisten periaatteiden joukossa.¹³

Tutkimuksellisemman otteen omaavien tarkastelujen joukosta ei käy sivuuttaminen *Kirsi Kuusikon* laajaa monografiaa *Neuvonta hallinnossa* eikä *Ilpo Paason* monografiaa vahingonkorvausvastuusta lääkärintoimissa, jotka molemmat operoivat luottamuksensuojalla voimassa olevana oikeusperiaatteena. Paason esityksessä luottamuksensuoja jää enemmänkin pistemäiseksi oikeuskäytännön selittäjäksi¹⁴, kun taas Kuusikko rakentaa olennaisen osan tarkasteluaan luottamuksensuojaperiaatteen varaan¹⁵. Kuusikolle luottamuksensuojaperiaate sijoittuu nykyiseen systemaattiseen yhteyteensä muiden hallinnon yleisten periaatteiden joukkoon.¹⁶ Tähän nähden on hieman yllättävää, että luottamuksensuojaperiaate jää lopultakin vain ”siksi oikeudelliseksi perusteeksi, joka edellyttää ainakin lainsäädännön mahdollistaman kohtuusharkinnan käyttämistä”.¹⁷ Yleishallinto-oikeuden ulkopuolella *Lauri Soikkelin* väitöskirja *Luottamuksensuoja verotuksessa* yhdistää luottamuksensuojaperiaatteen hallinto-oikeudessa paitsi systemaattiseen yhteyteen klassisten periaatteiden kanssa, myös niille yhteiseen perusoikeusjärjestelmään kytkeytyvään taustajustificatioon.¹⁸

Tuorein nimenomaan luottamuksensuojaperiaatetta koskeva tutkimuksellinen tarkastelu on hallinto-oikeuden piirissä eittämättä Suvirannan artikkeli Oikeusvoimasta luottamuksen suojaan, jossa luottamuksensuojaperiaatteen avulla rekonstruoidaan oikeusjärjestyksen ja oikeustieteen muutostendenssejä yleisemminkin.¹⁹ Sivuuttaa ei voi myöskään *Matti Hepolan* ympäristöoikeuden alaan painottuvaa väitöskirjaa *Oikeusvoimaopin transformaatio*, jossa Hepola pyrkii antamaan eräille vakiintuneille oikeusinstituutioille uuden sisällön nimenomaan luottamuksensuojaperiaatteen ja sen oikeutusperusteiden avulla.²⁰ *Suvianna Hakalehto-Wainion* julkisen vallan vahingonkorvausvastuuta erittelevä väitöskirja tukeutuu useissa kohdin luottamuksensuojan perinteistä doktriinia uudistavalle

¹¹ Mäenpää 1997, s. 180.

¹² Mäenpää 2003, s. 162–173.

¹³ Kulla 1999, s. 36.

¹⁴ Paaso 1992, s. 184.

¹⁵ Kuusikko 2000, s. 627–666.

¹⁶ Kuusikko 2000, s. 631.

¹⁷ Kuusikko 2000, s. 666.

¹⁸ Soikkeli 2003, s. 133–137.

¹⁹ Suviranta LM 2004, s. 1421–1436.

²⁰ Hepola 2005, s. 375.

vaikutukselle: analyysin taustaksi asettuu Hakalehto-Wainion havainto, jonka mukaan luottamuksensuoja ja suhteellisuusperiaate merkitsevät julkisoikeudelle samanlaista innovaatiota kuin oikeustoimen kohtuullismahdollisuus aikanaan yksityisoikeudelle.²¹

Keskustelu luottamuksensuojasta ei ole jäänyt lainsäätäjältäkään huomaamatta. Siihen liittyviin näkökohtiin oli viitattu jo hallintomenettelylain valmistelussa, jossa se toimi perusteluna lähinnä lain itseoikaisusäänösten muotoilulle.²² Lakiin verotusmenettelystä lisättiin 1998 luottamuksensuojaperiaatetta ilmaisevat säännökset. Otsikolla ”yleiset periaatteet” alun perin rubrisoitu verotusmenettelylain 26 § toinen momentti konkretisoi hallituksen esityksen mukaan ”viime vuosina hallinnosta käydyssä keskustelussa” tärkeän aseman saanutta niin sanottua ”luottamusperiaatetta”.²³

Luottamuksensuojaperiaate sai kuitenkin yleisemmän soveltamisalan omaavan positiivisoikeudellisen ilmiänsänsä vasta vuoden 2004 alusta voimaan tullessa hallintolaissa. Lain 6 §:ään kirjattu luettelo hallinnon yleisistä oikeusperiaatteista sisältää hallinto-oikeuden jo vakiintuneiden yhdenvertaisuus-, objektiviteetti-, tarkoitussidonnaisuus- ja suhteellisuusperiaatteiden luettelon lisäksi vaatimuksen siitä, että viranomaisen toimien on suojattava oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettuja odotuksia. Säännöksen perustelujen mukaan siihen oli tarkeitus kirjata viranomaisen harkintavaltaa ohjaavat yleiset hallinto-oikeudelliset periaatteet.²⁴ Osaperusteluksi sen kodifioimiselle eksplikoitiin kuitenkin EU-oikeuden vaikutus: ”Lähtökohtana luottamuksensuojan periaatteen sisällyttämiselle lakiin on tämän periaatteen sinänsä laaja soveltamisala Euroopan yhteisön oikeudessa.”²⁵

Luottamuksensuojaan liittyvät näkökohdat ovat saaneet painoa oikeudellisissa käytännöissä myös perustuslaillisena oikeusnormina: perustuslakivaliokunta on useassa ratkaisussaan viitannut luottamuksensuojan näkökohtiin lainsäädännön taannehtivuusarvioissa²⁶ sekä esimerkiksi siihen, että puutteellisesti säännelty takaisinperinnän edellytykset voivat elinkeinovapauden kannalta arvioituna ongelmallisesti ”horjuttaa myös tuensaajan luottamusta viranomaisen tekemän tukipäätöksen pysyvyyteen tilanteessa, jossa hän omalta osaltaan on täyttänyt velvoitteensa moitteettomasti ja hyvässä uskossa”.²⁷ Tuomioistuinkäytännön osalta voidaan viitata erityisesti luottamuksensuojaperiaatteen vero-oikeudellisen so-

²¹ Hakalehto-Wainio 2008, s. 140.

²² Rihto – Kandolin – Vuorinen 1979, s. 255.

²³ HE 53/1998 vp, luku 1.1.

²⁴ HE 72/2002 vp, s. 54.

²⁵ HE 72/2002 vp, s. 56.

²⁶ Ks. jäljempänä luku IV.

²⁷ PeVL 41/2006 vp.

vellutuksen ilmaantumiseen KHO:n käytäntöön 1990-luvun lopulla.²⁸ Periaate levisi myös yleishallinto-oikeuden alaan kuuluvaan oikeuskäytäntöön, jossa periaatetta on sittemmin tarkemmin jäljempänä eriteltävin sisällöin sovellettu erityisesti hallintolain voimaantumisen jälkeen.

Kuten edellä jo kävi ilmi, hallintolain esitöissä viitattiin erityisesti EU-oikeuden vaikutukseen luottamuksensuojan vakiintumisessa.²⁹ Luottamuksensuojaa koskeva doktriini on kuitenkin omaksunut vaikutteita paitsi EU-oikeuden luottamuksensuojaperiaatteesta, myös erityisesti Saksan hallinto-oikeudesta. Tältä osin voidaan viitata erityisesti Kullan esitykseen periaatteesta, jossa luottamuksensuojalle tunnustetaan yleisestä linjasta poiketen muutakin saksalaista velkaa kuin otsikko ja olemassaolo: Kullan ajattelussa luottamuksensuoja saa sisältönsä saksalaisperäisestä luottamuksensuojan perusrakenteesta, joka ei kuitenkaan Kullan mukaan ole ehkä vielä ehtinyt juurtua hallintokäytäntöön.³⁰ Suviranta on kiinnittänyt tässä yhteydessä huomiota saksalaiseen vaikutukseen yleisemmälläkin tasolla. Suvirannan mukaan julkisoikeuden pitkä saksalaiseen oikeustieteen kiinnostuksensa suuntaava traditio katkesi toisen maailmansodan jälkeen: hallinto-oikeuden yleiset opit alkoivat erkaantua saksalaisesta vaikutuksesta. Niemenomaan luottamuksensuojaa koskevassa keskustelussa voidaan Suvirannan mukaan kuitenkin nähdä piirteitä tämän yhteyden uudelleen löytämisestä. Perustellulta vaikuttaa ajatus, jonka mukaan saksalaisen luottamuksensuojaperiaatteen varsin nopea kotiutuminen suomalaisen hallinto-oikeusdoktriiniin selittyy osin näillä yhteisillä juurilla.³¹

3.2 LUOTTAMUKSENSUOJAPERIAATE SAKSAN JULKISOIKEUDESSA

Luottamuksensuojaperiaate on Saksan julkisoikeudessa laajan soveltamisalan omaava yleinen periaate, jolla on keskeinen sija niin valtiosääntö- kuin hallinto-oikeuden doktriineissa. Periaatteen keskeinen sisältö voidaan muotoilla yksityisen näkökulmasta konstruotavaksi vaatimukseksi, jonka mukaan yksityisen luottamus julkisen vallan toimiin on otettava huomioon oikeudellisessa ratkaisussa.³² Periaatteen keskeiseksi ominaisuudeksi kiinnittyä siihen sisältyvä orientaatio: sen sanotaan vakiintuneesti omaksuvan yksityisen näkökulman oikeu-

²⁸ Ks. esim. KHO 6.11.1997 T:2826, KHO 1998:52.

²⁹ HE 72/2002 vp, s. 54.

³⁰ Kulla 2008, s. 108.

³¹ Suviranta LM 2004, s. 1433.

³² Leisner A. 2002, s. 459.

teen.³³ Sen juuret ovat saksalaisen julkisoikeuden toisen suuren periaatteen, suhteellisuusperiaatteen tavoin hallinto-oikeudessa, joskin eräät kirjoittajat painottavat siihen sisältyvän retroaktiivisuuskiellon takia luottamuksensuojaperiaatteen rikosoikeudellista alkuperää.³⁴ Periaatteella on pitkä historia: esimerkiksi *Günter Püttner* kiinnittää sen jopa 1800-luvun lopun preussilaiseen hallintolainkäyttöön asti.³⁵ Luottamuksensuojaperiaatteella operoitiin kuitenkin nimenomaisesti vasta *Weimarin* tasavallan aikana.

Luottamuksensuojaperiaatteen soveltamisala rajoittui alun perin niihin edellytyksiin, joilla *lainmukainen* edunsoova hallintopäätös oli peruutettavissa.³⁶ Soveltamisalaltaan rajattu lähtökohta oli ymmärrettävissä, sillä hallinto-oikeustieteen varhaisina aikoina oli Saksassakin vakiintuneena käsitys, jonka mukaan julkinen intressi muodollisen lainalaisuuden ylläpitona oli riittävä toimivaltaperuste *lainvastaisen* hallintopäätöksen peruuttamiseen.³⁷

Tämä yksityisen pään yllä riippuneeksi *Damokleen* miekaksi kuvattu mahdollisuus yksityisen oikeusasemaa positiivisesti muovaavan hallintopäätöksen peruuttamiseen haastettiin 1950-luvun lopulla.³⁸ *Fritz Ossenbühl*in introdusoimaa käsitettä mukaillen tavataan saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa kuvata luottamuksensuojaperiaatteen historiaa tästä alkaen ”voittokulkuna”.³⁹ Kirjallisuudessa tämä *Siegeszug* katsotaan yleensä alkaneeksi yksittäisestä hallintotuomioistuimen ratkaisusta, joka haastoi vakiintuneen tulkintalinjan lainvastaisen hallintopäätöksen peruuttamisedellytyksistä.⁴⁰ Kyseessä oli Berliinin hallintotuomioistuimen ratkaisu, joka koski lainvastaisesti myönnetyn eläkkeen pysyvyyttä tilanteessa, jossa silloisesta DDR:stä Länsi-Berliiniin muuttaneelle leskelle oli paitsi vakuutettu eläkkeen edellytysten täyttyvän, myös sitä lainvastaisesti maksettu.⁴¹

Vaikka kirjallisuudessa usein huomautetaankin, että aikaisempiakin, yksityisoikeudelliseen *Treu und Glauben* -doktriinin perustuvia, viranomaisen antamien lupauksen sitovuutta koskevia ainakin asiallisia luottamuksensuojaratkaisuja on identifioitavissa,⁴² vakiintui nimenomaan tämä hallinto-oikeudellinen uustulkinta sittemmin *Bundesverwaltungsgerichtin* käytännössä. Hallinto-oikeuden sisällä luottamuksensuojaperiaate laajeni kattamaan nopeasti useita asiaryhmiä, ja se

³³ Von Arnould 2006, s. 153.

³⁴ Fuhrmanns 2004, s. 3.

³⁵ Püttner 1974, s. 209.

³⁶ Püttner 1974, s. 211.

³⁷ Bullinger 1999, s. 905.

³⁸ Bullinger 1999, s. 910.

³⁹ Ossenbühl 1972, s. 25 ss.

⁴⁰ Fuhrmanns 2004, s. 6.

⁴¹ Ossenbühl 1972, s. 28.

⁴² Blanke 2000, s. 13–14.

saavutti varsin nopeasti laaja-alaisen soveltamisalan omaavan yleisen oikeusperiaatteen aseman.⁴³

Luottamuksensuojaperiaate ei jäänyt vain hallinto-oikeudelliseksi. Siihen sisältyviä elementtejä oli jo 1950-luvulla käsitelty valtiosääntöoikeudessa lainsäädännön takautuvuuskiellon alla.⁴⁴ Kuitenkin vasta 1960-luvun alusta luottamuksen suojaan liittyvät näkökohdat otettiin vakiintuneesti huomioon osana lainsäädännön taannehtivuusarvioita.⁴⁵ Valtiosääntöisenä oikeusperiaatteena luottamuksensuoja kasvoi ja monipuolistui edelleen erityisesti 1970-luvun alkupuolella *Bundesverfassungsgerichtin* käytännössä.⁴⁶

Tämä julkisoikeudellinen voittokulku saavutti eräänlaisen akateemisen kliimaksinsa vuoden 1973 *Staatsrechtslehrertagungin* yhteydessä käydyssä kiivaassa luottamuksensuojakeskustelussa. Vaikka luottamuksensuojaa koskeva akateeminen debatti jossain määrin vaimeni tämän jälkeen, siitä ei ole ainakaan *Staatsrechtslehrertagungin* tuloksia syyttämisen: keskustelun osanottajat olivat nimittäin harvinaisen erimielisiä niin luottamuksensuojan normihierarkkisesta statuksesta, sisällöstä, perusteltavuudesta, johdettavuudesta ja soveltamisalasta kuin jopa sen olemassaolosta.⁴⁷ Keskustelun laimentumiseen hallinto-oikeudessa johdettikin lähinnä 1970-luvun puolivälin suuri hallinto-oikeuden kodifikaatio, johon sisältyvien sääntelyiden on toisinaan katsottu ratkaiseen luottamuksensuojaperiaatteen ongelmat hallinto-oikeudessa.

Siegeszug ei ole kuitenkaan jäänyt vaille vastareaktiota. Luottamuksensuojaperiaatteen keskeisyyttä ja vakiintuneisuutta Saksan julkisoikeudessa osoittaa kenties kuvaavimmin se paradigmaattinen käänne, joka oikeustieteessä on viime vuosina tapahtunut. Siinä missä vanhempi oikeuskirjallisuus omistautui luottamuksensuojadoktriinin kehittelyyn, on tuoreemmassa kirjallisuudessa omaksuttu kokonaan päinvastainen kanta. Esimerkiksi *Achim Fuhrmannsin* mukaan nykyisen hallinto-oikeudellisen keskustelun perusvireenä voidaan pitää luottamuksensuojan rajoittamista: muun ohella EU-oikeuden tehokkaan toimeen- ja täytäntöönpanon asettamat haasteet⁴⁸ näyttäytyvät nykyiselle keskustelulle pikemminkin mahdollisuutena 1970–1980-luvuilla vallinneen ”luottamuksensuojaeuforian tasapainottamiselle”⁴⁹ kuin katastrofina saksalaiselle oikeusvaltiolle.⁵⁰

⁴³ Maurer 2006, § 79 rn. 6–10.

⁴⁴ Fuhrmanns 2004, s. 9.

⁴⁵ Grabitz 1972, s. 676.

⁴⁶ Maurer 2006, § 79 rn. 6.

⁴⁷ 1973 *Staatsrechtslehrertagungin* plenumalustukset ja niitä päivillä seurannut keskustelu löytyy dokumentoituna yhdistyksen julkaisusta (VVDStRL 32, 1973: Kisker 1973, Püttner 1973, keskustelu s. 228 ss.)

⁴⁸ Ks. Schwarze 1996, s. 154–163, Kadelbach 1999, s. 457 ss.

⁴⁹ Ks. esim. Fuhrmanns 2004, s. 6.

⁵⁰ Winkler 1999, s. 148 ss.

Kuten edellä luvussa 2 hahmotetun perusteella on ilmeistä, tämä luottamuksen-suojan dogmaattisuuden ja vahvuuden relativoispyrkimys ei ole mikään yksit-täinen poikkeus *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* perustuslaillisista oi-keusturvarakenteista eroon pyrkivissä diskursseissa.

3.3 LUOTTAMUKSENSUOJAPERIAATE COMMON LAW'SSA

Englannin *common law'n* hallinto-oikeudessa ei *terminologisesti* ajateltuna ole olemassakaan *luottamuksensuojaperiaatetta*. Sitä vastoin otsikon *protection of legitimate expectations* alla jäsennetään siihen asiallisesti samastuvia kysymyksenasetteluja. Vaikka tutkimuksen alussa erkaannuttiinkin oikeusvertailun funk-tionaalisesta suuntaamisesta rubriikkiperiaatteen suuntaan, ei tämä terminologi-nen ero kuitenkaan ole olennaisella tavalla merkityksellinen omaksuttujen si-toumustenkaan puitteissa. Terminologinen eroavaisuus kytkeytyy nimittäin vain otsikoinnin valintaan, ei doktriinin sisältöön.

Eroavaisuuden merkityksellömyys selittyy historialla: kun Englannin julkis-oikeus heräsi mannermaisen luottamuksensuojaperiaatteen olemassaoloon ja EU-oikeudestakin johtuvaan siihen kohdistuvaan omaksumisen tarpeeseen, käännettiin katseet mannermaiseen luottamuksensuojaperiaatteen sisältöön oi-keuskäytäntöä myöten. Tuomiossa *R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p Hamble (Offshore) Fisheries*⁵¹ jopa nimenomaan viitattiin Englannin *common law'lle* hieman vieraaseen tapaan mannermaisen vaikutuksen toivotta-vuuteen artikuloimalla, että *common law* oli tässä doktriinissa tulokkaan asemas-sa. Tätä pidettiin kuitenkin lähinnä etuna: *Lord Justice Sedley* viittasi siihen, että *common law'n* oikeuskäytäntö ei ollut vielä ehtinyt luoduttaa sen sisältöä, mikä mahdollisti sen, että edelleen oli mahdollista ”*learn from our neighbours*”. Vaik-ka *Sedleyn* lähestymistavan oikeusriidan ratkaisulle tuottama *lopputulos* tuli myöhemmässä *Hargreaves*-tuomiossa kategorisoiduksi harhaopiksi (”*heresy*”, *sic!*)⁵², osoittaa sek in kiistatta englantilaisen doktriinin eurooppalaisten luotta-muksensuojajakiinnekohtien olemassaoloa.

Terminologisessa eroavaisuudessa onkin kyse lähinnä käännosteknisestä ky-symyksestä. *Vertrauensschutz* käännettiin alun perin ranskalaisen termin ”*pro-tection de la confiance légitime*” välityksellä myös englantii nimenomaan luot-

⁵¹ R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p Hamble (Offshore) Fisheries Ltd [1995] 2 All ER 714.

⁵² R v Secretary of State for the Home Department and another, ex parte Hargreaves and others [1997] 1 All ER 397.

tamuksensuojaksi: ”*protection of legitimate confidence*”. Koska termillä *confidence* oli kuitenkin jo muuhun käyttöyhteyteen kiinnittyvä verraten tekninen merkitys *common law*’n piirissä, alettiin eurooppalaiseen luottamuksensuojaan viitata käsitteellä *expectations*.⁵³ Tosin, kuten jäljempänä huomataan, tämä rubrisointi on myöhemmin jossain määrin heijastunut myös periaatteen soveltamisedellytysten arviointiin, vaikka niiden osalta *expectation* voidaan yleensä varsin luontevasti korvata *luottamuksella*. Esimerkiksi Iain Steele viittaa *expectation*-edellytyksen käsillä oloon määrittelemällä sen seuraavasti: ”*In this context, an "expectation" is a belief that a benefit will be conferred*”.⁵⁴ Kuriositeettina voidaan mainita tällaisen samastuksen tehdyn myös saksalaisessa doktriinissa: Gerd Roellecke määrittelee soveltamisedellytysten *Vertrauen*-edellytyksen täyttymiseen synonyymilla *Erwartungen*.⁵⁵ Käännöksen odotus ja *luottamus* perustavalaatuinen erottaminen tässä yhteydessä vaikuttaakin perusteettomalta. Historiallinen konteksti huomioiden on vaikea yhtyä siihen toisinaan esitettyyn kantaan, jonka mukaan perusteltujen odotusten suoja ei tässä merkityksessä samastuisi luottamuksensuojaperiaatteeseen myös yleiseurooppalaisessa merkityksessä,⁵⁶ eikä esimerkiksi Mäenpään verraten tuore yleisesitys hyvän hallinnon periaateteista tee eroa luottamuksensuojan ja perusteltujen odotusten suojan välille.⁵⁷

Luottamuksensuoja *common law*’ssa voidaan vallitsevan kannan mukaisesti tiivistää normiksi, joka kohdistuu tilanteeseen, jossa päätöksentekijä julkisoikeuden piirissä toimiessaan luo perustellun luottamuksen / odotuksen (*legitimate expectation*) yksityiselle siitä, miten julkista valtaa tullaan hänen tapauksessaan käyttämään. Luottamus voi syntyä nimenomaisen lupauksen tai muun ilmaisun perusteella. Tyypillisinä esimerkkeinä mainitaan usein päätöksentekijän ennakollinen, *policy*-tyyppinen kannanotto asian käsittelyn yhteydessä noudatettavista menettelyistä tai sisällöllistä kriteereistä sekä määrätylle yksityiselle annetut vakuutukset vallankäytön sisällöstä tai tavasta. Keskeisenä perusteena mainitaan usein myös johdonmukainen käytäntö. Luottamus voi johtaa siihen, että päätöksentekijä on velvollinen toteuttamaan sen aineellisesti eli tekemään luottamuksen mukaisen päätöksen (*aineellinen luottamuksensuoja*), tai ainakin velvollinen noudattamaan tiettyjä menettelyllisiä takeita (*menettelyllinen luottamuksensuoja*).⁵⁸

Englannin *common law*’n luottamuksensuojaperiaate on suhteellisuusperiaatteen tavoin kohtuullisen tuore konstruktio sinänsä verraten nuoressa *common*

⁵³ Thomas 2000, s. 49, samoin Forsyth 1988, s. 242.

⁵⁴ Steele 2005, s. 305.

⁵⁵ Roellecke 1990, s. 410.

⁵⁶ Ks. Wikström 2010, s. 161.

⁵⁷ Mäenpää 2011, s. 88.

⁵⁸ Sales – Steyn 2004, s. 565–566.

law'n julkisoikeudessa. Hitaasti muuttuvassa *common law*'ssa sen kehitys ja vakiintuminen on kuitenkin ollut verrattain nopeaa, ja tapahtunut miltei yksinomaan oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa.⁵⁹ Oikeustieteessä luottamuksensuojaa koskevaa keskustelua käydään systemaattisesti siinä samassa kehikossa, jossa *ultra vires* -doktriinin ja *Wednesburyn* kaltaiset vakiintuneet ortodoksit haastetaan: kyse on yrityksestä muotoilla näille keskeisille opinkappaleille paremmin nykyistä oikeusperustaiseksi kääntyvää oikeusajattelua vastaavat sisällöt *common law constitutionalism* -doktriinin (CLC) luomissa puitteissa. Luottamuksensuojan merkitystä voi tässä keskustelussa ymmärtää ehkä parhaiten, kun sen taustalle sijoitetaan käsitys siitä, että Englannin *common law* ei ortodoksisessa muodossaan sisältänyt lainkaan ns. subjektiivisia julkisia aineellisia oikeuksia julkista valtaa kohtaan. Oikeuden käsitettä (*right*) aineellisessa merkityksessä käytettiin lähinnä yksityisen oikeuden alalla. Menettelyllinen julkinen oikeus oli kuitenkin olemassa. Esimerkiksi voidaan mainita menettelyllisen oikeudenmukaisuuden takeita määrittävän *natural justicen* soveltamisala: mainittu menettelyllinen *public law right* tuli sovellettavaksi eli henkilöä tuli kuulla, mikäli päätös kosketta hänen yksityistä oikeuttaan (*private law right*).⁶⁰ *Christopher Forsyth* havainnollistaa tämän eron merkitystä luottamuksensuojadoktriinille paradoksilla, jonka mukaan "*matters of public right did not, strictly speaking, deal with rights at all*". Kyse oli siitä, että oikeudella itsenäisenä, mannermaista subjektiivista oikeutta vastaavana toteuttamiskelpoisena vaateena ei tuolloin ollut sijaa julkisoikeudessa. Sellainen "oikeus" syntyi vasta viranomaisen käytettyä harkintavaltaansa ja todettuaan oikeuden esimerkiksi opintotukeen tai asuntoon olevan olemassa.⁶¹

Luottamuksensuojaa on pidetty eräänä keskeisimpänä käsitteellisenä työkaluna, joka voi mahdollistaa näiden *Rechtsstaatille* ominaisten subjektiivisten oikeuksien vastinparin syntymiseen myös *common law*'n julkisoikeuteen.⁶² On viitattu esimerkiksi siihen, että luottamuksensuoja oli alun perin kehitetty keinoksi niiden yksilöiden identifioimiseen, jotka omasivat sellaisen oikeusaseman, johon *natural justice* -doktriinin tarkoittamat julkiset menettelylliset oikeudet soveltuivat, mutta joiden oikeusasema ei perustunut yksityisoikeudelliseen oikeuteen kohdistuvaan toimeen.⁶³ Kategorisesti tämä lähtökohta sai ilmauksensa jo *Ng Yuen Shiu* -tuomiossa: "*Accordingly 'legitimate expectations' in this context are capable of including expectations which go beyond enforceable legal*

⁵⁹ Knight 2009, s. 15.

⁶⁰ Craig 2008, s. 380.

⁶¹ Forsyth 1988, s. 260.

⁶² Allan 1993, s. 197.

⁶³ Moules 2009, s. 51.

rights, provided they have some reasonable basis".⁶⁴ Sama ilmaistiin ns. *GCHQ*-tapauksessa strukturoidummassa muodossa⁶⁵:

"To qualify as a subject for judicial review the decision must have consequences which affect some person (or body of persons) other than the decision-maker, although it may affect him too. It must affect such other person either: (a) by altering rights or obligations of that person which are enforceable by or against him in private law; or (b) by depriving him of some benefit or advantage which either (i) he had in the past been permitted by the decision-maker to enjoy and which he can legitimately expect to be permitted to continue to do until there has been communicated to him some rational grounds for withdrawing it on which he has been given an opportunity to comment; or (ii) he has received assurance from the decision-maker will not be withdrawn without giving him first an opportunity of advancing reasons for contending that they should not be withdrawn."

Näin esimerkiksi menettelyn oikeudenmukaisuutta laajasti tutkinut *D. J. Galligan* tiivistää menettelyllisen oikeudenmukaisuuden vaatimusten tulevan sovellettavaksi silloin, kun menettelyssä on kyse asiasta, jonka kohteena on henkilön *oikeus, oikeudellinen intressi tai perusteltu odotus*. Tässä mielessä luottamuksensuoja näyttäytyy nimenomaan oikeuksien ja oikeudellisesti suojatun intressin käsitteellisenä laajennuksena.⁶⁶

Ero oikeuksien käsitteeseen on kuitenkin perustavanlaatuinen: *Richard Moules* huomauttaa luottamuksensuojan kattamien intressien ja "oikeiden" oikeuksien eroavan toisistaan pätevyysperusteltaan: "*rather than the nature of the interest attracting the application of the rules of natural justice it is the 'legitimate expectation arising out of the conduct of the decision-maker which provides the basis of the protection'*".⁶⁷ Tämä näkökohta huomioiden on selvää, että luottamuksensuoja ei ainakaan doktrinaalisessa merkityksessä jää julkisoikeuden yleisissä opeissa kapean, eriytetyn oikeusperiaatteen rooliin, vaan sille annettavat sisällöt ja oikeusvaikutukset heijastuvat laajasti koko julkisoikeuden kenttään. Näin ollen ei ole mitenkään yllättävää, että sen ympärillä on käyty ja käydään vieläkin varsin vilkasta keskustelua.

Luottamuksensuojaa koskevan keskustelun eräänä alkusysäyksenä on pidettävä *Anthony Lesterin* ja *Jeffrey Jowellin* vuonna 1987 *Public Law'ssa* ilmestynytä kirjoitusta, joka otsikon "*Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*" alla pyrki kehittämään hallintotoimintaan kohdistuvaa sisäl-

⁶⁴ Attorney General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu, [1983] 2 AC 629, [1983] 2 All ER 346, [1983] 2 WLR 735.

⁶⁵ Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Services [1985] A.C. 374.

⁶⁶ Galligan 1996, s. 320.

⁶⁷ Moules 2009, s. 49.

löllistä kontrollia. Vaikka kyseisessä artikkelissa nimenomaan luottamuksensuojanäkökohdat saivat varsin vaatimattoman roolin lähinnä osoittamassa konsistensivaatimuksen olemassaoloa, on sitä kuitenkin pidettävä välttämättömänä päänavauksena, jossa muotoiltiin ne käsitteelliset lähtökohdat, joiden varaan hallintotoiminnan sisällöllinen kontrolli ylipäänsä oli mahdollista *common law*'n puitteissa rakentaa.⁶⁸ Edelleen on myös syytä mainita *C. F. Forsythin* ”*The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*”, jossa muotoiltiin ne aineellisen luottamuksensuojan keskeiset elementit⁶⁹, jotka lopulta realisoituvat ns. *Coughlan*-tuomiossa vuosikymmen myöhemmin.

Lester ja Jowell aloittivat 1980-luvun lopussa artikkelinsa varovaisella toiveikkuudella lainkäytön luonteen muutoksella kohti oikeusperiaatteiden rakenteistamaa julkisoikeutta ja oikeusperustaista oikeusajattelua: ”*There are clear signs that in administrative law cases English judges are beginning to abandon their traditional preference for dealing with the technicalities of remedies rather than the principles governing official action and individual rights.*”⁷⁰ Optimismi ei ollut katteetonta, vaikka kohdistuikin yleensä hitaasti muuttuviin oikeusjärjestyksen perusteisiin. Nyt, kaksi vuosikymmentä myöhemmin *C.J.S Knight* epäilee, että olisi erittäin vaikea kuvitella julkaistavan esimerkiksi hallinto-oikeuden oppikirjaa, jossa luottamuksensuojan olemassaoloa tällaisena aineellisena periaatteena epäiltäisiin.⁷¹ Luottamuksensuojan merkitys nykyiselle doktriinille tulee ymmärretyksi jo vilkaisulla esimerkiksi *Paul Craigin* hallinto-oikeuden yleisesityksen sisällysluetteloon: sille on varattu noin 50-sivuinen pääluku otsikolla ”*Legitimate Expectations*”.

Siinä missä *Rechtsstaat*in piirissä on tämän vuosituhannen puolella käsitelty luottamuksensuojaperiaatetta useassa nimenomaan siihen keskittyvässä monografiassa, on *Englannin common law*'n panos tältä osin niukempi. Aiheesta on kirjoitettu yksi kattava monografia – *Søren Schønbergin* vuonna 2000 ilmestynyt *Legitimate Expectations in Administrative Law*, joka lähestyy aihetta kokonaisvaltaisen *common law*'n tutkimuksen sijasta oikeusvertailulla Ranskan ja Euroopan unionin oikeuteen. Mainitsemisen arvoinen on myös *Robert Thomasin* samana vuonna ilmestynyt *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, joka saattaa sen otsikossa mainitut periaatteet yhteyteen paitsi toistensa, myös niiden yleiseurooppalaisen kontekstin kanssa. Näitä täydentää tutkimuksen ja käytännönläheisemmän yleisesityksen välimaastoon sijoittuva

⁶⁸ Jowell – Lester 1987.

⁶⁹ Forsyth 1988, s. 238–260.

⁷⁰ Lester – Jowell 1987, s. 368.

⁷¹ Knight 2009, s. 15.

varsin tuore *Richard Moulesin Actions Against Public Officials: Legitimate Expectations, Misstatements and Misconduct* vuodelta 2009.

*Rechtsstaat*in luottamuksensuojaa koskevan keskustelun leimallisena piirteenä voidaan eittämättä pitää siinä vallitsevan monimuotoisuuden ja perusteiden kiistanalaisuuden kiinnittymistä ja kohdistumista normatiivisiksi nähtyihin ja näin myös sen soveltamisedellytykset määrittäviin oikeutusperusteisiin. *Common law*'n luottamuksensuojakeskustelua sitä vastoin on usein katsottu leimaavan keskittyminen luottamuksensuojaperiaatteen soveltamisedellytyksiin. *Paul Reynolds*illa on vielä vuonna 2011 aihetta huomauttaa, että luottamuksensuoja on vuosikymmenien myötä vakiintunut osaksi julkisoikeutta, ilman että kenelläkään olisi tarkkaa käsitystä niistä syistä, jotka sen ylläpitoa edellyttävät.⁷² Knight viittaa samaan ilmiöön, ja toteaa sille mahdolliseksi selitykseksi sen, että vastaavan täsmällisesti jäsentynyt oikeutusperuste puuttuu myös verrattain nuorelta hallinto-oikeudelta yleensä.⁷³

Esitetyt kritiikin mukaan silloinkin, kun oikeutusperusteita eritellään, se tapahtuu usein varsin kuvailevasti, ja ne saavat merkitystä luottamuksensuojaperiaatteen soveltamisessa lähinnä vain välillisesti,⁷⁴ jos lainkaan: esimerkiksi Knight huomauttaa oikeutusperusteen identifioinnin oikeuskäytännössä olleen usein ”purely matter of semantic preferences”.⁷⁵ Normatiivista merkitystä luottamuksensuojaperiaatteen taustalle konstruoiutu kuitenkin erityisesti niille oikeuden edellä mainituille tendensseille, jotka *Diceyn* nimeen liitettyjen ortodoksioiden rapauttajana *mahdollistavat* luottamuksensuojan kaltaisten aineellisten oikeusperiaatteiden olemassaolon niitä kuitenkin erikseen konstituomatta. Kuitenkin, kuten jäljempänä huomataan, *common law*'n hallinto-oikeus näyttää aivan viime aikoina löytäneen luottamuksensuojajustificointien normatiivisuuden uudella tavalla.

Common law'n yleiseen tapaan oikeuskäytäntö on näytellyt varsin keskeistä osaa doktriinin kehittyessä. Luottamuksensuojan synty julkisoikeudellisena periaatteena kiinnitetään Englannissa tavallisesti oikeustapaukseen *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*⁷⁶, jossa asiallisesti oli kyse oleskelulupa-asiasta. Yrityksiä varhaisempien juurien rekonstruointiin on toki havaittavissa: esimerkiksi *Shivaji Felix* huomauttaa luottamuksensuojan olevan paikallistettavissa *rule of law*'n vuosisataisiksi peruspilareiksi konstruoidun *Entick v. Carrington*-tuomion taustalle.⁷⁷ Felixin ajatuksesta on kuitenkin vaikea saada otetta; kuten

⁷² Reynolds 2011, s. 330.

⁷³ Knight 2009, s. 17.

⁷⁴ Ks. esim. Schønberg 2000, s. 9–30.

⁷⁵ Knight 2009, s. 18.

⁷⁶ Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs [1969] 2 Ch 149.

⁷⁷ Felix 2006, s. 69–70.

jäljempänä huomataan, *Entick v. Carrington* on varsin traditionaalinen laillisuus-vaatimukseen keskittyvä tuomio.

Selkeämmin luottamuksensuojahistorian keskiöön kuuluvan *Schmidt*-tuomion *judicial review* kohdistui päätökseen, jolla määräaikaisen oleskeluluvan uusiminen oli evätty. Vaikka tuomioistuin pysytti päätöksen, lordi *Denningin* sen perusteluihin kirjaaman *obiter dictan* on katsottu itse asiassa perustaneen koko luottamuksensuojadoktriinin *common law'hon*. Kyse oli tässä vaiheessa kuitenkin vasta menettelyllisesti luottamuksensuojasta: kysymys sen tarjoamasta suojasta konkretisoitui siihen, tuliko oleskeluluvan hakijaa *kuulla* menettelyssä. Tuomiossa katsottiin, että tällaista velvollisuutta ei ollut. Harkinnanvaraisesti myönnettävän oleskeluluvan ei katsottu omaavan sellaista yhteyttä henkilön oikeuksiin, että häntä olisi pitänyt kuulla: ”*a foreign alien has no right – and, I would add, no legitimate expectation – of being allowed to stay. He can be refused without reasons given and without a hearing.*” Kuitenkin (*obiter dicta*), mikäli oleskelulupaann kajottaisiin sen voimassaoloaikana, tulisi asia luottamuksensuojan johdosta arvioitavaksi toisin: ”*If his permit is revoked before the time limit expires, he ought, I think, to be given an opportunity of making representations: for he would have a legitimate expectation of being allowed to stay for the permitted time.*”

Lordi *Denningin* pohdinnan *obiter*-luonnetta ei ole kuitenkaan syytä ylikorostaa: kuten Thomas osoittaa, *Denningin* kohdalla ei ollut mitenkään poikkeuksellista vaan pikemminkin luonteenomaista introdusoida *obiter dictan* puitteissa uusia perustavanlaatuisia oikeudellisia innovaatioita, jotka sittemmin jatkoivat elämäänsä tulevissa tapauksissa.⁷⁸ Näin myös *Schmidt*-tuomion *obiter dictan* introdusoima *menettelyllinen luottamuksensuoja* vakiintui varsin nopeasti osaksi *common law'ta*. Vakiintumista auttoi sen valjastaminen soveltamisalaltaan yleisempien oikeudellisten vaatimusten tueksi. Lordi *Denningin* toimeliaisuudessa on katsottu olleen kyse ennen kaikkea siitä, että näin saatiin perusteltua oikeudenmukaisen menettelyn takeiden soveltuvuus myös harkinnanvaraisia päätöksiä koskevaan menettelyyn, eli tilanteisiin, jotka eivät olleet perinteisesti *procedural fairness / natural justice* -konstruktion soveltamisalan laukaisevan *rights*-käsitteen alla.⁷⁹

Aineellisen luottamuksensuojan eli kysymyksen siitä, tuliko viranomaisen toimia myös sisällöllisesti perusteltua luottamusta vastaavalla tavalla, katsottiin olevan varsin ongelmallisessa suhteessa *rule of law'n* keskeisiin osatekijöihin, *tuomioistuinten riippumattomuuteen* ja viranomaisten *harkintavallan käytön sitomattomuuteen*. Näiden tekijöiden yhteisvaikutuksena konstruoitunut *judicial*

⁷⁸ Thomas 2000, s. 47.

⁷⁹ Schønberg 2000, s. 39.

restraint voidaan Steelen tavoin kiteyttää oikeuskulttuuriseksi ajattelutavaksi, joka mahdollisti vain menettelyllisen luottamuksensuojan: ”*Judges feel far more comfortable telling public bodies what procedures they should follow rather than what outcomes they should procure.*”⁸⁰

Doktriini saavutti tältä osin kulminaationsa vuoden 1994 oikeusriidassa *R v Secretary of State for Transport ex parte Richmond upon Thames Borough Council*⁸¹, jossa oli asiallisesti kyse lentokoneiden melutasoon liittyvän *policy*n perustamien aineellisten odotusten suojattavuudesta. *Lord Justice Laws*n mukaan aineellista luottamusta ei kuitenkaan voitu suojata. Perustelu kytkeytyi tapauksen faktoihin kiinnittyneiden arviointien lisäksi kahteen eri yleisemmän soveltamisalan perusteeseen. Ensinnäkin, *policy*n perustettavissa oleva aineellinen luottamuksensuoja olisi merkinnyt sitä, että viranomainen ei olisi ollut enää kykenevä toteuttamaan oikeuttaan ja velvollisuuttaan *policy*n sisällön muokkaamiseen olosuhteiden niin vaatiessa. Toiseksi, aineellinen luottamuksensuoja olisi merkinnyt tässä kohdin myös sitä, että tuomioistuimien olisi joutunut *asettumaan viranomaisen asemaan arvioidessaan*, oliko tapauksessa käsillä yksityisen intressin ylittävä julkinen etu: tuomioistuimien olisi joutunut tällöin ottamaan pakotetusti kantaa julkisen intressin taustalla oleviin tosiasiasiekkoihin, mikä olisi ollut vakiintuneen *judicial review* -ortodoksian mukaan vallanjoon perusparin vastaista: ”*The court is not the judge of the merits of the decision-maker’s policy*”.

Lähtökohta – *policy is not for the court to decide* – on edelleenkin olemassa yhtenä keskeisenä opinkappaleena: sen on katsottu yleisemminkin, mutta erityisesti luottamuksensuojan kohdalla toimivan ilmaisuna tuomioistuinten julkisen vallan käyttöä kohtaan omaksumasta *judicial restraint* -asenteesta.⁸² Esimerkiksi Thomas on viitannut siihen, että tämän lähtökohdan ja aineellisen luottamuksensuojan yhteensovittaminen on jo käsitteellisesti mahdotonta.⁸³ Aineellisen luottamuksensuojan katsotaan kuitenkin kiistatta juurtuneen *common law*’n julkisoikeuteen viimein ns. *Coughlan*-tuomiossa (*R. v. North East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [2000] 2 W.L.R. 622).⁸⁴ *Coughlan*issa oli asiallisesti kysymys vakavasti sairaalle annetusta lupauksesta saada asua tietyssä hoitopaikassa loppuelämänsä ajan, ja viranomaisen sidonnaisuudesta tähän antamaansa lupaukseen. Tuomioistuimien katsoi ensimmäistä kertaa olevansa toimivaltainen suojaamaan myös aineellista luottamusta. Moderni luottamuksensuoja-ajattelu oli introdusoitu Englannin hallinto-oikeuteen.

⁸⁰ Steele 2005, s. 300

⁸¹ *R v Secretary of State for Transport ex parte Richmond upon Thames Borough Council* [1994] 1 All ER 577.

⁸² Pandya 2009, s. 170–171.

⁸³ Thomas 2000, s. 72.

⁸⁴ Craig 2008, s. 654.

3.4 LUOTTAMUKSENSUOJA OSANA JULKISOIKEUDEN KOKONAISUUTTA

Hallinto-oikeudellinen luottamuksensuojakeskustelu näyttäisi kytkevän luottamuksensuojan ensi sijassa osaksi hallinto-oikeuden yleisiä periaatteita. Hallinto-oikeuden keskeiseen ainekseen on jo varsin vakiintuneesti luettu kuuluvaksi joukko oikeusperiaatteita. Lainalaisuus eri muodoissaan, yhdenvertaisuus, objektiiviteetti, tarkoitussidonnaisuus ja suhteellisuus ovat olleet jo pitkään niiden normatiiviseen käyttöyhteyteen viittaavalla periaate-loppuliitteellä varustettunakin hallinto-oikeuteen kytköksissä olevien oikeudellisten käytäntöjen näkökulmasta velvoittavaa ja jokapäiväisen soveltamistoiminnan kannalta merkityksellistä oikeutta. Mainitut periaatteet ovat toimineet myös abstraktiotasoltaan tätä arkista soveltamiskontekstia hieman yleisempänä periaatteena saaden merkityksensä paitsi mainittujen periaatteiden käytännön soveltamisen hiljaisena taustajustifikaationa, myös hallinto-oikeustieteen keskeisen itseyttämisprosessin lähteenä. Jopa hallinto-oikeuden synty itsenäisenä oikeudenalana on kiinteästi kytköksissä näihin periaatteisiin: vasta valtion ymmärtäminen positiivisen oikeusjärjestyksen konstituomaksi ja näin myös sen sitomaksi mahdollisti ne käsitteelliset lähtökohdat, joille 1800-luvulla itsenäistynyt hallinto-oikeus saksalaisessa oikeustieteessä rakentui.

Periaatteiden keskinäinen systemaattinen yhteys voidaan nähdä sisällölliseksi. Esimerkiksi *Mäenpään* mukaan periaatteiden pääpiirteittäisen sisällön erikseen selvittämisen mahdollisuus ei osoita niiden selvärajaisista toisistaan erotettavuutta; esimerkiksi diskriminoivan päätöksenteon voi katsoa loukkaavan sekä tarkoitussidonnaisuutta, yhdenvertaisuutta että kaiken taustalla piilevää objektiiviteettivaatimustakin.⁸⁵ Periaatteet kattavatkin osin toisensa ainakin kahdella tavalla. Ensinnäkin niiden sisältö samastuu useassa kohdassa. Esimerkiksi luottamuksensuojaperiaatteen soveltamisen olennaiseksi osaksi katsotun punninnan julkisen vallan intressien ja yksityisen oikeusturvaodotusten välillä voidaan ajatella samastuvan asiallisesti suhteellisuusperiaatteen rakenteistamaan ja edellyttämään punnintaan. Tähän näkökohtaan on kiinnitetty huomiota erityisesti Saksan julkisoikeudessa. Englannin hallinto-oikeuden traditioissa yhteys on vielä suoraviivaisempi: kuten *Søren Schønberg* osoittaa, *traditionaalinen* ymmärrys luottamuksensuojasta palautuu miltei jäännöksettä sikäläiseen ortodoksiseen sovellutukseen suhteellisuusperiaatteesta, joka kulkee otsikon *Wednesbury unreasonableness* alla,⁸⁶ ja vastaavasti nykyinen luottamuksensuojakeskustelu samastuu keskeisiltä osiltaan siihen *common law constitutionalism* -otsikon alla käytävään

⁸⁵ Mäenpää 2011, s. 75.

⁸⁶ Schønberg 2000, s. 112.

keskusteluun, joka pyrkii eroon *Wednesbury*-ortodoksiasta kohti mannermaista tapaa ymmärtää suhteellisuusperiaate.⁸⁷

Toiseksi on syytä huomata, että periaatteiden keskinäiset suhteet eivät välttämättä osoita samaan suuntaan. Esimerkiksi oikeusvaltioperiaate asettuu ainakin sen muodollista lainalaisuutta painottavissa merkityksissä usein luottamuksen-suojaa ja suhteellisuutta vastaan. Yksinkertaisimmillaan tässä on kyse demokraattisen lainsäätäjän toimivallan ja yksityisen luottamusta suojaavan oikeusperiaatteen konfliktista, joka ratkaistaan muodollisen oikeusvaltion sitoumuksin korostamalla muodollista lainalaisuutta.⁸⁸ Kyse on siitä jo tutkimuksen alussa viitatus julkisoikeudessa alati läsnä olevasta asetelmasta, jossa lainalaisuuden nähdään muodollisena oikeusvarmuutena vaativan formaalia, yhdenvertaista ja ennakoitavaa lainsoveltamista, kun taas luottamuksensuoja- ja suhteellisuusperiaatteet edellyttävät kunkin tapauksen ominaispiirteiden huomioonottamista. Näihin periaatteisiin kohdistuvassa kritiikissä toistuukin usein hokema yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuuden ”viidakosta”.⁸⁹ Kuten jäljempänä huomataan, ei ole kuitenkaan mitenkään itsestään selvää, että esimerkiksi oikeusvaltion kantamalle oikeusvarmuuden käsitteelle pitäisi välttämättä antaa tällainen formaali sisältö.

Hallinto-oikeuden yleiset periaatteet ovat usein myös justifikatorisessa systemaattisessa yhteydessä. Periaatteiden taustalla piilevät, niiden soveltamista edellyttävät ja niille sisällön antavat oikeutusperusteet saavat normatiivista tukea paitsi positiivisesta oikeudesta ja abstraktiotasoltaan yleisemmän tason periaatteista, myös horisontaalisesti muista samaan yhteyteen kuuluvista periaatteista. Ilmeisin esimerkki tämänkaltaisesta ajattelusta paikallistuu saksalaisen hallinto-oikeuden oikeuslähdeopillisiin sitoumuksiin. Varsin vakiintuneesti on nimittäin katsottu, että hallinto-oikeudelliset oikeusperiaatteet eivät sellaisenaan muodosta oikeuslähdettä, vaan ne saavat sisältönsä ja velvoittavuutensa justifikatorisesta suhteesta muihin oikeuslähteisiin.⁹⁰ Mainitsematta ei voi myöskään tässä yhteydessä jättää *common law*’n piirissä käytyä, jäljempänä sisällöllisen tarkastelun kohteeksi päätyvää keskustelua esimerkiksi *estoppel*-doktriinin ja luottamuksen-suojan yhteyksistä ja eroavaisuuksista.⁹¹ Tällainen horisontaalinen justikaatio-suhde ei ole tuntematonta suomalaiselle hallinto-oikeudellekaan. Voidaan viitata vaikka Suomessa viime vuosikymmeninä käytyyn keskusteluun kohtuusperiaatteen yhteydestä suhteellisuusperiaatteeseen⁹² sekä *Merikosken* harkintavalta-teo-

⁸⁷ Ks. jäljempänä luku 3.8.

⁸⁸ Forsthoft 1973, s. 171.

⁸⁹ Kisker 1973, s. 150, 169.

⁹⁰ Ruffert 2006, § 17 rn. 96.

⁹¹ Elliot 2003, s. 71.

⁹² Ks. esim. Kotkas LM 2009, s. 761 ss.

riaan sisältyvään suhteellisuusperiaatteen subsumointiin objektiviteettiperiaatteen alalajiksi.⁹³

Vastaavat huomiot voidaan tehdä abstraktiotasoltaan yleisempien periaatteiden kohdalla. Keskeisimpänä esimerkkinä tällaisesta justifikatorisesta suhteesta *Matthias Ruffert* mainitsee hallinto-oikeuden periaatteiden ja yleisten valtiosääntöperiaatteiden keskinäisen suhteen.⁹⁴ Yleisemminkin sellaiset perustavanlaatuiset julkisoikeudelliset käsitteet kuten oikeusvaltio, oikeusvarmuus, ihmisarvon kunnioittaminen, suhteellisuus, vallanjako tai vaikkapa lainalaisuus eivät edes normatiivisessa käyttöyhteydessään periaate-loppuliitteellä varustettuna omaa sellaista tarkkarajaista sisältöä, jonka perusteella olisi perusteltua pitää niitä eräänlaisina sisällöltään hermeettisesti lukittuina, säännönlouhteisina oikeusnormeina. Näin esimerkiksi *Jeremy Waldronin* ajattelussa *rule of law* saa justifikaationsa, sisältonsä ja merkityksensä rekursiivisesta suhteestaan muihin oikeuden perustavanlaatuisiin instituutioihin.⁹⁵ Samoin saksalaisessa luottamukSENSUOJAA koskevassa keskustelussa on milteipä pääsääntönä jäsentää luottamukSENSUOJAA osana korkeamman abstraktiotason periaatteista koostuvaa järjestelmää.⁹⁶

Julkisoikeuden yleiset periaatteet määrittelevät siis simultaanisti toistensa sisältöä ja soveltamisalaa, eikä niitä ole erityisen mielekäästä jäsentää vailla tätä rekursiivista yhteyttä. Niinpä tässä tutkimuksessa omaksutaan lähestymistapa, joka tältä osin eroaa esimerkiksi *Aarre Tähden* asettamista edellytyksistä luottamukSENSUOJAN tarkastelulle. Tähden mukaan monivivahteisen ja -ulotteisen luottamukSENSUOJAN ala pitäisi nimittäin jotenkin operationalisoida suhteellisen tarkkarajaisten kriteerien avulla, jotta itse tutkimuskohteeseen päästäisiin käsiksi ja se voitaisiin pitää kyllin selkeästi erillään esimerkiksi oikeusvoimaan liittyvistä kysymyksistä sekä osin filosofisistakin oikeudenmukaisuuskysymyksistä.⁹⁷ Tässä tutkimuksessa omaksuttava, tiukasta erottamisvaatimuksesta erkaneva eräällä tavalla holistinen näkökulma oikeusperiaatteisiin ei toki ole mikään erityisen uusi innovaatio. Esimerkiksi perusoikeusjärjestelmän yleiset opit Suomessa ovat jo varsin vakiintuneesti, ja erityisesti saksalaiseen oikeuskulttuurin paikantuvien esikuvien vaikutuksesta, painottaneet perusoikeusjärjestelmän ja yleisemminkin valtiosäännön luonnetta esimerkiksi sellaisena *Pekka Lämsinevan* hahmottelemana *kokonaisuutena*, jonka sisältö yksittäisessäkin soveltamistilanteessa muodos-

⁹³ Merikoski 1969, s. 75.

⁹⁴ Ruffert 2006, § 17 rn. 96.

⁹⁵ Waldron 2008, s. 10 ss.

⁹⁶ Püttner 1974, s. 202.

⁹⁷ Tähti 1995, s. 224.

tuu yksittäisen säännöksen asemesta monitasoisesta, järjestelmän kokonaisuuden huomioon ottavasta argumentoinnista.⁹⁸

Keskeisen esimerkin tällaisesta tarjoaa perusoikeuksien yhteensovittaminen. Vaikka tavanomaisia ovat asetelmat, joissa mielenkiinto kohdistuu esimerkiksi kahden tai useamman perusoikeuden toisiaan rajoittavaan oikeusvaikutukseen⁹⁹, voi esimerkiksi usean eri perusoikeuden keskinäinen suhde olla sisällöltään myös konstituiva tai justifikatorinen. Tavataan puhua perusoikeuksien yhteisvaikutuksesta. Esimerkiksi Mäenpään muotoilema, PL 12.2 §:n sanamuotoon välittömästi perustuva valtiosääntöinen julkisuusperiaate saa toisaalta justifikatorista ja konstituivaa tukea esimerkiksi sananvapaudesta ja osallistumisoikeudesta, mutta toisaalta legitiimit rajansa yksityisyyden suojasta, elinkeinovapaudesta ja omaisuuden suojasta.¹⁰⁰

Vielä hieman yleisemmällä tasolla samanlainen rakenne vallitsee nykyisin käsityksissä oikeuslähdeopista. Tämän tutkimuksen tutkimusasetelman miltei pakotetusti edellyttämän oikeudellisen *polysentrian* ohella voidaan viitata esimerkiksi *Matti Ilmari Niemen* Suomen oikeusjärjestelmän oloihin soveltamaan ajatukseen oikeuslähdeopista, joka erkanee hierarkkisten listojen ja laatikkoleikkien muodosta eräänlaiseen verkkomalliin, jossa useasta eri suunnasta kumpuavat argumentit määrittävät toistensa merkitystä moniulotteisessa ja -tasoisessa verkossa.¹⁰¹ Mallilla on kiistämätön yhteytensä periaateorientoituneeseen tapaan ajatella oikeutta: esimerkiksi *C. W. Canaris* muotoilee oikeusperiaatteiden rakenteistaman oikeusjärjestyksen oikeusperiaatteiden moniulotteiseksi kimpuksi, jonka puitteissa oikeudelliset ongelmat saavat sisällöllisin perustein määrittyvän ratkaisunsa.¹⁰² Varsin luontevaa onkin ajatella, että edellä viitattu hallinto-oikeuden yleisten oikeusperiaatteiden sisällöllinen yhteys muodostaa hankalasti yhdestä pisteestä lähestyttävän argumenttien verkon. Periaatteiden keskinäinen sisällöllinen yhteys ja soveltamiskontekstien ylikansallisuus sekä niitä koskevan keskustelun yleiseurooppalaisuus huomioonottaen verkkoa voi luonnehtia varsin moniulotteiseksi ja -tasoiseksi. Verkon haltuunotto on kuitenkin jo esitysteknisesti vaativa tehtävä. Varsin vakiintunut ratkaisu on lähestyä monitahoista ongelmaa valitsemalla jokin tietty näkökulma tai kiintopiste systematisointiavaimeksi, josta katsoen muu aineisto jäsennetään.

Suhteellisuusperiaate tarjoaisi yhden tällaisen kiinnepohdan. Kuten tutkimusasetelman muotoilussa jo todettiin, se on rakenteellisesti läsnä Saksan ja Englannin luottamuksensuojadoktriineissa. Tätä näkökohtaa puoltaisi myös se, että

⁹⁸ Ks. esim. Lämsineva 2002, s. 123.

⁹⁹ Ks. esim. Viljanen 2001, s. 136 ss.

¹⁰⁰ Mäenpää 2008j, s. 29.

¹⁰¹ Niemi 2006, s. 229.

¹⁰² Canaris 1983, s. 117.

suhteellisuusperiaatetta pidetään länsimaaisissa oikeusjärjestyksissä yleisenä oikeusvaltiollisena periaatteena. Sen keskeistä merkitystä osoittaa esimerkiksi *David M. Beatty*n väite, jonka mukaan oikeusvaltiona itseään pitävän yhteisön omaksuman, julkisen vallan käyttöön kohdistuvan *judicial review*'n sisältö voidaan viime kädessä jäsentää kysymykseksi julkisen vallan käytön mahtumisesta suhteellisuusperiaatteen rajoihin. *Proportionality* paljastuu Beatty'n analyysissa universaaliksi, konstitutionalismien kriteeriksi: *the ultimate rule of law*'ksi.¹⁰³ Suhteellisuusperiaate onkin jossain muodossa omaksuttu sekä kansallisiin oikeusjärjestyksiin että kansainvälisiin sopimuksiin ja EU-oikeuteen.¹⁰⁴ Oikeustieteessä suhteellisuusperiaatetta koskevaa keskustelua leimaakin yleensä ns. *cross-fertilization*, millä *Tom Hickman* viittaa sen luonteeseen mihinkään tiettyyn oikeusjärjestykseen sitoutumattomana julkisoikeudellisena diskurssina, josta kukin oikeusjärjestys on ammentanut tapoja suhteellisuusperiaatteen jäsentämiseen.¹⁰⁵

Kun kuitenkin muistetaan edellä luottamuksensuojan keskeisten jännitteiden, intertemporaalisen stabiliteetin ja muutoksen välisen *konfliktin* ja muodollisen oikeusvarmuuden ja yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuuden välisen *jännitteen* nostetun esimerkiksi saksalaisen oikeusvaltiodoktriinin sisäisistä jännitteistä keskeisimmiksi¹⁰⁶, on ilmeistä, että luottamuksensuojan jäsenitys ei voi karata oikeusvaltiodoktriinin ulottumattomiin. Samaan suuntaan viittaa englantilaisen luottamuksensuojadoktriinin pitkä pidättäytyminen menettelyllisen luottamuksensuojan kahleissa nimenomaan *rule of law*'sta kumpuavin perusteluihin. Näin tässäkin tutkimuksessa on luontevaa käyttää tutkimuksen alussa muotoiltua lähtökohtaa valtiosäännön merkityksestä systematisointiavaimena nimenomaan oikeusvaltiodoktriiniin konkretisoituna. Seuraavassa rekonstruoidaan oikeusvaltiokeskustelua siinä laajuudessa kuin luottamuksensuojaa koskeva doktriini ja sen ymmärtäminen edellyttävät siihen perehtymistä. Tarkoitus on selvittää ne perustelut, jotka mahdollistavat sekä *Rechtsstaat*-doktriinin että *rule of law*'n ambivalentit piirteet luottamuksensuojadoktriinin perustajana ja rajoittajana.

3.5 OIKEUSVALTIOTEORiat TAUSTALLA

Jo aluksi on kuitenkin huomautettava, että oikeusvaltiodoktriini ei omista lähtökohdistaan tarjoa luottamuksensuojalle mitään erityisen *kiinteää tai homogee-*

¹⁰³ Beatty 2004, s. 159–160, 162.

¹⁰⁴ Vranes 2009, s. 4–5.

¹⁰⁵ Hickman 2007, s. 31.

¹⁰⁶ Schmidt-Aßmann HStR 2004, § 26 rn. 81.

nistä jäsennysavainta: oikeusvaltiodoktriinista, sen olemassaolosta ja sisällöstä lienee saavutettavissa ainoastaan sen monitulkintaisuutta ja epämääräisyyttä korostava yhteisymmärrys. Sama näkökohta pätee myös oikeusvaltioteorian normatiiviseen konkretisoitumaan, oikeudellisissa käytännöissä sovellettavissa olevaan oikeusvaltioperiaatteeseen.¹⁰⁷ Jo *Carl Schmitt* totesi olevan oikeusvaltiolle mahdollista antaa ainakin yhtä monta erilaista merkitystä kuin sen rakennuspalikoille, sanoille oikeus (*Recht*) ja valtio (*Staat*).¹⁰⁸ Oikeusyhteisö ei kuitenkaan ole ottanut vakavasti Schmittin samassa yhteydessä tekemää johtopäätöstä, jonka mukaan koko oikeusvaltion käsite oli erottelukyvottomänä turha. Oikeusvaltion ympärillä käyty ja edelleen käytävä vilkas oikeustieteellinen keskustelu sekä oikeusvaltioon viittaavien oppirakennelmien yleisyys ja ainakin väitetty perustavanlaatuisuus länsimaisiksi demokratioiksi itsensä luokittelevissa oikeusjärjestyksissä ovat edelleenkin omiaan tuottamaan lukemattomia vivahteita oikeusvaltiodiskurssiin.

Oikeusvaltiodoktriinin voitaisiin tietysti ajatella omaavan jonkunlaista alkuperäistä selvää sisältöä, joka olisi aikojen kuluessa jäänyt oikeustieteen unhoon, ja historiallisen tutkimuksen tai rekonstruktion keinoin pyrkiä saavuttamaan kadotettu yksimielisyys. On kuitenkin helposti osoitettavissa, että tällaiset yritykset ovat vailla mieltä. Nykyisin monitulkintaisina pidetyt perustavanlaatuiset käsitteet ovat aikanaan olleet aivan yhtä monitulkintaisia, ja kuten Waldron osoittaa, tämä pätee myös *rule of law*'n historiaan. *Rule of law*'n antiikin Kreikkaan ulottuva historia on sen sisällöstä ja seurauksista vallitsevan erimielisyyden historiaa.¹⁰⁹

Keskeisen rajalinjan tässä moniulotteisessa oikeusvaltiodiskurssissa on sanottu kulkevan *common law*- ja mannereurooppalaisen oikeuskulttuurin välillä. Oikeusvaltion tunnusmerkit tai edes sellaiset käsitteelliset lähtökohdat kuten vapaus tai valtio eivät välttämättä avaudu samanlaisina *common law* -oikeuspiirissä oikeustiedettä harjoittavalle kuin vaikkapa saksalaiseen *Rechtsstaat*-oikeuskulttuuriin sitoutuneelle oikeustieteilijälle. Usein ajatellaan *rule of law*'n olevan joukko muodollisia vaatimuksia, kun taas *Rechtsstaat*in suhde perusoikeusjärjestelmään näyttäisi rakentavan sille aineellista sisältöä. Kuten jo tutkimuksen alussa normatiivisen ja funktionaalisen ajattelun eroja haettaessa osoitettiin¹¹⁰, rajalinja ei kuitenkaan palaudu niinkään *rule law*'n että *Rechtsstaat*in väliseksi kuin niiden sisällä vaikuttavien ajattelutapojen eroksi. Tätä väitettyä jakolinjaa hahmotettaessa onkin otettava huomioon sekä *rule law*'n että *Rechtsstaat*-dokt-

¹⁰⁷ Schmidt-Aßmann HStR 2004, § 26 rn. 2.

¹⁰⁸ Schmitt 1932, s. 19.

¹⁰⁹ Waldron 2002, s. 140–144.

¹¹⁰ Ks. edellä luku 2.1.

riinin historialliset variaatiot, jotka osoittavat yritykset samastaa muodollisen ja aineellisen rajalinja *rule of law*'n ja *Rechtsstaat*in väliseksi vailla mieltä olevaksi. Historiallisen *Rechtsstaat*in ydinsisältönä oli pitkään yksin formaali vaatimus poliisivalttiollisen vallankäytön muodoista poikkeavasta valtion tavasta käyttää valtaa. Formaali *Rechtsstaat* ei sisältänyt valtion vallankäytön sisältöihin tai tavoitteisiin kohdistuvia vaatimuksia, vaan se pelkistyi tässä historiallisessa vaiheessaan vaatimukseen siitä, että valtion oli käytettävä valtaansa lain muodoissa¹¹¹, eivätkä aineelliset painotukset oikeusvaltion keskeisten oppien hahmotelussa ole kokonaan vieraita *rule of law* -doktriinissakaan. Esimerkiksi *CLC*:n keskeiseen doktriiniin kuuluu *T.R.S. Allan*in teorianrakennus, joka kulminoituu muodollisen *rule of law*'n kritiikkiin teoksessa *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*.¹¹²

Olisi tietysti mahdollista keskittyä vain nykyhetkeen, ja pyrkiä esimerkiksi *Brian Z. Tamanahan* tavoin erittelemään *rule of law*- ja *Rechtsstaat*-oppirakennelmat toisistaan niiden intensiteetin mukaan kuusikentäksi täydentyvällä *muodollinen–aineellinen*-dikotomialla. Kuitenkin *Tamanahan*kin lukijalle käy varsin nopeasti ilmeiseksi, että oikeusvaltion käsitteelle tuttu monitulkintaisuus ja relativismi kohdistuvat myös siihen, mitä voidaan pitää muodollisena ja mitä aineellisena, ja *Tamanahan*kin joutuu tunnustamaan tämänkin rajanvedon suhteellisuuden.¹¹³ *Rule of law* ja *Rechtsstaat* jakavat näin yli ajan tarkasteltuna sekä muodollisen että aineellisen perinnön.

Yhtenäisyysajattelua on korostettu toisinaan jopa niin pitkälle, että termiä *rule of law* on pidetty käytössä olevista *Rechtsstaat*in käännöksistä informatiivisimpana.¹¹⁴ Oppien yhteneväisyyttä on korostanut esimerkiksi *Neil MacCormick*, joka varhaisessa ajattelussaan pyrki erittelemään *rule of law*'n ja *Rechtsstaat*in yhteisesti jakamia periaatteita.¹¹⁵ *MacCormick*in mukaan sellaiset perustavanlaatuiset periaatteet kuten lainalaisuus, lakien yleisyys ja julkisuus sekä luottamuksensuojadoktriinin osaksi nykyisin jäsenyvä taannehtivuuskielto olivat yhteisiä molemmille. Tästä yhteisestä ytimeistä huolimatta olisi silti virheelistä väittää *rule of law*'n samastuvan myös aineellisesti *Rechtsstaat*in englanninkieliseksi käännökseksi.¹¹⁶ *MacCormick*in joutui myöhemmin kääntämään *Rechtsstaat*in *rule of law*'n asemesta sanalla *law-state*.¹¹⁷ Vastaavasti voitaisiin ehkä ajatella *rule of law*'n kääntyvän saksaksi luontevasti termillä *Herrschaft*

¹¹¹ Grote 1999, s. 280.

¹¹² Allan 2001.

¹¹³ *Tamanaha* 2004, s. 92.

¹¹⁴ *Hallberg* 2004, s. 13.

¹¹⁵ *MacCormick* 1984, s. 67.

¹¹⁶ *Künnecke* 2007, s. 23.

¹¹⁷ *MacCormick* 1999, s. v.

des Gesetzes, millä *Rechtsstaat*in piirissä viitataan kapeampaan oppirakennelmaan, joka pyrkii käsittelemään *rule of law*'n kattaman alan. Synonyymina *Rechtsstaat* samastuu *rule of law*'hon lähinnä silloin, kun *Rechtsstaatia* käytetään kontrastina *Polizeistaat*in historialliseen sisältöön hallintovaltiona.¹¹⁸ Molemmat konstruktiot syntyivät vastauksena vuosikymmeniä kestäneeseen keskusteluun siitä, kuinka sovittaa yhteen modernissa valtiossa universaalin, formaalin ja rationaalisen lain ilmauksen saanut voluntarismi sekä yksilön oikeudet ja vapaudet.¹¹⁹

Yhteisestä syntyhistoriasta huolimatta angloamerikkalainen *rule of law* -doktriini eroaa saksalaisperäisestä *Rechtsstaat*-doktriinista ainakin yhdellä perustavaa laatua olevalla tavalla. Angloamerikkalaisesta oikeusvaltiosta nimittäin puuttuu jo terminologisella tasolla sana valtio. Terminologinen eroavaisuus ei ole sattumaa, vaan sillä on perustansa sekä oikeuskulttuurissa että valtio-opillisessa historiassa.¹²⁰ *Rosenfeld* kiteyttää eroavaisuuden käsitykseen *oikeuden ja valtion suhteesta*: siinä missä *rule of law* sisäistää eksplisiittisesti valtiosubjektia vastaan asettuvan antagonistisen konfliktinäkömyksen valtion ja oikeuden suhteista, *Rechtsstaat* kasvoi teoriana valtiosta nojaten symbioottiseen näkömykseen oikeudesta valtion legitiiminä vallankäytön instrumenttina.¹²¹

Eroavaisuus ei kuitenkaan tarkoita, että esimerkiksi englantilainen *rule of law* ei tunnustaisi valtion olemassaoloa lainkaan. Julkinen valta on läsnä *common law*'ssa useassa eri roolissa. Tämä ilmenee jo edellä mainituista *valtiollisen* vallan käytön rajoittamiseen kohdistuvien oikeutusperusteiden olemassaolosta sekä historiallisena ilmiönä että nykyisen doktriinin ylläpidon oikeutuksena.¹²² Konkreettisemmalla tasolla *J.W.F. Allison* osoittaa perusteellisessa analyysissään mannermaisen julkisoikeuden ja yksityisoikeuden erottelun omaksumisesta *common law*'n piiriin, miten esimerkiksi julkinen intressi, *Crown*, *parliament* ja Englannin *common law*'n oikeustapausten otsikoista tuttu kruunun ilmentymä *Regina (R.)* on asetettu doktriinissa täyttämään samaa *tehtävää* kuin mannermaisen *Rechtsstaat*in homogeneiseksi konstruoitu valtio.¹²³

Doktriinit voidaan kuitenkin erottaa toisistaan lähestymistapansa perusteella. Perusero voidaan hahmottaa esimerkiksi julkisoikeuden yleisen oppien tasolla esiintyvään kysymykseen siitä, miten oikeuden ja hallinnon suhde tulisi järjestää. Koska *common law*'sta puuttuu ainakin sen julkisoikeuden olemassaolon kiistävän ortodoksian mukaisesti miltei kokonaan oikeudellinen teoria valtiosta,

¹¹⁸ Kahn-Freund, 1978, s. 162.

¹¹⁹ Santoro 2007, s. 187.

¹²⁰ Letto-Vanamo 2008, s. 1133.

¹²¹ Rosenfeld 2001, s. 1319.

¹²² MacCormick 1984, s. 65–66.

¹²³ Allison 2000, s. 74 ss.

nähdään sen piirissä myös mannermainen julkisoikeuteen omaksuttu *rakenteellinen systeemisyy*s oikeudelle vieraaksi. Lähinnä A. V. Diceyn perintönä sitoudutaan edelleenkin tiukasti lähtökohtiin, joiden mukaan oikeuden tehtävänä on vain kontrolloida hallintotoiminnan ulommaisrajoja, eikä ainakaan saksalaiseen tapaan myös rakenteistaa hallintoa ja sen toiminnan sisältöä.¹²⁴ jälkimmäinen tehtävä jätetään parlamentille poliittisesti vastuunalaisen ministerin *policyn* muodostamisvaltaan. Tällä nimenomaisella rajalla on merkityksensä luonnollisesti myös *judicial review*’n alan määrittelyssä. Liian pitkälle menevä *review* kohtaa usein mannermaiseen tuomarivaltiokeskusteluun asiallisesti samastuvaa kritiikkiä, jonka mukaan ”*it was ’wrong in principle’ for the court to involve itself in such matters given that the minister was responsible to Parliament*”.¹²⁵ Näin mannermaiseksi nähdyn kokonaisvaltaisen, tavoitteellisen ja systemaattisiin näkökohtiin nojaavan julkisoikeudellisen argumentoinnin asemesta korostetaan *common law*’n sisäistämää hallinnollisesta käytännön järjestä tiukasti erotettavaa *artificial reason of law*’ta ja sen induktiivista konstruointia¹²⁶ – tai ainakin myyttiä *common law*’n sellaisista piirteistä.¹²⁷

Äärimmilleen kärjistettynä voidaan sanoa ainakin *common law*’n ortodoksioiden omaksumista lähtökohdista katsottuna näyttävän siltä, että *rule of law on teoria oikeudesta, ja vastaavasti Rechtsstaat teoria oikeuden sitomasta valtiosta*. Hallinto-oikeuden ja oikeuden suhteiden kannalta tämä on merkinnyt sitä, että siinä missä *Rechtsstaat* on käsittänyt hallinnon ja lainsäätäjän suhteen järjestyvän ensisijaisesti lain muodossa annetuin yleisin oikeusnormein¹²⁸, niin *rule of law* on rakentunut ajatukselle parlamentin ja hallinnon välisen suhteen lähtökohtaisesta *poliittisuudesta*: hallintoa ohjataan sisällöllisesti ensi sijassa *policyn* avulla.¹²⁹ Kuten julkisoikeudellisten periaatteiden analyysistä jäljempänä havaitaan, ei kärjistyksen ole kokonaan mieltä vailla, vaikka statuuttioikeus sinänsä saa *common law*’ssakin koko ajan kasvavaa merkitystä – myös hallintotoiminnan sisällöllisessä ohjauksessa.

Rule of law- ja oikeusvaltioteoriat ovat alaltaan erittäin laajoja, ja oikeusperiaatteina käytettyinä normatiivisessa käyttöyhteydessä erityisen avoimia. Tämän vuoksi niitä on usein kritisoitu teorioina selityskyvyttömiksi, ja periaatteina rajoiltaan liian epämääräisinä soveltamiskelvottomiksi. Kritiikin mukaan näitä teorioita ja doktriineita voidaan pitää jopa turhina: ne joko vain toistavat sellaisia elementtejä, jotka sisältyvät jo oikeusjärjestyksen positiivisoikeudelliseen ainek-

¹²⁴ Thomas 2000, s. 6.

¹²⁵ Forsyth 1997, s. 380.

¹²⁶ Thomas 2000, s. 16–19.

¹²⁷ McCormick 1992, s. 167–171.

¹²⁸ Maurer 2009, s. 116.

¹²⁹ Thomas 2000, s. 6.

seen¹³⁰, tai sisältävät sellaisia elementtejä, jotka lähinnä samastuvat toiveiden tynnyriin.¹³¹

Edellisen kritiikin keskeiset ajatukset kristallisoituvat erityisesti saksalaisessa julkisoikeudessa *Philip Kunigin* habilitaatioväitöskirjan muodon saaneessa oikeusvaltioanalyysissä *Das Rechtsstaatsprinzip*, joka pyrkii palauttamaan oikeusvaltioteorian sisällön sen osasina toimiviin yksittäisiin normeihin ja ehdottaa metodista ratkaisua, jossa oikeusvaltioperiaatteeseen viittaamista vältetään merkityksettömänä.¹³² Vallitseva kanta saksalaisessa julkisoikeudessa nykyisin kuitenkin lienee, ettei oikeusvaltioperiaate ole sisällöltään eikä merkitykseltään tyhjennettävissä yksittäisiin normeihin: näin ollen itsenäiselle ja normatiiviselle oikeusvaltioperiaatteelle jää sijaa oikeusjärjestyksen osana.¹³³

Jälkimmäisen, erityisesti aineelliseen *rule of law* -teoriaan suuntautuvan kritiikin mukaan oikeusvaltioteoria johtaa väistämättä siihen, että itse oikeusvaltiokäsitteestä tulee lopulta vain muodollinen, tyhjä kuori, jonka sisään voidaan rakentaa mitä tahansa vaatimuksia ulottuen vallankäytön tehokkuudesta aina ratkaisujen moraaliseen tai poliittiseen perusteltavuuteen.¹³⁴ Niinpä ei ole mitenkään vaikeaa havaita julkisoikeudellisista keskusteluista yksin oikeusvaltioteorioilla perusteltuihin luottamuksensuojatulkintoihin kohdistuvaa kritiikkiä, joka nojaa juuri tähän inflatoriseen näkökohtaan: esimerkiksi *Günter Püttner* pitää luottamuksensuojan tarkastelussa oikeusvaltioteoriaa luottamuksensuojaperiaatteen oikeusperustana vapaasti käännettynä taikurin hattuna (*Zauberliste*), josta voidaan loihtia esiin kaikki mahdolliset oikeusperiaatteet.¹³⁵ Toisaalta voidaan sanoa erityisesti *Rechtsstaat*-doktriinin saaneen jo pitkän doktrinaalisen kehittyneen kuluessa oikeudellisen struktuurinsa ja rajansa: ”*Nicht alles, was gerecht oder richtig erscheint, ist auch Rechtsstaatlich gefordert.*”¹³⁶ Tällainen oikeusvaltioperiaate on siis toisaalta itsenäinen ja normatiivinen oikeusperiaate, mutta toisaalta siinä määrin avoin, että lainsäätäjällä on harkintavaltaa, joskaan ei rajoittamatonta, sen sisällön konkretisoinnissa: ”Denn das Rechtsstaatsprinzip enthält keine in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote und Verbote, es bedarf vielmehr der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten; dabei müssen allerdings fundamentale Elemente des Rechtsstaats und die Rechtsstaatlichkeit im ganzen gewahrt bleiben.”¹³⁷

¹³⁰ Sobota 1997, s. 400.

¹³¹ Ks. esim. Cass 2001, s. 3.

¹³² Kunig 1986, s. 89 ss.

¹³³ Schmidt-Aßmann HStR 2004, § 26 rn. 7–10.

¹³⁴ Ks. esim. Cass 2001, s. 3.

¹³⁵ Püttner 1974, s. 203.

¹³⁶ Maurer 2010, § 8 rn. 9.

¹³⁷ BVerfGE 65, 283.

On kuitenkin myönnettävä, että oikeusvaltion käsite ja siihen kiinteästi liittyvät oppirakennelmat ovat kautta julkisoikeuden historian saaneet pragmaattisesti käytettynä niin puolustaa kuin vastustaa totalitarismia, demokratiaa, liberalismia, yövärtijavaltiota, hyvinvointivaltiota – vain muutamia kohteita mainitakseni. Saksalaisen doktriinin olennainen lainalaisuuskomponentti (*„Gesetzmäßigkeit“*) on jopa samastettu sen varsinaiseen irvikuvaan: *Vorrang des Führerwillens*.¹³⁸ Tästä huolimatta voidaan sitoutua ajatukseen, jonka mukaan oikeusvaltiodoktriinilla on sen moniulotteisuudesta, avoimuudesta, tulkinnanvaraisuudesta, pragmaattisuudesta, poliittisuudesta ja monesta muusta siihen liitetystä, oikeustieteen näkökulmasta ehkä ongelmallisesta ominaisuudesta huolimatta – tai ehkäpä niistä johtuen – keskeinen ja hyödyllinen tehtävä julkisoikeudessa.

Oikeusvaltiodoktriinin voidaan *ensinnäkin* ajatella olevan jopa välttämätön julkisoikeuden olemassaololle. *Armin von Bogdandyn* käsityksen mukaan esimerkiksi valtiosääntöoikeuden tieteenalan olemassaolon *sine qua non* on historiallisessa katsannossa ollut vähintään muodollinen *rule of law*.¹³⁹ Ajatus ei ole kokonaan vailla perustetta historiallisesta kontekstista irrotettunakaan: julkisen vallan käytön sitominen oikeuteen on ollut välttämätön edellytys sen oikeudelliselle arvioinnille. Edes *rule of law*’n muodollisuuden korostaminen äärimmillään kohti julkisen vallan käytön rajoitteista vapaata, yksin lain instrumentalistisen funktion varaan rakentuvaa *rule by law*’ta ei näytä tekevän julkisoikeuden olemassaoloa tieteenalana mahdottomaksi.¹⁴⁰

Toiseksi oikeusvaltiodoktriinin voidaan ajatella olevan käyttökelpoinen jäsenysväline nimenomaan sen avoimuudesta johtuen. Tämän ajatuksen taustalle voidaan sijoittaa esimerkiksi *Neil MacCormickin* ja sittemmin myös *Jeremy Waldronin* *W. B. Gallien* lainaamat ja oikeusvaltioteoriaan soveltamat ajatukset perusteiltaan riidanalaisista käsitteistä (*„essentially contested concepts“*).¹⁴¹ Voidaan myös viitata niille sisällöllisesti läheistä sukua olevaan *Carl Schmittin* käsitteanalyysiin, jossa oikeudellisten käsitteiden sisältö avautuu niiden pragmaattisen, funktionaalisen käyttöyhteyden selvittämisellä.¹⁴² MacCormickin, Waldronin ja Schmittin ajatteluiden sisällöllinen yhteys ja anti tämän päivän oikeusvaltiodiskurssille avautuvat niiden hyödyntämien perustavanlaatuisiksi määriteltujen käsitteiden sisäisen kompleksisuuden, niitä hyödyntävän argumentaation pluraliteetin sekä ennen kaikkea tämän moninaisuuden selityksen välityksellä: käsitteitä käytetään sekä oikeudellisissa että poliittisissa diskursseissa *tarkoituks-*

¹³⁸ Pauly 2011, § 58 rn. 13.

¹³⁹ Von Bogdandy 2009, s. 370.

¹⁴⁰ Peerenboom 2002, s. 8.

¹⁴¹ MacCormick 1984, s. 65, Waldron 2002, s. 148 ss., Gallie 1965, s. 169.

¹⁴² Schmitt 1963, s. 28 ss.

hakuisesti. Schmittin Weimarin tasavallan loppuaikojen poliittiseen ympäristöön kiinnittyvää käsitteiden pragmaattis-poleemista analyysia *Kaarlo Tuori* on kuvannut jopa käsitteiden sotatieteenä.¹⁴³ Tämä käsitteiden sotatiede muodostaa sen kompleksisuuden, josta myös Waldron näkee nousevan hedelmällisen pohjan käsitteiden kattamien oikeudellisten ilmiöiden ymmärtämisessä.¹⁴⁴ Oikeusvaltiodoktriinin ja luottamuksensuojan keskinäinen suhde muodostaa tällaisesta moninaisesta, usein tarkoitushakuisesta oikeudellisesta argumentoinnista edustavan esimerkin.

3.6 RECHTSSTAAT JA LUOTTAMUKSENSUOJA

Rechtsstaatin oikeusfilosofinen historiallinen perusta sijoitetaan yleensä *Immanuel Kantin* ajatuksiin oikeuden ja suvereenin välisestä suhteesta sekä järjen demokraattisessa menettelyssä konstituomasta oikeuden sisällöstä.¹⁴⁵ Vaikka Kantin laskeman oikeusfilosofisen perustan merkitystä ei käy kiistäminen, introduoidaan *Rechtsstaat* itsenäisenä *oikeudellisena käsitteenä* yleiseen konstitutionaaliseen keskusteluun kuitenkin ensimmäisen kerran vasta *Robert von Mohlin* laajassa esityksessä *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*.¹⁴⁶ *Rechtsstaat* konstruointiin siinä eräänlaiseksi vastakohtaksi sellaisille julkisen vallan käyttötavoille, joita *Rechtsstaat*-doktriini nimitti termillä poliisivaltio – *Polizeistaat*. Oikeusvaltiossa kyse oli julkisen vallan käytön sitomisesta lakiin tavalla, joka mahdollisti muun ohella kansalaiselle oikeusaseman myös julkista valtaa kohtaan.

Jo von Mohlin konstruktio osoittaa kuitenkin myös *Rechtsstaat*-doktriinin kompleksisuuden. Siinä missä mainitun teoksen ensimmäinen painos vuodelta 1832 painottaa miltei yksinomaan vapausoikeuksia *Rechtsstaatin* ylimpänä periaatteena muotoilulla ”[d]ie Freiheit des Bürgers ist bei dieser Lebensansicht der oberste Grundsatz”¹⁴⁷, on kolmekymmentä vuotta myöhemmin ilmestynyt kolmas painos saanut vapausoikeuksien komplementeiksi valtion aktiivisia toimintavelvoitteita yhteiskunnan hyvinvoinnin turvaamiseksi, eikä mainittua vapauden ensisijaisuutta korostava luonnehdinta enää sisälly *Rechtsstaatin* käsitteellisiin tunnusmerkkeihin.¹⁴⁸ Von Mohlin ajattelun evoluutio kuvastaa ns. varhais-

¹⁴³ Tuori 2007, s. 172.

¹⁴⁴ Waldron 2002, s. 162.

¹⁴⁵ Costa 2007, s. 85–87.

¹⁴⁶ Böckenförde 1991, s. 48.

¹⁴⁷ Von Mohl 1832, s. 7.

¹⁴⁸ Von Mohl 1866.

konstitutionaalisen koulukunnan *Rechtsstaat*-teorian sisällä kulkevia rajalinjoja yleisemminkin. Perusteiden riidanalaisuus varhaiskonstitutionaalisen koulukunnan sisällä sai ilmaisunsa esimerkiksi rajanvetona liberaalien ja konservatiivien välillä.¹⁴⁹

Tuolloin esimerkiksi Englannissa vallalla olleiden liberaalien oppien mukaisesti yövärtijavaltiota ei varhaiskonstitutionaalisen koulukunnan loppuvaiheiden *Rechtsstaat* edellyttänyt. Olisi silti liioiteltua väittää varhaiskonstitutionaalisen *Rechtsstaat*in olleen aineellinen konstruktio. Koulukunnan konservatiiveihin kuulunut *Friedrich Julius Stahl* asetti *Rechtsstaat*-konstruktiolle tehtäväksi lähinnä määrittää täsmällisesti sekä valtion toimivallan rajat että yksilön vapauspiirin ulottuvuuden.

Stahlin *Rechtsstaat*ille antaman tunnetun oikeudellisen määritelmän mukaan ”[d]er Staat soll Rechtsstaat seyn, das ist die Losung und auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neueren Zeit. Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen Ideen von Staatswegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen, als es der Rechtssphäre angehört, d. i. nur bis zur nothwendigsten Umzäunung. Dies ist der Begriff des Rechtsstaates, nicht etwa daß der Staat bloß die Rechtsordnung handhabe ohne administrative Zwecke, oder vollends bloß die Rechte der Einzelnen schütze, er bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen.”¹⁵⁰

Varhaiskonstitutionaalisen koulukunnan keskeisin oivallus kiinnittyikin oikeuden ja valtion keskinäissuhteiden järjestämiseen siten, että paljas poliisivaltiollinen yleisestä edusta oikeutusperustansa saava vallankäyttö ja samalla myös valtio organisaationa alistettiin oikeudelle: kun oikeus konstituoiti valtion, oli sillä myös valtiota ja sen vallankäyttöä rajoittava ja kontrolloiva funktio. Tavoite ei kuitenkaan ollut estää vallankäyttöä sinänsä.¹⁵¹ Tällainen ajatus sai erityisen kristallisoitumansa ns. *Kreuzberg*-tuomiossa,¹⁵² jossa oikeusvaltiokonstruktion katsotaan läpäisseen poliisivaltiollisen vallankäytön tavalla, joka muutti hallintolainkäytön sitoumukset.¹⁵³ *Udo di Fabio*n tiivistyksen mukaan sosiaalivaltiollinen vallankäyttö pysyi edelleen mahdollisena, mutta sidottiin ennalta määrätyn toimivallan vaatimuksiin.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Gozzi 2007, s. 241.

¹⁵⁰ Stahl 1833, s. 137.

¹⁵¹ Ks. Tuori 1990, s. 121

¹⁵² PrOVGE 9, 353.

¹⁵³ Schröder 2007, s. 26.

¹⁵⁴ Di Fabio 1994, s. 30.

Varhaiskonstitutionaalisen koulukunnan *Rechtsstaatin* oikeus ei kuitenkaan sitoutunut ehdottomalla tavalla oikeuden positivisuuteen. Vasta valtio-oikeudelliseksi positivismiksi luonnehdittu myöhäiskonstitutionaalinen koulukunta käsitti oikeudeksi positiivisen, valtiosäännön mukaisissa menettelyissä asetetun oikeuden.¹⁵⁵ *Rechtsstaat*, sellaisena kuin se nykyisin käsitetään, alkoi saada sisältönsä. Esimerkiksi liberaaleihin lukeutuva *Otto Bähr* nosti konstituution vuonna 1864 *Rechtsstaatin* keskeisimmäksi elementiksi. Tämän lähtökohdan varaan rakennettu positiivisoikeudellinen teoria sisälsi muun ohella vallanjakoon perustuvan käsityksen hallinnosta valtion tehokkaana toimeenpanovallan käyttäjänä, joka oli *Rechtsstaatin* oloissa alistettava oikeudelliseen kontrolliin.¹⁵⁶

Valtio-oikeudellinen positivismi käsityksineen valtiosta ja julkisen vallasta käytöstä oikeuden konstituoina ja rajaamana sekä *Rechtsstaatin* omaksuma vaatimus hallinnon oikeudellisesta kontrollista mahdollistivat lopulta *Otto Mayerin* 1895 julkaiseman *Deutsches Verwaltungsrechtin*¹⁵⁷ konstruoiman itsenäisen hallinto-oikeuden sekä oikeudenalana että tieteenalana. *Rechtsstaatin* ja hallinto-oikeuden suhde oli Mayerin ajattelussa symbioottinen. Vasta *Rechtsstaatin* konstituomat oikeudelliset lähtökohdat mahdollistivat ne käsitteelliset sitoumukset, joita hallinto-oikeuden olemassaolo edellytti.¹⁵⁸ Toisaalta Mayerin ajattelussa *Rechtsstaatin* olemassaolo edellytti itsenäistä hallinto-oikeutta¹⁵⁹: ”[d]er *Rechtsstaat* ist der Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts”¹⁶⁰.

Kaarlo Tuori kiinnittää tässä kohdin huomiota hallinto-oikeuden itsenäistymiseen liittyvään paradoksiin¹⁶¹: siinä missä esimerkiksi Mayerille *Rechtsstaat* merkitsi vielä suurin piirtein samaa kuin *Verfassungsstaat*¹⁶², joutui hallinto-oikeus itsenäistykseen katkaisemaan kiinteän yhteytensä valtiosääntöoikeuteen. Tämä itsenäistynyt hallinto-oikeus erosi kuitenkin tieteellisenä disiplinaan edeltäjästään *Polizeiwissenschaftista* samassa merkityksessä kuin *Rechtsstaat* *Polizeistaatista*: siinä missä *Polizeiwissenschaft* oli vallan tiedettä, hallinto-oikeustieteen mielenkiinto kohdistui keskeisesti valtaa vastaan asettuvaan oikeusturvaan. Näin myös *Rechtsstaat* ja erityisesti *Rechtsstaatin* hallinto-oikeus säilyttivät alkuperäisiin oikeutusperusteisiin nojautuvan systematiikkansa: kyse oli kansalaisen oikeussuojasta julkista valtaa ja erityisesti hallintoa kohtaan.¹⁶³ Sa-

¹⁵⁵ Tuori 1990, s. 122.

¹⁵⁶ Bähr 1932, s. 54.

¹⁵⁷ Mayer 1961 [1924].

¹⁵⁸ Mayer 1961 [1924], s. 54 ss.

¹⁵⁹ Schmidt-De Caluwe 1999, s. 70.

¹⁶⁰ Mayer 1961 [1924], s. 58.

¹⁶¹ Tuori 2003, s. 237.

¹⁶² Mayer 1964 [1924], s. 55.

¹⁶³ Schmidt-Abmann 2006o, s. 10 ss.

mallalla kun esi- tai ulko-oikeudellinen valtio ja julkinen vallankäyttö jäi poliisivaltion aikakaudelle, muuntui vallanalaisuussuhde oikeussuhteeksi.¹⁶⁴

Oikeussuhdeajattelu kanto sisällään mahdollisuuden perustavanlaatuisen muutokseen tavassa jäsentää yksityisen oikeusasemaa suhteessa julkiseen valtaan: yksityisen oikeusasema on mahdollista transformoida hallintoalamaisesta oikeuksien subjektiksi. Tämä oli mahdollista terminologisesti jo *Gerberin* omaksumassa oikeuksien konstruktiossa, mutta vasta erityisesti Bährin ajattelussa¹⁶⁵ omaksutun yksityisestä oikeudesta selvästi erottuvan ns. *subjektiivisen julkisen oikeuden* myötä laskettiin perusta tälle muutokselle. Se mahdollisti lopulta eraknemisen klassisen ajattelun julkisen vallan *voluntasta* painottaneesta lainalaisuudesta, jossa laki toteutti julkisen vallan tahtoa. Kärjistetyksi voi ehkä luonnehtia, että yksityisen näkökulmasta *Polizei-* ja varhaisen *Rechtsstaatin* erottivat toisistaan lähinnä *Rechtsstaatin* erityinen *oikeusmuoto*. Vasta subjektiiviset julkiset oikeudet toivat oikeuteen uuden orientaation: subjektiivisessa julkisessa oikeudessa kyse ei ole välttämättä lainkaan valtion tahdosta, vaan yksityisen vallasta valtiota kohtaan saada oikeutensa tarpeen vaatiessa oikeudellisessa menettelyssä toteutetuksi. Tässä yhteydessä ei ole erityisen hedelmällistä syventyä seikka-peräisesti subjektiivisen julkisen oikeuden teorian aikalaiskeskusteluun esimerkiksi siitä, oliko oikeudessa lopulta kyse *yksityisen intressistä vai tahdosta*¹⁶⁶ tai sen käsitteen tarkkaan erottelukykyyn suhteessa objektiiviseen oikeuteen. Tutkimusaiheen kannalta olennaista on havaita siihen kytkeytyvä orientaatiomuutos. Subjektiivisen julkisen oikeuden alalla julkisen vallan *voluntaksen* korvasi *yksityisen näkökulma*.¹⁶⁷

Rechtsstaatin historia näistä vuosisadan vaihteen ajoista tähän päivään sisältää historiallisesti ja *Rechtsstaat*-doktriinin kannalta mielenkiintoisia piirteitä.¹⁶⁸ Tämän tutkimuksen tarpeisiin riittää kuitenkin käsitys *Rechtsstaatin* ja positiivisen oikeuden suhteesta sekä sen syntykontekstista julkisen vallan käyttöä kohtaan suojaa antavine oikeutusperusteineen sekä erityisesti subjektiivisiin julkisiin oikeuksiin kytkeytyvästä orientaatiomuutoksesta. *Rechtsstaatin* lainalaisuus ei ole formaali itseisarvo, vaan sidottu oikeutusperusteisiinsa. *Rechtsstaatin* hallinto-oikeuden ja hallinto-oikeustieteen motoksi määrittyi kansalaisen suojaaminen julkisen vallan oikeudettomalta käytöltä.¹⁶⁹ Kuten edellä *Neue Verwaltungswissenschaftin* sitoumusten erittelystä ja niihin kohdistuvan kritiikin tarkastelusta kävi ilmi, vielä nykyäänkin hallinto-oikeuden yhdeksi keskeiseksi

¹⁶⁴ Sobota 1997, s. 234–236.

¹⁶⁵ Bähr 1864, s. 68 ss.

¹⁶⁶ Kersten 2011, s. 33.

¹⁶⁷ Maurer 2009, s. 164.

¹⁶⁸ Ks. esim. Tuori 1990, s. 113–133 ja 165–182, Stolleis 2004, s. 198 ss.

¹⁶⁹ Stolleis 2006, § 2 rn. 106.

kiinnekohdaksi on perusteltua jäsentää hallinto-oikeuden alkuajoilta periytyvä ymmärrys, joka asettaa hallinto-oikeuden olemassaolon viimekätiseksi oikeutusperustaksi ja täten myös sen legitimitietin normatiiviseksi mittapuuksi kansalaisen vapauspiirin turvaamisen valtiollista vallankäyttöä kohtaan.¹⁷⁰

Mainittu suhde näkyy erityisesti hallinto-oikeuden toisen maailmansodan jälkeisessä subjektiivisten julkisten oikeuksien aloittamassa, subjektivoitumistendenssiä jatkavassa kehityskulussa, jonka olennaisiksi tekijöiksi määrittyvät yksityisen ja julkisen vallan välisen oikeudellisen suhteen määrittely perustuslaista johdetuin lainalaisuusvaatimuksin ja perusoikeuksista kumpuavin, toisinaan subjektiivisen oikeuden muodoin saavin sisällöin.¹⁷¹ Tässäkin kohdin voidaan puhua hallinto-oikeuden *konstitutionalisoitumisesta*, joskin termille on tässäkin yhteydessä annettavissa useita erilaisia toisistaan poikkeavia merkityssisältöjä: kuten jo tutkimuksen alussa viitattiin, nykyisin alaa valtaa kanta, jonka mukaan hallinto-oikeuden konstitutionalisoituminen ei ole ymmärrettävissä ainakaan *ensisijaisesti* yksittäisten perusoikeuksien hallintoa ja hallinto-oikeutta sitovien oikeusvaikutusten ja sisältöjen kautta. Hallinto-oikeus ei pelkisty ainakaan jäännöksettä perustuslain toimeenpanoksi. Kyse on enemmänkin yleisten periaatteiden kautta tapahtuvasta rakenteistumisesta rationaaliseksi, läpinäkyväksi ja koherentiksi järjestykseksi.¹⁷²

3.6.1 Rechtsstaat ja Grundgesetz

*Rechtsstaat*iin liitetään usein sen perustavanlaatuista luonnetta korostavia määreitä; tavataan puhua *Rechtsstaatista* niin yläkäsitteenä, pääperiaatteena kuin esimerkiksi rakenneperiaatteena.¹⁷³ Nykyisessä valtiosääntödoktriinissa *Rechtsstaat* on Saksan valtiosääntötuomioistuimen käytännössä saanut myös eräänlaisen johtavan ajatuksen (*„Leitidee“*) statuksen.¹⁷⁴ Olennaista on huomata, että viitataanpa oikeusvaltiodoktriiniin johtoajatuksena, rakenneperiaatteena tai esimerkiksi perustavanlaatuisena periaatteena, ei sen vakiintuneen kannan mukaisena käyttöyhteytenä ole ainoastaan poliittinen tai deskriptiivinen kuvaus perustuslaista. Esimerkiksi valtiosääntötuomioistuin on nimenomaisesti korostanut tällaisten valtiosäännöstä johdettavien normatiivisten ideoiden velvoittavuutta, vaikka niitä ei erikseen olisikaan konkretisoitu GG:n nimenomaisiksi sääntelyiksi: *„Das Verfassungsrecht besteht nicht nur aus den einzelnen Sätzen der ge-*

¹⁷⁰ Masing 2006, § 7 rn. 8–10.

¹⁷¹ Stolleis 2006, § 2 rn. 106.

¹⁷² Schmidt-Aßmann 2006, § 5 rn. 1.

¹⁷³ Sobota 1997, s. 411, Schmidt-Aßmann 2006, § 5 rn. 8.

¹⁷⁴ Kunig 1986, s. 85–86.

*schriebenen Verfassung, sondern auch aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen, die der Verfassungsgesetzgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben, von dem er ausgegangen ist, nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat.*¹⁷⁵ *Rechtsstaat* saakin normatiivista merkitystä sekä itsenäisenä oikeusperiaatteena useassa eri merkityksessä että oikeusjärjestyksen sisältöön kohdistuvana tulkintamaksiimina,¹⁷⁶ ja on vakiintuneessa kannanmuodostuksessa etäänäytynyt varsin kauas *Kunigin* sille ehdottamasta roolista lähinnä olemassa olevien sääntelyiden deskriptiona.¹⁷⁷

Rechtsstaat sinänsä on – edellä jo osoitetun perusteiltaankin kiistanalaisen luonteensa takia – varsin moniulotteinen ilmiö. Tästä moniulotteisuudesta toimi hyvänä esimerkkinä *Katherine Sobotan Das Prinzip Rechtsstaat* -teoksessa rekonstruoima lista 142:sta *Rechtsstaatin keskeiseksi* katsotusta periaatteesta.¹⁷⁸ Kuten jäljempänä luottamuksensuojan oikeutusperusteiden tarkastelun yhteydessä havaitaan, tämä moniulotteisuus on luottamuksensuojan justifioitavuuden ja sen soveltamisedellytyksiä koskevan keskustelun olennainen osa. Luottamuksensuojan oikeudellisiksi kiinnelkohdiksi tässä moniulotteisessa doktriinissa paikallistuvat erityisesti lainalaisuus, perusoikeusjärjestelmä ja näiden keskinäinen suhde oikeudellisissa käytännöissä: luottamuksensuojadoktriini rakentuu olennaisilta osin näiden näkökohtien varaan rakennettuun luottamuksensuojan oikeutusperusteisiin ja niitä konkretisoiviin soveltamisedellytyksiin. Näkökohdat samastuvat keskeisiltä osiltaan niihin perustuslaillisiin kiinnelkohtiin, jotka *Eberhard Schmidt-Aßmann* asettaa hallinto-oikeudellisen systeeminrakennuksen valtiosääntöisiksi leikkauspinnoiksi yleisemminkin.¹⁷⁹

Toisaalta tästä moniulotteisuudesta yhdessä luottamuksensuojaa koskevan saksalaisen keskustelun laajuuden kanssa seuraa keskustelun moninaisuus: kun doktriinin keskeiset jäsennyspisteetkin ovat riidanalaisia, on keskustelun synteettinenomainen, doktriinia ulkopuolelta yhtenäistävä laajoja kaaria maalaileva haluttuotto vaatava tehtävä. Tässä esityksessä sellaiseen ei pyritäkään, vaan doktriinin *hajanaisuus ja moninaisuus* pyritään säilyttämään sellaisena kuin se saksalaisesta doktriinista ilmenee. Moninaisuuden säilyttämisen tausta-ajatuksena on osoittaa, miten luottamuksensuoja-ajattelu oikeusjärjestyksen perusteisiin kytkeytyvänä oikeudellisena ilmiönä vääjäämättä pakenee yksioikoisia dogmaattisia ehdottomuuksia.

¹⁷⁵ BVerfGE 2, 380.

¹⁷⁶ Maurer 2010, § 8 rn. 3.

¹⁷⁷ Kunig 1986, s. 89 ss.

¹⁷⁸ Sobota 1997, s. 254–256.

¹⁷⁹ Schmidt-Aßmann 2006o, s. 3.

3.6.2 Rechtsstaatin lainalaisuus

Hallinto-oikeustieteen isänä tunnetun *Otto Mayerin* käsitteistössä lainalaisuus on *Rechtsstaat*-doktriiniin välittömästi kiinnittyvän *Herrschaft des Gesetzes* -ajatuksen olennainen osa.¹⁸⁰ Oikeudellisten käytäntöjen suhdetta oikeuteen järjestetään ja on historiallisesti järjestetty laillisuuden puitteissa *Rechtsstaatin* tarjoaman sateenvarjon alla monin eri instituutioin ja painotuksin. Historiallisen jäsennysmittapuun eri variaatioille ja niiden reunaehdoille voi kiinnittää jo *Labandin* oppiin lain kaksinaiskäsitteestä, joka erotti toisistaan muodollisen ja aineellisen lain: edellinen kattoi parlamentin lain muodossa antamat tahdonilmaisut, jälkimmäinen taas oikeudellisesti velvoittavaksi vahvistetun normin sisällön.¹⁸¹ Jälkimmäinen edusti eräänlaista historiallista kompromissia, jonka merkitys yksityisen oikeusasemalle relativoitui erityisesti Mayerin *Herrschaft des Gesetzes* -ajattelun puitteissa tapahtuneena yksityisen oikeusaseman kiinnittymisenä lakiin.¹⁸² Tähän kiinnittyvä keskustelu suodattui myös suomalaiseen julkisoikeuteen, johon ovat *Rechtsstaatin* piiristä kotiutuneet pitkään jatkuneet keskustelut erilaisten lakikäsitteiden sisällöstä ja alasta sekä niiden suhteesta valtion *voluntakseen*,¹⁸³ ja jotka ovat konkretisoituneet myöhemmin sellaisina hallinto-oikeuden perustavanlaatuisina instituutioina kuten lainalaisuus, lakisidonnaisuus, oikeusvaltiollinen lakivaraus sekä muut yleiset ja erityiset lakivaraukset.

Gesetzmäßigkeit kattaa lainalaisuuden laajassa merkityksessä. Sen alakäsitteinä toimivat, samoin kuin suomalaisessakin sovelluksessa, *Vorrang des Gesetzes* (lakisidonnaisuus) ja *Vorbehalt des Gesetzes* (lakivaraus). Siinä missä lakisidonnaisuus sitoo hallinnon voimassa olevaan oikeuteen kieltämällä sen vastaisen toiminnan, pidättää lakivaraus viranomaisen toimivaltaperustan lain alaan.¹⁸⁴ Lakisidonnaisuus kieltona toimia *contra legem* ja lainalaisuus kieltona toimia *praeter legem* erotettiin jo varhain toisistaan, joskin niiden soveltamisalaksi rajoittui lähinnä kansalaisen omaisuuteen ja vapauksiin puuttuminen.¹⁸⁵ Nykyisin molempien katsotaan omaavan laajemman soveltamisalan ja perustuvan suoraan perustuslain 20. artiklaan (§ III 20 GG), jonka sanamuoto kuitenkin viittaa lähinnä lakisidonnaisuuteen: ”[d]ie Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.” Sen paremmin lakisidonnaisuudesta kuin lakivarausten järjestelmäs-

¹⁸⁰ Mayer 1924, s. 65.

¹⁸¹ Laband 1911, s. 1–23 ja 61–67.

¹⁸² Mayer 1924, s. 65.

¹⁸³ Kokoavasti ks. esim. Hepola 2005, s. 133–135, Halila 2000, s. 23 ja erityisesti Sipponen 1965, s. 65–164.

¹⁸⁴ Ks. esim. Maurer 2009, s. 116.

¹⁸⁵ Böckenförde 1991, s. 58.

tä ei ole kuitenkaan tehtävissä johtopäätöstä Saksan hallinto-oikeuden pakotetun formalistisista tai tiukan positiivisoikeudellisista dogmaattisista sitoumuksista. Jo perustuslain tekstikin sitoo hallinnon tässä kohdin lain ohella myös siitä jollain tavalla erotettavaksi edellytettyn *oikeuteen* ("...*Gesetz und Recht...*"). Melko vakiintuneen tulkinnan mukaan tällä viitataan positiivisoikeudellisen normiaineiston ulkopuolisen, esimerkiksi *Maunz – Dürig* -kommentaarin käsitteistössä jopa ylipositiivisten oikeusperiaatteiden (*überpositiv Rechtgrundsatz*) olemassaoloon ja velvoittavuuteen.¹⁸⁶ Säännöksen on katsottu toimivan samalla vahvana osaperusteluna oikeusvaltiodoktriinin omaksumalle aineellisuudelle.¹⁸⁷

Näin kontekstinsa saavaa yleistä lakivarausta nimitetään usein myös oikeusvaltiolliseksi lakivaraukseksi (*rechtsstaatlicher Gesetzesvorbehalt*). Nykypäivän hallinto-oikeudessa sen oikeutettavuus kiinnitetään yleensä oikeusvaltio- ja demokratiaperiaatteisiin ja niiden keskinäisiin suhteisiin. Oikeusvaltioperiaate nojaa näin paitsi demokratianäkökohtaan, myös vaatimukseen lain yleisyydestä: ajatuksena on, että lakivaraus abstrahoi oikeussuhteen kannalta merkitykselliset ratkaisun perusteet hallinnollisen kasuistiikan ja sen mahdollistaman mielivallan piiristä lain ja oikeuden universaaliin, ennakoitavuutta luovien yleisten normien piiriin.¹⁸⁸

Suhteessa valtiosäätöön on merkitystä annettu erityisesti perusoikeuksiin kiinnittyvälle lakivaraukselle (*Gesetzesvorbehalt*). Lakivaraus kiinnittyi alun perin oikeusvaltioteoriassa vakiintuneeseen käsitykseen siitä, että kansalaisen oikeuspiiriin, lähinnä kuitenkin vapauteen tai omaisuuteen kajoaminen edellytti tuekseen lakia (*Gesetz*).¹⁸⁹ *Gesetzesvorbehaltin* lailla tarkoitettiin alun perin varsinaisen lain tasoisen oikeusnormin lisäksi § 80 GG:n sallimissa rajoissa annettua alemmantasoista oikeusnormia. Lain ja alemmantasoisen oikeusnormin suhdetta järjestettiin alun perin käsitteellä *Parlamentsvorbehalt*, jolla tarkoitettiin vaatimusta yhteiskunnan kannalta merkityksellisen vallankäytön perusteiden pidättämisestä kansanedustuslaitoksen toimivaltaan. *Parlamentsvorbehalt* ei kuitenkaan sitoutunut lain yleiseen muotoon, vaan sen täytti esimerkiksi parlamentin tekemä päätös *in casu*. Nytemmin kyseiset varaukset ovat valtiosäätödoktriinissa laajentuneet ja täsmentyneet vaatimukseksi perusoikeuden käyttämisen kannalta olennaisen ja muunkin kansalaisen tai yhteiskunnan kannalta tärkeän sääntelyn lakitasoisuudesta (*Wesentlichkeitstheorie*).¹⁹⁰ GG:n sanamuodoista ei kuitenkaan ole johdettavissa yksiselitteistä ja abstraktia ratkaisua kysymykselle,

¹⁸⁶ Maunz – Dürig 2009, § 20 rn. 19.

¹⁸⁷ Schmidt-Aßmann 2004, § 26 rn. 20.

¹⁸⁸ Maurer 2009, s. 117.

¹⁸⁹ Sobota 1997, s. 108–109.

¹⁹⁰ Schmidt-Bleibtreu – Hofmann – Hopfauf 2008, s. 670, Schmidt-Aßmann HStR 2004, § 26 rn. 576.

joka koskee viranomaisen toimivallan lakiperustaisuuden lakivarausten soveltamisalan laajuutta: kysymys siitä, milloin hallinto tarvitsee toimintansa tueksi laintasoisen toimivaltanormin, ratkeaa usean eri perustuslaillisen näkökohdan perusteella.¹⁹¹

Oikeusvaltiollisen lakivarausten keskeiseksi soveltamisalaksi on perinteisesti katsottu yksityisen oikeusasemaan kajoaminen eli ns. *Eingriffsverwaltung*.¹⁹² Kyse oli jo jälkikonstitutionaalisen koulukunnan *Rechtsstaat*in puitteissa luodusta ajatuksesta, jonka mukaan *Rechtsstaat*in suojafunktiolle oli legitiimiä tarvetta vain kansalaisille välittömästi negatiivisia vaikutuksia aiheuttaneiden toimien kohdalla. Lakivarausten oikeutusperusta on nykyisin erkaantunut *Eingriff*-näkökohdan määrittelemästä *Parlamentsvorbehalt*in taustalla piilevien demokratiaa korostavien näkökohtien mukaiseksi vaatimukseksi siitä, että lainsäätäjän on tehtävä olennaiset päätökset itse (*Wesentlichkeitstheorie*).¹⁹³ Tämän ajatuksen keskeisimpiin kuuluvan, ns. *Kalkar I* -tuomion mukaan ”*der Gesetzgeber verpflichtet ist, – losgelöst vom Merkmal des ’Eingriffs’ – in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen*”.¹⁹⁴ Näin ollen perustetta myöskään *Eingriff*-näkökohdan mukaiselle soveltamisalan rajaukselle ei enää ole: esimerkiksi valtiosääntötuomioistuimen käytännössä lakivarausten on periaatteessa katsottu soveltuvan myös suorittavan (*Leistungsverwaltung*) hallinnon alalle.¹⁹⁵

Lakivaraukset eivät kuitenkaan ole kehittyneet hallinnon toiminnan kokonaisuudessaan sitovaksi lakivaraukseksi (*Totalvorbehalt*). Lakivarausten soveltamisala määrittynyt *Wesentlichkeitstheorien* muotoilemista lähtökohdista kansalaisen ja yhteiskunnan näkökulmasta olennaisten päätösten perusteiden pidättämisestä lainsäätäjän toimivaltaan:¹⁹⁶ yleiset lakivaraukset hajoavat lukuisiksi kaapeamman soveltamisalan omaaviksi erityisiksi, sisällöltään vaihteleviksi lakivarauksiksi.¹⁹⁷ Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että *Totalvorbehalt*in olemattomuudesta tai erityisten lakivarausten erikseen määrittävästä soveltamisalasta voitaisiin tehdä päätelmä laista kokonaan erillisen tai irrallisen (”*gesetzesfreien Verwaltung*”) olemassaolosta. Uuden hallinto-oikeusdoktriinin kehittelyn yhteydessä toisinaan kuitenkin viitataan siihen, että hallintoa koskevat toimivaltanormit vain jakavat valtion alkuperäistä toimivaltaa, eivätkä perusta sitä, mistä

¹⁹¹ Schmidt-Aßmann HStR 2004, § 26 rn. 63.

¹⁹² Maurer 2009, s. 122–123.

¹⁹³ Ossenbühl HStR 2007, § 101 rn. 41–51.

¹⁹⁴ BVerfGE 49, 89.

¹⁹⁵ Schmidt-Aßmann HStR 2004, § 26 rn. 65.

¹⁹⁶ Maurer 2009, s. 120.

¹⁹⁷ Schmidt-Aßmann HStR 2004, § 26 rn. 65.

johtuen hallinto omaa osana valtiokoneistoa osan valtion yleisestä toimivallasta (*"Allzuständigkeit"*).¹⁹⁸ Vallitseva kanta kuitenkin lieenee toinen, ja esimerkiksi Schmidt-Aßmann painottaa tällaisen "vapaan" hallinnon kuuluvan lähinnä hallinto-oikeudelliseen satumaailmaan. Hallinnon ja oikeuden välinen suhde määritetty vähimmilläänkin ohjaussuhteeksi: *"die Exekutive heute [ist] durchgängig eine gesetzdirigierte Gewalt."*¹⁹⁹

Toinen keskeinen erottelupiiirre tässä suhteessa on ollut hallintotoimien jako edunsuoviin ja velvoittaviin. Velvoittavat hallintotoimet muodostavat joko perusoikeuksiin tai aikaisemmassa katsannossa ainakin yleisesti vapauteen ja/tai omaisuuteen kohdistuvan *Eingriffin*, ja näin niiltä on vaadittu nimenomaista, lakiin palautuvaa toimivaltaperustaa, kun taas edunsuovien tai muuten yksityisten kannalta myönteisten toimien tekeminen on toisinaan katsottu mahdolliseksi vailla lainsäädännön antamaa nimenomaista tukea.²⁰⁰ Tällainen näkökanta saa tukea myös vanhemmasta valtiosääntötuomioistuimen käytännöstä. Esimerkiksi kirjallisuudessa vielä usein viitatussa tuomiossa BVerfGE 8, 155 muotoiltiin kanta, jonka mukaan sodan rasituksia tasaavan ns. *Lastenausgleich*-tukijärjestelmän olennaisetkin osat ovat hallinnollisella määräyksellä järjestettävissä²⁰¹: *"Das Bundesverfassungsrecht enthält keinen allgemeinen ungeschriebenen Gesetzesvorbehalt für die Regelung des Verfahrens und der Zuständigkeiten der Verwaltungsbehörden im Bereich der Leistungsgewährenden Verwaltung."*

Lakivaraukset näin ymmärrettynä eroavat sisällöllisesti *Rechtsstaatin* klassisesta lakivarausymmärryksestä: siinä missä esimerkiksi oikeusvaltiollinen lakivaraus alun perin oli yksin hallintoa vastaan suunnattu negatiivinen toimivallan rajoite, niin nykyinen ymmärrys jäsentyy valtiosääntöoikeuden näkökulmasta lähinnä parlamentin tehtävien positiivisella määrittelyllä vastauksena kysymyseen, mitä lainsäätäjän tulee tehdä.²⁰² Hallinnon ja hallinto-oikeuden näkökulmasta jäsennostavoilla ei kuitenkaan ole suurta eroa. Lopputulema lain soveltajan näkökulmasta on edelleen negatiivinen toimivallan rajoitus, jonka olennainen sisältö on kiistää lakiin palautumattoman *toimivallan* mahdollisuus.²⁰³ Näin oikeusvaltiollisen lakivarauksen keskeinen anti *Rechtsstaatin* julkisoikeudelliselle systematiikalle merkitsee edelleen toimivallan ja vapauden asymmetrian varaan rakentuvien lähtökohtien omaksumista.

Hallinnon ja kansalaisen välinen oikeussuhde rakentuu perustuslaillisten, vapauteen kiinnittyvien näkökohtien edellyttämänä asymmetriseksi: siinä missä

¹⁹⁸ Masing 2006 § 7, rn. 85.

¹⁹⁹ Schmidt-Aßmann 2006, § 26 rn. 61.

²⁰⁰ Ossenbühl 1965, s. 55.

²⁰¹ Heun 2011, s. 38.

²⁰² Ossenbühl HStR 2007, § 101 rn. 41–51.

²⁰³ Sobota 1997, s. 113.

kansalaisen toimintaa leimaa lähtökohtainen vapaus, toimii julkinen valta oikeudellisesti säännellyn toimivallan perusteella. Voidaan siis edelleen Schmidt-Aßmannin tavoin puhua hallinto-oikeuden järjestelmään nähden konstitutiivisessa suhteessa olevasta *toimivallan ja vapauden asymmetriasta*.²⁰⁴ Karkeasti ottaen asymmetriassa on kyse siitä, että kansalaisella on lähtökohtainen oikeus toimia haluamallaan tavalla, kunhan toiminta ei ole *vastoin* oikeuden asettamia *kieltoja*. Sitä vastoin julkista toimintaa ja erityisesti julkisen vallan käyttöä koskee lähtökohtainen vaatimus siitä, että hallintotoimi vaatii tuekseen positiivisen toimivaltaperustan: viranomaisen ei lähtökohtaisesti saa toimia, ellei oikeusjärjestys sitä lakivarauksen edellyttämällä normihierarkkisella tasolla ja täsmällisyydellä erikseen *salli*.

Lakivaraukset muokkaavat myös hallintoviranomaisen harkintavaltaa. Oikeudellisesti sidotun hallinnon oloissa harkintavalta käsitetään lakivarausten *jäänköksenä* (*„Administrative Entscheidungsresiduen“*).²⁰⁵ Harkintavallan olemassaolo sellaisenaan ei siis ole ristiriidassa lakivarausten systematiikan ja sisällön kanssa, mikäli toimivalta sen käyttöön pystytään palauttamaan lakivarausten tarkoittamaan kompetenssiperustaan. Harkintavallalla tarkoitetaan tässä oikeudellisesti ei-sidottua, joskin oikeudellisesti rajoitettua päätösvaltaa käytön osaa. Tällaisena se voi lakivarausten systematiikassa liittyä lakia toimeenpanevassa hallinnossa vain oikeusseuraamusten (*Rechtsfolge*) valintaan.²⁰⁶ Sitä vastoin oikeusnormien soveltamisedellytyksiä määrittävän konstitutiivisen osan (*Tatbestand*) sisältävät sellaiset avoimet tai joustavat oikeusnormiformulaatiot kuten yleinen turvallisuus, kaunis ympäristö tai suojattavan arvoinen luottamus eivät muodosta sisällöltään kontrolloimatonta päätösvaltaa, vaikka viranomaiselle onkin uudemmassa doktriinissa suotu niiden suhteen tiettyä liikkumavaraa (*Beurteilungsspielraum*).²⁰⁷ Kuten Saksan hallintomenettelylain säännösten tarkastelun yhteydessä jäljempänä havaitaan, leimaa tämä erottelu luottamuksen suojan struktuuria luottamuksensuojanäkökohtienkin huomioonottamisessa ainakin hallintotoimien pysyvyyteen liittyvässä soveltamiskontekstissa. Sitä vastoin ns. suunnittelevassa hallinnossa lainsäätäjän on katsottu voivan delegoida laajempaakin toimivaltaa harkintavallan käyttöön lakivarausten estämättä.

²⁰⁴ Schmidt-Aßmann 2006o, s. 13–15.

²⁰⁵ Schröder 2007, s. 61 ss.

²⁰⁶ Maurer 2009, s. 136–137.

²⁰⁷ Maurer 2009, s. 145 ss.

3.6.3 Rechtsstaatın perusoikeudet ja hallinto

Toisen maailmansodan jälkeistä *Rechtsstaatia* voi luonnehtia aineelliseksi oikeusvaltioksi. Lainalaisuuden muodollisuutta täydentävät aineellisenä normistona perustuslain perusoikeudet. Tässä yhteydessä ei ole kuitenkaan mielekäästä esitellä seikkaperäisesti Saksan perusoikeusjärjestelmän aineellista sisältöä; tähän palataan tarvittavassa laajuudessa tarkasteltaessa luottamuksensuojan oikeustuserusteita. *Rechtsstaat*-doktriinin kannalta merkityksellisemmät kiinnostkohdat löytyvät hallinnon ja perusoikeuksien suhteesta.

Saksan perusoikeusjärjestelmän perusluonne tehokkaana oikeuksien järjestelmänä ei relativoidu merkittävästi hallinto-oikeuden soveltamisalalla. Tämä lähtökohta ilmenee jo GG:n nimenomaisesta sitovuuslausekkeesta, jonka mukaan perusoikeudet sitovat lainsäädäntöä, toimeenpanovaltaa ja lainkäyttöä välittömästi voimassa olevana oikeutena (GG § 1 3. mom.) Kuitenkin perustuslain muu sisältö, vallanjako ja demokratiaperiaate mukaan luettuna modifioivat sitä tapaa, jolla perustuslaki kutakin julkisen vallan käyttäjää sitoo. Yksityisen ja hallinnon välisen oikeussuhteen sisällön kannalta perusoikeuksien antaman välittömän suojan merkitys kiinnittyy ensi sijassa yksityisen vapauden ja henkilökohtaisen koskemattomuuden turvaamiseen.²⁰⁸ Vapauksiin ja yhdenvertaisuuteen kiinnittyvät oikeudet nimittäin muodostavat GG:n perusoikeusjärjestelmän positiivisoikeudellisen ulkoasun ja oikeusvaltiollisen taustaperustelun,²⁰⁹ varsinaisia TSS-oikeuksia Saksan perustuslakiin on kirjattu erittäin niukasti: niiden toteutuminen on jätetty ensi sijassa *Sozialstaat*-konstruktion varaan. Sen sijaan vapausoikeusluettelo on rakennettu varsin yksityiskohtaisen sääntelyn varaan. Erityisesti säänneltyjen perusoikeuksien lisäksi järjestelmälle antavat leimaa perustuslain ensimmäisiin pykäliin kirjatut, soveltamisaltaan laajat yleiset säännökset ihmisarvon loukkaamattomuudesta (GG § 1) sekä yleisestä vapausoikeudesta (GG § 2).

Sääntelytavan yksi ilmeisemmistä seurauksista on ollut vapausoikeuksien *prima facie* -etusija suhteessa valtion intresseihin tai muihin kollektiivisiin päämääriin. Kyse ei ole loppuun asti sitovasta etusijasta. Vapausoikeudet eivät ole valtiokortteja, vaan kyse on toimivallan ja vapauden asymmetriaan samastuvasta argumentaatiotaakasta. Vapausoikeuteen kohdistuva rajoitus (*Eingriff*) on perusteltava, vapaus ei erikseen perustelua vaadi. Tämä ajatus on sittemmin relativoitunut: esimerkiksi di Fabio on viitannut siihen, että erityisesti laajasti ymmärrettyyn turvallisuuteen liittyvät valtion tehtävät ovat enenevässä määrin rapautta-

²⁰⁸ Masing 2006, § 7 rn. 61.

²⁰⁹ Sobota 1997, s. 66.

neet tämän lähtökohdan ainakin *de facto*.²¹⁰ Vaikka tendenssi konkretisoituu myös *Neue Verwaltungsrechtswissenschaften* keskeisissä, toimivallan ja vapauden asymmetrian varaan rakennetun oikeusturva-ajattelun hylkäävissä sitoumuksissa, ei tämänkaltaisen argumentaatio ole kuitenkaan hävittänyt vapauspainotteista lähtökohtaa kokonaan taustalle.

Ensimmäisen pykälän ehdottomana, GG § 79 3. mom.:n viittaamana rajoittamattomana oikeutena turvaama *ihmisarvon loukkaamattomuus* nimittäin ilmaisee edelleen Saksan perustuslain korkeimmaksi katsotun arvon. Niin valtiosäännön kattama julkinen vallankäyttö kuin itse valtiosääntö saavat oikeutuksensa ihmisarvosta: oikeuskäytännössä siihen on viitattu muun ohella perustuslain ylimpänä arvona, perustuslaillisen järjestyksen viimekätisenä perustana ja kaikkien muiden oikeuksien perustuslaillisena oikeutusperustana.²¹¹ Oikeudellisesti muotoiltu yhteisö saa merkityksensä ja oikeutuksensa siinä huomiossa ja suojaussa, jonka oikeus antaa loukkaamattoman ihmisarvon omaavalle ihmiselle suhteessa valtioon ja muihin ihmisiin.²¹² Tämän johdosta GG:n turvaamat muut perusoikeudet määrittävät rekursiivisesti suhteessa ihmisarvon loukkaamattomuuteen. Muut perusoikeudet toisaalta turvaavat sitä, mutta myös määrittävät, mitä ihmisarvo on: puhutaan kaksisuuntaisesta säteilyvaikutuksesta.²¹³ Sen keskeiseksi sisällöksi on oikeuskäytännössä konkretisoitu kantilainen vaatimus siitä, että ihmistä ei saa kohdella vain valtiollisen vallankäytön välineenä. Esimerkiksi siviilimatkustajakoneen alasampumiseen terroristisen hyökkäyksen torjumiseksi valtuuttanut laki katsottiin [Suomesta poiketen] Saksassa perustuslainvastaiseksi juuri tällä perusteella: ”*schließt es die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde vielmehr generell aus, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen*”.²¹⁴

Myöskään GG § 2:n painoarvoa perusoikeusjärjestelmän keskeisenä elementtinä ei voi vähätellä. Sen sanamuodon sisältämä oikeus vapaaseen persoonallisuuden kehitykseen muodostaa ns. *Elfes*-tuomion muotoilemana nykyisen valtiosääntödoktriinin valossa yleisen vapausoikeuden (”*allgemeine Handlungsfreiheit*”). Tämä yleinen vapausoikeus saa merkityksensä paitsi hallinto-oikeudellisen yksityinen–julkinen valta -oikeussuhteen peruselementtinä toimivallan ja vapauden asymmetriana sekä siihen perustuvana tulkintamaksiiminä, myös koko perustuslakia koskevana, vapauspainotteisena perusratkaisuna.²¹⁵

²¹⁰ Di Fabio 1994, s. 33–40.

²¹¹ Heun 2011, s. 201.

²¹² Maunz – Dürig 2009, § 1 rn. 1–6.

²¹³ Maunz – Dürig 2009, § 1 rn. 24.

²¹⁴ BVerfGE 115, 118.

²¹⁵ Erichsen 1989, § 152 rn. 9.

Saksan perusoikeusjärjestelmä rakentuu oikeuksien laajalle soveltamisalalle erityisesti silloin, kun arvioitavana on julkisen vallan kansalaiseen kohdistama kansalaisen kannalta epäedullinen toimi. Vaikka tällaisen toimen kohteena ei olisi mikään erityisen aineellisen perusoikeuden, kuten sanavapauden, turvaama oikeus, saattaa toimi tulla silti arvioitavaksi perusoikeusjärjestelmän soveltamisalaan kuuluvana. Vapauteen ja omaisuuteen kohdistuvat negatiiviset toimenpiteet lankeavat nimittäin ainakin § 2 GG:n turvaaman yleisen vapauden soveltamisalaan.²¹⁶ GG § 2:sta puhutaan usein eräänlaisena subsidiaarisena keräily- tai kaatoperusoikeutena (*Auffanggrundrecht*).²¹⁷ Subsidiaarinen luonne tulee esiin esimerkiksi ulkomaalaisten oikeusasemaan liittyvässä keskustelussa, jonka yksi keskeinen kysymys on liittynyt siihen, tuleeko perusoikeusluetteloa tulkita tyhjentävästi siten, että ulkomaalaiset eivät pääse osallisiksi soveltamisaltaan vain Saksan kansalaisiin rajoitettujen oikeuksien suojasta, vai voidaanko asiallisesti rinnastuva suoja näissä tapauksissa perustaa subsidiaarisesti sovellettavaan yleiseen vapausoikeuteen.²¹⁸

Soveltamisalan laajuus tarkoittaa käytännössä sitä, että ainakin ns. *Eingriffsverwaltung* on jo lähtökohtaisesti ja ehkä käsitteellisesti perusoikeusjärjestelmän turvaaman, sitä vastaan suunnatun vapausoikeussuojan piirissä. Tämän johdosta onkin toisinaan esitetty, että GG § 2 tekee perusoikeussuojasta aukottoman (*lückenloser Schutz*): yleisen vapausoikeuden piirissä on arvioitu esimerkiksi maastapoistumisoikeuteen, kyyhkysten ruokkimiseen ja oikeuteen kulkea hevosella metsässä liittyviä kysymyksiä.²¹⁹ Tässä normatiivisessa mielessä GG:n turvaama yleinen vapaus on soveltamisaltaan hallinto-oikeudellisessa kontekstissa *prima facie* ensisijainen, joskin toissijaisen siitä tekee aineellinen *in casu* alisteisuus nimenomaan säännellyille vapausoikeuksille. Yleisen vapauden rajoitusedellytykset ovat kuitenkin verrattain väljät. Siihen kohdistuva rajoitus kuuluu yleensä lainsäätäjän toimivaltaan; rajoitusten legitimitetti nimittäin määrittynyt yleisen vapauden perustuslakiin kirjatuihin rajauksista käsin. GG § 2 sanamuodon mukaan vapaus on turvattu vain, mikäli se ei loukkaa muiden oikeuksia tai ole vastoin perustuslaillista arvojärjestystä. Yksin näiden edellytysten täyttymisellä ei kuitenkaan voi positiivisesti perustella erityisesti perusoikeutena turvatun muun vapausoikeuden loukkausta.²²⁰

Perusoikeudet saavat hallintoon nähden monenlaisia, toisistaan poikkeavia oikeusvaikutuksia. Aineellisesti subjektiivisina oikeuksina turvatut perusoikeudet velvoittavat hallintotoimintaa lakisidonnaisuuden tarkoittamana lakina: pe-

²¹⁶ Maurer 2009, s. 171.

²¹⁷ Maunz – Dürig 2009, § 2 rn. 21.

²¹⁸ Fuhrmanns 2004, s. 43.

²¹⁹ Heun 2011, s. 205–207.

²²⁰ Maunz – Dürig 2009, § 2 rn. 28.

rustuslaki on myös lakisidonnaisuuden vaatimuksen kattama laki.²²¹ Kuten Itävallan oikeusjärjestyksen piirissä tehty *Eva Schulev-Steindlin* laaja oikeusteoreettinen ja -dogmaattinen analyysi subjektiivisten oikeuksien merkityksestä hallinto-oikeudessa osoittaa, vapausoikeuspainotteisessa perusoikeusjärjestelmässä hallintoa vastaan asettuvat subjektiiviset oikeudet, jotka kiinnittyvät välittömästi perusoikeuksiin, toimivat lähinnä vapausoikeuksiin kiinnittyvällä *Abwehr*-logiikalla.²²² Hallintoa sitovat perustuslaillisten oikeuksien ohella kuitenkin monensisältöiset subjektiiviset oikeudet, jotka saattavat erkaantua *Abwehr*-logiikasta: esimerkiksi sosiaalilainsäädännössä tällaisia on voitu perustaa erilaisiin tukilainsäädäntöihin.

Nimenomaan perustuslain sisältämän ns. *objektiivisen oikeuden* normatiivisuuden hahmottaminen on *hallinto-oikeuden* kannalta monisysisempi operaatio. Ns. *Lüth*-tuomioon yleensä kiinnitetyllä objektiivisella oikeudella on nimittäin usein viitattu siihen perusoikeuksien vaikutusmekanismin osaan, mikä ei palautu jälleäkään *Abwehr*-ulottuvuuteen subjektiivisina oikeuksina.

BVerfGE 7, 198: "[d]as Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflußt es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden."

Tällainen "*objektive Wertordnung*" on *Verfassungsrangin* omaavana järjestyksellä varsin pitkälle menevä valtiollisen vallankäytön oikeudellinen rajoitus, eikä olekaan mitenkään yllättävää, että siihen on kohdistettu voimakasta kritiikkiä erityisesti tuomarivaltiokeskustelun piirissä: esimerkiksi *Carl Schmitt* on viitanut sen demokratiaperiaatteelle tuottamiin ongelmiin otsikon *Tyrannie der Werte* alla.²²³ Objektiivinen oikeus on kuitenkin vakiintunut osaksi Saksan julkisoikeutta, ja on nykyisin rakennettu enenevässä määrin *oikeusperiaatteiden* sisään. Objektiivinen oikeus on säilyttänyt myös objektiiviseen sisältöönsä viittaavan mää-

²²¹ Erichsen – Ehlers 2006, s. 209–210.

²²² Schulev-Steindl 2008, s. 167–169.

²²³ Schmitt 1967, s. 35 ss.

reensä, vaikka avoimesti myönnetäänkin, että sen sisällöstä ei vallitse erityisen vakiintunutta käsitystä.²²⁴

Lähtökohtaisesti tällä ns. objektiivisella oikeudella on monentyyppisiä oikeusvaikutuksia. Se voi ensinnäkin realisoitua ns. säteilyvaikutuksena koko oikeusjärjestyksen tulkintaan vaikuttavana perustuslaista ilmenevänä objektiivisena järjestyksenä. Vaikka tämän säteilyvaikutuksen historialliset juuret sijaitsevatkin yksityisoikeuden suhdetta perusoikeusjärjestelmään jäsentävässä valtiosääntötuomioistuimen oikeuskäytännössä, ei sen soveltamisala ole mitenkään leimallisesti *rajattu* yksityisoikeuteen tai horisontaalisuhteisiin, vaan pikemminkin päinvastoin. Esimerkiksi hallinto-oikeuden kiinteän kytkennän valtiosääntö-oikeuteen (... *als konkretisiertes Verfassungsrecht*...) on katsottu edellyttävän sen huomioonottamista nimenomaan hallinto-oikeudellisen oikeussuhteen jäsentämisessä esimerkiksi perustuslainmukaisen laintulkinnan keinoin.²²⁵

Terminologisesti on syytä huomata, että Saksan julkisoikeudessa perusoikeusmyönteisen – tai laajemmin: perustuslainmukaisen – laintulkinnan termille on toisinaan annettu organisatorisesti verrattain kapea käyttöyhteys: *verfassungskonforme Auslegung* on valtiosääntötuomioistuimen käytössä oleva metodi, jolla se pyrkii sovittamaan yhteen lainsäädännön ja perustuslain välttääkseen lainsäädännön perustuslainvastaisuudesta seuraavan mitättömyyden. Muut organisaatiot – hallinto mukaan lukien – joutuvat *Clemense Höpfnerin* systeminrakennuksessa tyytymään valtiosääntöorientoituneeseen tulkintatapaan (*verfassungsorientierte Auslegung*), joka sisäistää suomalaisessa keskustelussa tavallisesti omaksutun perustuslainmukaisen tulkintamallin pääpiirteet.²²⁶ Erotukseksi jälkimmäisestä, *verfassungskonforme Auslegung* ei ole Höpfnerin mukaan edes varsinainen tulkintametodi: sen puitteissa vain *valitaan* muiden tulkintamethodien tuottamista vaihtoehtoista perustuslain kanssa yhteensopivat ja perustetaan näille etusija.²²⁷

Sekä lakivaraukset että perusoikeuksien *Abwehrrecht*-ulottuvuus muodostavat kuitenkin hallinnon sidonnaisuudesta perustuslakiin *Rechtsstaat*-doktriinissa niin olennaisen komponentin, että yleensä kuitenkin katsotaan objektiivisen oikeuden säteilyvaikutuksen olevan jossain määrin vähäisempi ja välillisempi realisoituen lähinnä olemassa olevan normiston tulkinnassa ja harkintavallan rajojen määrittelyssä.²²⁸ Vakiintuneen katsannon mukaan perustuslaki asettaa subjektiivisoikeudelliselle etusijan suhteessa objektiivisoikeudelliseen. Jälkimmäi-

²²⁴ Schenke 2007, s. 38.

²²⁵ Stern HStR 1992, § 109 rn. 58

²²⁶ Höpfner 2008, s. 179.

²²⁷ Höpfner 2008, s. 184.

²²⁸ Masing 2006, § 7 rn. 52.

selle jää lähinnä perusoikeuksien vaikutusta *vahvistava* ja *täydentävä* funktio.²²⁹ Esimerkiksi *Johannes Masingin* omaksumassa määrittelyssä korostuu nimenomaan täydentävä näkökulma. Hallinto-oikeudessa vaikuttavat valtiosääntöiset vapauden takeet eivät tyhjenny *Abwehr*-ulottuvuuteen, vaan niihin kuuluu myös objektiivisten periaatteiden – tai kuten niitä Masingin mukaan aiemmin kutsuttiin: arvojen – turvaaminen.²³⁰ Tällainen subjektiivisten oikeuksien etusija on saanut ilmauksena myös valtiosääntöuomioistuimen käytännössä, joskaan sitä ei ole *Christian Starckin* esittämän kritiikin mukaan aina erityisen johdonmukaisesti seurattu.²³¹

Toinen keskeinen vaikutustapa – suojeluvelvoite – eroaa sekin olennaisesti klassisen *Abwehrrecht*-konstruktion lähtökohdista, vaikka suojeluvelvoitteen historiallinen tausta paikantuukin *Rechtsstaatin* omaksumiin käsityksiin julkisen vallan perustelluista tehtävistä vapauden ja turvallisuuden takaajana.²³² Siinä missä *Abwehrrecht*-oppi puolusti kansalaisen oikeuksia ja kansalaisten yhdenvertaisuutta valtiollista vallankäyttöä vastaan valtion pidättäytymiseen tähtäävin oikeusvaikutuksin, tämä ns. suojeluvelvoite (*Schutzpflicht*) asettaa valtiolle aktiivisen toimintavelvoitteen perustuslain turvaamien vapausoikeuksien suojelemiseen myös *kolmannen osapuolen* loukkauksilta (*Drittwirkung*). Tämä suojeluvelvoite kohdistuu ennen kaikkea lainsäätäjään ja on rajoiltaan ja sisällöltään edelleen varsin epätasmallinen ja erittäin kiistelty: keskustelu jakaantuu pääpiirteissään kahtia sen mukaan, nähdäänkö perusoikeusnormiston suora soveltaminen mahdolliseksi myös yksityisten välisissä suhteissa vai tulisiko perusoikeuksien toimia tällaisessa kontekstissa lähinnä avoimiin normeihin kohdistuvana tulkin-tavaikutuksena.²³³

Suojeluvelvoite voidaan kohdistaa myös hallintoon osana sen velvoittamaa julkista valtaa.²³⁴ Suojeluvelvoite sitoo hallintoa kuitenkin vain lähinnä jälkimäisen kannan mukaisessa objektiivisen oikeuden merkityksessä, lakivarausten muodostamissa rajoissa saaden oikeusvaikutuksen lähinnä normiston tulkin-nassa ja harkintavallan käytön rajoituksena.²³⁵ Perusteena suojeluvelvoitteen ensisijaisuuden kohdistamiselle lainsäätäjään on esitetty paitsi ilmeiset demokratia- ja vallanjakoargumentit, mutta myös se huomio, että hallinto tarvitsee suojeluvelvoitteen täytäntöönpanemiseksi oikeudellisesti säädetty keinot ja toimivaltuudet,

²²⁹ Schwarz 2001, s. 271.

²³⁰ Masing 2006, § 7 rn. 51.

²³¹ Starck 1995, s. 64.

²³² Schmidt-Bleibtreu – Hofmann – Hopfauf 2008, s. 77.

²³³ Höpfner 2008, s. 178.

²³⁴ Masing 2006, s. 419.

²³⁵ Calliess 2000, s. 320.

joiden määrittely puolestaan kuuluu lainsäätäjälle.²³⁶ Erittäin kiistanalainen kysymys on, voiko tällainen suojeluvelvoite objektiivisen oikeuden alalla *resubjektivoitua* hallintoa oikeudellisesti konkreetissa tapauksessa velvoittavaksi subjektiiviseksi oikeudeksi.²³⁷

Suojeluvelvoite perustuu sisällöllisesti tyypillisesti GG § 2:n turvaamaan oikeuteen elämään ja ruumiilliseen koskemattomuuteen. Jokseenkin vakiintunut on myös omaisuuteen kohdistuva suojeluvelvoite.²³⁸ Valtiosääntötuomioistuimen käytännöstä on identifioitavissa myös yksittäisiä, muihin perusoikeuksiin kohdistuvia suojeluvelvoitteita konstruoivia tuomioita.²³⁹ Suojeluvelvoite saa merkityksensä hallinto-oikeudellisessa oikeussuhteessa lähinnä vapausoikeuksien kohdalla²⁴⁰, joiden soveltamisalalla *Abwehr*- ja *Schutzpflicht*-ulottuvuudet muodostavat hallinnossa kolikon kaksi puolta.

Klassisesta *Abwehr*-ulottuvuuden monopolista ulos kasvaneen perusoikeusjärjestelmän merkitys hallinto-oikeuden systematiikalle näkyy esimerkiksi Schmidt-Aßmannin *Ordnungsideessa* ennen kaikkea kahdessa hallinto-oikeutta rakenteistavassa vaikutustavassa. Perinteinen vapausoikeudellinen sisältö tiivistyy lakivarauksiin perusoikeuksien suojana, subjektiivisiin julkisiin oikeuksiin sekä suhteellisuusperiaatteen mukanaan tuomaan perusoikeusrajoitusten minimointiin. Tätä vapausoikeudellista, valtion toimintaa rajoittavaa sisältöä täydentää suojeluvelvoite: julkinen valta on velvollinen turvaamaan perusoikeuksien toteutumisen myös positiivisin toimenpitein. Vaikka molemmat vaikutustavat omaavat Schmidt-Aßmannin systeeminrakennuksessa yhteiset vapausoikeudelliset juuret, eroaa niiden toimintalogiikka erityisesti suhteessa lakivarauksiin toisistaan. Siinä missä vapausoikeudet eivät vapauteen kajoamisen perustuslailisena rajoituksena edellytä niitä erikseen konkretisoivaa lainsäädäntöä toimiakseen subjektiivisen julkisen oikeuden tavoin, toimii suojeluvelvoite toisin: lähtökohta on, että suojeluvelvoitteen konkretisoituminen tapahtuu lainsäädännön välityksellä. Lainsäätäjän toimivallan sisältöä suojeluvelvoitteen konkretisoinnissa leimaa demokratiaperiaatteesta sekä *Abwehr*- ja *Schutzpflicht*-ulottuvuuksien sisäänrakennetusta eroavaisuudesta johtuva laaja harkintavalta.²⁴¹ Sisäänrakennetulla eroavaisuudella tarkoitetaan tässä lähinnä tosiasiallisten mahdollisuuksien joukkoa: siinä missä valtion pidättäytyminen toiminnasta on täytettä-

²³⁶ Isensee 2011, § 191 rn. 10.

²³⁷ Calliess 2000, s. 316, Stern 1996, s. 83.

²³⁸ Calliess 2000, s. 314.

²³⁹ Stern 1992, s. 81.

²⁴⁰ Masing 2006, § 7 rn. 51.

²⁴¹ Schmidt-Aßmann 2006o, s. 63 ss.

vissä vain yhdellä tavalla, leimaa aktiivisen toimintavelvoitteen luonnetta huomattavasti laajempi valikoima keinoja, joilla velvoite voidaan täyttää.²⁴²

Tämä laaja harkintavalta on eräs *Neues Verwaltungsrechtin* omaksuman, valtiosääntöoikeuden ja hallinto-oikeuden kiinteitä kytkentöjä purkavan kritiikin perusteema. Esimerkiksi Masing katsoo muun ohella tällä perusteella *Fritz Wernerin* nimeen liitetyn luonnehdinnan hallinto-oikeudesta konkretisoituna valtiosääntöoikeutena olevan paitsi Wernerin artikkelin sisällön sivuuttava väärinymmärrys, myös perusteeton hokema.²⁴³ Masingin mukaan *lainsäätäjän* laajasta harkintavallasta johtuen ei ole mielekäästä ajatella hallinto-oikeuden olevan dedusoitavissa valtiosääntöoikeuden sisällöistä, eikä hallinto-oikeudellisen oikeussuhteen sisältö ole jäännöksettä palautettavissa esimerkiksi siinä kulloinkin merkitykselliseen perusoikeussuojaan, vaikka sellaisten keskeisten oikeusinstituutioiden kuten kuuleminen ja julkisuus keskeisin sisältö onkin valtiosääntöoikeudellisesti sidottu.²⁴⁴

Edellä konstruoitu rakenne sitoutuu kuitenkin lähinnä oikeuksiin ja vapauspiiriin negatiivisesti puuttuvan hallintotoiminnan (*Eingriffsverwaltung*) alaan. Kun kyse on etuja jakavasta tai muuten ns. suorittavasta hallinnosta (*Leistungsverwaltung*), on asetelma toinen. Schmidt-Aßmannin *Ordnungsidee* sitoutuu ajatukseen, jonka mukaan etuja jakavan ja suorittavan hallinnon suhde perusoikeusjärjestelmään kasvaa vapausoikeuksien ja erityisesti suojeluvetoitteen rakenteistamalta pohjalta. Tämä hyvinvointivaltiolliseksi tulkinnaksi (*„leistungsrechtliche Deutung“*) kääntyvä konstruktio vangitsee ja tuo esille hyvinvointivaltion suorittavan ja etuja jakavan hallinnon muodostaman rakenteellisen vastakohtan vapausoikeuksille, ja pyrkii hallitsemaan tätä vastakohtaa sitomalla sen lähtökohtaisesti lakivarauksiin. Yksin perusoikeuksiin kiinnittyville julkisille subjektiivisille oikeuksille jää vain marginaalinen rooli turvaamassa esimerkiksi eksistenssiminimiä.²⁴⁵ Muuten lähtökohtana on perusoikeuksien toteutuminen lainsäädännön välityksellä. Perusoikeusirrelevanssista ei kuitenkaan voi puhua: lainsäädännön tulkinnassa ja soveltamisessa on otettava huomioon perustuslain asettamat vaatimukset.²⁴⁶

Lakivarauksiin kiinnittyvä ajatus on vaivatta perusteltavissa muodollisen oikeusvaltion näkökulmasta, mutta sen suhde saksalaisen perusoikeuskeskustelun sisäistämään *Sozialstaat*-konstruktion on monisyysemmpi. *Sozialstaatilla* viitataan lähtökohtaisesti toisen maailmansodan jälkeen kasvaneeseen tapaan jäsentää julkisen vallan ja yksityisen suhdetta, joka ei sitoudu enää yksinomaan

²⁴² Calliess 2000, s. 321.

²⁴³ Masing 2006, § 7 rn. 63.

²⁴⁴ Ehlers 2006, s. 201.

²⁴⁵ Schmidt-Aßmann 2006o, s. 63 ss.

²⁴⁶ Masing 2006, § 7 rn. 73–75.

Rechtsstaatin tapaan rakenteistaa suhde lähtökohtaisesti *Eingriffsverwaltungin* oppien mukaiseksi puuttumiseksi yksityiseen vapauspiiriin. Vallitseva kanta sak-salaisessa valtiosääntöoikeudessa lieenee kuitenkin edelleen Schmidt-Aßmannin *Ordnungsideen* kantojen kanssa yhteensopiva käsitys siitä, että artiklan GG § 20 maininta hyvinvointivaltiosta on sellaisenaan liian epämääräinen ja avoin, että siihen voitaisiin laajasti perustaa itsenäisiä julkisia subjektiivisia oikeuksia.²⁴⁷ Lähtökohtana on edelleen lainsäätäjän varsin laaja harkintavalta hyvinvointival-tion järjestämisessä, jonka kääntöpuolena kuitenkin on lainsäätäjän velvollisuus käyttää tätä harkintavaltaa.

Yleensä GG § 20:n katsotaan kuitenkin ilmaisevan vain tavoitteen – hyvin-vointivaltion, jonka toteuttamisen keinot jäävät lainsäätäjän harkintavaltaan.²⁴⁸ Demokratianäkökohtiin kiinnittyvän politiikka-argumentin ohella *Sozialstaatin* itsenäistä juridista merkitystä rajaa sen yhteydessä usein mainittu talouden suun-taan viittaava varaus – *Vorbehalt des Möglichen*, millä viitataan *Sozialstaatin* olevan paitsi tosiasiallis-rakenteellisesti²⁴⁹ myös oikeudellisesti riippuvainen jul-kisen talouden rahoituskyvystä.²⁵⁰ Tämä lähtökohta ei kuitenkaan merkitse sitä, etteivätkö ns. sosiaaliset oikeudet voisi konkretisoitua lainkaan yksityisen julki-seksi subjektiiviseksi oikeudeksi. Oikeusperusta näiden oikeuksien kohdalla kyt-keytyy kuitenkin yksittäisiin perusoikeuksiin yleisen *Sozialstaat*-konstruktion asemesta. Tämä lähtökohta on vahvistettu myös Saksan valtiosääntötuomioistui-men vakiintuneessa käytännössä.²⁵¹ Se ei kuitenkaan merkitse sitä, etteikö *So-zialstaat*-konstruktiolle voisi antaa merkitystä perusoikeusluettelon sisältämien oikeuksien tulkinnassa.²⁵²

Sozialstaat-konstruktion tällainen ehkä hieman yllättävän ohut normatiivinen luonne selittyy ensi sijassa Saksan perustuslain perusoikeusluettelon vapausoi-keuskoostumuksella, minkä johdosta lainsäätäjän toimivalta esimerkiksi sosiaa-listen oikeuksien kohdalla on nähty verrattain laajaksi. Varsin vakiintuneesti on katsottu, että esimerkiksi sosiaalisten oikeuksien heikennyskieltoa (*„Soziales Rückschrittsverbot“*) ei valtiosääntöön sisälly: *„das einmal Erreichte stets zur Disposition des Gesetzgebers.“*²⁵³ Lukuisat *Sozialstaat*-konstruktiolle toisenlai-sen sisällön antavat yritykset ovat ainakin toistaiseksi päättyneet oikeudellisten käytäntöjen ja oikeustieteen valtavirran näkökulmasta tuloksettomina.²⁵⁴

²⁴⁷ Ks. esim. Schwarz 2001, s. 224 alav. 50 koottu kirjallisuus.

²⁴⁸ Schmidt-Bleibtreu – Hofmann – Hopfauf 2008, s. 652.

²⁴⁹ Schwarz 2001, s. 225–227.

²⁵⁰ Schwarz 2001, s. 266–267.

²⁵¹ Schmidt-Bleibtreu – Hofmann – Hopfauf 2008, s. 655–656.

²⁵² Schwarz 2001, s. 218.

²⁵³ Heinig 2008, s. 450.

²⁵⁴ Schmidt-Aßmann HStR 2004, § 26 rn. 20.

Tämä käy ilmi erityisesti *Hans Michael Heinigin* habilitaatioväitöskirjassa *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit* kehitellyssä tulkinnassa, jossa valtiosääntö oikeudellistaa *Sozialstaatin* lakivarouksista irtoavaksi itsenäiseksi oikeusnormiksi lähinnä skaalan ääripäissä: lainsäätäjän harkintavaltaa rajaa alapäässä lähinnä GG § 1:äänkin kiinnittyvä ihmisarvoisen elämän vaatimus, yläpäässä taas yksilöllinen itsemääräämisoikeus ja sen vapausperusoikeudelliset kiinnelkohdat estävät *Sozialstaatin* toteuttamisen yksityistä vapautta liiallisesti rajoittaen.²⁵⁵ *Sozialstaat*-konstruktiolle jää tässä välissä rooli lähinnä lainsäädännön tulkintaperiaatteena ja harkintavallan rajaajana,²⁵⁶ eikä sen varaan ole rakennettavissa saavutettujen oikeuksien suojaan samastuvaa sosiaalivaltiollista lainsäätäjää vastaan asettuvaa, etuuskien tason vähintään nykyhetkeen kiinnittävää luottamussuojaa.

Hallinto-oikeuteen valtiosääntöinen *Sozialstaat* heijastuu kuitenkin *Ordnungs-ideen* tarkoittamalla rakenteella konkretisoituen lopulta käsitteeseen *Daseinsvorsorge*. Nykyisen *Staatsaufgabe*-keskustelun tarpeisiin on myös *Daseinsvorsorge* saanut valtion tehtävistä kumpuavan määrittelyn. Kyse on laajimmillaan julkisen vallan yleisistä tehtävistä eroavaksi katsottavien toimintojen joukosta, jossa kyse on *Daseinsvorsorgen* tarkoittaman yksityisen kansalaisen elinolosuhteiden turvaamisen asemesta julkisten intressien edistämisestä.²⁵⁷

Alkuperäisessä *Ernst Forsthoffin* nimeen liitettyssä määritelmässä *Daseinsvorsorge* käsitettiin aineellisesti suppeammin: ”*diejenigen Veranstaltungen, welche zur Befriedigung des Appropriationsbedürfnisses getroffen werden*”. *Daseinsvorsorge* näyttäytyi *Forsthoffille* perusteltuna lähinnä sen yhteiskunnallisen muutoksen johdosta, mikä oli tehnyt mahdolliseksi jokaiselle sälytetyn velvollisuuden huolehtia oman elämänsä perusteiden hankinnasta.²⁵⁸ Tässä suppeassa merkityksessä *Daseinsvorsorgessa* kyse oli lähinnä kansalaisen perustarpeiden, eksistenssiminimin turvaamisesta, kun taas nykyisin esimerkiksi *Rüfner* liittää sen alaan kansalaisen normaalielämän tarpeiden tyydyttämisen.²⁵⁹ *Forsthoffin* *Daseinsvorsorge* on kasvanut vastaamaan pääpiirteissään nykyisen *Leistungsverwaltungin* alaa.

Keskustelu *Daseinsvorsorgen* kattaman alan laajuudesta jatkuu vilkkaana edelleen.²⁶⁰ Nimenomaan perusoikeusjärjestelmän kokonaisuuden kannalta alan laajuutta olennaisempi huomio kiinnittyy kuitenkin edelleen *Daseinsvorsorgen* jäsentymiseen valtiosääntöisen *Sozialstaat*-konstruktion puitteissa. Sen parem-

²⁵⁵ Heinig 2008, s. 544 ss.

²⁵⁶ Schmidt-Aßmann 2006, § 5 rn. 101.

²⁵⁷ Rüfner HStR 2006, § 96, rn. 3–5.

²⁵⁸ Forsthoff 1938, s. 6.

²⁵⁹ Rüfner HStR 2006, § 96 rn. 7–9.

²⁶⁰ Ks. esim. Bull 2008, s. 1–2.

min *Sozialstaat* kuin esimerkiksi Schmidt-Abmannin *Ordnungsidee* eivät nimitäin vakiintuneen valtiosääntöisen ja hallinto-oikeudellisen tulkinnan mukaan edellytä *Daseinvorsorgen* irrottamista *Rechtsstaatin* tuottamasta tavasta sitoa julkisen vallan käyttö hallinnossa lakivarauksin. Tällainen suhde on ilmaistu myös valtiosääntötuomioistuimen käytännössä: ”*Der Sozialstaat kann auf dem Boden des Grundgesetzes nur mit den Mitteln des Rechtsstaats verwirklicht werden.*”²⁶¹ On kuitenkin muistettava se jo tämänkin tutkimuksen sitoumuksissa omaksuttu näkökohta, että kyseessä ei ole välttämättä antinominen suhde. *Rechtsstaat* ei tässä kohdin samastu liberaalin yövaltijavaltion *Sozialstaat*-konstruktion aineelliselle sisällölle vastakkaiseen käsitykseen oikeusvaltiosta.²⁶²

Luottamuksensuojan kannalta lakivarausten rakenteistama ja ohuen hyvinvointivaltiollisen normatiivisuuden omaksunut hallinto-oikeus joutuu ottamaan huomioon nämä reunaehdot: luottamuksensuoja ei lunasta paikkaansa velvoittavana oikeusnormina yksin sisältönsä perusteella, vaan sille on pystyttävä osoittamaan myös tällaisen julkisoikeudellisen rakenteen valossa hyväksyttävä normatiivinen kiinne kohta erityisesti silloin, kun se asettuu esimerkiksi perustuslailista lainalaisuusvaatimusta vastaan. Ilmeinen ratkaisu on ollut kiinnittää myös luottamuksensuoja perustuslakiin, vaikka sen teksti ei sitä tunnekaan.

3.7 LUOTTAMUKSENSUOJAN OIKEUTUS RECHTSSTAAT-DOKTRIINISSA

Luottamuksensuoja kuuluu nykyisin eittämättä niihin saksalaisen julkisoikeuden periaatteisiin, joihin liitetään termi *Verfassungsrang*. Kyseessä on siis normihierarkkiselta statukseltaan valtiosäännön tasoinen oikeusperiaate.²⁶³ Kiistely tästä on jäänyt oikeushistoriaan²⁶⁴, saksalaiselle oikeustieteelle tyypilliseen tapaan luottamuksensuojadoktriinin keskeiset kiistakysymykset ovat keskittyneet tämän *Verfassungsrangin* sisällölliseen perusteltavuuteen. Niinpä saksalaisen oikeusjärjestyksen luottamuksensuojaperiaatteesta tämän vuosituhannen puolella kirjoitetut kaksi laajaa monografiaa kiinnittävät edelleen laajasti huomiota luottamuksensuojan valtiosääntöiseen perusteltavuuteen.

Hermann-Josef Blanken habilitaatioväitöskirja *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht* sisältää yli 120-sivuisen yksinomaan luottamuksensuojaperiaatteen johtamiseen valtiosäännöstä keskittyvän luvun käyttäen

²⁶¹ BVerfGE 88, 203.

²⁶² Schmidt-Abmann HStR 2004, § 26 rn. 20, 95.

²⁶³ Ks. esim. Schwarze 1996, s. 862.

²⁶⁴ Ks. vielä Püttner 1973, s. 206.

siihen sivumääräisesti noin neljäsosan teoksen Saksan oikeusjärjestykseen kohdistuvasta sisällöstä.²⁶⁵ *Kyrill-A. Schwarzin* habilitaatioväitöskirja *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip* puolestaan on kokonaisvaltainen rekonstruktioyrittäjä, joka kiinnittää luottamuksensuojaperiaatteen yhteen sen valtiosääntöisen, yksittäisiin perusoikeuksiin kiinnittyvän sisällön kanssa ja supistaa samalla sen monoliittiseksi nähdyin, laajan yleisen oikeusvaltiollisen soveltamisalan perusoikeusjärjestelmän puitteisiin vastaamaan paremmin nykypäivän dynaamisen oikeuden kehitystendensseihin.²⁶⁶ Tässä yhteydessä ei voi sivuuttaa myöskään *Achim Fuhrmannsin* Saksan ja Itävallan oikeusjärjestyksiin kohdistuvaa oikeusvertailua *Vertrauensschutz im deutschen und österreichischen öffentlichen Recht*, joka kiinnittää valtaosan kiinnostuksen kohteistaan nimenomaan luottamuksensuojan valtiosääntöiseen perusteltavuuteen.²⁶⁷

Luottamuksensuojan *Verfassungsrang* paikallistetaan oikeutusperusteiden välityksellä tavallisesti joko *Rechtsstaat*-doktriiniin tai perusoikeusjärjestelmään. Maininnan arvoisen poikkeuksen muodostaa *Rolf-Ulrich Schlenkerin* sosiaalisten oikeuksien heikennyskiellon analyysin yhteydessä konstruoima itsenäinen, omilla jaloillaan seisova *Verfassungsrangin* omaava luottamuksensuojanormi ”*Grundrecht auf Kontinuität*”.²⁶⁸ Myös valtiosäännön ulkopuoliset oikeutusperustat, kuten yksityisoikeudellinen *Treu und Glauben* -doktriini, ovat käytössä. Näiden osalta voidaan esimerkiksi yksityisoikeudellisten instituutioiden käyttökelpoisuutta hallinto-oikeudessa laajasti pohtineen *de Wallin* tavoin ajatella, että niiden käyttö luottamuksensuojan oikeutusperusteena edellyttäisi *Verfassungsrangin* konstruoimista muualta.²⁶⁹ *Verfassungsrangin* olemassaoloa on nimittäin saksalaisessa doktriinissa pidetty vakiintuneesti luottamuksensuojaperiaatteen soveltamisen välttämättömänä edellytyksenä, vaikka vielä *Forsthoffin* klassikko-*Lehrbuch* lähti siitä, että esimerkiksi *Treu und Glauben* ja sen normihierarkkinen status laintasoisena oikeusnormina (§ 242 BGB) tai tavanomaisoikeudellisena oikeusperiaatteena oli riittävä normitaso luottamuksensuojan soveltamiselle perustuslaintasoisien lakivarausten ja laillisuusvaatimusten oloissakin. Tämä kuitenkin selittyy lähinnä sillä, että Forsthoff ei nykyisestä oikeustilasta poiketen nähnyt mahdollisuutta luottamuksensuojaperiaatteen soveltamiselle *contra legem scriptam*²⁷⁰, mistä johtuen *Rechtsstaat*in lainalaisuus ei Forsthoffin opissa asettunut lopulta varsinaiseen *Verfassungsrangia* kaipaavaan konfliktiasetelmaan luottamuksensuojaperiaatteen kanssa.

²⁶⁵ Blanke 2000, s. 12–147.

²⁶⁶ Schwarz 2001.

²⁶⁷ Fuhrmanns 2004.

²⁶⁸ Schlenker 1986, s. 196.

²⁶⁹ De Wall 1999, s. 243.

²⁷⁰ Forsthoff 1973, s. 170–171.

Kysymykseen luottamuksensuojan soveltamisen suhteesta lain sanamuotoihin ja ne ylittävään *contra legem scriptam* -argumentaatioon palataan seikkaperäisessä tarkastelussa jäljempänä. Oikeutusperusteiden tarkastelun kannalta on riittävää, että todetaan nykyisin edellytettävän symmetriaa: kun lainvastaisen hallintopäätöksen peruuttamista perustelevat hallinnon lakiin sitovat lainalaisuuden ja lakisidonnaisuuden vaatimukset omaavat *Verfassungsrangin Rechtststaadoktriinin* keskeisinä osina, vastaavaa normihierarkkista statusta on edellytettävä myös tätä laillisuusajattelua rajaavalta normistolta.²⁷¹ Kysymys oikeutusperusteiden *Verfassungsrangista* ei siis ole vain teoreettinen, eikä ole johtanut yksin dekoratiivisiin konstituutiotauitoituksiin. Kuten jäljempänä huomataan, ajatus siitä, että erityisesti luottamuksensuojaperiaatteelle kulloinkin konstruoitavalla oikeutusperustalla on välitön merkitys sen soveltamiselle, ei ole yleensääkään vailla perustetta.²⁷² Esimerkiksi *Gerd Roellecke* osoittaa, miten kukin oikeutusperusta määrittää sen perusteella justifioitavan luottamuksensuojan sisällön ja soveltamisalan – myös negatiivisesti. Tällainen vaikutus voi olla nimittäin edellä kuvatuin tavoin positiivinen konstitutiivinen (*Verfassungsrang!*), mutta toimii myös toiseen suuntaan: oikeutusperustan rajoilla, esimerkiksi perusoikeuden soveltamisalan reunalla, loppuu myös sen avulla justifioitavan luottamuksensuojan tarjoama turva.²⁷³

Verfassungsrang-kysymyksestä on erotettavissa luottamuksensuojan soveltamisalaan liittyvät kysymyksenasettelut luottamuksensuojan kohteesta. On tavalista erotella valtiosääntöoikeudellinen luottamuksensuoja hallinto-oikeudellisesta luottamuksensuojasta. Tässä erossa ei ole kuitenkaan kysymys siitä, että esimerkiksi hallinto-oikeudellinen luottamuksensuojaperiaate olisi myös oikeutusperusteidensa ja sisältönsä puolesta sidottu vain hallinto-oikeudelliseen soveltamisalaan ja hallinto-oikeustieteen diskursseihin. Valtiosääntöoikeudellinen luottamuksensuojaperiaate eroaa hallinto-oikeudellisesta lähinnä kohteensa perusteella: valtiosääntöoikeudellinen luottamuksensuojaperiaate antaa yksityiselle suojaa nimenomaan lainsäätäjää vastaan, hallinto-oikeudellinen hallintoa vastaan. Edelleen lainsäätäjää kohtaan suunnatun luottamuksensuojaperiaatteen edellytetään omaavan koko sen soveltamisalan kattavan *Verfassungsrangin*, kun taas hallintoa vastaan suojaa antava tulee toimeen ainakin periaatteessa ilman *Verfassungsrangia* silloin, kun sillä operoidaan *intra legem scriptam*.²⁷⁴

Vaikka joissain tuomioistuinkäytännöissä, lähinnä Saksan ylimmässä hallintotuomioistuimessa *Bundesverwaltungsgerichtissä*, on havaittavissa esimerkiksi

²⁷¹ Ks. erityisesti Achterberg 1982, s. 470.

²⁷² Sobota 1997, s. 160.

²⁷³ Roellecke 1990, s. 411.

²⁷⁴ Roellecke 1990, s. 411.

hallintoon kohdistuvan luottamuksensuojan kohdalla kapeampaa oikeutusperusteiden käyttöä kuin yleisessä valtiosääntöisessä konstruktiossa²⁷⁵, eivät luottamuksensuojan oikeutusperusteet kirjallisuudessa kehitellyn doktriinin tasolla kuitenkaan kategorisesti eroa muuten sen suhteen, mikä on luottamuksensuojaperiaatteen soveltamisen kohteena. Esimerkiksi Kyrill-A. Schwarz lähestyy hallinto-oikeudellista luottamuksensuojaperiaatetta siitä vakiintuneesta lähtökohdasta, että valtiosääntöisesti perusteltu ja valtiosääntöön ankkuroitu luottamuksensuoja kattaa myös hallintotoiminnan.²⁷⁶ Näin ollen myös tässä omaksutaan yhteiseen alaan nojaava ratkaisu, eikä oikeuttamisperusteita koskevaa tarkastelua strukturoida kohdekategorisoinnin varaan.

3.7.1 Treu und Glauben

Traditionaalisimmat oikeudelliset perustelut luottamuksen suojaamiselle kytkeytyvät yksityisoikeudellisiin doktriineihin, jotka alun perin määrittelivät sopimusapuolten velvollisuuksia. Esimerkiksi nykyisen vakiintuneen doktriinin näkökulmasta jo verraten varhain ennen toista maailmansotaa kehiteltiin konstruktioita, jotka sitoivat myös julkisen vallan käytön *estoppel*-doktriiniin asiallisesti luottamuksensuojaan samastuvien oikeusvaikutuksien.²⁷⁷ Tämän yksityisoikeudellisen ajattelutavan taustalle konstruoidut tyypillisesti julkisen vallan ja hallintoalamaisen välisen oikeussuhteen luonteen muuttumista selittävät tekijät: nähdään, että liberaalin oikeusvaltion transformaatio etuja jakavaksi hyvinvointivaltioksi häivyttää valta-asetelmien asymmetriaa siten, että yksityisen ja julkisen vallan välisiä suhteita on perusteltua jäsentää yksityisoikeudellisin normein.²⁷⁸

Näin myös hyvinvointivaltion alkutaipaleelle sijoittuva julkisoikeudellinen lainkäyttö sitoi julkisen vallan käytön sellaisiin sopimusapuolten välisiin suhteita tasapainottaviin vaatimuksiin kuten *Treu und Glauben*.²⁷⁹ Tämän periaatteen positiivisoikeudellisena ilmiönä pidetyn BGB § 242:n sanotaan olevan useimmiten hallinto-oikeudessa sovellettu yksityisoikeudellinen säännös.²⁸⁰ Positiivisoikeudellisesta ilmiöstä huolimatta *Treu und Glauben* on kuitenkin luonteeltaan avoin ja yleinen periaate, joka painottaa lähinnä oikeussuhteen sisällöllisen ja vastavuoroisen oikeudenmukaisuuden kriteereitä vailla ennakkoon

²⁷⁵ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 97.

²⁷⁶ Schwarz 2001, s. 321–323.

²⁷⁷ Leisner A. 2002, s. 461.

²⁷⁸ Schenke 1983, s. 321, Ossenbühl 1973, s. 26.

²⁷⁹ Blanke 2000, s. 13–15.

²⁸⁰ De Wall 1999, s. 238.

asetettuja täsmällisiä rajoja.²⁸¹ Sitä kuitenkin konkretisoivat sekä yleisenä periaatteena että myös luottamuksensuojan justifikaationa useat vakiintuneet maksiiimit, kuten vaatimus johdonmukaisen käytännön jatkumisesta (*venire contra factum proprium*). Näin esimerkiksi *Christopher Degenhartin* rekonstruoima *Systemgerechtigkeit* nojautuu tässä kohdin ajatukseen, jonka mukaan luottamuksensuoja, *Treu und Glauben* ja pysyvyyttä korostava perinteinen *venire contra factum proprium* -maksiiimi saavat identtisen soveltamisalan, ja näin ollen ovat myös toinen toisensa justifikaatioita.²⁸² Näin ymmärrettynä *Treu und Glauben* -doktriinin on julkisoikeudessa on katsottu perustelevalle erityisesti sitä, että normatiivinen järjestys, joka on pitkään määrittänyt yksityisen olosuhteita, on lähtökohtaisesti pysyvä: sitä ei saa ainakaan kevein perustein ja yht’äkkisesti muuttaa yksityisen vahingoksi.²⁸³

Treu und Glauben -doktriinin taustalle rekonstruoituva ajatus oikeussuhteiden vastavuoroisuudesta ei väistämättä rajaa sen soveltamisalaa vastaavankaltaisen logiikan suuntaan kallistuvan *Leistungsverwaltungin* alaan, vaan esimerkiksi *Johannes Mainkan* ajattelussa *Treu und Glauben* toimii julkisoikeudellisissa oikeussuhteissa julkisen vallankäytön kohdalla ilmaisuna siitä muutoksesta, joka on sitonut julkisen vallankäytön samankaltaisiin oikeudenmukaisuuskäsityksiin kuin yksityisen toiminnan.²⁸⁴ *Treu und Glauben* onkin saanut merkitystä myös perinteisten asymmetristen valta-asetelmien normatiivisena rajoituksena. Esimerkiksi *Fritz Ossenbühl* konstruoi *Treu und Glauben* -ajattelun asymmetrisen vallankäytön rajoitukseksi sen kantamaan oikeudenmukaisuusajatteluun pakotetusti sisältyvän *kohtuusvaatimuksen* avulla.²⁸⁵ Vaikka Ossenbühlin tarkoittama kohtuus rakentuukin *venire contra factum proprium*in tavoin olemassa olevasta erkaantumisen negatiivisiin vaikutuksiin, ei se edellytä tuekseen käsitystä jollain tavalla relativoidusta valtasuhteen asymmetriasta. Ossenbühlin tarkoittama kohtuus oikeusnormina kasvaa siitä ilmeisestä kohtuuttomuudesta, johon viranomaistoimen luomaan oikeustilaan elämänsä sopeuttanut yksityinen joutuu viranomaistoimen pysyvyyteen negatiivisesti puuttuvan toimen johdosta.

Treu und Glauben toimii usein yhdessä muiden oikeutusperusteiden kanssa. Ilmeistä on, että usein tällä yhteisjustifikaatiolla on *Norbert Achterbergin* tavoin²⁸⁶ haettu tarpeellista *Verfassungsrangia* luottamuksensuojalle, mutta muitakin konstruktioita voidaan havaita. Esimerkiksi Ossenbühl kytkee yhteen *Treu und Glauben* -periaatteen ja *Rechtsstaatin* oikeusvarmuuden näkökulmaeroina:

²⁸¹ Grabitz 1973, s. 680.

²⁸² Degenhart 1976, s. 70.

²⁸³ Sobota 1997, s. 158.

²⁸⁴ Mainka 1963, s. 11.

²⁸⁵ Ossenbühl 1965, s. 76.

²⁸⁶ Achterberg 1982, s. 470.

siinä missä *Treu und Glauben* perustelee luottamuksensuojan yksittäistapauksellista oikeudenmukaisuutta puolustavaa komponenttia, toimii oikeusvarmuuteen sisältyvä pysyvyyden vaatimus oikeusjärjestyksen *Rechtsstaatlichkeitin* mittarina *in abstracto*.²⁸⁷

3.7.2 Rechtsstaat ja oikeusvarmuus

Kuten jo tämän tutkimuksen alkuasetelmista ilmeni, *Rechtsstaat*-doktriini elää eräänlaisessa ambivalentissa suhteessa luottamuksensuojaan. Myös luottamuksensuojaperiaatteen syrjäyttämä doktriini lainvastaisten hallintopäätösten lähtökohtaisesta kumottavuudesta *Rechtsstaat*in lainalaisuuteen nojaamalla osoittaa, että *Rechtsstaat*in laillisuusajattelulle voidaan rakentaa antinominen suhde luottamuksensuojaperiaatteeseen. Tällainen antinominen suhde sai esimerkiksi Forsthoffin varoittamaan vielä *Lehrbuchin* 10. painoksessa *contra legem* luottamuksensuojan merkitsevän oikeusvaltiollisuuden uhraamista. Forsthoffin mukaan oikeusvaltio antautuu, mikäli siihen kytkeytyvissä diskursseissa ei pidetä mielessä, että oikeusvaltiollinen lainalaisuus saa *etusijan* suhteessa kaikkiin muihin pohdintoihin, myös ja erityisesti pohdittaessa mahdollisuutta luottamuksensuojaamiseen *contra legem*.²⁸⁸

Näin oikeusvaltiollinen oikeusvarmuus on perinteisesti ymmärretty formaalisesti, ja olevan antinomisessa suhteessa aineelliseen oikeudenmukaisuuteen. Hieinan paradoksaalisesti sekin on kuitenkin ymmärretty osaksi samaa oikeusvaltiodoktriinia. Ei ole ollut mitenkään epätavallista aloittaa yksilöllisen oikeudenmukaisuuden ja oikeusvaltiollisten jännitteiden tarkastelua luottamuksensuojadoktriinin yhteydessä lainaamalla²⁸⁹ ns. *Radbruchin* formula kokonaisuudessaan: ”*Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.*”²⁹⁰

Toisaalta nykyisin oikeusvarmuuteen katsotaan kuuluvan kaksi erillistä aikakomponenttia: *tulevaisuusorientoitunut*, luottamuksensuojaa sen yksittäistapauksellisuuteen kiinnittyvän subjektiivisen luonteen vuoksi vastaan puhuva *muodollinen ennakoitavuus* ja *menneisyysorientoitunut*, luottamuksensuojaa pe-

²⁸⁷ Ossenbühl 1973, s. 27.

²⁸⁸ Forsthoff 1973, s. 262–263.

²⁸⁹ Ks. esim. von Arnould 2006, s. 637.

²⁹⁰ Radbruch 1946, s. 107.

rusteleva *stabiliteetti* julkisen vallan toimen pysyvyytenä.²⁹¹ Tämän johdosta uudemmassa doktriinissa *Rechtsstaat* nähdään myös luottamuksensuojan justifiikaationa: luottamuksensuojaperiaatteen sanotaan perustuvan välittömästi siihen.²⁹² Radbruchin tekemä kategorinen erottelu näyttäisi ainakin suhteellistuvan. *Rechtsstaat*in tällainen radikaaliksikin luonnehdittava kategorinen puolenvaihto voi ensi alkuun konkretisoitua paradokseiltakin näyttävin sisällöin: esimerkiksi Achterberg on huomauttanut, että tällainen argumentaatiolinja johtaa siihen, että *Rechtsstaat* perustelee simultaanisti sekä lainvastaisten hallintopäätösten peruuttamista että rajoja tällaiselle peruuttamistoimivallalle. Achterbergin mukaan ratkaisu paradokseihin piilee yleisten valtiosääntökäsitteiden moninapaisuudessa ja sen mahdollistamassa sisäisessä ristiriitaisuudessa, joka mahdollistaa sekä konstituoivan että rajoittavan elementin simultaanin läsnäolon.²⁹³ Tarvetta puhua *Rechtsstaat*in dikomisesta tai antinomisesta *januskasvoisuudesta* esimerkiksi Kunig²⁹⁴ tavoin ei siis tästä näkökulmasta ole.²⁹⁵

Valtiosääntötuomioistuimen käytännössä onkin tavallisesti sovellettu argumentaatioketjua *Rechtsstaatlichkeit – Rechtssicherheit – Vertrauensschutz*.²⁹⁶ Tämä perusteluketju on nykyisin vakiintunut myös oikeuskirjallisuudessa,²⁹⁷ joskin esimerkiksi *Schwarze* täydentää sitä tuomalla esiin sen edellyttämät välivaiheet: ”*Rechtsstaatlichkeit – Rechtssicherheit – Verlässlichkeit der Rechtsordnung – Voraussetzbarkeit staatlicher Eingriffe – Schutz des Vertrauen auf Rechtskontinuität*.”²⁹⁸ *Schwarzen* päättelyskeema tuo esiin varsin yksinkertaistetussa muodossa sen paradigman muutoksen, jolla *Rechtsstaat*in laillisuusajattelun ja luottamuksensuojan antinomia on Saksan julkisoikeudessa toisen maailmansodan jälkeen ratkaistu.

Kyseinen paradigman muutos kytkeytyy siihen tapaan, jolla laillisuusvaateiden ja erilaisten lakivarausten suhde *Rechtsstaat*-konstruktion jäsentyy. Kuten edellä oikeusvaltiokeskustelusta käy ilmi, *Rechtsstaat*-konstruktion oikeutusperusta niin historiallisen syntyprosessin kuin sen teoreettisen justifioitavuuden näkökulmasta liittyy yksityisen kansalaiseen suojaan julkisen vallan käytön tehokkuutta vastaan. Ennen luottamuksensuojadoktriinia vallitsevana ajatuksena kuitenkin oli, että tämän suojan välttämättömänä ja milteipä myös riittävänä edellytyksenä toimi yksin formaaliin lainalaisuuteen kiinnitetty hallinto. Tämä

²⁹¹ Sobota 1997, s. 154.

²⁹² Ks. esim. Blanke 2000, s. 17.

²⁹³ Achterberg 1982, s. 470.

²⁹⁴ Kunig 1984, s. 278.

²⁹⁵ Fuhrmanns 2004, s. 59.

²⁹⁶ Püttner 1972, s. 203.

²⁹⁷ Blanke 2000, s. 19.

²⁹⁸ Schwarze 2005, s. 862.

vielä nykyisinkin joissain yhteydessä vallitsevan luottamuksensuojadoktriinin kritiikkinä toimiva muodolliseen lainalaisuuteen ja yhdenvertaisuuteen kiinnittyvä oikeusvarmuuden ajatus konkretisoitui viime kädessä vaatimukseksi lainvas- taisten olotilojen palauttamisesta lainmukaisiksi tarpeen vaatiessa edunsoovan hallintopäätöksen jälkikäteisellä oikaisulla.²⁹⁹

Luottamuksensuojadoktriinin mukana kasvoi toisenlainen ymmärrys oikeus- valtion ja oikeusvarmuuden suhteista. *Eberhard Grabitz* paikantaa tämän dok- triinin muutoksen taustalle kahdenlaisia syitä. Ensinnäkin kyse on *Treu und Glauben* -justifikaation kanssa yhteisistä tosiasiallisista taustatekijöistä: valtion tehtäväkentän laajentumisesta hyvinvointivaltiolliseen aktiviteettiin ja tästä seu- ranneeseen julkisoikeudellisten peruselementtien uudelleenarviointiin. Toisaalta muutoksen tausta paikantuu tässä kohdin myös oikeudelliseen muutokseen, eri- tyisesti toisen maailmansodan jälkeen voimaansaatettuun perustuslakiin, joka edellä osoitetuin tavoin on strukturoinut koko julkisoikeuden kentän yksin for- maalis-rationaalisesta erkanevin sisällöin.³⁰⁰ Kyse on erityisesti subjektiivisten julkisten oikeuksien mukanaan tuomasta orientaatiomuutoksesta, joka on mah- dollistanut oikeussuhteen jäsentämisen yksityisen näkökulmasta. Muuttuneessa ymmärryksessä ei ole luottamuksensuojadoktriininkaan osana kyse sen vähem- mästä kuin oikeustieteen ja oikeuden kenties perustavanlaatuisimmasta kysy- myksestä formaalien ja aineellisten näkökohtien välillä.³⁰¹

Oikeusvaltiodoktriinista ja sen suhteesta luottamuksensuojaan voidaankin nyt käsillä olevan tarkastelun puitteissa havaita se *Grundgesetzin* rakenteistamaan oikeusvaltioymmärrykseen kytköksissä oleva paradigman muutos, joka yhdisti myös *Rechtsstaat*-doktriinin konkretisoitumat oikeutusperusteisiinsa.³⁰² Konk- reettisimmillaan tämä näkyy siinä valtiollisen vallankäytön johdosta ennustama- tonta yksityisen ja julkisen vallan välistä oikeussuhdetta stabilisoivassa funktios- sa, joka alun perin liitettiin vain lainkäyttö- ja hallintopäätöksiin,³⁰³ mutta joka luottamuksensuojaperiaatteen valtiosääntöistymisen myötä kasvoi myös ymmär- rykseksi lainsäädännön stabilisoivasta vaikutuksesta ja tämän merkityksestä lainsäätäjän kompetenssille rikkoa luomansa stabiliteetti.

Paradigman muutos kytkeytyy siihen näkökulmaan, josta lainalaisuutta, oi- keusvarmuutta, ennustettavuutta ja muita *Rechtsstaat*-doktriinin keskeisiä ele- menttejä tarkastellaan. *Bundesverfassungsgericht* on tiivistänyt tämän arvioides- saan *Rechtsstaatin* keskeisimpänä elementtinä johdonmukaisesti pitämäänsä oi-

²⁹⁹ Fuhrmanns 2004, s. 58.

³⁰⁰ Grabitz 1973, s. 675.

³⁰¹ Blanke 2000, s. 78–79.

³⁰² Grabitz 1972, s. 676.

³⁰³ Ossenbühl 1965, s. 77.

keusvarmuuden periaatetta³⁰⁴ luottamuksensuojaperiaatteen justifiikaationa: ”[a]us der Sicht der Bürger bedeute Rechtssicherheit in erster Linie Vertrauensschutz”.³⁰⁵ Andreas von Arnould viittaa tähän kehityskulkuun muodollisen, symmetrisen oikeusvarmuuden ja aineellisen, asymmetrisen luottamuksensuojan välisenä vaihtosuhteena, jossa jälkimmäinen painaa edellistä koko ajan enenevässä määrin taka-alalle.³⁰⁶ Näin tarkasteltuna luottamuksensuojaperiaatteessa ei ole kysymys eriytettävissä olevasta rajatun soveltamisalan saavasta oikeusperiaatteesta, vaan pikemminkin suhteellisuusperiaatteen kaltaisesta, koko oikeusjärjestystä rakenteistavasta yleisestä periaatteesta; tavasta jäsentää oikeudellisia ongelmia yksityisen näkökulmasta. Tämä orientaatiomuutos on nykyisin kiinnitetty vapausoikeuspainotteisen valtiosäännön perusvaatimukseksi: ”die Verlässlichkeit der Rechtsordnung ist eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen.”³⁰⁷

Muutos konkretisoituu *Rechtsstaatin*, oikeusvarmuuden ja erityisesti hallinto-oikeudellisen luottamuksensuojan keskinäisiin suhteisiin olennaisesti liittyvään kysymykseen *Rechtsstaat*-konstruktion ja sen johdannaisten kyvystä toimia joko subjektiivisina oikeuksina tai niiden välillisenä turvaajana esimerkiksi menettelyoikeuksina.³⁰⁸ *Rechtsstaat*-konstruktion käyttöön luottamuksensuojan oikeutusperustana epäilevästi suhtautuva kritiikki huomauttaa, että *Rechtsstaat* ja oikeusvarmuuden periaate toimivat sellaisenaan lähinnä objektiivisoikeudellisena rakenteellisena valtiosäännön osana, kun taas luottamuksensuojaperiaate saa sovelluksensa subjektiivisten oikeuksien maailmassa.³⁰⁹ Toisaalta esimerkiksi von Arnould huomauttaa näiden taustalla piilevän samojen oikeutusperusteiden, jotka kytkeytyvät ennakoitavuuteen ja suunnittelun mahdollistamiseen. Ero piilee vain lähinnä siinä, että oikeusvarmuus muodollisena elementtinä puoltaa myös yksityiselle epäedullisten oikeusperusteiden pysyvyyttä, kun taas luottamuksensuoja on tässä suhteessa *asymmetrinen* oikeussuojaperiaate, joka toimii *vain yksityisen eduksi julkista valtaa vastaan*.³¹⁰ Oikeusvarmuuden ja luottamuksensuojan toiseksi rakenteelliseksi eroksi jää tässä kontekstissa esimerkiksi von Arnouldin analyysissä myös *intertemporaalinen* aikaorientaatio³¹¹: luottamuksensuojan sanotaan olevan tulevaisuusorientoituneen oikeusvarmuuden menneisyysorientoitunut puoli.³¹²

³⁰⁴ Sobota 1997, s. 154.

³⁰⁵ Ks. esim. BVerfGE 13, 261

³⁰⁶ Von Arnould 2006, s. 159.

³⁰⁷ BVerfGE 97, 67.

³⁰⁸ Koch 2009, s. 132.

³⁰⁹ Von Arnould 2006, s. 152, Fuhrmanns 2004, s. 60.

³¹⁰ Von Arnould 2006, s. 153.

³¹¹ Von Arnould 2006, s. 153.

³¹² Schwarz 2001, s. 41.

Kun edelleen muistetaan jo Achterbergin konstruoima oikeusvarmuuden moninapaisuus³¹³, ei tällaisen muodollisen oikeusvarmuuden olemassaolo luottamuksensuojan rinnalla merkitse pakotettua konfliktiasetelmaa. Toisin sanoen, vieläkin on mahdollista ajatella *Rechtsstaat*-doktriinin sisältävän formaaleihin lainalaisuusnäkökohtiin kiinnittyvän, objektiivisesti orientoituneen oikeusvarmuuden, jota yksityisen asemaan kiinnittyvät subjektiiviset luottamuksensuojaargumentit lähinnä rajaavat. Kuitenkin, kääntämällä oikeuden näkökulma jo Mainkan tarkoittamalla tavalla valtion ja viranomaisen velvollisuuksista yksityisen näkökulmaan³¹⁴, transformoituvat myös oikeusvarmuuden ja muiden vastaavien ennakoitavuuteen liittyvien *Rechtsstaat*-doktriinin elementtien yhteydet *Rechtsstaatin* oikeutusperiaatteisiin välillisestä välittömäksi.³¹⁵

Lakivarausten rakenteistaman julkisoikeuden valossa olisi liioiteltua väittää luottamuksensuojaperiaatteessa konkreettisen ilmiänsä saavan *Rechtsstaatin* olevan voimakkaasti transformoitunut *ensi sijassa* sisällöllisiin legitimititeettikriteereihin nojaavaksi oikeudelliseksi argumentointirakenteeksi. Perustellumpaa lienee havaita *Rechtsstaatin* sisäistäneen formaalien rakenteidensa *täydennykseksi* aineellisia oikeutusperiaatteita.³¹⁶ Niinpä esimerkiksi luottamuksensuojan soveltamiseen liittyvä justifikaatiodiskurssi näyttäytyy edelleen punnintana muodollisen, tosin *Rechtsstaatin* tapauksessa aineellisin perustein ylläpidetyn oikeusvarmuuden ja aineellisen luottamuksensuojan välillä.³¹⁷

Punninta merkitsee kuitenkin oikeusvarmuuden erkaantumista yksinomaan muodollisista lähtökohdistaan. Vaikka oikeusvarmuuden keskeinen sisältö palautuukin edelleen vaatimukseen siitä, että kansalaiset voivat suunnitella elämänsä ja toimintansa ennakoon oikeuden avulla, merkitsee *Rechtsstaatin* oikeutusperusteisiin välittömästi kytkeytyvä ja niitä soveltamistoiminnassa uusintava oikeusvarmuuden periaate vaatimusta siitä, että tämän ennakoitavuusperustelun rajoina toimii valtiosääntötuomioistuimenkin propagoima kansalaisen näkökulma.³¹⁸ Joissain yhteyksissä onkin katsottu, että aineellista *Unrechtia* ei näin määrittyvällä oikeusvarmuudella voi perustella:³¹⁹ oikeusvarmuus tässä asymmetrisessä merkityksessä samastuu suojan kohteeltaan luottamuksensuojaan.

Oikeusvaltiodoktriinin tarkastelun yhteydessä edellä todettiin *Sozialstaat*-konstruktion toimivan oikeusvaikutuksiltaan lähinnä *Rechtsstaat*-konstruktion ja sen muodostamien lakivarausten rajoissa. Luottamuksensuojan kohdalla vakiin-

³¹³ Achterberg 1982, s. 470.

³¹⁴ Mainka 1963, s. 31.

³¹⁵ Sobota 1997, s. 157.

³¹⁶ Schmidt-Aßmann HStR 2006, § 26 rn. 81.

³¹⁷ Grabitz 1973, s. 680.

³¹⁸ Von Arnald 2006, s. 152–153.

³¹⁹ Sobota 1997, s. 163.

tunut kanta ei tässä kohdin sanottavasti poikkea yleisestä lähtökohdasta, vaikka yksin *Sozialstaat*iin viittaavia konstruktioitakin on kirjallisuudesta identifioitavissa.³²⁰ Luottamuksensuojadoktriinin keskeisistä kehittelijöistä esimerkiksi Mainka pyrki osoittamaan luottamuksensuojan tarpeellisuutta *Sozialstaat*-konstruktion soveltamisalalle sijoittuvien oikeudellisten ongelmien, mutta irrottaa kuitenkin luottamuksensuojan oikeutusperusteet eriytetystä *Sozialstaat*-justifioinnista palauttamalla ne myös *Rechtsstaat*-konstruktion tuottamaan normatiiviseen tukeen.³²¹

Sozialstaat on *Rechtsstaat*in tavoin moniulotteinen oikeudellinen ilmiö, jonka toisinaan sanotaan olevan jopa antinomisessa suhteessa luottamuksensuojaan: esimerkiksi Schwarzin kehittämä oikeusvaltiollisen, perusoikeuksien ulkopuolisen soveltamisalan riisuva luottamuksensuojakonstruktio nojautuu siihen lähtökohtaan, jonka mukaan *Sozialstaat*in edellyttämä ymmärrys ihmisestä yhteisön jäsenenä ja tämän katsannon seurauksena syntyvä funktionaalinen tapa käsitellä oikeuksia asettaa luottamuksensuojan sille antinomiseen, julkisen vallan dynaamisuutta korostavaan ympäristöön.³²² Toisaalta Schwarzinkin ajattelussa *Sozialstaat*in funktionaalinen ja vallankäytöltä dynaamisuutta usein edellyttävä puoli usein perustelee vallankäytön, jota vastaan luottamuksensuojaa tarvitaan.³²³ Edelleen on syytä huomata, että *Sozialstaat* rakentuu luottamuksensuojan tavoin ajatukselle kansalaisen elämän keskeisten osien suojaamiseen ennakoimattomilta riskeiltä.³²⁴ Luottamuksensuojan kohdalla *Sozialstaat*in tarjoama keskeinen suoja ennakoimattomia riskejä vastaan perustuu johdonmukaisuutta julkisen vallan käytöltä edellyttävään komponenttiin, jota luottamuksensuoja edellyttää niin lainsäätäjältä kuin soveltajalta.³²⁵ H.-J. Papier muotoilee tällaisen hyvinvointivaltiollisen luottamuksensuojajustifikaation yksinkertaiseksi, mutta vakuuttavaksi: kyse on erityisesti siitä, että pitkään esimerkiksi sosiaalietuutta nauttinutta ja siihen elämänsä sopeuttanutta ei voi nopeassa tahdissa jättää tyhjin käsin.³²⁶

Hyvinvointivaltiollisen luottamuksensuojajustifikaation merkitys asettuu kuitenkin hieman *Rechtsstaat*in moniulotteisuudesta poikkeavasti suhteessa lainsäätäjään: *Sozialstaat*in alalla lähtökohtana on, että lainsäätäjä – vaikkakin tiettyissä rajoissa valtiosääntöön oikeudellisesti sidottu lainsäätäjä – on toimivaltainen ja velvollinen konkretisoimaan *Sozialstaat*in edellyttämät punninnat lainsäädännöksi, kun taas *Rechtsstaat*in keskeinen sisältö ei edellytä välttämättä

³²⁰ Fuhrmanns 2004, s. 51–54.

³²¹ Mainka 1963, s. 27–29.

³²² Schwarz 2001, s. 282–284.

³²³ Schwarz 2001, s. 221.

³²⁴ Blanke 2000, s. 59.

³²⁵ Schwarz 2001, s. 218.

³²⁶ Papier 1973, s. 52 ss.

lainsäätäjän toimia edes subjektiivisten oikeuksien muodostamiseen. Toisinaan huomautetaan, että luottamuksensuoja saattaa toimia oikeusperiaatteena subjektiivisen oikeuden tavoin, eikä *Sozialstaat*-konstruktiolta puuttuva oikeuksia vailla lainsäätäjän myötävaikutusta luova vaikutus mahdollista sen käyttöä luottamuksensuojan justifiointina.³²⁷

Sozialstaat-konstruktion legitiimi käyttöala luottamuksensuojan oikeutusperusteena rajoittuukin vallitsevan kannan mukaisesti edelleen lähinnä niihin yhteyksiin, joissa on kyse lakivarausten rajoissa tapahtuvasta oikeusvaikutuksesta; tulkinnasta ja harkinnasta. Itsenäisempi merkitys edellyttää tuekseen perusoikeusjärjestelmän muihin oikeuksiin kiinnittyvää argumentointia.³²⁸

3.7.3 Perusoikeusjärjestelmä taustalla

Vaikka perusoikeusjärjestelmä kuuluukin aineellisena osana saksalaiseen *Rechtsstaat*-doktriiniin, *Rechtsstaat*-doktriinia oikeutusperusteenaan käyttävä luottamuksensuojakonstruktio eroaa perusoikeusjärjestelmään kiinnitetystä usealla tavalla. *Rechtsstaat*in luottamuksensuojan näkökulmasta keskeisintä on huomata *Rechtsstaat*in luottamuksensuojan subsidiariteetti: jokseenkin vakiintuneesti on katsottu, että *Rechtsstaat*in luottamuksensuojan soveltamisala on perusoikeusjärjestelmän varaan rakentuvaa täydentävä ja toissijainen.³²⁹ Joissain yhteyksissä tällaisen perusoikeusjärjestelmän ulkopuolisen *Rechtsstaat*-justifioinnin tarve, perusteltavuus ja soveltamisala on tosin kokonaan kiistetty. Esimerkiksi dynaamisempaan eli kapeampaan, lainsäätäjän toimintavapaudelle enemmän tilaa jättävään luottamuksensuoja-ajatteluun pyrkivä Schwarz samastaa perusoikeusjärjestelmän ja luottamuksensuojan soveltamisalan niin, ettei edes subsidiaariselle *Rechtsstaat*-justifioinnille jää tilaa lainkaan: ”*Vertrauensschutz ist Grundrechtsschutz – nicht mehr, aber auch nicht weniger*”.³³⁰ Toisaalta esimerkiksi valtiosääntötuomioistuin tyytyy joissain yhteyksissä johtamaan luottamuksensuojan oikeutettavuuden yksin *Rechtsstaat*-doktriinista. Kyse ei kuitenkaan ole mistään luottamuksensuojaan liittyvästä erityispiirteestä, vaan esimerkiksi Schmidt-Aßmann huomauttaa valtiosääntötuomioistuimen omaksuneen yleisemminkin tulkintalinjan, jossa yleiset julkisoikeudelliset periaatteet, kuten suhteellisuus ja oikeusvarmuus, saavat perustelunsa *Rechtsstaat*-doktriinin avulla, kun taas oi-

³²⁷ Fuhrmanns 2004, s. 53.

³²⁸ Blanke 2000, s. 60.

³²⁹ Blanke 2000, s. 87.

³³⁰ Schwarz 2001, s. 232.

keustieteessä kyseiset periaatteet justifoidaan yleensä perusoikeusjärjestelmän avulla.³³¹ Kuten seuraavassa tarkastelussa huomataan, linja ei ole poikkeukseton.

Perusoikeusjärjestelmään kiinnittyvät luottamuksensuojaperiaatteen oikeusperusteet voidaan jaotella karkeasti kolmeen eri ryhmään. Luottamuksensuoja voidaan perustaa perusoikeusjärjestelmään sisältyvään yleiseen vapausoikeuteen, oikeuteen ihmisarvoon tai yksittäisiin perusoikeuksiin ja niiden yksilöityihin kombinaatioihin. Näitä käsityksiä voidaan Blanken tapaan katsoa yhdistävän se, että *luottamus perusoikeuksien toteutumiseen ja pysyvyyteen* paikallistuu kaikkien perusoikeuksien taustalla olevaksi suojeltavaksi oikeushyväksi.³³² Perusoikeusjärjestelmään välittömästi kiinnittyviä oikeusperusteista luonnehtii tästä johtuen ilmeinen, jo niiden luonteesta johtuva *Verfassungsrang*. Tämän seurauksena perusoikeusjärjestelmään kiinnittyvä luottamuksensuojakeskustelu on mahdollista käydä valtiosääntöisenä keskusteluna vain valtiosäännön ja erityisesti perusoikeusjärjestelmän asettamin reunaehdoin.

Perustuslain kahden ensimmäinen artiklan turvaamat, soveltamisalaltaan yleiset oikeudet toimivat luottamuksensuojadoktriinin oikeusperusteina usein eri tavoin. Mainitun kahden ensimmäisen artiklan turvaamien oikeuksien katsotaan yleensä olevan erottamattomassa yhteydessä toisiinsa: esimerkiksi toisen artiklan turvaaman oikeuden elämään on jo vakiintuneesti katsottu olevan ensimmäisen artiklan turvaaman ihmisarvon käyttämisen edellytys, mutta myös sen oikeudellinen konkretisointi.³³³ Näiden käyttökelpoisuus luottamuksensuojajustifiointina kytkeytyy erityisesti niiden laajaan soveltamisalaan. Kun muistetaan, että vapauten ja omaisuuteen kohdistuvat negatiiviset toimenpiteet lankeavat yleensä ainakin § 2 GG:n turvaaman yleisen vapauden soveltamisalaan,³³⁴ myös tällaisen soveltamisalan kannalta merkittävä luottamuksensuoja on lähtökohtaisesti sen tarjoaman justifikaation alla.³³⁵

Ihmisarvon kunnioittamiseen sisältyy vallitsevan doktriinin mukaisesti kielto käyttää ihmistä yksin objektina julkisen vallan päämäärien saavuttamiseen. Tausta-ajatuksena tällöin on, että julkisen vallan on tämän estämiseksi kunnioitettava olemassa olevia oikeustiloja, vaikka ne olisikin luotu julkisen vallan toimesta.³³⁶ Näin ymmärretty luottamuksensuojajustifikaatio edellyttää tuekseen vahvaa yksityisautonomiaa; ihmisten lähtökohtaista vapautta määrittää oman elämänsä perusteet ja julkisen vallan lähtökohtaista oikeudellista velvollisuutta

³³¹ Schmidt-Aßmann HStR 2006, § 26 rn. 80.

³³² Blanke 2000, s. 141 ss.

³³³ Lorenz 1989, § 128 rn. 4–5.

³³⁴ Maurer 2009, s. 171.

³³⁵ Von Arnald 2006, s. 157.

³³⁶ Blanke 2000, s. 29.

tämän vapauden kunnioittamiseen.³³⁷ Ihmisarvon kunnioittamiseen viittaavan perustelun kriitikot huomauttavatkin näin ymmärretyn ihmisarvon käsitteen veynttävän soveltamisalansa ja sisältönsä äärimmilleen³³⁸: esimerkiksi Ossenbühl huomauttaa ihmisarvoa loukattavan yleensä vain silloin, kun toimi kohdistuu nimenomaan ihmiseen esimerkiksi syrjintänä tai kidutuksena. Näin ymmärrettyyn ihmisarvokäsitykseen ei ihmisestä erotettavissa olevaan oikeustilaan kohdistuva puuttuminen muodosta loukkausta.³³⁹ Toisaalta huomautetaan, että justifikaatio näyttäisi sisäistävän ihmisarvon loukkaamattomuuden ehkä turhankin kapeana, kun moderni konstitutionalismi tarjoaisi mahdollisesti toisenlaisiakin tapoja jäsentää ihmisarvon merkitys.³⁴⁰

Niin tai näin, luottamuksensuojan kytkentä GG § 1:n tarkoittamaan ihmisarvon kunnioittamiseen on vallitsevan doktriinin mukaan luonteeltaan enemmän välillistä ja edellyttää tuekseen GG § 2:n 1 momentin tarkoittaman yleisen vapausoikeuden – oikeuden vapaaseen persoonallisuuden kehittämiseen – käsittämisen ihmisarvon oikeudelliseksi konkretisoitumaksi. Näin esimerkiksi *Eberhard Grabitz* kehittää toisinaan kokonaan sisällöttömäksi *status negativus* -oikeudeksi katsotun³⁴¹ GG § 2:n 1 momentin yleisen vapausoikeuden varaan luottamuksensuojan valtiosääntöisen oikeutusperustan, joka lopulta kasvaa väitetystä sisällöttömyydestä huolimatta valtiosääntöisen aineellisen perusoikeussuojan määrittämäksi oikeusperiaatteen.³⁴² Grabitz rakentaa justifikaationsa ajattelulle, jonka mukaan yleinen vapausoikeus pystyy tunnistamaan luottamuksensuojan legitiimin soveltamisalan. Varsinainen aineellinen justifikaatio ja viime kädessä myös aineellinen sisältö kasvaa kuitenkin Grabitzin ajattelussa siitä ymmärryksestä, joka liittyy GG § 2:n yleisen vapausoikeuden osaksi valtiosäännön kokonaisjärjestelmää ja irrottaa vapausoikeuden yksin muodollisesta *status negativus* -tulkinnasta osaksi moderniksi katsottua valtiosääntöistä vapauskäsitystä. Tämä ajatus voidaan muotoilla kiinnittyväksi GG § 2:n vapauskäsitykseen: se ei ainoastaan turvaa *status negativus* -vapautta valtiollisilta rajoituksilta, vaan edellyttää turvattavaksi mahdollisuuden mielekkääseen ja vastuulliseen toimintaan.³⁴³

Näin muodostuva *das Verfassungsprinzip der Freiheit* saa sisältönsä sekä aineellisista perusoikeuksista että GG § 1:n ihmisarvon kunnioittamisen vaatimuksesta, ja on oikeudelliselta luonteeltaan lähellä *Alexyn* tarkoittamaa optimointi-

³³⁷ Schwarz 2001, s. 161.

³³⁸ Fuhrmanns 2004, s. 19.

³³⁹ Ossenbühl 1965, s. 73.

³⁴⁰ Schwarz 2001, s. 162–165.

³⁴¹ Glaeser HStR 1996, § 129 rn. 22.

³⁴² Grabitz DVBl. 1973, s. 681–682.

³⁴³ Kisker 1974, s. 161.

käskyä: vapaus on turvattava mahdollisimman suuressa määrin. Tällainen justifiointi konkretisoituu lopulta käsitykseksi siitä, että luottamuksensuoja turvaa näin määrittyvän valtiosääntöisen vapauden tarkoittamia, julkisen vallan lainsäädäntötoimin tai hallintopäätöksin luomia mahdollisuuksia toimintaan, ja kääntyy lopulta lähtökohtaiseksi luottamuksensuojan *prima facie* etusijaksi suhteessa lainalaisuuteen ja siitä seuraavaan toimivaltaan esimerkiksi viranomaispäätöksen oikaisuun.³⁴⁴

Vastaavaa *das Verfassungsprinzip der Freiheit* -ajatusta on sovellettu myös lainsäätäjää vastaan. Esimerkiksi *Hartmut Maurer* justifioi lainsäätäjään kohdistuvat rajoitukset niin sanotun epäaidon takautuvuuden tilanteissa³⁴⁵ viittaamalla luottamuksensuojaa perustelevaan ajatukseen siitä, että yksityisen on voitava itselleen vastuullisena subjektina suunnitella vapausoikeuksien kokonaisuuden perusteella elämänsä.³⁴⁶ Varsin triviaalia on, että vapauteen kytkeytyvä näkökohta ei ole jäänyt huomiotta tuomioistuinkäytännössäkään. Esimerkiksi valtiosääntötuomioistuimen tuomiossa BVerfGE 72, 200 arvioitiin luottamuksensuojadoktriinin piiriin kuuluvaa lainsäädännön takautuvuutta tästä lähtökohdasta: *”Die Verlässlichkeit der Rechtsordnung ist eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen. Es würde den Einzelnen in seiner Freiheit erheblich gefährden, dürfte die öffentliche Gewalt an sein Verhalten oder an ihn betreffende Umstände ohne weiteres im nachhinein stärker belastende Rechtsfolgen knüpfen,...”*.

Näin luottamuksensuoja omaksuu myös yleisen vapausoikeuden laajan soveltamisalan: GG § 2 ensimmäisen momentin yleiseen vapausoikeuteen kytkeytyvä luottamuksensuojajustificatio laajentaa luottamuksensuojan perusoikeusjärjestelmään kiinnittyvän *Verfassungsrang*-oikeutusperustan myös aineellisen perusoikeussuojan ulkopuolelle.³⁴⁷ Taustalla on edellä mainittu ajatus GG § 2:n luonteesta eräänlaisena ”keräily-” tai ”kaatoperusoikeutena” (*Auffanggrundrecht*), jonka soveltamisalaan tarttuvat aineellisen perusoikeussuojan soveltamisalan ulkopuolelle jäävät julkisen vallan yksityiseen kohdistuvat toimet, ja vastaavasti tällaisen laajan soveltamisalan tuottama, sen laajuutta vastaava luottamuksensuoja (*”Vertrauensschutz-Auffangnorm”*).³⁴⁸

Yleiseen vapausoikeuteen liittyviä luottamuksensuojakonstruktioita rasittaa kuitenkin se lähtökohta, että lainsäätäjän liikkumatilan yleisen vapausoikeuden kohdalla on katsottu olevan varsin laaja: GG § 2:n laaja soveltamisala saa väijäämättä parikseen varsin laajan alueen, jolla lainsäätäjä voi vapaasti operoida.³⁴⁹

³⁴⁴ Riechelmann 2005, s. 95.

³⁴⁵ Ks. jäljempänä 4.2.

³⁴⁶ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 61.

³⁴⁷ Fuhrmanns 2004, s. 42–43.

³⁴⁸ Schwarz 2001, s. 206–207.

³⁴⁹ Schwarz 2001, s. 271.

Valtiosääntötuomioistuimen sanoin ”*Dem Gesetzgeber wie der vollziehenden Gewalt kommt bei der Erfüllung von Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein weiter Einschätzungsspielraum, Wertungsspielraum und Gestaltungsspielraum zu, der auch Raum läßt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen*” (BVerfGE 77, 170).

Kuten edellä kävi ilmi, yleiseen vapausoikeuteen sisältyy kuitenkin toinenkin merkittävä rajoitus. GG § 2:n sanamuodon mukaan oikeus oman persoonallisuuden kehitykseen on sidottu muiden oikeuksien tai perustuslaillisen oikeusjärjestyksen rajoissa pysymiseen. Tämän johdosta on toisinaan katsottu, ettei GG § 2:n yleisellä vapausoikeudella voi perustella luottamuksensuojaa lainvastaisiin otiloihin.³⁵⁰ Näin esimerkiksi jäljempänä tarkasteluun tuleva, VwVfG § 48:ssa konkretisoituva oppirakennelma lainvastaisten hallintotoimien pysyvyydestä jää sen ulkopuolelle.³⁵¹ Toisaalta on kuitenkin huomautettu, että yleisen vapausoikeuden turvaaman suojan soveltamisala on erittäin laaja, ja määrittyvä lähinnä yksityisen näkökulmasta: ”*alle (denkbaren) positionen, auf sich das Vertrauen des einzelnen beziehen kann*”.³⁵² Tästä näkökulmasta lainvastaisuuden merkitys GG § 2:n 1 momentin tarjoamalle luottamuksensuojajustificatiolle kiinnittyy lähinnä yksityisen tietoisuuteen liittyvän vilpittömän mielen suojan oikeusdogmaattiseksi ongelmaksi.

Ihmisarvon takeiden ja yleisten vapausoikeuksien suhde erikseen säänneltyihin perusoikeuksiin riippuu osin siitä, pidetäänkö niitä ns. *Auffang*-perusoikeuksina. On esimerkiksi esitetty, että yksittäiseen perusoikeuteen kiinnittyvän omaisuuden suojajustificatiion käyttökelpoisuutta ainakin soveltamistoiminnassa kaventaa sen suhde GG § 2:n turvaamiin yleisiin vapausoikeuksiin, joiden on katsottu antavan suojaa lakiin perustumattomia omaisuuteen puuttumisia vastaan ensisijaisesti suhteessa GG § 14:n tarkoittamaan, tosiasiallista omaisuutta kuvaavaa *Vermögen*-käsitettä kapea-alaisempaan, varallisuusarvoisia oikeuksia turvaavaan omaisuuden suojaan.³⁵³ Perusoikeusjärjestelmän sisäisessä systematiikassa nämä GG 1 ja 2 §:n ihmisarvon takeet ja yleiset vapausoikeudet sekä niihin perustettavissa oleva luottamuksensuoja ovat kuitenkin samanlaisessa subsidiaarissa suhteessa erikseen säänneltyihin perusoikeuksiin kuin yleinen *Rechtsstaat*-konstruktio ja sen varaan rakennettu luottamuksensuoja. Näihin erikseen säänneltyihin perusoikeuksiin ja niiden kombinaatioihin kiinnittyviä luottamuksensuojakonstruktioita voidaan saksalaisesta keskustelusta identifioida miltei lopu-

³⁵⁰ Blanke 2000, s. 101 ss.

³⁵¹ Achterberg 1983, s. 471.

³⁵² Blanke 2000, s. 121.

³⁵³ Maunz – Dürig 2009, art. 14 I, 2 Rn. 161.

ton varianssi. Keskeisimmät ja vakiintuneimmat keskustelut liittyvät kuitenkin yhdenvertaisuuden, omaisuudensuojan ja elinkeinovapauden soveltamisaloihin.

Yhdenvertaisuus Saksan perusoikeusjärjestelmässä saa muodollisen ilmiänsä GG § 3:ssa, jonka ensimmäinen momentti on muotoiltu suomalaista säännöstä vastaavaksi vaatimukseksi yhdenvertaisuudesta lain edessä: ”[a]lle Menschen sind vor dem Gesetz gleich”. Yhdenvertaisuuteen asiallisesti samastuvien vaatimuksien on luottamuksensuojaa perusteltu myös lain yleisyyden konstruktion avulla: esimerkiksi *Walter Leisner* rakentaa luottamuksensuojajustificationsa sekä muodolliseen yhdenvertaisuuteen samastuvaan ”yleiseen” yleisyysvaatimukseen että yleisyyteen ajassa (”der ’Allgemeinheit’ in Zeit”), joka toimii myös lainsäätäjään kohdistuvana, luottamuksensuojan otsikon alle kuuluvana jatkuvuudensuojana.³⁵⁴ Myös *Günther Kisker* viittaa ”yleiseen” yleisyyteen taannehtivan lainsäädännön kiellon kohdalla luottamuksensuojan oikeutusperusteena: Kiskerin analyysissä osoitetaan, minkälainen yhteys vallitsee lain yleisyydestä poikkeavien *lex in casu* -ratkaisujen, Kiskerin käsitteistössä *Einzelfallgesetz*-kategoriaan kuuluvien säännösten ja taannehtivuuden välillä.³⁵⁵

Yhdenvertaisuudesta onkin suodattunut luottamuksensuojadoktriiniin lähinnä muodollisia oikeutusperusteita, ellei sitten ymmärretä *Sozialstaat*-keskustelua osana aineellista yhdenvertaisuusdoktriinia. Yhdenvertaisuusäännöksen toisen momentin kattamaa sukupuolten tasa-arvoa ja kolmannen momentin syrjintäkieltoa laajemmat kysymykset ihmisten tosiasiallisesta yhdenvertaisuudesta luottamuksensuojan oikeutusperusteina käsitellään nimittäin tyypillisesti *Sozialstaat*-doktriiniin ja erityisten perusoikeuksiin kiinnittyvissä diskursseissa. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että muodollinen yhdenvertaisuus luottamuksensuojan oikeutusperusteena sulkisi pois sen soveltuvuuden *Leistungsverwaltungin* jakamiin, *Sozialstaatin* avulla valtiosääntöisesti justifioitaviin etuuksiin tai palveluihin. Päinvastoin, on mahdollista rakentaa luottamuksensuojan perusteltavuus kiinnittämällä huomiota tällaisten tosiasiallisen tasa-arvoa turvaavien hallintotoimien merkitykseen ihmisten elämälle ja tätä kautta perustelunsa saavalle luottamuksensuojan tarpeelle.³⁵⁶ Luottamuksensuojan perusteltavuus kasvaa tällaisessa ympäristössä kuitenkin erityisesti antinomisesta suhteesta *Sozialstaatin* toimeenpanon edellyttämään *harkintavaltaan*.

Yhdenvertaisuutta luottamuksensuojan oikeutusperusteena rasittaa samanlainen moninapaisuus kuin esimerkiksi *Rechtsstaat*-konstruktiota: siihen voidaan perustaa niin luottamuksen suojaamista puoltavia kuin sitä vastustavia argu-

³⁵⁴ Leisner 1973, s. 294.

³⁵⁵ Kisker 1963, s. 19.

³⁵⁶ Grabitz DVBl. 1973, s. 681–682.

mentteja.³⁵⁷ Ei ole mitenkään poikkeuksellista vedota yhdenvertaisuuteen lainmukaisten olotilojen palauttamisen perusteena; yhdenvertaisuus samastuu tällöin muodolliseen lainalaisuuteen.³⁵⁸ Tässä kohdin riittää havainto siitä, että vaikka vallitsevan kannan mukaisesti koko yhdenvertaisuusdoktriinin soveltamisen lähtökohtana on *Bundesverfassungsgerichtshofin* käytännössä vahvistettu ajatus siitä, että yhdenvertaisuuden nojalla ei voi vaatia lainvastaisen oikeustilan toteutumista (*kein Gleichbehandlung im Unrecht*)³⁵⁹, ei luottamuksensuojan soveltamisen seurauksena syntyvä periaatteellinen mahdollisuus lainvastaisten olotilojen pysyvyydestä ole estänyt ainakaan kategorisesti justifioimasta luottamuksensuojaperiaatetta yhdenvertaisuusperiaatteen avulla. Luottamuksensuojan taustalla piilevät oikeutusperusteet erkanevat tässäkin kohdin siitä muodollisesta lainalaisuudesta, joka *kein Gleichbehandlung im Unrecht* -konstruktion taustalla rekonstruoituu esimerkiksi lain auktoriteetiksi.³⁶⁰ Toisinaan asetelma on käännetty jopa toisinpäin, ja ehdotettu luottamuksensuojakonstruktion ratkaisevan *Gleichbehandlung im Unrecht* -problematiikan häivyttämällä muodollisen lainvastaisuuden perustellun luottamuksen suojan konstruktion taustalle.³⁶¹ Välittävän kannan mukaisesti yhdenvertaisuudella justifioitavan luottamuksensuojan soveltamisalan on kuitenkin pysyttävä *Gleichbehandlung im Unrecht* -doktriinin rajoissa: näin esimerkiksi *Püttner* rajaa yhdenvertaisuuden rajoissa määrittyvän luottamuksensuojan lähinnä viranomaisen harkintavaltaa ohjaavaksi oikeusnormiksi.³⁶²

Yhdenvertaisuus luottamuksensuojan oikeutusperusteena palautuu sekä koherenssiin että konsistenssiin. Koherenssilla tässä viitataan lähinnä *Systemgerechtigkeit* -konstruktion, joka edellyttää yhdenvertaisuuteen kiinnittyvänä ilmiönä julkisen vallan järjestävän toimintansa sisällöllisesti koherentin järjestelmän mukaisesti.³⁶³ Näin esimerkiksi *Degenhart* konstruoi luottamuksensuojan yhdeksi koherenssin turvaajaksi tilanteessa, jossa lainsäätäjät omaksuu sitä rikkoivan sääntelyn³⁶⁴: mittapuu koherenssille kasvaa lähinnä ajallisesti simultaanista systeemyhteydestä.³⁶⁵ Konsistenssi puolestaan viittaa lähinnä ajalliseen dimensioon (*„der ‚Allgemeinheit‘ in Zeit“!*), joka tässä yhteydessä viittaa yleensä siihen hallinto-oikeudellisen yhdenvertaisuusperiaatteen kohdalla tavanomaisesti käytyyn diskurssiin, jonka mukaan vakiintuneesta ratkaisulinjasta (*venire contra*

³⁵⁷ Achterberg 1982, s. 472.

³⁵⁸ Randelzhofer 1973, s. 538.

³⁵⁹ Randelzhofer 1973, s. 537.

³⁶⁰ Maunz – Dürig 2009, § 3 abs. 1 rn. 180.

³⁶¹ Randelzhofer 1973, s. 543.

³⁶² Püttner 1973, s. 214.

³⁶³ Schmidt-Bleibtreu – Hofmann – Hopfauf 2008, § 3 rn. 19.

³⁶⁴ Degenhart 1976, s. 69.

³⁶⁵ Degenhart 1976, s. 6 ss.

factum proprium!) poikkeaminen edellyttää tuekseen perusteita.³⁶⁶ *Venire contra factum proprium* on kuitenkin toisinaan ymmärretty myös lainsäätäjää sitovana vaatimuksena, ja esimerkiksi Leisner määrittelee luottamuksensuojan konstruoidun lain oikeustositseikkoja ja oikeusvaikutuksia määrittävän vaikutuksen kautta *jatkuvuuden vaatimukseksi*.³⁶⁷

Konsistenssi ja koherenssi näin määriteltynä on toisinaan kytketty kiinteästi myös oikeusvarmuuteen, joka edellyttää valitun tulkintalinjan johdonmukaista soveltamista: ”*das Recht darf nicht heute und hier so, morgen und dort anders angewandt werden*.”³⁶⁸ Näin oikeusvarmuuteen yli ajan ja paikan kiinnittyvä ennakoitavuuden vaatimus on kiinteässä yhteydessä myös yhdenvertaisuusdoktriiniin vakiintuneesti perustettuun *mielivallan kieltoon* luottamuksensuojan perusteena, joka sekin sisältää sekä koherenssin että konsistenssin vaatimukset. Erotuksena yleisestä mielivallan kiellosta tässä kyse ei ole niinkään yleisestä rationaliteettivaatimuksesta, vaan vaatimuksesta nimenomaan intertemporaalisen oikeustilan muutoksen perustumisesta – ei mihin tahansa syihin, vaan – asiallisiin syihin.

Abstrahoimalla ja kiinnittämällä tämä vaatimus perustuslailliseen yhdenvertaisuuteen ja siihen perustuvaan mielivallan kieltoon on ollut mahdollista konstruoida luottamuksensuojan taustalla piilevä suojanormi, joka suojaa kansalaisia niin lainsäätäjän kuin tuomiovallan käytön yllättäviä suunnanmuutoksia vastaan.³⁶⁹ Tämän abstrahoinnin taustalla piilevä oikeutusperuste huomioiden ei ole ehkä mitenkään yllättävää, että yhdenvertaisuudella justifioitavan luottamuksensuojan soveltamisalasta *hallinnon poissulkeva* doktriini on kuitenkin muualla saanut täydennyksekseen myös hallintoa vastaan asettuvan, yhdenvertaisuusperiaatteella justifioitavan luottamuksensuojan.³⁷⁰

Näin ymmärretty, perustuslaillisen yhdenvertaisuuden vaatimuksen johdosta *Verfassungsrangin* omaava jatkuvuuden tai kontinueettin problematiikka konkretisoituu niihin kysymyksenasetteluihin, jotka koskevat sekä lainsäätäjän että hallinnon kykyä sitoa toimintaansa tulevaisuuteen (*Selbstbindung*).³⁷¹ Näihin kysymyksenasetteluihin palataan seikkaperäisemmin tarkasteltaessa luottamuksensuojan soveltamisedellytyksiä.

Luottamuksensuojan oikeutusperusteena yhdenvertaisuusperusoikeuden on yleensä katsottu edellyttävän tuekseen muita oikeudellisia instituutioita. Tämä näkökanta on korostunut erityisesti valtiosääntötuomioistuimen yhdenvertai-

³⁶⁶ Blanke 2000, s. 115.

³⁶⁷ Leisner 1973, s. 294.

³⁶⁸ Mainka 1963, s. 18.

³⁶⁹ Maunz – Dürig 2009, § 3 abs. 1 rn. 189.

³⁷⁰ Achterberg 1983, s. 472.

³⁷¹ Blanke 2000, s. 115.

suusperusoikeuden uudemman, sen sisältöä syrjintäkiellon suuntaan orientoivan tulkintakäytännön valossa.³⁷² On kuitenkin huomattava, että vaikka yhdenvertaisuuden ei katsottaisikaan muodostavan yleistä justifikaatiota luottamuksensuojalle,³⁷³ ei ehkä ole myöskään kokonaan poissuljettua, että ainakin osa luottamuksensuojan alan kattamista oikeudellisista ongelmista voitaisiin jäsentää yksittäistapauksissa myös yksin yhdenvertaisuusperusoikeuden tarjoamien kriteerien avulla.³⁷⁴

Varsin vakiintuneesti kuitenkin katsotaan, että ensisijainen ja luottamuksensuojan legitimiin soveltamisen kannalta paitsi välttämätön, mutta myös tietyllä soveltamisalalla riittävä oikeutusperusta on paikannettavissa aineellisiin vapausoikeuksiin. Luottamuksensuojan oikeutusperusteiksi näistä on vakiintunut ainakin omaisuudensuoja ja elinkeinovapaus³⁷⁵, mutta myös muihin perusoikeuksiin kiinnittyviä yksittäisiä justifikaatioita esiintyy.

Omaisuudensuoja on vakiintunut luottamuksensuojan *keskeisimmäksi* perusoikeusperusteluksi.³⁷⁶ Jokseenkin vakiintuneesti toistetaan valtiosääntötuomioistuimen omaksumaa perusteluketjua, jossa todetaan omaisuudensuojan keskeisenä ulottuvuutena olevan GG § 14:n tarkoittamaan omaisuuteen kytkeytyvän oikeusvarmuuden varmistamisen, millä pyritään luottamuksensuojan konstruointiin omaisuudensuojan soveltamisalalla. Valtiosääntötuomioistuin painottaa oikeusvaltiollisen luottamuksensuojan saaneen näin omaisuudensuojan kohdalla oman erityisen konkretisoitumansa valtiosääntöisenä kokonaisuutena.³⁷⁷ ”*Der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes hat für die vermögenswerten Güter im Eigentumsgrundrecht eine eigene Ausprägung und verfassungsrechtliche Ordnung erfahren.*”³⁷⁸ Luottamus varallisuusarvoisten oikeuksien pysyvyyteen kuuluu omaisuudensuojan ytimeen.³⁷⁹

Kirjallisuudessa omaisuudensuojan ja luottamuksensuojan katsotaan olevan eräänlaisessa symbiootissa, tai kriittisemmin ajateltuna kehäpäätelmän³⁸⁰ luonteisessa suhteessa: esimerkiksi *Anna Leisner* puhuu luottamuksensuojan ja oikeuden kaksinkertaisesta funktiosta.³⁸¹ Tämän ajatuksen toinen puoli tuli ilmi jo edellä pohdittaessa *common law*’n julkisoikeudellisten subjektiivisten oikeuksien konstituoitumista luottamuksensuojan johdosta: luottamus oikeudellisena

³⁷² Schwarz 2001, s. 214–215.

³⁷³ Fuhrmanns 2004, s. 42.

³⁷⁴ Riechelmann 2005, s. 92.

³⁷⁵ Maurer HStR 2006, § 79.

³⁷⁶ Maunz – Dürig 2009, § 14 III 2 rn. 327.

³⁷⁷ Pieroth JZ 1990, s. 281.

³⁷⁸ BVerfGE 36, 281.

³⁷⁹ Leisner HStR 2010, § 173 rn. 122.

³⁸⁰ Pieroth 1984, s. 975.

³⁸¹ Leisner A., 2002, s. 456.

käsitteenä toimii oikeuksien – tai jopa oikeuden – oikeutusperusteena.³⁸² Toinen puoli kiinnittyy näiden oikeuksien tai oikeuden yleensä tarjoamaan suojaan luottamukselle, luottamuksensuojalle.³⁸³ Näin voidaan ajatella myös luottamuksen suojan ja omaisuuden suojan kohdalla.

Ensinnäkin voidaan ajatella, että käsitykset omaisuuden suojasta ja sen turvaamien oikeuksien alasta toimivat luottamuksensuojan oikeutusperusteina. Esimerkiksi *Walter Schmidt*³⁸⁴ konstruoi omaisuuden suojan yksin riittäväksi justifiointiperustaksi luottamuksensuojalle jopa siten, että sen soveltamisala samastui luottamuksensuojan soveltamisalan rajaukseksi: luottamuksen suoja ei ollut omaisuuden suojan ulkopuolella.³⁸⁵ Vaikka omaisuuden suojaperustelu onkin jäänyt elämään osaksi luottamuksensuojadoktriinia, ei tällainen *poissulkeva* justifiointi kuitenkaan muodostunut vallitsevaksi kannaksi.³⁸⁶ Eräänä syynä tähän on pidetty sitä kapeutta, joka tällaisesta yksittäiseen perusoikeuteen kiinnittyvästä justifiointista doktriinille seuraisi.³⁸⁷ Kääntämällä Schmidtin asetelma justifiointisuhteista toisinpäin, päädytäänkin symbioosin toiseen puoleen, ajatukseen jonka mukaan luottamuksensuojanäkökohdat määrittävät välittömästi omaisuuden suojan soveltamisalaa³⁸⁸. Näin tarkasteltuna esimerkiksi Leisner viittaa eräänlaisen luottamusomaisuuden (*”Vertrauenseigentum”*) olemassaoloon: vaikka tällaisen ajatuksen tarjoama suoja ei välttämättä koskekaan kaikkia tulevaisuuteen kohdistuvia omaisuuden hyödyntämisodotuksia, on sen institutionaalinen perusajatus selvä. Esimerkiksi immateriaalioikeuksissa ja vaikkapa rakennuslupajärjestelmässä sekä niiden nauttimassa suojassa näkyy, että luottamuksensuojasta johtuen se, minkä lainsäätäjä on omilla toimillaan omaisuuden käsitteen piiriin saattanut, siellä pysyy – myös valtiosääntöisen omaisuuskäsityksen puitteissa. Näin voidaan muotoilla suhde *”Eigentum schafft vertrauen”*, mutta myös: *”Vertrauen schafft Eigentum”*.³⁸⁹

Toisin sanoen: symbioosin toisen puolen lähtökohtana on ajatus, jonka mukaan yksityisellä on omaisuuden suojan turvaama oikeus luottaa varallisuusarvoisten oikeusasemien pysyvyyteen. Näin toisen puolen symbioosista muodostaa käsitys, jonka mukaan näiden varallisuusarvoisten oikeusasemien tunnistamisessa yksi kriteeri on luottamuksensuoja.³⁹⁰ Symbioosin molemmat puolet

³⁸² Leisner A., 2002, s. 456.

³⁸³ Leisner A., 2002, s. 456.

³⁸⁴ Schmidt 1973, s. 529 ss.

³⁸⁵ Schmidt luopui omaisuuden suojan yksinomaisuuden kannastaan 1973 *Staatsrechtslehrer-tagungin* suuressa luottamuksensuojakeskustelussa, VVDStRL 32 (1974), s. 234–235.

³⁸⁶ Roellecke 1990, s. 412.

³⁸⁷ Fuhrmanns 2004, s. 25.

³⁸⁸ Kisker 1973, s. 156–157, Schwarz 2001, s. 184.

³⁸⁹ Leisner HStR 2010, § 173 rn. 122–125.

³⁹⁰ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 68.

ovat heijastumia yleisemmästä keskustelusta, joka koskee kysymystä omaisuuden suojan kohdetta: määrittääkö omaisuuden käsitteen lainsäätäjät, vai onko tämä omaisuuden suojan soveltamisalan kannalta keskeinen kysymys sittenkin ratkaistavissa autonomisesti perustuslakiin nojaten?³⁹¹

Kysymyksenasettelun merkittävyys on ymmärrettävissä omaisuudensuojan kohteen avulla: omaisuudensuoja ei suojaa omaisuutta sellaisenaan (*Vermögen*), vaan siihen kiinnittyviä varallisuusarvoisia *oikeuksia* (*Rechts-Eigentum*).³⁹² Esimerkiksi tuomiossa BVerfGE 95, 267 painotettiin nimenomaan tätä tosiasiallisen ja oikeudellisen omaisuuskäsitteen välistä eroa art. 14 GG:n soveltamisalan määrittäjänä: ”*Unter den Schutz der Eigentumsgarantie fallen grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, daß er die damit verbundenen Befugnisse nach eigener Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf. Der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz reicht damit zwar erheblich weiter als das zivilrechtliche Eigentum und erstreckt sich auch auf nicht dingliche vermögenswerte Rechtspositionen. Er bleibt aber an Rechtspositionen gebunden. Kein Eigentum im Sinn von Art. 14 Abs. 1 GG ist daher das Vermögen, das selber kein Recht, sondern den Inbegriff aller geldwerten Güter einer Person darstellt.*”

Erottelen taustalla piilee muun ohella omaisuudensuoja ja yleisen toimintavapauden suhde. Esimerkiksi *Oliver Lepsius* huomauttaa, että omaisuudensuojan samastaminen *Vermögen*-omaisuuteen merkitsisi sen tarjoaman erityissuojan relatiivitoimimista; omaisuudensuoja samastuisi kokonaisuudessaan GG § 2:n turvaamaan yleiseen vapausoikeuteen.³⁹³ Toisaalta on kuitenkin huomattava, että varsin vakiintuneesti – ja ehkäpä hieman paradoksaalisesti³⁹⁴ – on katsottu *lainsäätäjällä* olevan toimivalta määritellä, mitä näihin varallisuusarvoisiin on luettavissa: jo omaisuudensuoja-artiklan sanamuoto lähtee siitä, että ”*Inhalt [und Schranken] werden durch die Gesetze bestimmt*”. Tosin esimerkiksi *Leisner* huomauttaa, että perusoikeuksien soveltamisalalla lainsäätäjän toimivaltaa rajoittaa aina perustuslaki sisältöineen, ja tämän johdosta lainsäätäjän toimivalta omaisuuden määrittämiseen ei sittenkään ole erityisen rajoittamatonta, vaan sitä rajaa perustuslaista rekonstruoitava, lainsäätäjältä autonominen omaisuuden käsite.³⁹⁵ Valtiosääntötuomioistuimen omaksumissa perusteluissa omaisuuden käsite onkin, ei yksin lailla, vaan nimenomaan perustuslainmukaisella lailla määriteltävä (”*aus der Gesamtheit der verfassungsmäßigen Gesetze*”).³⁹⁶ Näin omaisuuden-

³⁹¹ Schwarz 2001, s. 186.

³⁹² Maunz – Dürig 2009, art. 14 rn. 160, *Leisner HStR* 2010, § 149 rn. 3.

³⁹³ Lepsius 2002, s. 47.

³⁹⁴ Foster – Sule 2005, s. 233.

³⁹⁵ *Leisner HStR* 2010, § 173 rn. 10–23.

³⁹⁶ BVerfGE 58, 300.

suojalla justifioitavan luottamuksensuojan – tai: luottamuksensuojalla justifioitavan omaisuuden suojan – soveltamisalalle rekonstruoituu sellaisiakin oikeusasemia, joita olisi vaikea yksin lainsäädännön tai yksityisoikeudellisen omaisuuskäsitteen perusteella sille mieltää.

Merkitystä on myös erityisesti sillä, että omaisuuden suojan on katsottu sisältävän yksityisen, oikeudellisesti toteuttamiskelpoisen *Abwehr*-tyyppisen oikeuden lisäksi myös institutionaalisen ulottuvuuden.³⁹⁷ Tämän sisällöltään ja rajoiltaan erittäin epäselvänä pidetyn institutionaalisen suojan on katsottu saavan soveltamisalansa vain lainsäätäjää kohtaan³⁹⁸; näin esimerkiksi hallintopäätösten lainmukaisuuden mittariksi siitä ei ole. Maurer kuvaa erottelua suojan kohteen avulla: siinä missä individuaalinen *Abwehr*-ulottuvuus suojaa kuvaannollisesti kansalaisen kädessä olevaa omaisuutta, suojaa institutionaalinen ulottuvuus omaisuutta yleensä edellyttämällä, että lainsäätäjät luovat sääntelyn sen turvaamiseksi.³⁹⁹

Institutionaalisen ulottuvuuden sisältönä ei kuitenkaan ole toimia esimerkiksi markkinatalousjärjestelmän olemassaolon takeena: soveltamatta ainakin toistaiseksi jäänyt, symboliseksikin mainittu GG § 15⁴⁰⁰ sekä pakkolunastuksen edellytyksistä säätelevä GG § 14 III päinvastoin mahdollistavat muunkinlaiset talousjärjestelmät: ”*Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche.*”⁴⁰¹ Institutionaalinen suoja merkitsee kuitenkin esimerkiksi *Pierothin* mukaan lainsäätäjälle asetettua velvollisuutta luoda sääntely, jossa art. 14 I GG:n tarkoittamaa omaisuutta voi käyttää, hyödyntää ja vaihtaa.⁴⁰² Näin on myös katsottu, että mahdolliset talousjärjestelmät rajoittuvat sellaisiin järjestelmiin, joiden puitteissa ei tarvitse hylätä koko yksityisomaisuuden käsitettä.⁴⁰³ Edelleen se eroaa yksityisen näkökulmaan konkretisoituvasta *Abwehr*-ulottuvuudesta sen lähtökohtaisen aikadimension kannalta: siinä missä institutionaalinen suoja on lähinnä tulevaisuusorientoitunutta⁴⁰⁴, suojaa yksityisen *Abwehr*-positio lähinnä vain jo syntyneitä oikeusasemia.⁴⁰⁵ Tämä suojan aikaorientaatioon perustuva lähtökohtainen jaottelu ei kuitenkaan ole poissulkeva, vaan myös institutionaaliin suojaan on kirjallisuudessa vedottu luottamuksensuojan justifikaationa.⁴⁰⁶

³⁹⁷ Leisner HStR 2010, § 173 rn. 65.

³⁹⁸ Leisner HStR 2010, § 173 rn. 66–68.

³⁹⁹ Maurer 2006, § 79 rn. 68.

⁴⁰⁰ Maunz – Dürig 2009, art. 15 rn. 1–2.

⁴⁰¹ BVerfGE 7, 17.

⁴⁰² Pieroth 1984, s. 974.

⁴⁰³ Heun 2011, s. 214.

⁴⁰⁴ Schwarz 2001, s. 168–169.

⁴⁰⁵ Pieroth 1984, s. 974.

⁴⁰⁶ Schwarz 2001, s. 169–170.

Institutionaalisen suojan perusteltavuutta luottamuksensuojajustifikaationa on kuitenkin epäilty kiinnittämällä huomio luottamuksen subjektiiviseen luonteeseen: siinä missä institutionaalinen suojaa sellaisia lähinnä *in abstracto* oikeusvarmuuteen kiinnittyviä oikeushyviä kuten vakaus ja ennustettavuus, kiinnittyy luottamuksensuoja tämän kritiikin mukaan aina väistämättä konkreettiin, subjektiiviseen luottamukseen.⁴⁰⁷

Vakiintuneesti on kuitenkin katsottu, että institutionaalinen suoja samoin kuin yksityisen oikeusasemaan kiinnittyvä luottamuksensuojajustifikaatio nojaavat kuitenkin siihen lähtökohtaan, jonka mukaan omaisuudensuoja edellyttää varallisuusarvoisten oikeuksien kohdalla jatkuvuutta ja ennustettavuutta.⁴⁰⁸ ”*Eigentumsschutz ist Bestandsschutz und damit zugleich Vertrauensschutz.*”⁴⁰⁹ Tämä ajatus on poikkeus siitä demokraattisen lainsäätäjän toimivaltaan yleensä kiinnittyvästä ajatuksesta, jonka mukaan yksityisellä ei ole lähtökohtaisesti oikeutta luottaa lainsäädännön aineelliseen pysyvyyteen.⁴¹⁰ Omaisuus ja luottamus oikeustilojen pysyvyyteen katsotaan tässä konstruktiossa kuitenkin rakenteellisesti toisiinsa kiinnittyneiksi; luottamuksen katsotaan olevan varallisuusarvoisten oikeuksien pakotetusti immanentti osa sekä institutionaalisessa että konkreettissa, yksilöön kiinnittyvässä suojassa.⁴¹¹

Näin arvioituna omaisuudensuojaan kiinnittyvä luottamuksensuojajustifikaatio ei rajoita soveltamisalaansa vain esimerkiksi yksityisoikeudelliseen omaisuuteen, vaan sisäistää soveltamisalalleen lähtökohtaisesti kaikki varallisuusarvoiset oikeudet.⁴¹² Tämä koskee tietysti edellytyksin myös luottamuksensuojadoktriinin keskiössä usein sijaitsevia julkisoikeudellisia suoritteita. Keskustelu on kuitenkin erityisesti omaisuudensuojan ja sosiaalioikeudellisten etuuskien kohdalla käynyt erittäin vilkkaana ja erimielisenä: *Heinig* osoittaa keskustelusta kolme eri peruspositiota, kaksi äärimmäiseksi luonnehtimaansa ja yhden välittävän.⁴¹³ Taustaksi keskustelulle asettuu valtiosääntötuomioistuimen vakiintunut soveltamiskäytäntö, jossa määritellään ne edellytykset, joilla julkisoikeudellinen etuus voi kuulua omaisuudensuojan soveltamisalalle. *Heinigin* viittaamat ääripäät koostuvat dikotomiasta, jonka toinen puoli kiistää julkisoikeudellisten suorituksen kuulumisen omaisuudensuojan soveltamisalalle ylipäänsä, toinen taas konstrui niille suojan luottamuksensuon näkökohtien avulla.

⁴⁰⁷ Schwarz 2001, s. 171.

⁴⁰⁸ Rübner JZ 1983, s. 755.

⁴⁰⁹ Maurer 2006, § 79, rn. 68.

⁴¹⁰ Blanke 2000, s. 110.

⁴¹¹ Rübner JZ 1983, s. 755.

⁴¹² Blanke 2000, s. 110.

⁴¹³ Heinig 2008, s. 517 ss.

Valtiosääntötuomioistuimen vallitsevan käytännön mukainen, Heinigin välittävään positioon kuuluva kriteeristö ulottaa omaisuudensuojan julkisoikeudellisen etuuden turvaksi, mikäli etuus on kytketty olennaiseen yksityisoikeudelliseen suoritukseen (esim. palkka), jonka saajan oikeusasemaa määrittää muut poissulkeva oikeusasema ja joka turvaa välttämätöntä toimeentuloa.⁴¹⁴ Edellytysten ympärillä on käyty runsaasti seikkaperäistäkin kritiikkiä sisältävää keskustelua: esimerkiksi edellä mainittuun paradoksiin lainsäätäjän toimivaltaan *omaisuus*-käsitteen määrittelemisessä viitaten on huomautettu, että kriteeri oikeuden muut poissulkevasta luonteesta toimii tässä kontekstissa omituisesti. Siinä missä omistusoikeuden poissulkevuus on yksityisoikeudellisessa käsitteenmuodostuksessa lopputulos, tässä julkisoikeudellisoikeudellisessa kontekstissa se asetetaan edellytykseksi.⁴¹⁵

Vakiintuneen soveltamiskäytännön mukaiselle soveltamisalalle kuuluu siten esimerkiksi julkisen vallan toimin aikaansaadut, mutta nimenomaisesti *työn tai yrittämisen tuloksiin* sidotut *pro futuro* oikeustilat kuten esimerkiksi jo ansaitut eläkkeet.⁴¹⁶ Näin määrittyvä justifikaatio ei sulje pois soveltamisaltaan myöskään esimerkiksi elinkeinolupia, vaikka omaisuudensuoja ei niitä *sellaisenaan* suojaakaan. Luottamuksensuoja omaisuudensuojan immanenttina komponenttina kiinnittyy kuitenkin niihin *taloudellisiin toimiin*, joihin luvanhaltija on ryhtynyt luvan luoman oikeustilan perusteella ja sen pysyvyyteen luottaen.⁴¹⁷ Merkilepantavaa kuitenkin on, että valtiosääntötuomioistuin toisinaan ”hävittää” luottamuksensuoja-argumentoinnin taustalle arvioimalla esimerkiksi julkisoikeudellisten etuuksien taannehtivaa sääntelyä yksin suhteellisuusperiaatteen varassa – tosin ilmeisesti luottamuksensuoja-argumentoinnin kanssa yhteensopivin lopputulemin.⁴¹⁸

Omaisuudensuojajustificikaation kohdalla erotetaan tyypillisesti ainakin terminologisesti toisistaan dispositiosuoja (*Dispositionsschutz*)⁴¹⁹ ja pysyvyydensuoja (*Bestandsschutz*).⁴²⁰ Dispositiosuoja tarkoittaa tässä yhteydessä yleensä jo tapahtuneiden, luottamuksesta teoksi konkretisoituneiden disponointien suojaa *in concreto*, kun taas pysyvyydensuojalla viitataan sellaiseen *status quo* -suojaan, joka suojaa pysyvyyttä *in abstracto* ja toimii välillisesti *in concreto* dispositiosuojan mahdollistajana.⁴²¹ Käsitteiden keskinäisissä suhteissa on huomatta-

⁴¹⁴ Maunz – Dürig 2009, § 14 rn. 129–135.

⁴¹⁵ Heinig 2008, s. 521.

⁴¹⁶ Maunz – Dürig 2009, art. 14 I 2 rn. 147–148.

⁴¹⁷ Schwarz 2001, s. 174–180.

⁴¹⁸ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 64.

⁴¹⁹ Kisker 1973, s. 168.

⁴²⁰ Riechermann 2005, s. 64.

⁴²¹ Blanke 2000, s. 41.

vaa variaatiota: kuten jäljempänä hallintopäätöksen pysyvyyttä tarkemmin eriteltäessä havaitaan, osa doktriinista erottaa pysyvyydensuojan sellaisenaan perusoikeusjärjestelmästä yleensäkin irralliseksi oikeusvaltiolliseksi vaatimukseksi, ja ymmärtää siitä erkanevan instituution, jossa pysyvyydensuojasta voidaan poiketa korvaamalla vahinko, olevan subsumoitavissa omaisuudensuojan alle.⁴²²

Toisaalta joissain yhteyksissä erotetaan toisistaan omaisuudensuoja ja dispositiosuoja: voidaan viitata esimerkiksi dispositiosuojan oman luottamuksensuojadoktriininsa lähtökohdaksi ottaneen Kiskerin esittämään kritiikkiin, jonka kohteena on omaisuudensuojaan luottamuksensuojan perustava Schmidt. Kisker kohdistaa Schmidtin konstruktion kaksi painavaa oikeutusperusteisiin kytkeytyvää väitettä. Ensinnäkin, omaisuudensuojan käsittäminen luottamuksensuojan justifikaatioksi merkitsee perusteetonta samastusta: luottamuksensuoja dispositiosuojana suojaa *kaikkia* toimintaan johtaneita (*Ins-Werk-Setzens*) legitimejä odotuksia, kun taas omaisuudensuoja vain omaisuuteen liittyviä oikeusasemia. Ja edelleen; luottamuksensuojan käsittäminen kapeasti Schmidtin tavoin johtaa ongelmallisesti myös siihen, että omaisuudensuojadoktriinin johdosta luottamuksen suojaamiseen liittyvät näkökohdat voidaan käsitellä legitimitä (vahingon)korvauksen keinoin kiinnittymättä luottamuksensuojan yleensä suojaamaan varsinaiseen pysyvyyteen, mutta: "[w]eder kann man in einer zunehmend außengesteuerten sozialen für alles Geld kaufen, noch ist geld nur in Regel ein hinreichender Ersatz für zerschlagene Dispositionen".⁴²³

Omaisuudensuojajustificatioilla on kiinteä yhteys GG § 12:n turvaamien oikeuksien avulla justifioitavaan luottamuksensuojaan. Luottamuksensuoja nimenomaan pysyvyydensuojana on nimittäin saanut erityisen ilmauksensa myös ammatinvalinnan vapauteen pohjautuvissa luottamuksensuojajustificatioissa. Vaikka myös omaisuudensuojaan kiinnittyvissä luottamuksensuojajustificatioissa on käsillä ajatus eräänlaisesta *status quo* -suojasta osana pysyvyydensuojaa⁴²⁴, tämä näkökohta saa erityisen painotuksensa ammatinvalinnan vapauden kohdalla. Ammatinvalinnan vapauteen kiinnittyvät justifikaatiot eroavat omaisuudensuojajustificatioista niiden taustalla vaikuttavien perusoikeuksien rakenteellisista eroavaisuuksista johtuen, joskaan ero ei aina ole kategorisen selvä. Klassinen erottelu tiivistää tämän eron lähinnä suojan kohteeseen: siinä missä ammatinvalinnan vapaus ja erityisesti sen elinkeinovapauteen viittaavat tulkinat⁴²⁵ suojaavat toimintaa sinänsä, suojaa omaisuudensuoja toiminnan tuloksia.⁴²⁶ Tästä huolimatta kyseiset perusoikeudet vaikuttavat omaavan sellaisia yh-

⁴²² Maurer HStR 2006, § 79 rn. 94.

⁴²³ Kisker 1973, s. 181.

⁴²⁴ Blanke 2000, s. 110.

⁴²⁵ Breuer HStR 2010, § 170 rn. 9.

⁴²⁶ Fuhrmanns 2004, s. 31.

teisiä oikeutusperusteita, jotka johtavat vilkkaaseen keskusteluun siitä, kumman perusoikeuden alaan esimerkiksi elinkeinolupien pysyvyyteen liittyvä luottamuksensuojaproblematiikka luontevammin soveltuu.⁴²⁷

Keskeisimmän ammatinvalinnanvapautteen kiinnittyvän luottamuksensuoja-justifikaation rekonstruoinnista vastanneen *U. K. Preußin* mukaan yhteiskunnan muutos on relativoinut omaisuudensuojan merkitystä yksityisen kannalta keskeisimpänä perusoikeutena: yksityisen elämän perusteita määrittävät omaisuuden ohella nykyisin pikemminkin työelämä ja siihen kiinnittyvät instituutiot kuten eläkeoikeus ja sosiaaliturva, mutta myös yksityisen muu sosiaaliekonominen *status* siinä yhteiskunnan rakenteessa, jonka osa yksityinen on, ja jonka nämä yksityisten eri statukset rakenteistavat.⁴²⁸ Tästä laajasta kokonaisuudesta erityisesti työelämään kiinnittyvän keskeisen elämänalueen merkitys yksityiselle edellyttää luottamuksensuojan sille suomaa *status quon* turvaa julkista valtaa kohtaan.⁴²⁹ Tuekseen tällainen argumentaatio edellyttää esimerkiksi Pierothin analyysissa suhteellisuusperiaatetta, joka kytkee yhteen elämänalueen ja siinä tarvittavan pysyvyyden merkityksen yksityisen luottamuksensuojavaateeseen.⁴³⁰ Vastaavankaltaiseen ajatteluun perustuu myös usea sellainen luottamuksensuojalle rekonstruoituva justifikaatio, jolla pyritään paikkaamaan valtiosääntöisessä analyysissa GG § 14:n omaisuudensuojan soveltamisalan ulkopuolelle jäävän oikeusaseman *Verfassungsrangin* puute kiinnittämällä se esimerkiksi työelämän *perus*-perusoikeutena pidettävään ammatinvalinnanvapauteen.⁴³¹ Tällaisia pohdintoja on esitetty haettaessa pysyvyyttä esimerkiksi niille sosiaalietuuksille, jotka jäävät omaisuudensuojan soveltamisalan ulkopuolelle.⁴³²

Yksittäisiin perusoikeuksiin kiinnittyviä justifikaatioita esiintyy doktriinissa useita muitakin: esimerkiksi *Blanken*, *Schwarzin* ja *Fuhrmannsin* analyysit tunnistavat justifikaatioita laajalta skaalalta niin perhe-elämää turvaavien oikeuksien kuin esimerkiksi kansalaisuuteen liittyvien perustakeiden soveltamisalalta.⁴³³ Tässä yhteydessä ei syvennytä niihin enää seikkaperäisesti: luottamuksensuojadoktriinin ja perusoikeusjärjestelmän keskeiset kiinnkohdat säilyvät niissä pääpiirteissään sellaisina kuin edellä tarkemmin eriteltyjen perusoikeuksien kohdalla. Kokonaan toisenlaisen ratkaisun tarjoaa luottamuksensuojaperiaatteen kiinnittäminen suhteellisuusperiaatteeseen.

⁴²⁷ Schwarz 2001, s. 190.

⁴²⁸ Preuß 1977, s. 313–319.

⁴²⁹ Preuß 1977, s. 265–277 ja 313–319.

⁴³⁰ Pieroth JZ 1990, s. 282.

⁴³¹ Fuhrmanns 2004, s. 31.

⁴³² Blanke 2000, s. 111–112.

⁴³³ Blanke 2000, s. 109 ss., Schwarz 2001, s. 145–216, Fuhrmanns 2004, s. 18 ss.

3.7.4 Suhteellisuusperiaatteen ja luottamuksensuojan rekursio

Luottamuksensuojan ja suhteellisuusperiaatteen keskinäinen yhteys *vallitsevasa* saksalaisessa doktriinissa ei ehkä ole niin rakenteellinen ja kiinteä, että saksalaisen luottamuksensuojadoktriinin tarkastelu edellyttäisi seikkaperäistä suhteellisuusperiaatteeseen kohdistuvaa itsenäistä tarkastelua. Kuten jäljempänä havaitaan, yhteys on kiinteimmillään luottamuksensuojadoktriinin reunamilla sijaitsevassa *Zumutbarkeit*-keskustelussa sekä *Schwarzin* ehkä vielä vakiintumattomaksi kuvattavissa olevassa kapeassa luottamuksensuojakonstruktiossa. Ilmeistä kuitenkin on, että ilman suhteellisuusperiaatteeseen kohdistuvaa tarkastelua kuva luottamuksensuojan normatiivisesta ympäristöstä jää vajanaiseksi: esimerkiksi suhteellisuusperiaate on olennaisesti muuttanut käsitystä siitä lainalaisuudesta, jota vastaan luottamuksensuojan katsotaan toisinaan asettuvan.

Edelleen voidaan ehkä hieman paradoksaalisesti viitata kanaalin toiselle puolelle: *common law*'n luottamuksensuojakeskustelua nimittäin leimaa varsin voimakas kiinnittyminen *saksalaiseen* suhteellisuusperiaatteeseen. Keskustelussa on kyse paitsi sen omaksumisesta englantilaiseen julkisoikeuteen yleensä, myös luottamuksensuojan ymmärtämisestä nimenomaan suhteellisuusperiaatteen avulla. Kuten jäljempänä huomataan, Englannin hallinto-oikeudelliseen keskusteluun sisältyy erittäin voimakas ”*made in Germany*”-suhteellisuusperiaatteen torjunta, minkä perustelut tulevat ymmärretyksi vain laajan suhteellisuusperiaatteen erittelyn avulla. *Common law*'n tarkastelu tältä osin edellyttää kuitenkin erityisesti suhteellisuusperiaatteen kritiikin ymmärtämistä sellaisena keskusteluna, joka määrittää suhteellisuusperiaatteen merkitystä oikeusjärjestyksen osana erityisesti rakenteistamassa hallinnon, hallinto-oikeuden ja politiikan suhteita.

3.7.4.1 Suhteellisuusperiaate *Rechtsstaat*-doktriinissa

Suhteellisuusperiaatteen saksalainen sovellutus (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) ulottaa juurensa 1800-luvun Preussin hallintolainkäyttöön, erityisesti edellä jo viitattuun oikeusvaltioidean hallintolainkäytön valtavirtaan introdusoineeseen *Kreuzberg*-tuomioon.⁴³⁴ Nykyisin sen oikeusdogmaattisena oikeusperustana pidetään toisen maailmansodan jälkeen säädettyä perustuslakia sekä *Rechtsstaat*-doktriinia. Sisältönsä se saa niitä konkretisoivasta varsin runsaasta oikeuskäytännöstä.

Luottamuksensuojan tavoin suhteellisuusperiaatteen valtiosääntöisen kiinnekohdan olemassaolosta vallitsee varsin suuri yksimielisyys.⁴³⁵ Sitä vastoin sen

⁴³⁴ PrOVGE 9, 353.

⁴³⁵ Maunz – Dürig 2009, art. 20 rn. 108.

tarkasta sijainnista ja sisällöstä vallitsee Saksan julkisoikeudessa sille tyypilliseen tapaan edelleenkin varsin suuri erimielisyys.⁴³⁶ sen oikeusperustana on katsottu toimivan esimerkiksi perusoikeusjärjestelmän kokonaisuuden, GG § 19:n viime kädessä sääntelemän perusoikeuksien ydinalueen koskemattomuuden suojan, GG § 3:n turvaaman yhdenvertaisuuden, GG § 1:ssä turvattujen ihmisarvon perustakeiden sekä *Rechtsstaat*-doktriinin. Suhteellisuusperiaatteen ja valtiosäännön – erityisesti perusoikeuksien – suhde on kuitenkin symbioottinen: sen sanotaan ”*setzt die Grundrechte voraus und diese ihn.*”⁴³⁷ Suhteellisuusperiaatteen oikeutusperusteista käytävän keskustelun rakenne vaikuttaa siis varsin yhtenevältä luottamuksensuojakeskustelun kanssa.

Suhteellisuusperiaate on – luottamuksensuojan tavoin – valtiosääntöisen kiinnekohdan olemassaolosta johtuen, ja ehkä myös sen tarkasta sijainnista vallitsevan erimielisyydenkin synnyttämän vilkkaan keskustelun johdosta Saksassa yleinen julkisoikeudellinen periaate, jonka soveltamisala kattaa periaatteessa kaiken julkisen toiminnan lain säätämisestä yksittäistapaukselliseen julkisen vallan käyttöön esimerkiksi poliisin antaman käskyn muodossa.

Valtiosääntöisen kiinnekohdan olemassaolosta ei voi tehdä samoja johtopäätöksiä kuin edellä luottamuksensuojan ja omaisuudensuojan välisestä yhteydestä käydyssä keskustelussa tehtiin perusoikeuksien yleistä oikeusperiaatetta kaventavasta soveltamisalasta. Vaikka esimerkiksi jo *Peter Lerche* piti suhteellisuusperiaatteen keskeisiä yleisiä oppeja toisen maailmansodan jälkeen kehitellessään periaatteen olennaisimpana sovellutuksena perusoikeusrajoitusten kontrolloimista,⁴³⁸ ei tämä olennaisuus ollut luonteeltaan ehdottomasti poissulkevaa. *Lerchen* suhteellisuusperiaate tuli toimeen myös ilman aineellisia perusoikeuksia.⁴³⁹ Lähtökohtana nykyisin onkin, että suhteellisuusperiaatteen soveltamisalaa ei voi oikeudellisesti rajata yksinomaan perusoikeuksien soveltamisalaan.⁴⁴⁰ Perusoikeusjärjestelmän aineellisen soveltamisalan ulkoinen suhteellisuusperiaate kiinnittyy *Rechtsstaat*-doktriinin tarjoamaan turvaan yksityisen oikeusasemalle⁴⁴¹, joskin GG §§ 1 ja § 2:n sisältämien yleisten, ihmisarvoon ja yleiseen vapauteen kiinnittyvien oikeuksien laaja soveltamisala kaventaa tällaisen perusoikeusjärjestelmän ulkopuolisen soveltamisalan käytännön mahdollisuuden ilmeisen vähäiseksi. Esimerkiksi perusoikeusjärjestelmästä johdetun suojeluvelvoitteen johdosta perusoikeuksien perusteella määräytyvästä soveltamisalasta ei voi aina-

⁴³⁶ Schlink 2001, s. 447.

⁴³⁷ Riechelmann 2005, s. 111.

⁴³⁸ Lerche 1961, s. 98.

⁴³⁹ Lerche 1961, s. 158–161.

⁴⁴⁰ Grabitz 1976, s. 88.

⁴⁴¹ Maunz – Dürig 2009, art. 20 rn. 108

kaan kategorisesti sulkea pois yksityisoikeuttakaan.⁴⁴² Näin myös *Masing* joutuu *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* oppeja kehitellessään toteamaan traditiionaalisen suhteellisuusperiaatteen olevan merkityksellisen käytännössä melkein jokaisen lainsäädäntöaktin, sekä erityisesti jokaisen lain toimeenpanoon liittyvän ratkaisun sisällöllisenä mittapuuna.⁴⁴³ Schlinkin sanoin: ”*Kompetenz sind im Verfassungstaat immer begrenzt*”.⁴⁴⁴

Suhteellisuusperiaatteen käytännössä keskeisintä soveltamisalaa on perinteisesti ollut kuitenkin *Juristische Methoden* keskiö, kansalaisen vapauksiin ja omaisuuteen tai nykyisen doktriinin mukaan yleisemminkin oikeusasemaan puuttuva julkisen vallan käyttö. Suhteellisuusperiaatteen sanotaankin usein olevan *Schranken-Schranke*⁴⁴⁵ tai yleisemmin *Rechtsstaatin* kantaman toimivallan ja vapauden asymmetrian konkretisoituma.⁴⁴⁶ Ilmaisu viittaa sen luonteeseen vapautteen kohdistuvan rajoituksen rajoituksena.⁴⁴⁷ Tästä johtuen siihen viitataan toisinaan myös sen sisältöä luonnehtivalla termillä *Übermaßverbot*, jonka keskeinen ajatus palautuu liiallisen puuttumisen kielloksi. Periaatteen soveltamisen merkitys vapausoikeuksien rajoitusten asemesta esimerkiksi etuja jakavaan lainsäädäntöön⁴⁴⁸ tai palveluita suorittavaan hallintotoimeen⁴⁴⁹ on tunnustettu, mutta edelleen vilkkaan oikeustieteellisen keskustelun kohteena.

Tässä yhteydessä ei eritellä suhteellisuusperiaatteen ympärillä käytävän keskustelun omaksumia moninaisia terminologisia ratkaisuja. Riittää, kun todetaan *Übermaßverbotin* nykyisin samastuvan *Verhältnismäßigkeit*-termiin. Vaikka periaatteen sisältö on jo varsin vakiintunut, sitä koskevan keskustelun seuraajan on kuitenkin syytä olla tietoinen huomattavasta terminologisesta horjuvuudesta⁴⁵⁰, joka ulottuu myös sen osatesteihin. Tutkimuksessa omaksumaan terminologia sellaisena kuin se ilmenee nykypäivän oikeuskirjallisuudessa vakiintuneista sitoumuksista.

Nykyisin olennaisena osana *Rechtsstaat*-doktriinia valtiosääntöiseksi oikeusjärjestyksen perusperiaatteeksi usein käsitetyn⁴⁵¹ suhteellisuusperiaatteen historialliset juuret sijaitsevat hallinto-oikeudessa, ja se koostui alun perin päämäärien ja niitä toteuttavien keinojen välisestä punninnasta (*Zweck-Mittel-Relation*). Peri-

⁴⁴² Schmidt-Bleibtreu – Hoffman – Hopfauf 2008, s. 72.

⁴⁴³ Masing 2006, s. 465.

⁴⁴⁴ Schlink 2001, s. 448.

⁴⁴⁵ Leisner HStR 2010, § 173 rn. 161.

⁴⁴⁶ Masing 2006, s. 465.

⁴⁴⁷ Ks. esim. Raue 2006, s. 80.

⁴⁴⁸ Von Arnald 2000, s. 280.

⁴⁴⁹ Erichsen – Ehlers 2006, s. 212.

⁴⁵⁰ Kattavasti ks. esim. Emiliou 1996, s. 24 ss.

⁴⁵¹ Schmidt-Aßmann HStR 2006, § 26 rn. 87.

aatteen valtiosääntöistyminen kuitenkin laajensi sen soveltamisalaa ja sisältöä. Suhteellisuusperiaate haki muotoaan valtiosääntöisissä diskursseissa verraten pitkään; esimerkiksi Lerche liitti perinteiseen suhteellisuusperiaatteeseen lievimmän keinon valitsemista edellyttävän välttämättömyysvaatimuksen (*Erfordlichkeit*), jotka yhdessä muodostivat valtiosääntöisen suhteellisuusperiaatteen (*Übermaßverbot*). Lerchen oppi ei kuitenkaan vielä sisäistänyt suhteellisuusperiaatteen vakiintuneeksi osaksi nykyisin katsottavaa asianmukaisuus- tai soveltuvuusvaatimusta (*Geeignetheit*). Sen käsittäminen *Übermaßverbotin* osaksi oli Lerchen mukaan väärinkäsitys, sillä siinä oli kysymys kausaliteetista, ei suhteellisuusvaatimuksen tarkoittamasta vertailtavuudesta.⁴⁵²

Suhteellisuusperiaate valtiosääntöistyi myös hallinto-oikeuden sisällä. Sille konstruoitu *Verfassungsrang* ei siis merkinnyt sen katoamista hallinto-oikeuden konkreeteista soveltamiskonteksteista. Pikemminkin päinvastoin; vaikka esimerkiksi Forsthoff suhtautui vielä *Lehrbuchin* 10. painoksessa kriittisesti sen mukanaan tuomaan epäselvyyteen, ei hänkään kiistänyt sen velvoittavuutta ja merkitystä, vaan pyrki antamaan sille hallinnon toimintaa määrittävien lakivarausten kanssa yhteensopivan sisällön.⁴⁵³

Nykyisin suhteellisuusperiaate on vakiintunut koko julkisoikeuteen, ja sitä luonnehditaan yleensä sen keskeiseen ja systematisoivaan asemaan viittaavin termein. Kuitenkin, kuten jo oikeusvaltiokeskustelusta edellä havaittiin ja kuten esimerkiksi *Sobotan* rekonstruoima lista⁴⁵⁴ 142:sta *Rechtsstaatin* keskeiseksi katsotusta osasta osoittaa, jäävät oikeudellisten instituutioiden perustavanlaatuisuutta tai olennaisuutta korostavat ilmaisut yleensä informaatioarvoltaan varsin vähäisiksi. Suhteellisuusperiaatteen keskeinen asema *Rechtsstaatin* julkisoikeudessa tuleekin parhaiten ymmärretyksi jäljempänä tarkastelun kohteeksi tulevan, suhteellisuusperiaatteeseen kohdistettavan kritiikin valossa.

3.7.4.2 Suhteellisuusperiaatteen ilmiäsu

Suhteellisuusperiaatteen oikeusdogmaattiseksi ilmiäsuksi on nykypäivänä vakiintunut kolmiosainen testi, jonka tarkempi sisältö vaihtelee soveltamiskontekstin mukaan. Perusrakenteeltaan kyse on prosessista, jossa valitun toimen yhteensovittavuutta suhteellisuusperiaatteen kanssa arvioidaan ottaen kiintopisteeksi toimen tarkoitus. Vaikka jotkut kirjoittajat laskevat myös toimen tarkoituksen sellaisenaan eli sen hyväksyttävyyden kuuluvan myös suhteellisuusperiaatteen

⁴⁵² Lerche 1961, s. 1–2.

⁴⁵³ Forsthoff 1973, s. 71.

⁴⁵⁴ Sobota 1997, s. 254–256.

alaan⁴⁵⁵, lienee vallitseva kanta, että tarkoituksen legitimiys ei kuitenkaan sellaisenaan ole suhteellisuusperiaatteen kohteena. Kysymys on kuitenkin lähinnä terminologinen: toimen tarkoituksen legitimiys tulee kuitenkin ratkaistavaksi eräänlaisena suhteellisuusperiaatteen esitestinä sekä lainsäädäntötoimen että lainsoveltamisratkaisun arvioinnissa. Demokratiaperiaatteesta johtuen lainsäätäjän liikkumavara tarkoituksen määrittelyssä on lakiin ja sen tarkoitukseen positiivisesti sidottua hallintoa huomattavasti laajempi ja vain negatiivisesti lähinnä perusoikeussäännösten rajoittamaa.⁴⁵⁶

Testin ensimmäisessä vaiheessa kysytään, onko arvion kohteena oleva rajoitus asianmukainen (*Geeignetheit*). Tämä voi tarkoittaa esimerkiksi vapausoikeuden rajoituksen kohdalla sitä, että perusoikeutta rajoittavan lainsäädännön täytyy olla ainakin teoriassa soveltuva perusoikeusrajoituksen legitimiin päämäärän saavuttamiseen. Vastaavasti hallintotoimen asianmukaisuus määrittyy kysymykseksi siitä, voidaanko toimella saavuttaa sen perusteluiksi mainittu päämäärä. Testin toinen osa, välttämättömyysvaatimus (*Erforderlichkeit*) on luonteeltaan relatiivinen: välttämättömyysvaatimus edellyttää käytettäväksi julkisen vallan käytössä olevan keinovalikoiman vähiten oikeussuhteen yksityisen oikeuksiin tai vapauspiiriin puuttuvaa keinoa. Kolmas testi, oikeasuhtaisuuden vaatimus eli suhteellisuusvaatimus suppeassa merkityksessä (*Proportionality stricto sensu*) edellyttää, että valittu toimi ei ole epäsuhteessa sen päämääriin esimerkiksi kohtuuttomasti yksityistä rasittavana hallintotoimena.⁴⁵⁷ Tämä viimeinen osatesti saa kuitenkin erityisesti valtiosääntöoikeudellisessa kontekstissa, *Robert Alexyn* kehitelemän rakenteellisen perusoikeus-oikeusteorian puitteissa huomattavasti laajemman sisällön oikeuksien keskinäisenä punnintana.⁴⁵⁸ Muiden ohella *Michael Jacobs* on huomauttanut, että tämä merkitsee asiallisesti sitä, että suhteellisuusperiaatteessa ei lopultakaan ole kysymys *Zweck-Mittel*-arviosta, vaan eri oikeushyvien välisestä punninnasta.⁴⁵⁹

Sivuhuomautuksena ja taustoituksena tulevalle saksalaisen luottamuksensuojadoktriinin ja EU-oikeuden väliselle konfliktille on tässä syytä todeta, että *Rechtstaatin* tapa järjestää julkisen vallan käytön päämäärien ja yksityisen välinen suhde on omaksuttu ainakin julkislausutuilta lähtökohdiltaan myös EU-oikeudessa. EU-oikeuden suhteellisuusperiaate ei nimittäin olennaisesti eroa saksalaisesta esikuvastaan, vaikka varsin vilkasta keskustelua on kuitenkin herättänyt kysymys siitä, kuuluuko EU-oikeuden suhteellisuusperiaatteen tuomioistuinkäytännön valossa kaikki kolme saksalaista elementtiä eril-

⁴⁵⁵ Maunz – Dürig 2009, art. 20 rn. 111.

⁴⁵⁶ Schlink 2001, s. 450.

⁴⁵⁷ Ks. esim. Maurer 2009, s. 250–251, Sobota 1997, s. 243–244.

⁴⁵⁸ Alexy 1986, s. 146.

⁴⁵⁹ Jacobs 1985, s. 97 ss.

lisiinä, erilaisina kombinaatioina vaiko vain osa niistä.⁴⁶⁰ Suhteellisuusperiaatteen on EU-oikeudessa katsottu olevan saksalaiseen tapaan oikeusvaltiollista alkuperääjatällaisena johdettavissamyösjäsenvaltioidenoikeusjärjestyksistä⁴⁶¹, mutta myös välittömästi primäärilainsäädäntöön perustuvana muista EU-oikeuden yleisistä periaatteista keskeisemmässä asemassa.⁴⁶² EU-oikeuden suhteellisuusperiaate ilmentää sen luonteesta yleisenä julkisoikeudellisena periaatteena seuraavaa soveltamisasetelmien monitasoisuutta. Se soveltuu niin jäsenvaltion kuin yhteisön toimen arviointiin, ja sen soveltamisalalle kuuluu lainsäädäntö- ja toimeenpanovallan käyttö.⁴⁶³

Julkisen vallan käytön päämäärien ja suhteellisuusperiaatteen välillä on EU-oikeudessa kiinteä linkki. Tämä ei ole sen saksalaistyyppinen perusrakenne huomioonottaen mitenkään yllättävää. Suhteellisuusperiaate ei monitasoisen soveltamisalan omaavana normina kuitenkaan omaa vakioitua, kaikille tasoille soveltuva sisältöä ja intensiteettiä julkisen vallan päämäärien toteuttamisen arviointiin, vaan sen tarkempi sisältö ja soveltamisen intensiteetti riippuvat olennaisesti organisatorisesta ja aineellisesta soveltamiskontekstista.⁴⁶⁴

Suhteellisuusperiaatteen katsotaan yleensä saavan merkitystä EU-oikeudessa kolmella eri tasolla. Ensinnäkin se kontrolloi unionin toimielimen toimen laillisuutta. Silloin kun arvioitavana on lainsäädäntövallan käytön suhteellisuus, asetelmaa modifioivat kuitenkin jossain määrin lainsäätäjien erilaiset kompetenssiperustat. Saksalaisen suhteellisuusarvion kohteena on ainakin lähtökohtaisen kompetenssikompetenssin ja tästä seuraavan laajan harkintavallan omaava lainsäätävä, kun taas EU-tuomioistuimen tekemän suhteellisuusarvion kohteena on lähtökohtaisesti joko rajoitetun erityistoimivallan rajoissa toimiva EU:n toimielin tai yhteisöoikeuden etusijaan sidottu kansallinen lainsäätävä. Erilaisista asetelmista huolimatta lähtökohtana kuitenkin on laaja lainsäätäjän harkintavalta.⁴⁶⁵ Lainsäädäntöä pidetään suhteellisuusperiaatteen vastaisena vain, mikäli se on ”*manifestly disproportionate*”.⁴⁶⁶ Toiseksi se kontrolloi jäsenvaltion toimen yhteensopivuutta unionin oikeuden kanssa. Kolmanneksi se sääntelee unionin lainsäädäntövallan käyttöä.⁴⁶⁷ Kolmannen funktion johdannaisena sen on katsottu olevan myös EU-oikeuden yleinen tulkintaperiaate.⁴⁶⁸

Saksassa suhteellisuusperiaate on objektiivisena oikeutena osa valtiosääntötuomioistuimen hyödyntämää perustuslainmukaista tulkintamallia (*”verfassungskonformen Auslegung des Gesetzes”*). Se toimii kuitenkin myös *verfassungs-*

⁴⁶⁰ Ks. esim. Kischel 2000, s. 383 ss.

⁴⁶¹ Schwarze 2005, s. 694–697.

⁴⁶² Jans et al. 2007, s. 146.

⁴⁶³ Tridimas 1999, s. 66.

⁴⁶⁴ Craig 2008, s. 657–658.

⁴⁶⁵ Kischel 2000, s. 392–393.

⁴⁶⁶ Ks. esim. C-331/88, Fedesa, ECR 1990, I-4023.

⁴⁶⁷ Tridimas 2006, s. 137.

⁴⁶⁸ Schwarze 2005, s. LXXVI–LXXVII.

orienterte Auslegung -merkityksessä valtiosääntötuomioistuimen kontrollin ulkopuolella lainsäädännön tulkintaperiaatteena⁴⁶⁹ ja tästä johtuen myös harkintavallan rajoitusperiaatteena.⁴⁷⁰ Osana tällaista tulkintamallia vakiintunut vaatimus perusoikeusrajoituksen suppeasta tulkinnasta on yleensä palautettu suhteellisuuseriaatteen.⁴⁷¹ Vapausoikeuksien soveltamisalalla suhteellisuuseriaate osana perustuslain tuottamaa objektiivisoikeudellista normistoa edellyttää vapautta tulkittavan pääsäännöksi, johon kohdistuvia rajoituksia on sovellettava suhteellisuuseriaatteen tarkoittamina rajoituksina, poikkeuksina pääsääntöön.⁴⁷² Näin esimerkiksi Lerchen *Übermaßverbot* rakentui ajatukselle normin – *normalliteetin* – puolustamiselle siitä poikkeavia ratkaisuja kohtaan.⁴⁷³ Tämä lähtökohta on nykyäänkin osa doktriinia, ja esimerkiksi von Arnauldille edelleen suhteellisuuseriaatteen viimekätinen oikeutusperusta.⁴⁷⁴ Tällaisen lähtökohdan vallitessa suhteellisuuseriaatteen *Schranken-Schranken*-funktion voidaan katsoa olevan mielekäs riippumatta siitä, konstruoidaanko vapausoikeuksien oikeutusperusteet liberaalin oikeusvaltion tarkoittamaksi oikeusjärjestyksen residuaaliksi tai hyvinvointivaltiollisen mallin oikeusjärjestyksen konstituoina vapauksina.

Suhteellisuuseriaatteen osatestien tarkoituksena on osana tällaista *pääsääntö-poikkeus*-mallia muun ohella varmistaa, että poikkeuksena kohdeltavasta perusoikeusrajoituksesta ei muodostu pääsääntöä, mikä johtaisi perusoikeussuojan aineelliseen tyhjenemiseen.⁴⁷⁵ *Pääsääntö-poikkeus*-logiikan varaan rakennettu suhteellisuuseriaate ei kuitenkaan sekään pelkisty muodolliseen poikkeusten suppeaa tulkintaa painottavaan *singularia non sunt extendenda* -päättelyyn.⁴⁷⁶ Suhteellisuuseriaatetta sekä dikotomisena laillisuusmittarina että yleisenä tulkintaperiaatteena luonnehtii sen sisään rakennettu punnintalogiikka, jossa vastakkain asetetaan julkisen vallan päämäärät ja näiden päämäärien toteuttamiseen tarkoitetun keinon aiheuttama haitta yksityisen vapauspiirille.⁴⁷⁷

Dogmaattiselle ilmiölle vastakkaista ajatuskulkua on kehitellyt *Sobota*, jonka habilitaatioväitöskirjassaan *Das Prinzip Rechtsstaat* pyrkii osoittamaan, miten nykyinen oikeussuhteen käsitteen varaan rakentuva julkisoikeudellinen ja oikeusvaltiollinen ymmärrys pakottaa irrottamaan suhteellisuuseriaatteen kaipausta *Zweck-Mittel*-relaation arvioinnista kohti oikeussuhteen kokonaisvaltaisen suhteellisuuden arviointia tässä tarkoituksella kääntämättä jäävän käsitteen

⁴⁶⁹ Koch 2003, s. 512, Sachs 2003, s. 147–148.

⁴⁷⁰ Maurer 2009, s. 142.

⁴⁷¹ Sachs 2003, s. 305.

⁴⁷² Vranes 2009, s. 12–13.

⁴⁷³ Lerche 1961, s. 21.

⁴⁷⁴ Von Arnould 2000, s. 278–279.

⁴⁷⁵ Sachs 2003, s. 147–148.

⁴⁷⁶ Stelzer 1991, s. 209.

⁴⁷⁷ Jakobs 1985, s. 97.

Verhältnisgerechtigkeit avulla.⁴⁷⁸ Lerchen *normaliteetti* rakenteistuu Sobotan konstruktiossa uudelleen sen jo Lerchenkin tunnustaman negaation kautta: käsitteen (*un*)*angemessenheit* avulla saadaan suhteellisuusperiaatteeseen rakennettua sisälle itsenäinen, *Zweck-Mittel*-relaatiosta irtoava absoluuttinen sisältö.

Sobotan konstruktio on innovatiivinen, mutta ei toki mikään mullistava uutuus. Vaikka *Rechtsstaatin* positiiviseen oikeuteen kiinnittyvät vallanjaolliset näkökohdat asettavat tällaisen itsenäisen oikeudenmukaisuusvaateen pikemminkin esimerkiksi siitä, miten suhteellisuusperiaatteen sisältämän punninnan pakotettu yksittäistapauksellisuus on ristiriidassa *Rechtsstaat*-konstruktion kanssa,⁴⁷⁹ ei jo perustuslain tekstin *Gesetz und Recht* -muotoilu huomioon ottaen tällainen yksilöllistä oikeudenmukaisuutta painottava näkökulma ole *Rechtsstaatin* opeissa välttämättä sittenkään anomalia.

Nimenomaan suhteellisuusperiaatetta koskevana kehittelynä Sobotan itsenäisesti, vain muutaman valtiosääntötuomioistuimen tuomion varaan rakentama ajatus ei kuitenkaan realisoitunut ainakaan vallitsevaksi doktriiniksi. Sen sitoumuksilla on kuitenkin yhteyksiä esimerkiksi *Kirchhofin* tekemälle kytkennälle suhteellisuusvaatimuksen ja rationaalisuus- ja asianmukaisuusvaatimukseksi (*Sachgerechtigkeit einer Entscheidung*) palautuvan mielivallan kiellon välillä.⁴⁸⁰ Suhteellisuusperiaate perinteisessä kolmiosisessa, *Zweck-Mittel*-relaation arvioinniksi ajatellussa testissä sisältää kuitenkin vähintään *de facto* pakotetusti sen viimeisen osatestin sisältämänä yksin keinojen arvioinnista irtoavaa tavoitteiden tai oikeushyvien punnintaa (*Güterabwägung*). Kuten jäljempänä soveltamisedellytysten tarkastelun yhteydessä havaitaan, myös luottamuksensuojan soveltaminen palautuu viime vaiheessa tällaiseksi punnintaoperaatioksi. Luottamuksensuojadoktriinin kannalta keskeiseksi muodostuu kysymys tämän punninnan legitimitetistä ja toimintalogiikasta. Onko tällaisen punninnan olemassaolo perusteltavissa? Saavatko luottamuksen suojaamista puoltavat näkökohdat doktriinissa samanlaisen *prima facie* -painoarvon kuin julkisen vallan käyttöä puolustavat näkökohdat?

3.7.4.3 Suhteellisuusperiaatteen kritiikki

Saksalaisen suhteellisuusperiaatteen valtiosääntöiseksi vakiintunut sisältö tuntuu viittaavan suhteellisuusperiaattele annettavaan merkitykseen, joka eroaa perustavanlaatuisella tavalla esimerkiksi sen suomalaisesta, verrattain kapeasta ja ohuesta sovellutuksesta. On nimittäin niin, että suhteellisuusperiaate omaa ra-

⁴⁷⁸ Sobota 1997, s. 245–246.

⁴⁷⁹ Ks. esim. Leisner 1997, s. 638.

⁴⁸⁰ Kirchhof HStR 2010, § 181 rn. 191–208.

kenteelliset ja kiinteät yhteydet oikeuksien ympärillä käytävään keskusteluun, puhutaanpa oikeuksista sellaisinaan tai esimerkiksi niiden merkityksestä oikeudellisissa käytännöissä. Edellä jo viitattu erityisesti Hickmanin nimeen liitetty ajatus suhteellisuusperiaatetta koskevan diskurssin luonteesta mihinkään tiettyyn oikeusjärjestykseen sitoutumattomana julkisoikeudellisena diskurssina⁴⁸¹ saa tästä rakenteellisesta yhteydestä selityksensä. Niinpä tätä kritiikkiä ei tässäkään sidota yksin saksalaiseen doktriiniin, vaan sitä käsitellään laajempänä kysymyksenä. Esimerkiksi *Jeff A. King* pitää suhteellisuusperiaatetta institutionaalisenä vastauksena dilemmaan, joka koskee kysymystä julkisoikeudellisen lainkäytön intensiteetistä: ”*how strictly they [judges] should scrutinize government or legislative action?*”⁴⁸² Voitaisiinkin ehkä jopa väittää, että kaikkein keskeisin oikeuksia ja niiden luonnetta koskeva yleinen keskustelu kiinnittyy nykyisin suhteellisuusperiaatteeseen ja oikeudelliseen punnintaan: kyse on siitä, kuka ja millä edellytyksillä on toimivaltainen päättämään oikeuksien sisällöstä ja rajoitettavuudesta.

Suhteellisuusperiaatteen keskeiseen asemaan ja vahvuuteen nähden on ehkä hieman yllättävää, että suhteellisuusperiaate sai esimerkiksi *Rechtsstaatin* piirissä elää ja valtiosääntöistyä vuosikymmeniä vailla merkittävää kritiikkiä. *Ossenbühl*illa oli vielä vuonna 1993 muotoillessaan sellaista kritiikkiä *Lerchen* juhla-kirjassa otsikon ”*Maßhalten mit dem Übermaßverbot*” alla syytä todeta suhteellisuusperiaatteen kriitikkojen joukon olevan varsin vähäinen – ja kritiikinkin samastuvan lähinnä huomioiden tekemiseen.⁴⁸³

Sittenmin oikeustiede on herännyt Ruususen unestaan, ja suhteellisuusperiaate on noussut kiivaan kritiikin kohteeksi niin *Rechtsstaatin* piirissä kuin muualakin. Kritiikki voidaan pääpiirteissään jakaa kahtia sen mukaan, katsooko kritiikki suhteellisuusperiaatteen johtavan oikeuksien ja/tai oikeuden aseman ylivai alikorostumiseen. Kritiikki rakentuu tältä osin olennaisesti oikeuksien ympärillä käytävään yleisempään keskusteluun. Tässä ei ole kuitenkaan mahdollisuutta seikkaperäisesti eritellä sitä: aiheen tarkastelun kannalta on riittävää identifioida suhteellisuusperiaatteen ja oikeuksista käydyin keskustelun leikkauspisteet.

Oikeuksien ylikorostumiskritiikin mukaan kokonaisvaltaisesti julkisoikeutta rakenteistavan suhteellisuusperiaatteen mukanaan kantama punninta relativoi *Rechtsstaatin* perusrakenteet oikeusvaltiosta punnintavaltioksi (*Abwägungsstaat*).⁴⁸⁴ Suhteellisuusperiaatteeseen ja punnintajuridiikkaan johdonmukaisen kriittisesti suhtautuvan *Schlinkin* väitteen mukaan *Rechtsstaatin* perusteita mää-

⁴⁸¹ Hickman 2007, s. 31.

⁴⁸² King 2008, s. 409–410 ja 427.

⁴⁸³ Ossenbühl 1993, s. 156.

⁴⁸⁴ Ks. esim. Leisner 1997, s. 638.

rittävän lakivaruksen – *Vorbehalt des Gesetzes* – voikin nykyisin täydentää suhteellisuusperiaatteella: ”*vorbehalt des Verhältnismäßigen Gesetzes*”.⁴⁸⁵ Kriitikissä on keskeisiltä osin kyse siitä muutoksesta, jonka kontekstina toimii oikeuspositivismi ja formalismin murros kohti aineellista argumentaatiota. Suhteellisuusperiaate on tässä mielessä rakenne, jolla yleisemmät valtiosääntöiset vaatimukset – perusoikeudet mukaan lukien – konkretisoidaan yksittäistapaukseen.⁴⁸⁶

Keskustelu rakentuu tältä osin edelleen olennaisesti sen suhteellisuusperiaatteen roolia verrattain perustavanlaatuisena pitävän ymmärryksen varaan, jonka *Robert Alexy* on esittänyt jo 1980-luvulla oikeuksista oikeusperiaatteina, oikeusperiaatteista optimimointikäskyinä ja optimoinnista suhteellisuusperiaatteen rakenteistamana punnintana.⁴⁸⁷ Voidaan myös viitata *David M. Beatty*n esittämään ajatukseen, jonka mukaan suhteellisuusperiaate on se periaate, jolla konstituutiot pelastavat eheytensä: konstituutio vailla oikeuksien keskinäisten konfliktien ratkaisumekanismeja ei ole mielekäs rakenne.⁴⁸⁸

Oikeuksien merkitystä korostavan oikeusajattelun piirissä on esitetty kokonaan toisenlaisiakin näkemyksiä: on esitetty, että suhteellisuusperiaate johtaa väistämättä oikeuksien käsitteelliseen kovertumiseen politiikan hyväksi. Tätä oikeuksien relativoitumiskeskustelua on käyty erityisesti Englannin *common law*’n piirissä, jossa uhkana on nähty, että suhteellisuusperiaate tuo mukanaan *common law*’n oikeusajattelulle vieraat ajatukset oikeuksien ja muiden intressien erottamattomuudesta, jonka seurauksena julkisen vallan päämäärät rajoittavat tuomioistuinten mahdollisuuksia oikeuksien ylläpitoon.⁴⁸⁹ Tällainen oikeuksien alikorostumiskritiikki painottaa sitä, että suhteellisuusperiaatteen taustalle asetettava oikeudellinen punnintalogiikka alentaa oikeudet julkisen vallan päämäärien tasolle yhdenvertaisiksi normeiksi. Kritiikin mukaan suhteellisuusperiaate asettaa vastakkain punninta-asetelmaan erimitalliset instituutiot: oikeudet ja julkisen intressin.⁴⁹⁰ Näin punninta johtaa lopulta oikeudelliseen argumentointiin, jossa oikeuksiin perinteisesti liitetyt määreet kuten ”oikea” ja ”väärä” korvautuvat julkisen vallan päämäärien retoriikalla. Oikeuksien sisällön asemesta puhutaan riittävyydestä, harkinnasta, välttämättömyydestä.⁴⁹¹

Muiden ohella *Mattias Kumm* viittaa siihen, että tällainen punninta tyhjentää oikeuksien käsitteen *oikeuksien haltijalle* mielekkäästä sisällöstä: oikeudet ovat

⁴⁸⁵ Schlink 2001, s. 445.

⁴⁸⁶ Schmidt-Aßmann HStR 2006, § 26 rn. 87.

⁴⁸⁷ Alexy 1986.

⁴⁸⁸ Beatty 2004, s. 163.

⁴⁸⁹ Rivers 2006, s. 179.

⁴⁹⁰ Tsakyrakis 2009, s. 475 ss.

⁴⁹¹ Tsakyrakis 2009, s. 475 ss.

olemassa Alexyn tarkoittamaan tapaan vain *prima facie* -oikeuksina.⁴⁹² Beatty jäsentää saman kysymyksen hieman toisin. Beattyn mukaan oikeuksia koskeviin kysymyksiin ei ole universaaleja, *a priori* vastauksia: tiedämme vastaukset oikeuksien alaa ja sisältöä koskeviin kysymyksiin vasta suhteellisuuseriaatteen soveltamisen jälkeen.⁴⁹³ Toisaalta myös Kumm huomauttaa, että muut tavat jäsentää oikeuksien ja vallankäytön suhde eivät välttämättä ole sen hedelmällisempiä. Esimerkiksi optimoinnille vaihtoehtoinen rakenteellinen teoria, Dworkinin nimeen liitetty ajatus oikeuksista valttikortteina eli absoluuttisina, rajoittamattomina oikeuksina jättää lopulta oikeuksien aineellisen alan minimiin.⁴⁹⁴ Näin arvioituna kyse on valinnasta *Innen-* ja *Außentheorien* välillä.⁴⁹⁵

Sekä ylikorostumis- että alikorostumiskritiikkiä yhdistää ajatus, jonka mukaan punninta tapahtuu välttämättä mielivaltaisin perustein tai *de facto* nojautuvan esimerkiksi päätöksentekijän omaksumiin ennakkollisiin moraalikäsitteisiin, joiden toimeenpanoon punninta sovitetaan. Tähän nähden on esimerkiksi punnintajuridiikan *Rechtsstaat*-doktriinille aiheuttamia vaaroja systemaattisesti korostavan Leisnerin mukaan varsin paradoksaalista, että nimenomaan tällaiseen punnintaan liitetään retorisella tasolla argumentaation oikeudellisuutta ja tämän oikeudellisuuden laatua korostavia ilmauksia: "[w]er abwägt, ist ganz einfach ein guter Jurist".⁴⁹⁶

Punninnan yksittäistapauksellisuus, sen edellyttämä yksittäisen tapauksen faktoihin kiinnittyvä päätösheurististiikka ja näistä kumpuava lainkäytön ennakoitavuuden katoaminen saa Leisnerin huomauttamaan laajan soveltamisalan omaavan suhteellisuusvaatimuksen johtavan *Rechtsstaat*-doktriinista *poikkeaviin* tapoihin järjestää julkisen vallankäytön kontrolli. Siinä missä Leisner pitää *Rechtsstaatin* keskeisenä ideana oikeuden valtaa ihmisten vallan asemesta, palauttaa punninnan yksittäistapauksellisuus ja siihen sisältyvä mielivallan vaara valtiollisen vallankäytön kontrollin punnintavaltioksi (*Abwägungsstaat*).⁴⁹⁷ Samaa suuntaa viittaavat Schlinkin johdonmukaisesti osoittamat, suhteellisuuseriaatteen mukanaan tuomat uhat lainsäätäjän harkintavallalle: suhteellisuuseriaate oikeusjärjestystä kokonaisvaltaisesti rakenteistavana perusoikeusjärjestelmän osana kutistaa lainsäätäjän poliittisen harkintavallan minimiin.⁴⁹⁸ Viime kädessä voidaan puhua uudesta totaliteetista tai Böckenförden tavoin tuomari-

⁴⁹² Kumm 2004, s. 528.

⁴⁹³ Beatty 2004, s. 172.

⁴⁹⁴ Kumm 2004, s. 592.

⁴⁹⁵ Ks. edellä luku 2.3.

⁴⁹⁶ Leisner 1997, s. 638.

⁴⁹⁷ Leisner 1997, s. 639–640.

⁴⁹⁸ Schlink 2001, s. 461 ss.

valtiosta, jossa politiikan ja demokratian on korvannut tuomarin punnintavalta.⁴⁹⁹ Suhteellisuusperiaatetta koskeva kritiikki palautuu tässä merkityksessä siihen samaan konfliktiin, joka jo tutkimuksen alussa osoitettiin myös luottamuksen-suojan taustalle muodollisen oikeusvarmuuden ja yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuuden väliseksi perusristiriidaksi⁵⁰⁰, joka ei ole abstraktilla tasolla ratkaistavissa.⁵⁰¹

Kritiikkiä ei käy kevein perustein sivuuttaminen. Esimerkiksi Alexy on vastannut kritiikkiin esittämällä suhteellisuusperiaatteen ja sen soveltamiskäytännön jäsentävän ja rakenteistavan oikeudellista punnintaa siinä määrin, että miellivallasta ei ole mielekästä puhua.⁵⁰² Keskustelu näiltä osin siis jatkuu edelleen; tämän tutkimuksen kannalta keskeiset huomiot on jo tehty: suhteellisuusperiaatteen kohdistuva, oikeuksien yli- tai alikorostamiskritiikki paljastaa tämän esityksen kannalta kenties olennaisimman osan. Oikeuksia ja niiden sisältöä koskeva yleinen keskustelu on länsimaisissa oikeusvaltioissa rakenteellisesti sidoksissa suhteellisuusperiaatteen ja sen sisälle rakennettavaan oikeudelliseen punnintaan. Tämä näkökohta osoittautuu jäljempänä välttämättömäksi ensi sijassa *common law*'n luottamuksensuojakeskustelun perusteiden ymmärtämiseksi. Merkityksetön se ei kuitenkaan ole *Rechtsstaatin* luottamuksensuojallekaan, joskin saksalainen luottamuksensuojadoktriini on jo siinä määrin rakenteistunut oikeudet ja niiden keskinäisen punninnan sisäistäneeseen julkisoikeuteen, että luottamuksensuojadoktriinin perusteiden ymmärtäminen ei välttämättä edellytä suhteellisuusperiaatteen ja oikeuksien keskinäisen suhteen tarkastelua sen yhteydessä. Tällainen keskustelu ei ole kuitenkaan *Rechtsstaatin* luottamuksensuojadoktriinin piirissä merkityksetöntä, mutta merkitys konkretisoituu yleensä jäljempänä tarkasteluun tulevana soveltamisvaiheen kysymyksenä julkisen intressin ja yksityisen luottamuksen välisestä punninnasta.

Luottamuksensuojadoktriinin kannalta merkitystä on myös sillä, että oikeudellinen punninta ei mainitusta suhteellisuusperiaatteen ja oikeudet yhteen kytkevästä näkökulmasta huolimatta kokonaan redusoidu suhteellisuusperiaatteen: kuten esimerkiksi amerikkalainen, mannermaisten linkkien osalta lähinnä saksalaiselle *strukturoidulle* suhteellisuusperiaatelle vihamieliselle *Freirecht*-koululle historialliset juurensa omaava *balancing*-konstruktio osoittaa, on punninta mahdollista vailla strukturoimatonta rakennettakin.⁵⁰³ Tällaiseen punninnan käsitteeseen sisältyy mahdollisuus toisen punnittavana olevan oikeuden rajoitukseen konstitutiivisella tavalla. Rakenteistuneen suhteellisuusperiaatteen

⁴⁹⁹ Böckenförde 1991, s. 191.

⁵⁰⁰ Schmidt-Aßmann HStR 2006, § 26 rn. 81.

⁵⁰¹ Schmidt-Aßmann HStR 2006, § 26 rn. 92.

⁵⁰² Alexy 2003, s. 135–140.

⁵⁰³ Cohen-Eliya – Porat 2010, s. 284.

sisällä oikeuden rajoituksen konstitutiivinen puoli punninnasta kuitenkin ulkoistuu muiden oikeudellisten instituutioiden kannettavaksi tavalla, joka osoittaa suhteellisuusperiaatteelle uuden totaliteetin rakentamista rajatun merkityksen. Puhutaan suhteellisuusperiaatteen asymmetriasta.

3.7.4.4 Suhteellisuusperiaate: asymmetria vai symmetria?

Alexylle suhteellisuusperiaate on *Rechtsstaatin* valtavirran mukaisesti vapausoikeuksien asymmetrinen *Schranken-Schranke*.⁵⁰⁴ Suhteellisuusperiaatteen sisältöä voidaan kuitenkin ainakin periaatteessa jäsentää kahdella vastakkaisella tavalla: symmetrisellä ja asymmetrisellä, joista symmetrinen saattaa positiivisesti konstituoida oikeusperusteen julkisen vallan käyttöön, kun taas asymmetrinen ainoastaan rajaa julkisen vallan käyttöä.

Asymmetrinen suhteellisuusperiaate on kiinteässä kytköksessä oikeutusperusteisiin. Suhteellisuusperiaate tässä *Übermaßverbot*-merkityksessä kytkee yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuusajattelun ja julkisen vallan käyttöä sisällöllisesti rajoittavan tasapainotuksen julkisen vallan käytön perustelutaakkaan.⁵⁰⁵ Asymmetria konkretisoituu sen soveltamiseen julkisen vallan käyttöä rajoittavana oikeusperiaatteena: vaikka suhteellisuusperiaatteeseen sisältyvistä komponenteista jotkut voisivat muotoilunsa puolesta perustella esimerkiksi ankaraakin voimankäyttöä, ei suhteellisuusperiaatteen oikeutusperusta mahdollista sille tällaista konstituovaa funktiota. Esimerkkinä voidaan mainita (symmetrisenkin) suhteellisuusperiaatteen keskeiseksi osaksi vakiintuneesti mielletty vaatimus kohtuullisesta tasapainosta teon ja seuraamuksen välillä. Suhteellisuusperiaate tulkittuna ja sovellettuna kiinteässä yhteydessä oikeutusperusteeseensa estää sellaiset tulkinnat, joissa suhteellisuusperiaatteeseen vedoten perustellaan *ankaran seuraamuksen tarvetta*. Suhteellisuusperiaate näin ymmärrettynä ainoastaan rajoittaa liian ankaraa seuraamukset laillisten seuraamusten joukosta. Kyse on nimensä mukaisesti *Übermaßverbotista*. Jäljelle jääneiden seuraamusten joukko on neutraalissa suhteessa suhteellisuusperiaatteeseen. Se ei sen paremmin estä kuin puolla niiden käyttämistä, vaan perusta ja oikeutus niiden soveltamiseen konstruoituu muualta. Suhteellisuusperiaate saa negatiivisen sisällön suhteettomien (*Nicht-außer-Verhältnis-Stehenden*) toimien kieltona.⁵⁰⁶ Tällainen asymmetria ei kuitenkaan välttämättä edellytä, että suhteellisuusperiaatteen kohteena

⁵⁰⁴ Alexy 1986.

⁵⁰⁵ Schmidt-Aßmann HStR 2006, § 26 rn. 87.

⁵⁰⁶ Lerche 1996, s. 783.

olisivat vain negatiivista vapautta rajoittavat julkisen vallan toimet: asymmetria toimii yhtä lailla positiivisten oikeuksien rajoitusten rajoittajana.⁵⁰⁷

Symmetria antaa suhteellisuusperiaatteelle merkityksen, jossa sen avulla on mahdollista mitata esimerkiksi yksityiselle epäedullisen seuraamuksen ankaruutta tavoitellun päämäärän avulla. Symmetrinen tulkinta on luonteeltaan objektiivisen laintulkinnan periaate, jonka avulla on periaatteessa mahdollista väittää soveltamistilanteessa suhteellisuusperiaatteen vaativan esimerkiksi laillisuusarvion kohteena olevaa seuraamusta ankaramman seuraamuksen. Kysymyksenasettelu kääntyy erotteluksi *Übermaß-* ja *Untermaßverbot*.

3.7.4.5 Suhteellisuuden rajoilla: *Untermaßverbot*

Mikäli kysymys symmetrisen suhteellisuusperiaatteen suhteesta julkisen vallan tavoitteisiin korvataan julkisen vallan velvollisuudella perusoikeuksien turvaamiseen ja perusoikeuksien keskinäisen tasapainotuksen oikeudellisuutta korostavalla *praktisella konkordanssilla*⁵⁰⁸, samastuu kysymyksenasettelu saksalaiseen *Untermaßverbot*-doktriiniin.

Konrad Hessen nimeen yleensä liitetty *praktische Konkordanz* juridisoi punninnan *prima facie* -luonteisesti sisältöä myöten siten, että punninta voidaan myös oikeuksien konfliktitilanteissa ratkaista perustuslain kokonaisuuteen perustuvan konkordanssin kärsimättä: molemmat oikeudet saavat perustuslaista määrittävän optimaalisen sisällön. Konkordanssin vallitessa ei luonnollisestikaan voi ylläpitää sellaisia suhteellisuusperiaatteen asymmetriaa sivuavia tulkintasääntöjä kuten *in dubio pro libertate*, ja suhteellisuusperiaatekin muotoutuu ilmeisen symmetriseksi punninnaksi.⁵⁰⁹ On kuitenkin huomautettu, että praktinen konkordanssi saa merkityksensä suhteellisuusperiaatteen puitteissa vasta sen oikeusdogmaattisen ilmiänsä, kolmiosisaisen testin viimeisessä punnintavaiheessa.⁵¹⁰ Näin sijoitettuna päätösheuristisesti vasta asianmukaisuus- ja välttämättömyysvaatimusten jälkeinen praktinen konkordanssikaan ei kykene riisumaan suhteellisuusperiaatteelta sen asymmetriaa kokonaisuudessaan. Merkittävä osa asymmetriasta liittyy esimerkiksi välttämättömyysvaatimukseen. Tämän seurauksena praktisen konkordanssin ja suhteellisuusperiaatteen suhde kääntyy jo suhteellisuusperiaatteen heuristisen struktuurin vuoksi asymmetrisen suhteellisuusperiaatteen voitoksi: esimerkiksi *Grabitz* huomauttaa, että vaikka jokainen

⁵⁰⁷ Beatty 2004, s. 173.

⁵⁰⁸ Lerche 1996, s. 778–779.

⁵⁰⁹ Hesse 1999, s. 28.

⁵¹⁰ Calliess 2000, s. 573.

konstruoitu konkordanssi on pakotetusti suhteellisuusperiaatteen mukainen, suhteellisuusperiaate ei pakotetusti kunnioita konkordanssia.⁵¹¹

Kuitenkin praktisen konkordanssin varaan voidaan rakentaa myös *Übermaßverbotille* vastakkainen ja siitä erillinen peilikuva, *Untermaßverbot*. Sen akateemisena oppi-isänä voidaan pitää *Claus-Wilhelm Canaris*'ta, jonka perusoikeusjärjestelmän ja yksityisoikeuden suhteita laajasti pohtineen teoksen *Grundrechte und Privatrecht* keskeisiin havaintoihin kuuluu suojelelvelvoitteen rajojen epämääräisyys ja tähän liittyvä *Übermaßverbotin* helposti sovellettavissa olevan parin, *Untermaßverbotin* kehittymättömyys.⁵¹² Canaris'n muotoilema ajatus kuitenkin tarttui nopeasti valtiosääntöoikeuden keskusteluihin jäsenymmään sovellettavissa olevaksi velvollisuudeksi.⁵¹³ Siinä missä *Übermaßverbot*-tyyppinen suhteellisuusperiaate suuntautuu julkisen vallan toimintaa vastaan, konstruoi *Untermaßverbot* julkiselle vallalle toimintavelvollisuuden tietyissä passiviteettitilanteissa.⁵¹⁴ Schlink muotoilee *Übermaßverbotin* kontrolloivan valtiota joka toimii; *Untermaßverbot* puolestaan valtiota, joka ei toimi.⁵¹⁵

Vaikka *Untermaßverbotin Verfassungsrangia* ei ilmeisesti käy kiistäminen⁵¹⁶, on kuitenkin syytä huomata sen suhteellisuusperiaatetta rajatumpi soveltamisala: *Untermaßverbot* voi tulla sovellettavaksi vain julkisen vallan perustuslaillisten velvoitteiden laiminlyönnin johdosta.⁵¹⁷ Niinpä sen keskeisintä soveltamisalaa on tilanne, jossa julkinen valta on laiminlyönyt velvollisuutensa jonkin vapausperusoikeuden turvaamiseen ns. turvaamisvelvoitteen (*Schutzpflicht*) tarkoittamalla tavalla siten, että oikeusjärjestys ei estä kolmannen osapuolen toteuttamaa perusoikeusloukkausta.⁵¹⁸

Untermaßverbot edellyttää aktiivisia toimia lähinnä lainsäätäjältä, ja tämän johdosta sen soveltamiskynnys on verrattain korkea. Lainsäätäjän katsotaan laiminlyöneen turvaamisvelvoitteensa vain mikäli se on ollut kokonaan passiivinen tai toiminut ilmeisen riittämättömin tavoin. Hallintoon se kohdistuu lähinnä perusoikeuksien turvaamisvelvoitteen mukanaan tuomana yksittäistapauksellisen harkintavallan rajaajana.⁵¹⁹ Sen sijaan hallinnon kohdalla sen paremmin yksittäistapauksellinen kuin abstrakti passiivisuus (*Vollzugsdefizit*) ei *Rechtsstaatin omaksuman lailla säätämisen vaatimuksen johdosta toisin kuin lainsäätäjän*

⁵¹¹ Grabitz 1985, s. 99.

⁵¹² Canaris 1984, s. 228.

⁵¹³ Ks. esim. Isensee 2011, § 191 rn. 300–305.

⁵¹⁴ Koch 2003, s. 503.

⁵¹⁵ Schlink 2001, s. 463.

⁵¹⁶ Hain 1993, s. 982.

⁵¹⁷ Erichsen – Ehlers – Badura 2002, s. 131.

⁵¹⁸ Störriing 2008, s. 41–48.

⁵¹⁹ Störriing 2008, s. 48–49.

kohdalla ole Untermaßverbotin ominta soveltamisalaa, vaan niitä koskevat kysymykset jäsentyvät lähtökohtaisesti lakisidonnaisuuden kautta.

Julkisen vallan toimintavelvoitetta korostava *Untermaßverbot* on jossain määrin ristiriidassa asymmetrisen suhteellisuusperiaatteen kanssa. Asymmetrinen suhteellisuusperiaate nimittäin näyttäisi kuuluvan väistämättä lähinnä siihen oikeusperiaatteiden joukkoon, joita erityisesti liberaali oikeusvaltioteoria on kehittänyt julkisen vallan käytön ja samalla myös julkisen vallan tavoiterationaliteetin pidäkkeiksi. Niinpä *Untermaßverbotkin* ja sen suhde suhteellisuusperiaatteeseen on herättänyt Saksassa runsaasti keskustelua sen legitiimeistä rajoista ja suhteesta perustuslain turvaamiin vapausoikeuksiin.⁵²⁰

Ns. *kongruenssiteesin* mukaan *Untermaßverbot* on suhteellisuusperiaatteen pari. Vaikka ajatuskulkua sivuaa suhteellisuusperiaatteen symmetriaa, se ei kaikilta osin samastu siihen. Kongruenssiteesikin erottaa julkisen vallan käyttöä konstituovat normatiiviset vaatimukset ainakin teoriassa suhteellisuusperiaatteesta. *Kongruenssiteesin* mukaan *Untermaßverbot* ja *Übermaßverbot* ovat ikään kuin tiettyyn tarkastelupisteeseen – arvioitavana olevaan julkisen vallan toimeen – eri suunnista näkyviä identtisiä rakenteita, joiden sisäinen logiikka samastuu. Teesin jyrkimmän muodon mukaan suhteellisuusperiaatteen soveltamisratkaisuihin sisältää kuitenkin kannanoton myös *Untermaßverbotin* soveltamiseen. Esimerkiksi kannanotto välttämättömyydestä sisältää teesin mukaan kannanoton myös siihen, onko toimi riittävä.⁵²¹

Samastavaa tulkintaa vastaan puhuu kuitenkin esimerkiksi se, että välttämättömyydestä on vakiintuneesti tulkittu asymmetrisesti: vaikka sen puitteissa, johtuen osin tulevaisuutta koskevan tiedon epävarmuudesta esimerkiksi lainsäätäjälle jää harkintavaraa kulloinkin käsillä olevan välttämättömyyden arviointiin (*prognosespielraum*), leimaa sitä lopulta vapauspainotteinen *in dubio pro libertate* -ajatus.⁵²² Vahvan kongruenssiteesin kriitikot huomauttavatkin *Untermaßverbot*- ja *Übermaßverbot* -kieltojen väliin jäävän varsin huomattavan lainsäätäjän liikkumatilan. Esimerkiksi Schlink huomauttaa kongruenssin olevan luonteeltaan tyhjä rakenteellinen konstruktio vailla sisältöä ja vakuuttavuutta: *Übermaßverbotin* välttämättömyydestä on kyse olemassa olevien keinojen vertailusta toisiinsa keinojen käyttöä rajoittavalla tavalla. Sitä vastoin *Untermaßverbotin* soveltamisalalla ei ole olemassa mitään vertailtavaa.⁵²³ Olemassa olevien keinojen asemesta on tyhjä tila, jonka lainsäätäjä voi harkintavaltansa puitteissa täyttää usealla eri tavalla.⁵²⁴

⁵²⁰ Störning 2008, s. 52–55.

⁵²¹ Hain 1993, s. 983.

⁵²² Hillgruber 2011, § 201 rn. 71.

⁵²³ Schlink 2001, s. 463.

⁵²⁴ Hain 1993, s. 984.

Vallitseva kantaa lieneekin, ettei *Untermaßverbot* ole symmetrisessä suhteessa *Übermaßverbotin* kanssa sen paremmin sisällön kuin vahvuudenkaan suhteen. Esimerkiksi oikeusvaltion ja ympäristönsuojelun päämäärien suhdetta pohdittu *Christian Calliess* toteaa *Untermaßverbotin* jäävän väistämättä soveltamisintensiteetiltään suhteellisuusvaatimusvaatimusta heikommaksi lainkäytössä: julkisella vallalla on harkintamarginaalia sen suhteen, millä keinoin ja minkä tasoisena se täyttää suojeluvelvoitteensa.⁵²⁵

3.7.4.6 Suhteellisuusperiaate luottamuksensuojan justifikaationa

Asymmetriseksi muotoiltu suhteellisuusperiaate on reaktiivinen, julkisen vallan käyttöä rajoittava periaate ja kuuluu *Rechtsstaat*-doktriinin keskeisimpiin periaatteisiin. Se jakaa nyt tutkimuksen kohteena olevan luottamuksensuojan kanssa yhteisiä piirteitä. Kirjallisuudessa onkin toisinaan esimerkiksi viitattu siihen yhteiseen funktioon, joka suhteellisuusperiaatteelle ja luottamuksensuojalle on saksalaisessa valtiosäännössä rekonstruoitu. Ajatuksen synty on paikallistettavissa *O. Bachofin* esittämään keskustelupuheenvuoroon suuren luottamuksensuojakeskustelun yhteydessä: Bachof rakensi kantansa GG § 2:n yleiselle vapausoikeudelle ja GG § 3:een kiinnittyvälle yhdenvertaisuusarviolle, joiden soveltamisalan – ja samalla niihin kiinnittyvän suhteellisuusarvion – katsoi kattavan kaikki ne tilanteet, joissa luottamuksen suojaaminen voi ylipäänsä tulla kysymykseen.⁵²⁶ Tällainen kanta tunnistaa suhteellisuus-luottamuksensuojaperiaatteen laajan soveltamisalan hallinnossa: kun edellä esitetyn mukaisesti jo GG § 2:n laajasta soveltamisalasta seuraa ainakin se, että ns. *Eingriffsverwaltung* on jo lähtökohtaisesti ja ehkä käsitteellisesti perusoikeusjärjestelmän turvaaman, sitä vastaan suunnatun vapausoikeussuojan piirissä, ja luottamuksen suojaamisesta erkaneva toimi muodostaa perusoikeuksien soveltamisalalla tällaisen *Eingriffin*, ei luottamuksensuoja-suhteellisuusperiaatteesta vapaalle julkisen vallan käytölle jää olennaista tilaa ilman oikeusvaltiollista, *Rechtsstaat*-konstruktion kiinnittyvää yleistä soveltamisalaakaan.

Kuitenkin, myös perusoikeuksista käsitteellisesti irrallisen oikeusvaltiollisen suhteellisuusperiaatteen on katsottu olevan kiinteässä yhteydessä oikeusvaltiolliseen luottamuksensuojaan⁵²⁷, ja esimerkiksi von Arnould katsoo niiden kulkevan käsi kädessä toteuttaessaan tehtävänsä valtiosääntöisenä ”*Weich- und Gleich-*

⁵²⁵ Calliess 2001, s. 462.

⁵²⁶ Bachofin puheenvuoro on dokumentoituna muun keskustelun yhteydessä julkaisussa VVD-StRL 32 (1974), s. 242.

⁵²⁷ Blanke 2000, s. 134.

macherina".⁵²⁸ Von Arnould huomauttaa edelleen, että edellä rekonstruoitu suhteellisuusperiaatteelle annettu keskeinen ja koko julkisoikeutta rakenteistava *Verfassungsrangin* omaava merkitys on miltei sellaisenaan käytettävissä myös luottamuksensuojaperiaatteen luonnehdintaan.

Von Arnauldin omaksuma luonnehdinta ei tietenkään vielä edellytä, että luottamuksensuojan ja suhteellisuusperiaatteen katsottaisiin olevan myös normatiivisesti yhteydessä. Niinpä esimerkiksi Maurer asettaa ne lainsäädännön taannehtivuuskiellon kohdalla selkeästi erillisiksi, joskin usein simultaanisti soveltuviksi oikeusnormeiksi, joskin myöntää niiden simultaanin justifioitavuuden olevan mahdollista.⁵²⁹ Siinä missä suhteellisuusperiaate on Maurerin ajattelussa esimerkiksi taannehtivuuskieltoon kohdistuva asiallinen ja sisällöllinen rajoitus, toimii luottamuksensuoja sitä täydentävänä, ajallisen dimension analyysiin mukaan tuovana oikeusnormina.⁵³⁰ Maurer joutuu toisaalla kuitenkin myöntämään, että asiallista eroa näiden kahden välillä ei ole tietyissä asetelmissa tehtävissä.⁵³¹ Myös Sobota avaa sen mahdollisuuden, että luottamuksensuojaperiaate olisi sitenkin suhteellisuusperiaatteen kiinteä osa,⁵³² ja edelleen esimerkiksi Grabitzin ajattelussa suhteellisuusvaatimus on rakenteellisesti yhteydessä luottamuksensuojaan muodostaen osan siitä kriteeristöstä, jolla luottamuksensuojan sovellettavuus perustellaan.⁵³³ Myös *Thilo Rensmann* viittaa tällaiseen pariteettiin, joka on luonteeltaan rakenteellinen: Rensmannin tarkastelussa luottamuksensuoja ja suhteellisuusperiaate muodostavat yhteen kietoutuneen mittapuun erityisesti taannehtivan lainsäädännön arvioinnille.⁵³⁴ Pariteetti ei ole oikeuskäytännöllenkään tuntematon: kuten jäljempänä tullaan havaitsemaan, erityisesti lakien taannehtivuuden heikompa versiota, epäaitoa taannehtivuutta, arvioidaan oikeuskäytännössä suhteellisuus- ja luottamuksensuojaperiaatteen samastavalla punninnalla.⁵³⁵

Pariteetti voidaan ymmärtää myös siten, että luottamuksensuoja on osa suhteellisuusperiaatteen sisältämää *Zumutbarkeit*-vaatimusta⁵³⁶, jonka tavallisesti katsotaan sisältyvän kolmiportaisen suhteellisuustestin viimeiseen osatestiin, suhteellisuusperiaatteen suppeassa merkityksessä. Kyse on tällöin *Zweck-Mittel*-relaatioksi tavallisesti puettavan oikeushyvien punninnasta siten, että yk-

⁵²⁸ Von Arnould 2006, s. 158.

⁵²⁹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 68.

⁵³⁰ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 68.

⁵³¹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 64–65.

⁵³² Sobota 1997, s. 159.

⁵³³ Grabitz 1973, s. 683.

⁵³⁴ Rensmann 1999, s. 169–170.

⁵³⁵ Blanke 2000, s. 141.

⁵³⁶ Piroth JZ 1990, s. 281.

sityisen luottamus otetaan huomioon sen aineellisena osana⁵³⁷ tai toisinpäin: suhteellisuusperiaate on kiinni luottamuksensuoja-arviossa ”annostelemassa” julkisen intressin merkittävyyttä legitiimeihin rajoihin.⁵³⁸ Näin ymmärrettynä suhteellisuusperiaate voidaan samastaa luottamuksensuojan näkökulmasta rakenteeksi, jossa luottamuksensuojan edellyttämä punninta tapahtuu⁵³⁹, mutta samalla myös immanentiksi justifikaatioksi.⁵⁴⁰

Schwarzin luottamuksensuojakonstruktio rakentuu tässä kohdin havainnolle siitä, että itse asiassa mikään ei edellytä luottamuksensuojan käsittelemistä suhteellisuusperiaatteesta irrallisena. Niin oikeustieteen tasolla kuin oikeuskäytännössä ilmaistut kannat esimerkiksi jäljempänä tarkasteltavan lainsäädännön taannehtivuusarvion kohdalta näyttäisivät samastavan luottamuksensuojaamiseen liittyvän yleisen argumentaatorakenteen suhteellisuusperiaatteen vastavaan: esimerkiksi epäaidon taannehtivuuden sallittavuusarvioinnin luottamuksensuojaksi tavallisesti nimetty punnintaoperaatio sisältää Schwarzin mukaan lopultakin lähinnä kannanoton siitä, oikeuttaako esitetty peruste intensiteetiltään esitetyn voimakkaan puuttumisen yksityisen perusoikeuspiiriin.⁵⁴¹ näin ollen luottamuksensuojaproblematiikassa on ”in erster Linie eine Frage der Verhältnismäßigkeit des Grundrechteingriffs”.⁵⁴² Schwarz jopa muotoilee näin rekonstruoitavan suhteellisuus-luottamuksensuojan kolmiosisaiseksi, suhteellisuusperiaatteen viimeisen osatestin mukaista punnintaa jäljitteleväksi punnintamalliksi, joka saa dogmaattisen struktuurinsa valtiosääntötuomioistuimen elinkeinova-pauden soveltamisalalla suhteellisuusperiaatteen erityisenä konkretisoitumana soveltamasta kolmiportaisesta rakenteesta (*Drei-stufen-lehre*). Esimerkiksi lainsäätäjään kohdistuvan arvion ensimmäinen vaihe koostuu valtiosääntöisestä arviosta siitä, onko lainsäätäjällä otanut ylipäänsä huomioon sen, että säännös puuttuu luottamuksensuojan kannalta merkittäviin perusoikeuspositioihin. Toiseksi arvio kohdistuu siihen, onko lainsäätäjällä esittänyt julkiseen intressiin kytkeytyviä perusteita tällaiselle puuttumiselle. Viimeisessä kolmannessa vaiheessa saatetaan joutua suorittamaan varsinainen punninta yksityisten, luottamuksen suojaamisen puolesta puhuvien etujen ja mainittujen julkisten intressien välillä.⁵⁴³

Suhteellisuusperiaate ei kuitenkaan tyhjene jännöksettä tähän strukturoituun testiin. Kuten jäljempänä tullaan soveltamisedellytysten tarkemman tarkastelun yhteydessä havaitsemaan, Saksan ylimmän hallintotuomioistuimen *Bundesver-*

⁵³⁷ Schwarz 2001, s. 277–279.

⁵³⁸ Blanke 2000, s. 134.

⁵³⁹ Möller NJW 1999, s. 910.

⁵⁴⁰ Riechelmann 2005, s. 79.

⁵⁴¹ Schwarz 2001, s. 273.

⁵⁴² Schwarz 2001, s. 551.

⁵⁴³ Schwarz 2001, s. 277.

waltungsgerichtin uudemmassa ratkaisukäytännössä esiintyy tulkintalinja, jossa esimerkiksi kertaluonteisen rahasuorituksen muotoisen avustuksen takaisinperinnän sallittavuuden arvioinnissa kiedotaan yhteen luottamuksensuoja ja suhteellisuusperiaate nimenomaan kohtuuteen viittaavassa *Zumutbarkeit*-merkityksessä.⁵⁴⁴ Samanlaisia käsitteellisiä laajennuksia on omaksuttu EU-oikeudessa, jossa kohtuuden (*aequitas*) on katsottu muodostavan muuten strukturoidun suhteellisuusperiaatteen erityisen ilmenemismuodon.⁵⁴⁵ Samoin on syytä viitata Saksan valtiosääntötuomioistuimen ratkaisuun (BVerfGE 49,168), jossa oli asiallisesti kysymys oleskeluluvan päättymisestä ja siitä seuraavista ulkomaa-laisoikeudellisista seuraamuksista nimenomaan tilanteessa, jossa määräaikaiseksi tarkoitetun oleskeluluvan uusimatta jättäminen arvioitiin ketjutuksena (*”Kettenverwaltungsakte”*). Yleisesti ottaen tällaisessa tilanteessa on kyse siitä, että lupa myönnetään toistaiseksi voimassa olevan luvan asemesta useaan otteeseen peräkkäin määräaikaisena sen varmistamiseksi, että viranomainen voi määrätä ajoin varmistua sen edellytysten olemassaolosta ja olosuhteiden muuttumattomuudesta.⁵⁴⁶

Saksan valtiosääntötuomioistuimen tällaista ketjutustilannetta koskevaa ratkaisua, jossa se arvioi viranomaisen olevan tällaisessa valtiosuvereiniteetin käyttötilanteessakin olevan luottamuksensuojan johdosta sidottu aiempaan ratkaisulinjaansa siten, että sen muuttaminen oli mahdollista vain asianmukaisilla perusteilla, on kritisoitu *”turhasta”* tukeutumisesta luottamuksensuojakonstruktion. Esimerkiksi Schwarz huomauttaa samaan lopputulemaan päädyttävän vastaavan argumentaatioketjun perusteella myös silloin, kun luottamuksensuojan asemesta oikeudellinen arvio ankkuroidaan GG § 2:n turvaamaan yleiseen vapausoikeuteen ja siihen kiinnittyvään suhteellisuusarvioon.⁵⁴⁷

Toisaalta, mikäli Schwarzin ratkaisua vastaan esittämä kritiikki otetaan vakavasti, asiallista eroa luottamuksensuojan ja suhteellisuusperiaatteen välillä ei siis tässä kohdin näyttäisi olevan. Haettaessa luottamuksensuojaperiaatteen rajoja on helppo havaita suhteellisuusperiaatteen ja luottamuksensuojan samastuminen viimeistään tässä kohdin. Jos nimittäin *Zumutbarkeitille* annetaan edellä hahmoteltu, suhteellisuusperiaatteen laajimmassa Sobotan viittaamassa *Verhältniss-gerechtigkeit*-merkityksessä palautuva sisältö, näyttää suhteellisuusperiaatteen ja luottamuksensuojan justifikatorinen ja sisällöllinen rekursio ilmeiseltä. Tämä näkökulma sai jalansijaa jo 1973 *Staatsrechtslehrertagungin* suuressa luottamuksensuojakeskustelussa, jossa Bachof osoitti puheenvuorossaan sellaisen jul-

⁵⁴⁴ Blanke 2000, s. 201.

⁵⁴⁵ Laakso 1999, s. 1087 ss.

⁵⁴⁶ Von Arnould 2006, s. 438.

⁵⁴⁷ Schwarz 2001, s. 332.

kisen vallan inkoherenssin ja inkonsistenssin, jota vastaan luottamuksensuojaperiaatteella yleensä argumentoidaan, olevan samalla myös suhteetonta ja mielivaltaista vallankäyttöä.⁵⁴⁸

Zumutbarkeit-oikeuskäytäntö vie suhteellisuusperiaatteen rakenteistaman punninnan ääri rajoilleen: sen näkökulmasta suhteettomuudessa voidaan katsoa olevan kysymys niin ilmeisestä epätasapainosta, että arvioitavana olevassa tapauksessa vaakakupin toiselle puolelle jääville, yleensä julkista vallankäyttöä perustelevalle intresseille ei ole syytä antaa painoarvoa lainkaan. Tällaisella ajattelutavalla on kiistämätön yhteytensä siihen erotteluun, jonka esimerkiksi Schlink tekee *Zumutbarkeitin* ja *Verhältnismäßigkeitin* välillä. Schlinkin mukaan tällainen suhteettomuus on luonteeltaan pistemäistä: siinä missä suhteellisuusperiaatteen luoma oikeudellinen kontrolli on luonteeltaan relatiivista ja vertailevaa, nojautuu *Zumutbarkeit* pistemäiseen arvioon suhteettomuudesta.⁵⁴⁹

Ajatus oikeussuhteen oikeudenmukaisuuden vaatimuksesta on ollut perinteisesti vaikeasti sovitettavissa yhteen positiivisen oikeuden ensisijaisuutta korostavien oikeusvaltiollisten vaatimusten kanssa, johdetaanpa ne sitten *Herrschaft des Gesetzes* -ajatukselta tai *rule of law* -sta. Jännite tiivistyy yleensä nimenomaan tilanteessa, jossa yleisellä oikeudenmukaisuudella argumentoidaan *contra legem scriptam*.⁵⁵⁰ Niinpä näiden jännitettä on yritetty ratkaista korostamalla tässä yhteydessä tarkoitetun oikeudenmukaisuuden olevan luonteeltaan täsmentyneempää ja täsmällisempiä rajoja asettavaa kuin yleisen oikeudenmukaisuuden. Niinpä oikeudenmukaisuuden ei-oikeudelliseksi katsotusta sisällöstä on saatu normatiivisen kielenkäytön kannalta helpommin hyväksyttäviä rakenteita puhumalla sellaisista julkisoikeudellisista vaatimuksista kuin kohtuus (*Zumutbarkeit*, *reasonableness*) ja asianmukaisuus (*Angemessenheit*, *propriety*).⁵⁵¹

Esimerkkejä ei ole vaikea osoittaa. Ossenbühlin ajattelussa lakivarausten rakenteistamaan *Rechtsstaatin* vallankäyttöön sopii lainsäätäjän toimia yksittäistapauksissa korjaava kohtuusajattelu, mutta vain perusteltuna yleisen, suhteellisen vakiintuneen *Treu und Glauben* -oikeusperiaatteen rajoissa.⁵⁵² Samoin esimerkiksi *Jörg Lücke* osoittaa Saksan valtiosääntötuomioistuimen käytännöstä esimerkkejä, joissa strukturoidun suhteellisuusperiaatteen asemesta, mutta suhteellisuusperiaatteen käsitteellisen sateenvarjon alla on sovellettu pistemäistä (*unzumutbarkeit*-arviota).⁵⁵³

⁵⁴⁸ VvDstRL 32 (1974), s. 242–243.

⁵⁴⁹ Schlink 2001, s. 451.

⁵⁵⁰ De Wall 1999, s. 238.

⁵⁵¹ Ks. esim. Schwarz 2001, s. 138, Vranes 2009, s. 2.

⁵⁵² Ossenbühl 1965, s. 75.

⁵⁵³ Lücke 1974, s. 768, ks. myös Schlink 2001, s. 452.

Yksin retorisella rubrisoinnilla oikeudenmukaisuus sellaisenaan ei tietenkään ole juridisoitavissa; kuten oikeusvaltiotieteen yleensä osoittaa, niin *Rechtsstaat* kuin *rule of law* omaavat neutraalin tai jopa antagonistisen suhteen kulloinkin julkisen vallan toteutettavana olevaan (poliittiseen) oikeudenmukaisuuskäsitykseen.⁵⁵⁴ Tältä kannalta voisi ajatella näissä oikeudenmukaisuuden erityistapauksissa olevan kyse oikeudenmukaisuuden uloimmista rajoista. Toisin sanoen oikeudenmukaisuuden vastaisuus on luonteeltaan niin ilmeistä ja räikeää, että sitä on vaikea pitää minkään oikeudenmukaisuuskäsityksen mukaisena, *oikeuden mukaisena*. Kuten jäljempänä havaitaan, tällainen ajatus on ollut jopa Englannin *common law*'n muuten hallinnon oikeudelliseen kontrolliin äärimmäisellä pidättäytyvyydellä suhtautuvien ortodoksioiden hyväksyttävissä ns. *Wednesday unreasonableness* -doktriinin muodossa ja on tätä kautta myös saanut perinteisessä doktriinissa nimenomaan luottamuksensuojan asti konkretisoituvan sisällön.

3.7.5 Välitilinpäätös: oikeutusperusteet ja *Verfassungsrang*

Saksalainen luottamuksensuojan perusteltavuutta koskeva doktriini on sisällöllisesti varsin moninainen. Tämä selittyy osaltaan oikeusyhteisön ja tutkijakunnan laajuudella, mutta erityisesti doktriinin kattamien oikeusjärjestyksen elementtien perustavanlaatuisuudella. Kuten edellä todettiin, luottamuksensuojadoktriinin keskeisistä osista ainakin oikeusvaltiotieteen doktriini kuuluu eittämättä niihin perusteiltaan riidanalaisiin käsitteisiin, joiden mukanaolo keskustelussa on omiaan pikemminkin moninaistamaan doktriinia kuin saattamaan sen homogeeniseen muotoon. Tämän johdosta tässäkin tutkimuksessa ei tätä moninaisuutta pyritty tiivistämään oikeusdogmaattisesti sovellettavaksi olevaksi yksinkertaistukseksi, vaan edellä pikemminkin sitouduttiin näkökulmaan, jonka mukaan juuri doktriinin moninaisuus on hyödyllinen ominaisuus luottamuksensuojadoktriinin ymmärtämisessä. Justifikaatioperusteiden analyysin merkitys tälle sitoumukselle paljastuu myöhemmissä tilinpäätöksissä.

Tässä kohdin tutkimusta on kuitenkin syytä tehdä kapea välitilinpäätös. Moninaista ja laajaa doktriinia nimittäin leimaa yksi piirre: saksalaista luottamuksensuojadoktriinia on hallinnut pitkään kysymys *Verfassungsrangin* olemassaolosta ja sen perustelevan kytköksen sisällöstä. Useissa konstruktioissa *Verfassungsrang* on syntynyt tai synnytetty tarpeeseen: kyse ei ole ollut siitä, että valtiotähtöinen olemassa oleva oikeudellinen konstruktio olisi saanut merkityksensä soveltamistoiminnassa, vaan pikemminkin tavoitteellisesta justifiointista.

⁵⁵⁴ Beatty 2004, s. 161–164.

Taustaksi on asetettu luottamuksen suojaamisen tarve ja tämän tarpeen mahdollinen konflikti oikeusvaltiollisten, mahdollisesti *Verfassungsrangin* omaavien vaatimusten välillä. Näin konfliktin luottamuksen suojaamisen mahdollisuudelle myönteinen ratkaisu on edellyttänyt *Verfassungsrangin* konstruointia luottamuksensuojaperiaatteelle tai sen oikeutusperiaatteille.

Valtiosäntöön kiinnittyvä oikeusperiaatejustifiointi ei ole kokonaan vierasta Suomenkaan oikeusjärjestykselle. Esimerkkinä voidaan viitata *Lauri Soikkelin* ajatuksiin luottamuksensuojaperiaatteesta: Soikkeli kytkee sen oikeutusperusteisiin käyttämällä apuna omaksumansa oikeusperiaatteen käsitteen edellyttämää institutionaalista tukea. Tuki löytyy systemaattisesta yhteydestä oikeusvarmuuteen ja EU:n oikeuteen, mutta myös perusoikeusjärjestelmästä PL 21 §:n turvaamien hyvän hallinnon periaatteiden muodossa.⁵⁵⁵ Myös Kullan luottamuksensuojajerittelyssä periaate saa välittömän *Verfassungsrang*-justifikaation kiinnittymällä perusoikeussäännöksiin. Esimerkiksi kiinnekohdista valikoituvat prosessuaalisen oikeusvarmuuden linkki oikeusturvasäännökseen (PL 21 §) ja luottamuksensuoja aineellista oikeusvarmuutta ilmentävänä taannehtivuuskieltona rikosoikeudellisen laillisuusvaatimuksen (PL 8 §) sekä omaisuudensuojan (PL 15 §) soveltamisalalla.⁵⁵⁶ Osa luottamuksensuojajustifikaatioista kiinnittyy perustuslakiin huomattavasti välillisemmin: esimerkiksi *Mäenpään* luottamuksensuojakonstruktio, joka saa nykyisin kontekstinsa yleensä hyvän hallinnon perustuslaillisista takeista,⁵⁵⁷ kiinnittyy aiemmassa hallinto-oikeuden yleisesityksessä julkisen luotettavuuden (*publica fides*) välityksellä oikeusvarmuuteen ja laillisuusolettamaan.⁵⁵⁸

Oikeudellisista käytännöistä on syytä identifioida erityisesti perustuslakivaliokunnan omaksuma tulkinta, jossa luottamuksensuoja perustetaan omaisuuden suoja säännöksen tulkintaan. Kytkentä omaisuudensuojaan ei ole edellä esitetty saksalainen doktriini huomioiden mitenkään yllättävää: onhan suomalaisenkin omaisuudensuojan tausta-ajatuksiksi verrattain vakiintuneesti eksplikoitu luottamuksensuojan tarjoamaan intertemporaaliseen suojaan kiinnittyviä ajatuksia. Esimerkiksi *Pekka Länsinevan* mukaan perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudesta tarkasteltuna omaisuudensuojan tehtävät ja tavoitteet ovat kiinnitettävissä paitsi yksilöiden taloudellisen autonomian ja toimintavapauden, myös ”varallisuussuhteiden vakauden ja ennakoitavuuden turvaamiseen ja edistämiseen”⁵⁵⁹. Kytkös on kiinteimmillään suojan kohteen tarkastelussa: Länsineva uusintaa saksalaistyyppistä *Vermögen / Rechts-Eigentum-Vertrauenseigentum* -jaottelua

⁵⁵⁵ Soikkeli 2003, s. 136, 218.

⁵⁵⁶ Kulla 2008, s. 107.

⁵⁵⁷ Mäenpää 2011, s. 74–75.

⁵⁵⁸ Mäenpää 2003, s. 392–393.

⁵⁵⁹ Länsineva 2011, § 15.

toteamalla, että suojan kohteena eivät ole ”esimerkiksi materiaaliset esineet tai abstraktit sopimussuhteet vaan ihmisyksilöt ja *heidän legitiimit oikeutensa ja odotuksensa*”.⁵⁶⁰

Näin esimerkiksi perustuslakivaliokunnan lausunnossa PeVL 25/2005 vp hallituksen esityksestä laiksi tilatukijärjestelmän täytäntöönpanosta viitattiin siihen, että omaisuuden perustuslainsuoja turvaa myös sopimussuhteiden pysyvyyttä, joskin samalla huomautettiin, että kielto puuttua taannehtivasti sopimussuhteiden koskemattomuuteen ei ole perustuslakivaliokunnan käytännössä muodostunut ehdottomaksi. Kuitenkin olemassa olevaksi tunnustetun oikeustoimien pysyvyyden perustuslaillisen suojan taustalle konstruointi ajatus oikeussubjektien *perusteltujen odotusten suojaamisesta* taloudellisissa asioissa.⁵⁶¹ Luottamuksen suojakonstruktion taustalla on omaisuudensuojadoktriinin perusoikeusudistukseen kiinteässä yhteydessä oleva muutos, jonka Länsineva on tiivistänyt siirtymäksi muodollisesta taannehtivuuskiellosta aineelliseen luottamuksen suojaamiseen.⁵⁶²

Voidaan viitata myös KHO:n ratkaisuun KHO 2006:20, jossa oli asiallisesti kyse alkoholilain säännösten taannehtivasta soveltamisesta sellaisiin alkoholi-juomiin, jotka oli tuotu laillisesti maahan ennen lain voimaantulopäivää ja joita pidettiin edelleen hallussa lain voimaantulopäivänä, vaikka ne uusien säännösten mukaan olisivat väkiviinaa. KHO asetti taannehtivan soveltamisen esteeksi omaisuudensuojan, joskin erityisen niukasti perustellen: ”Kun otetaan huomioon, ettei laissa ole sen soveltamista koskevia siirtymäsäännöksiä, ja perustuslain 15 §, katsoo KHO, ettei muutettuja säännöksiä voida soveltaa alkoholijuomiin, jotka on tuotu laillisesti maahan ennen lain voimaantulopäivää ja joita pidetään hallussa lain voimaantulopäivänä ja sen jälkeen.”

Yleisemmällä tasolla voidaan viitata siihen analyysiin, jonka *Kaarlo Tuori* on tehnyt suomalaisen hallinto-oikeuden yleisten periaatteiden kiinnittymisestä ja kiinnittymättömyydestä perustuslakiin. Tuori viittaa siihen, että vaikka itsenäisen hallinto-oikeustieteen synty jo käsitteellisesti on pakotetusti merkinnyt tietynasteista pesäeroa valtiosääntöoikeuteen, nimenomaan suomalaisessa kontekstissa perusoikeusjärjestelmän historiallinen ohuus ennen vuoden 1995 perusoikeusudistukseen konkretisoitunutta kehityskulkua toimii selityksenä sille, miksi merikoskelainen julkisoikeus kadotti miltei *kokonaan* valtiosäännön ja hallinto-oikeuden keskinäisen yhteyden.⁵⁶³ Tuori osoittaa tässä yhteydessä, miten ilmeinen tämä yhteys kuitenkin on. Yhteys löytyy käyttäen apuna perusoikeuksien

⁵⁶⁰ Länsineva 2011, § 15.

⁵⁶¹ PeVL 25/2005 vp, s. 3.

⁵⁶² Länsineva 2002, s. 229–232.

⁵⁶³ Tuori 1999, s. 535.

yleisten rajoitusedellytysten testiä, jonka puitteissa on mahdollista perustella kantaa, jonka mukaan näihin edellytyksiin on kiinnitettävä huomiota ”paitsi lain säätämisen myös lain soveltamisen vaiheessa”.⁵⁶⁴ Ilmeisin yhteys tässä kohdin rakentuu valtiosääntöisen suhteellisuusperiaatteen (yleinen rajoitusedellytys) ja hallinto-oikeudellisen suhteellisuusperiaatteen välille. Tässä yhteydessä lainattu perustuslakivaliokunnan suhteellisuusvaatimusta perusoikeuksien yleisenä rajoitusedellytyksenä luonnehtiva lausunto toistaa nimittäin saksalaisen, laajan soveltamisan (myös organisatorisesti akselilla lainsäätäjähallinto) omaavan suhteellisuusperiaatteen keskeisen sisällön rakennetta myöten:

”(Perus)oikeusrajoitusten on oltava suhteellisuusvaatimuksen mukaisia. Rajoitusten tulee olla välttämättömiä hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi. Jokin perusoikeuden rajoitus on sallittu ainoastaan, jos tavoite ei ole saavutettavissa perusoikeuteen vähemmän puuttuvien keinoin. Rajoitus ei saa mennä pidemmälle kuin on perusteltua ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään” (PeVM 25/1995 vp, s. 5).

Luottamuksensuojan valtiosääntöinen kiinnekohta jää tässä vaiheessa vielä avoimeksi, mutta ilmeisesti ainakin olemassa olevaksi, sillä sen suhde perusoikeuksiin paljastuu analyysissä kiinnostavaksi mm. sen johdosta, että eräissä ”eläkeetuksien perustuslain suojaa koskevissa perustuslakivaliokunnan lausunnoissa (35/1993 vp ja 3/1994 vp) voidaan nähdä ainakin ituja eräänlaiselle valtiosääntöoikeudelliselle luottamuksensuojan periaatteelle.” Kuten *Sosiaalioikeus*-teoksen tuoreimmista painoksista havaitaan, eivät nämä idut ole jääneet itämättä, vaan valtiosääntöoikeudelliselle luottamuksensuojan periaatteelle on annettu merkitystä arvioitaessa sosiaalisten etuuksien omaisuudensuojan ulottuvuutta.⁵⁶⁵

Huolimatta siitä, että luottamuksensuojaperiaatteelle on valtiosääntöisenä oikeusperiaatteena annettu merkitystä jäljempänä tässä tutkimuksessa eriteltävin tavoin myös muissa yhteyksissä, olisi liioiteltua väittää Suomen julkisoikeudellisesta teorianmuodostuksesta pystyttävän identifioimaan saksalaiseen *oikeutusperusta*-keskusteluun rinnastettavissa olevaa oppia luottamuksensuojan valtiosääntöisestä perustelusta. Tämä näyttäisi vastaavan *Outi Suvirannan* havaintoa, jonka mukaan ainakin vielä 1990-luvulla oli syytä todeta, että ”viime vuosikymmeninä suomalaisessa hallinto-oikeudellisessa lainopissa oikeusjärjestystä ei ole pyritty esittämään oikeusperiaatteista ja niiden alaperiaatteista sekä oikeuskäsitteistä ja niiden alakäsitteistä koostuvina abstrakteina rakenteina”.⁵⁶⁶ Suvirannan

⁵⁶⁴ Tuori 1999, s. 536.

⁵⁶⁵ Tuori – Kotkas 2008, s. 235.

⁵⁶⁶ Suviranta LM 2004, s. 1435.

mukaan olisi ollut jopa ”surprising to find debate in Finnish dogmatics on, e.g., whether the principle of legitimate expectations or that of conformity of administration to law should be regarded as applications of the principle of the rule of law or that of legal certainty”.⁵⁶⁷

Tarve Suvirannan tarkoittamalle keskustelulle on kuitenkin ilmeinen. Voidaan viitata esimerkiksi jo tutkimuksen alussa mainittuun luottamuksensuojaratkaisuun KHO 2006:90, jossa oli pääpiirteissään kysymys siitä, oliko Suomen kunniapääkonsulaatille määrääjän puitteissa jätetty ilmoitus tullut toimitetuksi toimivaltaiselle viranomaiselle. KHO:ssa ratkaistavana oleva oikeuskysymys palautui kysymyksen siitä, oliko ilmoituksen perusteella tehtyä merkintää Suomen kansalaisuudesta pidettävä virheellisenä, kun ilmoitus oli määrääjän puitteissa toimitettu ”*nettisivustojen mukaan toimivaltaiselle viranomaiselle*” lain mukaan toimivaltaisen viranomaisen asemesta. KHO:n mukaan otettaessa huomioon ”hallintolain 6 §:ssä mainittu luottamuksensuojaperiaate ja hyvän hallinnon perusteet, A on näissä oloissa voinut luottaa siihen, että hänen tahdonilmaisunsa halustaan säilyttää Suomen kansalaisuus on tullut toimitetuksi ajoissa toimivaltaiselle viranomaiselle”.

Kansalaisuuslain sanamuotojen sivuuttaminen vaikuttaisi asiassa luottamuksensuojan näkökulmasta perustellulta, mutta kaipaasi tuekseen ratkaisun ilmeisen *contra legem* -luonteen vuoksi *Verfassungsrang*-argumentaatiota. Tätä näkökohtaa ei sanottavasti muuta, että kyseisessä tapauksessa luottamuksensuoja ei johtanut julkisen vallan näkökulmasta haitalliseen lopputulemaan esimerkiksi taloudellisen etuuden lainvastaisen myöntämisen muodossa. Sinänsä on kiistatonta, kuten erityisesti jäljempänä tarkasteluun tuleva *common law*’n menettelylinen luottamuksensuojaortodoksia osoittaa, että julkisen vallan käytön päämäärille neutraali luottamuksensuoja on ollut vähäisemmällä argumentaatiolla yleiseurooppalaisessakin keskustelussa hyväksyttävissä. Ottaen kuitenkin huomioon myös lainalaisuuden varsin triviaalin PL 2.3 §:äänkin palautuvan *Verfassungsrangin* Suomessa, ei kysymystä luottamuksensuojan vastaavasta valtiosääntöisestä perustelusta voi tässä kohdin sivuuttaa: ratkaisussa KHO 2006:90 sivutettiin nimenomaisesti sen tosiseikkoihin soveltunut lain tasoinen oikeusnormi.

Suvirannan analyysin mukaan tämän tapaiset pohdinnat näyttäisivät olevan Suomessakin taas osa hallinto-oikeutta, osana siinä tapahtunutta valtiosääntöisten kytkentöjen uudelleen löytämisestä.⁵⁶⁸ Suomalaisessa julkisoikeudessa ei näyttäisi olevan viime vuosikymmenien konstitutionalisoitumiskehitys huomioon ottaen varsinaista estettä tällaiselle kehitykselle, edes sen avoimesti tavoitteellisessa *Verfassungsrangin* konstituoinnin merkityksessä. Tavoitteellisesta argu-

⁵⁶⁷ Suviranta 1998, s. 217.

⁵⁶⁸ Suviranta LM 2004, s. 1435.

mentaatiosta Suomen oikeudessa toimii edustavana esimerkkinä KHO:n ratkaisu KHO 1999:33 – tai pikemminkin siihen kohdistuneeseen purkuhakemukseen annettu ratkaisu.

Ratkaisussa KHO 1999:33 sivuutettiin autoverolain mukaisen veron täysimääräinen suorittamisvelvollisuus suhteellisuusperiaatteen nojalla. KHO:n mukaan lain sanamuodon mukainen tulkinta olisi merkinnyt autoveron täysimääräistä suorittamisvelvollisuutta, mutta tällainen veroseuraamus ei olisi ollut oikeassa suhteessa käytön tilapäisyyteen ja vähäisyyteen. KHO ratkaisi muun ohella tämän perustelun johdosta ongelman kuitenkin formaalin laintulkinnan keinoin: ”[n]äistä syistä lain 35 §:n 1 momenttia, erityisesti sen 2 kohtaa, voidaan käytön tilapäisyyteen ja vähäisyyteen nähden näihin rinnastettavissa tilanteissa *tulkita laajentavasti* siten, ettei kysymyksessä olevan kaltainen ajoneuvon käyttö aiheuta velvollisuutta suorittaa autoveroa”.

Tulliasiamies haki kuitenkin ratkaisun purkua mm. sillä perusteella, että mainittu laajentava tulkinta ei mahtunut lain sanamuotoihin ja oli tämän johdosta vero-oikeudellisen legaliteettiperiaatteen vastainen. KHO:n purkuhakemukseen antamassa ratkaisussa KHO 11.9.2000 T 2237 tämä ongelma ratkaistiin saksalaisesta doktriinista tutulla tavalla *Verfassungsrangin* konstruoinnilla. Siinä missä KHO 1999:33 vaikenä sovellettavana olleen suhteellisuusperiaatteen tarkemmas- ta luonteesta, otettiin jälkimmäisessä päätöksessä eksplisiittinen suhteellisuusperiaatteen valtiosäännön tasolle nostava kanta. KHO:n mukaan ”purettavaksi vaadittua päätöstä annettaessa voimassa olleen HM 12 §:ssä oli perusoikeutena säädetty omaisuuden turvasta...”, minkä johdosta ”vaatimus teon ja seuraamuk- sen välisestä oikeasta suhteesta lain soveltamisessa voidaan yksittäistapauksissa perustaa omaisuuden suoja koskevien säännösten perusoikeusmyönteiseen tul- kintaan”. Kuten *Veli-Pekka Viljanen* perusoikeusargumentaatiota tässä nimen- omaisessa ratkaisujen kokonaisuudessa luonnehtii, purkuhakemukseen annetus- sa ratkaisussa KHO ”otti käyttöönsä” perusoikeusargumentit, joiden avulla se ”saattoi irtaantua lain sanamuodon mukaisesta normaalitulkinnasta”.⁵⁶⁹

Vastaavanlaisia esimerkkejä voidaan identifioida monia muitakin. Esimerkik- si *Jaakko Husa* katsoo kriittiseen sävyyn ratkaisussa KHO 2004:15 olleen kyse ”ylimmän hallintolainkäyttäjän *tietoisesti* valitsemasta perusoikeusargumentaa- tiolle avoimesta tulkintalinjasta”.⁵⁷⁰ Tällainen tavoitteellisuus suomalaisessa oi- keusturva-argumentaatiossa ei ole tietenkään mikään käänteentekevä uutuus. Esimerkiksi muut hallinto-oikeuden yleiset oikeusperiaatteet tukeutuvat Meri- kosken opissa niin niukkaan oikeuskäytäntöön,⁵⁷¹ että voidaan perustellusti *An-*

⁵⁶⁹ Viljanen 2001, s. 227.

⁵⁷⁰ Husa LM 2006, s. 650, kurs. M.K.:n.

⁵⁷¹ Merikoski 1968, s. 58 ss.

tero Jyrängin sanoin arvioida teorian ja käytännön suhdetta: ”[p]eriaatemuodostusta hallinto-oikeudellinen oikeuskäytäntö ohjasi perimmiltään hyvin vaatimatomasti, osaksi ei lainkaan. Pikemminkin teoriaa muodostettiin tarkoituksella ohjata käytäntöä, ja käytäntö alkoikin suuntautua teorian mukaan”.⁵⁷²

Esimerkit osoittavat, että perustuslakiin kiinnittyvän justifikaation konstruointi kontekstiin, jossa sitä ei ennen ole havaittu, ei ole suomalaisessakaan oikeuskulttuurissa erityisen vieras ajatus, eikä sitä sellaisena voi pitää edes – tai tämän luvun sisältö huomioden ainakaan – luottamuksensuojan kohdalla. Vastaus siihen, minkä sisältöinen *Verfassungsrangin* omaava luottamuksensuojajustificatio Suomen julkisoikeuteen on perusteltua konstruoida, ei kuulu vielä tämän välitilinpäätökseen puitteissa esitettäväksi. Perusteltua vastausta varten on omaksuttava luottamuksensuojajymmärrys vielä tutkimuksen kohteena olevasta toisesta suuresta oikeuskulttuurista.

3.8 RULE OF LAW JA LUOTTAMUKSENSUOJA

Rule of law -ajatusta pidetään *common law*’n vakiintuneimpana konstitutionaalisena periaatteena. Sen positiivisoikeudelliset ilmiöt viittaavat siihen nimenomaan sellaisena kuin se on *common law*’n käytännöissä muotoutunut. Esimerkiksi vuoden 2005 Constitutional Reform Act, jolla mm. perustettiin uusi *korkein oikeus*, tunnustaa *rule of law*’n olemassaolon nimenomaan pyrkimättäkään muuttamaan sen *common law*’ssa muotoutunutta sisältöä: statuutin ensimmäisen säännöksen mukaan ”[t]his Act does not adversely affect the existing constitutional principle of the rule of law”. Sisällöltään *rule of law* -doktriini onkin Englannin *common law*’ssa vielä nykypäivänäkin olennaisesti kiinni niissä lähtökohdissa, jotka A. V. Dicey muotoili 1800-luvun lopussa. Diceyn *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885) kiteyttää siihenastisen *common law*’n *rule of law*’ksi, jonka ytimenä on vallankäyttäjien tahdon monopolin korvaaminen vaatimuksella vallankäytön perustumisesta oikeuteen. Diceyn sanoin:

”No man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary courts of the land. In this sense the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons on authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint.”⁵⁷³

⁵⁷² Jyränki 2002, s. 706.

⁵⁷³ Dicey 1961, s. 188.

Diceyn opin perintönä *common law*'ta leimaa edelleen hieman ambivalentti suhtautuminen julkisoikeuteen. Diceyn oppiin kuuluva yhdenvertaisuuden elementti edellyttää nimittäin ensinnäkin sitä, että ranskalainen tapa järjestää hallintolainkäyttö erillisten tuomioistuinten varaan ei ollut Englannissa mahdollinen. Tuomiovallan käyttöä koskeva vaatimus ”*before the ordinary courts of the land*” koski myös – ja oikeastaan erityisesti – virkamiehiä. Tämä selittyy sillä, että Dicey käsitti *droit administratifin* erityisine hallintotuomioistuimineen olevan järjestelmä, jonka funktio oli *suojata julkista valtaa ja virkamiehiä kansalaisilta*.⁵⁷⁴

Diceyn konstruktioa kohtaan on esitetty perusteltua kritiikkiä siitä, että Dicey ei ilmeisestikään ymmärtänyt julkisoikeudellisten ja/tai hallinnollisten institutioiden olemassaoloa, olemassaolon oikeutusta ja luonnetta sen paremmin Englannissa kuin Manner-Euroopassakaan. Varsin yleinen sisällöllinen kritiikki kohdistuu siihen, että itse asiassa esimerkiksi *droit administratifin* avulla torjutun mannermaisen hallinto-oikeuden keskeinen tehtävä onkin Diceyn siitä tekemän tulkinnan vastakohta: suojata kansalaista valtiolta.⁵⁷⁵ On myös huomautettu, että mikäli olemassa oleva *common law* kodifioitaisiin kokonaisuudessaan, olisi ainakin määrällisesti valtaosa siitä luokiteltavissa hallinto-oikeudelliseksi. Näin Diceyn konstruktio ja sen varaan rakentavat hallinto-oikeustieteelliset doktriinit ovat itse asiassa vuosikymmenten ajan kokonaan sivuuttaneet suurimman osan voimassa olevaa oikeutta.⁵⁷⁶

Toinen Diceyn oppiin liittyvä ongelmallinen piirre kytkeytyy hallinto- tai julkisoikeuden määrittelyyn. Diceyn katsotaan yleensä samastaneen julkis- tai hallinto-oikeuden olemassaolon erillisen *hallintolainkäytön* olemassaoloon joko organisatorisessa tai proseduraalisessa merkityksessä.⁵⁷⁷ Tämä samastus asetti kuitenkin merkittäviä esteitä myös aineellisen hallinto-oikeuden kehittämislle:⁵⁷⁸ esimerkiksi oikeuskäytännössä saatettiin torjua ajatus aineellisesta hallinto-oikeudesta toteamalla, että ”[o]ur English law does not allow a public officer to shelter behind a *droit administratif*”.⁵⁷⁹ Osaksi näistä syistä johtuen *common law*'n hallinto-oikeus jäi pitkäksi lapsenkenkiensä: aineellisesti riittämätön ja organisatorisesti olematon hallinto-oikeus katsottiin vielä muutama vuosikymmen sitten kokonaan kyvyttömäksi modernin valtion ja sen vallankäytön kontrolloimiseen.⁵⁸⁰

⁵⁷⁴ Dicey 1961, s. 202–203, 328 ss.

⁵⁷⁵ Ks. esim. Künnecke 2007, s. 75–76.

⁵⁷⁶ Poole 2011, § 60 rn. 12.

⁵⁷⁷ Wade – Forsyth 2000, s. 24.

⁵⁷⁸ Allison 2000, s. 170 ss.

⁵⁷⁹ Ministry of Housing and Local Government v Sharp [1970] 2 QB 223.

⁵⁸⁰ Mitchell 1965, s. 95.

Nyttemmin esimerkiksi hallinto-oikeuden katsotaan olevan olemassa paitsi oikeuden- ja tieteenalana, myös hallinto-oikeuden alalla toimivaltaa omaavina erityistuomioistuimina. Itse asiassa, hallinto-oikeuden on katsottu etääntyneen varsin kauas Diceyn sitä kohtaan tuntemasta epäluulosta: esimerkiksi *De Smithin* klassikko *Judicial Review* lähtee uusimmassa painoksessaan siitä, että englantilainen hallinto-oikeus on saavuttanut ainakin ranskalaisen hallinto-oikeuden alan, ja sisällöllisestikin johtaa usein samaan lopputulemaan. De Smith -klassikon nykyisten kirjoittajien arviossa tällainen hallinto-oikeus näyttäytyy koko *common law*'n nykypäivän eräänä arvostetuimpana saavutuksena.⁵⁸¹ Tästä huolimatta doktriinissa edelleen läsnä olevan ortodoksian merkitystä ei ole syytä vähätellä: tämän tutkimuksen kohteena olevaa luottamuksensuojadoktriinia ei voi ymmärtää, ellei siihen liittyvää keskustelua kytketä kontekstiinsa osaksi ortodoksioista eroon pyrkivää hallinto-oikeutta. Tutkimuksen edetessä tullaan varsin seikkaperäisesti osoittamaan, miten suhteellisuusperiaate ja luottamuksensuojaperiaate osana hallintotoiminnan sisällöllistä laillisuusarviota ovat kenties keskeisin osa ortodoksian hylkäämistä. Ne eivät ole tämän kehityksen sivujuonteita, vaan hallinto-oikeudellisissa kontekstissa ne *muodostavat* kyseisen kehityksen. Tämän kehityksen ymmärtäminen on mahdollista vain, mikäli sen ajallisena lähtöpisteenä toimivan ortodoksian olennaiset elementit suhteutetaan siihen.

Diceyn opin perintönä englantilainen hallinto-oikeus sitoutuu nimittäin paikka paikoin edelleen niihin Diceyn yhdenvertaisuuteen nojaaviin näkökohtiin, jotka edellyttävät lain pitäytymistä sellaisessa formaaliin universaaliuteen nojaavassa hallinto-oikeuden alan suppeana pitävässä tulkinnassa, joka ei mahdollista esimerkiksi hallintoviranomaisen tekemän päätöksen *tosiasiapuolen* tutkimista. Esimerkiksi Diceyn perintöä hallinto-oikeudessa laajasti rekonstruoinut *John A. Rohr* on pitänyt *ultra vires* -ortodoksian ylläpitoa *common law*'n *judicial review*'n oikeutusperustana *suorana* perintönä Diceyn hallinto-oikeudellisista *nihilismist*ä.⁵⁸² Perintö ei jää pistemäisten esimerkkien varaan, vaan on yleisemminkin vallalla oleva *oikeuskulttuurinen* käsitys, jonka mukaan hallinto-oikeuden ei tule asettaa kohtuuttomia rasituksia hallintotoiminnalle. Ehkä hieman paradoksaalisesti Diceyn *droit administratif*ä kohtaan tunteman epäluulon taustalla olevat syyt manifestoituivatkin perintönä, jossa minimalistinen, *judicial restraint* -ajatuksen sitoutunut hallinto-oikeus aloitti itsenäisenä disiplinaarina tehtäväänsä *mahdollistaa* hallintoviranomaisten tehokas julkisen intressin toteuttaminen.⁵⁸³

Rule of law ja sen suhde hallinto-oikeuteen voidaan kuitenkin hahmottaa toisinkin, kuten nykypäivän *common law*'ta oikeusperustaisen oikeusajattelun

⁵⁸¹ De Smith et al. 2007, s. 8.

⁵⁸² Rohr 2002, s. 12.

⁵⁸³ Jowell 2007, s. 56.

suuntaan, irti formaalista *rule of law*'sta luotsaava *common law constitutionalism* (CLC) osoittaa. CLC:n keskeisin ajatus voidaan hallinto-oikeuden kannalta tiivistää ajatukseksi oikeusperustaisesta oikeusajattelusta,⁵⁸⁴ joka pyrkii nimenomaisesti erkanemaan diceylaisesta parlamentin omnipotenssista, siihen kytkeytyvästä äärimmäisen muodollisesta *rule of law* -käsituksesta, *ultra vires* -ortodoksiasta tällaisen *rule of law*'n vartijana sekä tässä ympäristössä lähinnä Diceyn traditionaalisten oppien vaikutuksesta syntyneen *judicial restraintin* ja sen keskeisen konkretisoituman, *Wednesbury*-ortodoksian vallitsevuudesta hallinto-oikeudessa.⁵⁸⁵

Mikäli lähtökohdaksi otetaan mannermaiseen tapaan käsitys *rule of law*'sta sidoksissa oikeusturvaa valtiota vastaan antaviin oikeutusperusteisiinsa, voidaan myös *rule of law*'n varaan rakentaa tässä tutkimuksessa omaksutun *red light*-teorian mukainen moderni hallinto-oikeus, kuten esimerkiksi *Paul Craigin* teorianmuodostus on osoittanut. Tällaisen *rule of law*'n muutoksen ytimeen kuuluu kolme keskeistä keskustelua, jotka ovat heijastuneet välittömästi myös luottamuksensuojakeskusteluun. Keskustelut eivät ole toisistaan irrallisia, vaan muodostavat jo ortodoksian mukaisen *common law*'n teoriassa kiinteän kokonaisuuden: kyse on brittiläisen konstituutioajattelun keskeisten elementtien, *rule of law*'n, parlamentin suvereenisuuden, lakiin sidotun hallinnon ja *ultra vires* -doktriinin leikkauspisteistä hallinto-oikeudessa. Julkisoikeuden valtiosääntöistyminen ei ole kuitenkaan kadottanut niiden merkitystä, joskin niiden sisältö on luonnollisesti olennaisella tavalla modifioitunut. Ne ovat kuitenkin edelleen – suhteellisuusperiaatteella täydennettynä – olleet keskeisimpiä tekijöitä siinä keskustelussa, joka on koskenut luottamuksen suojaamisen mahdollisuuksia *common law*'n hallinto-oikeudessa.

3.8.1 Rule of Law'n tarkoitus

Diceyn *rule of law* sisältää ensinnäkin vaatimuksen julkisen vallan käytön *lakiperustaisuudesta*. *Rechtsstaat*-oikeuskulttuurin näkökulmasta tällainen vaatimus *common law* -järjestelmän piirissä esitettynä saattaa vaikuttaa ensi silmäyksellä oudolta. Kun *common law*'ta ei voi pitää ensisijaisesti kirjoitetun lain systeiminä, nousee esiin kysymys lakiperustaisuuden kohteesta: sen *rule of law* näyttäisi olevan ”*rule of law without the rules*”.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ Craig 2008, s. 25.

⁵⁸⁵ Kokoavasti ks. myös Leslie 2010, s. 301–323.

⁵⁸⁶ Waluchow 2007, s. 198.

Jo *Entick vs. Carrington*⁵⁸⁷ vuodelta 1765 osoittaa tällaisen luonnehinnan ongelmalliseksi. Tätä 250 vuotta vanhaa tuomiota pidetään edelleen julkisen vallan käytön lakiperustaisuuden vaatimuksen perustapauksena *common law*'ssa.⁵⁸⁸ Tapauksessa oli pääpiirteissään kysymys siitä, oliko kruunun valtiotsihteerin määräämä kotietsintä vallankumouksellisen materiaalin julkaisemisesta epäillyn ja pidätetyn kirjailija *John Entickin* asunnossa laillinen. Entick voitti kanteensa kruunua vastaan, sillä kruunulla ei ollut osoittaa laillista perustaa kotietsinnälle sen paremmin *common law*'sta kuin säädännäisestä oikeudestakaan, eivätkä hallitsijan prerogatiivit ulottuneet hallitsijan henkilöä ulommaksi: valtiotsihteerin toimivalta ei ollut johdettavissa hallitsijan henkilöstä. *Entick vs. Carringtonissa* julkilausutut oikeusohjeet ovat muodostaneet keskeisen osan *common law*'n doktriinia koskien julkisen vallankäytön suhdetta lakiin yli kahden sadan vuoden ajan. Sen on katsottu osoittavan paitsi *rule of law*'lle aineellista sisältöä, myös auttavan ymmärtämään *common law*'n ja *rule of law*'n suhdetta: mainitun tapauksen varaan rakentuva myöhempi *common law* on tuottanut sen aineellista sisältöä edelleen kehittävän järjestelmän, jota esimerkiksi *Waluchowin* mukaan erottaa mannermaisesta tavasta ymmärtää *rule of law*'n edellyttämät säännöt oikeastaan vain sen kodifioimattomuus.⁵⁸⁹

On kuitenkin pidettävä mielessä, että brittiläinen *rule of law* rakentuu ortodoksisessa perustelussaan brittiläisen konstituution toisen peruspilarin mukaisesti parlamentin suvereenisuudelle, eikä tässäkään mielessä ole kokonaan kirjoittamattoman oikeuden järjestelmä. Kirjoitettu statuuttioikeus ei siis ole *common law*'llekaan tuntematon. *Common law constitutionalism* -keskustelussa on keskeisiltä osin kysymys muutoksesta *common law*'n ja statuuttioikeuden keskinäisissä suhteissa: esimerkiksi *T.R.S. Allan* luonnehtii *rule of law*'ta *common law* -ympäristössä käsitteellä *rule of common law*, jota täydentää statuuttioikeus.⁵⁹⁰

Common law'n tarkoittama oikeus rakentuu kokonaisuudesta, johon suvereenin parlamentin tuottamat oikeudellisesti merkitykselliset tahdonilmaisut (*Acts of Parliament*) eli yleensä statuuttioikeus sulautetaan. Diceyn *rule of law* rakentui sille ajatukselle, että parlamentti toteutti suvereenisuuttaan ainoastaan tässä muodossa: säädökseen kirjaamatta jääneet tarkoitukset olivat oikeudellisesti merkityksettömiä, ja näiltä osin säädöksiä tuli tulkita systemaattisena osana *common law*'ta sen periaatteet huomioiden.⁵⁹¹ Lainsäätäjä poliittisena elimenä (*legislator*) omine päämäärineen katosi kuvasta.⁵⁹² Diceyn *rule of law*'lle moder-

⁵⁸⁷ *Entick vs. Carrington* (1765) 19 St. Tr. 1030.

⁵⁸⁸ Turpin – Tomkins 2008, s. 78.

⁵⁸⁹ Waluchow 2007, s. 199.

⁵⁹⁰ Allan 1993, s. 4.

⁵⁹¹ Dicey 1961, s. 407.

⁵⁹² Santoro 2007, s. 176.

nia sisältöä annettaessa onkin Allanin mukaan pidettävä mielessä se *common law*'n ja statuuttioikeuden välinen työnjako, jossa *common law* parlamentin lyhyen tähtäimen tavoiterationaalisuudesta poiketen painotti pysyvyyden ja vastavuoroisuuden varaan rakentuvia vallankäytön muotoja ja niihin kytköksissä olevia oikeuksia ja arvoja.⁵⁹³ Näin ymmärrettyssä työnjaossa on kyse ennen kaikkea siitä, että oikeutta *common law*'n ja statuuttioikeuden muodostamana kokonaisuutena tarkastellaan oikeudesta (*common law*), eikä poliittisesta lainsäätäjästä käsin: *common law*'lle merkityksellinen statuuttioikeuden lähde ei ole *legislator*, vaan *law-maker*.

Tällainen oikeuden sisäinen työnjako ei ole tuntematon *common law*'n ulkopuolellakaan. Esimerkiksi käyköön Kaarlo Tuorin tapa jäsentää modernin oikeuden aikakäsitystä *ration* ja *voluntaksen*, tai jo kriittisestä oikeuspositivismista tuttuun oikeuden pintatasoon ja sitä syvempien kerroksien erilaisella aikakäsityksellä. Tuori tunnustaa tässä velkansa *rule of law*'n takana piileville oikeusajatuksille jo saatteessa matkalle *common law*'n traditionaalisesta järjestä *Rechtsstaatin* diskursiiviseen rationaliteettiin.⁵⁹⁴ Tuori rakenteistaakin oikeusjärjestyksen erilaisille aikakäsityksille, jotka ovat tuttuja *common law*'sta. Lähtökohtana on modernin oikeuden positiivisuus, alati muuttuva ja muutettavissa oleva oikeuden pintataso, jota vastaan asetetaan oikeuden syvätason hidas aikakäsitys. Syvärakenteeseen kerrostunut *ratio* ja sen hidas aikakäsitys rauhoittavat lyhytjänteisen *voluntaksen* oikeuden pintatasolle aiheuttamia turbulensseja.⁵⁹⁵

Tuskin tekee hallaa sen paremmin Tuorille kuin *common law*'llekaan havaita *ration* ja *voluntaksen* näin jäsenyvän suhteen olevan hyvin läheistä suhua niille edellä selostetuille ajatuksille, joita *common law*'n piirissä on esitetty statuuttioikeuden ja *common law*'n välisestä työnjaosta. Tätä työnjaon yleistä luonnehdintaa voidaan täydentää Allanin erottelulla *common law* -tuomion aikaulottuvuuksista. Allan erottaa toisistaan säädännäisen oikeuden prospektiivisuuden ja *common law* -tuomion retrospektiivisuuden, mutta vain rajoitetussa mielessä: *common law*'n retrospektio ei merkitse formaalia traditionalismia, vaan se rajoittuu oikeuden uudistamiseen *common law*'ssa vakiintuneiden periaatteiden uustulkintoilla.⁵⁹⁶ Allanin retrospektiivisuus konkretisoituu näin täsmennettynä lähinnä relatiiviseksi, jopa antagonistiseksi suhteeksi lainsäätäjän prospektiivisuuteen.

Diceyn pohjalta jalostetun *common law*'n teorian mukaan parlamentin suvereenius tarkoittaakin lopulta vain parlamentin oikeutta ”ehdottaa” lainsäädäntöä otettavaksi osaksi *common law*'ta.⁵⁹⁷ Tästä johtuen Diceyn ajattelussakin tuo-

⁵⁹³ Allan 1999, s. 240.

⁵⁹⁴ Tuori 2007, s. 5.

⁵⁹⁵ Tuori 2007, s. 48–50.

⁵⁹⁶ Allan 1999, s. 241.

⁵⁹⁷ Santoro 2007, s. 178.

mioistuimet ovat – ehkä jopa hieman paradoksinomaisesti – suvereenin parlamentin asemesta ”*the real masters of law*”.⁵⁹⁸ Kyse ei kuitenkaan ole sen paremmin tuomioistuinten ylivallasta kuin parlamentin absoluuttisesta suvereenisuudesta, vaan *rule of law*’n sisäistämää julkisen vallan lakiperustaisuuden vaatimusta on luettava yhdessä parlamentin suvereenisuuden kanssa.⁵⁹⁹ Näiden leikkauspisteestä muodostuu sekä *rule of law*’n että parlamentin suvereenisuuden tarkoitukset Diceyn ajattelussa sekä avain *rule of law*’n ja parlamentin suvereenisuuden välisen paradoksin avaamiseen.

Parlamentin suvereenius tarkoitti Diceylle parlamentin valtaa säätää tai kumota minkälaisen lain tahansa ilman että kenelläkään henkilöllä tai millään elimellä on oikeutta sitä kumota tai syrjäyttää. Näihin valtaoikeuksiin kytkeytyy kiinteästi konstituution kirjoittamattomuus⁶⁰⁰: suvereenisuuden näkökulmasta konstitutiolla ja muilla laeilla ei ollut Diceyn ajattelussa oikeudellista eroa.⁶⁰¹ Parlamentin näin määritellyn suvereenisuuden ymmärtäminen edellyttää kuitenkin sen kytkemistä siihen historialliseen kontekstiin, jossa se muotoiltiin: *rule of law*’n historia kytkeytyy parlamentin ja kruunun väliseen valtataisteluun. Sekä ajatus parlamentin suvereenisuudesta että *rule of law* muodostivat parlamentin ja tuomioistuinten liiton kruunua vastaan, jonka menestyksellisenä poliittisena perusteluna toimi *Whigien* käyttämä iskulause englantilaismiehen vapauksista.⁶⁰²

Tätä taustaa vasten on ymmärrettävissä *CLC*:n oppien keskeisiin muotoilijoihin kuuluvan *Paul Craigin* tekemä täsmennys parlamentin suvereenisuuteen. *Craigin* parlamentti on toki edelleen lähtökohtaisesti *omnikompetentti*, mutta myös – ja erityisesti – relatiivinen valtamonopoli. *Omnikompetentilla* brittiläisessä konstituutiossa on tarkoitettu perinteisesti sitä, että Englannin parlamentti voi halutessaan periaatteessa kieltää vaikka tupakoinnin Pariisissa.

Valtamonopoli parlamentin suvereenisuuden osana sitä vastoin on kytköksissä *rule of law*’n ja parlamentin suvereenisuuden leikkauspisteeseen. Parlamentin valtamonopolilla *Craig* tarkoittaa sitä, että Diceyn ajattelussa keskeistä oli sittenkin juuri ulottuvuus, jonka mukaan kaikki julkinen vallankäyttö oli *rule of law*’n johdosta ainakin periaatteessa keskitetty parlamentin kontrolliin.⁶⁰³ Näin arvioituna parlamentin suvereenisuuteen kytköksissä oleva *rule of law* määrittyy oikeuden ja hallinnollisen vallan välisen suhteen määrittäjäksi, jossa olennaista ei

⁵⁹⁸ Santoro 2007, s. 183.

⁵⁹⁹ Ks. myös Rohr 2002, s. 9.

⁶⁰⁰ Brittiläisen konstituution kirjoittamattomuudesta huolimatta suuri osa sen sisällöstä on kuitenkin kirjoitettu lakina voimassa oleviin säädöksiin, ks. tarkemmin Turpin – Tomkins 2008, s. 139. Onkin ehdotettu, että termin ”*unwritten*” asemesta käyttöön otettaisiin brittiläistä konstituutiota paremmin kuvaava ”*hidden and difficult to find*”. Ks. emt. s. 29.

⁶⁰¹ Dicey 1961, s. 39–40, 91.

⁶⁰² Santoro 2007, s. 153–160.

⁶⁰³ Craig 2008, s. 4–5.

olekaan parlamentin teoreettinen omnikompetenssi, vaan julkisen vallan käytön saattaminen *oikeuden valtakuntaan rule of law'n* piiriin, jota hallitsivat ”*the real masters of law*” eli tuomioistuimet.

Kun Diceyn konstruktion tarkoituksena on torjua hallinnon laaja, mielivaltainen ja harkinnanvarainen yksityisten ihmisten vapauksiin puuttuva vallankäyttö, saattaisi olla luontevaa ajatella siihen kuuluvan myös sisällöllisiä vaatimuksia. Tällainen tulkinta avaisi sen myös saksalaiseen tapaan vastaanottavammaksi hallintoon ja mahdollisesti jopa lainsäätäjään kohdistuvalle luottamuksensuoja-periaatteelle. Esimerkiksi Allan on liberaalista positiostaan ajatellut olevan mahdollista, että Diceyn konstruktiota *rule of law'sta* voisi tulkita siten, että se perustaa myös aineellisia oikeuksia ts. rajaisi parlamentin suvereenisuutta.⁶⁰⁴ Vallitsevana *common law'n* piirissä lienee kuitenkin Craigin tulkinta, jonka mukaan aineellinen päätelmä on virheellinen, ja Diceyn mielivallan kieltö on luonteeltaan yksinomaan formaali. Craigin mukaan Diceyn käyttämälle termille *arbitrary* ei ole tässä kontekstissa voitu osoittaa muuta olennaista sisältöä kuin sen antinomien suhde oikeuteen.⁶⁰⁵ Toisaalta on otettava vakavasti myös Allanin tulkinnalleen esittämä puolustus, jonka mukaan Diceyn oppia *rule of law'sta* on perusteltua lukea ennen kaikkea sen tarkoituksen valossa.⁶⁰⁶

Näin on mahdollista avata myös tuomioistuinten korostetun aseman ja parlamentin valtamonopolin välinen paradoksi. Diceyn ajattelussa tuomioistuinten yleinen, säädännäiseen oikeuteen perustumaton toimivalta hallinnon kontrolliin (*judicial review*) ei merkitse parlamentin suvereenisuuden rajoitusta, vaikka parlamentin valtamonopoli edellyttäisi tämänkin vallan olevan parlamentin käsissä. Perusteluna paradoksin purkamiseen toimii Diceyllä *rule of law*: tuomioistuinten *judicial review* -toimivallan oikeusperusta sijaitsee *rule of law'n* välityksellä parlamentin suvereenisuudessa, jota tuomioistuimet tällä toimivallalla puolustavat (kruunun) hallintoa vastaan.⁶⁰⁷ Vakiintuneesti puhutaankin *bi-polaarisesta suvereenisuudesta*.⁶⁰⁸

3.8.2 Rule of Law'n toteutus

Käsitys tuomioistuimista muodollisen *rule of law'n* vartijoina on ortodoksian teorianmuodostuksessaakin sovitettavissa yhteen parlamentin suvereenisuuden kanssa, mutta vain tietyin reunaehdoin. Nämä reunaehdot muotoiltiin jo *Entick v.*

⁶⁰⁴ Allan 1993, s. 46.

⁶⁰⁵ Craig 1997, s. 471–472.

⁶⁰⁶ Allan 1999, s. 243.

⁶⁰⁷ Wade 1961, s. xxvi., Craig 2008, s. 5.

⁶⁰⁸ Allan 2002, s. 102.

Carringtonissa, ja ne tyypistävät oikeudelliset vapaudet lainsäädännön *residuaaliksi*: vapaus palautuu yksin siihen, mitä oikeusjärjestys ei kiellä. Vaikka tämän lähtökohdan on katsottu myös oikeudellisesti muuttuneen viimeistään Euroopan ihmisoikeussopimuksen johdosta säädetyn *Human Rights Actin* säätämisen myötä vuonna 1998,⁶⁰⁹ on *rule of law*'n toteuttamisen kannalta merkityksellinen keskustelu Britanniassa käyty aivan viime päiviin asti melkein pä erillään perus- ja ihmisoikeusajattelusta parlamentin valtamonopolin ehdoilla.

Yksi *common law*'n hallinto-oikeuden vilkkaimmista keskusteluista viime vuosina on nimittäin keskittynyt *ultra vires* -doktriinin ympärille. Keskustelussa on pääpiirteissään kyse tuomioistuinten toimivallan perusteista ja rajoista parlamentin suvereenisuuden sekä *rule of law*'n muodostamassa kehikossa.⁶¹⁰ Kuten jäljempänä huomataan, se konkretisoituu olennaisena rajalinjana luottamuksen-suojadoktriiniin kysymyksenä lainvastaisten l. *ultra vires* -odotusten suojattavuudesta. *Ultra vires* -keskustelussa kysymyksenä *judicial review*'n toimivaltaperusteesta on karkeasti jaettuna kaksi puolta, perinteinen parlamentin suvereenisuutta korostava *ultra vires* -oppi sekä historiasta myös voimansa ammentava, mutta nykypäivän konstitutionalisminkin haasteisiin vastaamaan pyrkivä *common law* -suuntaus.⁶¹¹

Ultra vires -kiistan ymmärtäminen edellyttää taustaksi käsityksen siitä, että hallinnon oikeudellinen kontrolli tapahtuu Britanniassa edelleen pääasiassa yleisten tuomioistuinten toimivallan piirissä Diceyn *rule of law* -konstruktion sisältyvän yhdenvertaisuusajatuksen mukaisesti.⁶¹² *Judicial review* on Englannin oikeusjärjestelmässä nimenomaan hallinnon lainalaisuuden kontrollintijärjestelmä, eikä siis samastu esim. yhdysvaltalaiseen *judicial review* -normikontrollijärjestelmään.⁶¹³ Englannin *judicial review* ei parlamentin suvereenisuudesta johtuen lähtökohtaisesti sisällä lainkaan toimivaltaa *normikontrolliin*, vaan kyse on *rule of law*'n ylläpidosta⁶¹⁴: kohteena on yksittäinen hallintotoimi, jonka tuomioistuin voi kumota laillisuusperustein. Tuomioistuinten toimivallan kassatoriseen *judicial review* -kontrolliin sanotaan yleensä olevan edellä selostetusta *rule of law*'n ylläpitotehtävästä johtuen *common law*'ssa ”inherent”. Sen sijaan *appeal*-tyyppinen reformatorinen, tapauksen tosiasioihin keskittyvä muutoksenhakukeino edellyttää erillistä säädettyä toimivaltaperustetta. *Judicial review* puolestaan ulottuu vain laillisuuskyseysten tutkintaan, ja *ultra vires* -doktriinissa on kyse tämän tutkimisvallan oikeudellisista rajoista.

⁶⁰⁹ Turpin – Tomkins 2008, s. 728.

⁶¹⁰ Ks. esim. Craig 2003, s. 92–96 ja 104–107, Allan 2001, s. 45.

⁶¹¹ Kokoavasti ks. esim. Craig 2008, s. 16–18, keskustelun hienosyisemmästä jaottelusta esim. Ringhand 2005, s. 880–895.

⁶¹² Dicey 1961, s. 193 ss.

⁶¹³ Eroavaisuuksista esim. Ringhand 2005, s. 868–870.

⁶¹⁴ Wade – Forsyth 2009, s. 30.

Ultra vires -doktriinin ylläpitäjät sitoutuvat parlamentin suvereenisuuden ja tuomioistuimen toimivallan Diceylta tuttuun paradoksin ratkaisuun. Kun tuomioistuinten *judicial review* -toimivalta sidotaan parlamentin tahdon toteuttamiseen, häviää näiden kahden vallankäyttäjän konflikti taustalle. Näin *judicial review*'n sisältö voidaan muotoilla parlamentin omnipotenssia kunnioittaen: mikäli hallintoviranomainen on toiminut vastoin parlamentin tahtoa tai mennyt parlamentin ilmaisemaa tahtoa pidemmälle, katsotaan sen toimineen vailla toimivaltaa – *ultra vires*.

Ultra vires -opin kritiikki syntyi alun perin havainnosta, jonka mukaan *judicial review* kohdistui myös sellaisiin lähinnä suomalaista välillistä julkishallintoa vastaaviin elimiin, joiden vallan taustalla ei ollut lainsäädännöllä perustettua valtaa, eikä *ultra vires* -opin tarkoittamaa parlamentin tahtoa siis ollut käsillä.⁶¹⁵ *Ultra vires* -doktriini ei kyennyt selittämään, miten näiden elinten päätökset saatiin kuitenkin samanlaisen *judicial review*'n kohteeksi kuin varsinaisten hallintoelinten.⁶¹⁶ Kun vuosisatainen *ultra vires* -ortodoksia oli näin saanut ensimmäinen särön, monipuolistui sitä vastaan esitettävä kritiikki. Laajaksi paisuneen oppiriidan *common law* -puoli eli *ultra vires* -opin vahva kritiikki on omaksunut kannan, jonka mukaan hallintoviranomaisen toimivallan ulottuvuus kuuluu tuomioistuinkontrollin alaisuuteen, mutta katsoo sen keskeiseksi määrittäjäksi parlamentin ilmaiseman tahdon asemesta koko *common law*'n.⁶¹⁷ *Ultra vires* -ortodoksian ja *common law* -opin välimaastoon sijoittuu *modifioitu ultra vires* -doktriini eli ns. heikko kritiikki, jossa *judicial review*'n oikeusperusta sidotaan *in abstracto* parlamentin tahtoon, mutta *in concreto* tämä tahto oletetaan lähtökohteisesti *common law*'n kanssa yhdenmukaiseksi.⁶¹⁸ Ajatuksena on, että parlamentti säätäessään lakeja ei ole tarkoittanut poiketa *rule of law*'sta ellei säännöksestä selvästi näin ilmene.⁶¹⁹ Näin esimerkiksi säännöksellä perustettu harkintavalta voidaan saattaa aineellisen *common law*'n kontrollin piiriin ilman että *ultra vires* -opin ajatusta parlamentin suvereenisuudesta *judicial review*'n *in abstracto* oikeusperustana ainakaan muodollisesti loukattaisiin.

Perustelut sekä vahvalle että heikolle kritiikille perustuvat moneen tekijään. Esillä on ollut niin parlamentin tahdon tulkinnanvaraisuus, doktriinin sisäiset jännitteet kuin doktriinin selityskyvyttömyys.⁶²⁰ Keskusteluun suodattuu myös tutkimusasetelman kannalta merkityksellisiä perus- ja ihmisoikeuskysymyksiä. Esimerkiksi käyköön *ultra vires* -oppiidan keskeisiin tapauksiin kuuluva *Anis-*

⁶¹⁵ Jowell 2006, s. 573–574.

⁶¹⁶ Oliver 1987, s. 548.

⁶¹⁷ Craig 2008, s. 16.

⁶¹⁸ Forsyth 2000, s. 397.

⁶¹⁹ Jowell 2007, s. 59.

⁶²⁰ Craig 2008, s. 17.

minic, jossa oli aineellisesti kyse ulkomailla tapahtuneen pakkolunastuksen korvattavuudesta⁶²¹. Tapauksen oppiriidan kannalta merkittävä osa paikallistuu siihen soveltuvan aineellisen lainsäädännön sisältämiin valituskieltoihin (*ouster clauses*). Parlamentin nimenomainen tarkoitus oli, että sanamuotoon kirjattua kieltoa saattaa päätöksen tehneen toimielimen päätöstä ”*be called in question in any court*”⁶²² oli tulkittava sen sanamuodon mukaisesti: säännöksen nimenomainen tarkoitus oli estää *judicial review*.

Tästä huolimatta ylimpänä tuomioistuimena tuolloin toiminut *House of Lords* katsoi, että mainittu valituskielto ei estänyt tuomioistuinta tutkimasta sitä, oliko päätös tehty *ultra vires*. Johtopäätökseen päädyttiin muodollisesti sillä perusteella, että päätöstä rasitti *jurisdictional error*, eli ilmeinen toimivallan puute. Mainitunkaltaisten valituskieltojen ei ole yleensä katsottu estävän laillisuuden tutkimista tällä perusteella. Varsin yleisesti on kuitenkin huomautettu, että kyseisessä tapauksessa käsillä oli kuitenkin vain *non-jurisdictional error* eli lähinnä tulkin-takysymykseen kiinnittyvä lain aineellinen soveltamisvirhe. Tämän johdosta *Anisminicissa* tosiasiaa joko syrjäytettiin parlamentin tahto tai muotoiltiin *jurisdictional errorin* ala niin laajaksi, ettei *ouster clause* -tyyppinen valituskielto voinut enää tulla milloinkaan sovellettavaksi.⁶²³

Niin tai näin, kyseessä oli joka tapauksessa haaste perinteiselle *ultra vires* -doktriinille. *Common law’n* piirissä *Anisminicia* ei kuitenkaan nähty ilmeisenä perusoikeustapauksena, ja jopa sen konstitutionaaliset kytkökset on kiistetty: esimerkiksi *Mark Elliottin* mukaan *Anisminic* mahtuu perinteisen, parlamentin suvereenisuudella oikeutetun *ultra vires* -doktriinin rajoihin edellä *rule of law’n* toteuttamistehtävään kytkeytyvin reunaehdoin.⁶²⁴ Jo varsin vakiintuneesti on kuitenkin esitetty vahvoja argumentteja *Anisminicin* konstitutionaalistenkin kyt-kentöjen puolesta. Esimerkiksi *H.W.R. Wade* rinnastaa *Anisminicissa* sovelta-matta jätetyt *ouster clause* -valituskiellot suoraan suvereenin parlamentin harjoittamaan *vallan väärinkäyttöön*, jota tuomioistuimilla on konstitutionaalinen oikeus vastustaa.⁶²⁵

Vastaavia *ultra vires* -doktriinin kannalta ongelmallisia tuomioistuinratkaisuja on identifioitavissa useita erityisesti EIS:n turvaamien oikeuksien soveltamis-alalta: toiseksi esimerkiksi käyköön sananvapaustuomio *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind*⁶²⁶ vuodelta 1991, joka sisälsi jo tuolloin

⁶²¹ *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 AC 147, [1969] 2 WLR 163.

⁶²² *Wade – Forsyth* 2000, s. 706.

⁶²³ Ks. *Wade – Forsyth* 2000, s. 706–707.

⁶²⁴ *Elliott* 1999, s. 152.

⁶²⁵ *Wade* 1980, s. 66.

⁶²⁶ *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind*, [1991] 1 A.C. 696, 748–49 (H.L.).

suoraan konstitutionaalisten vapauksien etusijaan viittaavaa argumentointia. Muiden ohella vahvan *ultra vires* kritiikin keskushahmoihin ehkä tahtomattaan kuuluva *Lord Justice Laws* on katsonut *Brindin* osoittaneen selvästi tuomioistuinten mahdollisuuden syrjäyttää perustuslaillisten oikeuksien kanssa ristiriitainen laki, joskin jättäneen konstituution kirjoittamattomuudesta johtuen tämän mahdollisuuden alan erittäin epäselväksi.⁶²⁷ Jo *Padfield*-tuomiossa⁶²⁸ oli kuitenkin argumentoitu samantapaisesti sen puolesta, ettei edes selvä ja lain sanamuotoon täsmällisesti kirjoitettu tarkoitus perustaa viranomaiselle *oikeudellisesti kontrolloimaton harkintavalta* voinut saada tarkoituksensa mukaisia oikeusvaikutuksia.⁶²⁹

”But the use of that adjective [unfettered], even in an Act of Parliament, can do nothing to unfetter the control which the judiciary have over the executive, namely that in exercising their powers the latter must act lawfully and that is a matter to be determined by looking at the Act and its scope and object in conferring a discretion upon the Minister rather than by the use of adjectives. (*Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] A.C. 997, HL).”

Vielä avoimemmin parlamentin suvereenisuuden omnipotenssiin viittaava ortodoksia haastettiin lopulta ratkaisussa *Jackson and Others v Attorney General*⁶³⁰, joissa oli asiallisesti kyse metsästyskiellon perustavan lain pätevyyden tutkimisesta. Arvioitavana ollut laki metsästyskiellosta oli säädetty vailla parlamentin ylähuoneen suostumusta siihen valtuuttavien erillisten, brittiläiseen konstituutioon kuuluvien, vuosilta 1911 ja 1949 peräisin olevien menettelysäännösten perusteella. Lainkäyttöelimenä toiminut *House of Lords* lähestyi kysymystä tulkitsemalla, oliko lain perustana ollut vuoden 1949 laki ollut säädettävissä vuoden 1911 lain antaman valtuutuksen nojalla. Vaikka tapaus on muodollisesti puettu tulkintaratkaisun muotoon, katsoo esimerkiksi *Jeffrey Jowell* sen olevan tästä rubrisoinnista huolimatta parlamenttilain pätevyyteen kohdistuva *judicial review*.⁶³¹ Jowellin kantaan on helppo yhtyä. Vaikka ratkaisu päätyikin arvioitavana olevan lain ylläpitoon, olisi siinä omaksuttua ratkaisua *tutkia asia* vaikea käsittää muuten: ”[t]he fact that your Lordships have been willing to hear this appeal and to give judgment upon it is another indication that the courts have a part to play in defining the limits of Parliament’s legislative sovereignty.” Lausun taustalla ollut lordi *Hope* tiivistä edelleen suvereenisuusortodoksian rapautumista tapauksessa:

⁶²⁷ Laws 2000, s. 189.

⁶²⁸ *Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] A.C. 997, HL.

⁶²⁹ Jowell 2006, s. 578.

⁶³⁰ *Jackson and Others v Attorney General* (2005 UKHL 56), (2006 1 AC 262).

⁶³¹ Jowell 2006, s. 563.

”But Parliamentary sovereignty is no longer, if it ever was, absolute ... Step by step, gradually but surely, the English principle of the absolute legislative sovereignty of Parliament which Dicey derived from Coke and Blackstone is being qualified.”

Anisminicin, Brindin ja Jacksonin merkitys brittiläiselle tavalle ymmärtää *judicial review* on mahdollistanut *ultra vires* -oppiiridasta voimansa ammentavan, mutta siinä esitetyistä *judicial review*’n oikeutusperusteista erkanevan lähestymistavan ajatella koko julkisoikeutta.⁶³² oikeusperustaisen oikeusajattelun. Kun *ultra vires* -opin monopoli on näin lainkäytössäkin suhteellistunut parlamentin absoluuttinen suvereenisuus mukanaan⁶³³, on oikeuden kenttä avoin oikeusperustaiselle oikeusajattelulle. Mannermaisten esikuvien mukaisesti siihen sisältyvät muun ohella hallinto-oikeuteenkin asti vaikutuksensa ulottavat aineelliset periaatteet, joiden justifikaatio palautuu lopulta perus- ja ihmisoikeusajatteluun.

3.9 LUOTTAMUKSENSUOJA JA RULE OF LAW

Muutos tavassa ymmärtää julkisoikeuden keskeisiä opinkappaleita on luonnollisesti heijastunut myös *judicial review*’n sisältöön. Tuomioistuimen toimivaltaa puuttua hallintoviranomaisen päätökseen laillisuuteen on nimittäin vakiintuneesti arvioitu ns. *heads of review* -doktriinin mukaisesti. *Common law*’n ortodoksiaat käsittivät *judicial review*’n olevan sidottu kolmeen eri kriteeriin: laillisuuteen (*ultra vires*, *jurisdictional error*), oikeudenmukaisen menettelyn perusvaatimukseen esteellisyydestä ja asianosaisen kuulemisvelvollisuudesta (*rules of natural justice*) ja ns. *Wednesbury unreasonableness* -testin nimellä kulkevaan kapeaan arvioon hallinnon toimen sisällöllisestä perusteltavuudesta.⁶³⁴ Nämä perinteiset kriteerit asetettiin terminologisesti uudelleenmuotoillun käsitteistön alle ns. GCHQ-tuomiossa, jossa lordi *Diplock* kokosi yhteen oikeuskäytännössä ja oikeustieteessä käydyin keskustelun *judicial review*’n alasta:

CCSU v Minister for the Civil Service (GCHQ) [1985] AC 374: ”Judicial review has I think developed to a stage today when without reiterating any analysis of the steps by which the development has come about, one can conveniently classify under three heads the grounds upon which administrative action is subject to control by judicial review. The first ground I would call ‘illegality’, the second ‘irrationality’ and the third ‘procedural impropriety’. That is not to say that further development on a case by case basis may not in

⁶³² Craig 2008, s. 18 ss.

⁶³³ Jowell 2006, s. 570 ss.

⁶³⁴ Thomas 2000, s. 31–32.

course of time add further grounds. I have in mind particularly the possible adoption in the future of the principle of 'proportionality' which is recognised in the administrative law of several of our fellow members of the European Economic Community; but to dispose of the instant case the three already well-established heads that I have mentioned will suffice."

Kuten jäljempänä huomataan, kysymys *irrationality*-kriteerin sisällöstä on nous-
sut myös luottamuksensuojadoktriinin keskiöön: *irrationality* nimittäin kattoi
hallintotoiminnan sisällöllisen, statuuttiin palautumattoman oikeudellisen kont-
rollin alan. Kriteeriin sisältyi vielä tässä vaiheessa vain äärimmäistä *judicial*
restraintia ilmentäväksi katsottu *Wednesbury unreasonableness* -testi, joka aset-
ti näin puitteet myös luottamuksensuojadoktriinille. Lordi *Diplock* käsitteli tässä
vaiheessa kysymystä suhteellisuusperiaatteesta ja sen *mahdollisesta* omaksumi-
sesta *tulevaisuudessa* vielä neljäntenä, edellisistä erillisenä kriteerinä. *Common*
law'hon nykyisin eräin reunaehdoin sisältyväksi katsotun hallinto-oikeuden yksi
tämän vuosituhannen kiivaimpia keskusteluita on ollut suhteellisuusperiaatteen
mahdollinen rooli itsenäisenä laillisuusarvion kriteerinä.

Common law'ssa ei sinänsä ole ilmeisesti mitään mannermaisen suhteelli-
suusperiaatteen omaksumista estävää rakenteellista tekijää, sillä saksalaisen
mallin mukainen kolmiosainen testi on omaksuttu useissa *common law* -oikeus-
kulttuurin maissa.⁶³⁵ Nimenomaan Englannissa suhteellisuusperiaatteen on kui-
tenkin katsottu olevan leimallisesti "*made in Germany*".⁶³⁶ Kun esimerkiksi *C. F.*
Forsyth on pitänyt mannermaisen vaikutuksen vierastamista melkeinpä Englan-
nin oikeudellisten käytäntöjen aksioomana⁶³⁷, ei ole erityisen yllättävää, että
suhteellisuusperiaatteella ei ole perinteisesti operoitu ainakaan nimeltä mainiten.
Vielä 1990-luvun alussa edellä mainitussa *Brind*-tuomiosakin⁶³⁸ toistettiin suh-
teellisuusperiaatteen kuulumattomuus Englannin silloiseen *common law'hon*,
joskin jätettiin auki periaatteellinen mahdollisuus sen tulevaan adoptointiin. Nyt-
temmin EU-oikeuden mannermaiset perusratkaisut sekä Euroopan ihmisoikeus-
sopimuksen Englanninkin oikeudelle asettamat velvoitteet ovat nostaneet suh-
teellisuusperiaatteen julkisoikeudellisen keskustelun keskeiseksi kysymykseksi.
Keskustelu on kuitenkin käyty edelleen *GCHQ*-tuomiossa muotoillun kolmen
headin sisällä lähinnä *Wednesbury*-doktriinin pohjalta ponnistaen.

Wednesbury unreasonableness -testi oli alun perin erittäin kapea, ja edellytti
hallintotoimen tulevan kumotuksi, mikäli sen "*unreasonableness*" oli niin vaka-

⁶³⁵ Hickman 2007, s. 33 ja 49.

⁶³⁶ Nolte 1994, s. 191.

⁶³⁷ Forsyth 1988, s. 245.

⁶³⁸ R. V. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind [1991] 1 AC 696.

vaa, ettei yksikään ”reasonable” viranomainen voisi ratkaista asiaa niin.⁶³⁹ Tämäntyyppisellä, tässä tarkoituksella vailla suomalaista käännöstä jäävällä *reasonableness*-ajattelulla on *common law*’n historiassa pitkät perinteet. Esimerkiksi *Robert Thomas* viittaa 1600-luvun oikeuskäytäntöön⁶⁴⁰: tuomiossa *Commings v. Massam*⁶⁴¹ sakkorangaistuksen määrän katsottiin olevan liiallisena ”unreasonable”. Pitkät historialliset juuret ehkä selittävät testin väljyyden. Nykyisin *Wednesbury*-ortodoksiaksikin kritisoidun testin väljyyttä ja sisältöä kuvaa osuvasti *Lord Justice Diplockin* luonnehdinta siitä *Wednesbury*’n rationaliteettivaatimuksen alle rubrisoineessa ns. *GCHQ*-tapauksessa⁶⁴²: ”So outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it.”

Wednesbury unreasonableness -doktriini on kuitenkin hiljalleen saanut entistä laajemman sisällön. Nykyään on puhuttu jo *Wednesbury unreasonableness* -ortodoksian ja suhteellisuusperiaatteen rajoitetusta rinnakkaiselosta, jossa mannereurooppalainen suhteellisuusperiaate on saanut rajatun soveltamisalan itsenäisenä periaatteena EU-oikeuden ja EIS:n inkorporoivan *Human Rights Actin* (HRA) soveltamisalalla. Tosin tässäkin suhteellisuusarvioinnista yritettiin varsin pitkään pärjätä *Wednesbury*-tyyppisen testin avulla. Tämä ns. *sub-Wednesbury* samastui asiallisesti ”tavalliseen” *Wednesbury*’yn, mutta siinä sovelletut *reasonablenessin* rajat eivät sijainneet yhtä kaukana. Ns. *sub-Wednesbury*’kin oli kuitenkin riittämätön vastaus EIT:n edellyttämään suhteellisuuspunnintaan, ja niinpä viimeistään *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly*⁶⁴³ myötä sen on katsottu kadonneen *common law*’sta suhteellisuusperiaatteen hyväksi.⁶⁴⁴ Esimerkiksi *Julian Rivers* ei katso enää edes tarpeelliseksi pohtia suhteellisuusperiaatteen *olemassaoloa* HRA:n soveltamisalalla arvioidessaan sen merkitystä tuomioistuinkontrollin intensiteetille.⁶⁴⁵

Vaikka suhteellisuusperiaate ei ehkä ole saanut lordi *Diplockin* sille kaavailemaa asemaa neljäntenä itsenäisenä laillisuuskriteerinä HRA:n soveltamisalan ulkopuolella, suhteellisuusperiaate on joka tapauksessa vaikuttanut siihen sisältyvien ajatusten saamalla jalansijalla *Wednesbury unreasonableness* -testin tarjoaman sateenvarjon alla.⁶⁴⁶ Useat mannermaiseen suhteellisuusperiaatteeseen vakiintuneesti sisältyväksi katsotut elementit eivät nimittäin välttämättä enää ole

⁶³⁹ Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223.

⁶⁴⁰ Thomas 2000, s. 85–86.

⁶⁴¹ Commings v. Massam (1643) March NR 196, 202.

⁶⁴² Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374.

⁶⁴³ R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly [2001] UKHL 26, [2001] 2 AC 532.

⁶⁴⁴ Hickman 2004, s. 186.

⁶⁴⁵ Rivers 2006, s. 178.

⁶⁴⁶ Jowell – Birkinshaw 1996, s. 282 ss.

vieraita perinteiselle *common law*'n prejudikatuurillekaan, ja muiden ohella Craig onkin epäillyt, että *Wednesbury unreasonableness* ei välttämättä lähitulevaisuudessa eroa rubriikista huolimatta *sisällöllisesti* mitenkään mannereurooppalaisesta tavasta käsittää suhteellisuusperiaate.⁶⁴⁷ *Wednesbury*-ortodoksian ongelmallisuus HRA:n ja EU-oikeuden ulkopuolella ei ole jäänyt oikeuskäytännöskään vailla huomiota; jo *ex parte Dalyssa* argumentoitiin sen olevan *ainakin matkalla* oikeushistoriaan.

Lord Cooke: "And I think that the day will come when it will be more widely recognised that [Wednesbury] was an unfortunately retrogressive decision in English administrative law, insofar as it suggested that there are degrees of unreasonableness and that only a very extreme degree can bring an administrative decision within the legitimate scope of judicial invalidation." (*R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26, [2001] 2 AC 532).

Tämän kehityskulun ymmärtäminen, erityisesti jäljempänä tarkasteluun tulevas-
sa merkityksessä osana luottamuksensuojakeskustelua edellyttää *Wednesbury unreasonableness* -ortodoksian saksalaisen *Verhältnismäßigkeitin* kontrastina toimivien piirteiden ymmärtämistä. Niin suhteellisuusperiaatetta koskeva keskustelu kuin luottamuksensuojakeskustelun erityisesti aineellisen luottamuksensuojan olemassaolon mahdollisuutta erittelevä osa nimittäin tukeutuu yleensä keskeisellä tavalla niihin perustavanlaatuisiksi nähtyihin perusteluihin, jotka erottavat kyseiset oikeusinstituutiot Englannin oikeudessa mannermaisesta ymmärryksestä.

Ensinnäkin on syytä huomata *Wednesburyn* tautologiaa lähenevä jäsentymätömyys. Siinä missä saksalainen suhteellisuusperiaate on rakenteistettu monivaiheisen analyysin tavoin ja koottu strukturoiduksi doktriiniksi, ei *Wednesbury* ole katsottu tarjoavan minkäänlaista jäsentynyttä tai rationaalisesti sovellettavissa olevaa tunnusmerkistöä sen tarkoittamalle *unreasonablenessille*.⁶⁴⁸ **Kritiikin** mukaan *Wednesbury* tyytyy vain määrittelemään hallintotoimen *in casu* uloimmat rajat: "so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards". Tämän johdosta testien peruslogiikka eroaa toisistaan: mannermainen strukturoitu testi asettaa lähtökohtaisen perusteluvollisuuden julkisen vallan käytölle, *Wednesbury* puolestaan rakentuu lähtökohtaiselle viranomaisen toimintavapauden kunnioittamiselle (*virtually unfettered power of policy and decision making*): tällainen toimintavapaus on *Wednesburyn* asettamissa *unreasonablenesss*-rajoissa olemassa, mikäli viranomainen voi osoittaa toimivallalleen muodollisen

⁶⁴⁷ Craig 2008, s. 622 ss.

⁶⁴⁸ Lester – Jowell 1987, s. 372–373.

toimivaltaperustan ja päätöksenteossa on otettu huomioon *viranomaisen merkitykselliseksi katsomat* tosiasiat.⁶⁴⁹ Elliott kritisoi tämän merkitsevän sitä, että *Wednesbury* tuottaa viranomaisen päätösvallalle miltei *aineellisen* immuniteetin oikeudellista kontrollia vastaan, ja jättää viime kädessä jopa perustavanlaatuisten ihmisoikeuksien ja julkisten intressien tasapainottamisen viranomaisen oikeudellisesti kontrolloimattomaan harkintaan.⁶⁵⁰ Yksityisen näkökulmasta sen on katsottu supistavan yksityisen kanteen voiton mahdollisuudet lähelle nollaa.⁶⁵¹

Toiseksi voidaan havaita suhteellisuusperiaatteen ja *Wednesbryn* eroavan oikeuksiin kohdistuvan näkökulmansa osalta. Ehkä hieman paradoksaalisesti *common law*'n piirissä esitetty, mannermaiseen suhteellisuusperiaatteeseen suuntautuva, *Wednesbryn* ylläpitoa puolustava kritiikki rakentaa yleensä taustaoletuksensa siitä lähtökohdasta, että *common law*'n tuomioistuinten tehtävänä on yksityisen ja yksityisten oikeuksien suojaaminen julkiselta vallankäytöltä, kun taas mannermainen, suhteellisuusperiaatetta soveltava tuomioistuin joutuu asettumaan pakotetusti *osaksi valtiokoneistoa* samastaessaan oikeudet ja julkisen vallankäytön intressit punninnan kohteeksi.⁶⁵² Kuten edellä jo mannermaisen suhteellisuusperiaatteen kritiikistä kävi ilmi, perusteena tälle käsitykselle esitetään suhteellisuusperiaatteen sisältämä punninta, jonka esimerkiksi Rivers artikuloi tarkoittavan sitä, että ”*optimising conception sees proportionality as a structured approach to balancing fundamental rights with other rights and interests in the best possible way*” – ja nimenomaan kontrastina *common law*'n käsitykselle suhteellisuudelle perusteltavissa olevasta asymmetrisestä ”*state-limiting*” -funktiosta.⁶⁵³ Kun kuitenkin otetaan huomioon edellä *Verhältnismäßigkeit*-suhteellisuudelle osoitettu asymmetria ja erityisesti *Wednesbryn* ohuus, on ilmeistä, että tämän kritiikin perusteella ei *Wednesbryn* kohdalla voi puhua oikeusperustaisesta oikeusajattelusta.⁶⁵⁴ Ero palautuu tässä orientaatioon: *Wednesbryn* soveltamisen lähtökohtana ja arvioinnin kohteena on *viranomaisen velvollisuus* sellaisenaan, kun taas mannermainen suhteellisuusperiaate rakentaa analyysinsä *yksityisen oikeuspiiristä* lähtien.⁶⁵⁵

Kolmas saksalaisesta suhteellisuusperiaatteesta poikkeava piirre liittyy testin kytkökseen julkisen vallan käytön päämääriin. *Wednesbryn* sanotaan olevan irrallaan julkisen vallan käytön tarkoituksesta, ja keskittyvän sen asemesta kasuis-

⁶⁴⁹ Harlow – Jennings 2006, s. 120 ss.

⁶⁵⁰ Elliot 2001, s. 306.

⁶⁵¹ Craig 2008, s. 665.

⁶⁵² Rivers 2006, s. 180.

⁶⁵³ Rivers 2006, s. 176.

⁶⁵⁴ Hickman 2004, s. 188.

⁶⁵⁵ Harlow – Jennings 2006, s. 120 ss.

tisesti arvioitavana olevaan toimeen eristettynä kontekstistaan.⁶⁵⁶ Tätä mannermaisen suhteellisuusperiaatteen ja *common law*'n *Wednesburyn* perimmäiseksi eroksi ja sen jäsentymättömyyden syyksi paljastuvaa taustaa konkretisoidaan muun ohella nimenomaisella irtiotolla mannermaisesta tavoitteelliseksi nähdystä julkisoikeudellisesta lainsäädännöstä ja sen rationaalisesta, systeemiorientoituneesta deduktiivisesta soveltamisesta. Mannermaisen tavoitteellisuuden ja systeemisyyden asemesta tässä kohdin korostetaan edelleen *common law*'n sisäistämää hallinnollisesta käytännön järjestä tiukasti erotettavaa *artificial reason of law*'ta ja sen induktiivista konstruointia⁶⁵⁷ – tai ainakin myyttiä *common law*'n sellaisista piirteistä, jotka kulminoituvat oikeuden viimekätisten valtioiden – tuomareiden – oikeuskulttuuriseen itseymmärrykseen, johon sisältyy *common law*'n sisäistämä hallinnon ja tuomioistuinten vallanjaollinen erottelu ja sen ”*delicate constitutional balance*”.⁶⁵⁸

Oikeuden ja hallinnon näin konstruoidusta erosta ei kuitenkaan seuraa hallinnon tiukkaa laillisuuskontrollia, vaan Diceyn perintönä Englannin sittemmin olemassa olevaksi tunnustettu hallinto-oikeus pidättäytyy edelleen tiukasti *judicial restraint* -lähtökohdassa, jonka mukaan *oikeuden* tehtävänä on vain kontrolloida hallinnon ulommaisista rajoja, eikä saksalaiseen tapaan rakenteistaa hallintoa ja sen toiminnan sisältöä.⁶⁵⁹ Tämän johdosta hallinnon aineellinen ohjaus tapahtuu Englannin hallinto-oikeuden yleisten rakenteellisten lähtökohtien mukaisesti lähtökohtaisesti politiikan piiriin kuuluvien ohjauskeinoin ja vastuusuhtein *policy*-tyyppisten normien avulla. Ortodoksian mukaan määrittynyt lainkäyttö on kunnioittanut tätä perusratkaisua oikeuskulttuurisessa itseymmärryksessään. Esimerkiksi Englannin *common law*'n hallinto-oikeuden klassikkoihin kuuluva *de Smithin Judicial Review* on perinteisesti lähtenyt liikkeelle siitä oletuksesta, että tuomioistuimen harjoittama hallintotoiminnan laillisuusarvio on rakennettu ja on syytä rakentaa *judicial restraint* -lähtökohtien mukaisesti, joskin *de Smithin* uusimmat painokset kuitenkin sanoutuvat irti tästä lähtökohdasta myöntämällä nimenomaisesti vanhoissa painoksissa omaksutun *judicial restraint* -kanan vääräksi.⁶⁶⁰

Termillä *judicial restraint* viitataan tavallisesti tuomioistuinten pidättyvään asenteeseen, joka kohdistuu oikeusjärjestyksen normeille tulkinnan keinoin annettavaan sisältöön. Sen vastakohdaksi asetetaan tavallisesti *judicial activism*, jolla viitataan tuomioistuinten aktiivisuuteen oikeusjärjestyksen kehittämisessä. Samaan dikotomiaan viitataan usein myös *käsitepareilla judicial le-*

⁶⁵⁶ Thomas 2000, s. 21.

⁶⁵⁷ Thomas 2000, s. 16–19.

⁶⁵⁸ McCormick 1992, s. 167–171, Thomas 2000, s. 107.

⁶⁵⁹ Thomas 2000, s. 6.

⁶⁶⁰ Woolf – De Smith – Jowell – Le Sueur 1999, s. 6 ja 21.

*gislating / judging, lawmaking / lawfinding ja interpretivismi / noninterpretivismi.*⁶⁶¹ Käsiteparien ominta soveltamisalaa on yleensä ollut Yhdysvaltain korkeimman oikeuden ja erityisesti sen omaksumien perustuslakiin kohdistuvien tulkintaoppien arviointi⁶⁶², mutta sen ympärillä käydyllä keskustelulla on käyttökelpoisuutensa muissakin yhteyksissä. Toisinaan tästä dikotomiasta erotetaan edelleen samaan suuntaan viittaava termi *judicial deference*, joka tarkoittaa yleensä tuomioistuimen institutionaaliseen, vallanjaolliseen asemaan perustuvaa rajoitetta ottaa kantaa esimerkiksi hallintoviranomaisen omaksuman *policyn* sisällölliseen laillisuuteen. Käytännössä sekä *judicial restraint* että *deference* ovat kuitenkin kietoutuneita yhteen; näin ymmärrettyinä niitä voidaan pitää yleisempänä kysymyksenä *judicial review'n* intensiteetistä.⁶⁶³

Saksalainen suhteellisuusperiaate sitä vastoin rakentuu olennaisesti kiinnekehänsä – julkisen vallan käytön päämäärien oikeudellisen arvion – ympärille. Tästä johtuen on *common law'n* piirissä varsin yleinen käsitys, että suhteellisuusperiaate on *Rechtsstaat*-konstruktion lailla hallinnon ja yksityisen suhteita *kokonaisuvaltaisesti* sääntelevä oikeusperiaate. Niinpä mannermaisen suhteellisuusperiaatteen omaksumisen nähdään johtavan väistämättä tuomioistuinten aseman liukumiseen kohti hallinnollista päätöksentekoa.⁶⁶⁴

Erityisen huolenaiheen tässä muodostaa *rule of law'n* vartijan, *judicial review'n* alan laajeneminen suhteellisuusperiaatteen mahdollisen omaksumisen myötä. Kyse on ortodoksian näkökulmasta *judicial restraintin* ja suhteellisuusperiaatteen välisestä törmäyksestä: tuomioistuinten pelätään joutuvan yksin laillisuuskysymyksiin kompetentin *judicial review'n* piirissä suhteellisuusperiaatetta soveltaessaan ottamaan kantaa myös tapauksen hallinnolliseksi miellettyyn puoleen eli sen hallinnollista tarkoituksenmukaisuutta määrittäviin tosiasioihin (*merits of the case*),⁶⁶⁵ jotka ortodoksian piirissä lukeutuvat politiikan (*policy*) piiriin, oikeuden ulkopuolelle. Esimerkiksi suhteellisuusperiaatteeseen johdonmukaisen kriittisesti suhtautuvan lordi *Hoffmannin* mukaan keskeinen kysymys periaatteen omaksumisessa ei ole kysymys siitä, pitäisikö sen asettamia vaatimuksia noudattaa, vaan vallanjaollinen kysymys siitä, *mihin* kompetenssi sen soveltamiseen sijoittuu. Suhteellisuusperiaatteen soveltamisen katsotaan nimittäin väistämättä johtavan intressivertailujen tekemiseen, jotka *common law'n* julkisoikeuden ortodoksioissa kuuluvat *policy*-kysymyksinä *joko lainsäätäjän*

⁶⁶¹ Gerber 1996, 150.

⁶⁶² Marshall 2009, s. 59.

⁶⁶³ Rivers 2006, s. 177.

⁶⁶⁴ Green 1999, s. 148

⁶⁶⁵ Craig 2000, s. 85–87.

*tai hallintoviranomaisen kompetenssiin.*⁶⁶⁶ Tämä näkökohta kristallisoituu esimerkiksi lordi *Lowryn* argumentoinnissa *Brind*-tapauksessa.⁶⁶⁷

R v Home Secretary, ex parte Brind [1991] 1 AC 696: ”The first observation I would make is that there is no authority for saying that proportionality in the sense in which the appellants have used it is part of the English common law and a great deal of authority the other way. This, so far as I am concerned, is not a cause for regret for several reasons. (1) The decision-makers, very often elected, are those to whom Parliament has entrusted the discretion and to interfere with that discretion beyond the limits as hitherto defined would itself be an abuse of the judges’ supervisory jurisdiction. (2) The judges are not, generally speaking, equipped by training or experience, or furnished with the requisite knowledge and advice, to decide the answer to an administrative problem where the scales are evenly balanced, but they have a much better chance of reaching the right answer where the question is put in a *Wednesbury* form. The same applies if the judges’ decision is appealed.”

Tällainen vallanjaollinen ymmärrys on heijastunut myös *CLC:n* omaksumiin sitoumuksiin. Esimerkiksi Craig luonnehtii *Wednesburyn* taustalla sijaitsevia keskeisiä vallanjaollisia opinkappaleita ottamalla lähtökohdaksi edelleen ymmärryksen siitä, että ”*it is not for the courts to substitute their judgment on the merits of the case for that of the primary decision maker*”.⁶⁶⁸ On kuitenkin huomautettu, että itse asiassa *Wednesbury*-testikin sisältää väistämättä tapauksen tosiasioihin kohdistuvan intressipunninnan, josta ortodoksia suhteellisuusperiaatetta syyttää. Thomas huomauttaa *Wednesburyn* soveltamisen merkitsevän itse asiassa tällaisen intressipunninnan ratkaisemista siten, että tuomioistuimien jättää avoimesti argumentoimatta punnintapremissinsä,⁶⁶⁹ ja *Jowell ja Lester* painottavat tämän mahdollistavan sen, että tuomarit voivat piilottaa poliittiset ja sosioekonomiset preferenssinsä *Wednesburyn* täsmentymättömyyden alle.⁶⁷⁰ Tästä näkökulmasta suhteellisuusperiaate vaikuttaisi pikemminkin olevan osa ratkaisua kuin ongelmaa.

Vallitseva tilanne Englannin julkisoikeudessa on tällä hetkellä jokseenkin ambivalentti: vaikka on helposti osoitettavissa *judicial review’n* laillisuusortodoksian suhteellistuneen jo *Wednesburyn* sateenvarjon alla⁶⁷¹ esimerkiksi silloin, kun tuomioistuin käyttää *Wednesburya* muodollisena perusteena ottaa kantaa myös

⁶⁶⁶ Hoffmann 1999, s. 109–110.

⁶⁶⁷ Ks. myös Hickman 2004, s. 173

⁶⁶⁸ Craig 2000, s. 85.

⁶⁶⁹ Thomas 2000, s. 72.

⁶⁷⁰ Lester – Jowell 1987, s. 381.

⁶⁷¹ Craig 2008, s. 640 ss.

tapauksen tosiasioiden arvioinnin rationaliteettiin⁶⁷², teoreettista rajalinjaa mannermaisen reformatiivisiakin muotoja saavan hallintolainkäytön ja *common law*'n sekä aineellisesti että muodollisesti kapean laillisuusperustaisen kassaat-
tion välillä pidetään edelleen järkkymättömänä. Tämä jyrkkyys ja samalla doktriinin ambivalenttius on nykypäivänäkin edelleen ymmärrettävissä *rule of law*'n muodostaman *judicial review*'n oikeutusperustan avulla.

Kun muistetaan hallinnon oikeudellisen kontrollin tapahtuvan Englannissa edelleen pääasiassa yleisten tuomioistuinten toimivallan piirissä *Diceyn rule of law*'hon sisältyvän yhdenvertaisuusajatuksen mukaisesti,⁶⁷³ *rule of law*'n ylläpitofunktioon kytkeytyvin toimivalloin, voidaan nähdä ylläpitotehtävän kääntöpuolen rajoittavan *judicial review*'n sen tutkimiseen, ettei hallintoviranomainen ole astunut parlamentin antaman valtuutuksen *ulkopuolelle* (*ultra vires*). Tässä yhteydessä toistetaan usein hokemaa, jonka mukaan ”*rights are for courts, policy is for legislatures and executives*”.⁶⁷⁴ Kuten jo edellä luottamuksensuojan taustan erittelyn yhteydessä kävi ilmi, tällainen *right* ei ole perinteisesti samastunut mannermaiseen tapaan jäsentää julkisia oikeuksia. *Right* on tässä *private law right*, *public law right* puolestaan muodostaa tuomioistuimen toimivaltaa määrittävän yhtälön *policy*-puolen. Niin kauan kuin näin on, ei tuomioistu-
tuin voi kajota hallinnon ja parlamentin väliseksi (poliittiseksi) suhteeksi nähtyyn hallintotoiminnan sisältöön muuten kuin väljiä *Wednesbury*-tyyppisiä rajoja asettamalla.⁶⁷⁵

Näkökohta huomioon ottaen ei olekaan erityisen yllättävää, että *Wednesbury*-ortodoksia nousee edelleen esille oikeuskäytännössä: esimerkiksi tuomiossa *Doherty v Birmingham City Council*⁶⁷⁶ toistettiin vielä vuonna 2009 kanta, jonka mukaan suhteellisuusperiaate oli käytössä kaikessa intensiteetissään vain HRA:n soveltamisalalla. Varsin ilmeistä on, että tällainen rakenteellinen lähtökohta asettaa luottamuksensuojadoktriinin kokonaan toisenlaiseen kontekstiin kuin saksalainen *Rechtsstaat*-ymmärrys. Kuten jäljempänä kuitenkin huomataan, jo edellä mainittu *Coughlan*-tuomio saattaa merkitä tässä suhteessa perustavanlaatuista ajattelutavan muutosta.

⁶⁷² Schønberg – Craig 2000, s. 89.

⁶⁷³ Dicey 1961, s. 193 ss.

⁶⁷⁴ Rivers 2006, s. 71.

⁶⁷⁵ Allison 2000, s. 183.

⁶⁷⁶ *Doherty v Birmingham City Council* [2008] UKHL 57; [2009] 1 A.C. 367.

3.10 LUOTTAMUKSENSUOJAN OIKEUTUSPERUSTEET COMMON LAW'SSA

Rule of law'n ytimeen kiinnittyvät ortodoksiat huomioiden ei ole mitenkään yllättävää, että myös luottamuksensuojan oikeutusperusteista käytävää keskustelua *common law*'ssa on perinteisesti leimannut vaatimus parlamentin *omnipotenssin* kunnioittamisesta. Vakiintuneen tulkinnan mukaan luottamuksensuojalla voidaan operoida vain *intra vires* viranomaisen harkintavallan asettamisissa puitteissa. Ns. *jurisdictional principle* eli vaatimus siitä, että vailla toimivaltaa esitettyt lupaukset, tahdonilmaukset tai neuvot eivät sido niitä esittänyttä viranomaisista, on tavallisesti esitetty parlamentin *omnipotenssin* luottamuksensuojaan konkretisoituneena rajoitteena.⁶⁷⁷ Vaikka *jurisdictional principlen* ala on asiallisesti sama kuin *Rechtsstaatin* oikeusvarmuuden, se ei samastu siihen oikeutusperusteidensa eikä tarkoituksensa osalta: *jurisdictional principlen* tarkoitus on *suojata julkista valtaa*.⁶⁷⁸

Jurisdictional principle on dogmaattisesti siirretty osaksi luottamuksensuojadoktriinia käyttämällä apuna kehäpäätelmän oloista hokemaa, jonka mukaan yksityiselle voi syntyä *perusteltua* luottamusta lainvastaisiin olotiloihin.⁶⁷⁹ Esimerkiksi tuomiossa *Customs and Excise Commissioners, ex parte F & I Services Ltd.* toistettiin vakiintunut kanta, jonka mukaan "*law recognises no legitimate expectation that a public authority will act unlawfully*".⁶⁸⁰ *Ultra vires* -ortodoksian näkökulmasta *jurisdictional principle* asettuu ortodoksian ylläpidon varmistajaksi myös viranomaistoiminnassa: *jurisdictional principle* -doktriinin korostamisesta johtuen *intra vires* rajoihin pakotettu luottamuksensuoja estää sen, että viranomainen voisi omalla toiminnallaan laajentaa toimivaltaansa parlamentin sille myöntämää pidemmälle eli *ultra vires*.⁶⁸¹ Doktriini on ortodoksian piirissä ehdoton; *David Blundell* kuvaa sen merkitystä luottamuksensuojadoktriinille korottamalla sen hallinnon käytössä olevaksi valttikortiksi ("*trump card*").⁶⁸²

Tästä huolimatta luottamuksensuojan oikeutusperusteet on *common law*'ssakin tavanomaisesti kiinnitetty sellaisiin hallinto-oikeuden yleisiin periaatteisiin kuten *natural justice*, *abuse of power* ja *good administration*, joiden voidaan sanoa omaavan ainakin perustuvanlaatuisen tai *common law constitutionalismin* omaksumasta näkökulmasta jopa konstituutioon samastuvan normatiivisen merkityk-

⁶⁷⁷ Craig 2008, s. 675.

⁶⁷⁸ Craig 2008, s. 682.

⁶⁷⁹ Craig 2008, s. 686.

⁶⁸⁰ Customs and Excise Commissioners, ex parte F & I Services Ltd. [2001] EWCA Civ. 762; [2001] STC 939.

⁶⁸¹ Moules 2009, s. 97–98.

⁶⁸² Blundell 2005, s. 152.

sen. Vaatimus *intra vires* -rajojen kunnioittamisesta on merkinnyt muun ohella kuitenkin sitä, että näiden yleisten periaatteiden osalta on tavallisesti katsottu riittäväksi luottamuksensuojan *rubrisoiminen* niiden otsikon alle: esimerkiksi *Richard Moules* huomauttaa tässä olleen yleensä kyse sisällöttömästä otsikoinnista.⁶⁸³

Näin *ultra vires* -luottamuksensuojan torjuminen on merkinnyt myös sitä, että *Rechtsstaat*in kontekstissa havaittua *tarvetta* konstruoida sellaisia luottamuksensuojaa perustelevia oikeutusperusteita, joiden avulla luottamuksensuoja voidaan kohottaa *muodollisesti* esimerkiksi hallinnon lainalaisuuden kanssa hierarkkisesti tasavertaiseksi vaatimukseksi, ei ole olemassa ainakaan vakiintuneen doktriinin piirissä: oikeutusperusteelta ei edellytetä *Verfassungsrangia*. Näin ollen esimerkiksi Moules käsittelee luottamuksensuojan oikeutusperiaatteita lähinnä *policy*-tyyppisten valintojen tekemisenä.⁶⁸⁴ Samoin *Schönbergin* analyysissä osa oikeutusperusteista kytkeytyy lähinnä *policy*-tyyppisiin argumentteihin esimerkiksi taloudellisesta tehokkuudesta.⁶⁸⁵ Oikeuksien tasolle palautuva, saksalaisesta doktriinista tutuksi tullut tiukan muodollis-juridinen oikeuttaminen ei kuitenkaan ole *common law*'lle kokonaan tuntematonta: poikkeuksen vahvistavana sääntönä voidaan pitää Craigin verraten vähälle huomiolle jäänyttä keskustelun-avausta perustaa luottamuksensuoja omaisuuden käsitteen uudelleenmäärittelylle siten, että omaisuus (ja näin myös siihen kohdistuva *private right*) kattaisi myös viranomaistoimin luodut varallisuusarvoiset oikeustilat.⁶⁸⁶

Oikeuttamisperusteiden eroavaisuutta *Rechtsstaatille* tyypilliseen miltei oikeusdogmaattiseen johtamiseen voidaan varsin luontevasti havainnollistaa anekdootilla, jonka mukaan luottamuksensuojadoktriinin historialliseen kehityskulkuun oikeuskäytännössä keskeisesti vaikuttanut lordi *Denning* on väittänyt luottamuksensuojaperiaatteen ilmenemisen oikeuskäytännössä olevan historiallisesti perustettavissa oikeudellisesti velvoittavan instituution tai mannermaisen vaikutuksen asemesta hänen henkilökohtaiseen ajatteluunsa: *Denning* tunsi olevansa ”*sure it came out of my head and not from continental or other source*”.⁶⁸⁷ Tästä huolimatta luottamuksensuoja on myös *common law*'n piirissä perusteiltaan erittäin riidanalainen konstruktio, eikä luottamuksen suojaamiselta vaadittavien oikeutusperusteiden *sisällöllinen* painoarvo ole nykyisin yhtään vähäisempi kuin *Rechtsstaat*in kontekstissakaan: *common law*'ssa luottamuksensuojaa vastaan asettuu abstraktina vastapainona, jäljempänä tarkemmin analysoitavin tavoin,

⁶⁸³ Moules 2009, s. 116–117.

⁶⁸⁴ Moules 2009, s. 51 ss.

⁶⁸⁵ Schönberg 2000, s. 28–29.

⁶⁸⁶ Craig 1992, s. 97–98.

⁶⁸⁷ Forsyth 1988, s. 241.

viranomaisen harkintavalta.⁶⁸⁸ Tämän harkintavallan olemassaolon painoarvoa *common law*'n julkisoikeuden systematiikassa tuskin voi luonnehtia vähäisemmäksi kuin lakivarausten ja niihin kiinnittyvien lainalaisuusvaatimusten painoarvoa *Rechtsstaat*in systematiikassa: viranomaisen harkintavalta nimittäin kiinnittyy konkreettissa tapauksessa välittömästi parlamentin nimenomaiseen tai oletettuun tahtoon sellaisen olemassaolosta.⁶⁸⁹ Näin ollen kysymys viranomaisen harkintavallan käytöstä paikallistuu luottamuksensuojadoktriinissa luottamuksen suojaalle vastakkaiseksi nähdyn lainalaisuuden vaatimuksen alle.⁶⁹⁰ Tästä johtuen on joskus jopa katsottu, että harkintavallan etukäteinen rajoittaminen rinnastuu *ultra vires* -tilanteeseen⁶⁹¹: *Lord Justice Laws*in sanoin ”it would impose an unacceptable fetter upon the power of a public body to change its policy when it considered that that was in fulfilment of its public responsibilities”⁶⁹².

Vaatimus luottamuksensuojan pysymisestä *ultra vires* -doktriinin asettamisissa rajoissa, joissa luottamuksen suojaaminen on periaatteessa mahdollista vain parlamentin tahdon rajoissa, on kuitenkin *common law constitutionalism*in mukanaan tuoman parlamentin onnipotessin relativoinnin myötä saamassa ortodoksin leiman. Tämän ns. *ultra vires expectations* -keskustelun keskushahmona voidaan eittämättä pitää Craigia, jonka hallinto-oikeuden yleisesitys pyrkii asettamaan *jurisdictional principlen common law constitutionalism*in sitoumuksin ortodoksioiden joukkoon. Craig pyrkii tähän tunnustamalla ja tunnistamalla yksityisen luottamuksensuojajosition liittyvän perustellun oikeusturvaodotuksen ja *ultra vires* -doktriinin konfliktin.⁶⁹³ Siinä missä *Rechtsstaat* purkaa tätä vastakkainasettelua kirjoitetun konstituution ja sen perusteella muotoiltujen yleisten periaatteiden avulla, *common law*'ssa avain tämän aselman purkamiseen kiinnittyy usein *rule of law* -vaatimukseen ja sen uustulkintaan.

Luottamuksensuojasta käytävää keskustelua rakenteistaa nykyisin myös oikeutusperusteiden osalta luottamuksensuojadoktriinin keskeisimmäksi oikeustapaukseksi nostettu *Coughlan*-tuomio (*R. v. North East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [2000] 2 W.L.R. 622).⁶⁹⁴ *Coughlan*issa oli asiallisesti kysymys vakavasti sairaalle annetusta lupauksesta saada asua tietyssä hoitopaikassa loppuelämänsä ajan, ja viranomaisen sidonnaisuudesta tähän antamaansa lupaukseen. Tuomiossa eksplikoitiin hoitopaikan tarpeessa olleen kannalta suotui-

⁶⁸⁸ Sales- Steyn 2004, s. 568.

⁶⁸⁹ Moules 2009, s. 53.

⁶⁹⁰ Craig 2008, s. 649.

⁶⁹¹ Roberts MLR 2001, s. 113.

⁶⁹² *R v Secretary of State for Transport, ex parte Richmond upon Thames BC* [1994] 1 All ER 577.

⁶⁹³ Craig 2008, s. 682 ss.

⁶⁹⁴ Craig 2008, s. 654.

san lopputuleman ohella kolme erilaista tapaa suhtautua luottamuksensuojaan, joka syntyy viranomaisen aiemman toiminnan perusteella.

Ensimmäinen näistä palauttaa luottamuksensuojan arvioinnin reduktiivisesti *Wednesburyyn*. Lähtökohtana tällöin on, että päätöksen tekevä viranomainen on sidottu aiempaan vain siinä merkityksessä, että sen on pidettävä mielessä (*“bear in mind”*) aiempi linja ja toimittava rationaalisesti. Testi ei edellytä *mielessä pitämistä* enempää. Tällainen konstruktio oli *common law’n* vakiintunut kanta koko aineellisen luottamuksensuojan osalta ennen *Coughlania*: luottamuksensuoja tässä tapauksessa arvioidaan vain *Wednesburyn* kriteeristöllä.⁶⁹⁵ Mikäli viranomaisen toiminnan tai tulkinnan muutos on *Wednesburyn* tarkoittamalla tavalla *“unreasonable”*, on päätös lainvastainen. *Wednesburyn* asettamien rajojen väljyys merkitsee tässä asiallisesti edelleen sitä, että viranomainen toimii tuomarina omassa asiassaan.

”In such a situation a bare rationality test would constitute the public authority judge in its own cause, for a decision to prioritise a policy change over legitimate expectations will almost always be rational from where the authority stands, even if objectively it is arbitrary or unfair.”⁶⁹⁶

Toinen tapa on kiinnittää luottamuksensuoja *Schmidt*-tuomiossa omaksutuun tavoin menettelyllisiin seikkoihin: kyse on siitä, onko viranomainen sidottu esimerkiksi antamiinsa lupauksiin asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä, tai tuleeko yksityisen aineellista luottamusta suojata muuten menettelyllisin keinoin. *Kolmas* tapa on tarkastella nimenomaisia lupauksia tulevan *policyn* tai ratkaisun sisällöstä *Coughlanissa* muotoilluilla punninnalla, jossa vastakkain asetetaan perustellun odotuksen syrjäyttämisen tuottama vahinko yksityisen intresseille ja sen syrjäyttämistä puoltavat julkiset intressit.

Coughlanissa muotoiltu kategorisointi ei ole kattava eikä hermeettisesti suljettu. On esimerkiksi huomautettu, että vaikka kategoriat näyttäisivät viittaavan vahvasti luottamuksensuojan legitimizeettiin vain *intra vires*, ei luottamuksensuojaa ole välttämättä perusteltua rajata näin.⁶⁹⁷ Samoin on huomautettu, että valinta ensimmäisen ja kolmannen kategorian välillä tapahtuu itse asiassa *ex post* asiassa merkityksellisen julkisen intressin mukaan.⁶⁹⁸ Julkinen intressi suodattuu merkitykselliseksi osaksi kategorisointia niissä edellä jo suhteellisuusperiaatteen yhteydessä esitetyissä vallanjaollisissa puitteissa, jotka määrittävät *policyn* muo-

⁶⁹⁵ Moules 2009, s. 81.

⁶⁹⁶ R v North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan (2000).

⁶⁹⁷ Craig 2008, s. 684.

⁶⁹⁸ Sales – Steyn 2004, s. 586.

toilun tuomioistuimen toimivallalle vieraaksi hallinnolliseksi, poliittiseksi val-
laksi.

Asetelma voitaisiin ehkä kärjistää seuraavasti. Ensimmäisen kategorian puit-
teissa tapahtuvaa arviointia puoltavat Diceyn nimeen liitettyjen ortodoksioiden
ylläpito. Kolmannen kategorian mukaista arviointia puoltavat näiden ortodok-
sioiden hylkäämisten perusteluiksi konstruoidut yleisemmät oikeutusperusteet
sekä erityisesti ne oikeutusperusteet, joita luottamuksensuojaperiaatteen olemas-
saololle on *common law*'ssa sille eksplikoitu. Toinen tapa jäsentää *Coughlanin*
suhde luottamuksensuojan oikeutusperusteisiin on sekin ehkä kärjistys, ja tulee
tarkasteluun oikeutusperusteista viimeisimpänä: kyse on luottamuksensuojan ja
suhteellisuusperiaatteen rekursiosta tavalla, joka selittää *Coughlanin* kategoriat
suhteellisuusperiaatteen kattamaksi skaalaksi.

3.10.1 Rule of law luottamuksensuojan taustalla

Rule of law -doktriiniin kiinnittyvät luottamuksensuojajustificaatiot rakenteista-
vat luottamuksensuojan ja *rule of law*'n suhteen saksalaiseen tapaan oikeusvar-
muuden tai ennakoitavuuden näkökulmiin: esimerkiksi *De Smithin* klassikon
mukaan luottamuksensuoja on *common law*'ssakin ”*root of the constitutional
principle of the rule of law, which requires regularity, predictability and certain-
ty in government's dealing with the public*”.⁶⁹⁹ Runsaasti harkintavaltaa perusta-
va tai tulkinnanvarainen lainsäädäntö ei tämän perustelun mukaan tuota sellaista
ennakoitavuutta, jota sille asetettu ihmisten elämän ja taloudellisen toiminnan
etukäteisen suunnittelun mahdollistava funktio edellyttää.⁷⁰⁰

Tässä kontekstissa *rule of law* ei kuitenkaan välttämättä palaudu muodollisek-
si lainalaisuuden vaatimukseksi ortodoksian tapaan, vaan näyttäytyy pikemmin-
kin oikeutusperusteidensa kautta. Näin esimerkiksi Schønberg osoittaa tällaisen
justifikaation taustalle *rule of law*'n toimeenpanovallan käytön rajaajana ja sen
perusteluna toimivan vaatimuksen ihmisten autonomian kunnioittamisesta.⁷⁰¹
Ajattelutavalla on eittämätön yhteytensä niihin saksalaisen doktriinin oikeutus-
perusteisiin, jotka kytkeytyvät yksittäisten perusoikeussäännösten asemesta
GG:n yleisempiin vapausoikeuksiin ja saksalaisen valtiosäännön omaksumiin,
Rechtsstaatin kaltaisiin abstraktiotasoltaan verrattain yleisiin periaatteisiin, vaika
esimerkiksi Schønberg kiinnittää omat justifiointinsa tässä kohdin eksplisiit-
tisesti lähinnä *Joseph Razin* ajatuksiin oikeuden, ennakoitavuuden ja autonomian

⁶⁹⁹ De Smith 2007, s. 609.

⁷⁰⁰ Schønberg 2000, s. 13.

⁷⁰¹ Schønberg 2000, s. 13.

suhteesta.⁷⁰² Schønberg huomauttaa kuitenkin olevansa tietoinen tämän kaltaisen perusteluketjun vallitsevuudesta mannermaisessa ajattelutavassa.⁷⁰³ Paul Reynolds on hiljattain identifioinut *common law*'n hallinto-oikeudesta laajemmankin tendenssin vedota edellä tarkasteltuun mannermaiseen käsitykseen oikeusvarmuuden ja *Rechtsstaatin* suhteista. Reynolds kiinnittää englantilaisen luottamuksensuojasovelluksen tässä kohdin oikeusvarmuuden yksityisen elämän suunnittelun mahdollistavaan oikeutusperusteiden avulla täsmentyvään ja objektivoituvaan luottamuksensuojadoktriiniin; luottamusta tulee suojata vain silloin, kun se johtaa yleisen (*overall*) ennakoitavuuden paranemiseen.⁷⁰⁴

Oikeusvarmuuteen osana *rule of law*'ta kiinnittyvä luottamuksensuojakonstruktio on saanut ilmauksensa Reynoldsin mukaan myös englantilaisessa oikeuskäytännössä. Esimerkiksi jäljempänä tarkan erittelyn alle joutuvassa aineellisen luottamuksensuojan introdusoinneissa *Coughlanissa*⁷⁰⁵ viitattiin oikeusvarmuuteen oikeuskirjallisuuden välityksellä tavalla, joka ansaitsee tulla lainatuksi kokonaisuudessaan.

”It is worth observing that this was how the leading textbook writers by the mid-1990s saw the law developing. In the (still current) seventh edition of Wade and Forsyth’s *Administrative Law* (1994) the authors reviewed a series of modern cases and commented (p. 419): ‘These are revealing decisions. They show that the courts now expect government departments to honour their statements of policy or intention or else to treat the citizen with the fullest personal consideration. Unfairness in the form of unreasonableness is clearly allied to unfairness by violation of natural justice. It was in the latter context that the doctrine of legitimate expectation was invented but it is now proving to be a source of substantive as well as of procedural rights. Lord Scarman [in Preston] has stated emphatically that unfairness in the purported exercise of power can amount to an abuse or excess of power, and this may become an important general doctrine.’ To similar effect is De Smith, Woolf and Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, fifth edition (1995) para 13-035. Craig, *Administrative Law*, third edition (1994), pp 672-5, links the issue, as Schwarze (op.cit.) does, to the fundamental principle of legal certainty.”⁷⁰⁶

Reynolds kuitenkin kiistää oikeusvarmuuden merkityksen mielekkäänä justificationa ymmärtämällä sen yksin muodollista yhdenvertaisuutta ennakoitavuus-

⁷⁰² Schønberg 2000, s. 17

⁷⁰³ Schønberg 2000, s. 12

⁷⁰⁴ Reynolds 2011, s. 338.

⁷⁰⁵ R v. Department of Education and Employment ex parte Heather Charis Begbie (By her Mother and Litigation Friend Rachel Begbie) [1999] EWCA Civ 2100.

⁷⁰⁶ Lähdeviittaukset tuomion tekstissä, ajantasaiset painokset myös tämän teoksen lähdeluettelossa.

nessa korostavaksi vaatimukseksi.⁷⁰⁷ Reynolds saa tässä välillistä tukea Thomasilta, joka nimenomaan vaatii objektiiviseksi ja abstraktiksi rekonstruoidun oikeusvarmuuden käsitteellistä erottamista luottamuksensuojasta.⁷⁰⁸ Thomasin erittelystä paljastuu tällaisen oikeusvarmuuden alkuperä. Thomas nimittäin viittaa tässä kohdin unionin tuomioistuimen julkisasiamiehen ratkaisuehdotukseen asiassa C-331/88: ”*Strictly speaking, the concept of ‘legal certainty’ conveys the notion that there must be no doubt as to the law applicable at a given time in a given area and, consequently, as to the lawful or unlawful nature of certain acts or conduct.*”⁷⁰⁹ Kyse on siis nimenomaan EU:n oikeudesta peräisin olevasta muodollisesta yhdenvertaisuusnäkökulmasta (tai: EU-oikeuden tehokkaasta toimeenpanosta) kumpuavasta oikeusvarmuudesta, joka jäljempänä tutkimuksessa tarkemmin analysoitavin tavoin asettuu lähtökohtaiseen konfliktiasetelmaan mannermaisen oikeusvarmuuden kanssa.

Ennakoitavuuteen voidaan kuitenkin perustaa *common law*’n piirissä toisenlaisiakin kantoja: Raz on keskeisessä asemassa myös *Coughlanissa* viitatuissa Craigin erittelemissä luottamuksensuojajustifikaatioissa. Craig rakentaa nimittäin luottamuksensuojan erääksi funktioksi julkisen vallan käytön ja *common law*’n erilaisten aikakäsitysten yhteensovittamisen. Raz toimii Craigin perusteluketjussa osoittamassa edellä *rule of law*’n yhteydessä eriteltyä *common law*’n vakauteen ja retrospektioon perustuvaa aikakäsitystä, joka saa ilmauksena esimerkiksi Razin ajatuksissa periaatteiden ja niitä perustelevien oikeutusperusteiden varaan rakenteistuneessa lainkäytössä. Craig on jo aiemmassa tuotannossaan tunnistanut mannermaisen oikeusvarmuuden periaatteen roolin luottamuksensuojajustifikaationa,⁷¹⁰ ja ajatus jalostuu myöhemmin erilaisiin aikakäsityksiksi.

Kun julkisen vallankäytön ajallinen, prospektiivinen ja lyhyttemppoinen loogiikka asettuu oikeusvarmuuteen sisältyvää stabiliteettia vastaan, näkee Craig tämän konfliktin tuottavan *rule of law* -doktriinin pohjautuvan oikeutusperusteeseen luottamuksensuojan olemassaololle.⁷¹¹ Tässä katsannossa myös yhdenvertaisuus asettuu luottamuksensuojajustifikaation asemaan erityisesti tilanteissa, joissa viranomaisen yksittäistapauksessa erkanee muuten johdonmukaisesti noudattamastaan *policysta*.⁷¹² Tähän suuntaan viittaa myös *Richard Clayton* eritellessään *policyn* johdonmukaisen soveltamisen ja luottamuksensuojan yhteisiä oikeutusperusteita, vaikka analyttisen yksinkertaisuuden vuoksi lopulta ulkoistaakin

⁷⁰⁷ Reynolds 2011, s. 339.

⁷⁰⁸ Thomas 2000, s. 45.

⁷⁰⁹ C-331/88, *The Queen v Minister for Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte Fedesa and Others* [1990] ECR.

⁷¹⁰ Craig LQR 1996, s. 299.

⁷¹¹ Craig 2008, s. 652.

⁷¹² Craig 2008, s. 651.

edellisen *in abstracto* -luonteensa perusteella individuaaliseksi nähdystä luottamuksensuojasta.⁷¹³ Claytonin mukaan nimenomaan yhdenvertaisuus ymmärrettynä vaatimuksena *konsistenssista* myös yli ajan perustelee sitä, että luottamuksensuoja käsitetään yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuuden tuottajan asemesta yleisempänä ja abstraktimpana julkisoikeudellisen oikeussuhteen mittarina.⁷¹⁴ Clayton saa tukea tällaiselle yhteiselle perusteelle *Matadeen v. Pointu* -tuomiosta:

”Equality before the law requires that people should be uniformly treated, unless there is some valid reason to treat them differently. Their Lordships do not doubt that such a principle is one of the building blocks of democracy and necessarily permeates any democratic constitution. Treating like cases alike and unlike cases differently is a general axiom of rational behaviour.”⁷¹⁵

Myös *Schønbergin* tarkastelussa *rule of law* suodattuu luottamuksensuojajustifikaatioksi muodollisen yhdenvertaisuuden ominaisuudessa.⁷¹⁶ Eksplisiittisesti se asettuu *Schønbergin* ajattelussa kontekstiinsa kuitenkin tilanteissa, joissa yhdenvertaisuus *ei tue* luottamuksen suojaamista tai asettuu jopa sitä vastaan.⁷¹⁷ Yhdenvertaisuus toimiikin vain erittäin väljänä taustana *Schønbergin* esiin nostamalle johdonmukaisuuden tai pysyvyyden vaatimukselle, joka palauttaa justifikaation takaisin sen taustalla piileviin, yksityisautonomian mahdollistavan suunnittelun yhteyteen, ennakoitavuuden vaatimukseen.⁷¹⁸

Rule of law’n asettamassa kontekstissa tällainen oikeutusperusteiden käyttö omaa yhteyksiä pikemminkin *ultra vires* -ortodoksian haastaneeseen, oikeusperustaiseksi oikeusajatteluksi ja *common law constitutionalism*in otsikon alle rubrisoituun tapaan jäsentää oikeutta kuin Diceyn perintöön. Tämä puoli ei ole *Schønbergille*kaan tuntematon. *Schønberg* nostaa erittäin suppeasti esiin vaihtoehtoiseksi kutsumansa teorian *rule of law*’sta, joka rakentuu lähinnä *Habermasin* ajatusten varaan oikeusjärjestyksen diskursiivisen rationaliteetin tuottamasta sisällöllisestä ennakoitavuudesta. *Schønbergilla* tämä ”vaihtoehtoinen” *rule of law* palautuu kuitenkin takaisin lähinnä vähemmän vaihtoehtoiseksi muodollisen ennakoitavuuden vaatimukseksi. Kyse on kuitenkin samasta ajatuksesta, joka *Richard Moulesilla* konkretisoituu käsitteellisen sateenvarjon ”*substantive unfairness*” muodollisesta *rule of law*’sta aineellisempaan suuntaavalle joukolle oikeustapauksia. Kehittelyn hankaluutta kuvaa kuitenkin se, että näiden merkitys

⁷¹³ Clayton 2003, s. 104.

⁷¹⁴ Clayton 2003, s. 104–105.

⁷¹⁵ *Matadeen v. Pointu* [1999] 1 A.C. 98, 109.

⁷¹⁶ *Schønberg* 2000, s. 13.

⁷¹⁷ *Schønberg* 2000, s. 14–15.

⁷¹⁸ *Schønberg* 2000, s. 13.

Moulesin luottamuksensuojan alan laajentamista kohtaan kriittiselle ajatuksenkululle redusoituu lähinnä *Wednesbury*-tyyppisten uloimpien rajojen hakemiseksi: ”*in extremely limited situations*”.⁷¹⁹

Kiinnittyminen oikeusvarmuuteen on keskeisessä asemassa myös Craigin ajattelussa, joka pyrkii laajentamaan luottamuksensuojaperiaatteen soveltamisalan *ultra vires* -doktriinin asettamien rajojen ulkopuolelle. Craig pyrkii osoittamaan, miten *common law* -tuomioistuintenkin omaksuma oikeudellinen punninta ja EIT:n oikeuskäytäntö antavat aiheen jäsentää luottamuksensuojaperiaatteen rajoja julkista valtaa suojaavan *jurisdictional principlen* asemasta *Rechtsstaat*-doktriinista tutulla tavalla. Craigin rekonstruktiossa muodollinen lainalaisuus (*jurisdictional principle!*) jäsennetään *rule of law*’n oikeutusperusteiden kautta oikeusvarmuuden sisäiseksi antinomiaksi perustelemaan myös *ultra vires* -luottamuksensuojan olemassaoloa.⁷²⁰

Tällainen ajattelutapa ei ole *common law*’n piirissäkään erityisen uusi konstruktio: esimerkiksi Forsyth pyrki laillisuuden ja oikeusvarmuuden antinomialla perustelemaan aineellisen luottamuksensuojan mahdollisuuden olemassaoloa jo vuoden 1988 artikkelissaan.⁷²¹ Forsyth joutui kuitenkin pidättäytymään vielä *ultra vires* -doktriinin kahleissa; vasta *common law constitutionalism* tarjosi puitteet tämän antinomian merkitykselle lainsäätäjän ilmaiseman tahdon ylittävälle luottamuksensuojalle.

3.10.2 Luottamus

Schønberg konstruoi tutkimuksessaan luottamuksensuojan mahdolliseksi oikeutusperusteeksi myös *luottamus*-teoriaksi (*reliance theory*) nimittämänsä doktriinin⁷²². Teoria on uuskonstruktio. Schønbergin mukaan sitä ei ole eksplikoitu missään, mutta sen keskeiset ajatukset ilmenevät monista oikeustapauksista ja akateemisista kirjoituksista sekä jäljempänä tarkasteluun tulevasta *detrimental reliance* -soveltamisedellytyksestä. Schønbergin mukaan konstruktion taustalla oleva ajatuksenkulku etenee seuraavasti: on olemassa yleinen velvollisuus olla tuottamatta estettävissä olevaa vahinkoa tai haittaa (*harm*) muille. Tämä velvollisuus voidaan Schønbergin mukaan perustaa paitsi utilitaristisille näkökohdille estettävissä olevan haitan torjumisvelvollisuudesta, myös yksilön autonomianäkökohtiin. Tältä osin Schønberg tunnustaa velkansa liberaalille vapauskäsitteelle, jonka mukaan vapautta on kunnioitettava ainakin muille vahinkoa tai hait-

⁷¹⁹ Moules 2009, s. 111.

⁷²⁰ Craig 2008, s. 685–686.

⁷²¹ Forsyth 1988, s. 255.

⁷²² Schønberg 2000, s. 9–11.

taa aiheuttaviin rajoihin asti. Tämä ns. *harm principle* on usein puettu *Oliver Wendell Holmes Jr:n* nimeen liitettyyn muotoiluun: ”*the right to swing my fist ends where the other man’s nose begins.*”

Schønbergin mukaan tällaisesta vapauskäsityksestä seuraa velvollisuus olla loukkaamatta sellaista luottamusta (*reliance*), jonka on synnyttänyt. Tämän ajatuksen ilmauksena toimii usein ns. *detrimental reliance* -konstruktio, jonka olennaisena sisältönä on ajatus siitä, että sopimusperustaisen velvoitteen syntymiseen riittää toisen osapuolen tahdonilmaisun tai toiminnan perusteella toiselle syntynyt tosiasiallinen luottamus (*reliance*), ja tämän luottamuksen rikkomisesta aiheutuva haitta (*detriment*).⁷²³ Tämän lähinnä kontraktuaalisiin suhteisiin alun perin soveltuvaksi katsomansa ajatuskuvion Schønberg laajentaa myös sopimussuhteiden ulkopuolelle käyttäen hyväksi niitä käsityksiä, joita on esitetty ns. *estoppel*-doktriinin perusteltavuudesta.⁷²⁴

Näin Schønberg saa muotoiltua yleisen periaatteen, joka edellyttää viranomaisen toimintavapauden edistää julkista intressiä olevan rajoitettu sen yksityisille aiheuttaman haitan tai vahingon perusteella. Tästä seuraa viranomaiselle velvollisuus kunnioittaa sellaista luottamusta, joka on syntynyt sen oman toiminnan perusteella, ja jonka loukkaaminen aiheuttaisi yksityiselle haittaa tai vahinkoa (*detrimental reliance*). Vaikka Schønberg painottaa tämän uudelleen määritellyn ”*harm-principlen*” normatiivista voimaa luottamuksensuojan perustelemissa *in abstracto*, joutuu Schønberg toteamaan sen soveltamisalan turhan kapeaksi. Schønberg joutuu myöntämään, että luottamuksensuoja kaipaa laaja-alaisemman justifikaation jo yksin siksi, että luottamuksensuojaa on *common law*’ssa sovellettu myös tilanteissa, joissa ei ole edellytetty *detrimental reliance*’n käsilläoloa. Esimerkiksi viranomaisen tulisi olla sidottu omaksumaansa *policyyn* ja sen johdonmukaiseen soveltamisalaan luottamuksensuojan perusteella silloinkin, kun kukaan ei ole tosiasiaassa luottanut tähän.⁷²⁵

Schønberg huomaa lopulta myös teoriansa jäykkyyden. Schønbergin mukaan viranomaistoiminnan ja julkisen vallan käytön jopa käsitteelliseen sisältöön kuuluu sellainen vallankäyttö, joka voi aiheuttaa haittaa tai vahinkoa yksityiselle. *Luottamus-teorian* edellyttämän säännönlunteisen dikotomian, estettävissä olevan haitan tai vahingon asemesta Schønberg peräänkuuluttaa arviointiin joustavampaa *punnintaa* yksityisen ja julkisen intressin välillä. Näin Schønbergin luottamuskonstruktiosta jää lopulta suhteellisuusperiaatteen sisäistämisen punninnan peräänkuulutuksen ohella jäljelle vain se ymmärrys, joka käyttää hyväkseen

⁷²³ Cooke 2000, s. 96.

⁷²⁴ Schønberg 2000, s. 9–10.

⁷²⁵ Schønberg 2000, s. 10.

velvollisuutta estää estettävissä oleva haitta tai vahinko välillisesti luottamuksen-suojan justifioidinnissa.⁷²⁶

Schønbergin muotoilema luottamukseen liittyvä oikeutusperusta on uudemmassa analyysissä nostettu uudelleen esiin, joskin tunnustamatta nimenomaista velkaa Schønbergille. *Paul Reynolds*sin verrattain tuore kirjoitus ”*Legitimate Expectations and the Protection of Trust in Public Officials*” hylkää liian avoimeksi katsomansa muut, tässä kirjoituksessa jäljempänä tarkasteltavat oikeutusperusteet ja tarjoaa niiden tilalle luottamuksensuojan soveltamisedellytyksiin asti konkretisoituvaksi oikeutukseksi yksin luottamusta (*trust*): ”*the trust of the governed in the public authority’s representation*”.⁷²⁷ Olennaisesti samaan suuntaan luottamuksensuojakonstruktiota kehittää miltei samanaikaisesti *Jack Watson*, joka otsikon ”*Clarity and Ambiguity: A New Approach to the Test of Legitimacy in the Law of Legitimate Expectations*” alla pyrkii kehittämään vastaavaan *trust*-justifikaatioon nojaavaa luottamuksensuojan universaaliala testiä⁷²⁸. *Watson*in konstruktion *trust*-justifikaatio on selkeästi ortodoksiaan kiinnittyvä: vaikka se saakin osan perustelustaan *Forsyth*in välityksellä omaksutusta saksalaisesta *Vertrauensschutz*-lainasta (”*Vertrauen = trust*”!), on sen käyttötarkoitus selkeästi luottamuksensuojan soveltamisalaa supistava. Luottamuksensuoja nimittäin *Watson*in tarkastelussa näyttäisi vaikuttavan aina viranomaisen harkintavaltaa kaventavasti, mikä puolestaan on ”*generally undesirable*”.⁷²⁹

Kuten jo Schønbergin *reliance*-justifikaatiosta ilmeni, tällainen luottamuksen itsenäinen käyttö ei sinänsä ole mikään radikaali uutuus: esimerkiksi *Reynolds* identifioi tukea kannalleen myös *common law*’n ortodoksioiden piiristä viittaamalla muun ohella *Forsyth*in kannanmuodostukseen,⁷³⁰ joka laajasta lähtökohdastaan – ”*public trust in the government should not be left unprotected*”⁷³¹ – huolimatta kytkee *Reynolds*sin konstruktion kanssa ristiriitaisesti viranomaistoinnista syntyneen luottamuksen rikkomisen yhteen vain *Wednesburyn* tarkoitaman *unreasonableness*in kanssa.⁷³² On myös huomattava, että *Forsyth*in *trust*-justifikaatio ei kuitenkaan lopulta sittenkään tue *Reynolds*sin konstruktiota. *Forsyth*in itsenäinen luottamusvaatimus kiinnittyy nimittäin *Wade – Forsyth*in uusimmassa painoksessa ortodoksialle harvinaiseen nimenomaiseen velkaan saksalaiselle tavalle jäsentää oikeusvarmuuden ja luottamuksensuojan suhdetta: ”it

⁷²⁶ Schønberg 2000, s. 11.

⁷²⁷ Reynolds 2011, s. 341.

⁷²⁸ Watson 2010, s. 640–642.

⁷²⁹ Watson 2010, s. 639.

⁷³⁰ Reynolds 2011, s. 342.

⁷³¹ Forsyth 1988, s. 239.

⁷³² Forsyth 1997, s. 375 ja 384.

*has origins in German law and it plainly overlaps with the protection of 'legal certainty'".*⁷³³

Reynoldsin *trust* sitä vastoin on vastaus siihen väitteeseen, että oikeusvarmuus on luottamuksensuojan oikeutusperusteena paitsi liian avoin, myös ristiriitaisessa suhteessa justifioitavaan. Reynoldsin oikeusvarmuus on käsitteellisesti kiinni mekanististen sääntöjen maailmassa ("*the application of objective, hard-edged rules*") ja niiden perusteella määrityssä ennakoitavuudessa, kun taas luottamuksensuojaa leimaa yksittäistapauksellinen punninta, joten sitä ei voi Reynoldsin mukaan perustella ennakoitavuudella lainkaan.⁷³⁴

Reynoldsin *trust* eroaa Schønbergin (*detrimental*) *reliance* -konstruktiosta eräässä keskeisessä suhteessa: siinä missä *common law*'n yleinen *detrimental reliance* edellyttää luottamuksesta syntyntä toimintaa luottamuksen omaavan vahingoksi, on Reynoldsin *trust* lähinnä vallankäyttöön liitettävä ominaisuus: *trust* syntyy yksin sillä, että julkinen valta on tehnyt ilmaisun ja yksityinen on siitä tietoinen. Toimintaa edellyttävä *reliance* redusoituu näyttötaakkakysymykseksi⁷³⁵; sen vallitessa on yksinkertaista osoittaa luottamuksen olemassaolo.⁷³⁶ Bibi-tuomion sanoin: "*reliance, though potentially relevant in most cases, is not essential*".⁷³⁷

Tällainen *trust*-justifikaatio ei jää soveltamisesta irralliseksi, vaan Reynolds rakentaa myös luottamuksensuojan soveltamisedellytykset sen rajoihin. Reynoldsin tätä tarkoitusta varten rakentama justifikaatiokonstruktio täsmentyy yleisestä, abstraktista luottamuksesta eroavaksi. Luottamuksensuojan samastaminen yleisen, abstraktin luottamuksen suojaamiseen yksittäistapauksissa samastaisi sen nimittäin Reynoldsin liian yleisenä torjumaan, jäljempänä tarkasteluun tulevaan *fairness*-oikeutusperustaan.⁷³⁸ Kuten jäljempänä huomataan, tämänkaltaisen kritiikki, jossa luottamuksensuojan pelätään redusoituvan taustalla olevan oikeutusperustan tyhjäksi kuoreksi, ei ole kokonaan vailla perustetta. Reynolds ratkaisee ongelman kiinnittämällä legitiimin luottamuksensuojajustificikaation erityisen, viranomaisen toiminnasta seuraavan tulevaisuusorientoituneen luottamuksen olemassaolon vaatimukseen: "*As such, the relevant trust is the trust which an individual reposes in a decision-maker, pursuant to some kind of representation, to do what the decision-maker has indicated that it will do.*" In abstracto luottamuksen poissulkevan määritelmän mukaan näin konstruoitu luottamuk-

⁷³³ Wade – Forsyth 2009, s. 447.

⁷³⁴ Reynolds 2011, s. 339.

⁷³⁵ Wade – Forsyth 2009, s. 452–453.

⁷³⁶ Reynolds 2011, s. 346.

⁷³⁷ R v. London Borough of Newham and Manik Bibi and Ataya Al-Nashed [2001] EWCA Civ 607.

⁷³⁸ Reynolds 2011, s. 343.

sensuoja ei sisäistä esimerkiksi sellaisia lupauksia, jotka sisältävät itsestäänselvyyden esimerkiksi lain noudattamisesta, vaan viranomaisen ilmaisun on kiinnittävä johonkin sen toimivallassa olevaan toimimismahdollisuuteen.⁷³⁹

Tällainen ajatuksenkulku ei ole vieras oikeuskäytännöllekään. Tuomiossa *R. v. Devon County Council* viitattiin siihen, että menettelyllisen luottamuksensuojan merkitys *natural justicen* tarjoamien menettelyllisten takeiden soveltamisalan laajentajana oli sekin itse asiassa tällainen tyhjä kuori: *L. J. Brown* viittasi siihen, että se oli ”*no more than a recognition and embodiment of the unsurprising principle that the demands of fairness are likely to be somewhat higher when an authority contemplates depriving someone of an existing benefit or advantage than when the claimant is a bare applicant for a future benefit*”.⁷⁴⁰

Myös *Bhatt*-tuomiossa⁷⁴¹ omaksuttiin samaan suuntaan viittaavia ajatuksia, joskin nimenomaan tunnustettiin luottamuksensuojan merkitys pysyvyyden vahvistajana. *Lord Justice Laws* nimittäin viittasi siihen, että *policy* itsessään kantaa tietysti ajatuksen sen ylläpidosta myös temporaalisessa ulottuvuudessa: ”*Once set in place, every policy of a public authority, not subject to a stated terminal date or terminating event, may no doubt be expected to continue in effect until rational grounds for its cessation arise. A promise of its continuance, if it points to no particular date or future event to mark the end of the policy, represents little more than this ordinary expectation. And nothing is added by referring to a practice of the policy in operation over time.*” Tällainen sitovuus kuitenkin katkeaa *policy*n ylläpitoa edellyttävien perusteiden kadottua: *policy*n muutos tai uudistamatta jättäminen tällaisessa tilanteessa tuli arvioitavaksi lähtökohtaisesti vain *Wednesburyn* asettamissa rajoissa. *Laws* oli taipuvainen myöntämään luottamuksensuojan olemassaolon tässä kohdin vain erityisen luottamusperusteen olemassaolon johdosta: ”*Rather it must constitute a specific undertaking, directed at a particular individual or group, by which the relevant policy’s continuance is assured.*”

3.10.3 Estoppel

Schønbergin luottamusteoria omaa kiinteät yhteydet *common law’n estoppel*-oikeusinstituutioon. Schønberg nimittäin irrottaa *harm principle* -opin kontraktuaalisista suhteista nimenomaan *estoppel*-doktriinin ja sen oikeutusperusteiden avulla toteamalla niiden soveltuvan myös tilanteisiin, joissa on kysymys kontraktuaalisista suhteista peruslogiikaltaan eroavasta viranomaistoiminnasta.⁷⁴²

⁷³⁹ Reynolds 2011, s. 343, alav. 82.

⁷⁴⁰ *R v Devon County Council ex p. Baker* (BAILII: [1992] EWCA Civ 16) [1995] 1 All ER 73.

⁷⁴¹ *Bhatt Murphy* (a firm), *R* (on the application of) *v The Independent Assessor* [2008] EWCA Civ 755.

⁷⁴² Schønberg 2000, s. 10.

Estoppel-doktriinin näkökulmasta tällaista voidaan pitää osin perusteltuna: Schønbergin tässä hyödyntämä *detrimental reliance* on vakiintunut osa *estoppel*-oppia.⁷⁴³

Estoppel-oppi on *common law*'ssa alun perin yksityisoikeudellinen ja se jakaantuu karkeasti kahteen lohkoon. *Estoppel per rem judicatam* eli *estoppel by matter of record* samastuu pääpiirteissään suomalaiseen tuomion oikeusvoimaan: kyse on niistä säännöistä, jotka estävät tuomioistuimen ratkaiseman asian uudelleenkäsittelemiseksi. Muut, ns. *formal estoppel* -säännöt koskevat muiden toimijoiden sidonnaisuutta omiin tekoihinsa tai lausuntoihinsa.⁷⁴⁴ Hallinto-oikeuden ja luottamuksensuojan kytkennän kannalta keskeiseksi määrittyy kuitenkin lähinnä *estoppel*-doktriinin yleinen kantava ajatus, jonka esimerkiksi *Wade – Forsythin* uusien painosten määrittely vaatimukseksi siitä, että henkilö, joka tahdonilmaisella tai muulla ilmaisulla saa jonkun muun tahon toimimaan ilmaisuun luottaen, ei saa peräytyä ilmaisustaan, vaikka se osoittautuisi myöhemmin vääräksi, mikäli peräytymisestä olisi muulle taholle haittaa.⁷⁴⁵ Aineellinen yhteys luottamuksensuojaan on molempien ryhmien osalta ilmeinen, ja *estoppel*-doktriinia onkin käytetty luottamuksensuojan perusteluna. Esimerkiksi Forsyth viittasi vielä vuonna 1988 siihen, että luottamuksensuoja-ajatteluun sisältyvä vaatimus viranomaistoiminnan pidättämisestä toiminnassa aiemmin konstruoituihin rajoihin merkitsi *estoppel*-periaatteen ilmenemistä julkisoikeudessa.⁷⁴⁶

Vakiintunut ortodoksian sitoumusten puitteissa toimiva oikeuskäytäntö sitoi *estoppel*-doktriinin käyttökelpoisuuden julkisoikeudessa *intra vires* -rajoihin. Viranomaisena on voitu katsoa sidotuksi vain toimivaltansa puitteissa antamiin nimenomaisiin lupauksiin: ”*no estoppel can legitimate action which is ultra vires*”.⁷⁴⁷ Tässä kohdissa on syytä muistaa, että *common law*'n hallinto-oikeuden keskeisiin opinkappaleisiin kuuluu ns. *non-fettering*-vaatimus, joka estää viranomaisesta ennakkolta sitomasta edes harkintavaltaansa asiassa⁷⁴⁸: tämän johdosta *estoppel* lain sanamuodonkin puitteissa saattaa olla ortodoksian näkökulmasta *ultra vires*.⁷⁴⁹ Tarkempi analyysi on kuitenkin osoittanut tämän ortodoksian suhteellistuneen jo verraten pitkän kehityksen aikana.

Elliott kiinnittää huomiota tuomioon *Western Fish Products Ltd v Penwith District Council*⁷⁵⁰ vuodelta 1982, jossa vahvistettiin vielä lainalaisuutta ko-

⁷⁴³ Cooke 2000, s. 88–111

⁷⁴⁴ Cooke 2000, s. 6–7.

⁷⁴⁵ Wade – Forsyth 2009, s. 199.

⁷⁴⁶ Forsyth 1988, s. 240.

⁷⁴⁷ Wade – Forsyth 2009, s. 200.

⁷⁴⁸ Sales 2006, s. 188.

⁷⁴⁹ Roberts 2001, s. 113.

⁷⁵⁰ *Western Fish Products Ltd v Penwith District Council* [1981] 2 All ER 204.

rostava vakiintunut *jurisdictional principle* -lähtökohta: ”an estoppel cannot be raised to prevent the exercise of a statutory discretion or to prevent or excuse the performance of a statutory duty.” *Western Fish* sisälsi kuitenkin ortodoksian ehdottomuudesta erkanevan poikkeuksen, jonka mukaan *estoppel* oli sovellettavissa paitsi silloin, kun viranomainen oli toimivaltainen antamaan lupauksen, myös tilanteessa, jossa toimivaltaa lupauksen antamiseen ei puuttuvan delegoinnin vuoksi ollut olemassa, mutta *lain mukaan se olisi ollut delegoitavissa* ja lupauksen antaja oli siinä käsityksessä, että hän oli toimivaltainen lupauksen antamaan (*ostensible authority*). Tämä varsin kapea-alainen poikkeus Elliottin mukaan kuitenkin avaa väistämättä oven *ultra vires* -sovellutukselle riisumalla muodolliselta lainalaisuudelta sen *ehdottoman* etusijan suhteessa muihin oikeusjärjestyksen arvoihin.⁷⁵¹

Estoppel-doktriinia on käytetty luottamuksensuojajustifikaationa myös historiallisessa merkityksessä käsittämällä se eräänlaiseksi luottamuksensuojan esiasiteeksi. Tähän näkökohtaan on viitattu esimerkiksi ns. *Reprotech*-ratkaisussa Lordi *Hoffmannin estoppel*-doktriinin historiallisen hyödyllisyyden tunnustavin sanoin: ”At that time the public law concepts of abuse of power and legitimate expectation were very undeveloped and no doubt the analogy of estoppel seemed useful.”⁷⁵² Mainitun tuomion on kuitenkin toisinaan katsottu siirtäneen julkisoikeudellisen *estoppel*-doktriinin välittömästi sovellettavissa olevana *common law*’na oikeushistoriaan.⁷⁵³ ”so much for estoppel in public law”.⁷⁵⁴

Julkisoikeudellisesta *estoppel*-doktriinista erkaneminen ei ole kuitenkaan koskenut *estoppel*-doktriinin ja luottamuksensuojan yhteisiä oikeutusperusteita; julkisoikeudellisen luottamuksensuojan voi pikemminkin katsoa itsenäistyneen *estoppel*-doktriinin kahleista yhteiset juuret säilyttäen⁷⁵⁵. Erkaantuminen oikeutusperusteiden yhteisyys säilyttäen ilmenee eksplisiittisesti lordi *Hoffmannin* argumentoinnista *Reprotech* -tuomiossa: ”It seems to me that in this area, public law has already absorbed whatever is useful from the moral values which underlie the private law concept of estoppel and the time has come for it to stand upon its own two feet.”

Yksimielisyyttä *estoppel*-doktriinin siirtämisestä julkisoikeudellisen teorianmuodostuksen oikeushistorian kansien väliin ei kuitenkaan ole saavutettu. Vaikka esimerkiksi *David Pievsky* tunnustaa oikeutusperusteiden ohella myös oikeuskäytännössä tunnustettujen luottamuksensuojan soveltamisedellytysten ir-

⁷⁵¹ Elliot 2003, s. 73.

⁷⁵² R. v East Sussex County Council, Ex Parte Reprotech (Pebsham) Ltd and One Other Action [2002] UKHL 8.

⁷⁵³ Moules 2009, s. 95–97.

⁷⁵⁴ Blundell 2005, s. 149.

⁷⁵⁵ Craig 2008, s. 680.

taantumisen *estoppel*-doktriinista haastavan *estoppel*-doktriinin aseman, pitää Pievsky *estoppel*-doktriinin julkisoikeudellisesta kuolemasta puhumista kuitenkin ennenaikaisena: Pievskyn analyysissa *detrimental reliance* -edellytyksestä erkaantuminen ja muunkin kuin nimenomaisen lupauksen kelvollisuus luottamusperustaksi toimivat kuitenkin indisiona *estoppelin* tulevaisuuden rapautumisesta.⁷⁵⁶

Pievskyn tulkintaa vastaan puhuu kuitenkin se, että doktriinin murroksessa ei ole kyse vain rubrisoinnin vaihdoksesta. Kuten Elliott huomauttaa, *estoppel*-doktriinia voidaan luonnehtia *prima facie* etusijalle asetettavasta lainalaisuuden vaatimuksesta tehtävistä *säännön luonteisista poikkeuksista* käsin, kun taas luottamuksensuojaa leimaa sen *sisäistämään punnintaan* sisältyvä mahdollisuus julkisten intressien, lainalaisuus mukaan lukien, *tasapainottamiseen* yksityisten oikeusturvaodotusten kanssa. Tällainen muutos mahdollistaa julkisten intressien ja mahdollisten muiden asiassa merkityksellisten yksityisten intressien ottamisen huomioon punninnassa tavalla, jota sääntöluonteinen *estoppel*-doktriini ei mahdollista.⁷⁵⁷

3.10.4 Fairness ja natural justice

Termillä *natural justice* viitataan *common law*'ssa tyypillisesti keskeisiin menettelyllisiin perusvaatimuksiin, eli lähinnä kuulemis- ja esteettömyysvaatimuksiin⁷⁵⁸. Selvyyden vuoksi on syytä todeta, että *natural justice* -käsitteen määre *natural* ei historiallisesta luonnonoikeuskytkennästään huolimatta nykyisin viittaa luonnonoikeudelliseen konstruktion, vaan *common law*'n normistoon.⁷⁵⁹ Tuomioistuinkäytännössä on viitattu siihen, että termin *natural* merkitys tässä kohdin on enää lähinnä koristeellinen: ”*romantic word 'natural' adds nothing 'except perhaps a hint of nostalgia'.*”⁷⁶⁰

Natural justicen ala nykypäivän julkisoikeudessa tulee parhaiten ymmärretyksi, kun todetaan siihen viitattavan usein myös käsitteillä *due process* ja *procedural justice*.⁷⁶¹ Toisaalta myös *procedural fairness* -termiä on käytetty laajemmasakin käyttöyhteydessä kuvaamassa myös muita oikeudenmukaisen menettelyn perustekijöitä kuin *natural justicen* asettamia vähimmäisvaatimuksia. Esimerkiksi *Nicholas Bamforth* viittaa *fairness*-konstruktion luottamuksensuojan kanalta merkitykselliseen käyttötapaan, jossa sen voidaan katsoa toimivan omilla

⁷⁵⁶ Pievsky JR 2003, s. 145.

⁷⁵⁷ Elliott 2003, s. 78.

⁷⁵⁸ Craig 2008, s. 371.

⁷⁵⁹ De Smith 2007, s. 320.

⁷⁶⁰ Northwest Holst Ltd. v. Secretary of State for Trade [1978].

⁷⁶¹ Wade – Forsyth 2000, s. 435–436.

jaloillaan seisovana laillisuusmittarina. Tässä merkityksessä sillä on välitön yhteytensä jäljempänä tarkasteluun tulevaan luottamuksensuojan *abuse of power* -justifikaatioon.⁷⁶²

Näin ollen ei ole mitenkään yllättävää, että erityisesti menettelyllistä luottamuksensuojaa on *common law*'ssa perusteltu *procedural fairness* -doktriinin avulla.⁷⁶³ Esimerkiksi ns. *GCHQ*-tuomiossa lordi *Roskill* totesi luottamuksensuojan olevan ”*particular manifestation of the duty to act fairly*”.⁷⁶⁴ Samoin ns. *MFK-underwriting* -tuomiossa⁷⁶⁵ viitattiin siihen, että ”[t]he doctrine of legitimate expectation is rooted in fairness”. Tällainen perustelutapa on saanut Allannin korostamaan luottamuksensuojan olevan nykyisin ”*a primary vehicle for the implementation of the duty to act fairly*”. Allannin analyysissä luottamuksensuojassa on kyse välineestä, jolla muuten soveltamistoiminnan kannalta ongelmallisen avoimeksi ja täsmentymättömäksi jäävä *fairness*-vaatimus saa strukturoidun sisällön.⁷⁶⁶

Toisaalta, kuten edellä kävi ilmi, luottamuksensuojalle on annettu merkitystä myös *natural justicen* soveltamisalan määrittämisessä: henkilöllä, jonka oikeusasemaa suhteessa julkiseen valtaan ei asiassa määritä sen paremmin *right*, *interest* kuin *legitimate expectation*, ei ole sellaista oikeusasemaa, josta päättäminen edellyttäisi menettelyn sitomista edes *natural justicen* asettamiin perussääntöihin.⁷⁶⁷ *Procedural fairness* omaa siis rakenteellisen ja symbioottisen omaisen yhteyden luottamuksensuojaan.

Tämä *fairness*-doktriini on kuitenkin laajentunut myös aineellisen luottamuksensuojan perusteluksi.⁷⁶⁸ Muiden ohella *Thomas* huomauttaa luottamuksensuojan olevan yleensä perustettavissa oikeudenmukaisuuden vaatimuksiin, vaikka *common law*'n *fairness*-doktriinin tarkempi sisältö nimenomaan aineellisen luottamuksensuojan perusteluna jääkin useasti erittelemättä.⁷⁶⁹ *Thomas* tarjoaa selitykseksi tähän epämääräisyyteen *common law*'n oikeuskulttuurista itseymmärrystä, jossa tuomioistuimet pidättäytyvät täsmällisten periaatteiden konstruoinnista antaen mieluummin ymmärtää löytävänsä jo vanhastaan voimassa olevia yleisiä vaatimuksia, joita soveltavat tapaukseen.⁷⁷⁰ Näin esimerkiksi *Lord Justice Sedley* argumentoi tuomiossa *R v Ministry of Agriculture, Fisheries & Food ex*

⁷⁶² Bamforth 1997, s. 1–2.

⁷⁶³ Clayton 2003, s. 94.

⁷⁶⁴ Council of Civil Service Unions and Others and Minister for the Civil Service [1985] A.C. 374.

⁷⁶⁵ *R v Board of Inland Revenue, ex parte MFK Underwriting Agencies Ltd and others and related applications* [1990] 1 All ER 91.

⁷⁶⁶ Allan 1993, s. 197.

⁷⁶⁷ Forsyth 1988, s. 260.

⁷⁶⁸ Craig 2008, s. 650–651.

⁷⁶⁹ Thomas 2000, s. 50.

⁷⁷⁰ Thomas 2000, s. 51.

*parte Hamble (Offshore) Fisheries Ltd*⁷⁷¹ erottelun menettelyllisen ja aineellisen luottamuksensuojan välillä olevan perustelematon ainakin aineellisen suojan poissulkevassa merkityksessä *fairness*-doktriinin näkökulmasta: ”*The real question is one of fairness in public administration. It is difficult to see why it is any less unfair to frustrate a legitimate expectation that something will or will not be done by the decision-maker than it is to frustrate a legitimate expectation that the applicant will be listened to before the decision-maker decides to take a particular step.*”

Ex parte Hamblessa omaksutun argumentin käyttökelpoisuutta on kuitenkin vähentänyt se, että myöhemmän tuomion *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Hargreaves*⁷⁷² on katsottu syrjäyttäneen siinä ilmaistut ajatukset kategorisoimalla ne nimenomaisesti *harhaopiksi* (*heresy!*), ja pysyttämällä *Wednesbury*-ortodoksian viranomaistoiminnan sisällöllisenä kontrollina. Toisaalta on kuitenkin tämän ”harhaopin” osalta esimerkiksi verrattain tuoreessa *Niazi / Bhatt* -tuomiossa⁷⁷³ viitattu siihen, että se olisi oikeuskäytännössä jo muuttunut harhaopista vallitsevaksi kannaksi – ajan kuluessa jopa ortodoksiaksi. *Lord Justice Sedleyn* lausumaa ”*far from being heretical, [...] today entirely orthodox*” ei ole kuitenkaan käsittääkseni Knightin tavoin tulkittava aiempaan doktriiniin kohdistuvana kritiikkinä⁷⁷⁴, vaan vastauksena Forsythin jo vuonna 1997 esittämään ennustukseen, jonka mukaan ”*Sedley J.’s ‘heresy’ may in due course become orthodoxy*”.⁷⁷⁵ Näin kyse on enemmänkin positiivisesta, *Hamblen* varaan rakentuvasta kehityskulusta, joka voidaan *Blundellin* tavoin tiivistää ilmaisuun ”*[t]he ‘heresy’ of Hamble has become the orthodoxy of Coughlan*”.⁷⁷⁶

Mainitusta ennustuksesta huolimatta Forsyth vahvisti edelleen ortodoksian keskeiset opinkappaleet *judicial review’n* laillisuusarvion olemassa oleviksi lähtökohdiksi.⁷⁷⁷ Vaikka perustellusti voidaan nähdä *Coughlan*-tuomion relativoineen tätä lähtökohtaa, on *substantive unfairness* -doktriinin asema edelleen epäselvä: esimerkiksi *Moules* kiistää vielä vuonna 2009, vuosikymmen *Coughlanin* jälkeen, sisällöllisen epäoikeudenmukaisuuden luonteen erillisenä perusteena päätöksen lainvastaisuudelle.⁷⁷⁸

⁷⁷¹ *R v Ministry of Agriculture, Fisheries & Food ex parte Hamble (Offshore) Fisheries Ltd* [1995] 2 All ER 714, 724; [1995] 1 CMLR 533.

⁷⁷² *R v Secretary of State for the Home Department and another, ex parte Hargreaves and others* [1997] 1 All ER 397.

⁷⁷³ *R. (on the application of Niazi) v Secretary of State for the Home Department* [2008] EWCA Civ 755.

⁷⁷⁴ Knight 2009, s. 21.

⁷⁷⁵ Forsyth 1997, s. 381.

⁷⁷⁶ Blundell 2005, s. 147.

⁷⁷⁷ Forsyth 1997, s. 380.

⁷⁷⁸ Moules 2008, s. 49–51.

3.10.5 Good administration

Tällainen avoin *fairness*-konstruktio on läheisessä yhteydessä hyvän hallinnon vaatimukseen⁷⁷⁹. Linkki on artikuloitu myös oikeuskäytännössä. Esimerkiksi tuomiossa *Attorney General of Hong Kong v Ng Yuen Shiu*⁷⁸⁰ perusteltiin luottamuksensuojan soveltamisen käsilläoloa kytkemällä luottamuksensuojan soveltamisedellytykset hyvän hallinnon vaatimuksiin: ”*the expectations may be based upon some statement or undertaking by, or on behalf of, the public authority which has the duty of making the decision, if the authority has, through its officers, acted in a way that would make it unfair or inconsistent with good administration for him to be denied such an inquiry*”.

Keskeisin hyvän hallinnon periaatteeseen liitetty luottamuksensuojajustificatio paikallistetaan tavallisesti *Nadarajah*-tuomioon, jossa *Lord Justice Laws* paitsi ankkuroi luottamuksensuojan oikeusjärjestyksen keskeisten periaatteiden tasolle nostamaansa hyvän hallinnon periaatteeseen, myös käytti mainittua periaatetta perustelemaan menettelyllisen ja aineellisen luottamuksensuojan erotetun suhteellisuuden.

Nadarajah v Secretary of State for the Home Department [2005] EWCA Civ 1363: ”The search for principle surely starts with a theme that is current through the legitimate expectation cases. It may be expressed thus. Where a public authority has issued a promise or adopted a practice which presents how it proposes to act in a given area, the law will require the promiser practice to be honoured unless there is good reason not to do so. What is the principle behind this proposition. It is not far to seek. It is said to be grounded in fairness, and no doubt in general terms that is so. I would prefer to express it rather more broadly as a requirement of good administration, by which public bodies ought to deal straightforwardly and consistent with the public. In my judgment this is a legal standard which, although not found in terms in the European Convention on Human Rights ECHR, takes its place alongside such rights as fair trial, and no punishment without law.”

Hyvän hallinnon periaatteet toimivat tässä kontekstissa paitsi yksilöiden oikeusturvan takaajana, myös hallinnon legitimizeettiä edistävänä normistona,⁷⁸¹ ja näin välillisesti, ja ehkä hieman paradoksaalisesti, myös hallinnon tehokkuutta lisäävänä tekijänä.⁷⁸² Ajatuksena on, että yksilöiden luottamuksen rajoissa toimiva hallinto omaa sellaista legitimizeettiä, joka edistää yksilöiden osallistumista pää-

⁷⁷⁹ Woodhouse 1997, s. 167.

⁷⁸⁰ *Attorney General of Hong Kong v Ng Yuen Shiu (Hong Kong) [1983] UKPC 2 (21 February 1983)*.

⁷⁸¹ Forsyth 1997, s. 384.

⁷⁸² Woodhouse 1997, s. 168–170.

töksentekomenettelyihin ja yhteistyötä hallinnon kanssa.⁷⁸³ Tämän linkin avulla esimerkiksi Reynolds ankkuroi *trust*-justifikaationsa hyvän hallinnon vaatimukseen.⁷⁸⁴ Toisaalta on kuitenkin huomautettu, että hyvän hallinnon periaate sellaisenaan on niin täsmennyttömä ja avoin, että sen käyttö luottamuksensuojajustifikaationa on jossain määrin ongelmallista, ainakin jos tarkoituksena on sen justifikatorinen, tulkintaan ja soveltamiseen asti ulottuva käyttö.⁷⁸⁵ Tältä osin keskustelu kuitenkin omaa kiinteän kiinnepohdan myös avoimeksi katsottuun *abuse of power* -doktriinin, jonka piirissä justifikaatioperustan avoimuuteen kiinnittyvää keskustelua on käyty perusteellisemmin.

3.10.6 Abuse of power

Vallan väärinkäyttö – *abuse of power* – viittaa *common law*’n hallinto-oikeudessa yleensä epäitsenäiseen käyttöön muiden laillisuusarvioiden yläkäsitteenä: mikäli esimerkiksi hallintopäätös on *Wednesburyn* vastaisena kumottu, voidaan sen sanoa sisältäneen vallan väärinkäyttöä tässä merkityksessä.⁷⁸⁶ Tällaisena se ei kuitenkaan perustavanlaatuisesti katsotusta luonteestaan huolimatta ole erityisen normatiivinen käsite. *Lord Justice Laws*in luonnehdinta ns. *Begbie*-tuomiossa viittaa tällaiseen deskriptiiviseen käyttöyhteyteen: ”*Abuse of power is a name for any act of a public authority that is not legally justified. It is a useful name, for it catches the moral impetus of the rule of law. It may be, as I ventured to put it in Begbie, ‘the root concept which governs and conditions our general principles of public law’. But it goes no distance to tell you, case by case, what is lawful and what is not.*”⁷⁸⁷

Toisaalta sen on kuitenkin huomautettu olevan koko *common law*’n kantava itsenäinen periaate. *Lord Justice Laws*in toisaalla omaksumin sanoin ”*the common law will not permit abuse of power*”.⁷⁸⁸ Tällaiseen käyttöön viitattiin myös edellä mainitussa *Begbie*-tuomiossa: ”*an abiding principle which underpins the legitimate expectation cases is the court’s insistence that public power should not be abused*”. Näin arvioituna sen käyttöyhteyttä luottamuksensuojadoktriinin yhteydessä ja erityisesti sen justifikaationa voidaan Elliottin tapaan hahmottaa seuraavasti.

⁷⁸³ Schönberg 2000, s. 25.

⁷⁸⁴ Reynolds 2011, s. 350–351.

⁷⁸⁵ Reynolds 2011, s. 337.

⁷⁸⁶ Elliott 2005, s. 284–285.

⁷⁸⁷ R v Secretary of State for Education and Employment ex parte Begbie Court of Appeal [2000] ELR 445.

⁷⁸⁸ Laws 1997, s. 464.

Elliott viittaa sen luonteeseen itsenäisenä, omilla jaloillaan seisovana periaatteena. Tällöin kyse on tuomiossa *In re Preston* viitatuista tavasta käsitellä äärimmäisiä epäoikeudenmukaisuuksia (*“unfairness amounting to an abuse of power”*).⁷⁸⁹ Elliottin osuvan määrittelyn mukaan tällaista itsenäistä *abuse*-kriteeriä on käytetty paikkaamaan traditionaalisten laillisuuskriteereiden katvealueita tilanteissa, jotka kuitenkin näyttäisivät johtavan kestävämpään lopputulemaan: *“something has gone badly wrong, even if the court cannot quite put its finger on it”*.⁷⁹⁰ Tällainen epäoikeudenmukaisuus on itsenäisenä justifiointikriteerinä kytkettävissä luottamuksensuojaan erityisesti silloin, kun kyse on tilanteesta, jossa luottamuksensuojaan liitetty oikeuskäytännössä dogmaattiseksi muodostunut soveltamisedellytys on estänyt luottamuksen suojaamisen. Elliott osoittaa tämän konstruktion avulla, miten ns. *Rashid*-tuomiossa⁷⁹¹ oli mahdollista suojata luottamusta *policyyn*, josta yksityinen ei ollut edes tietoinen.⁷⁹² Käyttötavalla on ilmeinen sisällöllinen yhteytensä saksalaisen doktriinin mukaiseen pistemäiseen *Zumutbarkeit*-arvioon. Tässä käyttöyhteydessä *abuse of power* -konstruktion, edellä kuvatussa merkityksessä *“so unfair as to constitute an abuse of power”*, on oikeuskäytännössä katsottu muodostuneen toisinaan jopa muut *luottamuksen-suojausjustifikaatiot* syrjäyttäväksi oikeutukseksi (*“overriding test”*).⁷⁹³

Toiseksi esimerkiksi Elliott nostaa keskeisen luottamuksensuojatapauksen *R v Inland Revenue Commissioners ex parte Unilever*⁷⁹⁴, jossa oli kyse pitkäaikaisen hallintokäytännön perusteella muotoutuneen luottamuksen järkyttämisestä. Tapauksessa oli arvioitavana veroviranomaisen vuosia jatkunut käytäntö, jossa lakisääteisiin määräaikoihin nähden myöhässä jätetty hakemus oli säännönmukaisesti käsitelty. Veroviranomaisen muutettua käytäntöään verovelvollinen vetosi käytännön synnyttämään luottamukseen, jota tuli suojata. Luottamuksensuoja ei kuitenkaan voinut tulla sovellettavaksi, sillä tuomioistuimien katsoi sen soveltamisedellytyksiin kuuluvaksi nimenomaisen ja selkeän ilmauksen, jota yhtiölle ei ollut annettu. Myöhemmässä oikeuskäytännössä, ns. *ABCIFER*-tuomiossa *court of appeal* on kuitenkin viitannut *Unilever*-tapaukseen toteamalla sen olleen nimenomaisesti *abuse of power* -doktriiniin perustettavissa oleva poikkeus luottamuksensuojan dogmaattisista soveltamisedellytyksistä. Tosin *Sales ja Steyn* viittaavat siihen, että kyseessä ei ehkä olekaan poikkeus luottamuksensuojan yleensä

⁷⁸⁹ R. v Inland Revenue Commission ex parte Preston; In re Preston [1985] 1 AC 835; [1984] UKHL 5.

⁷⁹⁰ Elliott 2005, s. 285.

⁷⁹¹ R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Rashid [2005] EWCA Civ 744.

⁷⁹² Elliott 2005, s. 285.

⁷⁹³ R (Parents for Legal Action Ltd) v Northumberland CC [2006] EWHC 1081 (Admin) [2006].

⁷⁹⁴ R v Inland Revenue Commissioners, ex p Unilever [1996] STC 681.

vallitsevaksi katsotusta *clear and unequivocal representation* soveltamisedellytyksestä, vaan siitä itsenäisestä ja irrallisesta *abuse of power* -arviosta.⁷⁹⁵

R. (on the application of Association of British Civilian Internees – Far East Region) v. Secretary of State for Defence [2003] EWCA Civ 473: ”Thus it is clear that it will be only in an exceptional case that a claim that a legitimate expectation has been defeated will succeed in the absence of a clear and unequivocal representation. That is because it will only be in a rare case where, absent such a representation, it can be said that a decision-maker will have acted with conspicuous unfairness such as to amount to an abuse of power. In the Unilever case, the taxpayer had, in effect, been lulled into a false sense of security, and had regulated its tax affairs in reliance on the Revenue’s course of conduct, and thereby acted to its detriment. In those circumstances, and in the light of the Revenue’s acceptance of its duty to act fairly and in accordance with the highest public standards, it is not surprising that the court felt able to treat this as a wholly exceptional case.”

Tällaisessa käyttöyhteydessä *abuse of power* saa usein vahvistavaksi tekijäksi edellä itsenäisenä jo tarkastellun *fairness*-doktriinin. Samanlainen ajatus on luetavissa myös *Coughlanin* perusteluista: ”*Fairness in such a situation, if it is to mean anything, must for the reasons we have considered include fairness of outcome. This in turn is why the doctrine of legitimate expectation has emerged as a distinct application of the concept of abuse of power in relation to substantive as well as procedural benefits, representing a second approach to the same problem.*”⁷⁹⁶

Reynolds on kuitenkin kiinnittänyt huomiota siihen, että *fairnessin* ja *abuse of power* -doktriinin suhde ei kuitenkaan välttämättä ole näin yksioikoinen. Reynolds ei tarkastelussaan kiellä *abuse of powerin* ja *fairnessin* olemassaoloa tai velvoittavuutta sinänsä, mutta huomauttaa niiden käytön luottamuksensuojan oikeutusperusteina olevan ongelmallista lähinnä siksi, että niiden perusteella luottamuksensuojan soveltamiselle ei sittenkään ole annettavissa strukturoitua rakennetta tai tarkempia soveltamisedellytyksiä.⁷⁹⁷ Reynoldsin tarkastelu nojaa tältä osin luottamuksensuojan erityisiin soveltamisedellytyksiin: luottamuksensuoja määrittyy oikeusturvamekanismiksi tilanteissa, joissa yksityisen intressit ovat päätöksentekijän toimesta konkretisoituneet suojeltaviksi oikeuksiksi, kun taas *fairness*- ja *abuse of power* -konstruktiot omaavat huomattavasti laajemman soveltamisalan.⁷⁹⁸ Tällaisten abstraktien oikeutusperusteiden mielekkyyden kri-

⁷⁹⁵ Sales – Steyn 2004, s. 575.

⁷⁹⁶ R v North and East Devon Health Authority ex parte Pamela Coughlan and Secretary of State for Health and Royal College of Nursing [1999] EWCA Civ 1870.

⁷⁹⁷ Reynolds 2011, s. 333.

⁷⁹⁸ Reynolds 2011, s. 334.

teeri näyttää Reynoldsin ajattelussa kytkeytyvän siihen, onko niitä sovellettu yksittäistapauksessa tehokkaasti. Milloin taustaperiaatteista ei ole ollut sanottavaa apua justifiointissa, on Reynoldsin mukaan kysyttävä, mikä luottamuksen suojan merkitys yleensäkin on: jos taustaperiaate ei sitä mitenkään rajoita, samastuu se taustaperiaatteeseen – ja lopulta jää funktiottomaksi tyhjäksi kuoreksi taustaperiaatteen soveltamiselle.⁷⁹⁹ Reynolds jakaa tässä kohdin Knightin omaksuman kannan, jonka mukaan on erittäin epätodennäköistä, että mainituista abstrakteista periaatteista olisi hyötyä lainkaan konkreetin tapauksen ratkaisussa.⁸⁰⁰

Oikeutusperusteiden perusteltavuutta ei aina ole kuitenkaan nähty näin loppuun asti viedyksi vaatimukseksi ratkaisun perusteiden tuottamisesta *in concreto*, vaan niiden merkitystä on hahmoteltu joko kokonaan *in abstracto* tai tyytyen *in concreto* strukturointiin. Tällaisesta ajatuksesta ponnistava, edellä jo pääpiirteissään hahmoteltu Elliottin analyysi *abuse of power* -doktriinin ja luottamuksensuojan välisistä yhteyksistä pysyttelee näissä puitteissa. Elliott kuitenkin pyrkii täyttämään myös vaatimuksen tarkemmasta erittelystä, ja muuttaa lähestymistapaansa hienosyisemmäksi analyysiksi ns. *Nadarajah / Abdi* -tuomion kohdalla.⁸⁰¹ Kyseinen tuomio sisälsi *Lord Justice Laws*in käynnistämän hallinnon laillisuusarvion yleisen uudelleenarvioinnin käynnistymisen ajatuksen, jota Laws taustoitti *abuse of power* -doktriinin sisällöttömyydellä. Ajatuksena on ilmeisesti antaa luottamuksensuojan rakenteistaa *abuse of power* -doktriinin sisältöä.

”Abuse of power is a name for any act of a public authority that is not legally justified. It is a useful name, for it catches the moral impetus of the rule of law. It may be, as I ventured to put it in *Begbie*, ”the root concept which governs and conditions our general principles of public law”. But it goes no distance to tell you, case by case, what is lawful and what is not. I accept, of course, that there is no formula which tells you that; if there were, the law would be nothing but a checklist. Legal principle lies between the overarching rubric of abuse of power and the concrete imperatives of a rule-book. In *Coughlan* (paragraph 71, cited above) Lord Woolf said of legitimate expectation, ”[t]he limits to its role have yet to be finally determined by the courts. Its application is still being developed on a case by case basis.” I do not begin to suggest that what follows fulfils the task. But although as I have said I would conclude the case in the Secretary of State’s favour on the arguments as they stand, I would venture to offer some suggestions – no doubt obiter – to see if we may move the law’s development a little further down the road, not least so as to perceive,

⁷⁹⁹ Reynolds 2011, s. 335.

⁸⁰⁰ Knight 2009, s. 18.

⁸⁰¹ Regina (*Nadarajah*) -v- Secretary of State for the Home Department; Abdi -v- Secretary of State for the Home Department CA ([2005] EWCA Civ 1363).

if we can, how legitimate expectation fits with other areas of English public law.”

Elliotin analyysi tyytyy tässä kohdin kuitenkin lähinnä hienojakoistamaan sisältyviä itsenäisen vallan väärinkäytön periaatteen ja luottamuksensuojan välisiä yhteyksiä osoittamalla miten esimerkiksi *Unilever* voidaan erottaa tässä suhteessa *Rashid*-tuomiosta kiinnittämällä huomio luottamuksensuojan ylläpitoa edellyttävien taustateorioiden suhteeseen tapauksen tosiseikkoihin.⁸⁰² Kaiken kaikkiaan Elliott pitää *abuse of power* -doktriinin tuomia hyötyjä luottamuksensuojakonstruktion jäsentämiselle ja ymmärtämiselle vähäisinä. Se on tähän tarkoitukseen liian avoin, se ei tarjoa olemassa olevia periaatteita jäsentyneempiä tai normatiivisesti perustellumpia tapoja jäsentää luottamuksensuojaa. Näin Elliott kiinnittääkin huomionsa toiseen tapaan ymmärtää *abuse of power* -doktriinin ja luottamuksensuojan yhteys, joka kytkeytyy suhteellisuusperiaatteeseen.⁸⁰³

3.10.7 Suhteellisuusperiaate luottamuksensuojan oikeutuksena

Edellä on rekonstruoitu keskeiset osat siitä *common law*’n piirissä viime vuosikymmeninä käydystä keskustelusta, jonka olennaisimmat piirteet ovat jollain tavalla kytköksissä hallinto-oikeuden syntyyn ja tämän puitteissa tapahtuvasta irtiotosta Diceyn nimeen liitetyistä, tai ainakin Diceyn keskeisistä opinkapalaista seuranneista ortodoksioista. Yhden keskeisimmän näistä irtiotoista on katsottu liittyvän pistemäisen *Wednesburyn* ainakin doktrinaaliseen hylkäämiseen mannermaisen, systeemiseksi nähdyn suhteellisuusperiaatteen hyväksi.

Tältä osin luottamuksensuojaperiaate on saanut kehittyä toisenlaisessa oikeudellisessa ympäristössä kuin esimerkiksi Saksan julkisoikeudessa, jossa se kasvoi osaksi laajaa julkisoikeudellista järjestystä jo olemassa olevine oikeusperiaatteineen. *Common law*’n luottamuksensuoja on kasvanut yhdessä suhteellisuusperiaatteen kanssa, ja kenties siksi *common law*’n piirissä on rakennettu niiden sisällöllinen ja justifikatorinen yhteys olemassa olevia oikeudellisia rakenteita rikkomatta.

Luottamuksensuojan ja suhteellisuusperiaatteen yhteyden hahmottamisessa huomio on välttämättä kiinnitettävä Elliottin vuonna 2001 julkiasemaan artikkeliin ”*The Human Rights Act 1998 and Standard of Substantive Review*”⁸⁰⁴, jossa Elliot jatkaa Lesterin ja Jowellin kahdeksankymmentäluvulla käynnistämää keskustelua *judicial review*’n aineellisista laillisuusmittareista. Elliottin oma kysy-

⁸⁰² Elliott 2006, s. 283.

⁸⁰³ Elliott 2006, s. 284 ss.

⁸⁰⁴ Elliot 2001, s. 301–336.

myksenasettelu kohdistuu ihmisoikeuksien soveltamisalalle, mutta osana ihmisoikeuksien tuomioistuinkontrollin aineellisten periaatteiden kehittelyä Elliott esittää soveltamisaltaan laajempaan luottamuksensuojaan liittyvän ajatuskulun eräänlaisena oman kysymyksenasettelunsa edeltäjänä tai esikuvana.⁸⁰⁵

Elliottin analyysiin on syytä perehtyä seikkaperäisesti. Elliot rakentaa suhteellisuusperiaatteen ja luottamuksensuojan rakenteellisen kytkennän *Coughlanissa* muotoiltujen kategorisointien avulla. Elliottin näkökulma, ihmisoikeuksien aineellinen tuomioistuinkontrolli, auttaa kuitenkin avaamaan *Coughlanin* kategorisointiin tuoreen näkökulman. Kun Elliott ei omasta kiinnostuksen kohteestaan johtuen suuntaa kiinnostustaan lainkaan luottamuksensuojan menettelylliseen suojaan, eli *Coughlanin* toiseen kategoriaan, jäivät keskustelun piiriin vain kategoriat 1 ja 3.

Kategorioiden sisältöön on syytä palata lyhyesti: ensimmäinen kategoria samastaa luottamuksensuojatilanteiden arvioinnin tapahtuvan lähinnä *Wednesburyn* avulla: viranomaisen tuli vain ”pitää mielessä” aiempi toimintansa, ja luottamusta tuli suojata vain, mikäli suojaamisesta poiketessa syntyisi tilanne, joka oli *Wednesburyn* tarkoittamalla tavalla *unreasonable*. Luottamuksensuoja samastuu tässä kohdin *abuse of power* -doktriiniin⁸⁰⁶ tavalla, joka ei olennaisesti eroa *Rechtsstaatin* pistemäisen *Zumutbarkeitin* ja luottamuksensuojan edellä hahmotetusta rekursiosta.

Sitä vastoin kolmannessa kategoriassa on kyse punninnasta, jossa tuomioistuimien ottaa ortodoksioiden kanssa yhteensopimattoman roolin ja punnitsee asiassa merkityksellisiä yksityisen aineellisia odotuksia ja niitä vastaan asettuvia julkisia intressejä keskenään. Steele huomauttaa tässä olevan kyse itse asiassa mannermaisesta suhteellisuusperiaatteen omaksumisesta sen nimeä mainitsematta. Steelen mukaan häveliäisyys rubrisoinnissa selittyy sillä, että *Coughlanissa* introdusoitiin viimein eksplisiittisesti aineellisen luottamuksensuojan siihen asti olemassaololtaan ja perusteiltaan varsin kiistanalainen konstruktio, eikä tuomioistuimen haluttomuutta introdusoida eksplisiittisesti tässä kohdin toinenkin erittäin kiistanalainen opinkappale ole pidettävä mitenkään yllätyksellisenä.⁸⁰⁷

Tälläkin punninnalla on kiinteä yhteys *abuse of power* -doktriiniin: mannermaiseen suhteellisuusvaatimukseen suppeassa merkityksessä samastuva punninta justifioidaan sillä, että sen valossa epäoikeutettu aineellisten odotusten loukkaaminen samastuu vallan väärinkäyttöön.⁸⁰⁸ *Coughlanissa* artikuloitiin useita kriteerejä, joiden avulla käsillä oleva tapaus oli mahdollista kategorisoida. Näi-

⁸⁰⁵ Elliott 2001, s. 315–323.

⁸⁰⁶ Elliott 2005, s. 284.

⁸⁰⁷ Steele 2005, s. 317.

⁸⁰⁸ Elliott 2006, s. 284.

hin palataan myöhemmin luottamuksen suojaamisen aineellisten edellytysten yhteydessä; nyt on olennaista huomata, että alun perin tarkoituksena oli soveltaa näitä kategorisoinnin kriteerejä eräänlaisina säännöluonteisina oikeusnormeina. Varsin nopeasti kuitenkin havaittiin, että tämän tarkoituksen toteuttaminen johtaisi ongelmallisiin lopputulemiin.⁸⁰⁹

Ratkaisuksi Elliott antaa *Coughlanin* kategorisoinnille tulkin, jonka mukaan se osoittaa *Wednesburyn* ja suhteellisuusperiaatteen yhteiselon mahdollisuuden ja jopa toivottavuuden palauttamalla *Coughlanin* kolmannen kategorian mukaisen punninnan suhteellisuusperiaatteen sovellutukseksi. Tällainen tulkinta on sittemmin omaksuttu myös oikeuskäytännössä: esimerkiksi edellä käsiteltyssä *Abdi / Nadarajah* -tuomiossa *Lord Justice Laws* päätyi hyvän hallinnon periaatteiden kautta mannermaiseen suhteellisuusperiaatteeseen luottamuksensuojan oikeutuksena.

Nadarajah v Secretary of State for the Home Department [2005] EWCA Civ 1363: ”That being so there is every reason to articulate the limits of this requirement – to describe what may count as good reason to depart from it – as we have come to articulate the limits of other constitutional principles overtly found in the European Convention. Accordingly a public body’s promise or practice as to future conduct may only be denied, and thus the standard I have expressed may only be departed from, in circumstances where to do so is the public body’s legal duty, or is otherwise, to use a new familiar vocabulary, a proportionate response (of which the court is the judge, or the last judge) having regard to a legitimate aim pursued by the public body in the public interest. The principle that good administration requires public authorities to hold with their promises would be undermined if the law did not insist that any failure or refusal to comply is objectively justified as proportionate measure in the circumstances.”

Näin Elliott päätyy luonnehtimaan *Coughlanin* 1 ja 3 kategorioiden eroa vain intensiteettieroksi: kategoriat edustavat erilaista aineellisen luottamuksen suojaamisen tasoa sen suhteen, kuinka pitkälle yksityisellä oli oikeus luottaa aineellisen odotuksen toteutumiseen. Elliott jatkaa kuitenkin niiden suhteuttamista toisiinsa muistuttamalla ns. *Begbie*-tuomiossa omaksutusta kannasta, jonka mukaan *Coughlanin* kategoriat eivät hermeettisesti suljettuja: *Lord Justice Laws* korosti nimenomaan, että tapauksen tosiasiat asetettuna vallanjaolliseen kontekstiin määräävät sen, kuinka intensiivistä laillisuusvalvonta voi olla.

R. v Department Of Education & Employment, ex parte Begbie [1999] EWCA Civ 2100: ”As it seems to me the first and third categories explained in *Coughlan* are not hermetically sealed. The facts of the case, viewed always in their

⁸⁰⁹ Clayton 2003, s. 100.

statutory context, will steer the court to a more or less intrusive quality of review. In some cases a change of tack by a public authority, though unfair from the applicant's stance, may involve questions of general policy affecting the public at large or a significant section of it (including interests not represented before the court); here the judges may well be in no position to adjudicate save at most on a bare *Wednesbury* basis, without themselves donning the garb of policy-maker, which they cannot wear. The local government finance cases, such as *R v Secretary of State ex parte Hammersmith* [1991] 1 AC 521, exemplify this. As Wade and Forsyth observe (*Administrative Law*, 7th edn p. 404): "Ministers' decisions on important matters of policy are not on that account sacrosanct against the unreasonableness doctrine, though the court must take special care, for constitutional reasons, not to pass judgment on action which is essentially political."

Elliott huomauttaa näiden laillisuusvalvonnan intensiteetin määrittävien faktojen itse asiassa – ainakin *Begbiessä* omaksutun kielenkäytön mukaisesti – samastuvan suhteellisuusperiaatteen tarkoittamaan julkisen intressin merkittävyyteen asiassa. Kun muistetaan, että Elliott oli jo vuonna 2000 antanut *Coughlanille* merkityksen, jonka mukaan se osoitti viimeistään *common law*'n ortodoksisen käsityksen tuomioistuinkontrollin ja tapauksen tosiasioiden välisestä suhteesta olevan siirretty jo oikeushistoriaan⁸¹⁰, ei *Coughlanin* kategorisoinnin analysoinnille nimenomaan mannermaisella tavalla käsitetyn suhteellisuusperiaatteen valossa ollut enää oikeudellista estettä.

Suhteellisuusperiaatteen nojaavista lähtökohdista Elliott päätyy havaintoon, jonka mukaan *Coughlanin* kategoriat 1 ja 3 ovatkin itse asiassa eräänlaisen skaalan ääripäitä, ja tapauksen tosiasioiden sijoittuminen tälle skaalalle tapahtuu punnitsemalla tapauksen tosiasioiksi määrittäviä, joskus ristiriitaisiakin intressejä keskenään. Näin ymmärrettynä luottamuksensuoja irtautuu *Coughlanissa* artikuloituista kategorisoinneista ja niiden luokittelun avaimena toimineista sääntötyyppisistä kriteereistä, ja samastuu lopulta mannermaiseen suhteellisuusperiaatteen paikallistuen vain sen tiettyjä, yksityisen tulevaisuuteen suuntautuvia odotuksia koskevaisi soveltamistilanteeksi. Tällainen ajatuskulku saa kulminatiipisteensä *Nadarajah*-tuomiossa, jossa *Lord Justice Laws* palauttaa myös *Coughlanin* toisen kategorian – menettelyllisen luottamuksensuojan samaan kontekstiin rakentaen lopulta yksin suhteellisuusperiaatteen ja sen sisäistämään punnintaan palautettavissa olevan luottamuksensuojakonstruktion. Näin muotoillusta taustasta kasvaa Elliottin analyysin mukaan luottamuksensuojan ja mannermaisen suhteellisuusperiaatteen rakenteellinen yhteys.⁸¹¹

⁸¹⁰ Elliott 2000, s. 423.

⁸¹¹ Elliott 2006, s. 285.

Nadarajah v Secretary of State for the Home Department [2005] EWCA Civ 1363: "The principle that good administration requires public authorities to be held to their promises would be undermined if the law did not insist that any failure or refusal to comply is objectively justified as a proportionate measure in the circumstances. This approach makes no distinction between procedural and substantive expectations. Nor should it. The dichotomy between procedure and substance has nothing to say about the reach of the duty of good administration ... proportionality will be judged, as it is generally to be judged by the respective force of the competing interests arising in the case. Thus where the representation relied on amounts to an unambiguous promise, where there is detrimental reliance, where the promises are made to an individual or specific group, these are instances where denial of the expectation is likely to be harder to justify as a proportionate measure ... On the other hand where the Government decision-maker is concerned to raise wide-ranging or 'macro-political' issues of policy, the expectations of enforcement in the courts will encounter a steeper climb. All these considerations whatever their direction, are pointers not rules. The balance between an individual's fair treatment in particular circumstances, and the vindication of other ends having a proper claim in the public interest (which is the essential dilemma posed by the law of legitimate expectation) is not precisely calculable, its measurement not exact."

Menettelyllisen luottamuksensuojan sisältävän 2. kategorian poissuljenta Elliotin skaalasta ei ole välttämätöntä. Täydennetty skaala saa kuitenkin mielekkään sisältönsä vasta, kun sitä koskeva heuristiikka asetetaan käänteiseen järjestykseen. Pievskyn näin rakenteistamasta *Coughlanista* kasvaa yleinen luottamuksensuojan perusrakenne, joka sisältää asiallisesti heuristisen prosessin, joka käy läpi kaikki *Coughlanin* kategoriat 1–3 käänteisessä järjestyksessä.⁸¹² Pievskyn konstruktio on merkittävä. Se nimittäin pystyy osoittamaan, miten *Coughlanin* kategorisoinneissa muuten irralliseksi jäävä menettelyllinen suoja asettuu perustellusti osaksi luottamuksensuojadoktriinia.

Pievskyn mukaan *Coughlanin* kategorisointi on perustelluinta jäsentää käänteisessä järjestyksessä kysymällä ensimmäiseksi, ovatko tapauksessa käsillä *Coughlanin* kolmannen kategorian mukaisen aineellisen luottamuksensuojan edellytykset. Mikäli näin *ei ole*, on kysyttävä, onko käsillä sellainen perusteltu luottamus, joka edellyttää ainakin *Coughlanin* toisen kategorian menettelyllistä suojaa. Jos tällaistaakaan *ei ole*, jää tuomioistuimen tehtäväksi soveltaa kaikkialle soveltuvaan *Coughlanin* ensimmäisen kategorian tarkoittamaa *Wednesbury*-testiä.⁸¹³

⁸¹² Pievsky 2003, s. 148.

⁸¹³ Pievsky 2003, s. 148.

Elliot on sittemmin kuitenkin suhtautunut jopa epäillen *Nadarajah*-tuomiossa luottamuksensuojan ja suhteellisuusperiaatteen välillä omaksuttuun laajaan rakenteelliseen yhteyteen epäillen sen kykyä tavoittaa kaikkia perusteltuja oikeusturvaodotuksia⁸¹⁴. Kritiikki kulminoituu vuonna 2006 julkaistuun artikkeliin ”*Legitimate Expectations and the Search for Principle: Reflections on Abdi and Nadarajah*”⁸¹⁵, jossa osoitetaan ulottuvuuksia luottamuksensuojasta, joita suhteellisuusperiaate ei tavoita. Esimerkiksi käyköön edelläkin mainittu ensimmäisen kategorian mukainen tapaus, jossa läsnä oleva poliittinen intressi pakottaa tuomioistuimen *judicial restraintin* mukaiseen pistemäiseen *Wednesbury*-arvioon.⁸¹⁶ Elliottin mainitsemat muut esimerkit liittyvät olennaisesti samankaltaiseen tilanteeseen. Mikäli suhteellisuusperiaate ymmärretään kuitenkin Elliottiin aiemmin konstruoiman, *Wednesbury*stä mannermaiseen suhteellisuusperiaatteeseen ulottuvan skaalan kaltaiseksi, vaikuttaisi siltä, että Elliottin tässä kohdin suhteellisuusperiaatteen soveltuvuuteen kohdistama kritiikki on perusteetonta.

Näin määrittävään luottamuksensuojan ja suhteellisuusperiaatteen rekursioon on luonnollisesti kohdistettavissa se sama kritiikki, jonka suhteellisuusperiaate yksinään kohtaa *common law*’n piirissä. CLC:n piirissä on kuitenkin havaittu, että suhteellisuusperiaate ei edes luottamuksensuojajustifikaationa sittenkään aseta tuomioistuinta edes *common law*’n ortodoksioiden näkökulmasta ongelmalliseen vallanjaolliseen positioon. Kuten edellä viitattiin, esimerkiksi Craig luonnehtii myös CLC:n piirissä *Wednesbury*n taustalle asettuvia keskeisiä vallanjaollisia opinkappaleita ottamalla edelleen lähtökohdaksi ymmärryksen siitä, että ”*it is not for the courts to substitute their judgment on the merits of the case for that of the primary decision maker*”⁸¹⁷. Craig onnistuu kuitenkin tämän lähtökohdan *puitteissa* kehittelemään tilaa myös mannermaiselle suhteellisuusperiaatteelle kiinnittämällä huomiota siihen, että tuomioistuin ei itse asiassa korvaa ensi asteen päätöksentekijän arviota tapauksen tosiasioista, vaan arvioi ensi asteen päätöksentekijän tästä esittämän näytön vakuuttavuutta suhteellisuusperiaatteen rakenteen mukaisesti.⁸¹⁸ Näin ymmärrettynä vallanjaolliselta näyttänyt ongelma kääntyy luottamuksensuojakontekstissakin lähinnä tuomioistuimen omaamaa asiantuntemusta koskevaksi, tuomioistuimen asiassa hankkimalla selvityksellä ja/tai prosessuaalisten näyttötaakkanormien avulla ratkaistavaksi ongelmaksi.

Suhteellisuusperiaate tässäkin rekursiivisessa soveltamiskontekstissa on kuitenkin edelleen vilkkaan keskustelun kohteena, eikä sen soveltamisen legitiimi-

⁸¹⁴ Elliott 2006c, s. 254–256.

⁸¹⁵ Elliott 2006, s. 281 ss.

⁸¹⁶ Elliott 2006, s. 286.

⁸¹⁷ Craig 2000, s. 85.

⁸¹⁸ Craig 2000, s. 101.

teetistä vallitse yhteisymmärrystä. *Philip Sales* voi vielä vuonna 2006 perustellusti todeta olevan erittäin tulkinnanvaraista väittää aineellisesta luottamuksesta erkaantumisen tulevan arvioitavaksi suhteellisuusperiaatteen mukaisessa testissä *Wednesburyn* asemesta.⁸¹⁹

3.11 VÄLITILINPÄÄTÖS

Luottamuksensuojaperiaatteen omaksuminen oikeusjärjestykseen näyttäisi erityisesti *common law*'n doktrinaalinen kehitys huomioon ottaen vievän oikeusjärjestystä suuntaan, jossa julkisoikeus erkane muodollisista oikeusvarmuuden painotuksista ja lainsäätäjän tavoiterationaliteetin ylikorostamisesta kohti oikeuskulttuuria, jota leimaa julkisoikeuden subjektivoituminen oikeusperustaiseksi oikeusajatteluksi, jolle eivät yksilöllistä oikeudenmukaisuutta turvaavat periaatteet ole vieraita – edes lainsäätäjän toimivaltaa rajoittavien oikeusnormien perusteluina. Irtiotossa *diceylaisen* ortodoksian varaan rakennetusta hallinto-oikeuden olemassaolon oikeutuksenkin kiistävästä formaalista *rule of law*'sta sekä suhteellisuus- että luottamuksensuojaperiaatteella on ollut varsin keskeinen osa – käsitettiin ne sitten erillisiksi tai toisiinsa tukeutuviksi oikeusperiaateiksi.

Rechtsstaatin subjektiivisten julkisten oikeuksien ja niihin kiinnittyvän yksityisen orientaation verraten pitkä historia huomioonottaen ei ole kuitenkaan mitenkään selvää, onko luottamuksensuojaperiaatetta pidettävä tällaisen muutoksen *indisio*na vai *sen konstitutioivana elementtinä*. Tähän suuntaan viittaavat myös *Rechtsstaatin* piirissä käydyt keskustelut luottamuksensuojan kaksinaisroolista perusoikeuksien suhteen: luottamuksensuojan on nähty toisaalta määrittävän perusoikeuden soveltamisalan laajuutta, toisaalta olevan seuraus soveltamisalan laukeamisesta. Erityisesti luottamuksensuojan oikeutusperusteista käytävän keskustelun vilkkaus ja moninaisuus kertovat kuitenkin sekä *common law*'n että *Rechtsstaatin* piirissä luottamuksensuojan olevan varsin kiinteä osa oikeusperustaisen oikeusajattelun varaan rakentuvaa oikeuskulttuurista ymmärrystä, johon suodattuu luottamuksensuoja-argumentteja useassa eri merkityksessä ja vaihtelevin sisällöin. Luottamuksensuojan ja oikeusperustaisen oikeusajattelun välillä vaikuttaisi vallitsevan suhde, jota voi luonnehtia *sympioosiksi* ja *rekursioksi*: *molemmat paitsi ovat välttämättömiä toisilleen, myös määrittävät toisiaan*.

Tällainen oikeusajattelu koostuu ensi sijassa oikeuskulttuurisista sitoumuksista. Sekä *common law*'n että *Rechtsstaatin* luottamuksensuojakeskustelut kerto-

⁸¹⁹ Sales 2006, s. 190.

vat oikeuskulttuurisesta työnjaosta, jossa luottamuksensuojan taustalle asettuvia oikeutusperusteita käytetään osin tarkoitushakuisessakin merkityksessä perustelemaan demokratianäkökulmaan kiinnittyvistä, lainsäätäjän tavoiterationaliteettia äärimmilleen korostavista vaatimuksista erkanemista. Kuten edellä saksalaisen oikeutusperustekeskustelun välitilinpäätöksen yhteydessä todettiin, ei tällainen valtiosääntöön kiinnittyvä oikeusperiaatejustifiointi ole kokonaan vierasta Suomenkaan oikeusjärjestykselle.

Toisaalta on ilmeistä, että doktriineja ei tältä osin ole kuitenkaan syytä samastaa ainakaan oikeudellisten käytäntöjen sisällön deskription merkityksessä. Jo tutkimuksen alkusitoumuksissa todettiin ilmeiseksi Suomessa vallitseva oikeuskulttuurinen ymmärrys, joka on perinteisesti sitonut suomalaiset oikeudelliset käytännöt, osa oikeustieteestä mukaan lukien, varsin instrumentaalsiin painotuksiin, jotka näkevät oikeuden poliittisten päätöksentekijöiden käytössä olevana välineenä, ja oikeuden tätä tarkoitusta toteuttavana sääntöjen kokoelmana. Alussa ei kuitenkaan kiistetty oikeusturva-ajattelun tähän instrumentalistiseen painotukseen tekemää säröä: erityisesti valtiosääntö- ja hallinto-oikeuden traditioissa on kuitenkin *legalismi*n liittyvien historiallisten juurien vuoksi elänyt myös toisenlainen näkökulma.⁸²⁰

Legalismista kasvaneen toisenlaisen näkökulman olemassaolon varaan on mahdollista rakentaa sellaisiakin normatiivisia oikeuskulttuurisia sitoumuksia, jotka erkanevat tarkoitushakuisestikin mainitusta instrumentalistisesta sääntöorientoituneesta ajattelutavasta. Edellisessä välitilinpäätöksessä osoitettiin, miten Suomen oikeudessa ei vaikuttaisi olevan ainakaan mitään sellaista rakenteellista tekijää, joka osoittaisi kysymyksen oikeusperiaatteiden justifiointien *Verfassungsrangin* olemassaolosta ja merkityksestä olevan vailla mieltä Suomen oikeusjärjestyksen piirissä.

Tapa ymmärtää oikeusperiaatteet – tai yleisemminkin: oikeusnormit – kiinnittyneeksi niiden ylläpitoa edellyttäviin oikeutusperusteisiin vaikuttaisi vievän väistämättä sellaiseen tapaan jäsentää oikeutta ja oikeudellisten instituutioiden välistä työnjakoa, joka heijastuu *Rechtsstaatin* piirissä esimerkiksi aineellisen oikeusvaltion (*Gesetz und Recht!*) normatiiviseen, tuomioistuimissa sisältönsä saavaan merkitykseen, joka kykenee oikeusperiaatteelle konstruoitavan *Verfassungsrangin* avulla tehokkaaseen irtiottoon lakivarauksille muodollisen oikeusvarmuuden puitteissa annettavissa olevasta muodollisesta tulkinnasta. *Common law*’n piirissä työnjako saa – ja sai jo Diceyn ortodoksioissa – merkittävimmän ilmauksensa käsityksenä tuomioistumista oikeuden viimekätisinä hallitsijoina (*“the real masters of law”*) ja näin konstruoitavalla *common law*’n oikeusperiaatteita tuottavalla mekanismilla. Tämä työnjako sai edellä erityisen konkretisoitu-

⁸²⁰ Tuori 2000o, s. 1049–1050.

mansa luottamuksensuoja-ajattelussa sovittamassa yhteen lainsäätäjän statuutti-oikeuden nopeatempoista, tulevaisuusorientoitunutta tavoiterationaliteettia ja *common law*'n hidasta aikaorientaatiota, retrospektioon palautuvaa pysyvyyttä.⁸²¹

Olisiko tällaisella tavalla jäsentää oikeuden työnjakoa hyödyllisiä sovelluksia Suomen julkisoikeuden ymmärtämisessä? Ilmeisin tutkimusaiheen piiristä valikoituva puoltava esimerkki lienee Suomen perusoikeusjärjestelmä valtion tuottamana säädännäisen oikeuden ilmentymänä, valtion *itserajoituksena* myös in *sensu stricto*: ei ainoastaan perusoikeusjärjestelmän yleinen oikeutusperusta sijaitse valtion *itserajoitus*funktiossa, vaan sille kulloinkin annettavat konkreettiset sisällöt määrittävät eri oikeudellisissa menettelyissä valtion *itse* säätämänä rajoituksena joko perustuslain esitöiden ja/tai perustuslakivaliokunnan *lainsäädäntömenettelyssä* antamien lausuntojen mukaisiksi. Vaikka Saksan oikeusjärjestys kuuluu samaan mannermaiseen kirjoitetun lain ensisijaisuuteen nojaavaan oikeuskulttuuriin kuin Suomi ja omaa myös kirjoitetun, valtion itserajoituksena syntyneen perustuslain, on oikeudellinen työnjako Saksassa toinen. Lainsäätäjä konstituution asettamana (itse)rajoituksen kohteena ei ole rajoituksen tehokkuuden takaaja, *common law*'n termein *the real master of law*. Valtiosääntötuomioistuinten olemassaolosta on nimittäin seurannut myös oikeudellisten käytäntöjen piiriin konkretisoitunut ajatus valtiosäännön itsenäisestä, (myös perustus)lainsäätäjistä erotettavissa olevasta normatiivisuudesta.

Christian Starckin tarkastelussa valtiosäännön normatiivisuuden välttämättömäksi edellytykseksi asettuu se varsin triviaalilta kuulostava, valtiosääntötuomioistuinten olemassaolosta ja toimivallasta seuraava oikeudellisen työnjako, jonka vallitessa ”*the legislature is no longer free to interpret the constitution as it wishes; rather it is bound to follow the interpretation of the Constitutional court*”.⁸²² Tässä yhteydessä ei ole kuitenkaan erityisen mielekäästä juuttua pitkään keskusteluun tähän kysymykseen liittyvästä suomalaisesta perustuslaillisesta ratkaisusta, joka tästä näkökulmasta vaikuttaa epäilemättä perustavanlaatuiselta valuvialta. Työnjaon merkityksen ymmärtämisen kannalta riittää, kun sen voidaan arvioida osaltaan myötävaikuttavan oikeudellisten käytäntöjen oikeuskulttuuriseen itseymmärrykseen, jossa ei ole ollut erityisen vaikeata havaita suomalaisen eriytymättömän oikeudellisen työnjaon johtaneen erittäin joustavaan, julkisen vallan päämäärille alistaiseen fasadinomaiseen perusoikeusargumentointiin.⁸²³

⁸²¹ Craig 2008, s. 652.

⁸²² Starck 1995, s. 48.

⁸²³ Ks. myös Lavapuro 2010, s. 243 ss.

Samanlainen julkisen vallan käytön päämääriä korostava demokratiatausta löytyy toki saksalaisen *Rechtsstaatinkin* tavasta jäsentää oikeudellista työnjakoa, kuten esimerkiksi Höpfnerin analyysi lainsäädännön mitättömyysarvioon johtavaan perustuslainvastaiseksi toteamiseen nähden ensisijaisesta konfliktinratkaisumetodista, perustuslainmukaisesta tulkintametodista (*verfassungskonforme Auslegung*) osoittaa.⁸²⁴ Höpfner paikallistaa tässä kohdin *Rechtsstaat*in demokraattiset painotukset ja niiden merkityksen perustuslainmukaisen laintulkinnan mallin taustalle. Mallia nimittäin leimaa sitä oikeuttavan oikeusjärjestyksen yhtenäisyyden ja hierarkian (*„Einheit und Stufenbau“*) ohella kaksi ”lainsäädäntöystävällistä” komponenttia: oletus lain perustuslainmukaisuudesta (*„Vermutung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes“*) sekä lainsäädännön ylläpidon periaate (*„favor legis“*), millä viitataan vähäisimmän puuttumisen vaatimukseen, joka perustaa *verfassungskonforme Auslegung* -metodin etusijan mitättömyysarvioon nähden: lainsäädäntö on todettava perustuslainvastaisena mitättömäksi *vain siinä määrin*, kun se on ehdottoman välttämätöntä konfliktin ratkaisemiseksi.⁸²⁵ Silti olisi vaikea väittää *Verfassungsrangin* omaavien saksalaisten luottamuksensuojajustifikaatioiden ja niiden taustalla piilevien *Rechtsstaat*in valtiosääntöisten perusratkaisuiden välittävän samanlaista instrumentaalista suhtautumista oikeuteen kuin suomalaisista oikeudellisista käytännöistä on havaittavissa.

Väitettä voidaan edelleen havainnollistaa konkreettisemmalla esimerkillä, joka paikallistuu hallinto-oikeuden yleisiin oppeihin. Hallinnon keskeiset oikeus-suojaperiaatteet – lainalaisuus, tarkoitussidonnaisuus, suhteellisuus, yhdenvertaisuus, objektiviteetti, luottamuksensuoja – ovat konkretisoituneet Suomen julkisoikeuteen lähinnä oikeuskäytännön ja oikeustieteen myötävaikutuksella. Esimerkiksi tarkoitussidonnaisuuden periaate introdusoitiin Suomen oikeuteen Merikosken toimesta uuttamalla sen keskeinen sisältö mannereurooppalaisista oikeusjärjestyksistä ja tukemalla sen voimassaolo (niukkaan) sitä ilmaisevaan oikeuskäytäntöön.⁸²⁶ Tarkoitussidonnaisuuden periaatteen olemassaolosta, sisällöstä ja oikeusvaikutuksista on sittemmin käyty Suomen julkisoikeudessa laaja ja poikkeuksellisen intensiivinen keskustelu⁸²⁷, ja periaate kehittyi Merikosken ilmaisemasta harkintavallan yleisestä rajoitusperiaatteesta aina perustuslakiin nojaavaksi laintulkintaperiaatteeksi sekä julkisoikeuden yleisissä opeissa⁸²⁸ että oikeuskäytännössä (ks. esim. KHO 1997:57 ja KHO 1997:58) ilman lainsäätäjän nimenomaista myötävaikutusta.

⁸²⁴ Höpfner 2008, s. 179.

⁸²⁵ Höpfner 2008, s. 184–197.

⁸²⁶ Merikoski 1968, s. 58 ss.

⁸²⁷ Ks. esim. Konstari 1979.

⁸²⁸ Ks. esim. Tuori 1999, s. 535.

Vastaava kehitys oli aluillaan luottamuksensuojaperiaatteen kohdalla 1990-luvulla, ja olisi voinut johtaa *common law*'n tapaan erittäin rikkaaseen, moniulotteiseen keskusteluun ja oikeuskäytäntöön luottamuksensuojan oikeuttamisperusteista ja näiden merkityksestä sen soveltamiselle, ja edelleen tämän ymmärryksen abstrahoitumisesta osaksi julkisoikeuden muutosdiskursseja. Nytemmin luottamuksensuojaperiaatteen ja muiden keskeisten oikeussuojaperiaatteiden tultua kodifoiduksi osaksi hallinto-oikeuden yleistä sääntelyä, voidaan vain tiettyin varauksin puoltaa esitöissä ilmaistua sinänsä perusteltavissa olevaa kantaa, jonka mukaan ”[n]iin yleisen oikeusturvan ja perusoikeuksien kuin viranomaisen toiminnalta edellytettävän lainalaisuusperiaatteen kannalta on tärkeää, että myös viranomaisen harkintavallan käytöstä säädetään lain tasolla.”⁸²⁹ Kolikolla on nimittäin toinenkin puoli.

Hallintolaki on ollut tätä kirjoitettaessa voimassa kohta melkein vuosikymmenen. KHO:n vuosikirjaratkaisuissa on tänä aikana sovellettu mainittua, *hallinnon keskeisistä oikeusperiaatteista* säätelevää hallintolain 6 §:ää nimenomaisesti ratkaisun oikeusohjeena mainiten vain muutaman kerran (ks. esim. KHO 2008:67, KHO 2008:49, KHO 2006:90 ja KHO 2010:5). HL 6 §:ssä säädetystä oikeusturvaperiaatteista käytävä oikeustieteellinen keskustelu on muuttanut muotoaan: siinä missä samat periaatteet osana Suomen julkisoikeuden nimenomaisesti sääntelemätöntä oikeusturvajärjestelmää synnyttivät vilkkaan keskustelun niiden voimassaolosta, sisällöstä ja legitimitietiehdoista, on niiden institutionalisoituminen positiivisoikeudelliseen normistoon pelkistänyt keskustelun niiden soveltamisedellytysten kuvaukseen hallintolain esitöiden ja niitä konkretisoivan oikeuskäytännön tuottaman informaation avulla. Vastaava huomio voidaan kiinnittää luottamuksensuojan verotusmenettelylaissa saamaan positiivis-oikeudelliseen ilmiäsuun: kuten jäljempänä tutkimuksessa tullaan tarkemmin erittelemään, perustuu sen sisältöä koskeva kannanmuodostus myös oikeustieteen piirissä olennaisilta osiltaan valtiosääntöisen kehittelyn asemesta *verohallituksen* kyseisestä säännöksestä antamaan soveltamisohjeeseen (*sic!*).⁸³⁰

Toisin sanoen, oikeusturvaperiaatteiden siirtäminen osaksi kirjoitettua lain-säädäntöä ei ole johtanut niiden merkityksen ainakaan määrälliseen kasvuun KHO:n käytännöissä. Samaan aikaan niiden kodifioiminen on johtanut niistä saatavilla olevan tiedon samastumiseen valtion ja jopa valtion hallintokoneiston ilmaisemaan käsitykseen oman tehokkuutensa rajoituksista. Periaatekäsityksen ohuutta kuvaa *Kauko Heurun* luottamuksensuojaperiaatteelle hyvää hallintoa koskevassa tutkimuksessaan antama merkitys: sillä ei Heurun mukaan ole annet-

⁸²⁹ HE 72/2002 vp, s. 33.

⁸³⁰ Ks. jäljempänä luku 6.6.2.

tavanaan *mitään uutta ja oleellista* suomalaisen hallinto-oikeuden kulttuuriin.⁸³¹ Jo tähän mennessä tässä tutkimuksessa esitetyt eurooppalaiseen luottamuksen-suojakeskusteluun kohdistuvat tarkastelut huomioiden on ilmeistä, että puhe ei voi olla samanlaisen merkityksen saavasta periaatteesta.

Keskeinen selitys tähän kapeuteen ja ohuuteen kytkeytyy myös HL:n sisällölliseen ratkaisuun, jossa HL 6 §:n sisältämät klassiset hallinto-oikeuden periaatteet luottamuksensuojalla täydennettynä sijoitettiin lain toiseen lukuun otsikon ”Hyvän hallinnon perusteet” alle. Hallintopäätöksen sisällöllisenä laillisuusmitarina usein toimivat objektiviteetti-, yhdenvertaisuus-, tarkoitussidonnaisuus-, suhteellisuus- ja luottamuksensuojaperiaatteet sijoitettiin systemaattiseen yhteyteen hallinnolliseksi usein katsotun palveluperiaatteen ja palvelun asianmukaisuuden vaatimuksen (HL 7 §), neuvontavelvollisuuden (HL 8 §), hyvän kielenkäytön vaatimuksen (HL 9 §) ja viranomaisten yhteistyötä korostavan informaatiivisen viittaussäännöksen (HL 10 §) kanssa.

Ratkaisua voidaan kritisoida. Lainsäätäjän omaksuma systemaattinen ratkaisu ei ole omiaan ainakaan korostamaan mainittujen periaatteiden luonnetta julkisoikeutta rakenteistavina periaatteina, varsinkaan kun luvun otsikoinnissa viitattu hyvän hallinnon vaatimus kuuluu perustuslaillisessa ilmiasussaan yksinkertaisen, lainsäätäjän liikkumatilaa korostavan lakivarauksen alle: PL 21.2 §:n toisen momentin mukaan hyvän hallinnon takeet turvataan lailla. Tämän systemaattisen ratkaisun vuoksi mainitut periaatteet eivät vaikuttaisi HL:n tai edes PL:n sanamuodoissa kiinnittyvän lainkaan oikeuksien maailmaan, vaan lähinnä hyvän hallinnon laadullisiin vähimmäistakeisiin. Jos luottamuksensuoja kiinnitetään *ratioaltaan* saksalaiseen esikuvaansa, on ratkaisu outo: hyvää hallintoa ei saksalainen doktriini tunne sen systemaattisena kontekstina lainkaan. *Common law*’ssa tällainen kytkentä on edellä esitetyn mukaisesti tehty: hyvä hallinto kyseisessä kontekstissa on kuitenkin sisällöltään normatiivinen, hallintotoimen sisällölliseen laillisuusarvioon ulottuva periaate, kun taas sen suomalainen sovellutus vaikuttaisi olevan lähinnä menettelyllinen tai laadullinen periaate. Yhteistä käsitteille on lähinnä se, että niitä molempia on käytetty luottamuksensuojan dekoraatiiviseen oikeuttamiseen vailla todellista merkitystä: niin englantilaisen doktriinin alkuaikoina⁸³² kuin nykyisessä suomalaisessa doktriinissa⁸³³ luottamuksensuojan taustana sen tarkemmin eksplikoimatta, miten oikeuksien maailman kuuluva luottamuksensuoja saa sisältönsä ja velvoittavuutensa hyvän hallinnon takeista.

⁸³¹ Heuru 2003, s. 319.

⁸³² Ks. edellä 3.10.5.

⁸³³ Soikkeli 2003, s. 136 ja 218.

Kriittistä arviota ei sanottavasti muuta PL 21.2 §:n yksinkertaisen lakivarauksen *voluntaksesta* irtoava hyvän hallinnon takeiden määrittely, jonka esimerkiksi Mäenpää on omaksunut systeeminrakennuksen perustaksi viittaamaan *koko* PL 21 §:ään, jossa säädetään sekä asianmukaisen käsittelyn perusteista että oikeudenmukaisen oikeusturvamenettelyn takeista. Kuten *Mäenpään* erittelystä *hyvän hallinnon ja oikeuksien välisestä suhteesta* käy ilmi, on niissä käsitteellisesti kyse eri asioista, vaikka hyvä hallinto sinänsä voidaan Suomessakin oikeudeksi [siihen] käsittää. Aineellisiin oikeuksiin nähden hyvän hallinnon merkitys jää kuitenkin välilliseksi ja etäiseksi ollen konkreettisimmillaan oikeusturvamenettelyissä, joilla pyritään osaltaan turvaamaan laadultaan ja sisällöltään hyvää hallintoa, mutta joiden ”ensisijainen tarkoitus on yksilön oikeuksien suojaaminen ja toteuttaminen”.⁸³⁴ Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että Mäenpään ajateluissa kiistettäisiin oikeusperiaatteiden luonne oikeuden maailman laillisuusmittareina, pikemminkin päinvastoin: ”Jos hallintotuomioistuin toteaa päätöksenteon olleen jonkin periaatteen vastaista, menettelyä pidetään oikeuskäytännössä yleensä harkintavallan väärinkäyttönä, joka jo sellaisenaan mahdollistaa hallintopäätöksen kumoamisen.”⁸³⁵

Käsitteellisesti hyvän hallinnon takeiden keskiöön ei kuitenkaan näyttäisi kuuluvan sellainen kiinnittyminen *aineellisiin oikeuksiin*, joka edellä kävi ilmeiseksi erityisesti *Rechtsstaatin* luottamuksensuojajustifikaatioista. Käsillä on ehkä pikemminkin funktionalismin maailmaan kuuluva, normativismista erkaneva tapa jäsentää julkisoikeutta *instituutionalisen näkökulman mukaisesti*: kyse on [hyvän] *hallinnon* ominaisuuksista. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö hyvän hallinnon takeille olisi konstruoitavissa oikeusperustaisen oikeusajattelun ja julkisoikeudellisten periaatteiden merkityksen huomioiva sisältö, ja ehkä tällainen sisältyy Mäenpääinkin konstruktion, joka kasvaa hyvän hallinnon takeiden tuomasta *lisäarvosta*: ”pelkästään lainmukainen hallintotoiminta tai hyvinvointivaltiollisten etujen ja palvelujen saaminen ei ihmisille enää riitä, vaan viranomaisilta vaaditaan laadullisesti enemmän ja parempaa”.⁸³⁶

Täydentävä näkökulma saa jäsenyteen muotonsa *Ida Koiviston* analyysissä, jossa hyvä hallinto on tuonut nimenomaan jotain *lisää* vanhastaan hallinnon johtaville periaatteille sälytettyyn huolenpitoon hallinnon legitimiisyyden edellytyksistä.⁸³⁷ Oikeudellisesti hahmotettuna kyse on nimenomaan yksityisen legitimeistä odotuksista julkista valtaa kohtaan: kyse on siitä, että luottamus transformoi hallinnon hyvyyteen viittaavat ominaisuudet yksityisen oikeuksik-

⁸³⁴ Mäenpää 2011, s. 2–5.

⁸³⁵ Mäenpää 2011, s. 76.

⁸³⁶ Mäenpää 2011, s. 63.

⁸³⁷ Koivisto 2007, s. 164.

si.⁸³⁸ Hallintolain sanamuodoista tällaista perusteltua rakennetta on kuitenkin vaikea hahmottaa. Hallintolaki tuntuu kohtelevan kysymyksiä virastojen aukioloajoista, ystävällisestä palvelusta ja kielenkäytöstä samalla viivalla kuin esimerkiksi suhteellisuus- ja luottamuksensuojaperiaatteen valtiosääntöisiä ongelmia. Yksityisen oikeusvaateen vahvuuden kannalta ensin mainitut laadulliset kriteerit kuuluvat vahvuudeltaan olennaisesti erilaiseen kategoriaan kuin esimerkiksi saksalainen käsitys *Vertrauenseigentumista*; julkisen vallan toimin syntyneestä luottamuksesta jopa lainsäätäjääkin sitovana pysyvyytenä omaisuuden suojaan kiinnittyen.

Suomalaisia erittäin kapean merkityksen saavia periaatteita ei HL 6 §:n näkökulmasta voi kutsua ainakaan sellaisiksi perusteiltaan riidanalaisiksi käsitteiksi, joiden perusteisiin kohdistuva kritiikki tuottaisi mielekäästä informaatiota niiden kattamien oikeudellisten ilmiöiden sisällöstä. On mahdollista perustella kanta, jonka mukaan suomalainen ohut periaatekäsitys johtaa siihen, että hallinnon yleisten periaatteiden sisältö pelkistyy HL 6 §:n sanamuotoon ja sen taustalla olevaan hallituksen esitykseen. Perustuslaillinen oikeusperiaate redusoidaan näihin muodollisiin oikeuslähteisiin sisällöllisesti ja muodollisesti nimenomaan valtion tahtona. Näin esimerkiksi *Veli-Pekka Hautamäen* analyysi hyvän hallinnon periaatteista lähtee ilmeisesti siitä, että periaatteiden sisältö palautuu jännöksettä lainsäätäjän tahtoon: Hautamäen mukaan näiden periaatteiden keskeinen ongelma voidaan arvioida kiinnittyväksi siihen, että on enemmän tai vähemmän tulkinnanvaraista, milloin ko. periaatteet toteutuvat *lainsäätäjän* ajattelemalla tavalla.⁸³⁹

Mikäli edellä läpi käydystä *common law'n* ja *Rechtsstaatin* luottamuksensuojajustifikaatioista haluaa uuttaa välitilinpäätökseksi kaikkein olennaisimman, Suomen oikeusjärjestyksen arviointiin kelpoisen opetuksen, kytkeytyy se nimenomaan tähän kohtaan. Lainsäätäjän tahdonaktiin redusoituva oikeusturvaperiaate on paradoksi erityisesti luottamuksensuojaperiaatteen kohdalla: luottamuksensuoja kun vaikuttaisi jo oikeutusperusteiden tarkastelun perusteella määrittyvän periaatteeksi, joka siirtää oikeudellisen ratkaisun oikeudellisen legitimitetin lainsäätäjän ja ehkäpä joissain tilanteissa jopa koko oikeusjärjestyksen määrittelyvallasta yksityisen muotoileman luottamuksen kunnioituksen varaan: ”*Vertrauen als rechtlichen Phänomen ist ein Widerspruch in sich*”.⁸⁴⁰ Tästä luottamuksensuojan autonomiasta suhteessa lainsäätäjään seuraa se, että luottamuksensuojaperiaatteen justifikaatio on perusteltua suomalaisessakin keskustelussa rakentaa HL 6 § -kytkentä irrottaen.

⁸³⁸ Kovisto 2011, s. 118.

⁸³⁹ Hautamäki 2004, s. 80.

⁸⁴⁰ Schwarz 2001, s. 34.

Edellä läpikäyty keskustelu luottamuksensuojasta oikeutusperusteineen tarjoaa tämän paradoksin ratkaisemiseen mallin, joka perustuu ajatukselle oikeudellisten käytäntöjen institutionaalisesta työnjaosta. Työnjako tunnustaa perusoikeuksien ja muiden oikeusturvaperiaatteiden normatiivisuuden *in abstracto* osana positiivisen oikeuden järjestelmää, mutta jättää niiden sisällön *in concreto* oikeuden valtakuntaan. Työnjako on relatiivinen, sen tarkoitus on osoittaa näiden normistojen *in concreto sisällön* velvoittavuuden ero niiden *in abstracto* velvoittavuudesta, eikä työnjako pyri selittämään oikeuksien velvoittavuutta *in abstracto*.

Työnjako ei tietenkään ole Suomen julkisoikeudessa erityisen käänteentekevä uutuus. Siinä on puettu Tuorin muotoilemaan kriittiseen oikeuspositivismiin sisäänrakennettu ymmärrys esimerkiksi perusoikeuksista sekä oikeuden pintatason ilmiöinä, perusoikeussäännöksiä että simultaanisti syvätason kerrostumina, perusoikeusperiaatteina⁸⁴¹ institutionaalisen työnjaon kielelle. Työnjako kuitenkin täydentää kriittisen oikeuspositivisminkin omaksumaa käsitystä lainsäädännöstä sellaisenaan ”*ei-vielä-oikeutena*”. Tuori viittaa tällä siihen varsin perustellulta kuulostavaan ajatukseen, jonka mukaan lainsäädäntöä on [mannermaisessa kirjoitetun oikeuden systeemissäkin] tulkittava ja sen ilmentämät normit saatettava systemaattisiin yhteyksiinsä. Vasta tämän jälkeen voidaan puhua soveltamiskelpoisesta oikeudesta. Kompetenssi soveltamiseen, tulkintaan ja systematisointiin puolestaan kuuluu muille kuin lainsäädäntöelimelle.⁸⁴²

Kuten edellä osoitettiin, varsin yksioikoiseksi parlamentin ylivallaksi toisinaan omaksutut *common law*’n vallanjaolliset perussitoumukset paljastuivat oikeuden kannalta huomattavasti relatiivisemmaksi; modernin *common law*’n teorian mukaan parlamentin suvereenius tarkoittikin lopulta vain parlamentin oikeutta ”ehdottaa” statuuttia otettavaksi osaksi *common law*’ta.⁸⁴³ Tästä *common law*’n työnjaosta tutusta näkökulmasta oikeudellisten käytäntöjen maailmaan tulisi kuulua irrottautuminen lainsäädännön taustalla vaikuttavista poliittisista päämääristä silloin, kun ne tulkinnalla ja systematisoinnilla saattavat ”*ei-vielä-oikeuden*” kontekstiinsa oikeudeksi. Tällaista työnjaollista mallia voidaan ehkä luonnehtia siirtymisestä *lainsäätäjän ylivallasta lainsäätäjän huomioonottamiseen*: oikeuden lainsäätäjä ei ole politiikan maailman *legislator*, vaan oikeuden maailman *law-maker*. Samalla tämä siirtymä, jota voidaan edellä esitetyin tavoin pitää eräällä tavalla useimpien luottamuksensuojajustifikaatioiden yhteisenä piirteenä, paljastuu mielekkääksi tavaksi hahmottaa sellaista julkisoikeutta, jota

⁸⁴¹ Tuori 2000, s. 247.

⁸⁴² Tuori 2001, s. 323.

⁸⁴³ Santoro 2007, s. 178.

rakenteistavat sekä suhteellisuus- että luottamuksensuojaperiaatteiden muodostama kokonaisuus – myös suomalaisessa kontekstissa.

Tällaisen työnjaon varassa käy ymmärrettäväksi edellä jo useaan otteeseen viitattu KHO 2006:90, jossa oli pääpiirteissään kysymys siitä, oliko Suomen kunniapäikkonsulaatille määräajan puitteissa jätetty ilmoitus tullut toimitetuksi toimivaltaiselle viranomaiselle, ja joka ratkaistiin ottamalla huomioon ”hallintolain 6 §:ssä mainittu luottamuksensuojaperiaate ja hyvän hallinnon perusteet” ja perustamalla A:lle luottamus siihen *lainvastaiseen olotilaan*, että hänen ”tahdon-ilmmaisunsa halustaan säilyttää Suomen kansalaisuus on tullut toimitetuksi ajoissa toimivaltaiselle viranomaiselle”, vaikka ilmoitus oli määräajan puitteissa toimitettu ”nettisivustojen mukaan toimivaltaiselle viranomaiselle” lain mukaan toimivaltaisen viranomaisen asemesta. Edellisen välitilinpäätöksen yhteydessä viitattiin ratkaisun ilmeisen *contra legem* -luonteen vuoksi konstruoitavaan *Verfassungsrang*-argumentaation tarpeeseen.

Ratkaisu on nimenomaisen *Verfassungsrang*-argumentaation puutteesta huolimatta merkityksellinen linjanveto. Näyttää nimittäin siltä, että sen puitteissa omaksuttiin tässä konstruoidun työnjaon kaltainen ratkaisu ja irrottauduttiin luottamuksensuoja-ajattelua hallinneesta suomalaisesta *ultra vires* -ortodoksian sovellutuksesta. Luottamuksensuojadoktriinin keskiössä on nimittäin sen suomalaisessa sovellutuksessa ollut *common law*’n *ultra vires* -ortodoksiaa vastaava vaatimus siitä, että luottamusta on mahdollista suojata vain *intra legem*. Tähän näkökohtaan viitattiin nimenomaisesti useaan otteeseen verotusmenettelylain luottamuksensuojaa koskevien säännösten valmistelussa: esimerkiksi säännökseen otettua luottamuksensuojan soveltamisedellytystä asian tulkinnanvaraisuudesta tai epäselvyydestä perusteltiin sillä, että ”esityksen tarkoituksena ei ole kuitenkaan johtaa suoranaisesti lainvastaisiin verotuspäätöksiin, vaan luottamuseriaatteen soveltaminen edellyttäisi asian olevan tulkinnanvarainen tai epäselvä”.⁸⁴⁴ Tämä ajatus on konkretisoitunut mm. Soikkelin viittaamassa soveltamisedellytyksessä, jonka mukaan luottamusta yksiselitteiseen ja täsmälliseen, mutta lainvastaiseen tulkintakannanottoon ei ole mahdollista suojata.⁸⁴⁵

Ultra vires -ortodoksiaan verrattavissa oleva käsitys saa ilmauksensa myös myöhemmän HL 6 §:n esitöissä, jotka sisältävät vahvan EU-oikeudellisen painotuksen. Esitöiden mukaan jopa ”[l]ähtökohtana luottamuksensuojan periaatteen sisällyttämiselle lakiin on tämän periaatteen sinänsä laaja soveltamisala Euroopan yhteisön oikeudessa”.⁸⁴⁶ Kun EU-oikeuden mukaista luottamuksensuojaa leimaa eräissä tilanteissa *lopputulemiltaan* jopa *common law*’ta jyrkempi orto-

⁸⁴⁴ HE 53/1998 vp.

⁸⁴⁵ Soikkeli 2003, s. 228.

⁸⁴⁶ HE 72/2002 vp, s. 56.

doksinen suhtautuminen *ultra vires* -luottamuksen suojaamiseen, on tästä EU-oikeuden roolista katsoen jokseenkin luontevaa konstruoida Suomeen vastaava ortodoksia.

Kuitenkin jo HL 6 §:nkin esityöt viittaavat irtiottoon tästä ajattelusta. Sääntöksen sanamuotoa avattiin perusteluissa mm. kiinnittämällä suojaamisen kohteena olevat odotukset ”viime kädessä johonkin oikeusjärjestyksen kokonaisuuden keskeisistä ainesosista, joita ovat lainsäädäntö, yleiset oikeusperiaatteet ja kansainväliset sopimukset”, sekä relativoidulla *ultra vires* -kieltoa arvioimalla esimerkiksi yksityisen lainvastaisen menettelyn merkitystä suojaamisen arvoisen luottamuksen poistavana tekijänä silloin, *kun se on tietoisista*.⁸⁴⁷ Tällainen relativointi konkretisoituu esimerkiksi *Kullan* luottamuksensuojaerittelyssä ortodoksian ehdottomuudesta erkanemisena: esimerkiksi lainvastaisen toiminnan suojan arvioinnissa on mahdollista, että suoja voisi periaatteessa olla olemassa. *Kullan* mukaan oikeusjärjestys ei nimittäin suojaakaan lainvastaista toimintaa ”*kuin varsin poikkeuksellisesti*”.⁸⁴⁸ Samoin virheellisen neuvonnan oikeusvaikutusten kohdalla Kulla erkanee yksioikoisesta kannasta, jonka mukaan virkamiehen antamilla neuvoilla ei voisi koskaan olla sitovia oikeusvaikutuksia.⁸⁴⁹

Kuitenkin, kuten jäljempänä hallintoa vastaan asettuvan luottamuksensuojan tarkastelussa havaitaan⁸⁵⁰, on suomalainen oikeuskäytäntö eksplikoanut verraten ehdottoman ja ortodoksisen suhtautumisen *ultra vires* -luottamuksen suojaamiseen. Esimerkiksi KHO 2006:68 omaksuu nimenomaisesti ortodoksian, jossa ”Suomen lainsäädännön ja Euroopan yhteisön oikeusjärjestyksen mukaan tuen saajalla on oikeus luottaa vain lain ja Euroopan yhteisön oikeusjärjestyksen mukaiseen päätökseen. Luottamuksensuojan periaate ei siten voi estää lainvastaisen päätöksen purkamista”. Vastaava ajatus toistuu ratkaisussa KHO 2009:45. Oikeuskäytännön kanssa yhteensopivasti esimerkiksi Mäenpää tiivistää vielä vuonna 2011 jo neljänteen painokseen ehtineessä hallinto-oikeuden yleisesityksessä *Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet* suomalaisen *ultra vires* -luottamuksen-suojaortodoksian pääpiirteet tavalla, joka on tässä syytä lainata kokonaisuudessaan:

”Luottamuksensuojan saaminen edellyttää, että viranomaisen päätös, tulkintalinja tai noudattama käytäntö on *lainmukainen*. Kaikki viranomaisten toimet eivät näin ollen ole sen luonteisia, että ne saisivat aikaan riittävän luottamuksensuojan. Viranomaisen on perustuslain 2 §:n 3 momentin mukaan noudatettava tarkoin lakia, joten viranomaisen ilmeisen lainvastainen päätös ei välttämättä sellaisenaan perusta sen saajalle oikeutettua odotusta, joka edellyttäisi

⁸⁴⁷ HE 72/2002 vp, s. 56.

⁸⁴⁸ Kulla 2008, s. 109.

⁸⁴⁹ Kulla 2008, s. 115.

⁸⁵⁰ Ks. luku 5.8.

viranomaisen käyttävän päätösvaltaansa tai muuten toimivan lainvastaisesti. Myöskään sinänsä täysin vakiintunut mutta lainvastainen viranomaiskäytäntö ei perusta tällaista suojaa, johon asianosainen voisi vedota.”⁸⁵¹

Mäenpään tässä kohdin omaksumaa ortodoksiaa jonkin verran kuitenkin relativoi Mäenpään tässä tekemä käsitteellinen ratkaisu, jonka mukaan luottamuksen-suoja on käsitettävissä vain pysyvyydensuojaksi. *Ultra vires* -luottamus ei ole Mäenpään tarkastelussakaan kokonaan merkityksetön, sillä selvästi lainvastainen neuvo, ohje tai lupaus voi tulla arvioitavaksi vahingonkorvausinstituution piirissä.⁸⁵² On kuitenkin ilmeistä, että luottamuksensuojakonstruktiota ei tässä kohdin rakenteista lainsäätäjistä autonominen *Verfassungsrang*-justifikaatio, vaan pikemminkin tukeutuminen EU:n oikeudessa omaksuttuun objektivoituun, lainsäätäjää kunnioittavaan ja sen tahtoon perustuvaan luottamuksensuojaperiaatteeseen.

Suomalaisen *ultra vires* -luottamuksensuojaortodoksian relativoituminen erityisesti oikeuskäytännössä (KHO 2006:90!) toimii – edellisen välitilinpäätöksen tapaan – indisiona siitä mahdollisuudesta, että suomalaisessa julkisoikeudessa ei kuitenkaan vallitse rakenteellista estettä tässä jaksossa konstruoidun työnjaon omaksumiseksi. Se toimii myös osoituksena luottamuksensuojan normatiivisesta merkityksestä: niin luottamuksensuoja- kuin suhteellisuusperiaate sekä niiden mahdollinen rekursio näyttäisivät muuttavan *Rechtsstaatin* piirissä, *common law*’n alla ja Suomessa sitä painoarvoa ja sisältöä, joka lainalaisuusvaatimukselle on perusteltua antaa tällaisen työnjaon puitteissa.

Tällaisen oikeudellisen työnjaon tarkempi merkitys luottamuksensuojalle ja luottamuksensuojan tarkempi merkitys tällaiselle työnjaolle edellyttää kuitenkin vielä – ennen lopullista tilinpäätöstä – käsitystä luottamuksensuojan oikeutusperusteiden konkretisoitumisesta sekä lainsäätäjää että hallintoa vastaan sovellettavissa olevana oikeusperiaatteena.

⁸⁵¹ Mäenpää 2011, s. 91.

⁸⁵² Mäenpää 2011, s. 91.

4 Luottamuksensuojaperiaatteen soveltamisedellytykset

Luottamuksensuojan soveltamisedellytysten tarkastelussa omaksutaan jatkossa konstruktio, jonka mukaan ainakin päätösheuristisesti luottamuksensuojan ai-neellisten soveltamisedellytysten ratkaisemista edeltää kysymys luottamuksen-suojaperiaatteen yksityiselle antaman *suojan kohteesta*. Kuten jo edellä on käy-nyt ilmi, esimerkiksi saksalaisessa doktriinissa on erityisesti *Verfassungsrang*-problematiikan muodossa kiinnitetty huomiota siihen, että erilaiset luottamuk-sensuojan kohteet vaativat erilaisen justifikaatioperustan. Näin luottamuksen-suojaa koskeva soveltamisalakeskustelu voidaan tyypitellä esimerkiksi vallan-jaollisten näkökohtien varassa organisatoriseksi tarkasteluksi luottamuksensuo-japeriaatteen antamasta suojasta lainsäätäjää, hallintoa ja tuomioistuimia vas-taan.¹

Organisatorisella jaottelulla ei ole kuitenkaan soveltamisalaa *prima facie* ra-jaavaa merkitystä. Kun luottamuksensuojadoktriinit rakentuvat edellä käsitelty-jen oikeutusperusteidensa valossa sellaisesta oikeusperustaisesta oikeusajatte-lusta, jossa oikeudelliset instituutiot jäsennetään julkishallinnon näkökulman asemesta yksityisen oikeussubjektin näkökulmasta ja tämän näkökulman mukai-sin sisällöin², on selvää, että institutionaaliset rajat eivät voi olla ehdottomia. Luottamuksensuojanäkökohtien käyttökelpoisuutta oikeudellisina argumenttei-na esimerkiksi lainsäätäjää tai välillistä julkishallintoa vastaan ei voi sulkea pois kokonaan sillä perusteella, että luottamuksensuojan organisatorisin perustein määrittyvä soveltamisala jättäisi esimerkiksi lainsäätäjän sen antaman suojan ulkopuolelle. Näin ollen luottamuksensuoja antaa oikeussuojaa lainsäätäjää, hal-lintoa ja tuomiovaltaa vastaan.³ Lähinnä tutkimusekonomisista syistä seikkape-räinen tarkastelu kohdistetaan tutkimuksessa kahteen ensimmäiseen. Tuomiois-tuinten rajaamista tarkastelun ulkopuolelle puoltaa ekonomin ohella se seikka, että *common law*'n vallitseva luottamuksensuojadoktriini ei tällaista tuomioistui-miin kohdistuvaa doktriinia tunne lainkaan, ja Saksassakin se on verrattain ohut ja jäsentymätön prejudikaattien taannehtiviin vaikutuksiin kiinnittyvä⁴ sivujuon-ne lainsäätäjään ja hallintoon keskittyvässä doktriinissa. Syy tähän eroon piilee

¹ Ks. esim. Schwarz 2001, s. 320.

² Ks. esim. Maurer HStR 2006, § 79 rn. 4.

³ Schwarz 2002, s. 320 ss.

⁴ Leisner A. 2002, s. 531 ss.

ilmeisesti luottamuksensuojan luonteessa julkista valtaa vastaan asettuvana oikeusperiaatteena: tuomioistuimet ovat oikeusperiaatekeskustelussa vakiintuneesti olleet pikemminkin osa oikeutta kuin sitä julkista valtaa, jota vastaan oikeusperiaate antaa suojaa. Tällainen näkökulma tuomioistuihin kuitenkin edellyttää myös niiden asemoimista oikeuskulttuurisen itseymmärryksen sisällä ja institutionaalisen työnjaon puitteissa oikeusturvanantajiksi.

Organisatoriselle erottelulle on annettu merkitystä myös luottamuksensuojan aineellisia soveltamisedellytyksiä arvioitaessa. Kuten jäljempänä huomataan, on selvää, että esimerkiksi demokratia-argumentti ja lainsäätäjän perustuslakiin perustuva sääntelykompetenssi merkitsevät aineellisilta soveltamisedellytyksiltään toisenlaista luottamuksensuojaa kuin esimerkiksi hallinnolle annettua lainsäädännön toimeenpanofunktiota vastaan asettuva luottamuksensuoja.

4.1 LUOTTAMUKSENSUOJAN PERUSRAKENNE

Luottamuksensuojan soveltamisedellytysten pääpiirteet voidaan *Rechtsstaatin* luottamuksensuojadoktriinin piirissä määritellä luottamuksensuojan yleiseksi katsotun rakenteen avulla jo ennen organisatorisin perustein määrittyvää tarkastelua. Kuten jäljempänä tullaan havaitsemaan, myös *common law*'n luottamuksensuojadoktriini kantaa nykyasussaan tällaista perusrakennetta vastaavaan funktioon asettuvan heuristisen perusstruktuurin. *Common law*'n perusrakenteeseen ei kuitenkaan kiinnitetä vielä toistaiseksi huomiota. Syy tähän on paitsi esitystekninen, myös kiinni *common law*'n luottamuksensuojan perusrakenteen kontekstissa: perusrakenne *common law*'ssa, jossa ei jäljempänä tarkemmin perustelluin tavoin voi katsoa olevan olemassa lainkaan lainsäätäjää vastaan asettuvaa luottamuksensuojaa, kasvaa osana hallinto-oikeudellista soveltamisedellytysdiskurssia. Sitä vastoin *Rechtsstaatin* luottamuksensuojadoktriinin katsotaan sisältävän yleisen, organisatoriseen soveltamisalaan nähden *a priori* -perusrakenteen.

Perusrakenne osoittaa kuitenkin *Rechtsstaatin* piirissäkin vain luottamuksensuoja-arvion yleisen rakenteen, josta on olemassa soveltamisalakohtaisia modifikaatioita. Maurer huomauttaa luottamuksensuojan soveltamisen olevan kontekstista riippuen perusrakenteen osoittamaa yksinkertaistettua mallia huomattavasti monisylisempi tapahtuma, jossa on otettava kantaa perusrakenteeseen sisältyvien seikkojen ohella esimerkiksi kulloinkin sovellettuun oikeuttamisperustaan ja sen merkitykseen käsillä olevaan soveltamistilanteeseen sekä erilaisiin tapoihin suojata luottamusta.⁵ Lähtökohtana on kuitenkin perusrakenteen eräänlainen univer-

⁵ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 15.

saalius: Maurer osoittaa, miten esimerkiksi valtiosääntötuomioistuimen omaksu-ma lainsäätäjää vastaan asettuva luottamuksensuojan perusrakenne on peräisin hallinto-oikeudellisesta arviosta, joka kohdistuu hallintopäätösten peruutetta-vuuteen.⁶ Tämän johdosta seuraavassa osoitetaan perusrakenteen pääpiirteet, ja jätetään sen yksityiskohtaisempi tarkastelu soveltamisedellytysten erittelyn yh-teyteen.

Luottamuksensuojan nähdään yleensä jakautuvan kolmiosaiseksi rakenteeksi: varsin vakiintuneesti erotetaan kysymykset luottamuksen perusteesta (*Vertrau-ensgrundlage*), siihen kytkeytyvän suojattavan arvoisen luottamuksen olemassa-olosta ja lopulta julkisen vallan tähän kohdistuvasta puuttumisesta ja sen legiti-miteetistä eli kysymyksestä suojattavan arvoisen luottamuksen suojaamisesta.⁷ Perusrakenne täsmentyy erilaisissa soveltamiskonteksteissa niiden ominaispiir-teet huomioonottavaksi: luottamusperusteena voi toimia kontekstista riippuen esimerkiksi laki, hallintotoimi, hallintosopimus tai hallinnon toiminta.⁸ Kysei-nen tripartiitti on alun perin siviilioikeudellinen laina,⁹ joskin sisällön kannalta se on itsenäistynyt julkisoikeudelliseksi jo luottamuksensuojan historian alkuvuosi-na.

Perusrakennetta on kuitenkin nähty mahdolliseksi jäsentää usealla eri tavalla erityisesti sitä hienosyistäen. *Anna Leisner* viittaa luottamuksensuojakonsideraa-tioissa olevan tosiasiallisesti alati läsnä i) *luottamusperustan* muodostavan julki-sen vallan toimen, ii) siihen perustuvan *luottamuksen*, iii) luottamusta ilmaisevan *toiminnan*, iv) julkisen vallan *erkaantumisen* luottamusperusteen pysyvyydestä sekä v) *oikeudellisen arvion luottamuksen suojattavuudesta*.¹⁰ *Schwarzin* perus-oikeusorientoitunut luottamuksensuoja jakaa rakenteen kahteen eri päälohkoon, jossa luottamuksen perusta, luottamuksen olemassaolo ja luottamuksen perus-teella tapahtunut toiminta muodostavat luottamuksen suojaamisen *tosiasialliset* edellytykset, kun taas luottamuksen suojattavuutta arvioidaan *oikeudellisena* edellytyksenä suhteellisuusperiaatteen rakenteistaman punninnan avulla.¹¹ Täl-laista jakoa tosiasiallisiin ja oikeudellisiin edellytyksiin vastaa toisinaan kirjalli-suudessa esiintyvä jako subjektiivisiin ja objektiivisiin edellytyksiin.¹² Perusra-kenteen on katsottu olevan välttämätön edellytys luottamuksensuojan olemassa-ololle oikeusjärjestyksessä: ilman sitä yksityisen näkökulmasta määrittyvä luot-

⁶ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 40.

⁷ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 13, samoin Blanke 2000, s. 89.

⁸ Schmidt 1994, s. 106.

⁹ Ossenhühl 1974, s. 28.

¹⁰ Leisner A. 2002, s. 462.

¹¹ Schwarz 2001, s. 295–320.

¹² Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 48 rn. 136.

tamuspositio olisi vailla oikeudellisia rajoja suojattava, ja oikeusjärjestys menettäisi kokonaan yleisyytensä kiinnittyen vain yksityisen tahdonmuodostukseen.¹³

Tämä näkökulma huomioiden ei ole mitenkään yllättävää, että perusrakennetta on toisinaan kritisoitu fasadiksi. Esimerkiksi *Püttnerin* mukaan luottamuksen-suojassa on esitetystä perusrakenteesta huolimatta todellisuudessa kyse – ei erityisen strukturoidusta tai edes oikeudellisesta argumentaatiosta –, vaan yksittäistapauksellisesta kohtuusajattelusta.¹⁴ Strukturi samastuisi siis tutkimuksen alussa tarkoitettuun *akustiseen erotteluun* piilottaessaan kohtuusajattelun julkisuudelta ja oikeuden yleisyydeltä.¹⁵ Tällainen kritiikki ei ole kuitenkaan syrjäyttänyt strukturoitua perusrakennetta, vaikka rakennetta ei dogmaattisesti joka tilanteessa soveltavana säännönlousteisena kokoelmana noudatetakaan.

Hajanaisella käsitteistöllä strukturoidun perusrakenteen osien perussisällöstä vallitsee yhteisymmärrys, joskin niiden sisällön yksityiskohdista käydään edelleen vilkasta keskustelua. Luottamuksen perusta voi vakiintuneen katsannon mukaan sijaita lähtökohtaisesti melkein missä julkisen vallan toimessa tahansa; *Blanke* viittaa tässä mahdollisiin perusteisiin ei-tyhjentävällä luettelolla laki, hallintotoimi, sopimus tai tosiasiallinen hallintotoimi.¹⁶ Operoitaessa *Rechtsstaat*-konstruktiota justifikaationaan käyttävällä luottamuksensuojalla, kyseen voi tulla myös lain- tai perustuslainvastaiseksi osoittautuva toimi. Näin määrittävässä luottamuksensuojakonstruktiossa myös perustuslainvastainen ja tällaisena *ipso iure* mitätön laki voi toimia luottamusperustana, joskin kysymys on erittäin kiistelty.¹⁷ Sen sijaan perusoikeusjärjestelmään kiinnittyvät justifikatiot eivät yleensä hyväksy tätä lähtökohtaa lainkaan. Keskustelua on myös käyty viranomaisen passiviteetin ympärillä: voiko viranomaisen pidättäytyminen puutumasta esimerkiksi lainvastaiseen rakentamiseen muodostaa luottamuksen perustan?¹⁸

Luottamus sellaisenaan on juridisesti kenties haastavin käsite. Sitä ei ole lähtökohtaisesti pidetty oikeudellisena lainkaan, vaan esimerkiksi *Roellecke* viittaa sen kantamiin moraalisiin ja sosiologisiin ulottuvuuksiin.¹⁹ Näin ymmärrettynä julkisoikeutta suhteellisuusperiaatteen tavoin laajasti rakenteistava luottamuksensuojadoktriini saa ymmärrettävän kipupisteensä positiivisen oikeuden ensisijaisuuteen ja yleisyyteen sitoutuvassa tavassa ajatella oikeusjärjestystä: ”Vert-

¹³ Von Arnould 2006, s. 154–155.

¹⁴ Püttner 1974, s. 203.

¹⁵ Ks. edellä 1.1.

¹⁶ Blanke 2000, s. 89.

¹⁷ Fuhrmanns 2004, s. 70.

¹⁸ Mainka 1963, s. 31.

¹⁹ Roellecke 1990, s. 410.

rauen als rechtlichen Phänomen ist ein Widerspruch in sich.”²⁰ Oikeudellista sisältöä luottamukselle on kuitenkin annettu ainakin kolmessa eri merkityksessä: on analysoitu sen yhteyttä luottamuksen perusteeseen, luottamuksen syvyyttä ja näiden kumulatiivisia kombinaatioita.²¹

Luottamuksen ja luottamuksen perusteen välistä yhteyttä koskevan keskustelun keskeisin ulottuvuus liittyy keskusteluun *tietoisuudesta luottamuksen perusteen olemassaolosta*. Kyse on yksinkertaisimmillaan ollut siitä, että luottamuksen on katsottu voivan olla käsitteellisestikin olemassa vain, mikäli yksityinen on tiennyt luottamuksen synnyttävän perusteen, julkisen vallan toimen, olemassaolosta ja sisällöstä. Tätä voidaan pitää myös vakiintuneena kantana.²² Kuitenkin esimerkiksi arvioitaessa taannehtivan lainsäädännön vaikutuksia on luottamuksen olemassaolo tunnustettu lähinnä eräänlaiseksi fiktioksi tai äärimmilleen pingotetuksi objektiiviseksi selonottovelvollisuudeksi,²³ joita on vaikea sovittaa yhteen yksityisen näkökulmasta määräytyvän luottamusposition kanssa: kun luottamuksen perustaksi asetetaan laki, olisi loogista ajatella luottamuksen syntyvän sinä ajankohtana, kun lain sisällöstä on tosiasiaassa otettu selkoa. Ihmiset eivät yleensä ole kuitenkaan tietoisia lainsäädännön sisällöstä. Näin luottamuksensuojan menettelyllisestä soveltamiskontekstista johtuen luottamus syntyisi yleensä vasta silloin, kun taannehtivan lainsäädännön kohde tulisi tämän taannehtivan lainsäädännön soveltamisen ja sen oikeusvaikutusten myötä tietoiseksi *aiemman* sääntelyn sisällöstä.²⁴ Erityisesti vero-oikeudellisessa keskustelussa on painotettu tätä näkökohtaa. On viitattu myös siihen, että luottamusperustan kytkeminen lain sisältöön on yleensäkin ongelmallinen ajatus: silloinkin kun ihmisten käsitys oikeusjärjestyksen sisällöstä on oikea, ei tämä yleensä perustu välittömästi lakiin informaatiolähteenä, vaan sitä konkretisoiviin hallinnollisiin määräyksiin ja käytäntöihin.²⁵

Tämän teesin mukaan suojattava luottamus onkin eräänlaista *tekaistua luottamusta*. Onko tällainen tekaistu luottamus sitten suojattavaa? Joskus katsotaan, että tekaistu luottamus ei ole luottamusta lainkaan, eikä näin ollen kuulu suojan piiriin.²⁶ Oikeuskäytännössä tekaistuakin luottamusta on kuitenkin suojattu. Tätä on selitetty sillä, että vaikka on kiistatonta, että sosiologisessa mielessä tekaistu luottamus ei ole luottamusta lainkaan, oikeuden maailmassa asia hahmottuu toisin. Oikeuden maailmassa ei ole yleensääkään katsottu ongelmalliseksi konstruoi-

²⁰ Schwarz 2001, s. 34.

²¹ Leisner A. 2002, s. 467.

²² Schwarz 2001, s. 303.

²³ Rensmann 1999, s. 175.

²⁴ Schwarz 2001, s. 302.

²⁵ Schenke 2007, s. 383.

²⁶ Muckel 1989, s. 91.

da ihmisille ainakin lähtökohtaista tietoisuutta tai ainakin velvollisuutta olla tietoinen eli selonottovelvollisuutta vallitsevan oikeustilan sisällöstä. Miksi siis tämän kontrafaktuaalisen tietoisuuden käyttö olisi kielletty yksityisten oikeussuojan perusteluna? Niinpä tietoisuus on tässäkin kohdin konstruoitava lähinnä perustellun selonottovelvollisuuden vaatimuksesta käsin: ratkaisevaa ei ole se, mihin yksityinen tosiasiaa luotti, vaan se, mihin hän oli perustellusti oikeutettu luottamaan.²⁷ Tämä abstrakti lähestymistapa voidaan tukea paitsi valtiosääntötuomioistuimen käytäntöön, myös lain luonteeseen yleisenä ja abstraktina oikeusnormina: näin luottamuksen mittarina ei toimi se, kuka on luottanut ja kuinka paljon kussakin disponoinnissa, vaan lain tyyppillisten seurausten erittely.

Samaan suuntaan viittaa Maurerin esittämä kritiikki, jonka kohteena on valtiosääntötuomioistuimen varhainen oikeuskäytäntö, jossa luottamuksensuojaa kehiteltiin hallinto-oikeudesta tutuin käsitearsenaalein. Kritiikin mukaan valtiosääntötuomioistuimelta jäi kuitenkin tekemättä nimenomainen ero tietoisuuden suhteen: toisin kuin lainsäädännön addressaattien kohdalla, hallintotoimen synnyttämän luottamuksen kohdalla on osoitettavissa konkreettiin toimeen perustuva luottamus, kun taas lainsäädännön kohdalla tulisi käyttää toisenlaista arviota. Maurer tarjoaa tässä ratkaisuksi sitoutumista lain luonteeseen yleisenä ja abstraktina oikeusnormina, ja sen oikeusvaikutuksien abstrahointiin ja tyyppitapaustallistamiseen keskivertoaddressaatin näkökulmasta.²⁸

Luottamuksen syvyydellä (*Vertrauensdichte*) viitataan yleensä siihen, että luottamus ei ole mitenkään erityisen absoluuttisen suure, vaan se ilmenee eri tapauksissa eri vahvuisella intensiteetillä.²⁹ Lainsäätäjää vastaan suunnatussa luottamuksensuojassa kyse on lähinnä siitä, että lain sisältö nähdään eräänlaiseksi lupaukseksi tulevasta (*Das Gesetz als Versprechen*):³⁰ näin esimerkiksi *Lerche* on katsonut lain pysyvyyteen perustuvan yksityisen ja julkisen vallan välisen suhteen tiivistyvän luottamukseksi,³¹ ja *Kisker* on edelleen jatkanut organisatorista ketjua arvioimalla luottamuksen tiivistyvän normin konkretisoinnissa yksittäiseksi hallintotoimeksi.³² Tällainen ajatus on konkretisoitunut erityisesti jäljempänä tarkasteluun tulevassa lainsäädännön taannehtivuusarvioinnissa, jossa uudelleensääntelyn odotettavuutta ja ennakoitavuutta on käytetty mittarina sille, onko ”vanhan”, edelleen voimassa olevan sääntelyn sisältö vielä oikeusvaikutuksiltaan luottamuksen perustava.³³ Hallintoa vastaan suunnatun luottamuksensuo-

²⁷ Riechelmann 2009, s. 125–127.

²⁸ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 40.

²⁹ Schwarz 2001, s. 303.

³⁰ Riechelmann 2005, s. 129.

³¹ *Lerche* 1961, s. 270.

³² *Kisker* 1974, s. 190.

³³ *Muckel* 1989, s. 93.

jan osalta tässä yhteydessä viitataan yleensä siihen oikeussuhdetta stabiloivaan funktioon, joka hallintotoimella on.

Tosiasiallisista edellytyksistä viimeinen, vaatimus toiminnasta, on kiinteässä kytköksessä kahteen ensimmäiseen. Varsin vakiintuneesti on esimerkiksi katsottu, että luottamuksen perusteen, luottamuksen ja toiminnan välille on edellytettävä kausaalista yhteyttä välttämättömänä edellytyksenä:³⁴ luottamus on *ilmaistava* toiminnan muodossa.³⁵ Vaatimus on kiinnitetty luottamuksensuojan yleiseen luonteeseen dispositiosuojana, millä viitataan disponoinnissa ilmenevään konkreettiin luottamukseen. Tällaisena se sai keskeisen ilmauksensa vuoden 1973 suuressa luottamuksensuojakeskustelussa, jossa Kisker kiteytti siihenastisen vakiintuneen oikeuskäytännön ja kirjallisuuden kannanmuodostuksen rajoitukseen, jonka mukaan luottamuksensuoja ei ollut abstraktia suojaa, vaan tarcoitti pelkästään *disponointien* suojaa.³⁶ Valtiosääntötuomioistuin viittaa tähän tosiasialliseen edellytykseen usein termillä *ins-Werk-Gesetz*.³⁷ *Ossenbühlin* mukaan vaatimus disponoinnista on kytköksissä siihen, että luottamuksensuoja on välttämätön lähinnä jo tapahtuneiden omaisuusdisponointien suojaamisessa.³⁸ luottamuksensuojaan sisältyvä punninta julkisen intressin ja yksityisen pysyvyyteen suuntautuvan intressin välillä ei ole erityisen mielekäs konstruktio vailla pysyvyydsintressin perustavaa disponointia.³⁹ Schwarz viittaa tässä kohdin luottamuksensuojan funktioon yksityisen oikeuksia puolustavana *Abwehr*-tyyppisenä [perus]oikeutena, joka tämän johdosta saavuttaa mielekkyytensä vasta *konkretoituneiden* odotusten suojana.⁴⁰

Vaatimusta toiminnasta on pidetty kuitenkin jonkun verran tulkinnanvaraisena ja luottamuksen käsittämistä yksin disponointien suojaksi liian kapeana ja yksinkertaistavana. Luottamuksensuojadoktriinia nimenomaan lainsäädännön taannehtivuusarvion osana dissertaatiotaan *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen* kehittelty *Stefan Muckel* on huomauttanut olevan ainakin periaatteessa mahdollista todeta luottamuksen olevan olemassa vailla sitä ilmaisevaa nimenomaista disponointia esimerkiksi *tapahtumainkulusta päättelemällä*. Ilmeiseksi disponoinniksi konkretisoitunut luottamus saa kuitenkin suuremman painoarvon arvioissa kuin vastaava disponoinniksi konkretisoitumaton. Joka tapauksessa vaikuttaisi siltä, että disponointia ei tule käsittää kapeasti disponoinniksi varallisuusarvoisista oikeuksista: luottamuksen

³⁴ Schwarz 2001, s. 307.

³⁵ Muckel 1989, s. 97.

³⁶ Kisker 1974, s. 149.

³⁷ Kisker 1974, s. 163.

³⁸ Ossenbühl 1972, s. 28.

³⁹ Ossenbühl 1972, s. 87.

⁴⁰ Schwarz 2001, s. 307.

voi ilmaista esimerkiksi alkamalla valmistautua tenttiin voimassa olevan opetussuunnitelman mukaisesti.⁴¹

Schwarz kuitenkin huomauttaa tällaisen abstraktin luottamuksensuojan olevan helposti kiistettävissä. Perustelu kuitenkin nojaa olennaisella tavalla Schwarzin omaksumaan käsitteelliseen ratkaisuun, jossa tämän tyyppinen *in abstracto* oikeusvaltiollinen kontinueettisuus *ei edes käsitteellisesti* kuulu perusoikeuksien soveltamisalalle rajoittuvan luottamuksensuojan alle.⁴² Kuten lainsäätäjään kohdistuvassa tarkastelussa jäljempänä todetaan, ei tällainen kategorisointi ole välttämättä vallitsevan kannan mukainen. Lainsäätäjän toimintaa saatetaan jäljempänä tarkemmin eriteltävillä tavoilla arvioida luottamuksensuojan johdosta itsesidontana, vaikka Schwarzin omaksuma lähtökohta on sekin perusteltavissa erityisesti valtiosääntötuomioistuimen eräiden tulkintalinjojen valossa. Tuomioistuin nimittäin lähtee yleensä liikkeelle siitä, että lähtökohdaksi otetaan tällaisen kontinueettivaatimuksen lähtökohtainen ei-oikeudellisuus: *”Jedoch geht der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz nicht so weit, den Staatsbürger vor jeglicher Enttäuschung seiner Erwartung in die Dauerhaftigkeit der Rechtslage zu schützen. Die schlichte Erwartung, das geltende Recht werde auch in der Zukunft unverändert fortbestehen, ist verfassungsrechtlich nicht geschützt.”*⁴³

Kysymys suojaamisen arvoisesta luottamuksesta on yksin oikeudellinen; sen voi muotoilla koskevan kysymystä *julkisen vallan toimivallasta tuottaa luottamukselle pettymys*. Luottamuksen suojaamisen arvoisuus koostuu kahdesta elementistä. Päätösheuristisesti ensimmäisenä tulee kysyttäväksi, onko käsillä erityistä vastasyytä luottamuksen suojaamisen poissulkemiseen (*Ausschlussgründe*). Pääsääntöisesti tämä kysymys realisoituu vain hallintoa vastaan asettuvan luottamuksensuojan kohdalla, ja koostuu lähinnä yksityisen käyttäytymistä määrittävistä elementeistä. Kyse on esimerkiksi vilpillisen menettelyn, törkeän huolimattomuuden ja vilpittömän mielen olemassaolon arvioinneista suhteessa kysymyksen, kenen vastuupiiriin esimerkiksi hallintotoimen virheellisyys luetaan.⁴⁴

Suojattavuuden testin toisessa osassa on kysymys on intressipunninnasta. Se voidaan Maurerin tavoin muotoilla koskevan luottamuksensuojadoktriinin taustalla sijaitsevaa perusjännitettä joustavuuden ja stabiliteetin välillä: punninnassa asetetaan vastakkain julkisen vallan intressit ja toisaalta yksityisen luottamus.⁴⁵ Kuten edellä oikeuttamisperusteiden tarkastelun yhteydestä kävi ilmi, on punninta tässä kohdin vapaan praktisen päättelyn asemesta luonteeltaan *valtiosään-*

⁴¹ Muckel 1989, s. 98–99.

⁴² Schwarz 2001, s. 308.

⁴³ BVerfG, 1 BvR 2628/07 vom 7.12.2010

⁴⁴ Fuhrmanns 2004, s. 80–84.

⁴⁵ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 1–2.

töisten periaatteiden yhteensovittamista. Tämä lähtökohta on toistettu usein myös valtiosääntötuomioistuimen käytännössä.

BVerfGE 63, 343: Hier treffen fundamentale Verfassungsprinzipien aufeinander: auf der einen Seite die Rechtssicherheit, hinter der letztlich der Freiheitswert steht – denn Verlässlichkeit der Rechtsordnung ist wesentliche Voraussetzung für Freiheit, das heißt die Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und seinen Vollzug (BVerfGE 60, 253 [268]) –; auf der anderen Seite die unabdingbare Notwendigkeit, die Rechtsordnung ändern, etwa Konjunkturpolitik, Sozialpolitik, Bildungspolitik, Gesellschaftspolitik betreiben zu können, um den Staat handlungsfähig gegenüber dem unvermeidlichen oder politisch gezielt gewollten Wandel der Lebensverhältnisse zu erhalten.

Tällaiseen punnintaan liittyy tietysti jo suhteellisuusperiaatteen kohdalla edellä tarkasteltu oikeuksien yli- tai alikorostumisen vaara sekä kasuistisuuskritiikki. Erityisesti luottamuksensuojaan liittyvien soveltamistilanteiden kohdalla vaaraksi on nähty toisaalta luottamuksen suojan relativointi, mutta toisaalta myös tämäntyyppisen punninnan asettamat rajat lainsäätäjän kyvyllä reagoida yhteiskunnan muutoksiin. Kritiikki on tullut tarkastelun kohteeksi erityisesti lainsäädännön taannehtivuusarvion kohdalla.

4.2 LUOTTAMUKSENSUOJA JA LAINSÄÄTÄJÄ

Luottamuksensuojan lainsäätäjän toimivaltaa vastaan ulottuva soveltamisala on kehittänyt Saksan julkisoikeudessa. Kuten edellä sekä *rule of law*'n että luottamuksensuojan oikeuttamisperusteita koskevasta tarkastelusta kävi ilmi, Englannin *common law* ei vielä tunne tällaista: vallitseva doktriini lähtee luottamuksen suojaamisesta statuuttien muodostamien rajojen sisällä. Vaikka edellä jo alustavasti huomautettiin, että luottamuksensuojaperiaatteen soveltaminen myös *ultra vires* on ilmeisesti mannermaisen suhteellisuusperiaatteen tavoin rantautumassa myös *common law*'n julkisoikeuteen, on sitä perusteltua tarkastella samassa kontekstissa kuin *common law*'n oma luottamuksensuojakeskustelu tekee; hallinnolta suojaavan luottamuksensuojan piirissä. Luottamuksensuoja *ultra vires* ei nimittäin haasta lainsäätäjän antamaa statuuttia *in abstracto* ainakaan sellaisin statuutin valtiosääntöiseen pätemättömyyteenkin johtavin oikeusvaikutuksin kuin esimerkiksi Saksan julkisoikeudessa vallitseva tapa ymmärtää luottamuksensuojan ja lainsäätäjän toimivallan välinen perustuslaillinen suhde mahdollistaa.

Saksalainen lainsäätäjää vastaan asettuva luottamuksensuojadoktriini asettaa edellä selostetuista luottamuksensuojan valtiosääntöisistä oikeuttamisperusteista johtuen vastakkain lainsäätäjän demokraattiseen legitimitettiin perustuvan oi-

keuden lain säätämiseen ja yksityisen perustellun luottamuksen oikeustilojen pysyvyyteen.⁴⁶ Yhteensovittaminen tapahtuu oikeuttamisperusteiden varaan tuettujen periaatteiden ja doktriinien avulla. Lukuun ottamatta perustuslaissa erikseen ja nimenomaisesti säänneltyä rikosoikeudellisen lainsäädännön taannehtivuuskieltoa (GG § 103 abs. 2) tulee luottamuksensuojan suhde lainsäätäjään arvioitavaksi yleisen valtiosääntöisen luottamuksensuojakonstruktion avulla.

Lainsäätäjän toimivaltaa kaventavan luottamuksensuojan soveltamisedellytysten arviointi on luonteeltaan aikaorientoitunutta; keskeiset arviointikriteerit nojaavat lainsäädännön taannehtivuuteen. Kyse ei pakotetusti kuitenkaan ole *voimassa olevan lain* taannehtivuuden arvioinnista. Lainsäädännön intertemporaalinen ulottuvuus voidaan nimittäin ainakin teoreettisena ja osana lainsäädäntöaktiikkaa kiinnittää myös nykyisen lainsäätäjän ja tulevaisuuden väliseen suhteeseen. Kun taannehtivuusarvio kohdistetaan *in abstracto* tulevaisuuden lainsäätäjään ja sen vielä hypoteettisiin lainsäädäntöhankkeisiin, havaitaan taannehtivuuden sallittavuutta koskevien konstruktioiden määrittävän pakotetusti samalla myös sitä, millainen toimivalta lainsäätäjällä on muotoilla nykypäivän oikeusjärjestystä tulevaisuuteen ulottuvien oikeusvaikutuksien.⁴⁷ Esimerkiksi itsesidontakonstruktion kokonaisvaltainen kiistäminen merkitsee sitä, että lainsäätjä ei oman toimivaltansa puitteissa pysty luomaan esimerkiksi sellaista vapaaehtoista eläkevakuutusjärjestelmää, jonka pysyvyyteen siihen mahdollisesti merkittävän osan tuloistaan sijoittavat pystyisivät luottamaan.

Luottamuksensuoja-arvion intertemporaalisuus ei kuitenkaan tarkoita sitä, että luottamuksensuoja olisi merkityksellinen valtiosääntöinen vaatimus vain nimenomaan *lainsäädännön* ajallisen ulottuvuuden arvioinnissa, vaan luottamuksensuoja-argumentit kaventavat lainsäätäjän toimivaltaa esimerkiksi hallinnon hallintopäätösten pysyvyyteen kohdistuvan toimivallan järjestämisessä lainsäädännöllisin toimin. Vaikka tämä lähtökohta on jokseenkin vakiintunut, joskin tarkemmalta sisällöltään riidanalainen⁴⁸, systemaattisesti hallintoon kohdistuvan sääntelyn sisältöön kohdistuvat luottamuksensuojavaatimukset on saksalaisessa keskustelussa ymmärretty osaksi hallintoa vastaan suojaa antavaa luottamuksensuojakeskustelua⁴⁹ huolimatta siitä, että kyseessä on sisällöllisesti valtiosääntöinen diskurssi lainsäätäjän toimivallan rajoista. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö hallinnon toimivaltaa määrittävä sääntely voisi tulla arvioitavaksi lainkaan intertemporaalisen, lainsäätäjää vastaan asettuvan luottamuksensuojan

⁴⁶ Kisker 1974, s. 149 ss.

⁴⁷ Von Arnould 2006, s. 324.

⁴⁸ Blanke 2000, s. 181 ss.

⁴⁹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 112.

puitteissa: arviot eivät ole poissulkevia. Esimerkiksi sellainen sääntely, joka luo hallinnolle toimivallan puuttua olemassa oleviin oikeustiloihin *ex tunc* suhteessa lainsäädännön voimaantuloon, eli esimerkiksi peruuttaa *ennen lain voimaantuloa* myönnetty elinkeinolupa tietyin edellytyksin, voidaan arvioida lainsäätäjään kohdistetun luottamuksensuojan piirissä. Toisaalta esimerkiksi sääntely, joka olisi ajallisesti rajattu koskemaan *vain ko. lainsäädännön voimaantulon jälkeen* myönnettyjä etuuksia, mutta soisi toimivallan niiden myöntämispäätösten peruuttamiseen *ex tunc* -oikeusvaikutuksin, ei kuulu lainsäädännön *intertemporaa-lisen* arvion piiriin, mutta ei myöskään karkaa valtiosääntöistä luottamuksensuojaa-arviota: tällöin arvion kohteeksi määrittyy lainsäädännön sisällön – hallinnollisen toimivallan – suhde luottamuksensuojaan osana hallintoa vastaan asettuvaa luottamuksensuojaa.

4.2.1 Lainsäätäjää vastaan asettuvan suojan ala

Luottamuksensuojan oikeuttamisperusteista johtuen lähtökohtaisesti ongelmalliseksi katsotaan *yksityisen vahingoksi* tapahtuvat oikeustilan taannehtivat muutokset. Takautuvia oikeusaseman *parannuksia* on pidetty valtiosääntöuomiois-tuimen käytännössä perustuslainmukaisina myös silloin, kun kyse on nimenomaisesti perustuslaissa säännellystä taannehtivan rikoslain kiellosta.⁵⁰ Taannehtivuusarvion ydinaluetta on ollut asiantilojen ja tosiseikkojen *muotoileminen lailla jälkikäteen oikeudenvastaiseksi* ja tällaiseen muotoiluun mahdollisesti liit-tävä *yksityiselle haitallinen seuraamus*.⁵¹ Yksilön vahingoksi tapahtuvan muu-toksen tunnusmerkkejä ei ole kuitenkaan muotoiltu yksin sellaisten muodollisten tunnusmerkkien kuten veron, rikoksen tai maksun käsitteiden avulla, vaan epä-edullisen muutoksen soveltamisala on pidetty laajana. Näin määritellyn luotta-muksensuojan soveltamisalalle kuuluvat kaikki sellaiset lait, jotka tavalla tai toisella huonontavat yksityisen oikeusasemaa taannehtivin oikeusvaikutuksin.⁵²

Luottamuksensuoja on tässä kohdin taannehtivuusarviota ymmärretty yleensä dispositiosuojaksi: disponointeja, jotka yksityinen on tehnyt voimassaolevan oi-keuden perusteella, ei voi tehdä mitättömäksi tai arvottomaksi taannehtivalla lainsäädännöllä.⁵³ Luonne dispositiosuojana perustuu siihen ajatukseen, että luottamuksensuoja ei ole itseisarvo, vaan yksityisen oikeusturvaan kytköksissä oleva väline.⁵⁴ Tällainen instrumentaalinen näkökanta ei kuitenkaan ole saavut-

⁵⁰ Von Arnould 2006, s. 329.

⁵¹ Maurer 2010, s. 569–570.

⁵² Maunz – Dürig 2009, § 20, VII rn. 75.

⁵³ Maurer 2010, s. 569.

⁵⁴ Mainka 1963, s. 32.

tanut täysin yksimielistä kannatusta: esimerkiksi Muckel osoittaa olemassa olevan ainakin teoreettisen mahdollisuuden suojata yksityisen luottamusta lainsäädännön muutosta vastaan, vaikka yksityinen ei olisi ryhtynyt minkäänlaiseen toimintaan, mikäli lainsäätäjät ei osoita toiminnalleen *asianmukaista* perustetta.⁵⁵ Usein ei ole ollutkaan osoitettavissa minkäänlaista näyttöä konkreetin disponoinnin olemassaolosta.⁵⁶

Luottamuksensuojan yleisen perusrakenteen kielellä ilmaistuna luottamuksen perusta (*Vertrauensgrundlage*) sijaitsee lainsäädännössä; oikeusvaltiollisen luottamuksensuojan näkökulmasta laki sellaisenaan on riittävä peruste luottamukselle. Schwarzin perusoikeuksiin kiinnittyvä luottamuksensuojakonstruktio eroaa tästä lähtökohdasta: luottamus voi perustua vain perusoikeuksien mukaan määrittyvään luottamukseen. Näin laki sellaisenaan ei ole riittävä peruste, vaan Schwarzin konstruktio edellyttää aineellista kannanottoa lain ja sen oikeusvaikutusten sisältöön. Luottamuksensuoja ja lain kannalta merkityksellinen aineellinen perusoikeussuoja samastuvat.

Tällainen konstruktio saattaa kuitenkin siirtää luottamuksen syntymisen viime kädessä lainsäätäjän toimivaltaan: Schwarz osoittaa esimerkiksi erityyppisiä vero-oikeudellisia normityyppejä ja niiden sisältöjä kategorisoimalla, miten lainsäätäjät on toisinaan tarkoittanut muodostaa sellaisen oikeussuhteen, johon yksityinen voi luottamuksensa perustaa.⁵⁷ Erityisesti vero-oikeudelliset ohjausnormit (*Lenkungsnormen*) toimivat tällaisessa konstruktiossa vahvana luottamusperustana.⁵⁸ Muckel viittaa samanlaiseen konstruktion erottaessaan lainsäädännön tavoitteena olleet dispositiot ja spekulatiiviset disponoinnit, joskin toteaa tällaisen konstruktion olevan paitsi vaikeasti sovellettavissa lainsäädännön tavoitteiden identifioimisvaikeuksista johtuen, myös ongelmallinen siinä omaksutusta lainsäätäjän ja luottamuksensuojan välisestä suhteesta johtuen: *Verfassungsran-*
gin omaava luottamuksensuoja määrittyy tässä katsannossa lainsäätäjän toiminnasta eikä autonomisesti tulkitusta perustuslaista käsin.⁵⁹ Kuten luottamuksensuojan sisältöä koskevasta tarkastelusta ilmenee, ei ajatus lainsäätäjän kyvystä muokata suojan alaa ole aivan ongelmaton.

⁵⁵ Muckel 1989, s. 99.

⁵⁶ Kisker 1974, s. 152.

⁵⁷ Schwarz 2001, s. 297–301.

⁵⁸ Fuhrmanns 2004, s. 69.

⁵⁹ Muckel 1989, s. 101–102.

4.2.2 Lainsäätäjää vastaan asettuvan suojan sisältö

Aikaorientoituneita soveltamisedellytyksiä on ryhmitelty usein eri tavoin, ja ryhmittelyjen rajat ja sisältö ovat olleet saksalaiselle julkisoikeudelle tyypilliseen tapaan vilkkaan keskustelun kohteena jo vuosikymmeniä. Keskustelu on kiinnittynyt pääasiassa taannehtivuuden tuottamiin ilmeisiin haittoihin lainsäädännön ennakoitavuudelle ja tätä kautta saanut kiinnostuksen joko luottamuksensuojajepiraatteeseen tai sen taustalla oleviin oikeusvaltiollisiin justifikaatioihin.

Taannehtivuuden on sanottu pystyttävän *kontrafaktuaalisen, tekaistun todellisuuden* menneisyyteen. Kun on ilmeistä, ettei lainsäätäjän mahdollinen omni-kompetenssikaan (tai edes brittiläisen parlamentin historiallinen onnipotenssi) pysty muuttamaan tosiasiallista historiankulkua, jää taannehtivalle lainsäädännölle vain fiktiivinen rooli.⁶⁰ Tätä kautta paljastuvat myös taannehtivuuden aiheuttamat ongelmat oikeusvaltiollisessa kontekstissa: taannehtiva lainsäädäntö asettaa ihmisen noudatettavaksi jälkikäteen lainsäädännön, jota ei esimerkiksi sen perusteella arvioitavan teon ajankohtana ollut olemassakaan. *Walter Leisner* sijoittaa taannehtivuuden ongelmat kahdelle eri abstraktiotasolle: taannehtivuus ei järkytä yksin luottamusta kulloinkin käsillä olevan lainsäädännön sisällön pysyvyyteen myös tulevaisuudessa kulloisenkin ajankohdan asiantilojen oikeudellisessa arvioinnissa (*Kontinuitätsvertrauen*), vaan myös luottamusta siihen, että lainsäädäntö yleensäkin on kunakin hetkenä voimassa olevaa ja velvoittavaa oikeutta (*Geltungsvertrauen*).⁶¹ Taannehtivan lain ongelmat ovat doktriinissa kietytyneet *Benjamin Constantin* nimeen liitettyssä muotoilussa taannehtivan lain luonteesta: ”*Retroaktivität ist das größte Verbrechen, welches das Recht begehen kann, [...] Retroaktivität raubt dem Gesetz seinen Charakter. Das retroaktive Gesetz ist kein Gesetz.*”⁶²

Taannehtivuuskiellon oikeusdogmaattisena ilmiönä pidetään nykyisin ajatusta, jonka mukaan lainsäädännön aikaorientaatio voi järjestyä kolmella vaihtoehtoisella tavalla: on puhuttu tulevaisuusorientoituneesta laista, taannehtivasta laista sekä muotoavasta laista.⁶³ Näistä varsinaisen luottamuksensuojadoktriinin piiriin kuuluvat lähinnä kaksi viimeistä, jotka samastuvat kenties vakiintuneimpaan jaotteluun käsiteparin aito / epäaito taannehtivuus (*echte / unechte Rückwirkung*) avulla.

Tähän jaotteluun viitataan toisinaan myös termeillä *retroaktiivinen ja retrospektiivinen*.⁶⁴ Jaottelun keskeiseksi sisällöksi on toisinaan osoitettu oikeusvaiku-

⁶⁰ Von Arnould 2006, s. 325.

⁶¹ Leisner 1973, s. 295.

⁶² Vain välillisesti dokumentoitavissa, ks. Neumann 1953, s. 31.

⁶³ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 17.

⁶⁴ Schwarz 2001, s. 106, 125–133.

tusten aikaorientaatio: siinä missä aito taannehtivuus ulottaa vaikutuksensa lainsäädännön muodolliseen voimaantulohetkeen nähden myös *ex tunc*, rajoittuu epäaito taannehtivuus muodollisesti vain *ex nunc* vaikutuksiin.⁶⁵ Saksan valtiosääntötuomioistuimen 2. jaosto on käyttänyt 1980-luvun alusta myös jaottelua taannehtivat oikeusvaikutukset – tosiasiallinen takaisinkytkentä (*Rückbewirkung von Rechtsfolgen / tatbestandliche Rückanknüpfung*), jota on kuitenkin pidetty *echte / unechte* -jaottelun kanssa asiallisesti samansisältöisenä, mutta kielellisesti vaikeaselkoisena vastineena.⁶⁶ Informatiivisempana käsitteparina nykyisessä oikeuskirjallisuudessa pidetään jaottelua *Rückwirkendes Gesetz / Einwirkendes Gesetz*.⁶⁷ Luottamuksensuojan soveltamisedellytykset eivät sulje kokonaan pois tulevaisuusorientoituneen lain arviointia sen nojalla: puhutaan siihen kytköksissä olevasta jatkuvuuden suojasta (*Kontinuitätsgewähr*).

Luottamuksensuojan ja lainsäädännön taannehtivuuden välinen perusrakenne noudattaa tätä kolmijakoista rakennetta, jossa lainsäätäjän toimivalta suhteessa lain ajalliseen dimensioon on luottamuksensuojan valtiosääntöisesti rajoittama⁶⁸: kytkentä luottamuksensuojaan näkyy paitsi taannehtivuuskiellon justifioinnissa ja tarkemmissa soveltamisedellytyksissä, myös kiellon perusrajauksessa. Kuten edeltä kävi ilmi, kiello ei koske taannehtivia sääntelyitä yksityisen eduksi; luottamuksensuojan näkökulmasta arvioitavaksi tulevat vain yksityisen luottamusta järkyttävät l. yksityisen näkökulmasta negatiiviset sääntelyt.⁶⁹ Tätä lähtökohtaa on kuitenkin myös kritisoitu: esimerkiksi Maurer huomauttaa luottamuksensuojan ohella myös taannehtivuutta vastaan asettuvan muodollisen oikeusvarmuuden kuuluvan *Rechtsstaatin* peruseräpäätteisiin, eikä muodollinen oikeusvarmuus kanna tällaista asymmetriaa.⁷⁰

Toisen maailmansodan jälkeisen aineellisen ja yhteiskunnallisen jälleenrakennuskauden tarpeissa vallitsi lyhyen aikaa oikeuskäytäntö, jossa taannehtivuus oli pääsääntöisesti sallittu, mutta tietyt, yksityisen luottamuksensuojaposition kytkeytyvät poikkeukset estivät taannehtivan lainsäädännön käytön.⁷¹ *Echte / unechte* -jaottelu introdusoitiin valtiosääntötuomioistuimen käytäntöön 1960-luvun alussa⁷² normatiiviseen ympäristöön, jossa valtiosääntötuomioistuin ei ollut nähnyt mahdolliseksi löytää normiteoreettisiin näkökohtiin nojaavaa yleistä taannehtivuuskieltoa.⁷³ Vaikka vieläkin on lähtökohtana, että yleistä normiteoreettis-

⁶⁵ Von Arnald 2006, s. 324.

⁶⁶ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 26.

⁶⁷ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 26.

⁶⁸ Maunz – Dürig 2009, § 20, VII rn. 72–73.

⁶⁹ Leisner 1973, s. 488.

⁷⁰ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 40.

⁷¹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 33.

⁷² Schwarz 2001, s. 106.

⁷³ Leisner A. 2002, s. 479.

ta taannehtivuuskieltoa ei Saksan oikeuteen sisälly,⁷⁴ jää tämän yleisen kiellon olemattomuuden merkitys vähäiseksi.

Vakiintuneen tulkintalinjan mukaan aito taannehtivuus on nimittäin pääsääntöisesti yksityisen vahingoksi kielletty, mutta tiettyjen poikkeusten valossa sallittu. Epäaito taannehtivuus puolestaan on pääsääntöisesti sallittu, mutta tietyt piirteet saattavat osoittaa sen kielletyksi yksityisen vahingoksi. Aitoon taannehtivuuteen rinnastuvan *Rückbewirkung von Rechtsfolgen* -edellytysten on puolestaan katsottu perustuvan ensisijaisesti *Rechtsstaat*in kautta oikeutettavaan luottamuksensuojaan ja vasta toissijaisesti perusoikeuksien kautta ymmärrettyyn luottamuksensuojaan, kun taas epäaitoon taannehtivuuteen samastuvan *tatbestandliche Rückanknüpfung* -edellytyksen oikeuttamislogiikka on päinvastainen: ensisijainen oikeutus kytkeytyy perusoikeuksiin kiinnittyvään luottamuksensuojaan, toissijainen oikeusvaltiolliseen kontekstiin.⁷⁵ Strukturoinnin kolmas kategoria, jatkuvuudensuoja vailla minkäänlaista kytkentää taannehtivuuteen, ei ole pääsääntöisesti oikeudellinen vaatimus.

Kolmiosainen perusrakenne on viimeksi toistettu 7.12.2010 annetussa tuomiossa 1 BvR 2628/07, jossa oli kyse työttömyysturvaa koskevan sääntelyn muuttamisesta: a) Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift oder wenn der Beginn seiner zeitlichen Anwendung auf einen Zeitpunkt festgelegt ist, der vor dem Zeitpunkt liegt, zu dem die Norm durch ihre Verkündung rechtlich existent, das heißt gültig geworden ist [...]. b) Eine unechte Rückwirkung oder tatbestandliche Rückanknüpfung liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet [...] oder wenn die Rechtsfolgen einer Norm zwar erst nach ihrer Verkündung eintreten, deren Tatbestand aber Sachverhalte erfasst, die bereits vor der Verkündung "ins-Werk-gesetzt" worden sind [...] Eine unabhängig vom Bewilligungsakt bestehende Erwartung des Bürgers, er werde – den Fortbestand der jeweiligen Rechtslage vorausgesetzt – in einer bestimmten zukünftigen Sachlage leistungsberechtigt sein, ist mangels hinreichender Konkretisierung kein solches geschütztes Recht. Denn die Verfassung gewährt keinen Schutz vor einer nachteiligen Veränderung der geltenden Rechtslage.

4.2.2.1 Aito taannehtivuus

Saksan valtiosääntötuomioistuimen vakiintuneen määritelmän mukaan aidosta taannehtivuudesta on kyse silloin, kun laki puuttuu jälkikäteen jo lukkoon lyöty-

⁷⁴ Schmidt-Aßmann HStR 2006, § 26 rn. 86.

⁷⁵ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 34.

jen, menneisyydessä sijaitsevien oikeustilojen muotoamiseen (*”wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift”*)⁷⁶. Taustalla on yksityisen perusteltu odotus siitä, että arviointipisteinä käytettynä ajankohtana oikeusjärjestyksen mukainen teko siihen kyseisenä aikana liittyvine oikeusvaikutuksineen tulee myös jatkossa oikeusjärjestyksen tunnustamaksi. Näin ollen luottamuksensuoja perustelee lainsäätäjän toimivallan rajoitusta siten, että lainsäätäjä ei saa yksityisen vahingoksi tätä luottamusta järkyttää.⁷⁷

Aito taannehtivuus tunnistetaan lainsäädännön *ajalliseen soveltamisalaan* liittyväksi kysymykseksi. Se voi olla luonteeltaan formaalia. Tällöin kyseessä on lainsäädännön muodollisen voimaantulispäivän määrittäminen sen valtiosääntöisen olemassaolon ja velvoittavuuden kannalta välttämätöntä julkaisuajan kohtaa⁷⁸ aiemmaksi esimerkiksi päiväämällä se varhemmaksi. Tällöin kyse on muodollisestikin taannehtivuusproblematiikan keskeisimmästä ongelmasta: julkaisupäivää edeltäviä tapahtumia arvioidaan niiden tapahtumisajankohtana voimassa olemattoman, kontrafaktuaalisen oikeusnormiston perusteella – oikeusnormiston, jota kenelläkään ei ole ollut sen paremmin velvollisuutta kuin edes mahdollisuutta noudattaa.⁷⁹

Aito taannehtivuus ei kuitenkaan edellytä formaalia varhemmaksi päiväämistä, vaan kyseessä voi olla myös sisällöllinen taannehtivuus. On nimittäin niin, että taannehtivat oikeusvaikutukset voidaan saada voimaantulispäivän määrittämisen lisäksi aikaan usealla eri vaihtoehtoisella sääntelytekniikalla, eikä kysymystä lainsäädännön perustuslainmukaisuudesta ole katsottu tältä osin perustelluksi jättää yksin sääntelytekniikoiden erottelun varaan.⁸⁰ Esimerkkinä tällaisesta aidosta taannehtivuudesta voidaan mainita valtiosääntötuomioistuimen tuomiossa BVerfGE 18, 70 perustuslainvastaiseksi arvioitu sääntely, jolla oli jälkikäteen pidennetty vanhentumisaikoja myös jo vanhentumaan päässeiden saatavien osalta.⁸¹

Ratkaisevaksi kriteeriksi tällöin nousee, puuttuuko lainsäädäntö menneisyyden tosiseikkoihin, joita voidaan pitää olevan doktriinin tarkoittamalla tavalla *”abgewickelte”*. Tosiseikalla (*”Tatbestand”*) tarkoitetaan vakiintuneesti tosiasiallisia asiantiloja (*Sachverhalt*) ja oikeussuhteita (*Rechtsbeziehung*)⁸². Tosiseikan käsitettä on kritisoitu käytetyn verraten epätasällisesti täsmentämättä, onko

⁷⁶ BVerfGE 11, 139, 145 f.

⁷⁷ Schwarz 2001, s. 107.

⁷⁸ Art 82 GG, ks. Maunz – Dürig 2009, § 82 rn. 7.

⁷⁹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 20, Schwarz 2001, s. 129.

⁸⁰ Muckel 1989, s. 72.

⁸¹ Degenhart 2010, § 4 rn. 377a.

⁸² Pieroth 1981, s. 32.

kyseessä varsinainen, muodollinen oikeustositseikka vaiko yksityisen elämänpiiriin perustuva arvio.⁸³ Sitä vastoin vaille täsmällistä *julkisoikeudellisesti mielekästä* käännoä jäävä termi ”*abgewickelte*” viittaa suhteeseen normiaddressaattiin: kyse on siitä, onko muutoksen kohteena oleva oikeustila ollut oikeusjärjestyksen tunnustama siihen liittyvin oikeusvaikutuksin.⁸⁴

Oikeuskäytännöstä voidaan identifioida kuitenkin formalistisempikin tulkinlinja. Esimerkiksi Leisner kritisoi valtiosääntötuomioistuimen eräitä ratkaisuja viranomaisen toimintaan sitoutumisesta siten, että ”*abgewickelte*”-edellytyksen täyttymisen välttämättömäksi edellytykseksi on katsottu asiaa koskevan viranomaispäätöksen oikeusvoimaisuus. Leisner osoittaa samalla, miten luottamussuojanäkökulmasta voidaan tässä kohdin erottaa tällaisen formaalin (”*Beurteilung durch die Staatsgewalt*”) ulottuvuuden lisäksi aineellinen (”*Vorliegen der Beurteilungsvoraussetzungen*”) ulottuvuus:⁸⁵ jälkimmäisessä luottamuksen suojaaminen ei edellytä esimerkiksi viranomaisen myötävaikutusta ollenkaan. Leisnerin luottamussuoja-ajattelussa molemmat voivat täyttää ”*abgewickelte*”-edellytyksen.⁸⁶ Toisaalta esimerkiksi *Bodo Pieroth* viittaa oikeuskäytäntöön, jossa sosiaalivakuutuksen alalla julkisoikeudellisen etuuden saamisedellytysten tähtyminen ei ole tähän yksin riittänyt, vaan on edellytetty lisäksi jonkun muun tosiseikaston tähtymistä. Kasuistisiksi katsomistaan esimerkeistä oikeussuhteen ”*abgewickelt*”-määritelmän tähttäväksi kiinteyttävien tekijöiden kirjosta Pieroth polemisoi esiin esimerkiksi *eläkehakemuksen*.⁸⁷ Taannehtivisuusproblematiikan kannalta keskeinen käsitteenmuodostus ei ole tässä kohdin nykyisin sen paremmin doktriinissa⁸⁸ kuin oikeuskäytännössäkään⁸⁹ kiinnittynyt ehdottomasti julkisen vallan muodolliseen toimintaan, eikä oikeustilan muodostuminen doktriinin tarkoittamalla tavalla lukkoon lyödyksi siten edellytä esimerkiksi tuomioistuimen ratkaisua tai viranomaisen päätöstä.⁹⁰

Valtiosääntötuomioistuimen käytännössä aineellisesta ulottuvuudesta on poikettu formaaliin suuntaan erityisesti verolainsäädännön kohdalla sarjassa oikeuskäytäntöä (”*Veranlagungszeitraumrechtsprechung*”), jossa ”*abgewickelte*” on kiinnitetty pääsääntöisesti verovuoden päähtymiseen verovelan synnyttävän disponoinnin asemesta:⁹¹ ratkaisevaa ei tämän näkökulman vallitessa siis ole yksityisen toiminta tai siinä ilmaisema luottamus. Käytännössä tämä on johtanut

⁸³ Rensmann 1999, s. 170.

⁸⁴ Grabitz 1973, s. 677.

⁸⁵ Leisner 1973, s. 285.

⁸⁶ Leisner 1973, s. 282–283.

⁸⁷ Pieroth 1981, s. 80.

⁸⁸ Maunz – Dürig 2009, § 20 rn. 80.

⁸⁹ BVerfGE 30, 367

⁹⁰ Stötzel 2002, s. 87.

⁹¹ Rensmann 1999, s. 171.

siihen, että verolainsäätäjät vyöryttää suuren määrän verolakeja noudatettavaksi kunkin verovuoden joulukuussa, sillä tällainen konsepti mahdollistaa niiden oikeusvaikutukset aina edelliseen tammikuuhun asti aidon taannehtivuuden problematiikan estämättä.⁹²

Toisenlaisen, aineellisemman lähtökohdan muodostaa erityisesti valtiosääntötuomioistuimen toisen senaatin omaksuma, yksityisen luottamuksensuojasta kumpuava arviointi, joka suuntautuu oikeustilan kiinteyden arviointiin yksityisen näkökulmasta.⁹³ Näin esimerkiksi verotuksen kohdalla arviointi tulisi luottamuksensuojanäkökulmasta esitetyn kritiikin mukaan kohdistua *yksityisen suorittaman disponoinnin ajankohtaan* eli abstraktin verovelan syntyhetkeen:⁹⁴ Pieroth huomauttaa valtiosääntötuomioistuimen ensimmäisen jaoston *Veranlagungszeitraumrechtsprechung*-käytännöstä poiketen toisen jaoston toisinaan kiinnittäneen arvion tähän abstraktin verovelan syntyyn muotoilulla ”*soweit Steuertatbestände an Handlungen anknüpfen, muß also die Rechtsfolge bereits im Augenblick des Handelns gesetzlich vorgesehen sein*”.⁹⁵

Christian Degenhart valottaa tulkinnanvaraisuutta tyyppitapauksella, jossa uusi kotimyyntisopimukseen kohdistuva indispositiivinen oikeuspaikkasääntely ulottaa vaikutuksensa jo olemassa oleviin sopimuksiin. Degenhartin mukaan tällaista sääntelyä on olemassa olevan *echte / unechte* -kriteeristön varassa mahdollista arvioida sekä aitona että epäaitona taannehtivuutena riippuen siitä, mikä kiintopisteen varassa tulkinta tehdään. Mikäli huomio kiinnitetään siihen, että sääntely liittyy jo menneisyydessä lukkoon lyötyyn sopimukseen siitä poikkeavia oikeusvaikutuksia, päädytään aidon taannehtivuuden käsillä oloon. Mikäli huomio kiinnitetään sääntelyn oikeusvaikutuksiin tulevaisuuden oikeusriitojen oikeuspaikkasääntelynä, kallistuu arvio epäaidon taannehtivuuden suuntaan.⁹⁶ Tällaisella tulkinnanvaraisuudella on kuitenkin jäsenytyneet rajansa: esimerkiksi Pieroth viittaa siihen, että sopimuksen säätäminen lailla päättyväksi muodostaa aidon taannehtivuuden.⁹⁷

Näin lopulta myös Saksan julkisoikeudessa yleiskieliseen lukkoon lyömiseen tai päättämiseen (”*closed*”, ”*concluded*”)⁹⁸ samastuvat termit ”*abgeschlossen*” ja ”*abgewickelte*” jäävät vaille täsmällistä sisältöä. Erityisesti termi ”*abgewickelte*” on erittäin tulkinnanvarainen käsite, jonka tarkempi sisältö riippuu kulloinkin

⁹² Hey 2010, s. 4.

⁹³ Rensmann 1999, s. 170.

⁹⁴ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 22.

⁹⁵ BVerfGE 13, 261.

⁹⁶ Degenhart 2010, § 4 rn. 377–377a.

⁹⁷ Pieroth 1981, s. 82.

⁹⁸ Näin esimerkiksi Hey 2010, s. 2. Ks. myös esim. Federal Constitutional Court Press office Press release no. 120/2010 of 20 December 2010; Order of 7 December 2010 – 1 BvR 2628/07.

sovellettavana olevasta lainsäädännöllisestä kontekstista.⁹⁹ Varsin suuri osa tulkinnanvaraisuudesta ja epätäsmällisyydestä palautuu kuitenkin luottamuksen-suojan perusrakenteeseen ja siihen sisältyvään yksityisen näkökulmaan: kuten Rensmann huomauttaa, valtiosääntötuomioistuin on alunperin kiinnittänyt näiden lopullisuuteen viittaavien käsitteiden sisällön yksityisen perspektiiviin kysymällä, mihin yksityinen oli disponoinnin aikana luottanut.¹⁰⁰

Tulkinnanvaraisuuden merkitys kuitenkin saa erityisen korostuksensa taannehtivuuden asymmetrisen rakenteen valossa. Se, onko jokin oikeustila ”*abgewickelte*”, määrittää sen, onko kyseessä *lähtökohtaisesti kielletty* aito taannehtivuus, vai *lähtökohtaisesti sallittu* epäaito taannehtivuus. Valtiosääntötuomioistuimen toisen jaoston omaksumaa *Rückbewirkung von Rechtsfolgen* -kriteeriä on tämän johdosta pidetty tarkkarajaisempänä ja täsmällisempänä, joskaan ei välttämättä yksityisen luottamuksen suojattavuuden kannalta myönteisenä konstruktiona. Esimerkiksi von Arnould on katsonut ”*abgewickelte*”-kriteerin suuntaavaan arvion – yhdenmukaisesti luottamuksensuojadoktriinin kanssa – yksityisen elämän tosiasioihin, kun taas *Rückbewirkung von Rechtsfolgen* on enemmänkin ehkä muodollisen *Rechtssicherheitin* piiriin kuuluva, oikeusnormista lähtevä arviointi.¹⁰¹ Yleensä on kuitenkin varsin vakiintuneesti katsottu luottamuksensuojadoktriinin keskeisten osien määrittävän yksityisen luottamusperspektiivistä myös tässä kohdin, sillä tällaisessa yksityisen näkökulmaan kiinnittyvässä arviossa on kyse vapausoikeuksiin kiinnittyvän, yksityisen näkökulmasta määrittyvään ennakoitavuuteen kytkeytyvän luottamuksensuojajustifikaation välttämättömästä seurauksesta.¹⁰²

Luottamuksensuojan näkökulmasta on kuitenkin syytä huomata, että kyse on vain lähtökohtaisesta asymmetriasta: aito taannehtivuus on mahdollista tietysin edellytyksin, jotka konstruoituvat luottamuksensuojan merkityksen kautta, ja vastaavasti luottamuksensuoja asettaa epäaidolle taannehtivuudelle rajat. Näin luottamuksensuoja ei ainoastaan muodosta taannehtivuuskiellon justifikaatiota, vaan myös määrittää sen legitiimit rajat suhteessa demokraattisen lainsäätäjän kompetenssiin: näin aito taannehtivuuskin on mahdollista, mikäli ei ole osoitettavista luottamuksen olemassaoloa, mikäli kyseinen luottamus ei ole suojaamisen arvoinen tai julkisen intressin ja luottamuksen välinen punninta kääntyy julkisen intressin hyväksi.¹⁰³ Tämä näkökohta myös relativoi aidon ja epäaidon taannehtivuuden valtiosääntöisen asymmetrian esimerkiksi Schwarzin ajattelussa luottamuksensuojan soveltamisen intensiteettieroon. Lukuisista oikeuskäy-

⁹⁹ Riechelmann 2009, s. 33.

¹⁰⁰ Rensmann 1999, s. 170.

¹⁰¹ Von Arnould 2006, s. 343.

¹⁰² Rensmann 1999, s. 170.

¹⁰³ Maurer 2010, s. 570.

tännössä tehdyistä poikkeuksista aidon taannehtivuuden kieltoon tilanteissa, joissa ei ole ollut kiellon justifiointina toimivan luottamuksensuojan tarvetta käsi-
sillä, on Schwarzin mukaan seurannut *aito-epäaito*-eron liudentuminen taan-
nehtivuuden sallittavuuden arvioinnin erottelu vain aste-eroksi *luottamuksen*
suojattavuudessa.¹⁰⁴

Valtiosääntötuomioistuimien kuitenkin ylläpitää asymmetriaa edelleen yleisenä
lähtökohtana, ja siihen kytkeytyvä luottamuksensuoja sekä taustajustifiointina
että soveltamisedellytyksenä on valtiosääntötuomioistuimen käytännössä kon-
kretisoitu täsmälliseksi, mutta ei tyhjentäväksi eikä vain yhdellä tapaa jäsen-
lyksi luetteloksi.¹⁰⁵ Vakiintunein tapa luetteloida poikkeukset on ilmaistu valtio-
sääntötuomioistuimen taannehtivaa verolainsäädäntöä koskevassa tuomiossa vuo-
delta 1961.¹⁰⁶

Ensimmäinen poikkeus taannehtivuuskiellosta koskee tilannetta, jossa yksi-
tyinen on sillä hetkellä, johon lainsäädännön taannehtivuus suuntautuu, joko to-
siasiallisesti tiennyt uudelleensäätelystä tai hänen olisi oikeudellisesti arvioitu-
na täytynyt ottaa huomioon uudelleensäätely.¹⁰⁷

Toinen liittyy tilanteeseen, jossa aiempi lainsäädäntö on tulkinnanvarainen ja
epäselvä, ja taannehtivalla lainsäädännöllä korjataan tätä puutetta. Tämän toisi-
naan jo merkityksensä menettäneeksi katsotun poikkeuksen soveltamisalaa ra-
joittaa se, että lainsäädännön ja sen luoman oikeustilan ei ole katsottu olevan
poikkeuksen tarkoittamalla tavalla ”*unklar und verworren*”, jos asiasta on kor-
keimpien tuomioistuinten käytäntöä. Tämän poikkeuksen soveltamisalaan laske-
taan myös ne tilanteet, joissa sääntely poikkeaa muun oikeusjärjestyksen koko-
naisuudesta niin olennaisella tavalla, että sen voi katsoa olevan ”*systemswidrig*”.
Poikkeuksen tausta-ajatuksena on se, että lainsäädäntö, johon voi liittää termit
unklar und verworren tai *systemswidrig*, antaa yksityiselle perustellun syyn olet-
taa uuden sääntelyn aktualisoituvan tulevaisuudessa¹⁰⁸. Poikkeuksen oikeutusta
on kuitenkin usein kritisoitu; esimerkiksi Leisner huomauttaa siinä korvattavan
yksi *Unrecht (Unklarheit)* toisella (*Rückwirkung*).¹⁰⁹ Mikä tahansa ”*systemswid-
rigkeit*” ei kuitenkaan ole peruste taannehtivuuskiellosta poikkeamiselle, vaan
sen tulee olla luonteeltaan niin ilmeistä, että maallikonkin on perusteltua katsoa
huomaavan sellaisen.¹¹⁰

¹⁰⁴ Schwarz 2001, s. 125.

¹⁰⁵ Maurer HStR 2006 § 179, rn. 44.

¹⁰⁶ BVerfGE 13, 261

¹⁰⁷ Schwarz 2001, s. 127.

¹⁰⁸ Rensmann 1999, s. 170.

¹⁰⁹ Leisner 1973, s. 288.

¹¹⁰ Rensmann 1999, s. 173.

Kolmas poikkeus liittyy tilanteeseen, jossa aiempi sääntely on perustuslainvastaisena mitätön tai ainakin sellaiseksi perustellusti epäiltävissä. Poikkeus kytkeytyy edellä luottamusperusteen yleisen tarkastelun yhteydessä viitattuun keskusteluun *ipso iure* -mitättömän perustuslainvastaisen oikeusnormin kyvystä toimia luottamusperustana ja tarkoittaa tässä kohdin sitä, että niin sanottu oletama lainsäädännön perustuslainmukaisuudesta (*„Vermutung der Verfassungsmäßigkeit“*) on tämän poikkeuksen valossa vain julkista valtaa sitova. Yksityinen ei voi oletamaan vedoten luottaa lainsäädännön perustuslainmukaisuuteen, eikä kaikissa oloissa siis pätevästi perustaa toimintaansa pysyvin oikeusvaikutuksin voimassa olevaan lainsäädäntöön.¹¹¹ Kysymys on kuitenkin erittäin tulkinnanvarainen ja kiistelty, ja valtiosääntötuomioistuimen käytännöstä on konstruoitavissa argumentteja puolin ja toisin. Toisinaan valtiosääntötuomioistuin on todennut tällaisen perustuslainvastaisen oikeusnormin olevan kelvoton peruste oikeustilan luomiselle, toisinaan on painotettu toteutunutta oikeustilaa ja luottamusta siihen riippumatta sen syntyyn johtaneiden normien validiteetista. Nykyisessä keskustelussa legitiiminä rajanjakajana tässä on pidetty valtiosääntötuomioistuimen mitättömyyden toteavaa tuomiota. Joka tapauksessa poikkeuksen keskeiseksi ongelmaksi on nähty sen suhde luottamuksensuojaan: ajatus siitä, että oikeusnormin perustuslainvastaisuus poistaisi siihen kytkeytyvän luottamuksensuojan, asettaa velvollisuuden oikeusnormin perustuslainmukaisuuden tutkimiseen sen mukaan toimivalle yksityiselle.¹¹²

Neljäs poikkeus koostuu ns. bagatellipoikkeuksesta eli yksityiselle taannehtivan lain aiheuttamien epäedullisten vaikutusten epäolennaisuudesta. Viides poikkeus kytkeytyy punnintaan julkisen intressin ja yksityisen luottamuksen välillä; erittäin tärkeiden julkisten etujen on voitu poikkeuksellisesti katsoa vaativan taannehtivan lainsäädännön käyttöä.¹¹³

Poikkeukset voidaan ryhmitellä esimerkiksi luottamuksensuojanäkökohtien mukaan kahteen ryhmään. Ensimmäisen ryhmän muodostavat kolme ensimmäistä poikkeusta, jotka samastuvat asiallisesti luottamuksensuojaa koskevaan kysymykseen suojattavan luottamuksen olemassaolosta. Toisen ryhmän muodostavat kaksi viimeistä poikkeusta koostuvat mahdollisuudesta poiketa sinänsä perustellun luottamuksen olemassaolosta.¹¹⁴ Luottamuksensuoja sekä taannehtivuuskiellon että sen rajoitusten määrittäjänä on avannut mahdollisuuden institution sisäiselle oikeudelliselle kritiikille, jossa yksittäisten poikkeusten legitimitetti määrittäyty luottamuksensuojadoktriinin valossa.

¹¹¹ Ossenbühl 1972, s. 30.

¹¹² Schwarz 2001, s. 130.

¹¹³ Maurer 2010, s. 570.

¹¹⁴ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 44.

Näin esimerkiksi uuden lainsäädännön säätämisen huomioonottamiseen velvoittavan poikkeuksen kritiikki rakentuu perustellulle kysymykselle siitä, kuinka laajaksi yksityisen selonottovelvollisuus lainsäädännön sisällöstä voi ulottua. Kyse on poikkeusten suhteesta ennakoitavuuteen. Tällainen tilanne ei ole käsillä yksin ensimmäisen ryhmän mukaisessa *Neuregelun*-poikkeuksessa, vaan yleisemminkin silloin, kun poikkeuksien sisältö johtaa arvioimaan yksityisen selonottovelvollisuutta, joka kohdistuu olemattomaan lainsäädäntöön tai nykyisen lainsäädännön perustuslainvastaisuuteen.¹¹⁵

Esimerkiksi Maurerin mukaan yksityisen selonottovelvollisuutta ei voi oikeusnormin velvoittavuuteen liittyvistä syistä kasvattaa kohteeltaan julkaistua, muodollisesti voimassa olevaa ja yksityistä velvoittavaa lainsäädäntöä laajemmaksi. Yleinen lähtökohta on, että vaikka erityisesti lainsäädännön kohteena olevien intressipiirin tosiasiallinen tietoisuus uudesta sääntelystä ja sen sisällöstä saattaa olla laajaa ja sisällöltään jopa seikkaperäistä, ei tästä voi tehdä johtopäätöstä, jonka mukaan muun kuin voimassa olevan lainsäädännön sisällön tuntemiseen olisi erityinen oikeudellinen velvollisuus, jonka laiminlyöntiä voitaisiin käyttää yksityisen vahingoksi arvioitaessa esimerkiksi taannehtivuuskiellon poikkeusten soveltamisedellytyksiä luottamuksensuojan valossa. Selonottovelvollisuutta ei voi Maurerin mukaan kytkeä lähtökohtaisesti edes lainsäädäntöelimen saati sitten muiden alati monimutkaistuvaan lainsäädäntöprosessiin osallisten valtioelinten sellaisiin *yksittäisiin päätöksiin*, jotka eivät merkitse lainsäädännön lopullista voimaansaattamista. Näin yksityiselle ei voi sen paremmin *Treu und Glauben* -doktriinin kautta kuin luottamuksensuojallakaan perustellen asettaa erityistä lainsäädäntöprosessiin kohdistuvaa selonottovelvollisuutta taannehtivuuskiellon poikkeusten justifioijaksi, ilman että samalla käännetään koko luottamuksensuoja-ajattelu nurin niskoin julkisen vallan instrumentalismin oikeuttajaksi.¹¹⁶

Selonottovelvollisuuden, ennakoitavuuden ja velvoittavuuden välistä ongelmallista suhdetta taannehtivuuskiellon poikkeuksen oikeuttajana on edelleen konkretisoitu erityisesti verolainsäädännön alueella. Lähtökohdaksi on huomautettu, että (ainakin) verolainsäädännössä taannehtivuuden mahdollistavat lainsäädännön epäselvyys ja tulkinnanvaraisuus ovat pikemminkin pääsääntö kuin poikkeus¹¹⁷, eikä näin laajaksi määrittyvä aidon taannehtivuuden sallittavuus ainakaan merkitse ennakoitavuuden lisääntymistä. Verolainsäädännön ennakoitavuuden arvioinnissa huomioon on otettava myös valtiosääntötuomioistuimen käytännössä omaksuttu ajatus siitä, että lainsäädännön pysyvyyteen kohdistuvan

¹¹⁵ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 49.

¹¹⁶ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 50

¹¹⁷ Rensmann 1999, s. 173.

luottamuksen päättymisen hetki voidaan esimerkiksi *Neuregelung*-kriteerin kohdalla siirtää lainsäädännön muodollisesta julkaisusta aiempaan ajankohtaan sillä perusteella, että pelkästään uudesta sääntelystä saatava tieto estää mahdollisuuden vedota luottamukseen oikeustilan pysyvyydestä – tai ainakin heikentää yksityisen sitä kohtaan tuntemaan luottamuksen tiiviyyttä (*Vertrauensdichte*).¹¹⁸ Vaikka tämän *Neuregelung*-poikkeuksen soveltamisalalla erityisesti vallanjakoon, demokratiaan ja oikeusvaltioon kiinnittyvät periaatteet ovat yleensä pakottaneet tämän aiemmankin ajankohdan vähintään *kansanedustuslaitoksen sisälle* lainsäädännön lopulliseen hyväksymiseen parlamentissa esimerkiksi hallituksen toimien asemesta¹¹⁹, ei tämäkään aikaistus ole jäänyt kritiikkiä vaille. Erityisesti sen on katsottu jännittävän yksityisen huolellisuusvelvollisuuden termein ilmaistun selonottovelvollisuuden äärimmilleen.¹²⁰

Maurer on osoittanut jännitteen ongelmallisuuden kiinnittämällä huomionsa siihen ajanjaksoon, jolloin valtiosääntötuomioistuimen omaksuman tulkintalinjan mukaan yksityinen on menettänyt perusteensa vedota luottamukseen kansanedustuslaitoksen toiminnan perusteella odotettavissa olevan muutoksen vuoksi, mutta uutta lainsäädäntöä ei ole vielä julkaistu velvoittavana oikeusnormina. Maurer asettaa analyysin pohjaksi poleemisen kysymyksen: ”*An was soll er sich eigentlich in der Zeit zwischen dem Gesetzebeschluß und der Gesetzesverkündung halten?*” Maurer vastaa kysymykseen yksityisen näkökulmasta: vanha laki on vielä voimassa, mutta ei perusta yksityiselle sellaista oikeusperustaa, johon yksityinen voisi toimensa tai disponointinsa tulevaisuuteen ulottuvin oikeusvaiikutuksin perustaa, mikäli uusi lainsäädäntö on poikkeuksen tarkoittamalla tavalla odotettavissa. Uusi lainsäädäntö puolestaan ei ole vielä oikeusvaltion tarkoittamalla tavalla laki lainkaan, eikä sen sisältö tai edes sen säätäminen lopultakaan ole sellaisella varmuudella poliittisessa lainsäädäntöprosessissa lukkoon lyöty, että yksityinen voisi tehdä omista tulevista oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan varmoja päätelmiä. Maurerin mukaan tästä lähtökohdasta erkaneminen tarkoittaisi voimassa olevan oikeuden voimassaolon relativioimista ja vastaavasti edellyttäisi johdonmukaisuussyistä sitä, että lainsäätäjän hyväksyntä laille muodostaisi yksityiselle luottamuksen sen lopulliseen voimaantuloon kyseisen päätöksen mukaisessa muodossa, vaikka lainsäädäntöprosessiin kuuluu tämän jälkeen vielä monta vaihetta, joihin ottavat osaa eri valtiosääntöiset toimijat.¹²¹

Toisenlaisen, mutta selonottovelvollisuuden keskeisyyteen luottamuksensuojan kannalta rinnastuvan teeman avaa poikkeusmahdollisuuksista viimeisin;

¹¹⁸ Muckel 1989, s. 95–97.

¹¹⁹ Riechelmann 2009, s. 36.

¹²⁰ Rensmann 1999, s. 173.

¹²¹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 51

mahdollisuus punnintaan julkisen intressin ja yksityisen luottamuksen välillä. Kun muistetaan erittäin tärkeiden julkisten etujen nimissä voidun poikkeuksellisesti sallia taannehtivan lainsäädännön käytön, ei ole mitenkään yllätyksellistä, että perustetta on voitu käyttää myös edellisten poikkeusmahdollisuuksien asiallisen sisällön laajentavaan tulkintaan. Esimerkiksi *Neuregelung*-kriteerin asiallisella soveltamisalalla on saatettu aikaistaa suojattavan luottamuksen päättymisajankohtaa parlamentin sisältä hallituksen lainsäädäntöuudistusta koskevan tiedonannon antamisajankohtaan.¹²²

Keskeisimmän oikeustapauksen tässä keskustelussa muodostaa BVerfGE 97, 67 jossa oli asiallisesti kyse muutoksesta verolakiin, joka määrittä laivan- tai lentokoneiden hankintaan liittyviä vähennyksiä ja poistoja. Lakia muutettiin kesken verovuoden siten, että tietyn erityisen verovelvolliselle edullisen vähennyksen käyttö lopetettiin epätarkoituksenmukaisena säätämällä se mahdolliseksi vain niihin laivahankintoihin, joita koskevat sopimukset oli solmittu viimeistään laissa säädettyä ajankohtana. Kyseinen ajankohta oli hallituksen 25.4. annetuksessa esityksessä määritelty huhtikuun viimeiseksi päiväksi. Verovelvollisten hyödynnettyä kesken lainsäädäntöprosessin tätä neljän päivän ikkunaa ja solmimalla sopimuksen 30.4., muutti parlamentti määräpäivän hallituksen esityksen antopäiväksi 25.4.

Kun lähtökohtana edellä mainitun *Neuregelung*-kriteerin soveltamiselle on ollut taannehtivuuden sallittavuus kytkemällä luottamuksen olemassaoloa määrittävä selonottovelvollisuus *aikaisintaan* lainsäädäntöelimen lopulliseen hyväksymiseen parlamentissa hallituksen toimien asemesta,¹²³ oli ilmeistä, että kyseinen taannehtivuus ei mahtunut *Neuregelung*-poikkeuksen sisälle. Valtiosääntötuomioistuin huomautti myös, että vaikka hallituksen esityksen sisältö poistaisikin perustellun luottamuksen mahdollisuuden, olisi ristiriitaista, että hallituksen esitykselle annettaisiin tällainen vaikutus kokonaisuudessaan, mutta ei siihen sisältyvälle määräpäivälle. Tuomioistuin totesi lopulta tällaisten vero-oikeudellisten vähennysten ja poistojen olevan luonteeltaan valtionapuun rinnastuvia. Tästä johtuen niiden taustalla olevaa lainsäädäntöä on arvioitava yleisestä vero-oikeudellisesta verotusvuoteen kytkeytyvästä arvioinnista poiketen kytkemällä luottamusperusteen synnyn ajankohta luottamuksen tosiasialliseen syntyyn, ja tämän johdosta verovelvollisen luottamusta alkuperäiseen päivämäärään olisi suojattava. Tällainen konstruktio (*„dispositionsbezogener Rückwirkungsbe-griff“*) on sittemmin omaksuttu verolakien tulkinnassa *Bundesfinanzhofin* käy-

¹²² Rensmann 1999, s. 174.

¹²³ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 49.

tännössä, ja astetta laajempaan: sen soveltamisalaan kuuluvat myös tavalliset, veron kerryttämiseen tähtäävät verolait.¹²⁴

Valtiosääntötuomioistuimessa perusteluketju ei kuitenkaan tässä nimenomaisessa tapauksessa estänyt taannehtivuutta. Taustalla oli perustelu, jonka mukaan erityisesti tämän tyyppisten verolakiin kohdistuvien muutosten toteuttaminen edellyttää taannehtivuutta: muutoksen toteuttaminen normaalilla ajallisella rakenteella merkitsisi sitä, että kumottavaksi esitettyä järjestelmää hyödynnettäisiin suurella volyymillä heti sen jälkeen, kun julkisuuteen on saatettu tieto oven sulkemisesta (*Ankündigungseffekt*), ja täten lainsäädäntöuudistuksen varsinainen tarkoitus vesittyisi.¹²⁵ Valtiosääntötuomioistuimen mukaan erittäin painava julkinen etu tässä edellytti luottamuksen suojaamisesta erkanemista: ”*Zwingende Gründe des gemeinen Wohls rechtfertigen hier eine Durchbrechung des rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbots*”. Valtiosääntötuomioistuin ei kuitenkaan jättänyt punnintaa strukturoimatta, vaan muotoili kolmiosaisen, osin suhteellisuusperiaatteeseen samastuvan testin taannehtivuuden legitimitetille. Ensinnäkin, *Ankündigungseffektin* tuli olla intensiteetiltään niin voimakasta, että se käytännössä vesittää lainsäädäntöuudistuksen tavoitteet. Toiseksi, sääntelyn päämäärien on liityttävä nopealla aikataululla realisoituvaan yleiseen vaaraan tai muuhun epäkohtaan. Kolmanneksi, taannehtivuuden on oltava suhteellisuusvaatimuksen tarkoittamassa merkityksessä asianmukainen keino *Ankündigungseffektin* haittojen torjuntaan.¹²⁶

Tämä oli ensimmäinen kerta, kun erittäin painavalle julkiselle edulle annettiin *konkreetti* sisältö tässä kontekstissa:¹²⁷ valtiosääntötuomioistuin oli jo viitannut vakiintuneesti tämän konstruktion olemassaoloon,¹²⁸ mutta antanut sille epäitsenäisen merkityksen täydentävänä argumenttina muiden taannehtivuuskiellosta tehtyjen poikkeusten käsillälön arvioinnissa.¹²⁹ Yleensä olikin katsottu, että tämän punninnan alaan kuuluvat lähinnä sellaiset erittäin poikkeukselliset olosuhteet kuten DDR:n hajoaminen ja sen myötä syntynyt tarve hyvittää DDR:n aikaisia ihmisoikeusloukkauksia.¹³⁰ Taloudelliset ja erityiset fiskaaliset intressit on nähty perustelluksi ottaa tässä kohdin huomioon vain erittäin poikkeuksellisissa tapauksissa: esimerkiksi Maurer viittaa tässä kohdin sellaisiin asetelmiin, joissa on uhka valtion talouden konkurssiin asiallisesti samastuvasta tilasta.¹³¹ Pidättä-

¹²⁴ Hey 2010, s. 5.

¹²⁵ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 54.

¹²⁶ Rensmann 1999, s. 174.

¹²⁷ Stötzel 2002, s. 97.

¹²⁸ Von Arnould 2006, s. 332.

¹²⁹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 54.

¹³⁰ BVerfGE 101, 239

¹³¹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 54.

mällä poikkeus näin määritellyissä rajoissa torjutaan se uhka, että tällainen punninta muodostuu oikeusvaltion keskeisiin periaatteisiin säännönmukaisen poikkeuksen tekväksi *Staatsräsonvorbehalt-konstruktiksi*,¹³² *eräänlaiseksi käänteiseksi lakivaraukseksi*.

Taannehtivuusdoktriinin sisältämään punnintaan johdonmukaisen kriittisesti suhtautuvan Leisnerin ajattelussa doktriinin suurimmaksi ongelmaksi tässä kohdin ei paljastu se ilmeinen ja ilmeisen ongelmallinen seikka, että itse asiassa oikeudellisesti ei ole määriteltävissä, mikä on ”erittäin tärkeä julkinen etu”, joka voi oikeuttaa oikeusvaltiollisesta luottamuksensuojasta poikkeamisen, vaan perustavanlaatuisempi kysymys: ”*Und was kann denn überhaupt, systematisch in unserem Staat der Rechtssicherheit noch ’übergeordnet’ sein?*”¹³³ Kuten jo edellä suhteellisuusperiaatteen kohdistuvan punnintakritiikin kohdalla huomattiin, tämänkaltaisen kritiikki ei ole Leisnerin ajattelussa mitenkään poikkeuksellista, ja johtaa viime kädessä luottamuksensuojan ja julkisten etujen välisen punninnan mahdollisuuden perustavanlaatuisen kritiikkiin: ”*Der Vertrauensschutz darf allegemein nicht unter den Vorbehalt unbestimmten öffentlichen Interesses gestellt werden*”, sillä yksityinen ei voi tällaiseen määrittelemättömään julkiseen intressiin luottamuksensuojan ja sen oikeuttamisperusteiden edellyttämällä tavalla varautua eikä sen painoarvoa ennakoita. Tosin Leisnerkin jättää tässä yhteydessä julkisen intressin etusijalle rajoitetun legitiimin käyttöyhteyden, mutta vain ”*in engsten Grenzen*”. Ilmeistä on, että nykyinen keskustelu lainsäädäntöuudistuksesta tiedottamisen luottamuksen poistavasta vaikutuksesta ei näiden rajojen puitteissa vakuuta Leisneriä: lainsäädäntöaloitteet yms. valmistelevat toimet eivät samastu lakiin, eikä ole olemassakaan sellaista asiaa kuin ”*gesetzgeberische Vorwarnung*”.¹³⁴

Leisnerin esittämä kritiikki ei ole kokonaan vailla perustetta: ratkaisussa omaksuttu ”*Zwingende Gründe des gemeinen Wohls*” -konstruktio on ollut erittäin vilkkaan keskustelun kohteena. Kysymys on ollut erityisesti fisikaalisten näkökohtien käyttökelpoisuudesta ja painoarvosta tässä punninnassa sekä *in abstracto* että erityisesti tämän tapauksen intressien suuruus huomioonottaen,¹³⁵ mutta myös yleisemmästä ennakoitavuuteen liittyvästä keskustelusta. Esimerkiksi Maurer on huomauttanut, että valtiosääntötuomioistuimien aidon taannehtivuuden kohdalla yleensä, toisin kuin epäaidon taannehtivuuden kohdalla, pyrkinyt irtautumaan punnintalähtöisestä soveltamisesta ennakoitavuutta luovien poikkeusluetteloiden suuntaan.¹³⁶ Valtiosääntötuomioistuimien onkin aiemmassa

¹³² Von Arnould 2006, s. 351.

¹³³ Leisner 1973, s. 288.

¹³⁴ Leisner 1973, s. 295–297.

¹³⁵ Schwarz 2001, s. 121–123.

¹³⁶ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 54.

käytännössään yleensä katsonut, että fiskaaliset intressit häviävät punninnassa oikeusvarmuudelle silloin, kun kyseessä on aito taannehtivuus.¹³⁷ Ns. epäaidon taannehtivuuden kohdalla julkisen vallan intressit, fiskaalinen intressi mukaan lukien, ovat toisenlaisessa roolissa jo lähtökohtaisesti.

4.2.2.2 Epäaito taannehtivuus

Käsitteellä epäaito taannehtivuus (*unechte Rückwirkung / tatbestandliche Rückanknüpfung*) viitataan valtiosääntötuomioistuimen käytännössä sellaisiin lakeihin, joiden kohdalla menneisydessä sijaitseva oikeustila ei ole aidon taannehtivuuden merkityksessä ”*abgewickelt*”, vaan valtiosääntötuomioistuimen käytännössä omaksutun terminologian mukaisesti ”*noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt*”.¹³⁸ Erotukseksi aidon taannehtivuuden lähtökohtaisesta kiellosta, epäaito taannehtivuus on lähtökohtaisesti sallittu: ”*Der Gesetzgeber ist und bleibt also heute grundsätzlich der Herr der nicht abgeschlossene Sachverhalte*”.¹³⁹ Tämä kytkeytyy siihen ajatukseen, että epäaidon taannehtivuuden piiriin kuuluu lakeja, jotka ovat lähtökohtaisesti voimassa vain *ex nunc* -oikeusvaikutuksin *pro futuro*. Kun oikeustila ei ole ”*abgewickelt*”, ei myöskään oikeusseuraamus ”kohdistu” menneisyyteen samoin kuin aidon *ex tunc* -taannehtivuuden kohdalla.

Epäaidolla taannehtivuudella tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä, että sääntelyn asialliseen soveltamisalaan kuuluu kuitenkin sellaisia sääntelyobjekteja, jotka ovat jollain tavalla menneisydessä jo perustettuja, mutta ”*noch nicht abgeschlossen*”.¹⁴⁰ Toisin sanoen kyse on nykyisen, lainsäädäntöön sääntelyinstrumenttina luottavan hyvinvointivaltion oloissa verraten tavallisesta lainsäädännöstä; ”*Fast alle Gesetze, die ein Rechtsgebiet oder auch nur eine Rechtsfrage für die Zukunft neu regeln, treffen auch Sachverhalte, Rechte oder rechtsbeziehungen, die bereits in der Vergangenheit entstanden sind, aber noch fortbestehen*”.¹⁴¹ Esimerkkinä epäaidon taannehtivuuden piiriin kuuluvista sääntelyistä mainitaan yleisesti elinkeino- tai ammattitoiminnan edellytysten sääntely, tutkintojärjestelmän sellaiset uudistukset, jotka koskevat myös jo aloittaneita opiskelijoita, pitkäaikaisiin sopimussuhteisiin kohdistuvat sääntelyt, olemassa olevien pitkäaikaisten vero-oikeudellisten subventioiden purkaminen ja tulevaisuudessa realisoituvien sosiaalioikeudellisten etuuksien heikennys silloin, kun peruste niiden odotettavissa olevaan tasoon kytkeytyy jollain lailla nykyaikaan

¹³⁷ BVerfGE 2, 380

¹³⁸ Grabitz 1973, s. 677.

¹³⁹ Leisner 1973, s. 291.

¹⁴⁰ Schwarz 2001, s. 131.

¹⁴¹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 60.

(*Anwartschaft*).¹⁴² Aidon taannehtivuuden lähtökohtainen kieltö ei siis estä esimerkiksi sellaista verrattain tavallista tilannetta, jossa jo aloitettua toimintaa arvioidaan uudelleen esimerkiksi muuttamalla koulutus lailla ilmaisesta maksulliseksi kesken opintojen.¹⁴³

Tuomiossa BVerfGE 96, 330 arvioitiin sääntelyä, jossa oli kyseessä opintotukijärjestelmän muuttaminen lainaperustaiseksi vuonna 1983. Epäaito taannehtivuus oli kyseessä, koska ennen lainmuutosta opiskelemaan alkaneet olivat ryhtyneet siihen käsityksessä, että julkinen valta rahoittaa heidän opintonsa tuella, jota ei tarvitse maksaa takaisin. Tuomiossa sääntely katsottiin kuitenkin sallituksi, sillä luottamuksensuojaa ei katsottu rikutun, kun lainsäätäjän valitsema tuki kuitenkin mahdollisti opintojen loppuun suorittamisen; lainsäätäjää ei ollut sidottu tämän tarkoituksen toteuttamiseen aiemmin valitsemiinsa keinoihin.

Tällainen lähtökohtaisesti sallittu tavanomainen sääntely muuttuu kielletyksi luottamuksensuojaan liittyvien edellytysten täyttyessä. Taustalla on ajatus siitä, että toimintaan menneisyydessä ryhtynyt on arvioinut toimintaansa ja siihen ryhtymisen mielekkyyttä silloin voimassa olleen lainsäädännön mukaan, ja uusi lainsäädäntö saattaa mahdollisesti loukata hänen luottamustaan tämän lainsäädännön pysyvyyteen muuttamalla tai jopa mitätöimällä ne positiiviset seuraukset, joiden vuoksi toimintaan on ryhdytty. Luottamuksensuojan näkökulmasta soveltamiskysymykseksi nousee tällöin, onko tällaista luottamusta suojattava.¹⁴⁴

Lähtökohtaista epäaidon taannehtivuuden sallittavuutta perustellaan sillä, että demokraattisen lainsäätäjän ilmeisestä ja näkyvästä lainsäätämiskompetenssista johtuen yksityinen ei voi odottaa, että lainsäätäjää ei käyttäisi toimivaltaansa yhteiskunnan sääntelemiseen ja kehittämiseen sekä esiin tulleiden ongelmien ratkaisuun. Valtiosääntötuomioistuin on konkretisoinut tämän lähtökohdan luonnehinnaksi, jonka mukaan valtiosääntöinen luottamuksensuoja ei estä jokaista yksityisen kokemaa pettymystä.¹⁴⁵ Tästä johtuen epäaidon taannehtivuuden kohdalla yksityisen lainsäädännön pysyvyyteen kohdistuvat intressit ovat lähtökohtaisesti alisteisia lainsäätäjän säätämistoimivallalle.¹⁴⁶ Poikkeukset lähtökohdasta konstruoituvat nimenomaisesti oikeuttamisperusteidensa kautta tulkitun luottamuksensuojan rajoissa.¹⁴⁷ Aidon taannehtivuuden *pääsääntö-poikkeus*-rakenteen asemesta kyse on tässä nimenomaan edellä osoitetun luottamuksensuojan perusrakenteen strukturoimasta punninnasta, mistä johtuen julkisen vallan int-

¹⁴² Maurer HStR 2006, § 79 rn. 60.

¹⁴³ Degenhart 2010, § 4 rn. 377a.

¹⁴⁴ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 60.

¹⁴⁵ Mückel 1989, s. 69.

¹⁴⁶ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 60.

¹⁴⁷ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 62–66.

ressit saavat aidosta taannehtivuudesta poikkeavan merkityksen osana punnintaa. Epäaidossa taannehtivuudessa on kyse yksinkertaisesti intertemporaalisten luottamuksensuojanäkökohtien suhteellisuuspunninnan strukturissa sitomasta lainsäätäjistä.¹⁴⁸

Valtiosääntötuomioistuin noudattaa tässä tyypillisesti luottamuksensuojan perusrakenteen mukaista mallia.¹⁴⁹ Epäaidon taannehtivuuden kontekstissa kysymykset luottamuksesta ja luottamusperusteesta edeltävät yksityisen luottamuksensuojan ja julkisten etujen välistä punnintaa, jossa mittapuuksi asetetaan ensi sijassa yksityisen perusoikeudet ja niiden soveltamisalalle sijoittuva ennen uuden sääntelyn voimaantuloa tapahtunut toiminta.¹⁵⁰ Tällainen punninta vie väistämättä ajatukset luottamuksensuojan ja suhteellisuusperiaatteen rekursioon, ja punninnassa onkin toisinaan nimenomaisesti integroitu luottamuksensuoja ja suhteellisuusperiaate.¹⁵¹ Yleensä epäaidon taannehtivuuden lähtökohtaisesta sallittavuudesta on tehty päätelmä, jonka mukaan punninnassa julkiset, lainsäädännön muuttamista puoltavat intressit asettuvat *prima facie* -etusijaan.¹⁵²

Kuriositeettina voidaan mainita *Martin Stötzelin* eritelleen punninnan sisällössä rakenteellisen eron valtiosääntötuomioistuimen ensimmäisen ja toisen jaoston omaksumien konstruktioiden välille silloin, kun punninta johtaa tasapainotilanteeseen, jossa yksityisen luottamuksen suojaaminen katsotaan yhtä painavaksi intressiksi kuin julkinen, lainsäädännön muutosta perusteleva. Stötzeli viittaa siihen, että ensimmäisen jaoston omaksuma punnintarakenne – ”die Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für die Allgemeinheit das Interesse des Einzelnen am Fortbestand des bisherigen Zustandes nicht übersteigt”¹⁵³ merkitsee tasapainotilanteessa epäaidon taannehtivuuden kieltämistä, sillä tasapainotilanteessa ”*nicht übersteigt*” on käsillä. Toisaalta taas toisen jaoston omaksuma rakenne – ”nur wenn die Abwägung ergibt, daß das Vertrauen auf die Sicherheit der bestehenden Lage den Vorrang verdient, ist die Rückwirkung unzulässig”¹⁵⁴ – merkitsee tasapainotilanteessa sitä, että epäaito taannehtivuus on sallittu: kielletyksi se jää vain tilanteessa, jossa yksityisen luottamusintressi ylittää julkisen intressin.¹⁵⁵ Stötzelin havaitsemalla rakenteellisella erolla tuskin on merkitystä konkreettissa tilanteessa: punninnan osatekijät kun vaikuttaisivat jo lähtökohtaisesti sisäistävän lopputulos-orientoituneen päätösheuristisen mallin, kun taas rakenteen asymmetrian epäaidon taannehtivuuden sallittavuuteen asti konkretisoituvaa merkitystä lähtisi liikkeelle siitä, että esimerkiksi julkisen vallan muutosintressi olisi punninta-

¹⁴⁸ Schmidt-Aßmann HStR 2006, § 26 rn. 86.

¹⁴⁹ Ks. esim. BVerGE 72, 175.

¹⁵⁰ Schwarz 2001, s. 131.

¹⁵¹ Schwarz 2001, s. 132.

¹⁵² Schwarz 2001, s. 131.

¹⁵³ BVerfGE 36, 73.

¹⁵⁴ BVerfGE 30, 250.

¹⁵⁵ Stötzeli 2002, s. 109.

vissa ilman arviota käsillä olevan sallittavuusratkaisun lopputuleman vaikutuksesta. Stötzelin osoittamalla asymmetrialla voidaan kuitenkin osoittaa, että käsitys epäaidon taannehtivuuden lähtökohtaisesta sallittavuudesta ei ehkä ole monoliittisen yhtenäinen.

Lähtökohtaiseksi yleensä kuitenkin ajatellusta sallittavuudesta luottamuksen suojauspuunninnan perusteella tehtävät poikkeukset ovat käytännössä harvinaisia, eivätkä aina johda säännöksen perustuslainvastaisuuteen *in toto*. Punnintaa leimaa tässä kohdin kuitenkin esimerkiksi Maurerin mukaan *äärimmäinen kasus-tiikka*, eikä punnintaratkaisujen sisällön luotteloimisella tässä yhteydessä saavuteta erityisen oleellista ymmärrystä luottamuksensuojan toiminnasta.¹⁵⁶ Myös Stötzel luonnehtii punninnan olleen lähinnä pistemäistä oikeudellista pragmatismia,¹⁵⁷ ja Schwarzkin tyytyy verrattain synteetinomaiseen arvioon, jonka mukaan punninnassa on otettu huomioon uuden sääntelyn kohde sen kattaman oikeushyvän laadun merkityksessä, uuden sääntelyn tuottaman epäedullisen muutoksen intensiteetti sekä esimerkiksi luottamusta ilmaisevan toiminnan mittasuhteet.¹⁵⁸ Punninnassa on merkitystä annettu myös erityisesti sille, onko kyseessä ns. ohjaava normi (*Lenkungsnorm*): kun julkinen valta on verotuksen keinoin pyrkinyt muihin kuin fiskaalisiin päämääriin, on sen pysyvyyttä pidetty erityisesti suojaamisen arvoisena. Taustalla on ajatus siitä, että tällöin yksityisen toiminta ja autonomia on *jo* sääntelyssä relativoitu instrumentaalisesti julkisen intressin toteuttamiseksi, ja tämän johdosta yksityisen ja julkisen vallan välille syntyy vastavuoroisuuteen perustuva suhde. Pysyvyydestä erkaneminen merkitisi tämän vastavuoroisuuden rikkomista, yksityisen jättämistä vaille hänelle suhteessa kuuluvaa suoritusta.¹⁵⁹

Olennaista on kuitenkin havaita rakenteellinen ero aitoon taannehtivuuteen ja eron vaikutus punnintaan: kun epäaito taannehtivuus on lähtökohtaisesti sallittu, laskee julkisten etujen huomioonottamisen kynnys luottamuksen suojaamisesta erkaantumisen perusteena huomattavasti alle aidon taannehtivuuden ”*Zwingende Gründe des gemeinen Wohls*” -konstruktion.

Kun epäaidon taannehtivuuden kohdalla yksityisen luottamuksensuoja ei taannehtivuuden *ex nunc* -luonteesta johtuen lähtökohtaisesti kohdistu aidosta *ex tunc* -taannehtivuudesta poiketen lainkaan *vanhan lainsäädännön ylläpitämiseen* vaan uuden lainsäädännön aiheuttamiin epäedullisiin seuraamuksiin, on yleensä katsottu riittäväksi kohtuullistaa luottamuksen loukkaamisesta aiheutuvia epäedullisia seuraamuksia esimerkiksi siirtymäajoilla tai aineellisen sisällön

¹⁵⁶ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 72.

¹⁵⁷ Stötzel 2002, s. 71.

¹⁵⁸ Schwarz 2001, s. 131.

¹⁵⁹ Rensmann 1999, s. 171.

hienosäädöllä.¹⁶⁰ Kirjallisuudessa onkin katsottu, että luottamuksensuojassa on epäaidon taannehtivuuden kohdalla kyse ensisijaisesti siirtymän vanhasta oikeustilasta uuteen hoitamisesta *sellaisella tavalla ja sellaisin keinoin*, että ihmisten perusteltua luottamusta kunnioitetaan mahdollisimman paljon.¹⁶¹

Vaikka esimerkiksi Maurer huomauttaa valtiosääntöuomioistuimen käytännöstä olevan identifioitavissa myös kokonaan *echte / unechte* -jaottelusta irtoavan tulkintalinjan, joka konstruoi taannehtivuuden sallittavuuden lähinnä asiallisiin kriteereihin ja luottamuksensuojaan näiden kriteereiden merkitystä rajaamassa,¹⁶² on muodollinen jaottelu säilyttänyt keskeisyytensä doktriinissa. Tästä keskeisyydestä huolimatta, tai ehkä jopa sen johdosta, sitä on kuitenkin yleensä pidetty varsin mielivaltaisena. Tämän kritiikin taustalla on se havainto, että epäaito taannehtivuus on luonteeltaan eräänlainen aidon taannehtivuuden oikeudellisen rajaamisen ylijäämä (*”Abfallprodukt”*), jonka puitteisiin mahduttiin aidon taannehtivuuden ulkopuolelle jäävät taannehtivuustilanteet¹⁶³. Kun samalla kuitenkin on muotoiltu tähän käsitteelliseen rajalinjaan kiinnittyvä sallitun ja kielletyn asymmetria, on yleensä huomautettu arvioitavana olevan lainsäädännön kategorisoinnin jompaankumpaan luokkaan myös miltei vääjäämättä määräävän sen sallittavuuden.¹⁶⁴ Käsitteellinen rajanveto näyttäisi *echte / unechte* -dikotomian asemesta samastuvan *”abgewickelt”*-käsitteen eriytettyyn tulkinnaan, ja myös sitä edellä rasittavaksi todettuun tulkinnanvaraisuuteen.

Kritiikki kohdistuuakin aidon taannehtivuuden kategorian sisällä esitetyn kritiikin tavoin ensisijaisesti käsitteiden *”abgewickelt”* ja *”noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt”* erottelun, jota pidetään ainakin jossain määrin mielivaltaisena sekä käsitteellisesti että epä johdonmukaisesti sovellettuna.¹⁶⁵ Vastaavan tulkinnanvaraisuuden ja mielivallan mahdollisuuden on huomautettu sisältyvän myös epäaidon taannehtivuuden käsitteeseen; esimerkiksi Leisnerin mukaan epäaidon taannehtivuuden ja *”tavallisen”*, *pro futuro* -vaikutteisen lain välinen ero ei ole tarkkarajaisesti konstruoitu. Mikäli epäaidossa taannehtivuudessa on kyse lopultakin vain *intertemporaaliselle* arviolle luottamuksensuojan perusrakenteen avulla herkistetyistä suhteellisuusperiaatteesta, näin pitääkin olla: mitään kategorista eroa ei ole tehtävissä. Leisnerin esittämän kritiikin mukaan luottamuksensuojaan sisältyvät monenlaiset luottamuskomponentit on kuitenkin epäaidon taannehtivuuden alla relativoitu ja koostettu *”noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt”* -edellytyksen alla eräänlaiseksi oikeustositseikkojen dynaamisuutta ko-

¹⁶⁰ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 60–61.

¹⁶¹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 74.

¹⁶² Maurer HStR 2006, § 79 rn. 56–58.

¹⁶³ Pieroth 1981, s. 60.

¹⁶⁴ Muckel 1989, s. 71.

¹⁶⁵ Pieroth 1981, s. 79–84.

rostavaksi ajatteluksi, jota on enää vaikea erottaa puhtaista tulevaisuudenodotuksista. Kritiikin mukaan vaara luottamuksensuojalle piilee siinä, että tällaisten odotusten sääntely, ja samalla niille pettymyksen tuottaminen kuuluvat vallitsevan kategoria-ajattelun puitteissa ”luonnollisesti” lainsäätäjän toimivaltaan.¹⁶⁶

4.2.2.3 Jatkuvuudensuoja

Tällaiset tulevaisuudenodotukset kytkeytyvät luottamuksensuojaan ns. *jatkuvuudensuojan* (*Kontinuitätsgewähr*) välityksellä. Jatkuvuudensuoja kytkeytyy Maurerin analyysissä tulevaisuusorientoituneisiin lakeihin: käsiteparin *echte / unechte Rückwirkung* kattaman taannehtivuusproblematiikan ulkopuolelle jäävät yksin *pro futuro* -oikeusvaikutuksin asiantiloja, oikeuksia tai oikeusvaikutuksia sääntelevät lait. Näiden tulevaisuuteen suuntautuvien lakien säätäminen on katsottu keskeisimmäksi osaksi demokraattisen lainsäätäjän toimivaltaa; lainsäätäjän tulevaisuuden on sanottu olevan avoin. Leisner tiivistää tämän ajatuksen lainsäätäjän toimivaltaa painottavaksi lähtökohdaksi, joka asettaa luottamuksensuojan erikseen perusteltavaksi poikkeukseksi: ”*an sich ist alles Recht beliebig abänderbar, nur in gewissen Fällen mag dies nicht gelten*”.¹⁶⁷

Mahdollisuus reagoida nykypäivän ongelmiin ja kehityskulkuihin onkin varsin triviaalisti demokraattisen lainsäätäjän perustunnusmerkkeihin kuuluva. Yleinen demokratiaa painottava näkökanta on saanut myös useita erityisiä perustuslaillisia konkretisoitumia: voidaan viitata esimerkiksi perusoikeuksien positiivista toteuttamisvelvollisuutta rajoittavaan, oikeudelliseksi ymmärrettyyn varaukseen, jonka mukaan taloudelliset realiteetit eivät ole merkityksettämiä arvioitaessa toteuttamisvelvollisuuden laajuutta ja sisältöä (*Vorbehalt der finanziellen Möglichkeiten*).¹⁶⁸ Samoin on viitattu siihen, että edellä jo suhteellisuusperiaatteen asymmetrian tarkastelussa ilmeiseksi käynyt lainsäätäjän liikkumatiila perusoikeuksien toteuttamisessa *Über-* ja *Untermaßverbotin* välisellä alueella sisältää lainsäätäjän harkintaa ja keinovalintojen tekemistä.¹⁶⁹ Tästä johtuen tällä alueella ei ole katsottu vallitsevan ainakaan lähtökohtaisesti luottamuksensuojasta johtuvaa lainsäätäjän toimivallan kavennusta.¹⁷⁰

Näin esimerkiksi perusoikeuksiin luottamuksensuojakonstruktionsa kiinnittävä Schwarz puhuu luottamuksensuojasta suppeassa ja laajassa merkityksessä: suppea viittaa perusoikeuksien näkökulmasta turvattuihin oikeuspositioihin koh-

¹⁶⁶ Leisner 1973, s. 291.

¹⁶⁷ Leisner 1973, s. 281.

¹⁶⁸ Schwarz 2001, s. 266–267.

¹⁶⁹ Schwarz 2001, s. 267–269.

¹⁷⁰ Maunz – Dürig 2009, § 20, VII rn 71.

distuvien puuttumisten arviointiin, kun taas laaja merkitys sisäistää lähinnä yleisen kontinueettivaateen. Schwarzille suppea ja laaja luottamuksensuoja samastuvat myös tässä kohdin yleensä omaksuttuun perusteluvelvollisuuden asymmetriaan. Julkisella vallalla on lähtökohtainen perusteluvelvollisuus suppean luottamuksensuojan soveltamisalalla. Laajan luottamuksensuojan soveltamisalalla sitä vastoin vallitsee lainsäätäjän toimivaltaan kytkeytyvä oletama oikeustilan muutoksen legitimitetistä: luottamuksensuojaan vetoavan on täytettävä perusteluvaatimuksensa. Tämä asymmetria ei kuitenkaan ole poikkeukseton edes lähtökohtana: myös Schwarz joutuu myöntämään esimerkiksi eräiden sosiaalioikeudellisten eksistenssiminimiä turvaavien etuuksien pysyvyyteen myös *pro futuro* kiinnittyvän sellaisia pysyvyyden vaatimuksia, ettei ole perusteltua jäsentää niitä lähtökohtaisesti laajasti ymmärretyn luottamuksensuojan lainsäätäjän toimintavapautta painottavan kategorian piirissä.¹⁷¹ Tämä näkökohta on ymmärrettävissä Schwarzin konstruktiossa omaksutulla lähtökohdalla luottamuksensuojan kiinteästä perusoikeuskytkennästä: luottamuksen suojaamisen edellytyksenä oleva luottamus voi perustua vain perusoikeuksiin ja niiden tarjoamaan suojaan, jonka johdosta niille alisteinen tavallinen lainsäädäntö ei yksin riitä luottamuksen syntymisen perusteeksi.¹⁷²

Luottamuksensuojan näkökohtien soveltumisen on yleensä katsottu edellyttävän jonkinlaista menneisyysorientoitunutta kytkentää esimerkiksi lainsäätäjän jo perustamiin oikeustiloihin kajoamisen muodossa,¹⁷³ minkä johdosta yksityisten yksin spekulatiivisia tulevaisuudenodotuksia ei ole katsottu perustelluiksi suojattavaksi.¹⁷⁴ Tämä lainsäätäjän lainmuutoksiin suuntautuvan toimivallan varaan rakennettu lähtökohta ei vallitsevan kannan mukaan muutu, vaikka kyseessä olisi aikaisemmin sääntelemättömän alueen sääntely tai säännellyn alueen deregulaatio.¹⁷⁵ Yksityisellä ei siis ole yleistä oikeutta luottaa lainsäädännön muuttumattomuuteen edes silloin, kun hänellä olisi tarvetta kiistää lainsäätäjän olemassa olevaan oikeustilaan kohdistuva muutoskompetenssi itselleen epäedullisena.¹⁷⁶

Toisaalta on kuitenkin esitetty, että eräänlainen jatkuvuuden periaate kuitenkin edellyttää lainsäätäjältä johdonmukaisuutta ja jonkinasteista staattisuutta. Tällaisen yleisen kontinueettien vaatimus on saatettu johtaa esimerkiksi luottamuksensuojan yleisen, *Rechtssicherheits*in palautuvan skeeman kehittämänä: ”*Verlässlichkeit der Rechtsordnung – Voraussetzbarkeit staatlicher Eingriffe –*

¹⁷¹ Schwarz 2001, s. 258.

¹⁷² Schwarz 2001, s. 297.

¹⁷³ Schwarz 2001, s. 43.

¹⁷⁴ Schwarz 2001, s. 290, 361.

¹⁷⁵ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 75.

¹⁷⁶ Heckmann 1997, s. 239.

Schutz des Vertrauens auf Rechtskontinuität”.¹⁷⁷ Tällainen rajoiltaan epämääräinen kontinueetin vaatimus on kuitenkin ollut voimakkaan kritiikin kohteena, eikä sille ole yleensä nähty käyttökelpoista soveltamisalaa. Joissain puheenvuoroissa sellainen on pyritty konstruoimaan luottamuksensuojaa perustelevien vapausoikeuksien soveltamisalalle.¹⁷⁸

Yleensä kontinueetti on kuitenkin tässä käyttöyhteydessä ymmärretty nimenomaisesti enintään valtiosääntöpoliittiseksi vaatimukseksi, millä esimerkiksi Maurer tarkoittaa sen käyttökeltvottomuutta perustamaan esimerkiksi lain perustuslainvastaisuus oikeudellisissa menettelyissä. Schwarz ilmaisee saman lähtökohdan huomauttamalla lainsäädännön soveltamisalalla vallitsevan edelleen *lex posterior* -maksiiimin.¹⁷⁹ lainsäätäjän kyky itesidontaan merkitsisi tämän lähtökohdan suhteellistumista.¹⁸⁰ Poliittiseksi palautuvalla vaatimuksella on kuitenkin nähty ainakin kahdessa tapauksessa olevan oikeudellinenkin sisältönsä.¹⁸¹ Jatkuvuuden periaate voi eräissä tapauksissa rajoittaa ensinnäkin yhdenvertaisuusperustein lainsäätäjän mahdollisuutta poiketa aiemmin omaksutuista ratkaisuksista. Tällöin kyse on GG § 3:n yhdenvertaisuusperiaatteeseen perustettavissa olevasta mielivallan kiellosta ja/tai oikeusjärjestyksen koherenssia painottavasta *Systemgerechtigkeit*-doktriinin asettamista vaatimuksista, jotka estävät tietyissä rajoissa lainsäätäjän mielivaltaiseksi katsottavat perustelemattomat suunnanmuutokset.¹⁸²

Toiseksi, myös luottamuksensuoja omaa tässä leikkauspisteen laajaan, vilkkaan keskustelun kohteena olevaan doktriiniin lainsäätäjän toimivallasta rajoittaa tulevaisuuden lainsäätäjän toimintaa ilman toimimista perustuslainsäätäjän ominaisuudessa: puhutaan lainsäätäjän itesidonnasta (*Selbstbindung des Gesetzgebers*).¹⁸³ Kyse on tilanteesta, jossa lainsäätäjä on omalla nimenomaisella tahdonilmaisullaan ilmaissut sitoutuvansa oikeustilan pysyttämiseen tietyn ajanjakson. Tällaiseksi tahdonilmaisuksi ei kuitenkaan riitä poliittisessa prosessissa ilmaistu tavoite lainsäädännön uudistamisesta, vaan tahdonilmaisun on manifestoiduttava oikeuteen.¹⁸⁴ Ilmeisin esimerkki tällaisesta itesidonnasta kytkeytyy *määräajan* voimassa oleviin lakeihin, joita käytetään runsaasti erityisesti *Leistungsverwaltungin* alalla: luottamuksensuojanäkökulmasta on tällöin katsottu perustelluksi, että määräaika sitoo myös lainsäätäjää ainakin siten, että lain-

¹⁷⁷ Blanke 2000, s. 36.

¹⁷⁸ Grabitz 1973, s. 676 ss.

¹⁷⁹ Schwarz 2001, s. 296.

¹⁸⁰ Weber-Dürler 1983, s. 279.

¹⁸¹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 76.

¹⁸² Schwarz 2001, s. 291.

¹⁸³ Ks. esim. von Arnould 2006, s. 422.

¹⁸⁴ Maunz – Dürig 2009, § 20, VII rn 71.

säädäntöä ei ennen määräajan päättymistä saa muuttaa sitä kohtaan suunnatulle luottamukselle epäedullisin seuraamuksin.¹⁸⁵

4.2.2.4 *Plangewährleistung*

Kontinuiteettivaatimuksen piirissä on otettu kantaa myös siihen, voiko yksityinen luottaa erilaisten suunnitelmien toteutumiseen siten, että voi tarvittaessa vaatia lainkäytössä julkiselta vallalta suunnitelman toimeenpanoa. Tätä lainsäätäjän aineelliseen sidontaan viittaavaa, oikeudellisesti kontinuiteettivaatimukseen osin samastuvaa *Plangewährleistung*-keskustelua on käyty jo pitkään¹⁸⁶ ja saksalaiseen tapaan vilkkaana. Keskustelun organisatorinen painopiste sijaitsee kuitenkin yleensä hallinnon itsesidonnassa eli kysymyksessä siitä, onko yksityisellä oikeus vaatia erilaisten hallinnollisten, yleensä maankäyttöön liittyvien tai muiden yksityisen kannalta taloudellista vaikutusta omaavien suunnitelmien toteuttamista häneen itseensä kohdistuvien oikeusvaikutuksien. *Plangewährleistung*-keskustelu ulottuu kuitenkin myös kysymykseksi lainsäätäjän sidonnaisuudesta omiin suunnitelmiinsa. *Plangewährleistungin* nimittäin sanotaan usein olevan vallanjoollisesti koditon: tällä muotoilulla esimerkiksi *Ossenbühl* kiinnitti huomiota siihen, että hallinnon ohella myös lainsäätävä harjoittaa suunnittelua.¹⁸⁷ Nytemmin *Plangewährleistung*-keskustelun katsotaankin olevan erityistä seurausta 1970-luvun suunnitteluinnosta (*”Planungseuphorie”*)¹⁸⁸, joskin on ilmeistä, että suunnittelu on kuulunut lainsäätäjän keskeisiin instrumentteihin esimerkiksi budjetin muodossa jo varsin pitkään ja kuuluu edelleen.¹⁸⁹ Suunnittelua tässä merkityksessä ei ole pidetty erityisesti suunnitelmatalouteen viittaavana ilmiönä tai sen olemassaoloa yleisemminkään riippuvaisena mistään tietystä ideologiasta.¹⁹⁰

Toisaalta on katsottu, että mitään *Plangewährleistung*-instituutiota ei ainaakaan *yleisenä* kansalaisen käytössä olevana kanteena ole olemassakaan.¹⁹¹ Perusteluna on esitetty esimerkiksi sitä, että suunnitelman käsitteeseen sisältyy käsitteellisesti – ei edes poikkeuksena, vaan pääsääntönä – ajatus suunnitelman ajallisesta muutettavuudesta: verrattuna staattiseen lakiin suunnitelma on dynaaminen instrumentti¹⁹². Toisaalta esimerkiksi Püttner on huomauttanut, että vaikka

¹⁸⁵ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 78.

¹⁸⁶ Schwarz 2001, s. 357.

¹⁸⁷ Ossenbühl 1972, s. 29.

¹⁸⁸ Blanke 2000, s. 278.

¹⁸⁹ Von Arnould 2006, s. 319.

¹⁹⁰ Von Arnould 2006, s. 318.

¹⁹¹ Achterberg 1982, § 21 rn. 74.

¹⁹² Blanke 2000, s. 279.

Plangewährleistung puuttuu vallitsevasta doktriinista pysyvyydensuojan mielessä, ei tämä ole poistanut siihen perustuvan vahingonkorvauskanteen menestymisen mahdollisuutta.¹⁹³ Yksimielisyys on vallinnut lähinnä siitä, että *Plangewährleistung*-keskustelun tarkoittama kysymys riskinjaosta yksityisen ja julkisen vallan välillä tulisi koota yhtenäisen juridisen opin alle.¹⁹⁴

Edelleen on kuitenkin huomautettu, että *Plangewährleistung* on taannehtivuusdoktriinille rinnakkainen siinä mielessä, että siinä voi olla kontinueettien asemesta kyse myös taaksepäin suuntautuvasta ajallisesta arviosta. Kyse voi olla tietyn tyyppisten julkisten vallan toiminen – suunnitelmien – suhteesta luottamuksensuojaan myös taannehtivuuden merkityksessä: lakimuotoisten suunnitelmien modifiointi arvioidaan taannehtivuuden valossa, hallintopäätösmuotoiset hallinto-oikeudellisen luottamuksensuojan valossa.¹⁹⁵ Tämä rinnakkaisuus viittaa siihen, että esimerkiksi lain muodossa annetun suunnitelman suhdetta taannehtivuuskieltoon ei voi pitää ongelmattomana yksin sen suunnitelmaluonteen perusteella, vaan esimerkiksi Schwarz huomauttaa myös näiden kohdalla olevan mahdollista päätyä joko aidon tai epäaidon taannehtivuuden käsillä oloon.¹⁹⁶ *Plangewährleistung*-yhteys kontinueettiin onkin ehkä pikemminkin suunnitelmien luonteeseen perustuva yleistys: suunnitelma on *per definitionem* yleensä *pro futuro* -oikeusvaikutteinen.

Plangewährleistungin tausta-asetelma samastuu luottamuksensuojan intertemporaaliseen asetelmaan. Toisaalta lähtökohtana on yksityisen disponointeihin ja investointeihin kytkeytyvä tarve luottaa suunnitelmien pysyvyyteen ja toteuttamiseen suunnitelman mukaisena (*stabiliteetti*), toisaalta julkisen vallan intresseissä oleva suunnitelmien ja niiden toteuttamisen mukauttamiseen liittyvä joustavuusintressi (*Flexibilität*).¹⁹⁷ Hans-Peter Ipsenin sodan jälkeen yksityiseksi tarkoitettussa, mutta myöhemmin julkisuuteen ja oikeustieteen alaviiteapparaatuuriin päätyneessä asiantuntijalausunnossa ”*Über Auswirkungen der Liberalisierung der Fettwirtschaft auf die Rechtslage der Ölmühlen*” introdusoima *Plangewährleistung* yrittää vastata tähän suunnitelman ja yksityisen välisen riskin ja on kysymykseen käyttäen instrumenttina julkisen vallan vahingonkorvausvastuuta. Ipsen esitti myöhemmin 1952 *Staatsrechtslehrertagungin* yhteydessä *Plangewährleistungin* konkreettina yleisen hallinto-oikeuden antamana vastauksena valtiollisen, suunnittelun avulla toteutettavan interventionismin oikeusturvavaasteisiin.¹⁹⁸ Ipsen perusti myötämielisen suhtautumisen yleisen *Plange-*

¹⁹³ Püttner 1973, s. 215.

¹⁹⁴ Bull 2010, s. 47.

¹⁹⁵ Schwarz 2001, s. 359.

¹⁹⁶ Schwarz 2001, s. 359.

¹⁹⁷ Köck 2008, § 37 rn. 117.

¹⁹⁸ Ipsen 1952, s. 361.

währleistungin perusteltavuuteen muun ohella yksityisoikeudellisiin ajatuksiin riskinjaosta vahingollisten seuraamusten estämismahdollisuuksien mukaan jäsennettynä: Ipsen näki julkisen vallan olevan lähtökohtaisessa vastuussa nimenomaan sen vuoksi, että haitalliset seuraamukset saivat alkunsa julkisen vallan vaikutuspiirissä olevasta muutoksesta.¹⁹⁹

Näin ymmärrettynä *Plangewährleistung* on kiinnitetty erityisesti art. 14 GG:n turvaamaan omaisuudensuojaan. Tarkempi perustelu tässä kontekstissa kiinnittää sen joko varallisuusarvoisiin oikeuksiin kiinnittyvään doktriiniin lunastukseen rinnastuvista toimenpiteistä (*enteignungsgleichen Eingriff*) tai perinteiseen, laaja-alaisen soveltamisalan omanneen, mutta omaisuudensuojan alalle sittemmin kaventuneeseen *Aufopferung*-kanteeseen²⁰⁰, jossa on kysymys julkisten ja yksityisten intressien tasapainottamisesta yksityisen vahingoksi seuraavasta julkisen vallan korvausvelvollisuudesta.

4.2.3 Kokoavia näkökohtia

Saksalainen luottamuksensuojadoktriini nimenomaan lainsäätäjää vastaan asetuvana on ollut vilkkaan kriittisen keskustelun kohteena. Kriitikki voidaan jakaa pääpiirteissään kahtia: voidaan viitata luottamuksensuojaan ulkoa ja sisältä kohdistettuun kritiikkiin. Luottamuksensuojan ulkoisessa kritiikissä on kyse jo tämän tutkimuksen alussa konstruoidun intertemporaalisen perusjännitteen, lainsäätäjän käytössä olevan oikeusjärjestyksen muutoskompetenssin ja yksityisen, oikeusjärjestyksen pysyvyyttä korostavan intressin punninnasta siten, että luottamuksensuojan nähdään jo sellaisenaan ja lähtökohtaisesti asettavan liiallisia pidäkkeitä lainsäätäjän perustelluksi katsotulle kyvyllä reagoida yhteiskunnallisiin ongelmiin. Tällaisesta kritiikistä edustavaksi esimerkiksi voidaan valikoida Schwarzin suppea luottamuksensuojakonstruktio (*„Vertrauensschutz ist Grundrechtsschutz – nicht mehr, aber auch nicht weniger“*).²⁰¹ Konstruktio kiinnittää luottamuksensuojan soveltamisedellytykset yksin perusoikeuksien soveltamisalalle paitsi luottamuksensuojadoktriinin sisäisellä tarkastelulla, myös omaksuamalla tutkimukselliseksi lähtökohdaksi ajatuksen vallitsevan luottamuksensuojadoktriinin ylikorostamisesta lainsäätäjän toimivallan kustannuksella.²⁰²

Schwarzin esittämän kritiikin perusta ei näiltä osin luonnollisestikaan edusta käänteentekevää muutosta: mainittu jännite ainakin *Rechtsstaat*-doktriinissa omaksutun oikeusvaltion moninapaisuuden piirissä on osoittautunut yhdeksi

¹⁹⁹ Ipsen 1968, s. 106.

²⁰⁰ Bull 2010, s. 47.

²⁰¹ Schwarz 2001, s. 232.

²⁰² Schwarz 2001, s. 48–55.

niistä perusteiltaankin riidanalaisista konstruktioista, joista on käyty keskustelua Saksan julkisoikeudessa sen olemassaolon ajan niin yleisenä konstruktiona kuin sittemmin myös luottamuksensuojadoktriinin sisällä.²⁰³ Esimerkiksi lainsäädännön taannehtivuutta koskevaa oikeuskäytäntöä on kritisoitu jo vuosikymmenten ajan tulkinnanvaraiseksi ja jäsentymättömäksi vastaukseksi intertemporaaliseen kysymyksenasetteluun.²⁰⁴ Tämän tutkimuksen alussa omaksuttujen sitoumusten (*”red light”*) ja edellisessä luvussa alustavasti konstruoidun oikeudellisen työnjaon valossa ei ole kuitenkaan erityisen mielekäästä sitoutua lainsäätäjän laajaa toimintavapautta *lähtökohtanaan* käyttävään yleiseen kritiikkiin, eikä Schwarzin luottamuksensuojan soveltamisalaa kaventava konstruktio näytä Saksan julkisoikeudessaakaan saavuttaneen ainakaan vallitsevan kannan asemaa. Oikeusvaltiollinen luottamuksensuoja näyttää elävän myös perusoikeuksien soveltamisalan ulkopuolella vielä nykypäivänäkin.²⁰⁵

Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, etteikö myös Schwarzin esittämää luottamuksensuojan sisäistä kritiikkiä olisi mahdollista ottaa vakavasti. Voidaan kiinnittää huomiota esimerkiksi luottamuksensuojakeskustelussa usein esille nostettuun kantaan, jonka mukaan taannehtivuuskiellon *echte / unechte* -dikotomian tunnusmerkitöt ja doktriinin taannehtivuudesta sallimat poikkeukset ovat siinä määrin tulkinnanvaraisia, että ennustettavuuden lisäämisen asemesta taannehtivuuskieltodoktriini pikemminkin merkitsee luottamuksensuojan relativoisista.²⁰⁶ Tällainen kritiikki ei ole mitenkään harvinaista: varsin usein viitataan siihen, ettei ennakoitavuuden varaan rakennettu oikeuskäytäntö ole *”selbst nicht mehr berechenbar und vorhersehbar”*.²⁰⁷ Toisaalta vaikuttaa ilmeiseltä, että tulkinnanvaraisuus on kuitenkin eräänlainen rakenteellinen välttämättömyys, joka syntyy vääjäämättä, kun demokraattisen legitimitietin nojalla toimivaan lainsäätäjään kohdistetaan yksin muodollisesta voimaantulopäivän aikaistamisesta menneisyyteen erkaneva tunnusmerkitö.

Luottamuksensuojadoktriinin kannalta tällainen relativoitumiskritiikki vaikuttaisikin osuvan osin harhaan: on varsin luontevaa arvioida, että tulkinnanvarainenkin taannehtivuuskielto lisää ennakoitavuutta ainakin yksityisen näkökulmasta enemmän kuin taannehtivuuskiellon puuttuminen kokonaan. Kritiikin hyväksyminen nimittäin merkitsisi sitä, että voitaisiin perustella kanta, jonka mukaan esimerkiksi *Veranlagungszeitraumrechtsprechungin* omaksuma konstruktio sallitun taannehtivuusikkunan sulkeutumisesta vasta verovuoden lopussa on ennakoitavuutta luova ratkaisu: riittää, kun tiedetään, että varmuutta verotus-

²⁰³ Ks. myös Schwarz 2001, s. 48–55.

²⁰⁴ Rensmann 1999, s. 170 alav. 35.

²⁰⁵ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 35–40.

²⁰⁶ Schwarz 2001, s. 109.

²⁰⁷ Stern 1980, s. 71, Stötzel 2002, s. 71.

kohtelusta ei ennen verovuoden loppua ole olemassakaan. Ennakoitavuus kohdistuu tässä kuitenkin ongelmallisesti *ennakoitavuuden kokonaisvaltaiseen puutteeseen*. *Common law*'n piirissä erityisesti *Joseph Raz* on viitannut tällaiseen ajatukseen yleisempänäkin konstruktiona: Razin mukaan taannehtivuus ei ylipäänsä riko *rule of law*'n ideaalia, mikäli taannehtivuus on varmuudella ennustettavissa.²⁰⁸ Kun kenelläkään ei ole ennen verovuoden loppua oikeutta luottaa siihen, että hänen toimintaansa arvioitaisiin voimassa olevan lainsäädännön mukaisesti, ei taannehtivuuskaan muodostu yllätykseksi. Ilmeistä on, että tällainen ajatus on vaikeasti yhteen sovittavissa edellä esitetyn *Rechtsstaatin* oikeusvaltiollisen ymmärryksen kanssa. Tulkinnanvaraisille jaotteluille onkin vaikea hahmottaa perusteltua vaihtoehtoa tässä kontekstissa: yksin muodolliseen voimaantumispäivämäärään kiinnittyvä arvio on helppo kiertää lainsäädäntötekniikalla²⁰⁹ eikä näin ollen ole erityisen tehokas tae luottamuksen suojaamiselle.

Luottamuksensuojakeskustelun kannalta olennaisempi kysymys on, kuka määrittelee luottamuksensuojan ulottuvuuden. Lainsäätäjää vastaan suunnatun luottamuksensuojadoktriinin piirissä tällaisia ongelmakohtia osoitettiin edellä soveltamisedellytysten tarkastelun yhteydessä useita. Keskeisimmät keskustelut tältä osin liittyvät edelleen siihen, kenen näkökulmasta luottamuksensuojan olennaiset komponentit määritellään. Voidaanko esimerkiksi luottamuksen suojaaminen torjua vetoamalla siihen, että laki, johon yksityinen oli luottanut ja toimintansa perustanut, olikin perustuslainvastaisena mitätön? Määrittyykö lainsäätäjän toimivalta säännellä menneisyyden tapahtumien vero-oikeudellisia seuraamuksia lainsäätäjän luoman verovuoden käsitteen avulla yksityisen luottamusta ilmaisevan disponoinnin asemesta?

Jos arvioidaan esimerkiksi sitä siirtymää, joka *Veranlagungszeitraumrecht-sprechungin* puitteissa on erkaantunut verovuodesta taannehtivuuden sallittavuuden mittarina kohti yksittäisessä disponoinnissa ilmaistua luottamusta, tai esimerkiksi saksalaista keskustelua selonottovelvollisuuden rajoista, on ilmeistä, että luottamuksensuojadoktriini on rekursiivisessa suhteessa julkisoikeuden subjektivoitumiseen myös doktriinin sisäisesti: luottamuksensuojadoktriinin osatekijöitä arvioidaan enenevässä määrin yksityisen näkökulmasta. Tämä näkökulmanvaihdos on puolestaan kiinnitettävissä edellisten välitilinpäätösten yhteydessä konstruoituun oikeudellisten käytäntöjen työnjakoon. Ennen tämän kytkennän arvioimista Suomen julkisoikeuden perspektiivistä on kuitenkin syytä esittää perustelu tällaisen kytkennän tarpeelle: miltä oikeusjärjestys näyttää ilman takautumiskieltoa ja vailla lainsäätäjää vastaan suunnattua luottamuksensuojaa? Vastauksen tähän tarjoaa Englannin *common law*.

²⁰⁸ Raz 1986, s. 214.

²⁰⁹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 20.

4.3 RETROACTIVE LAWS JA COMMON LAW?

Saksalaisen jäsentynyttä oikeudellista vastaavuutta taannehtivuuskiellolle ei Englannin *common law*'sta ole identifioitavissa lainkaan. Taannehtivuuskielto ei kuitenkaan ole *common law*'n keskusteluille missään nimessä tuntematon; esimerkiksi lukuisat yritykset konstruoida *rule of law Diceyn* aikoinaan esittämää muodollista ymmärtämystä laajemmaksi teoreettiseksi konstruktioksi sisäistävät taannehtivan lainsäädännön kiellon jossain muodossa, ja verraten yleinen argumentointitapa kiinnittyy oikeusnormiluonteen kiistämiseen taannehtivalta lailta. Esimerkiksi *Charles Sampfordin* verraten laajalti maantieteellisesti muunkin kuin Englannin *common law*'n sisäistävä tarkastelu *Retrospectivity and the Rule of Law* nostaa tällaisen argumentin taannehtivuuskeskustelun keskiöön luonnehtimalla sitä ensisijaiseksi vastaväitteeksi taannehtivuudelle: "*retrospective laws are not laws at all*".²¹⁰

Tässä yhteydessä keskeiseksi nostetaan yleensä *Fullerin The Morality of Law*'ssa muotoilema *rule of law* käsitettynä *inner morality of law*'ksi ja sitä määrittävä lista, johon sisältyy muun ohella taannehtivan lainsäädännön kielto (*non-retroactivity*).²¹¹ Fullerin *non-retroactivity* vaikuttaisi kattavan vain saksalaiseen aitoon taannehtivuuteen liittyvät tilanteet rikosoikeuden alalla erottamalla toisistaan "brutaalin absurдитеetin" muodostavan rikoslain säännöksen "*commanding a man today to do something yesterday*" ja verolain, joka säättää veronalaiseksi menneisyydessä tapahtuneet dispositiot: "*tax law first enacted, let us say, in 1963 imposing a tax on financial gains realized in 1960 at a time when such gains were not yet subject to tax*". Jälkimmäinen ei Fullerin ajattelussa ole taannehtiva lainkaan: "*Such a statute may be grossly unjust, but it cannot be said that it is, strictly speaking, retroactive*".²¹²

Samaan keskusteluun lukeutuu *Joseph Raz*, jonka *rule of law* käsittää muun ohella vaatimukset lainsäädännön prospektiivisuudesta ja vakaudesta, jotka ovat kytköksissä ensisijaisesti lain funktioon ohjausvälineenä: *ketään ei voi ohjata taannehtivalla lainsäädännöllä, joka ei ole toiminnan aikana voimassa*. Myös vakauden vaatimus kytkeytyy lain tehoon lähinnä siitä näkökulmasta, että liian usein muutettavat lait eivät voi toimia tehokkaana ohjausvälineenä, sillä niiden normiaddressaattien tietoisuus lain sisällöstä ei pysy muutosten tasalla.²¹³

Nimenomaista kytkentää taannehtivuuden ja luottamuksensuojan välillä ei näiden *rule of law* -klassikoiden kohdalla kuitenkaan tehdä, vaikka esimerkiksi

²¹⁰ Sampford 2006, s. 65.

²¹¹ Fuller 1969, s. 39.

²¹² Fuller 1969, s. 59.

²¹³ Raz 1986, s. 214.

Raz toteaakin *rule of law*'n yleensä olevan oikeuttavissa muun ohella sen mahdollistaman yksityisen oman elämän suunnittelun ja sen mahdollistaman vapauden perusteella.²¹⁴ Erityisesti taannehtivuuskiellon legitiimit rajat saavat Razin ajattelussa luottamuksensuojaan viittaavia pohdintoja: taannehtiva lainsäädäntö ei Razin mukaan rikkoisi *rule of law*'n ideaalia, mikäli sellaisen käyttö olisi varmuudella ennustettavissa.²¹⁵

Edelleen voidaan todeta uudemman, eurooppalaisia vaikutuksia saaneen yleisen käsitteenmuodostuksen olevan toisinaan lähellä saksalaista *echte / unechte* -jaottelua. Vakiintuneen doktriinin puitteissa tällaiselle käsitteenmuodostukselle ei ole kuitenkaan yleensä onnistuttu antamaan taustoitusta terävämpää merkitystä: esimerkiksi *Craigin* erittely aineellisesta luottamuksensuojasta lähtee liikkeelle varsin pääpiirteisestä, lähinnä *Schwarzen* englanninkielisen tuotannon varaan rakennetusta erottelusta *echte / unechte* -dikotomian käännöksestä *actual* ja *apparent retroactivity*. *Craigin* analyysissä edellinen todetaan *rule of law*'n ennakoitavuusvaatimuksen johdosta *oikeudellisesti* erittäin ongelmalliseksi sekä *lainsäätäjän että hallinnon* toimien osalta, jälkimmäinen, ”have not yet been wholly concluded” -kriteerin varaan rakennettu sitä vastoin paljastuu ongelmalliseksi lähinnä *moraalisista* syistä.²¹⁶ Ottaen kuitenkin huomioon *Craigin* sitoutumisen dworkinilaiseen käsitykseen oikeuksien ja moraalin suhteesta²¹⁷, tätä eroa ei ole syytä ylikorostaa. Olennaisempaa on huomata, että tämä erottelu jää eräänlaisen – voisi sanoa jopa dekoratiivisen – taustajustifikaation rooliin: *Craigin* sitä seuraava luottamuksensuoja-analyysi ei muutamaa yksittäistä, yksityiskohtiin kiinnittyvää poikkeusta huolimatta lopultakaan vaikuta hyödyntävän taannehtivuusproblematiikkaa mitenkään.

Tätä puutetta paikkaa kuitenkin *Ben Juratowichin* laaja *Retroactivity and the Common Law*, joka rakentuu saksalaisesta doktriinista tutulle tripartiitille, jossa erotetaan *retroaktiiviset*, *retrospektiiviset* ja *prospektiiviset lait*.²¹⁸ Juratowich ottaa jäsentelyn osaksi omaa teoriaansa kuitenkin nimenomaan kanadalaisen doktriinin välityksellä viittaamalla E. A. Driedgerin analyysiin Kanadan korkeimman oikeuden käytännöstä:

”A retroactive statute is one that operates as of a time prior to its enactment. A retrospective statute is one that operates for the future only. It is prospective but it imposes new results in respect of a past event. A retroactive statute operates backwards. A retrospective statute operates forwards but looks backwards in that it attaches new consequences for the future to an event that took place

²¹⁴ Raz 1986, s. 220.

²¹⁵ Raz 1986, s. 214.

²¹⁶ Craig 2008, s. 648.

²¹⁷ Ks. edellä luku 1.3.

²¹⁸ Juratowitch 2008, s. 6.

before the statute was enacted. A retroactive statute changes the law from what it was; a retrospective statute changes the law from what it otherwise would be with respect to a prior event.”²¹⁹

Edellä oikeuttamisperusteiden tarkastelun yhteydessä osoitettiin Schønbergin ajattelusta pyrkimys osoittaa *rule of law* -ideaalien rooli luottamuksensuojaa yleensä perustelevina oikeuttamisperusteina. Myös Juratowich palaa tähän ajatuksen: takautuvien sääntelyiden ongelmallisuus palautuu yleisellä tasolla nimenomaan luottamuksensuojaan osana oikeusvarmuutta.²²⁰ On kuitenkin syytä huomata ajatuksen rajat Englannin *common law*’ssa. Juratowichin mukaan oikeusvarmuuteen kiinnittyvää vaatimusta oikeudesta luottaa lakiin ei ole syytä ottaa yleisen taannehtivuuskiellon perusteeksi²²¹, eikä Juratowich palaa luottamuksensuojaan sen tarkemmin käsitellessään eritellysti taannehtivan lainsäädännön problematiikkaa. Luottamuksensuoja palaa doktriiniin vasta arvioitaessa *oikeuskäytännön* taannehtivia vaikutuksia.²²²

Oikeuttamisperusteiden käsittely tässä kohdin eroaa kuitenkin saksalaisesta tavasta käsitellä luottamuksensuojan valtiosääntöisiä perusteita. Ensinnäkin on syytä huomata näiden *rule of law* -klassikoiden luonne oikeusjärjestyksen ideaalin kuvauksena: niitä ei ole tarkoitettukaan normatiivisiksi vaatimuksiksi. Toiseksi on syytä muistaa Diceyn ortodoksioiden tässä kohdin edelleen vallitseva merkitys: vaikka nämä ideaaliset *rule of law* -konstruktiot käsitettäisiinkin normatiivisiksi, ei *judicial review*’n piiristä ole toistaiseksi havaittavissa merkkejä lainsäädäntöön kohdistuvasta luottamuksensuojavaatimuksesta oikeudellisena ilmiönä. Taannehtivuuskieltokin on luonteeltaan vain oletama retroaktiivisuutta vastaan (*presumption against retroactivity*). Perusrakenne näyttäytyy vallitsevan kannan mukaan edelleen lainsäädäntövallan *omnikompetenssia* painottavana.

Tämä lähtökohta ei muutu, vaikka otettaisiin huomioon ihmisoikeussopimuksen 7 artikla ja sen osaksi kansallista oikeusjärjestystä saattava 1998 HRA. Vaikintuneesti on nimittäin katsottu, että parlamentin omnikompetenssin johdosta parlamentti voi halutessaan säätää vaikka taannehtivan rikoslain.²²³ Tuomioistuinten on kuitenkin lakien soveltamistoiminnassa lähdettävä siitä olettamasta, että laille ei ole tarkoitettu antaa taannehtivaa vaikutusta, ellei tällainen konstruktio ilmene selvästi lain sanamuodosta.²²⁴ Statuuttia on siis lähtökohtaisesti tulkitava olettaman mukaiseksi *pro futuro* oikeusvaikutuksia saavaksi laiksi, mikäli

²¹⁹ Driedger 1978, s. 264.

²²⁰ Juratowitch 2008, s. 44–47.

²²¹ Juratowitch 2008, s. 47–48.

²²² Juratowitch 2008, s. 173.

²²³ Juratowitch 2008, s. 67.

²²⁴ Juratowitch 2008, s. 68.

laista ei ilmene oletettaman kumoavaa parlamentin tahtoa. Parlamentin nimenomaisesti ilmaisema taannehtivuus perustaa siis laillisesti retroaktiivisen lain.

Tällainen parlamentin omnikompetenssiin perustuva ajatus on jossain määrin sisäisesti ristiriitainen jo käsitteellisellä tasolla. Esimerkiksi *Jackson. V. Attorney Generalin*²²⁵ normipohja, siinä arvioitavana ollut parlamentin laki, sen säätämisen menettelyihin kytkeytyvistä määräajoista säätänyt laki sekä edellisten säätämiseen ilman *House of Lordsin* hyväksyntää valtuuttanut vuoden 1911 laki, sekä tämän normikokonaisuuden mahdollistamat päättelyketjut²²⁶ näyttävät paikka paikoin kääntyvän keskustelussa jumalaiseen kaikkivaltiuuden sisältyvän, onnipotentin nostettavaksi liian painavan kiven luomisen paradoksin tapaiseksi, kehäpäätelmän omaiseksi ristiriidaksi²²⁷: jos parlamentti ei voi säätää lakia, jolla se on kykenevä rajoittamaan toimintaansa tulevaisuudessa, miten sitä on pidettävä omnikompetenttina? Toisaalta on taas kysytty, miten edellisten parlamenttien sitoma parlamentti voisi olla omnikompetentti?²²⁸

Ortodoksioista irtipyrkivä *common law*'n julkisoikeus on kuitenkin nyttemmin – suhteellisuusperiaatteen, luottamuksensuojan ja oikeusperustaisen oikeusajattelun tavoin – ainakin aloittanut tien kohti toisenlaista jäsenystä. Esimerkiksi *T.R.S. Allan* on ottanut eittämättä normatiiviseksi tarkoitetun julkisoikeuden konstitutionalisoinninosprossin yhdeksi lähtökohdaksi ajatuksen, jonka mukaan yksityisellä on oikeus – ainakin periaatteessa – luottaa voimassa olevaan lakiin oman toimintansa arvioinnissa – tosin vain ”until it is changed”.²²⁹ Tämäkin rajoitettu kanta vaikuttaisi sisäistävän ainakin aidon taannehtivuuden kiellon. Myös oikeuskäytännössä on jo verraten varhain viitattu tällaiseen normatiiviseen *rule of law*'n käyttöön tässä yhteydessä; tosin kuitenkin parlamentin suvereeniutta loppuun asti haastamatta. Esimerkiksi tuomiossa *Black-Clawson International Ltd v Papierwerke Waldhof-Aschaffenberg AG*²³⁰ lordi Diplock viittasi tällaisten vaatimusten konstitutionaaliseen luonteeseen: ”acceptance of the rule of law as a constitutional principle requires that a citizen, before committing himself to any course of action, should be able to know in advance what are the legal consequences that will flow from it.”

Tämän vielä kesken olevan kehityskulun ohella eräs mielenkiintoinen piirre kytkeytyy *common law*'n kattaman oikeuden kahtiajakoon: siinä missä mannermainen oikeuskulttuuri ymmärtää oikeuskäytännön lähinnä lain soveltamiseksi,

²²⁵ Jackson and Others v Attorney General (2005 UKHL 56), (2006 1 AC 262).

²²⁶ Ks. edellä luku 3.8.

²²⁷ Forsyth 2011, s. 137–138.

²²⁸ Ks. esim. Mullen 2007, s. 9–11.

²²⁹ Allan 1993, s. 91.

²³⁰ Black-Clawson International Ltd v Papierwerke Waldhof-Aschaffenberg AG [1975] AC 591, 638 (HL).

tuomioistuinten oikeuskäytäntö – *common law!* – on statuuttioikeuden ohella osa oikeuskulttuurissa omaksuttua lakikäsitettä nimenomaan lain merkityksessä. Kun rakenteellista estettä yksityisen velvoittamiseen tämän ei-statuuttioikeuden nojalla ei ole (*common law powers*), ajaututaan mannermaisesta käsityksestä poikkeavaan katsantoon. Vailla statuuttioikeuden tukea *common law*’n oikeuskäytännössä tulkinnan kautta syntyvät uudet velvollisuudet täyttävät taannehtivuuden tunnusmerkistön eräällä tavalla automaattisesti, *per definitionem*: ”By its very nature a decision of the House of Lords which develops the common law by departing from the law as generally understood operates retroactively.”²³¹

Perinteisesti tämä taannehtivuuteen liittyvä ongelma on selitetty olemattomaksi viittaamalla siihen, että kyse ei oikeastaan ole taannehtivuudesta, koska mitään ”uutta” lakia ei tuomioistuimessa saada aikaan; kyse on vain ”uuden” lain löytämisestä *common law*’n koherentista järjestyksestä. Tämä ”löytäminen” on kuitenkin usein tunnustettu myytiksi. Esimerkiksi Thomas viittaa siihen, että ”they [courts] must pretend merely to be declaring the law as it has always been”.²³² Nykypäivän hallinto-oikeustieteessä viitataan usein esimerkiksi *Peter Canen* tässä yhteydessä systemaattisesti käyttämään termiin ”judge-made law”.²³³ Näin esimerkiksi luottamuksensuojan soveltamisen kannalta merkityksellisessä, takaisinperintää koskevassa *Kleinworth*-tuomioissa oikeudellista ongelmaa oikeuskäytännön muuttumisesta tältä osin siten, että takaisinperintä ulotettiin koskemaan myös sellaisia eriä, joita ei niiden maksamisen aikaan voimassa olleen prejudikatuurin mukaan olisi voitu periä takaisin, alustettiin pohdinnalla tästä myytistä²³⁴:

”The theoretical position has been that judges do not make or change law: they discover and declare the law which is throughout the same. According to this theory, when an earlier decision is overruled the law is not changed: its true nature is disclosed, having existed in that form all along. This theoretical position is, as Lord Reid said, a fairy tale in which no-one any longer believes. In truth, judges make and change the law.

Once upon a time the retroactive effect of judicial development of the common law was explained away on the basis that judges did not make new law. Judges merely applied the true version of what had previously not been fully or accurately declared. This fairy tale ’declaratory’ approach has long been rejected. The reality is that, within the interstices of the existing law, judicial

²³¹ Nicholls 2008, s. 713.

²³² Thomas 2000, s. 51, kurs. M. K.

²³³ Cane 2003, s. 13.

²³⁴ *Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council* *Kleinwort*; *Benson Ltd v. Mayor etc of the London Borough of Southwark and Others* *Kleinwort*; *Benson Ltd v. Birmingham City Council* *Mayor etc of the London Borough of Kensington and Chelsea and Others* [1998] UKHL 38; [1999] 2 AC 349; [1998] 4 All ER 513; [1998] 3 WLR 1095 (29th October, 1998).

decisions do change the common law. To that limited extent the judges change law and they do so retroactively.”

Taannehtivuuskieltoa ei tällaisen *common law*’n systematiikkaan pakotetusti sisältyvän tuomarioikeuden kohdalla ole kuitenkaan pidetty *judge-made law*’n olemassaolon oikeutusta uhkaavana perustavanlaatuisena ongelmana. Nykyisin sen kuitenkin myönnetään muodostavan ratkaisemattoman alati immanentin ongelman,²³⁵ joka kytkeytyy ennen kaikkea yksityisten tarpeeseen luottaa myös *judge-made law*’n pysyvyyteen.²³⁶ Eräänä osaratkaisuna on esitetty ns. *prospective overruling* -tuomiota, jolla esimerkiksi Juratowitch viittaa käsitteelliseen sateenvarjoon, jonka alle on koottu useita taannehtivuusongelman ratkaisuteknikoita, jotka vaihtelevat tuomiossa omaksutun uuden *common law*’n erikseen rajatusta *ex nunc* -voimassaolosta erilaisiin siirtymäaika ratkaisuihin.²³⁷

Tällaista *prospective overruling* -tuomiota ei ole kuitenkaan nimenomaisesti kertaakaan käytetty, ja esimerkiksi edellä mainittu *Kleinworth*-tuomio kiisti sellaisen olemassaolon mahdollisuudenkin.²³⁸ Monista tuomiosta on kuitenkin löydetty merkkejä siihen samastuvista ratkaisuksista: esimerkiksi *L. J. Arden* viittaa sellaista käytetyn tuomiossa *Royal Bank of Scotland v Etridge*.²³⁹ Nimenomaisesti esimerkiksi *Re Spectrum Plus* -tuomiossa viitattiin sen olemassaolon mahdollisuuteen, joskaan sitä ei lopulta siinäkään hyödynnetty taannehtivuuden aiheuttamien ongelmien rajaajana.²⁴⁰

4.4 VÄLITILINPÄÄTÖS: LUOTTAMUKSENSUOJA JA LAINSÄÄTÄJÄ SUOMESSA

4.4.1 Doktriinin perusteet

Common law’n tuomioihin pakotetusti sisältyvä retrospektiivisuus ei muodosta ongelmaa tässä tutkimuksessa kehitellyn oikeudellisten käytäntöjen työnjaon²⁴¹ kannalta. Mannermaisessa oikeusajattelussa omaksuttu lakivarauksiin rakenteistunut toimivallan ja vapauden asymmetria johtaa siihen, ettei tuomioistuin oikeudellisten käytäntöjen mannermaisten valtiosääntöisten perusratkaisujen mu-

²³⁵ Juratowitch 2008, s. 68.

²³⁶ Nicol 1976, s. 544.

²³⁷ Juratowitch 2008, s. 199.

²³⁸ Sheehan 2006, s. 21.

²³⁹ Arden LQR 2004, s. 9.

²⁴⁰ National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd [2005] UKHL 41.

²⁴¹ Ks. edellä 3.11.

kaisessa perustellussa työnjaossa ole toimivaltainen konstruoidaan julkisen vallan käyttöön yksityisen vahingoksi toimivallan luovaa normia: ennalta asetettu laintasoinen toimivaltaperuste on julkisen vallan käytön välttämätön, mutta ei riittävä edellytys. *Common law*'n lainsäätäjää vastaan asettuvan taannehtivuuskiellon olemattomuus sitä vastoin on hankalasti perusteltavissa modernissa oikeusvaltiossa.

Suomalainen lainsäätäjää vastaan asettuva luottamuksensuojakonstruktio vaikuttaisi asemoituvan intensiteettinsä puolesta *common law*'n ja *Rechtsstaatin* välimaastoon. Sen voidaan ensinnäkin ajatella olevan voimassa saksalaiseen tapaan lainsäädännön ajalliseen soveltamisalaan kytkeytyvänä intertemporaalisena taannehtivuuskieltona, joka – ainakin sen vero-oikeudellisessa ilmenemis- muodossaan – on omaksunut *echte / unechte* -dikotomian osaksi doktriinia ainakin sitä koskevassa tieteellisessä keskustelussa, tosin *common law*'n tapaan vain eräänlaiseksi taustoitukseksi.²⁴² Toiseksi se on saanut sekä oikeuskäytännössä että erityisesti perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöissä sellaisia *aineellisia* sisältöjä, jotka voidaan niiden perustuslaillisen kontekstin vuoksi hahmottaa lainsäätäjää vastaan asettuviksi sisällöllisiksi vaatimuksiksi. Esimerkiksi käytöön se jo edellä alustavasti viitattu tulkintalinja, jonka mukaan puutteellisesti säännelty takaisinperinnän edellytykset voivat perustuslaissa turvatus elinkeinovapauden kannalta arvioituna ongelmallisesti ”horjuttaa myös tuensaajan luottamusta viranomaisen tekemän tukipäätöksen pysyvyyteen tilanteessa, jossa hän omalta osaltaan on täyttänyt velvoitteensa moitteettomasti ja hyvässä uskossa”.²⁴³

Intertemporaalisen ulottuvuuden osalta on todettava, että myös Suomen perustuslaki tuntee näin määrittyvän luottamuksensuojan. Sen ilmeisin ilmentymä on saksalaiseen tapaan kirjattu erikseen rikosoikeudelliseen kontekstiin: PL 8 §:n sanamuodon mukaan ketään ei saa pitää syyllisenä rikokseen eikä tuomita rangaistukseen sellaisen teon perusteella, jota ei tekohetkellä ole laissa säädetty rangaistavaksi. Suomalaisen rikosoikeustieteen käsitteenmuodostukselle ominaiseen tapaan kielto on kytketty rikosoikeusjärjestelmän ominaispiirteeksi nähtyyn ennakoitavuuden vaatimukseen: ”Rikosoikeusjärjestelmän toiminnan tulee olla ennustettavaa. Kansalaisten täytyy voida käyttäytymistään suunnitellaan olla selvillä siitä, millaisista teoista voi joutua rikosoikeudelliseen vastuuseen.”²⁴⁴ Yleiseurooppalaisella luottamuksensuojan kielellä kyse on tässäkin kohdin siitä, että muodollisen oikeusvarmuuden *lisäksi* taannehtivan rikoslain kielto suojaa

²⁴² Mähönen 1993, s. 846, Soikkeli 2003, s. 102.

²⁴³ PeVL 41/2006 vp.

²⁴⁴ Koskinen WSLT 2008, I.7.

yksityisen luottamusta kulloinkin voimassa olevan oikeuden määräyksiin kiellyttäen teoista ja niiden seuraamuksista.²⁴⁵

Kuriositeettina voi mainita tässä kohdin korkeimman oikeuden pitäneen purkukemukseen antamassaan ratkaisussa taannehtivaksi tietoisesti säädettyä sotasyllisyysslakia muun ohella sen taannehtivuuden perusteella sellaiseksi poikkeusoloissa säädetyksi ”laiksi”, joka sisälsi jo sen säätämiseen aikaan KKO:n käsityksen mukaan ”niin monia ja perustavaa laatua olevia poikkeuksia hallitusmuodosta ja yleisesti hyväksytyistä oikeusperiaatteista, ettei lakia oikeudelliselta kannalta [voitu] pitää valtiojärjestyksemme soveltuvana”. Tämän johdosta KKO ei katsonut olevansa edes toimivaltainen purkamaan moisen ”lain” perusteella annettua ”tuomiota”: ”[k]un sotasyllisyysoikeuden tuomiolla on tällainen poikkeuksellinen tausta, ei ole perusteltua ryhtyä jälkikäteen tarkastelemaan sitä ja siihen johtanutta menettelyä tavannukaisia oloja silmälläpitäen säädettyjen tuomionpurkua ja kantelua koskevien säännösten pohjalta”. Tästä huolimatta olisi ilmeisen ongelmallista ajatella rikosoikeudellisen taannehtivuuskiellon doktriinin olevan erityisen koherentti sisäisesti sekä erityisesti suhteessa luottamuksensuojaan.

Esimerkkinä doktriinin kipupisteestä voidaan mainita uuden perustuslain voimaansaolon aikana tehdyn rikoslain yleisen osan kokonaisuudistukseen kuuluneen RL 4:2 § (13.6.2003/515) sääntelyn ns. kieltoerehdyksestä ja erityisesti sen lain julkaisemiseen liittyvän kohdan. Mainitun säännöksen mukaan tekijän erehtyessä pitämään tekoaan sallittuna, hän on rangaistusvastuusta vapaa, jos erehtymistä on pidettävä ilmeisen anteeksiannettavana esimerkiksi lain puutteellisen tai virheellisen julkistamisen vuoksi. Lain esitöissä mainittua kohtaa perusteltiin sillä, että ”lainkohdassa tarkoitettu puutteellisesta julkaisemisesta voisi olla kysymys eritoten tilanteissa, joissa julkaiseminen on tyystin laiminlyöty” (HE 44/2002 vp, s. 113). Mikäli kuitenkin lähtökohdaksi otetaan oikeusvaltiossa perusteltavissa oleva käsitys *lain julkaisemisen ja voimaantumisen välttämättömyydestä* esimerkiksi hieman jäljempänä tarkemmin perusteltavien tavoit PL 79.3 §:ään kiinnittyvänä normina, niin RL 4:2 § näyttäisi erittäin ongelmallisesti pitävän – ainakin perustelujensa mukaisesti – (vain) mahdollisesti *anteeksiannettavana* voimassa olemattoman lain noudattamatta jättämistä: tästä näkökulmasta rikosoikeudellista moitetta jo merkitsevä tunnusmerkistön mukaisuus olisi ilmeisesti mahdollista todeta myös ennen julkaisua *intertemporaalisesti* voimassa olemattoman normin pakotetulla *ex tunc* -taannehtivuudella. *Dan Frände* huomauttaakin perustellusti, että tällainen hallituksen esityksessä kuvattu tyyppitapaus voidaan kuitenkin sulkea *jo tunnusmerkistön mukaisuuden* ulkopuolelle, sillä tällainen julkaisematon ”salainen normi” ei ole [vielä] pätevä.²⁴⁶

Nimenomaan rikosoikeudellisen taannehtivuuskiellon avulla on oikeuskäytännössä toisinaan arvioitu myös hallinnollisen sääntelyn taannehtivia vaikutuksia.

²⁴⁵ Schwarz 2001, s. 146.

²⁴⁶ Frände 2005, s. 208.

Jo edellä viitattiin siihen, että KHO:n ratkaisussa KHO 2004:15 on toisinaan katsottu olleen kyse ”ylimmän hallintolainkäyttäjän *tietoisesti* valitsemasta perusoikeusargumentaatiolle avoimesta tulkintalinjasta”.²⁴⁷ Kyseisessä tavoitteellisessa argumentaatioissa oli pääpiirteissään kyse taannehtivuuskiellon laajentamisesta PL 8 §:n soveltamisalan ulkopuolelle. KHO:n tulkinnan mukaan PL 8 § huomioon ottaen ei ennen kiinteistönvälitysliikkeistä ja vuokrahuoneiston välitysliikkeistä annetun lain voimaantuloa tehtyjen rikosten osalta vastaavan hoitajan luotettavuuden arviointia voitu sanotun lain 5 §:n 2 momentin toisessa virkkeessä tarkoitetulla ehdottomalla tavalla sitoa lainvoiman saaneen tuomion antamisesta kuluneeseen aikaan.

Lopputulos perusteltiin sillä, että ”X Oy LKV:n vastaava hoitaja Y *ei ollut syyllistyneensä* 8.11.1996 ja 21.11.1996 tehtyihin kavallusrikoksiin ja *harkitessaan muutoksen hakemista* käräjäoikeuden muun ohella niiden johdosta 28.8.1998 antamaan tuomioon voinut tietää, että 1.3.2001 voimaan tulevassa kiinteistönvälitysliikkeistä ja vuokrahuoneiston välitysliikkeistä annettavassa laissa säädettäisiin vastaavalle hoitajalle asetetusta kelpoisuusvaatimuksesta ja siihen sisältyvästä ajanjaksosta, jonka aikana tuomittu rangaistus poistaisi vastaavalta hoitajalta edellytetyn luotettavuuden.” Toisin sanoen, merkitystä annettiin ensinnäkin sille, että rikoksen tekoaikana ei ollut voimassa oikeusnormia, joka olisi liittänyt tapauksessa käsillä olleen, *asiallisesti elinkeinoluvan epäämiseen samastuvan seuraamuksen* tekoon. Toiseksi, merkitystä annettiin sille, että kyseisessä tapauksessa uudenkin lain mukainen yksityiselle epäedullinen seuraamus olisi jäänyt syntymättä laissa asetetun menneisyyteen viittaavan, rikos tuomion lainvoimaisuuteen sidotun viiden vuoden määräajan vuoksi, mikäli käräjäoikeudessa tuomittu Y ei olisi aikoinaan hakenut muutosta käräjäoikeuden päätökseen ja näin siirtänyt tuomion lopullista lainvoimaa ajallisesti eteenpäin.

Ratkaisua voidaan perustellustikin kritisoida PL 8 §:ään nojautuvan rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen venyttämisestä äärirajoilleen. Kuten KHO itsekin totesi, ”[t]ässä asiassa ei ole kysymys rikosoikeudellisesta rangaistuksesta, vaan edellytyksistä, joilla välitystoiminnan harjoittaja voidaan merkitä lääninhallituksen pitämään välitysliikerekisteriin.” Toisaalta voidaan viitata ihmisoi keustuomioistuimen eräiden Suomea koskevien langettavien *ne bis in idem* -ratkaisujen seurauksena Suomessakin pikku hiljaa vilkastuvaan keskusteluun hallinnollisista seuraamuksista ja niiden yhteyksistä rikosoikeudelliseen oikeusturvajärjestelmään.²⁴⁸

Tästä vielä toistaiseksi ratkaisemattomasta keskustelusta huolimatta tapauksessa oli kuitenkin selvää, että erityisesti muutoksenhakumahdollisuuden käyttä-

²⁴⁷ Husa LM 2006, s. 650.

²⁴⁸ Kiiski 2011.

misestä seurannut epäedullinen seuraamus huomioiden vastakkainen lopputulema olisi ollut yksityisen ennakoitavuusnäkökulmasta erittäin ongelmallinen tavalla, joka ehkä selittää PL 8 §:ään nojautumisen. Kyse vaikuttaisi olevan sellaisesta vaikeasti minkään tietyn oikeussuojanormin alle kategorisoitavasta tilanteesta, johon *Mark Elliott* on viittannut tarkastellessaan *common law*'n piirissä luottamuksensuojadoktriinille epätyypillistä *Rashid*-tapausta: ”*Something has gone badly wrong, even if the court cannot quite put its finger on it.*”²⁴⁹ KHO:n käytössä olisikin ollut myös muita instrumentteja ongelman ratkaisuun. Perusoikeuksiin kiinnittyvä taannehtivan lainsäädännön kielto ei nimittäin rajoitu rikosoikeudelliseen *legaliteetti*periaatteen soveltamisalalle.

Suomessa on varsin pitkä traditio kannanmuodostuksesta, jossa on keskusteltu verolakien taannehtivuuden arvioinnista omaisuudensuojan valossa.²⁵⁰ Mitenkään erityisen kattavaa suojaa ei kuitenkaan ole ollut: Soikkelin mukaan taannehtivaa verolainsäädäntöä on perustuslakivaliokunnan käytännössä pidetty perustuslainvastaisena vain kahdesti, ja tällöin arvio on kiinnitetty taannehtivuuden samastumiseen omaisuudensuojan johdosta kielletyksi katsottuun konfiskatoriseen verotukseen.²⁵¹

Omaisuudensuojan merkitys taannehtivuuden arvioinnissa ei kuitenkaan rajoitu verolainsäädäntöön: esimerkiksi verolainsäädännön ulkopuolelta voidaan viitata ratkaisuun KHO 2006:20, jossa kiinnitettiin alkoholilainsäädännön taannehtivan soveltamisen yksityisen vahingoksi estävä kielto nimenomaisesti, joskin erityisen syvällisesti perustelematta, perustuslain omaisuudensuojasäännökseen. Ratkaisun perusteiden arvioinnissa on syytä huomata, että kyse on muodollisesti standardilaintulkinnan keinoin saavutetusta ratkaisusta, jossa ei tarvinnut pohtia sääntelyn perustuslainmukaisuutta. Tästä huolimatta vaikuttaa jokseenkin perustellulta nähdä siinä omaksutun taannehtivuuskiellon taustalle perusoikeuksien yleisiin rajoitusedellytyksiin kiinnittyvä ennakoitavuuden vaatimus, jonka mukaisesti perusoikeuksiin kohdistuvat rajoitustoimivaltuudet on muun ohella kirjoitettava paitsi lain tasoiseen oikeusnormiin, myös niin selkeästi (tarkkarajaisuus- ja täsmällisyys), että lainsäädännön perusteella voidaan ennakoida, miten ja milloin niitä tullaan käyttämään.²⁵² Käännettynä yksityisen näkökulmasta kumpuavalle luottamuksensuojan kielelle tämä vaatimus voidaan ilmaista myös siten, että yksityisen on ainakin periaatteessa voitava saada voimassa olevasta *lainsäädännöstä* selvää, miten hänen perusoikeuksiinsa liittyvä asia tullaan ratkaisemaan: taannehtivan lainsäädännön soveltaminen ei tätä vaatimusta täytä.

²⁴⁹ Elliott 2005, s. 285.

²⁵⁰ Mähönen 1993, s. 852–859.

²⁵¹ Soikkeli 2003, s. 109–110.

²⁵² Viljanen 2001, s. 122–123.

Perustuslakivaliokunnan käytännöistä voidaan edelleen identifioida nimenomaan omaisuudensuojaan liittyvä tulkintalinja, jonka puitteissa on arvioitu erityisesti olemassa oleviin sopimussuhteisiin kajoamista lainsäädäntötoimin. *Pekka Länsineva* tiivistää doktriinin muutosta tältä osin siirtymisenä perinteisestä, sääntötyyppisestä kiellosta kajota tavallisella lailla voimassa oleviin yksityisoikeudellisiin sopimussuhteisiin toisen osapuolen vahingoksi kohti luottamuksensuojaperiaatteen varaan rakentuvaa taannehtivuusarviota. Sääntötyyppistä taannehtivuuskieltoa leimasi *pääsääntö-poikkeus*-tyyppinen skeema, jossa sallitut poikkeukset koostuivat sopimussuhteisiin vain vähäisesti kajoavien selventävien tai täsmentävien sääntelyiden sallittavuudesta ja kiinnittyivät sisällöllisesti esimerkiksi hyvän tavan vastaisten ja kohtuuttomien sopimusehtojen kategorisointiin omaisuudensuojan soveltamisalan ulkopuolelle.²⁵³ Vähitellen poikkeukset kuitenkin laaja-alaisuivat ja saivat *pääsääntö-poikkeus*-logiikasta erkanevan sisällön: nykyistä perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntöä *Länsineva* luonnehtii erkaantumiseksi kiellon ehdottomuudesta kohti periaateluonteista luottamuksensuojapunnintaa, jossa taannehtivaan kajoamiseen sopimussuhteisiin suhtaudutaan edelleen lähtökohtaisen kielteisesti. *Länsineva* kiteyttää doktriinin lähtökohdan tältä osin puhumalla esimerkiksi sopimussuhteiden pysyvyyden kunnioittamisen periaatteesta tai kääntäen sopimussuhteisiin taannehtivasti puuttuvien lakien välttämisen periaatteesta, jotka saavat oikeutuksena nimenomaan luottamuksensuojaperiaatteesta.²⁵⁴

Länsineva viittaa tässä kohdin useisiin perustuslakivaliokunnan lausuntoihin, joissa on katsottu, että sopimusten pysyvyyden kunnioittamisen taustalla vaikuttaa omaisuudensuojaan kiinnittyvä periaate, jonka mukaan yksityishenkilöiden luottamusta ja perusteltuja taloudellisia odotuksia tulee kunnioittaa.²⁵⁵ Perustuslakivaliokunnan käytännössä ajatus on konkretisoitunut luottamuksensuojaan yhteydessä olevaksi tulkintaskaemaksi, joka on toistettu useaan otteeseen.

Verraten uudessa lausunnossa PeVL 46/2010 vp toistettiin muotoilu, jonka mukaan ”perustuslakivaliokunta on useaan otteeseen arvioinut lainsäädännöllä toteutettavaa taannehtivaa puuttumista sopimussuhteisiin (ks. esim. PeVL 41/2010 vp, s. 4/II ja kokoavasti PeVL 36/2010 vp, s. 2/II). Omaisuuden perustuslainsuoja turvaa myös sopimussuhteiden pysyvyyttä, joskaan kielto puuttua taannehtivasti sopimussuhteiden koskemattomuuteen ei ole valiokunnan käytännössä muodostunut ehdottomaksi. Varallisuusosoikeudellisten oikeustoimien pysyvyyden suojan taustalla on ajatus oikeussubjektien perusteltujen odotusten suojaamisesta taloudellisissa asioissa. Perusteltujen odotusten suojaan on valiokunnan käytännössä katsottu kuuluvan oikeus luottaa sopi-

²⁵³ *Länsineva* 2001, s. 229.

²⁵⁴ *Länsineva* 2001, s. 230.

²⁵⁵ *Länsineva* 2001, s. 230.

mussuhteen kannalta olennaisia oikeuksia ja velvollisuuksia sääntelevän lain-säädännön pysyvyyteen niin, että tällaisia seikkoja ei voida säännellä tavalla, joka kohtuuttomasti heikentäisi sopimusosapuolten oikeusasemaa.”

Myös saksalaisperäinen ajatus siitä, että luottamuksen syvyys ansaitsee korostettua luottamuksensuojaa silloin, kun luottamusperustana toimii nimenomaan tällaisen luottamuksen syntyyn tähtäävä, esimerkiksi suunnittelun mahdollistava oikeusnormi (*Lenkungsnorm*) on saanut asiallisen parinsa: valiokunta on korostanut, että luottamuksen suojan merkitys on vähintäänkin korostunut tilanteissa, joissa erkaannutaan lailla alun perin säädetystä erityisjärjestelystä.²⁵⁶ Valiokunta viittaa tässä yhteydessä vakiintuneesti myös siihen, että ”tällaistakin omaisuusensuojaan puuttuvaa sääntelyä [arvioidaan] perusoikeuksien yleisten rajoitus-edellytysten, kuten sääntelyn tarkoituksen hyväksyttävyyden ja sääntelyn oikeasuhtaisuuden, kannalta”.²⁵⁷ Valiokunta vaikuttaisi siis kiinnittävän taannehtivuusarvioinnin tässä kohdin suhteellisuusperiaatteen ja luottamuksensuojan rekursioon nojaavaan ajatteluun, josta edellä erityisenä konkretisoitumana toimii *unechte Rückwirkung*. Länsineva yleistää nämä näkökohdat yleiseksi vaatimukseksi siitä, että kysymystä taannehtivan [vero]lain sallittavuudesta tulee arvioida luottamuksensuoja ja muut tapauksessa relevantit periaatteet ja näkökohdat riittävän painokkaasti huomioon ottaen.²⁵⁸

Ennen arviota tällaisen lähestymistavan legitimitetistä on syytä huomata, että Suomen perustuslain *teksti* tuntee myös *echte Rückwirkung* -kiellon. Aito taannehtivuus ainakin sellaisena muodollisena *ex tunc* -oikeusvaikutukset saavana sääntelynä, jonka taannehtivuus toteutetaan päivämällä se aiemmaksi, on nimitäin jo perustuslain 79 § 3 mom.:n sanamuodon mukaan poikkeuksetta kielletty. Tätä voidaan pitää ainakin oikeusvaltiollisen taannehtivuuskiellon ituna, joka ei edellytä tuekseen sääntelyn kajoamista perusoikeuksien soveltamisalalle kuuluvaa asiaan. Mainitun säännöksen mukaan nimittäin siinä tapauksessa, että lakia ei ole julkaistu viimeistään säädettyinä voimaantuloajankohtana, se tulee voimaan [aikaisintaan] julkaisemispäivänä. Tämä ajatus ilmenee myös perustuslain esitöistä, joiden mukaan tarkoituksena oli viimeisessä virkkeessä ilmaista ”periaate, jonka mukaan lain voimaantulo edellyttää sen julkaisemista”.²⁵⁹ Kyse ei kuitenkaan ole mistään varsinaisesta periaatteesta ainakaan sen joustavuuteen liittyvässä merkityksessä: esimerkiksi vastaavaa säännöstä tulkittiin vanhan hallitusmuodon kontekstissa ehdottomana sääntönä, joka esimerkiksi *Seppo Laak-*

²⁵⁶ PeVL 25/2005 vp, PeVL 45/2002 vp.

²⁵⁷ PeVL 41/2010 vp.

²⁵⁸ Länsineva 2001, s. 231.

²⁵⁹ HE 1/1998 vp, 79 §:n yksityiskohtaiset perustelut

son muotoilemana edellytti, että ”lain voimaantulo edellyttää [HM 20.3 §:n mukaan] aina lain julkaisemista”.²⁶⁰

Välillisiä päätelmiä voidaan tehdä myös esimerkiksi perustuslakivaliokunnan mietinnön PeVM 11/2009 vp perusteella. Arvioitavana oli tuolloin (18.12.2009) hallituksen esitys laiksi työttömyysetuuksien rahoituksesta annetun lain väliaikaisesta muuttamisesta (HE 258/2009 vp), jossa oli asiallisesti kyse yliopistojen maksamien työnantajan työttömyysvakuutusmaksujen väliaikaisesta alentamisesta vuosina 2010 ja 2011. Laki ehdotettiin tulemaan voimaan 1. tammikuuta 2010, mutta perustuslakivaliokunta esitti voimaantulosäännöksen muotoilemista asiaa tarkemmin perustelematta siten, että laki tuli voimaan 1 päivänä maaliskuuta 2010, mutta että sitä sovellettiin 1 päivästä tammikuuta 2010 alkaen. Ottaen huomioon perustuslakivaliokunnan perustuslaissa määrätyn tehtävän ja aseman (PL 74 §), kysymystä lienee pidetty valtiosääntöisenä, vaikkakaan ei sääätämisyjärjestyskysymyksenä. Ajatuksena lienee ollut, että lain muodollista voimaantuloa ei PL 79.3 §:n johdosta voitu säätää astumaan voimaan ennen odotettavissa olevaa julkaisuajankohtaa. Estettä sisällölliselle taannehtivuudelle ei kuitenkaan ollut, eikä luottamuksensuojadoktriinin perusteltu, yksityisen oikeusasemaa turvaava sisältö sellaista olisikaan edellyttänyt: PL 123 §:n sääntely huomioon ottaen kyse oli lopultakin lähinnä viranomaiskoneiston sisäisistä järjestelyistä, eikä edes toisenlainen tulkinta yliopiston organisatorisesta asemasta²⁶¹ olisi edellyttänyt asiallisen taannehtivuuden kieltämistä. Kyse oli maksun alentamisesta yliopiston eduksi.

Toisaalta on ilmeistä, että tällainen yleinen taannehtivuuskielto säännöluonteisena normina ei tässä kohdin merkitse PL 79.3 §:n sisältämän oikeusnormin irtaantumista oikeutusperusteistaan, jotka kytkeytyvät ennakoitavuuden ja lain suhteeseen. Näin ollen olisi varsin luontevaa saksalaiseen tapaan ajatella, ettei PL 79.3 §:n sääntely voi olla kierrettävissä yksinkertaisesti lainsäädäntötekniikalla käyttämällä muodollisen varhaisemman voimaantulon asemesta siihen asiallisesti samastuvaa sisällöllistä *echte Rückwirkung* -konstruktiota.

Ituja tällaisesta lähestymistavasta voidaan löytää esimerkiksi perustuslakivaliokunnan lausunnosta hallituksen esityksestä laiksi tilatukijärjestelmän täytäntöönpanosta annetun lain muuttamisesta (PeVL 4/2008 vp), jossa verrattain poikkeuksellisesti sääätämisyjärjestysponteen asti yltänyt luottamuksensuoja-arvio kohdistettiin asiallisesti todettuun aitoon taannehtivuuteen rinnastuvaan kajoamiseen olemassa oleviin oikeusasemiin. Valiokunta nimittäin täydensi edellä referoitua punninnan varaan rakennettua tulkintaskeemaa havainnolla, jonka mukaan arvioitavana olleen lain sääntelyn kumoamaksi esitettyä, EU-oikeuden vastaiseksi osoittautunutta tilatukilain siirtymäsääntelyä voitiin luonnehtia lailla

²⁶⁰ Laakso 1991, s. 29–30, kurs. M. K.

²⁶¹ Ks. Suviranta LM 2006, s. 543.

luoduksi järjestelyksi, jonka taustalla olivat sääntelyn oikeasuhtaisuuteen liittyvät seikat. Kumottavaksi esitetyn sääntelyn siirtymäsäännöksiin liittyvät vuokranantajien perustellut odotukset olivat valiokunnan mukaan ”konkretisoituneet käytännössä ja säännösten soveltamiseen luottaen [oli] myös ryhdytty oikeustoi-miin”. Näin ollen perusteltujen odotusten suojaan ja oikeusvarmuuteen liittyvis-tä syistä olisi ollut ”varsin ongelmallista, jos tällainen järjestelmä taannehtivasti puretaan tilanteessa, jossa säännöksiä on saatujen tietojen mukaan jo sovellettu tuomioistuimissa”.

Taannehtivuuskielto olisi näistä lähtökohdista mahdollista ymmärtää osaksi *lain* käsitettä tavalla, joka kävi ilmi edellä esimerkiksi *Fullerin* ja *Razin* nimeen liitetyistä *rule of law* -vaatimuksista tai esimerkiksi edellä *Constantin* nimeen liitetystä muotoilusta taannehtivan lain luonteesta: ”*Das retroaktive Gesetz ist kein Gesetz.*”²⁶² Suomen perustuslakiin rakenteistettut saksalaistyyppiset lakiva-raukset erityisesti yleisenä, PL 2.3 §:stä ilmenevänä oikeusvaltiollisena lakiva-rauksena johtavat siihen, että tällainen lain käsitteeseen varsin perustellusti sisäl-tyväksi katsottava taannehtivuuskielto voidaan perustella ideaalin lisäksi norma-tiivisestikin velvoittavaksi.

Tällainen *in abstracto* oikeusvaltiollinen taannehtivuuskielto voitaneen Suo-men oikeusjärjestyksessäkin konstruoida saksalaiseen tapaan myös yhdenvertai-suuteen kiinnittyvistä mielivallan kiellosta ja ennakoitavuuden vaatimuksista. Esimerkiksi *Jukka Mähönen* viittasi jo vanhan HM:n voimassa ollessa siihen, että taannehtivan verolain perustuslainmukaisuuden arviointiin oli saatavissa tukea HM 5 §:n yhdenvertaisuussäännöstä, joskin erikseen korostetusti kyse oli vain välillisestä tuesta.²⁶³ Tämän tutkimuksen kontekstissa tällainen tuen välilli-syys ei kuitenkaan ole mitenkään sen merkitystä vähentävä konstruktio: Mähö-nen näyttäisi tuen välillisyydellä viittaavan siihen, ettei HM:n yhdenvertaisuus-säännöksen sanamuodon sisällöstä voitu loogisella päättelyllä johtaa taannehti-vuuskieltoa, vaan se toimi pikemminkin ”legitimaatioperustana tällaisille tulkin-noille”.²⁶⁴ Toisin sanoen, kysymys on luottamuksensuojan justifioinnista tässä tutkimuksessa omaksutussa merkityksestä.

Tulkinta oikeusvaltiollisen taannehtivuuskiellon olemassaolosta ei ole kuiten-kaan aivan riidaton, ja sen ulottuvuus kattamaan myös *echte Rückwirkung* -kiel-lon alaan saksalaisessa doktriinissa luetut *asialliset ex tunc* -taannehtivuudet (... *abgewickelte*...), puhumattakaan sen *suhteesta* epäaitoon taannehtivuuteen, on vähintäänkin epäselvä. Yhdenvertaisuuden käyttöön luottamuksensuojajustifi-kaationa suomalaisessa doktriinissa voidaan arvioida liittyvän korostetusti se

²⁶² Vain välillisesti dokumentoitavissa, ks. Neumann 1953, s. 31.

²⁶³ Mähönen 1993, s. 852.

²⁶⁴ Mähönen 1993, s. 852.

tutkimuksessa aiemmin viitattu suomalainen luottamuksensuojadoktriini, joka painottaa luottamuksensuojan ja lainsäätäjän suhteen määrittymistä luottamuksensuojan pakottamisesta lainsäätäjän asettamiin *ultra vires* –rajoihin, ja johon on tämän vuoksi jo edellä kiinnitetty *common law*’n keskusteluiden mukaisesti otsikko *ortodoksia*. Ajattelutavan eräänä keskeisenä elementtinä toimii paitsi englantilaisesta hallinto-oikeusortodoksiasta tuttu muodollinen *rule of law*, myös saksalaiseen doktriiniin, erityisesti *Forsthoffin* esittämään luottamuksensuojakriittikkiin konkretisoitunut käsitys yhdenvertaisuuden ja muodollisen ennakoitavuuden suhteesta: yhdenvertaisuuden oikeusvaltiollisena perusvaatimuksena katsotaan estävään irtautumisen siitä myös yksityisen eduksi oikeusturvanäkökohtien perusteella. Näin esimerkiksi *Lauri Soikkeli* asettaa luottamuksensuojan ja yhdenvertaisuuden suhteen antinomiseksi: ”yhdenvertaisuusperiaate on legaliteettiperiaatteen ohella luottamuksensuojaperiaatteen pääasiallinen vastaperiaate”,²⁶⁵ joskin esimerkiksi verolainsäädännön taannehtivuutta arvioitaessa konstruktio kääntyy Soikkelinkin ajattelussa toisinpäin. On nimittäin mahdollista perustella kanta, jonka mukaan luottamuksensuoja *perustelee* taannehtivan lainsäädännön legitimitietin vasta-argumenttien, omaisuudensuojan tai yhdenvertaisuusperiaatteen soveltamista ja täsmentää niiden soveltamisalaa.²⁶⁶

Jo varsin pitkään ja vakiintuneesti on kuitenkin yleensä lähdetty siitä, että taannehtivuuskielto on sellaisenaan voimassa vain perusoikeuksien soveltamisalalla.²⁶⁷ Tämä tarkoittaa *nimenomaan* yleisen oikeusvaltiollisen taannehtivuuskiellon olemassaolon kiistämistä. Esimerkiksi *Kaarlo Tuori* lähtee siitä, että perustuslaki ei sisällä yleistä taannehtivan lainsäädännön kieltoa, vaan silloin kun taannehtivaa lainsäädäntöä on pidettävä perustuslain vastaisena, tämä johtuu Tuorin mukaan jostakin nimenomaisesta perusoikeussäännöksestä, kuten yhdenvertaisuussäännöksistä (PL 6 §), rikosoikeudellisesta legaliteettiperiaatteesta (PL 8 §) tai – kuten sosiaalisten etuuksien kohdalla – omaisuudensuojasäännöksestä (PL 15 §)²⁶⁸. Tästä näkökulmasta ei ole mitenkään riidatonta, että Suomen oikeusjärjestyksessä vallitsee *Geltungsvertrauen*, joka viittaa yksityisen kykyyn luottaa, että oikeusjärjestys velvoittaa kunakin hetkenä sellaisena kuin se sillä hetkellä on voimassa – myös jälkikäteen arvioituna. Tosin PL 6 §:n perusoikeutena ymmärretyn yhdenvertaisuussäännöksen soveltamisalan voidaan katsoa olevan niin laaja ja irrallaan aineellisista perusoikeuksista, että sen varaan on mahdollista rakentaa oikeusvaltiolliseen taannehtivuuskieltoon asiallisesti samastuva muodollinen taannehtivuuskielto – ainakin mikäli välittävänä perusteluna käyte-

²⁶⁵ Soikkeli 2003, s. 46.

²⁶⁶ Soikkeli 2003, s. 105.

²⁶⁷ Eriksson 1969, s. 219–220.

²⁶⁸ Tuori 2011, § 19.

tään saksalaiseen tapaan yhdenvertaisuuteen kiinnittyviä mielivallan kiellon ja asianmukaisuusvaatimuksen kaltaisia argumentteja.

Tällaista asianmukaisuusvaatimukseksi tai mielivallan kielloksi kääntyvää yhdenvertaisuutta oikeusvaltiollisen taannehtivuuskiellon perusteena relativoi kuitenkin se, että perustuslain teksti kiinnittyy tässä kohdin jokaisen asemesta ihmisiin. Kuten perustuslakivaliokunta on käytännössään huomauttanut, merkitsee tämä sitä, että perustuslain yhdenvertaisuussäännös koskee lähtökohtaisesti vain ihmisiä, joskin yhdenvertaisuusperiaatteella voi kuitenkin olla merkitystä myös oikeushenkilöiden kohdalla erityisesti silloin, kun sääntely voi vaikuttaa välillisesti luonnollisten henkilöiden oikeusasemaan. Tämän näkökulman merkitys on kuitenkin sitä vähäisempi, mitä etäisempi tämä yhteys on.²⁶⁹

Oikeusvaltiollisen, yleisen taannehtivuuskiellon olemassaolon kiistävän lähestymistavan *käytännön merkitystä* voi relativoida jonkun verran edellä omaksumtu *Aufbenztheorie*-näkökulma oikeuksiin. Kyse on siitä, että perusoikeudet ymmärrettynä *Aufbenztheorien* tarkoittamalla tavalla laajan soveltamisalan omaaviksi oikeuksiksi supistavat ainakin käytännössä yksityiselle ihmiselle merkityksellisen, perusoikeusjärjestelmän ulkopuolelle kohdistuvan taannehtivuuden mahdollisuuden verraten pieneksi. Tämä ei ehkä kuitenkaan ole luottamuksensuojan näkökulmasta *normatiivisesti* arvioituna riittävä tae: hieman jäljempänä perustellaan kanta, jonka mukaan yleinen oikeusvaltiollinen taannehtivuuskielto omaa verraten hyödyllisen funktion koko doktriinin rakenteistajana.

Vaikka Suomen oikeusjärjestyksestä ei ole yleistä oikeusvaltiollista taannehtivuuskieltoa riidatta identifioitavissa, on tietysti mahdollista, että tällainen säännönlunteinen taannehtivuuskielto on ainakin sisällöllisenä *echte Rückwirkung*-kieltona jo läsnä suomalaisessa luottamuksensuojaan orientoituneessa ja punnintaan sitoutuneessa taannehtivuuskieltodoktriinissa ainakin perusoikeuksien soveltamisalalla. Tähän suuntaan viittaa esimerkiksi se, että osana Länsinevan muotoilemaa valtiosääntöistä luottamuksensuojamallia toimii Tuorin jäsenitys eläke-etuuksien perustuslainsuojasta.²⁷⁰ Tuorin sosiaalisten etuuksien omaisuudensuojaa määrittävä struktuuri lähtee nykyisessä muodossaan liikkeelle siitä, että jo erääntyneet etuudet ”nauttivat muiden erääntyneiden saatavien tavoin omaisuudensuojaa, ja niihin voidaan puuttua ainoastaan perustuslainsäätämisyjärjestyksessä käsitellyllä lailla”.²⁷¹ Kannan tukena tältä osin toimii perustuslakivaliokunnan kaksi verraten vanhaa lausuntoa, jossa valiokunta katsoi, että erääntyneet lapsilisät nauttivat omaisuudensuojaa (PeVL 5/1950 vp ja 10/1957 vp). Näin ymmärrettynä suomalaista doktriinia voitaisiin ehkä pitää suhteellisuuspe-

²⁶⁹ PeVL 11/2012 vp.

²⁷⁰ Länsineva 2001, s. 231.

²⁷¹ Tuori 2011 WSLT, § 19, Tuori – Kotkas 2008, s. 232–233.

riaatteen rakenteistamana skaalana (*common law ja Coughlan!*), jossa arvion *ääripäitä* edustaisivat lainsäätäjän ulottumattomissa lähtökohtaisesti oleva muodollinen *echte Rückwirkung* ja lainsäätäjän itsestään selvään kompetenssiin kuuluva *pro futuro* -laki. Ääripäiden välimaasto täytyisi luottamuksensuojapunninnalla, jota leimaa lähtökohtainen lainsäätäjän toimintavapauden kunnioitus.

Toisaalta konstruktion olemassaoloa, mutta ei ehkä sen olemassaolon perusteltavuutta, vastaan taas puhuu esimerkiksi se, että mainitussa vallitsevassa doktriinissa lainvoimaisella päätöksellä myönnettyjen etuuksien pysyvyys *nimenomaan lainvoimasta seuraavana*, luottamuksensuojalla perusteltavana oikeusvoimana kohdistuu *yksin* hallintoa vastaan. Kanta perustuu tässäkin siihen, että perustuslaki ei Tuorin mukaan sisällä säännöstä, ”johon voitaisiin nojata yleinen kieltö kajota *lainsäädännöllä* taannehtivasti lainvoiman saaneisiin edunsoviin hallintopäätöksiin”.²⁷² Näin ollen ei ehkä ole luontevaa ajatella ainakaan *abgewickelt*-kriteeriä soveltamisen laukaisijana käyttävän *echte Rückwirkung* -kielton kuuluvan nykymuotoisen suomalaisen taannehtivuuskonstruktion piiriin.

4.4.2 Doktriinin ongelmat

Suomalaista oikeustilaa voidaan kritisoida. Vaikka *echte / unechte Rückwirkung* -jaottelua siitä seuraavine asymmetrioineen ja siihen sisältyvine tulkinnanvaraisuuksineen on saksalaisessakin keskustelussa usein kritisoitu, on sillä kuitenkin kiistämättömät etunsa doktriinin strukturoimisessa. Kritiikkiä ei kuitenkaan voi sivuuttaa. Ensinnäkin voidaan viitata siihen suhteellisuusperiaatteeseen kohdistettuun varsin yleiseen kritiikkiin, jonka mukaan sen sisältämä punninta tuo lähtökohtaisesti erimitalliset yksityisen oikeudet samalle oikeudelliselle viivalle julkisen vallan päämäärien kanssa. Tällainen uhka on otettava erityisen vakavasti silloin, kun perustuslain tulkinnan auktoriteettina toimii itsenäisen valtiosääntötuomioistuimen asemesta lainsäätäjä.

Institutionaalisen kontekstin merkitys ilmenee esimerkiksi perustuslakivaliokunnan lausunnosta PeVL 41/2010. Lausunnossa oli arvioitavana lainsäädäntö, joka kajosi olemassa olevien sopimusten sisältöön. Lausunnossa todettiin ensin taannehtivasti sopimussuhteisiin puuttuvan lainsäädännön olevan sinänsä ”siinä mielessä varsin pitkälle ulottuvaa, että lailla suoraan lakkautetaan tiettyinä aikana vielä voimassa olevat sairaankuljetussopimukset”. Edelleen tähän suhteellisuusarvioon kuului myös se, että ”[y]ksityisen palveluntuottajan näkökulmasta tällainen sopimuksen päättäminen voi merkitä huomattavaa taloudellista menetystä etenkin, jos sopimuskautta on vielä runsaasti jäljellä”, jonka lisäksi oli ”otettava

²⁷² Tuori – Kotkas 2008, s. 232–233.

huomioon, että sairaankuljetusta varten hankitun kaluston myyminen tai käyttäminen muuhun tarkoitukseen voi käytännössä olla vaikeaa”. Taannehtivuuden sallittavuuden *puolesta* puhui kuitenkin se, että ”esityksen tarkoituksena on tältä osin kokonaisen toimintalohkon uudelleenjärjestely”, minkä tavoitteena oli ”mahdollistaa kattavan ja tasapuolisen ensihoitopalvelun järjestäminen siten, että palvelu muodostaa alueellisesti toiminnallisen kokonaisuuden ja saumattoman palveluketjun sairaaloiden ja päivystystoiminnan kanssa” (HE 90/2010 vp, s. 130/I).

Punninta-asetelman lopputuloksena syntyi normatiivinen ympäristö, ”säätelyasetelma”, jossa ”elinkeinonharjoittajat eivät valiokunnan mielestä voi perustellusti odottaa lainsäädännön pysyvän kaikissa oloissa muuttumattomana”. Tämän johdosta taannehtivuudelle ei ollut lähtökohtaista estettä, joskin ”perustuslain 15 §:ään palautuvan perusteltujen odotusten suojan näkökulmasta” oli ”syytä joko poistaa sopimusten päättymistä koskeva säännös lakiehdotuksen 79 §:n 1 momentista tai edelleen pidentää siirtymäaikaa siten, että sairaankuljetusyrityksille jää enemmän aikaa sopeuttaa toimintansa muuttuviin olosuhteisiin”. Tällainen lopputulema ei ehkä välttämättä poikkea saksalaisen doktriinin mukaisesta *unechte Rückwirkung* -konstruktiosta, jossa luottamuksen suojaaminen on mahdollista katsoa tapahtuvaksi esimerkiksi siirtymäajoin. Erityisesti Degenhartin esittämän sopimussuhteisiin kajoamisen tyyppitapauksen (kotimyyntisopimukset)²⁷³ valossa ei ole kuitenkaan mitenkään poissuljettua, etteikö seurauksen luonne sopimuksen päättymisenä ja erityisesti tämän päättymisen suhteellisuusarviossa todettu pitkälle menevyys huomioon ottaen käsillä olisi sittenkin aito taannehtivuus.

Joka tapauksessa tällainen punnintalogiikka, jossa julkisen vallan päämäärä ”kokonaisen toimintalohkon uudelleenjärjestely” ja tavoite ”mahdollistaa kattavan ja tasapuolisen ensihoitopalvelun järjestäminen siten, että palvelu muodostaa alueellisesti toiminnallisen kokonaisuuden ja saumattoman palveluketjun sairaaloiden ja päivystystoiminnan kanssa” osuu ehkä sittenkin suhteellisuusperiaatteen oikeuksia relativoidaan vaikutukseen kohdistetun kritiikin keskiöön. Kun tällainen punninta yhdistetään asetelmaan, jossa ei ole läsnä muodollista *echte Rückwirkung* -sääntöä rakenteistamassa taannehtivuusdoktriinia ja valtiosääntötuomioistuinta sitä valvomassa, ajaudutaan ilmeisiin ongelmiin. Perustuslakivaliokunnan yleensä omaksuman maininnan siitä, että se ainakin julkilausuttuna lähtökohtana omaksuu kielteisen suhtautumisen taannehtivuuteen,²⁷⁴ voidaan katsoa jäävän julkilausutun fasadin tasolle.

²⁷³ Ks. edellä 6.2.2., Degenhart 2010, § 4 rn. 377–377a.

²⁷⁴ Länsineva 2001, s. 230.

Lainsäätäjän sisällä tapahtuva, saman lainsäätäjän päämäärien legitimitietin arviointi ei jo institutionaalisista syistä muodostu erityisen vakuuttavaksi. Tämä ilmenee erityisesti perustuslakivaliokunnan omaksumasta vakiintuneesta kannasta ns. hyväksyttävän rajoitusperusteen oikeudellisessa arvioissa. Mikä tahansa rajoitusperuste, kunhan sellainen on ilmoitettu, on hyväksyttävä: rajoitusperusteen hyväksyttävyyden riitauttaneet lausunnot liittyvät tilanteeseen, jossa perustetta ei ole lainkaan ilmoitettu.²⁷⁵ Yhdensuuntaisesti tällaisen lainsäätäjän liikkumavapautta korostavan tulkinta-asenteen kanssa taannehtivuuden kohdalla vain lähtökohtaiseksi mainittu torjuva suhtautuminen ei vaikuttaisi ulottavan vaikutustaan lainsäätäjän päämäärien haastamiseen siten, että punninta lainsäädännön päämäärien ja yksityisen perusteltujen pysyvyysodotusten välillä muodostuisi esimerkiksi taannehtivan lainsäädännön käytön esteeksi.

Kyse on tässäkin kohdin perustuslakikontrollin suomalaisesta ominaispiirteestä, joka voidaan *Veli-Pekka Viljasen* sanoin tiivistää siihen, että perustuslakivaliokunnan harjoittamassa perustuslakikontrollissa on kyse lähinnä hallituksen esitysten *hienosäädöstä*, eikä niiden taustalla piilevien tavoitteiden riitauttamisesta.²⁷⁶ Näin myös *lähtökohtaisesti kielteinen suhtautuminen* taannehtivan lainsäädännön käyttöön vaikuttaisi sen sallittavuutta koskevassa kysymyksessä lopulta rajoittuvan siihen, että valiokunta hyväksyessään lainsäädäntöuudistuksessa esitetyn taannehtivuuskonstruktion aloittaa arvionsa muistuttamalla, että ”[o]maisuu- den perustuslainsuoja turvaa myös sopimussuhteiden pysyvyyttä”.²⁷⁷ Lähtökohtaisesti sallittua *unechte*-taannehtivuutta tasapainottavaa, perustuslakivaliokunnan käytännöistäkin identioitavaa siirtymäaikojen valtiosääntöistä tarvetta on vaikea pitää ilmaisuna lähtökohtaisesta taannehtivuuden kiellosta tai edes lähtökohtaisesta torjuvasta suhtautumisesta, sillä *echte / unechte* -dikotomian puitteissa kyse on juuri tämän vastakohdan tunnustamisesta.

Ongelma ei kuitenkaan palaudu yksin institutionaaliseen kontekstiin. Kärjistäen voisi ehkä ajatella luottamuksensuojaperiaatteen introdusoimisen omaisuudensuojan soveltamisalalle merkinneen eurooppalaiseen doktriiniin verrattuna vastakkaista asetelmaa. Siinä missä Saksan ja Englannin luottamuksensuojakonstruktiot ovat toimineet omaisuudensuojaa vahvistavasti ja yleisemminkin lainsäädännössä määriteltyjen oikeuksien julkista valtaa kohtaan suunnattuna *täydennyksenä*, suomalaisen luottamuksensuojakonstruktion tehtävä tässä kohdin vaikuttaisi päinvastaiselta: luottamuksensuojalla on pyritty kaventamaan oikeuksien tuottaman suojan merkitystä supistamalla suoja vain niihin tilanteisiin, joissa luottamuksensuojan soveltamisedellytykset ovat käsillä. Tästä näkökul-

²⁷⁵ Viljanen 2001, s. 135–136, Viljanen LM 2005, s. 1061–1063.

²⁷⁶ Viljanen LM 2005, s. 1062.

²⁷⁷ Ks. esim. mainittu PeVL 41/2010 vp.

masta yleisen, oikeusvaltiollisen taannehtivuuskiellon puuttuminen suomalaisesta luottamuksensuojadoktriinista ei ehkä ole doktriinin valuvika, vaan pikemminkin keskeinen ja tavoiteltu ominaisuus.

Ilmeistä kuitenkin on, että tällainen supistavuus on kytköksissä nimenomaan omaisuuden suojaäännökselle annettavan tulkinnan pitkään historiaan verraten ehdottomana, säännönlousteisena normina. Esimerkiksi *Antero Jyräski* viittaa perusoikeuksien historiaa koskevassa tarkastelussaan siihen, että omaisuuden suojan tulkintakäytäntö ennen vuoden 1995 perusoikeusuudistusta rakentui eurooppalaisesta linjasta poiketen ajatukselle siitä, että omistuksen sosiaalista elementtiä ei tunnustettu omaisuuden suojan valtiosääntöiseksi osaksi, ja tästä johtuen suomalainen doktriini rajoitti lainsäätäjän liikkumavaraa tavalla, jolle ei ollut läntisestä Euroopasta löydettävissä esikuvaa.²⁷⁸ Tällaisen ehdottomuuden taustalle paikantuu muun ohella aina 1800-luvulle kiinnittyvä ajatus saavutettujen oikeuksien perustuslainturvasta ja tämän turvan ehdottomuudesta.²⁷⁹ Omaisuuden suojadoktriinin näkökulmasta tulkintaparadigman muutos oli eittämättä perusteltu. Luottamuksensuojadoktriinin näkökulmasta ongelma kiinnittyy kuitenkin luottamuksensuojan käyttöön omien oikeuttamisperusteidensa vastaisesti *supistamaan* oikeuden tuottamaa suojaa: luottamuksensuoja on alistettu julkisen vallan tavoiterationaliteetin turvaajaksi.

4.4.3 Konkretisointi: taannehtiva verolainsäädäntö

Edustavimpana esimerkkinä tällaisen julkisen vallan tavoiterationaliteettia korostavan näkökulman tuottamista ongelmista toimii vapaaehtoisten eläkevakuutusten verotuskohtelu ja siihen uuden perustuslain voimassa ollessa toteutetut muutokset. Tämän lainsäädännön arvion taustaksi on syytä esittää *Kauko Wikströmin* myös Suomen vero-oikeuden osalta tekemä tulkinta, jonka mukaan taannehtivuuskielto kuuluu vero-oikeudessaakin luottamuksensuojan kattamiin ilmiöihin, ja on kohdistettavissa myös lainsäätäjää vastaan.²⁸⁰

Ajatusta ei ole kuitenkaan otettu aina erityisen vakavasti. Esimerkiksi hallituksen esityksessä vapaaehtoisten eläkevakuutusten tuloverotusta koskevien säännöksiä uudistamiseksi (HE 80/2004 vp) ehdotettiin voimaantulosäännöstä, jonka ajatuksena oli, että ehdotetut lait oli tarkoitettu tulemaan voimaan vuoden 2005 alusta; *ennen hallituksen esityksen antamispäivää* otettuun vapaaehtoiseen yksilölliseen eläkevakuutukseen sovellettaisiin kuitenkin [vielä] verovuonna 2005 lain voimaan tullessa voimassa olleita säännöksiä. Kääntäen, hallituksen

²⁷⁸ Jyräski 1996, s. 744.

²⁷⁹ Jyräski 1996, s. 742.

²⁸⁰ Wikström 2008, s. 41.

esityksen antamispäivän ja lain voimaantulon välisenä aikana otettuun eläkevakuutukseen sovellettaisiin *jotain muuta kuin tuona ajankohtana voimassa olleita säännöksiä*. Hallituksen esityksessä perusteltiin tätä näkökohtaa sillä, että vastaavaa menettelyä oli haitallisten käyttäytymisvaikutusten (*Ankündigungseffekt*) välttämiseksi noudatettu aikaisemminkin eläkevakuutusten verotusta koskevien muutosten yhteydessä. Tämän johdosta katsottiin, että säännösten soveltaminen vasta lain voimaantulon jälkeen tehtäviin sopimuksiin voisi johtaa laajamittaiseen uusien vakuutusten ottamiseen kuluvan vuoden jälkipuoliskolla nykyisten ikärajojen hyödyntämiseksi, mikä vaarantaisi lakiehdotukselle asetettujen tavoitteiden saavuttamisen.²⁸¹

Hallituksen esityksen säätämisyjärjestysperusteluissa otettiin kantaa lähinnä vain lainsäädännön aineellisen puolen – pitkäkestoisten eläkevakuutussojapöytäkirjojen taannehtivankin verokohtelun – perustuslailliseen sallittavuuteen²⁸² tavalla, joka pääpiirteissään on yhteensopiva edellä esitetyn suomalaisen punnintalähtöisen taannehtivuus-luottamuksensuojadoktriinin kanssa. Näin oikeudellinen arvio etenee myös esityksestä annetussa perustuslakivaliokunnan lausunnossa PeVL 21/2004 vp, jossa muun ohella toistettiin jo edellä kokonaisuudessaan lainattu luottamuksensuojan tulkintaskeema sekä suoritettiin sääntelyn aineellisen sisällön punninta uudistuksen tavoitteiden kanssa, myös ilmeisesti vallitsevan doktriinin kannalta yhteensopivin sisällöin. Tutkimusaiheen kannalta mielenkiintoisempaa kuitenkin on, että sen paremmin hallituksen esityksen säätämisyjärjestysperustelut kuin perustuslakivaliokunnan lausunto eivät näyttäneet pitävän kysymystä taannehtivan voimaantulon kytkemisestä nimenomaan *hallituksen esityksen antopäivään* valtiosääntöoikeudellisesti merkityksellisenä lainkaan.

Tällainen kiinnekohta ei olisi ollut kuitenkaan suomalaiselle taannehtivuusdoktriinille kokonaan tuntematon: esimerkiksi Mähönen kytki sen jo vuonna 1993 osaksi taannehtivuusdoktriinia vero-oikeudellisissa kontekstissa esittämällä saksalaisen doktriinin tapaan, että keskeisin taannehtivuuskiellon peruste, ennakoitavuus, ei ole merkityksellinen, mikäli kyseinen taannehtivuus on ennakoitavissa. Mähösen arvion mukaan ennakoitavuuden merkitys voi tässä kohdin vaihdella oikeudenaloittain, merkitystä voidaan antaa esimerkiksi oikeudenalan aiemmalla lainsäädäntökäytännöllä. Tämän ohella esimerkiksi *eduskunnassa käytävät keskustelut* hallituksen esityksistä voivat muodostaa varoituksen, joka riisuu ennakoitavuuden merkityksen.²⁸³ Hallituksen esityksen merkityksen kiinnittäminen *eduskunnassa siitä käytäviin keskusteluihin* lienee tulkittavissa vain

²⁸¹ HE 80/2004 vp, s. 31.

²⁸² HE 80/2004 vp, s. 32–35.

²⁸³ Mähönen 1993, s. 852.

siten, että ennakoitavuuden kiinnittyminen lainsäädäntöön ei tässä kohdin Mähösen ajattelussa mahdollista sen poistamista muuten kuin lainsäädäntöelimen itsensä toimesta, kuten edellä esitetyn mukaisesti saksalaisessa doktriinissa on toisinaan katsottu.

Saksalaisessa doktriinissa luottamuksen riisuminen kiinnittämällä huomio *Neuregelung*-poikkeuksen ajallisena rajana toimivan lainsäätäjän sisälle sijoittuvan *Gesetzesbeschluß*-ajankohdan asemesta aiempaan, parlamentin toimien ulkopuolelta määrittyneeseen ajalliseen pisteeseen edellytti *Zwingende Gründe des gemeinen Wohls* -konstruktion käyttöönottoa ja siitä seurannutta erittäin vilkasta tieteellistä keskustelua, joka on jo perinteisesti asemoitunut kysymykseksi oikeusvaltiollisuuden ja lainsäädännön päämäärien välisestä suhteesta: *”Und was kann denn überhaupt, systematisch in unserem Staat der Rechtssicherheit noch ”übergeordnet” sein?”*²⁸⁴

Tällaisen problematiikan ei pitäisi olla suomalaisellekaan oikeustieteelle niin vieras, että olisi perustetta torjua keskustelun tarve arvioimalla kyseinen keskustelu suomalaisesta näkökulmasta vieraaksi. Voidaan viitata esimerkiksi *Esko Riepulan* analyysiin *taannehtivuuden ja abstraktin verovelan syntymisen keskinäisestä yhteydestä*,²⁸⁵ joka voisi ehkä herättää kysymyksen siitä, minkä normiston mukainen verovelkasuhde syntyi päivä hallituksen esityksen HE 80/2004 vp antamisen jälkeen? Samoin voidaan viitata Soikkelin ennen kyseistä uudistusta esittämään kantaan, jonka mukaan siitä, että *lainsäädäntökäytännössä* oli aiemmin katsottu, että hallituksen esitys katsottiin tulleeeksi sen antamispäivänä verovelvollisen tietoon ja tällaisena legitiimiksi aikarajaksi taannehtivuusarviolle, ei voitu tehdä ehdottomia arvioita taannehtivan verolainsäädännön perustuslainmukaisuudesta.²⁸⁶

Keskustelua verolakien taannehtivuuden rajoista on toki käyty aiemmin myös sellaisessa sääntelykontekstissa, jossa voimaantulo on kytketty hallituksen esityksen antopäivään. Vilkkaimmillaan keskustelu oli oikeustieteessä erittäin runsasta julkista ja poliittista keskustelua²⁸⁷ synnyttäneen optioiden verokohtelun muutoksen yhteydessä 1990-luvun puolivälissä. Tuolloin keskustelun viitekehystenä toimi hallituksen esitys laiksi tuloverolain muuttamisesta (HE 175/1994 vp), jossa ehdotettiin työsuhdeoptioiden verotuksen ankaroitamista vuoden 1995 alusta. Eduskuntakäsittelyn aikana kävi kuitenkin ilmeiseksi, että tällainen ”normaali” voimaantulo olisi merkinnyt sitä, että suuri määrä erityisesti suurten pörssiyhtiöiden optioita suunniteltiin muutettavaksi siten, että niistä hyötyvä

²⁸⁴ Leisner 1973, s. 288.

²⁸⁵ Riepula 1971, s. 167.

²⁸⁶ Soikkeli 2003, s. 112.

²⁸⁷ Seppälä 1995, s. 24–25.

ehdosi hyötymään vielä vuonna 1994 voimassa olleesta lievemmästä pääomatulo-verotuksesta. Eduskuntakäsittelyn aikana lain voimaantulosäännös kytkettiin hallituksen esityksen antopäivään, kuitenkin vain siten, että taannehtivuus kattoi vain sellaiset optiojärjestelyt, joiden alkuperäisiä ehtoja oli muutettu ko. päivän jälkeen edun aikaistamiseksi.²⁸⁸ Asiasta ei hankittu perustuslakivaliokunnan lausuntoa.

Järjestelyä kohtaan esitettiin jonkin verran kritiikkiä vero-oikeudellisessa kannanmuodostuksessa,²⁸⁹ mutta se on tullut kuitenkin aina KHO:n nimenomaan sitä koskevaa ratkaisua KHO 1998:53 myöten hyväksytyksi menettelytavaksi. KHO:n perusteluketjua, joka kiinnittää järjestelyn sallittavuuden lähinnä siihen perusteeseen, että kyseessä ei ollut liioin omaisuudensuojan kieltämä konfiskatorinen verolaki kuin yhdenvertaisen kohtelun kannalta ongelmallinen säännös, on pidetty esimerkiksi *Kari S. Tikan* arviossa ”aineellisen lopputuloksen osalta [...] hyvin perusteltuna”.²⁹⁰ Arvio palautuu viime kädessä siihen, että Suomessa ei ole taannehtivan verolainsäädännön yleistä, oikeusvaltiollista kieltoa.²⁹¹ Wikström kokoa opin viittaamalla siihen, että *lainsäädäntökäytännössä* on syntynyt vaikiintunut tulkintalinja, jonka mukaan taannehtivuudesta ei ole ylipäänsä kysymys, jos vaikutukset alkavat siitä, kun *hallituksen esitys* annetaan.²⁹²

Sivujuonteena voidaan todeta kyseisen ratkaisun tulleen hyväksytyksi myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa,²⁹³ mikä on ilmeisesti osaltaan vaikuttanut keskustelun sisältöön. Kuriositeettina täytyy edelleen mainita kyseisen ratkaisun tulleen usein viitatuksi positiivisena esimerkkinä *perusoikeussäännösten soveltamisesta* tuomioistuimissa: esimerkiksi perustuslain seurantatyöryhmän mietintönä syntyneessä selvityksessä perustuslakiuudistuksen toimeenpanosta KHO 1998:53 toimii esimerkkinä siitä, miten KHO on toteuttanut perusoikeusuudistuksen tavoitetta lisätä perusoikeuksien suoraan sovellettavuutta tuomioistuimissa ja muissa viranomaisissa sekä parantaa ihmisten mahdollisuuksia vedota oikeuksiensa tueksi välittömästi perusoikeussäännöksiin.²⁹⁴

Käymätön keskustelu on vaikea dokumentoitava. Suomalaisessa valtiosääntö-doktriinissa tai vero-oikeudellisessa keskustelussa ei kuitenkaan vaikuttaisi edelleenkaan käydyn minkäänlaista kattavaa keskustelua taannehtivasta sääntelystä näkökulmasta, jossa yksityinen asetetaan oikeusvaltiollisista lähtökohdista vä-

²⁸⁸ VaVM 82/1994 vp.

²⁸⁹ Helaniemi – Helaniemi 1995, s. 308.

²⁹⁰ Tikka 1999, s. 986.

²⁹¹ Tikka 1999, s. 987.

²⁹² Wikström 2008, s. 41.

²⁹³ S.B. v. Suomi ECHR 16.3.2004

²⁹⁴ OMTR 2002:7, s. 29.

hintäänsäkin omituiseen tilanteeseen: hallituksen esityksen antopäivän jälkeisenä päivänä ei voimassa olevan lainsäädännön sisältöön ole luottamista, toisaalta hallituksen esitys ei ole laki sekään. Vähäistä keskustelua on tämän kysymyksen osalta käyty lähinnä siitä, tiesikö ratkaisussa KHO 1998:53 muutosta hakenut verovelvollinen tosiasiaa lainsäädäntöuudistuksen sisällöstä sen eduskuntakäsittelyn aikana.²⁹⁵

Tällainen taannehtivuuskonstruktio on eittämättä kaikkein ongelmallisin *Mikko Pikkujämsän* rekonstruoimassa lainsäädäntökäytännön ilmenemismuodossa. Pikkujämsän mukaan nimittäin ”[k]aikkiin valmisteverolakeihimme sisältyy säännös, joka valtuuttaa veron perimiseen muutosesityksen mukaisena jo ennen sen hyväksymistä eduskunnassa”.²⁹⁶ Tältä taustalta ponnistaen ei ole mitenkään yllättävää, että Pikkujämsä päätyy havaitsemaan vallitsevan doktriinin kipupisteen. Pikkujämsä osoittaa perustellusti, miten ratkaisun KHO 1998:53 perusteluista puuttuu jotain aivan olennaista. KHO ei nimittäin taannehtivan optioiden verotuskohtelun perustuslainmukaisuutta arvioidessaan käsittele lainkaan asiaa yksityisen näkökulmasta kysymyksenä siitä, kuinka ennustettavaa verotus verovelvollisen näkökulmasta oli. Pikkujämsä päätyy lopulta arvioon, jonka mukaan yleisen oikeusvaltiollisen takautumiskiellon olemattomuutta toistava vallitseva doktriini ei ehkä ole niinkään perusteltu.²⁹⁷

4.4.4 Luottamuksensuoja ja vallanjako

Ilmeistä onkin, että ajatus tällaisesta taannehtivuudesta toimii suomalaisen doktriinin esittämässä muodossa valtiosääntöisesti ongelmattomaksi arvioitavissa olevana lainsäädäntökäytäntönä vain, mikäli vahvojen enemmistöhallitusten aikana syntynyt hallituksen tahdon ja parlamentin tahdon *de facto* -samastuminen oletetaan myös *de jure* -lähtökohdaksi. Saksalaiseen tapaan voidaan perustellusti ajatella, että mikäli hallituksen esitykselle annetaan tällainen oikeusvaikutus, muodostuu tästä vaikutuksesta ”*Normwirkung ohne Norm*”.²⁹⁸ Ajatukseen sisältyy paradoksi. Kun hallituksen esitys samastetaan *oikeusnormiin*, syntyy yksityiselle paitsi *velvollisuus* toimia sen mukaisesti, myös *oikeus* toimia sen mukaisesti sitä velvoittavana normina pitäen. Tällöin hallituksen esitykselle voitaisiin antaa ennakoitavuutta luovan luottamusperusteen merkitys. Kuten jo perustuslain tekstistä koskien eduskunnan lainsäädäntövaltaa käy ilmi, tällainen tuskin

²⁹⁵ Ks. esim. Linnakangas 1998, s. 82.

²⁹⁶ Pikkujämsä 2001, s. 112.

²⁹⁷ Pikkujämsä 2001, s. 115.

²⁹⁸ Leisner 1973, s. 296.

on perusteltua. Ajatuksen merkittävät vallanjaolliset ongelmat ja seuraukset ovat ilmeiset.²⁹⁹

Tämän johdosta on mahdollista arvioida, että muodollisen, oikeusvaltiollisen, ihmisen ja lainsäätäjän välisestä oikeudellisesta suhteesta ponnistavan taannehtivuuskiellon puute samastaa Suomen doktriinin paikka paikoin *common law*'n olemattomaan taannehtivan lainsäädännön kieltoon. Suomalaisen julkisoikeuden oikeuskulttuuriset sitoumukset näyttäisivät tässä kohdin vääjäämättä asemoituvan julkisoikeuden vihreän valon alle kontekstiin, jossa olennaiseksi paljastuu lähinnä vallankäytön sisältö; *tehokas ongelmanratkaisu*. Yksityisen verovelvollisen suhde oikeusjärjestykseen ei vaikuttaisi olevan kiinnostava kysymys. Ongelmanratkaisu kiinnittyy [vero]viranomaisten ratkaisutoiminnan ohjaamiseen poliittisella tavoiterationaliteetilla.

Tässä tutkimuksessa hahmotellun oikeudellisen työnjaon valossa näyttäisi kuitenkin perustellulta, että yksityisen ja julkisen vallan välisen oikeussuhteen peruskomponentin, julkisen vallan käyttöön toimivallan luovan lain velvoittavuus määrittäisi yksityisen näkökulmasta. Yksityisellä täytyy vähintäänkin olla oikeus luottaa lain sisältöön ja sen voimassaoloon. Ilman tätä oikeutta laki menettää sille ominaisen erityisen oikeusmuotonsa; oikeus samastuu julkisen vallan käytön rationaliteettiin. Siitä, että tämän oikeuden rajoittaminen on ehkä vääjäämättä katsottava mahdolliseksi, ei kuitenkaan vääjäämättä seuraa, että tämä oikeus pitäisi kevein perustein alistaa mille tahansa julkisen vallan päämäärälle. Kuten *common law*'n ja Suomen esimerkki osoittaa, vaikuttaa siltä, että tämän oikeuden turvaaminen edellyttää taannehtivuutta oikeudellisena ilmiönä rakenteistavaa yleistä oikeusvaltiollista taannehtivuuskieltoa, jonka puitteissa on mahdollista irrottaa doktriini erityisesti taannehtivuuskiellosta tehtävien poikkeusten osalta yksin julkisen vallan päämääriin kiinnittyvästä valtiosääntöisestä arviosta, joka asettaa lain sisältöön ja voimassaoloon luottaneen ja tämän luottamuksen mukaan mahdollisesti toimineen instrumentaaliseen asemaan suhteessa julkisen vallan päämääriin. Aidon taannehtivuuden kielto vaikuttaisi olevan epäaidon taannehtivuuden kiellon toimivuuden edellytys: se muotoilee taannehtivuuden *prima facie* -rakenteet yksityisen luottamuksen huomioivin argumentaatiotavoin.

Näin muotoiltuna luottamuksensuoja näyttäisi perustelevan sellaista oikeudellista työnjakoa, joka ottaisi vallanjaon ulottuvuudet tosissaan määrittäessään yksityisen suhdetta julkisen vallan käyttöön. Edellä osoitetut ongelmat näyttävät nimittäin viittaavan siihen, että vaikka vallanjakoa olisikin pidetty valtiosääntömme itsestään selvänä lähtökohtana jo pitkään,³⁰⁰ ei sitä ole otettu erityisen

²⁹⁹ Stötzel 2002, s. 131–135.

³⁰⁰ Tuori 2005, s. 1023

vakavasti. Tavallista nimittäin on, että vallanjako typistetään suomalaisessa keskustelussa Jyrängin tarkoittamalla tavalla vain eduskunnan ensisijaisuutta suhteessa tuomioistuimiin ja toimeenpanovaltaan korostavaksi periaatteeksi.³⁰¹ Irtautumatta konstitutionaalisesta tulkinnasta oikeusvaltiosta ja perusoikeuksista voidaan myös yhtyä *Jaakko Husan* käsitykseen vallanjaon asemasta oikeusvaltion oikeuden normatiivisen syvärakenteen olennaisena osana siitäkin huolimatta, että sen selväpiirteinen noudattaminen *de facto* tai jopa *de jure* voi olla varsin hankalaa³⁰² ja käytännön toteutus ehkä jopa varsin vaatimatonta.

Omaksuttuja julkisen vallan käytölle varsin myötämielisiä taannehtivuuskonstruktioita voidaan ehkä ymmärtää sitä kautta, että perustuslaki ei kuitenkaan vaikuttaisi vallanjaolisilta lähtökohdiltaan edellyttävän tiukkaa ja ehdotonta lokeroitumista. Näin ymmärretyn vallanjaon asettamisissa puitteissa on mahdollista Tuorin tavoin katsoa lainsäätäjän ja hallitusvaltaa käyttävien elinten mahdollisuuksien vaikuttaa toistensa toimintaan perustuslain 3 §:n määrittelemilläkin alueilla nykyisessä valtiosääntötilanteessa vaikuttavan varsin ongelmattomilta, sillä ”valtiosääntö lähtee lainsäätäjän ja ylimpien toimeenpanoelinten välillä pikemminkin yhteistyöstä ja vastavuoroisista ohjaus- ja riippuvuussuhteista kuin kontaktipintoja sulkevasta riippumattomuudesta”.³⁰³

Tarkemmassa tarkastelussa esimerkiksi hallituksen esitysten antopäivään kiinnittyvä taannehtivuusarvio näyttäisi kuitenkin loukkaavan tätä vallanjaollista vähimmäissovellustakin: yksityisen oikeusaseman jäsentäminen ratkaisussa KHO 1998:53 omaksutuun taannehtivuuskonstruktioon merkitsee sitä, että ennakoitavuudesta on mahdollista puhua vain, mikäli lainsäätäjän tuleva käyttäytyminen sidotaan nykypäivän *valtioneuvoston* tahtoon myös *de jure*. Kun valtioneuvosto, joka tässä vallanjaolisessa katsannossa kuuluu organisatorisesti eittämättä toimeenpanovallan piiriin, asetetaan määrittämään lainsäätäjän *tulevaa* tahtoa oikeudellisesti merkityksellisellä tavalla, luovutaan lainsäätäjän demokraattiseen legitimitettiin nojaavasta ensisijaisuudesta.

Ajatusta ei voida kiertää sillä, että tulevaisuudessa, kyseisen taannehtivan lain tultua hyväksytyksi, sen on hyväksynyt nimenomaan lainsäätäjät. Hallituksen esityksen antopäivänä eli ajankohtana, jolloin oikeusjärjestyksen sisältö ja velvoittavuus määrittyy yksityisen näkökulmasta hänen toimintansa mahdollistavaksi oikeudeksi, lainsäätäjät ei ole tehnyt vielä mitään. Kun kysymystä hallituksen esityksen merkityksestä yksityisen näkökulmasta määrittävän ennakoitavuuden legitimiinä rajana suhteessa voimassaolevaan lakiin tuskin on kategorisoidavissa bagatellinomaiseksi yksityiskohdaksi, oikeusyhteisön hiljaisuuskin muo-

³⁰¹ Jyränki 2003, s. 146

³⁰² Husa 2004, s. 118.

³⁰³ Tuori 2005, s. 1046.

dostaa olennaisen osan keskustelun sisältöä. Tällaisen taannehtivuusarvion hiljaisesti hyväksyneen oikeusyhteisön voi katsoa hiljaisella hyväksynnällään kertovan jotain olennaista oikeuskulttuurin omaksumista instrumentaalisista sitoumuksista.

Luottamuksensuojan olemassaolo näyttäisi kuitenkin edellyttävän oikeusjärjestystä, jossa *Gesetzesvertrauen* on loukattavissa toimivallan ja vapauden asymmetrian rajoissa vain sen molemmat komponentit – *Gesetz ja Vertrauen* – huomioivissa rajoissa. Vaikka lainalaisuusvaatimukset käsitettäisiinkin Soikkelin tavoin nimenomaan oikeusperiaatteeksi, jolle on ominaista muu kuin sääntöluonteinen ehdoton sovellettavuus³⁰⁴, rajaa lainsäätäjään kohdistuva luottamuksensuoja tämän näkökohdan käyttökelpoisuuden laillisuuden joustoon *yksityisen eduksi*. Näin *Gesetzesvertrauensschutz* perustelee lain sanamuodon velvoittavuuden ja lakimuodon läsnäolon myös yksityisen eduksi sellaisessa oikeudellisessa työnjaossa, joka rakenteistaa yksityisen ja julkisen vallan välisen oikeussuhteen yksittäisten lainkohtien asemesta laajemman oikeudellisen koherenssin, oikeuden ja oikeusperustaisen oikeusajattelun varaan, ja jossa lakiteksti ja -muoto ovat luottamusperusteen ohella muuten läsnä konstitutiivisessa merkityksessä lähinnä lakivarausten tarkoittamana yksityiselle epäedullisen julkisen vallan käytön legitimeetin vähimmäisvaatimuksena. Tämä näkökulma korostuu erityisesti seuraavaksi tarkasteltavassa hallintoa vastaan asettuvassa luottamuksensuojassa.

³⁰⁴ Soikkeli 2003, s. 118.

5 Rechtsstaatin luottamuksensuoja ja hallinto

Luottamuksensuojan historialliset juuret *Rechtsstaatin* kontekstissa palaavat sen hallinto-oikeudelliseen käyttöympäristöön. Keskeinen osa tästä doktriinista paikallistuu edelleen valtiosääntöisenä, myös lainsäätäjän toimivaltaa rajoittavana *Verfassungsrang*-normina niihin ympäristöihin, joissa käsillä oleva oikeussuhde on aineellisesti mielletävissä niin horisontaalisesti kuin vertikaalisesti laajasti ymmärretyn hallinto-oikeuden kenttään kuuluvaksi. Vaikka lähinnä saksalaisen doktriinin omaksumien vakiintuneiden lähtökohtien vuoksi lainsäätäjään kohdistuvaa luottamuksensuojaa sen intertemporaalisessa merkityksessä on käsitelty jo edellä, ei jäljelle jäävän luottamuksensuojan hallinto-oikeudellisuus merkitse kulloisessakin tilanteessa sovellettavana olevan normiston jäämistä perustuslaillisen luottamuksensuoja-arvioinnin soveltamisalan ulkopuolelle. Valtiosääntöinen luottamuksensuoja kontrolloi tässäkin kohdin paitsi varsinaisen soveltamisaktin yhteensopivuutta perustuslain asettamien vaatimusten kanssa, myös siinä sovellettavana olevan normiston perustuslaillisuutta.

On kuitenkin syytä muistaa, että osa hallintoa vastaan asettuvasta luottamuksensuojasta tulee kuitenkin arvioitavaksi edellä mainitun, lainsäätäjää vastaan suunnatun intertemporaalisen *Rückwirkung*-arvion puitteissa. Lainsäätäjää vastaan asettuvan luottamuksensuojan yhteydessä viitattiin jo *Plangewährleistung*-instituutioon vallanjaollisesti kodittomana instituutioon. Lisäksi voidaan viitata siihen varsin ilmeiseltä vaikuttavaan järjestelyyn, jonka mukaisesti hallinnon käyttäessä norminantovaltaansa tulee tällainen normi arvioitavaksi taannehtivuutensa osalta samoin kuin lain taannehtivuus¹, tosin demokratia-argumentti saa tässä kontekstissa toisenlaisen painoarvon. Näiden tilanteiden seikkaperäiseen tarkasteluun ei tässä tutkimuksessa enää palata, vaan huomio kiinnitetään hallinto-oikeudelliseen luottamuksensuojadoktriinin niihin ulottuvuuksiin siinä laajuudessa ja sellaisin struktuurein kuin vakiintunut doktriini tarkastelun näkee perustelluksi tehdä.

Nimenomaan hallinto-oikeudellisen luottamuksensuojan habilitaatioväitöskirjassaan viimeksi tarkastelun alle ottanut *Hermann-Josef Blanke* omaksuu hallinto-oikeudellisen ratkaisutilanteen tarkasteluun käsiteparin *großer Interessenausgleich* ja *kleiner Interessenausgleich*.² Blanke viittaa suurella intressipunninnalla luottamuksensuojan *Verfassungsrangista* seuraaviin vaatimuksiin lain-

¹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 86.

² Blanke 2000, s. 188–193.

säättäjän liikkumavaran arviointiin muussakin kuin lainsäädännön taannehtivuusarvioinnin yhteydessä. Vaikka lähtökohdaksi identifioitaisiinkin demokraattisen lainsäätäjän toimivalta antaa tarkempia säännöksiä luottamuksensuojaan liittyvistä edellytyksistä ja menettelyistä³, merkityksellisiksi nousevat edelleen kysymykset esimerkiksi hallintopäätösten pysyvyyttä määrittävien hallinto-oikeudellisten menettelysäännösten yhteensopivuudesta valtiosääntöisen luottamuksensuojan kanssa. Vastaavasti pieni intressivertailu viittaa luottamuksensuojan valtiosääntöisen sitovuuden ja sen seurausten merkitykseen *lainsäädännön soveltamistilanteessa* siihen liittyvien tulkinta-asetelmien, kuten sen perustaman harkintavallan laajuuden ja sisällön määrittämisessä. *Rainer Pitschas* summaa opin tältä osin toteamalla, että vaikka valtiosääntöinen luottamuksensuoja on konkretisoitu lainsäätäjän toimesta eri sääntelyissä, ei tämä kuitenkaan merkitse luottamuksensuojan kokonaisvaltaista tyhjenemistä näihin sääntelyihin, vaan luottamuksensuojan valtiosääntöinen punninta säilyy osana ratkaisutilannetta.⁴

Luottamuksen suojaamisen ja julkisen vallan käytön sisällöllisen muutettavuuden välisiä ratkaisutilanteita jäsennetään Saksan julkisoikeudessa varsin vaikiituneesti eriyttämällä tarkastelu sen mukaan, onko arvion kohteena hallinto toimi (*Verwaltungsakt*) vai muu hallinnon toiminta (*sonstiges Verwaltungshandeln*). Ero ei ole luottamuksensuojan sisällön kannalta merkityksetön. Esimerkiksi *Hartmut Maurer* huomauttaa hallintoa vastaan suunnatun luottamuksensuojan olevan sekä sisällöllisesti että historiallisesti kytköksissä hallintotoimen stabilisointifunktioon: näin hallintotoiminta koskevat luottamuksensuojakonstruktiot eivät ole sellaisenaan siirrettävissä muiden hallinnon toimintamuotojen arviointiin.⁵ Stabilisointifunktiolle annettavaa merkitystä vastaa näiden muiden toimintamuotojen kohdalla kuitenkin hallinnon *itsesidonta*.⁶

5.1 LUOTTAMUKSENSUOJA JA VERWALTUNGSAKT

Verwaltungsakt kattaa suunnilleen saman alan kuin suomalaisen hallinto-oikeudellisen doktriiniin kiintopisteenä perinteisesti toiminut *hallintotoimi*.⁷ *Verwaltungsaktin* legaalimääritelmän (§ 35 VwVfG) mukaan ”*Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und*

³ Stelkens – Bonk – Sachs 2008, § 48 rn. 28.

⁴ Pitschas 2008, § 42 rn. 96.

⁵ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 113.

⁶ Von Arnould 2006, s. 433.

⁷ Kulla 2008, s. 38.

die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist”. Käytännössä ja erityisesti nyt käsillä olevan aihepiirin kannalta merkityksellisimmät hallintotoimet saavat hallintopäätöksen muodon.

Verwaltungsakt on saksalaisessa doktriinissa käsitetty oikeusvaltiollisilta funktioiltaan ennen kaikkea stabilisoivaksi. Viranomaisen ja julkisen vallan käytön näkökulmasta hallintotoimi on *toisaalta* instrumentti, joka konkretisoi oikeusjärjestyksen abstraktit säännöt yksittäistapaukselliseksi, yksityistä velvoittavaksi konkretiaksi. Vielä nykypäivän hallinto-oikeuden rakenteita määrittäväksi katsotun *O. Mayerin* klassisen määritelmän mukaan hallintotoimi on ”*ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Anspruch, der dem Unterthanen gegenüber im Einzelfall bestimmt, was für ihn rechtens sein soll.*”⁸ Tästä näkökulmasta hallintotoimi on hallinnon tehokkuuden mahdollistaja: hallintotoimi luo välittömiä oikeusvaikutuksia ja perustan täytäntöönpanolle (*”Titelfunktion”*). *Toisaalta* yksityisen näkökulmasta hallintotoimi kiinteyttää ja konkretisoi yksityisen ja julkisen vallan välisen oikeussuhteen sellaisen pysyvyyden ja sellaiset oikeusvaikutukset omaavaksi, että yksityinen voi perustaa toimintansa sen konkretisoimien oikeuksien, velvollisuuksien ja etujen mukaan jäsentyvään tulevaisuuteen.⁹ Tästä näkökulmasta hallintotointa on toisinaan sanottu luottamuksen perustaksi (*Vertrauensgrundlage*) *par excellence*.¹⁰

Näiden kahden näkökulman ympärille rakentuu Saksan julkisoikeudessa varsin moniulotteinen keskustelu, joka pyrkii avaamaan alati vaille täsmällistä sisältöä jäävän, alun perin tuomioistuimen antamien päätösten pysyvyyteen keskittyvän oikeusvoimaopin ja luottamuksensuojaperiaatteen välisiä yhteyksiä.

Tämän keskustelun ulkopuolelle jäävät lähinnä mitättömät hallintotoimet. Hallintotoimen mitättömyydellä tarkoitetaan hallintotointa, jonka sisältöä tai johon johtanutta menettelyä rasittaa niin olennainen ja ilmeinen virhe, että sille ei ole perusteltua antaa oikeusvaikutuksia lainkaan. Tämän alkuperäisen, tuomioistuimen reaktiota edellyttämättömän mitättömyyden perusteista säännellään nykyisin hallintotoimien osalta *VwVfG* § 44:ssä. Sääntelyä edelsi kuitenkin leikkauspinta luottamuksensuojakeskusteluun; esimerkiksi *Johannes Mainka* on puoltanut mitättömyydelle varsin korkeita edellytyksiä sekä virheen sisällön että ilmeisyyden suhteen perustellen kantaansa lähinnä sillä, että hallintotoimen addressaatilla on tarve luottaa toimen pysyvyyteen, eikä addressaatilla ole välttämättä kykyä hienosyiseen mitättömyysanalyyysiin. Näin Mainkan arvioissa luottamuksensuojasta konstruoituu myös mitättömyydelle normatiivinen mittapuu.¹¹ Tällä näkökulmalla voi olla edelleen merkitys-

⁸ Mayer 1926, s. 93.

⁹ Maurer 2009, s. 215.

¹⁰ Blanke 2000, s. 225.

¹¹ Mainka 1963, s. 53–54.

tä § 44:n soveltamisalan ulkopuolella arvioitaessa esimerkiksi oikeusnormien mitättömyyttä.

Oikeusvaikutuksia saavien, ei-mitättömien toimien kohdalla käsitteenmuodos-
tuksen variaatiot ovat vilkkaassa keskustelussa moninaiset: hallintotoimien sito-
vuutta määrittävät aineellinen ja muodollinen pysyvyys (*Bestandskraft*) sekä ai-
neellinen ja muodollinen oikeusvoima (*Rechtskraft*). *Forsthoffin* klassikko-*Lehr-*
buch joutui jo neljäkymmentä vuotta sitten nostamaan tässä kädet pystyyn, ja
toteamaan hallintotoimien lopullisuuteen (*Endgültigkeit*) liittyvän terminologian
olevan luonteeltaan varsin kiistanalaista muodostaen lähinnä eri suuntaisten mie-
lipiteiden *läpitunkemattoman labyrintin*.¹² Kuten Blanken analyysi vuodelta
2000 osoittaa, ei käsitteellinen hajaannus ole tästä ainakaan vähentynyt kulunei-
den vuosikymmenten aikana.¹³ Vallitseva kantaa lieenee, että hallintotoimiin lii-
tetty *Bestandskraft* ei samastu tuomioihin liitettyyn *Rechtskraftiin* muuten kuin
sen formaalissa, lähinnä muutoksenhakuaikoihin liittyvässä *Unanfechtbarkeit-*
merkityksessä.¹⁴ Luottamuksensuojadoktriinin kiinnostuksen kohteena on kui-
tenkin nimenomaan tästä formaalista erkaneva sisällöllinen pysyvyys ja sito-
vuus; ”*sog. materielle Rechtskraft*”¹⁵ eli *Bestandskraft*.¹⁶ Se sisäistää ainakin se-
kä sen kohdetta että sen antanutta viranomaista koskevan sitovuuden (*Bindungs-*
wirkung) ja rajoitetun kumottavuuden (*Beschränkte Aufhebbarkeit*): hallintotoi-
mi voi joutua tinkimään pysyvyydestään vain erityisen oikeusperustan nojalla.¹⁷

Bestandskraftin ja *Rechtskraftin* erottelulle ja sen tarpeelle on esitetty selityk-
seksi hallinnon vallanjaolliseen ja funktionaaliseen asemaan kytkeytyviä tekijöi-
tä. Varsin tavanomaisia ovat esimerkiksi hallintoimen ja tuomion erilaisiin aika-
perspektiiveihin kiinnitetyt erottelut: hallintotoimen nähdään toisinaan kuuluvan
käsitteellisesti tulevaisuusorientoituneeseen tavoitteelliseen maailmaan, kun taas
tuomiossa on kyse retrospektiivisestä jo tapahtuneen arvioinnista. Samoin on
viitattu siihen institutionaalisen työnjaon maailmaan kuuluvaan kategorisointiin,
joka hahmottaa hallintoviranomaisen ja sen edustamat intressit eräällä tavalla
”osalliseksi” hallintotoimen muodostavassa asiassa, kun taas tuomion muotoilee
neutraali ja asiaankin nähden puolueeton tuomioistuim.¹⁸ Muunkinlaisia jäsen-
nyksiä on esitetty. Esimerkiksi *Schenke* vertailee hallinnon ja tuomioistuinten
päästösten toimien lopullisuutta siitä lähtökohdasta, että tuomioistuinten oikeus-

¹² Forsthoff 1973, s. 253.

¹³ Blanke 2000, s. 152 ss.

¹⁴ Achterberg 1982, s. 464.

¹⁵ Mainka 1963, s. 47.

¹⁶ Achterberg 1982, s. 464.

¹⁷ Maurer 2009, s. 281–282.

¹⁸ Maurer 2009, s. 216 ja 281.

turvafunktiosta johtuen niiden institutionaalinen konteksti johtaa jäsentämään tuomiot viimeisinä päätöksinä, kun taas hallintoa luonnehti käsitys ensi asteen päätöksenteosta. Tämä päätöksenteon *ensi aste* -määre ei viittaa ainoastaan absoluuttiseen ensimmäiseen asteeseen, vaan tässä kohdin nimenomaan relatiiviseen, muutoksenhaun mahdollisuuden huomioonottavaan ajatukseen: ensi asteen päätöksentekoon on Schenken mukaan eräällä tavalla sisäänrakennettu ajatus siitä, että niiden pysyvyys voi relativoitua myöhemmässä oikeusturvamenetelyssä.¹⁹

Hallintotoimen pysyvyyden ja luottamuksensuojan välistä suhdetta tässä nimenomaisessa terminologisessa suhteessa on yritetty jäsentää myös eräänlaisena jatkumona. Taustalle konstruoi tällöin ajatus siitä, että niin *Bestandskraft* kuin *Rechtskraft* ovat oikeuden pysyvyyden vaatimuksen välityksellä kiinni oikeusvarmuudessa ja saavat mielekkäät oikeuttamisperusteensa tätä kautta.²⁰ Näin molemmat institutiot jäsenyvät luottamuksensuojan ajalliseksi kiinteytymispisteeksi (*”Kristallisationspunkt”*).²¹ Von Arnould jäsentää pysyvyyden analyttisen tradition mukaiseksi jatkumoksi, jossa hallintopäätöksen pysyvyys viranomaista, muita ja asianosaista kohtaan määritty erisisältöisenä menettelyn kulessa, jolloin on mahdollista erottaa hallintopäätöksen täytäntöönpanokelpisuuden ja muodollista lainvoimaa vastaavan *Unanfechtbarkeitin* (*”die formellen Bestandskraft”*) eri tahoja sitovat vaikutukset.²² Blanke summaa tällaisen ajattelun näkökohtaan, jonka mukaan hallintotoimi toimii luottamusperustana heti saatuaan oikeusvaikutukseen aikaansaavan muodon eli on *VwVfG* § 43:n tarkoitamalla tavalla tehokas tultuaan tiedoksi annetuksi sen addressaatille. Mahdollinen myöhempi lopullinen lainvoimaisuus ei luottamusperustana enää toimi, vaan muodollinen lainvoima vain *vahvistaa* luottamuksen suojaa.²³

Jatkumon suhde luottamuksensuojaan konkretisoituu kuitenkin havaintoon, että Saksan hallintomenettelylakiin 1970-luvulla suuren luottamuksensuojakeskustelun päätteeksi sisällytetyt hallintopäätösten pysyvyyttä määrittävät säännökset, jotka koskevat toimivaltaa ”peruuttaa”²⁴ lainvastainen hallintopäätös (*VwVfG* § 48 *Rücknahme*) ja lainmukainen hallintopäätös (*VwVfG* § 49 *Widerurf*), relativivat pysyvyyden kaikissa *Bestandskraftin* ja *Rechtskraftin* ominaisuuksissa siten, että mahdollisuutta tuomion kaltaiseen lopullisen lopullisuuden määrittävän kiinteän ajankohdan olemassaoloon ei hallintotoimen kohdalla ole.²⁵

¹⁹ Schenke 1983, s. 321.

²⁰ Von Arnould 2006, s. 283.

²¹ Pieroth 1984, s. 978.

²² Von Arnould 2006, s. 280.

²³ Blanke 2000, s. 290.

²⁴ Käännös tältä osin teoksesta Laakso – Schwarze – Kuuttiniemi 1999, s. 179.

²⁵ Von Arnould 2006, s. 280.

Von Arnould kuitenkin huomauttaa edelleen, että mainituista säännöksistä huolimatta myös hallintotoimien lopullisuuden tarve arvioidaan valtiosääntöisenä vaatimuksena, mikä ilmenee esimerkiksi Saksan valtiosääntötuomioistuimen tuomiosta ns. *Anwaltsverschulden*-asiassa:

BVerfGE 60, 253: Im Bereich des Rechtsschutzes dienen neben dem Institut der Rechtskraft (vgl. BVerfGE 47, 146 [165]) in erster Linie prozessuale Fristen der Rechtssicherheit. An der Bestandskraft von Verwaltungsakten besteht ein vergleichbares rechtsstaatliches, in der Rechtssicherheit begründetes Interesse. Zwar ist es nach der Verfassungsordnung des Grundgesetzes vorrangig Sache der Gerichte, die Rechtsordnung durch die letztverbindliche Feststellung dessen, was im konkreten Fall rechtens ist, zu sichern. [...] Gibt die Rechtsordnung der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit, durch Hoheitsakt für ihren Bereich das im Einzelfall rechtlich Verbindliche festzustellen, zu begründen oder zu verändern, so besteht auch ein verfassungsrechtliches Interesse daran, seine Bestandskraft herbeizuführen. Dieser Bestandskraft des Verwaltungsakts kommt, wenn auch auf anderer Ebene, vergleichbare Bedeutung für die Rechtssicherheit zu wie der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung. Die Fristen für Widerspruch und Klage in bezug auf Verwaltungsakte sind ebenso Instrumente zur Gewährleistung von Rechtssicherheit wie die Fristen für Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen.

Tapauksen kontekstissa tällaista valtiosääntöistä lopullisuutta ja sen tarvetta käytettiin kuitenkin luottamuksensuojalottuvuudesta poikkeavassa kontekstissa. Kyse oli muutoksenhakumääräaikaisten noudattamisen legitiimiydestä tilanteessa, jossa ulkomaalaisen asianajaja oli laiminlyönyt hakea muutosta määräajassa, ja arvio kiinnittyi lähinnä näiden määräaikaisten pysyvyyden prosessuaaliseen ulottuvuuteen. Näin ollen tuomion perusteluiden käyttöyhteys rajoittunee lähinnä von Arnouldin promovoiman muodollisen oikeusvarmuuden perustelukontekstiin, jota ei hallitse luottamuksensuojan *asymmetrinen* sisältö julkista valtaa kohdistettuna oikeusturvaperiaatteena, vaan muodolliseen, yksityisen kannalta myös epäedullisten päätösten pysyvyyteen kiinnittyvä *symmetrinen* oikeusvarmuus.

Luottamuksensuojan ja hallintotoimen välinen yhteys on kuitenkin siinä määrin autarkkinen, että sen jäsentämiseen ei aina ole nähty olevan tarvetta operoida *Rechtskraftin* ja *Bestandskraftin* kaltaisilla apukäsitteillä, vaikka jälkimmäinen hallintotoimen pysyvyyttä määrittävän VwVfG 2 luvun otsikosta – ”*Bestandskraft des Verwaltungsaktes* (§§ 43–52)” – löytyykin. Tässä mielessä esimerkiksi Maurerin ajattelussa yleisprosessuaalisen *Rechtskraftin* hallinto-oikeudelliseksi vastinpariksi määrittyvä *Bestandskraft* näyttäisi saavan lähinnä hallintotoimen deskriptiivisen ominaisuuden roolin; ”*der Verwaltungsakt ist materiell bestandskräftig, soweit er nicht zurückgenommen oder widerrufen werden kann.*”²⁶ Toi-

²⁶ Maurer 2009, s. 282

saalta Maurerinkin ajattelussa on selvää, että siihen *in abstracto* liittyy myös sitovia normatiivisia elementtejä, jotka edellyttävät kansalaisen ja viranomaisen sidottuneisuutta hallintotoimen sisältöön; ”*Widerruf und Rücknahme sind zulässig, soweit die Bestandskraft ihnen nicht entgegensteht.*” Maurer viittaakin näiden molempien puolten komplementaarisuuteen, jotka *VwVfG* kytkee yhteen – ei normatiivisessa *Bestandskraft*-doktriinissa – vaan *Widerruf–Rücknahme*-sääntelyssä. Tämä sääntely puolestaan on sisällöllisesti rakennettu luottamuksensuojaperiaatteen näkökulmasta. Sääntely ei kuitenkaan irtoa kokonaan oikeusvoimaopista. Maurerin mukaan *Widerruf–Rücknahme*-sääntelyä tulkittaessa on edelleen pidettävä mielessä ne oikeusvoimaopin kantamat korostetun pysyvyyden takeet, jotka kytkeytyvät esimerkiksi hallintotoimen tekemistä edeltävään erityiseen menettelyyn, viranomaisen asemaan tai sääntelyn erityiseen sisältöön stabiliteettia luovana.²⁷

Luottamuksensuojaperiaatteen voidaankin katsoa toimivan selittävänä tekijänä sille, miksi *Widerruf–Rücknahme* on rakennettu 1976 voimaan tulleen hallintomenettelylakiin dikotomisesti. Taustaksi tällöin asettuu se historiallinen edellä jo oikeuttamisperusteiden yhteydessä hallintokäytön ilmentymien osalta käsitelty kehityskulku, jossa lainvastaisten edunsuovien hallintopäätösten vapaa peruutettavuus – *Grundsatz der freien Rücknahme* – rajoittui luottamuksensuojaperiaatteen introdusoinnin jälkeen merkittävästi. Nimenomaan lainvastaisen hallintotoimen peruuttamisen on katsottu vakiintuneesti olevan luottamuksensuojan kannalta – ei vain historiallinen lähtökohta – vaan myös edelleen merkityksellisin soveltamiskohde.²⁸

Alun perin vapaan peruutettavuuden konstruktio kattoi peruutettavuuden vapauden kahdessa eri merkityksessä. Ensinnäkin vapaus viittasi siihen, että lainvastainen hallintotoimi oli peruutettavissa vailla muita lisäedellytyksiä; toimen laittomuus oli vapaalle peruutukselle paitsi välttämätön, mutta myös riittävä edellytys.²⁹ Toiseksi termillä vapaa viitattiin siihen, että peruuttamismahdollisuuden käyttö oli viranomaisen vapaassa harkinnassa: oikeudellisten edellytysten puuttumisen pariksi määrittyi kuitenkin se, että viranomaisella ei ollut myöskään oikeudellista velvollisuutta peruuttamiseen.³⁰ Tämän vapaan peruutettavuuden pääsäännön taustalle rekonstruoidtiin useita eri oikeuttamisperiaatteita. Esimerkiksi *Fritz Ossenbühl* identifioi 1960-luvun puolessa välissä useita eritasoisia perusteluja: oli viitattu niin asian luontoon (*Die Natur der Sache*)³¹, yleisen yh-

²⁷ Maurer 2009, s. 282.

²⁸ Püttner 1973, s. 211.

²⁹ Stelkens – Bonk – Sachs 2008, § 48 rn. 28.

³⁰ Maurer 2009, s. 295.

³¹ Ossenbühl 1965, s. 48–49.

teiskuntakehityksen asettamiin vaatimuksiin³² kuin tapaoikeudellisiin oikeussääntöihin.³³ Hieman toisenlaisiin perusteludiskursseihin viittasivat Ossenbühlin mainitsemat erilaisiin laintulkintamenetelmiin tukeutuvat argumentaatiot, jotka perustavat peruutettavuuden joko esimerkiksi erityissääntelyiden analogisella soveltamisella tai niiden laajentavalla tulkinnalla.³⁴ Ossenbühl pystyi helposti osoittamaan, miten hallinto-oikeuden jo 1960-luvun puoliväliin mennessä vaikiintunut oikeusvaltiollinen konteksti asetti nämä perustelut kestävämmään valoon.

Vielä mainitsematta jäänyt painavin perustelu Ossenbühlin ajattelussa kytketty hallinnon lainalaisuuteen. Tällainen perustelulinja ei edellä oikeuttamisperusteiden yhteydessä hallinnon lainalaisuudesta ja sen *Verfassungsrangista* esitetty huomioiden ole mitenkään poikkeuksellinen, vaan yleensä vallitsevana käsityksenä on pidetty, että lainvastaisen hallintopäätöksen peruuttamisen tarkoituksena on lainalaisuuden kattaman *lainmukaisen olotilan palauttaminen*.³⁵ Taustaksi tälle ajatukselle on usein esitetty Forsthoffin esittämä käsitys oikeusvaltion eräänlaisesta antautumisesta, mikäli siihen kytkettyissä diskursseissa ei pidetä mielessä, että oikeusvaltiollinen lainalaisuus *saa etusijan suhteessa kaikkiin muihin pohdintoihin*, myös ja erityisesti pohdittaessa mahdollisuutta luottamuksen suojaamiseen *contra legem*.³⁶ Toisinaan sama ajatus puetaan myös muodollisen yhdenvertaisuuden ylläpitoon³⁷: kukin on oikeutettu vain siihen, mitä hänelle kuuluu.

Perustelu ei kuitenkaan ehdottomana kanna pitkälle tässäkin kontekstissa. Maurer huomauttaa tällaisen *contra legem* -ajatuksen olevan luonteeltaan ilmeisesti väärinymmärrys: luottamuksen suojaaminen valtiosääntöisesti ankkuroidun luottamuksensuojaperiaatteen nojalla on vaikeasti ymmärrettävissä *contra legem* -tilanteeksi.³⁸ Püttner viittaa myös siihen, että perustelu näyttäytyy ongelmallisena jo siksi, että lainalaisuuden kannalta olennainen tapahtuma – virheellinen hallintotoimi – *on jo tapahtunut*, ja kuuluu menneisyyden tapahtumana myös nykypäivän todellisuuteen, eikä näin ollen ole mitenkään selvää, palveleeko *Rechtsstaat*in asettamia vaatimuksia paremmin ajatus virheen korjaamisesta vaiko virheen ”legalisoinnista” pysyttämällä lainvastainen toimi luottamuksen suojan perusteella.³⁹

³² Ossenbühl 1965, s. 49.

³³ Ossenbühl 1965, s. 51–53.

³⁴ Ossenbühl 1965, s. 49–50.

³⁵ Achterberg 1982, s. 468.

³⁶ Forsthoff 1973, s. 262–263.

³⁷ Spanner 1970, s. 673–674.

³⁸ Maurer 2009, s. 294.

³⁹ Püttner 1973, s. 221.

Lainalaisuuteen kiinnittyvää tarkastelua on täsmennetty myös toimivallan ja vapauden asymmetrian näkökulmasta. Esimerkiksi Ossenbühl joutuu varsin nopeasti toteamaan tässäkin tutkimuksessa edellä 3 luvussa esitetyn oikeusvaltiollisen kehityskulun oikeuttamisperusteiden osoittavan, että hallinnon lainalaisuus voidaan käsittää luonteeltaan oikeusturvaan kytkeytyväksi periaatteen, joka toimii yksityisen eduksi. Näin sen vapaan peruutettavuuden kannalta olennainen sisältö lähtee liikkeelle vaatimuksesta, jonka mukaan lainalaisuus asettaa yksityistä velvoittavalle (*belastende*) hallintoimelle edellytykseksi lakiin palautuvan toimivaltaperusteen, mutta ei oikeusturvafunktion täyttämiseen edellyttäen vastaavaa toimivaltaperustetta yksityisen kannalta edunsaavan tai muuten myönneiden päätösten tekemiseen.⁴⁰

Näin ymmärrettynä hallinnon lainalaisuudesta ei ole vapaan peruutettavuuden oikeuttajaksi, vaan se pikemminkin puhuu ”*gegen die freie Rücknahme*”, sillä edunsaavan hallintopäätöksen peruuttaminen on luonteeltaan yksityisen kannalta epäedullinen toimi.⁴¹ Toisaalta näin ymmärrettystä lainalaisuuden vaatimuksesta ei Ossenbühlin mukaan seuraa myöskään vaatimusta siitä, että lainalaisuus jotenkin edellyttäisi lainvastaisen hallintopäätöksen peruuttamista jättämisestä. Tällaisen näkökulman omaksuminen merkitsisi eräänlaista paradoksia, ”*Widerspruch in sich*”: lainalaisuus suojaisi laittomuutta.⁴²

Lainalaisuuden paradoksi saa Ossenbühlin lopulta kuitenkin omaksumaan lainalaisuuden vapaan ja lähtökohtaisen peruutettavuuden periaatteen ylläpitoa edellyttävänä oikeuttamisperustana.⁴³ Tästä huolimatta Ossenbühlin arviossa ei mitättömän ja siten jo oikeusvaikutuksia saaneen hallintotoimen vapaan peruutettavuuden yksityiselle aiheuttamien seurausten ankaruus ja kohtuuttomuus ei mahdollista vapaan peruutettavuuden rajoittamattomuutta. Kun yleinen vahingonkorvausinstituutio ei Ossenbühlin mukaan ole sen paremmin soveltamisalalta kuin sisällöltään riittävä oikeusturvan tae tässä kohdin, kehittää Ossenbühl nimenomaan luottamuksensuojaan pohjautuvia *oikeudellisia rajoituksia* vapaalle peruutettavuudelle.⁴⁴

Ossenbühlin analyysi ja sen lopputulemat erityisesti vahingonkorvauksen riittämättömyyden osalta konkretisoivat keskeiset elementit siinä julkisoikeudellisessa ymmärryksessä ja erityisesti Ossenbühlin kiinnostuksen kohteena olleessa oikeuskäytännössä, mitkä lopulta pitkän keskustelun jälkeen konkretisoituivat hallintomenettelylain sääntelyssä ja sen perusrakenteessa. Näiden hallintome-

⁴⁰ Ossenbühl 1965, s. 54.

⁴¹ Ossenbühl 1965, s. 54.

⁴² Ossenbühl 1965, s. 63.

⁴³ Ossenbühl 1965, s. 63–64.

⁴⁴ Ossenbühl 1965, s. 69.

nettelylakiuudistuksen merkittävimmit arvioitujen säännösinnovaatioiden⁴⁵ on nimittäin yleensä sanottu olevan aiemman oikeuskäytännön konkretisoitumia⁴⁶ ja konstitutionaalisen luottamuksensuojakytkentänsä johdosta sisältönsä puolesta oikeudellisesti *Verfassungsrangin* omaaviin justifikaatioihin kytkeytyjä.

Kytkeä voi säännöksen olemassaolosta luottamuksensuojan positiivisoikeudellisenä ilmiönä huolimatta olla luonteeltaan niin kiinteä, että on perusteltua jäsentää säännöksen rooli vain *informatiiviseksi muistutukseksi* luottamuksensuojan olemassaolosta. Esimerkiksi luottamuksensuojajustificikaation vain ja ainoastaan perusoikeuksiin kiinnittävä *Schwarz* katsoo tässä kohdin vain lainvastaisen hallintotoimen peruuttamista koskevan sääntelyn olevan luonteeltaan oikeudellisesti velvoittavaa *konstitutiivisessa* mielessä. Sitä vastoin lainmukaisen hallintotoimen peruuttamistoimivalta on luonteeltaan perusoikeus-”*Eingriff*”, ja tällaisena niin kattavasti valtiosääntöoikeuden keinoin arvioitavissa, että sitä koskevalle lain säännökselle jää vain eräänlainen *deklaratorinen* rooli.⁴⁷ Jos *Schwarzin* ajatus sääntelyn deklaratorisesta roolista tällaisessa kontekstissa hyväksytään, mutta toisaalta erkaannutaan *Schwarzin* omaksumasta justifikaatio-perustan kapeudesta myöntämällä yleisen oikeusvaltiollisen luottamuksensuojan olemassaolo, joudutaan samanlainen rooli ilmeisesti myöntämään myös *Schwarzin* konstitutiivisena pitämälle lainvastaisen hallintotoimen peruuttamista koskevalle sääntelylle. Näin myös mainittu *VwVfG* § 48 olisi sisältöä myöten erityisen altis luottamuksensuojaan perustuvalle valtiosääntöiselle arviolle.

Suuren intressipunnan läsnäolon mahdollisuudesta huolimatta varsin vakiintuneesti on kuitenkin katsottu, että lainsäätäjän on tässä kohdin onnistunut luomaan perustuslain kanssa sisällöllisesti yhteensopivan ratkaisun.⁴⁸ Siinä omaksumtu perusrakenne erottaa toisaalta lainvastaisen toimen peruuttamisen lainmukaisen toimen peruuttamisesta, sekä toisaalta erottaa pysyvyyden suojaamisen sellaisenaan (*Bestandschutz*) korvattavissa olevasta peruuttamisen aiheuttamasta haitasta (*Vermögensschutz*).⁴⁹ Perusratkaisuultaan identtiset sääntelyt löysivät tiensä miltei samaan aikaan myös esimerkiksi vero- ja sosiaalioikeuden yleislakeihin, ja Maurer puhuukin tässä kohdin *VwVfG*:ssä omaksutusta rakenteesta eräänlaisena standardimallina.⁵⁰

On myös huomattava, että vaikka *VwVfG* onkin luonteeltaan yleislaki, eikä tästä johtuen sulje pois mahdollisuutta toisensisältöisiin erityislakeihin, vakiintuneen kannan mukaan *VwVfG*:ssä tässä kohdin säädetyt, luottamuksensuojaan

⁴⁵ Spanner 1970, s. 673–674.

⁴⁶ Bullinger 1999, s. 906.

⁴⁷ Schwarz 2001, s. 322–324.

⁴⁸ Sobota 1997, s. 183.

⁴⁹ Schwarz 2001, s. 324.

⁵⁰ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 90–94.

liittyvät perusratkaisut on otettava huomioon myös näiden erityislakien soveltamisessa,⁵¹ eikä mahdollisen *lex specialis* -sääntelyn olemassaolo tee muidenkaan perustuslaillisten vaatimusten tai hallintoimen sisällön kannalta merkityksellisten perusoikeuksien vaikutusta asiassa olemattomaksi.⁵² Muodollisesti kyse ei kuitenkaan ole *VwVfG*:n soveltamisesta, vaan sovellettavana ovat hallinto-oikeuden yleiset periaatteet sellaisina kuin ne muotoiltiin ns. *Rücknahmerecht-sprechungin* puitteissa ennen *VwVfG*:n säätämistä.⁵³ Varsin usein kuitenkin huomautetaan, että *VwVfG*:n peruutussääntelyiden ulkopuolella luottamuksensuojaargumenttien merkitys on vähintäänkin epäselvä.⁵⁴

Luottamuksensuojan kodifioinnin on kuitenkin katsottu merkittävällä tavalla kaventavan lainalaisuuden ja luottamuksensuojan välistä punninta-asetelmaa: nyt vakiintuneeksi lähtökohdaksi katsotaan, että luottamuksensuojan taustalla oleva luottamuksen suojaamisen ja lainalaisuuteen kykeytyvien intressien konflikti on ratkaistavissa punninnalla julkisten etujen eduksi vain silloin, kun sovellettavana oleva lainsäädäntö luo toimivallan tällaiseen punnintaan.⁵⁵

5.1.1 Luottamuksensuoja ja lainvastainen hallintotoimi

Standardimallin ensimmäinen osa, § 48 ”*Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes*” soveltuu lainvastaisten hallintotoimien peruuttamiseen. Lainvastaisuudella tarkoitetaan tässä yhteydessä *alkuperäistä* lainvastaisuutta arvioituna toimen tekemisajankohdan mukaan. Tosin myöhempi toimivaltaperustan katoaminen oikeusnormin perustuslainvastaiseksi toteamisen ja *ex tunc* -mitättömyyden johdosta voi myös johtaa *VwVfG* § 48:n soveltamiseen näin konstruoituna *ex tunc* -lainvastaisuutena.⁵⁶

Soveltamisalan ulkopuolelle jäävät vähäiset ns. bagatellivirheet eli ilmeiset kirjoitus-, lasku- ja vastaavat muut ilmeiset virheet, jotka korjataan *VwVfG* § 42:n puitteissa. Soveltamisen ajalliset edellytykset kykeytyvät muuten lähinnä hallintotoimen tekemiseen: peruutussäännös on sovellettavissa myös muodollisen lainvoiman saaneisiin toimiin, eikä edes kesken oleva muutoksenhaku poista mahdollisuutta sen soveltamiseen⁵⁷. Edunsouvien päätösten osalta säännökseen on kuitenkin kirjattu yhden vuoden aikaraja siitä hetkestä, kun viranomainen sai tiedon toimen lainvastaisuudesta.

⁵¹ Stelkens – Bonk – Sachs 2008, § 48 rn. 4.

⁵² Kopp – Ramsauer 2000, § 48 rn. 2.

⁵³ Maurer 2009, s. 284.

⁵⁴ Schmidt 1994, s. 105–106.

⁵⁵ Stelkens – Bonk – Sachs 2008, § 48 rn. 30.

⁵⁶ Detterbeck 2012, s. 221.

⁵⁷ Kopp – Ramsauer 2000, § 48 rn. 31–34.

5.1.1.1 Vapaa peruutettavuus

Säännös asettaa näennäiseksi osoittautuvaksi pääsäännöksi lainvastaisen hallintotoimen peruutettavuuden myös muodollisen oikeusvoiman saavuttaneena: ”*Ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden.*” Varsin vakiintuneesti on kuitenkin osoitettu, että harkintavalta ei ole tässäkään kohdin rajoittamatonta. Luottamuksensuoja esimerkiksi hallinnon itsesidonnan muodossa yhdenvertaisuuden kautta perusteltuna on toiminut esimerkkinä tilanteesta, jossa harkintavallan ala voi kutistua jopa nollaan. Tällä tavoin yksityisen näkökulmasta harkinnan vapaus ja siitä seuraava konstruktio, jossa yksityisen oikeusasema tässä kohdin rajoittuu oikeuteen asianmukaiseen ja virheettömään harkintaan, saattaakin transformoitua oikeudeksi lainvastaisen päätöksen peruuttamatta jättämiseen.⁵⁸

Sääntely osoittaa kuitenkin harkintavallan käytön kannalta olennaiset lähtökohtaiset raamit: viranomaisella on toimivaltaa harkita, peruuttaako toimi takautuvien oikeusvaikutuksien (*ex tunc*) vai vain tulevaisuuteen suuntautuvien *pro futuro* oikeusvaikutuksien (*ex nunc*). Tuomioistuinkäytännössä ajalliseen ulottuvuuteen kohdistuvalle harkintavallan käytölle on asetettu luottamuksensuojanäkökohtiin perustuvat rajat. Lähtökohtaisesti vallitsee asymmetria, jossa *ex tunc* peruutettavuus on mahdollista lähinnä vain silloin, kun vastuu hallintotoimen virheestä voidaan paikallistaa yksityisen vastuupiiriin; viranomaisen vastuupiiriin kuuluminen oikeuttaa vain *ex nunc* peruuttamiseen. Blanke osoittaa myös poikkeustilanteita, joissa yksityisen elämän perusteisiin kytkeytyvät luottamuksensuojanäkökohdat rajaavat harkintavallan käyttöä siten, että peruuttaminen myös *välittömien ex nunc* -vaikutuksien voi olla poissuljettua siirtäen peruuttamisen oikeusvaikutukset vielä myöhempään tulevaisuuteen eräänlaisen siirtymäajan muodossa.⁵⁹ Harkintavaltaa rajaavat tässä kohdin useat valtiosääntöiset vaatimukset; esimerkiksi *Kopp ja Ramsauer* luettelivat merkityksellisiksi oikeusperiaatteiksi luottamuksensuojan ohella tässä tutkimuksessa siihen kiinnittyväksi katsotut *Rechtsstaat*-, suhteellisuus-, laillisuus-, lainalaisuus- ja *Zumutbarkeit*-vaatimukset.⁶⁰

VwVG:n systematiikassa peruuttamisen vapautta rajaa edelleen momentin seuraava lause, joka perustaa lähtökohtaisen vapaan peruutettavuuden vain yksityisen kannalta epäedullisiin hallintotoimiin eli peruuttamiseen yksityisen eduksi. Tämä on toteutettu edellyttämällä yksityiselle oikeuksia tai etuuksia perusta-

⁵⁸ Kopp – Ramsauer 2000, § 48 rn. 51–57.

⁵⁹ Blanke 2000, s. 201.

⁶⁰ Kopp – Ramsauer 2000, § 48 rn. 114–115.

valta tai vahvistavalta hallintotoimelta pysyvyyttä, jonka rajat määrittävät säännöksen loppuosan perusteella: ”*Ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat (begünstigender Verwaltungsakt), darf nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 zurückgenommen werden.*” Tässä kohdin kyse on jo nimenomaan luottamuksensuojaan perustuvista säädännäisistä rajoituksista peruutettavuuteen, eikä edelleen pääsääntönä muodollisesti toimivan vapaan peruutettavuuden käyttöä ohjaavista harkintaan vaikuttavista seikoista.⁶¹

Näin klassisesta Forsthoffin nimeen liitetystä lausahduksesta – ”*der Rechtswidrige Verwaltungsakt bedarf der Rücknahme*”⁶² – on jäänyt jäljelle vain niin perinteisessä kuin nykyisessä doktriinissa ainakin lähtökohtaisesti ongelmattomaksi katsottu osa; yksityisen kannalta edullinen peruuttamistoimi. Tosin, kuten jäljempänä peruuttamiseen liittyvän harkintavallan tarkastelun yhteydessä havaitaan, tämä näkökulma saattaa joskus olla liian yksinkertaistava: mikäli viranomaisen peruuttaa velvoittavan tai muuten epäedullisen hallintotoimen tarkoituksenaan antaa myöhemmin uusi, peruutettavaa ankarampi tai muuten yksityiselle epäedullisempi hallintotoimi, ei ole mitenkään poissuljettu ajatus, että yksityisen luottamusta alkuperäisessä hallintotoimessa määritellyn rasituksen taakse tulisi suojata enimmäistasona.⁶³

Hallintotoimen edunsoovuus vs. velvoittavuus tunnistetaan tässäkin kohdin sen pääsäännön mukaan, jonka mukaan hallintotoimen luonne ratkeaa tarkastelemalla sen vaikutuksia *yksityisen näkökulmasta*.⁶⁴ Tämän johdosta jako edunsoovaan ja velvoittavaan perustuu itse asiassa peruutuksen muodostavan toimen vaikutukseen yksityisen intresseille. Esimerkiksi edunsoovan hallintotoimen myöhempi modifiointi yksityisen eduksi tulee arvioitavaksi yksityiselle edullisena peruuttamistoimena ikään kuin siinä olisi peruutettu yksityisen kannalta epäedullinen hallintotoimi.⁶⁵ Sääntelyn taustalle paikallistuu ajatus siitä, että yksityisen kannalta epäedullisen hallintoimen peruuttaminen on alkuperäiselle toimelle *actus contrarius* eli tässä kohdin edunsoova hallintotoimi, eikä tällaisena tarvitse erityisiä rajoituksia.⁶⁶

⁶¹ Blanke 2000, s. 174.

⁶² Forsthoff 1973, s. 261.

⁶³ Stelkens – Bonk – Sachs 1998, § 48 rn. 52–54.

⁶⁴ Juntunen 2008, s. 22.

⁶⁵ Maurer 2009, s. 288.

⁶⁶ Achterberg 1982, s. 596.

5.1.1.2 Peruutettavuuden rajoitukset

Peruutettavuuden lakisääteiset rajoitukset noudattavat perusteiltaan sitä luottamuksensuojan edellisessä luvussa tarkasteltua perusrakennetta⁶⁷, jonka perusta laskettiin ennen *VwVfG*:n säätämistä muotoutuneessa oikeuskäytännössä (ns. *Rücknahmerechtsprechung*).⁶⁸ Oikeuskäytännön perusidea kytkeytyi luottamuksen suojaamiseen: edunsoova lainvastainen hallintotoimi oli peruutettavissa lainalaisuuden nojalla vain, mikäli luottamuksensuojaperiaate ei toisin vaatinut. Luottamuksensuojan perusrakenne konkretisoitui hallinto-oikeuteen struktuuriina, jonka mukaan luottamusta oli suojattava, mikäli i) yksityinen oli hallintotoimen pysyvyyteen luottanut, ii) tämä luottamus oli suojaamisen arvoinen ja iii) hänen luottamuksensa suojaamiseen oli painavampi intressi kuin lainalaisuuden palauttamiseen peruuttamisen muodossa. Luottamusta ei katsottu ii) -kohdan tarkoittamalla tavalla suojaamisen arvoiseksi, mikäli yksityinen oli vaikuttanut toimen sisältöön epärehellisin tai vilpillisin keinoin, milloin hän oli tiennyt tai hänen olisi ainakin pitänyt tietää toimen lainvastaisuudesta tai milloin lainvastaisuuden katsottiin johtuvan yksityisen vastuupiirissä olevasta asiasta, kuten tietojenantovelvollisuuden laiminlyönnistä. Tätä kriteeristöä täydennettiin usein vaatimalla, että luottamuksen suojaaminen edellytti yksityisen toimintaa siten, että hän oli ryhtynyt luottamusta ilmaiseviin toimiin esimerkiksi disponointien muodossa.

Oikeuskäytännössä luottamuksen suojaaminen johti yleensä siihen, että *Rücknahme* oli mahdollista vain *ex nunc*; luottamusta jo toteutuneisiin asiantiloihin suojattiin *ex tunc* peruutettavuuden kiellolla. Milloin kyse oli yksityisen elinolosuhteiden kannalta olennaisesta luottamuksesta, jonka perusteella yksityinen oli ryhtynyt peruuttamattomiin muutoksiin elämässään, ei *Rücknahme* ollut poikkeuksellisesti edes *ex nunc* mahdollinen.⁶⁹

Oikeuskäytännön on katsottu olevan edelleen merkittävää *VwVfG*:n peruutussäännösten tulkinnassa, sillä niissä on historiallisesti arvioituna konkretisoitunut kodifioituun muotoon mainittu oikeuskäytäntö. Oikeuskäytäntö saa edelleen erityistä merkitystä niillä alueilla, jossa *VwVfG* ei syystä tai toisesta tule sovellettavaksi. Tosin uudemmassa oikeuskäytännössä on esimerkiksi *VwVfG* § 2 abs. 5)-kohdan perusteella peruutussäännösten soveltamisalan ulkopuolelle jääneen, *GG* § 120a:n tarkoittaman toisen maailmansodan rasituksia tasaavan ns. *Lastenausgleichsrechtin* kohdalla nimenomaisesti *erkaannuttu* tästä konstruktiosta

⁶⁷ Ks. luku 4.1.

⁶⁸ Blanke 2000, s. 188.

⁶⁹ Maurer 2009, s. 293.

kohti suhteellisuusvaatimuksen kattamaa *Zumutbarkeit*-arviota (BVerwG, Urteil vom 12.03.1987 - 3 C 16/86).⁷⁰

Näin esimerkiksi Maurer modifioi luottamuksensuojan edellä esitetyn perusrakenteen hallintotoimien luottamuksensuoja-arviointiin soveltuvaksi ottaen huomioon em. *Rücknahmerechtsprechungin* sekä sen, että toisin kuin lainsäätäjää vastaan suunnatussa arviossa, nyt käsillä on konkreetti soveltamistilanne sille leimallisine olosuhteineen, joihin luottamuksensuoja-arvio voidaan kohdistaa. Niinpä yleisen perusrakenteen *ensimmäisen osan* tosiasialliset edellytykset *suojaattavan luottamuksen (schutzwürdiges Vertrauen)* olemassaolosta täsmentyvät tässä kontekstissa muotoon, jossa (i) *yksityinen on luottanut edunsaovan hallintotoimen pysyvyyteen*, (ii) *hallintotoimella myönnetty etuus on kulutettu tai sitä vastaava disponointi on tehty* (iii) *eikä ole osoitettavissa syytä, jonka perusteella luottamuksensuoja olisi syytä torjua*.⁷¹ Edelleen suojaamisen arvoisen luottamuksen olemassaolon puolesta puhuvat esimerkiksi toimeen virheellisyyden syyn paikallistaminen viranomaisen vastuupiiriin, tietämättömyys virheestä, hallintotoimen tekeminen erikseen säännellyssä, oikeusvarmuutta korostavassa menettelyssä, alkuperäisen lainvastaisuuden korjaantuminen oikeustilan muutoksen myötä ja sellaiset henkilökohtaiset ja sosiaaliset olosuhteet, jotka kiinnittyvät lähinnä *Zumutbarkeit*-arvioon.⁷²

Mikäli suojaattavan arvoinen luottamus katsotaan olemassa olevaksi, siirrytään arviossa perusrakenteen toiseen osaan. Tämän *toisen, oikeudellisen* osan muodostaa oikeudellinen punninta julkisten ja yksityisten intressien välillä. Maurerin mukaan tässä on kyse – esitetystä ja esitettävissä olevista luetteloista huolimatta – yksittäistapauksellisesta kokonaisharkinnasta, jossa luottamuksensuojan subjektiiviselle puolelle, luottamuksen olemassaoloa tai sen puuttumista ilmaiseville tosiasioille, annetaan objektiivinen, oikeudellinen merkitys. Punninnassa asetetaan vastakkain hallinnon lainalaisuus esimerkiksi lainmukaisen olotilan palauttamisen merkityksessä ottamalla huomioon erityisesti lainvastaisen toimen pysyttämisen seuraamukset ja yksityisen luottamusintressi. Punninta-asetelmista on punninnan *in casu* luonteesta johtuen tehty vain varovaisia johtopäätöksiä: on esimerkiksi huomautettu, että rahamääräisten etuuskien kohdalla myös taloudelliset konsideraatiot voivat sinänsä toimia osana peruuttamista puoltavaa julkista intressiä.⁷³ On kuitenkin huomattava, että myös julkinen intressi voi puoltaa luottamuksen suojaamista: esimerkiksi elinkeinoluvan peruutus voi johtaa työpaikkojen menetykseen.⁷⁴ Keskeisin punnintaan kohdistuva rakenteellinen tekijä pe-

⁷⁰ BVerwG: *Zumutbarkeit der Rückgewähr überzahlter Rentenleistungen* (NVwZ 1989, s. 143).

⁷¹ Maurer HStR 2006, § 79, rn. 92.

⁷² Meyer 2000, § 48 rn. 91–98.

⁷³ Meyer 2000 § 48, rn. 89.

⁷⁴ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 93.

rustuu kuitenkin luottamuksensuojan valtiosääntöiseen statukseen, minkä johdosta varsin vakiintuneesti painotetaan, että julkinen intressi ei tässä kohdin omaa yleistä *prima facie*-etusijaa.⁷⁵

Konkretisoitua yleistä perusrakennetta oikeusdogmaattisena ilmiasuna edustava *VwVfG* § 48 2 momentin *sanamuoto* lähtee siitä, että lainvastaista hallintointia, joka perustaa edun tai oikeuden rahasuoritukseen tai jaettavissa olevaan muuhun kuin rahamääräiseen etuuteen (jakokelpoinen esinesuoritus) tahi on sellaisen edellytyksenä, ei saa peruuttaa, milloin edunsaaja on luottanut sen pysyvyyteen ja tämä luottamus on suhteessa julkiseen intressiin suojattavaksi katsottu. Tätä intressipunnintaa jäsentää säännöksessä seuraavan lauseen positiivinen luettelo pääsääntöisesti suojattavan arvoiseksi katsottavan luottamuksen tunnusmerkeistä sekä 3 momentin negatiivinen, suojaamisen arvoisen luottamuksen käsilläolon poissulkeva tunnusmerkistö.

Positiivisen luettelon sanamuodon mukaan luottamus on pääsääntöisesti *suo- jattavan arvoista*, mikäli edunsaaja on etuutensa kuluttanut tai muuten disponoinut etuudestaan kuten omaisuudestaan siten, että disponointia ei voi ilman koh- tuutonta haittaa peruuttaa. Kuluttamisella on tarkoitettu nautinnan ("*Nutzung*") jokaista sellaista muotoa, joka johtaa varallisuuden *pienenemiseen*.⁷⁶ Sen sijaan esimerkiksi rahanarvoisen etuuden muodon *muuntaminen* toiseksi varallisuus- eräksi, kuten esimerkiksi osakkeiksi, ei ole luonteeltaan vaatimuksen tarkoitta- maa kulutusta. Tulkinnan lähtökohtana tässä on pidetty *BGB* § 818 3. moment- tiin sisältyvän, perusteetonta rikastumista koskevan sääntelyn soveltamiskäytän- töä. Ajatuksena on tällöin tukeutua pikemminkin taloudelliseen kuin oikeudelli- seen analyysiin, ja tekemällä ero esimerkiksi helposti rahaksi muutettavan aktii- viomaisuuden ja toisaalta toisenlaisen pysyvyyden omaavan passiiviomaisuuden välillä kysyä, onko etuus kulutettu siten, että sen pois ottamatta jättäminen johtaa edunsaajan rikastumiseen. Toisaalta tälläkin tulkinnalla on etuuskien hyvinvoin- tivaltiolliseen luonteeseen liittyvät rajansa: esimerkiksi *elinolosuhteiden paran- tamista* ei ole katsottu "rikastumiseksi", vaan etuuden kulutukseksi.⁷⁷

Positiivinen luettelo ei ole luonteeltaan tyhjentävä, vaan arvion esimerkin- omaisia tai tyypillisiä, suojattavan arvoisen luottamuksen olemassaoloa indisoi- via tunnusmerkkejä luutteloiva. Sen ohella suojattavan luottamuksen olemassa- olo on katsottu voitavan perustaa esimerkiksi hallintotoimen tekemisestä kulu- neeseen pitkään aikaan ja jopa sellaisiin lähinnä itsenäiseen *Zumutbarkeit*-koh- tuusarvioon viittaaviin elementteihin kuin edunsaajan korkeaan ikään.⁷⁸ Positiiv-

⁷⁵ Stelkens – Bonk – Sachs 2008, § 48 rn. 138.

⁷⁶ Kopp – Ramsauer 2000, § 48 rn. 95.

⁷⁷ Stelkens – Bonk – Sachs 2008, § 48 rn. 142.

⁷⁸ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 48 rn. 145.

visen luettelon sääntelemien edellytysten täyttyminen ei kuitenkaan merkitse ehdotonta estettä luottamuksen suojaamisesta erkaantumiselle, vaan ainoastaan pääsääntöistä lähtökohtaa: *perusrakenteen toisen osan edellyttämän, säännöksen sanamuotoonkin kirjatun punninnan mukaisesti* erityisen painavaksi perusteltu julkinen intressi voi edelleen *in casu* perustella myös tällaisen toimen peruuttamisen.⁷⁹

5.1.1.3 Peruutettavuuden rajoitusten rajoitukset

Edunsaaja ei VwVfG § 48:n negatiivisen luettelon mukaan kuitenkaan voi vedota luottamukseensa, eli suojattavan arvoista luottamusta ei ole olemassa, milloin edunsaaja on i) saanut aikaan hallintoimen vilpillisellä menettelyllä, uhkauksella tai lahjonnalla, ii) vaikuttanut hallintotoimen lainvastaisuuteen olennaisesti väärillä tai epätäydellisillä tiedoilla tai iii) on tiennyt tai hänen olisi ainakin pitänyt tietää hallintotoimen lainvastaisuudesta. Sanamuodon mukaan lähtökohtana on se, että i)–iii)-kohdan tilanteissa kokonaan puuttuvaksi katsotusta suojattavasta luottamuksesta johtuen hallintotoimi on peruutettavissa *pääsääntöisesti ex tunc*. Luottamuksensuojaan sisältyvän punninnan valtiosääntöisestä kytkennästä seuraa kuitenkin se, että § 48:n ensimmäisen kohdan yleinen intertemporaalinen *ex nunc – ex tunc* -punninta on edelleen sovellettavissa.⁸⁰

Luottamuksensuojan poistavaa esimerkkiluetteloa ei ole pidetty oikeuskäytännössä luonteeltaan tyhjentävänä⁸¹, vaan sen on katsottu osoittavan ne tilanteet ja edellytykset, joiden vallitessa yksityinen ei ainakaan voi vedota luottamukseensa (*Negativkatalog*). Luottamuksensuojan perusrakenteen kaksiosaisesta heuristiikasta on toisinaan katsottu seuraavan, että luettelossa mainittujen edellytysten täyttyessä erillinen intressipunninta ei ole enää tarpeen, eikä sitä saakaan enää suorittaa, sillä lainsäätäjän on katsottu tämän punninnan jo (valtiosäännön asettamien vaatimusten kanssa yhteensopivasti) suorittaneen.⁸² Tästä huolimatta kuitenkin toisinaan huomautetaan, että vaikka näiden *poissuljenta*-kriteerien täyttyessä lähtökohdaksi palaa vapaa peruutettavuus 1. momentin tarkoittamassa merkityksessä, on sillekin konstruoitavissa edelleen joitain pysyvyyteen liittyviä rajoja ja näin myös välillisesti luottamusta tosiasiaassa suojaavia rajoituksia: esimerkiksi *Matthias Ruffertin* mukaan luottamuksensuojan sulkeutuessa negatiivikatalogin perusteella pois, harkintaa jää rajaamaan edelleen punninta *nyt samanarvoiseksi katsottavien*, peruuttamista puoltavan hallinnon *lainalaisuuden*, ja

⁷⁹ Erbguth 2011, § 16 rn. 16

⁸⁰ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 48 rn. 165.

⁸¹ BVerwGE 92, 81.

⁸² Blanke 2000, s. 202.

peruuttamista nyt enää *muodollisin perustein* vastaan puhuvan *oikeusvarmuuden* välillä.⁸³

Negatiivisen luettelon kahta ensimmäistä kohtaa yhdistää se vaatimus, että edunsaajan toiminnan on pitänyt olla paitsi kausaalisuhteessa hallintoimen laitomuuteen⁸⁴, myös edunsaajan vastuupiirissä. Ensimmäinen, vilpilliseen menettelyyn, uhkaukseen tai lahjontaan perustuva luottamuksen säännösperustainen raja-
 rajuus on yleensä katsottu valtiosääntöisesti ongelmattomaksi.⁸⁵ Olisikin vaikea perustella kantaa, jonka mukaan tällaisissa tilanteissa yksityiselle syntyisi oikeusjärjestyksen suojaama luottamus. Luottamukseen vetoamismahdollisuuden poistavan säännöksen soveltamiselle ei ole kuitenkaan asetettu edellytykseksi [rikosoikeudellisen] syyllisyysvaatimuksen täyttymistä. Luottamuksen ineksis-
 tenssi on katsottu mahdolliseksi myös esimerkiksi vastuuvapausperusteiden so-
 veltuessa.⁸⁶ Yleensä edellytykseksi on kuitenkin säännöksen aktiivista tekemistä edellyttävän sanamuodon ”*erwirken*” johdosta asetettu vaatimus kausaliteettia täydentävästä tarkoitus- tai tavoiteorientoituneesta teosta, jonka tarkoituksena on ollut tietyn oikeusseuraamuksen eli puheena olevan hallintotoimen aikaansaami-
 nen.⁸⁷

Myös toista rajausta eli tilannetta, jossa luottamus todetaan säännösperustai-
 sesti puuttuvaksi yksityisen antamien olennaisesti väärien tai epätäydellisten tietojen perusteella, arvioidaan samoista lähtökohdista. Yksityiselle vyörytettävä
 vastuu paikkansapitämättömien tietojen antamisesta on valtiosääntöisestä luotta-
 muksensuojanäkökulmastakin todettu lähtökohtaisesti ongelmattomaksi. Esi-
 merkiksi tuomiossa BVerfGE 59, 128 toistettiin nimenomainen ongelmatto-
 muuteen viittaava kanta: ”*Das Vertrauen auf den Fortbestand des Verwaltungs-
 aktes ist nach allgemeinen Grundsätzen über die Rücknahme begünstigender
 Verwaltungsakte nicht schutzwürdig, wenn der Begünstigte den Verwaltungsakt
 erschlichen hat, etwa durch unrichtige oder unvollständige Angaben oder Ver-
 schweigen rechtserheblicher Tatsachen [...]. Dies ist verfassungsrechtlich nicht
 zu beanstanden.*”

Myös tässä kohdin vastuu on lähtökohtaisesti rikosoikeudellisesta syyllisyys-
 arvioinnista riippumatonta,⁸⁸ joskin yleensä on edellytetty, että tietojen vääräys
 olisi *ainakin pitänyt* huomata.⁸⁹ Luottamuksensuojan rajauksen kannalta ilmeistä
 on, että *viranomaisen vastuupiirissä oleva tietojen vääräys* – esimerkiksi käytös-

⁸³ Ruffert 2010, s. 730.

⁸⁴ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 48 rn. 150-154.

⁸⁵ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 48 rn. 150.

⁸⁶ Kopp – Ramsauer 2000, § 48 rn. 100.

⁸⁷ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 48 rn. 150.

⁸⁸ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 92.

⁸⁹ Maurer 2009, s. 296

sä olevien lomakkeiden harhaanjohtavuudesta seuraava yksityisen erehtyminen – ei kuitenkaan perusta yksityiselle vastuuta annettujen tietojen vääryydestä luottamuksen riisuvan perusteen mielessä.⁹⁰ Vastaava kanta on omaksuttu virheellisen viranomaisneuvonnan johdosta annettuihin virheellisiin tietoihin.⁹¹

Edelleen luottamuksen voidaan katsoa puuttuvan säännöspäätöksessä kolmannen kohdan tarkoittamassa tilanteessa, jossa edunsaajan hallintopäätöksen adressaatti on tiennyt hallintotoimen lainvastaisuudesta tai hänen olisi ainakin pitänyt tietää siitä. Säännös erkaneekin aikaisemmasta *Rücknahmerechtsprechung*-oikeuskäytännöstä asettamalla yksityisen selonottovelvollisuuden laiminlyönnille oikeuskäytännössä edellytettyä korkeammat rajat: siinä missä aiemman oikeuskäytännön mukaan luottamusta pysyvyyteen ei ollut, mikäli adressaatin vähintäänkin olisi pitänyt tietää laittomuudesta, säännöksen sanamuoto kytkee tässä tapauksessa selonottovelvollisuuden tavallisen huolimattomuuden (*einfache Fahrlässigkeit*) asemesta törkeän huolimattomuuteen (*die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte*).⁹²

Vaikka selonottovelvollisuuden määrittelyssä on toisinaan viitattu myös nimienomaan rikosoikeudesta tutuksi katsottuun huolellisen miehen mittapuuhun⁹³, ei kyse tässäkin kohdin ole kuitenkaan rikosoikeudellisesta tuottamusarviosta, vaan määrittelyssä on viitattu jokseenkin vakiintuneesti siviilioikeudelliseen perustellun vilpittömän mielen konstruktion.⁹⁴ Arvion kiinnekohtana toimii hallintotoimen lainvastaisuus ja tietoisuus siitä, eikä niinkään sen taustalla oleviin tosiasioihin kohdistuva selonottovelvollisuus: *Der Ausschluß des Vertrauensschutzes gem. § 48 VWVFG § 48 Absatz II 3 Nr. 3 VwVfG setzt voraus, daß der Begünstigte die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Umstände, die zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes geführt haben und die Verletzung einer Anzeigepflicht genügen insoweit nicht*.⁹⁵ Poikkeuksellisesti esimerkiksi juristiprofession jäsenen voidaan kuitenkin katsoa omaavan sellaista asiantuntemusta, jonka johdosta hänen on perusteltua katsoa kykeneväksi päättämään hallintotoimen lainvastaisuuden vääjäämättömänä seurauksena sen taustalla olevista tosiasioista.⁹⁶

Säännöksen tarkoittaman törkeän huolimattomuuden on siten katsottu voivan olla käsillä lähinnä esimerkiksi silloin, kun toimen adressaatti jättää suoritta-

⁹⁰ Maurer 2009, s. 296

⁹¹ Stelkens – Bonk – Sachs 2008, § 48 rn. 157.

⁹² Stelkens – Bonk – Sachs 2008, § 48 rn. 159.

⁹³ Kopp – Ramsauer 2000, § 48 rn. 107.

⁹⁴ Stelkens – Bonk – Sachs 2008, § 48 rn. 161.

⁹⁵ BVerwG, Urteil vom 22-09-1993 - 2 C 34/91.

⁹⁶ Kopp – Ramsauer 2000, § 48 rn. 107.

matta yksinkertaisen, helposti käsiteltävän harkinnan kokonaan, ei reagoi mitenkään huomaamiinsa epäselvyyksiin tai kokemuinsa epäilyksiin, jotka kohdistuvat toimen laillisuuteen, tai silloin kun yksityinen jättää kriittisesti perehtymättä päätökseen kokonaan.⁹⁷

Luottamuksensuojakonstruktion kannalta keskeiseksi tässä kontekstissa nousee kysymys yksityisen selonottovelvollisuuden rajoista erityisesti suhteessa oikeusjärjestyksen sisältöön ja sen perusteella määrittyvään hallintotoimen sisällön laillisuuteen. Ilmeistä on, että esimerkiksi yrityksille, joilla on käytössään lainopillista asiantuntemusta, voidaan selonottovelvollisuus konstruoida verraten laajaksi luottamuksensuojan perusteiden järkkymättä.⁹⁸ Samanlaisia näkökohtia on liitetty elinkeinoharjoittajiin yleisemminkin, ainakin niiltä osin kuin arvio kohdistuu oman elinkeinotoiminnan kannalta merkitykselliseen lainsäädäntöön.⁹⁹ Tavallisten ihmisten kannalta lähtökohtana on kuitenkin ns. *Parallelwertung in der Laiensphäre*, joka viittaa arvioon, jossa lähtökohdaksi tunnustetaan se, että juristiprofession ulkopuolisten tuntemus *oikeusjärjestyksen sisällöstä* on yleensä varsin niukkaa, eikä tämän johdosta ole syytä arvioida keskivertokansalaisten selonottovelvollisuutta oikeusjärjestyksen sisällöstä ankarana poikkeuksettomaksi. Samanlainen arvio voidaan esittää *hallintotoimen sisällöstä* kohdistuvasta laillisuusarviosta: esimerkiksi Ossenbühlin käsityksen mukaan yksityisen huolellisuusvelvollisuutta ei tässä kohdin voi arvioida ulottuvaksi toisiasioita pidemmälle; yksityisten puutteellinen tuntemus oikeusjärjestyksen sisällöstä ja sen avulla tapahtuvasta hallintotoimen laillisuusarviosta asettaa tällaisen velvollisuuden kohteeksi joutuneen yksityisen mahdollomaan tilanteeseen.¹⁰⁰

Selonottovelvollisuuden rajat ovat kuitenkin olleet vilkkaan keskustelun kohteena, ja eikä oikeustila ole välttämättä yksiselitteinen: näin arvioidun selonottovelvollisuuden rajat eivät määrity yksin objektiivisin perustein esimerkiksi konstruoida oikeusjärjestykselle jonkinlainen kaikkien tuntemaksi edellytettävä minimisisältö, vaan huomioon otetaan myös subjektiivisia tekijöitä kuten henkilökohtaisuuksia ominaisuuksia ja kyky käsittää oikeudellisia asioita.¹⁰¹ Luottamuksensuojaan liittyvä lähtökohta kuitenkin määrittää myös tässä kohdin selonottovelvollisuuden laukeamisen kynnystä: ellei käsillä ole ilmeisiä syitä epäillä hallintotoimen lainvastaisuutta, ei toimen addressaatilla ole erityistä velvollisuutta suorittaa toimen itsenäistä laillisuusarviota.¹⁰² Yleistä velvollisuutta kääntyä toimen tehneen viranomaisen puoleen silloinkaan, kun yksityinen on

⁹⁷ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 48 rn. 161.

⁹⁸ Kopp – Ramsauer 2000, § 48 rn. 110.

⁹⁹ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 48 rn. 162.

¹⁰⁰ Ossenbühl 1965, s. 84.

¹⁰¹ Blanke 2000, s. 205.

¹⁰² Erichsen – Ehlers – Badura 2002, s. 345.

pitänyt toimen laillisuutta tulkinnanvaraisena, ei tämän säännöksen perusteella ole katsottu voitavan konstruoida.¹⁰³ Lähtökohtainen velvollisuus huolehtia hallintotoimen lainmukaisuudesta on edelleen viranomaisella; tätä velvollisuutta vastaa yksityisen lähtökohtainen oikeus luottaa siihen, että viranomainen on toimensa laillisesti tehnyt.¹⁰⁴ Vastaavasti todistustaakka tämän kohdan tarkoittamasta tietoisuuden, olemassa olevan tai edellytetyn, olemassaolosta on viranomaisella.¹⁰⁵

VwVfG § 48 3. momentti säätelee peruutettavuudesta muiden kuin 2. momentin tarkoittamien raha- tai esinesuoritusten kohdalla. Säännös kattaa laajan kirjon erilaisia hallintotoimia, joista esimerkkeinä mainitaan usein erilaiset lupapäätökset, vapautukset, oppilaaksi ottaminen, kansalaisuuspäätökset sekä jakamattomat esinesuoritukset.¹⁰⁶ Tämän 2. momentin soveltamisalan negaationa soveltamisalansa (*"sonstiger Verwaltungsakt"*) saavassa säännöksessä on omaksuttu 2. momentin pysyvyydensuojasta poikkeava perusratkaisu. Tällainen muu hallintotoimi on peruutettavissa VwVfG § 48 1. momentin harkintavallan puitteissa myös silloin, kun siihen kohdistuu suojaamisen arvoinen luottamus. Tällöin luottamuksensuojanäkökohdat tulevat otetuksi huomioon säännöksen edellyttämällä *rahallisella korvauksella*: luottamuksensuoja transformoituu 2. momentin edustamasta pysyvyydensuojasta omaisuudensuojaksi.¹⁰⁷

Korvauksen määrä määrittyy siviilioikeudellista luottamusintressiä vastaavaksi. Tämä tarkoittaa sitä, että korvattavaksi tulee se vahinko, joka toimen addressaattille on syntynyt siitä, että viranomainen on tehnyt virheen, ja addressaatti on luottanut tämän virheen tuloksena syntyneen toimen pysyvyyteen:¹⁰⁸ tarkoitus on asettaa addressaatti asemaan, jossa hän olisi, mikäli lainvastaista toimea ei olisi tehty lainkaan.¹⁰⁹ Esimerkkinä mainitaan usein erilaiset suunnittelukustannukset ja sellaiset hankinnat, jotka eivät ole hyödynnettävissä muuhun tarkoitukseen.¹¹⁰ Säännökseen otetun rajoituksen mukaan korvausvelvollisuus ei kuitenkaan ulotu tätä laajempaan positiiviseen pysyvyyden intressin suojaamiseen, jossa korvaus määrittäisi sen mukaan, minkälainen tapahtumankulku *olisi odotettavissa toimen pysymisen* myötä: näin esimerkiksi lainvastaisen elinkeinoluvan peruuttamisesta ei seuraa korvausvelvollisuutta tulevista, peruuttamisen myötä saamatta jäävistä tuotoista.¹¹¹

¹⁰³ Juntunen 2008, s. 26.

¹⁰⁴ Kopp – Ramsauer 2000, § 48 rn. 110.

¹⁰⁵ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 48 rn. 164.

¹⁰⁶ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 48 rn. 176, Blanke 2000, s. 179.

¹⁰⁷ Ruffert 2010, s. 731.

¹⁰⁸ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 48 rn. 191.

¹⁰⁹ Meyer 2000, § 48 rn. 115.

¹¹⁰ Kopp – Ramsauer 2000, § 48 rn. 128.

¹¹¹ Meyer 2000, § 48 rn. 115.

Säännöksen sanamuoto edellyttää korvattavuudelta kuitenkin toimen pysyvyyteen kohdistuvaa suojaamisen arvoista luottamusta. Säännökseen on edellisen momentin tavoin rakennettu jo sanamuotoon sisälle ajatus subjektiivisen luottamuskomponentin suojattavuuden määrittymisestä suhteessa julkiseen intressiin, ja säännöksessä on myös nimenomainen viittaus luottamuksen olemassaolon poissulkevan, edellisen momentin negatiivisen luettelon soveltumisesta myös tähän arvioon. Punninnan ero edelliseen momenttiin kytkeytyy lähinnä siihen, että julkinen intressi ei tässä kohdin sisällä välttämättä samanlaista mahdollisuutta fiskaalisten tai julkisyhteisön muiden taloudellisten intressien painotukseen kuin 2. momentin tarkoittamien etuuksien kohdalla.¹¹² esimerkiksi harkintavallan käytön on katsottu olevan virheellistä ainakin silloin, kun harkintaa peruuttamisesta ohjaisi tarkoitus ylläpitää lainvastaista olotilaa korvattavuuden julkiselle vallalle aiheuttamien kustannusten välttämiseksi.¹¹³

Alun perin pysyvyydensuojan muuttuminen omaisuudensuojaksi on tässäkin kohdin nähty perustelluksi erityisesti siksi, että muiden kuin taloudellisten etuuksien yhteys valtiovalan käyttöön on nähty kiinteämmäksi ja tästä johtuen relativisempaa pysyvyyttä tarvitseväksi. Samoin on huomautettu, että negatiivisin perustein soveltamisalansa saava ryhmä kattaa niin monenlaisten intressikonstellatioiden kirjon, että olisi vaikea perustella 2. momentin kaltaista pysyvyydensuojaa.¹¹⁴

Toisaalta ero on myös jossain määrin näennäinen: on huomautettu, että mikäli 3. momentin tarkoittamaa luottamuksensuojan turvaamista rahamääräisellä korvauksella sovellettaisiin myös 2. momentin tarkoittamiin etuuksiin, olisi lopputulema kuitenkin sama, sillä intressi korvauksen saamiseen samastuu perusteiltaan ja määrältään rahamääräisen etuuden pysyvyyteen.¹¹⁵ Näin myös erotte-lun alkuperäinen tausta-ajatus on kiistetty, ja esimerkiksi Ruffert huomauttaa lähinnä vain praktisten syiden edellyttävän sen ylläpitoa nykyisin¹¹⁶.

Joka tapauksessa 3. momentin valtiosääntöisestä perusteltavuudesta on käyty keskustelua, jonka keskeisenä sisältönä on ollut tavallisesti osoittaa, miten omaisuudensuoja ja siihen liittyvä täyden korvauksen periaate ovat ristiriidassa mainitun sääntelymallin kanssa.¹¹⁷ Vakiintuneena kantana kuitenkin on, että lainsäätäjän valitsema malli suojata luottamusta tässä kohdin ainoastaan korvauksella ei ole ristiriidassa valtiosääntöisen luottamuksensuojan kanssa.¹¹⁸ Keskeisin perus-

¹¹² Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 48 rn. 192.

¹¹³ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 48 rn. 185–186.

¹¹⁴ Blanke 2000, s. 180.

¹¹⁵ Kopp – Ramsauer 2000, § 48 rn. 119.

¹¹⁶ Ruffert 2010, s. 731.

¹¹⁷ Blanke 2000, s. 182–187.

¹¹⁸ Blanke 2000, s. 181.

telu liittyy kytkentään lunastusinstituutioon: esimerkiksi Maurer lähestyy ongelmaa *a fortiori* päättelyllä: kun yksityisellä on usein valtiosäännön kanssa yhteensopivaksi katsottu velvollisuus luopua lainmukaisista oikeusasemistaan korvausta vastaan, miksi yksityisille asetettava vastaava velvollisuus olisi lainvastaisiin oikeustiloihin kohdistuvana ongelmallinen?¹¹⁹

Vallitsevan kannan puitteissa on kuitenkin huomautettu, että eräissä tilanteissa korvaus saattaa olla luottamuksensuojan näkökulmasta riittämätön suoja. Tähän on viitattu erityisesti sellaisten immateriaalisten oikeushyvien kuten kansalaisuuden, nimenvaihdoksen tai hyväksytyn tenttisuorituksen perustavan hallintotoimen kohdalla.¹²⁰ Jotta sääntely täyttäisi näiltäkin osin valtiosääntöisen luottamuksensuojan vaatimukset, on tällaisissa tilanteissa tavallisesti konstruoitu pysyvyydensuoja ensimmäisen momentin mukaista harkintavaltaa rajoittamalla.¹²¹ Kyseeseen tulee jopa harkintavallan kutistuminen olemattomiin, mikäli korvausta ei katsota luottamuksen riittäväksi suojaksi.¹²² Mikäli lainsäätäjän kuitenkin katsotaan täyttäneen luottamuksensuojaan perustuvat vaatimukset jo VwVfG § 48:n sanamuodossa, oikeusperusteena toimii tällöin luottamuksensuojan asemesta suhteellisuusperiaate.¹²³ Ajatus saa tukea valtiosääntötuomioistuimen käytännöstä, jossa on edellytetty suhteellisuusperiaatteen rakenteistamaa punnintaa joka tapauksessa: *”Auch für die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte gilt nach § 48 VwVfG, den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts und dem im Rechtsstaatsprinzip enthaltenen Grundsatz des Vertrauensschutzes, daß in jedem Falle das Vertrauen des Begünstigten auf den Bestand des Verwaltungsaktes gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme abzuwägen ist.”*¹²⁴ Harkintavaltaopin kritiikki kuitenkin huomauttaa tällaisen kiertotien olevan vastoin säännöksen perussystematiikkaa, joka on kuitenkin katsottu yhteensopivaksi valtiosääntöisen luottamuksensuojaperiaatteen kanssa.¹²⁵

5.1.2 Luottamuksensuoja ja lainmukainen hallintotoimi

Valtiosääntöiset ongelmat aktualisoituvat kuitenkin välittömämmin standardimallin toisen osan kohdalla. Toisen osan perussäännös, VwVfG § 49 *”Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes”* sääntelee alun perin laillisen hallintotoimen peruuttamista. Siinä missä § 48:n tarkoittamassa peruutuksessa on kyse

¹¹⁹ Maurer 1977, s. 244.

¹²⁰ Blanke 2000, s. 182.

¹²¹ Maurer 2009, s. 298.

¹²² Kopp – Ramsauer 2000, § 48 rn. 122.

¹²³ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 48 rn. 182.

¹²⁴ BVerfGE 59, 128.

¹²⁵ Ruffert 2010, s. 731.

virheiden korjaamisesta, tässä on kyse ajallisesta sopeuttamisesta muuttuneisiin olosuhteisiin.¹²⁶ Näin myös lainalaisuuden – ja tähän kytköksissä olevien muiden oikeusvaltiollisten vaatimusten – suhde § 49:n tarkoittamaan peruuttamiseen on toisenlainen kun § 48:n kohdalla. Schwarzin sanoin: siinä missä lainalaisuuden voitiin katsoa edellyttävän lainvastaisen päätöksen peruuttamista, lainmukainen päätös voi olla peruutettavissa lainalaisuudesta huolimatta.¹²⁷ Luottamuksensuojan ja lainalaisuuden lähtökohtainen, § 48:n rakennetta määrittävä konflikti ka-
toaa¹²⁸ ja luottamuksensuoja ja laillisuusvaatimukset asettuvat samaan suuntaan viittaaviksi, toisiaan vahvistaviksi oikeusnormeiksi.¹²⁹ Konflikti voi kuitenkin saada uudelleen merkitystä, mikäli kyse on tilanteesta, jossa alun perin laillinen hallintotoimi muuttuu esimerkiksi oikeustilan muutoksen myötä yhteensopimattomaksi voimassa olevan lain kanssa.¹³⁰

Myös tässä kohdin historiallinen kehitys on palautettavissa alkutilaan, vapaa-
seen peruutettavuuteen. Tätä lähtökohtaa rajoitettiin kuitenkin oikeuskäytännös-
sä kahdella eri poikkeuksella. Peruutettavuus poistui, mikäli hallintotoimi koh-
distui olemassa olevaan oikeuteen¹³¹: tällainen tilanne oli käsillä ainakin silloin,
kun hallintotoimi oli perustanut tai toteuttanut ns. julkisen subjektiivisen oikeu-
den, tai toimen perusteella oli jo ryhdytty toimenpiteisiin (*”ins-Werk-gesetzt”*),
esimerkiksi rakennuslupan perusteella ryhdytty rakentamaan.¹³²

VwVfG § 49 soveltuu sanamuotonsa mukaan tilanteisiin, joissa on kyse alun
perin lainmukaisen päätöksen peruuttamisesta. Koska siinä säädellyt edellytyk-
set ovat § 48:ssä säädettyjä *tiukempia*, on kuitenkin yleensä katsottu, että mikään
ei estä soveltamasta sitä myös lainvastaisen hallintotoimen peruuttamiseen edes
niissä tilanteissa, joissa § 48:n tarkoittama *Rücknahme* ei ole luottamuksensuo-
jan vuoksi mahdollista lainkaan.¹³³ Vastakkainen tulkinta merkitsisi sitä, että §
49:n *Widerruf*-edellytysten täytyessä *lainvastaisille hallintotoimille annettaisiin
enemmän suojaa kuin lainmukaisille*.¹³⁴ Viranomaisen ei siten § 49:n peruutus-
edellytysten täytyessä tarvitse käsitellä kysymystä lainvastaisuudesta periaat-
teissa lainkaan.¹³⁵

Johtuen päätösten alkuperäisestä lainmukaisuudesta eroaa sääntelyn perusra-
kenne § 48:n perusratkaisuista. VwVfG § 49 nimittäin sääntelee erikseen ne

¹²⁶ Maurer HStR 2011, § 79 rn. 87.

¹²⁷ Schwarz 2001, s. 328.

¹²⁸ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 49 rn. 2.

¹²⁹ Maurer 2009, s. 307.

¹³⁰ Maurer 2009, s. 307.

¹³¹ Forsthoff 1973, s. 265–267.

¹³² Maurer HStR 2006, § 79 rn. 100.

¹³³ Meyer 2000, § 49 rn. 18.

¹³⁴ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 49 rn. 6.

¹³⁵ Meyer 2000, § 49 rn. 18.

edellytykset, joiden täyttyessä *Widerruf* on mahdollinen. Näiden edellytysten katsotaan nykyisin olevan poikkeuksia pääsäännöstä, lähtökohtaisesta lainmukaisten edunsuovien päätösten pysyvyydestä.¹³⁶ Historiallinen vapaa peruuttavuus on tässä kohdin lakannut olemasta.¹³⁷ Taustaksi tälle irtiitolle esitetään yleensä nimenomaan perustuslakiin kiinnittyvä luottamuksensuoja, jonka katsotaan tässä kohdin olevan valtiosääntöisen merkityksensä ydinalueella.¹³⁸ Mikäli *Widerruf* puuttuu perusoikeuksien kannalta merkityksellisen hallintotoimen pysyvyyteen, katsotaan luottamuksensuojan edellyttävän *Widerrufin* käsittelemistä vapauteen kohdistuvana perusoikeusrajoituksena¹³⁹: näin myös *Widerrufin* edellytykset on muotoiltava valtiosääntöisistä syistä *enumeratio*-luetteloksi, jonka tulkintaan kohdistuu muun ohella myös suhteellisuusvaatimus.¹⁴⁰ Tämän johdosta sitä on sovellettaessa tulkittava lähtökohtaisesti suppeasti;¹⁴¹ laajentava tulkinta esimerkiksi analogian muodossa on poikkeuksellisesti mahdollista tilanteissa, joissa hallintotoimen ylläpito vaarantaisi jonkun muun perustavanlaatuisen perustuslakiin palautuvan oikeudellisen arvon toteutumisen.¹⁴²

Luettelon *enumeratio*-luonteesta johtuen on toisinaan esitetty, että *Widerruf* ei toisin kuin *Rücknahme* ole käsitettävissä riippuvaiseksi yksittäistapauksellisesta luottamuksensuojapunninnasta I: ajatuksena on korostaa lainsäätäjän toimivaltaa esittämällä, että lainsäätäjä on tämän punninnan jo abstraktilla tasolla suorittanut.¹⁴³ Tulkinta ei kuitenkaan ole ehdoton: edelleen on esitetty kantoja, jonka mukaan valtiosääntöinen luottamuksensuojaperiaate edellyttää tässäkin kohdin *Verfassungsrangin* mukaista asemaa, jonka sisältöä lainsäätäjä ei ole toimivaltainen lopullisesti määrittämään.¹⁴⁴ Luottamuksensuojanäkökohdat painottuvat kuitenkin joka tapauksessa edelleen siinä perusoikeusjärjestelmän valossa ilmeisessä seikassa, että näitä edellytyksiä on tulkittava suppeasti ja *enumeratio*-periaatteella vain yksityisen vahingoksi. Kun viranomaisella ei ole säännöksen mukaan velvollisuutta peruuttamisen, voi viranomainen jättää peruuttamisen toimittamatta esimerkiksi luottamuksensuojanäkökohtien valossa erikseen säädettyjen edellytysten täyttyessäkin,¹⁴⁵ joskin erityislainsäädännössä on usein säännelty velvollisuudesta käyttää peruuttamistoimivaltaa.¹⁴⁶

¹³⁶ Blanke 2000, s. 206–207.

¹³⁷ Ruffert 2010, s. 736.

¹³⁸ Blanke 2000, s. 207.

¹³⁹ Schwarz 2001, s. 328, Maurer HStR 2006, § 79 rn. 105.

¹⁴⁰ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 49 rn. 29–31.

¹⁴¹ Achterberg 1982, § 23 rn. 78.

¹⁴² Kopp – Ramsauer 2000, § 49 rn. 26.

¹⁴³ Maurer 2009, s. 307.

¹⁴⁴ Kopp – Ramsauer 2000, § 49 rn. 29.

¹⁴⁵ Maurer 2009, s. 307.

¹⁴⁶ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 49 rn. 10.

Edelleen on huomautettu, että perusteet ovat yhteydessä materiaaliseen oikeuteen siten, että ne eivät perusta yleistä, aineellisesta oikeudesta riippumatonta toimivaltaa peruutukseen. Esimerkiksi tällaisesta kytkennästä on mainittu, että peruutustoimivaltaa ei saa käyttää, vaikka *VwVfG* § 49 tilanteeseen soveltuisikin, mikäli aineellisesta lainsäädännöstä johtuen sama toimi olisi saman sisältöisenä suoritettava uudelleen yksityisen vaatimuksesta.¹⁴⁷ Säännöksen sanamuotoonkin kirjattu rajoitus perustellaan yleensä sillä, että vastakkainen kanta merkitsisi sitä, että *Rücknahme*-sääntely merkitsisi asiallisesti toimivaltaperustetta olla täyttämättä lakiperustaisia velvollisuuksia yksityisten oikeuksia kohtaan.¹⁴⁸

Näiden lähtökohtien valossa ei ole mitenkään yllättävää, että yksittäistenkin poikkeusten valtiosääntöisestä perusteltavuudesta ja tulkinnasta on käyty vilkasta keskustelua.¹⁴⁹ Keskustelu käydään *VwVfG* § 49:n sanamuodon asettamissa puitteissa. Tämän säännöksen on katsottu luoneen eriytyneen ja varsin monimutkaisen mekanismin, jossa yksityisen luottamus ja hallinnon intressi muutettavuuteen saavat moninaisia painotuksia kahdella eri tasolla, abstraktin ja konkreetin luottamuksensuojan merkityksessä. Abstraktilla viitataan tässä luottamuksen suojaamiseen peruutettavuutta rajoittamalla, konkreetilla taas korvattavuutta peruutuksen ollessa mahdollista abstraktista huolimatta.¹⁵⁰

Säännöksen ensimmäisen momentin mukaan määrittyy valtiosääntöisesti ongelmatomaksi katsottava peruutusmahdollisuus, joka koskee muita kuin edunsuovia hallintotoimia (*„rechtmäßiger nicht begünstigender Verwaltungsakt“*). Negatiivisella määrittelyllä on tarkoitettu laajempaa kuin yksin velvoittavaan hallintotoimeen liittyvää tulkintaa; ensimmäisen momentin tarkoittaman *ex nunc*-peruutettavuuden on tarkoitus kattaa kaikki yksityiselle epäedulliset toimet.¹⁵¹

Sitä vastoin edunsuoviin toimiin kohdistuvat perusteet jakautuvat kahtia intertemporaalisessa *ex tunc* – *ex nunc* -ulottuvuudessa. Toisen momentin perusteet ovat luottamuksensuojaan perustuvista rajoituksista johtuen sovellettavissa vain *ex nunc*. Vuonna 1996 säädetyin kolmannen momentin tarkoittamissa tapauksissa, joissa on kyse lähinnä tiettyyn tarkoitukseen myönnettyjen avustusten käyttämisestä niiden käyttötarkoituksen vastaisesti, on peruutus mahdollista myös *ex tunc*.¹⁵² Toisenlaisen jaon muodostaa peruutusperusteiden suhde luottamuksensuojaan. Luottamus tulee suojattavaksi joko pysyvyydensuojana tai korvauksena pysyvyyden menettämisestä niissä tapauksissa, joissa peruuttamisen oikeuspe-

¹⁴⁷ Kopp – Ramsauer 2000, § 49 rn. 2.

¹⁴⁸ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 49 rn. 22.

¹⁴⁹ Blanke 2000, s. 207–220.

¹⁵⁰ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 104.

¹⁵¹ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 49 rn. 18.

¹⁵² Maurer 2009, s. 310.

rusta ei ole yksityisen vastuupiirissä tai muuten yksityiselle hallintotoimen syntäjäjakohtana ennakoitavissa.¹⁵³

Toisen momentin *ensimmäinen peruste* ei ole lähtökohtaisesti ongelmallinen luottamuksensuojan kannalta. Perusteen mukaan hallintotoimi voidaan peruuttaa, mikäli siihen on erillinen, yksityistä velvoittavaan oikeusnormin perustuva toimivaltaperusta. Tämän edellytyksen täyttää varsinaisen lain ohella myös alemman tasoinen oikeusnormi. Kun yksityistä velvoittava oikeusnormi ei lähtökohtaisesti tule yksityiselle ennakoimattomana yllätyksenä, ei perusteen ole katsottu ainakaan *in abstracto* olevan ristiriidassa valtiosääntöisen luottamuksensuojan kanssa. Tosin tähän on liitetty reunaehto, jonka mukaan tällaisen sääntelyn on oltava perusteltavissa muiden aineellisten peruutusedellytysten valossa.¹⁵⁴ Edelleen ennakoitavuuden vaatimus voi täyttyä vain, mikäli normi kuuluu ns. *Aussenrechtin* piiriin eli niiden varsinaisten oikeusnormien joukkoon, jotka voivat saada tehokkaita oikeusvaikutuksia suhteessa hallinnon ulkoiseen tahoon ja täyttävät luottamuksensuojan riisumiselle tarpeellisen läpinäkyvyyden ja julkisuuden. Tälle tulkinnalle vastakkainen kanta merkitsi hallinnolle täysimääräistä kompetenssia rajoittaa valtiosääntöistä luottamuksensuojaa omalla sisäisellä norminannollaan¹⁵⁵. Tällainen tulkinta kuitenkin muuttaa ensimmäisen perusteen lähinnä viittaussäännökseksi,¹⁵⁶ joskaan ei kuitenkaan merkitse sitä, että muualla säädetty peruste loisi toimivallan mielivallan harjoittamiseen. Varsin vakiintuneesti on nimittäin katsottu, että peruuttamisharkinnassa on tässäkin tapauksessa otettava kantaa esimerkiksi luottamuksensuojaan ja suhteellisuusvaatimukseen, ellei erityislainsäädännön peruutusvelvollisuutta ole säädetty ehdottomaksi.¹⁵⁷

Edelleen samaan *ensimmäiseen perusteeseen* kuuluu mahdollisuus peruuttaa hallintotoimi vetoamalla hallintotoimen sisältöön kuuluvaan varaukseen, esimerkiksi hallintopäätökseen sisältyvään peruutusehtoon. Vakiintuneesti on katsottu, että hallintotoimen addressaatille konstruoitu, hänelle tiedoksiannettuun toimeen kohdistuva selonottovelvollisuus ei ole tässä suhteessa ongelmallinen: yksityisen on edellytetty perehtyvän hallintopäätöksen ehtoihin.¹⁵⁸ Puhtaan muodollisesta ennakoitavuusnäkökulmasta on katsottu, ettei ehdon tarvitse välttämättä olla edes laillinen¹⁵⁹: laitton ehto siinä missä laillinenkin on hallintotoimen

¹⁵³ Meyer 2000, § 49 rn. 90.

¹⁵⁴ Kopp – Ramsauer 2000, § 49 rn. 32.

¹⁵⁵ Blanke 2000, s. 208.

¹⁵⁶ Meyer 2000, § 49 rn. 41.

¹⁵⁷ Meyer 2000, § 49 rn. 42.

¹⁵⁸ Ossenbühl 1965, s. 84.

¹⁵⁹ Kopp – Ramsauer 2000, § 49 rn. 37.

osana tullut addressaatin tietoon luottamuksen poistavin oikeusvaikutuksin.¹⁶⁰ Tämän johdosta myöskään ehdon olemassaolon sivuuttavan, viranomaisen harkintavallan käyttöön kohdistuvan spekulatiivisen ylitoiveikkuuden on katsottu olevan luonteeltaan muuta kuin suojaamisen arvoista luottamusta.¹⁶¹

Toisaalta *ensimmäisen perusteen* kattamiin ehtoihin sisältyy piirre, joka liittyy erityisesti Maurerin ajattelussa luottamuksensuojan redusoimiseen hallintotoimen käsitteellisen relativoinnin avulla: hallintotoimen pysyvyyttä määrittää toimi itse. Luottamuksensuojan valtiosääntöinen kytkentä huomioiden konstruktiassa on osoitettu olevan vaaransa¹⁶²; varsinkin kun tästä valtiosääntöisestä kytkennästä johtuen hallintotoimen stabiloivan funktion relativointi ei edes ole lainsäätäjän vapaassa harkinnassa, saati sitten hallinnon.¹⁶³ Tosin esimerkiksi Schwarz huomauttaa tällaisen kritiikin olevan perustetonta. Kun luottamuksensuojaan ei sisälly yleistä kontinueettivaadetta valtiosääntöisenä vaatimuksena, joka oikeudellisesti kaventaisi lainsäätäjän tai hallinnon *pro futuro* toimivaltaa, ei tällaiselle kritiikille ole perustetta: suojattavaa luottamusta ei ole syntynyt eikä synny, milloin hallintotoimen pysyvyyden rajoitus perustuu transparenttiin instrumenttiin, lainsäädäntöön tai yksityiselle osoitettuun hallintotoimen ehtoon.¹⁶⁴

Hallintotoimen ehdon täyttämättä jättäminen muodostaa *toisen perusteen* lainmukaisen edunsuovan hallintotoimen peruuttamiselle. Peruste on luottamuksensuojasta erkaantumisen näkökulmasta miltei identtinen edellisen perusteen kanssa, hallintotoimen ehto addressaatille näkyvänä pysyvyyden rajoituksena poistaa mahdollisuuden vedota luottamuksen syntymiseen.¹⁶⁵ Ehdon ei tämän luottamuksen poistavan vaikutuksen aikaansaadakseen tarvitse olla edes laillinen,¹⁶⁶ joskin lainvastaisen ehdon käyttöä peruutusperusteena on toisinaan pidetty *virheellisenä harkintavallan käyttönä*.¹⁶⁷ Kun kyseessä on kuitenkin yleensä hallintotoimen addressaatin laiminlyönnistä seuraava, addressaatin näkökulmasta ankara seuraamus, on suhteellisuusperiaatteelle annettu korostunut merkitys: usein viitataan peruuttamisen tällä perusteella olevan *ultima ratio* -vaatimuksen alainen.¹⁶⁸ Tässä kohdin voidaan huomata yhteyksiä suhteellisuusperiaatteeseen sisältyvään ajatukseen yleisen ennakoitavuuden vaatimuksen ja *Zumutbarkeitin* samastumisesta. Esimerkiksi muiden kuin addressaatin vastuupiirissä olevien

¹⁶⁰ Schwarz 2001, s. 331.

¹⁶¹ Blanke 2000, s. 210.

¹⁶² Maurer HStR 2006, § 79 rn. 107.

¹⁶³ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 112.

¹⁶⁴ Schwarz 2001, s. 330–332.

¹⁶⁵ Blanke 2000, s. 211.

¹⁶⁶ Kopp – Ramsauer 2000, § 49 rn. 39.

¹⁶⁷ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 49 rn. 48.

¹⁶⁸ Kopp – Ramsauer 2000, § 49 rn. 39.

laiminlyöntien ei ole aina tämän johdosta katsottu muodostavan hyväksyttävää perustetta peruutukselle.¹⁶⁹

Sen asemesta *kolmas peruste*, joka on käytännössä tärkein peruste ja joka on katsottu kuuluvaksi luottamuksensuojandoktriinin nimenomaiseen ytimeen,¹⁷⁰ sisältää peruutusmahdollisuuden *muuttuneiden olosuhteiden perusteella*. Säännöksen sanamuodon mukaan hallintotoimen saa peruuttaa, mikäli sen myöntämisen jälkeen tapahtunut tosiasia olisi toimen tekemisen aikana oikeuttanut olemaan tekemättä kyseistä hallintotoimintaa. Puhutaan eräänlaisesta hypoteettisesta kausaliteetista.¹⁷¹ Siinä missä edellisissä perusteissa luottamuksen suojattavan merkityksen poistava peruste oli rakennettu perusteeseen sisään puuttuvan ennakoitavuuden muodossa, muodostaa nyt käsillä oleva peruste suoranaisten ennakoimattoman muutoksen hallintotoimen pysyvyyteen: perusteen soveltamisen edellytyksenä ei ole, että olosuhteiden muutos olisi addressaatin vastuupiirissä.¹⁷² Toisaalta on katsottu selväksi, että kukaan ei voi luottaa tosiasioiden pysymiseen muuttumattomina. Tämän vastuukonfliktin johdosta muuttuneiden olosuhteiden merkitys kaipaakin tuekseen riskinjakosääntelyä, ja tämän sääntelyn taustalle sijoittuva valtiosääntöinen luottamuksensuoja edellyttää lähtökohtaisesti kunnioitettavaksi yksityisen luottamusta hallintotoimen pysyvyyteen myös muuttuneiden olosuhteiden johdosta.¹⁷³

Vastakkaisen lähtökohdan omaksuminen merkitsisi myös edellä esitetyn hallintotoimelle usein ensisijaiseksi funktioksi nähdyn oikeussuhteen stabilointitehtävän olennaista relativoitumista. Tosin tämä stabilointifunktio ei ole, kuten tutkimuksen kuluessa on käynyt ilmeiseksi, absoluuttinen: ajatuksen ilmauksena toimii tässä kohden se raja, jonka mukaan peruutus muuttuneiden olosuhteiden perusteella ei ole ollenkaan mahdollinen silloin, kun hallintotoimen tarkoituksena on nimenomaan stabiloida hallintotoimen tekoajankohdan olosuhteet tulevaisuuteen, kuten esimerkiksi rakennusluvassa.¹⁷⁴ Yleisemmällä tasolla luottamuksensuojan kunnioitus näkyy siinä, että peruutus on tässä kohdin lainsäätäjän omaksuman riskinjakoratkaisun perusteella mahdollinen vain sen säännöksen kirjatun lisäedellytyksen vallitessa, että peruuttamatta jättäminen vaarantaisi julkisen edun. Kyse ei ole mistä tahansa abstraktista vaarantumisesta, vaan nimenomaan muuttuneen olosuhteen aiheuttamasta konkreetista uhasta yleiselle edulle.¹⁷⁵ Peruuttamiseen ei tämän johdosta voi kuitenkaan ryhtyä, mikäli pe-

¹⁶⁹ Blanke 2000, s. 212.

¹⁷⁰ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 103.

¹⁷¹ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 49 rn. 66.

¹⁷² Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 49 rn. 59–60.

¹⁷³ Blanke 2000, s. 215.

¹⁷⁴ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 49 rn. 67.

¹⁷⁵ Meyer 2000, § 49 rn. 51.

ruuttaminen ei ole suhteellisuusvaatimuksen tarkoittamalla tavalla asianmukainen ja välttämätön toimi uhan poistamiseksi.¹⁷⁶ Säännöksen tarkoittamien julkisten etujen kirjo on laaja. Esimerkiksi on usein mainittu kansanterveyteen ja nuorison suojelemiseen liittyvät edut sekä fiskaaliset intressit.¹⁷⁷

Julkiseen etuun kytkeytyvän lisäedellytyksen johdosta säännös on oikeuskäytännössä tulkittu yhteensopivaksi valtiosääntöisen luottamuksensuojan asettamien vaatimusten kanssa. Lainsäätäjän toimintavapautta korostava ajatus johtaa siihen, että luottamuksensuojanäkökohdat voivat ohjata säännöksen soveltamista peruuttamiseen ryhtymiseen käytettävissä olevan harkintavallan puitteissa vain silloin, kun säännöksen yleinen korvausmekanismi ei erityisestä syystä ole riittävä tae luottamuksensuojan riittävyydelle.¹⁷⁸

Neljäs peruste, peruutusmahdollisuus oikeustilan muutoksen perusteella omaa yhteisiä piirteitä edellisen kanssa. Peruutusperusteen tarkoittaman *oikeustilan* muutoksen on vakiintuneesti katsottu tarkoittavan muutosta hallinnonulkopuoliseen oikeusvaikutuksia aikaansaavassa ns. *Aussenrechtissä*; kirjoitetussa oikeusnormistossa ja oikeusperiaatteissa. Sitä vastoin oikeuskäytännön muutoksen tai hallinnon sisäisen normin sisällön muuttamisen ei ole katsottu olevan tässä tarkoitettu oikeustilan muutos.¹⁷⁹ Säännökseen kuuluu edellisen perusteen kanssa identtinen vaatimus siitä, että hallintotoimen saa peruuttaa vain, mikäli sen myöntämisen jälkeen muuttunut oikeustila olisi toimen tekemisen aikana oikeutanut olemaan tekemättä kyseistä hallintotoimintaa, ja säännös sisältää myös vastaavankaltaisen yleisen edun vaarantumiseen kytkeytyvän lisäedellytyksen, jonka tulkinnassa voidaan nojautua edellisen perusteen kanssa identtisiin lähtökohtiin.¹⁸⁰ Säännöksen luottamuksensuojaan perustuva justifikaatio näkyy kuitenkin siinä, että mikäli hallintotoimen addressaatti oli velvollinen esimerkiksi hallintopäätöksen ehdon perusteella varautumaan oikeustilan muutokseen, ei suojattavan arvoista luottamusta synny, eikä peruste sovellu tällaisiin tapauksiin.¹⁸¹

Koska perusteen tarkoittama oikeustilan muutos on lähtöisin julkisen vallan toimista, eikä täten omaa kytkentää yksityisen vastuupiiriin, on säännöksessä omaksutussa riskinjaossa asetettu olosuhteiden muutokseen verrattuna korkeamat edellytykset peruuttamiselle.¹⁸² toimi voidaan peruuttaa vain, mikäli hallintotoimella myönnettyä etuutta ei ole otettu käyttöön tai rahamääräistä suoritusta vastaanotettu. Vaatimus viittaa tältä osin luottamuksensuojan yleiseen rakentee-

¹⁷⁶ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 49 rn. 70.

¹⁷⁷ Kopp – Ramsauer 2000, § 49 rn. 48.

¹⁷⁸ Blanke 2000, s. 216–217.

¹⁷⁹ Kopp – Ramsauer 2000, § 49 rn. 50.

¹⁸⁰ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 49 rn. 81.

¹⁸¹ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 49 rn. 78.

¹⁸² Blanke 2000, s. 217.

seen kuuluvaan dispositiosuojaan eli *ins-Werk-gesetzt* -suojaan, mutta ei ole yhtä tiukka kuin *VwVfG* § 48:n disponointivaatimus: edellytyksenä ei ole, että etuus olisi käytetty tai siitä disponoitu siten, että sen peruuttaminen olisi kohtuutonta.¹⁸³ Peruuttamisen estävän sanamuodon ”*noch keinen Gebrauch gemacht*” on katsottu olevan täyttyvän jo varsin varhaisessa vaiheessa toimintaa; esimerkiksi käyvät erilaiset hallintoluvan saamisen johdosta aloitetut, siinä sallitun toiminnan aloittamiseen tähtäävät valmistelevat toimet. Meyer viittaa tässä kohdin joko oikeudellisesti merkitykselliseen toimeen, joka kohdistuu toimen myöntämisen etuuden hyödyntämiseen.¹⁸⁴ Kynnys luottamuksen suojaamiseen laskee disponointien suojaa alemmas: Blanke puhuu luottamuksen manifestoitumisesta jo etuuden konkreettisen olemassaolon perusteella.¹⁸⁵

Luottamuksensuojan kannalta ongelmallisimpana on pidetty viimeistä, *viidetä perustetta*, joka luo toimivallan lainmukaisen hallintopäätöksen peruuttamiseen yksin sillä perusteella, että peruuttaminen torjuu tai poistaa vakavan haitan yleiselle edulle.¹⁸⁶ edellytyksenä ei ole, että hallintotoimen addressaatti olisi milloin lailla vastuussa mainitusta haitasta.¹⁸⁷ Peruste samastuu perusasetelmaltaan edellä lainsäätäjää vastaa asettuvan suojan yhteydessä perusteiltaan problematisoituun *Staatsräsonvorbehaltin*.¹⁸⁸ Sen ongelmallisuus kytkeytyy tässä siihen, että käsitettäessä sen viittaama yleinen etu laajasti viides peruste johtaisi koko luottamuksensuojakonstruktion mitätöimiseen. Säännös nimittäin sanamuodossa asettaa julkisen edun luottamuksensuojan edelle *in abstracto*. Säännöstä on tavallisesti oikeutettu erkanemalla laajasta *in abstracto* tulkinnasta kiinnittämällä sinä tarkoitettut yleiset aineelliseen valtiosääntöoikeuteen, erityisesti perusoikeusjärjestelmään,¹⁸⁹ mikä muodollisesti poistaa siihen liittyvän luottamuksen suojan *Verfassungsrangin* kytkeytyvän ongelmallisuuden.

Tosin variointi on suurta. Toisinaan riittäväksi on katsottu, että tällainen yleinen etu ja sen vaarantuminen perustetaan aineelliseen oikeuteen, ja riittäväksi katsotaan tässä kohdin valtiosääntöisesti tuettu yleisen edun supistava tulkinta.¹⁹⁰ Toisaalla esimerkiksi Ruffert on huomauttanut yleisen edun tässä olevan lähtökohtaisesti aineellisen lainsäädännön mukaan määrittyvä, mutta viittaa siihen, että valtiosäännölle on annettava tässä kohdin erityinen arvo.¹⁹¹ Poikkeusta ei ole kuitenkaan tarkoitettu tässäkin kytkeytyväksi aineelliseen lainsäädäntöön siten,

¹⁸³ Kopp – Ramsauer 2000, § 49 rn. 52.

¹⁸⁴ Meyer 2000, s. § 49, rn. 59.

¹⁸⁵ Blanke 2000, s. 218.

¹⁸⁶ Meyer 2000, § 49 rn. 61.

¹⁸⁷ Meyer 2000, § 49 rn. 62.

¹⁸⁸ Ks. edellä 4.2.2.1.

¹⁸⁹ Blanke 2000, s. 220.

¹⁹⁰ Kopp – Ramsauer 2000, § 49 rn. 56.

¹⁹¹ Ruffert 2010, s. 740.

että sen tarkoitus olisi lainsäädännön virheiden korjaaminen: peruuttamiseen ei saa ryhtyä, mikäli lainsäädäntö edellyttäisi tehtäväksi vastaavan toimen uudestaan.¹⁹²

Yleisten etujen kirjon ääripäät ovat kuitenkin saaneet jokseenkin vakiintuneen tulkinnan. Siinä missä erilaiset hätätilat, erityisesti konkreetin hengen ja terveyden vaaran aiheuttavana, täyttävät perusteen edellytyksen yleisen edun vaarantumisesta, varsin vakiintuneen tulkinnan mukaan julkisyhteisön fiskaaliset intressit eivät sitä täytä.¹⁹³ Yksityiskohtaisiin *in casu* punninta-asetelmiin ei voi tässä syventyä; riittää kun huomataan luottamuksensuojan ja julkisen edun konfliktin katsotun suodattuvan suhteellisuusperiaatteen välityksellä perusteen *ultima ratio*-luonteista äärimmäisiin uhkiin keskittyvää soveltamista edellyttäväksi.¹⁹⁴

Toisen momentin kolmelle viimeiselle perusteelle on yhteistä se, että niiden perusteella tapahtuvasta peruuttamisesta on oikeus korvaukseen, sillä ne luovat toimivallan peruuttamiseen myös luottamuksensuojaa – ymmärrettynä pysyvyydensuojaksi – *rajoittaen*. Korvausvelvollisuuden sisällön ja valtiosääntöisen kytkenän osalta voidaan kuitenkin viitata edellä § 48:n yhteydessä tarkasteltuihin seikkoihin.

Verrattain uusi säännöksen kolmas momentti eroaa systematiikaltaan toisesta. Kolmannessa momentissa säädetään rahamääraisten avustusten ja muiden esine-suoritususten myöntämistoimien peruutettavuudesta *ex tunc* silloin, kun avustus on käytetty sen tarkoituksen vastaisesti tai sitä ei ole käytetty lainkaan, tahi kyseessä on jonkin muun etuuden saamisen edellytyksenä olleen, hallintotoimen ehdoksi asetetun tosiseikan laiminlyönti.¹⁹⁵ Kolmannen momentin taustalla on oikeuskäytäntö, jossa katsottiin tällaisessa tilanteessa olevan mahdotonta periä takaisin väärinkäytettyjä avustuksia, koska ennen kolmannen momentin säätämistä peruutusperusteiksi soveltuivat vain *ex nunc* -vaikutuksin soveltuvat toisen momentin perusteet. *VwVfG* § 48:n *ex tunc Rücknahme* oli poissuljettu, sillä tulkipäätökset olivat alun perin laillisia.¹⁹⁶

5.1.3 Luottamuksensuoja ja zusage

VwVfG § 38 sääntelee lupauksesta (*Zusage*) ja sen erityistapauksesta, vakuutuksesta (*Zusicherung*). Sanamuodon legaalimääritelmän mukaan vakuutuksena pidetään toimivaltaisen viranomaisen antamaa lupasta tietyn hallintotoimen suo-

¹⁹² Kopp – Ramsauer 2000, § 49 rn. 55.

¹⁹³ Meyer 2000, § 49 rn. 61.

¹⁹⁴ Blanke 2000, s. 221.

¹⁹⁵ Maurer 2000, s. 310.

¹⁹⁶ Kopp – Ramsauer 2000, § 49 rn. 3.

rittamisesta tai suorittamatta jättämisestä. Legaalimääritelmän tekee kuitenkin epätäydelliseksi se, että se ei määrittele siinä viitatus lupauksen sisältöä sen tarkemmin.¹⁹⁷ Lupaus on kuitenkin vakiintuneesti katsottu toimivaltaisen viranomaisen tahdonilmaisuksi tietyn hallinnollisen toimenpiteen suorittamisesta tai suorittamatta jättämisestä. Sitovuuden kannalta ratkaisevaksi tunnusmerkiksi on nähty viranomaisen sitoutumistahto.¹⁹⁸ Lupauksen ja vakuutuksen erottaa lähtökohtaisesti niiden objekti: vakuutus kohdistuu nimenomaan tulevaisuuden *hallintotoimeen*, lupaus taas *muuhun hallinnon toimintaan*.¹⁹⁹ Luottamuksensuojan kannalta on merkityksellistä, että lupauksen katsotaan toteuttavan erityistä informaatiofunktioita ja siihen kytkeytyvää luotettavuusfunktioita: lupauksen ilmaiseva informaatio on merkityksellistä vain eräänlaisena etukäteisenä tietona tulevasta.²⁰⁰ Tämä luotettavuusfunktio erottaa ne jäljempänä tarkasteluun tulevasta yksin informaatiotehtävää toteuttavasta neuvonnasta.

Lupauksen ja vakuutuksen käsitteeseen kuuluu niiden yksittäistapauksellisuus: niin sanotut abstraktit tai yleiset lupaukset eli yleiset tiedonannot eivät kuulu käsitteiden soveltamisalaan. Keskeisen elementin lupauksen ja vakuutuksen käsitteissä muodostaa viranomaisen sitoutuminen omasta tahdostaan (*Selbstverpflichtung*): kyseessä on oltava sellainen toiminta tai hallintotoimi, jonka tekeminen tai tekemättä jättäminen kuuluu jollain lailla viranomaisen harkintavaltaan. Määritelmän mukainen *Selbstverpflichtung* viittaa tilanteeseen, jossa viranomainen lupaa tehdä tulevaisuudessa jotain, mihin yksityisellä muuten ei olisi oikeusvaadetta. Tämän johdosta lupauksen sanotaan usein perustavan julkisen subjektiivisen oikeuden *extra legem*. Näin *zusage* saa merkitystä ennen kaikkea harkintavallan käytössä, mutta myös oikeudellisen tulkinnan sisältöä määritettäessä.²⁰¹

Jokseenkin vakiintuneesti on katsottu, että *Zusicherung* on luonteeltaan hallintotoimi.²⁰² Sen sijaan on käyty runsaasti keskustelua siitä, mikä on *Zusagen* oikeudellinen luonne.²⁰³ Kysymys oikeudellisesta luonteesta ei ole merkityksellinen: esimerkiksi edellisissä luvuissa luottamuksensuojaa turvaaviksi paljastuneet säännökset hallintotoimen peruuttamisesta eivät tule sovellettaviksi, mikäli *Zusage* ei ole kategorisoitavissa hallintotoimeksi. Tällöin *Zusagen* pysyvyys arvioidaan luottamuksensuojaperiaatteen näkökulmasta.²⁰⁴ Hallintotoimen kritee-

¹⁹⁷ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 38 rn. 2.

¹⁹⁸ Maurer 2009, s. 226.

¹⁹⁹ Maurer 2009, s. 226.

²⁰⁰ Blanke 2000, s. 227.

²⁰¹ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 38 rn. 6.

²⁰² Kopp – Ramsauer 2000, § 38 rn. 2.

²⁰³ Maurer 2009, s. 226.

²⁰⁴ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 38 rn. 6.

rit kiistatta täyttävä *Zusicherung* omaa kuitenkin erityissääntelyä; *VwVfG* § 38 sisältää viittausäännöksen, jonka kohteena on muun ohella em. *VwVfG* § 48. Koska mainittu peruutussäännös soveltuisi joka tapauksessa hallintotoimena pidettyyn vakuutukseen, on säännöstä kuitenkin pidetty tältä osin vain informatiivisena.²⁰⁵ Edelleen *VwVfG* § 38 mom.:n erityissääntely muuttuneen olosuhteen tai oikeustilan merkityksestä vakuutuksen sitovuudelle syrjäyttää *VwVfG* § 49:n vastaavan sääntelyn.

Luottamuksensuojaproblematiikan kannalta olennaiseksi paljastuu lupauksen luotettavuusfunktio: mm. Blanke laskee tämän perustan varaan koko lupauksen sitovuuskonstruktion.²⁰⁶ Samoin esimerkiksi Roellecke viittaa siihen, että lupauksessa on kyse luottamuksensuojan alle konstruotavasta erityistapauksesta.²⁰⁷ Tämän käsityksen mukaan kyse on luottamuksensuojasta abstraktina ilmiönä; luottamuksen suojaamisena sellaisenaan vailla esimerkiksi sen olemassaoloa osoittavaa disponointia.²⁰⁸ Myös välittävää kantaa edustava Püttner huomauttaa *oikeuskäytännön* perustuvan tällaiselle taustajustifikaatiolle, mutta pitää sitä turhana.²⁰⁹ Tämä turhuus perustuu siihen samaan ajatukseen, jonka Maurer konstruoii vielä nykyäänkin vallitsevaksi kannaksi. Maurer nimittäin huomauttaa, että lupauksella ei ole lähtökohtaisesti mitään tekemistä luottamuksensuojan kanssa: *Zusage* ja *Zusicherung* sitovat, vaikka niiden addressaatti ei olisi edes luottanut niihin, saati sitten osoittanut omaavansa suojaamisen arvoista luottamusta.²¹⁰ Samoin Ossenbühlin mukaan ainakin lailliset lupaukset kantavat itsessään sitovuutta.²¹¹ Sitomattoman lupauksen konstruointi vaikuttaisikin johtavan *contradictio in terminis* -argumentointiin: esimerkiksi lupauksen merkitystä osana oikeusvarmuutta pohtinut von Arnould viittaa sitomattoman lupauksen mahdolliseen olemassaoloon lausahduksella ”*Widerspruch in sich*.”²¹² Yleensä viitataan myös siihen, että luottamuksensuojan ottaminen mukaan lupauksen sitovuusarvioon johtaisi itse asiassa sitovuuden relativoitumiseen: lähtökohtaisesti sellaisenaan sitova lupaus olisikin sitova vasta, mikäli luottamuksensuojan yleisestä perusrakenteesta seuraavat lisäedellytykset täyttyisivät.²¹³

Luottamuksensuojanäkökohdat saavat merkitystä vasta arvioitaessa sitovuudesta erkanemista *VwVfG* § 38 2 ja 3 mom.:n tai *Zusagen* kohdalla mainittujen säännösten varaan konstruoitujen analogioiden perusteella. Esimerkiksi lainvas-

²⁰⁵ Kopp – Ramsauer 2000, § 38 rn. 31.

²⁰⁶ Blanke 2000, s. 230.

²⁰⁷ Roellecke 1990, s. 426.

²⁰⁸ Kisker 1974, s. 152.

²⁰⁹ Püttner 1974, s. 213.

²¹⁰ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 114.

²¹¹ Ossenbühl 1972, s. 28.

²¹² Von Arnould 2006, s. 436.

²¹³ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 114.

taista lupausta arvioidaan ikään kuin se olisi lainvastainen hallintotoimi: näin ollen kysymys siitä, onko lupaus yleensä hallintotoimi, jää tässä kohdin syrjään.²¹⁴ Lähtökohtana on myös, että lupaus on luonteeltaan kuitenkin lähtökohdaisesti tulevaisuusorientoitunut: sen funktion sanotaan olevan lähinnä mahdollistaa tulevaisuuden suunnittelu.²¹⁵ Tästä huolimatta lainvastaisen lupauksen pysyvyyttä on oikeuskäytännössä arvioitu verrattain kapeasti, mutta erkaantuen kuitenkin Forsthoffin ehdottomasta kannasta, joka satoi lupauksen lainvastaisuuden sen *mitättömyyteen* välttämättömänä lainalaisuuden seurauksena.²¹⁶ Nykyisinkin lupauksen on katsottu johtavan velvollisuuteen toteuttaa sen lainvastainen sisältö näissä tilanteissa vain sellaisissa erittäin poikkeuksellisissa olosuhteissa, joissa lupauksen toteuttamatta jättäminen johtaisi sen addressaatin lähes kestäättömiin vaikeuksiin. Edelleen on viitattu siihen, että tällaisen tulevaisuusorientoituneen luonteen kohdalla olisi vaikea hyväksyä konstruktiota, jonka mukaan lupaus tulevasta *Unrechtistä* sitoisi: luottamuksensuojan katsotaan sinänsä voivan edellyttää *Unrechtin* pysyttämistä, mutta tällöin kyse on yleensä menneestä, hallintotoimen jo konkretisoimasta *Unrechtistä*.²¹⁷ Näin ollen addressaatin on tyytyminen yleensä vain § 48 3 mom.:n tarkoittamaan korvaukseen²¹⁸, joskin tämän korvauksen perusteltavuuskin on kiistelty kysymys.²¹⁹ Luottamuksensuojan näkökulmasta on edelleen pidetty ainakin oikeuspoliittisesti ongelmallisena, että § 38 3. mom.:n tarkoittamassa *clausula rebus sic stantibus* -tilanteessa ei säännöksen sanamuodon mukaan synny edes korvausvelvollisuutta.²²⁰

Schwarzin ajattelussa tämä tulevaisuusorientoituneeseen luonteeseen kytkeytyvä ajatus toimii yleisenä ilmauksena siitä periaatteesta, jonka mukaan luottamuksensuoja ei ole luonteeltaan oikeudellista, *in abstracto* kontinueettisuojaa. Pelkkiä tulevaisuudenodotuksia ei ole syytä yleensääkään turvata, tulevaisuuden *per definitionem* epävarmuus pysyy tässä riskinjaossa yksityisen addressaatin kannettavana. Lainmukaisen lupauksen pysyvyyden arvioinnissa 3 mom.:n tarkoittamissa *clausula rebus sic stantibus* -tilanteissa Schwarz jättää kuitenkin luottamuksensuojan soveltamiselle rajoitetun mahdollisuuden: luottamuksensuoja voi tulla arvioitavaksi luottamuksena – ei luottamuksena lupauksen pysyvyyteen, vaan sen – alkuperäiseen laillisuuteen.²²¹

²¹⁴ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 114.

²¹⁵ De Wall 1999, s. 262.

²¹⁶ Forsthoff 1972, s. 172.

²¹⁷ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 115.

²¹⁸ Blanke 2000, s. 233.

²¹⁹ Blanke 2000, s. 235.

²²⁰ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 38 rn. 108.

²²¹ Schwarz 2001, s. 349–350.

Myös Schwarzin kapea-alaisesta, yksin perusoikeusjärjestelmään kiinnittyvästä luottamuksensuojasta *in abstracto* kontinuiteetin suojaan yleensä erkaneva Maurer jakaa tässä kohdin Schwarzin kanssa saman lopputuleman. Maurerin arviossa nimittäin 3. mom.:n erityissääntely, jossa olosuhteiden tai oikeustilan muutos oikeuttaa poikkeamaan myös alun perin lainmukaisen vakuutuksen sitovuudesta *Widerruf*-sääntelyn 49 § 2 mom. 4)-kohdan edellytyksiä vähäisemmin edellytyksin, osoittaa lopputulemaa, jonka mukaan luottamuksen kannalta jotenkin kuitenkin relevantiksi määrittyvä *Zusage* ei lopultakaan omaa luottamuksensuojan sille ominaista konkretisoitumaa: *Milloin lupaus on laillisena sitova, ei luottamuksensuojalle ole tarvetta. Milloin sääntely aiheuttaa kuitenkin sitomattomuuden, ei luottamusta pääsääntöisesti suojata.*²²²

Luottamuksensuojaa arvioidaan saksalaisessa doktriinissa varsiin vakiintuneesti lupauksen kohdalla myös hakemalla sen rajoja niin ala- kuin yläpäästä vertaamalla lupauksen oikeusvaikutuksia sen lähi-instituutioihin. Näin pyritään esimerkiksi erottamaan lupaus toisaalta neuvonnasta, ja toisesta suunnasta erikseen säännellystä ennakkotiedosta.

5.2 LUOTTAMUKSENSUOJA JA TIETOJEN ANTO

Hallinnon neuvontavelvollisuuden määrittelyssä voidaan *VwVfG* § 25:n systematiikassa erottaa neuvontavelvollisuus (*Beratungspflicht*) ja tietojenantovelvollisuus (*Auskunftspflicht*). Molemmat toimivat yleisemmän neuvontavelvollisuuden (*Betreuungspflicht*) osana, mutta eivät tyhjentävästi määrittele sitä. *VwVfG* § 25 ja muut erityissääntelyt perustavat yksityiselle oikeuden saada niissä tarkoitettua neuvontaa, säännöksiin välittömästi perustumaton yleinen neuvontavelvollisuus puolestaan lankeaa vain objektiivisen oikeuden alalle viranomaisen toteuttamisvelvollisuuden piiriin.²²³ Neuvontavelvollisuudella tarkoitetaan säännöksen systematiikassa velvollisuutta opastaa ja ohjeistaa yksityistä menettelemään oikein, kun yksityisen toiminnasta ilmenee, että hän on tällaisen neuvonnan tarpeessa. Tähän neuvontavelvollisuuteen ei kuitenkaan vakiintuneen doktriinin mukaan liity luottamuksensuojan kannalta merkityksellistä kysymyksenasettelua. Neuvoja saaneen oikeusturva on tältä osin järjestetty vahingonkorvausinstituution puitteissa.²²⁴ Sen sijaan säännöksessä tarkoitettu tietojenantovelvollisuus on yleensä katsottu olennaiseksi osaksi luottamuksensuojadoktriinia. Säännöksen mukaan viranomaisen on tarvittaessa annettava tietoja, jotka

²²² Maurer HStR 2006, § 79 rn. 116.

²²³ Kopp – Ramsauer 2000, § 25 rn. 20.

²²⁴ Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 25 rn. 38.

koskevat yksityisen oikeuksia ja velvollisuuksia menettelyssä. Tällaisen tiedonannon ei ole katsottu muodostavan hallintotointa.

Luottamuksensuojadoktriinin kohdalla termiä *Auskunft* käytetään kuitenkin toisinaan laajemmassa merkityksessä tarkoittamaan viranomaisen antamia tietoja yleensä. Esimerkiksi Schwarz viittaa tässä kohdin *Koppin ja Ramsauerin* omaksumaan määritelmään, joka on muotoiltu VwVfG § 38:n yhteydessä itsenäisesti, negatiiviseksi erotukseksi *Zusage*ta vailla viittausta VwVfG § 25:n neuvontavelvollisuuteen.²²⁵ Tällainen tietojenanto (*Auskunft*) ja lupaus (*Zusage*) eivät ole aina tarkkarajaisesti erotettavissa toisistaan.²²⁶ esimerkiksi Blanke tyytyy käsittelemään tähän liittyvää luottamuksensuojaulottuvuutta vain osana *Zusage*a.²²⁷ Pääasiallinen ero liittyy siihen, että tietojenantoon ei kuitenkaan liitetä lähtökohtaista sitovuutta: neuvonta toteuttaa tämän käsityksen mukaan vain informaatiotehtävää. Tietojenannon sanotaan yleensä vain sisältävän lausuman tosiasioista tai oikeustilasta vailla sitoutumistahtoa. Luottamuksen suojaamista tässä kohdin ei ole kuitenkaan pidetty poissuljettuna: sitä kuitenkin luonnehtii voimakas kiinnittyminen yksittäistapaukselliseen arviointiin.²²⁸ Lähtökohtana on, että tietojenannosta ei sinänsä ole voitu katsoa voitavan johtaa ainakaan lähtökohtaista oikeusvaadetta tietojenantoa vastaavan hallintotoimen tekemiseen.²²⁹

Käsitteellisesti voidaan erottaa tilanteet, joissa viranomainen antaa paikkansapitävän tiedon. Tällöin on yleensä ajateltu, että oikeusturvan tarvetta ei edes ole, sillä viranomaisen paikkansapitävistä tiedoista poikkeava ratkaisu muodostaa sinänsä jo perusteen sen lainvastaisuudelle: viranomaisen velvollisuutena on tehdä ratkaisu paikkansapitävien tietojen perusteella.²³⁰ Kyseessä on kuitenkin tällöin vain eräänlainen kvasi-sitovuus, tai ”sitovuus”, kuten de Wall asian ilmaisee lainausmerkein varustettuna: myöhemmän toimen sisältö määrittyy tällöin itse asiassa paikkansapitävien tietojen pohjana olevien tosiasioiden tai oikeustilojen pohjalta riippumatta siitä, olisiko tietoa edes annettu.²³¹

Luottamuksensuoja voi kuitenkin tässäkin kohdin saada itsenäistään merkitystä, mikäli viranomaisella on asiassa harkintavaltaa. Tosin esimerkiksi Maurerin mukaan johtopäätös tietojen harkintavaltaa *sitovasta* vaikutuksesta olisi liian jyrkkä: pikemminkin kyse on siitä, että viranomaisen tulee harkintavaltaa käyt-

²²⁵ Schwarz 2001, s. 350, Kopp – Ramsauer 2000, § 38 rn. 10.

²²⁶ Von Arnould 2006, s. 436.

²²⁷ Blanke 2000, s. 227.

²²⁸ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 455.

²²⁹ Pünder 2010, s. 486.

²³⁰ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 117.

²³¹ De Wall 1996, s. 265.

täessään ottaa huomioon mahdollinen annettu tieto ja siitä erkanemisen tai sen mukaan toimimisen vaikutukset yksityiselle kyseisessä tilanteessa.²³²

Milloin kyseessä on lainvastainen tieto, ei sen sisällöstä ole katsottu yleensä seuraavan sellaista pysyvyysvaadetta, joka edellyttäisi viranomaista tekemään tietoa vastaavan ratkaisun. Maurer viittaa tässä kohdin varsin summaarisesti niihin samoihin tekijöihin, jotka *Zusagen* kohdalla edellyttivät erkanemista pysyvyydestä lainalaisuuden hyväksi ja perustivat yksityisen oikeusturvan lähinnä korvausmahdollisuuteen. Tässä kohdin käytössä on kuitenkin lähinnä vahingonkorvauskanne,²³³ jonka rajoissa tiedonsaaja pyritään saattamaan sellaiseen asemaan, joka vallitsisi, mikäli tietoa ei olisi lainkaan saatu.²³⁴ Pysyvyysvaade voi kuitenkin konstruotua välillisesti: kuten edellä erityisesti § 48:n *Rücknahme*-sääntelyn yhteydessä todettiin, merkitsee viranomaisen vastuupiirissä oleva, esimerkiksi virheellisestä neuvonnasta johtuva hallintotoimen tekemiseen johtavien tai sen perustana muuten olevien tietojen vääryys sitä, että luottamuksen suojan käsillä olon poissulkevan kolmannen momentin negatiivisen luettelon soveltamisedellytykset eivät täyty. Neuvon pysyvyys konstruoituu tällöin hallintotoimen pysyvyyden kautta.²³⁵

On kuitenkin syytä todeta, että ei vaikuta mitenkään selvältä, onko luottamuksen suojaarelaatiosta katsoen edes mahdollista erottaa toisistaan lupausta ja tässä tarkoitettua tietoa: *Auskunft* vaikuttaa tässä kohdin enemmänkin sellaiselta *Zusagelta*, jota viranomainen ei ole tarkoittanut sitovaksi, ”*es fehlt Verpflichtungswille*”.²³⁶ Kun luottamuksen suoja kuitenkin pääsääntöisesti tulee arvioitavaksi yksityisen näkökulmasta, on tällaisen tahdon olemassaolo jokseenkin vaikeasti osoitettavissa. Esimerkiksi *Weber-Dürler* viittaa tässä kohdin paitsi erottelun käsitteelliseen epätarkkuuteen, myös siihen liittyviin käytännön vaikeuksiin.²³⁷

5.3 LUOTTAMUKSENSUOJA JA HALLINNON SISÄISET MÄÄRÄYKSET

Hallinnon sisäinen määräys (*Verwaltungsvorschrift*) viittaa hallinnon oman, alkuuperäisen norminantovaltansa perusteella antamaan normiin. *Verwaltungsvorschrift* kattaa yläkäsitteenä koko joukon vaihtelevasti rubrisoituja määräyksiä:

²³² Maurer HStR 2006, § 79 rn. 117.

²³³ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 117.

²³⁴ Schwarz 2001, s. 351.

²³⁵ Ks. edellä 5.1.1.2.

²³⁶ Kopp – Ramsauer 2000, § 38 rn. 10.

²³⁷ Weber-Dürler 1983, s. 196.

esimerkiksi Ossenbühl luetteloi sen alaisuuteen ainakin termeillä *Erlasse, Verfügung, Dienstanweisung, Richtlinie ja Anordnung* otsikoidut määräykset.²³⁸ Luottamuksensuojakeskusteluun introdusoimisen aikana näiden määräysten tunnusmerkkeihin kuului sitovuuden kohdistuminen vain hallinnon sisälle viranomaisia ja niissä työskenteleviä velvoittavana normina, eikä niillä siis lähtökohtaisesti ole oikeusvaikutuksia hallinnon ulkopuoliseen tahoon kohdistuvan muodollisen sitovuuden merkityksessä. Tämän johdosta niitä ei ole yleensä pidetty oikeusnormina lainkaan.²³⁹ Määräyksen tarkempi oikeudellinen luonne on kuitenkin edelleen kiistanalainen, ja vakiintunutta käsitystä siitä, muodostaako tällainen määräys oikeusnormin oikeuslähdeopillisessa mielessä, ei ole identifioitavissa. Osaselityksenä tälle kiistanalaisuudelle toimii oikeuslähteen käsitteen määrittely, joka tavallisesti sulkee jo *per definitionem* vain viranomaisen sisäiseksi tarkoitettut määräykset pois *Außenrecht*-ulottuvuuteen samastuvasta oikeuslähteen käsitteestä. Joka tapauksessa on esimerkiksi Maurerin mukaan kuitenkin selvää, että kyse on oikeudellisesta sääntelystä.²⁴⁰

Alkuperäinen norminantovalta viittaa tässä kohdin siihen, että yksittäiseltä määräykseltä puuttuu välitön sisällöllinen oikeusperusta positiivisesta oikeudesta ts. hallinnon sisäisen määräyksen antamiseen ei tarvita nimenomaista lainsäätövaltuutusta. Tällaisen norminannon funktiona pidetään nykyisin yhdenvertaisuuden varmistamista niissä harkinta-vallan käyttöön tai oikeusnormien tulkintaan liittyvissä puitteissa, jonka lain sanamuodot hallintoviranomaisen toiminnalle asettavat.²⁴¹ Näissä rajoissa luottamuksensuojadoktriinin kannalta annetaan usein merkitystä sille, onko sisäinen määräys luonteeltaan laintulkintaa ohjaava, lakia konkretisoiva, harkintavallan käyttöä ohjaava tai ainoa tilanteeseen soveltuva kirjoitetun oikeuden normi.²⁴²

Saksan julkisoikeuden rakenteita määrittävistä lakivarauksista johtuen on ilmeistä, että tällainen määräys on puuttuvan valtuutuksen johdosta oikeudelliselta luonteeltaan lähtökohtaisesti vain viranomaisesta sitovaan *Innenrechtin* kuuluva.²⁴³ Ainakin luottamuksensuojan arvioinnin osalta tätä lähtökohtaa on pidetty jollain lailla pakotettuna. Yksityiseen, hallinnon ulkoiseen tahoon oikeusvaikutuksia perustavana normina, *Außenrechtin* osana, sen oikeusvaikutuksia tulisi arvioida kuin minkä tahansa oikeusnormin. Hallinnon sisäiseltä määräykseltä katoaisi sen erityisluonne.²⁴⁴

²³⁸ Ossenbühl HStR 2007, § 104 rn. 4.

²³⁹ Ossenbühl 1972, s. 29.

²⁴⁰ Maurer 2009, s. 621.

²⁴¹ Möstl 2010, s. 660.

²⁴² Maurer 2009, s. 623–624.

²⁴³ Ossenbühl HStR 2007, § 104 rn. 12.

²⁴⁴ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 126.

Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö tällaisella määräyksellä olisi lainkaan ulkopuoliseen kohdistuvaa *vaikutusta* (*Außenwirkung*), mikä näkyy erityisesti *Innenrecht*ille kussakin konkreetissa tilanteessa annettavan sisällön muotoilussa.²⁴⁵ Tämän yksityiseen ulottuvan ainakin tosiasiallisen vaikutuksen johdosta myös hallinnon sisäiset määräykset ovat merkityksellisiä luottamuksensuojan kannalta. Kyse ei kuitenkaan luottamuksensuojadoktriinin puitteissa ole muodollisesta, symmetrisestä ”voimassaolosta”: luottamuksensuojan oikeuttamisperusteet huomioiden on ilmeistä, että näin määrittyvät, luottamuksensuojalla perusteltavat oikeusvaikutukset voivat koostua vain yksityiselle edullisista seurauksista.²⁴⁶

Lähtökohdat tällaiselle arviolle ovat kuitenkin vakiintumattomat. Vaikka nykyisin onkin erkaannuttu siitä oikeusdogmaattiseksi katsotusta lähtökohdasta, jonka mukaan hallinnon sisäisen määräyksen oikeusvaikutuksia tulisi tarkastella yksin muodollisen lakivarauksiin kiinnittyvän opin mukaisesti, ja suunnattu keskustelu tältä osin pikemminkin kulloinkin käsillä olevan määräyksen sisältöön ja oikeusvaikutuksiin²⁴⁷, oikeusvaltiollisiin lakivarauksiin liittyvä systematiikka rakenteistaa keskustelun luottamuksensuojan osalta edelleen pääasiallisesti kahtia: puhutaan *sitovuudesta välillisessä ja välittömässä merkityksessä*. Näitä konstruktioita erottaa yleensä se, käsitelläänkö määräystä normatiivisesti, välittömästi sitovana vaiko yksinomaan indisiona jonkun muun luottamusperustan, kuten hallinnollisen käytännön olemassaolosta.²⁴⁸ Käsitteenmuodostus tältä osin on kuitenkin kaikkea muuta kuin tarkkarajaista.²⁴⁹

Välittömän luottamusperustan synnyttävään vaikutukseen vetoava konstruktio ei sekään yleensä lähde liikkeelle tällaisen sisäisen määräyksen samastamisesta *Außenrecht*iin, vaan kiinnittää huomiota *Innenrecht*in ja yhdenvertaisuuden väliseen suhteeseen. Tässä yhteydessä esiin nostetaan yleensä ylimmän hallintotuomioistuimen ratkaisu vuodelta 1970, jossa on toisinaan katsottu edellytetyn tällaisen *Innenrecht*in ulkoista oikeusvaikutusta luottamuksensuojan perusteella ilman välittäviä tekijöitä.²⁵⁰ Tällaista katsantoa voidaan hahmottaa Ossenbühlin tavoin viittaamalla hallinnollisen määräyksen luonteeseen eräänlaisena *yleisenä lupauksena* (*Generalzusage*).²⁵¹ Kuitenkin esimerkiksi Maurer huomauttaa ratkaisussa olleen sittenkin kyse lähinnä julkisen viranomaisen julkaisemasta *tarjouksesta*, jota tulisi arvioida lähinnä yleisenä tai siviilioikeudellisena lupaukse-

²⁴⁵ Möstl 2010, s. 661.

²⁴⁶ Blanke 2000, s. 294.

²⁴⁷ Ossenbühl HStR 2007, § 104 rn. 40.

²⁴⁸ Von Arnault 2006, s. 432–433.

²⁴⁹ Blanke 2000, s. 262.

²⁵⁰ BVerwGE 35, 159, Stelkens – Bonk – Sachs 2007, § 40 rn. 113.

²⁵¹ Ossenbühl 1972, s. 29.

na: luottamuksensuoja tulisi tällöin sovellettavaksi lähinnä kiertoteitse. Maurer identifioi kuitenkin myös myöhempää oikeuskäytäntöä, jossa tunnustetaan mahdollisuus perustaa ulkoinen vaikutus vain luottamuksensuojan ja/tai yhdenvertaisuuden kaltaisiin tekijöihin.²⁵²

Käyttämällä kuitenkin yhdenvertaisuutta välittävänä tekijänä, on oikeusvaltiolliseen lakivaraukseen liittyvät ongelmat voitu toisinaan ratkaista Ossenbühlin esittämällä tavalla konstruomalla yhdenvertaisuuden ja siihen sisältyvän miellivallan kiellon avulla hallinnon itsesidonta: yhdenvertaisuuteen sisältyvä kiello perustelemattomaan erottelevuuteen ja sen oikeudellinen kontrolli muodostaa sen *dogmaattisen sillan*, jota pitkin oikeus tunkeutuu hallinnon sisäiseen.²⁵³ Näin justifioitavasta itsesidonnasta on esimerkiksi Blanke kehitellyt doktriinin, jossa yksityisellä on oikeus luottaa hallinnon sisäisen määräyksen toteuttamiseen. Hallinnon itsesidonta (*Selbstbindung*) muotoutuu *Außenrechtin* kaltaiseksi ilmiöksi (*Außenbindung*), joka on kuitenkin sovellettavissa yksityisen eduksi luottamuksensuojan yleisen rakenteen osoittamin edellytyksin.²⁵⁴

Ajatuksen on suhtauduttu kuitenkin kielteisesti. Esimerkiksi Maurer huomauttaa, että hallinnon sisäinen määräys on suunnattu vain hallinnon sisälle. Maurerin mukaan tämä estää tulkinnan, jonka mukaan sisäinen määräys voisi toimia luottamuksen perustana. Suuntautumiseen perustuvaa arvioita ei Maurerin arviossa muuta edes määräyksen mahdollinen julkaiseminen siten, että sen sisältö tulee yksityisen tietoon.²⁵⁵ Näin hallinnollinen määräys voi saada luottamuksensuojan kannalta ratkaisevan merkityksen lähinnä sen konkretisoituman, sitä soveltavan hallintokäytännön ja siihen kohdistettavan yhdenvertaisuusvaatimuksen kautta. Ajatuksena tällöin on, että johdonmukainen määräyksen mukainen hallintokäytäntö riittää synnyttämään luottamusperustan: kyse on yhdenvertaisuuden nimenomaan ajallisella komponentilla perusteltavasta luottamuksensuojasta.²⁵⁶ Hallinnonsisäinen määräys toimii ainoastaan indisiona hallintokäytännön sisällöstä, eikä sellaisenaan muodosta luottamusperustaa.²⁵⁷

Tämän johdosta esimerkiksi hallinnollisen määräyksen muutettavuutta ei ole sellaisenaan nähty luottamuksensuojan johdosta merkitykselliseksi, vaan arvion kohteeksi paikallistuu hallinnollisen käytännön muutos. Taustalla on tällöin konstruktio luottamuksensuojan kiinnittymisestä hallinnollisiin määräyksiin vain käytännön välityksellä: ”*Verwaltungsvorschrift selbst bildet keinen ver-*

²⁵² Maurer HStR 2006, § 79 rn. 124.

²⁵³ Ossenbühl HStR 2007, § 104 rn. 54.

²⁵⁴ Blanke 2000, s. 253 ss.

²⁵⁵ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 123.

²⁵⁶ Ossenbühl HStR 2007 § 104, rn. 55.

²⁵⁷ Von Arnould 2006, s. 432–433.

trauensbasis”.²⁵⁸ Näin määrittyvä pysyvyys on tosin luonteeltaan varsin niukkaa, ja esimerkiksi Maurer viittaa lähinnä yleisen kontinueettivaatimuksen ja mieli-vallan kiellon puitteissa jäsentyvään rajalliseen pysyvyyteen, joka saa erityisen kiinteän sisällön vain takautuvuuskieltona.²⁵⁹

Blanken luottamuksensuojakonstruktio lähtee kuitenkin tässä kohdin siitä, että niin käytäntö kuin määräys voivat toimia luottamusperustana. Blanken mukaan on ensinnäkin syytä huomata, että Maurerin esittämä luottamusperusteen torjunta määräyksen hallinnon sisäiseksi tarkoitetun luonteen perusteella ei ole kestävä. Jos hyväksytään määräyksen perusteella syntyneen käytännön olevan legitiimi luottamusperusta, on sama näkökohta hyväksyttävä myös määräysten kohdalla. Väitteen perusteluksi Blanke lähtee liikkeelle empiirisestä samastuksesta: kysymys määräyksen luonteesta luottamusperusteena voi relativoitua vain silloin, kun yksityinen tuntee hänen tapaukseensa sovelletun määräyksen sisällön, ja yleensä tällöin kyse on tilanteesta, jossa käytäntö on olemassa ja määräys tähän kiinnitettävissä. Edelleen on Blanken mukaan huomattava, että käytännön mukaan määrittyvä luottamusperusta monopolisoi määräysten tulkinnan hallinnon sisäiseksi asiaksi, kun oikeusjärjestys edellyttäisi niiltä ainakin objektiivisen ulkopuolisen mittapuun mukaan tapahtuvaa tulkintaa. Näistä lähtökohdista seuraa Blanken mukaan ainakin hallintokäytäntöön asti konkretisoitujen julkaistujen sisäisten määräysten kohdalla luottamusperusteeksi kelpaava oikeusvaikutus.²⁶⁰

Näin ymmärretty luottamuksensuojan ja yhdenvertaisuuden varaan konstruoituva *Außenbindung* ei tässä konstruktiossa kuitenkaan välttämättä edellytä luottamusperusteena toimimiseen sitä, että määräystä olisi tosiasiaassa sovellettu, vaan hallintokäytännön olemassaolo vain vahvistaa indisiota luottamusperusteen olemassaolosta. Tällainen konstruktio ei ole välttämättä yhteensopiva vakiintuneiden yhdenvertaisuustulkintojen kanssa; esimerkiksi Ossenbühl kiinnittää luottamuksensuoja-analyysissään yhdenvertaisuuden nimenomaan käytäntöjen tasolle.²⁶¹ Tämän yhdenvertaisuuden kannalta merkityksellisen ongelman Blanke ratkaisee kiinnittämällä huomiota yhdenvertaisuuden eri komponentteihin; ajalliseen ja horisontaaliseen. Siinä missä ajallinen yhdenvertaisuus yli ajan tapahtuvana soveltamiskäytännön arviona välttämättä edellyttäisi tuekseen ainakin yhden soveltamisaktin, horisontaalinen yhdenvertaisuus voidaan perustaa *normin perusteella odotettuun hallintokäytäntöön (antizipierten Verwaltungspraxis)*.²⁶² Tämän imaginaarisen praksiksen, odotettavissa olevan hallintokäytän-

²⁵⁸ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 130.

²⁵⁹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 130.

²⁶⁰ Blanke 2000, s. 264–265.

²⁶¹ Ossenbühl 1972, s. 29.

²⁶² Blanke 2000, s. 265.

nön käyttö apukäsitteenä yhdenvertaisuuden soveltamisedellytysten laukaisijana ei ole kuitenkaan mitenkään uusi konstruktio, hallintolainkäytössä siihen on vedottu jo 1970-luvun alussa.²⁶³

Yhdenvertaisuuden käyttökelpoisuutta tässä yhteydessä rajaa kuitenkin se vaikiintunut kanta, jonka mukaan luottamusta lainvastaiseksi osoittautuvaan hallinnolliseen määräykseen tai sen perusteella määrittyneeseen hallintokäytäntöön ei ole perusteltua *yhdenvertaisuuden perusteella* suojata. Vallitsevan kannan mukaan lähtökohtana nimittäin on yhdenvertaisuuteen sisältyvä rajoitus; ”*keine Gleichheit im Unrecht*”. Lainvastaisen määräyksen ja siihen perustuvan käytännön korjaaminen on nähty yleensä hallinnon velvollisuudeksi. Toisin sanoen, yksityinen ei voi vaatia tulevansa kohdelluksi lainvastaiseksi. Vastakkaisen kannan omaksuminen merkitsisi esitetyn kritiikin mukaan hallinnolle myönnettävää toimivaltaa käyttää omaa käytäntöään *oikeusjärjestykseen muuttamiseen* itsesidontaan tai yhdenvertaisuuteen vetoamalla, mitä on pidetty ilmeisistä lakivaurauksiin kiinnittyvistä vallanjaollisista näkökohdista ongelmallisena. Ossenbühl viittaa tässä kohdin *H. Huberin* kielikuviin nojaten ”oikeusvaltion portit läpäisevään Troijan hevoseen”.²⁶⁴

Koska tämä lähtökohta ei kuitenkaan ole luottamuksensuojadoktriinin piirissä ehdoton²⁶⁵, vaan luottamusta lainvastaisiinkin olotiloihin turvataan esimerkiksi hallintotoimen pysyvyyttä arvioitaessa, on tässäkin kiinnitetty huomiota – samoin kuin edellä *Zusagen* ja neuvonnan yhteydessä – myös odotuksen tulevaisuusorientoituneeseen luonteeseen, jonka on katsottu perustelevan torjuvaa suhtautumista myös tässä.²⁶⁶

5.4 LUOTTAMUKSENSUOJA JA HALLINTOKÄYTÄNTÖ

Hallintokäytännön yhteys luottamuksensuojaan paljastui jo edellä sanotusta. Esimerkiksi Maurerin konstruktiossa luottamusperusteen kiinnittäminen hallinnon sisäistä määräystä konkretisoivaan hallintokäytäntöön johtaa sisäisen määräyksen merkityksen relativoitumiseen tässä kohdin. *Verwaltungsvorschriftille* jää itsenäistä merkitystä lähinnä legitimiin käytännön sisällön osoittajana myös siinä merkityksessä, että sillä on merkitystä luottamusperusteen synnyn ja merkityksen arvioinnissa. Käytäntöä normittavan määräyksen puuttuessa vallitsee tiedollinen epävarmuus käytännön kestosta ja sisällöstä. Tämä ei kuitenkaan

²⁶³ Ossenbühl HStR 2007, § 104 rn. 58.

²⁶⁴ Ossenbühl 1972, s. 29.

²⁶⁵ Blanke 2000, s. 274.

²⁶⁶ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 128.

poista sitä periaatteellista mahdollisuutta, että luottamuksensuoja tulisi sovellettavaksi myös tällaisessa tilanteessa. Maurerin muotoilema omilla jaloillaan seisova, oikeusvaltiollinen luottamuksensuoja saa merkityksensä jo yhden hallinnollisen toimen johdosta: ratkaisevaa on lähinnä se, voidaanko hallinnon katsoa ottaneen johdonmukaisen kannan asiaan.²⁶⁷ Myös Blanken konstruktio johtaa siihen, että hallintokäytäntö sellaisenaan voi periaatteessa muodostaa luottamusperustan, joskin luottamusperustan edellyttämä käytännön stabiliteetti on hankalasti todettavissa.²⁶⁸ Tällainen luottamuksensuoja saa kuitenkin merkitystä lähinnä harkinnanvallan rajaajana, mahdollisesti jopa sen nollaan redusoivana normina, mutta *pro futuro* kontinuiteettivaatimusta siihen ei voi vakiintuneen kannan mukaan kuitenkaan perustaa.²⁶⁹

Kysymystä viranomaisen passiviteetista on usein käsitelty hallintokäytännön yhteydessä. Keskeinen osa luottamuksensuojan kannalta merkityksellisistä sovellutuksista kytkeytyy hallintotoimen peruutettavuuteen esimerkiksi tilanteissa, joissa viranomainen ei ole ryhtynyt peruutustoimenpiteisiin sellaiseen oikeuttavasta perusteesta huolimatta.²⁷⁰ Nämä tilanteet saavat ratkaisunsa *VwVfG* §§ 48–49:n peruutussäännösten puitteissa joko kiinnittämällä huomio peruuttamisen määräaikoihin tai säännösten sisäistämän punninnan mahdollistamaan *Zumutbarkeit*-arvioon. Konstruktio on tältä osin jo vakiintunut, esimerkiksi Ossenbühlin ennen *VwVfG*:n säätämistä muotoilemiin peruuttamistoimivallan edellytyksiin kuului olennaisena osana tällaisen toimivallan lakkaaminen kuluneen ajan perusteella.²⁷¹ Näiden ulkopuolella pelkän passiviteetin varaan rakennettavaan luottamuksensuojakonstruktion on suhtauduttu varauksella²⁷²: ajatuksena on, että kun hallinto ei ole yleensäkään velvollinen toimimaan kiinteiden määräaikojen puitteissa, ei toimimattomuus sellaisenaan muodosta riittävää signaalia luottamusperustan syntymiselle siitä, että hallinto ei ryhtyisi myöhemmän ajankohdantana toimintaan.²⁷³

Passiviteetin on kuitenkin katsottu olevan mahdollinen niin monissa konstellaatioissa ja voivan johtua niin monesta eri syystä, että yleispätevien, luottamuksensuojan ehdottomasti poissulkevien tulkintalinjojen esittäminen on katsottu mahdottomaksi.²⁷⁴ Näin on jätetty auki periaatteellinen mahdollisuus sille, että erityisten olosuhteiden vallitessa olisi mahdollista, että yksityiselle syntyisi tule-

²⁶⁷ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 131–132.

²⁶⁸ Blanke 2000, s. 276.

²⁶⁹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 131–132.

²⁷⁰ Schwarz 2001, s. 363.

²⁷¹ Ossenbühl 1965, s. 94 ss.

²⁷² Weber-Dürler 1982, s. 228.

²⁷³ Mainka 1963, s. 73 ss.

²⁷⁴ Guckelberger 2004, s. 94–98.

vaisuuteen suuntautuva luottamusperusta viranomaisen passiviteetista.²⁷⁵ Lisäksi yleinen passiviteettia koskeva doktriini erottaa aktiivisen ja passiivisen lainvastaisen olotilan sietämisen²⁷⁶, ja tämä jako heijastuu myös luottamuksensuojakeskusteluun. Esimerkiksi Mainkan analyysissä lähtökohtana on, että passiviteetti voi toimia luottamusperustana vain silloin, kun sen taustalle on konstruoitavissa viranomaisen nimenomainen tarkoitus passiviteettiin esimerkiksi puuttumattomuuden muodossa. Tällaisen *aktiivisen passiviteetin*, jota voidaan kutsua myös tietoiseksi sietämiseksi, itsestään selvänä edellytyksenä on pidetty sitä, että viranomaisen on joko tiennyt tai sen ainakin olisi pitänyt tietää lainvastaisesta olotilasta.²⁷⁷ Tämän johdosta luottamusta ei Mainkan käsityksen mukaan tule suojata tavallisessa passiviteettitilanteessa, jossa on kyse lähinnä viranomaisen laiminlyönnistä.²⁷⁸ Viranomaisen itsesidonta edellyttää tässä kohden sitoutumistahtoa. Mainkan käsitys saa tukea tuoreesta oikeuskäytännöstä: ”*der bloßen behördlichen Duldung keine Legalisierungswirkung zuerkannt werden kann.*”²⁷⁹

5.5 LUOTTAMUKSENSUOJA JA HALLINTOSOPIMUS

Hallintosopimuksella tarkoitetaan yleensä VwVfG § 54:n legaalimääritelmän mukaista sopimusta, eli sopimusta, joka perustaa, muuttaa tai lakkauttaa julkisoikeudellisen oikeussuhteen. Puhtaasti yksityisoikeudelliset sopimukset eivät hallintosopimuksen käsitteen alle Saksassakaan kuulu, vaikka toisena osapuolella olisi hallinto-organisaatio.²⁸⁰ Jokseenkin vakiintuneesti on erotettu kahden tyyppisiä hallintosopimuksia: puhutaan ns. *subordinationsrechtlich* ja *koordinationsrechtlich* hallintosopimuksista. Jako on konkretisoitu myös VwVfG:n sanamuodoissa; VwVfG § 54:n toinen lause viittaa edellisiin luomalla toimivallan käyttää hallintosopimusta muotona hallintopäätöksen asemesta. *Koordinationsrechtlich* viittaa aidosti tasa-arvoisten osapuolten väliseen sopimukseen. Kyse voi olla esimerkiksi hallinto-organisaation eri yksikköjen välisistä sopimuksista.²⁸¹ *Subordinationsrechtlich* viittaa tässä yksityisen osapuolen alisteiseen asemaan, mikä konstruoituu jo yksin sillä perusteella, että viranomaisella olisi toimivalta tässä kohdin myös yksipuolisen hallintotoimen käyttöön. Tämän johdos-

²⁷⁵ Weber-Dürler 1982, s. 229.

²⁷⁶ Randelzhofer – Wilke 1981, s. 79.

²⁷⁷ Weber-Dürler 1982, s. 231.

²⁷⁸ Mainka 1963, s. 73.

²⁷⁹ BVerwG, Urteil vom 16.03.2006 - 7 C 3.05.

²⁸⁰ Maurer 2009, s. 367.

²⁸¹ Maurer 2009, s. 373.

ta *VwVfG* §§ 55–56 sääntelevät vain näille sopimuksille soveltuvista menettelyllisistä ja sisällöllisistä lisärajoituksista.²⁸²

Hallintosopimusta koskevan keskustelun lähtökohtana on yleensä käsitys hallinnon tahdonilmaisusta (*Willenserklärung*). Kuten luottamuksensuojaa koskeva keskustelu edellä on erityisesti hallinnon itsesidontaan viittaavien konstruktioiden kohdalla osoittanut, ei tällaisen tahdonilmaisun oikeudellinen merkitys rajoitus vain hallintosopimukseen. Tahdonilmaisun ilmenemismuotoina on pidetty paitsi kaikkia edellä mainittuja hallintotoimia, myös muuta hallinnon tavoitteellista toimintaa.²⁸³ Näin ollen vaikuttaisi itsestään selvältä jatkumolta jäsentää hallintosopimuksen sitovuutta ja oikeusvaikutuksia luottamuksensuojan konstruktista käsin: onhan hallintosopimusta pidetty kruununa kehityksessä, jonka hallinto-oikeus on kulkenut yksipuolisen, lakiin perustuvan julkisen vallan käytön konkretisoituman, hallintotoimen, määräävästä doktrinaalisesta asemesta kohti informaalisempia, yhteistyöhön ja molemminpuoliseen tahdonilmaisuuun perustuvia tapoja ymmärtää hallinto-oikeuden kiintopisteet.²⁸⁴

Vakiintunut kanta Saksan julkisoikeudessa kuitenkin erkanee tästä ajatuksesta. Luottamuksensuojan nähdään kiinnittyvän epätasa-arvoisten oikeussuhteiden oikeusturvaperiaatteiksi, ja sopimussuhde puolestaan nähdään kuuluvaksi lähtökohtaisesti tasa-arvoisten sopimuskumppanien maailmaan. Näin doktriini kiinnittää myös hallintosopimusten sitovuuden yleiseen sopimusten sitovuutta koskevaan *pacta sunt servanda* -maksiimiin. Lähtökohta on kuitenkin verrattain tuore, sillä Saksan hallinto-oikeuden varhaisaikoina katsottiin vakiintuneesti, ettei julkisoikeudessa ole sijaa yksityisoikeuteen kuuluvaksi katsotulle periaatteelle. Asetelma on myöhemmin käännetty, esimerkiksi Forsthoff viittasi *Lehrbuchin* systematiikassa siihen mahdollisuuteen, että *pacta sunt servanda* olisi sovellettavissa myös julkisoikeuteen.²⁸⁵ Sittemmin *pacta sunt servanda* on nostettu kiistatta koko oikeusjärjestyksen kattavaksi, ja näin myös julkisoikeuteen soveltuvaksi periaatteeksi.²⁸⁶

Pacta sunt servanda -maksiimin laajasta soveltamisalasta johtuen luottamuksensuojakonstruktioit ovat hallintosopimukseen liittyvässä doktriinissa saaneet melko rajatun merkityksen. Esimerkiksi Maurer lähtee siitä, että hallintosopimus kuuluu hallintotoimien ja *Zusagen* tavoin niiden hallinnon tahdonilmaisujen joukkoon, joiden sitovuus konstruoituu niistä itsestään. Näin olisi Maurerin mukaan suorastaan virheellistä konstruoida hallintosopimuksen sitovuus luotta-

²⁸² Gurlit 2010, § 28 rn. 1.

²⁸³ Gurlit 2010, § 29 rn. 6–9.

²⁸⁴ Blanke 2000, s. 236.

²⁸⁵ Forsthoff 1973, s. 277.

²⁸⁶ Gurlit 2000, s. 537.

muksensuojanäkökohtien varaan.²⁸⁷ Samaan suuntaan viittaavat myös vuoden 1973 suuressa luottamuksensuojakeskustelussa esitetyt kannanotot. Kisker sulki tällaiseen muodolliseen *pacta sunt servanda* -sitovuuden alle kuuluvat toimet pois kokonaan luottamuksensuojan kautta merkityksensä saavasta tarkastelusta.²⁸⁸ Püttner omaksui saman lähtökohdan, mutta kiinnitti sen luottamuksensuojan luonteelle *julkinen valta – yksityinen* -oikeussuhteeseen sisältyvän yksipuolisen vallankäytön tasapainottamiseen tähtäävänä oikeusturvaperiaatteena. Milloin kyseessä oli *per definitionem* tasa-arvoisten sopimuskumppanien välinen hallintosopimus, ei tällaista tasapainottamista tarvittu. Tästä perustelusta johtuen Püttner jätti kuitenkin luottamuksensuojan soveltamiselle oven auki viitatessaan julkisen vallan sopimussuhdetta koskeviin, yksipuoliseksi vallankäytöksi katsottaviksi toimiin.²⁸⁹

Toiseen suuntaan viittaavat kannanotot voidaan jakaa kahteen ryhmään. Ensimmäkin voidaan viitata Blanken esittämään kritiikkiin, jonka mukaan tällaista sitovuuden konstruomisesta sopimuksen *a priori* luonteeseen ei voida pitää riittävänä.²⁹⁰ Samaan suuntaan viittaa sveitsiläisen, mutta vakiintuneesti osaksi saksalaista luottamuksensuojakeskustelua inkorporoidun *Maurice Weber-Dürlerin* omaksuma kanta, joka samastaa hallintotoimen ja hallintosopimuksen merkityksen luottamusperustana: hallintosopimuksen osapuolena olevan hallintoviranomaisen velvoittautuminen muodostaa yksityiselle osapuolelle luottamusperustan ”*par excellence*”.²⁹¹ Toiseksi voidaan viitata Blanken ajatukseen siitä, että tällainen justifointiperusta ulottaa merkityksensä myös hallintosopimukseen liittyvien oikeudellisten ongelmien hahmottamiseen ja sitä koskevien normien tulkintaan.²⁹²

Jälkimmäinen ajatus ei ole kokonaan vieras vakiintuneelle, luottamuksensuojan lähtökohtaisen merkityksen sitovuusperustana kieltävälle vallitsevalle kannalle. Luottamuksensuojan katsotaan saavan merkitystä arvioitaessa hallintosopimuksen lainvastaisuuden seurauksia tai hallintosopimuksen jälkikäteistä muutettavuutta ainakin silloin, kun kyseessä edellä mainittu julkisen vallan käyttöön rinnastuva *subordinationsrechtliche Vertrag*. Tämä hallintosopimuksen ja hallintotoimen pysyvyyden asiallisesti samastanut tulkintalinja erkani vallinneesta hallintosopimuksen mitättömyyteen johtaneesta oikeuskäytännöstä ennen *VwVfG*:n säätämistä.

²⁸⁷ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 118.

²⁸⁸ Kisker 1974, s. 152–153.

²⁸⁹ Püttner 1974, s. 214.

²⁹⁰ Blanke 2000, s. 237.

²⁹¹ Weber-Dürler 1982, s. 219.

²⁹² Blanke 2000, s. 237.

VwVfG:n nimenomaisten sääntelyiden on kuitenkin katsottu relativoineen sen merkitystä: VwVfG § 59:n mukaan lainvastainenkin hallintosopimus on sitova. Vain joko BGB:ssä säädetyn, yleisen sopimukseen mitättömyyden kohdistuvan perusteen käsilläolo tai VwVfG § 59 2. mom.:ssa erikseen säädetyn mitättömyysperusteen olemassaolo oikeuttaa tässä kohdin poikkeamaan pysyvyydestä. Toisen momentin erityiset perusteet soveltuvat kuitenkin vain mainitun *subordinationsrechtliche* luonteen omaaviin hallintosopimuksiin palauttaen niiden kiinteän yhteyden sopimuksella korvattuun hallintotoimeen ja siihen kohdistuviin laillisuusvaatimuksiin. Pysyvyyttä turvataan muun ohella sillä, että kyse on nimenomaan mitättömyysperusteista, eli enemmästä kuin esimerkiksi hallintoi-
men kumottavuuteen tarvittavasta lainvastaisuudesta; käsillä on ”*besonders schweren Fehlerhaftigkeit*”.²⁹³ Esimerkiksi Blanken mukaan tämä johtuu hallintosopimuksen korostetusta pysyvyydestä, joka perustuu viime kädessä valtiosääntöiseen luottamuksensuojaan.²⁹⁴ Luottamusperustan synnyttää vaatimus siitä, että yksityisen on voitava luottaa sopimusta tehdessään hallinnon asiantuntevuuteen ja sen toiminnan laillisuuteen.²⁹⁵

Maurerin erityisesti VwVfG:n esitöihin perustaman kannan mukaisesti tässä pysyvyydessä ei ole kuitenkaan kyse luottamuksensuojasta, vaan hallinnon sopimuskentekompetenssia ja lainalaisuutta tasapainottavasta sääntelystä. Maurer jättää kuitenkin luottamuksensuojalle tilaa tässäkin kohden: luottamuksensuojan valtiosääntöinen ulottuvuus yksityisten ja julkisten intressien välisenä punnintana kohdistuu tässä VwVfG § 59:n tulkintaan. Vaikka sen sanamuoto mahdollistaisi edellä mainitusta kumottavuutta korkeammasta kynnyksestä luopumisen tulkitsemalla sen ensimmäisen, BGB:n mitättömyyssääntelyihin viittaavan momentin koskevan myös toisen tarkoittamaa *subordinationsrechtliche* luonteen omaavaa hallintosopimusta, on mitättömyyden edellytykseksi asetettava BGB § 134:n nimenomaisesta sanamuodosta erkanevan tulkintakäytännön tavoin kvalifioitu oikeudenvastaisuus. Luottamuksensuojasta johtuen sanamuodon mukainen ”yksinkertainen” lainvastaisuus ei ole valtiosääntöisessä arviossa riittävä.²⁹⁶

Hallintosopimuksen pysyvyyteen kohdistuu myös yksityisoikeudellista *clausula rebus sic stantibus* -maksimista vastaava, VwVfG § 60:ssä nimenomaan säännelty mahdollisuus sopimuksen sisällön muutokseen tai irtisanomiseen muuttuneiden olosuhteiden perusteella, sekä samaan säännökseen kirjattu julkisoikeudellinen, julkiselle intressille aiheutuvan erittäin merkittävän uhkan torjuntaan perustuva irtisanomisperuste. Molempien perusteiden soveltamista vartioi niiden

²⁹³ Stelkens – Bonk – Sachs 2008, § 59 rn. 1–8.

²⁹⁴ Blanke 2000, s. 238–240.

²⁹⁵ Blanke 2000, s. 247.

²⁹⁶ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 119.

Eingriff-luonteesta johtuen ensisijaisesti valtiosääntöinen suhteellisuusperiaate. Erityisesti jälkimmäisen perusteen kohdalla luottamuksensuojaproblematiikka samastetaan *VwVfG* § 49 2. momentin 5)-kohdan tarkoittamaan tilanteeseen korostamalla sen olevan suhteellisuusvaatimuksesta johtuen eräänlainen vain hätätilanteeseen sovellettavissa oleva *ultima ratio* -periaate. Tällöinkään sen ei katsota merkitsevän luottamuksensuojan kokonaisvaltaista sivuuttamista: pysyvyyden menetyksestä aiheutuvat vahingot tulevat korvattaviksi nimenomaisen sääntelyn puuttuessa joko valtiosääntöisen luottamuksensuojan edellyttämällä *VwVfG* § 49:n korvaussääntelyn analogisella tulkinnalla²⁹⁷ tai yleisellä pakkolunastuksen korvattavuuteen liittyvillä oikeusperiaatteilla.²⁹⁸

5.6 VÄLITILINPÄÄTÖS: VERTRAUENSSCHUTZ JA HANDLUNGSFORMLEHRE

Luvun alussa viitattiin Blanken suureen ja pieneen intressivertailuun ja Pitschasin lainsäätäjän toimista huolimatta merkitykselliseksi jäävään luottamuksensuojaan nojaten ajatukseen siitä, että edellisissä luvuissa konstruoidut luottamuksensuojan valtiosääntöiset oikeuttamisperusteet säilyvät ainakin jollain tavalla merkityksellisinä myös hallinto-oikeudellisessa ympäristössä riippumatta siitä, onko lainsäätäjä ja millä tavalla konkretisoinut luottamuksensuojan kulloinkin sovellettavana olevaan ympäristöön. Edellä läpikäyty doktriini näyttäisi kuitenkin osoittavan tälle ajatukselle kaksi olennaista rajaa.

Ensinnäkin, lainsäätäjän reagoitua luottamuksensuojan olemassaoloon säätämällä *VwVfG* §§ 48–49:n edellä viitatus sääntelyt, näyttäisi ainakin osa siihen kohdistuvasta problematiikasta siirtyneen varsin yksioikoisen standardijuridii-kan pariin. Huolimatta siitä, että ainakin *VwVfG* § 49:n (Schwarz), mutta myös mahdollisesti myös *VwVfG* § 48:n suhde oikeuttamisperusteisiinsa on johtanut mahdollisuuteen käsityksestä lainsäätäjän luottamuksensuojakonkretisoinnista vain *deklaratorisena*, informatiivisena normina, on niillä toisinaan operoitu tautalla olevan luottamuksensuojadoktriinin asemesta esimerkiksi *sanamuodon* mukaista tulkintaa käyttäen. Tätä näkökohtaa ei ole kuitenkaan syytä liioitella, sillä vakiintuneen kannanmuodostuksen piirissä tällaisetkin tulkinnat alistetaan yleensä valtiosääntöisen luottamuksensuojan kontrollin alle. Mistään suomalais-tyyppisestä HL 6 §:n sanamuodon ja sen esitöiden sisällön selvittämiseen redusoituvasta tulkinnasta ei ole kyse.²⁹⁹ Havainto vaikuttaisi kuitenkin tukevan

²⁹⁷ Maurer 2009, s. 404.

²⁹⁸ Blanke 2000, s. 241.

²⁹⁹ Ks. edellä jakso 3.11.

tämän teoksen välitilinpäätöksissä kehitettyä oikeudellisen työnjaon mallia. Siinä missä oikeuttamisperusteiden yhteydessä mainittu malli käsitettiin soveltamiskäytännön näkökulmasta normatiiviseksi vaatimukseksi lainsäätäjän ylivalan relativoinimisesta lainsäätäjän huomioonottamiseen, on nyt käsillä sama asia toisesta näkökulmasta. Normaalijuridiikan piiriin liukumisen vaara huomioiden vaikuttaisi nimittäin siltä, että konstitutionalisoituneessa oikeusjärjestyksessä lainsäätäjän suunnitelmiin konkretisoida keskeisiä valtiosääntöperiaatteita tulisi suhtautua vähintäänkin varauksellisesti.

Tällainen ajatus ei ole kokonaan tuntematon Suomen oikeusjärjestyksellekään. Esimerkiksi perustuslakivaliokunnan lausunnossa hallituksen esityksestä rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi³⁰⁰ arvioitavana oli rikoslain 3 luvun 1 §:ään ehdotettu uusi säännös rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta, joka asialliselta sisällöltään vastaisi perustuslain säännöstä rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta. Tällainen perustuslain sisältöä toistava lainsäädäntöratkaisu ei ole mitenkään erityisen poikkeuksellinen, vaan lainsäätäjällä on tässä kohdin oikukas.³⁰¹ Toisinaan lainsäätäjällä pitää tärkeänä muistuttaa lainsoveltajia perustuslain periaatteista, toisinaan toisto katsotaan tarpeettomaksi. Tässä nimenomaisessa yhteydessä on syytä muistuttaa siitä yhteydestä, joka edellisen luvun välitilinpäätöksessä osoitettiin vallitsevaksi mainitun laillisuusvaatimuksen ja luottamuksensuojan välillä: kansalaisten täytyy voida käyttää täytymistään suunnitellessaan olla selvillä siitä, millaisista teoista voi joutua rikosoikeudelliseen vastuuseen.³⁰²

Perustuslakivaliokunta katsoi tässä yhteydessä, ettei perustuslain jonkin säännöksen sisällön toistamiselle laissa ei ole valtiosäännöstä johtuvia esteitä. Kanta perustui erityisesti siihen, että tällaisessa pariteettitilanteessakaan ”*tavallisella lailla ei ole perustuslailla ominaisia lainsäätäjää sitovia vaikutuksia, eikä perustuslain säännöksen toistaminen laissa vaikuta perustuslain sovellettavuuteen lainkäyttötilanteissa*”. Toisaalta toistoon ei ollut myöskään syytä pyrkiä, sillä toisto katsottiin oikeudellisesti tarpeettomaksi. Kokonaisarviossa laillisuusperiaate nähtiin kuitenkin siinä määrin keskeiseksi osaksi rikosoikeuden yleisiä oppeja ja arvoperustaa, että perustuslakia vastaavan säännöksen sisällyttäminen myös rikoslakiin oli perusteltua. Valiokunta lähestyi tässä kohdin asiaa kuitenkin ehkä turhankin idealistisesti. Vaikka valiokunnan ilmaisema perustelu tavallisen lain vaikutuksettomuudesta perustuslain sisältöön soveltamistilanteessa on sinänsä perusteltu *normatiivinen* vaatimus, ei sen *käytännön* toteutumisesta suomalaisessa oikeuskulttuurissa ole erityisiä takeita. Pikemminkin vaarana on, että

³⁰⁰ PeVL 31/2002 vp.

³⁰¹ Niemivuo – Keravuori-Rusanen – Kuusikko 2010, s. 125.

³⁰² Koskinen WSLT 2008, I.7.

rikosoikeudellinen laillisuusperiaate erkanee perustuslakiin kiinnittyvästä taustastaan normaalin formaalin laintulkinnan piiriin. Lainsäätäjän instrumentalismiin piiriin siirretyt perustavanlaatuiset oikeusturvaperiaatteet saattavat ilman perusteltua konstitutionaalista ymmärrystä oikeudellisesta työnjaosta liudentua jopa *sääntelyteknisiksi* kysymyksiksi. Tämän HL 6 §:n ja muiden laintasoisten luottamuksensuojanormien soveltamiseen liittyvä perusongelma on havainnollistettavissa tuomiolla KKO 2008:105, jossa edellä mainittu rikosoikeudellinen laillisuusperiaate lopulta siirrettiin osana lainsäätäjän poliittisen tahdon muodostusta ns. normaalijuridiikan piiriin, lainsäätäjän tavoiterationaliteettia korostavaan tulkintaympäristöön – vastoin perustuslakivaliokunnan nimenomaista käsitystä.

Tuomiossa KKO 2008:105 oli kyse tilanteesta, jossa siipikarjankasvattajalle vaadittiin eläintautilain 23 §:n nojalla rangaistusta siitä, että tämä oli lintuinfluenssan leviämisen ehkäisemiseksi annettujen määräysten vastaisesti pitänyt hanhia ulkona laiturumella. Hovioikeus oli kumonnut käräjäoikeuden tuomion laillisuusvaatimuksen vastaisena, sillä ”eläintautilain 23 §:n säännös oli niin sanottu avoin rangaistussäännös (blankorangaistussäännös), joka ilmaisi vain rangaistusuhan ja -asteikon. Rangaistavaa menettelyä ei ollut säännöksessä luonnehdittu lainkaan, vaan tunnusmerkistö (rangaistavan käyttäytymisen kuvaus) oli määritelty muualla, joko samassa laissa tai muussa lainsäädännössä tai lakia alemmanasteisessa normistossa. Tässä tapauksessa siipikarjan ulkonapitokielto ilmeni asetuksen 7 §:stä. Sen rikkominen oli ilmeisesti tarkoitettu rangaistavaksi menettelyksi. Asetuksessa ei ollut kuitenkaan viittausta eläintautilain 23 §:n rangaistussäännökseen eikä siitä muutoinkaan ilmennyt asetuksen 7 §:ssä säädetyn siipikarjan ulkonapitokiellon vastaisen menettelyn rangaistavuus.”

KKO ratkaisi asian kuitenkin toisin, eli pysytti käräjäoikeuden langettavan tuomion. KKO joutuu kuitenkin perustelemaan *asetuksen tasoisen kriminalisoinnin* soveltamista sillä, että ”lain nimen ja soveltamisalan perusteella [on] selvää, että *kriminalisoinnin tarkoituksena* on nimenomaan eläntautien vastustaminen ja ennakolta ehkäiseminen”, ”[v]aikkei eläintautilain 23 §:n rangaistussäännöksessä olekaan erikseen kuvattu eikä voitukaan kuvata säännöksen nojalla rangaistavaksi tarkoitettujen tekojen erilaisia ilmenemismuotoja”. Perustelutapa on PL 7 §:nkin valossa ongelmallinen, varsinkin kun rangaistavuus perustuu viime kädessä siihen, että ”[k]ielletyn menettelyn teonkuvaus [asetuksessa] eli siipikarjan ulkonapitokielto on puolestaan yksiselitteinen, ja kiellon kytkentä eläintautilakiin ilmenee täsmällisesti *asetuksen johtolauseesta*. Se, ettei [asetusentasoisen] kieltoisäännöksen yhteydessä ole nimenomaisesti viitattu asianomaiseen rangaistussäännökseen, on [KKO:n mukaan vain] *lakitekninen ratkaisu*, joka ei sellaisenaan aiheuta epäselvyyttä siitä, että *kiellon rikkominen on tarkoitettu säätää rangaistavaksi*.” (Kurs. ja lisäykset M.K.).

KKO:n perusteluista ilmenee jo yksin PL 80.1 §:n näkökulmasta ongelmallinen käsitys siitä, että asetuksentasoisen sääntelyn soveltamiseen liittyvät ongelmat voitaisiin ratkaista säätelemällä lain ja asetuksen välisestä suhteesta

asetukseen kirjattavilla riittävän täsmällisillä sanamuodoilla. Samoin rikosoikeuden legaliteettiperiaatteeseen perusoikeusnäkökulmasta yleensä kytketty vaatimus siitä, että ihmisillä tulisi ainakin periaatteessa olla mahdollisuus saada laista etukäteen selville, mikä on rangaistavaa³⁰³, kohdistuu KKO:n perusteluissa lain asemesta tarkoitukseen säätää jokin asia rangaistavaksi: ”ei sellaisenaan aiheuta epäselvyyttä siitä, että kiellon rikkominen on tarkoitettu säätää rangaistavaksi.”

Osaselityksenä tällaiselle tulkinnalle toimii laillisuusvaatimuksen käsitteleminen rikoslain normina normaalilaintulkinnan keinoin edellä uhaksi viitatuin tavoin. KKO nimittäin viittaa ensinnäkin siihen, että mainitun laillisuusperiaatteen kannalta ongelmallisia blankorangaistussäännöksiä ja niiden käyttöalaa on perustuslaillisissa käytännöissä rajattu: perusteluissa viitataan nimenomaan siihen, että perustuslakivaliokunta (PeVM 25/1994 vp s. 8) ”on asettanut tiettyjä tavoitteita tällaiselle lainsäädäntötekniikalle. Ensinnäkin itse rangaistusuhan sisältävästä laintasoisesta säännöksestä lähtevän niin sanotun valtuutusketjun rangaistavan teon tunnusmerkistön sisältävään normiin täytyy olla täsmällinen. Toiseksi: tekojen rangaistavuuden edellytykset ilmaisevien aineellisten säännösten tulee olla kirjoitetut rikossäännöksiltä vaadittavalla tarkkuudella. Kolmanneksi: nämä säännökset käsittävästä normistosta tulee käydä ilmi myös niiden rikkomisen rangaistavuus. Neljänneksi: kriminalisoinnin sisältävässä säännöksessä tulee olla jonkinlainen asiallinen luonnehdinta kriminalisoitavaksi tarkoitettusta teosta”.

Nämä verrattain täsmälliset vaatimukset relativoidaan kuitenkin vetoamalla rikoslain kokonaisuudistuksen esitöissä ilmaistuun verraten synteettiseen ja näin paremmin tuomion lopputuleman kanssa yhteensopivaan muotoiluun: ”Näihin kriteereihin on viitattu myös rikoslain yleisten oppien uudistamista koskevassa hallituksen esityksessä toteamalla, että blankorangaistussääntely ei ole sellaisenaan ristiriidassa rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen kanssa. Edellytyksenä kuitenkin on, että rangaistavuuden perusta ilmenee selvästi eduskunnan säätämästä laista ja että lakiin on otettu selkeä ja nimenomainen delegointisäännös” (HE 44/2002 vp s. 33). Perustuslakivaliokunnan ilmaise-masta ajatuksesta, jonka mukaan pariteettitilanteessa ”*tavallisella lailla ei ole perustuslaille ominaisia lainsäätäjää sitovia vaikutuksia, eikä perustuslain säännöksen toistaminen laissa vaikuta perustuslain sovellettavuuteen lainkäyttötilanteissa*” ei jää paljon jäljelle KKO:n standardijuridiikassa. KKO:n ratkaisussa on kyse lähinnä poliittisen tahdon ilmaisemisesta, tahdonilmaisun lakiteknisestä epäonnistumisesta ja epäonnistumisen paikkaamisesta oikeuskäytännössä vihreän valon palaessa funktionalismin sitoumuksin siten, että KKO hyväksyi valtioneuvoston toimivallan säätää rikoslakiin asiallisesti samastuva sääntely asetuksentasoisena, *kun epäselvyyttä ei ollut tähän lopputulemaan pyrkivän poliittisen tahdonmuodostuksen olemassaolosta*. Keskeisenä osana tämän mahdollistavaa argumentaatiota toimi *perustuslain tasolta rikoslain yleisen osan myötä hallituksen esityksen sanamuodon tasolle sisältönsä puolesta laskettu rikosoikeudellinen laillisuusperiaate*.

³⁰³ Viljanen 2001, s. 115–120.

Toiseksi, se kritiikki jonka *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* on kohdistanut *Handlungsformlehren* keskeisiin opinkappaleisiin,³⁰⁴ vaikuttaisi ehkä hieman paradoksaalisesti hallinto-oikeudellisen luottamuksensuojan kannalta perustellulta: edellä sanotun valossa vaikuttaisi ilmeiseltä, että hallintoa vastaan asettuvan suojan ala ja sisältö määräytyvät pikemminkin hallinnon toimintamuodon kuin yksityisen luottamusintressin perusteella. Tämä ei kuitenkaan kaikissa käyttöyhteyksissä ole kokonaan perusteeton ajatus. Voidaan viitata siihen nimenomaan yksityisen näkökulmasta välttämättömään stabilisointifunktioon, jota esimerkiksi rakennuslupa hallintotoimena täyttää. Näin *Handlungsformlehren* ja luottamuksensuojan keskinäistä suhdetta voidaan ajatella myös toisinpäin: vaikka luottamuksensuoja ei ole murtanut *Handlungsformlehren* rakenteita ja on joutunut valtiosääntöisenä periaatteena toisinaan jopa taipumaan lainsäätäjän suorittamien *Handlungsformlehren* konkretisointien edessä, se on kuitenkin osoittautunut tehokkaaksi ja perustelluksi tavaksi jäsentää oikeustilan ongelmia kunkin opin osatekijän puitteissa, ja tarjonnut uusia näkökulmia esimerkiksi keskusteluun hallinnollisten määräysten luonteesta ja velvoittavuudesta. Molemmat ajattelutavat ovat kuitenkin viime vuosina kokeneet merkittäviä uudistuspaineita. Varsinkin EU-oikeuden luottamuksensuojadoktriini on asettanut saksalaisen luottamuksensuojadoktriinin kokonaisvaltaisen uudistusvaateen alle.

5.7 EINE KATASTROPHE FÜR DEN RECHTSSTAAT?

Saksalainen luottamuksensuojakonstruktio on edellä esitetyistä doktriinin sisäisistä epä johdonmukaisuuksista huolimatta erityisesti *Verfassungsrang*-kytkentänsä johdosta kasvanut tehokkaaksi vallankäytön rajoitukseksi, joka ei ole antautunut muodolliseen lainalaisuuteen kiinnittyvien ehdottomien rajojen kahleisiin. Tämä piirre on kuitenkin johtanut sen avoimeen konfliktiin EU-oikeuden kanssa. Eräänä konfliktia selittävänä tekijänä voidaan pitää sen taloudellista merkitystä: *Armin Hatjen* empiirisen selvityksen mukaan saksalaiset viranomaiset jättivät ajanjaksolla 1958–1993 perimättä takaisin noin 90 % EU-oikeuden näkökulmasta lainvastaiseksi osoittautuneista tuista vedoten luottamuksensuojadoktriinin asettamiin esteisiin.³⁰⁵

Tähän konfliktiin liittyvä tieteellinen keskustelu on ollut saksalaiseen tapaan perusteisiin asti ulottuvaa. Tämän luvun otsikko ”*Eine Katastrophe für den Rechtsstaat?*” on lainattu *Roland Winklerin* diskurssin keskiöön kuuluvasta, mai-

³⁰⁴ Ks. edellä jakso 2.4.

³⁰⁵ Hatje 2008, s. 234.

nittuun kysymykseen kielteisesti vastaavasta artikkelista.³⁰⁶ Konflikti on hallinnut luottamuksensuojakeskustelua viimeisen vuosikymmenen ajan: esimerkiksi hallinto-oikeudelliseen luottamuksensuojaan keskittyvästä Blanken habilitaatiovältöskirjasta sivumääräisesti arvioiden suunnilleen viidesosa koostuu tämän konfliktin tarkastelusta³⁰⁷, Schwarzin valtiosäännöstä ponnistava habilitaatiovältöskirja tyytyy nimenomaan tämän konfliktin osalta määrällisesti vähäisempään analyysiin.³⁰⁸ Schwarzin osalta on kuitenkin todettava, että mainittu konflikti lienee eittämättä vaikuttanut sisällöllisesti siihen kautta Schwarzin tutkimuksen toistuvaan ajatukseen, jonka mukaan liialliseksi kasvanut luottamuksensuojaeuforia on syytä palauttaa oikeusvaltiollisesta laajasta soveltamisalasta yksin perusoikeussuojaksi. Ajantasaisin konfliktiin kohdistuva laaja esitys on eittämättä *Henning Juntusen* julkaistu dissertaatio *Die Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die Bestandskraft von Verwaltungsakten und die Rechtskraft von Gerichtsurteilen*.³⁰⁹

Konfliktista voidaan eritellä kaksi keskeistä ulottuvuutta: lainvastaiseksi osoitetun, EU-oikeuden perusteella maksetun tuen (yhteisön tuki) ja lainvastaiseksi osoitetun, jäsenvaltion oman oikeusjärjestyksenä perusteella maksaman tuen (valtioneuvosto) takaisinperintä.³¹⁰ Saksalainen soveltamisalaltaan laaja luottamuksensuojakonstruktio voi realisoitua tässä konfliktissa useassa eri merkityksessä tätä laajempaanakin: kollision on merkityksellinen periaatteessa myös lainsäätäjän vastaan asettuvan intertemporaalisen luottamuksensuojan kannalta³¹¹, mutta konfliktiasetelmaan kohdistuvan doktrinaalisen keskustelun ja sen pohjana olevan oikeuskäytännön kannalta merkityksellisin konfliktiasetelma rakentuu *Juntusen* tyypittelemien, hallintoa vastaan asettuvan luottamuksensuojan alaan kuuluvien takaisinperintätilanteiden suhteesta *VwVfG* §§ 48–49:n sääntelyyn hallintotoimen peruuttamisesta. Konflikti on jyrkkä: esimerkiksi *Walter Frenz* luonnehtii EU-tuomioistuinkäytännön riisuvan erityisesti valtiosääntöisesti tuetun *VwVfG* § 48:n käytännöllisesti katsoen soveltamiskelvottomaksi.³¹²

Jokseenkin vakiintuneesti on katsottu, että konflikti kytkeytyy tässä nimenomaan luottamuksensuojan kannalta merkitykselliseen *edunsoovien* hallintotoimien peruuttamistoimivaltaan ja sen rajoihin: toimivallan *velvoittavien* hallintotoimien peruuttamiseen on katsottu voivan määräytyä peruutussäännöksistä ilmenevän vapaan peruutettavuuden puitteissa myös silloin, kun velvoittava hal-

³⁰⁶ Winkler 1999

³⁰⁷ Blanke 2000, s. 445–571.

³⁰⁸ Schwarz 2001, s. 529–557.

³⁰⁹ Juntunen 2008.

³¹⁰ Juntunen 2008, s. 132.

³¹¹ Schwarz 2001, s. 414–428.

³¹² Frenz 2010, s. 554.

lintotoimi on EU-oikeuden vastainen.³¹³ Tämä ns. *Kühne und Heitz* -tuomioonkin edelleen sisältyväksi katsottu doktriini lähtee siitä, että kansallinen menettelyautonomia mahdollisine harkintavaltioineen syrjäytyy vain erittäin poikkeuksellisissa tapauksissa. Näissä poikkeustilanteissakin on katsottu, että konfliktia saksalaisen sääntelyn ja luottamuksensuojan kanssa ei synny, etenkin kun esimerkiksi vapaan peruutettavuuden konstruktio tässä kohdin ei ole perinteisestikään sulkenut pois harkintavallan redusoimista nolnaan.³¹⁴

Konfliktia on jäsennetty käyttäen kiintopisteenä Saksan hallintomenettelylain sääntelyä: *Stefan Kadelbach* viittaa erittäin pedantiksi luonnehdittavassa habilitaatioväitöskirjassaan *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß* nimenomaan siihen, että riippumatta siitä, onko kyseessä yhteisön vai valtion tuki ja miten tuki on toimeenpantu, *suurimmassa osassa ajateltavissa olevia taupauskonstellatioita* konflikti palautuu – nimenomaisella erityissääntelyllä katettuja tilanteita lukuun ottamatta – *VwVfG* §§ 48–49:n sanamuotoihin.³¹⁵ Eri-tyissääntelykin sisältää usein vain viittaussäännöksen mainittuihin yleisiin peruutussäännöksiin: esimerkiksi konfliktin keskiössä sijaitsevan yhteismarkkinalainsäädännön toimeenpanon yleislain *Gesetz zur Durchführung der gemeinsamen Marktorganisationen und der Direktzahlungen (Marktorganisationsgesetz – MOG)* § 10 sisältää tällaisen viittauksen.

Toisin sanoen, kun varsin vakiintuneesti on katsottu, että periaatteellista estettä *VwVfG* §§ 48–49:n soveltamiselle ei ole, konkretisoituu mainittu konflikti lähtökohtaisesti *VwVfG* §§ 48–49:ään.³¹⁶ Saksan hallintomenettelylaista kumpuava näkökulma eroaa jossain määrin Juntusen valitsemasta: siinä missä Juntusen jäsenitys käyttää rakenteenaan EU-oikeutta, rakenteistaa tällainen näkökulma konfliktin ulottuvuudet peruutussääntelyn ja saksalaisen luottamuksensuojadoktriinin näkökulmasta. Olennaisiksi komponenteiksi osoittautuvat esimerkiksi Blanken analyysissä kysymykset tuen lainvastaisuudesta, viranomaisen harkintavallan laajuudesta, menettelyn määräajoista, kysymys luottamuksen suojaamisen arvoisuudesta erityisesti suhteessa selonottovelvollisuuteen sekä julkisen intressin painoarvo suhteessa luottamuksensuojaan.³¹⁷

Vaikka tässä ei ole syytä erityisen laajasti ottaa tarkasteluun *in abstracto* sellaisia yleisiä EU-oikeuden peruseriaatteita kuten EU-oikeuden etusija, tehokkaan toimeen- ja täytäntöönpanon vaatimukset³¹⁸ tai kansallinen menettelyauto-

³¹³ Erbgruth 2011, s. 213.

³¹⁴ Kahl 2011, s. 452.

³¹⁵ Kadelbach 1999, s. 458.

³¹⁶ Schwarz 2001, s. 458.

³¹⁷ Blanke 2000, s. 465.

³¹⁸ Tässä esityksessä käytetään jatkossa lähinnä kielellisestä yksinkertaisuudesta johtuen termiä toimeenpano kattamaan sekä toimeenpano että varsinainen täytäntöönpano. Kuten Mäenpää huo-

nomia, jotka määrittävät tämänkin konfliktin perusrakenteita³¹⁹, on syytä huomata, että raja ei merkitse niiden merkityksen kiistämistä. Kuten *Adinda Sinnaeve* osoittaa, on kyseinen konflikti ollut saksalaisessa julkisoikeudessa paitsi erittäin merkittävässä roolissa osoittamaan EU-oikeuden ja kansallisen toimeenpanon välisen yleisen teoriankehittelyn tarpeellisuuden, myös olevan luonteeltaan sellainen, ettei sitä käy ilman tällaisia yleisiä lähtökohtia ratkaiseminen.³²⁰ Tässä tutkimuksessa lähdetään kuitenkin lähinnä esitysekonomisista syistä siitä varsin perustellusta oletuksesta, että saksalainen konfliktia koskeva runsas keskustelu on EU-oikeuden yleiset opit ja niihin kytkeytyvät, EU-oikeuden suhdetta jäsenvaltion oikeuteen rakenteistavat teoriat jo omaksunut. Näin on mahdollista kiinnittää huomiota niiden lähinnä tukien takaisinperintään liittyviin erityispiirteisiin.

Erityispiirteet käyvät ilmi varsin informatiivisesti Juntusen oikeustapausanalyysistä, jossa kansallisen menettelyautonomian ja kansallisten oikeusturvaperiaatteiden merkitys saa konkretisoitumansa Juntusen valitseman näkökulman valossa erottelemalla systemaattisesti lainvastaiseksi osoitetun yhteisön tuen ja lainvastaiseksi osoitetun jäsenvaltion valtiontuen takaisinperintää koskevan oikeuskäytännön. Tyypittelyn käyttökelpoisuutta puolustaa myös se, että luottamuksensuojapunninnassa EU-oikeuden huomioon otettavaksi edellyttämä unionin intressi saa erilaisen painotuksen dikotomian eri puolilla.³²¹ Edelleen tyypittely toimii konfliktin historiana; kuten Kadelbach osoittaa, konfliktin juuret sijaitsevat EU-tukia koskevassa oikeuskäytännössä, josta se on levinnyt valtion tukia koskevaan käytäntöön.³²²

5.7.1 Vertrauensschutz ja EU-tuki

Juntusen analyysissä konflikti saksalaisen luottamuksensuojan ja EU-oikeuden välillä EU-oikeuden perusteella maksettujen tukien kohdalla rakentuu sarjana

mauttaa (2011, s. 152–153) ei näiden välille ole aina tehtävissä tarkkarajaista eroa: tällaisen konstruimisyritykset johtavat tällaisessa monitasoisessa organisatorisessa kontekstissa usein turhan pedanttisiin erotteluihin. Esimerkiksi *Triantafyllou* (1992, s. 437) viittaa yhteisön toimielimen EU-oikeutta konkretisoivan päätösmuotoisen toimen kansalliseen täytäntöönpanoon termillä *Vollzugs-vollzug*. Kun olennaisena komponenttina nyt käsillä olevassa yhteydessä ei ole EU-oikeuden ja kansallisen menettelyn erilaiset muodot, vaan lähinnä EU-oikeuden *tehokkuuden* vaatimus, käytetään jatkossa termiä toimeenpano Mäenpään esityksen systematiikan (emt. IV luku) tavoin laajana yläkäsitteenä kattamaan sekä toimeenpano suppeassa merkityksessä että täytäntöönpano.

³¹⁹ Blanke 2000, s. 445–460.

³²⁰ Sinnaeve 1997, s. 15–16.

³²¹ Frenz 2010, s. 554.

³²² Kadelbach 1999, s. 457–458.

oikeuskäytäntöä, jonka taustaksi asettuu yhteisötuomioistuimen³²³ 1980-luvun alkupuolen oikeuskäytäntö koskien kansallisen oikeuden asettamien takaisinperinnän esteiden soveltuvuutta lainvastaisen yhteisön tuen takaisinperinnässä.³²⁴ Luottamuksensuojakonfliktin esiymmärryksen muodostava varhainen oikeuskäytäntö muotoili yhteisön tuen takaisinperintävelvollisuuden ja kansallisen menettelyautonomian väliseen suhteeseen edelleen vaikuttavat kaksi keskeistä periaatetta: *EU-oikeuden tehokkuuden ja syrjimättömyyden periaatteet*.

Tuomiossa 54/81 *Fromme* kiteytettiin aiempi oikeuskäytäntö: kansallisen lainsäädännön soveltaminen ei saa vaikuttaa yhteisön oikeuden ulottuvuuteen tai tehokkuuteen siten, että perusteettomasti myönnettyjen rahamäärien takaisinperiminen olisi sen vuoksi *käytännössä mahdotonta*. Kansallista lainsäädäntöä sovellettaessa ei kyseisen takaisin perimisen edellytykseksi saa myöskään asettaa sellaisten ehtojen täyttämistä tai yksityiskohtaisten sääntöjen noudattamista, jotka olisivat epäedullisempia kuin ne, joita sovelletaan vastaavissa mutta puhtaasti valtionsisäisissä menettelyissä, ja kansallisten viranomaisten on noudatettava näissä asioissa samaa huolellisuutta kuin vastaavien kansallisten lakien soveltamisessa, jotta yhteisön oikeuden tehokkuutta ei heikennetä.

Näissä rajoissa katsottiin kuitenkin *periaatteellisesti* mahdolliseksi, että kansallinen lainsäädäntö voi erityisissä tapauksissa oikeusvarmuuden periaatteeseen vedoten estää esimerkiksi tukipäätösten peruuttamisen kokonaan tai säännellä samaan lopputulemaan johtavista määräajoista.³²⁵ Juntusen analyysissä konfliktin jatkokehittely rakentuu tätä perusrakennetta edelleen täsmentävässä käytännössä, johon kuuluu kolme keskeistä tapausta: *Deutsche Milchkontor* (205-215/82), *Steff-Houlberg* (C-366/95) ja *Oelmühle* (C-298/96).

Ensin mainitussa, luottamuksensuojan EU-oikeudelliseksi *leading-caseksi* usein arvioidussa *Deutsche Milchkontor* -tuomiossa arvion kohteena oli nimenomaan luottamuksensuojan ja EU-oikeuden tehokkuus- ja syrjimättömyysvaatimusten keskinäinen suhde siinä konkretisoitumispisteessä, jonka *VwVfG* § 48:n luottamuksensuojasääntely asetti lainvastaisesti myönnetyn tuen takaisinperinnälle. Tuomioistuimien käsitteli perusteluissaan komission ilmaisemaa huolta siitä, että tämänkaltaisen sääntely voi yksittäistapauksissa estää yhteisön oikeuden edellyttämän lainmukaisen olotilan toteutumisen. Tuomioistuimen käsityksen

³²³ Yhteisötuomioistuimella viitataan tässä ja jatkossa historialliseen tuomioistuimeen tosiasiallisena toimijana (Euroopan yhteisöjen tuomioistuin). EU-tuomioistuimella viitataan jatkossa yhteisötuomioistuimeen *tosiasiallisena toimijana* sen Lissabonin sopimuksen myötä vakiintuneen terminologian mukaisena ajanjaksona (Euroopan unionin tuomioistuin), mutta myös sen aikarajoihin kiinnittymättömässä valanjaolisessa merkityksessä.

³²⁴ Juntunen 2008, s. 133.

³²⁵ Tuomio 265/78 *Ferwerda*, 119/79 *Lippische Hauptgenossenschaft*, 54/81 *Fromme*.

mukaan luottamuksensuoja kuului kuitenkin myös yhteisön oikeuden oikeusperiaatteisiin, eikä näin ollen tällainen VwVfG § 48:n edellyttämä lopputulema ollut yhteisön oikeudellekaan vieras. Näin määritellyn yhteisöoikeudellisen luottamuksensuojan on yleensä katsottu kuuluvan niihin yhteisön oikeuden perusperiaatteisiin, joihin voidaan liittää saksalaiseen tapaan *Verfassungsrang*.³²⁶ Tämän on katsottu merkitsevän sitä, ettei VwVfG § 48 ole ainakaan *in abstracto* ristiriidassa unionin oikeuden kanssa.³²⁷ Tuomioistuimien kuitenkin otti edelleen huomioon syrjimättömyyden ja yhteisön oikeuden tehokkuuden asettamat reunaehdot, ja muotoili tämän oikeusjärjestyksille yhteisen luottamuksensuojan niiden väliin asettuvaksi kiinnittämällä huomiota yhteisön etujen turvaamiseen ja luottamuksen suojan syrjimättömyyteen suhteessa yhteisöoikeuteen:

”Das Gemeinschaftsrecht steht nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegen, die für den Ausschluss einer Rückforderung von zu unrecht gezahlten Beihilfen auf Kriterien wie den Vertrauensschutz, den Wegfall der ungerechtfertigten Bereicherung, den Ablauf einer Frist oder den Umstand abstellen, dass die Verwaltung wusste oder grob fahrlässig nicht wusste, dass Sie die fraglichen Beihilfen zu unrecht gewährte, jedoch unter dem Vorbehalt, dass dabei die gleichen Voraussetzungen gelten wie für die wiedereinziehung rein nationaler Geldleistungen und dass das Interesse der Gemeinschaft voll berücksichtigt wird.”

Deutsche Milchkontorissa yhteisön oikeuden tehokkuuden vaatimus, joka aiemmassa oikeuskäytännössä oli ymmärretty vaatimukseksi siitä, että kansallisen oikeuden asettamien esteiden vuoksi perusteettomasti myönnettyjen rahamäärien takaisinperiminen ei saanut olla käytännössä mahdotonta, täydennettiin laveamaksi: kyse oli myös velvollisuudesta ottaa yhteisön edut täysimääräisesti huomioon (*”das Interesse der Gemeinschaft voll berücksichtigt wird”*). EU-oikeuden ja saksalaisen doktriinin mukainen luottamuksensuoja oli saanut ensimmäisen vakavan eroavaisuutensa, joka kuitenkin mahtui vielä VwVfG § 48:n sanamuodon puitteisiin: yhteisön edun täysimääräisen huomioon ottamisen on vakiintuneesti katsottu tarkoittavan sitä, että viranomaisella ei ole sitä VwVfG § 48 1. momenttiin vakiintuneesti katsottavaksi kuuluvaa harkintavaltaa peruuttamisen toimittamiseen tai toimittamatta jättämiseen, jossa on voitu ottaa huomioon osana harkintavallan käyttöä myös muita kuin luottamuksensuojaan liittyviä oikeusvaltiollisia tai yksittäistapauksellista oikeudenmukaisuutta turvaavia vaatimuksia.³²⁸

³²⁶ Triantafyllou 1992, s. 441

³²⁷ Scholz 1998, s. 264.

³²⁸ Blanke 2000, s. 469.

Kuten edellä kävi ilmi, ovat tällaiset tekijät voineet puhtaasti kansallisessa soveltamistilanteessa johtaa siihen, että harkintavalta redusoituu asiassa nollaan *yksityisen eduksi*. Nyt käsillä olivat kuitenkin yhteisön edut, joiden katsottiin vaativan harkintavallan redusoimista nollaan *yksityisen vahingoksi*. Tämän on katsottu tarkoittavan sitä, että käytännössä ainoat sallitut perusteet jättää tuki perimättä takaisin liittyvät oikeusvarmuuteen tai luottamuksensuojaan.³²⁹ Tällainen *Ermessensreduzierung auf Null* on tässä kohdin tullut hyväksytyksi Saksan hallintolainkäytössä: esimerkiksi tuomiossa BVerwGE 74, 357 viitattiin *Milchkontor*-tuomiossa asetettuun vaatimukseen sillä lopputulemalla, että ”*schließt bei der Rücknahme von Bewilligungen und der Rückforderung von Beihilfen zwar das Ermessen*” (§ 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG) [, *nicht jedoch den Vertrauensschutz* (§ 48 Abs. 2 VwVfG) *aus*]. Oikeuskirjallisuudessa *Deutsche Milchkontor*-rissa omaksuttuihin luottamuksensuojan perusrakenteisiin on kuitenkin suhtauduttu verrattain kriittisesti: niiden sanotaan usein muodostavan eräänlaisen luottamuksensuojan minimistandardin, joka antaa *vain erittäin poikkeuksellisesti* suojaa takaisinperintä vastaan³³⁰.

Myöhemmässä, Tanskaa koskevassa tuomiossa *Steff-Houlberg* (C-366/95) oli kyse yhteisön edun huomioon ottamisen täsmentämisestä: *Steff-Houlberg*, joka annettiin vastauksena ennakkoratkaisupyyntöön siitä, oliko yhteisön oikeuden vastaisena pidettävä sitä, että kansallisen oikeuden mukaan perusteettomasti maksettu tuki voidaan jättää palauttamatta muun ohella luottamuksensuojaan liittyvien näkökohtien perusteella. Tuomio asiassa *Steff-Houlberg* täsmensi *Milchkontor*-rissa omaksuttua perusmallia kiinnittämällä luottamuksensuojan mahdollisuuden vilpittömän mielen vaatimukseen ja tapauksen erityisolosuhteisiin, mutta painotti samalla, että kansallinen sääntely vilpittömän mielen suojaamiseksi ei saanut erota yhteisöoikeuden vahingoksi vain kansallisiin tukiin sovellettavista säännöistä. *Steff-Houlberg* toimii yhdessä myöhemmän *Oelmühlen* (C-298/96) kanssa *Juntusen* analyysissa osana kehityskulkua, jossa luottamuksensuoja saa sellaisen soveltamiskelpoisen sisällön, joka voidaan yhteensovittaa saksalaisen doktriinin kanssa.³³¹ Tämän väitteen arviointi on kuitenkin mahdollista vain, mikäli otetaan analyysin toinen puoli huomioon: kysymys luottamuksensuojasta valtioneuvostojen takaisinperinnästä.

³²⁹ Blanke 2000, s. 470.

³³⁰ Triantafyllou 1992, s. 438.

³³¹ Juntunen 2008, s. 139–142.

5.7.2 Vertrauensschutz ja valtioneuti

Valtioneutiella tarkoitetaan tässä Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 107 artiklan (aiempi EY-sopimuksen 87 artikla) kattamaa, jäsenvaltion myöntämää taikka sen varoista muodossa tai toisessa myönnettyä tukea. Tällainen tuki konkretisoituu EU-oikeuden ja saksalaisen doktriinin välisen luottamuksensuojakonfliktin keskiöön silloin, kun se katsotaan EU-oikeuden vastaiseksi siten, että EU-oikeus edellyttää sen perimistä takaisin. Tässä yhteydessä ei mahdollista perehtyä seikkaperäisesti niiden valvontaa ja takaisinperintää koskevaan varsin moniulotteiseen oikeudelliseen sääntelyyn³³²: tutkimuksen kannalta riittää, kun todetaan nimenomaan takaisinperintävelvollisuutta ja sen rajoituksia koskevan vakiintuneen oikeuskäytäntö tulleen kodifioiduksi³³³ vuonna 1999 [Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 93 artiklan eli] nykyisen Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 108 artiklan soveltamista koskevista yksityiskohtaisista säännöistä -otsikoituun asetukseen 659/1999. *Juntusen* analyysissä oikeuskäytäntö ei kuitenkaan menetä merkitystään kodifioinnin myötä: tuomiot *Deufil* (310/85), *BUG-Alutechnik* (C-5/89) ja *Alcan I-II* (C-94/87 ja C-24/95) saavat edelleen merkityksensä konfliktin jäsentämisessä, sillä asetuksen sanamuodot jättävät täsmentämiselle runsaasti tilaa.³³⁴ Sisällöllisesti merkityksellisimmiksi konfliktin arvioinnissa näistä nousevat kolme viimeistä tuomioita.

Mainitun asetuksen 14 artiklan 1)-kohdan mukaan sääntöjenvastaista tukea koskevilla kielteisillä päätöksillä komissio päättää, että asianomaisen jäsenvaltion on toteutettava kaikki tarpeelliset toimenpiteet tuen perimiseksi takaisin tuensaajalta. Saman kohdan mukaan komissio ei kuitenkaan saa vaatia tuen takaisinperimistä, jos tämä olisi yhteisön lainsäädännön jonkin yleisen periaatteen vastaista. Edelleen saman artiklan 3)-kohdan mukaan takaisinperiminen on toteutettava viipymättä ja asianomaisen jäsenvaltion kansallisen lainsäädännön menettelyjen mukaisesti, jos ne mahdollistavat komission päätöksen välittömän ja tehokkaan täytäntöönpanon. Kun asia on kansallisen tuomioistuimen käsiteltävänä, tämän toteuttamiseksi kohdassa edellytetään, että asianomaisten jäsenvaltioiden on toteutettava kaikki oikeudellisissa järjestelmissään käytettävissä olevat tarpeelliset toimenpiteet, mukaan lukien tilapäiset toimet, sanotun kuitenkaan rajoittamatta yhteisön lainsäädännön soveltamista.

BUG-Alutechnik-tuomiossa viitattiin siihen *Milchkontorissa* yhteisön tukien osalta muotoiltuun lähtökohtaan, jonka mukaan luottamuksensuojan kuulumi-

³³² Ks. tältä osin esim. Siikavirta – Parikka 2010.

³³³ Juntunen 2008, s. 143.

³³⁴ Juntunen 2008, s. 144.

sestä myös yhteisöoikeuteen seurasi se, että jäsenvaltion kansallisessa lainsäädännössäkin luottamuksensuoja sai legitiimisti olla sovellettavissa aiheettomasti maksetun yhteisön tuen takaisinperinnän tapauksessa. Nyt käsillä olevan tuomion mukaan samaa lähestymistapaa on sovellettava silloin, kun on kysymys yhteisön oikeuden vastaisten kansallisten tukien takaisinperimisestä. Lähtökohdattaa kuitenkin tässä modifioi se, että kun otettiin huomioon [perustamissopimuksen 93 artiklassa määrätyn] komission suorittaman valtiontukivalvonnan pakottava luonne, periaatteessa tuensaaajayritys voi perustellusti luottaa tuen laillisuuteen vain, jos tuki on myönnetty mainitussa *artiklassa määrättyä, ilmoitusvelvollisuuden sisältävää menettelyä noudattaen*. Ja edelleen: tuomioistuin objektivoi selonottovelvollisuuden toteamalla, että ”huolellinen talouden toimija pystyy yleensä varmistamaan, että kyseistä menettelyä on noudatettu”. Tätä objektiivista selonottovelvollisuutta kuitenkin relativoi se seikka, että tuomioistuimen käsityksen mukaan tuen saajan mahdollisuutta vedota sellaisiin *poikkeuksellisiin olosuhteisiin*, joiden perusteella se on voinut *perustellusti luottaa tuen sääntöjenmukaisuuteen* ja joiden perusteella se voi kieltäytyä tuen palauttamisesta, ei voida sulkea kokonaan pois.

Luottamuksensuoja ei kuitenkaan kannan pitkälle. Tuomioistuin nimittäin totesi, ettei jäsenvaltio voinut edellä mainitusta lähtökohdasta huolimatta vedota edunsaajien perusteltuun luottamukseen vapautuakseen velvollisuudestaan takaisinperintään. Tämä perustui siihen jatkossa luottamuksensuojadoktriinien konfliktin keskiöön nousevaan ajatukseen, jonka mukaan tällainen mahdollisuus kyseenalaistaisi perustamissopimuksen [92 ja 93 artiklan] määräysten tehokkaan vaikutuksen, ”koska kansalliset viranomaiset voisivat tällä tavoin vaarantaa perustamissopimuksen nojalla tehtyjen komission päätösten tehokkuuden käyttäen perusteena omaa lainvastaista menettelyään tai laiminlyöntiään”.

Näin ollen vastaajana ollut Saksa ei voinut vedota osoittaakseen takaisinperinnän olevan ehdottoman mahdotonta *VwVfG* § 48:ään sisältyviin, luottamuksensuojaa koskevista erityissäännöistä seuraaviin takaisinperinnän esteisiin ”siltä osin kuin on kysymys kyseisten etujen punnitsemisesta ja edunsaajan hallinto-toimen peruuttamiselle säädetystä määräajasta”. Tuomioistuin vahvasti päättel-mää yhteisöoikeuden etusijaan vedoten, kansallinen menettelyautonomia relativoiden viittaamalla siihen, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan ”jäsenvaltio ei voi sisäisen oikeusjärjestyksensä oikeussääntöihin, toimintatapoihin tai tilaan vetoamalla perustella sitä, ettei se ole noudattanut yhteisön oikeudesta johtuvia velvoitteitaan”. Näin ollen *VwVfG* § 48:n soveltaminen siten, että sen johdosta tuensaaajan luottamusta suojattiin myös yksittäistapauksessa realisoituvien oikeusvaikutuksien, katsottiin yhteisön oikeuden vastaiseksi.

BUG-Alutechnik näyttää *muodollisesti* argumentaatorakenteensa puolesta noudattavan sitä EU-oikeudessa esiintyvää rakennelmaa, jonka mukaan EU-tuomioistuin erottaa jäsenvaltion velvoitteet jäsenvaltioiden kansalaisten oikeuk-

sista ja velvollisuuksista suojatakseen kansalaisia *EU-oikeuden etusijan* tuottamalta tehokkuudelta: kyse on siitä EU-oikeuden alalla varsin perustavanlaatuisesta ja yleisestä konstruktiosta, jossa kaiken normiaineksen, ml. yleisiä periaatteita kuten luottamuksensuojaa konkretisoivien normien, oikeusvaikutuksia voidaan ja tuleekin eritellä erikseen niiden addressaatin perusteella erottamalla esimerkiksi yksin jäsenvaltioille osoitetuista normeista jäsenvaltion tuomioistuimissa ja viranomaisessa soveltamiskelpoiset, yksityiselle oikeusvaikutuksia aikaansaavat periaatteet.³³⁵

Vaikka tämän lähtökohdan pitäisi EU-oikeuden etusijan ja suoran sovelletavuuden asemesta nimenomaan addressaattien *erotteluvaatimuksena* ainakin periaatteessa estää luottamuksensuojan sulkeutumisen kokonaan pois EU-oikeuden etusijan nojalla – ”*Ein 'Nullschutz' soll damit ausgeschlossen sein*”³³⁶, asettuu *BUG-Alutechnik* tässä lopultakin nollasuojan kannalle: takaisinperinnän estävä luottamuksensuojanormi on *in abstracto* yhteisön oikeuden vastainen, sillä siihen sisältyvä luottamusta suojaava määräaika sääntely estää yhteisön oikeuden tehokkaan toteutumisen. Konflikti saksalaisen luottamuksensuojadoktriinin kanssa syveni tämän tuomion myötä. Esimerkiksi *Dieter Scheuing* viittaa *BUG-Alutechnikissä* omaksutun kannan johtavan siihen, että viranomaiset joutuvat ”*durch Rückforderung der Subvention sehenden Auges Unrecht zu tun*”.³³⁷

Konfliktin kulminoitumana voidaan pitää kahden oikeustapauksen muodostamaa kokonaisuutta (*Alcan I*, 94/87, *Alcan II* C-24/95). *Alcan I* -tuomiossa oli kyse osavaltion maksamasta, tässä tapauksessa *Alcan GmbH*:lle myönnetystä alumiiniteollisuuden tuesta, jonka komissio totesi lainvastaiseksi ja velvoitti perimään takaisin. Osavaltiossa voimassa oleva liittovaltion *VwVfG* § 48:n kanssa identtinen luottamuksensuojasääntely kuitenkin esti takaisinperinnän. Saksa vetosi siihen, että vaikka se tunnusti komission päätöksen sinänsä päteväksi, se katsoi sen muodostavan ainoastaan periaatteellisen lähtökohdan, jota tuli arvioida kansallisen lainsäädännön luottamuksensuojadoktriinin puitteissa.

Yhteisötuomioistuin ei kuitenkaan hyväksynyt tätä ajatusta, vaan huomautti, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan jäsenvaltio ei voi puolustautua vedota sisäisen oikeusjärjestyksensä säännöksiin, käytäntöön tai olosuhteisiin vapautuakseen sille yhteisöoikeuden mukaan kuuluvien velvollisuuksien täyttämättömyydestä.³³⁸ Ainoaksi mahdolliseksi perusteeksi, johon jäsenvaltio voi puolustautua vedota komission [perustamissopimuksen 93 artiklan 2 kohdan mukaisesti] nostamaa velvollisuuden täyttämättä jättämistä koskevaa kannetta

³³⁵ Suviranta 1996, s. 170.

³³⁶ Triantafyllou 1992, s. 441.

³³⁷ Scheuing 1994, s. 310.

³³⁸ C-5/89, komissio v. Saksa, tuomio 20.9.1990, Kok. 1990, s. I-3437, 18 kohta.

vastaan, jäi *täydellinen mahdottomuus* panna päätös asianmukaisesti täytäntöön. Tällöinkin lojaliteettiperiaatteen katsottiin edellyttävän, että jäsenvaltio aloittaa yhteistyön komission kanssa täytäntöönpanon mahdollisuuksien selvittämiseksi.³³⁹ Näin tuomioistuimen käsityksen mukaan se, että Saksa oli vain informoinut komissiota poliittisista ja oikeudellisista ”vaikeuksista” (*”der Entscheidung verbundenen politischen und rechtlichen Schwierigkeiten mitzuteilen”*), ei riittänyt osoittamaan, että takaisinperintä oli absoluuttisen mahdotonta.

Alcan II -tuomiossa (C-24/95) yhteisötuomioistuimelle osoitetun ennakkoratkaisupyynnön taustalla oli kyse siitä, että ko. osavaltio oli *Alcan I:n* seurauksena peruuttanut tekemänsä tukipäätökset ja määrännyt valtiontuet maksettaviksi takaisin. Tuen saaja kuitenkin haki muutosta päätökseen, ja saksalainen hallinto-tuomioistuin katsoi, että *VwVfG* § 48 luottamuksensuojineen oli edelleen sovellettavissa. Osavaltion käynnistämän jatkomuutoksenhaun jälkeen asia päättyi lopulta ennakkoratkaisupyynnön tehneeseen *Bundesverwaltungsgerichtein*. *BVerwG* täsmensi ennakkoratkaisupyynnössään *VwVfG* § 48:n soveltuvuutta asiaan viittaamalla sekä sen sisältämiin määräaikoihin, että luottamuksen suojatavuuden punninnan sisältöön vakiintuneen doktriinin mukaiseen sisältöön. *BVerwG* huomautti, että tuensaaja voi valtiosisäisen oikeuden mukaisesti estää tuen peruuttamisen, jos valtion viranomainen on käyttänyt väärin harkintavaltansa, ja että tämä edellytys todennäköisesti täyttyisi pääasian osalta. *Alcan* oli käytännössä pakotettu ottamaan tuki vastaan, jotta työpaikat säilyivät aikana, jolloin tärkeät vaalit olivat tulossa. Edelleen varsinaisen maksuvelvollisuuden osalta *BVerwG* viittaa siihen, että kansallisen oikeuden mukaan *Alcan* voi vedota myös perusteettoman edun menettämiseen.

Yhteisötuomioistuin viittasi *BUG-Alutechnikissä* omaksuttuun kantaan, jonka mukaan tuensaajayritys voi perustellusti luottaa siihen, että sille myönnetty tuki on lainmukainen ainoastaan silloin, kun tukea myönnettäessä on noudatettu silloisen 93 artiklan mukaista menettelyä [koskien nykyisessä 108 artiklassa säädettyä *valtiontukien ilmoitusvelvollisuutta* komissiolle]. Huolellisen taloudellisen toimijan on tuomioistuimen mukaan yleensä varmistettava, että tätä menettelyä on noudatettu. Kun *Alcan* ei ollut oma-aloitteisesti ottanut selvää, oliko osavaltio ilmoittanut komissiolle tuen maksusta, sulkeutui luottamuksen suojaamisen mahdollisuus pois. *Ensinnäkin*, *VwVfG* § 48:n määräaikojen osalta tuomistuin totesi, että ”oikeusvarmuuden periaate ei siis estä tuen palauttamista siitä syystä, että kansalliset viranomaiset ovat noudattaneet liian myöhään päätöstä, jossa palauttamista edellytetään. Muussa tapauksessa aiheettomasti maksettujen määrien takaisinperiminen tulisi käytännössä mahdottomaksi, ja valtion tukea koskevien yhteisön sääntöjen tehokas vaikutus (effet utile) häviäisi koko-

³³⁹ 52/84, komissio v. Belgia, tuomio 15.1.1986, Kok. 1986, s. 89, 14 kohta.

naan”. *Toiseksi*, VwVfG § 48 kattaman vilpittömän mielen suojan osalta tuomioistuimien viittasi siihen, että kun tuensaajan velvollisuus varmistua siitä, että mainittua perustamissopimuksen 93 artiklan 3 kohdan mukaista menettelyä oli noudatettu, ei voinut riippua valtion viranomaisen menettelytavoista edes kyseisen tapauksen erityisolosuhteissa ja vaikka viranomainen olisi siinä määrin vastuussa päätöksen lainvastaisuudesta, ei tuen peruuttaminen ollut vilpittömän mielen suojan vastaista. *Kolmanneksi*, tuomioistuin totesi, ettei puuttuneesta luottamuksensuojasta johtuen tukea ei voitu jättää myöskään perimättä sillä perusteella, että se oli jo käytetty.

Vaikka oikeuskäytännön oli jo *Alcan I*:n myötä katsottu osaltaan johtaneen tilanteeseen, jossa VwVfG § 48 oli enää muodollisesti voimassa yhteisöoikeuden tyhjennettyä sen mielekkäästä sisällöstä,³⁴⁰ oli ristiriita vielä ainakin periaatteessa sovitettavissa VwVfG § 48:n sanamuotojen yhteisöoikeusmyönteisellä tulkinnalla.³⁴¹ *Alcan II* avasi kuitenkin konfliktin EU-oikeuden luottamuksensuojan ja saksalaisen doktriinin välille perustavanlaatuisesti: kun *Alcan II* -tuomion oli lopulta katsottu tosiasiallisesti kumonneen *Verfassungsrangin* omaavan luottamuksensuojan ylläpidettäväksi edellyttämän VwVfG § 48 2–4 momenttien luottamuksensuojakonkretisoinnin tai ainakin välineellistyneen sen osaksi yhteisöoikeuden *effet utile* -periaatteen totaliteettia siten, että mainittu totaliteetti esti kaikki mahdollisuudet suojata sen perustella luottamusta³⁴², vastakkain asettuivat EU-oikeuden tehokkuuden vaatimus ja Saksan valtiosääntö.³⁴³ *Milchkontor*-tulkintalinjassa omaksutun, Saksan valtiosäännölle ystävällisen kansallisen menettelyautonomian kunnioittamisen katsotaan menettäneen merkityksensä *Alcan*-tuomiossa.³⁴⁴

Luottamuksensuojalle jo lähtökohtaisesti antinominen ympäristö voidaan toki paikantaa muuhunkin oikeuskäytäntöön. Esimerkiksi Blanke viittaa luottamuksensuojan keskeisenä marginalisoijana oikeuskäytäntöön, jossa tukipäätösten peruuttamisen ja tukien takaisinperinnän katsotaan olevan *lainvastaisuuden* muutta mutkitta *looginen* seuraus³⁴⁵: ”*Wie sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt, ist die Aufhebung einer rechtswidrigen Beihilfe durch Rückforderung die logische Folge der Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit.*”³⁴⁶ Samoin on pidetty ilmeisenä, että keskeinen punninta-ajatus läpi koko luottamuksensuojaoikeuskäytännön ollut yhteisön intressien etusija suhteessa yksityisen luotta-

³⁴⁰ Schoch 1995, s. 111.

³⁴¹ Fischer 1990, s. 1089 ss., Kokott 1993, s. 1235.

³⁴² Happe 1998, s. 28.

³⁴³ Scholz 1998, s. 261–262.

³⁴⁴ Juntunen 2008, s. 154.

³⁴⁵ Blanke 2000, s. 491.

³⁴⁶ C-183/91.

musintressiin.³⁴⁷ Tällainen etusija ei ole edes *prima facie* -etusijaksi ajateltuna erityisen yhteensopiva vakiintuneen saksalaisen luottamuksensuojapunninnan kanssa.³⁴⁸ Konflikti sai kuitenkin *Alcan*-tuomioiden kohdalla rakenteellisen konfliktin muodon: saksalaisen luottamuksensuojadoktriinin näkökulmasta *Alcan*-tuomioiden sisältö voidaan tiivistää rakenteelliseen riskinjaon reformiin, jossa *vastuu jäsenvaltion viranomaisen EU-oikeuden vastaisesta menettelystä* vyörytettiin yksityiselle.³⁴⁹

Tällaisesta oikeuskäytännöstä yleisemminkin, mutta erityisesti *Alcan*-tuomion johdosta heränneessä erittäin vilkkaassa keskustelussa, jota esimerkiksi *Schwarze* on pitänyt keskeisimpänä määriteltäessä kansallisen menettelyautonomian rajoja³⁵⁰, voidaan osoittaa kaksi puolta³⁵¹ – yhteisöoikeusmyönteinen, konfliktia relatiivoiva ja konfliktihakuinen, Saksan valtiosääntöä korostava puoli. Konfliktia relatiivoiva puoli viittaa yleensä siihen, että Saksan perustuslain tekstin tuntee EU-oikeuden 23 artiklan sanamuodossa: niin kauan kun EU-oikeuden luottamuksensuojadoktriini pysyy sen rajoissa, ei valtiosääntöistä ongelmaa ole läsnä ainakaan rakenteellisena *prima facie* -ongelmana.³⁵² Näissä rajoissa kyse on lähinnä EU-oikeuden ja Saksan perustuslain keskinäisestä suhteesta, jota rakennettaessa on otettava huomioon EU-oikeuden etusijan kohdistuminen myös jäsenvaltioiden valtiosääntöön.³⁵³ Näin muotoiltuna kyse on lähinnä siitä, että saksalainen hallinto-oikeus on traditionaalisessa muodossaan, erityisesti kiinnitettynä *juristische Methoden* kahleisiin kykenemätön vastaamaan niihin haasteisiin, joita EU-oikeuden ja kansallisen oikeusjärjestyksen sekä erityisesti näiden välisten toimeenpanosuhteiden monitasaisuus edellyttää.³⁵⁴ Kysymys palautuu *juristische Methoden* keskeisiin oikeusturvaan liittyviin opinkappaleisiin, jotka palauttavat tällaiset julkisen vallan ja yksityisen väliset suhteet vertikaalisuhteeksi, joka ei näe tuensaajayrityksen kilpailijoiden asemaa suhteessa tuensaajaan EU-oikeuden tehokkaan toimeenpanon vaatimuksen tavoin horisontaalisena (*dreieckskonstellation*).³⁵⁵

Konfliktihakuinen puoli kiinnittää huomiota Saksan perusoikeusjärjestelmän sisältöön ja luottamuksensuojaan sen konkretisoitumana, eikä ole valmis pitämään käsitystä EU-oikeuden etusijasta myös perustuslakiin nähden absoluuttise-

³⁴⁷ Kadelbach 1999, s. 476–483.

³⁴⁸ Blanke 2000, s. 527.

³⁴⁹ Kahl 2011, s. 452.

³⁵⁰ Schwarze 2000, s. 251.

³⁵¹ Winkler 1999, s. 148 ss.

³⁵² Schwarz 2001, s. 530.

³⁵³ Schwarz 2001, s. 533–534.

³⁵⁴ Kahl 2011, s. 452.

³⁵⁵ Detterbeck 2012, s. 247–259.

na ja ehdottomana.³⁵⁶ Kuten tämän tutkimuksen alkupuolella tutkimusaiheen valinnan yhteydessä sekä oikeusvaltiodiskurssien yhteydessä yleisemminkin todettiin, ovat konfliktit tämän tutkimuksen *sedes materiae*: näin tarkastelua ei myöskään seuraavassa rakenneta konfliktin taustalle siirtävässä tarkoituksessa.

Asiaa voidaan tarkastella näiden kahden lähestymistavan puitteissa kahdesta eri näkökulmasta: konfliktia voidaan ensinnäkin tarkastella EU-oikeuden sisäisenä ongelmana kiinnittämällä huomio esimerkiksi yhteisötuomioistuimen puuttuvaan kompetenssiin kaventaa jäsenvaltioiden menettelyautonomiia viittamalla tällaisen kompetenssin kuuluvan yhteisön lainsäätäjälle ja osoittamalla, että lainsäätäjä ei ollut mitenkään reagoinut olemassa olevaan kansalliseen luottamuksensuojasääntelyyn³⁵⁷: näin konflikti redusoituu ensisijaisesti EU-oikeuden sisäiseksi oikeusdogmaattiseksi kysymykseksi, joskin omaa jäljempänä tarkasteluun tulevan yhteyden myös jäsenvaltion valtiosääntöön. Tutkimusasetelman kannalta mielenkiintoisemmaksi näkökulmaksi valikoituu nimenomaan toinen näkökulma, joka kiinnittyy Saksan valtiosääntöoikeuteen ja siihen tapaan, miten valtiosääntöön kiinnittyvässä näkökulmassa keskustelun molemmat osapuolet muotoilivat ongelman.

5.7.3 Luottamuksensuojakatastrofi valtiosääntöisenä ongelmana

Osa oikeuskäytännössä syntyneestä konfliktista seuranneesta keskustelusta rakentuu varsin seikkaperäisellekin tarkastelulle siitä, voidaanko ja millä edellytyksillä EU-tuomioistuimen luottamuksensuojaa koskeva oikeuskäytäntö sovitaa oikeusdogmaattisesti yhteen *VwVfG* § 48:n sisällön kanssa. On esimerkiksi viitattu siihen, että mitään rakenteellista konfliktia ei ole olemassakaan, eikä *Alcan II* -tuomiokaan merkinnyt luottamuksensuojan nullifioimista. Esimerkiksi *Winkler* vastaa kysymysmerkillä varustetun *eine Katastrophe* -otsikon alla *Alcan II* -tuomioon kohdistettuun kritiikkiin, että *VwVfG* § 48 edellyttää sekin suojattavan arvoisen luottamuksen olemassaoloa, mikä puolestaan edellyttää 2. momentin negatiivisen luettelon asettaman selonottovelvollisuuden huomioimista ("...die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte...").³⁵⁸ Tällainen tulkinta oli esillä *Alcan*-tuomioiden kansallisen lainkäytön puolella. Ensimmäisenä oikeusasteena toiminut *Kölnin* hallintotuomioistuin yritti sovittaa edunsaajan *Alcan I* -tuomiossa määritellyn selonottovelvollisuuden *VwVfG* § 48:n sanamuodon puitteisiin; *BVerwG* kuitenkin myöhemmin erkani tästä tulkinnasta konstruoiden EU-oikeuden tehokkuuden

³⁵⁶ Scholz 1998, passim.

³⁵⁷ Scholz 1998, s. 265.

³⁵⁸ Winkler 1999, s. 149 ss.

mahdollistavan tulkinnan luottamuksensuojan intressipunninnan sisälle painotamalla yhteisön etujen olevan tässä huomioon otettavia julkisia intressejä.³⁵⁹ Tässä ei tutkimustehtävä huomioiden nähdä tarkoituksenmukaiseksi seikkaperäistä erittelyä, joka kohdistuu soveltamisedellytysten mahdollisesti konstruoitavaan yhdenmukaisuuteen, vaan pikemminkin jatkoanalyysin pohjaksi otetaan edelleen konfliktihakuinen lähtökohta. Ajatuksena on, että luottamuksensuojadoktriinin kannalta on hedelmällisempää tarkastella, miten – jos mitenkään – konflikti on ratkaistu, kuin yrittää selvittää, minkä sisältöisellä *VwVfG* § 48:n yhteisöoikeusmyönteisellä tulkinnalla se voidaan siivota maton alle. Toki tämäkään kysymys ei ole kokonaan merkityksetön silloin, kun näkökulmana käytetään valtiosääntönä. Kysymykseksi nousee tällöin Saksan valtiosäännön tällaiselle tulkinnalle asettamat rajat.

Alcan II päätyi lopulta Saksan valtiosääntötuomioistuimen arvioitavaksi tuensaajan valitettua itselleen epäedullisesta päätöksestä, jonka *BVerwG* antoi saatuaan vastauksen ennakkoratkaisupyyntöön. *Alcan*-keskustelun konfliktihakuisen puolen keskeisiin puheenvuoroihin kuuluva *Rupert Scholzin* ”Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrensrecht” päättyy vaatimukseen, jonka mukaan nimenomaan valtiosääntötuomioistuimen on otettava pikaisesti asiaan kanta, joka ratkaisee konfliktin perustuslain kanssa yhteensopivalla tavalla.³⁶⁰ Ottaen huomioon Scholzin positio keskustelussa valtiosääntötuomioistuimen tuomio 2 BvR 1210/98 ei ehkä Scholzin toiveita täyttänyt. *BVerfG*:n *Alcan*-ratkaisu 2 BvR 1210/98 nimittäin sijoittui olennaiseksi osaksi tuomioiden ketjua, joka on omannut konfliktiposition omaavien kriitikoiden mielestä Saksan valtiosäännön inkrementaalisen antautumisen piirteitä: *Solange I-II*³⁶¹ – *Maastricht*³⁶² – *Banana*³⁶³ – *Lissabon*³⁶⁴ – *Honeywell/Mangold*.³⁶⁵ Ajallisesti tähän jatkumoon sijoitettuna *Alcan*-ratkaisun on yhdessä erityisesti banaanituomion kanssa toimineen *Maastricht*-tuomion aiheuttamien epäselvyyksien selvittäjänä.³⁶⁶ Toisaalta on huomautettu käsillä olleen konfliktin yleisemminkin toimivan *Maastricht*-tuomiossa tarkoitetun, mutta sisällöllisesti avoimeksi jätetyn yhteistyösuhteen *koetinkivenä*.³⁶⁷

Alcan GmbH perusteli kannettaan valtiosääntötuomioistuimessa Saksan perustuslain omaisuudensuojaan ja yleiseen vapausoikeuteen tuetulla luottamuk-

³⁵⁹ Jans et al. 2007, s. 181.

³⁶⁰ Scholz 1998, s. 268.

³⁶¹ BVerfGE 37, 271, BVerfGE 73, 339.

³⁶² BVerfGE 89, 155.

³⁶³ BVerfGE 102, 147.

³⁶⁴ BVerfGE 123, 267.

³⁶⁵ BVerfGE 126, 286.

³⁶⁶ Hoffmeister 2001, s. 791–792.

³⁶⁷ Schwarz 2001, s. 530.

sensuojakonstruktiolla. *BVerfG*:n Alcan-ratkaisu koostui asian tutkimatta jättämisestä. Valtiosääntötuomioistuimen oman, valtiosääntöön rajatun toimivallan kautta perusteltu tutkimatta jättäminen nojasi *ensinnäkin* siihen, että kanteen kohteena muodollisesti ollut *BVerwG*:n yhteisötuomioistuimen *Alcan II* -tuomion johdosta antama ratkaisu oli olennaisilta osiltaan myös perustunut *Alcan II* -tuomioon, eikä käsillä ollut syytä olettaa *Alcan II* -tuomion sisällön loukanneen Saksan perustuslaissa ehdottomaksi tarkoitettuja perusoikeuksia (*”als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz”*). Vastakohta olisi merkinnyt toimivaltaa tutkia myös yhteisötuomioistuimen *Alcan II* -tuomion yhteensopivuus Saksan perustuslain kanssa: valtiosääntötuomioistuin katsoi nimittäin vielä *Maastricht*-tuomiossa³⁶⁸ kompetensiinsa kuuluvaksi myös EU-toimielimen (ml. tuomioistuin) toimen laillisuuden tutkimisen kysymyksenä toimen yhteensopivuudesta Saksan perustuslain kanssa, milloin käsillä oli tällaisen ehdottoman perusoikeussuojan piiriin kuuluva loukkaus. Valtiosääntötuomioistuin huomautti lisäksi, että muutenkaan (*”Im übrigen”*, eli *obiter dicta* tässä tutkimattajättämispäätös-kontekstissa³⁶⁹) käsillä ei ilmeisesti ollut aineellista ristiriitaa: mikäli asia tutkittaisiin aineellisesti, ei *BVerwG*:n tuomio olisi perustuslainvastainen. Sen paremmin siihen sisältyvä luottamuksensuojapunninta kuin *VwVfG* § 48:ssä säädetyn määräajan sivuuttaminen eivät olisi olleet perustuslaillisen oikeusvarmuuden tai luottamuksensuojan kanssa *ristiriidassa* (*”Weder die Rücknahmeabwägung noch die Nichtanwendung der Jahresfrist des § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG verstoßen gegen die Verfassungsgrundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes”*). Tämä perustui lähinnä siihen, että *BVerwG* oli punninnassa ottanut huomioon asiassa kilpailevat intressit, eikä lainmukaisen olotilan palauttamisen arvioimisen luottamuksensuojaa painavammaksi *in casu* merkinnyt perustuslainvastaisuutta. *VwVfG* § 48:ssä säädetyn määräajan sivuuttamisen osalta valtiosääntötuomioistuin vetosi EU-oikeuden etusijaan eli konstruktion, joka oli jo useaan otteeseen todettu Saksan perustuslain mukaiseksi.

Toiseksi tutkimatta jättäminen perustui siihen, että kysymys tuomion lainmukaisuudesta *yhteisön oikeuden näkökulmasta* ei voinut tulla tässä kohdin kyseeseen, vaikka valtiosääntötuomioistuin oli *Maastricht*-tuomiossa jättänyt itselleen periaatteellisen mahdollisuuden yhteisön toimien *ultra vires* -luonteen tutkimiseen. Kanne oli tältä osin perustunut olennaisilta osiltaan edellä viitattuun Scholzin *Alcan II* -tuomiosta esittämään kritiikkiin. Valtiosääntötuomioistuin kuitenkin totesi, ettei kyseessä ollut Scholzin kritisoidulla tavalla ongelmallinen kansallisen menettelyautonomian kaventaminen oikeussäännöillä, jotka oli tuotettu EU:n oman vallanjaollisen sääntelyn kannalta ”väärässä elimessä”, neuvoston

³⁶⁸ BVerfGE 89, 155.

³⁶⁹ Hoffmeister 2001, s. 793.

asemesta yhteisötuomioistuimessa. Valtiosääntötuomioistuimen käsityksen mukaan yhteisötuomioistuimen oikeuskäytäntö, *Alcan II* mukaan lukien, ratkaisee yksittäisiä oikeusriitoja eikä luo yleisiä, suoraan soveltuvia menettelyoikeudellisia sääntöjä: ”*Sie wirkt damit im Einzelfall und schafft kein allgemeines gemeinschaftsunmittelbares Verwaltungsverfahrenrecht.*”

Jälkimmäinen kysymyksenasettelu on sinänsä kiinnostava myös *luottamuksensuojadoktriinin* näkökulmasta:³⁷⁰ tämän tutkimuksen lähestymistavan puitteissa sen seikkaperäinen tarkastelu ei kuitenkaan ole tarkoituksenmukaista, sillä sen keskeinen sisältö koostuu ensisijaisesti EU-oikeuden sisäisestä näkökulmasta. Kyse on EU:n toimielimen toimivallan ylityksestä (*ultra vires*), jonka aineellisenä mittarina toimii ensisijaisesti EU-oikeus. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö tällaisella *ultra vires* -arviolla olisi konstitutionaalista kytkeä Saksan valtiosääntöön: esimerkiksi *Matthias Kumin* mukaan huolimatta siitä, että kansallisen perustuslain ja EU-oikeuden väliset konfliktit realisoituvat yleensä EU-oikeuden ja kansallisen perustuslain turvaaman perusoikeuden tai EU-oikeuden ja mahdollisesti myös muiden perustuslain säännösten välillä, konflikti jäsenvaltion perustuslakiin palautuvana oikeuskysymyksenä voi muodostua myös EU:n sisäiseen toimivaltaolotuvuuteen liittyvästä kysymyksestä.³⁷¹ Myös *Niilo Jääskinen* huomauttaa, että arvio tässä kohdin palautuu viime kädessä jäsenvaltion oikeuteen: kyse on siitä, että ”kansallisen oikeuden näkökulmasta EY-tuomioistuin on hyväksynyt unionille toimivallan *ultra vires*”.³⁷² Kyse on viime kädessä siitä, että *Maastricht-tuomiossa*³⁷³ omaksutun rakennelman mukaisesti unionilta puuttuva *kompetenssi-kompetenssi* ja mahdolliset jäsenvaltioiden perustuslakien viittaukset jäsenvaltion osallistumisesta esimerkiksi perustamissopimusten mukaan toimivaan eli siitä toimivaltansa johtavaan unioniin tekevät *ultra vires* -arviosta jäsenvaltion valtiosäännön kannalta merkityksellisen, ja siten mahdollistavat esimerkiksi Saksan valtiosääntötuomioistuimen toimivallan.

Kysymyksenasettelun ulkoiset, erityisesti Saksaan kohdistuvat vaikutukset eivät kuitenkaan omaa sellaista yleisestä *Solange I-II – Maastricht – Banana – Lissabon – Honeywell-Mangold* -kehityskulusta poikkeavaa sisältöä, että niitä olisi perusteltua tarkastella nimenomaan luottamuksensuojadoktriinin näkökulmasta tässä tutkimuksessa valittu näkökulma huomioon ottaen. Kuriositeettina on kuitenkin todettava valtiosääntötuomioistuimen edellyttäneen sen toimivaltaan kuuluvan EU-oikeudellisen *ultra vires* -kontrollin menettelyllisesti ennakkoratkaisupyyntöön sitoneessa ja erittäin kapeisiin aineellisiin rajoihin (”*das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten führt*”) sovittaneessa *Mangold-tuomiossa* (BVerfGE 126, 286) sitä, että EU-tuomioistuimen päätöksestä

³⁷⁰ Schwarz 2001, s. 533 ss.

³⁷¹ Kumm 2005, s. 264.

³⁷² Jääskinen 2008, s. 157.

³⁷³ BVerfGE 89, 155.

mahdollisesti seuraavan saksalaisen lain takautuvan mitättömyyden tuottama, sen pysyvyyteen kohdistuneesta luottamuksesta erkaantuminen on luottamuksensuojan johdosta otettava punninnassa huomioon esimerkiksi jäsenvaltion vahingonkorvausvelvollisuutta kansallisen lain mukaan arvioitaessa.

Tutkimusaiheen kannalta olennaisemmaksi kysymykseksi muodostuu valtiosääntötuomioistuimen *Alcan*-tuomiossa konstruoitu käsitys luottamuksensuojan ja valtiosäännön välisestä suhteesta: mitä valtiosääntötuomioistuimen käsitys siitä, että *Alcan II* -tuomion sisältö ei loukannut ”*unabdingbar Grundrechtsstandard*”-kriteerin vastaisesti Saksan valtiosääntöä merkitsee? Tarkastelun lähtökohdaksi on perusteltua ottaa Schwarzin mainittua kysymystä koskeva seikka-peräinen analyysi.³⁷⁴

Schwarz jakaa ongelman kolmeen eri kysymykseen: kysymykseen luottamuksensuojasta edellä tarkoitettuna ehdottomana, luovuttamattomana oikeutena, kysymykseen *Maastricht*-tuomion tarkoittaman perusoikeussuojan tasosta suhteessa luottamuksensuojaan ja kysymykseen luottamuksensuojan luonteesta perusoikeussuojan liitännäisenä komponenttina. Schwarz osoittaa, miten Saksan valtiosääntö ei vaikuttaisi tarjoavan ehdottomia vastauksia *unabdingbar Grundrechtsstandard* -kriteerin määrittelyyn tässä kontekstissa. Ilmeisin vaihtoehto, GG § 79 3. momentin viittaus 1. artiklan ihmisarvoon ja 20. artiklan oikeusvaltion (myös perustus)lainsäätäjän ulottamattomissa olevina oikeuksina³⁷⁵ ainakin ydinalueidensa osalta, ei Schwarzia vakuuta: aineellinen perustelu nojaa tässä siihen, että kyseistä artiklaa on tulkittu valtiosääntötuomioistuimen käytännössä verraten suppeasti. Schwarz huomauttaa myös, että perustuslain EU-artiklan, GG § 23:n viittaussäännös mainittuun § 79 3. momenttiin sijaitsee sanamuodon mukaan kontekstissa, jossa sen kontrollifunktio kohdistuu lähinnä vain perustamissopimuksiin ja niihin verrattaviin sääntelyihin: ”*Für die Begründung der Europäischen Union sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbare Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, gilt Artikel 79 Abs. 2 und 3.*”³⁷⁶

Unabdingbar Grundrechtsstandard -kriteerin ulottuvuuden määrittely ydinalueen loukkaamattomuuden vaatimuksen (*Wesenshaltsgarantie*) avulla ei sekään Schwarzia vakuuta. Vaikka yleensä onkin katsottu, että GG § 19 toisen momentin ehdoton säännös – *In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensge-*

³⁷⁴ Schwarz 2001, s. 541–556.

³⁷⁵ Art. 79 abs. 3 GG: Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.

³⁷⁶ Schwarz 2001, s. 543.

halt angetastet werden – on sinänsä tehokas myös EU-oikeutta vastaan ja sellaisena katsottu soveltuvaksi myös *Maastricht*-tuomion tarkoittaman *unabdingbar Grundrechtsstandard* -kriteerin määrittelyyn, ei Schwarzin oma luottamuksensuojakonstruktio myönnä sille § 19 toisen momentin tarkoittamaa ominaisuutta ydinalueen suojana, vaan kyse on pikemminkin liitännäisestä suojasta. Saksan valtiosääntöön muuten kiinnittyvästä näkökulmasta poiketen Schwarz huomauttaa tässä kohdin myös, että tällainen ydinalueen koskemattomuusvaatimukseen kiinnittyvä tulkinta olisi ongelmallinen myös EU-oikeuden näkökulmasta: kun EU-oikeuden yleisiksi, jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksistä EU-oikeuteen kumpuaviksi valtiosääntöperiaatteiksi hyväksytään vain (ainakin melkein) kaikille jäsenvaltioille yhteiset valtiosääntöperiaatteet, olisi yhden jäsenvaltion omaksuman, valtiosääntöperiaatteeksi korottaman luottamuksensuojan hyväksyminen EU-oikeuden rajoitukseksi ongelmallista EU-oikeuden periaatteellisen autonomian ja etusijan kannalta.³⁷⁷

Myöskään perustuslain GG § 23:n sanamuotoon kirjatun, EU:n perusoikeusjärjestelmään kohdistuvan *vastaavuus*-vaatimuksen (*„einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleisten“*) hyödyntämisen *Unabdingbar Grundrechtsstandard* -kriteerin tulkinnassa saksalaista vastaavan luottamuksensuojan tason vaatimiseen myös EU:n oikeusjärjestykseltä ei ole tässä kohdin Schwarzin mukaan perusteltua. Jo sanamuodosta ilmenee, että EU-oikeudelta edellytetään vain Saksan oikeusjärjestykseen verrattavissa olevaa perusoikeussuojaa, *„nicht aber Identität“*. Näin yksittäiset eroavaisuudet ovat sallittuja, erityisesti molemmille oikeusjärjestyksille yhteisen *Eingriff*-mittapuun, suhteellisuusperiaatteen asettamisissa puitteissa. Vaikka *in abstracto* rajana toimii kuitenkin edellä mainittu § 19 toisen momentin *Wesenshaltsgarantie*, se ei kuitenkaan Schwarzin konstruktiossa sisällä luottamuksensuojaa: näin vastaavuus-kriteeri ei auta ratkomaan dilemmaa. Käsillä ei siis näyttäisi olevan lainkaan perustetta pitää luottamuksensuojaa *Unabdingbar Grundrechtsstandard* -kriteerin mukaisena.

Analyysin toinen osa, *Maastricht*-tuomion tarkoittaman perusoikeussuojan taso suhteessa luottamuksensuojaan kytkeytyy Schwarzin tarkastelussa kysymykseksi siitä, onko EU-tuomioistuimen yksittäistapauksissa harjoittama perusoikeuskontrolli riittävä *määrällinen* tae täyttääkseen *BVerfG*:n *Maastricht*-tuomiossa edellyttämän yleisen perusoikeussuojan olemassaolon vaatimuksen. Tältä osin on syytä huomata analyysin jo verrattain korkea ikä, mutta sen täydentäminen tältä osin sen kirjoittamisajankohdan jälkeisen EU-oikeuden tarjoaman perusoikeussuojan kehityksen huomioonottavaksi ei kuitenkaan vaikuta tarkoituksenmukaista. Schwarz nimittäin päätyy jo lähtökohdissaan ajatukseen, jonka

³⁷⁷ Schwarz 2001, s. 543–547.

mukaan subjektiivisten oikeuksien luonteesta johtuen Saksan valtiosääntöoikeuskin turvaa perusoikeuksia tehokkaasti vain yksittäistapauksissa. Toisaalta on Schwarzin mukaan myös niin, että mikäli huomio kiinnitetään yleisen perusoikeussuojan olemassaolon vaatimukseen nimenomaan sen yleisyyden merkityksessä, voi yksittäinen eroavaisuus muodostua merkitykselliseksi vain muodostuessaan niin laajaksi, että voidaan puhua yleistettävissä olevasta rakenteellisesta puutteesta yleisen perusoikeussuojan olemassaolossa. Schwarz ei sulje tällaisen poissaoloa *a priori* ehdottomasti pois, mutta erityisesti omaksumansa luottamuksensuojakonstruktio mielessä pitäen tyytyy toteamaan sellaisen olevan mahdollisesti todettavissa, mikäli sekä *BVerfG*:n että EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntöön kohdistettava analyysi suhteellisuusperiaatteen merkityksestä julkisen vallan suorittaman *Eingriffin* rajaajana osoittaa yleistettävissä olevan rakenteellisen eroavaisuuden olemassaolon³⁷⁸.

Schwarz vastaa tähän huutoon analyysin kolmannen osan puitteissa. Kysymys luottamuksensuojan luonteesta perusoikeussuojan liitännäisenä komponenttina tarkoittaa sen liitännäisyyttä suhteellisuusperiaatteeseen. Kuten edellä tässäkin tutkimuksessa on todettu³⁷⁹, sekä EU-oikeus että Saksan valtiosääntöoikeus jakavat ainakin oikeusdogmaattiselta ilmiasultaan identtisen suhteellisuusperiaatteen, joka sisäistää myös erisuuntaisten intressien välisen oikeudellisen punninnan. Tämä pariteetti huomioiden myöskään rakenteellista eroavaisuutta ei yleisen perusoikeussuojan olemassaolon kohdalla ole, vaan kummankin oikeusjärjestyksen luottamuksensuoja määrittyy asiallisin kriteerein sovellettavaksi olevaksi, muodollisesta pysyvyydensuojasta erkanevaksi *suhteellisuusperiaatteen rakenteistamaksi punninnaksi*:³⁸⁰ luottamuksensuojadoktriinin modifioituminen EU-oikeuden vaikutuksesta redusoituu lähinnä punninnan sisäiseksi reformiksi. Saksalaisen doktriinin jo perinteisesti hyväksymät julkiset edut ovat saaneet seurakseen EU-oikeuden tehokkaan toimeenpanon julkisena etuna.³⁸¹

5.8 VÄLITILINPÄÄTÖS: LUOTTAMUKSENSUOJA-KATASTROFIN VALTIOSÄÄNTÖINEN POTENTIAALI

Myös suomalainen luottamuksensuojadoktriini näyttäisi 1990-luvun puolivälissä asettuneen jonkinlaiseen orastavaan ristiriitasuhteeseen EU-oikeuden kanssa,

³⁷⁸ Schwarz 2001, s. 549–550.

³⁷⁹ Ks. edellä 3.7.4.

³⁸⁰ Schwarz 2001, s. 556.

³⁸¹ Pitschas 2006, § 42 rn. 98.

joskin mainittua ristiriitaa ei systemaattisesti jäsennetty nimenomaisesti luottamuksensuojan otsikon alla, eikä kyseessä ollut ainakaan erityisen konfliktihakui-
nen positio. Konfliktinäkemys ei kuitenkaan ole ollut kokonaan tuntematon suoma-
laiselle keskustelullekaan. *Kirsi Kuusikko* arveli vuonna 1999, että EU-oikeu-
den tehokkuuden vaatimukselle alisteiseksi asetettu luottamuksensuoja johtaa
kansallisten luottamuksensuojadoktriinien heikkenemiseen ja näin myös suoma-
laisessa doktriinissa saattaa viedä kehitystä päinvastaiseen suuntaan kuin Suo-
men tuolloin vielä aluillaan olevassa luottamuksensuojakeskustelussa oli ajatel-
tu.³⁸² Kuusikon muotoilusta voi välillisesti lukea varsin perustelulta tuntuvan
ajatuksen, jonka mukaan 1990-luvulla kehittymässä ollut luottamuksensuoja-
doktriini oli tuolloin vielä leimallisesti saksalaistyyppinen kokonaisuus laajoine
soveltamisaloineen ja *Verfassungsrang*-kytkentöineen. Kuten edellä HL 6 §:n
säättämisperusteluista kävi ilmi, vallitseva kanta orientoituu kuitenkin varsin no-
peasti pikemminkin EU-oikeuden omaksumaan luottamuksensuojadoktriiniin.
Esimerkiksi Mäenpää viittasi eurooppalaisen hallinto-oikeuden yleisesitykses-
sään vuonna 1996 luottamuksensuojadoktriinin erittelyn yhteydessä siihen, että
luottamuksensuojan suomalainen asiallinen vastinpari, oppi oikeusvoimasta ja
hallintopäätösten pysyvyydestä, ei ollut ilman täsmennyksiä ja yhteisöoikeuden
päätösten pysyvyydelle asettamia kvalifiointeja välttämättä yhteensopiva yhtei-
söoikeuden kanssa. Suomalaista oikeusvoimaoppia lieventävälle ja joustavoitta-
valle vaikutukselle löytyi normatiivinen tuki tuolloin pääpiirteissään samasta
yhteisötuomioistuimen oikeuskäytännöstä, joka edellä käynnisti Saksassa laajan
valtiosääntöisen keskustelun.³⁸³ Saman teoksen kolmannessa painoksessa vuon-
na 2011 vastaava ajatus³⁸⁴ sai konkretisoitumansa myös suomalaisesta oikeus-
käytännöstä³⁸⁵: erityisesti takaisinperintäratkaisu KHO 2009:45 osoittaa, miten
EU-oikeudellinen luottamuksensuoja on konkretisoitunut suomalaiseen doktriiniin.

Ratkaisussa KHO 2009:45 on kyse tilanteesta, jossa TE-keskus oli alkuperäi-
sillä tukipäätöksillään myöntänyt tuet väärän tukitason mukaisina, ja väärää tu-
kitasoa oli sovellettu myös tukien maksamista koskevilla päätöksillä. Lainvas-
taisen päätösten pysyvyys päättyi hallintolainkäytössä arvioitavaksi, kun TE-
keskus oli päättänyt periä takaisin maksetut yritystoiminnan investointiavustuk-
set ja edunsaaja oli tästä päätöksestä valittanut päätöksestä lainmukaisen muu-
toksenhakutien mukaisesti maaseutuelinkeinojen valituslautakuntaan. KHO
2009:45 on oikeustapauksena sikäli ongelmallinen, että se kuuluu perusteluil-

³⁸² Kuusikko 1999, s. 1034.

³⁸³ Mäenpää 1996, s. 205.

³⁸⁴ Mäenpää 2011, s. 285.

³⁸⁵ Mäenpää 2011, s. 287.

taan niukkojen ”kun otetaan huomioon [alemman muutoksenhakuelimen] päätöksen perustelut ja siinä mainitut oikeusohjeet sekä korkeimmassa hallinto-oikeudessa esitetyt vaatimukset ja asiassa saatu selvitys, [alemman muutoksenhakuelimen] päätöstä ei ole syytä muuttaa” -ratkaisujen joukkoon – tosin KHO enempää asiaa perustelematta ”katsottuaan kohtuulliseksi” siirsi maksun eräpäivää eteenpäin. Tästä detaljista huolimatta ratkaisun KHO 2009:45 perustelut on luettavissa sisällöllisesti vain KHO:ssa muutoksenhaun kohteena olleesta maaseutuelinkeinojen valituslautakunnan ratkaisusta, jotka on tässä keskeisiltä osilta syytä referoida sellaisena kuin niihin on KHO:n ratkaisussa viitattu.

Tapauksessa riidan kohteena ei varsinaisesti ollut se, olivatko alkuperäiset tukipäätökset lainvastaisia, vaan kysymys tämän lainvastaisuuden seurauksista. Valituslautakunta viittaa ratkaisunsa aluksi Maaseutuelinkeinojen rahoituslain (L 329/1999) silloin voimassa olleeseen 46 §:ään, jossa säädettiin tuen ja valtionlainan takaisinperimisestä tuen saajalta: saman säännöksen 3 momentin 1 kohdan mukaan tuen tai valtionlainan maksaminen voitiin lakkauttaa ja ne voitiin määrätä osaksi tai kokonaan heti takaisin maksettavaksi, jos tuki tai laina oli myönnetty tai maksettu väärin perustein. Valituslautakunta viittasi myös siihen, että TE-keskuksen alkuperäisten tukipäätösten *yleisohdoissa* on kohdassa ”Tuen takaisinperiminen” toistettu nämä säännökset tuen takaisinperinnästä ja sen edellytyksistä. Valituslautakunta viittaa myös siihen, että säännöksen sanamuodon mukaan takaisinperintävelvollisuus ei ollut ehdoton, vaan viranomaisella oli harkintavaltaa asiassa.

Heti tämän toteamisen jälkeen harkintavalta kuitenkin redusoidaan käytännössä nollaan EU-oikeuden luottamuksensuojakonstruktiota vastaavilla argumenteilla: ”Lisäksi valituslautakunta toteaa, että myös *julkisen taloudellisen edun turvaaminen sekä tuen saajien yhdenvertainen ja tasapuolinen kohtelu* edellyttävät säännösten vastaisesti myönnettyjen ja maksettujen tukiosuuk-sien perimistä takaisin. Yhdenvertaisuus tarkoittaa sitä, että kaikkiin tuen hakijoihin ja saajiin sovelletaan kulloinkin voimassa olevaa lainsäädäntöä. Väärin perustein myönnettyt ja maksetut liian suuret tuet ovat vahvistaneet perusteettomasti valittajan asemaa suhteessa muihin saman alan elinkeinonharjoittajiin, ja virheellisten tukien voidaan siten katsoa vääristäneen kilpailua. Näiden syiden vuoksi säännösten vastaisesti myönnettyjen ja maksettujen tukien takaisinperiminen ei loukkaa valittajan tai muiden tuen saajien yhdenvertaista ja tasapuolista kohtelua.”

Kristian Siikavirta viittaa tapauksen analyysissä tehokkaan takaisinperinnan eli luottamuksensuojan rajoituksen funktioiden erotteluun siten, että siinä missä kansallisen näkökulman mukaan tuen takaisinperinnan tarkoituksena on ensisijassa estää valtiontuen väärinkäyttö ja turvata julkisten varojen tehokas käyttö, on EU:n lainsäädännön tavoitteena estää sisämarkkinoiden tehokasta toimintaa vääristävät *valtion* protektionistiset toimet.³⁸⁶ Voidaan kuitenkin ajatella, että yksityisen näkökulmasta kyseessä on vain organisatorinen

³⁸⁶ Siikavirta 2010, s. 624.

näkökulmaero: olennaiset argumentaatorakenteet samastuvat asiallisesti muodolliseen yhdenvertaisuuteen ja julkisen intressin toteuttamisen tehokkuuteen. Ero esimerkiksi perustuslakivaliokunnan omaksumaan kantaan vastaavassa sääntely-yhteydessä on ilmeinen: valiokunnan käsityksen mukaan ennakoitavuuden kannalta ongelmallisen avoimin viittauksin säännelty takaisinperinnän edellytykset horjuttavat ”myös tuensaajan luottamusta viranomaisen tekemän tukipäätöksen pysyvyyteen tilanteessa, jossa hän omalta osaltaan on täyttänyt velvoitteensa moitteettomasti ja hyvässä uskossa”.³⁸⁷

Tällaista perustuslakivaliokunnan omaksumaa luottamuksensuojakantaa on vaikea omaksua yhteensopivaksi muutoksenhakulautakunnan verraten ehdotoman ja muodollisen takaisinperintäkonstruktion kanssa, eikä lautakunta nähnytäkään takaisinperintää ongelmalliseksi edes sillä perusteella, että virhe oli ollut viranomaisen vastuupiirissä ja että vaatimus viranomaisen virheen havaitsemisesta tunnustetaan kohtuuttomaksi. Luottamuksensuoja ei nimittäin ollut ole päätösten pysyvyyden kannalta lainkaan merkityksellinen, sillä valituslautakunta toistaa suomalaisen luottamuksensuojaortodoksian tässä kohdin sellaisenaan: ”*Suomen lainsäädännön ja Euroopan yhteisön oikeusjärjestyksen mukaan tuen saajalla on oikeus luottaa vain lain ja asetusten sekä Euroopan yhteisön oikeusjärjestyksen mukaisiin päätöksiin. Näin ollen luottamuksensuojan periaate ei anna aihetta valituksenalaisten päätösten muuttamiseen.*”³⁸⁸ Ja kuten sanottu, KHO tyytyy perustelemaan oman ratkaisunsa viittaamalla näihin perusteluihin. Tulkintalinja ei ole kuitenkaan erityisen uusi, eikä KHO:n käytännössä nimenomaisenakaan tuntematon. KHO on nimittäin omaksunut itsekin saman konstruktion arvioidessaan tuen ilmoittamatta jättämisen ja HLL:n purkusäännöksen suhdetta luottamuksensuojan näkökulmasta. Aiempi KHO 2006:68 omaksuu identtisen ortodoksian, jossa ”Suomen lainsäädännön ja Euroopan yhteisön oikeusjärjestyksen mukaan tuen saajalla on oikeus luottaa vain lain ja Euroopan yhteisön oikeusjärjestyksen mukaiseen päätökseen. Luottamuksensuojan periaate ei siten voi estää lainvastaisen päätöksen purkamista”.

Ratkaisussa KHO 2009:45 sovellettavana olleelle maaseutuelinkeinojen rahoituslain 46 §:lle on annettu oikeuskäytännössä toisenlaisiakin merkityksiä: esimerkiksi KHO 2009:36 rakentaa sen suhteen luottamuksensuojaan toteamalla, että hankinnan tukikelvottomuus ei säännösten mukaan ollut yksiselitteistä, tukikelvottomiin hankintoihin kohdistuva meno oli nimenomaisesti sisältynyt hankesuunnitelmassa esitettyyn kustannusarvioon ja TE-keskus oli hyväksynyt kustannusarvion hankesuunnitelman mukaisena. Kun kysymys ei ollut yritystoiminnan tukemisesta, katsoi KHO, että *näissä olosuhteissa* kysymyksessä olevaa hankintamenoa ei olisi tullut tulkita vilpittömässä mielessä toimineelle kyläyh-

³⁸⁷ PeVL 41/2006 vp.

³⁸⁸ Kuriositeettina voi todeta lautakunnan siis sitoutuneen käsitykseen, jossa suomalaisen hallinto-toiminnan laillisuusmittarina toimivat suomalaiset *lait ja asetukset*, EU:ssa puolestaan on voimassa *oikeusjärjestys*.

distykselle jälkikäteen tukielvottomaksi ja takaisinperittäväksi. Tästä huolimatta on varsin perusteltua ajatella, että ratkaisussa KHO 2009:45 omaksuttu näkemys suomalaisen oikeusvoima-luottamuksensuojan ja EU-oikeuden luottamuksensuojakonstruktion välisestä suhteesta on laajalti hyväksytty suomalaisessa oikeuskulttuurissa. Suomalainen verrattain kapea luottamuksensuojadoktriini ei ole tarjonnut saksalaiseen tapaan mittatikkua EU-oikeuden tehokkuuden vaatimuksen kriittiseen arviointiin; keskustelu tältä osin on ollut verrattain hiljaista.

Tietysti on mahdollista arvioida, että vuonna 2012 myös saksalainen doktriini on jo joutunut mukautumaan EU-oikeuden vaatimuksiin, ja mainittu konflikti olisi viimeistään *Neue Verwaltungsrechtswissenschaften* omaksuman sääntelyorientoituneen systeemin myötä heitetty *Juristische Methoden* romukoppaan. Potentiaalia tällaiselle ajattelutavalle tarjoaa erityisesti *Eberhard Schmidt-Aßmannin* systeeminrakennuksessaan hyödyntämä *Europäische Verwaltungsverbund*,³⁸⁹ joka rakentuu pluralistiselle ja monitasoiselle näkemykselle kansallisen hallinto-oikeuden ja EU-oikeuden integraatiosta. Tämän integraation puitteissa hallinto-oikeus sitoutuu eurooppalaisen hallinto-oikeuden laajaan vaikutukseen myös nimenomaisen soveltamisalan ulkopuolella ("*Omnipräsenz*") ja nimenomaan hylkää perinteisen antinomisen konfliktinäkökulman, jossa EU-oikeus nähdään jotenkin illegitiiminä, kansalliseen menettelyautonomiaan kohdistuvana interventiona.³⁹⁰

Vaikka näin määrittävä ymmärrys oikeusjärjestyksen muuttuvasta luonteesta ei sinänsä ole erityisen perusteeton, on kuitenkin syytä olla tekemättä siitä ainakin sen omien sitoumusten kannalta ongelmallisia johtopäätöksiä. Mikäli tällaiseen konstruktion vedoten esitetään esimerkiksi saksalaisen luottamuksensuojadoktriinin oikeuttamisperusteineen olevan kokonaan merkityksetöntä EU-oikeuden etusijan ja *Omnipräsenz*in johdosta, on itse asiassa vain käännetty muodollinen hierarkia-asetelma toisinpäin osoittamaan EU-oikeuden ehdotonta etusijaa. Tilaa oikeusjärjestyksen *monitasoisuuden* ja *pluralismin* jo käsitteellisestikin edellyttämälle systeemin eri osien väliselle vuorovaikutukselle ei jää lainkaan, vaan EU-oikeus on *funktionalisoinut* tällöin *yleisesti* kansallisen hallinto-oikeuden valtiosääntöisine kytkentöineen, ja tässä tapauksessa *erityisesti* kansallisen luottamuksensuojan ja sitä konkretisoivat sääntelyt, *oman toimeenpanonsa tehokkuuden varmistajaksi*.³⁹¹

Kansalliselta hallinto-oikeudelta muun kuin instrumentaalisen arvon poistava näkemys ei ole vailla ilmeisiä ongelmia, eikä EU-oikeuden luottamuksensuojakonstruktion mukaiseksi rajattu luottamuksensuoja välttämättä olekaan heijastu-

³⁸⁹ Schmidt-Aßmann 2006b, § 5 rn. 3.

³⁹⁰ Ruffert 2006, § 17 rn. 8.

³⁹¹ Galetta 2010, s. 53 ss.

nut vallitsevaan *saksalaiseen* tapaan ymmärtää luottamuksensuojan perusteltavuus, ala ja sisältö. Kuten edellä erityisesti Maurerin tavasta käsitellä luottamuksensuojaa on ilmennyt, ei konfliktin tällainen ratkaisu ole saavuttanut puhtaasti kansallisen soveltamisalan omaavan luottamuksensuojan merkittävää uudelleenorientaatiota ainakaan sen soveltamisalaa ja sisältöä rajoittavassa merkityksessä,³⁹² vaikka joissain puheenvuoroissa on esitetty *Alcan II:n* jälkeisen, EU-oikeuden soveltamisalalla vaikuttavan luottamuksensuojan olevan nyt suunnilleen sellainen kuin saksalaisen doktriinin olisi pitänyt jo alun perin olla. Syyt tähän piilevät ilmeisesti kahtaalla.

Ensinnäkin, käsitetäänpä luottamuksensuoja Schwarzin tavoin perusoikeuksien soveltamisalalle rajattuna suhteellisuusperiaatteen komponenttina tai perinteisempään tapaan myös oikeusvaltiollisena laajemman soveltamisalan omaavana vaatimuksena, koostuu se varsin olennaisesti *punninnasta*. Vaikka tämä punninta käsitettäisiinkin EU-oikeuden tapaan deindividualisoiduksi, jää molemmille konstruktiolle silti oma elintilansa myös tämän yhteisen punninnan puitteissa. Kun muistetaan Saksan luottamuksensuojakonstruktion historiallisten juurien kytkeytyvän olennaisella tavalla – kärjistetyksi ilmaistuna – mummoihin ja eläkepäätöksiin, ja vastaavasti EU-oikeudellisen konstruktion rajoitusten yrityksiin taloudellisina toimijoina ja tähän toimintaan myönnettyihin valtiontukiin, on ilmeistä, että Saksan ja EU-oikeuden konstruktiot omaavat samaan asiaan jossain määrin jo lähtökohtaisesti erilaisen näkökulman.³⁹³

Niin kauan kuin *deindividualisoitu* luottamuksensuojapunninta pysyy oman alkuperänsä puitteissa, voidaan rakenteellinen ristiriita siirtää taka-alalle. Mummojen ja yritysten kohtelemisen eri tavoin jäsenyvin oikeusnormein ei ole ristiriidassa suhteellisuusperiaatteen rakenteistaman punninnan kanssa, vaan pikemminkin päinvastoin. Tähän viittaa jo saksalaisen vakiintuneen doktriinin edellä käsitelty selonottovelvollisuuden kriteeri *Parallelwertung in der Laiensphäre*. Vastaavaa ajatusta on kehitelty myös EU-oikeudessa: esimerkiksi Hatje on viitannut siihen, että EU-oikeuskin on alkanut enenevässä määrin kiinnittää huomiota erotteluun *Unternehmensverwaltungsrecht – Unionsbürgerverwaltungsrecht*.³⁹⁴ Tähän jakoon viittaavan Schwarzin tulkinnan mukaan edellä konstruoitu luottamuksensuojan näkökulmasta ankara EU-oikeuden tukien takaisinperintä kuuluu ensisijaisesti edellisen alle, muttei välttämättä jälkimmäisen.³⁹⁵ Tällainen ajatus on sinänsä perusteltavissa yhteensopivaksi myös EU-tuomioistuimen vakiintuneen *praktisch wirkungslos* -luottamuksensuojan oikeuttamisperusteiden

³⁹² Maurer HStR 2006, § 79.

³⁹³ Ks. myös Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 350.

³⁹⁴ Hatje 1998, s. 260.

³⁹⁵ Schwarz 2001, s. 471.

näkökulmasta: niiden on sanottu kytkeytyvän julkisen vallan toimien joustavuuden välttämättömyyteen nopeasti muuttuvissa *yhteismarkkinoiden* olosuhteissa.³⁹⁶

Toiseksi on ilmeistä, että EU-oikeuden tehokkaan toimeenpanon vaatima *praktisch wirkungslos* -luottamuksensuoja ei ole kokonaan ongelmaton sen omassa *Unternehmensverwaltungsrecht* kontekstissakaan. Tämä liittyy EU-oikeuden välillisen toimeenpanon aiheuttamaan problematiikkaan³⁹⁷: perinteisen yksityinen – julkinen valta välisen oikeussuhteen asemesta julkisoikeudellista oikeussuhdetta määrittää kolmen portaan jäsenitys EU – jäsenvaltio – yksityinen, jossa jokaisella toimijalla voi olla erisuuntaiset intressit. Perinteisessä, vertikaalisessa *zweiecks*-suhteessa luottamuksensuoja antaa suojaa suhteen toista osapuolta (julkista valtaa) vastaan, *dreieckskonstellation*-suhteessa tällainen suoja saattaa merkitä EU-jäsenvaltio-suhteen nullifioitumista siten, että jäsenvaltio voi vetoamalla luottamuksensuojaan sen ja yksityisen välisessä suhteessa saattaa esimerkiksi oman lainkäyttöpiirinsä yritykset muiden jäsenvaltioiden yrityksiä parempaan asiaan.³⁹⁸ Vaikka toisaalta on selvää, että juuri tästä EU-oikeuden tehokkaan toimeenpanon ja syrjimättömyyden vaatimuksissa on kysymys luottamuksensuojadoktriinin kohdalla, perusteltavissa olevan luottamuksensuojajärjestelmän kannalta konstruktio on ongelmallinen.

Kuten edellä Saksankin hallinto-oikeuteen kohdistettu luottamuksensuojajärjestelmän osoittaa, viittaa luottamuksensuojan keskeinen *ratio* tässä kontekstissa siihen, että *yksityisellä on oikeus luottaa siihen, että viranomaiset toimivat lainmukaisesti*.³⁹⁹ Toisenlainen tulkinta merkitsee tässäkin kohdin sitä, että vastuu [jäsen]valtion toimen valvonnasta ja niiden lainvastaisuudesta vyörytetään yksityiselle kansalaiselle. Lähtökohta ei perusteiltaan muutu, vaikka viranomaisen käsitteellä viitattaisiin nimenomaan organisatorisesti jäsenvaltion viranomaiseen, sillä yksityisen näkökulmasta kyse on yhdestä ja samasta julkisen vallan käyttäjästä. Ongelmallisuutta vain korostaa se seikka, että tällaiselle monitasoiselle toimeenpanolle on katsottu jopa *luonteenomaiseksi* piirteeksi selvän viranomaisen vastuupiirin ja viranomaisten välisten horisontaalisten ja vertikaalisten toimivaltajajen määrittelyiden *vaikeus tai jopa mahdottomuus*.⁴⁰⁰ Samasta asetelmasta johtuen sovellettava lainsäädäntö on paitsi myös siihen sisältyvän [hierarkkisen] monitasoisuuden vuoksi – kuten nyt käsillä oleva konfliktiasetelma – usein sisäisesti ristiriitaista, myös sisällöllisesti usein varsin hankalasti yksityisen hahmotettavissa.

³⁹⁶ Schwarze 2005, s. LXXX.

³⁹⁷ Juntunen 2008, s. 159.

³⁹⁸ Kahl 2011, s. 452.

³⁹⁹ Sinnäeve 1997, s. 182.

⁴⁰⁰ Mäenpää 2011, s. 164.

Monitasoiseen toimeenpanoon ja oikeusjärjestykseen kiinnittyvä näkökohta ja sen yksityisen näkökulmaan kiinnittyvä valtiosääntöinen ongelmallisuus ei ole Suomen perustuslakikontrollissakaan kokonaan tuntematon. Esimerkiksi perustuslakivaliokunta on edellä jo useaan otteeseen viitatussa lausunnossaan hallituksen esityksestä laeiksi maaseudun kehittämiseen myönnettävistä tuista ja maaseudun kehittämiseen liittyvien ohjelmien hallinnoinnista annetun lain muuttamisesta⁴⁰¹ katsonut, että *yksilöimätön* viittaus EU-lainsäädäntöön ei täytä lailta edellytettävää täsmällisyyden ja tarkkarajaisuuden vaatimusta silloin, kun sitä käytetään takaisinperintätoimivallan luovana takaisinperinnän edellytyksenä. Ehdotettu säännös takaisinperintään ryhtymisestä ”silloin, kun Euroopan yhteisön lainsäädäntö sitä edellyttää” oli mainitusta syystä valtiosääntöisesti ongelmallinen, sillä ”[o]ttaen huomioon EY-lainsäädännön moniportaisuus ja sekavuus ei tuen saajalta voida edellyttää kyseisen lainsäädännön yksityiskoh- taista tuntemusta”.

Lainsäädännön monitasaisuuden ja sekavuuden täsmällisyys- ja tarkkarajai- suusvaatimusten välityksellä lailla säätämisen vaatimukseen sitovaa argu- menttia on hyödynnetty myös lainkäytössä – tosin lähinnä kansallisessa käyt- tötyhteydessä. Esimerkiksi käyköön Hämeenlinnan HAO:n päätös 15.6.2000 T: 00/403/4,⁴⁰² jossa oli pääpiirteissään kysymys siitä, oliko lääninhallituksel- la toimivalta peruuttaa autoilijan taksilupa määräajaksi. Ko. autoilija oli lää- ninhallituksen käsityksen mukaan pääasiallisesti liikennöinyt luvan mukaisen asemapaikkansa ulkopuolella ja siten jättänyt noudattamatta liikenneluvassa vahvistettua asemapaikkamääräystä. Tämän johdosta lääninhallitus katsoi, et- tä autoilija ei ollut harjoittanut liikennettä myönnetyn liikenneluvan mukai- sesti, ja peruutti taksiluvan lain (L luvanvaraisesta henkilöliikenteestä tiellä, 343/1991) 20 §:n mukaisesti. Mainitun säännöksen mukaan lupaviranomai- nen voi peruuttaa liikenneluvan määräajaksi tai kokonaan, mikäli liikennelu- van haltija ei enää täytä liikenneluvan myöntämisen edellytyksiä tai jos liiken- nettä ei harjoiteta luvan mukaisesti tai muutoin asianmukaisesti.

Hallinto-oikeus piti ”*määrättyä hallinnollista seuraamusta hyvin ankara- na*”, ja kumosi lääninhallituksen päätöksen. Perustelut kumoamiselle ovat kaksijakoiset. Toinen perustelulinja liittyy suhteellisuusperiaatteeseen: autoi- lijaa ei ollut huomautettu ennen luvan peruuttamista, eikä seuraamusta muu- tenkaan pidetty oikeasuhtaisena sillä tavoiteltuun päämäärään nähden. Tutki- muksen kannalta kiinnostavampi perustelu kytkeytyy täsmällisyys-, tarkkara- jaisuus- ja lailla säätämisen vaatimuksiin. Kun hallinto-oikeus katsoi, että kyseessä oli tilanne, jossa lääninhallitus oli puuttunut autoilijan oikeuteen nauttia rauhassa omaisuudestaan ja harjoittaa elinkeinoa, tulivat EIS 1. lisä- pöytäkirjan 1 artikla ja perustuslain 18 § sovellettaviksi. Niinpä on ilmeistä, että tällaisen rajoittamistoimivallan l. seuraamuksen tuli mainittujen perusoi-

⁴⁰¹ PeVL 41/2006 vp.

⁴⁰² Ks. myös KHO 6.9.2002 T:2091, joka pysytti referoidun HAO:n päätöksen perusteluineen.

keuksien yleisten rajoitusedellytysten mukaisesti perustua täsmälliseen ja tarkkarajaiseen lainsäädäntöön – myös soveltamiskäytännössä. HAO:n arviointi tämän vaatimuksen täyttymisestä on syytä lainata kokonaisuudessaan⁴⁰³: ”Lääninhallituksen antamat pääkaupunkiseudun yhteisliikennepäätökset ja henkilöliikennelain asemapaikan oikeudellista merkitystä koskevat säännökset olivat lisäksi *varsin tulkinnanvaraisia*. Lääninhallituksen käsitys asian vakavuudesta oli *perustellusti voinut olla ankaran hallinnollisen seuraamuksen kohteeksi välittömästi joutuneelle autoilijalle epäselvä sekä vaikeasti ennakoitavissa*. Lääninhallituksen yhteisliikennepäätös oli ollut liikennöintioikeuksien ja -velvollisuuksien rajauksen osalta *tulkinnanvarainen*. Näissä olosuhteissa autoilijan *oikeudet ja velvollisuudet olivat olleet laista ja sen nojalla annetuista alemmanasteisista säädöksistä niin vaikeasti hänen itsensä määriteltävissä, että perustuslaissa määrätty lailla säätämisen edellytys ei täyttynyt*. Kun on kysymyksessä sinänsä laillisen elinkeinotoiminnan rajoittaminen, lainsäädännössä, viranomaisen antamissa lupaehtoisissa tai esimerkiksi yhteisliikennepäätöksessä olevaa lain aukkoa ei luvan peruuttamislanteessa voitu jälkikäteen täyttää elinkeinoharjoittajan vahingoksi mainittuja säännöksiä tulkitsemalla.”

Varsin ilmeistä kuitenkin on, että edellä esitetyn valossa tällainen lainsäädännön sisällölliseen sekavuuteen ja monitasaisuuteen viittaava puuttuva selonottovollisuuden konstruktio (*Parallelwertung in der Laiensphäre!*) ei EU-oikeuden näkökulmasta ole erityisen tehokas perustelu arvioitaessa luottamuksensuojan merkitystä soveltamistoiminnassa. Kun luottamuksensuojan keskeiseksi *ratioksi* on edellä paljastunut luottamuksensuojan perusteltavuuden arviointi yksityisen näkökulmasta, on kuitenkin yhtä ilmeistä, että *dreieckskonstellation*-suhteen ja siihen mahdollisesti liittyvän lainsäädännöllisen epäselvyyden ratkaiseminen vastuu yksityiselle vyöryttäen ei ole kokonaan ongelmatonta, vaikka tähän liittyvä kysymyksenasettelu on nykyisin vakiintuneessa saksalaisessa doktriinissa siirretty taustalle, sillä nykyisin hyväksytään jäsenvaltion ja sen kansalaisen vastuun samastaminen. Ongelmaksi määrittänyt nykyisin julkilausutusti lähinnä se ero, joka muodollisesti voimassa olevan, alun perin *zweiecks*-suhteeseen tarkoitettun⁴⁰⁴ *VwVfG* § 48:n ja aineellisen oikeuden välillä EU-oikeuden soveltamisalalla vallitsee.⁴⁰⁵

Monitasoisen toimeenpanon ongelmat ja luottamuksensuojan intensiteetin variaoinnit suhteessa *Unternehmensverwaltungsrecht – Unionsbürgerverwaltungsrecht* eivät ole kuitenkaan jääneet kokonaan huomaamatta EU-oikeudessakaan, ja mainittu erottelu voidaan ehkä paikantaa viime kädessä myös edellä ratkaistuissa KHO 2009:45 ja KHO 2009:36 omaksuttujen toisistaan olennaisesti poik-

⁴⁰³ Kurs. M.K.

⁴⁰⁴ Juntunen 2008, s. 159–160.

⁴⁰⁵ Kahl 2011, s. 452.

keavien luottamuksensuoja-arvioiden taustalle: jälkimmäisessä painotettiin nimenomaisesti sitä, että lainvastaisia tukia ei ollut myönnetty yritystoimintaan. Tästä näkökulmasta kansallisen oikeusjärjestyksen luottamuksensuojan kokonaisvaltainen objektivointi ja sen tarjoaman suojan relativointi myös *Unternehmensverwaltungsrechtin* ulkopuolella EU-oikeuden *Omnipräsenziin* vetoamalla ei vaikuta loppuun asti perustellulta ajatukselta; varsinkin kun viitteitä tällaisen erottelun omaksumisesta voidaan löytää myös EU-tuomioistuimen uudemmassa käytännöstä.

Kuten *Jürgen Schwarze* osoittaa, uudemmassa käytännöstä voidaan nimittäin identifioida vakiintuneesta *praktisch wirkungslos* -luottamuksensuojasta poikkeavia tuomioita, joissa luottamuksensuoja on katsottu mahdolliseksi paitsi yleisenä *in abstracto* -korulauseena, myös tehokkaana oikeussuojanormina kyseisen tapauksen olosuhteissa.⁴⁰⁶ Uuden käytännön airueeksi nostetun C-336/00-tuomion kohdalla lainvastaiseksi myönnetyn yhteisön yhteisrahoittaman tuen saajana oli *yksityinen* maanviljelijä, *Martin Huber*. Maatalouden keskeinen merkitys EU:ssa sekä taloudellisesti että luottamuksensuojadoktriinin kannalta lukumääräisesti merkittävimpänä takaisinperintäpäätösten ryhmänä⁴⁰⁷ huomioiden kyse ei siltikään ole puhtaasti *Unionsbürgerverwaltungsrechtin* alaan kuuluvasta asiasta, vaan sen voidaan luonnehtia kuuluvaksi *Unternehmensverwaltungsrecht–Unionsbürgerverwaltungsrecht* -dikotomian välimaastoon. Tämä välimaasto kuitenkin samalla kiistää mainitun dikotomisuuden. Näin nimenomaan Schwarzin *luottamuksensuoja-suhteellisuusperiaate* rakenteistaa tässäkin suhteessa luottamuksensuojapunninnan pikemmin skaalojen kuin dikotomioiden varaan. Luottamuksensuoja kiinnittyy suhteellisuusperiaatteen rakenteistamaan punnintaan.

⁴⁰⁶ Schwarze 2005, s. LXXXI.

⁴⁰⁷ Kadelbach 1999, s. 462.

6 Luottamuksensuoja *common law*'n hallinto-oikeudessa

Saksalainen hallintoa vastaan asettuva jäsenitys nojaa kahteen keskeiseen seikkaan: oppiin hallinnon toimintamuodoista ja luottamuksensuojan valtiosääntöisesti tuetun sisällön yleiseen rakenteeseen. Vaikka *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* muun ohella pyrkiikin saattamaan mainitun *Handlungsform*-doktriinin hallinto-oikeustieteen historiaan, on sillä vielä edellä omaksuttu kiistaton käyttöyhteytensä *Vertrauensschutz*-doktriinin erittelyssä. Hallintoa vastaan asettuvaa luottamuksensuojaa ei saksalaisen doktriinin mukaisena ole mahdollista eritellä ilman sen perusrakenteen konkretisointia *Verwaltungsakt – sonstiges Verwaltungshandeln* -kategorisointiin. Sitä vastoin *common law*'sta, josta vielä verraten vähän aikaa sitten puuttui koko hallinto-oikeus, ei ole identifioitavissa samantilaista vakiintunutta rakennetta ainakaan mainitussa *Verwaltungsrecht*istä tutussa doktriinia rakenteistavassa merkityksessä.

Toinen keskeinen ero liittyy luottamuksensuojan soveltamisalaan: Englannin *common law*'n piirissä luottamuksensuojan voidaan katsoa edelleen asettuvan vain hallintoa vastaan, vaikka *Common Law Constitutionalism* -otsikon alla on ainakin oikeustieteellisen keskustelun piiriin herännyt sellaisia laajempiakin tapoja jäsentää yksityisen ja julkisen vallan välistä suhdetta, joihin sisältyy myös lainsäätäjään kohdistuva velvollisuus suojata yksityisen luottamusta. Näin ollen luottamuksensuoja-analyysi hallinto-oikeudellisissa kontekstissa painottuu, mutta ei kuitenkaan tyhjene sen hallinnollista harkintavaltaa vastaan antamaan suojaan. Kysymys luottamuksen suojaamisesta *ultra vires* joutuu nimittäin pakotetusti tarkastelun alle myös tässä kontekstissa.

Luottamuksensuojakeskustelua käydään *common law*'ssa useiden eri jäsenysten avulla. Jäsennysperusteina voidaan viitata edellä oikeuttamisperusteiden käsittelyn yhteydessä esitettyyn jakoon menettelyllisen ja aineellisen luottamuksensuojan välillä tai esimerkiksi jaotteluun luottamuksen suojaamiseen *intra vires* ja *ultra vires*. Vaikka vakiintunutta *Handlungsformlehren* kaltaista analyysikehikkoa tai luottamuksensuojan saksalaisessa doktriinissa omaksuttua yleistä perusrakennetta vastaavaa konstruktia *common law*'lla ei ole perinteisesti ollut tarjota, on oikeuskäytännössä kuitenkin toisinaan viitattu siihen, että saksalaista luottamuksensuojan perusrakennetta vastaava testi olisi olemassa myös *common law*'ssa. Bibi-tuomiossa¹ nimittäin viitattiin siihen, että kaikki luottamuksensuo-

¹ R v. London Borough of Newham and Manik Bibi and Ataya Al-Nashed [2001] EWCA Civ 607.

jaa koskevat oikeusriidat oli ratkaistavissa kolmiosaisen testin avulla: ”*In all legitimate expectation cases, whether substantive or procedural, three practical questions arise. The first question is to what has the public authority, whether by practice or by promise, committed itself; the second is whether the authority has acted or proposes to act unlawfully in relation to its commitment; the third is what the court should do.*”

Tämä *Bibi*-tuomiossa muotoiltu testi samastuu tietyiltä osiltaan saksalaiseen luottamuksensuojan perusrakenteeseen. Ensimmäinen kysymys, joka koskee julkisen vallan sitoutumisen sisältöä, on luonteeltaan tosiasioita koskeva kysymys, jota saksalaisessa perusrakenteessa vastaa kysymys luottamusperusteen ja luottamuksen olemassaolosta. Ensimmäisen testin tosiasialuonteisuutta relativoi kuitenkin se, että vaikka *Bibi*-tuomiossa omaksutun kannan mukaan ensimmäinen kysymys on luonteeltaan ”*a question of analysing the evidence – it poses no jurisprudential problems*”, samassa yhteydessä katsottiin kuitenkin varsin luontelevaksi käsitellä kysymys odotuksen legitimitietistä tässä yhteydessä.² Ensimmäisellä testillä saattaa kuitenkin olla saksalaisen heuristisen rakenteen kanssa identtinen testin edelleen soveltamisen tarpeettomaksi tekevä vaikutus: mikäli on selvää, että *viranomaisen ei ole tehnyt mitään eikä sanonut mitään, minkä voisi ajatella synnyttävän legitiimin odotuksen*, ei asiaa ole *Bibi*-tuomiossa omaksutun kannan mukaisesti syytä selvittää enempää. Yhteen kietoutuneiksi katsotut toinen ja kolmas kysymys, jotka oikeudellisina kysymyksinä koskevat viranomaisen toiminnan laillisuutta ja tuomioistuimen reaktiota siihen, tarjoavat luottamuksensuojan sisällön kannalta varsin niukasti *itsenäistä* jäsennyspintaa. Pikemminkin vaikuttaa siltä, että näihin kysymyksiin vastaaminen edellyttää muiden jäsennysten varaan konstruoitavaa käsitystä luottamuksensuojan soveltamis-edellytysten käsilläolosta.

Varsinaisen luottamuksensuojadoktriinin sisällön ymmärtämisen edellytyksenä onkin edelleen oikeustieteen luomien luottamuksensuojakategorisointien tarkastelu.³ Tämä on perusteltua jo yksin siitä syystä, että *common law*'n hallinto-oikeuden vallitsevana kantana näyttää olevan, että luottamuksensuoja on jäsennettävä [*Handlungsform*-doktriinin puutetta paikkaavan] *tyyppitapaus*-kategorisoinnin varaan.⁴ Tällainen kategorisointi tai sellaisen edelleen kehittäminen ei ole vierasta oikeuskäytännöllekään; mitenkään poikkeuksellisen ei ole pidettävä esimerkiksi tuomiossa *R. v. Devon County Council, ex p. Baker*⁵ omaksuttua tapaa ottaa kantaa luottamuksensuojan soveltamis-edellytyksiin kategorisointien

² Steele 2005, s. 304.

³ Steele 2005, s. 316.

⁴ Ks. esim. Moules 2008, s. 46–51, Schönberg 2000, s. 14–15, Craig 2008, s. 649–650.

⁵ *R. v. Devon County Council, ex p. Baker*, [1995] 1 All E.R. 73; (1992).

puitteissa *obiter dicta*: Lord Justice Brown konstruoi tuomiossa myöhemmin sisällöllisesti tarkasteltavat neljä eri kategoriala, joita oli mielekäästä pitää luottamuksensuojan käsitteen alle kuuluvina. Tällaiset kategorisoinnit toimivat sellaisenaan myös luottamuksensuojadoktriinin soveltamista rakenteistavana tekijänä. Vaikka niiden käyttökelpoisuus vaikuttaisi toisinaan rajoittuvan sen osoittamiseen, minkälaisissa aseteleissa luottamuksensuojaan liittyviä ongelmia on ratkottu, on niitä käytetty myös aineellisen mittapuun ominaisuudessa. Esimerkiksi Craig on toisinaan viittannut kategorisointien kertovan ainakin sen, milloin perustellun luottamuksen olemassaolo on katsottu mahdolliseksi.⁶ Niiden sisällä joudutaan kuitenkin edelleen ottamaan kantaa siihen, ovatko luottamuksensuojan soveltamisedellytykset asiassa täyttyneet.

Tällainen kategoria-ajattelu saa jäsentyneimmän muotonsa Schönbergin monografiassa. Ensimmäinen kategoria kytkeytyy Schönbergillä muodollisten päätösten peruuttamiseen rinnastuen lähinnä saksalaiseen hallintotoimen peruuttamista koskevaan doktriiniin. Toiseen ryhmään kuuluvat tilanteet, joissa viranomaisen joko eksplisiittisesti tai implisiittisesti ilmaisee noudattavansa tiettyä menettelyä tai sisällöllistä *policy*a suhteessa yhteen yksityiseen tai määrättyyn joukkoon yksityisiä. Kategorian ulkopuolelle jäävät kuitenkin ns. makropoliittiset kysymykset edellyttämällä *vähintäänkin rajattua addressaattijoukkoa*. Kuten jäljempänä aineellisen luottamuksensuojan tarkastelussa havaitaan, tässä rajauksessa on kyse nimenomaan oikeuden ja politiikan välisestä rajanvedosta siihen sisältyvine oppirakennelmineen tuomioistuinten asemesta. Schönbergin kolmannessa kategoriassa kyse on *poli*cyn perusteella syntyneen luottamuksen järkyttämisestä erkaantumalla siitä yksittäistapauksissa. Neljäs kategoria kiinnittyy *poli*cyn muutokseen ja aiemman *poli*cyn perusteella syntyneen luottamuksen suojaamiseen.⁷

Schönbergin kategorisointi poikkeaa olennaisesti vakiintuneimmasta tavasta jäsentää soveltamistilanteita. Ilmeisin ero kytkeytyy Schönbergin ensimmäiseen kategoriaan, päätösten peruuttamiseen, joka yleensä jätetään *common law*’n luottamuksensuoja-analyysin ulkopuolelle syytä kuitenkin tarkemmin erittelemättä: esimerkiksi Richard Clayton viittaa kolmiosisaiseksi typistyvässä kategorisoinnissa vain siihen, että ”Schönberg identifies a further category of revocation of administrative decisions which I do not propose to discuss”.⁸ Tämä ero kytkeytyy siihen jäljempänä tarkasteluun tulevaan seikkaan, jonka mukaisesti *common law*’n luottamuksensuoja saa soveltamisalansa yleensä käsitteen *representation-*

⁶ Craig 1992, s. 82.

⁷ Schönberg 2000, s. 14–15

⁸ Clayton 2003, s. 95.

avulla: mannermaisesta näkökulmasta hieman yllättävää on, että päätösten pysyvyys ei ole kuulunut perinteisesti doktriinin alalle lainkaan.

Tarkastelussa käytetään jatkossa termistä *representation* yleiskielistä käännöstä *ilmaisu*. Yleiskielen sanakirja tuntee termille *representation* merkitykset ilmaisu, väite, lausunto, ilmoitus. Termi *representation* on kuitenkin mannermaisesta hallinto-oikeuden näkökulmasta vaikeasti ymmärrettävissä hallinto-oikeuden keskeiseksi käsitteeksi, eikä sen ala *common law*'ssakaan ole erityisen selvä: esimerkiksi *Roberts* lukee siihen kuuluvaksi *lupaukset (promises)*, *vakuutukset (assertions)*, *toimet (acts)*, *käytännöt (practices)* ja *policya koskevat lausunnot (policy statements)*.⁹ Ilmaisua on käytetty suppeammassakin merkityksessä. *Knight* viittaa siihen, että ”*it is trite law to state that a legitimate expectation must be founded upon an undertaking, by representation, policy, promise or a practice*”¹⁰; kolme viimeistä näyttäisivät siis olevan jotain muuta kuin *representation*. Tarkka juridinen – ja erityisesti luottamuksensuojan historiallinen *estoppel*-konteksti huomioiden parempi käännös olisi ehkä *tahdonilmaisu*. Mutta, kuten *Craig* huomauttaa, julkisoikeuden *representation* ei välttämättä sisällä yksityisoikeuteen verrattavaa, sitovuuden aikaansaavaa *tahto*-elementtiä.¹¹

Luottamuksensuojadoktriinin yhteydessä *Craig* luetteleekin kelvollisiksi luottamusperusteiksi esimerkinomaisesti ilmaiset, jotka ilmenevät yksilöidystä lausumasta, hallinnon sisäisestä ohjeistuksesta (*circular*), raportista tai sopimuksesta, mutta myös hallinnon tai sen virkamiehen toiminnasta.¹² Doktriini on tältäkin osin kuitenkin kaikkea muuta kuin vakiintunut: esimerkiksi *Jack Watsonin* verrattain tuore yritys kattavan luottamuksensuojatestin muotoilemiseksi määrittelee *representation*-termin irrotettuna sen yleiskielisestä käytöstä kiinnittämällä sen (ja samalla koko luottamuksensuojakonstruktionsa) indikaatioon viranomaisen *sitoutumistahdon* olemassaolosta.¹³ Hajanaisen doktriinin puitteissakin käännöksen *ilmaisu* mielekkyyteen sen epätarkkuudesta huolimatta viittaa kuitenkin myös *Schønbergin* tutkimuksensa tarpeisiin omaksuma sisältö käsitteelle *representation*: ”*Representations can take variety of forms. For our purposes, representations may be defined as explicit or implicit administrative pronouncements of facts, law or intent which cannot be categorised as final decisions or determinations.*”¹⁴

Representation-luottamuksensuojan piirissä ilmeisesti vakiintunein tapa kategorisoida soveltamistilanteet käy ilmi käy *Craigin* hallinto-oikeuden yleisesityksestä, joka kategorisoi luottamuksensuojan tyypilliset soveltamistilanteet seuraavasti. Ensimmäisen kategorian muodostaa tilanne, jossa luottamusperustana toi-

⁹ *Roberts* 2001, s. 112 alav. 1.

¹⁰ *Knight* 2009, s. 18.

¹¹ *Craig* 1992, s. 88.

¹² *Craig* 2008, s. 659.

¹³ *Watson* 2010, s. 636 ja 642.

¹⁴ *Schønberg* 2000, s. 107 alav. 1.

mii yleinen normi tai *policy*valinta, ja yksityisen luottamusta sen sisältöön ja pysyvyyteen järkytetään uudella, toisensisältöisellä *policylla*. Toisen ryhmän muodostaa vastaavanlainen luottamusperuste, yleinen normi tai *policy*, ja siihen kohdistuvan luottamuksen järkyttäminen erkaantumalla siitä *yksittäistapauksessa*. Kolmas kategoria kattaa tilanteet, jossa luottamusperustana toimii yksilöllinen ilmaisu (*representation*), johon kohdistuvaa luottamusta järkytetään erkaantumalla siitä muuttuneen yleisen *poliyn* tai normin perusteella. Neljäs kategoria kattaa tilanteet, jossa kyse on myös yksilöllisistä ilmauksista ja niistä erkanemisista. Ero kolmanteen kytkeytyy siihen, että erkaantumiseen ei edellytetä yleisen *poliyn* tai normin muutosta.¹⁵

Mainitut kategorisoinnit saavat vaihtelevia painotuksia sen mukaan, onko kyseessä menettelyllinen vai aineellinen luottamuksensuoja. Ortodoksian piirissä luottamuksensuojaa käsitellään edelleen pääasiassa menettelyllisenä kysymyksenä, aineelliselle luottamuksensuojalle varataan vain harvinaisen *poikkeuksen* asema.¹⁶ Koska perustavanlaatuisin kategorisointi rakentuu myös ortodoksian ulkopuolella ainakin historiallisessa merkityksessä dikotomiaksi menettelyllinen–aineellinen, on jo yksin esitysteknisistä syistä välttämätöntä erotella menettelyllinen luottamuksensuoja aineellisesta, vaikka jako on sinänsä kiistanalainen.¹⁷ Tätä kiistanalaisuutta ei kuitenkaan sivuuteta sisällössä. *Jatkokehittelyssä* omaksutaan kuitenkin Craigin omaksuma ratkaisu¹⁸, joka käsittelee kahta eri jäsenystä, joiden rajana toimi edellä jo usein viitattu *Coughlan*-tuomio. Nämä jäsenyykset eivät ole kuitenkaan toisensa poissulkevia, vaan lähinnä vaihtoehtoisia näkökulmia: ensimmäisessä korostuu tapauksen *tosiasioiden luokitteleva vaikutus*, toisessa *judicial review'n intensiteetti*.

6.1 MENETTELYLLINEN LUOTTAMUKSENSUOJA

Menettelyllisellä luottamuksensuojalla tarkoitetaan tavallisesti perusteltujen odotusten – luottamuksen – turvaamista menettelyllisillä takeilla. Kyse on yleensä *common law'n* hallinto-oikeudessa muuten kapea-alaisen kuulemisvelvollisuuden alan laajentamisesta: esimerkiksi *GCHQ*-tuomiossa viitattiin siihen, että ”*the principle is closely connected with 'a right to be heard'*”.¹⁹ Samoin *Galligan* viittaa siihen, että luottamuksensuojan perusteella syntyvät menettelylliset oi-

¹⁵ Craig 2008, s. 46.

¹⁶ Wade – Forsyth 2010, s. 446–453.

¹⁷ Allan 1993, s. 199.

¹⁸ Craig 2008, s. 654.

¹⁹ Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Services [1985] A.C. 374.

keudet liittyvät yleensä kuulemiseen.²⁰ Rajausta ei kuitenkaan ole oikeudellinen. Schønberg osoittaa laajan skaalan erilaisia, luottamuksensuojan perusteella realisoituvia menettelyoikeuksia, joista kuulemisvelvollisuus eri muodoissaan muodostaa toki keskeisen osan, mutta ei muita poissulkevasti: *audi alteram partem* -kuuleminen saa muiden osallistumismuotojen ohella seuraukseen esimerkiksi päätösten perusteluvelvollisuuden.²¹

Menettelyllisen suojan moninaisuuden osalta voidaan viitata myös ns. *US Tobacco* -tuomioon²², jossa oli kyse hallituksen elinkeinopolitiikasta ja luottamuksesta siihen: yritys oli luottaen hallituksen politiikkaan sisältyvien, investointiin rohkaisevien tekijöiden perustanut uuden nuuskaa tuottavan tehtaan Skotlantiin. Muutama vuosi sen jälkeen kokonaisuudessaan kielletty nuuska johti kanteeseen, jonka johdosta annetussa tuomiossa katsottiin, että hallituksen esittämät, uuden politiikan kansanterveyteen liittyvät perustelut sinänsä ylittivät punninnassa yrityksen aineellisen luottamuksen. Kun kuitenkin otettiin huomioon hallituksen aiempi toiminta asiassa, suojattiin yrityksen luottamusta ainakin menettelyllisesti toteamalla hallituksen menettelleen lainvastaisesti kieltäessään yritykseltä oikeuden tutustua nuuskakieltoa perustelevaan, vain hallituksen käytössä olleeseen tieteelliseen aineistoon.²³

Menettelyllinen luottamuksensuoja jakaantuu pääasiassa kahteen eri lohkoon: kyse voi olla nimenomaan luottamuksesta tietyn menettelyn noudattamiseen, tai kyse voi olla aineellisesta luottamuksesta tietynsisältöisen viranomaistoimen suorittamiseen, jota kuitenkin suojataan vain menettelyllisesti.²⁴ Toisin sanoen, kyse on joko menettelyyn kohdistuvan odotuksen suojasta tai aineellisen odotuksen menettelyllisestä suojasta. Molemmissa tapauksissa on kyse siitä, että luottamuksensuoja realisoituu konstruoiden tietyn menettelyllisen oikeuden tilanteessa, jossa käsillä ei ole *common law*’n hallinto-oikeuden menettelyllisiä perusvaatimuksia määrittävän *natural justice*²⁵ soveltamisalan muuten laukaisevaa oikeutta tai oikeudellista intressiä.²⁶

Nykyisin enenevää kannatusta onkin saanut tähän viittaava *täydentävään* suojaan viittaava kanta²⁷, joka noudattelee *Richard Moulesin* poissulkevaa kategorisointia. Luottamuksensuojan soveltamisala pyritään tässä erottamaan *natural justice*n soveltamisalasta silloin, kun jälkimmäinen tulisi joka tapauksessa sovel-

²⁰ Galligan 1996, s. 320.

²¹ Schønberg 2000, s. 54–55.

²² *R v Secretary of State for Health, ex p United States Tobacco International Inc.* [1992] QB 353, [1992] 1 All ER 212, [1991] 3 WLR 529.

²³ Schønberg 2000, s. 51.

²⁴ Wade – Forsyth 2010, s. 453.

²⁵ Ks. edellä 3.10.4.

²⁶ Craig 2008, s. 380–382.

²⁷ Reynolds 2011, s. 344.

lettavaksi esimerkiksi yksityiseen oikeuteen puuttumisen johdosta.²⁸ Yksin täydentävää merkitystä perustellaan sillä, että luottamuksensuojan käsittäminen menettelyllisen oikeuden soveltamisalan laukaisevaksi tekijäksi myös *natural justicen* soveltamisalalla merkitsisi itse asiassa *natural justicen* soveltamisalan supistamista. Kun kyseessä on esimerkiksi *common law*'n tunnustama oikeus, *natural justicen* edellyttämät menettelytakeet soveltuvat nimittäin lähtökohtaisesti joka tapauksessa riippumatta siitä, ovatko luottamuksensuojan soveltamis-edellytykset asiassa käsillä:²⁹ esimerkiksi yksityisen luottamusperustan olemassaoloon kohdistuvalla *tietoisuudella* ei siis ole merkitystä.

Moulesin poissulkevan ajattelun taustalla on tältä osin *Lord Justice Simon Brownin* muotoilema luottamuksensuojakategorisointi tuomiossa *R. v Devon CC Ex p. Baker*.³⁰ Ensimmäiseen kategoriaan kuuluvat varsinaisen aineelliset odotukset, joiden luottamusperusteena toimii ”*a clear and unambiguous representation*”. Toinen kategoria koostuu tilanteista, joissa luottamus perustuu – ei yksityisen oikeuksiin – vaan etuun tai etuuteen kohdistuvaan intressiin, joka on luonteeltaan sellainen, että oikeusjärjestys kytkee sitä koskevaan päätöksentekoon menettelyllisiä vaatimuksia *natural justicen* muodossa. Moulesin mukaan tässä kohdin jo kyseinen intressi itsessään riittää menettelyllisten takeiden olemassaoloon, ja kun kategoriassa ei edellytetä yksilöön kohdistuvan ilmaisun olemassaoloa, on kategorian käsitteleminen luottamuksensuojadoktriinin alla *harhaanjohtavaa*.³¹ Reynolds viittaa samaan näkökohtaan toteamalla, että ”*the doctrine of legitimate expectations is doing no work here; it is the interest itself which generates protection*”.³² Kolmas kategoria jakaa toisen kanssa saman sisällön ja kritiikin: siinä luottamus on kuitenkin aineellisen asemesta menettelyllinen. Kyse on yksityisen oikeudesta luottaa menettelyllisten takeiden olemassaoloon vailla nimenomaista ilmaisua luottamusperustana. Neljäs kategoria sen sijaan toimii Moulesin analyysissä jälleen luottamuksensuojadoktriinin osana: kyse on tapauksista, joissa annetaan menettelyllistä suojaa sitä koskevan yksilöllisen ilmauksen perusteella tapauksissa, jossa sitä ei muuten, *natural justicen* soveltamisala huomioiden tarvitsisi toteuttaa.³³

Craigin analyysin mukaan luottamuksensuojalla on tällainen oikeuksia ja oikeudellisia intressejä täydentävä vaikutus kolmessa eri tilanteessa. Ensimmäinen kyse voi tulevaisuuteen sijoittuvasta *intressistä*. Tällainen *pro futuro* -intressi voi olla kyseessä silloin, kun asiassa merkityksellinen oikeudellinen intressi ei ole vielä realisoitunut, mutta on kuitenkin riittävän merkityksellinen laukaisemaan me-

²⁸ Moules 2008, s. 49–50.

²⁹ Forsyth 1988, s. 238 ss.

³⁰ *R. v Devon CC Ex p. Baker* [1995] 1 All E.R. 73, 88–89.

³¹ Moules 2009, s. 49.

³² Reynolds 2011, s. 345.

³³ Moules 2009, s. 50–51.

nettelyllisen oikeussuojan tarpeen. Craig viittaa tämän rajoiltaan erittäin epämääräisen perusteen kohdalla esimerkiksi tilanteeseen, jossa luvanhaltija on hankemassa luvan uusintaa.³⁴

Toiseksi kyseessä voi olla selvärajaisempi tilanne, jossa viranomainen on antanut asiassa selvän ja yksiselitteisen lausunnon tai ilmoituksen (*clear and unequivocal representation*). Tällöin kyseessä on tyypillisesti tilanne, jossa ilmaisu toimii sellaisenaan perustana menettelylliselle oikeudelle. Craigin ajattelussa luottamuksensuojan perusteena ei tällöin itse asiassa ole tapauksessa merkityksellinen aineellinen intressi lainkaan, vaan *viranomaisen toiminta asiassa*.³⁵ Craig saa tukea näkemykselleen *Ng Yuen Shiu* -tuomiosta³⁶, jossa oli kyse lähtökohtaisesti *natural justicen* tarjoamien menettelyllisten takeiden soveltamisalan ulkopuolelle jäävästä tilanteesta: oikeudellisen arvion kohteena oli laittoman siirtolaisen oleskelulupahakemuksen. Kun hallitus oli luvannut, että laittomatkin siirtolaiset saisivat asian käsittelyn, johon sisältyi haastattelu ja yksilökohtainen tosiasiapohjainen päätöksenteko, oli tähän lupaukseen perustettavissa ainakin jonkinasteinen vaatimus kuulemisvelvollisuudesta. Tätä arviota ei muuttanut se, ettei lupaukseen sisältynyt minkäänlaista sisällöllistä kannanottoa siirtolaisten oikeudesta jäädä maahan.³⁷ Tuomiossa viitattiin nimenomaisesti siihen, että luottamusperusteena toimi ”*the conduct of the public body, through its representation, which provides the foundation for the procedural protection*”.

Craigin mukaan tähän oikeuksia perustavaan vaikutukseen rinnastuu myös tilanne, jossa luottamuksensuojan olemassaolo lisää tai kasvattaa menettelyllisten oikeuksien sisältöä. Tukena tälle toimii ns. *Liverpool Taxi* -tuomio,³⁸ jossa oli kyse asiallisesti kunnan viranomaisen omaksumasta *policysta* rajoittaa taksilupien lukumäärää alueella. Viranomaiset olivat toistuvasti vakuuttaneet olemassa olevien lupien haltijoille, ettei lupien määrää tulla nostamaan ilman, että heitä tultaisiin asiassa kuulemaan. Vaikka asiassa onkin jonkun verran tulkinnanvaraista, olisiko *natural justicen* soveltamisala lauennut myös ilman asiassa esitettyjä lupauksia, on Craigin mukaan kuitenkin selvää, että tuomiossa omaksuttiin kanta, jonka mukaan luottamus lupaukseen vaikutti ainakin oikeuksien sisältöön laajentavasti.³⁹ Lähtökohta perusteltiin tuomiossa viittaamalla siihen, että ”*the conduct of the defendant in the form of a representation, and the consequential legitimate expectation which flows from it, may serve to augment the procedural*

³⁴ Craig 2008, s. 382.

³⁵ Craig 2008, s. 383.

³⁶ A.G. of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu [1983] 2 A.C. 629.

³⁷ Craig 2008, s. 383.

³⁸ R. v. Liverpool Corporation, ex p. Liverpool Taxi Fleet Operators' Association [1972] 2 Q.B. 299.

³⁹ Craig 2008, s. 383.

rights granted to the applicant". Lordi Denning viittasi tuomiossa siihen, että lupauksesta ei tulisi lähtökohtaisesti poiketa lainkaan, paitsi "*after the most serious consideration and hearing what the other party has to say: and then only if they are satisfied that the overriding public interest requires it*". Sivuhuomautuksena on syytä todeta, että Denningin tässä asettamaa vaatimusta voidaan lukea myös Craigin tarkoittamien menettelyllisten takeiden laajennuksesta poikkeavasti: painottamalla viimeisen lauseen edellytystä "*and then only if*" näkee Forsyth jo vuonna 1998 siihen sisältyvän jäljempänä tarkasteluun tulevan aineellisen luottamuksensuojan idun.⁴⁰

Craigin kolmas kategoria on kytköksissä toiseen: siinä missä toisen kategorian luottamusperusteen muodostaa viranomaisen nimenomainen ilmaus, kolmannen kategorian muodostaa viranomaisen omaksuman *policyn* perusteella syntynyt luottamus. Luottamuksensuojan kannalta *policy* muuttuu merkitykselliseksi, kun viranomainen poikkeaa siitä yksittäistapauksessa. Craig nostaa esimerkiksi tällaisesta Khan-tuomion⁴¹, jossa oli asiallisesti kyse Englannissa laillisesti oleskelevan siirtolaisen yrityksestä adoptoida ulkomailla asuva veljensä lapsi. Viranomainen oli todennut, ettei tapaukseen soveltuvaa oikeudellista säännöstöä ollut olemassa, mutta luovuttanut hakijalle hallinnon sisäisen ohjeen, johon oli sisällytetty harkintavallan käyttöä ohjaavia kriteereitä. Asian tultua ratkaistuksi aineellisesti *muiden kuin näiden kriteerien* nojalla, katsoi tuomioistuim, että vaikka asiassa ei voitu *policyn in abstracto* luonteen takia osoittaa mitään erityistä *ilmaisua*, tuli *Liverpool Taxin* artikuloimat luottamuksensuojaperiaatteet pitää edelleen soveltuvina. Sisäisestä ohjeesta ei ollut Lord Justice Parkerin mielestä mahdollista erkaantua "*without affording interested persons a hearing and then only if the overriding public interest demands it*".

Schønbergin doktriini eroaa Craigin jäsentelystä tietyiltä osin. Ensinnäkin on syytä muistaa, että Craigin menettelyllisestä luottamuksensuojasta puuttuu kokonaan Schønbergin päätösten oikeusvoimaan samastuva kategoria. Tosin Schønbergin doktriinissakaan luottamuksensuojaan yleensä kuuluvaa 1. kategorian mukaista päätösten peruuttamista ei arvioida menettelyllisen luottamuksensuojan näkökulmasta muuten kuin toteamalla doktriinissa olevan *kehittämisen varaa* siltä osin kuin ortodoksia torjuu kokonaisvaltaisesti mahdollisuuden perustaa [menettelyllinenkin] luottamuksensuojan *ultra vires* tehdyn päätöksen synnyttämän luottamuksen perustalle.⁴² Latenttina selityksenä tälle toiminee ilmeisesti se seikka, että kun laillisen päätösten peruuttaminen jo sellaisenaan muodostuu *natural justicen* soveltamisalan laukaisevan toimeksi, ei tarvetta me-

⁴⁰ Forsyth 1988, s. 255.

⁴¹ R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Khan [1985] 1 ALL ER 40.

⁴² Schønberg 2000, s. 62.

nettelyllisellä luottamuksensuojalla operointiin ole: Schønberg pitää Craigin tavoin päätösten pysyvyyttä yksin aineellisen luottamuksensuojan kysymyksenä mainittua *ultra vires* -problematiikka lukuun ottamatta.

Samoin on syytä viitata Schønbergin neljänteen kategoriaan, joka koostuu tilanteesta, jossa viranomaisen erkanee *policyyn* tai menettelyyn kohdistuvasta aiemmin antamastaan ilmauksesta ilmauksen ja päätöksenteon välillä muuttuneen *polycyn* perusteella. Vaikka tällainen tyyppitilanne sisältyykin Craigin yleiseen luottamuksensuojakategorisointiin, ei Craig nosta tällaista tilannetta erikseen menettelyllisen luottamuksensuojan tyyppitilanteeksi.⁴³ Luottamuksensuoja paljastuukin tässä kategoriassa verrattain heikoksi: Schønberg joutuu ottamaan lähtökohdakseen vanhan *Bates*-tuomion⁴⁴, jossa muotoillun vakiintuneeksi jääneen doktriinin mukaan viranomaisen ei ole velvollinen järjestämään kuulemistä eikä edes perustelemaan päätöstään muuttaa *policya*. Schønberg toki toteaa, että mikäli lähtökohdaksi otettaisiin *polycyn* merkitys mahdollisena luottamusperusteena, olisi tällä perusteella mahdollista rajoittaa *Bates*-tuomion perustaman vakiintuneen tulkinnan merkitystä, mutta joutuu kuitenkin tunnustamaan, että tuomioistuimet eivät ole näin tehneet: edellä tarkastellut, *policyyn* kytkeytyvät luottamuksensuojakonstruktiot ovat Schønbergin käsityksen mukaan edellyttäneet viranomaisen *ilmaisua* välittäväksi ja luottamusperustan konkretisoivaksi tekijäksi.⁴⁵

6.2 AINEELLINEN LUOTTAMUKSENSUOJA

Aineellinen luottamuksensuoja määritellään usein tilanteeksi, jossa yksityinen vaatii tiettyä etua tai etuutta sen johdosta, että julkinen valta on aiemmin tehnyt jotain, mikä oikeuttaa edun tai etuuden saamiseen kohdistuvan luottamuksen olemassaolon.⁴⁶ *Common law*'n hallinto-oikeudesta uupuvasta *Handlungsform*-opista johtuen termejä etu tai etuus ei ole tässä kohdin ymmärretty erityisen oikeudellisen merkityksen omaavina, vaan kyse on siitä hallinnon yksityisen suuntaan positiivisena toimenpiteenä näytettytyvien toimien joukosta, joiden saaminen on yksityisen intressissä: esimerkkinä mainitaan usein sosiaalietuudet, erilaiset luvat ja ”the myriad other forms”.⁴⁷

⁴³ Craig 2008, s. 383.

⁴⁴ *Bates v Lord Hailsham of St Marylebone* [1972] 1 WLR 1373.

⁴⁵ Schønberg 2000, s. 55–56.

⁴⁶ Craig 2008, s. 647.

⁴⁷ Craig 1996, s. 290.

Aineellisen luottamuksensuojan soveltamisedellytysten tarkastelu voidaan jakaa pääpiirteissään kahtia tavalla, jossa jakajana toimii *Coughlan*-tuomio. Kyse ei ole niinkään keskenään ristiriitaisista tarkastelutavoista, vaan jäsennysperustan tai näkökulman vaihtumisesta. Siinä missä luottamuksensuojadoktriinia ennen *Coughlania* leimasi tarkastelu miltei yksinomaan edellä selostettujen tyyppitapauskategorioiden puitteissa, pyrkii *Coughlanin* jälkeinen doktriini irti tosiasiapuolen leimaamasta kategoria-ajattelusta kiinnittämällä huomiota luottamuksensuojan yleisiin soveltamisedellytyksiin. Kategorisoivaa ajattelua ei ole uudenkaan ajattelutavan puitteissa kokonaan hylätty: esimerkiksi Craig kuljettaa sitä edelleen analyysin mukana *Coughlanin* jälkeistä doktriinia taustoittavana, ja osittain selittävänäkin tekijänä.⁴⁸ Myös *Steele* viittaa simultaaniin yhteiselon mahdollisuuteen, ja kirjaimellisesti *syöttää* perinteisen kategorisoinnin *Coughlanissa* muotoiltuun tapaan rakenteistaa luottamuksensuojaa.⁴⁹

Simultaanin yhteiselon johdosta aineellisen luottamuksensuojan tarkastelu rakennetaan tässäkin samalle pohjalle. Tarkastelussa erotellaan ensin yleisen kategorisoinnin nimenomaan aineelliselle luottamuksensuojalle ominaiseksi nähdyt sisällöt. Vasta tämän jälkeen huomio kiinnitetään osin edellisenkin varaan rakentuvaan ymmärrykseen luottamuksensuojan yleisistä soveltamisedellytyksistä.

6.2.1 Aineellisen luottamuksensuojan kategoriat

Craig konkretisoi yleisen kategorisointinsa nimenomaan aineellisen luottamuksensuojan kategorisoinniksi siitä lähtökohdasta, että se osoittaa historiallisen oikeustilan ennen *Coughlania*. Analyysissa on kyse paitsi nimenomaan aineellisen luottamuksensuojan olemassaoloon kohdistuvasta epävarmuudesta, myös tätä epävarmuutta koskevasta keskustelusta kategorioiden sisällä. Erityisesti jälkimäinen on edelleen käyttökelpoinen nykyisenkin doktriinin arvioinnissa.

Craigin *ensimmäinen luottamuksensuojakategoria* koostuu tilanteista, jossa luottamusta yleiseen *policyyn* tai normiin järkytetään uuden *polycyn* omaksumisen perusteella. Aineellisen luottamuksensuojadoktriinin osalta tämä nimenomainen kategoria toimii Craigin analyysissa erityisenä esimerkkinä siitä, kuinka aineellisen luottamuksensuojan olemassaolo ja sisältö oli epäselvää ennen *Coughlania*. Craig nostaa esiin aineellisen luottamuksensuojan olemassaoloa

⁴⁸ Craig 2008, s. 654.

⁴⁹ Steele 2005, s. 316.

puoltaneina tuomioina erityisesti edellä jo oikeuttamisperusteiden analyysistä tutut tuomiot *Hamble Fisheries*⁵⁰ ja *Unilever*⁵¹.

Hamble Fisheries -tuomiossa oli kyse tilanteesta, jossa yritys oli ostanut kaksi pientä kalastusalueita tarkoituksenaan myöhemmin siirtää niille myönnettyt luvat omistamilleen suuremmille aluksille. Yritys oli luottanut oston aikana voimassa olleeseen *policyyn*, joka oli tällaisen siirron sallinut. Kun *policy* oli sittemmin muutettu siten, ettei yritys voinut luvan siirtoa toteuttaa, oli yritykselle aiheutunut edunmenetys verrattuna vanhan *poliicin* aikaiseen tilanteeseen. Yritys vetosi siihen, että vaikka viranomaisella oli kiistaton toimivalta *poliicin* muutokseen *pro futuro*, *poliicin* muutos sovellettuna jo hankittuihin aluksiin loukkasi yrityksen perusteltua luottamusta ja aiheutti sille merkittäviä taloudellisia menetyksiä. Tuomiossa Lord Justice Sedley viittasi jo edellä oikeuttamisperusteiden yhteydessä viitatus, aineellisen ja menettelyllisen luottamuksensuoja kategorisen erottelun kiistävän (ja tämän johdosta aineellisen olemassaolon hyväksyvän) argumentaation päätteeksi siihen, että näissä olosuhteissa pelkkä *policy* tai käytäntö oli mahdollista ymmärtää luottamusperusteeksi. Tämän perusteella syntyvää aineellista luottamusta oli suojattava muutenkin kuin erittäin kapealla *Wednesbury*-argumentoinnilla ilman, että se johtaisi vallanjaon kannalta ongelmalliseen tulokseen:

”... if the outcome is challenged by way of judicial review, I do not consider that the court’s criterion is the bare rationality of the policy-maker’s conclusion. While policy is for the policy-maker alone, the fairness of his or her decision not to accommodate reasonable expectations which the policy will thwart remains the court’s concern [...] To postulate this is not to place the judge in the seat of the minister [...] It is the court’s task to recognise the constitutional importance of ministerial freedom to formulate and to reformulate policy; but it is equally the court’s duty to protect the interests of those individuals whose expectation of different treatment has a legitimacy which in fairness outtops the policy choice which threatens to frustrate it.”

Niin ikään oikeuttamisperusteiden yhteydessä jo käsitellyssä *Unilever*-tuomiossa oli kyse tilanteesta, jossa verottaja oli sallinut verovelvollisen jo kahdenkymmenenviiden vuoden ajan jättää hakemus tietystä veron palautuksesta lakisääteeseen määräaikaan nähden myöhässä ilman että määräajan laiminlyönnistä koitui verovelvolliselle epäedullisia seuraamuksia. Verottajan muutettuaan käytäntöään tuomioistuimien totesi pitkäaikaisen käytännön muotoutuneen sellaiseksi luottamusperustaksi, että sen muuttaminen ilman erillistä ennakkovaroitusta verovel-

⁵⁰ R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p Hamble (Offshore) Fisheries Ltd [1995] 2 All ER 714.

⁵¹ R v Inland Revenue Commissioners, ex p Unilever [1996] STC 681.

volliselle syntyvin, palautuksen menettämisestä koostuvin epäedullisin seurauksin oli katsottava *abuse of power* -justifikaation omaavan luottamuksensuojan vastaiseksi, vaikka *erillistä vakuutusta (representation!)* käytännön jatkumisesta ei ollut annettu, eikä verottajan laiminlyöntiä määräaikojen suhteen voitu pitää edes tietoisena yleisenä *polycyna*.

Vaikka *Unilever*-tuomiota on toisinaan yritetty siirtää puuttuvan *ilmaisun* perusteella pois luottamuksensuojan käsitteellisen sateenvarjon alta kiinnittämällä huomiota siihen, että kyse on luottamuksensuojasta riippumattomasta itsenäisestä *abuse of power* -arviosta⁵² tai jopa palauttamalla se yksinomaan tässä tapauksessa soveltamisedellytyksiltään täyttyneeksi *Wednesbury*-arvioksi⁵³, huomauttaa Craig tällaistenkin perustelujen olevan mielekkäitä vasta luottamuksensuojan näkökulmasta. Toisin sanoen, mainitut muut arviot ovat mielekkäitä vasta silloin, kun yksityisellä on asiassa jokin normatiivisesti perusteltavissa oleva odotus *käytännön* jatkumisesta eli käsillä on hallintokäytännön muodostama perusteltu luottamus sen jatkumisesta.⁵⁴

Craig joutuu kuitenkin myöntämään tällaisen yksin *polycyn* pysyvyyden vaaraan perustetun aineellisen luottamuksensuojan olemassaolon olleen kaikkea muuta kuin selvä oikeuskäytännössä ennen *Coughlania*. Ja kuten jo edellä oikeuttamisperusteiden analyysin yhteydessä viitattiin, myöhemmässä *Hargreaves*-tuomiossa otettiin nimenomaista etäisyyttä *Unilever*-tuomiossa esitettyyn luottamuksensuojakonstruktion viittaamalla siihen *harhaoppina*. Harhaoppisuus kytkeytyi tässä Forsythin analyysin mukaan nimenomaan siihen, että aineellinen luottamuksensuoja edellyttäisi ottamaan kantaa sellaisiin *policy*-ratkaisuihin, jotka ortodoksian mukaan eivät tuomioistuimelle kuulu: *"It was 'wrong in principle' for the court to involve itself in such matters given that the minister was responsible to Parliament."*⁵⁵ Usein tällaista kantaa vahvistetaan parlamentin omnipotenssiin kytkeytyvällä parlamentin tahdonilmaisulla, joka määrittää institutionaalisen työnjaon tältä osin nimenomaan parlamentin tahtoon perustuvaksi tavalla, jota on vaikea hahmottaa mannermaisesta, hallintolainkäytön oikeusturvakäytännön ja hallinnon lainalaisuuskontrollin näkökulmasta: kyse on asiasta, jossa *"[...] Parliament has allocated [judgment] to the public authority rather than the court [...]"*.⁵⁶

Kuten Forsyth ortodoksian piirissäkin oivaltaa, kyseinen harhaoppisuus kytkeytyy nimenomaan *common law'n ortodoksioihin*: Forsythkin joutuu toteamaan toisin järjestetyn tuomioistuimen toimivallan ottaa kantaa myös *policy*-

⁵² Sales – Steyn 2004, s. 575.

⁵³ Watson 2010, s. 637.

⁵⁴ Craig 2008, s. 655.

⁵⁵ Forsyth 1997, s. 380.

⁵⁶ Sales 2006, s. 188.

ratkaisujen laillisuuteen olevan *eurooppalaisessa kontekstissa enemmänkin pääsääntö kuin harhaopainen poikkeus*.⁵⁷

Forsythin jatkoanalyysi *Hargreaves*-tuomiossa omaksutusta *Hamble Fisheries* -perusteluketjun kritiikistä tuo näkyväksi, mistä *common law*'n torjuvassa suhtautumisessa tapauksen tosiasiapuolen oikeudelliseen arvioon *judicial review*'n piirissä on lopulta kysymys. Forsyth viittaa EU-tuomioistuimen ns. *Mulder*-tuomioihin⁵⁸, joissa oli kyse tilanteesta, jossa maanviljelijä oli pitänyt viiden vuoden ajan taukoa maidon tuotannosta vastineeksi maataloustuesta. Viiden vuoden jälkeen maidon tuotantoon palaamaan haluavalle viljelijälle ei kuitenkaan myönnetty kiintiötä, koska EU-sääntely asetti kiintiön olemassaolon ehdoksi maidontuotannon edellisenä vuonna. Tuomioista ensimmäinen päättyi siihen, että EU-tuomioistuin katsoi, että viljelijällä oli suojaamisen arvoinen luottamus siihen, että hän julkisen vallan *polycyn* mukaisen tuotantotauon jälkeen pääsisi markkinoille takaisin. Forsythin mukaan tällaiseen johdopäätökseen voitaisiin – ja Englannin oikeudessa tulisi päättyä myös *Wednesbury* pohjalta.

Ortodoksian kannalta ongelmallisena sitä vastoin näyttäytyy tapahtumasarjan toinen tuomio. Ensimmäisen tuomion johdosta nimittäin EU-sääntelyä täydennettiin asetuksella, jossa kiintiöksi *Mulder*-tyyppisissä tapauksissa asetettiin 60 % viimeisen tuotantovuoden kiintiöstä. Jälkimmäisessä tuomiossa myös tämä sääntely todettiin lainvastaiseksi: luottamus markkinoille palaamisen mahdollisuuteen ei mahdollistanut näin alhaista kiintiötä. Forsythin mukaan on ilmeistä, että ortodoksian mukaan asemansa jäsentävä tuomioistuin ei *common law*'n piirissä olisi voinut ottaa kantaa kiintiön suuruuteen: ”*The appropriate level of milk production and the economic importance of particular levels of milk production are not regarded as justiciable matters in English law. [...] Such matters are deep within the forbidden merits [of the case]*”⁵⁹.

Kategorian keskeisessä *Hargreaves*-tuomiossa⁶⁰ oli kyse vankiloma-aikana tehtyjen rikosten johdosta kiristyneen lomalle pääsyn edellytyksiä määritelleen *polycyn* laillisuudesta. Uuden *polycyn* myötä vanki *Heargreavesin* mahdollisuus päästä vankilomalle siirtyi vuodella eteenpäin. Vaikka tuomioistuin myönsi tämän omanneen vakavasti traumatisoivan vaikutuksen, ei aineellisen luottamuksensuojan soveltamista katsottu mahdolliseksi. *Hargreaves* jalosti huippuunsa sen ajatuksen, jonka mukaan aineellinen luottamuksensuoja tuli arvioitavaksi em. vallanjaollisiin seikkoihin kytkeytyvän *judicial restraint* -ajatuksen mukaisesti kaikissa tilanteissa vain *Wednesbury*-testin avulla: *Steele* luonnehtii tuomio-

⁵⁷ Forsyth 1997, s. 380.

⁵⁸ C-120/86, *Mulder v. Minister of Landbouw and Visserij* [1988] E.C.R. 2321, C-104/89 & 37/90, *Mulder v. Council and Commission* [1992].

⁵⁹ Forsyth 1997, s. 381.

⁶⁰ *R v Secretary of State for the Home Department and another, ex parte Hargreaves and others* [1997] 1 All ER 397.

ta ortodoksian oppien mukaiseksi ”*one size fits all*” review’ksi.⁶¹ Näin luettuna tuomiossa oli kyse siitä, että tällainen *polycymuutos* ei sen ”*severely traumatic effect*” huomioidenkaan ollut *Wednesbury unreasonable*. Tosin *Hargreaves*-tuomiota voidaan lukea niinkin, että siinä kategorisesti kiellettiin aineellisen luottamuksensuojan olemassaolon mahdollisuus yleensä.⁶²

Vastaavankaltaista asetelmaa, vankien ehdonalaisuuteen pääsyä määrittäneen *polycyn* muutosta koskevassa *Findlay*-tuomiossa⁶³ oli nimittäin nimenomaan vahvistettu se kanta, että julkisen vallan ilmeisestä *polycyn* muutoksiin kohdistuvasta toimivallasta johtuen aineellista luottamusta *polycyn* sisällön pysyvyyteen ei voinut syntyä:

”But what was their legitimate expectation? Given the substance and purpose of the legislative provisions governing parole, the most that a convicted prisoner can legitimately expect is that his case will be examined individually in the light of whatever policy the Secretary of State sees fit to adopt provided always that the adopted policy is a lawful exercise of the discretion conferred upon him by the statute.”

Craigin *toinen luottamuksensuojakategoria* sitä vastoin omaa yksiselitteisempää oikeuskäytäntöä suhteessa luottamuksensuojan olemassaoloon. Kyse on tilanteesta, jossa yleisestä *polycysta* tai käytännöstä erkaannutaan yksittäisessä tapauksessa, tyypillisesti vetoamalla tapauksen erityisiin olosuhteisiin. Kategorian referoiduin tuomio on eittämättä *Khan*-tuomio⁶⁴, johon viitattiin jo edellä: se sisältää kiistatta *myös* menettelyllisen luottamuksensuojan komponentin. Tapaukseen on katsottu sisältyväksi myös kuitenkin aineellisen luottamuksensuojan olemassaolon vahvistava intressipunninnan vaatimus. *Lord Justice Parker* nimittäin painotti sitä, että sisäisestä ohjeesta poikkeaminen ei ollut mahdollista ”without affording interested persons a hearing and *then only if the overriding public interest demands it*”.⁶⁵

Tällainen kaksiosainen vaatimus omaksuttiin myös *Liverpool Taxi*-tuomiossa,⁶⁶ jossa lordi *Denning* viittasi siihen, että lupauksesta ei tulisi lähtökohtaisesti poiketa lainkaan, paitsi ”after the most serious consideration and hearing what the other party has to say: *and then only if they are satisfied that the overriding public interest requires it*”. Kuten edellä jo kävi ilmi, *Denningin* tässä

⁶¹ Steele 2005, s. 316.

⁶² Craig 2008, s. 655.

⁶³ *Findlay v Secretary of State for the Home Dept* [1984] 3 All ER 801 at 830, [1985] AC 318.

⁶⁴ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Khan* [1985] 1 ALL ER 40.

⁶⁵ Craig 2008, s. 655.

⁶⁶ *R. v. Liverpool Corporation, ex p. Liverpool Taxi Fleet Operators’ Association* [1972] 2 Q.B. 299.

asettamaa vaatimusta on luettu indisiona aineellisen luottamuksensuojan olemassaolosta: korostamalla muotoilua ”and then only if” katsoo *Forsyth* tuomioon voitavan perustaa aineellisen luottamuksensuojan olemassaolon periaatteellisen mahdollisuuden.⁶⁷ *Liverpool Taxi* kosketti kuitenkin tilannetta, jossa käsillä oli nimenomainen lupaus tai vakuutus tietyn *poliicin* jatkamisesta, nyt käsillä olevassa kategoriassa, johon uudempi *Khan*-tuomiokin kuuluu, luottamusperusteena toimii *policy* ja sen johdonmukainen soveltaminen. Huolimatta siitä, että vakiintuneessa doktriinisissa *Khan* on nostettu kategorian keskeiseksi opinkappaleeksi, ei tällainen *poliicin* pysyvyyteen ja johdonmukaiseen soveltamiseen kohdistuva *luottamus* kuitenkaan ole mitenkään erityisen uusi konstruktio. Jo ns. *HTV*-tuomiossa⁶⁸ oli viitattu siihen, että erkaantuminen luottamuksesta *statuut*in vakiintuneeseen tulkintaan edellytti punnintaa, jossa vastakkain asetettiin luottamus ja erkaantumista edellyttävä julkinen intressi (”*overriding public interest*”).⁶⁹

Punninnan sisällön osalta kategorian keskeisiin opinkappaleisiin kuuluu *Ruddock*-tuomio,⁷⁰ jossa oli kyse puhelinkuuntelua koskevan *poliicin* noudattamisesta. Puhelinkuuntelun kohteeksi joutuneella oli ollut oikeus luottaa siihen, että poliisi noudattaisi julkaisemiaan puhelinkuuntelun edellytyksiä koskevia normikokonaisuuksia. Tapauksessa katsottiin punninnan julkisen intressin kanssa mahdollistavan sen, että tästä luottamusperusteesta oli mahdollista poiketa *kansallisen turvallisuuden* perusteella. Niin sanotussa *Mullen*-tuomiossa⁷¹ oli kyse tilanteesta, jossa viranomaisen oli erkaantunut väärin perustein tuomituille korvauksien maksamiseen velvoittaneesta *poliicista* sillä perusteella, että korvausta hakeneen oli osoitettu osallistuneen terrorismiin liittyvään toimintaan. Tuomioistuimien hyväksyi *poliicista* erkaantumisen terrorismiin kytkeytyvän erityispiirteen vuoksi, ja redusoi sovellettavan testin menettelyllisen suojan olemassaoloon ja sisällölliseen kontrolliin vain *Wednesburyn* avulla.

Craigin mukaan samansuuntainen argumentaatio omaksuttiin ns. *Gangadeen*-tuomiossa.⁷² Sen tarkempi analyysi vaikuttaisi kuitenkin erkaneevan aineellisesta luottamuksensuojasta menettelyllisen suuntaan: ”*it is common ground that the Home Secretary is in ordinary circumstances obliged to act in accordance with his declared policy, and that, if he departs from it, it is incumbent upon him to explain why.*” Clayton huomauttaa *Gangadeen*-tuomion sisältämän testin samas-

⁶⁷ Forsyth 1988, s. 255.

⁶⁸ *HTV Ltd -v- Price Commission* [1976] ICR 170.

⁶⁹ Schønberg 2000, s. 109.

⁷⁰ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock and others* [1987] 1 WLR 1482.

⁷¹ *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Mullen* [2004] UKHL 18.

⁷² Craig 2008, s. 656.

tuvan aineellisilta osilta lopultakin vain *Wednesbury*-testiin,⁷³ ja siinä hylättiin nimenomaisesti *Wednesbury*-testiä intensiivisempi *review*.⁷⁴

Craig osoittaa aineellisen luottamuksensuojan olemassaoloa tukevaa oikeuskäytäntöä myös yleisen kategorisointinsa neljännestä kategoriasta, jossa on kyse yksilöllisestä ilmauksesta, lupauksesta, vakuutuksesta ja sen synnyttämästä luottamuksesta erkaantumisesta. Kategorian keskeisiin tapauksiin kuuluvat *Preston*-⁷⁵ ja *MFK*⁷⁶ -tuomiot. *Re Preston* sisälsi luottamuksensuoja-arvion asiassa, jossa verottaja oli vastineeksi tietyistä verotuksellisista etuuksista luopumisesta luvannut olla jatkamatta verovelvolliselle epäedullista tutkintaa. *Re Preston* -tuomiossa omaksuttiin kanta, jonka mukaan periaatteessa oli selvää, että tällaiset lupaukset eivät voineet estää veroviranomaista suorittamasta lakisääteisiä velvollisuuksiaan. Tätä lähtökohtaa kuitenkin rajoitti se, että tällaisen lupauksen perusteella syntyneen luottamuksen rikkominen merkitsisi kuitenkin epäoikeudenmukaisuuden huipentumana *abuse of power* -kiellon vastaista valan väärinkäyttöä.

Ajatuksenkulku jalostui ja osin rajautui *ultra vires* -ortodoksian kahleisiin paremmin sopivaksi myöhemmässä *MFK*-tuomiossa, jossa todettiin luottamusta voitavan suojata tällaisessa tilanteessa, mikäli luottamuksen rikkominen aiheuttaisi olennaisen epäoikeudenmukaisen seuraamuksen yksityiselle, luottamuksen olemassaololle asetetut edellytykset olivat täyttyneet eikä luottamuksen suojaaminen estänyt viranomaista suorittamasta lakisääteistä velvollisuuttaan. Näissä tuomioissa ei kuitenkaan nimenomaisesti mainittu luottamuksensuojaa ollenkaan. Craig ja Schønberg kuitenkin huomauttavat niissä omaksuttujen perusteluketjujen olevan mielekkäitä vain, mikäli ymmärretään hallinnollisten käytäntöjen *abuse of power*- ja *[un]fairness* -kriteerien saavan sisältönsä perustellun luottamuksen rikkomisen kautta ja näin väistämättä johtavan aineellisen luottamuksensuojan olemassaoloon.⁷⁷ On kuitenkin syytä huomata, että tuomiossa sovelletut perustellun luottamuksen syntymiselle asetetut kriteerit olivat lopultaikin verraten ortodoksisen tiukkoja, ja viime kädessä sovellettu testikin palautui punninnan asemesta lähinnä *Wednesbury*-tyyppiseen uloimpien rajojen etsimiseen.⁷⁸ Tosin Elliott huomauttaa, että mainitut tuomiot eivät niihin vakiintunees-

⁷³ Clayton 2003, s. 103.

⁷⁴ Schønberg 2000, s. 137.

⁷⁵ *Re Preston* [1985] 1 AC 835; [1984] UKHL 5.

⁷⁶ *R v Board of Inland Revenue, ex parte MFK Underwriting Agencies Ltd and others and related applications* [1990] 1 All ER 91.

⁷⁷ Craig 2008, s. 656.

⁷⁸ Bamforth 1997, s. 3.

ti lyödystä *Wednesbury*-leimasta huolimatta sittenkään ainakaan *nimenomaisesti* edellyttä *Wednesbury*a ainoaksi sovellettavaksi luottamuksensuojatestiksi.⁷⁹

Craigin *aineellinen* luottamuksensuojakategorisointi näyttää eroavan Craigin *yleisestä* kategorisoinnista siten, että yleisen kategorisoinnin *kolmatta kategori*aa – yksilöllistä ilmaisua, josta hallinto erkanee uuden *poli*cyn omaksumisen myötä – ei *Coughlania* edeltävään aineelliseen luottamuksensuojaan sisälly lainkaan. Tämä puute selittyy yksin sillä, että Craig rakentaa aineellista luottamuksensuojaa koskevan kategorisointinsa osoittamaan aineellisen luottamuksensuojan olemassaolon ilmenemistä oikeuskäytännössä ennen *Coughlania*. Kun lähtökohtana on erityisesti ortodoksian piirissä pidetty viranomaisen *poli*cyn muodostustoimivaltaa ja siitä seuraavaa *Hargreaves*-tuomiossakin ilmaistua ajatusta, jonka mukaan ainoa perusteltu luottamus voi *poli*cyn kohdalla perustua kulloisenkin *poli*cyn noudattamiseen⁸⁰, ei ole mitenkään yllättävää, että tällaisia tapauksia ei ollut käsitelty oikeuskäytännössä muuten kuin menettelyllisen suojan osalta.

6.2.2 Aineellinen luottamuksensuoja Coughlanin jälkeen

Coughlan-tuomion⁸¹ merkitys *common law*’n luottamuksensuojalle on perustavanlaatuisen. Ensinnäkin siinä vahvistettiin ensimmäisen kerran *expressis verbis* aineellisen luottamuksensuojan kuuluminen *judicial review*’n piiriin. Toiseksi se tarjosi strukturoidun lähestymistavan luottamuksensuojan jäsentämiseen. Kolmanneksi siinä vahvistettiin *Wednesbury*-ortodoksiasta irtoava tapa jäsentää hallinnon ja tuomioistuimen välistä *suhdetta* yleisemminkin edellyttämällä tuomioistuimen suorittavan suhteellisuusperiaatteeseen samastuvan intressipunninnan. Niinpä nykyisin luottamuksensuojaa koskeva analyysi on jossain määrin erkaantunut edellä käsitellystä kategoria-ajattelusta. Tosin edelleenkin on ilmeistä, että kategoria-ajattelun puitteissa kehitellyt yleiset opit saavat edelleen merkitystä esimerkiksi arvioitaessa *review*’n intensiteettiä, eikä niitä ole *Coughlanin* johdosta siirretty kokonaisuudessaan oikeushistoriaan.

Coughlanissa oli asiallisesti kysymys vakavasti sairaalle annetusta lupauksesta saada asua tietyssä hoitopaikassa loppuelämänsä ajan, ja viranomaisen sidonnaisuudesta tähän antamaansa lupaukseen. Tosiasiapohjan yhteys saksalaiseen luottamuksensuojadoktriiniin on ilmeinen, eikä ehkä aivan satunnainen: niin *common law*’n kuin saksalaisen luottamuksensuojan historian käännekohta kytkeytyy kärjistetyksi ilmaisten *mummoihin*.

⁷⁹ Elliott 2000, s. 423.

⁸⁰ Wade – Forsyth 2010, s. 457.

⁸¹ R. v. North East Devon Health Authority, ex parte Coughlan [2000] 2 W.L.R. 622.

Kuten edellä jo oikeuttamisperusteiden analyysin yhteydessä todettiin, *Coughlanissa* muotoiltiin kolme vaihtoehtoista tapaa jäsentää luottamuksensuojaa.

”There are at least three possible outcomes. (a) The court may decide that the public authority is only required to bear in mind its previous policy or other representation, giving it the weight it thinks right, but no more, before deciding whether to change course. Here the court is confined to reviewing the decision on *Wednesbury* grounds. This has been held to be the effect of changes of policy in cases involving the early release of prisoners (see *Re Findlay* [1985] AC 318; *R v Home Secretary ex parte Hargreaves* [1997] 1 WLR 906. (b) On the other hand the court may decide that the promise or practice induces a legitimate expectation of, for example, being consulted before a particular decision is taken. Here it is uncontroversial that the court itself will require the opportunity for consultation to be given unless there is an overriding reason to resile from it (see *A–G for Hong Kong v Ng Yuen Shiu* [1983] 2 AC 629) in which case the court will itself judge the adequacy of the reason advanced for the change of policy, taking into account what fairness requires. (c) Where the court considers that a lawful promise or practice has induced a legitimate expectation of a benefit which is substantive, not simply procedural, authority now establishes that here too the court will in a proper case decide whether to frustrate the expectation is so unfair that to take a new and different course will amount to an abuse of power. Here, once the legitimacy of the expectation is established, the court will have the task of weighing the requirements of fairness against any overriding interest relied upon for the change of policy.”

Ensimmäisen kategorian piiriin kuuluu ortodoksian mukainen *Wednesbury*-luottamuksensuoja. Asiallisesti kategoriassa ei ole sellaisenaan tarkasteltuna kysymys oikeudellisesta luottamuksensuojasta ehkä ollenkaan.⁸² Kategoriassa ei edellytetä viranomaiselta muuta kuin että se ottaa huomioon aikaisemman toimintansa ja siihen perustuvan luottamuksen ja antaa sille tarkoituksenmukaiseksi katsomansa painoarvon – ”*but no more*” – ennen kuin viranomainen päättää esimerkiksi uuden *policyn* sisällöstä. Tulkintalinja on vahvistettu verrattain tuoreessa *Ibrahim*-tuomiossa⁸³, jossa tuomioistuimien vakuuttui luottamuksensuojan riittävästä tasosta ensimmäisen kategorian piiriin kuuluvassa tapauksessa, kun viranomainen pystyi osoittamaan, että se oli hakijan kannalta kielteisessä, luottamuksesta erkaantuneessa päätöksessään *ottanut hakijan luottamuksen päätösharkinnassa huomioon*.⁸⁴

Näin esimerkiksi *Sales* ja *Steyn* analysoivat *Findlay*-tuomiota⁸⁵ siitä lähtökohdasta, että siinä omaksuttu, *policyn* muutettavuuteen perustuva tulkintalinja, jos-

⁸² Pievsky 2003, s. 148.

⁸³ *Ibrahim v Redbridge London Borough Council* [2002] EWHC 2756 (Admin) [2003] ACD 25.

⁸⁴ Elliott 2006, s. 287.

⁸⁵ *Findlay v Secretary of State for the Home Dept* [1984] 3 All ER 801 at 830, [1985] AC 318.

sa kiistettiin *policyn* voivan sellaisenaan voivan toimia luottamusperusteena ("[Secretary of State had] done nothing and said nothing") merkitsi sitä, että luottamuksensuojan merkitys tapauksessa tuli arvioitavaksi vain siten, että heidän luottamuksensa ei oikeuttanut heitä suojaan "over and above that which ordinarily attaches to decisions of public authorities, namely, review in accordance with the *Wednesbury* principles".⁸⁶ Epäily luottamuksensuojan olemassaolosta tässä kategoriassa perustuu siis siihen, että kyseessä on *Coughlanissa* eksplikoitujen rakenteenkin puitteissa nimenomaisesti ja julkilausutusti vain *Wednesbury*-review. Craigin mukaan tämä kategoria otettiin *Coughlanissa* osaksi luottamuksensuojadoktriinia lähinnä siksi, että sen puitteissa voitiin käsitellä edelleen sisällöltään perustelluiksi nähdyt, *Coughlania* edeltäneen ajan ensimmäisen kategorian mukaiset, *policyn* muutoksiin kytkeytyvät *Wednesbury*-ortodoksiaa valanjaollisin perustein ylläpitävät tuomiot (*Hargreaves*).⁸⁷

Kuten edellä jo kuitenkin suhteellisuusperiaatteen ja *Coughlanin* yhteiselön arvioinnissa todettiin, on tällaista epäilystä luottamuksensuojan olemattomuudesta *Wednesbury*-kategoriassa pidetty myös perusteettomana. Tällaiseen lopputulokseen on esimerkiksi Elliott päätenyt painottamalla *Begbie*-tuomiossa omaksettua, *Coughlanin* kategorioiden hermeettisesti suljetun luonteen kiistävää perustelua.⁸⁸ *Lord Justice Laws*in ilmaisema kanta *Begbie*-tuomiossa koski aineellista luottamuksensuojaa ja näin käsillä olevan ensimmäisen kategorian suhdetta *Coughlanin* kolmanteen kategoriaan, ja korosti sitä, että tapauksen tosiasiat määräävät sen, kuinka intensiivistä laillisuusvalvonta voi olla. Kun muistetaan, että näistä lähtökohdista Elliott päätyi havaintoon, jonka mukaan *Coughlanin* kategoriat 1 ja 3 ovatkin itse asiassa eräänlaisen skaalan ääripäitä, on helppo havaita, että *Coughlanin* ensimmäisen kategorian *ulkoistus* luottamuksensuojadoktriinista olisi perusteetonta.⁸⁹

Tämä skaala-ajatteluun perustuva näkökulma voitaisiin ehkä nähdä perusteluksi myös *Coughlanin* toisen kategorian kohdalla, vaikka *common law*'n hallinto-oikeustieteen kiinnostuksen suuntautuminen kohti aineellista luottamuksensuojaa on johtanut siihen, että menettelyllisen luottamuksensuojan skaalautuva luonne on jäänyt varsin vähälle huomiolle. *Toinen Coughlanin kategoria* nimitäin koskee vain menettelyllistä suojaa, jota annetaan menettelyyn kohdistuvien odotusten perusteella. Kuitenkin jo *Coughlan*-tuomion sanamuodoissa kiinnitettiin huomiota myös ensimmäisen ja toisen kategorian välillä vallitsevaan eroon samalla lailla kuin skaala-ajattelun pohjana olleessa ensimmäisen ja kolmannen

⁸⁶ Sales – Steyn 2004, s. 585.

⁸⁷ R v Secretary of State for the Home Department and another, ex parte Hargreaves and others [1997] 1 All ER 397, Craig 2008, s. 658.

⁸⁸ Elliott 2006, s. 285.

⁸⁹ Elliott 2006, s. 285.

kategorian välisessä erossa. Kyse on nimenomaan tuomioistuimen roolista asiassa eli *review'n* intensiteetistä:

”The court having decided which of the categories is appropriate, the court’s role in the case of the second and third categories is different from that in the first. In the case of the first, the court is restricted to reviewing the decision on conventional grounds. The test will be rationality and whether the public body has given proper weight to the implications of not fulfilling the promise. In the case of the second category the court’s task is the conventional one of determining whether the decision was procedurally fair. In the case of the third, the court has when necessary to determine whether there is a sufficient overriding interest to justify a departure from what has been previously promised.”

Näin ymmärrettynä myös menettelyllinen luottamuksensuoja voitaisiin lähtökohtaisesti ymmärtää ensimmäisen ja toisen kategorian kattavaksi skaalaksi, jonka ääripäinä toimivat *Wednesbury* ja tuomioistuimen *full jurisdiction*. Ja kun skaalaa täydennetään edellä oikeuttamisperusteiden yhteydessä viitatulla *David Pievskyn* rakenteistamalla perusrakenteella, joka käy läpi kaikki *Coughlanin* kategoriat 1–3 *käänteisessä* järjestyksessä, asettuu myös menettelyllinen suoja kontekstiinsa osaksi luottamuksensuojaskaalaa.⁹⁰

Muistutukseksi on syytä todeta, että *Pievskyn* mukaan *Coughlanin* kategorisointi on perustelluinta jäsentää *käänteisessä* järjestyksessä kysymällä ensimmäiseksi, onko tapauksessa käsillä *Coughlanin* kolmannen kategorian mukaisen aineellisen luottamuksensuojan edellytykset. Mikäli näin *ei ole*, on kysyttävä, onko käsillä sellainen perusteltu luottamus, joka edellyttää ainakin *Coughlanin* toisen kategorian menettelyllistä suojaa. Jos tällaistaakaan *ei ole* käsillä, jää tuomioistuimen tehtäväksi soveltaa kaikkialle soveltuvaa *Coughlanin* ensimmäisen kategorian tarkoittamaa *Wednesbury*-testiä.⁹¹

Menettelyllisessä suojassa edellytetään luottamuksen suojaamista esimerkiksi kuulemismenettelyllä, ellei käsillä ole toiseen suuntaan puhuvaa pakottavaa julkista intressiä. Tuomioistuin voi ratkaista menettelykysymyksen itsenäisesti myös punninnan osalta⁹²: kuten *Coughlanissa* painotettiin, ”[t]here has never been any question that the propriety of a breach by a public authority of a legitimate expectation of the second category, of a procedural benefit – typically a promise of being heard or consulted – is a matter for full review by the court. The court has, in other words, to examine the relevant circumstances and to decide for itself whether what happened was fair.” Näin selittyy myös se, miksi menet-

⁹⁰ Ks. edellä 10.3.7

⁹¹ Pievsky 2003, s. 148.

⁹² Craig 2008, s. 657.

telyllisen suojan ensimmäisen kategorian *Wednesbury*-arviosta erkaneva skaala on jäänyt eksplikoimatta: kun tuomioistuimella on menettelykysymysten osalta jo perinteisesti *full review* -toimivalta, ei skaala-ajattelua ole ollut tarpeen kehittää *Wednesbury*-ortodoksiasta irrottautumiseen, vaan toista kategoriaa on voitu pitää erillisenä. Näin ymmärrettynä *full review* -toimivalta myös poistaa mahdollisuuden arvioida menettelyllisen suojan olemassaoloa yksin *full review* -toimivallan kiistävän *Wednesbury*n avulla.⁹³

Kolmas kategoria on varsinaisen aineellisen luottamuksensuojan kategoria. *Coughlan*-tuomiossa omaksutun rakenteen mukaan kolmannen kategorian tapauksia leimaa lainmukaisen so. *intra vires* annetun lupauksen tai käytännön olemassaolo. Milloin tällaisen luottamusperusteen varaan on syntynyt oikeutettu odotus tulevaisuudessa myönnettävän edun tai etuuden olemassaolosta, on tuomioistuimen tehtävänä arvioida luottamuksen rikkomisen epäoikeudenmukaisuus. Mikäli sen katsotaan olevan luonteeltaan *abuse of power* -kriteeriin yltävää, on aineellisen luottamuksen suojaaminen *lähtökohtaisesti* edellytettyä. Punninta on strukturoitu kahteen vaiheeseen: edellä mainitun *abuse of power* -kriteerin käsillä olon toteamista seuraa toisen vaiheen punninta⁹⁴. Tässä viimeisen vaiheen punninnassa *policyn* muutosta perusteleval julkisen edun painavuus voi kuitenkin vielä viedä johtopäätökseen, jonka mukaan perusteltua luottamustakaan ei tule suojata. Tuomioistuimen arvion mukaan *Coughlan*-tapaus kuului tähän kolmanteen kategoriaan, ja jäljempänä tarkemmin tarkasteluun tulevien täsmällisten soveltamisedellytysten täytyessä Mrs. *Coughlanin* luottamusta hoi-topaikan olemassaoloon kuitenkin tuli suojata, sillä käsillä ei ollut sitä painavampaa julkista etua.

Sales ja Steyn huomauttavat *Coughlanin* kolmiosaisen kategorisoinnin johtavan edelleen toisinaan puutteelliseen suojaan. Taustaksi konstruoitu ajatus, jonka mukaan kategorisoinnin tarkoituksena tuskin on ollut tilanne, johon on vaikiintunut oikeuskäytäntö aineellisten odotusten suojaamisesta vain menettelyllisin takein, mikäli aineellisen suojan edellytykset eivät täyty. Tukea ajatus saa kirjoittajilla *Coughlanin* jälkeisestä *Bibi*-tuomiosta, jossa oli kysymys luottamuksesta lupaukseen julkisin varoin järjestetyn asunnon saamisesta: Sales ja Steyn kategorisoivat sen siinä edellytetyn menettelyllisen harkintavelvollisuuden ja luottamuksesta erkaantumiseen kytkettävän perusteluvelvollisuuden johdosta menettelyllisen suojan piiriin kuuluvaksi tapaukseksi.⁹⁵ Vaikka kyseisen *Bibi*-tuomion lopputulemalle on kuitenkin annettu toisenlaisiakin sisältöjä, esimerkiksi Elliott on kiinnittänyt sen *Coughlanin* ensimmäisen kategorian mukaiseksi

⁹³ Craig 2008, s. 658.

⁹⁴ Pandya 2009, s. 174.

⁹⁵ Sales – Steyn 2004, s. 587–588.

Wednesbury-testin soveltamiseksi, esitetyn kritiikin peruslähtökohta lienee perusteltavissa: myös Elliott huomauttaa, että aineellisia odotuksia on uudemmasakin oikeuskäytännössä edelleen suojattu vain menettelyllisesti.⁹⁶ Esimerkiksi nousee tuomio *Jones v Environment Agency*⁹⁷, jossa perusteltu luottamus todettiin olemassa olevaksi, mutta lain mukaan siitä oli mahdollista erkaantua. Reunaehtona toimi kuitenkin luottamuksen menettelyllinen suoja. Vaikka tapausta voitaisiin siinä edellytetty etukäteisinformaatioon kytkeytyvä menettely huomioon käsitellä ehkä puuttuvan luottamuksen näkökulmasta, kytkee Elliott sen kuitenkin osoittamaan sitä, miten menettelyllistä suojaa käytetään aineellisten odotusten suojaamiseen tilanteessa, jossa päätöksentekijän harkintavallan sisältöön ei syystä tai toisesta voi puuttua.⁹⁸

Kun *Coughlanin* toinen kategoria kuitenkin koskee lähtökohtaisesti vain menettelyyn kohdistuvien odotusten suojaamista, on esitetty, että kategorisointia täydennetään ensimmäisen ja kolmannen väliin asettuvalla välittävällä kategorialla, mikä mahdollistaa aineellisten odotusten skeeman *Wednesbury – aineellinen suoja* mukaan rakentuvan skaalan. Vasta näin on mielekästä omaksua *Begbie*-tuomiossa viitattu ajatus siitä, että *Coughlanin* aineellisen luottamuksensuojan kategoriat eivät ole hermeettisesti suljettuja.⁹⁹ Toisin sanoen, ne eivät ehkä ole kategorioita lainkaan.

Coughlanin kolmas kategoria asettuu osaksi luottamuksensuojadoktriinia tämän alun perin Elliottin konstruoiman, suhteellisuusperiaatteeseen samastuvan luottamuksensuojan skaalautuvuuden kontekstissa. Tällainen luottamuksensuojakonstruktio on mahdollista jäsentää *Bibi*-tuomiossa esitetty kolmiosainen perusrakenne huomioon ottaen Moulesin tavoin kolmiosaisena perusrakenteena, joka ei olennaisesti poikkea mannermaisesta esikuvastaan: Moules soveltaa testiä osoittamaan, miten siinä mainitut kolme osaa nousevat esiin jokaisessa luottamuksensuojaa koskevassa soveltamisratkaisussa. Moules konkretisoi ensimmäisen kysymyksen samastuvan kysymykseen luottamuksen olemassaolosta ja sen legitimitetistä, toisen koskevan *review'n* intensiteettiä ja kolmannen vastaavan kysymykseen suojan olemassaolosta ja laadusta.¹⁰⁰ Näin ymmärrettynä kysymykset eivät jää yksin *Bibi*-tuomiossa mainittuun *praktiseen* rooliin, vaan niille konstruoi selkeä normatiivinen sisältö.¹⁰¹

⁹⁶ Elliott 2006, s. 287.

⁹⁷ *Jones v Environment Agency* [2005] EWHC 2270 (Admin).

⁹⁸ Elliott 2006, s. 287.

⁹⁹ Sales – Steyn 2004, s. 583–584.

¹⁰⁰ Moules 2009, s. 44.

¹⁰¹ Steele 2005, s. 304.

6.3 LUOTTAMUS, LUOTTAMUSPERUSTA JA LUOTTAMUKSEN LEGITIMITEETTI

6.3.1 Luottamus

Luottamuksen olemassaoloa on yleensä pidetty tosiasioihin kohdistuvana kysymyksenä¹⁰²: ”an ’expectation’ is a belief that a benefit will be conferred”.¹⁰³ Usein kirjallisuudessa tyydytäänkin vain esittelemään erilaisia tilanteita, joissa luottamus on syntynyt. Luottamuksen olemassaolon perusrakenteena voidaan edelleen pitää jo edellisistä kategorisoinneistakin ilmennyttä luottamusperusteeseen luonteeseen kytkeytyvää jakoa, joka on oikeuskäytännössäkin artikuloitu kiinnittyvän individuaalisiin ilmaisuihin ja sellaisiin *in abstracto* tekijöihin kuten *policy* ja hallintokäytäntö.¹⁰⁴ Jako kiinnitetään yleensä *Re Westminster* -tuomioon¹⁰⁵, jossa lordi *Bridge* eksplikoi erilaisten luottamusperusteiden olemassaolon: ”*The Courts have developed a relatively novel doctrine in public law that a duty of consultation may arise from a legitimate expectation of consultation aroused either by a promise or by an established practice of consultation*”. Samoin esimerkiksi *Wade – Forsythin* oppikirja kategorisoi keskeiset oikeustapaukset tämän jaon ympärille luottamuksen tosiasialliseen luonteeseen viittaavan otsikon ”*Creating the Expectations: Some Examples*” alla lähinnä luettelointitekniikalla ottamalla kuitenkin kantaa luottamuksen nimenomaiseen luonteeseen.¹⁰⁶

Moulesin huomattavasti hienosyisempi jaottelu sisäistää tämän jaottelun normatiivisena, mutta Moulesin kategorisointi kattaa jo sisäänrakennettuna vaatimuksen luottamuksen legitimitetistä (”*Sources of legitimate expectations*”)¹⁰⁷ – vaikka Moules kuitenkin eksplikoi legitimitetikkysymyksen olevan tästä erillinen kokonaisuus.¹⁰⁸ Onkin syytä huomata, että vallitsevan kannan mukaisesti luottamuksen olemassaolo on doktriinissa nimenomaisesti erotettu sen legitimitetistä. Joissain yhteyksissä on pyritty erottelemaan *pelkkä toivomus luottamuksesta* ilmeisesti samaa tavoitellen: esimerkiksi *Begbie*-tuomiossa artikuloiitiin käsillä olleen ”*a hope no doubt, but not an expectation*”¹⁰⁹. Vakiintunut kannanmuodostus ilmenee kuitenkin Forsythin notoriteettiin vetoavasta erittelystä:

¹⁰² Forsyth 1997, s. 376.

¹⁰³ Steele 2005, s. 305.

¹⁰⁴ Wade – Forsyth 2010, s. 447.

¹⁰⁵ Westminster City Council, Re 1986 A.C. 668; [1986] 2 All E.R. 278.

¹⁰⁶ Wade – Forsyth 2010, s. 447–448.

¹⁰⁷ Moules 2008, s. 64.

¹⁰⁸ Moules 2008, s. 55.

¹⁰⁹ R v. Department of Education and Employment ex parte Heather Charis Begbie (By her Mother and Litigation Friend Rachel Begbie) [1999] EWCA Civ 2100.

”self-evidently, before the law can protect a legitimate expectation, it must be both legitimate and an expectation”¹¹⁰.

Jos huomio kiinnitetään kuitenkin Reynoldsin tavoin luottamuksensuojan luonteeseen vain erityistä luottamusta (”*trust*”) suojaavana oikeusnormina, saa luottamuksen olemassaolo erityisen normatiivisen merkityksen. Luottamuksen-suoja edellyttää luottamusta, ja luottamus on erityisen *trust*-justifikaation vallitessa mahdollinen vain, mikäli on osoitettavissa ”*some kind of representation, to do what the decision-maker has indicated that it will do*”.¹¹¹ Tällaiset *trust*-konstruktiot ovat kuitenkin – huolimatta niiden terminologisesta *Vertrauensschutz*-yhteydestä – usein yhteydessä luottamuksensuojadoktriinin verraten ortodoksiseen jäsenyykseen: kyseessä on saksalaisesta yksityisen näkökulmasta jäsentyvistä luottamuksensuojasta olennaisesti poikkeava konstruktio, jota voidaan luonnehtia eräänlaiseksi viranomaislähtöiseksi (”decision maker-oriented”¹¹²) suojaksi, jonka keskeiset soveltamisedellytykset kiinnittyvät esimerkiksi *Watsonin* verraten ortodoksisessa testissä siihen, *ymmärsikö* viranomainen ilmaisua antaessaan sen olevan sitova lupaus.¹¹³

Tosin Reynoldsin luottamus-ajattelussa tällainen erityinenkin luottamus konkretisoituu lopulta siihen jo edellä viitatuksi, nykyisin alaa voittavaksi kannaksi, jonka mukaan luottamuksen suojaaminen vailla nimenomaista ilmaisua luottamusperusteena tulee käsitellä irti luottamuksensuojadoktriinista esimerkiksi osana *natural justice* -doktriinia. Kuten edellä menettelyllisen suojan yhteydessä viitattiin, jakaa Reynolds Moulesin kannan, jonka mukaan luottamuksensuojalle on ominaista eräänlainen täydentävän suojan ominaisuus: ”*allowing additional protection in certain circumstances where it would otherwise be absent*”. Näin jäljelle jäävä, normatiivisesti rajattu luottamus kuitenkin redusoituu tosiasiaksi, jonka olemassaolo voidaan päätellä yksin siitä, että viranomainen on ilmaisun antanut ja yksityinen sen vastaanottanut.¹¹⁴

Tällaisen tosiasiallisen luottamuksen vastinparina on viime aikojen keskustelussa pidetty oikeudellisesti konstruoitua luottamusta, jossa on kyse – ei siitä, mihin yksityinen on tosiasialla luottanut – vaan siitä, mihin hän ollut oikeutettu luottamaan.¹¹⁵ Kyse ei ole olemassa olevan luottamuksen oikeutettavuuden arvioinnista, vaan eräänlaisen *kontrafaktuaalisen* luottamuksen olemassaolon konstruoinnista normatiivisin perustein. Keskustelu on tältä osin kiinnittynyt

¹¹⁰ Forsyth 1997, s. 376.

¹¹¹ Reynolds 2011, s. 343.

¹¹² Watson 2010, s. 646.

¹¹³ Watson 2010, s. 642.

¹¹⁴ Reynolds 2011, s. 346.

¹¹⁵ Elliott 2005, s. 282.

erityisesti ns. *Rashid*-tapaukseen,¹¹⁶ jossa oli asiallisesti kyse Irakin kurdin palauttamisesta kotimaahansa: hakijalta oli evätty turvapaikka vastoin asiassa omaksuttua turvapaikan edellytykset määrittävää *policy*a. Tapauksen teki luottamuksensuojadoktriinin kannalta erityisen mielenkiintoiseksi siinä omaksuttu kanta, jonka mukaan se, että yksityinen ei ollut asiassa edes tietoinen *policy*n sisällöstä, ei ollut merkityksellinen luottamuksensuojan kannalta. Vastakkaista kantaa perustelevaa australialaista oikeuskäytäntöä aiemmin arvostellut Forsyth on katsonut tällaisen tietoisuuden vaatimuksen olevan ”self-evident and fundamental”.¹¹⁷ Toisaalta vastakkaisiakin mielipiteitä on esitetty.

Tietoisuuden vaatimuksesta erkaneva linja pitää heräkkeenään yleensä australialaista *Teoh*-tuomiota, jossa luottamus konstruoitiin oikeudellisesti tosiasiallisesta luottamuksesta riippumattomana: ”it is not necessary that a person seeking to set up ... a legitimate expectation should be aware of the [relevant policy] or should personally entertain the expectation; it is enough that the expectation is reasonable in the sense that there are adequate materials to support it”.¹¹⁸ Tämän kannan on esimerkiksi tuomiossa *R. v Secretary of State for the Home Department, ex p. Ahmed*¹¹⁹ todettu olevan englannin oikeudenkin kannalta ”wholly convincing”. Kuten edellä on jo useaan otteeseen käynyt ilmi, on tällaiseen konstruktion kohdistettu voimakasta kritiikkiä, joka perustuu ensisijaisesti siihen, että tietoisuuden puutteesta seuraavasta tosiasiallisen luottamuksen läsnäolemattomuudesta johtuen mainittu kokonaisuus tulisi perustellummin ratkaisuksi muualla kuin luottamuksensuojadoktriinin piirissä. Ortodoksian näkökulmasta *Teoh*-tuomiossa omaksuttu ratkaisu on sekin konstruoitu harhaopiksi, ja sen saapuminen myös englantilaiseen luottamuksensuojadoktriinin on kyseenalaistettu huomauttamalla australialaisen oikeuskäytännönkin erkaantuneen siitä¹²⁰ tuomiossa *Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex parte Lam* (2003) 214 CLR.

Ongelma on edelleen vilkkaan keskustelun kohteena. Steele on kuitenkin viitannut siihen, että tällainen tietoisuutta vaativa kanta olisi ongelmallinen kahdesakin suhteessa. Ensinnäkin, olisi epäjohdonmukaista väittää oikeuden tulla kohdelluksi *policy*n mukaisesti riippuvan siitä, tunteeo yksityinen *policy*n sisällön, sillä tietämättömyys tai tietoisuus normin sisällöstä ei yleensäkään saa aikaiseksi sen lähtökohtaista soveltumattomuutta tapaukseen. Toiseksi tällainen tulkintalinja asettaa eriarvoiseen asemaan *policy*n sisällöstä tietävät ja tietämättömät.

¹¹⁶ *Rashid, R (on the application of) v Secretary of State for the Home Department*, Court of Appeal – Civil Division, [2005] EWCA Civ 744.

¹¹⁷ Forsyth 1997, s. 376 alav. 7.

¹¹⁸ *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh* (1995) 183 C.L.R. 273.

¹¹⁹ *R. v Secretary of State for the Home Department, ex p. Ahmed* C.O.D. 69, 1999.

¹²⁰ *Wade – Forsyth* 2010, s. 452.

Steele vastaa tällaiseen konstruktion kohdistettuun, tapaukset luottamuksen-suojadoktriinin alalta *in abstracto natural justice* -periaatteiden ja *abuse of power* -doktriinin alalle siirtävään kritiikkiin huomauttamalla luottamuskomponentin olevan sittenkin mukana, vaikka yksityinen ei *policyn* sisällöstä olisikaan tietoinen: ”*in the event that the decision-maker had a general policy for dealing with cases such as his, he legitimately expected that whatever policy was in place would be applied*”.¹²¹

Tuomiossa ex parte *Rashid*¹²² omaksuttiin tällainen vastakkainen kanta. Lord *Justice Pillsin* mukaan ”*in my judgment, there plainly is a legitimate expectation in a claimant for asylum that the Secretary of State will apply his policy on asylum to the claim. Whether the claimant knows of the policy is not in the present context relevant*.” *Rashidissa* omaksutun luottamuksensuojakonstruktion on kuitenkin katsottu jääneen *obiter dictan* asemaan; asiaratkaisu kytkeytyi lopulta johdonmukaisuuden vaatimukseen ja siitä erkanemiseen *abuse of power* -kiellon vastaisesti,¹²³ ja tuomion perusteluissakin viitattiin siihen, ettei kyseessä ollut kovin tyyppillinen luottamuksensuojatapaus.¹²⁴

6.3.2 Luottamuksen legitimizeetti

Kysymys luottamuksen legitimizeetistä on selkeästi normatiivinen kysymys. Sen yleisimpänä käyttöyhteytenä toimii tosiasiaksi määrittynneen luottamusjoukon määrittäminen oikeudellisesti siten, että siitä valikoituvat suojattavaksi legitimit luottamukset.¹²⁵ Jo tuomiossa *Re Findlay*¹²⁶ erotettiin kysymykset luottamuksesta ja sen legitimizeetistä tässä rajaavassa merkityksessä: ”*It is said that the refusal to except them from the new policy was an unlawful act on the part of the Secretary of State in that his decision frustrated their expectation. But what was their legitimate expectation?*”

Common law’n vielä jokseenkin jäsentymätön doktriini näkyy siinä, että terminologinen hajonta erityisesti tässä kohdin on verrattain suurta. Luottamuksen legitimizeetin alla käsitellään myös kysymyksiä luottamuksen olemassaolosta¹²⁷: esimerkiksi Moulesin analyysi edellä mainitusta keskustelusta luottamuksen

¹²¹ Steele 2005, s. 308.

¹²² R (Rashid) v. Secretary of State for the Home Department [2005] EWCA Civ 744.

¹²³ Elliott 2005, s. 284.

¹²⁴ Elliott 2006, s. 283.

¹²⁵ Craig 2008, s. 659–660.

¹²⁶ Re Findlay [1985] 1 A.C. 318.

¹²⁷ Craig 2008, s. 659.

luonteesta tosiasiana tai oikeudellisena konstruktiona jäsentyy lopultakin erittelemättömäksi legitimitietikysymykseksi.¹²⁸

6.3.3 Reasonable?

Luottamuksen legitimitietti ei olekaan *common law*'n doktriinissa erityisen tarkoin jäsentynyt normikokonaisuus. Tämä jäsentymättömyys ulottuu terminologiselle tasolle. Yleensä suojattavalta luottamukselta sanotaan edellytettävän, että se on ”*legitimate*” tai ”*reasonable*”. Termejä ei yleensä käytetä tässä yhteydessä eritellysti, vaan useimmiten ne samastetaan kysymykseksi osapuolten toiminnasta.¹²⁹ Tämä nimenomainen samastus kiinnitetään yleensä oikeuskäytäntöön: erityisenä perustana toimii ns. *Ng Yuen Shiu* -tuomio, jossa arvioitiin hallinnon antamaa lupausta asian käsittelyyn liittyvistä menettelyistä tilanteessa, jossa ei asian ulkomaalaisoikeudellisesta luonteesta johtuen ollut käsillä *natural justice* soveltamisalan laukeamisen edellyttämää oikeutta tai intressiä.¹³⁰

”The narrower proposition for which the applicant contended was that a person is entitled to a fair hearing before a decision adversely affecting his interests is made by a public official or body, if he has ‘a legitimate expectation’ of being accorded such a hearing. The phrase ‘legitimate expectation’ in this context originated in the judgment of Lord Denning M.R. in *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* [1969] 2 Ch. 149, 170. It is many ways an apt one to express the underlying principle, though it is somewhat lacking in precision. In *Salemi v. MacKellar* (No. 2) (1977) 137 C.L.R. 396, 404, Barwick C.J. construed the word ‘legitimate’ in that phrase as expressing the concept of ‘entitlement or recognition by law.’ So understood, the expression (as Barwick C.J. rightly observed) ‘adds little, if anything, to the concept of a right.’ *With great respect to Barwick C.J., their Lordships consider that the word ‘legitimate’ in that expression falls to be read as meaning ‘reasonable.’* Accordingly “legitimate expectations” in this context are capable of including expectations which go beyond enforceable legal rights, provided they have some reasonable basis: see *Reg. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex parte Lain* [1967] 2 Q.B. 864.”

Schønberg on kuitenkin pyrkinyt analyttiseen käytötapaan, jossa *reasonable* liittyy luottamuksen ominaisuuteen yksityisen piiristä katsoen, ja *legitimate* puolestaan viittaa *reasonable*-edellytyksen täyttävän luottamuksen suojattavuuteen oikeusjärjestyksen näkökulmasta.¹³¹ Luottamuksen suojaamisen edellytyksenä

¹²⁸ Moules 2008, s. 64.

¹²⁹ Steele 2005, s. 305–306, 311.

¹³⁰ Attorney General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu, [1983] 2 AC 629, [1983] 2 All ER 346.

¹³¹ Schønberg 2000, s. 6.

on tällaisessa erittelyssä, että luottamus on yksityisen näkökulmasta *reasonable*. Kyse ei kuitenkaan ole varsinaisesti luottamuksen ominaisuudesta, vaan siitä, mitä ”*reasonable*”-kriteerin täyttävä henkilö voi odottaa. Tarkkaa sisältöä (ja käännoästä tässäkin kontekstissa) karttava *reasonable* on toisinaan samastettu tavallisen, keskivertoihmisen näkökulmaksi (*Parallelwertung in der Laiensphäre!*). Esimerkiksi *Hargreaves*-tuomiossa viitattiin tavallisen vangin näkökulmaan: ”It is also not in dispute that the document must be interpreted through the eyes of an ordinary prisoner.” Tällainen erittelevä terminologia ei kuitenkaan ole muodostunut vallitsevaksi kannaksi: esimerkiksi Moulesin analyysissa luottamuksen legitimeetti sisältää vaatimuksen siitä, että luottamuksen täytyy olla *objectively reasonable*. Vaatimus on kuitenkin vain yksi monista legitimeetin osatekijöistä.¹³²

Luottamusperusteen sisällön ja laadun ohella sen kykyyn toimia luottamuksen aikaansaajana vaikuttaa Schønbergin analyysissa luottamuksen legitimeetin ja *reasonable*-kriteerin erottavassa analyysissa myös vastaanottajan suhde luottamusperustaan. Moules määrittelee tämän vaatimuksen koskevan kysymystä siitä, mitä ”*reasonable person in claimant’s position*” olisi odottanut tapahtuvaksi.¹³³ Kyse on lähinnä sisällön perusteella *prima facie* kelpoiseksi luottamusperusteeksi määrittyvän joukon *in concreto* rajauksista: Schønberg erittelee tällaisiksi luottamuksen poistaviksi elementeiksi luottamuksen tosiasiallisen puuttumisen, vilpillisen menettelyn ja pysyvyydestä erkanemisen odotettavuuden.¹³⁴

Ensimmäinen reasonable-arvio, luottamuksen tosiasiallisen puuttumisen suhde luottamusperustaan kiinnittyy siihen samaan tietoisuutta luottamusperusteesta koskevaan keskusteluun, joka edellä jo liitettiin *Rashid*-tuomioon osana luottamuksen olemassaoloa koskevaa doktriinia. Schønbergin erillinen *reasonable*-kriteeri tässä kohdin johtaa siihen, että *tietoisuus* tulee arvioiduksi kysymyksenä luottamuksen legitimeetistä. Schønbergin mukaan luottamusperuste ei synnytä suojattavaa luottamusta, mikäli yksityinen *ei tosiasiaassa luottanut* esimerkiksi ilmaisun sisältöön siihen kohdistamansa varovaisen tulkinta-asenteen johdosta tai esimerkiksi sen johdosta, että yksityinen ei yksinkertaisesti tiennyt sen olemassaolosta. Moulesin mukaan tällainen tilanne voi olla käsillä myös silloin, kun viranomaisen ilmaisu perustuu erehdykseen, ja ilmaisun vastaanottaja on tietoinen tai hänen olisi ainakin pitänyt olla tietoinen tästä erehdyksestä.¹³⁵ Schønberg kuitenkin huomauttaa tällaisen objektivoidun tulkintalinjan vaaraksi sen, että tuomioistuimet alkavat tehdä esimerkiksi henkilön koulutuksen perus-

¹³² Moules 2008, s. 67–68.

¹³³ Moules 2009, s. 67.

¹³⁴ Schønberg 2000, s. 125–128.

¹³⁵ Moules 2008, s. 72.

teella liian pitkälle meneviä johtopäätöksiä subjektiivisen luottamuksen olemassaolon puutteesta.¹³⁶

Toinen *reasonable-arvio*, vilpillinen menettely, viittaa siihen *common law*'ssa yleisimminkin omaksuttuun lähtökohtaan, jonka mukaan päätöstä tai muuta viranomaisointia hakevan on ilmoitettava kaikki relevantit tosiasiat ja mahdollisesti jopa kiinnitettävä huomiota niihin oikeudellisiin kysymyksiin, joista hän on tietoinen ja jotka eivät ole notorisia.¹³⁷ MFK-tuomion¹³⁸ perusteluissa tähän aktiiviseen, yleiseen tiedonantovelvollisuuteen viitataan yleiskielisellä ilmaisulla edellyttämällä, että ”*the taxpayer should have put all his cards face upwards on the table*”. Moules käsittelee vaatimusta otsikon ”*Full disclosure*” alla, ja perustaa sen muun ohella siihen, että luottamuksensuojajustifikaationa toimiva ”*fairness [...] is not a one way street*”.¹³⁹ Siihen nähden, että vaatimuksessa tarkoitettu tietojenantovelvollisuus on määritelty varsin väljästi, esimerkiksi Craig toteaa sen kattavan ”kaikki relevantit seikat”, on sen vastaista toimintaa Schønbergin arviossa tulkittu jokseenkin tiukasti. Esimerkiksi mainitussa MFK-tuomiossa laiminlyönti kytkeytyi siihen, että ennakkotiedon (”*ruling*”) hakija ei ollut osannut eksplikoida hakevansa yleistä, abstraktia tietoa, ja tämän johdosta oli saanut erääseen erityiskysymykseen keskittyvän tiedon. Ilmeistä kuitenkin on, että tätä väljyyttä on konkretisoitava tapauksittain: kunkin tapauksen ominaispiirteet määrittävät tietojenantovelvollisuuden tasoja.¹⁴⁰

Common law'n luottamuksensuojaortodoksia kiinnittää tämän vaatimuksen toisinaan käsitykseen luottamuksensuojan *trust*-edellytyksen jo käsitteellisesti edellyttämästä *promise*-konstruktiosta: erityisesti Watson viittaa siihen, että viranomainen ei voi tehdä pätevää *tahdonilmaisua*, mikäli sillä ei ole käytössään kaikkia faktoja. Kun luottamuksensuoja tässä kohdin ortodoksiaa kiinnittyy muun ohella sen toteamiseen, *käsittikö* viranomainen antavansa sitovaa ilmaisua, on myös varsin johdonmukaista, että yksityisen menettelyn puutteet erityisesti rajoiltaan epämääräisenkin tietojenantovelvollisuuden suhteen poistavat luottamuksensuojan.¹⁴¹

”*All his cards face upwards on the table*”-vaatimus ei siis edellytä sen paremmin vilpillistä menettelyä kuin rikosoikeudellisen arvion täyttävää petostakaan estääkseen *reasonable*-kriteerin täyttävän luottamuksen olemassaolon. Selvää kuitenkin on, että tällaiset menettelyt yleensä johtavat *reasonable*-kriteerin täyt-

¹³⁶ Schønberg 2000, s. 125.

¹³⁷ Schønberg 2000, s. 126.

¹³⁸ R v Board of Inland Revenue, ex parte MFK Underwriting Agencies Ltd and others and related applications [1990] 1 All ER 91.

¹³⁹ Moules 2008, s. 76.

¹⁴⁰ Moules 2008, s. 77.

¹⁴¹ Watson 2010, s. 644.

tymättömyyteen.¹⁴² Schønbergin mukaan vaarana kuitenkin on, että tällainen jokseenkin eriytymättömän tietojenantovelvollisuuden varaan konstruoitu luottamuksensuojan poistava konstruktio ulottuu myös erilaisiin moraalisiin näkökohtiin tai esimerkiksi päätöksentekijän torjuvaan arvioon yksityisen liiketoiminta-ajatuksista.¹⁴³

Vaikka ortodoksian kanta ei viranomaislähtöisenä vastaa kaikilta osilta *Coughlanin* jälkeisen luottamuksensuojadoktriinin sisältöä, ei se ole oikeuskäytännön valossa kokonaan perusteetonkaan. Tämän vaatimuksen kanssa samaan kokonaisuuteen voi nimittäin laskea kuuluvaksi myös Craigin esittämän edellytyksen oikean menettelymuodon käytöstä. Suojattavaa luottamusta ei synny, milloin kyseessä olevan luottamusperusteen, esimerkiksi vakuutuksen, hankkimiseen olisi ollut käytössä jokin erityinen menettelymuoto, mistä yksityinen on ollut tietoinen tai hänen olisi siitä ainakin pitänyt tietää, mutta jostain syystä ei ole ko. menettelyä käyttänyt.¹⁴⁴ Esimerkiksi ns. *Matrix Securities* -tuomiossa tämän vaatimuksen vastaiseksi katsottiin menettely, jossa yksityinen oli pyytänyt ennakkotietoa alueelliselta verotarkastajalta. Oikeus kuitenkin katsoi, että hänen olisi pitänyt tietää toimivaltaisen asiassa olevan hierarkiassa ylemmän viranomaisen.¹⁴⁵

Kolmas reasonable-arvio kytkeytyy Schønbergin analyysissa luottamuksesta erkaantumisen ennustettavuuteen. Ilmeisin tilanne tässä kohdin on se Craigin ja Moulesin viittaama tilanne, jossa yksityinen *on tiennyt siitä*, että ilmaisua *ei ole tarkoitettu* sitovaksi¹⁴⁶: tämä ajatus on ilmaistu eksplisiittisesti tuomiossa *R v Gaming Board for Great Britain ex parte Kingsley*.¹⁴⁷ Osoitettavissa olevan tietoisuuden puuttuessa kyseessä sitä vastoin on arvio siitä, tulisiko kyseisessä tapauksessa luottamusperusteen pysyvyyteen vetoavan yksityisen omien henkilökohtaisten ominaisuuksien kuten kokemuksen ja koulutuksen, ja/tai kyseisen tapauksen oikeudellisen kontekstin perusteella odottaa ilmaisun pysymättömyyttä. Schønberg joutuu tässä kohdin kuitenkin vetoamaan lähinnä EU:n oikeuskäytäntöön.¹⁴⁸

Myöhemmässä *Zeqiri*-tuomiossa tällainen tulkinta on kuitenkin omaksuttu osaksi Englannin doktriiniakin¹⁴⁹. Lordi *Hoffmann* viittasi siihen, että hallinnon lainkäytössä suorittamien toimien synnyttämää luottamusta arvioidessa tuli pitää

¹⁴² Craig s. 672, alav. 148.

¹⁴³ Schønberg 2000, s. 126.

¹⁴⁴ Craig 2008, s. 660.

¹⁴⁵ R v Inland Revenue Commissioners ex parte Matrix-Securities Ltd [1994] 1 WLR 334.

¹⁴⁶ Craig 2008, s. 659, Moules 2008, s. 67.

¹⁴⁷ R v Gaming Board for Great Britain; Ex parte Kingsley [1996] COD.

¹⁴⁸ Schønberg 2000, s. 126–127.

¹⁴⁹ Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Zeqiri, [2002] UKHL 3.

mielessä se, että yksityisellä oli käytössään asiantuntevaa apua: ”*In the present case what is relied upon is not a representation directly to the applicants but one which is said to arise out of the conduct of adversarial litigation and was made to the applicant’s legal representatives. The question is therefore what would have been understood by a lawyer rather than an unaided Kosovar refugee*”. Zegiri-tuomiosta voidaan helposti uuttaa *e contrario* -päätelmällä saksalaista *Parallelwertung in der Laiensphäre* -arviota vastaava kokonaisuus.

Moules huomauttaa tässä kohdin tällaisen arvion olevan luonteeltaan valinnan normatiivisen ja subjektiivisen arvion välillä. Kun ”*reasonable man*” -kriteeriin sisällytetään erityisen asiantuntemuksen kaltaisia mittapuita, on kyseessä normatiivinen vaatimus.¹⁵⁰ Arvio samastuu lähinnä mannermaiseen perustellun vilpittömän mielen muodostavaan *olisi pitänyt tietää* -vaatimukseen. Toisaalta taas liian alas laskettu asiantuntemuksen taso merkitsee Moulesin mukaan vääjäämättä kunkin yksityisen tosiasiallisiin ominaisuuksiin kiinnittyvää subjektiivista testiä. Moulesin viittaamassa oikeuskäytännössä on molempiin suuntiin viittavia elementtejä. Edellä mainitussa Zegiri-tuomiossa nojaututtiin ajatukseen, jonka mukaan ”*Kosovar refugees cannot be expected to check the small print*”. Toisaalta yleisenä sääntönä on edellytetty, että ”*reasonable man*” omaa jonkinlaisen peruskäsityksen siitä, miten hallinto toimii. Yleisen ymmärryksen [ehkäpä jopa notorisesti ilmeisen perusteettoman] korkeaksi arvioivassa tuomiossa *R v DPP, ex parte Kebilene*¹⁵¹ viitattiin siihen, että *hallinnonalasta vastaavan ministerin* lausuma ei voinut perustaa luottamusta, joka sitoisi *ylimmän syyttäväviranomaisen* [DPP] toimintaa, sillä ”*no reasonable person alert to [the DPP’s] constitutional role*” voinut tällaista odottaa.¹⁵²

Schønbergin yleisestä, yksityisen näkökulmasta luottamuksen legitimizeettiä jäsentävästä käsitteistöstä puuttuu kokonaisuudessaan luottamuksensuojadoktriinin vakiintuneeksi osaksi katsottu *detrimental reliance* -kriteeri, johon luottamuksen yksityisen puolelle asettuvana *reasonable*-kriteerinä ja erityisesti sen olemassaolon tulkinnanvaraisuuteen on viitattu jo aiemmin: kyse on luottamuksen perusteella tapahtuneesta toiminnasta ja sen tuottamasta vahingosta yksityiselle. Schønberg ei kuitenkaan sivuuta sen olemassaoloa kokonaan, vaan se saa merkityksensä *neljäntenä reasonable-kriteerinä* arvioitaessa jäljempänä vain päätösten pysyvyyteen kohdistuvaa suojaa¹⁵³ sekä *rajattaessa sen soveltamisalaa*: Schønbergin mukaan tällainen vaatimus on periaatteessa mahdollinen vain yksilöllisten ilmaisujen kohdalla. Milloin kyseessä on *policyn* tai yleisen il-

¹⁵⁰ Moules 2008, s. 68.

¹⁵¹ *R v DPP, ex parte Kebilene* [2000] 2 AC 326.

¹⁵² Moules 2008, s. 68.

¹⁵³ Schønberg 2000, s. 78.

mauksen perusteella konstruoituva luottamuksensuoja, ei *reliancella* ole merkitystä.

Soveltamisedellytysten kohdalla *detrimental reliance* vaatimusta vastaa mannermaisen luottamuksensuojan luottamusta ilmaisevan toiminnan, *Ins-Werk-Setzen*, ja siitä seuraavaan vahingon vaatimus. Vaatimus on erittäin tulkinnanvarainen, edellä jo viitattiin siihen lähtökohtaan, jonka mukaan toimintaa edellyttävä *reliance* redusoituu usein vain näyttötaakkakysymykseksi: sen vallitessa on yksinkertaista osoittaa luottamuksen olemassaoloa.¹⁵⁴ *Bibi*-tuomion sanoin: ”*reliance, though potentially relevant in most cases, is not essential*”.¹⁵⁵ Tällainen *reliance*-vaatimuksen ehdottomuudesta erkaneminen saa tukea klassisesta päätösten pysyvyyttä koskevasta doktriinista.¹⁵⁶ Esimerkiksi mainitaan klassinen *estoppel*-tuomio *Re 56 Denton Road*,¹⁵⁷ jossa oli asiallisesti kyse rakennuksille aiheutuneen sotavahingon korvaamisesta. Tuomiossa viitattiin siihen, että ”*reliance is not a condition for the finality of decisions*”. Moulesin mukaan tulkinta saa *rationensa* luottamuksensuojan intertemporaalisesta ulottuvuudesta: *detrimental reliance* täytyy vahingon sisäistävän määritelmänsä mukaisesti vasta luottamuksen syntymisen jälkeen, eikä näin ollen voi toimia normatiivisena kriteerinä luottamuksen synnyn aikaiselle legitimeettiarviolle.¹⁵⁸

Tilanteen tulkinnanvaraisuutta tosin korostaa se, että uudemmassa oikeuskäytännössä on toisinaan viitattu siihen, että *detrimental reliance* olisi sittenkin *jos ei ehdoton, ainakin pääsääntöinen kriteeri luottamuksen legitimeetille*.¹⁵⁹ Esimerkiksi *Begbie*-tuomiossa *Lord Justice Gibson* viittasi siihen, että olisi ”*wrong to understate the significance of reliance in this area of the law. It is very much the exception, rather than the rule, that detrimental reliance will not be present when the court finds unfairness in the defeating of a legitimate expectation.*”

Craig, joka asettaa *detrimental reliance* olemassaoloa koskevalle vaatimukselle ainakin pääsäännön aseman (”*will normally be required*”), huomauttaa edellytetyn vahingon voivan koostua muustakin kuin rahallisesta tai rahalla mitattavissa olevasta vahingosta: kyse voi olla yksin luottamuksen rikkomisesta seuraavasta moraalisesta harmista.¹⁶⁰ Samoin *Schønberg* viittaa siihen, että luottamus hallintoon voi edellyttää luottamuksen suojaamista riippumatta vahingon taloudellisesta luonteesta.¹⁶¹ Tämä *reliancen* käsitteelliseen laajuuteen viittaava

¹⁵⁴ Reynolds 2011, s. 346.

¹⁵⁵ R v. London Borough of Newham and Manik Bibi and Ataya Al-Nashed [2001] EWCA Civ 607.

¹⁵⁶ Schønberg 2000, s. 78.

¹⁵⁷ Re 56 Denton Rd., Twickenham, Middlesex [1953] 1 Ch. 51.

¹⁵⁸ Moules 2008, s. 79.

¹⁵⁹ Sales – Steyn 2004, s. 581.

¹⁶⁰ Craig 2008, s. 660.

¹⁶¹ Schønberg 2000, s. 129.

näkökohta esitetään usein ortodoksian piirissä jopa luottamuksensuojan soveltamisalaa rajaavana tekijänä: kun luottamuksensuojan käsitetään konstruoituvan viranomaisen sitoutumistahdon ja siitä seuraavan *trust*-tyyppisen kapean luottamuksensuojan kautta, rajautuu myös soveltaminen tilanteisiin, joissa sitoutumistahdosta tietoinen, luottamukseen vetoava kärsii moraalista tai taloudellista vahinkoa sitoumuksen täyttämättä jättämisestä.¹⁶² Kuten edeltä jo ilmeni, *detrimental reliance* olemassaoloa ei kuitenkaan ole yleisesti hyväksytty ehdottomaksi edellytykseksi.

Toisaalta voidaan myös viitata siihen, että itsenäisen *detrimental reliance* alan laajentaminen kattamaan myös ei-taloudelliset haitat laajentaa sen käyttöalan samastuvaksi luottamuksensuojan kanssa. Tällaista ajatusta voidaan tukea esimerkiksi aineellisen luottamuksensuojan perustapauksiin kuuluvalla *Ruddock*-tuomiolla,¹⁶³ jossa oli asiallisesti kyse poliisin salakuunteluvaltuuksien käyttämisestä julkaistun *policeyn* määrittämien kriteerien vastaisesti: tuomiossa katsottiin kuuntelun kohteeksi joutuneella olleen oikeus luottaa *policeyn* kriteereiden noudattamiseen, vaikka niiden noudattamatta jättämisestä ei seurannut hänelle *ainakaan taloudellista vahinkoa*. Uudemmassa *Bibi*-tuomiossa kiinnitettiin huomiota myös siihen, että *detrimental reliance* -kriteerin soveltaminen yksin rahamääräisesti arvotettaviin vahinkoihin merkitsee asiallisesti sitä, että suojattavaksi voi tulla vain sellainen luottamus, jonka subjektilla on yleensäkin resursseja tehdä taloudellisesti itsenäisiä valintoja.¹⁶⁴

”The present case is one of reliance without concrete detriment. We use this phrase because there is moral detriment, which should not be dismissed lightly, in the prolonged disappointment which has ensued; and potential detriment in the deflection of the possibility, for a refugee family, of seeking at the start to settle somewhere in the United Kingdom where secure housing was less hard to come by. In our view these things matter in public law, even though they might not found an estoppel or actionable misrepresentation in private law, because they go to fairness and through fairness to possible abuse of power. To disregard the legitimate expectation because no concrete detriment can be shown would be to place the weakest in society at a particular disadvantage. It would mean that those who have a choice and the means to exercise it in reliance on some official practice or promise would gain a legal foothold inaccessible to those who, lacking any means of escape, are compelled simply to place their trust in what has been represented to them.”

¹⁶² Watson 2010, s. 641.

¹⁶³ R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock and others [1987] 1 WLR 1482.

¹⁶⁴ R v. London Borough of Newham and Manik Bibi and Ataya Al-Nashed [2001] EWCA Civ 607.

6.3.4 Luottamusperusta

Luottamuksen legitimitteetti on kuitenkin usein kytketty yksityisen näkökulmasta määrittävän *reasonable*-kriteerin lisäksi tai sen asemesta luottamusperusteen laatuun.¹⁶⁵ Kuten jäljempänä nähdään, erityisesti *common law*'n traditionaaliset vallanjoalliset seikat vaikuttavat tähän. Tämä ei ole kuitenkin mitenkään *common law*'lle leimallinen piirre. Myös mannermaisen luottamuksensuojan tarkastelun yhteydessä edellä nähtiin, että luottamuksensuojan vasta-argumentit saavat erilaisia painoarvoja riippuen luottamusperusteesta. Esimerkiksi demokratia-argumentti saa erilaisen painoarvon suhteessa lakiin luottamusperusteena verrattuna esimerkiksi hallintotoimeen luottamusperusteena.

Doktriini on luottamusperusteen kohdalla erityisen hajanainen. Lähtökohtana kuitenkin on, että luottamusperusteena kelpaavien julkisen vallan toimien joukko ei ole etukäteen muodollisin perustein rajattu: jopa *Wade – Forsythin* oppikirja viittaa siihen, että ei ole olemassa minkäänlaista ”*artificial restriction on material on which legitimate expectation may be based*”.¹⁶⁶ Luottamusperusteen olemassaolon analysoinnissa tyydytäänkin joskus viittaamaan hallinnon mahdollisten toimien laajaan kirjoon.¹⁶⁷

Tästä huolimatta, vailla *Handlungsform*-doktriinia *common law*'n oppi luottamusperusteesta on kuitenkin muotoutunut oikeuskäytännön pohjalta varsin kaasuistiseksi. Keskeisin ja vahvin luottamusperuste on kuitenkin eittämättä ilmaisu (*representation*), joka voi edellä mainitun muodollisen rajauksen puuttuessa ilmetä erimuotoisista lähteistä. Esimerkiksi Craig luettelee kelpoiksi luottamusperusteiksi esimerkinomaisesti ilmaisut, jotka ilmenevät yksilöidystä lausumasta, hallinnon sisäisestä ohjeistuksesta (*circular*), raportista tai sopimuksesta, mutta myös hallinnon tai sen virkamiehen toiminnasta.¹⁶⁸ Schønberg määrittelee luottamusperusteeksi kelpaavat lausumat eksplisiittisiksi tai implisiittisiksi ilmaisuiksi, jotka koskevat tosiasioita, lakia tai tulevaisuuden aikeita, ja joita ei voi kategorisoida lopullisiksi päätöksiksi.¹⁶⁹ Myös Moules jakaa ilmaisut nimenomaisiin ja implisiittisiin: siinä missä edellisiä leimaa niiden sisältöön sisältyvä selvä ja täsmällinen lupaus (”*clear and unequivocal promise*”), kytkeytyy implisiittinen ilmaisu hallintokäytäntöön.¹⁷⁰ Moulesin hienojakoisessa analyysissä luottamusperusteen olemassaolon näkökulmasta analyysin kohteena on myös

¹⁶⁵ Elliott 2003, s. 71–72.

¹⁶⁶ Wade – Forsyth 2010, s. 450.

¹⁶⁷ Knight 2009, s. 18.

¹⁶⁸ Craig 2008, s. 659.

¹⁶⁹ Schønberg 2000, s. 107.

¹⁷⁰ Moules 2008, s. 55–56.

hallinnollinen *policy*, kansainvälinen sopimus, parlamentissa esitetyt kannanotot ja muut poliittiset puheenvuorot.¹⁷¹

Kuten edellä jo viitattiin, Moulesin analyysi koskien luottamusperustetta näyttäisi sisäistävän luottamuksen legitimitetin luottamusperusteen olemassa-oloon julkilausutuista lähtökohdistaan huolimatta. Tällaista lähestymistapaa on joissain yhteyksissä pidetty jopa perusteltuna: Steele huomauttaa legitimitettkysymyksen käsittelemisen tässä yhteydessä merkitsevän sitä, että luottamuksen legitimitetti merkitsee luottamuksen *oikeudellista tunnistamista ja sen prima facie suojattavuutta*: ”*worthy of legal recognition and prima facie worthy of legal protection*”.¹⁷² Tällainen erittely varmistaa *reasonable*-kriteerille itsenäisen normatiivisen merkityksen, ja estää sen, että ”*the term ”legitimate” is [...] used merely as a conclusory label, which would denude it of any meaningful role in the legal analysis*”.¹⁷³

Tässä kohdin on syytä muistaa edellä viitattu doktrinaalinen lähtökohta, jonka mukaan luottamuksensuoja kiinnittyy ensi sijassa ilmaisiin, ja tämän johdosta luottamus hallintopäätösten pysyvyyteen on jäänyt doktriinissa sivuraitteelle. Tosin ainakin implisiittisesti Mouleskin vaikuttaisi kiinnittävän luottamusperusteen funktion hallintopäätöksiin, vaikka hallintopäätösten kumottavuutta koskeva erittely on irrotettu luottamusperustetta koskevasta analyysistä omaksi, muusta luottamuksensuojakonstruktiosta erilliseksi kysymyksenasetteluksi.¹⁷⁴ Vastaava erillisyyks leimaa kuitenkin myös Craigin¹⁷⁵ ja Schønbergin¹⁷⁶ erittelyjä koskien luottamuksensuojan ja hallintopäätösten kumottavuuden suhdetta. Jälkimmäisen kohdalla suhde konstruoituu nimenomaan *common law*'n tapaan käsittää luottamuksensuojadoktriini oikeastaan vasta pitkähkön analyysin loppumetreillä *ultra vires* -päätösten kumottavuuden *de lege ferenda* -pohdiskeluissa.¹⁷⁷ Tässä tutkimuksessa omaksutaan vastaavanlainen ratkaisu: hallintopäätöksiin kohdistuvaan suojaan palataan erikseen myöhemmin.

6.3.4.1 Ilmaisut

Nimenomainen ilmaisu synnyttää vakiintuneen doktriinin mukaan vahvimman luottamusperustan.¹⁷⁸ Tällainen ilmaisu voi olla kirjallinen tai suullinen.¹⁷⁹

¹⁷¹ Moules 2008, s. 56–64.

¹⁷² Steele 2005, s. 305.

¹⁷³ Steele 2005, s. 305.

¹⁷⁴ Moules 2008, s. 109–111.

¹⁷⁵ Craig 2008, s. 673–675.

¹⁷⁶ Schønberg 2000, s. 64–104.

¹⁷⁷ Schønberg 2000, s. 102–106.

¹⁷⁸ Craig 2008, s. 659.

¹⁷⁹ Moules 2009, s. 55.

Schønberg kuitenkin liittää suullisiin ilmaisuihin vähäisemmän painoarvon. Tarkemmassa tarkastelussa tämä ajatus kuitenkin kytkeytyy suulliseen ilmaisuun liittyvään notoriseen näyttöongelmaan ja siihen, että joissain tapauksissa suullinen lausuma on annettu ilman siihen kytkeytyvää asiallista toimivaltaa. Itsenäisestä, normatiivisesti suulliset lausumat luottamusperusteen joukon ulkopuolelle sulkevasta rajauksesta ei ole siis kyse.¹⁸⁰

Nimenomaisella ilmaisulla tarkoitetaan yleensä ilmaisua, jonka vastaanottajajoukko on vähintään ennalta rajattu, mutta ei välttämättä erikseen määritelty. Esimerkiksi Moulesin mukaan ilmaisu voi olla suunnattu yhdelle yksittäiselle vastaanottajalle, monelle yksityiselle tai jonkun luokitteluperusteen avulla ennalta määritellylle joukolle (*class*).¹⁸¹ Kokonaan rajaamattomalle joukolle kohdistuttua ilmaisua käsitellään yleensä [makro]poliittisena kannanottona, joka kannanmuodostuksesta riippuen vie siltä luottamusperusteen ominaisuuden kokonaan tai ainakin saattaa sen *judicial review* -skaalalla *Wednesbury*-ääripäähän. Steele liittää tähän erotteluun sen ilmeisten vallanjaollisten perusteluiden lisäksi luottamuksensuojan oikeuttamisperusteista kumpuavan näkökohdan, jonka mukaan tällaisen yksityiselle suunnatun ilmaisun pysyvyyttä on mahdollista perustella painavimmilla moraalisisillä argumenteilla kuin rajaamattomalle joukolle suunnatun, tämän luonteensa johdosta *policyksi* määrittyvän ilmaisun pysyvyyttä.¹⁸²

Nimenomaiseen ilmaisuun kytkeytyvä luottamusperuste voi myös itsessään kantaa luottamuksen poistavaa sisältöä. Kyse on samasta ilmiöstä, johon *Rechtsstaat*-doktriinissa viitataan luottamuksensuojan redusoinnilla hallintotoimen relativoinnin avulla: hallinto pystyy itse riisumaan sen ilmaisulta tai toiminnalta luottamusperusteen ominaisuuden esimerkiksi liittämällä lausumaan ehtoja, edellytyksiä tai varauksia. Oikeuskäytännössä tällainen tilanne on ollut esillä esimerkiksi *MFK*-tuomiossa¹⁸³, jossa viranomaisen oli liittänyt antamaansa ilmaisuun erittäin tulkinnanvaraiseksi katsotun¹⁸⁴ varauksen ”*any Revenue comment is entirely without prejudice to the facts*”. Tästä tuomioistuimenkin mielestä huonosti onnistuneesta muotoilusta huolimatta varaus poisti mahdollisuuden vedota lausuman muun sisällön luonteeseen luottamusperustana.

Ilmaisut eivät yleensä sido muuta kuin niiden lähteenä pidettävää viranomais- ta. Poikkeuksen tästä viranomaisen ilmaisun kyvyttömyydestä sitoa toista viranomaista voi kuitenkin oikeuskäytännön mukaan muodostaa tilanne, jossa on pe-

¹⁸⁰ Schønberg 2000, s. 121.

¹⁸¹ Moules 2009, s. 55.

¹⁸² Steele 2005, s. 302 ja alav. 9.

¹⁸³ R v Board of Inland Revenue, ex parte MFK Underwriting Agencies Ltd and others and related applications [1990] 1 All ER 91.

¹⁸⁴ Schønberg 2000, s. 124.

rusteltua arvioida julkista valtaa kokonaisuutena. Oikeuskäytännössä näin on arvioitu esimerkiksi tilannetta, jossa oli kyse valtiosihteerin lausunnon merkityksestä toisen valtiosihteerin toiminnalle. Edellä mainittua lähtökohtaa ei ole tällöin pidetty ehdottomana, joskin kysymystä on pidetty edelleen vaikeana ja moniulotteisena.¹⁸⁵ Tällaiseen kontekstiin sijoittuvassa *Bapio*-tuomiossa¹⁸⁶ viitattiin siihen, että julkista valtaa – kruunua – pidettiin tässä kohdin yhtenä kokonaisuutena, sillä molemmat valtiosihteerit katsottiin olevan sekä konstitutionaalisen teorian että tehtävien sisällön näkökulmasta sijoitettavissa samaan laatikkoon. Enemmistön kannan muotoillut lordi *Rogers* oli ”*accordingly satisfied that it would be wrong, not only as a matter of constitutional theory, but as a matter of substance, to put the powers, duties and responsibilities of the Secretary of State for the Home Department into a separate box from those of the Secretary of State for Health. Both are formulating and implementing the policies of a single entity, Her Majesty’s Government*”.

Kanta on kuitenkin kaikkea muuta kuin vakiintunut. Toisen viranomaisen lausumille annettavaa merkitystä arvioitaessa jonkin muun viranomaisen toimintaa on käsitelty oikeuskäytännössä myös sellaisissa tilanteissa, joissa viranomaisen ilmaisu on annettu tietoisena sen toista viranomaista sitomattomasta luonteesta. Esimerkiksi tuomiossa *Bloggs 61* oli kyse poliisiviranomaisen esitutkinnassa epäillylle antamasta lupauksesta päästä suorittamaan tuomiota tietyin erityisjärjestelyin. Kun vankeinhoitoviranomaiset eivät lupausta kunnioittaneet, tuli arvioitavaksi kysymys yksityisen oikeudesta luottaa poliisiin sanaan tällaisessa tilanteessa: ”*the appellant had every reason to suppose that the Police and the Prison Service were working towards a common goal and that what the police said would happen to him as a convicted prisoner would in fact happen; and the appellant was not privy to the arrangements and dealings between the Police and the Prison Service.*”¹⁸⁷ Omaksutusta lähtökohdasta huolimatta viranomaisten erillisyyteen perustuva luottamuksensuojan torjunta voitti tuomiossa: *Steele* katsoo sen vahvistaneen vailla organisatorista toimivaltaa annettujen viranomaisen lausumien merkityksen jopa *automaattisen* kieltämisen.¹⁸⁸

Sales ja *Steyn* huomauttavat tällaisen jyrkän lähtökohdan olevan perusteltu, sillä toisen viranomaisen ilmaisulle annettu merkitys merkitsisi sitä, että päätöksen aineellinen sisältö olisi itse asiassa tehty toimivaltaisen päätöksentekijän asemesta sellaisen viranomaisen toimesta, joka ei tunne asian tosiasioita. Kuiten-

¹⁸⁵ Wade – Forsyth 2010, s. 449.

¹⁸⁶ R (on the application of *Bapio Action Limited* and another) v Secretary of State for the Home Department [2008] UKHL 27.

¹⁸⁷ R. (on the application of *Bloggs 61*) v Secretary of State for the Home Department [2003] EWCA Civ 686.

¹⁸⁸ *Steele* 2005, s. 311–312.

kin ns. *ostensible authority* -doktriinin avulla voidaan poikkeustapauksissa tulla toiseenkin johtopäätökseen.¹⁸⁹ Doktriinilla viitataan tilanteeseen, jossa kyseinen toimivaltuus *olisi voitu delegoida*, mutta niin ei ole tehty, mutta arvioinnin kohteena oleva ilmaisu kuitenkin viittaa – joko implisiittisesti tai eksplisiittisesti – delegoinnin olemassaoloon.¹⁹⁰

6.3.4.2 Implisiittiset ilmaukset

Implisiittiset ilmaukset ovat Moulesin luottamusperustakategorioinnissa meneestä toiminnasta tai käytännöstä konkretisoituneita odotuksia, joiden sisältönä on toiminnan tai käytännön jatkuvuus. Tällaisen olemassaolo tunnustettiin nimenomaisesti jo *Kingsley*-tuomiossa: ”an implied representation will, in appropriate circumstances, generate a legitimate expectation”.¹⁹¹ Moules liittää niiden tunnusmerkkeihin myös yksityisen näkökulmasta määrittyvän *reasonable*-kriteerin. On kuitenkin syytä tässäkin kohdin muistaa, että Moules sekoittaa omien lähtökohtiensa vastaisesti luottamusperustan ja sen legitimitetin.¹⁹² Steelen omaksuman rakenteen valossa luottamusperusteena tässäkin kohdin toimii implisiittinen ilmaus ja erityisesti sen sisältöön perustuva *prima facie* suojattavuus. Tällaisen *clear and unequivocal representation* -vaatimuksesta eroavan luottamusperustan tyyppitapauksena toimii sisältönsä puolesta jo esillä ollut *Unilever*-tuomio, jossa viranomaisen pitkäaikainen hallintokäytäntö olla puuttumatta määrääkojen laiminlyöntiin muodosti luottamusperustan.¹⁹³

Unilever-tuomiossa oli käsillä tilanne, jossa viranomainen oli nimenomaisen ilmauksen puutteesta huolimatta tehnyt *jotain* ottaessaan myöhästyneet hakemukset käsiteltäväksi. Ongelmallisemman joukon luottamusperusteen olemassaolonkin mielessä muodostavat ne tilanteet, joissa viranomainen ei tee mitään eli ns. passiviteettitilanteet: ”*silence, inaction and delay*”.¹⁹⁴ Schønbergin mukaan ainakin pitkäaikainen viivytys epäedullisen toimen suorittamisessa voi toimia luottamusperusteena silloin, kun vastuu viivytyksestä ei kuulu yksityisen vastuupiiriin. Schønbergin kanta perustuu tässä kuitenkin yksinomaan *Khan*-tuomion *obiter dicta* -lausumaan.¹⁹⁵ Oikeuskäytännöstä ja kirjallisuudesta on identifioitavissa vastakkaisiakin kantoja: esimerkiksi Moules viittaa varsin vi-

¹⁸⁹ Sales – Steyn 2004, s. 577–578.

¹⁹⁰ Moules 2008, s. 99.

¹⁹¹ R v Gaming Board for Great Britain; Ex parte Kingsley [1996] COD.

¹⁹² Moules 2009, s. 56.

¹⁹³ Craig 2008, s. 659.

¹⁹⁴ Schønberg 2000, s. 122.

¹⁹⁵ Schønberg 2000, s. 122.

ranomaislähtöisesti siihen, että koska ilmaisua ei voi antaa *tahattomasti*, ei myöskään toimettomuus muodosta luottamusperustaa.¹⁹⁶

6.3.4.3 Policy

Moulesin analyysikehikossa kolmannen luottamusperustan muodostaa hallinnollinen *policy*. Moulesin analyysi lähtee liikkeelle *policylle* annettavasta funktiosta: sen tehtävänä on ennakoitavuuden ja johdonmukaisuuden luominen, ja sen olemassaolo katsotaan olevan yleensä hyödyksi niin hallinnon kuin yksityisenkin näkökulmasta.¹⁹⁷ Toisaalta kuitenkin vakiintuneesti painotetaan, ettei *policy* kuitenkaan ole sitova oikeudellinen sääntö *polycyn* valepuvussa. *Policya* on kuitenkin noudatettava ”lojaalisti”, millä viitattaneen yleensä hierarkkiseen toimivaltakuvioon.¹⁹⁸ Tästä oikeudellisesta sääntöluonteesta erkanemisesta seuraa kuitenkin myös se, että hallinto ei kokonaisuudessaan ole *polycyn* sitomaa siinä merkityksessä, että *policy* redusoi hallinnon käytössä olevan yksittäistapauksellisen harkintavallan. Kyse on tässäkin vakiintuneen *non-fettering*-säännön konkretisoitumasta. Olemassa oleva *policy* ei lähtökohtaisesti estä sen korvaamista uudella tai siitä erkanemisesta yksittäistapauksessa, milloin hallinto näkee sen tarkoituksenmukaiseksi.

Tästä näkökulmasta *Chris Hilson* haastaa perinteisen ja vakiintuneen luottamuksensuojan ja *non-fettering*-periaatteen välisen konfliktin. Kun konflikti on perinteisesti rakennettu vanhan *polycyn* ja sen perusteella syntyneen luottamuksen suojaamisen tuottamalle haitalle uuden *polycyn* tehokkuudelle, kääntää *Hilson* asetelman toisinpäin. *Non-fettering* puoltaa sitä, että uusi *policy ei saa sitoa* yksittäistapauksellista harkintavaltaa niin kaavamaisesti, etteikö uuden *polycyn* voimassa ollessa siitä voisi erkaantua asiallisesti vanhaan *polycyyn* samastuvilla luottamuksensuoja-argumenteilla.¹⁹⁹

Samoista lähtökohdista *Schønberg* rakentaa *Gangadeen*-tuomion²⁰⁰ varaan kolmiosaisen rakenteen, joka koskee *polycyn* noudattamisvelvollisuutta yleensä. Ensimmäinen *polycyn* merkitystä luottamusperustana taustoittava vaatimus liittyy *polycyn* velvoittavuuteen *in abstracto*: *policya* ei saa sivuuttaa kokonaan harkinnassa, vaan se on otettava ainakin huomioon. Sen sanotaan olevan ”*mandatory consideration*” omalla soveltamisalallaan. Tämä ei kuitenkaan merkitse sen formaalia sitovuutta, vaan sen *huomioonottamista* sille kulloinkin harkinnas-

¹⁹⁶ Moules 2008, s. 56.

¹⁹⁷ Moules 2008, s. 57.

¹⁹⁸ *Schønberg* 2000, s. 134.

¹⁹⁹ *Hilson* 2006, s. 292.

²⁰⁰ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Gangadeen* [1998] 1 FLR 762.

sa annettavan painoarvon mukaisesti. Toiseksi, erityisesti *poli*cyn seuraamiseen kytketty lojaliteettivelvollisuus merkitsee sitä, että hallinto ei saa tulkita sitä mahdollisen kirjallisen sanamuodon tai tarkoituksen vastaisesti. Kolmanneksi, *poli*cysta erkaantuminen ja sitä koskeva perustelutaakka kuuluu *judicial review*'n piiriin; olkoonkin, että ainakin ortodoksia on käsitellyt sitä vakiintuneesti vain *Wednesbury*n avulla.²⁰¹

*Policy*yn luottamusperustana liittyvä oppi on ollut kiistelty erityisesti *poli*cyn muutettavuuden osalta. Tältä osin voidaan pääosiltaan viitata edellä esitettyyn *Coughlan*ia edeltäneeseen *heresy*-keskusteluun *Hamble Fisheries*- ja *Hargreaves* -tuomioiden ympärillä. Asiaan on palattu verrattain tuoreessa *Bhatt / Niazi* -tuomiossa.²⁰² *Lord Justice Laws* viittasi siinä edelleen *poli*cyn lähtökohtaiseen muutettavuuteen, mutta totesi samalla muutoksen sisällön tai toteuttamistavan voivan muodostua luottamuksensuojan kannalta ongelmalliseksi: ”*More typically, however, it will not be the making of a policy change but the terms on which it is done which are capable of frustrating a legitimate substantive expectation.*” Tämä ongelmallisuus merkitsee pakotetusti myös sitä, että *policy*kin voi toimia luottamusperustana, ja ajatus on yhteensopiva *Craig*in konstruktion kanssa, jossa *poli*cyn kelpoisuus luottamusperustaksi saa vahvistusta sen määrittelyn vaikeudesta. *Craig*in mukaan esimerkiksi rajanvedon vaikeus *poli*cyn ja useille määritellyille kohdistetun *ilmaisun* välillä merkitsee sitä, että mikäli *policy*ta riisutaan luottamusperusteen ominaisuus, merkitsi se samalla vaikeita rajanveto-ongelmia luottamuksensuojan soveltumiseen jälkimmäisiin²⁰³ – ja näin myös luottamuksen suojan alan kutistumista minimiin.

Policy luottamusperusteena silloin, kun luottamuksensuojaongelma liittyy siihen erkanemiseen yksittäisessä tapauksessa, on katsottu yleensä helpommin omaksuttavaksi konstruktioksi. Tällä lähtökohdalla on eittämätön kytkentänsä siihen *Craig*inkin tunnustamaan seikkaan, että itse asiassa *poli*cyn sitovuus ja yhdenvertaisuusargumentit toimivat näissä tapauksissa jo lähtökohtaisesti siten, että luottamuksensuoja-argumentit ovat vasta toissijaisia: *policy*a on yksittäistapauksessa noudatettava, ellei perusteita siitä erkanemiseen ole, riippumatta siitä, luottiko yksityinen sen noudattamiseen.²⁰⁴ *Bibi*-tuomion sanoin: ”*Where an agency seeks to depart from an established policy in relation to a particular person detrimental reliance should not be required. Consistency of treatment and*

²⁰¹ Schønberg 2000, s. 135–137.

²⁰² R. (on the application of *Niazi*) v Secretary of State for the Home Department [2008] EWCA Civ 755.

²⁰³ *Craig* 2008, s. 667.

²⁰⁴ *Craig* 2008, s. 668.

*equality are at stake in such cases, and these values should be protected irrespective of whether there has been any reliance as such.*²⁰⁵

Huolimatta siitä, että tällainen *policyn* seuraamisvelvollisuus näyttäisi nykyään olevan Moulesin tavoin ulkoistettu luottamuksensuojadoktriinista muiden instituutioiden kannettavaksi,²⁰⁶ rakentaa Craig oikeuskäytännön perusteella *policy*a koskevan luottamuksensuojakonstruktion, joka hyväksyy lähtökohdakseen *policyn* tarkoituksesta ja yhdenvertaisuudesta seuraavan lähtökohtaisen sitovuu- den ja hallinnon toimivallan erkaantua siitä perustelutaakka täyttämällä. Luotta- muksensuojanäkökohdat tulevat kuitenkin esiin arvioitaessa perustelutaakan täyttämisen edellytyksiä sekä tuomioistuimen toimivaltaa akselilla *Wednesbury* – ”*more intensive review than bare rationality*”.²⁰⁷

6.3.4.4 Kansainväliset sopimukset

Moulesin kategorisoinnin neljännen luottamusperustan olemassaolo on vähin- täänkin kyseenalainen. Moules pohtii australialaisen *Teoh*-tuomion²⁰⁸ luomalla käsitteistöllä mahdollisuutta siihen, että ratifioitu, mutta vielä inkorporoimaton kansainvälinen sopimus voisi toimia dualistisessa valtiossa luottamusperustana ja luoda ainakin siinä tarkoitettuja menettelyllisiä oikeuksia. *Teoh*-tuomiossa tällainen vaikutus oli katsottu mahdolliseksi, vaikka kyseessä olleessa tapauk- sessa yksityinen ei ollut edes tietoinen sopimuksen sisällöstä. Vaikka *Teoh*-tuo- miossa omaksuttu konstruktio tietoisuuden puuttumisen vaikutuksettomuudesta on edellä luottamuksen olemassaolon arvioinnin yhteydessä kuvatuin tavoin omaksuttu myös englantilaisessa oikeuskäytännössä, Moules huomauttaa eng- lantilaisen oikeuskäytännön erkaantuneen *Teoh*-tuomion ajatuksista koskien *ni- menomaan* kansainvälistä sopimusta luottamusperusteena: erkaantumisen taus- talla vaikuttaa erityisesti kolme painavaa syytä.

Ensinnäkin, ratifioinnin tarkoitus ei ole suunnattu kotimaiselle tasolle, vaan kansainväliselle tasolle. Sopimuksen oikeuksien syntyajankohta ja -tapa on par- lamentin käsissä. Toiseksi, mikäli tästä huolimatta perustettaisiin inkorporoimat- tomalle sopimukselle luottamusperusteen ominaisuus, annettaisiin sille samalla välillinen sitovuus tai vaikutus, mikä puolestaan antaisi toimeenpanovallalle

²⁰⁵ R v. London Borough of Newham and Manik Bibi and Ataya Al-Nashed [2001] EWCA Civ 607. Kuriositeettina lienee mainittava myös Craigin viittaavan kantansa tueksi Bibi-tuomion ala- kohtaan 29–30, jossa *policyn* kelpoisuutta luottamusperusteena käsitellään poikkeuksena *detri- mental reliance* -edellytyksestä. Kyseinen kohta tuomiossa on nimenomainen ja erikseen viitattu laina Craigin saman oppikirjan edellisestä painoksesta.

²⁰⁶ Moules 2008, s. 60.

²⁰⁷ Craig 2008, s. 669–670.

²⁰⁸ Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh, (1995) 183 CLR 273.

mahdollisuuden käyttää lainsäädäntövaltaa ratifioimalla kansainvälisiä sopimuksia. Tämä olisi puolestaan vallanjakoon liittyvistä syistä ilmeinen perustuslaillinen ongelma. Kolmanneksi, *common law*'n tahdonilmaisuja koskevan doktriinin lähtökohtana on, että ilmaisut sitovat vain esittäjäänsä, eivät muita: *Teoh*-tuomiossa omaksuttu ratkaisu merkitsisi erkaantumista tästä lähtökohdasta, sillä sopimuksen ratifiointiin toimivaltainen orgaani, muodollinen kruunu, ei tyypillisesti samastu sen oikeusvaikutukset toimeenpanevaan tahoon.²⁰⁹

Moulesin viimeinen argumentti tällaista konstruktiota vastaan perustuu edellä jo useaan otteeseen viitattuun luottamuksensuojan luonteeseen eräänlaista lisäturvaa tuovana oikeusnormina. Jos ratifioituilla sopimuksilla olisi tällainen inkorporoinnista seuraava välillinen vaikutus, olisi sen käsittely luottamuksensuojajaksymyksenä turhaa, sillä luottamusedellytys on asetelmassa funktioton: noudatamisvelvollisuus konstruoituisi jo ratifiointin tarkoituksen ja *fairness*-kriteerin kombinaatiosta.²¹⁰ Inkorporoimattoman sopimuksen hyväksyttävä käyttö luottamusperustana ei olekaan muodostunut vakiintuneeksi kannaksi *common law*'ssa. Myös Sales ja Steyn viittaavat Moulesin tavoin kansainvälisiin sopimuksiin ja niiden oikeusvaikutuksiin dualistisissa järjestelmissä vakiintuneesti liitettyihin tulkintoihin, mutta myös puuttuvan oikeutusperustaan: ei ole tarkkaan osoitettavissa, miksi luottamusta niiden sisältöön olisi suojattava.²¹¹

6.3.4.5 Poliittinen prosessi

Moulesin viides luottamusperusta kytkeytyy politiikkaan. Kyse on siitä, voiko hallinnonalasta vastaavan ministerin tai pääministerin lausuma parlamentissa toimia luottamusperustana. Moulesin mukaan periaatteellisena lähtökohtana on pidettävä, ettei parlamentissa esitettyjä kannanottoja voida kokonaan sulkea pois luottamusperusteiden piiristä, vaikka onkin ilmeistä, että *review*'n intensiteetti ei ulotu ainakaan yksittäisten poliittisten puheenvuorojen detaljitason toimeenpanon oikeudelliseen varmistamiseen luottamuksensuojakonstruktion avulla.²¹²

Moules saa tukea kannalleen verrattain tuoreesta *Wheeler*-tuomiosta²¹³, jossa oli asiallisesti kyse ”kiinnostuneesta kansalaisesta”²¹⁴, joka väitti hallituksen lupauksen järjestää kansanäänestys EU:n toteutumatta jääneistä perustuslakisopimuksista koskevan myös Lissabonin sopimusta, sillä niitä oli pidettävä asiallisesti samoina sopimuksina. Kanteen nostajan mukaan hallituksen lupaus perusti

²⁰⁹ Moules 2008, s. 62.

²¹⁰ Moules 2008, s. 61–63.

²¹¹ Sales – Steyn 2004, s. 582–583.

²¹² Moules 2008, s. 63.

²¹³ R. (on the application of Wheeler) v Office of the Prime Minister [2008] EWHC 1409.

²¹⁴ Knight 2009, s. 16.

luottamuksen myös jälkimmäistä koskevan kansanäänestyksen järjestämiseen. Vaikka yksityinen hävisikin kanteen – Knightin tulkinnan mukaan – kaikissa mahdollisissa luottamuksensuojan osakysymyksissä mukaan lukien luottamusperustan olemassaolo²¹⁵, ja ortodoksia kiinnittää *Wheelerin* esimerkiksi tuomioistuimen konstitutionaalisen toimivallan ehdottomista rajoista yleensä²¹⁶, huomauttaa Moules kuitenkin, että tuomiossa itse asiassa otettiin ainakin *obiter*-kanta, jonka mukaan luottamuksensuojan yleensä tässä kohdin poistava peruste, 1689 *Bill of Rightsin* artikla 9 ei *Wheelerissä* olisi sittenkään soveltunut. Mainittu artikla 9 suojelee parlamenttipolitiikan oikeudellista immunitettia: ”*That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament.*” Tuomioistuimien otti kuitenkin kannan, jonka mukaan *Wheelerissä* ei ollut *review’n* kohteena se, mitä oli sanottu, vaan sen seuraukset eli yksityisen mahdollisuus luottaa siihen.²¹⁷ Näin Moules päätyy kantaan, jonka mukaan mainittu artikla 9 estää lähinnä sen, että luottamus perustuisi yksin siihen, mitä parlamentissa on sanottu²¹⁸: ”*a legitimate expectation cannot be based purely on what is said in Parliament*”.²¹⁹ Huomioon on kuitenkin joka tapauksessa otettava poliittisen toiminnan vaatima ilmaisun vapaus.

6.3.4.6 Poliitiikka

Moulesin viimeinen luottamusperuste omaa kiinteät yhteydet edelliseen. Kyse on siitä, voiko edellisen perusteeseen kuulumattomia poliitikkojen lausumia, erityisesti vaalilupauksia, käyttää luottamusperusteena. Moulesin mukaan lähtökohta on *non-fettering*-periaatteen mukaisesti yllätyksetön torjuva suhtautuminen. Vaikka lähtökohtana onkin pitää vaalilupauksen merkitys poliittisena, Moules jättää kuitenkin rajatun mahdollisuuden oikeudellisellekin merkitykselle auki, mikäli lupaus toistetaan vaalien jälkeisessä virassa.²²⁰ Kyseenalaista on kuitenkin, voiko tällaista enää pitää kategoriaan kuuluvana tilanteena.

²¹⁵ Knight 2009, s. 16.

²¹⁶ Wade – Forsyth 2010, s. 450.

²¹⁷ Moules 2008, s. 63.

²¹⁸ Moules 2008, s. 63–64.

²¹⁹ *Thoburn v. Sunderland CC* [2002] EWHC Admin 195; [2003] QB 151.

²²⁰ Moules 2008, s. 64.

6.3.5 Legitiimin luottamuksen suojaamatta jättäminen

Luottamus, luottamusperusta ja luottamuksen legitimitetti eivät vielä täyttyneinä edellytyksinä merkitse, että luottamusta pitäisi suojata.²²¹ Pääsääntöisesti legitiimiksi katsotusta luottamuksesta voidaan erkaantua kahdella eri perusteella: verraten tuoreessa *Niazi*-tuomiossa viitattiin siihen, että erkaantuminen oli mahdollista (i) *painavammaksi katsotun julkisen intressin sitä edellyttäessä* sekä silloin, kun luottamuksen suojaaminen olisi vastoin viranomaisen lakisäätteisiä velvollisuuksia eli (ii) *ultra vires*. On kuitenkin syytä huomata, että doktriinin hajanaisuuden vuoksi osia näistäkin kokonaisuuksista on toisinaan käsitelty luottamuksen legitimitettkysymyksinä.²²²

Uudemmastakin oikeuskäytännöstä on mahdollista identifioida esimerkkejä luottamuksen, sen legitimitetin ja sen suojattavuuden käsittelemisestä yhtenä kysymyksenä vailla heuristista struktuuria. Esimerkiksi käyköön *Bapio*-tuomio²²³, jota Elliott on kritisoinut tällaisesta lähestymistavasta väittäen sen olevan tarjoamatta *common law*'lle minkäänlaisia strukturoituja työkaluja luottamuksensuojan jäsentämiseen.²²⁴ Ottaen kuitenkin huomioon Steelen edellä introdusoima luottamuksensuojan heuristinen rakenne, tässä esityksessä päädytään pitämään kysymyksiä luottamuksesta, sen legitimitetistä ja sen suojattavuudesta erkanemisesta erillisinä kysymyksinä. Lähestymistapa saa tukea myös Moulesilta, joka huomauttaa tällaisen ratkaisun mahdollistavan *ultra vires* -odotustenkin osalta sen, että niistä erkaantuminen *on perusteltava* muutenkin kuin vetoamalla *ultra vires* -fasadiin: mikäli nämä kysymykset käsiteltäisiin luottamuksen legitimitettkysymyksinä, näin ei välttämättä tapahtuisi. Perusteluvellisuus puolestaan saa merkityksensä luottamuksesta erkaantumisesta aiheutuneen vahingon kautta – olipa se sitten taloudellista tai *Moulesinkin* viittaamaa moraalista harmia.²²⁵ Näin *Bibi*-tuomiossa ilmaistut perusrakenteen kysymykset kaksi ja kolme (*“Whether the authority has acted or proposes to act unlawfully in relation to its commitment? What the court should do?”*) kietoutuvat yhteen kysymyksenasetteluksi, jonka keskiöön edellä mainitut kysymykset asettuvat.

Kuten edellä on jo oikeuttamisperusteiden ja luottamuksensuojan yleisen rakenteen erittelyn yhteydessä todettu ja seikkaperäisesti eritelty, on esitetty varsin perusteltuja näkemyksiä, joiden mukaisesti voidaan *Coughlanin* jälkeisen oikeuskäytännön todeta nojautuvan suhteellisuusperiaatteen omaksuvaan skaala-

²²¹ Moules 2008, s. 80.

²²² Wade – Forsyth 2010, s. 449.

²²³ R. (on the application of BAPIO Action Ltd) v Secretary of State for the Home Department 2008 UHL 27.

²²⁴ Elliott 2008, s. 456.

²²⁵ Moules 2008, s. 69.

ajatteluun *judicial review*’n intensiteettiä määriteltäessä. Tämä skaala-ajattelu konkretisoituu myös soveltamisedellytysten näkökulmasta punninnaksi, jossa vastakkain asetetaan yksityisen legitiimi luottamus ja sen suojaamista vastustava julkinen intressi asiassa.

Näiden kahden osakysymyksen erottelussa, joka konkretisoituu esimerkiksi Moulesin esityksessä erillisissä kysymyksissä intensiteetistä²²⁶ ja oikeudenmukaisen punninnan osatekijöistä,²²⁷ on kyse ennen kaikkea *common law*’n ortodoksioiden kaatumiseen liittyvästä kehityskulusta. Kuten edellä on käynyt ilmeiseksi, oikeustila ennen *Coughlania* rakentui ainakin lähtökohtaisesti julkilausuttujen sitoumusten valossa yksin *Wednesburyn* varaan niin aineellista luottamuksensuojaa kuin suhteellisuusperiaatetta yleisemminkin koskevilla kysymyksillä. Vielä *Coughlanissakin* aineellisen luottamuksensuojan soveltamisedellytykset käsiteltiin otsikon ”*The Court’s Role*” alla kysymyksenä tuomioistuimen konstitutionaalisesta roolista suhteessa hallintoon: ykköskategorian *Wednesbury* täydensi tuomioistuimen perinteisestä roolista ja *judicial review*’n sisäänrakennetusta *judicial restraintista* irtoava punninta, joka ei karta tapauksen tosiasioihin tai *policy*-argumentteihin kajoamista:

”Where the court considers that a lawful promise or practice has induced a legitimate expectation of a benefit which is substantive, not simply procedural, authority now establishes that here too the court will in a proper case decide whether to frustrate the expectation is so unfair that to take a new and different course will amount to an abuse of power. Here, once the legitimacy of the expectation is established, the court will have the task of weighing the requirements of fairness against any overriding interest relied upon for the change of policy. [...] In the case of the third, the court has when necessary to determine whether there is a sufficient overriding interest to justify a departure from what has been previously promised.”

Review’n intensiteetti muotoiltiin *Coughlanin* jälkeisessä doktrinaalisessa kehityksessä eräänlaiseksi suhteellisuusperiaatteeseen samastuvaksi skaalaksi, jonka ääripäinä toimivat *Wednesbury* ja suhteellisuusperiaatteen rakenteistama punninta luottamuksen suojaamisen ja julkisten etujen välillä. Jos Elliottin ajatusta tästä skaalasta tarkastellaan ulkoapäin, huomataan ensimmäisen artikuloinnin historiasidonnaisuus: *judicial review*’n intensiteettikysymys sellaisenaan irrotettuna punninnasta on ollut tarpeen vain irtiotossa *Wednesburystä* tarvittavassa tapauksen kategorisoinnissa. Kun asiassa merkityksellisten oikeudellisten intressien mukaan määrittyvä *variable intensity of review* on tullut hyväksytyksi, ei ole

²²⁶ Moules 2008, s. 80–86.

²²⁷ Moules 2008, s. 86–93.

enää mielekästä erottaa eri kategorioita ainakaan *clear-cut*-kokonaisuuksina.²²⁸ Steelen sanoin, ”the categories have now served their purpose and need not be preserved”.²²⁹

Näin myös *Wednesbury* saa paikkansa osana skaalaa. Lähtökohdaksi voidaan ottaa Steelen tavoin rakenne, jossa *Bibi*-tuomiossa ilmaistun perusrakenteen toinen ja kolmas kysymys koskevat itse asiassa kysymystä siitä, onko käsillä sellainen ”*countervailing public interest*”, joka mahdollistaa erkaantumisen legitiimin luottamuksen suojaamisesta.²³⁰ Tällöin voidaan ajatella, että *Wednesbury* näytetään sellaisen heuristisen aselman lopputulemana, jossa käsillä olevat julkiset intressit omaavat niin suuren painoarvon, että punninta ratkeaa julkisen vallan eduksi ikään kuin automaattisesti siten, että tuomioistuimien vain ”hyväksyy” viranomaisen suorittaman harkinnan olla suojaamatta luottamusta, ellei käsillä ole aivan äärimmäinen *Wednesbury unreasonableness* -tilanne:²³¹ ”*so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it*”.

*Wednesbury*n osaksi punnintaskaalaa suhteellistava kanta ei ole kuitenkaan vakiintunut; esimerkiksi Moules lähtee edelleen siitä, että ”bare rationality” so. *Wednesbury* on edelleen suhteellisuusperiaatetta muistuttavasta *review*’stä *irrallinen* ilmiö.²³² Koska ero edellä esitetyn skaala-ajattelun valossa vaikuttaisi olevan kuitenkin enemmän terminologinen kuin sisällöllinen, on mahdollista arvioida, että *Coughlanissa* ilmaistut kriteerit tapausten kategorisoinnille joko *Wednesbury*n tai sitä intensiivisemmän *review*’n alle voidaan ymmärtää Elliottin tavoin asetetun *Begbie*-tuomiossa oikeaan kontekstiinsa suhteellisuusperiaatteen rakenteistamaan punnintaan sen osatekijöinä huolimatta siitä, että osa tekijöistä näyttäisi kytkeytyvän muodollisiin vallanjaollisiin aselmiin.²³³ Myös Steele viittaa tähän näkökohtaan todetessaan, että *review*’n intensiteetti voidaan suhteellisuusperiaatteen tarjoaman rakenteen alla modifioida ottamaan huomioon esimerkiksi vallanjaolliset ja/tai hallinnolla olevaan asiantuntemukseen liittyvät näkökohdat.²³⁴

Kantaa voidaan luonnehtia ehkä ainakin vakiintumassa olevaksi. Esimerkiksi Craigin hallinto-oikeuden yleisesitys on nykyisin omaksunut rakenteen, jossa

²²⁸ Elliott 2000, s. 424–425.

²²⁹ Steele 2005, s. 318.

²³⁰ Steele 2005, s. 305.

²³¹ Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374.

²³² Moules 2008, s. 84.

²³³ Elliott 2000, s. 424–425.

²³⁴ Steele 2005, s. 315.

mainittu vallanjaollisin perustein määrittynyt *review’n* ”*variability can however be accommodated with proportionality inquiry*”.²³⁵

6.3.6 Punninnan sisältö

Punnintaa *julkinen intressi* – *yksityinen etu* leimaa julkisoikeudellisessa kontekstissa yleensäkin sen jo käsitteellisesti sääntöluonteisten normien soveltamisesta eroava *prima facie* -avoimuus: ennen punnintaa ei voi tyhjentävästi määritellä, mitkä seikat osoittautuvat relevanteiksi ja millainen on niiden keskinäinen painoarvo. Luottamuksensuojaan sisältyvä punninta ei ole tässä suhteessa mitenkään erityisasemassa. Yksityisen luottamusta vastaan on usein nähty asetettavaksi *prima facie* yleisluonteinen, julkiseen intressiin kytkeytyvä päätöksenteon joustavuus.²³⁶ Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö oikeustieteessä ja lainkäytössä olisi ollut mahdollista rakenteistaa esimerkiksi *prima facie* -etusijoja ja punninnan ääripäitä: näin esimerkiksi saksalainen hallintoa vastaan asettuva luottamuksensuoja paljastui edellä perusrakenteeksi, joka tällaisen avoimen punnintatilanteen reunoilla sai etukäteen määritellyt rajat niin negatiivisessa muodossa suojaamisen arvoisen luottamuksen käsilläolon poistavana luettelona kuin lähtökohdaisesti sen käsilläoloa osoittavien kriteerien muodossa.

Common law’n luottamuksensuojapunninta ei perusajatukseltaan eroa tästä tilanteesta, vaikka kriteerien sisältö muotoutuukin toisenlaiseksi. Oikeuskäytännössä ja kirjallisuudessa on esitetty useita eri tekijöitä, jotka punninnassa tulee ottaa huomioon. Tekijöiden luettelomisesta huolimatta on ilmeistä, että kyseessä on silti aito punnintatilanne: tekijöille annetaan painoarvo kunkin tapauksen nimenomaisessa kontekstissa: ”The facts of the case, viewed always in their statutory context, will steer the court to a more or less intrusive quality of review.”²³⁷ Moulesin kokoaman vallitsevan doktriinin mukaan punninnassa tulee ottaa huomioon ainakin julkisen intressin painavuus, luottamusperustan henkilöllisen kohdentumisen piiri, yksityisen toimet asiassa, yksityisen intressin painavuus sekä viranomaisen toimet haitallisten seuraamusten vähentämiseksi.²³⁸ Moules viittaa viimeisessä kohdassa siihen, että punninnassa voidaan antaa merkitystä myös sille, miten julkinen valta on pyrkinyt vähentämään luottamuksesta erkaantumisen oikeusvaikutuksia yksityiselle. Tältä osin on kuitenkin perusteltua tehdä se Moulesin itsekä tarkastelun päätteeksi tekemä tulkinta, jonka mukaan

²³⁵ Craig 2008, s. 665.

²³⁶ Sales – Steyn 2004, s. 592.

²³⁷ R v. Department of Education and Employment ex parte Heather Charis Begbie (By her Mother and Litigation Friend Rachel Begbie) [1999] EWCA Civ 2100.

²³⁸ Moules 2008, s. 80–93.

siinä on kysymys ensisijaisesti luottamuksen suojaamisen tavoista eikä itsenäisestä punnintatekijästä²³⁹, joskin osa siinä käsitellyistä kokonaisuuksista voitaisiin sijoittaa myös yksityisen intressin painavuutta koskevan arvion alle.

6.3.6.1 Julkisen intressin painavuus

Julkisen intressin painavuus on tyypillisesti avoin kriteeri. Oikeuskäytännössä on usein toistettu suhteellisuusperiaatteen mukaista lähtökohtaa, jonka mukaan legitimoimista luottamuksesta erkaantuminen edellyttää käsillä olevan painavamman julkisen intressin kuitenkin positiivisesti erittelemättä, mitkä muodostavat tällaisten intressien joukon. Joitain tyyppitapauksia on kuitenkin esitetty.

Esimerkiksi jo *GCHQ*-tuomiossa viitattiin kansalliseen turvallisuuteen ja sen erityisasemaan intressien joukossa luottamuksesta erkaantumisen mahdollisuutena: ”Accordingly in my opinion if there had been no question of national security involved, the appellants would have had a legitimate expectation that the minister would consult them before issuing the instruction”.²⁴⁰ Mistään suhteellisuusperiaatteen rakenteistamasta punninnasta ei kuinkaan ollut vielä kysymys. Kansallisen turvallisuuden luottamuksensuojan ylittävä ominaisuus perustui ensi sijassa siihen lähtökohtaan, että kansalliseen turvallisuuteen liittyvät toimet eivät ortodoksian oppien mukaisesti kuuluneet lainkaan oikeudellisen kontrollin piiriin. *GCHQ*:ssa viitattiin tältä osin vuosisadan alun oikeuskäytäntöön: ”Those who are responsible for the national security must be the sole judges of what the national security requires. It would be obviously undesirable that such matters should be made the subject of evidence in a court of law or otherwise discussed in public.”²⁴¹ Ajatus suhteellisuusperiaatteen rakenteistamasta punninnasta antoi odottaa itseään vielä yli vuosikymmenen. *GCHQ*-tuomion viittaus kansalliseen turvallisuuteen on kuitenkin sittemmin otettu osaksi myös suhteellisuusperiaatteen varaan rakennettua doktriinia. Esimerkiksi *Niazi*-tuomiossa siihen viitattiin paradigman osoittavana tapauksena²⁴², ja Moules pitää sitä klassisena esimerkkinä yksityisten intressien yli käyvästä julkisesta intressistä.²⁴³

Kansallista turvallisuutta vähäisempiäkin intressejä on oikeuskäytännössä ollut esillä. Hallintotoiminnan kiireellisyys oikeutti tuomiossa *R v Lord Chancellor, ex parte Law Society*²⁴⁴ erkanemaan luottamuksen suojaamisesta. Tuomiossa

²³⁹ Moules 2008, s. 92–93.

²⁴⁰ Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Services [1985] A.C. 374.

²⁴¹ Zamora [1916] 2 A.C. 77.

²⁴² R. (on the application of Niazi) v Secretary of State for the Home Department [2008] EWCA Civ 755.

²⁴³ Moules 2008, s. 83.

²⁴⁴ R v Lord Chancellor, ex parte Law Society (1994) 6 Admin LR 833.

*R. v. Secretary of State for the Environment ex p. Hammersmith and Fulham*²⁴⁵ viitattiin paikallisen itsehallinnon ja erityisesti siihen kytkeytyvien taloudellisten intressien olevan luonteeltaan luottamuksen suojaamisen ylitse käyviä intressejä.²⁴⁶

Julkisia intressejä voidaankin tässä yhteydessä luonnehtia laajaksi kirjoksi erilaisia yhteiskunnallisia etuja. Erään erityistapauksen muodostavat konstitutiinaaliseksi mainitut perusteet, joissa julkinen intressi on yleensä kytketty nimenomaisesti vallanjaollisiin seikkoihin: julkisen vallan *policyn* muodostamisvallan kannalta olennaiset kokonaisuudet saavat jo *Coughlanin* kategorisoinnissa legitiimin luottamuksen pääsääntöisesti poistavan merkityksen. *Begbie*-tuomiossa tähän kokonaisuuteen viitataan usealla eri käsitteellä: ”macro-political field”, ”wide-ranging issues of general policy” ja ”multi-layered effects”²⁴⁷.

Kyse voi olla esimerkiksi siitä, että viranomaisella on käytössään rajoitetut resurssit, ja vastaavasti suuri joukko potentiaalisia luottamuksen olemassaoloon vetoavia henkilöitä.²⁴⁸ *Bibi*-tuomiossa²⁴⁹, jossa oli kyse viranomaisen erehdyksessä antamasta lupauksesta järjestää asunto suurelle joukolle asunnottomia myös tulevaisuudessa, viitattiin nimenomaan siihen, että vaikka kyseisen kanteen kantajalla olikin legitiimi, lupauksen perusteella syntynyt luottamus asunnon saamiseen, niin oli myös kaikilla muilla jonotuslistalla olleilla. Kun saatavilla olevien asuntojen määrä oli rajoitettu, oli jo lähtökohtaisesti mahdotonta suojata kaikkien luottamusta. Tämän johdosta tarvittiin kriteerejä, joilla asunnon saajat valikoitiin, ja näiden kriteerien luominen kuului nimenomaan viranomaisen *policyn* piiriin: ”such invidious choices are essentially political rather than judicial”. Tätä taustaa vasten selittyy ns. *Ibrahim*-tuomiossa²⁵⁰ omaksuttu kanta, jonka mukaan luottamuksen suojaaminen antamalla luottamusperusteen omaaville ja siihen luottaneille lisäpisteitä asuntojen jaossa, oli yhteen sovitettavissa *Bibi*-tuomion asettamien vaatimusten kanssa. Toiseen suuntaan puhuu kuitenkin se, että esimerkiksi *Coughlanissa* katsottiin, että luottamuksen suojaamisen seurausten yksinomainen taloudellinen luonne toi tapauksen nimenomaan yksilöllisen aineellisen luottamuksensuojan piiriin eli käsillä arvioitiin olevan hallinto-oikeudellinen vertikaalisuhde.

²⁴⁵ *R. v. Secretary of State for the Environment ex p. Hammersmith and Fulham* LBC [1991] 1 A.C. 521.

²⁴⁶ Clayton 2003, s. 100.

²⁴⁷ Elliott 2001, s. 321.

²⁴⁸ Sales 2006, s. 192.

²⁴⁹ *R v. London Borough of Newham and Manik Bibi and Ataya Al-Nashed* [2001] EWCA Civ 607.

²⁵⁰ *R. v. Redbridge London Borough Council ex parte Ibrahim* [2002] EWHC 2756.

Punninta on kääntynyt *Coughlanin* vertikaalisuhteesta eroavissa tapauksissa julkisen intressin eduksi muun ohella siksi, että luottamuksen suojaaminen merkitsisi tulevan *policyn* sitomista sellaiseen ratkaisuun, jota tehtäessä ei ollut käytössä kaikkia asiankuuluvia tietoja.²⁵¹ Kanta voidaan tukea *Begbie*-tuomiossa esitettyyn: *Coughlanin* ensimmäinen kategoria, *Wednesbury*, soveltuu lähtökohteisesti silloin, kun kyseessä on vallanjaollisista syistä politiikan alueelle kuuluva *policyn*muodostus. Kun muistetaan *Coughlanin* kategorisoinnin vastaavan *Begbie*-tuomiossa omaksutun doktriinin johdosta suhteellisuusperiaatteen mukaista punnintaa, voidaan *Begbie*-tuomiota tältä osin lukea myös punnintaratkaisuna, kategorisointiin viittaavista sanamuodoista huolimatta.

R v. Department of Education and Employment ex parte Heather Charis Begbie (By her Mother and Litigation Friend Rachel Begbie): "In some cases a change of tack by a public authority, though unfair from the applicant's stance, may involve questions of general policy affecting the public at large or a significant section of it (including interests not represented before the court); here the judges may well be in no position to adjudicate save at most on a bare *Wednesbury* basis, without themselves donning the garb of policy-maker, which they cannot wear. The local government finance cases, such as *R v Secretary of State ex parte Hammersmith* [1991] 1 AC 521, exemplify this. As Wade and Forsyth observe (*Administrative Law*, 7th edn p. 404): 'Ministers' decisions on important matters of policy are not on that account sacrosanct against the unreasonableness doctrine, though the court must take special care, for constitutional reasons, not to pass judgment on action which is essentially political'."²⁵²

Tuskinpa suurta vääryyttä tehdään *common law'n* doktriinille, jos asetelmaan viitataan tältä osin mannermaisesta punnintateoriasta omaksuttujen *prima facie*-etusijojen järjestelmänä. Milloin kyseessä sitten on näin määrittyvän politiikan alan ulkopuolelle sijoittuva intressi, jossa punninta-asetelman *prima facie*-etusijat voivat kääntyä toisinpäin? Eräs julkilausuttu kriteeri liittyy luottamuksen suojaamiseen rajoitettuun oikeusvaikutukseen. Esimerkiksi Steyn viittaa siihen, että luottamuksen suojaamisen oikeusvaikutusten rajoitettu ajallinen kesto olisi punninnassa otettava huomioon yksityisen eduksi sekä siihen, että merkitystä voidaan antaa myös seurauksia koskevan tiedon varmuudelle²⁵³. Yleisemmin tällainen rajoitettu vaikutus kytketään kuitenkin ratkaisun henkilöllisen piirin laajuuteen.

²⁵¹ Sales – Steyn 2004, s. 576.

²⁵² *R v. Department of Education and Employment ex parte Heather Charis Begbie (By her Mother and Litigation Friend Rachel Begbie)* [1999] EWCA Civ 2100, kirjallisuusviite tuomion tekstissä, ajantasainen painos tämän teoksen lähdeluettelossa.

²⁵³ Steyn 2001, s. 249.

6.3.6.2 Ilmaisun kohteiden lukumäärä

Coughlanissa viitattiin siihen, että ilmaisun addressaattien lukumäärä oli merkityksellinen luottamuksensuojapunninnan lopputuleman kannalta. Vaikka tuomioistuin vertasi tilannetta yhden tai harvan addressaatin tilanteessa lähinnä sopimuksen sitovuuteen, saa vertaus merkityksensä vasta edellä mainitun politiikka-argumentin puitteissa: ”Most cases of an enforceable expectation of a substantive benefit (the third category) are likely in the nature of things to be cases where the expectation is confined to one person or a few people, giving the promise or representation the character of a contract”. Erityisesti ortodoksian piirissä painotetaan sitä seikkaa, että tällainen pienelle, ennalta määritellylle joukolle annettu lupaus on sekä oikeusvaikutuksiansa²⁵⁴ että oikeudellisen luonteensa²⁵⁵ jotain muuta kuin yleinen *policy*.²⁵⁶ Viranomaisen harkintavallan käytettävyyttä korostava *non-fettering* kohtaa vain rajatulle joukolle myönnettävästä suojasta vähäisemmän uhan kuin abstraktille joukolle soveltuvan *policy*-tyyppisen normin sisällön sitominen.²⁵⁷

Ilmeisin kritiikki tällaista rajanvetoa vastaan kytkeytyy rajojen määriteltävyyteen, esimerkiksi Clayton viittaa siihen epävarmana mittapuuna käyttäen tukena tuomiota *Ng Siu Tong v. Director of Immigration Hong Kongin* ylimmästä tuomioistuimesta²⁵⁸, jossa tuhannen ihmisen joukon katsottiin mahtuvan kriteerin sisään.²⁵⁹ *ABCIFER*-tuomiossa joukko rajattiin mahtuvaksi 800–1500:n väliin.²⁶⁰ Tällainen kiinteiden lukumäärien määrittely on kuitenkin luottamuksensuojadoktriinin punnintaratiolle ja siihen liittyvälle yksityisen näkökulmalle verrattain vierasta, ja oikeuskäytännössä on mm. *Niazi / Bhatt* -tuomiossa²⁶¹ viitattu siihen, että kriteeri ei ole luottamuksensuojan teoreettisten oikeuttamisperusteiden kannalta välttämättä edes mielekäs: ”*Though in theory there may be no limit to the number of beneficiaries of a promise for the purpose of such an expectation, in reality it is likely to be small, if the court is to make the expectation good.*” Rajaus oli siis lähinnä empiirinen yleistys, joka seurasi luottamuksensuojan muista soveltamisedellytyksistä. *Lord Justice Laws* perusteli kantaansa paitsi viittaamalla em. *Coughlanissa* ja *Begbiessä* ylläpidettyihin policyratkaisut politiikan piiriin siirtäviin konstruktioihin, myös siihen, että mitä pienempi oli luottamukseen

²⁵⁴ Moules 2008, s. 87.

²⁵⁵ Knight 2009, s. 20–21.

²⁵⁶ Watson 2010, s. 643, 645.

²⁵⁷ Moules 2008, s. 87.

²⁵⁸ *Ng Siu Tung v Director of Immigration* [2002].

²⁵⁹ Clayton 2003, s. 100.

²⁶⁰ *R (ABCIFER) v Secretary of State for Defence* [2003] EWCA Civ 473.

²⁶¹ *R. (on the application of Niazi) v Secretary of State for the Home Department* [2008] EWCA Civ 755.

vetoavien joukko, sitä todennäköisempää oli siihen vetoavien intressien yhden-suuntaisuus: ”*When a promise is made to a category of individuals who have the same interest it is more likely to be considered to have binding effect than a promise which is made generally or to a diverse class, when the interests of those to whom the promise is made may differ or, indeed, may be in conflict?*”

Tämäkin kriteeri kytkeytyy välillisesti vallanjaollisiin seikkoihin. Hallintoviranomaisen toimivaltaa määrittävän *non-fettering*-periaatteen vastaisena on pidetty yleensä sitä, että viranomainen voisi etukäteen sitoa harkintavaltansa. Salesin jäsennyksessä tällainen etukäteinen toimi eli luottamusperustan muodostava ilmaisu saa nimenomaisen merkityksen etukäteen tehtynä päätöksenä, joka on tehty puutteellisen tiedon ja menettelyllisen ympäristön olosuhteissa.²⁶² *Judicial review*’n osalta taustalla on ortodoksian vakiintuneesti ylläpitämä käsitys siitä, että *judicial review* ei ole sen paremmin konstitutionaalisesti kuin tosiasiallisesti kykenevä käsittelemään taloudellisia konsideraatioita sisältäviä sisällöllisiä *polity*ratkaisuja tai eri suuntaan osoittavien *yksityisten intressien* tasapainottamista. Esimerkiksi de Smithin uusin painos viittaa ortodoksian ulkoistaneen *judicial review*’n piiristä *policy*ratkaisujen piiriin nimenomaan ”*polycentric*”- ja ”*resource allocative*”-asiakokonaisuudet.²⁶³ Tätä näkökohtaa konkretisoitiin nimenomaan luottamuksensuojan näkökulmasta tuomiossa *Henry Boot Homes Ltd v Bassetlaw DC*,²⁶⁴ jossa ratkaistavana oli muun ohella rakennusvalvonnan laiminlyöntien ja niiden varaan perustetun luottamuksen merkitys normatiivisessa kontekstissa, joka rakentuu olennaisesti erisuuntaisten ja eri intressanttien oikeudellisten intressien tasapainottamiseen viranomaismenettelyissä.

”The interests of third parties and the public in such matters also greatly reduce the potential for a legitimate expectation, such as is contended for in the present appeal, to arise. One of the reasons is that it is difficult to see how a legitimate expectation, said to derive from the conduct of the local authority, could operate so as to prevent an interested third party from questioning whether development has validly begun and whether the planning permission is still extant. This is not a remote possibility: the commencement of judicial review proceedings by Aldergate and Mr. Christian in the present case demonstrates how such issues extend beyond merely the developer and the local authority. Yet those third parties did nothing to give rise to any legitimate expectation on the appellant’s part.”

²⁶² Sales 2006, s. 189.

²⁶³ De Smith 2007, s. 15–22.

²⁶⁴ *Henry Boot Homes Ltd v Bassetlaw DC* [2002] EWCA Civ 983.

Tämä näkökohta on viety miltei äärimmilleen *Bibi*-tuomiossa, jossa huomauteetaan miltei jokaisen julkisoikeudelliseen etuuteen kohdistuvan etuusratkaisun kantavan sisällään tällaista polysentriaa huolimatta siitä, kuinka vähäiselle määrälle ilmaisu oli suunnattu: ”*The money can often not be found without depriving others of money which they expected to retain or of benefits which they expected to receive.*” Kyse on *David Blundellin* mukaan yksinkertaisesti siitä, että raha tulee ”julkisesta lompakosta”, joka sekään ei ole rajaton.²⁶⁵ Tässä ei ole kuitenkaan mahdollista käydä ajatuksen välttämättömän tausta-ajatuksen, *Lon Fullerin* otsikon ”*The Forms and Limits of Adjudication*” alla käynnistämän polysentria lainkäytössä -keskustelun yksityiskohtiin. Riittää, kun todetaan esimerkiksi Schønbergin esittäneen ratkaisuvaihtoehdoksi tuomioistuimen asemaa ja menettelyä niissä koskevien ortodoksisten periaatteiden hylkäämistä mannermaisten esikuvien mukaisesti.²⁶⁶

Toinen tällaiseen rajattuun joukkoon liittyvä perustelu kytkeytyy seuraamusten ennakoitavuuteen: *Begbiessä* viitattiin siihen, että mitä pienempi joukko on kyseessä, sitä suuremmalla varmuudella tuomioistuin voi ennakoida luottamukSENSUOJARATKAISUN seuraukset: ”*The court may be able to envisage clearly and with sufficient certainty what the full consequences will be of any order it makes.*”²⁶⁷

6.3.6.3 Yksityisen intressiin painavuus

Punninnassa merkitystä saa myös käsillä oleva yksityinen intressi tai oikeus. *Coughlanissa* painotettiin sitä, että kyseessä oleva viranomaissuorite – hoitokoti – kuului tuomioistuimen käsityksen mukaan EIS 8. artiklan turvaaman oikeuden soveltamisalalle. Edelleen viitaten tuomioon *R.v. Ministry of Defence, ex parte Smith* tuomioistuin viittasi suhteellisuuseriaatteelle rakentuvaan ajatukseen siitä, että mitä merkittävämmästä oikeuden rajoituksesta on kysymys, sitä painavamman rajoitusta edellyttävän julkisen intressin on oltava läsnä rajoitusta perustelemissa: ”*the more substantial the interference with human rights, the more the court will require by way of justification before it is satisfied that the decision is reasonable ... or, we would add, in a case such as the present, fair*”.

Vaikka kirjallisuudessa on huomautettu tuomioistuimen *Coughlanissa* omaksuman tulkinnan EIS 8 artiklan sisällöstä olevan ehkä perusteeton,²⁶⁸ ei siinä il-

²⁶⁵ Blundell 2005, s. 153.

²⁶⁶ Schønberg 2000, s. 161.

²⁶⁷ *R v. Department of Education and Employment ex parte Heather Charis Begbie (By her Mother and Litigation Friend Rachel Begbie)* [1999] EWCA Civ 2100.

²⁶⁸ Moules 2008, s. 86.

maistu perusratkaisu oikeuksien suhteesta julkisen intressin painavuuteen ole ortodoksian ulkopuolella kohdannut merkittävää kritiikkiä. Esimerkiksi Moules viittaa siihen, että koko *common law*'n julkisoikeuden lähtökohtana on se, että eri intressit omaavat eriasteisen suojan.²⁶⁹ Tosin, kun koko julkisoikeudellisen oikeuden (*public law right*) käsite on *common law*'n hallinto-oikeudessa verrattain tuore ja erittäin jäsentymätön, käsitellään mainittua punnintaa yleensä ensisijaisesti kysymyksenä suhteellisuusvaatimuksesta nimenomaan ihmisoikeussopimuksen soveltamisalalla:²⁷⁰ esimerkiksi *Reprotech*-tuomioissa viitattiin nimenomaan vain ihmisoikeussopimuksen turvaamien oikeuksien hierarkiaan.

Public law can also take into account the hierarchy of individual rights which exist under the Human Rights Act 1998, so that, for example, the individual's right to a home is accorded a high degree of protection (see Coughlan's case at pp. 254–255) while ordinary property rights are in general far more limited by considerations of public interest.

Public law rightin käsitteen jäsentymättömyys kytkeytyy *common law*'ssa ennen kaikkea siihen, että ortodoksia tunnusti oikeuksien merkityksen vain *private law rightin* merkityksessä; tällainen yksityisoikeudellinen oikeus syntyi julkisoikeuden alalla viranomaisen käytettyä harkintavaltaansa ja myönnettyä yksityiselle etuuden.²⁷¹ Tästä näkökulmasta ei ole mitenkään yllättävää, että jäsentymättömästä oikeuden käsitteestä huolimatta luottamuksen suojaamisesta erkänemiselle edellytetään painavampia perusteita, kun kyse on jo myönnettyyn etuuteen kajoamisesta kuin luottamuksesta tulevaisuudessa saatavaan etuun.²⁷² Vaikka Moules palauttaa tämän näkökohdan varsin yksinoikeisesti *detrimental reliance*n käsillä oloon²⁷³, lieenee taustalla kuitenkin yleisempikin, sinänsä Moulesin esittämän reduktion kanssa yhteensopiva ajatus. Kuten jäljempänä päätösten pysyvyyden tarkastelun yhteydessä huomataan, ei tämä näkökohta rajoitu nykyisessä oikeustilassa yksin muodolliseen temporaaliseen ulottuvuuteen, vaan intressin painavuutta on nykyisin alettu päätösten pysyvyyden yhteydessä jäsentää myös julkisoikeudelliseen oikeuteen samastuvalla tavalla kysymyksenä kansalaisen ja oikeusjärjestyksen välittömästä suhteesta ja sen sisällöstä.²⁷⁴

²⁶⁹ Moules 2008, s. 89.

²⁷⁰ Rivers 2006, s. 177 ss.

²⁷¹ Forsyth 1988, s. 260.

²⁷² De Smith 2007, s. 633–634.

²⁷³ Moules 2008, s. 90.

²⁷⁴ Craig 2008, s. 673.

6.3.6.4 Yksityisen toiminta

Moules viittaa siihen, että yksityisen toiminta on mahdollista ottaa osaksi punnintaa, vaikka osa siitä tulee arvioitavaksi jo luottamuksen legitimitteettikysymyksenä.²⁷⁵ Koska kysymys *detrimental reliance*sta on jo edellä käsitelty seikkaperäisesti, ei siihen enää palata tässä kohdin: riittää kun todetaan sen puoltavan punninnassa yksityisen intressien suojaamista. *Reliance*n ohella Moules kiinnittää punninnan yksityisen toimintaan luottamusperusteen oikeellisuuden selvittämiseen. Kyse on lähinnä siitä, tulisiko yksityisen hankkia itsenäisesti selvitystä esimerkiksi viranomaisen antaman lausunnon tai lupauksen oikeellisuuden selvittämiseksi.

Oikeuskäytäntö on tältä osin niukkaa, Moules viittaa lähinnä tuomioon *Henry Boot Homes Ltd. v. Bassetlaw DC*,²⁷⁶ jossa oli asiallisesti kyse rakennusvalvontaviranomaisen laiminlyönnistä syntyneen luottamuksen suojaamisesta. *Lord Justice Laws*n mukaan yksityinen oli kuitenkin tässä tilanteessa tasavertaisessa tiedollisessa asemassa viranomaiseen nähden, eikä tämän johdosta ollut perusteltua suojata luottamusta: ”*It was as capable as was the local planning authority of informing itself as to the legal consequences of commencing development in breach of condition.*” Yleensä kuitenkin on Moulesin mukaan katsottu, että mikäli molemmat osapuolet – sekä yksityinen että viranomainen – omaavat saman väärinkäsityksen, on luottamusta perusteltua suojata.²⁷⁷

6.4 HALLINTOPÄÄTÖSTEN PYSYVYYS

Hallintopäätösten pysyvyys muodostaa *common law*’ssa irrallisen ja erillisen osan luottamuksensuojadoktriinia. Sen taustalle kuitenkin konstruoidaan sama luottamuksen suojaamisen tarve kuin doktriinissa yleensäkin. Esimerkiksi Schønberg jäsentää päätösten pysyvyyttä lähtökohdasta, jonka mukaan ihmiset suunnittelevat elämäänsä luottaen hallinnollisten päätösten sisältöön ja sen pysyvyyteen.²⁷⁸ Samoin Craigin analyysistä ilmenee ainakin välillisesti doktriinin taustalla oleva ajatus siitä, että ihmisten tulee voida luottaa päätöksen pysyvyyteen.²⁷⁹ Tästä huolimatta päätösten pysyvyyttä koskeva tarkastelu sijoittuu yleensä, ja erityisesti Moulesille, muusta doktriinista irralliseksi osioksi.²⁸⁰ Samanlai-

²⁷⁵ Moules 2008, s. 87–89.

²⁷⁶ *Henry Boot Homes Ltd v Bassetlaw DC* [2002] EWCA Civ 983.

²⁷⁷ Moules 2008, s. 88.

²⁷⁸ Schønberg 2000, s. 64.

²⁷⁹ Craig 2008, s. 673.

²⁸⁰ Moules 2008, s. 109–111.

nen erillisuus voidaan liittää Craigin tarkasteluun: vaikka päätösten pysyvyyttä koskeva kokonaisuus rakentuu osaksi *Coughlanin* jälkeistä peruskategorisointia, ei sen sisältö oikeastaan kytkeydy muuhun luottamuksensuojakeskusteluun lainkaan, vaan operoi lähinnä perinteisellä *common law*'n oikeusvoimadoktriinilla (*res judicata*) ja *estoppel*-opilla niitä sanottavasti nimenomaan luottamuksensuojan doktrinaalisilla opeilla modifioimatta.²⁸¹

Keskustelua voidaan arvioida jäsentymättömäksi: päätösten pysyvyyttä koskeva luottamuksensuojadoktriini on luonteeltaan paitsi muun doktriinin normatiivisuudesta poikkeavalla tavalla deskriptiivinen, myös eräänlainen päälle liimatun oloinen mannermaisesta omaksuttu oikeudellinen siirännäinen, jonka merkitystä kontekstille ei ole oikein kyetty jäsentämään. Selityksenä tälle toiminee muun *common law*'n omaleimaisuuden ohella ainakin *ultra vires* -luottamuksensuojan olemassaoloon kriittisesti suhtautuva vallitseva kanta, minkä johdosta mannermaisesta doktriinista tuttua, muodollisen lainalaisuuden ja luottamuksensuojan välistä konfliktiasetelmaa päätösten pysyvyyden kautta purkavaa keskustelua ei ole englantilaisessa diskurssissa voitu *de lege lata* käydä.

Vallitseva *intra vires* -doktriini kuitenkin pitää johtotähtenään jakoa päätösten tekemiseen taustalla olevan toimivallan laadun mukaan. Jokseenkin vakiintuneesti erotetaan päätökset, joiden sisältöä määrittää lainsäädäntö sellaisenaan, päätöksistä, joiden sisältöä määrittää myös viranomaisen harkintavalta.²⁸² Toinen perusjako liittyy erotteluun, jossa pysyvyyttä analysoidaan sisällön asemesta muodollisella *estoppel per rem judicatem* -opilla eli oikeusvoimaulottuvuudella. Tämä Craigin esittämä analyysi ei sinänsä tuo luottamuksensuojan tarkasteluun mitään olennaista lisäarvoa verrattuna edellä jo oikeuttamisperusteiden yhteydessä esitettyyn *estoppel*-keskusteluun, joten tässä yhteydessä riittää kun mainitaan sen kantavan oikeusvoiman menettelyllisiä ja muodollisia pysyvyyselementtejä.²⁸³

Tässä yhteydessä tarkasteluun tulevan ensimmäisen erottelun perusteena esitetään yleensä kaksi oikeustapausta, *Re 56 Denton Road*²⁸⁴ ja *Rootkin v. Kent*.²⁸⁵ *Re 56 Denton Road* käsitteli asiallisesti oikeusvoimaa. Kyseessä oli oikeusriita, jossa riidan kohteena oli rakennusten sodanaikaisia vahinkoja korvaavan lainsäädännön soveltaminen. Asiassa oli kolme erisuuntaista viranomaisen päätöstä. Ensimmäisen mukaan kyseinen rakennus oli kärsinyt täydellisen tuhon, toisen, jälkimmäisen mukaan tuho ei ollutkaan täydellinen. Lopulta viranomainen kuitenkin palasi kolmannessa päätöksessään siihen, että tuho oli sittenkin täydelli-

²⁸¹ Craig 2008, s. 672–675.

²⁸² Craig 2008, s. 673, Schönberg 2000, s. 65, Moules 2008, s. 109–110.

²⁸³ Craig 2008, s. 673–674.

²⁸⁴ *Re 56 Denton Rd.*, Twickenham, Middlesex [1953] 1 Ch. 51.

²⁸⁵ *Rootkin v. Kent County Council* [1981] 1 W.L.R. 1186.

nen. Yksityisen korvausvaateen kannalta edullisin tilanne oli keskimmäisen päätöksen ”*non-total loss*”.²⁸⁶ Tuomioistuimien katsoi keskimmäisen päätöksen pysyväksi ja oikeusvoimaiseksi (final) perustellen kantaansa sillä, että mikäli parlamentti oli säätänyt viranomaisen velvollisuudeksi tehdä ”yksityisen oikeuksiin vaikuttava” päätös (*decision affecting right*), tuli tällaista pitää lopullisena sen tiedoksiannon jälkeen, eikä sitä voitu ilman nimenomaista statuuttioikeuden luomaa toimivaltaa peruuttaa. Päätös oli sitova sellaisenaan. Tällaista päätöstä Schønberg kutsuu tutkimuksensa tarpeisiin (”*in our purposes*”) deklaratoriseksi päätökseksi, koska se ei periaatteessa luo uusia oikeuksia, vaan ainoastaan toteaa statuuttioikeudesta seuraavan oikeuden olemassaolon.²⁸⁷

Pysyvyys tässä merkityksessä on vahvistettu myös uudemmassa oikeuskäytännössä tuomiossa *Thrasyvoulou v. Secretary of State for the Environment*²⁸⁸, jossa oli asiallisesti kyse siitä, oliko viranomaisella toimivaltaa pitää rakennusta vuorotellen kaavoitusmääräysten vastaisena *hostel*-tyyppisenä majoitusliikkeenä ja vuoroin samojen määräysten puitteissa sallittuna hotellina.

Tällaista pysyvyyttä ei ole kuitenkaan oikeuskäytännössä liitetty aina päätöksiin, joiden sisältö perustuu viranomaisen harkintaan eli Schønbergin käsitteistön mukaisiin konstitutiivisiin päätöksiin. Konstituutio liittyy tässä siihen perinteeseen ortodoksiankin painottamaan lähtökohtaan, jonka mukaan oikeus syntyy vasta viranomaisen käytettyä harkintavaltaansa.²⁸⁹

Common law'n public law right'n käsitteeseen liittyvä epätietoisuus kytkeytyy myös deklaratorisen ja konstitutiivisen päätöksen rajanvetoon: esimerkiksi Schønberg huomauttaa, että tuomioistuinkäytännöstä ei ole löydettävissä käsitteellistä vastausta tähän ongelmaan.²⁹⁰ Schønberg huomauttaa myös, että luottamuksensuojan näkökulmasta on kaikkea muuta kuin perusteltua kytkeä päätöksen pysyvyys tähän eroon: pikemminkin olisi perusteltua myös *common law'n* omista lähtökohdista omaksua mannermainen lähtökohta, jossa luottamuksensuojan perustelema pysyvyys kytkettäisiin kaikkiin edunsooviin päätöksiin.²⁹¹ Schønberg konstruoii kantansa tueksi säännön, jonka mukaan *common law* itse asiassa rajoittaa päätösten peruutettavuuden rajoitukset vain edunsooviin päätöksiin, vaikka tällaista kantaa ei oikeuskäytännössä olekaan eksplikoitu. Schønbergin mukaan rajoitus on kuitenkin olemassa implisiittisesti ja johdonmukaisesti sovellettu.²⁹²

²⁸⁶ Craig 2008, s. 672.

²⁸⁷ Schønberg 2000, s. 65–67.

²⁸⁸ *Thrasyvoulou v. Secretary of State for the Environment* [1990] 2 AC 273.

²⁸⁹ Schønberg 2000, s. 65–68.

²⁹⁰ Schønberg 2000, s. 67.

²⁹¹ Schønberg 2000, s. 69.

²⁹² Schønberg 2000, s. 72–73.

Schønberg esittää kaksi kriteeriä, joilla edunsaava päätös on mahdollista identifioida. Ensinnäkin, kyse on päätösten vaikutusten tarkastelusta. Edunsaavan päätöksen tunnistamisessa on nojaututtava siihen, mitä julkinen valta asiassa päätöksen johdosta tekee. Näin ollen kyseessä voi olla esimerkiksi tarjouksen peruuttamisen laillisuuden arvioinnista. Toiseksi, edunsaavuuden arviointi on suoritettava hallintopäätöksen addressaatin näkökulmasta.²⁹³ Schønberg lähestyy mannermaista doktriinia toteamalla myös lyhyesti hallintopäätöksen ehtojen voivan modifioida sen pysyvyyttä sekä osoittamalla tiedoksiannon merkityksen peruutettavuuden rajoituksen edellytyksenä.²⁹⁴

Myös Craig huomauttaa deklaratorisen ja konstitutiivisen päätöksen eron olevan lähinnä veteen piirretty viiva, eikä tämän johdosta sille tulisi antaa lainkaan merkitystä.²⁹⁵ Vanhemmassa oikeuskäytännössä on kuitenkin usein viitattu esimerkiksi siihen, että toimivallasta harkinnanvaraisen hallintoluvan myöntämiseen seuraa myös automaattisesti toimivalta sen peruuttamiseen.²⁹⁶ Varsinaisen kulminaatiopisteen tässä saavuttaa *Rootkin*-tuomio²⁹⁷, jossa oli kyse koulukuljetuskustannusten korvattavuudesta. Viranomaisen tehtyä samassa asiassa kaksi erisisältöistä päätöstä, jotka perustuivat erilaisiin käsityksiin koulumatkan pituudesta, tuli tuomioistuimen ratkaistavaksi kysymys ensimmäisen, yksityiselle edullisemman mittauksen pysyvyydestä. Tuomioistuin ratkaisi asian yksityistä vastaan lähinnä sillä perusteella, että koska toinen mittaus osoitti korvattavuuden edellytysten olevan täyttyvä, ei viranomaisella ollut yleensäkään velvollisuutta matkakulujen korvaamiseen, vaan se oli viranomaisen harkinnassa. Tätä harkintaa ei *non-fettering*-periaatteen mukaisesti voitu rajoittaa²⁹⁸. Uudemmasta oikeuskäytännöstä on kuitenkin esitettävissä toisenlaisiakin kantoja. Schønberg viittaa erottelun kritiikkinsä tueksi tuomioon *Dennis Rye Pension Fund*,²⁹⁹ jossa katsottiin, että myös harkinnanvaraisen etuuspäätöksen pysyvyyteen kajoaminen olisi edellyttänyt statuutioikeuden tukea.

6.4.1 Prima facie pysyvien päätösten peruutettavuus

Schønbergin analyysissä näin ovat määrittäneet vasta *prima facie* -pysyvät päätökset. Schønberg erittelee edelleen perusteita, joilla tällaisesta pysyvyydestä voidaan erkaantua. Ensimmäisen, ”klassisten poikkeuksien” ryhmän muodosta-

²⁹³ Schønberg 2000, s. 74–75.

²⁹⁴ Schønberg 2000, s. 76–77.

²⁹⁵ Craig 2008, s. 673.

²⁹⁶ Schønberg 2000, s. 67.

²⁹⁷ *Rootkin v. Kent County Council* [1981] 1 W.L.R. 1186.

²⁹⁸ Craig 2008, s. 673.

²⁹⁹ *Dennis Rye Pension Fund v Sheffield CC*, 1998, 10 Admin LR 112.

vat nimenomainen suostumus, vilpillinen menettely ja mahdollisuus korjata ilmeiset kirjoitusvirheet (ns. *slip rule*)³⁰⁰. Suostumuskonstruktion analyysin osalta on todettava, että sen ohella, että tämä suostumus ja sen nimenomaisuuden vaatimus kytketään justifikatorisesti nimenomaan hallintopäätöksen addressaatin luottamukseen – tai oikeammin sen puutteeseen –, klassisen poikkeuksen analyysi ei tuo olennaista lisäarvoa nimenomaan luottamuksensuojadoktriinin kannalta.³⁰¹ Vastaava huomio voidaan kiinnittää muihin ensimmäisen ryhmän perusteisiin: lukuun ottamatta sitä jossain määrin kontekstissa notorista ehdotusta, että mahdollisuutta erkaantua pysyvyydestä niiden perustella tulisi tarkastella perusteltu luottamus huomioiden, ei tarkastelu tuo mainittavasti lisää edellä mainittuun.

Sitä vastoin doktriinin kannalta selkeän merkityksellinen on toisen ryhmän muodostava, monimutkaiseksi katsottu kokonaisuus, jossa pysyvyydestä erkaanutaan olosuhteiden ("*changes of fact*") tai *policyn* muutoksen perusteella. Schønberg kiinnittää tässä kohdin erityistä huomiota peruutettavuuden temporaaliseen ulottuvuuteen jakamalla sen mannermaiseen tapaan *ex tunc retroaktiivisuuteen* ja *ex nunc prospektiivisuuteen*. Schønberg muotoilee lähtökohdan, jonka mukaan *policyn* tai olosuhteiden muutos ei oikeuta koskaan *ex tunc* -peruuttamiseen.³⁰² *Policyn* tai olosuhteiden muutos ei oikeuta Schønbergin ajattelussa edes *ex nunc* -peruutettavuuden pääsääntöön, joskin tähän lähtökohtaan tehtävät poikkeukset saavat Schønbergin viittaamaan niihin pääsäännön olennaisena modifioijana.³⁰³

Ensimmäinen poikkeus koskee päätökseen sisältyviä ehtoja ja niiden täyttämistä tilanteessa, jossa toimivalta asettaa ehtoja perustuu viranomaisen harkintavaltaan. Poikkeuksen mukaan päätös voidaan peruuttaa, mikäli yksityinen ei enää täytä päätöksen ehtoja. Oikeuskäytäntö *common law'n judicial review'n* piiristä on niukkaa: Schønberg joutuu konstruoimaan oikeustilan tältä osin lähinnä EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön varaan, mutta huomauttaa vastaavanalaisen ajatuksen olevan löydettävissä ainakin tuomiosta englantilaisesta *Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. Cox*,³⁰⁴ joka sekin kuitenkin koski EU-oikeuden kannalta merkityksellistä kysymystä maitokiintiöistä. Saksalainen hallintopäätöksen pysyvyyden relativoinnista ehtotoimivallan avulla koskeva keskustelu ei ole saanut tältä osin vastinpariaan *common law'ssa*, kysymys

³⁰⁰ Schønberg 2000, s. 80.

³⁰¹ Schønberg 2000, s. 79–80.

³⁰² Schønberg 2000, s. 81.

³⁰³ Schønberg 2000, s. 82.

³⁰⁴ Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. Cox [1993] 22 EG 111; [1993] 2 CMLR 917.

viranomaisen ehtotoimivallan olemassaolosta sivuutetaan hajamaininnalla alaviitteessä.³⁰⁵

Toinen poikkeus samastuu olennaisilta osiltaan edelliseen, nyt käsillä on kuitenkin statuuttioikeudessa määriteltyjen ehtojen tai edellytysten olemassaolon lakkaaminen. Schønbergin mukaan peruutus tällaisella perusteella ei loukkaa oikeusvarmuutta tai luottamuksensuojaa: yksityinen ei voi luottaa sellaisen päätöksen pysyvyyteen, jonka lakisääteiset edellytykset ovat lakanneet olemasta. Luottamuksensuoja saattaa kuitenkin edellyttää peruuttamisen oikeusvaikutusten pehmentämistä esimerkiksi siirtymäajoin.³⁰⁶

Siinä missä edellisissä poikkeuksissa oli kyse olosuhteiden muutoksesta ("changes of fact"), koskee kolmas poikkeus *policyn* muutosta. Kyse on tilanteesta, jossa päätöksen pysyvyydestä erkaantuminen perustellaan *policyn* muutoksella tai siihen rinnastuvalla sellaisella "yleisten" olosuhteiden muutoksella, jolla ei ole välitöntä merkitystä päätöksen kannalta nimenomaisten laillisuusedellytysten täyttymiseen. Schønberg pitää kyseistä toimivaltaa ongelmallisena oikeusvarmuuden ja luottamuksensuojan kannalta, vaikka viranomaisten toimivalta *policyn* muutokseen onkin sellaisenaan perusteltavissa oleva lähtökohta. Schønberg suhtautuu kuitenkin kriittisesti lähtökohtaan, jonka mukaan tästä perusteltavissa olevasta toimivallasta seuraisi automaattisesti myös pääsääntöinen peruutettavuus niiden päätösten osalta, joiden sisältö ei täytä uutta *policya*: Schønberg katsoo, että peruuttamistoimivalta tulisi sitoa lainsäätäjän antamiin normeihin.³⁰⁷ Schønberg joutuu kuitenkin huomauttamaan, että edellä mainittu *Re 56 Denton Road-* ja *Rootkin*-tuomioista ilmenevä jako ei tällaista ajatusta kunnioita. *Rootkin*-tuomiossa tarkoitettut, Schønbergin käsitteistön mukaiset konstitutiiviset päätökset ovat peruutettavissa myös *policyn* muutoksen perusteella. Ongelmaa tosin lieventää jonkin verran se, että peruutettavuutta rajaa ainakin *Wednesbury*. Schønbergin *Wednesbury*-rajojen osoitukseksi esittämä oikeuskäytäntö vaikuttaisi perustuvan kuitenkin enemmänkin *abuse of power*-doktriinin tarkoitussidonnaisuutta vastaavaan ulottuvuuteen kuin luottamuksensuojaan.³⁰⁸

³⁰⁵ Schønberg 2000, s. 83, erit. alav. 139.

³⁰⁶ Schønberg 2000, s. 83–84.

³⁰⁷ Schønberg 2000, s. 84–85.

³⁰⁸ Schønberg 2000, s. 85.

6.4.2 Lainvastaisten päätösten pysyvyys

Schønbergin hallintopäätösten pysyvyyttä koskeva tarkastelu kulminoituu kysymykseen lainvastaisen päätöksen pysyvyydestä.³⁰⁹ Kun muistetaan oikeuttamisperusteiden tarkastelun yhteydessä edellä esitetty *common law*’n luottamuksensuojan periaatteellinen raja koskemaan vain harkintavallan käyttöä *intra vires* ns. *jurisdictional principlen* vaatimuksesta, on ilmeistä, että Schønbergin analyysi tältä osin omaa kattavampaakin merkitystä. Schønbergin *ultra vires* -ortodoksiasta erkanemiselle konstruoimat perustelut nimittäin vastaavat sitä samaa keskustelua, jota esimerkiksi Elliott on käynyt *ultra vires* -luottamuksensuojan hyväksymisestä yleensä, myös päätösten peruutettavuuden ulkopuolella.³¹⁰ Myös Schønberg esittää asiallisesti saman doktriinin koskien *ultra vires* -päätösten peruutettavuutta ja *ultra vires representation* -luottamuksensuojaa, joskin muusta systematiikasta johtuen esitysjärjestyksessä erillisinä kokonaisuuksina³¹¹. Moulesin esityksessä tätä erottelua ei *ultra vires* -doktriinin tarkastelussa ole enää lainkaan havaittavissa³¹². Esitysjärjestyksen ohella tällainen ratkaisu merkitsee sen asiallisen havainnon tekemistä, että luottamuksensuoja näyttäisi saavan yhtenäisen *ration* vasta kasvettuaan nimenomaan myös lainsäätäjää vastaan tai siitä autonomista suojaa tarjoavaksi periaatteeksi.

Luottamuksensuojan soveltamisedellytysten osalta on käyty keskustelua myös siitä, missä vaiheessa yleistä *Bibi*-tuomion varaan rakennettua perusrakennetta luottamuksen kohdistuminen *ultra vires* -luottamusperusteeseen olisi syytä ottaa huomioon. Vallitseva kanta lieenee tältä osin jo erkaantunut ortodoksiasta siinä määrin, että on perusteltua katsoa luottamuksen voivan olla myös näissä tilanteissa legitiimi: kyse on päätösheuristisesti siis lähinnä siitä, voidaanko luottamusta suojata *ylipäänsä* siten, että se johtaisi *ultra vires* toimen tekemiseen.³¹³

6.5 LUOTTAMUKSENSUOJAN RAJOILLA: ULTRA VIRES

Keskustelu *ultra vires* -luottamuksensuojan olemassaolosta on käynyt vilkkaana jo pitkään. Erällä tavalla luottamuksensuoja on koko historiansa ajan ollut *ultra vires* -keskustelua: on nimittäin syytä muistaa, että *common law*’n hallinto-oi-

³⁰⁹ Schønberg 2000, s. 89 ss.

³¹⁰ Schønberg 2000, s. 90–91, Elliott 2003, s. 71–80.

³¹¹ Schønberg 2000, s. 90–91, 146–149.

³¹² Moules 2008, s. 95–97.

³¹³ Steele 2005, s. 311.

keuden keskeisiin opinkappaleisiin kuuluva ns. *non-fettering*-vaatimus, joka esittää viranomaista ennakolta sitomasta *edes* harkintavaltaansa asiassa,³¹⁴ on ortodoksian piirissä käsitetty usein niin laajaksi, että aineellisen luottamuksen suojaaminen saattaa olla lain sanamuodonkin puitteissa *ultra vires*.³¹⁵ Nykyisin *ultra vires* -luottamuksensuojaa ei kuitenkaan ymmärretä näin laajasti: kuten edellä kävi ilmi, harkintaan kohdistuva *fettering* on luonteeltaan lähtökohtaisesti *intra vires* -luottamuksensuojan alaan kuuluva asia.

Nykyisen muodollisen *ultra vires* -ortodoksian hylkäävän keskustelun nimenomaiseen keskiöön kuuluvat Elliottin lukuisat eri puheenvuorot *ultra vires* -ortodoksian hylkäämisestä tässäkin suhteessa³¹⁶, Schønbergin luottamuksensuojadoktriinin tarkastelun yhteydessä otsikon ”*Suggestions for Reform*” alla käymä *de lege ferenda* -tyyppinen pohdiskelu doktriinin parantamisen mahdollisuuksista³¹⁷ sekä Craigin varsin perinpohjainen analyysi mahdollisuudesta jäsentää ns. *jurisdictional principle* uudelleen sekä strategisista vaihtoehdoista, joilla uudelleenjäsentynyt *jurisdictional principle* saa luottamuksensuojaan suhteen, joka ei dogmaattisesti sulje pois *ultra vires* -luottamuksensuojan mahdollisuutta.³¹⁸ Nimenomaisten puheenvuorojen ohella keskeinen merkitys tämän ongelman aukaisussa voidaan antaa sille yleisemmälle keskustelulle, jota nykyisin tavataan kutsua *Common Law Constitutionalismiksi*.

Kuten edellä *rule of law* -analyysin yhteydessä todettiin, *CLC*:n keskeisin ajatus voidaan hallinto-oikeuden kannalta tiivistää ajatukseksi oikeusperustaisesta oikeusajattelusta,³¹⁹ joka pyrkii nimenomaisesti erkanemaan ortodoksian ylläpitämästä parlamentin omnipotenssista, siihen kytkeytyvästä äärimmäisen muodollisesta *rule of law* -käsityksestä, *ultra vires* -ortodoksiasta tällaisen *rule of law*’n vartijana sekä tässä ympäristössä lähinnä *Diceyn* traditionaalisten oppien vaikutuksesta syntyneen *judicial restraintin* ja sen keskeisen konkretisoituman, *Wednesbury*-ortodoksian vallitsevuudesta hallinto-oikeudessa.³²⁰

Tämän kaiken voidaan oikeastaan ajatella saavan eräänlaisen kulminaatiopis- teensä *ultra vires* -luottamuksensuojassa, joka erkanee nimenomaisesti parlamentin kaikkivaltaisuudesta ja *rule of law/ultra vires* -yhteydestä myöntämällä *ultra vires* -toimien eli parlamentin tahdon vastaisesti tehtyjen toimien sitovuu- den olevan konstruoitavissa *judicial review*’n piirissä, erkanee jo käsitteellisesti *judicial restraint* -ajatuksesta ja saa viimein sisältönsä *Wednesburyn* korvannees-

³¹⁴ Sales 2006, s. 188.

³¹⁵ Roberts 2001, s. 113.

³¹⁶ Ks. esim. Elliott 2003, s. 71–80.

³¹⁷ Schønberg 2000, s. 104–106.

³¹⁸ Craig 2008, s. 682–691.

³¹⁹ Craig 2008, s. 25.

³²⁰ Kokoavasti ks. myös Leslie 2010, s. 301–323.

ta ja sen taustajustifikaatiotkin riitauttaneesta mannermaisesta tavasta ymmärtää suhteellisuusperiaate.

Common law'n ultra vires- ja *Wednesbury*-ortodoksiaat eivät olekaan *ultra vires*-luottamuksensuojan olemassaoloa perinteisesti mahdollistaneet³²¹. *Lord Justice Sedley*n tuomiossa *R. v Commissioners of Custom and Excise*³²² ottaman kannan mukaisesti; ”the law recognises no legitimate expectation that a public authority will act unlawfully. It is only where the expectation is of a particular exercise of managerial discretion that the court will begin to examine its legitimacy”. Näin ollen ei ole mitenkään yllättävää, että ortodoksian piirissä *ultra vires*-luottamuksensuoja jää edelleen muodollisen *rule of law*'n jalkoihin. *Wade – Forsyth*in uusin painos ilmaisee etusijan edelleen 1970-luvun *Forsthoffin Lehrbuchista* tutuin etusijoin: ”The protection of trust placed in an expectation is important, but it is not as important as upholding the rule of law.”³²³

6.5.1 Jurisdictional principle

Ortodoksisen lähtökohdan vallitessa mainittu *jurisdictional principle* sisältää vaatimuksen siitä, että vailla toimivaltaa esitetyt lupaukset, ilmaukset tai neuvot eivät sido niitä esittänyttä viranomaista. Se merkitsee luottamuksensuojan kohdalla asiallisesti sen sitomista *intra vires* -rajoihin.³²⁴ Hallintopäätösten pysyvyyden osalta se on merkinnyt sitä, että lainvastainen hallintopäätös on peruutettavissa yksin sen lainvastaisuuden perusteella myös *ex tunc* ja periaatteessa ilman erityisiä määräaikoja.³²⁵ Doktriinin ongelmallisuutta osoittaa sen keskeiseksi tuomioksi edelleen mainittu yli puoli vuosisataa vanha *Howell*-tuomio,³²⁶ jossa yritykselle myönnetty elinkeinolupa samastuva lupa peruutettiin myöhemmin lainvastaisena sen johdosta, että se oli *annettu* suullisessa muodossa statuutin vaatiman kirjallisen asemesta. Tuomioistuin painotti erikseen, että sen sisällölle ei voi antaa minkäänlaista sitovuutta kyseisen lainvastaisuuden vuoksi.

Jurisdictional principlen ylläpidolle on esitetty kestäviä perusteita. On viitattu siihen, että luottamuksen suojaaminen merkitsisi viranomaiselle myönnettyä avointa valtakirjaa laajentaa omaa toimivaltaansa parlamentin tahdosta välittämättä sitomalla tuleva toimintansa luottamusperustan avulla. Ortodoksian piirissä *ultra vires* -luottamuksensuojan torjunta kiinnitetään yleensä *ultra vires* -doks-

³²¹ Steele 2005, s. 311.

³²² *R. v Commissioners of Custom and Excise*, ex p. *F & I Services Ltd* [2001] EWCA Civ 762; [2001] S.T.C. 939.

³²³ *Wade – Forsyth* 2010, s. 451.

³²⁴ *Craig* 2008, s. 675.

³²⁵ *Schönberg* 2000, s. 90.

³²⁶ *Howell v Falmouth Boat Construction Co* [1951] AC 837.

riiniin *judicial review*'n toimivallan rajaajana.³²⁷ Torjunta ei kuitenkaan tyhjene yksin tähän näkökohtaan, eikä *ultra vires* -ortodoksian kaatuminen yleensä ole merkinnyt *ultra vires* -luottamuksensuojan hyväksymistä. Tässä yhteydessä yleensä myös toistetaan hokemaa, jonka mukaan ”*an official cannot be allowed in effect to rewrite Acts of Parliament*”.³²⁸ Tällainen perustelu ei kuitenkaan rajoitu yksistään *ultra vires* -luottamuksensuojaa vastustavaksi; vaan se on ortodoksian piirissä kytketty myös *intra vires* -luottamuksensuojan vastustamiseen. Esimerkiksi Sales viittaa siihen, että mikäli parlamentti on luonut viranomaiselle ehdottoman velvollisuuden asemesta harkintavallan käytettäväksi, olisi [vallanjoon] kannalta ”outoa”, mikäli viranomainen voisi omalla toiminnallaan sitoa itsensä kuitenkin ehdottomaan velvollisuuteen.³²⁹ Tämä outous saa ilmeisen konstitutionaalisen perustelunsa: Blundellin mukaan tällainen mahdollisuus olisi suorassa ja ilmeisessä ristiriidassa konstituution kaikkein olennaisimpien ja perustavanlaatuisimpien periaatteiden kanssa.³³⁰

Toimivaltaan kytkeytyvän perustelun kritiikiksi on yleensä esitetty, ettei oikeuskäytännöstä ole kuitenkaan käytännössä havaittavissa ilmiötä, jossa viranomainen olisi *tarkoituksellisesti* pyrkinyt laajentamaan tai sitomaan toimivaltansa. Esimerkiksi Schønberg huomauttaa empiirisen tutkimuksen todistaneen vääräksi tämän perusteen taustalla piilevän oletuksen virkamiehistä vallanhiemoisina, epäluotettavina ja jopa korruptoituneina: Schønbergin mukaan virkamiehet ainakin yleensä tavoittelevat lainmukaisia olotiloja.³³¹ Samoin on viitattu siihen luottamuksensuojan perusajatukseen sisältyvään riskinjakoajatukseen, jonka mukaan ei ole mitenkään selvää, että tehokkain tapa estää mahdollisia lainsäätäjän kompetenssia loukkaavia tarkoituksellisia toimivallan laajennuksia *ultra vires* olisi sälyttää vastuu niistä ”viattomalle” yksityiselle, sillä preventiofunktion täyttäisi mahdollisesti yhtä tehokkaasti virkavastuuseen liittyvät keinot. Tosin tämä merkitsee myös sitä, että Craigin mukaan asetelma on kuitenkin jossain määrin erilainen tilanteessa, jossa ei ole osoitettavissa tarkoituksellista pyrkimystä laajentaa toimivaltaa: tässä tapauksessa mainitusta virkavastuusta ei ole preventiiviseksi tekijäksi.³³²

Schønbergin mukaan erityisesti mainittu riskinjakoon liittyvä kritiikki on kestävä sen johdosta, että ottaen huomioon nykyisen lainsäädännön monimutkaisuuden yksityisen ei ole perusteltua olettaa aina havaitsevan esimerkiksi hallintopäätöksen laillisuutta, eikä ole erityisen realistista olettaa yksityisen turvautu-

³²⁷ Roberts 2001, s. 113.

³²⁸ Wade – Forsyth 2010, s. 451.

³²⁹ Sales 2006, s. 187.

³³⁰ Blundell 2005, s. 147.

³³¹ Schønberg 2000, s. 105.

³³² Craig 2008, s. 682–683.

van lainopilliseen neuvontaan aina kun esiin tulee tarve toimia päätöksen mukaan.³³³

Edelleen *ultra vires* -luottamuksensuojan on katsottu johtavan siihen, että luottamuksen suojaaminen *ultra vires* estää viranomaista suorittamasta lakisääteisiä tehtäviään ja/tai käyttämästä lakiin perustuvaa toimivaltaansa. Tämä ns. *Hulkin*-tuomiossa³³⁴ alun perin ilmaistu ajatus on erityisen keskeinen ortodoksialle: Forsyth on huomauttanut sen vastaisen luottamuksensuojan johtavan tilanteeseen, joka on – ei enempää eikä vähempää kuin – ”*legal horror*”.³³⁵ Kyseinen kauhu kytkeytyy *ultra vires* -luottamuksensuojan yhteyteen *ultra vires* -ortodoksiaan: edellisen hyväksymisen on katsottu kaatavan jälkimmäisen.³³⁶

Elliott on huomauttanut, että tällaiset muodolliseen lainalaisuuteen kytkeytyvät perustelut on ainakin osittain jo hylätty oikeuskäytännössä. Kyse voi olla ensinnäkin ns. oletetusta toimivallasta (”*ostensible authority*”) eli tilanteesta, jossa yksityinen on luottanut ilmaisuun, joka olisi ollut annettavissa delegoidun toimivallan perusteella, mutta jota koskevaa delegointia ei ole tehty.³³⁷ Tällainen *ostensible authority* on kuitenkin saanut oikeuskäytännössä varsin rajatun merkityksen: ei ole katsottu riittäväksi kriteeriksi, että kohtuullisen huolellinen havainnoitsija (”*reasonably diligent observer*”) voisi ulkoapäin asiaa tarkastellessaan tulla siihen tulokseen, että tällainen delegoitu toimivalta on olemassa. Riittäväksi ei ole katsottu esimerkiksi kyseisen virkamiehen korkeaa virkahierarkista asemaa.³³⁸ Oikeuskäytännössä on saatettu edellyttää esimerkiksi sitä, että delegointi on tosiasiaassa ollut aiemmin voimassa ja jopa vakiintuneena, pitkäaikaisena järjestelynä. Schønbergin analyysissä paljastuu kuitenkin myös juridinen luovuus, joka sisältyy tähän poikkeukseen. *Ultra vires* -ortodoksiaa ainakin julkilausuttuna viikunanlehtenään edelleen pitävä *judicial review* on laajentanut näiden varsin kapeiden poikkeusten soveltamisalaa laajentavalla tulkinnalla. Kyse on ollut Schønbergin mukaan ollut laillisuuden käsitteen varioinnista – ja ehkä jopa manipuloinnista siinä tarkoituksessa, että luopumatta systeemin kannalta välttämättömäksi nähdystä lähtökohtaisesta laillisuuden vaatimuksesta on voitu tehdä oikeutta yksityisen oikeusturvalle³³⁹ akustisen erottelun puitteissa.³⁴⁰ Tällainen ”pragmaattinen³⁴¹” ratkaisu on omaksuttu esimerkiksi tuomiossa *Lever*

³³³ Schønberg 2000, s. 89.

³³⁴ Minister of Agriculture and Fisheries v. Hulkin (ei julkaistu, viitattu tuomiossa Minister of Agriculture and Fisheries v. Mathews [1950] 1. K.B. 148).

³³⁵ Forsyth 1988, s. 240.

³³⁶ Roberts 2001, s. 113.

³³⁷ Elliott 2003, s. 73.

³³⁸ Craig 2008, s. 681.

³³⁹ Schønberg 2000, s. 92.

³⁴⁰ Ks. edellä 1.1.

³⁴¹ Schønberg 2000, s. 92.

Finance,³⁴² jossa *ostensible authority* -poikkeusta sovellettiin osana *estoppel*-doktriinia kaavoituslainsäädäntöön, joka ei sisällä lainkaan mahdollisuutta delegoimiseen: Schønbergin analyysin mukaan tuomioistuimien lähinnä *teeskenteli* sellaisen olemassaoloa, vaikka kyseessä oli tosiasiaa ”*a case of completely unlawful decision*”³⁴³.

Jurisdictional principlen ylläpidon vahvistaneessa ns. *Western Fish* -tuomiossa³⁴⁴ viitattiin tämän ohella *obiter dicta* myös toiseen tilanteeseen, jossa erkaantumisen olisi ollut periaatteessa mahdollista: viranomaisen on mahdollista katsoa sidotuksi *ultra vires* -ilmaisuihin, joissa se on aluksi luopunut tietyistä menettelyllisistä vaatimuksista, mutta myöhemmin palannut niihin. Tätä yksin menettelyyn ja sen laillisuuteen kohdistuvaa poikkeusta ei ole Schønbergin tarkastelun mukaan sovellettu kuitenkaan erityisen johdonmukaisesti.³⁴⁵

Elliotin ajattelussa nämä poikkeukset sinänsä – niiden soveltamiseen liittyvästä luovuudesta huolimatta – jo osoittavat oven avatuksi sille ajatukselle, että muodollinen legaliteetti ei ole enää *ultra vires* -luottamuksensuojalle ainakaan periaatteessa muodollinen ylitsempääsemätön ongelma.³⁴⁶ Tosin *ostensible authority* -argumentin käyttökelpoisuutta tässä suhteessa vähentää ainakin se Schønbergin muussa yhteydessä viittaama seikka, että siinä ei itse asiassa ole kysymys puuttuvasta toimivallasta *ulkoapäin katsottuna*: vaikka kyseinen virkamies ei olisikaan ollut toimivaltainen, ei delegaatioon oikeutetulta viranomaiselta ole kyseistä toimivaltaa puuttunut.³⁴⁷ Steele huomauttaa, että tästä johtuen *ostensible authority* -poikkeus ei sovellu lainkaan aineellisiin *ultra vires* -tilanteisiin. Viranomaisella ei ole edes periaatteessa ole voinut olla toimivaltaa *ultra vires* -toimen tekemiseen tarvittavan toimivallan delegoimiseen.³⁴⁸ Nämä huomautukset eivät kuitenkaan riitä poistamaan *ostensible authority* -poikkeuksen periaatteellista kollisiota *ultra vires* -ortodoksian kanssa,³⁴⁹ joka ilmeni edellä muun ohella *Howell*-tuomiossa omaksutusta rakenteesta, jossa *ultra vires* kattoi erittelemättömästi kaikenlaiset laillisuusvirheet.

On viitattu myös siihen, että tällainen sovellutus merkitsisi sitä, että asian kannalta relevanttien intressanttien (”third parties”) edut, oikeudet ja velvollisuudet jäävät huomioimatta niin menettelyllisesti kuin sisällöllisesti.³⁵⁰ Tähän

³⁴² Lever (Finance) Ltd v Westminster LBC [1971] 1 QB 222.

³⁴³ Schønberg 2000, s. 92.

³⁴⁴ Western Fish Products Ltd. v. Penwith District Council [1981] 2 All E.R. 204.

³⁴⁵ Schønberg 2000, s. 91.

³⁴⁶ Elliott 2003, s. 74.

³⁴⁷ Schønberg 2000, s. 91.

³⁴⁸ Steele 2005, s. 312.

³⁴⁹ Sales – Steyn 2004, s. 577 ja erit. alav. 60.

³⁵⁰ Craig 2008, s. 682–683.

näkökohtaan viitattiin erityisesti *Western Fish* -tuomiossa,³⁵¹ jossa myös näillä näkökohdilla torjuttiin *estoppelin* mahdollisuus, kun kyseessä oli lainvastainen ilmaisu. Ajatuksena oli, että mikäli kaavoituksesta vastannut viranomainen olisi *estoppel*-doktriinin mukaisesti ”pysäytetty” lainvastaisen ilmaisun sisältämään asiantilaan, olisi samalla syrjäytetty se ”*detailed and sophisticated regime*”, jonka lainsäädäntö pystyttää esimerkiksi naapureiden intressien huomioonottamiseksi niin aineellisesti kuin menettelyllisesti. Tämän argumentin on osalta on kuitenkin muistettava oikeuttamisperusteiden tarkastelun yhteydessä todettu historiallinen kehitys jäykästä *estoppel*-doktriinista kohti luottamuksensuojaa: *estoppel*-doktriinin jälkeisessä luottamuksensuojadoktriinissa, joka mahdollistaa erisuuntaisten intressien punninnan osana ratkaisua, se ei ole mitenkään leimallisesti nimenomaan *ultra vires* -luottamuksensuojaa vastaan asettuva näkökohta. Kuten edellä soveltamisedellytysten tarkastelun yhteydessä havaittiin, sama kolmansien intressien käsittelemisen vaikeus leimaa *common law*'ssa myös *intra vires* -luottamuksensuojaa sekä oikeastaan koko julkisoikeudellista *judicial review*'ta. Edelleen on syytä huomata se ilmeisyys, että tämä näkökohta ei koske lainkaan sellaisia oikeussuhteita, jotka ovat luonteeltaan puhtaan vertikaalisia. Esimerkiksi *Bassetlaw*-tuomiossa tehtiin tällainen erottelu:

Henry Boot Homes Ltd v Bassetlaw DC [2002] EWCA Civ 983: ”It is possible that circumstances might arise where it was clear that there was no third party or public interest in the matter and a court might take the view that a legitimate expectation could then arise from the local planning authority's conduct or representations. But, as was said in the Coghurst Wood case, one suspects that such cases will be very rare. The situation which normally arises in a planning context is very different from that which obtains in cases such as Unilever, where the issue is essentially one as between the individual and the public body, in that case the Inland Revenue. Legitimate expectation has a far greater role to play in such circumstances.”

Kolmantena mahdollisena poikkeuksena käsitellään usein Euroopan ihmisoi-
keussopimuksen sisällön inkorporoineen *Human Rights Actin* soveltamisalaa. Vaikka tällainen konstruktio onkin esimerkiksi Craigin tavoin mahdollista nähdä nimenomaan rajattuna poikkeuksena *jurisdictional principlestä*³⁵², voidaan sille antaa laajempikin merkitys. Esimerkiksi *Justin Leslie* antaa sille oikeuskulttuurisen merkityksen, joka indisoii ortodoksioista luopumista yleensä.³⁵³

³⁵¹ *Western Fish Products Ltd. v. Penwith District Council* [1981] 2 All E.R. 204.

³⁵² Craig 2008, s. 681–682.

³⁵³ Leslie 2010, s. 309.

6.5.2 Eroon jurisdictional principlestä

Craig muotoilee kolme mahdollista strategiaa, joilla *ultra vires* -luottamuksen suoja voidaan konstruoida edellä mainituin perustein ylläpidetyn *jurisdictional principlen* estämättä. Craigin mukaan ongelma voidaan ratkaista *jurisdictional principlen* uudistamisella tukeutumalla sen soveltamisalan uudelleenmäärittelyyn, erkaannuttamalla lainalaisuus- ja oikeusvarmuusvaatimukset *ultra vires* -ortodoksian piiristä oikeudelliseen punnintaratkaisuun yhtenä huomioonotettava tekijänä tai pysyttämällä luottamuksen suojaamisessa siitä erkaantumisesta aiheutuvan haitan ja vahingon korvattavuudessa *ultra vires* -pysyvyyden asemesta. Tutkimusasetelman rajausta huomioiden viimeiseen strategiaan ei tässä perehdytä seikkaperäisesti, riittää kun havaitaan varsin yleisesti katsotun tällaisen korvausinstituution olevan osa myös *common law*'n hallinto-oikeutta³⁵⁴, ja erityisen perusteltu nimenomaan *ultra vires* -tilanteissa³⁵⁵: jopa ortodoksia on taipuvainen hyväksymään *ultra vires* -luottamuksesta erkaantumisen korvattavuuden, sillä se ei varsinaisesti horjuta ortodoksian keskeisiä opinkappaleita.³⁵⁶

Ensimmäinen strategia, *jurisdictional principlen* alan uudelleenmäärittely kattamaan vain ne julkisoikeudelliset tehtävät, joihin sisältyy julkisen vallan käyttöä (”*Governmental Functions*”) jättäisi muun, yksityiseen (palvelu)toimintaan samastuvan tehtäväkokonaisuuden (”*Proprietary Functions*”) laillisuusvaatimuksen ulkopuolelle. Rajausta paljastuu Craigin arviossa paitsi tulkinnanvaraiseksi myös nimenomaan tässä kohdin käyttökelpoisuutensa kehäpäätelmän tavoin mitätöiväksi. Tähän rinnastuva toinen strategia viittaa taas ns. *ostensible authorityn* perusteella tehtäviin tulkintoihin koskien hallinnon sisäisiä suhteita, mutta tällekin strategialle jää varsin rajattu merkitys.³⁵⁷

Kolmas strategia omaa laajemman merkityksen ja käyttökelpoisuuden. Siinä on kyseessä ortodoksian kokonaisvaltainen hylkääminen Craigin yleisesti edustaman oikeusperustaisen oikeusajattelun hyväksi. Sen keskeisenä sisältönä on palauttaa *jurisdictional principle* osaksi mannereurooppalaista lainalaisuuskäsitystä vastaavaa legaliteettivaatimusta, joka saa seurakseen *balancing* -tyyppisessä punninnassa huomioon otettavaksi oikeusvarmuuden periaatteen, joka voi yksittäistapauksessa syrjäyttää muodollisen lainalaisuuden³⁵⁸. Schønberg viittaa tässä kohdin ilmeisen perustellulta tuntuvaan ajatukseen siitä, että vaikka vaatimus hallinnon lainalaisuudesta onkin sinänsä perusteltu lähtökohta, ei tästä lähtökohdasta seuraa mitenkään loogisella vääjäämättömyydellä ajatus tämän läh-

³⁵⁴ Craig 2008, s. 690–691.

³⁵⁵ Schønberg 2000, s. 165–166.

³⁵⁶ Wade – Forsyth 2010, s. 451.

³⁵⁷ Craig 2008, s. 685.

³⁵⁸ Ks. myös Roberts 2001, s. 121.

tökohtan poikkeuksettomuudesta – varsinkin kun on ilmeistä, että hallintotoiminnan lainalaisuus ei tosiasiallisena virheettömyytenä ole luonteeltaan mitenkään poikkeukseton tai edes vastakohdaltaan poikkeuksellinen ilmiö: ”*Administrative mistakes are a fact of life.*”³⁵⁹

Ottaen huomioon tässä kohdin yleensä luottamuksensuojan yhteydessä viitattu mannermainen suhteellisperiaate punnintaa rakenteistavana tekijänä, on jotenkin yllättävää, että Craig kääntyy tässä nimenomaan yhdysvaltalaisen *balancing*-konstruktion puoleen. Tosin tätä lähtökohtaa selittänee ensi sijassa se seikka, että *jurisdictional principle* perustuu amerikkalaisen alkuperän omaavaan doktriiniin³⁶⁰ eikä niinkään Englannin *common law*'n omiin oppeihin. Kun edelleen otetaan huomioon Craigin punninnan mahdollisuuden perustelu, joka analyysin jatkossa rakentuu erityisesti HRA:n soveltamisalalle sijoittuvan EIT:n käytännön varaan perustuvana suhteellisuusperiaatteena,³⁶¹ lienee lähtökohdaksi otettava tässäkin kohdin Craigin tarkoittaneen ”*balancing*”-punninnalla mannermaisen suhteellisuusperiaatteen rakenteistamaa punnintaa ilman sellaista tietoista erottelua, jonka esimerkiksi *Cohen-Eliyan* ja *Porat* tekevät tarkastelussaan amerikkalaisen strukturoimattoman *balancing*-konstruktion ja mannermaisen strukturoidun suhteellisuusperiaatteen välille.³⁶² Näin ymmärretty *balancing* nimittäin sijoittuu Craigin tarkastelussa siihen jo vakiintuneesti suhteellisuusperiaatteen rakenteistamaksi katsottuun luottamuksensuojajatestin osaan, jossa sen puitteissa arvioidaan luottamuksesta erkaantumisen laillisuutta eli *Bibi*-tuomion kolmi-osaisen struktuurin toiseen ja/tai kolmanteen testiin.³⁶³

Tässä yhteydessä ei tutkimusasetelma huomioiden tarkastella seikkaperäisesti punninnan sisällön osalta niitä EIT:n tuomioita, joista *common law*'n doktriini on käsityksensä tällaisen punninnan mahdollisuudesta ja HRA:n alalla vallitsevasta velvoittavuudesta ammentanut. Riittää, kun havaitaan *common law*'n doktriinin omaksuneen EIT:n käytännöstä kaksi keskeistä ideaa, jotka modifioivat ortodoksian käsityksiä *judicial review*'n perusteltavissa olevasta alasta suhteessa *ultra vires* -luottamuksensuojaan. Ensinnäkin on syytä viitata siihen ortodoksian keskeisten vallaanjoollisten opinkappaleiden kannalta merkitykselliseen havaintoon, jonka mukaan EIT kohtelee valtiota kaikkine elimineen yhtenä oikeudellisenä kokonaisuutena, ja arvioi tämän johdosta lähinnä *julkisen vallan toimien lopputulemaa* sopimuksessa turvattujen oikeuksien kannalta kiinnittämättä välttämättä huomiota valtion sisäiseen toimivallanjakoon edes konstitutionaalisessa

³⁵⁹ Schønberg 2000, s. 165.

³⁶⁰ Craig 2008, s. 684–685

³⁶¹ Craig 2008, s. 686–690

³⁶² Cohen-Eliya – Porat 2010, s. 284, ks. edellä pääjakso III.

³⁶³ Craig 2008, s. 686, ks. myös Roberts 2001, s. 122.

mielessä.³⁶⁴ Vaikka tätä näkökohtaa voidaan pitää ehkä hieman yksinkertaistettuna kuvauksena EIT:n sensitiivisyydestä valtion liikkumavapaudelle, on sen periaatteellinen merkitys ortodoksian vallanjaollisille sitoumuksille ollut suuri. Ortodoksia on painottanut periaatteessa sitä, että englantilainen tuomioistuin ei ole kiinnostunut *lainkaan näistä lopputulemista*,³⁶⁵ vaan vallanjaollisin perustein määrittyvän *ultra vires* -doktriinin sitomana tuomioistuinmenettelyn on katsottu olevan lähinnä ”*a primarily statute-based process*”.³⁶⁶

Oikeuskäytännössä tämä on vahvistettu verraten tuoreessa *Rowland*-tuomiossa³⁶⁷, jossa *ultra vires* -luottamuksensuojan olemassaolo myönnettiin – mutta nimenomaan vain HRA:n soveltamisalalla. Tuomiosta käy ilmi Elliottin analyysin mukaan nimenomaan ortodoksian omaksumien vallanjaollisten konstruktioiden ja EIT:n punninta-asetelman yhteensovittamiseen liittyvät olennaiset vaikeudet.³⁶⁸ Tuomiossa oli asiallisesti kyse *Thamesin* mutkien oikaisusta syntyneen vesireitin oikeudellisesta luonteesta. Reittiä oli viranomaiskäytännössä kohdeltu 1930-luvulta asti yksityisenä vesitienä, mutta vuonna 2001 viranomaiset totesivat siihen kohdistuneen aina perustamisestaan asti julkisen kauttakulkuoikeuden, joka ei ollut missään vaiheessa lakannut. Vesialueen omistaja väitti omaavansa perustellun luottamuksen siihen, että mainittu julkinen kauttakulkuoikeus oli yksityiseksi alueeksi määrittelyn aikana lakannut. Vaikka tuomiossa viitattiin *obiter dicta* muun ohella siihen, että ”*it can no longer be an automatic answer ... to a case of legitimate expectation, that the Agency had no power to [fulfill the expectation]*”, päädyttiin siinä kuitenkin kaikesta siinä esitetyistä *ultra vires* -ortodoksiaan kohdistuvasta kritiikistä huolimatta ortodoksian ylläpitoon: ”*But orthodox English domestic law does not allow the individual to retain the benefit which is the subject of the legitimate expectation, however strong, if creating or maintaining that benefit is beyond the power of the public body.*” Johtopäätös saavutettiin siitä huolimatta, että tuomioistuin katsoi riidan kohteena olevan oikeuden luonteen olevan ”*possession*”. Näin oli edelleen voimassa – tosin ”*with undisguised reluctance*” – ortodoksia, joka esti asettamasta kotimaista laillisuusortodoksiaa sen merkitystä relativoidaan punninta-asetelmaan.

Toinen keskeinen ajatus liittyy EIT:n omaisuudensuoja-artiklalle antamaan tulkintaan. Esimerkiksi Craig huomauttaa perustellun luottamuksen, joka kohdistuu omaisuuteen, voivan olla luonteeltaan EIS:n 1. lisäpöytäkirjan 1. artiklan tarkoittamaa omaisuutta (”*possession*”). Craigin mukaan näissä tapauksissa kyse ei kuitenkaan ole omaisuuden täysimääräisestä suojasta, vaan esimerkiksi har-

³⁶⁴ Moules 2008, s. 108.

³⁶⁵ Moules 2008, s. 108.

³⁶⁶ Leslie 2010, s. 305.

³⁶⁷ *Rowland v. Environment Agency* [2003]. EWCA Civ 1885.

³⁶⁸ Elliott 2004, s. 262.

kintavallan käytön rajoituksista: olennaista on kuitenkin havaita tällaisen luottamuksen voivan olla mainitun suojan soveltamisalalla ja näin tulevan mahdollisesti arvioitavaksi edellä esitetyn mukaisesti siihen kohdistuvan rajoituksen lopputuleman kautta riippumatta valtion sisäisistä järjestelyistä.³⁶⁹

Moulesin tarkastelu on tältä osin huomattavasti seikkaperäisempi. Myös Moules lähtee liikkeelle ajatuksesta, jonka mukaan luottamuksen suoja voi realisoi-
tua EIS:n *possessions*-käsitteen soveltamisalalla, vaikka EIS:n sanamuoto ei nimenomaisesti luottamuksensuojaa tunnekaan. Moules kuitenkin huomauttaa *possession*-käsitteen olevan EIT:n käytännössä yleisten oppien mukaisesti autonomisesti tulkittu, ja voivan johtaa luottamuksen suojaamiseen sen käsitteellisen sateenvarjon alla, mikäli yksityinen nauttii jostain kansallisen oikeuden mukaisesta oikeudesta tai intressistä, joka on EIT:n perspektiivistä *possession*, vaikka kansallinen lainsäädäntö ei tällaista tulkintaa mahdollistakaan.

Moules tarjoaa esimerkiksi Ruotsia koskeviin *Pudas*- ja *Tre Traktörer* -tuomioihin³⁷⁰ viitaten ajatuksen erilaisista hallinnollisista (elinkeino)luvista artiklan tarkoittamana omaisuutena. Edelleen ajatus konkretisoituu oikeudellisiin, etuuk-
siin kohdistuviin vaateisiin artiklan tarkoittamana omaisuutena. Viimeisenä esimerkkinä Moules huomauttaa EIS:n luottamuksensuojadoktriinin keskeisimiksi tuomioiksi *common law*'n osalta katsomiensa³⁷¹ *Pine Valley*- ja *Stretch* -tuomioiden kattamaan alaan³⁷², jossa on kyseessä luottamuksesta omaisuutta koskevien hallintopäätösten pysyvyyteen. Näistä erityisesti jälkimmäinen haas-
toi nimenomaisesti ortodoksian vakiintuneet lähtökohdat kiistämällä kansallisen *ultra vires* -doktriinin ehdottoman merkityksen. *Stretch*-tuomiossa oli kyse riidasta, jossa yksityinen oli vuokrannut kunnan viranomaiselta tontin pitkällä 22-vuotisella vuokrasopimuksella, joka sisälsi paitsi velvollisuuden rakentaa tontille tehdas, myös kuntaa sitovan mahdollisuuden sopimuksen uusintaan 21:n vuoden kaudeksi. Sopimuksen uusimiseksi käytyjen neuvottelujen yhteydessä viranomaisen ilmoitti, että sopimuksessa ollut uusintamahdollisuus ei sitonut kuntaa, sillä se oli annettu *ultra vires*. Vuokralainen hävisi asiaa koskevan kan-
teensa Englannin lainkäytössä³⁷³, vaikka tuomiossa viitattiinkin *ultra vires* -doktriinin tällaisen soveltamisen epäoikeudenmukaisuuteen. Tuomiossa *Lord Justice Gibson* viittasi siihen epäoikeudenmukaisuuteen, joka kumpusi julkisten viran-
omaisten käytössä olevasta, *ultra vires* -ortodoksian suomasta mahdollisuudesta

³⁶⁹ Craig 2008, s. 688.

³⁷⁰ *Pudas v. Sweden* [1987] ECHR 27, *Tre Traktörer AB v. Sweden*, [1989] A 159.

³⁷¹ Moules 2008, s. 101.

³⁷² *Pine Valley Developments Ltd and Others v Ireland* [1991] 14 EHRR, *Stretch v United Kingdom* (2004) 38 EHRR.

³⁷³ *Stretch v. West Dorset DC* (1999) 77 P. & C.R. 342.

”take advantage of their own errors to escape from the unlawful bargains that they have made”. EIT arvioi asiaa jyrkemmin.

”While it is true that under English law the option was rendered invalid due to the operation of the doctrine of *ultra vires*, the Court observes that the applicant had entered into the agreement with Dorchester on the basis that he would have the possibility of extending the term of the lease. Neither party had been aware that there was any legal obstacle to this term forming part of the applicant’s consideration for agreeing to the contract. The applicant proceeded to build on the land, pay ground rent to the local authority and enter into sub-leases with other persons who conducted business in the premises which he constructed. He clearly expected to be able to renew the option and continue to obtain the benefit of rent from the occupation of those premises which he had sub-let. He reached in negotiations with the local authority the stage of preparing a draft renewal lease with an agreed increased ground rent, already signed on his side and had proceeded to enter into agreements with his sub-lessees. The local authority, West Dorset, itself only raised the problem of invalidity at a very late stage (October 1995, according to the first instance judge).

The Court considers, in the circumstances of this case, that the applicant must be regarded as having at least a legitimate expectation of exercising the option to renew and this may be regarded, for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1, as attached to the property rights granted to him by Dorchester under the lease.”

Elliott huomauttaa tällaisen EIT:n omaksuman lähestymistavan olevan periaatteellisessa ristiriidassa *common law*’n luottamuksensuoja-ortodoksian kanssa.³⁷⁴ Moules kuitenkin relativoi EIT:n varaan rakennetun punnintadoktriinin vaikuttavuutta huomauttamalla tuoreemmassa tuomiossa *Kopecký v. Slovakia*³⁷⁵ todetun nimenomaisesti, että perustellun luottamuksen olemassaolo ei sellaisenaan merkitse *possessions*-käsitteen soveltamisalan laukeamista: luottamus sellaisenaan ei ole konstituiva käsite suhteessa 1. lisäpöytäkirjan 1. artiklaan, vaan pikemminkin sen soveltuvuuden edellytyksenä on, että luottamus kohdistuu johonkin *possessions*-käsitteen soveltamisalalle kuuluvaan oikeuteen.

Näin ymmärrettynä EIT:n doktriini kääntyy kuitenkin EIS:n sisäistämän suhteellisuusvaatimuksen kautta *ultra vires* -ehdottomuuden hylkääväksi konstruktioksi, joka Moulesin mukaan merkitsee ainakin sitä lähtökohtaa, että on olemassa mahdollisuus, että *ultra vires* -luottamuksestakin erkaantuminen voi johtaa yksityisen kannalta suhteellisuusvaatimuksen vastaiseen lopputulemaan.³⁷⁶ Samoin Blundell huomauttaa tämä mielessä pitäen *Stretchin* olleen eräänlainen

³⁷⁴ Elliott 2004, s. 262.

³⁷⁵ Kopecky v Slovakia ECHR 2004.

³⁷⁶ Moules 2008, s. 108.

”extreme case”, jonka keskeinen opetus piilee lähinnä ja erityisesti siinä, että *ultra vires* -doktriini ei voi toimia automaattisena valttikorttina, vaan se on alistettava suhteellisuusvaatimuksen sisälle.³⁷⁷

6.6 VÄLITILINPÄÄTÖS: LUOTTAMUKSENSUOJA JA HALLINTO

Niin saksalaisen kuin *common law*'n luottamuksensuojadoktriinin voi arvioida omaavan tendenssin, joka liittää luottamuksensuojan kiinteään yhteyteen suhteellisuusperiaatteen kanssa niin oikeuttamisperusteensa kuin yleisen rakenteensa osalta. Luottamuksensuoja-suhteellisuusperiaate mahdollistaa luottamuksensuojan tarkastelun myös suhteellisuusperiaatteeseen jo vakiintuneesti liitetyn keskusteluin ja ominaisuuksin.³⁷⁸ Voidaan viitata esimerkiksi oikeuttamisperusteiden yhteydessä esitettyyn keskusteluun suhteellisuusperiaatteen asymmetriasista ja käytännöstä konkordanssista.³⁷⁹ Nykyisen suhteellisuusperiaateymmärryksen valossa lieenee ilmeistä, että myös sen rakenteistama luottamuksensuoja on luonteeltaan *asymmetrinen oikeusturvaperiaate*; ”steht also letztlich als Gegenprinzip der Staatsgewalt gegenüber”³⁸⁰. Tällä tarkoitetaan paitsi sitä ilmeistä seikkaa, että viranomaisen ei voi sen puitteissa vedota oman perustellunkaan luottamuksensa suojaamiseen³⁸¹, myös oikeusvaltiollisen lakivarauksen sekä toimivallan ja vapauden asymmetrian kokonaisuudesta seuraavaa edellytystä toimivallan olemassaololle. Kun luottamuksensuoja on luonteeltaan viranomaisen toimivaltaa rajaava normi, ei sen puitteissa tehtävä luottamuksensuojasta erkaantumisen mahdollistava ratkaisu muodosta toimivaltaperustaa kyseiselle toimelle, esimerkiksi hallintotoimen peruuttamiselle. Toimivalta on edelleen oikeusvaltiollisen lakivarauksen asettamien vaatimusten mukaisesti konstruoitava muualta. Tätä arvioita ei muuta se, että esimerkiksi *VwVfG* § 48 sisältää sekä toimivaltanormin että sen luottamuksensuojarajauksen. Kyse on vain siitä, että *VwVfG* § 48:n sisältö ei kokonaisuudessaan redusoidu luottamuksensuojaan.

Suhteellisuusperiaatteen omaksumisen ohella ja ehkä ainakin *common law*'ssa jopa sen johdosta hallintoa vastaan asettuvaa luottamuksensuojaa leimaa doktriinissa ongelmallisimpien kysymyksenasettelujen kiinnittyminen nimenomaan *ultra vires* -luottamuksensuojaan. Saksalainen doktriini on jo varsin varhain

³⁷⁷ Blundell 2005, s. 154.

³⁷⁸ Von Arnould 2006, s. 159.

³⁷⁹ Ks. edellä 3.7.4.

³⁸⁰ Ossenbühl 1972, s. 27.

³⁸¹ Vrt. Soikkeli 2003, s. 391 ss.

kyennyt *Verfassungsrang*-justifikaationsa avulla konstruoimaan luottamuksen-suojadoktriinin soveltamisedellytyksiään myöten yksityisen näkökulmasta rakentuvaksi opiksi. Tällaisen näkökulman vallitessa on ilmeistä, että kirjoitettu laki ei ainakaan yksittäisenä säännöksenä muodosta sellaista muodollista rajalin-jaa, joka ehdottomasti estäisi luottamusta sen vastaisiin olotiloihin suojattavan. *Common law'n* verraten nuori luottamuksensuojadoktriini ei ole edellä osoite-tuista *Verfassungsrang*-justifikaatioon samastuvista oikeuttamisperusteistaan huolimatta tätä rajalinjaa vielä ylittänyt. *Common law'n* hallinto-oikeustieteessä keskustelu käy tältä osin edelleen vilkkaana, ja sen keskeinen rajalinja määrittyy samaan paikkaan mihin *ortodoksian* ja *CLC:n* yleensäkin. Siinä missä ortodok-sia rakentaa luottamuksensuojadoktriininsa kuten muunkin julkisoikeutensa pe-rinteiselle parlamentin valtaa painottavalle näkemykselle ja siihen – ehkä hieman paradoksaalisesti sen historialliset oikeutusperusteet huomioiden – kytköksissä olevalle *hallintoviranomaisen näkökulmasta rakentuvalla* luottamuksensuoja-doktriinille, sitoutuu *CLC* tässäkin kohdin oikeusperustaiseen oikeusajatteluun ja sen mukanaan tuomaan yksityisen näkökulmaan, joka riisuu *ultra vires* -orto-doksialta sen ehdottomuuden. Nykypäivän monimutkaisen ja vaikeaselkoisen oikeusjärjestyksen oloissa yksityisen perusteltu luottamus voi kohdistua myös muodollisesti lainvastaisiin olotiloihin.

Kuten edellä on jo välitilinpäätösten yhteydessä todettu, vaikuttaisi myös Suo-messa olevan vallalla eräänlainen julkisoikeudellinen luottamuksensuojaorto-doksia. Niin oikeustieteessä³⁸² kuin hallintolainkäytössä³⁸³ sitoudutaan verraten yksioikoisesti vain muodollisen laillisuusvaatimuksen rajoissa merkityksensä saavaan luottamuksensuojaan. Kyse ei ole luottamuksensuojan soveltamisedel-lytyksiin liittyvästä yksittäiskysymyksestä, vaan perustavammanlaatuisesta rat-kaisusta, jossa *ultra vires* -luottamuksensuojan torjunta merkitsee samalla luotta-muksensuojan asemoitumista *Verfassungsrang*-normin asemesta *lainsäätäjän määrittelyvallan ja tavoiterationaliteetin piiriin*. Tähän kysymykseen liittyvät valtiosääntöiset ongelmat on käyty pääosin läpi jo edellisissä välitilinpäätöksis-sä; nyt tarkastelun kohteeksi otetaan huomio, jonka mukaan tällainen ortodoksia on vaikeasti perusteltavissa myös positiivisoikeudellisen lainsäätöisen sääntelyn valossa. Ortodoksiasta irtoavaan suuntaan viittaavia yleiseksi katsottavia perus-ratkaisuja on nimittäin mahdollista identifoida useita.

Ensinnäkin, jopa hallintolain 6 §:n luottamuksensuojasääntelyn taustalle on konstruoitu myös *ultra vires* -ehdottomuutta suhteellistavia tekijöitä: esitöissä viitattiin nimenomaan siihen, että hallintolain 6 §:n luottamuksensuojasääntelyn

³⁸² Ks. edellä välitilinpäätös 3.11.

³⁸³ Ks. edellä välitilinpäätös 5.8.

taustalle ajateltu EU-oikeudellinen sääntelyimpulssi³⁸⁴ ei välttämättä edellyttä tällaisen ortodoksian ylläpitoa. EU-oikeudellista luottamuksensuojaa nimittäin kuvataan HL:n esitöissä sen oikeusvaikutusten kautta. Luottamuksensuojaperiaatteen asettamat rajoitukset edunsvovien päätösten peruuttamiselle taannehtivin vaikutuksin ja yleensäkin päätösten muuttamiselle yksityiselle haitalliseen suuntaan merkitsevät sitä, että periaatteella on ”yleistä laillisuusperiaatetta yksityisen hyväksi rajoittava merkitys”.³⁸⁵ Edelleen esitöissä käsiteltiin luottamuksen suojaamista viittaamalla muodollisen lainmukaisuuskriteerin asemesta oikeusjärjestykseen. Perustelulausuma on tältä osin syytä lainata sellaisenaan.

”Ehdotuksen mukaan luottamuksen suojaaminen rajoitettaisiin koskemaan *oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettuja odotuksia*. Tämä edellyttää, että suojaamisen kohteena olevat odotukset voidaan perustaa viime kädessä johonkin oikeusjärjestyksen kokonaisuuden keskeisistä ainesosista, joita ovat lainsäädäntö, yleiset oikeusperiaatteet ja kansainväliset sopimukset. Yleisten oikeusperiaatteiden huomioon ottamisella ei kuitenkaan tarkoiteta sitä, että oikeutettu odotus voisi perustua esimerkiksi oikeusteoriaan, vaan kysymys on niistä yleisistä periaatteista, joiden pohjalle Suomen oikeusjärjestys rakentuu.”³⁸⁶

Myöskään HL 6 §:n sanamuoto ei vaikuttaisi tukevan *ultra vires* -ortodoksiaa. Perustelulausuma on konkretisoitu siihen: sanamuodon mukaan nimittäin suojattavaksi eivät tule vain *lain* mukaiset odotukset, vaan nimenomaan *oikeusjärjestyksen* perusteella oikeutetut odotukset. *Toiseksi*, konkreettisemmalla tasolla kysymystä voidaan tarkastella saksalaisesta doktriinista tutun keskiön avulla. Doktriinin kannalta on olennaista, miten suhtaudutaan kysymykseen lainvastaisen hallintotoimen (-päättöksen) pysyvyydestä. Siinä missä lainvastainenkin hallintotoimi muodostaa saksalaisessa doktriinissa luottamusperustan *par excellence*,³⁸⁷ suomalainen ortodoksia kiistää *common law*'n ortodoksioiden tapaan sen luonteen luottamusperusteena kokonaan. Vakiintuneen kannan tiivistävä Mäenpää muotoilee lähtökohdaksi, että ”[l]uottamuksensuojan saaminen edellyttää, että viranomaisen päätös, tulkintalinja tai noudattama käytäntö on lainmukainen”.³⁸⁸ Tämä muodollinen raja on kuitenkin hankalasti perusteltavissa positiivisoikeudellisten perusratkaisujen valossa.

³⁸⁴ HE 72/2002 vp, s. 56.

³⁸⁵ HE 72/2002 vp, s. 18.

³⁸⁶ HE 72/2002 vp, s. 56, kurs. M.K.

³⁸⁷ Ks. edellä 7.1.

³⁸⁸ Mäenpää 2011, s. 91.

6.6.1 Luottamusperusteena hallintopäätös

Lainvastaisen päätöksen mahdollisuuteen toimia luottamusperusteena voidaan viitata hallinnon peruslakina laajan soveltamisalan omaavan hallintolain 8 luvun sääntelyihin päätöksessä olevan virheen korjaamisesta.³⁸⁹ Erityisesti asiavirheen korjaamisen (HL 50 §) edellytysten täsmällisen ja aineellisesti rajatun sääntelyn on yleensä katsottu olevan kytköksissä luottamuksensuojaan:³⁹⁰ sääntely ”varmistaa luottamuksensuojaa ilmentävällä tavalla sitä, ettei hallintopäätösten oikeusvoimavaikutukseen puututa liian kevein perustein”.³⁹¹ Seuraavassa tarkasteltavan kannan mukaisesti säännös *nimenomaisesti* ja *tarkoituksellisesti* suojaa luottamusta *lainvastaisiin* hallintopäätöksiin ja niiden pysyvyyteen.

Luottamuksen suojaamisen voi arvioida ilmenevän säännöksen rakenteessa kahdella eri tasolla. *Ensinnäkin*, säännöksen sanamuotoon kirjatut edellytykset pysyvyydestä erkaantumiselle sisältävät aineellisten kriteerien osalta *kvalifioidut* edellytykset: asiavirheen käsitteen on katsottu sisältävän ”tietentyypin ilmeisyysvaatimuksen, jonka mukaan virheen on oltava selvä ja kiistaton”.³⁹² Säännös siis kattaa päätökset, joiden virheellisyydestä ei ole epäilystä.³⁹³ Säännöksen sanamuodon mukaan viranomaisen voi poistaa virheellisen päätöksensä ja ratkaista asian uudelleen, jos 1) päätös perustuu *selvästi* virheelliseen tai puutteelliseen selvitykseen, 2) päätös perustuu *ilmeisen* väärään lain soveltamiseen, 3) päätöstä tehtäessä on tapahtunut menettelyvirhe, tai 4) asiaan on tullut sellaista uutta selvitystä, joka voi *olennaisesti* vaikuttaa päätökseen. Sanamuodon perusteella vaikuttaisi siis varsin ilmeiseltä, että viranomaisella ei ole toimivaltaa asiavirheen korjaamiseen silloin, kun esimerkiksi selvitys ei ole ollut selvästi, vaan vain ”yksinkertaisesti” virheellistä, tai silloin, kun väärä lain soveltaminen liittyy tulkin-takysymykseen eikä ole siten ollut vakiintuneen doktriinin tarkoittamalla tavalla *ilmeistä*.³⁹⁴ Viimeksi mainitun *ilmeisyyden* on katsottu sulkevan pois mahdollisuuden itseoikaisuun myös silloin, kun kyse on tilanteesta, jossa viranomaisen olisi saattanut käyttää harkintavaltaansa toisin kuin sitä oli käytetty.³⁹⁵

Kvalifioidut edellytykset tarkoittavat sitä, että vasta sellaiset toimet, joiden *virheellisyys* on säännöksen kattamalla tavalla *ilmeistä*, voivat edes lähtökohtaisesti joutua tinkimään pysyvyydestään HL 50 §:n nojalla. HL 50 §:n tarkoittama, oikaisun edellytykset täyttävä päätöksen virheellisyys näyttäisi siis asiallisesti

³⁸⁹ Mäenpää 2011, s. 89.

³⁹⁰ Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 416.

³⁹¹ HE 226/2009 vp, s. 22.

³⁹² Niemivuo – Keravuori-Rusanen – Kuusikko 2010, s. 358.

³⁹³ HE 72/2002 vp, s. 104.

³⁹⁴ Kulla 2008, s. 263.

³⁹⁵ Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 417.

rajoittuvan lainvastaisiin päätöksiin. On ilmeisen vaikea yrittää konstruoida kombinaatiota, joka olisi HL 50 §:n nojalla virheellisenä oikaistavissa asianosaisen suostumuksetta, mutta samalla tästä kvalifioidusta virheellisyydestä huolimatta edelleenkin lainmukainen. Koska HL 50 §:n sanamuoto kuitenkin viittaa lainvastaisen päätöksen asemesta päätöksen virheellisyyteen, tämä näkökohta ei ole välttämättä normatiivisesti ehdoton. Käytännössä pariteettiajatus on kuitenkin riittävä, sillä ilmeisen virheellinen päätös on yleensä hallintolainkäytössä lainvastaisena kumottavissa.

Tällainen *kvalifiointi* omaksuttiin jo hallintolain edeltäjässä, hallintomenettelylaissa. HL:n esitöissä viitataan siihen seikkaan, että ”[h]allintomenettelylain itseoikaisusääntelyn taustalla olevaa ajatusta oikaisujärjestelmän rajoittamiseen koskemaan selviä ja luonteeltaan kiistattomia virheitä voidaan pitää edelleenkin asianmukaisena ja perusteltuna lähtökohtana oikaisusäännösten kehittämiseksi”.³⁹⁶ Tällaiselle rajoitukselle voidaan antaa ilmeinen hallintotoiminnan sujuvuuteen ja luonteeseen liittyvä perustelu. Tarkoitus ei ole samastaa hallinnollista itseoikaisua muutoksenhakuun hallintolainkäytössä, vaan antaa hallinnolle mahdollisuus puuttua jo menettelyn tässä vaiheessa sellaisiin *ilmeisiin* virheisiin, joilla ei ole tarkoituksenmukaista rasittaa hallintolainkäyttöä.³⁹⁷

Kvalifioinneille voidaan antaa pysyvyyttä korostava merkitys erityisesti silloin, kun niiden tuottama pysyvyys saatetaan säännöksen toisen momentin yhteyteen. HL 50 § nimittäin suojaa kvalifioinnin lisäksi pysyvyyttä toisellakin tavalla: säännöksen sanamuodon mukaan päätös voidaan sinänsä korjata asianosaisen eduksi tai vahingoksi, mutta päätöksen korjaaminen asianosaisen *vahingoksi* edellyttää, että *asianosainen suostuu päätöksen korjaamiseen*. Asianosaisen suostumusta ei sanamuodon mukaan kuitenkaan tarvita, jos virhe on ilmeinen ja se on aiheutunut asianosaisen omasta menettelystä. On syytä huomata, että ensimmäisen momentin kvalifioinneista johtuen lähinnä *vain lainvastainen* päätös voi edes tulla arvioitavaksi toisen momentin mukaan, sillä edellä esitetyn kannan mukaan lainmukainen päätös ei yleensä täytä 1. momentissa säädettyjä korjaamisen edellytyksiä. *Suostumusedellytys suojaa siis lähinnä lainvastaisten päätösten pysyvyyttä*.

Suostumusedellytys sisältyi jo hallintomenettelylakiin. Sen ottamista koskemaan lainvastaisten päätösten oikaistavuutta perusteltiin tavalla, joka on syytä lainata tässä kokonaisuudessaan:

”Päätösten sisällön oikeellisuuden ohella on edellytettävä, että kansalaiset voivat luottaa päätösten sisältöön. *Kansalaisten luottamusta* on suojattava niin, että he voivat turvallisesti perustaa ja sopeuttaa toimintansa päätösten

³⁹⁶ HE 72/2002 vp, s. 104.

³⁹⁷ Rihto – Kandolin – Vuorinen LAVO 1/1979, s. 254.

sisältöön. [...] Näin ollen lähtökohtana olisi, että asiavirheen korjaamismenettely ei saisi horjuttaa kansalaisen luottamusta siihen, mitä heille hallintopäätöksin on myönnetty, mitä heidän on sallittu tekvän.”³⁹⁸

Suostumusedellytyksestä voidaan kuitenkin poiketa. Asianosaisen suostumusta ei sanamuodon mukaan nimittäin tarvita, jos virhe on ilmeinen ja se on aiheutunut asianosaisen omasta menettelystä. Myös tähän poikkeukseen on kuitenkin kytketty luottamuksensuojan periaate ainakin säännöstä justifioivassa merkityksessä: esimerkiksi *Niemivuo*, *Keravuori-Rusanen ja Kuusikko* viittaavat siihen, ettei suostumuksen pyytämättä jättäminen ole tällaisessa tilanteessa lähtökohtaisesti ongelmallista, sillä luottamuksensuoja ei anna suojaa vilpilliselle menettelylle tai laiminlyönnille.³⁹⁹ Luottamuksensuojan johdosta kyseeseen voi tulla lähinnä asianosaisen [tahallinen] vilpillinen menettely tai laiminlyönti, vain poikkeuksellisesti myös huolimattomuus.⁴⁰⁰

Oikeuskäytäntöä HL 50 §:n edellytysten tarkemmasta sisällöstä on niukalti, eikä asianosaisen vastuupiiristä tässä suhteessa ole suomalaisessa doktriinissa esitettävissä tarkkoja rajoja. Tulkintalinjoja voidaan kuitenkin hakea myös suhteellisuusperiaatteen suunnasta. Esimerkiksi perustuslakivaliokunta on nyt kyseessä olevaan sääntelyyn asiallisesti rinnastuvassa, mutta soveltamisalaltaan erityisemmän taloudellisen etuuden takaisinerintäsäännöksen valtiosääntöoikeudellisessa kontrollissa kytkenyt tällaisen asianosaisen menettelyn arvion omaksumaansa vakiintuneeseen tulkintaan valtiosääntöisen suhteellisuusperiaatteen merkityksestä erilaisten hallintolupien peruuttamisessa. Valiokunta viittasi tässä kohdin suhteellisuusperiaatteen aineellisen merkityksen osalta siihen, että valiokunta oli aiemmassa käytännössään ”myös erilaisten lupien peruuttamisen yhteydessä pitänyt välttämättömänä sitoa toimenpide vakaviin tai olennaisiin rikkomuksiin tai laiminlyönteihin [...]”.⁴⁰¹

Doktriinin kokonaisuuden kannalta soveltamisedellytysten seikkaperäistä tarkastelua olennaisempi kysymys kuitenkin on, suojaako mainittu säännös luottamusta päätösten pysyvyyteen lainkaan, vai onko siinä kyse vain viranomaiselle suunnatusta menettelyohjeesta, jonka edellytysten täyttymättä jättäminen ei merkitse päätösten pysyvyyttä?

Kiistatonta tietysti on, että viranomaisen mahdollinen itseoikaisutoimivallan puute ei samastu kokonaisuudessaan lainvastaisen päätöksen pysyvyyteen, sillä viranomainen voi esimerkiksi hakea lainvastaisena pitämänsä päätöksen purkua

³⁹⁸ Rihto – Kandolin – Vuorinen LAVO 1/1979, s. 254 [kurs. alkup.], asiallisesti samansisältöisesti myös HE 88/1981 vp, s. 56.

³⁹⁹ Niemivuo – Keravuori-Rusanen – Kuusikko 2010, s. 364.

⁴⁰⁰ Kulla 2008, s. 265.

⁴⁰¹ PeVL 43/2006 vp.

sen lainvoimastakin huolimatta hallintolainkäyttölain (HLL) suomalla ylimääräisellä muutoksenhakukeinolla. Tosin purkuinstituutioon sisältyy samanlainen ajatus pysyvyydestä: purku on HLL 63 §:n mukaan mahdollista vain kvalifioituilla perusteilla ja ns. purkukynnyksen täytyessä. Purkukynnyksellä tarkoitetaan sitä, että päätöstä ei saa purkaa, ellei se loukkaa yksityisen oikeutta tai julkisen edun katsota vaativan päätöksen purkamista. Purkukynnyksen johdosta purkua ei voi käsittää HL 50 §:n hallintolainkäytön puolella sijaitsevana parina, joka automaattisesti paikkaisi viranomaisen intressin kajota päätöksen pysyvyyteen HL 50 §:n edellytysten jäädessä täyttymättä, sillä purkukynnystä on pidetty selvästi korkeampana kuin itseoikaisun edellytyksiä.⁴⁰² Tosin on syytä huomata suostumusedellytykseen kytkeytyvä asymmetria: kun purku ei edellytä asianosaisten suostumusta, eivät purun edellytykset kokonaisuutena arvioituna välttämättä muodostu joka tilanteessa korkeammiksi.

Korkean purkukynnyksen täyttymistä arvioidaan varsin usein doktriinissa luottamuksensuojan kielellä siihen kuitenkin nimenomaisesti viittaamatta. Esimerkiksi Mäenpään hallintoprosessioikeuden perusteos lähtee siitä, että kyseessä on *yksityisen pysyvyysintressin ja julkisen laillisuusintressin* välinen punninta, jossa julkisen vallan taloudelliset konsideraatiot voivat sinänsä olla merkityksellisiä, mutta eivät automaattisesti etusijalla.⁴⁰³ Latentti luottamuksensuojadoktriini näkyy tässä kohdin myös purkukynnyksen täyttymisenä perustellun luottamuksen olemassaolon poissulkeutuessa. Purkukynnys täyttyy julkisen edun vaatimuksena erityisesti silloin, kun yksityinen on menetellyt vilpillisesti taloudellisen edun saadakseen, kun taas ”*julkinen luotettavuus*” puoltaa pysyvyyttä silloin, kun virhe on viranomaisen vastuupiirissä.⁴⁰⁴ Luottamuksensuojadoktriinin keskeisen sisällön kuvaaminen vailla nimenomaista viittausta siihen selittynee tässä kohdin nimenomaan vallitsevalla *ultra vires* -luottamuksensuojan torjuvalta ortodoksialla;⁴⁰⁵ olennaista on kuitenkin huomata, että purkusääntelyn voidaan arvioida näinkin perusteltuna suojaavan luottamusta lainvastaisten päätösten pysyvyyteen.⁴⁰⁶

6.6.1.1 Sääntelemätön itseoikaisutoimivalta?

Vastausta HL:n itseoikaisusääntelyn luonteesta päätösten pysyvyyden turvaajana on näin ollen haettava kysymyksellä *sääntelemättömän itseoikaisutoimivallan*

⁴⁰² Mäenpää 2011, s. 341.

⁴⁰³ Mäenpää 2005, s. 590.

⁴⁰⁴ Mäenpää 2005, s. 590.

⁴⁰⁵ Ks. edellä välitilinpäättös 3.11.

⁴⁰⁶ Laakso 1991, s. 232.

olemassaolosta. Kyse on tilanteesta, jossa esimerkiksi HL 50 §:n sääntelemät edellytykset eivät täyty. Esimerkkejä voidaan mainita useita; virhe ei ole ollenainen, suostumusta ei anneta, asianosaisen virheelliseen päätökseen johtanut menettely on ollut tahatonta. Asetelman hahmottamisen ääripää voidaan muotoilla seuraavasti: Mikäli HL 50 § sääntelee päätöksen pysyvyyttä, jää päätöksen muuttaminen tässä kohdin HLL:n purkusäännöksen varaan. Mikäli HL 50 § sääntelee vain viranomaisen menettelyä siinä tarkoitetussa oikaisuasiassa, ei purkumenettelyyn turvautuminen ole HL 50 §:n edellytysten täyttymättä jäämisen välttämätön seuraus, vaan lainmukainen olotila voidaan palauttaa myös sääntelemättömän *itseoikaisu*-instituution luomin toimivalloin.

Saksalaiseen historialliseen vapaaseen peruutettavuuteen asiallisesti rinnastuva sääntelemätön itseoikaisu ei sinänsä ole erityisen tuntematon instituutio suomalaisessa hallinto-oikeusdoktriinissa. Vielä hallintomenettelylain säätämisen jälkeen, edellä osoitetuista luottamuksensuojakytkennöistä huolimatta hallinto-oikeuden yleisesityksissä ei ollut mitenkään poikkeuksellista redusoida asiavirheen korjaamista tarkoittavaa sääntelyä vain sen sanamuodon mukaisella alalla soveltuvaksi menettelyohjeksi. Esimerkiksi *Jaakko Uotilan, Seppo Laakson, Teuvo Pohjolaisen ja Jarmo Vuorisen yhteistyönä*⁴⁰⁷ syntynyt *Yleishallinto-oikeus pääpiirteittäin* -teos nojautuu ajatukseen, jonka mukaan mainitulla sääntelyllä ei ollut ”tarkoitettu kaventaa sitä itseoikaisuvaltaa, joka viranomaisella vanhastaan *tavanomaisen oikeuden nojalla* on ollut”. Tosin tällaisen toimivallan merkitys myönnetään *käytännössä* vähäiseksi sekä hallintomenettelylain sääntelyn että tavanomaisen oikeuden sisällön selvittämisen vaikeudesta johtuen.⁴⁰⁸

Tällaisen konstruktion taustalle asettui epäilemättä normatiivisen oikeusvoimaopin puute. Kirjoittajat nimittäin omaksuvat katsannon, jonka mukaan hallintopäätösten ”oikeusvoimaa” oli pidettävä käsitteenä, jonka soveltamisessa oli syytä olla hyvin varovainen. Vastausta pysyvyyteen oli haettava pikemminkin kunkin alan lainsäädännöstä, ja vasta toissijaisesti oikeusvoimaoppiin yleensä liitetystä sellaisista kriteereistä kuten päätöksen luonne ja tarkoitus sekä oikeussuojan tarve.⁴⁰⁹ Ero esimerkiksi *Tuorin* ja *Kotkaksen* muotoilemaan normatiiviseen, luottamuksensuojasta oikeutuksensa ammentavaan oikeusvoimaoppiin⁴¹⁰ on ilmeinen.

Tässä ei ole kuitenkaan tarkoituksenmukaista syventyä seikkaperäisesti suomalaisen oikeusvoimaopin historiallisiin variaatioihin ja erilaisiin sisältöihin: näiltä osin voidaan viitata erityisesti *Matti Hepolan* yksityiskohtaiseen

⁴⁰⁷ Tässä huomion kohteena olevat kannanotot sisältyvät teoksen alussa ilmoitetun työnjaon mukaisesti Jaakko Uotilan kirjoittamiin lukuihin.

⁴⁰⁸ Uotila – Laakso – Pohjolainen – Vuorinen 1989, s. 265 [kurs. alkup.].

⁴⁰⁹ Uotila – Laakso – Pohjolainen – Vuorinen 1989, s. 265 [lainausmerkit alkup.].

⁴¹⁰ Tuori – Kotkas 2008, s. 366.

tutkimukseen.⁴¹¹ Oikeusvoimaopille vaikuttaisi jo edellä esitetyn perusteella olevan luonteenomaista myös suomalaisessa hallinto-oikeustieteessä sellainen käyttötapojen *deskriptiivisyys/normatiivisuus* -erottelu, joka edellä paikallistettiin oikeuttamisperusteiden analyysin yhteydessä yleisemminkin perustavaa laatua olevien käsitteiden käyttöä rakenteistavaksi. Oikeusvoimaopin yhteydessä tämä näkyy esimerkiksi rajanvetona suhteessa hallintolain oikaisusäännöksiin. Pariteetti ei ole kuitenkaan erityisen yksiviivainen, vaan oikeusvoimaopin ja hallintolain oikaisusäännösten suhde riippuu myös siitä, millälainen on normatiivisen oikeusvoimaopin suhde lainsäätäjän toimintavapauteen. Näin säännökset näkökannasta riippuen joko tekevät oikeusvoimalla argumentoimisen *turhaksi* oikeudellisen ongelman tyhjentyessä säännösten sisältöön, *ilmentävät* oikeusvoimaa, *perustavat* oikeusvoiman tai *rajoittavat* sitä tekemällä poikkeuksia päätökseen luonteeseen liittyvään normatiiviseen pysyvyyteen. Varsin perustellusti voidaankin yhtyä siihen *Suvirannan* esittämään kantaan, jonka mukaan oikeusvoimaoppi on [edellä esitetyn saksalaisen läpipääsemättömän viidakon tapaan] kaikkea muuta kuin yhtenäinen: näin esimerkiksi *oikeusvoiman* käsitteen vakiintumisesta hallinto-oikeuden peruskäsitteistöön ei voi tehdä johtopäätöstä, jonka mukaan olisi olemassa *yksimielisyys* oikeusvoiman käsitteen tarkasta sisällöstä tai siitä, millä edellytyksillä hallintopäätökset yleensäkin saavuttavat oikeusvoiman ja mikä merkitys mahdolliselle oikeusvoimalle annetaan.⁴¹²

Sääntelemättömän oikaisutoimivallan *käytännön vähämerkityksisyys* ei ole kuitenkaan ratkaisevassa roolissa arvioitaessa sitä, ilmentävätkö edellä viitattut säännökset Suomen oikeudessa *ultra vires* -luottamuksensuojaortodoksiasta erkanevaa lähtökohtaa. Sitä vastoin sääntelemättömän itseoikaisutoimivallan olemassaolo HL 50 §:n sanamuotoja täydentävänä lainvastaisten päätösten oikaisumahdollisuutena vaikuttaisi osoittavan *periaatteellisesta tukea* ortodoksian olemassaololle: jos lainvastainen päätös on HL 50 §:n asettamista edellytyksistä huolimatta oikaistavissa yksin lainalaisuuden vaatimuksen nojalla, ei ole erityisen mielekasta väittää Suomen oikeuden suojaavan luottamusta myös lainvastaisiin päätöksiin. Ja *e contrario*: mikäli HL 50 § ja sitä täydentävä purkusääntely sääntelevät *tyhjentävästi* [suhteessa sääntelemättömän itseoikaisun olemassaoloon] hallinnon lainvastaisiin päätöksiin kohdistuvan oikaisutoimivallan olemassaolon, voidaan tehdä vastakkainen päätelmä.

Sääntelemättömän itseoikaisutoimivallan olemassaoloa ei ole nykyisessä kannanmuodostuksessa kokonaan kiistetty. Esimerkiksi verrattain tuore *Seppo Laakson*, *Outi Suvirannan* ja *Veijo Tarukanteleen* yhteistyönä syntynyt yleishallinto-oikeuden oppikirja rakentaa päätöksen oikaisuun liittyvän analyysin lähtökohdasta, jonka mukaan ”[m]uissa kuin nimenomaisesti säännellyissä tilanteissa

⁴¹¹ Hepola 2005, erit. s. 112–167 ja 326–383.

⁴¹² Suviranta LM 2004, s. 1422–1423.

hallintopäätöksen oikeusvoimaisuus saattaa muodostua esteeksi *hallintopäätöksen* muuttamiselle tai *korjaamiselle omin toimin*".⁴¹³ Samaan suuntaan viittaava kanta on ainakin välillisesti identifioitavissa Suvirannan luottamuksensuoja-analyysistä vuodelta 2004. Suvirannan mukaan virheellisten hallintopäätösten *muutettavuutta* arvioidaan samoista lähtökohdista kuin virheettömienkin päätösten *muutettavuutta*: jos asiaan soveltuu nimenomainen säännös, sovelletaan sitä; mikäli tällaista ei ole identifioitavissa, päätöksen pysyvyys arvioidaan oikeusvoimaopin puitteissa.⁴¹⁴

Esitetty kanta voidaan ehkä ymmärtää normatiiviseksi oikeusvoimaopiksi, jolloin laintasoiset sääntelyt redusoituvat vain sen ilmentymiksi. Kanta voidaan kuitenkin ymmärtää toisinkin: kyse onkin sääntelemättömän itseoikaisutoimivallan olemassaolosta. Tämä varsin funktionaalinen kanta ei ole kuitenkaan ehkä vallitseva. Toisaalla esimerkiksi *Kulla* pitää punaista liikennevaloa palamassa tässä kohdin viittaamalla nimenomaan Suvirannan kannasta erkanevaan normatiiviseen lähtökohtaan. Kullan mukaan sääntelyiden *kattavuudesta* seuraa, että sääntelemättömälle itseoikaisutoimivallalle ei jää sanottavaa sijaa muualla kuin hallinnon sisäisissä kannanotoissa. Vaikka perustelu vaikuttaisi kiinnittyvän ensisijaisesti HL:n sääntelyiden sanamuodosta ilmenevään kattavuuteen, ei se ole kokonaan irrallinen aineellisesta perustelustakaan. Sääntelemätön itseoikaisu nimittäin vaikuttaisi saavan sijan hallinnon sisällä lähinnä siksi, että kyseisissä asioissa ei ole sen paremmin asianosaisia kuin oikeusvoimasta johtuvia rajoituksiakaan.⁴¹⁵ Myös *Tuori* ja *Kotkas* lähtevät normatiivisen luottamuksensuoja-oikeusvoimaoppinsa puitteissa siitä, että milloin asiavirheen lakisääteiset korjaamisedellytykset eivät esimerkiksi edellä osoitetuissa esimerkkitalanteissa täyty, jää käytettäväksi – ei sääntelemätön itseoikaisu – vaan edellä viitattu purku hallintolainkäytössä.⁴¹⁶ Edelleen Mäenpään ainakin yleisellä tasolla luottamuksensuojaan kytketty⁴¹⁷ itseoikaisuajattelu näyttää suhtautuvan varauksellisesti ohi HL 50 §:n tapahtuvaan itseoikaisuun: päätöksen korjaaminen esimerkiksi tilanteessa, jossa suostumusta ei saada, edellyttää Mäenpään mukaan ainakin *yleensä* ylimääräisten muutoksenhakekeinojen käyttämistä.⁴¹⁸ On myös syytä huomata, että vastakkainen tulkinta ei ole tarpeen ainakaan *asianosaisen oikeusturvan vuoksi*: kun oikeusvoimaopin ei ole yleensä tarkoitettu merkitsevän sitä, että se

⁴¹³ Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 416–417 [kurs. M.K.], tässä huomion kohteena olevat kannanotot sisältyvät teoksen alussa ilmoitetun työnjaon mukaisesti Outi Suvirannan kirjoittamiin lukuihin.

⁴¹⁴ Suviranta LM 2004, s. 1425.

⁴¹⁵ Kulla 2008, s. 262.

⁴¹⁶ Tuori – Kotkas 2008, s. 373.

⁴¹⁷ Mäenpää 2011, s. 89.

⁴¹⁸ Mäenpää 2011, s. 340.

estäisi kielteisen, rajoittavan tai muuten asianosaisen kannalta negatiivisen *asian* käsittelyn asianosaisen hakemuksesta uudelleen,⁴¹⁹ ei ole tarvetta ymmärtää tällaista tilannetta alkuperäisen päätöksen oikaisuna, joka olisi mahdollista vain HL 50 §:n kvalifioitujen edellytysten valossa.

6.6.1.2 Takaisinperintä erityistapauksena

Edellä esitetty ei kuitenkaan tarkoita, etteikö lainsäätäjä olisi omaksunut luottamuksen suojaamisesta varsin olennaisesti poikkeaviakin ratkaisuja. Keskeisin näistä liittyy perusteettoman edun palautusvelvollisuuteen ja sen hallinto-oikeudelliseen vastinpariin, takaisinperintäsääntelyyn yleisesti ja erityisesti sen sosiaalioikeudelliseen sovellutukseen. Kun kuitenkin pidetään mielessä edellä mainittujen yleisten oikaisu- ja purkusäännösten systematiikka sekä yhteys luottamuksensuojaan, jota edellä oikeuttamisperusteiden analyysin yhteydessä esitettyjen perusteiden mukaisesti on Suomessakaan tuskin syytä pitää *Verfassungsrang*-periaatetta vähäisempänä, on mainittua rakennetta mahdollista käyttää erityisesti sosiaalioikeudessa omaksuttujen etuuskien takaisinperintäsääntelyiden rakenteiden valtiosääntöiseen kritiikkiin siitäkin huolimatta, että luottamuksen suoja verraten avoimena punnintanormina ei ole kiinnittynyt yhteen mahdolliseen suojan tasoon.

Kritiikki perustuu tässä luottamuksensuojan keskeiseen sisällölliseen perusteluun, joka kytkeytyy ihmisten tarpeeseen luottaa oman elämänsä perusteita määrittävien viranomaispäätösten pysyvyyteen. Olisi ilmeisen perusteltua pitää lähtökohtana ajatusta, jonka mukaan luottamustarpeen keskiöön kuuluvien taloudellisten etuuskien pysyvyys nauttisi korotettua suojaa.⁴²⁰ Ajatuksen kanssa on vaikea arvioida yhteensopivaksi joissain yhteyksissä ilmaistua kantaa, jonka mukaan jo julkisoikeudellisen edun luonne rahamääräisenä etuutena oikeuttaa erkanemaan luottamuksen suojaa konkretisoivista lähtökohdista. Esimerkiksi Laakso on viitannut siihen, että hallinto[menettely]lain itseoikaisusäännöksiä ei sovelleta lainkaan perusteettoman edun palautukseen liittyvissä asioissa,⁴²¹ Kulla omaksuu ratkaisussa KHO 2009:45 sisäistetyn konstruktion, jonka mukaan takaisinperintäsääntely on oikaisusäännöksiin nähden erityissääntelyn asemassa. Tällainen *lex specialis* -asetelma merkitsee sitä, että oikeusvoimaisten rahamääräisiä subjektiivisia oikeuksia koskevien etuuspäätösten pysyvyyteen kajoamiseen toimivaltaperusteeksi riittää oikaisu- tai purkusäännösten ohella se, että

⁴¹⁹ Mäenpää 2011, s. 351.

⁴²⁰ Tuori – Kotkas 2008, s. 367.

⁴²¹ Laakso 1991, s. 231.

toimivallasta takaisinperintään on säädetty erikseen.⁴²² Kanta ei ole täysin vaikiintunut, esimerkiksi Tuori ja Kotkas viittaavat korotettuun suojaan edellyttämällä virheellisen etuuspäätöksen oikaisemista ennen takaisinperintää.⁴²³

Tällainen korotettuun suojaan liittyvä ajatus on saanut sijaa esimerkiksi laissa toimeentulotuesta (L 30.12.1997/1412), joka PL 19.1 §:n turvaamien perustuslaillisten subjektiivisten oikeuksien lakitasoisena konkretisoitumana turvaa luottamusta maksetun toimeentulotuen pysyvyyteen varsin korotetulla tavalla: lain 19 §:ssä nimittäin säädetään *lähtökohtaisesta takaisinperintäkiellosta*, jonka mukaan toimeentulotukea ei saa periä takaisin, elleivät erikseen säädetty perusteet täyty. Laki mahdollistaa takaisinperinnän vain 20.1 §:n luottamuksensuojan alaan kuulumattomien, toimeentulotuesta lähinnä lainanluonteisen etuuden tekvien perusteiden lisäksi vain 20.2 §:n mukaisissa *tahallississa vilppi- ja laiminlyöntitilanteissa*. Näissäkin tapauksissa takaisinperinnän edellytyksenä on 21 §:n mukaisesti se, että korvausvelvollisella asiasta päätettäessä tai myöhemmin on oikeus saada sellaisia tuloja tai varoja, joista korvaus voidaan periä vaarantamatta korvausvelvollisen tai sellaisen henkilön toimeentuloa, josta hän pitää huolta tai on velvollinen pitämään huolta, ja toisaalta esteenä se, että korvausvelvollisen vakinaista asuntoa, tarpeellista asuinirtaimistoa ja tarpeellisia työvälineitä ei voida hänen elinaikanaan pakotoin myydä tai muutoin käyttää toimeentulotuen takaisinperintään.

Sitä vastoin muiden sosiaalioikeudellisten etuuslakien takaisinperintäsääntely – erityisesti KELA:n toimeenpantavina olevien⁴²⁴ – noudattaa yleensä *aineellisesti* logiikkaa, jonka mukaan viranomaisella on *lähtökohtainen velvollisuus* periä lainvastaisesti maksettu etuus takaisin riippumatta siitä, kenen vastuupiirissä etuuden maksamisen lainvastaisuus on. Tämä velvollisuus säännellään yleensä *toimivallaksi* tehdä asiassa (ilman hallintoriitamenettelyä hallintolainkäytössä) täytäntöönpanokelpoinen hallintopäätös; ”kuten lainvoimainen tuomio”. Viranomaiselle on kuitenkin yleensä säädetty *harkinnanvarainen mahdollisuus* luopua takaisinperinnästä, mikäli etuuden saaja ei ole menetellyt vilpillisesti ja takaisinperinnästä luopuminen katsotaan kohtuulliseksi. *Menettelyllisesti* viranomaisen on kuitenkin korjattava tai ”poistettava” etuuden maksamisen taustalla ollut oikeusvoimainen hallintopäätös ennen takaisinperintään ryhtymistä⁴²⁵. Nämä systemaattisesti HL 50 §:ään rinnastuvat asiavirheen korjaamissäännökset suojaavat sinänsä luottamusta varsin asianmukaisesti – jopa HL 50 §:n mukaista suojaa paremmalla tasolla – edellyttämällä suostumusta kategorisesti aina, kun päätöstä korjataan asianosaisen vahingoksi.⁴²⁶

Sääntelyn rakenne muistuttaakin pinnallisesti edellä esitettyä HL 50 § – HLL 63 § -rakennetta: hallintolainkäyttölain purkuinstituution asemesta sovellettavaksi tulevat kuitenkin etuuslakien omat ”poistosäännökset” ja vakuu-

⁴²² Kulla 2008, s. 260.

⁴²³ Tuori – Kotkas 2008, s. 401.

⁴²⁴ HE 7/1997 vp.

⁴²⁵ Tuori – Kotkas 2008, s. 401.

⁴²⁶ Tuori – Kotkas 2008, s. 373.

tusoikeuslain (L 21.2.2003/132) 3 luvun yleinen ”poistosäännös”, jotka luovat vakuutusoikeudelle toimivallan päätöksen poistamiseen – *ilman purkukynnystä*. Ottaen huomioon sen, että etuushakemukseen annetun kielteisen päätöksen ei ole yleensäkään katsottu saavan uuden hakemuksen käsittelyn estävää oikeusvoimavaikutusta sekä tästä johtuva sääntelyn keskeisen soveltamisalan redusoituminen *takaisinperintämenettelyyn* purkukynnyksen puutteelle esitetty perustelu ”sosiaalioikeudellisista kohtuusnäkökohdista”⁴²⁷ (*sic!*) vaikuttaa tässä käyttöyhteydessä varsin ongelmalliselta.

Purkukynnyksen puuttumisen tarkoitus lienee varmistaa *takaisinperinnän tehokas toteuttaminen*. Sääntely vaikuttaa kokonaisuudessaan varsin rakenteellisella tavalla asettavan *julkisen vallan taloudelliset intressit* ja *erityisesti väärinkäytösten estämisen* yksityisen luottamusintressin edelle sääntelykontekstissa, jossa luottamuksen suojaamisen tarve on suurimmillaan. Tätä näkökohtaa vain korostaa se, että takaisinperinnässä ei tässä kohdin näyttäisi olevan kyse edes julkisoikeudellisen perusteettoman edun palautusvelvollisuuden taustalle yleensä konstruotavasta laillisuusvaatimuksesta *laillisen olotilan palauttamisena*. Takaisinperintäsäännöksiin on nimittäin taloudellisista, takaisinperinnän kustannuksiin liittyvistä tarkoituksenmukaisuussyistä yleensä liitetty mahdollisuus luopua perinnästä vähäisyysperusteella, mitä on vaikea sovittaa yhteen muodolliseen *lainalaisuusvaatimukseen* vetoavan perustelun kanssa.

Etuuslakien muutoksenhakusäännöt sisältävät yleensä jatkovalituskiellon KHO:een ja vakuutusoikeuslain 19.2 § sulkee pois jopa KHO:n toimivallan tutkia vakuutusoikeuden päätöksestä tehty HLL:n mukainen ylimääräinen muutoksenhaku purku mukaan lukien, paitsi vakuutusoikeuslain 19.1 §:n tarkoittamassa tilanteessa, jossa KHO voi purkaa vakuutusoikeuden päätöksen, jos asian käsittelyssä vakuutusoikeudessa on tapahtunut *menettelyvirhe*, joka on voinut olennaisesti vaikuttaa päätökseen. Näin ollen sosiaalietuuksien takaisinperinnästä tai sitä rajoittavista kohtuus-, luottamuksensuoja- tai suhteellisuusperiaatteesta tai näiden kombinaatioista⁴²⁸ ei ole saatavissa yleensä selkeää vakuuttavaa oikeuskäytäntöä, jonka lähteenä olisi PL 3 §:n sanamuodossa tarkoitettu ylin tuomioistuin, joka käyttäisi asiassa PL 99 §:ssä säädettyä ylintä tuomiovaltaa hallintolainkäyttöasioissa. Kun lainsäätäjällä on tässä kohdin muun ohella sinänsä varsin notorisista lainkäyttöasioiden määriin liittyvistä syistä estänyt KHO:ta tekemästä perustuslaillista tehtäväänsä, ei ole myöskään olemassa mitään takeita siitä, että mainittua toimivaltaa tai sen rajoituksia arvioitaisiin nykyisissä menettelyissä koherentisti muun oikeusjärjestyksen kanssa.

⁴²⁷ Tuori – Kotkas 2008, s. 374.

⁴²⁸ Kotkas LM 2009, s. 765–767, 771–774.

6.6.1.3 Oikaisusäännökset ja ortodoksia

Olisiko HL 50 §:lle mahdollista antaa sellainen merkitys luottamuksensuojadoktriinin positiivisoikeudellisena kiintopisteenä kuin edellä osoitettiin VwVfG § 48:lle Saksassa annetun? Sääntelyillä on kiistaton eronsa: siinä missä VwVfG § 48 sääntelee nimenomaisesti päätöksen pysyvyyttä, HL 50 § sääntelee (ensi as-teen) viranomaisen toimivaltaa virheen korjaamiseen. Tästä ja erityissääntelyis-sä omaksutuista ratkaisuista, kuten sosiaalioikeuden takaisinperintäjärjestelmän perusteista huolimatta voidaan kuitenkin perustellusti muotoilla hallintoa yleen-sä koskevien perusratkaisujen nojalla kanta, jonka mukaan HL 50 §:n voidaan yhdessä purkuinstituution pysyvyyttä takaavien piirteiden kanssa katsoa muo-dostuvan VwVfG § 48:n kaltaiseksi luottamuksensuojan konkretisoitumaksi lain-säädännössä, joka eittämättä antaa tukea arviolle suomalaisen doktriinin perus-tellusta erkaantumisesta kategorisesta *ultra vires* -luottamuksensuojaortodok-siasta. Näin ymmärrettynä varsin ehdottomaan selonottovelvollisuuteen perustu-va *ultra vires* -luottamuksensuojaortodoksia relativoituu yleisesti kysymykseksi yksityisen tietoisuudesta luottamusperusteen lainvastaisuudesta ja tämän tietoi-suuden merkityksestä.

Kuten saksalaisen doktriinin erittelystä edellä havaitaan, ei tämä kysymyksen-asettelu palaudu jäännöksettä kysymykseen vilpittömän mielen suojasta, kuten suomalaisessa hallinto-oikeudessa asia toisinaan jäsennetään. Vilpittömän mie-len vaatimus on vain yksi luottamuksensuojan osatekijöistä. Saksalaisesta luotta-muksensuojakeskustelusta kävi edellä ilmi sekä lainsäätäjää että hallintoa vas-taan asettuvan suojan kohdalla, ettei vilpittömän mielen käsilläoloa nykypäivän oikeusperustaisessa oikeusajattelussa ole syytä kytkeä muodolliseen ja poik-keuksettomaan selonottovelvollisuuteen lain sisällöstä. Vilpittömän mielen kä-silläolo arvioidaan pikemminkin käyttäen *Parallelwertung in der Laiensphäre* -tyyppisiä arvioita. Näin luottamuksensuojaperiaatteen soveltaminen ja erityi-sesti suojan torjuminen luottamusperustan *lainvastaisuuteen* kytkeytyvän riskin-jaon perusteella edellyttää erityisesti nykypäivän monimutkaisen, vaikeaselkoi-sen ja monitasoisen oikeusjärjestyksen ja hallinto-organisaation oloissa alati realisoituvaa kannanottoa siihen, minkälaista oikeudellisen tiedon hallintaa yksi-tyiseltä voidaan perustellusti edellyttää.⁴²⁹

On kuitenkin syytä painottaa, että *ultra vires* -luottamuksensuojaortodoksian hylkäämisessä ei ole leimallisesti kyse siitä, että luottamusta nimenomaan lain-vastaisiin päätöksiin pitäisi suojata. Kyse on enemmänkin sen seikan tunnusta-misesta, että nykyisen oikeusajattelun oloissa, jossa oikeus nähdään enemmän-kin kokonaisuutena, periaatteiden rakenteistamana oikeusjärjestyksenä kuin ha-

⁴²⁹ Ks. myös Tähti 1997, s. 213.

janaisina yksittäisinä säännöksinä, arvioidaan myös perusteltua luottamusta tästä näkökulmasta irtaantumalla lainsäätäjän ylivallassa. Luottamus voi olla suojattavan arvoinen, mikäli se pystytään perustamaan oikeusjärjestyksen valossa hyväksyttävästi riippumatta siitä, kohdistuuko luottamus esimerkiksi *yksittäisen säännöksen* valossa lainvastaiseen päätökseen. Näin ymmärrettynä lainvastaisuuden merkitys on perusteltua arvioida vasta *osana luottamuksensuojan perusrakennetta, ei sen soveltamisalakysymyksenä*. Tämä mahdollistaa sen, että *laillisuus/lainvastaisuus* -arvio kiinnitetään luottamuksensuojan oikeuttamisperiaatteiden edellyttämällä tavalla julkisen vallan käyttöä sitovan muodollisen oikeuslähdeopin sitoumusten asemesta arvioon siitä, miltä *oikeusjärjestyksen kokonaisuus* yhdessä luottamusperustan sille sisältöä antavan merkityksen kannalta näyttää.

Kun näin on mahdollista päästä *ultra vires* -ortodoksian yli, mikä mahdollistaa luottamuksensuoja-arvion kiinnittämiseen yksityisen näkökulmaan, löytävät doktriinin muutkin osat paikkansa. Tämä pitää paikkansa erityisesti arvioitaessa alun perin lainmukaisten päätösten muutettavuutta yksityisen vahingoksi muuttuneiden olosuhteiden perusteella. Tällaiseen tilanteeseen kohdistuva arvio voidaan saksalaiseen tapaan kiinnittää valtiosääntöisen luottamuksensuojan piiriin riippumatta siitä, soveltuuko tilanteeseen jokin erityissäännös. Vaikka saksalainen doktriini viittaa tässä kohdin yleensä *VwVfG* § 49:n luonteeseen vain *deklaratorisena tai informatiivisena* säännöksenä, ei se tai sen antaman esikuvan mukaisesti konstruoitu luottamuksensuoja kokonaan irtoa positiivisesta oikeudesta: punninnassa voidaan ottaa esimerkiksi huomioon, kuinka täsmällisesti ja selvästi esimerkiksi muuttuneista olosuhteista ilmoittamisvelvollisuus on laintasoisena, ennakoitavuutta luovana normina säädetty, ja toisaalta kiinnittää huomiota esimerkiksi olosuhdemuutosten olennaisuuteen etuuden laissa säädettyjen saamisedellytyksen kannalta.⁴³⁰

Olennaista on havaita luottamuksensuojan rakenteistavan punnintaa tässäkin tapauksessa: esimerkiksi arvioitaessa sääntelemättömässä tilanteessa sitä, milloin etuuden saajan luottamusta etuuden jatkuvuuteen ei ole syytä suojata, rakenteistaa luottamuksensuoja punninnan irtoavaksi yksin *clausula rebus sic stantibus* -konstruktion sisäänrakennetusta muodollisesta ajatuksesta *edellytysten katoamisesta*. Luottamuksensuojapunninnan valossa voidaan kuitenkin Tuorin ja Kotkaksen omaksuman rakenteen mukaisesti todeta tilanteessa, jossa olosuhteet ovat muuttuneet niin ratkaisevasti, että etuuden saajan on voinut edellyttää itsekin (*Parallelwertung in der Laiensphäre* -tyyppisen arvion puitteissa) havaitsevan edellytysten etuuden saamiseen kadonneen, myös perustellun luottamuksen

⁴³⁰ Tuori – Kotkas 2008, s. 369.

käsillä olon mahdollisuuden kadonneen.⁴³¹ Ilmeisenä esimerkkinä tällaisesta voit mainita vakituisesti ja kokopäiväisesti työllistyneen työttömyyspäivärahan saajan.

6.6.2 Luottamusperusteena neuvo tai vakiintunut käytäntö

Kuten erityisesti *common law*'n lähinnä hallintopäätösten pysyvyyden ulkopuoliseen *representations*-luottamuksensuojaan kiinnittyvä doktriini osoittaa, ei luottamuksensuoja menetä merkitystään hallintopäätösmuotoisen *par excellence*-luottamusperustan kadotessa. Saksalaisen keskustelun valossa vaikuttaa kuitenkin varsin ilmeiseltä, että doktriinin asemoituminen tällaisen muodollisen luottamusperustan ulkopuolelle modifioi doktriinia merkittäväällä tavalla. Esimerkiksi saksalainen pysyvyyden suojaa korostava luottamuksensuoja menettää osan vahvuudestaan tilanteissa, jossa luottamusperustana ei toimi laki tai hallintotoimi: kuten edellä havaittiin, esimerkiksi luottamusta lainvastaisen neuvon ei sen pysyvyytenä suojata pääsääntöisesti lainkaan, ja hallinnollisten käytäntöjen osalta oikeustila on vähintäänkin tulkinnanvarainen.

Sinänsä on kiistatonta, että *common law*'n *representations*-luottamuksensuojaan rinnastuva doktriini on olemassa jossain muodossa myös Suomen oikeudessa, vaikka oikeuskirjallisuudessa on sellaisen olemassaoloon toisinaan suhtauduttu epäilevästi. Esimerkiksi *Anna-Riitta Wallin* ja *Timo Konstari* lähtevät vielä vuosituuhannen vaihtuessa siitä, että luottamuksensuoja elää vakiintuneessa muodossaan vain hallintopäätösten oikeusvoimaopissa siihen jopa samastuen; kyse on vain otsikon vaihdosta.⁴³² Muunlaisesta merkityssisällöstä oli toki tuolloinkin jo merkkejä havaittavissa⁴³³, eikä tässä tutkimuksessa konstruoidun *Verfassungsrang*-luottamuksensuojaperiaatteen alla ole erityisen perusteltua epäillä esimerkiksi käytäntöjen, ohjeiden tai neuvojen kelpoisuutta *luottamusperustana*. Esimerkiksi Mäenpään hallinto-oikeuden yleisesitys lähti jo verraten varhain tällaisen ajatuksen olemassaolosta⁴³⁴, eikä kanta ole muuttunut ajantasaisimmassakaan laitoksessa. Luottamuksensuojalla on Mäenpään ajattelussa käytännön merkitystä myös sellaisessa viranomaistoiminnassa, joka jää hallintopäätöksiin kytkeytyvän oikeusvoimavaikutuksen ulkopuolelle.⁴³⁵

Tosin epäileviäkin kantoja esiintyy yhä: esimerkiksi Seppo Laakson, Outi Suvirannan ja Veijo Tarukanteleen yleishallinto-oikeuden oppikirja näyttää kiin-

⁴³¹ Tuori – Kotkas 2008, s. 370.

⁴³² Wallin – Konstari 2000, s. 223.

⁴³³ Wallin – Konstari 2000, s. 223.

⁴³⁴ Mäenpää 1997, s. 360.

⁴³⁵ Mäenpää 2003, s. 394.

nittävän luottamuksensuojan suomalaisen sovellutuksen itsenäisenä oikeusperiaatteena lähinnä vain hallintopäätösten pysyvyyteen. Virkamiesten yksityiselle esittämät kannanotot, käsitykset, arviot tai lupaukset eivät ainakaan vahvan pääsäännön mukaan saa aikaan oikeudellisesti perusteltavissa olevaa odotusta, sillä virkamiehillä ei ole toimivaltaa antaa viranomaista myöhemmin sitovaa ilmausta.⁴³⁶ Tällainen verraten ortodoksinen rajausta ilmaistiin myös hallintolain esitöissä. HL 6 §:n perustelujen mukaan esimerkiksi viranomaisten ”esittämät käsitykset tai lupaukset hallinnon asiakkaille eivät saa aikaan sellaista oikeudellisesti perusteltua odotusta, johon voitaisiin vedota”.⁴³⁷ Tämän johdosta myöskään virkamiehen hallintoasiassa antama neuvo ei edes hallintolain neuvontavelvollisuuden puitteissa annettuna *lainmukaisena menettelyneuvona*, saati sitten lainvastaiseksi osoittautuvana, hallintolain nimenomaisen neuvontavelvollisuuden ulkopuolelle jäävänä aineellisena neuvona, sido viranomaista.⁴³⁸ Kyse ei näyttäisi olevan luottamuksensuojapunninnan lopputulemasta tehdystä empiirisestä yleistyksestä, vaan luottamuksensuojan *prima facie* -rajasta: *vain erityissäännöksen tuella* voidaan luottamuksensuoja ulottaa koskemaan myös vakiintunutta viranomaiskäytäntöä ja ohjeita.⁴³⁹

Luottamuksensuojan erittely aloitetaan luottamusperusteen osalta kuitenkin jo varsin vakiintuneesti kuvaamalla luottamuksensuojan sisältö huomattavasti hallintopäätösten pysyvyyttä laajempänä vaatimuksena. Esimerkiksi Mäenpään mukaan luottamuksensuojassa on yksityisen näkökulmasta kysymys siitä, että vilpittömässä mielessä toimineella ja toimivalla yksityisellä tulee tietyin perustelluin edellytyksin olla oikeus luottaa viranomaisten *toimintaan*. Tämä merkitsee *yleisesti* sitä, että viranomaisen toiminta ei yllättäen tai ainakaan takautuvasti muutu siltä osin kuin se vaikuttaa yksityisen oikeuteen tai etuun rajoittavasti tai muuten negatiivisesti.⁴⁴⁰ Tällainen avoin määrittely kattaa hallinnon toiminnan kokonaisuudessaan, ja sen puitteissa voidaan arvioida esimerkiksi päätöksentekoa ajallisesti edeltävän neuvonnan oikeusvaikutuksia. Näkökulma on leimallisesti yksityisen; julkisen vallan näkökulmasta esimerkiksi neuvonnan ja sitä seuraavan päätöksenteon suhde näyttäytyvät pikemminkin pistemäisinä toimivaltakysymyksinä ja luottamuksensuojan merkitys jäsentyy ennen kaikkea riskinjakosäännöksenä. Tällaisen Suomen oikeudessa ilmenevän *representations-*

⁴³⁶ Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 156, tässä huomion kohteena olevat kannanotot sisältyvät teoksen alussa ilmoitetun työnjaon mukaisesti Seppo Laakson kirjoittamiin lukuihin.

⁴³⁷ HE 72/2002 vp, s. 56.

⁴³⁸ Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 156, tässä huomion kohteena olevat kannanotot sisältyvät teoksen alussa ilmoitetun työnjaon mukaisesti Seppo Laakson kirjoittamiin lukuihin.

⁴³⁹ Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 347–349, tässä huomion kohteena olevat kannanotot sisältyvät teoksen alussa ilmoitetun työnjaon mukaisesti Seppo Laakson kirjoittamiin lukuihin.

⁴⁴⁰ Mäenpää 2011, s. 88.

luottamuksensuojan ajalliseen orientaatioon kuuluvat myös yleiset, hallintopäätösten pysyvyyteen kiinnittymättömät arviot esimerkiksi kiellosta muuttaa takautuvasti viranomaisen ratkaisukäytäntöä viranomaisen *passiviteettitilanteessa*⁴⁴¹, mitä koskeva doktriini voidaan saksalaiseen tapaan ymmärtää keskusteluna yksityisen näkökulmasta määrittävänä luottamuksena vakiintuneeseen viranomaiskäytäntöön.

Representations-luottamuksensuoja ei ole vieras oikeuskäytännöllekään. Tällä osin voidaan viitata esimerkiksi vahingonkorvaustuomioon KKO 1989:50, jossa oli kyse viranomaisen antamien virheellisten tietojen oikeusvaikutuksista. Tapauksessa katsottiin, että kun kyseessä olivat olleet tiedot yksityisen kannalta tärkeiden ja häneen pakottavina sovellettavien, erityisesti *työlupaa* koskevien säännösten ja määräysten sisällöstä, ja kun tietojen antaminen oli ollut olennainen osa työvoimaneuvojan virkatehtäviä, tietojen laatu ja tarkoitus huomioon ottaen tietojen anto oli julkisen vallan käyttöä. Näin valtio velvoitettiin korvaamaan tietojen virheellisyydestä aiheutunut vahinko. Tapaus on varsin runsaasti referoitu, ja saanut osakseen myös seikkaperäisen analyysin useassakin yhteydessä.⁴⁴² Silti voidaan edelleen kiinnittää huomiota siitä ilmenevään kahtiajakoitseen käsitykseen: se nimittäin paitsi pakotetusti edellyttää *representations*-luottamuksensuojan olemassaoloa, myös sitoutuu sen *ultra vires* -rajoihin.

Vahingonkorvauslain 3:2:n sanamuodon mukaan julkisyhteisö on velvollinen korvaamaan *julkista valtaa* käytettäessä virheen tai laiminlyönnin johdosta aiheutuneen vahingon, tosin 2 momentin rajauksen mukaan vain milloin toimen tai tehtävän suorittamiselle sen laatu ja tarkoitus huomioon ottaen kohtuudella asetettavia vaatimuksia ei ole noudatettu. Suomalaisessa oikeustieteessä on varsin vakiintuneesti katsottu, että kyseisessä tapauksessa ei sitouduttu ainakaan perinteisiin konstruktioihin julkisen vallan vahingonkorvausvastuun edellytyksenä olevasta julkisen vallan käytöstä. Tosin esimerkiksi *Suvianna Hakalehto-Wainio* huomauttaa, että sovellettuna olleen säännöksen esitöitä hyödyntäen voidaan päätyä perustellustikin siihen, että ainakin lainsäätäjällä on pitänyt mahdollisena neuvonnan lukemista julkisen vallan käytön alaan.⁴⁴³ Vaikka julkisen vallan käytön käsite on sinänsä moniulotteinen ja kontekstiriippuvainen, eikä kannanmuodostus ole erityisen yhtenäistä⁴⁴⁴, lienee nykyisin vakiintunut arvio, ettei neuvonta sellaisenaan ole julkisen vallan käyttöä. Esimerkiksi perustuslakivaliokunta on toisinaan omaksunut sinänsä verraten kapean *e contrario* -arvion: neuvonta ei ole [PL 124 §:n tarkoittamaa] julkisen vallan käyttöä, sillä se ei sisällä lakien

⁴⁴¹ Laakso 1991, s. 233.

⁴⁴² Ks. esim. Kuusikko 2000, s. 530–559.

⁴⁴³ Hakalehto-Wainio 2008, s. 347.

⁴⁴⁴ Hakalehto-Wainio 2008, s. 348–349.

toimeenpanoon liittyvää tai muutakaan päätöksentekovallan käyttöä, eikä myöskään valvontatoimivaltaa.⁴⁴⁵ Myös KKO on verrattain tuoreessa tuomiossaan ottanut etäisyyttä tuomiossa KKO 1989:50 omaksuttuun tulkintaan. Tuomio KKO 2009:24 lähtee siitä, että pääkonsulaatin toimistosihteerin, joka oli välittänyt yhtiölle virheellisen neuvon Suomeen myönnettyjen *työlupien* merkityksestä Espanjassa työskentelyn kannalta, ei katsottu käyttäneen julkista valtaa.

Tuomiota KKO 1989:50 ei olekaan pidetty yksin vahingonkorvauslain 3:2:n säännökseen kohdistuvana laintulkintaratkaisuna. *Ilpo Paaso* on kiinnittänyt mainitun vahingonkorvaustapauksen kansalaiskeskeisyyden ja oikeussuojanäkökohtiin vetoavan argumentoinnin nousuun oikeuskulttuurisena tekijänä,⁴⁴⁶ ja mainittu tapaus saakin Paason ajattelussa merkityksensä hallinto-oikeudellisen luottamuksensuojadiskurssin jatkeena.⁴⁴⁷ Samoin *Pentti Kukkonen* konstruoi tapaukseen liittyvän problematiikan luottamuksensuojan alle viittaamalla siihen, että silloisen hallintomenettelylain esitöistä ilmeni ainakin välillisesti se, että kansalainen oli oikeutettu luottamaan saamiinsa neuvoihin.⁴⁴⁸ Toisaalta on syytä huomata, että mainitussa tapauksessa *vahingonkorvausvastuun* kannalta myönteinen lopputulema syntyi juuri luottamuksensuojan *ultra vires* -rajoista. Esimerkiksi Laakson analyysin mukaan KKO:n tuomio perustuu olennaisilta osiltaan lainalaisuuden ja luottamuksensuojan väliseen kollision. Kun silloisen HM 92.1 §:n (nyk. PL 2.3 § toinen lause) edellyttämä muodollinen lakisidonnaisuuden vaatimus edellytti lakia tarkoin noudatettavaksi, ei luottamusta virheellisiin neuvoihin ollut voitu suojata pysyvyytenä: virkamiehen antama neuvo ei perustanut viranomaiselle toimivaltaa tehdä neuvossa ilmaistua lainvastaista hallintopäätöstä.⁴⁴⁹

6.6.2.1 Ortodoksia vero-oikeudessa

Suomalainen luottamuksensuojaortodoksia saa myös erityisen positiivisoikeudellisen ilmauksensa erkaannuttaessa hallintopäätöksen pysyvyyteen kiinnittyvästä doktriinista *representations*-luottamuksensuojan piiriin. Ortodoksisen suhtautumisen voidaan katsoa ilmenevän erityisesti luottamuksensuojan vero-oikeudellisesta positiivisoikeudellisesta ilmiasusta, VML 26 § 2 momentista. Sen sanamuodon mukaan asia voidaan ratkaista verovelvollisen eduksi asian ollessa ”*tulkinnanvarainen tai epäselvä*”, mikäli verovelvollinen on toiminut vilpittö-

⁴⁴⁵ PeVL 20/2006 vp.

⁴⁴⁶ Paaso 1992, s. 58–59.

⁴⁴⁷ Paaso 1992, s. 184.

⁴⁴⁸ Kukkonen 1996, s. 500.

⁴⁴⁹ Laakso 1991, s. 234.

mässä mielessä viranomaisen noudattaman käytännön tai ohjeiden mukaisesti, jos erityisistä syistä ei muuta johdu. Säännöksen esitöissä painotettiin tulkinnanvaraisuuden ja epäselvyyden kiinnittymistä *intra vires* -rajoihin. Tätä rajausta perusteltiin sillä, että säännöksessä annetun suojan ”tarkoituksena ei ole kuitenkaan johtaa suoranaisesti lainvastaisiin verotuspäätöksiin, vaan luottamusperiaatteen soveltaminen edellyttäisi asian olevan tulkinnanvarainen tai epäselvä”.⁴⁵⁰

Säännöksen taustalle asettuu vero-oikeudellisessakin doktriinissa sinänsä perusteltu luottamuksensuojakonstruktio, joka esimerkiksi *Matti Myrskyn* artikuloimana lähtee liikkeelle sinänsä varsin perustellusta ajatuksesta, jonka mukaan veroviranomaisen on toimittava lainmukaisesti, pysyttävä päätöksissään, noudattava omaksumaansa tulkintalinjaa johdonmukaisesti eikä muuttaa sitä takautuvasti. Ajatus konkretisoituu siihen luottamuksensuojaan sisältyvään riskinjakoahtukseen, jonka mukaan *veronsaaja kantaa riskin virheellisestä verotuspäätöksestä*.⁴⁵¹

Riskinjaolla on kuitenkin Myrskyn ajattelussa rajansa: ”*selkeästi* lainvastainen verotus” ei voi kuitenkaan saada luottamuksensuojaa, vaan ”*selvä virhe*” verotuksessa on oikaistava.⁴⁵² Toisin kuin hallintopäätöksiin kiinnittyvän yksinkertaisen lainvastaisuuden ortodoksian kohdalla, suomalaisen *representations*-luottamuksensuojan yhteydessä ei ole mitenkään poikkeuksellista kiinnittää *ultra vires* -rajaa tällaiseen *kvalifioituun* lainvastaisuuteen. Tässä yhteydessä ei kuitenkaan tehdä doktriinille ystävällistä tulkintaa, jonka mukaan tässä olisi kyse luottamuksensuojapunninnan lopputulemasta, jonka mukaan *ilmeiset* virheet olisi yksityisenkin huomattava, ja näin ollen mahdollisuus vedota perusteltuun luottamukseen on heikompi kuin vähemmän ilmeisten virheiden kohdalla. Kyse näyttää olevan ehdottomasta rajasta: luottamuksensuojan *soveltamisala* loppuu viimeistään selvään tai ilmeiseen lainvastaisuuteen, miten se sitten ikinä määritelläänkin.

Myrskyn kvalifioidulla virheellisyydellä ortodoksian ehdottomuudesta erka-neva tulkinta ei kuitenkaan liene vero-oikeudessa yksinomaan vallitseva kanta. Yleensä viitataan nimittäin VML:n esitöistä ilmenevään tulkintaan, joka kytkee säännöksen kattaman *representations*-luottamuksensuojan soveltamisedellytykset tiukasti *intra vires* -rajoihin. Oikeustieteessä asian *tulkinnanvaraisuutta* määritellään usein jopa verohallituksen antaman soveltamisohjeen antamalla tuella⁴⁵³: ohjeen mukaan asia ”ei ole tulkinnanvarainen, jos siihen objektiivisesti tarkastellen soveltuu säännös suoraan”.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ HE 53/1998 vp, 26 §:n yksityiskohtaiset perustelut.

⁴⁵¹ Myrsky 2009, s. 679.

⁴⁵² Myrsky 2009, s. 679.

⁴⁵³ Myrsky 2009, s. 679 alav. 3.

⁴⁵⁴ Luottamuksensuojasta verotusmenettelyssä, Ohje Dnro 569/38/2000, 22.3.2000.

Ortodoksia kiinnittyy tässä kohdin muodollisesti ymmärrettyyn laillisuusperiaatteeseen, joka saa vero-oikeudessa erityisen vahvistuksensa yksityisen vahingoksi tässä kohdin sovelletusta perustuslaillisesta vero-oikeudellisesta *legalismista*⁴⁵⁵ ja *common law*'sta tutulla tavalla operoida *yhdenvertaisuudella ja yhteisellä lompakolla* tilanteissa, joissa luottamuksensuoja on taloudellisesti relevantti. Esimerkiksi *Lauri Soikkeli* viittaa siihen, että veroviranomaisten konkreetti neuvonta koskee yhtä verovelvollista, ja luottamuksen suojaaminen johtaa siten virheellisen neuvon saajan ”suosimiseen *muiden verovelvollisten kustannuksella*”.⁴⁵⁶ Perinteinen vero-oikeudellinen vertikaalisuhde hajoaa horisontaalisuhteeksi. Toisaalta, kuten *Janne Aer* huomauttaa, yhdenvertaisuudelle voitaisiin antaa myös muunlainen merkitys vero-oikeudessaakin: Aerin tarkastelussa luottamuksensuoja myös vero-oikeudellisessa soveltamiskontekstissa – saksalaiseen tapaan – *ilmentää* yhdenvertaisuutta.⁴⁵⁷

Ortodoksia ei tässä kohdin sitoudu *common law*'lle tyypilliseen *ultra vires*-ortodoksiaan yksin luottamuksensuojan *intra vires*-rajoihin kaventavana ehdottomuutena, vaan suuntaa myös *common law*'n ortodoksialle tyypilliseen tapaan muiden soveltamisedellytysten keskeisten komponenttien arvioinnin *viranomaisorientoituneesti*. Tämä näkyy erityisesti *tulkinnanvaraisuutta ja epäselvyyttä* koskevan kriteerin tulkinnassa *ultra vires*-rajojen sisällä. Kuten *Soikkeli* huomauttaa, varsin luonteva lähtökohta arvion tekemiselle on lainsäädäntö: *Soikkeli* mainitsee tulkinnanvaraisuuden tyypillisiksi lähteiksi *lainaukot ja tulkinnanvaraiset säännökset*. Toisen ääripään muodostaa yksiselitteinen ja täsmällinen lainsäädäntö, jonka käsillä ollessa *asia* ei voi olla tulkinnanvarainen tai aukollinen. Perusoikeuskielelle käännettynä kyse on täsmällisestä ja tarkkarajaisesta säännöksestä, joka luo yksityiselle riittävän ennakoitavuuden hänen tapauksensa kohtelemisesta.

Yksityisen näkökulmasta julkisen vallan näkökulmaan irtoava orientaatio näkyy kuitenkin *Soikkelin* ajattelussakin tulkinnanvaraisuuden ajallisena määrittelynä; ”[u]uden lain säännökset ovat myös usein aukollisia ja tulkinnanvaraisia, kun ei vielä ole olemassa lain soveltamisalaa täsmentäviä prejudikaatteja.” Ajatusta voi tuskin lukea muuten kuin siten, että *säännösten* tulkinnanvaraisuus ja aukollisuus loppuu niitä koskevan oikeuskäytännön myötä.⁴⁵⁸ *Äimä* viittaa tähän samaan asiaan pohtiessaan, miten on meneteltävä silloin, kun oikeuskäytäntö tiukentuu KHO:n päätöksellä. *Äimän* mukaan voitaneen lähtökohtaisesti katsoa, että luottamuksensuoja huomioiden uutta tiukentunutta kantaa olisi sovellettava

⁴⁵⁵ Wikström 2010, s. 170.

⁴⁵⁶ Soikkeli 2003, s. 251.

⁴⁵⁷ Aer 2000, s. 255–256.

⁴⁵⁸ Soikkeli 2003, s. 225.

vasta sen jälkeen, kun ”uusi kanta on saatettu julkisuuteen”.⁴⁵⁹ Tällainen ajatus on tietysti paitsi perusteltavissa veroviranomaisen soveltamistoiminnan ja sen tiedollisten edellytysten sekä vakiintuneiden oikeuslähdeopillisten sitoumusten näkökulmasta, myös eräällä muodollisella tavalla yhteensopiva kautta tämän tutkimuksen kehitellyn oikeudellisen työnjaon ja siihen sisältyvän ajatuksen säädösmateriaalista eräänlaisena ”esioikeutena” kanssa, mutta vain ilmaisujen tasolla. On nimittäin niin, että perustellussa oikeudellisessa arviossa esimerkiksi epätäsmällinen normi on yksityistä velvoittavana normina sen soveltamisen jälkeenkin *edelleen epätäsmällinen*, vaikka sille olisi soveltamistoiminnassa tulkinnan keinoin jokin konkreetti sisältö annettu. Tässä yhteydessä on kuitenkin todettava vastaavanlaisen konstruktion omaksutun Saksan valtiosääntötuomioistuimen käytännössä osana aidon taannehtivuuden lähtökohtaisen kiellon ”*unklar und verworren*” -poikkeusta. Kuten edeltä kävi ilmi, on tällainen ajatus siinäkin kontekstissa luottamuksensuojakritiikille altis.⁴⁶⁰ Konteksti on kuitenkin eri: tässä *echte Rückwirkung* -tilanteessa kyse on luottamusperustan *in abstracto* epäselvyydestä, nyt käsillä on tilanne, jossa yksityinen on tulkinnanvaraisuuteen kohdistuvaa mahdollista selonottovelvollisuuttaan jo pyrkinyt täyttämään hankkimalla neuvon tai havainnoimalla käytäntöä VML 26.2 §:n tarkoittamalla tavalla. Luottamusperustetta ei siis tässä rasita tulkinnanvaraisuus.

Ajatus säännösten tulkinnanvaraisuuden poistumisesta oikeuskäytännössä myös yksityisen luottamuksen suojaa kaventavana ilmiönä perustuu ilmeisesti VML:n luottamuksensuojasäännöksen omaksumaan rakenteeseen, joka *erottaa* toisistaan yksityisen näkökulmasta arvioitavan vilpittömän mielen ja ilmeisen objektiiviseksi, muodolliseksi arvoksi tarkoitetun tulkinnanvaraisuuden. Kun tulkinnanvaraisuuden käsilläolo arvioidaan objektiivisesti, suomalaisen julkisoikeuden perinteisten sitoumusten mukaisesti *julkisen vallan näkökulmasta*, voidaan arviointi suorittaa niiden muodollisten oikeuslähdeopillisten sitoumusten mukaan, jotka perustuvat muodolliseen lakisidonnaisuuteen PL 2.3 §:n tarkoittamana velvollisuutena noudattaa lakia tarkoin, ja sisäistävät noudatettavaan – ja täten lakia soveltavan tunnettavaksi edellytettyyn – lakiin koko oikeusjärjestyksen normihierarkkisesta tasosta riippumatta, oikeuskäytäntöä poissulkematta.

On kuitenkin kyseenalaista, voidaanko kysymystä vilpittömästä mielestä ja tulkinnanvaraisuudesta luottamuksensuojan perusrakenteen ja sen *yksityisen positioon asettuvan näkökulman* valossa kategorisesti erottaa. Näin ei ole tehty aina suomalaisessakaan doktriinissa. Esimerkiksi *Wikström* huomauttaa tulkinnanvaraisuuden ja vilpittömän mielen arvioinnin olevan säännöksen kontekstissa aina-

⁴⁵⁹ Äimä 1998, s. 511.

⁴⁶⁰ Ks. edellä 4.1.1.

kin eräänlaisia *kääntöpuolia*.⁴⁶¹ Kuten erityisesti saksalaisesta keskustelusta koskien lainsäätäjää vastaan asettuvaa luottamuksensuojaa edellä havaittiin, on *Getztesvertrauen*-ajattelun puitteissa erittäin ongelmallista konstruoida kantaa, jonka mukaan yksityiselle voisi asettaa *poikkeuksettoman* selonottovelvollisuuden edes *lainsäädännön* sisältöön kohdistuvana, saati sitten tuomioistuinkäytännön ulottuvana.

Vieläkin ongelmallisemmaksi voidaan luottamuksensuojan näkökulmasta arvioida konstruktio, jossa luottamuksensuojaa määrittävä selonottovelvollisuus ulotetaan yksityiselle näkymättömään *hallintokäytäntöön*. Tällainen ajatus ei kuitenkaan ole tuntematon suomalaiselle doktriinille. Esimerkiksi Myrsky viittaa tältäkin osin suoraan verohallituksen antamiin VML 26.2 §:n soveltamisohjeisiin,⁴⁶² joiden mukaisesti tulkinnanvaraisena ei voitane pitää myöskään oikeuskäytännön tai *vakiintuneen verotuskäytännön* perusteella muotoutunutta tulkintaa.⁴⁶³ Kanta ei kuitenkaan ole vakiintunut. Soikkelin tältä osin rakenteistuneemmassa ajattelussa raja kulkee oikeus- ja hallintokäytännön välillä. Soikkeli huomauttaa perustellusti, ettei verotuskäytännön vakiintuminen sinänsä vaikuta tulkinnanvaraisuuden arviointiin, sillä vakiintunut[kaan] verotuskäytäntö ”ei täytä lainaukkoa tai poista lainsäädännön tulkinnanvaraisuutta”.⁴⁶⁴ Tällainen huomio on kuitenkin perustellusti tehtävissä myös tuomioistuinkäytännön osalta, eikä doktriiniin sisältyvä selonottovelvollisuus ei ole kokonaan ongelmaton edes ylimpien tuomioistuinten osalta. Esimerkiksi Äimän edellä viitattu kanta kiinnitti perustellun luottamuksen olemassaolon mahdollisuuden siihen ajankohtaan, kun *KHO:n päätös* on saatettu *julkisuuteen*.⁴⁶⁵ Valtiosäännön ja luottamuksensuojan yksityisen näkökulmaan kiinnittyvän orientaation valossa jää kuitenkin avoimeksi, millaisessa menettelyssä ja millaisin sisällöin yksittäisen oikeusriidan ratkaisu on saatettavissa julkisuuteen siten, että yksityisen verovelvollisen tulee siitä olla tämän julkisuuden perusteella tietoinen. Tuleeko yksityisen seurata Suomen säädöskokoelman lisäksi KHO:n sinänsä julkista diaaria, www-sivuja, vuosikirjaa vaiko kenties luottaa siihen, että joukkotiedotusvälineet uutisoivat hänen kannaltaan merkittävistä ratkaisuista? Doktriinin tausta-ajatuksena nimitäin vaikuttaisi olevan, että tämän julkisuuden kautta määrittäisi ainakin jonkinlainen oikeudellinen velvoittavuus myös muiden kuin kyseisen tapauksen asianosaisten osalta.

⁴⁶¹ Wikström 2010, s. 171.

⁴⁶² Luottamuksensuojasta verotusmenettelyssä, Ohje Dnro 569/38/2000, 22.3.2000.

⁴⁶³ Myrsky 2009, s. 679.

⁴⁶⁴ Soikkeli 2003, s. 226.

⁴⁶⁵ Äimä 1998, s. 511.

Tämän ajatuksen ongelmallisuutta voidaan havainnollistaa korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisulla KHO 2003:21. Ratkaisussa oli kyse tilanteesta, jossa puoliset olivat käyneet verotoimistossa tiedustelemassa menojen vähennyskelpoisuutta. Heillä ei ollut syytä epäillä saamansa suullisen ohjeen paikkansapitävyyttä, ja he toimivat vilpittömässä mielessä viranomaisen ohjeen mukaisesti. Kun asiassa ei ilmennyt sellaisia erityisiä syitä, joista muuta johtuisi, asia oli ratkaistava puolisoitten eduksi. KHO viittaa perusteluissaan erityisesti siihen, että kyseisten menojen vähennyskelpoisuus oli ollut tulkinnanvarainen vuonna 1999, jolloin puoliset ovat käyneet asiaa verotoimistossa tiedustellessa; KHO:n mukaan oikeustilan voidaan tältä osin katsoa selkiintyneen (eli lakanneen olemasta tulkinnanvarainen) vasta korkeimman hallinto-oikeuden 15.8.2000 antamalla ratkaisulla KHO 2000:51. Koska vilpittömän mielen kriteeri on mainitun tulkinnanvaraisuuden ohella verotuksen luottamuksensuojasääntelyssä omaksuttu välttämättömäksi, mutta ei asian tulkinnanvaraisuuteen nähden riittäväksi kriteeriksi, *e contrario* -päätelyllä voidaan todeta, että KHO:n käsityksen mukaan puoliset eivät olisi voineet luottaa enää esimerkiksi vuonna 2001 annettuun neuvon riippumatta siitä, olivatko he tietoisia ratkaisun KHO 2000:51 olemassaolosta ja sisällöstä.

KHO 2003:21 koskee tilannetta, jossa puoliset olivat ostaneet osakehuoneistoja aloittaakseen vuokraustoiminnan harjoittamisen, ja sitä tulisi ehkä luottamuksensuojan perusrakenteen mukaisessa punninnassa arvioida selonnottovelvollisuuden keskivertoihmisen *Parallelwertung in der Laiensphäre* -arviosta jonkin verran poiketen. KHO:n ratkaisussa tällaista ei kuitenkaan tehty, vaan oikeustilan tulkinnanvaraisuutta arvioitiin objektiivisena kysymyksenä: *oikeustila* ei voinut olla tulkinnanvarainen KHO:n annettua ratkaisunsa, vaikka *säännökset* olivat tietenkin edelleen yhtä tulkinnanvaraisia. Kun tämän ohella otetaan huomioon luottamuksensuojaortodoksian pois sulkema *ultra vires* -luottamuksensuoja, tämä tarkoittaa sitä, että *voidakseen luottaa veroviranomaisen neuvontavelvollisuutensa puitteissa antamiin neuvoihin, tulee neuvojen saajan KHO:n käsityksen mukaan aina tarkistaa neuvojen lainmukaisuus perehtymällä korkeimman hallinto-oikeuden oikeustapausaineistoon*.

Jotta yksityinen kansalainen voi tällaisen perehtymisen oikein sisällöin suorittaa, tulee hänellä olla paitsi tarpeellinen tietämys oikeustapausten sisällön tulkinnasta, ylipäänsä varsin rakenteistunut käsitys tuomioistuinnratkaisujen roolista muidenkin kuin niissä käsillä olleiden yksittäisten oikeusriitojen ratkaisijana, jotta yksityinen ylipäänsä ymmärtää alkaa tuomioistuinikäytäntöä selvittää. Kun esimerkiksi Myrsky viittaa luottamuksensuojan analyysin yhteydessä siihen, että yksittäinen prejudikaatti on yleensä kuitenkin vain osa tiettyä ongelmaa X koskevasta oikeuskäytännöstä,⁴⁶⁶ on yksityinen verovelvollinen varsin vaativan tehtävän edessä. Yksityisen kansalaisen näkökulmasta määrittyvänä kuriositeettina mainittakoon, että käytettäessä hakusanoina valtion ylläpitämässä *Finlex*-tietopankissa tapauksen KHO 2003:21 aineellisen sisällön kannalta nimenomaan tämän tapauksen kannalta merkityksellisiä asiasanoja *Vuokraustoiminnan aloittaminen – Huoneiston korjauskulut käyt-*

⁴⁶⁶ Myrsky 2011, s. 649.

täen hakuun ei tartu siinä yksityisen kansalaisen vastaavassa tilanteessa tiedettäväksi edellytetty KHO 2000:51, joka on indeksoitu asiasanoilla *Perusparannusmenot – Vuosikorjauskulut*.

Käytännössä yksityisen on siis veroviranomaisen neuvon saatuaan hankittava lainopillista apua, mikäli haluaa tietää, voiko siihen luottaa ja sen mukaan toimia. Neuvontavelvollisuuden funktion kannalta ajatus on outo, eikä näin määrittynyt velvollisuus ole kokonaan ongelmaton: varsin perusteltuna voidaan pitää sitä Hakalehto-Wainion formuloimaa kantaa, jonka mukaan *neuvontavelvollisuuden olemassaolo* esimerkiksi hallintolain sääntelyssä merkitsee sitä, että hallintolaki on erkaantunut yksityiselle asetetusta tiukasta selonottovelvollisuudesta jopa lain sisällön suhteen. Myös Mäenpää viittaa siihen, että ainakin lähtökohtana on, että yksityinen voi luottaa neuvon lainmukaisuuteen.⁴⁶⁷ Tosin tällainen KHO:n omaksuma neuvonnan funktioiden ja luottamuksensuojan *ration* kannalta vieras lopputulema ei ole Suomen hallinto-oikeustieteessä ehkä kokonaan outo: Hakalehto-Wainio perustelee toisaalla lainvastaisten neuvojen sitomattomuutta sillä, että sitomattomuus ”johtuu hallinnon asiakkaan velvollisuudesta ottaa selvää tiedoista ja tarkistaa ne”.⁴⁶⁸

Oikeutusperustaa sellaiselle selonottovelvollisuudelle, joka yksityiseen kohdistuvana velvollisuutena kohdistuu PL 79.3 §:n tarkoittamaa Suomen säädöskokoelmaa laajemmalle *julkisuuden* konstruktiolle on kuitenkin vaikea esittää tässä kontekstissa, jossa VML:n säännöksen sanamuodon mukaan kyse voi olla tilanteesta, jossa verovelvollinen on joko saanut neuvon tai havainnut veroviranomaisen vakiintuneen käytännön. Oikeuskäytäntöön kohdistuva selonottovelvollisuus merkitsee tässä kontekstissa sitä saksalaisessa keskustelussa edellä esiin nousutta argumenttia, jonka mukaan *yksityisen velvollisuudeksi* jää tässä kohdin *valvoa*, onko *viranomaisen* käytäntö tai neuvo *yhteensopiva oikeuskäytännön kanssa*.

Doktriinin voi arvioida kiertävän yksityisen näkökulman mahdollisimman kaukaa. Tällaisen ajattelun kulminaatio kehittyi Myrskyn havainnosta siitä, että on tulkinnanvaraista, milloin käsillä on tulkinnanvaraisuus. Tämä ajatus konkretisoituu vaatimukseksi siitä, että on tärkeää ratkaista se, *kuka* arvioi asian tulkinnanvaraisuuden. Vastaus löytyy kahtaalta: ensinnäkin voidaan ajatella tulkinnanvaraisuuden olevan käsillä, mikäli ”verotuksen ammatillaiset” esittävät eriäviä näkemyksiä lain sisällöstä. Toiseksi voidaan puhua tulkinnanvaraisuudesta, jos ”oikeuskäytännön linja on horjuvaa tai se sisältää äänestyspäätöksiä”.⁴⁶⁹ Toisin sanoen, yksityisen täytyy voidakseen luottaa esimerkiksi veroviranomaisen antamaan ohjeeseen olla tietoinen mainituista seikoista. Sellainen asettuminen yksi-

⁴⁶⁷ Mäenpää 2003, s. 394.

⁴⁶⁸ Hakalehto-Wainio 2008, s. 361, kurs. M.K.

⁴⁶⁹ Myrsky 2000, s. 801.

tyisen näkökulmaan, joka esimerkiksi edellisessä välitilinpäätöksessä⁴⁷⁰ tarkemmin kuvatuin tavoin rakentui Hämeenlinnan HAO:n päätökseen (15.6.2000 T: 00/403/4) analyysina siitä, että kyseisen tapauksen olosuhteissa oikeudet ja velvollisuudet olivat olleet laista ja sen nojalla annetuista alemmanasteisista säädöksistä *niin vaikeasti hänen itsensä määriteltävissä*, että perustuslaissa määrätty lailla säätämisen edellytys ei täyttnyt, ei näyttäisi olevan vero-oikeudellisessa doktriinissa käsitteellisesti mahdollinen. Jos otetaan huomioon doktriinin tunnistamat vero-oikeudellisen *legalismin* kansan itseverotusoikeudessa sijaitsevat historialliset juuret, voidaan tällaisen mahdottomuuden asettua verovelvollisen asemaan sijaitsevan varsin erikoisessa kontekstissa.

Tällaisen viranomaislähtöisen luottamuksensuojakonstruktion vallitessa kysymys yksityisen vilpittömästä mielestä ja sen käsilläolosta näyttäisi yleensäkin konstruoituvan varsin vähäiselle oikeudelliselle analyysille. Esimerkiksi Myrsky kääntää vipittömän *mielen* varsin yksioikoisesti *common law*'sta tutuksi ”*all his cards face upwards on the table*” -vaatimukseksi yksityisen *toiminnasta*. Vilpittön mieli edellyttää, että verovelvollinen ei anna veroviranomaiselle väärää, epäselvää, puutteellista tai harhaanjohtavaa tietoa verotuksen perusteena olevista seikoista. Kyse ei ole yksin vilpillisen menettelyn negaatiosta, vaan ”käytännössä tämä tarkoittaa, että verovelvollisen on täytynyt ottaa riittävä selko säännöksistä ja ohjeista, jotka ohjaavat täyttämään hänen verotukseensa liittyvät velvoitteet”.⁴⁷¹ Selonottovelvollisuuden kohdistuminen tällaisiin *ohjeisiin* – vaikka niiden tarkempi luonne jääkin tässä epäselväksi – erkanee jo varsin kauas oikeusvaltiollisesta käsityksestä, vaikka tätä tulisikin Myrskyn tarkoittamalla tavalla tulkita *verovelvollisyyden* *myönteisesti in casu*.⁴⁷²

Edelleen on syytä huomata, että säännöksen sanamuotoon on kirjattu *vilpittömän mielen* edellytys. Vilpittömän mielen alaa koskeva oikeuskäytäntö hallinto-oikeudessa on perinteisesti kiinnittynyt henkilön tosiasialliseen tietoisuuteen.⁴⁷³ Esimerkiksi käyköön vilpittömän mielen suojan olemassaoloa osoittavaksi perustapaukseksi kategorisoitu, joskin verraten vanha tapaus KHO 1974 II 128. Siinä katsottiin, että kun työttömyysturvan hakija ei ollut *kertomansa mukaan* tietoinen siitä, että etuuden myöntämisedellytyksistä sääntelevän asetuksentasoisen normin mukaan hänen saamansa kansaneläke olisi ollut työttömyyskorvauksen saamisen esteenä, eikä korvaushakemuksen vastaanottanut *virkillä ollut tähän hakijan huomiota kiinnittänyt*, tuli henkilön vilpittömyyttä mieltä suojata ainakin välillisesti kytkemällä se osaksi henkilön taloudellisiin olosuhteisiinkin kiin-

⁴⁷⁰ Ks. edellä välitilinpäätös 5.8.

⁴⁷¹ Myrsky 2000, s. 800.

⁴⁷² Myrsky 2000, s. 800.

⁴⁷³ Laakso 1991, s. 229.

nittyvää *kohtuusarviota*.⁴⁷⁴ Toisessa perustapauksessa, KHO 1974 II 126, katsottiin, ettei perehtymättömyys ministeriön yleisesti tiedoksiantamattomaan päätökseen poistanut mahdollisuutta vedota vilpittömään mieleen. Tässä tapauksessa KHO otti kantaa myös perustellun vilpittömän mielen käsilläoloon: KHO:n mukaan edunsaaja ei ollut tiennyt, eikä hänen olisi pitänytkaan tietää ministeriön päätöksen sisällöstä. Kyseiset tapaukset kiinnittyvät *representations*-luottamuksensuojan ja hallintopäätösten pysyvyyden suojan saksalaisessa doktriinissa jo edellä todettuun yhteyteen: asiallisesti tapaukset voidaan hahmottaa joko etuuspäätöksen pysyvyyden tai puutteellisen neuvonnan tai muun tietojen annon oikeusvaikutuksien kautta.

Vaikka KHO ei mainituissa tapauksissa käytäkään käsiteapparaatturia *vilpittön mieli / perusteltu vilpittön mieli*, on jaottelu vakiintunut myös Suomen hallinto-oikeuteen. Esimerkiksi *Aarre Tähti* viittaa vuonna 1997 vilpittömään mieleen tiedon puuttumisena, perustellulla vilpittömällä mielellä tämän tiedon tosiasiallista puuttumisen laajennettuna selonottovelvollisuudella: ”ei tiennyt eikä pitänytkaan tietää”⁴⁷⁵. Myrsky viittaa jaotteluun vero-oikeudellisen luottamuksensuoja-arvion yhteydessä toteamalla, että ns. perusteltuun vilpittömään mieleen liittyvää selonottovelvollisuutta kuvataan usein *sellaisina toimina*, joihin *huolellisena* pidettävä henkilö olisi ryhtynyt kulloisessakin tilanteessa asian selvittämiseksi.⁴⁷⁶ Tällaisen jaottelun varaan voidaan Suomen oikeuden oloissakin erityisesti luottamuksensuojan kohdalla rakentaa saksalaistyyppinen *Parallelwertung in der Laiensphäre* -arvio, jonka lähtökohtana toimii ajatus maallikon näkökulmasta, mutta joka tunnustaa samalla, että esimerkiksi verokonsultin tai juristin perusteltu vilpittön mieli on jotain muuta kuin keskivertokansalaisen perusteltu vilpittön mieli.⁴⁷⁷

Jaottelusta tietoinen suomalainen vero-oikeudellinen luottamuksensuojadoktriini on kuitenkin varsin kevein perustein lähinnä viittaamalla edellä mainittuun verohallituksen antamaan VML 26.2 §:n soveltamisohjeeseen sisäistänyt säännöksen sanamuodon tarkoittamaan *vilpittömän mielen* arvioon myös *perustellun vilpittömän mielen* käsilläoloon viittaavia elementtejä. Kuriositeettina on mainittava kyseisen ohjeenkin tunnistavan erottelun olemassaolon, mutta jättävän sen merkityksettömäksi: otsikon ”Verovelvollinen on toiminut vilpittömässä mielessä” alla viitataan edellä mainittujen näkökohtien lisäksi siihen, että ”ns. perusteltuun vilpittömään mieleen liittyvää selonottovelvollisuutta kuvataan usein sellaisina toimina, joihin huolellisena pidettävä henkilö olisi ryhtynyt kulloisessakin

⁴⁷⁴ Kuusikko 2000, s. 475, Tähti 1997, s. 195–196, Laakso 1991 s. 228–229.

⁴⁷⁵ Tähti 1997, s. 177.

⁴⁷⁶ Myrsky 2000, s. 800.

⁴⁷⁷ Soikkeli 2003, s. 229.

tilanteessa asian selvittämiseksi (ns. bonus pater familias -periaate)". Ohjeessa ei kuitenkaan pohdita *perustellun vilpittömän mielen* vaatimuksen mahtumista säännöksen sanamuodon alle.⁴⁷⁸

Siitä huolimatta, että esimerkiksi Soikkeli tunnistaa luottamuksensuojan soveltamisedellytysten erityisesti vilpittömän mielen arvioinnissa kiinnittyvän *verovelvollisen näkökulmaan*⁴⁷⁹, VML 26.2 § näyttää valtiosääntöisen luottamuksensuojan tarjoamien arviointikriteerien valossa omaksuneen varsin veronsaajamyönteisen aselman, eivätkä sen keskeiset perusratkaisut ole vaivatta yhteen sovitettavissa luottamuksensuojan yksityisen näkökulmasta määrittyvän perusrakenteen kanssa. Oikeudellisen työnjaon näkökulmasta erityisesti siihen kytketty ajatus tulkinnanvaraisuuden määrittymisestä muun kuin oikeusnormien perusteella ja tähän kytkeytyvä ajatus selonottovelvollisuuden kohdistumisesta sinänsä viranomaisesta velvoittavaan, mutta yksityisen näkökulmasta hankalasti selonottovelvollisuuden kohteeksi perusteltavaan KHO:n käytäntöön tai jopa hallintoikäytäntöön näyttäisi osoittavan, ettei oikeussuhdeajattelu toimi ainakaan vero-oikeudessa subjektiivisten oikeuksien tarjoaman mallin varaan edellä rakennetun oikeusperustaisen oikeusajattelun tavoin. Oikeussuhdetta ei määritä niinkään yksityisen ja oikeusjärjestyksen välinen suhde, vaan viranomaisen ja hallintolainkäytön sekä muiden oikeudellisten käytäntöjen välinen objektiivisen laillisuuskontrollin varaan rakentuva suhde, jonka muotoilema oikeusjärjestys saa lähinnä funktionalismin painotusten mukaisen instrumentaalisen sisällön, jossa yksityiselle verovelvolliselle jää oppirakennelman lähtökohtien mukaisen verotettavan hallintoalamaisen rooli.

Viranomaislähtöinen luottamuksensuojakonstruktio ei ole kuitenkaan kokonaan vakiintunut KHO:n käytännössäkään. Ratkaisussa KHO 2009:20 argumentoitiin tavalla, joka kytkee selonottovelvollisuuden laajuuden nimenomaan verovelvollisen näkökulmaan. Ratkaisussa oli pääpiirteissään kyse siitä, voitiinko tilanteessa, jossa työnantajalle ei voitu maksuunpanna työnantajasuorituksia, koska työnantaja oli toiminut tulkinnanvaraisessa asiassa vilpittömässä mielessä viranomaisen hyväksymän käytännön mukaisesti, arvioida työntekijän verotusta tästä poikkeavasti ja lukea perusteettomasti suoritettuja matkakustannusten korvauksia tuloksi. KHO:n mukaan työntekijän mahdollisuuksia arvioida korvausten veronalaisuuteen liittyviä näkökohtia vaikeuttaa *säännösten tulkinnanvaraisuuden* lisäksi se, että veronalaisuus riippuu työnantajan toimintaan liittyvistä seikoista, kuten työkohteiden kestosta, eli *seikoista, joista työntekijällä ei ole välttämättä tarkkaa tietoa*. Kun tässä asiassa työnantaja oli menetellyt tulkinnanvaraisessa ja epäselvässä asiassa vilpittömässä mielessä veroviranomaisen noudattaman käytännön ja ohjeiden mukaisesti, ei voida katsoa, että työntekijän "olisi erikseen tullut

⁴⁷⁸ Luottamuksensuojasta verotusmenettelyssä, Ohje Dnro 569/38/2000, 22.3.2000.

⁴⁷⁹ Soikkeli 2003, s. 229.

varmistua korvaussäännösten oikeasta tulkinnasta”. Myös ratkaisua KHO 2006:45 on arvioitu siten, että se erkanee tiukimmista viranomaislähtöisistä asetelmista. Esimerkiksi *Matti Urpilainen* viittaa siinä omaksutun kriteeristä ”tulkinnanvarainen tai epäselvä” aiempaa väljemmän muotoilun, joka ei johdanut sen [kääntöpuolena arvioidun] selonottovelvollisuuden määrittelyä siten, että verovelvollisen olisi pitänyt pystyä erottamaan ”oikea” verotuskäytäntö ”väärästä”.⁴⁸⁰

Tällainen viranomaislähtöisestä konstruktiosta erkaneva luottamuksensuoja sisäistääkin monet ortodoksian piirissä ehdottomiksi säännöiksi käsitetyt konstruktiot pikemminkin luottamuksensuojan yleisen perusrakenteen sisäiseksi punnintakysymyksiksi. Esimerkiksi käy *Jaakko Ossan* kanta passiivisista laintulkintakannanotoista. Ossa viittaa tässä kohdin siihen, että tilanteessa jossa laintukintakannanotto koostuu verottajan passiivisuudesta, sen pysyvyys edellyttää luottamuksensuojalta suurempaa painoarvoa kuin nimenomaisesti annettujen kannanottojen pysyvyys.⁴⁸¹

Normatiivisen, punaisen valon värittämän doktriinin jatkokehittelyn mahdollisuuden kannalta keskeinen kysymys on, onko VML 26.2 § luonteeltaan tyhjentävä sääntely. Tämä tarkoittaa kysymystä HL:n soveltuvuudesta, johon voidaan vastata periaatteessa kolmella eri tavalla. VML 26.2 § sulkee HL 6 §:n soveltamisen pois, VML:n rinnalla täydentävänä sääntelynä voidaan noudattaa HL 6 §:ää tai voidaan tukeutua vero-oikeudellisessäkin doktriinissa tunnustettuun mahdollisuuteen, että luottamuksensuoja on luonteeltaan *Verfassungsrang*-periaate⁴⁸², ja niin VML 26.2 § kuin HL 6 §:kin vain toimivat sen positiivisoikeudellisina ilmentyminä.

Tässä lähdetään ajatuksesta, jonka mukaan VML 26.2 §:ää tyhjentävänä sääntelynä pitävä perusteluketju nojautuu vero-oikeudelliseen *legalismiin* ja erityisesti sen oikeusturva-asyymetrian kiistävään suomalaiseen muodolliseen sovellutukseen: kun verosta on yleensä säädettävä lailla, on myös verotuksen oikeusturvaperiaatteista säädettävä lailla – myös soveltamistoiminnassa huomioitavan lakivarauksen merkityksessä: luottamuksen suojaaminen verotuksessa edellyttää siihen valtuuttavaa lakia.⁴⁸³ Mikäli tällainen symmetrinen lähtökohta hyväksyttäisiin, olisi sen kanssa varsin johdonmukaisesti arvioitavissa, että kysymys VML 26.2 §:n tyhjentävyydestä voidaan arvioida yksin sen oman sanamuodon puitteissa.

VML 26.2 § sanamuodosta voidaan erottaa varsin selväpiirteisesti oikeusseuraamus (”asia on ratkaistava tältä osin verovelvollisen eduksi”) ja tosi-seikat (”jos asia on tulkinnanvarainen tai epäselvä, ja jos verovelvollinen on toiminut vilpittömässä mielessä viranomaisen noudattaman käytännön tai oh-

⁴⁸⁰ Urpilainen 2006, s. 4.

⁴⁸¹ Ossa 2010, s. 118.

⁴⁸² Wikström 2010, s. 163.

⁴⁸³ Wikström 2010, s. 162.

jeiden mukaisesti”), vaikka oikeusseuraamuksen sanamuotoon liitetty ”tältä osin” jonkun verran eroa relativoin. Säännöksen tyhjentävä luonne voi liittyä jompaankumpaan: Voidaan ajatella, että säännöksessä on tyhjentävästi määritelty tosiseikat, joiden perusteella asia voidaan ratkaista verovelvollisen eduksi. Voidaan myös ajatella, että säännöksessä on tyhjentävästi määritelty seuraamukset, joita kyseisistä tosiseikoista johtuu. Vaikka kumpikin tulkinta on ilmeisen kestävä, ei tämä ole säännöksen sanamuodosta tehtävä keskeisin huomio. Olennaista on havaita, että luottamuksensuojakomponentit on säännöksessä säännelty *sen tosiasiapuolella*. Säännöksen oikeusseuraamuspuoli, luottamuksensuojan yleisen perusrakenteen mukainen normatiivinen osa, ei ole *sanamuotonsa* mukaan luottamuksensuojanormi lainkaan: kuten Myrsky huomauttaa, VML 26.2 §:ssä ei käytetä ilmaisua luottamuksensuoja, vaan siinä määrätään asia tiettyjen edellytysten täyttyessä ratkaistavaksi verovelvollisen eduksi.⁴⁸⁴ Tämä voi käsitteellisesti tarkoittaa sanamuodon ”siltä osin” -rajoituksen vallitessakin paljon muuta kuin perustellun luottamuksen suojaamisen. *Sanamuodon* mukaan voidaan esimerkiksi ylittää yksityisen luottamusintressin mukainen vähennyksen *määrä*. Kun VML 26.2 § ei yksin sanamuotonsa perusteella ole oikeusseuraamuksensa perusteella luottamuksensuojanormi lainkaan, ei yksin sanamuotoon VML 26.2 §:n luonnetta tyhjentävänä *luottamuksensuojanormina* voi perustaa edes VML:n soveltamisalalla.

Edelleen Myrsky huomauttaa toisaalla, että sanamuodon mukaan edellytetään, että asia on *joko* tulkinnanvarainen *tai* epäselvä.⁴⁸⁵ Vaatimus *intra vires* -luottamuksensuojasta on vakiintuneesti edellä kiinnitetty ilmaisuun ”tulkinnanvarainen”. Vaikka havainto ei tässä kohdin Myrskyn ajattelua suoranaisesti *ultra vires* -luottamuksensuojan mahdollisuudeksi asti kehitykään, vaan lähtökohtana on tässäkin se, ettei ”selkeästi” vastoin lakia toimitettu verotus saa luottamuksensuojaa⁴⁸⁶, olisi havainnolle annettavissa periaatteellisempikin merkitys. *Asian epäselvyys* nimittäin vakiintuneessa doktriinissa liittyy asian tosiasiapohjan puutteelliseen selvittämiseen: epäselvissä asioissa oikeustositseikoista ei joko ole olemassa tai edes saatavissa selvitystä.⁴⁸⁷ Vaikka lähtökohta tietysti on, että tätä puutteellisesti selvitettyä tosiasiapohjaa on arvioitava laillisuusperiaatteen rajoissa, nostaa sääntely tältä osin esiin periaatteellisen mahdollisuuden erkanemiseen *ultra vires* -ortodoksiasta sen sanamuodon puitteissakin. Mikään ei nimittäin *käsitteellisesti* edellytä, että sanamuodossa *intra vires* -tulkinnanvaraisuuden vaihtoehdoksi asetettu *epäselvyys* pysyisi *ultra vires* -rajojen sisällä, mikäli laillisuuden mittarina käytetään samaa tilannetta *kontrafaktuaalisessa* asetelmassa, jossa asian kaikki tosiasiat olisivat tulleet selvitettyksi.

⁴⁸⁴ Myrsky 2000, s. 800.

⁴⁸⁵ Myrsky 2000, s. 800.

⁴⁸⁶ Myrsky 2000, s. 800.

⁴⁸⁷ Soikkeli 2003, s. 227.

Ilmeistä kuitenkin on, että suomalaisen vero-oikeustieteen omaksumiin oikeuskulttuuriin ja oikeuslähdeopillisiin sitoumuksiin ajatus *Verfassungsrang*-luottamuksensuojasta ei oikein istu. Doktriini vaikuttaa valtiosääntöisten vaatimusten asemesta rakennetun pikemminkin *verohallituksen antamien VML 26.2 §:n soveltamisohjeiden* varaan silloinkin, kun kyseessä ovat periaatteelliset oikeudelliset kysymykset – joskus jopa muodollisesti ja velka avoimesti tunnustaen. Esimerkiksi Myrsky ratkaisee kysymyksen luottamuksensuojaperiaatteen soveltamisalasta VML:n ulkopuolella – ja näin samalla *e contrario* VML:n soveltamisalalla VML 26.2 §:ää täydentävänä periaatteena – viittaamalla mainittuun oikeuskysymys huomioiden yllättävään lähteeseen: ”Verohallituksen ohjeen (22.3.2000) mukaan periaate yhtenä hallintomenettelyn yleisperiaatteena tulee sovellettavaksi myös kaikkiin VML:n ulkopuolisiin verotusmenettelyihin.”⁴⁸⁸ Tosin *Myrskyn* ajattelussa on runsaasti oikeudellisempaan suuntaan viittaavia elementtejä: esimerkiksi vuonna 2000 kirjoitetussa luottamuksensuoja-analyyssissä suhde rakentui lähtökohdasta, jonka mukaan verotus on hallintotoimintaa, ja näin ollen sitä koskevat lähtökohtaisesti samat periaatteet kuin hallintotoimintaa yleisemminkin.⁴⁸⁹

6.6.2.2 Irti ortodoksiasta?

Suomalainen *representations*-luottamuksensuoja ei kuitenkaan ortodoksisessa muodossaan näyttäisi olennaisilta osiltaan eroavan verotusmenettelylain 26.2 §:ään kiinnittyvästä keskustelusta. Lähtökohdat ovat ortodoksian mukaisia; luottamusta esimerkiksi selvästi lainvastaisiin neuvoihin tai lainvastaiseen käytäntöön ei käsitteellisesti suojata luottamuksensuojan otsikon alla lainkaan, joskin periaatteellinen mahdollisuus vahingonkorvaukseen luottamuksesta erkane-
misen perusteella myönnetään olemassa olevaksi⁴⁹⁰ siitäkin huolimatta, että neuvonta ei nykyisin enää ole välttämättä käsitettävissä edellä tarkastellun vahingonkorvaustuomion KKO 1989:50 julkilausutun perustelun mukaiseksi julkisen vallan käytöksi – Hakalehto-Wainion analyysin mukaan edes kaikissa sellaisissa tilanteissa, joissa kysymyksessä ovat tärkeät, neuvonnan kohteeseen pakottavina sovellettavat säännökset.⁴⁹¹ Ortodoksia jättää siis lainvastaiseen neuvoon luottaneen vaille mitään suojaa.

Tällainen *representations*-luottamuksensuojan *ultra vires* -rajoihin kiinnittävä ortodoksia ei kuitenkaan ole oikeustieteessä tai oikeuskäytännössä muodostunut

⁴⁸⁸ Myrsky 2009, s. 680, vrt. tosin oikeudellisemman ajatuksen sisältävä s. 686.

⁴⁸⁹ Myrsky 2000, s. 797.

⁴⁹⁰ Mäenpää 2011, s. 91.

⁴⁹¹ Hakalehto-Wainio 2009, s. 597.

ehdottomaksi. Esimerkiksi Kulla viittaa lainvastaisen neuvon sitovuuden ehdottomasti, asiallisesti *common law'n jurisdictional principle* -keskustelusta tutuin perusteluin kiistävän konstruktion olevan perusoikeus- ja luottamuksensuojanäkökohdista johtuen liian yksioikoinen. Toisaalta olisi Kullan mukaan myös ilmeisen ongelmallista liittää neuvoihin ehdoton julkinen luotettavuus. Virheellisen neuvon vaikutuksia on arvioitava tapauskohtaisesti, ottamalla huomioon luottamuksensuojan edellytykset, eli sen perusrakenne.⁴⁹² Kuten tutkimuksessa hahmoteltu eurooppalainen luottamuksensuojakeskustelu osoittaa, luottamusperustan muodollinen lainvastaisuus on perusteltua ottaa huomioon perusrakenteen puitteissa, mutta ei sen soveltamista estävänä luottamuksensuojan soveltamisalan ehdottomana *prima facie* -rajana.

Näin ymmärrettynä suomalainenkin *representations*-luottamuksensuoja asetuu osaksi eurooppalaisen luottamuksensuojan kehitystä, joka kiinnittää sen suhteellisuusperiaatteen rakenteistamaan punnintaan. Tällainen *Verfassungsrang*-oikeusperiaate on vaikeasti sovitettavissa yhteen sellaisiin ehdottomiin rajoihin kuten *intra vires* -luottamuksensuoja tai luottamuksensuojan keskeisten piirteiden lokerointi *Handlungsform*-doktriinin tuottamiin laatikoihin. Suhteellisuusperiaate-luottamuksensuoja on avoin rakenne: se toki sisältää useita yleisiä lähtökohtia, joiden pääpiirteet on käyty läpi edellä, mutta punnintanormina se ei taivu säännöiksi ja poikkeuksiksi. Sen yleistä perusrakennetta voi toki ymmärtää ja käydä sitä koskevaa doktrinaalista keskustelua kunkin tapauksen erityispiirteiden valossa, mutta sen luonne yksittäistapaukseen kiinnittyvänä normina ei mahdollista sellaista systeeminrakennusta, jossa perusrakenteen konkretisoitumisesta soveltamisedellytykseksi *in casu* noustaisiin takaisin *in abstracto* maailmaan käyttäen systematisointiavaimena kunkin tapauksen ominaispiirteitä.

Kuten erityisesti *common law'n* oikeuskäytäntö edellä osoitti, on tällaista avointa perusrakennetta konkretisoiva ja kehittävä oikeuskäytäntö usein varsin ristiriitaista jopa perustavanlaatuisten kysymysten osalta. Tällainen ristiriitaisuus voidaan todeta Suomenkin oikeudesta. Tapauksessa KHO 2006:90 suojattiin luottamusta lainvastaisiin neuvoihin, KHO 2009:45 taas kiisti *ultra vires* -suojan mahdollisuudenkin. Tapauksessa KHO 1998:57 viitattiin siihen, että valmisteverotuksessa ei katsottu syntyneen hyväksyttyä laintulkintaa ja vakiintunutta verotuskäytäntöä verovelvollisen itse noudattaman menettelyn perusteella, vaan sen katsottiin edellyttävän veroviranomaisen asiaa koskevaa päätöstä tai muuta nimennomaista kannanottoa. Tulkinta on vahvistettu viimeksi tapauksessa KHO 2010:50, jossa luottamuksensuoja sulkeutui pois, kun asiassa ei ilmennyt, että veroviranomainen olisi antanut kirjallista tai suullista ohjetta tapauksen keskiössä olevasta oikeuskysymyksestä, tai että veroviranomainen olisi aikaisemmin

⁴⁹² Kulla 2008, s. 115–116.

tutkinut nimenomaisesti tapauksen tosiasiat. KHO 2006:45 lähti aivan toisenlaisesta, nimenomaisen kannan vaatimuksesta erkanevasta rakennelmasta: yhtiöön oli tehty verotarkastus, joka ei kuitenkaan ollut kattanut nimenomaan riidanlaista kysymystä. Verotarkastuksessa ei ollut laajemmin puututtu yhtiön noudattamaan käytäntöön, mutta kuitenkin esitetty ”samaan asiakokonaisuuteen liittyviä teknisluonteisia huomautuksia”.⁴⁹³ Edelleen voidaan viitata esimerkiksi tuomiossa KKO 1989:50 omaksuttuun tulkintaan ja sen edellä viitattuun suhteeseen tuomioon KKO 2009:24 kysymyksessä julkisen vallan käytöstä neuvonnassa.

Tällainen oikeuskäytännön sisäinen jännitteisyys ja jopa ristiriitaisuus vaikuttaa olevan luottamuksensuojadoktriinille ominainen piirre. Erityisesti *common law*’n luottamuksensuojadoktriini haki pitkään oikeutustaan, muotoaan ja sisältöään varsin heterogeenisessä oikeuskäytännössä. Kun muistetaan tämän tutkimuksen alussa esitetyt näkemykset julkisoikeudellisten taustateorioiden merkityksestä ratkaisutoiminnan sisällölle⁴⁹⁴ ja erityisesti perustavanlaatuisille oikeusvaltiollisille vaatimuksille ja niiden konkretisaatioille,⁴⁹⁵ olisi jännitteettömän oikeuskäytännön olemassaolo varsin yllättävää. Sellaisen voisi arvioida luottamuksensuojakontekstissa merkitsevän lähinnä sitä, että perustavanlaatuisia, ja sellaisena *in abstracto* ratkaisematonta ristiriitaa yksityisen pysyvyyssintressin ja julkisen vallan käytön tavoiterationaliteetin välillä ei oikeuskäytännössä ole kosketeltukaan: luottamuksensuojan otsikon alle kategorisoidut oikeustapaukset koostuisivat lähinnä mekanistisesta lain soveltamisesta. Oikeuskäytännön jännitteisyys kertoo kuitenkin siitä, että perustavanlaatuinen ristiriita on niissäkin läsnä saaden eri konteksteissa yli ajan varsin erilaisia painotuksia.

Näin kuuluukin olla, erityisesti kehittyvän doktriinin oloissa. Jännitteisen oikeuskäytännön taustalle paikallistuu nimittäin sen heterogeenisyyttä selittävänä tekijänä lopultakin luottamuksensuoja punnintanormina. Sen vaihtoehto, mekanistisen lainsoveltamisen ja tätä kautta homogeenisen oikeuskäytännön mahdollistava lainsäätäjän määrittelyvaltaan alistettu, *Verfassungsrang*-ulottuvuudesta riisuttu luottamuksensuoja ei pysty täyttämään omaa funktiotaan. Alati läsnä oleva jännite on luettavissa useista sellaisistakin ratkaisuista *hiljaisena* luottamuksensuojarakenteena esimerkiksi Hakalehto-Wainion tarkoittamalla tavalla rivien välistä,⁴⁹⁶ joita edellä määritellyllä tavalla joko *Handlungsform*-doktriinin tai lainsäätäjän muuten määrittelemään alaan sitoutunut luottamuksensuojadoktriini ei tunnista. Näin luottamuksensuoja saa yleisemmänkin merkityksen Suvirannan ja Kuusikon tarkoittamana *ajattelutapana*⁴⁹⁷ eli tämän tutkimuksen alku-

⁴⁹³ Urpilainen 2006, s. 4.

⁴⁹⁴ Ks. edellä luku 2.1.

⁴⁹⁵ Ks. edellä luku 3.

⁴⁹⁶ Hakalehto-Wainio 2008, s. 224.

⁴⁹⁷ Suviranta 2004, s. 1428, Kuusikko 2000, s. 631.

metreillä tarkoitettuna *ideaalittyyppinä*, joka saa kuitenkin *Verfassungsrang*-kyt-
kentänsä johdosta erityisen normatiivisuuden.

6.6.2.3 Hiljainen luottamuksensuoja-argumentaatio

Esimerkiksi tällaisesta laajasta, joskus hiljaisesta ajattelutavasta käyköön edel-
listen välitilinpäätösten yhteydessä ”*Something has gone badly wrong, even if
the court cannot quite put its finger on it*”⁴⁹⁸ -tapaukseksi ajateltu KHO 2004:15,
jota on arvioitu rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen soveltamisen osalta
varsin tarkoitushakuisesti konstruoiduksi. Tapaus voidaankin ehkä perustellum-
min lukea luottamuksensuojaratkaisuna: luottamuksensuoja ilmenee tapauksessa
paitsi oikeusjärjestyksen ja yksityisen välisenä ennakoitavuussuhteena teon te-
kemiseen aikaan, myös sinä ajankohtana, kun tapauksen asianosainen harkitsi
muutoksenhaun tekemistä kärjäoikeuden päätökseen. Tällainen luottamuksen-
suoja saa luottamusperustansa PL 21 §:n turvaamista menettelyllisistä perusoi-
keuksista ja erityisesti niiden aineellisesta konkretisoitumasta, *reformatio in
peius* -kiellosta. Kiellon yleisen muotoilun mukaan tuomioistuim ei muutoksen-
haun johdosta annettavassa päätöksessä saa muuttaa muutoksenhaun kohteena
olevan päätöksen luomaa oikeustilaa muutoksenhakijalle epäedulliseen suuntaan
aineellisella perusteella, mikäli vastapuoli ei ole valittanut päätöksestä.⁴⁹⁹ Luot-
tamuksensuojan kielelle käännettynä kiellossa on kysymys siitä, että johtuen
muutoksenhaun luonteesta oikeusturvamenettelynä, yksityisellä on oikeus luot-
taa siihen, että yksityisen tekemästä muutoksenhausta ei seuraa hänelle epäedul-
lista seuraamusta annettavan ratkaisun kääntymisenä hänelle aineellisesti epä-
edulliseen suuntaan.

Sinänsä vaikuttaa kuitenkin selvältä, että objektiivisen laillisuuskontrollin ja
oikeusturvamenettelyn välillä horjuvassa suomalaisessa hallintolainkäytössä
kiellon soveltamisala ja vahvuus ovat *de facto* vähintäänkin epäselviä sen muo-
dollisen ydinalueen ulkopuolella. Esimerkiksi ratkaisussa KHO 2007:7 käsitel-
tiin ja tutkittiin ylioppilastutkintolautakunnan *aikuislukion rehtorille osoittama*,
ja vailla valitusoikeutta olevaksi katsotun rehtorin KHO:teen *muutoksenhakukir-
jelmänsä liitteenä* valitusajan kuluessa toimittama *lausunto* korkeimmalle hal-
linto-oikeudelle tehtynä valituksena asiassa, jossa oli kyse ylioppilastutkinnon
hylkäämisestä kokelaan koetilanteen menettelyn perusteella, ja joka päättyi hal-
linto-oikeuden ratkaisusta poiketen ylläpitämään sanktionluonteisen hallinnolli-
sen seuraamuksen. Toisin sanoen, KHO konstruoi käyttöönsä valituskirjelmän,
jotta oli mahdollista ratkaista asia asianosaisen vahingoksi: hallintolainkäyttöä

⁴⁹⁸ Ks. edellä luku 4.4.

⁴⁹⁹ Mäenpää 2005, s. 485.

tällaisessa prosessuaalisessa kontekstissa on vaikea luonnehtia oikeusturvamenetelyksi.

Luottamuksensuojanäkökohdista vaikuttaa kuitenkin perustellulta, että ratkaisussa KHO 2004:15 käsitettiin *reformatio in peius* -kiellon takana piilevät oikeudet vähintäänkin laajentavasti. Vastakkainen lopputulema olisi merkinnyt sitä, että rikostuomion muodollisen lainvoiman siirtyminen rikosprosessuaalisen muutoksenhaun johdosta ajallisesti eteenpäin olisi merkinnyt myös tapauksessa KHO 2004:15 käsillä olleen, tähän lainvoimaisuusajankohtaan muodollisesti kytkeytyvän elinkeinon harjoittamisen edellytyksen eli hallinnollisena seuraamuksena käsitellyn *elinkeinovapauden rajoituksen ajallisen keston* kytkemistä yksityisen vahingoksi muutoksenhakuun. Näin KHO:n mukaan ennen kyseisestä rajoituksesta sääätäneen lain voimaantuloa ”ei liioin ole voitu varautua siihen, että muutoksen hakeminen rikosasiassa annettuun tuomioon vastaavasti pidentäisi edellä mainittua ajanjaksoa”. Luottamuksensuojan kielelle kääntäen: kun lähtökohdana on *reformatio in peius* -kielto, yksityisellä oli muutoksenhaun tekemisen aikaan oikeus luottaa siihen, että muutoksenhausta ei koituisi hänelle lisäseuraamuksia.

Tällainen valtiosääntöisesti tuettavissa oleva luottamuksensuoja ei alansa puolesta kiinnity julkisen vallan toimenpiteiden kategorisointeihin, vaan omaksuun sen Englannin *ultra vires* -ortodoksiankin jo hyväksymän lähtökohdan, että luottamusperusteen olemassaoloa arvioidaan yksityisen näkökulmasta: ei ole olemassa mitään ”*artificial restriction on material on which legitimate expectations may be based*”.⁵⁰⁰ Luottamusperusteen olemassaolon osalta voidaankin viitata julkisen vallan mahdollisten toimien laajaan kirjoon, joka sisäistää myös toimen negaation, toimimattomuuden. Vaikka tässä tutkimuksessa on lähinnä tutkimusekonomisista syistä jätetty tuomioistuinten tuottamien ratkaisujen merkitys luottamusperusteena seikkaperäisen tarkastelun ulkopuolelle *common law*'n verrattain kapeaa *prospective overruling* -oppia lukuun ottamatta, tällainen laajuus sisäistää luottamuksensuojan piiriin myös tuomioistuinratkaisut.⁵⁰¹

Soveltamisalaltaan laajan ja yleisen suojan puitteissa käyvät ymmärrettäväksi myös vahingonkorvaustuomiot KKO 1999:32 ja KKO 1999:33, joissa on asiallisesti kyse valtion korvausvelvollisuudesta tilanteessa, jossa ministeri tai ministeri ja ministeriön kansliapäällikkö yhdessä olivat antaneet julkisuuteen tietoja tilanteesta, jossa telakkayhtiön jouduttua maksuvaikeuksiin 1990-luvun laman alkuvuosina yhtiön omistajat, rahoittajat ja valtio olivat sopineet yhtiön toiminnan rahoittamisesta tilattujen alusten rakentamisen turvaamiseksi. Telakkayhtiön kaaduttua konkurssiin valtion antamiin tietoihin luottaneet ja tämän johdosta

⁵⁰⁰ Wade – Forsyth 2010, s. 450.

⁵⁰¹ Maurer HStR 2006, § 79 rn. 134–155.

saataviaan tai maksujaan konkurssipesään menettäneet katsottiin oikeutetuksi vahingonkorvaukseen. Tapauksissa ei tietojen annon käsitetty olevan julkisen vallan käyttöä, ja niiden sijoittaminen luottamuksensuojadoktriiniin on yleensä jäänyt maininnan tasolle.⁵⁰² Vahingonkorvausoikeuden doktriini näyttää omaavan myös epäilevän suhtautumisen tapauksiin. Esimerkiksi *Heikki Halilan* mukaan KKO:n tuomioista KKO 1999:32 ja 33 ei ole mainittu sovelletun vahingonkorvauslain säännöksiä, mutta niistä ei myöskään ilmene, onko vahingonkorvausvelvollisuus katsottu sopimusvastuuksi vai sopimuksenulkoiseksi vastuuksi.

Rajanvetoa pohtiessaan Halila nostaa esiin kriteereitä, jotka sopisivat hyvin *common law*'n luottamuksensuojapunnintojen sisälle. Halila viittaa esimerkiksi sitovan tahdonilmaisun tunnusmerkkeihin, riittävään yksityiskohtaisuuteen ja varauksettomuuteen, mutta myös siihen, että tiedotteen keskeisinä intresanteina olivat telakkayhtiön sopimuskumppanit eli rajattu joukko, vaikka se sinänsä oli-kin suunnattu laajalle yleisölle.⁵⁰³ Tässä kohdin Halilan analyysia kyse ei kuitenkaan ole luottamuksensuoja-argumentoinnista, sellainen kytkeytyy Halilan tarkastelussa ensisijaisesti kysymykseen julkisen vallan käytöstä. Tämä näkökulma selittyy erityisesti sillä, että Halilan mukaan ”luottamuksensuoja ei ole alkanut elää ratkaisun KKO 1999:32 johdosta omaa oikeussäännöistä riippumatonta elämäänsä”.⁵⁰⁴

Halilan esittämät argumentit ovat sinänsä omaksuttuja suomalaisestakin hallinto-oikeudellisesta luottamuksensuojadoktriinista. Esimerkiksi Hakalehto-Wainio viittaa siihen, että luottamuksensuojan kannalta on merkityksellistä, annetaanko neuvot tai informaatio yleensä määrätylle henkilölle vai kohdistetaan-ko se suuremmalle yleisölle: edellisessä tapauksessa muodostuu [julkisoikeudellinen] oikeussuhde, jossa osapuolilla voi olla perusteltuja odotuksia toisiaan kohtaan.⁵⁰⁵ Kun kiinnitetään huomiota KKO:n perusteluihin, jotka kytkevät vahingonkorvausvelvollisuuden siihen, että on joko ”tärkeätä suojata luottamusta sitoumuksiin tai tietoihin, jotka annetaan tai jotka voidaan perustellusti ymmärtää annetuksi virkaa tai muuta julkista tehtävää hoidettaessa” (KKO 1999:32) tai siihen, että ”valtion vastuu tässä jutussa koskee kuitenkin vain niitä toimenpiteitä, joihin on ryhdytty valtion taholta esitettyjen lausumien jälkeen ja niihin luot- taen” (KKO 1999:33), on ilmeistä, että perusteluketju kaipaa tuekseen nimen- omaan luottamuksensuojan, ja mm. Hakalehto-Wainion mukaan sitä on pidettä- vä mainittujen tuomioiden keskeisimpänä perusteluna.⁵⁰⁶

⁵⁰² Kulla 2008, s. 117, Mäenpää 2008, s. 78–79.

⁵⁰³ Halila 1999, s. 746–747.

⁵⁰⁴ Halila 1999, s. 744.

⁵⁰⁵ Hakalehto-Wainio 2008, s. 361.

⁵⁰⁶ Hakalehto-Wainio 2008, s. 235.

Tällaisia esimerkkejä verraten hiljaisesta luottamuksensuojaoikeuskäytännöstä on epäilemättä mahdollista identifioida useita. Epäilemättä on myös mahdollista identifioida yhtä lukuisa määrä vielä hiljaisempia luottamuksensuojaoikeustapauksia, joissa asiaa ei ole sen paremmin arvioitu luottamuksensuojan näkökulmasta kuin lopulta suojattukaan luottamusta. Tutkimuksen tarpeisiin oleellinen perustelutaakka on kuitenkin täytetty: edellä olevissa luvuissa on esitetty oikeudellinen perustelu sille, miksi luottamusta on suojattava. Tästä perustelusta on osoitettu seuraavaksi myös lähtökohta, jonka mukaan luottamuksensuojan soveltamisala on laaja, ja osoitettu myös tällaisen laajuuden mahdollisuuden elävän myös sen perinteisesti torjuneessa suomalaisessa oikeuskulttuurissa.

Laajuuden osoittamisen jälkeen luottamuksen suojaamisen tapojen kattava analyysi ei ole erityisen mielekäästä. Tutkimustehtävä samastuisi laajuutensa ja merkityksensä puolesta lähinnä siihen kysymykseen, minkälaisia oikeusvaikutuksia julkisen vallan toimen laillisuudella / lainvastaisuudella on. Skaala on erittäin laaja ja ennakolta rajaamaton: esimerkinomaisesti voidaan viitata kuitenkin sellaisiin edeltä ilmeneviin tapoihin kuten siirtymäsääntelyt, lain säätämättä jättäminen tai sen mitätöiminen, lakiin tai *policyyn* tehtävät sisällölliset muutokset, päätösten ja tuomioiden pysyvyys, passiviteetin muodostama este uudelle päätökselle tai muulle toimelle, uuden päätöksen aineelliseen sisältöön kohdistuva vaikutus ja vahingonkorvaus tai muunlainen rahallinen hyvitys. Suomalaisen vahingonkorvausjärjestelmän siviiliprosessuaalinen luonne siihen kiinnittyvine hallintolainkäytön oikeusturvalle vieraine kulkukorvaussäännöksineen antaa kuitenkin aiheutta rakenteelliseen huomioon: niin kauan kun näin on, hallinnon oikeusturvamenettelyissä ja niihin kytkeytyvissä arvioissa ei ole erityisen perusteltua relativoida julkisoikeudellisia luottamuksen suojaamisen tapoja viittaamalla vahingonkorvausinstituution olemassaoloon ja sen tarjoamaan oikeussuojaan.

Luottamuksensuoja on edelleen osoitettu kiinnittyväksi suhteellisuusperiaatteen: *niin saksalainen kuin common law'n luottamuksensuojakeskustelu näyttävät vievän kohti luottamuksensuoja-suhteellisuusperiaatetta*. Vastaamatta on vielä, mitä tämä voisi suomalaisessa oikeuskulttuurissa tarkoittaa. Vastaus rakenteistuu kahtia: ensinnäkin on selvitettävä, mitä luottamuksensuojan ja suhteellisuusperiaatteen rekursio tarkoittaa luottamuksensuojalle. Toiseksi on vastattava kysymykseen tämän rekursion merkityksestä oikeudelliselle työnjaolle julkisoikeudessa.

6.6.3 Suhteellisuus-luottamuksensuojaperiaatteen struktuuri

Laajan soveltamisalan omaava luottamuksensuoja omaa suhteellisuusperiaatteen kanssa identtisen soveltamisalan ja heuristisen logiikan. Se soveltuu lähtökohtaisesti kaikkeen julkisen vallan toiminnan arviointiin, mutta saa kuitenkin eri

konteksteissa erilaisia ilmenemismuotoja ja sisäistää yksityisten intressien erivahvuisia *prima facie* -painotuksia suhteessa kulloinkin käsillä olevaan julkiseen intressiin. Sitä leimaa myös samanlainen strukturoitavuus: vaikka se kytkee yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuusajattelun ja julkisen vallan käyttöä sisällöllisesti rajoittavan tasapainotuksen julkisen vallan käytön perustelutaakkaan,⁵⁰⁷ ei tämä yksittäistapauksellisuus ole johtanut puhtaaseen *in casu* -arviointiin. Strukturi on mahdollistanut normatiivisesti kehiteltyjen tyyppitapausten abstrahoinnin luottamuksensuoja-arvioinnin normatiiviseksi sisällöksi.⁵⁰⁸

Suhteellisuus- ja luottamuksensuojaperiaatteisiin kiinnittyvät kehityskulut sekä *Rechtsstaatin* että *common law*'n piirissä edellä osoittavat, että tällaisilla yleisillä oikeusperiaatteilla on taipumus strukturoitua oikeudellisessa doktriinissa siten, että ne saavat sovellettavissa olevan, rakenteistetun, toisinaan dogmaattiseksiin kutsutun ilmiön. Havainto on tuskin sattumanvarainen yleistys oikeushistoriasta: strukturoitumisessa on kyse enemmänkin oikeuden tavasta käsitellä maailmaa paljaasta yksittäistapauksellisuudesta irtoavin rakentein. Samoin kuin Laakso on osoittanut EU-oikeudellisen suhteellisuusperiaatteen tarkastelussa, voidaan erityisesti suhteellisuusperiaatetta näin ymmärrettyä pitää yleistävän oikeudenmukaisuusajattelun ilmauksena, jonka tavoitteena on aikaansaada oikeusvarmuutta ja ennakoitavuutta.⁵⁰⁹ Von Arnould on viitannut samanlaiseen näkökohtaan luottamuksensuojan perusrakenteen tarkastelussa: ilman dogmaattista strukturia yksityisen näkökulmasta määrittävä luottamuspositio olisi vailla oikeudellisia rajoja suojattava, ja oikeusjärjestys menettäisi kokonaan *yleisyytensä* kiinnittyen vain yksityisen tahdonmuodostukseen.⁵¹⁰ Sisällöllisesti kyse on ennen kaikkea siitä, että nykypäivän oikeusajattelussa oikeuksiin kiinnittyvä argumentaatio toimii *Außentheorie*-logiikan mukaisesti siten, että kapeiden, pistemäisten ehdottomien valttikorttien asemesta oikeuksia leimaa laaja soveltamisala ja sen vastapainona määrittävä rajoitettavuus. Tämän rajoitettavuuden oikeudellisuus kaipaa tuekseen strukturia. Esimerkiksi von Arnouldin oikeusvarmuus-analyysissä nimenomaan oikeusjärjestyksen romahtaminen kasuistiikaksi on se uhka, jota torjumaan esimerkiksi luottamuksensuojan strukturi on syntynyt.⁵¹¹

Tällainen *Außentheorie*-logiikan mukaisesti toimiva strukturoitu oikeusperiaate ei ole normatiiviselta luonteeltaan itsenäinen oikeus, vaan pikemminkin oikeuksiin järjestelmänä liittyvä strukturi⁵¹²: kyse on siitä rakenteesta, jolla

⁵⁰⁷ Schmidt-Aßmann HStR 2006, § 26 rn. 87.

⁵⁰⁸ Leisner A. 2002, s. 510.

⁵⁰⁹ Laakso 1999, s. 1089.

⁵¹⁰ Von Arnould 2006, s. 154–155.

⁵¹¹ Von Arnould 2006, s. 154.

⁵¹² Roellecke 1990, s. 410.

Außentheorie arvioi oikeuden rajoitettavuutta. Tämä ajatus on perinteisesti ilmennyt jo suhteellisuusperiaatteen kohdalla, joka esimerkiksi Saksassa toimii erittäin laajan soveltamisalan omaavana oikeuteen kohdistuvan rajoituksen rajoituksena (*Schranken-schranke*), mutta on omaksuttu myös Suomeen: suhteellisuusperiaatteen valtiosääntöinen sovellutus on osa perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten järjestelmää. Tätä ajatusta ei ole perusteltua *Schwarzin* tavoin relativoida kapeaksi perusoikeuden nimenomaista soveltamisalaa edellyttäväksi konstruktioksi. Kuten edellä on osoitettu, tällainen Suomessa omaksuttu kapea kiinnittyminen perusoikeuksien soveltamisalaan on erityisesti verolainsäädännön takautuvuusarvioissa osoittautunut oikeusvaltiollisesta näkökulmasta ongelmalliseksi: yksityiselle joudutaan konstruimaan abstraktin verovelan syntyhetkellä velvollisuus noudattaa voimassa olevan lain asemesta hallituksen esityksen sisältöä.⁵¹³

Niin saksalainen kuin englantilainen oikeutusperustainen keskustelu tarjoavat tähän ratkaisun. Nimenomainen kiinnittyminen perusoikeuksiin on soveltamisalan asemesta periaatteen sisältöön ja soveltamisintensiiteettiin vaikuttava tekijä. Oikeusvaltiossa omaksuttu käsitys yksityisen ja julkisen vallan välisen oikeussuhteen peruskomponenteista – toimivallan ja vapauden asymmetria, vapauspainotteinen oikeuksien järjestelmä, yleiset vapausoikeudet, *rule of law* siihen kiinnittyvine johdannaisineen – tarjoavat riittämiin oikeutusta laaja-alaiselle strukturoidulle oikeusperiaatteelle, jonka soveltamisalan laukaisee jo julkisen vallan yksityiselle epäedullinen toimi riippumatta sen laadusta, muodosta tai välttämättä edes luonteesta akselilla toimi-toimettomuus. Oikeuksien tai vapauden rajoitettavuuden legitiimi arvioiminen oikeudellisissa diskursseissa ja arvioinnin erottuminen poliittisesta argumentaatiosta näyttäisi kuitenkin edellyttävän tuekseen puhtaasta kasuistiikasta erottavaa, oikeuden yleisyyteen sillan muodostavaa heuristista strukturia riippumatta siitä, minkä sisältöinen valtiosääntöisesti perusteltavissa oleva vapauskäsitys lähtökohdaksi otetaan.

Saksassa tällaisena toimivat suhteellisuusperiaatteen *Geeignetheit* – *Erfordlichkeit* – *Verhältnismäßigkeit* -strukturi sekä luottamuksensuojan tosiasialliset ja oikeudelliset edellytykset sisäistävä perusrakenne. *Common law*'n piirissä erityisesti suhteellisuusperiaatteen kohdalla strukturointi on edelleen kesken, mutta tällaisen tarve esitettiin edellä yhdeksi keskeisimmistä syistä *Wednesburysta* irtoamisen taustalle. *Common law*'n luottamuksensuoja sitä vastoin on strukturoitu jo usealla eri tavalla; käsillä on niin *Coughlanin* tripartiitti kuin *Bibi*-tuomion kolmiportainen heuristiikka. Kuten kautta tutkimuksen on käynyt ilmi, ei tällainen strukturointi ole vierasta suomalaiselle julkisoikeudellekaan: niin valtiosääntöinen kuin hallinto-oikeudellinen suhteellisuusperiaate ja luotta-

⁵¹³ Ks. edellä 4.4.

muksensuojaperiaate on kirjallisuudessa puettu jopa sisällöllisesti saksalaiseen samastuvaan struktuuriin.⁵¹⁴ Avointa velan tunnustusta saksalaisen doktriinin suuntaan selittää tässä ehkä se, että suomalaiselle julkisoikeudelle ja sen lakisidonnaiselle traditiolle on ehkä helpommin omaksuttavissa sisällöllinen oikeusperiaate, jos sille on annettavissa edes oikeusdogmaattisen soveltamisen ainekseksi kelpaava strukturoitu ilmiasu. Kuten *Kotkaksen* analyysistä ilmenee, strukturoimattoman suhteellisuuden ilmentymänä pidettävää kohtuusperiaatetta ei ole ollut vaivatta sovitettavissa suomalaisen lakipositivismiin.⁵¹⁵

Myös suhteellisuusperiaatteen ja luottamuksensuojan rekursio vaikuttaa strukturoituvan samalla tavalla. Tässä yhteydessä ei kuitenkaan erikseen pyritä valitsemaan niistä yhtä oikeaa Suomeen soveltuvaksi malliksi, sillä kuten edellä pyrittiin osoittamaan sekä *in abstracto* että suomalaisen doktriinin arvioinnin yhteydessä *in concreto*, niin luottamuksensuoja- kuin suhteellisuusperiaatteen sekä niiden rekursion edellä eritellyt struktuurit voidaan niihin kiinnittyvine doktrinaalisine, soveltamisedellytyksiin asti konkretisoituvine keskusteluineen ottaa osaksi myös suomalaista luottamuksensuojakeskustelua. Tässä yhteydessä ei myöskään enää erikseen ryhdytä yhteenvedonomaaisesti identifioimaan niitä pistemäisiä leikkauspisteitä, joissa mainittu rekursio tai sen struktuuri ilmenee. Edellä viitattujen luottamuksensuoja-suhteellisuusperiaatteen osaperiaatteiden struktuurien lisäksi tällaisia rekursiivisia struktuureja on identifioitu tutkimuksen kuluessa useita. Esimerkinomaisesti voidaan toki viitata esimerkiksi *Saksan* valtiosääntöuomioistuimen omaksumaan tapaan toisinaan ”hävittää” luottamuksensuoja argumentoinnin taustalle arvioimalla esimerkiksi julkisoikeudellisten etuuskien taannehtivaa sääntelyä yksin suhteellisuusperiaatteen varassa luottamuksensuoja-argumentoinnin kanssa yhteensopivin lopputulemin, tai luottamuksen suojaamisen mahdollisuuteen sen lakisääteisten edellytysten kadottua *VwVfG* § 48:n johdosta redusoimalla harkintavalta hallintotoimen peruuttamiseen nollaksi yksityisen eduksi suhteellisuusperiaatteen nojalla.

Luetteloinnin asemesta on syytä viitata periaatteellisiin lähtökohtiin: edeltä voidaan viitata esimerkiksi Schwarzin ajatuksiin jäsentää luottamuksensuoja-suhteellisuusperiaatetta suhteellisuusperiaatteen erityisen konkretisoituman, elinkeinovapauteen kiinnittyvän *drei-stufe*-oikeuskäytännön tarjomassa rakenteessa ja Elliottin teorianmuodostuksen perusteella syntyneisiin ajatuksiin *Coughlanin* kategorisoinnin hylkäämisestä mannermaisen suhteellisuusperiaatteen hyväksi. Strukturoitavuus voidaan perustaa jopa mainitun rekursion kritiikkiin: esimerkiksi Maurerin ajattelussa, jossa suhteellisuusperiaate toimii taannehtivuuskieltoon kohdistuvana *asiallisena ja sisällöllisenä* rajoituksena, toimii

⁵¹⁴ Ks. Mäenpää 2003, s. 169, Kulla 2008, s. 103–110, Viljanen 2001, s. 212.

⁵¹⁵ Kotkas 2009, s. 671 ss.

tästä muodollisesti erotettava luottamuksensuoja sitä kuitenkin täydentävänä, *ajallisen dimension* analyysiin mukaan tuovana oikeusnormina. Laaja-alaisen periaatteiden soveltamiskeskustelussa tämä tarkoittaa lähinnä sitä, että luottamuksensuojan voidaan arvioida herkehtyvän suhteellisuusperiaatteen struktuurin intertemporaaliselle dimensiolle: esimerkiksi oikeushyvien keskinäisessä punninnassa on otettava huomioon ajallinen ulottuvuus julkisen vallan aikaisempien toimien muodossa. Tällaisia Suomeenkin omaksuttavissa olevia periaatteellisia näkökohtia on edellä pyritty konkretisoimaan suomalaisen doktriinin arviointiin tämän ja sitä edeltävien välitilinpäätösten yhteydessä.

Strukturoidulla oikeusperiaatteella on eittämätön etunsa myös oikeuden soveltamisalan laajana pitämisessä, mikä samalla tarkoittaa julkisen vallan käytön kontrollin kattavuutta. *Außentheorie*-logiikka samastuu tässäkin kontekstissa siihen, että rajoituksien legitimitetti tulee lunastaa uudelleen jokaisessa soveltamistilanteessa: rajoituksen legitimitetin toteavasta vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ei voi tehdä johtopäätöstä oikeuden soveltamisalan supistumisesta *Innen-theorien* rajoitukset ja oikeuden soveltamisalan samastamalla tavalla. Tällainen näkökohta toimii myös strukturoidun *luottamuksensuoja-suhteellisuus*-periaatteen kohdalla, ja osoittaa mahdollisuuden käsitellä *ultra vires* -luottamuksensuojaa soveltamisalasta irtoavana kysymyksensä esimerkiksi luottamuksen legitimitetistä. Kuten erityisesti *common law*'n nimenomaiset *ultra vires* -luottamuksensuojasta erkaantumaan pyrkivät kehityskulut, jotka ovat havainneet tällaisen soveltamisalan rajauksen viranomaisen käytössä olevana valttikorttina samastuvan lähinnä fasadiin, sekä saksalaisen luottamuksensuojan *contra legem* -ulottuvuudesta seuraavan *Verfassungsrangin* tarve ja tällaisen realisoituminen niin lainkäytössä kuin oikeustieteessä osoittavat, ei tutkimuksessa konstruoitu luottamuksensuojadoktriini ole kiinnitettävissä soveltamisalaltaan lainsäätäjän ylivaltaan. Perustellun valtiosääntöisen kytkennän varaan rakennetussa doktriinissa lainsäätäjää ei ole toimivaltainen määrittelemään ainakaan tyhjentyvästi luottamuksensuojan *soveltamisalaa*.

Struktuuroitavuutta ei poista se seikka, että edellä osoitettiin, miten tiettyjen asetelmien vallitessa on mahdollista käsittää luottamuksensuoja edelleenkin toisinaan varsin pistemäisenä arviona. On nimittäin syytä muistaa, että edellä mainittujen periaatteiden struktuurit ja niiden kombinaatiot eivät ulkoisesta oikeusdogmaattisesta asustaan huolimatta samastu ratkaisun lopputuleman mekanistisesti *määrääviin* sääntöformulaatioihin, vaan ovat valtiosääntöisesti tuettavalla punninnalla sisältönsä saavia argumentaatorakenteita.⁵¹⁶ Ne toimivat parhaimmillaankin ratkaisun heuristisena *apuna* osoittamassa tekijöitä, joihin niiden taustalla piilevien oikeuttamisperusteiden konkretisoinnissa on syytä kiinnittää

⁵¹⁶ Blanke 2000, s. 88.

huomiota.⁵¹⁷ Näin tällaiset pistemäiset arviot voidaan käsittää myös latentin struktuurin puitteissa: käsillä olevat olosuhteet ovat niin äärimmäisiä, että *yksityisen luottamus – julkinen intressi* -punninta osoittaa jo *prima facie* ratkaisun perusteet. Kyse voi poikkeuksellisesti olla esimerkiksi ilmeisten vallanjohtajien seikkojen vuoksi jopa julkisen vallan eduksi kääntyvästä tilanteesta, jossa julkisen intressin painavuus edellyttää käytettäväksi vain muodollista *Wednesbury*-testiä. Perustellumman käyttöyhteytensä tällainen *de facto* pistemäinen, struktuuriton arvio saa kuitenkin saksalaisen *zumutbarkeit*-doktriinin yhteydessä, eikä ole luottamuksensuojan ja suhteellisuuden rekursion ilmentymänä tuntematon Suomen oikeudellekaan. Se voidaan kiinnittää esimerkiksi jo edellä⁵¹⁸ esillä olleeseen ns. autoverotapaukseen KHO 11.9.2000 T 2237, jossa omaksuttin eksplisiittinen suhteellisuusperiaatteen valtiosäännön tasolle nostava kanta: ratkaisussa jätettiin verolain nimenomainen säännös soveltamatta, sillä perusoikeutena säädetyn omaisuudensuojan sisältämä vaatimus ”teon ja seuraamuksen välisestä oikeasta suhteesta lain soveltamisessa voidaan yksittäistapauksissa perustaa omaisuudensuojaa koskevien säännösten perusoikeusmyönteiseen tulkintaan”. Ratkaisua ei ole pidetty mitenkään tyypillisenä suhteellisuusperiaatteen soveltamisratkaisuna. Esimerkiksi Mäenpää pitää jo siinä purkuhakemuksen kohteena ollutta vuosikirjaratkaisua KHO 1999:33 suhteellisuusperiaatteen ”melko laajana sovellutuksena”,⁵¹⁹ vaikka tuossa vaiheessa ratkaisujen kokonaisuutta lopputulema selitettiin vielä mahtuvaksi autoverolain sanamuotojen rajoihin vailla lain nimenomaista syrjäyttämistä.⁵²⁰

Ratkaisu asettuu kuitenkin varsin luontevasti osaksi luottamuksensuoja-suhteellisuusperiaatetta. Kuten Laakso huomauttaa⁵²¹, siinä omaksuttu suhteellisuusperiaate on kiinteässä yhteydessä sisällölliseen ennakoitavuuteen ja luottamuksensuojaan: luottamuksensuoja ilmenee tässä oikeutena luottaa siihen, että toimiessaan normaalin elämän piirissä yksityinen ei voi joutua tekoon (ulkomaille rekisteröidyn auton kertaluonteinen käyttö⁵²²) nähden suhteettomien seura-

⁵¹⁷ Schwarz 2001, s. 283.

⁵¹⁸ Ks. edellä luku. 3.7.5.

⁵¹⁹ Mäenpää 2011, s. 85.

⁵²⁰ Ks. edellä luku. 3.7.5.

⁵²¹ Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 332–333, tässä huomion kohteena olevat kannanotot sisältyvät teoksen alussa ilmoitetun työnjaon mukaisesti Seppo Laakson kirjoittamiin lukuihin.

⁵²² KHO 1999:33:n kertoelman mukaan kyse oli tilanteesta, jossa Ruotsissa asuva, Ruotsin kansalainen A, joka oli seurustellut yli 2 vuotta Pellossa asuvan Suomen kansalaisen B:n kanssa, oli yövyttyään Pellossa B:n luona lähtenyt aamuyöllä 22.9.1995 B:n asunnosta töihin Ruotsin puolelle työtoverinsa autolla, jolloin A:n Ruotsissa rekisteröity auto oli jäänyt B:n asunnon pihaan ja avaimet B:n asuntoon. B, jonka oma auto oli korjaamossa, oli lähtenyt A:n autolla aamulla työpaikkaansa.

musten (autoveron täysimääräinen maksuvelvollisuus⁵²³) kohteeksi. Kyseinen autoveron täysimääräinen suorittamisvelvollisuus ei sinänsä ole sen normaalissa soveltamistilanteessa arvioitavissa mitenkään poikkeukselliseksi tai suhteellisuusvaatimuksen vastaiseksi velvollisuudeksi. Käsillä olivat kuitenkin olosuhteet, jossa veroseuraamus oli laissa kytketty – *Pikkujämsän* mukaan sanktionluonteisessa tarkoituksessa⁵²⁴ – myös tilanteeseen, jossa sen edellytykset eivät normaalisti täyttyneet. Suhteellisuus- ja luottamuksensuojaperiaatteiden näkökulmasta yksityisellä on kuitenkin oikeus luottaa, että seurustelukumppanin autolla ajettu aamuinen työmatka ei sellaisenaan johda usean kymmenen tuhannen euron sanktioluonteiseen seuraamukseen. KHO:n omaksuma suhteellisuusargumentointi on mielekäs suhteellisuusperiaatteen näkökulmasta vasta, kun otetaan huomioon siihen sisältyvä luottamuksensuoja-ajattelu, joka poistaa yksityiseltä poikkeuksettoman oikeusjärjestykseen kohdistuvan selonottovelvollisuuden.

Tällaisen pistemäisen ääripään olemassaolo ei kuitenkaan poista luottamuksensuoja-suhteellisuusperiaatteen struktuuroitavuutta. Tällaisen struktuurin tarve on edellä kiinnitetty useassakin eri yhteydessä erityisesti siihen jännitteeseen, joka tutkimuksen alussa todettiin vallitsevaksi yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuuden ja oikeusvaltiollisen yleisyyden välillä. Toisin sanoen, luottamuksensuojan ja suhteellisuuden strukturointi näyttäisi eräällä tavalla relativoidaan tätä ristiriitaa. Joissain yhteyksissä edellä jopa esitettiin sen siirtävän sen kokonaan taustalle: tällöin luottamuksensuoja käsitetään yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuuden tuottajan asemesta *yleisempänä ja abstraktimpana julkisoikeudellisen oikeussuhteen mittarina*. Tämän ajatuksen kanssa ovat helposti yhteensovittavissa nekin luottamuksensuojakonstruktiot, joissa ei ole edellytetty yksityisen tietoisuutta luottamusperusteen olemassaolosta lainkaan. Tyypillisesti kyse on ollut luottamuksesta normityyppiseen ainekseen; saksalaisessa doktriinissa ajatus on kiinnittynyt lähinnä lakiin, mutta myös hallintosäädöksiin, *common law*'ssa kyse on ollut *policy*sta.

Tällainen *abstrakti* luottamuksensuoja ei kiinnity niinkään normin sisältöön, vaan sen olemassaoloon ja siitä seuraavaan noudattamiseen: *”legitimately expected that whatever policy was in place would be applied”*. Se saa erityisen ilmauksensa myös saksalaiseen taannehtivuusdoktriiniin kiinnittyvässä *Gesetzesvertrauen*-ajattelussa, jossa laki toisinaan nähdään jopa julkisen vallan antamana *lupauksena*. Näin laaja luottamuksensuoja ei ole tuntematon suomalaisellekaan doktriinille. Esimerkiksi Mäenpää määrittelee luottamuksensuojan johdosta

⁵²³ Ibid.: ”Matkalla tulliaseman partio pysäytti B:n ja piiritullikamari maksuunpani A:lle autoveropäätöksellään auton maahantuonnista autoverona, arvonlisäverona ja veronkorotuksena yhteensä 86 880 markkaa.” Seuraamus on vuoden 2011 rahassa inflaatiokorjattuna noin 18 000 euroa.

⁵²⁴ Pikkujämsä 2001, s. 124.

määrittyviksi viranomaisen perusvelvollisuuksiksi muun muassa velvollisuuden noudattaa lakia, yleisiä oikeusperiaatteita ja asianmukaisesti voimaansaatettuja kansainvälisiä sopimuksia sekä velvollisuuden noudattaa tuomioistuimien päätöksiä.⁵²⁵

Näin kauas pistemäisestä oikeudenmukaisuusajattelusta erkanevaa luottamuksensuojaa on toisinaan lähestytty kysymällä, mitä se tuo lisää esimerkiksi lainalaisuuden sisältöön. Esitetyn kritiikin mukaan kyseessä on vain tyhjä kuori (*empty vessel*): viranomaisella on velvollisuus noudattaa mainittuja normeja ilman, että yksityinen luottaa niihin tai on edes tietoinen niiden olemassaolosta. Kritiikki on kuitenkin torjuttavissa. Näin laajaksi määritelty luottamuksensuoja on nimittäin käsitteellisesti sisäänrakennettu yksityisen näkökulmasta määrittyneeseen julkisoikeusdoktriiniin, ja samalla perustelee julkisoikeudellisen oikeussuhteeseen sisäänrakennetun oikeudellisen työnjaon vakiintuneesta poiketen. Luottamuksensuojaan perustuva, yksityisen orientaation varaan rakentuva oikeusajattelu ei ole mahdollinen sellaisessa oikeuskulttuurissa, joka jäsentää itseymmärryksensä julkisen vallan tavoiterationaliteetin varaan.

6.6.4 Suhteellisuus-luottamuksensuojaperiaate ja oikeudellinen työnjako

Edellisissä välitilinpäätöksissä on jo esitetty välttämätön esiymmärrys suhteellisuus-luottamuksensuojaperiaatteen varaan rakentuvan julkisoikeudellisen oikeussuhteen oikeudellisen työnjaon määrittelylle. Tutkimuksessa muotoillun kannan mukaisesti suomalaisessakin doktriinissa on ainakin mahdollista muodostaa oikeuskulttuuriset sitoumukset, joissa yksityisen ihmisen oikeusasema määrittyy oikeuden maailmaan kuuluvien oikeusnormien avulla. Nämä oikeusnormit erityisesti oikeusperiaatteina saavat olennaisen sisältönsä ja velvoittavuutensa lainsäätäjän *voluntaksesta* irtoavalla tavalla, jossa niiden sisältöä on mahdollista kehittää valtiosääntöisesti tuettuina sekä oikeustieteen piirissä että oikeuskulttuurisesti itseymmärryksensä *voluntaksesta* irrottavien tuomioistuinten lainkäytössä (*the real masters of law...*). Esitetyn valtiosääntöön kiinnittyvän struktuuriajattelun oloissa kyseessä ei ole sen paremmin velvoittavuudeltaan kuin sisällöltäänkään luonnonoikeudellinen konstruktio; valtiosääntöön tuettava oikeuskulttuurinen jäsenitys ei siirtymänä *lainsäätäjän ylivallasta lainsäätäjän huomioonottamiseen* merkitse oikeuden positiivisuuden perustavanlaatuisia hylkäämistä.

⁵²⁵ Mäenpää 2011, s. 89.

Edellä laajaksi hahmotellun luottamuksensuojan merkitys tällaiselle työnjaolle käy ilmi erityisesti mahdollisuudesta jäsentää *oikeusnormien merkitys* yksityisen ja julkisen vallan välisessä oikeussuhteessa luottamuksensuojan välityksellä. Kuten edellä kävi useassa eri kontekstissa ilmi, oikeusnormit muodostavat sinänsä kelvollisen luottamusperustan. Tällaisen ajatuksen konkretisoitumana nimenomaan työnjaolle suomalaisessa kontekstissa voidaan pitää Mäenpään hahmottelemaa PL 106 §:n tulkintaa. Mäenpään mukaan sanamuotoon kirjattu organisatorisen soveltamisalan rajausta, joka *e contrario* ja yhdessä PL 107 §:n kanssa luettuna ehkä jopa nimenomaisesti ulkoistaa hallinnon toimivallasta jättää perustuslain kanssa ilmeiseen ristiriitaan johtava lain säännös soveltamatta, voidaan jättää miltei epähuomiotta: Mäenpään mukaan kyseinen säännös *vaietessaan* viranomaisen ko. toimivallasta *jättää sen sääntelemättä*. Tämä tulkinta perustuu oleellisesti siihen, että yksityisten ”tulee voida luottaa siihen, että viranomaiset noudattavat perustuslakia ja että esimerkiksi heidän perusoikeuttaan ei loukata viranomaisenaan toiminnassa”.⁵²⁶

Kun Mäenpään ajatuksena on tuskin ollut tässä kohdin relativoida perustuslain noudattamisvelvollisuutta *common law*'ssa tällaiseen laajaan konstruktion kohdistetun kritiikin mukaisesti vain niihin tilanteisiin, joissa yksityinen on perustuslain normatiiviseen sisältöön *de facto* luottanut, ajatuksesta ilmenee työnjaon kannalta kaksi olennaista elementtiä. Selvyiden vuoksi on syytä todeta, että kummallakaan ajatuksella ei ole *välitöntä* yhteyttä PL 106 §:n sisältöön, vaan kyse on sen sisällön *tulkintatavasta* kumpuavista ajatuksista. Mäenpään tulkinnan voidaan arvioida osoittavan *ensinnäkin* sen sinänsä jo useaan otteeseen valtiosääntöoikeudellisessa keskustelussa todetun ajatuksen, että myös suomalaisessa julkisoikeudessa on varsin perustavanlaatuisessakin asiassa mahdollista muotoilla kantoja, jotka *poikkeavat (jopa perustus)lain sanamuodolle annettavasta standarditulkinnasta* käyttäen perusteluina yleisempiä valtiosääntöoikeudellisia näkökohtia, oikeusperiaatteita ja yleisiä konstruktoita.

Mikäli perustellun oikeudellisen työnjaon määrittelyssä halutaan erkaantua *Kauko Sipposen* kriittiseen sävyyn perustuslain tekstistä osoittamasta, *common law*'n ortodoksioihin samastuvasta oikeuskulttuurista, jota hallitsevat parlamentarismien ohella ”eduskunnan ylivalta” ja vain pieteetin vuoksi perustuslakiin mukaan otettu, muilta osin *funktiottomaksi* jäävä vallanjakosäännös (PL 3 §),⁵²⁷ on tällainen irrottautuminen välttämätöntä. *Toiseksi*, nämä standarditulkinnasta irtoavat kannat (jopa perustus)lain tulkintakannanottoina voivat suomalaisessakin kontekstissa perustua siihen, *millaisia perusteltuja odotuksia yksityisellä nähdään olevan suhteessa julkiseen valtaan*. Oikeusnormien ja yksityisen perus-

⁵²⁶ Mäenpää 2003, s. 159.

⁵²⁷ Sipponen 2000, s. 77.

teltujen odotusten välillä vallitsee siis yleisemminkin symbioottinen suhde, joka edellä kiinnitettiin erityisesti Saksan perustuslain turvaaman omaisuudensuojan symbioottiseen suhteeseen luottamuksensuojaan⁵²⁸: oikeusnormit muodostavat toisaalta luottamusperustan eli luovat luottamusta, mutta toisaalta saavat sisältöään yksityisen perustelluista odotuksista eli luottamuksesta.

6.6.4.1 Luottamuksensuoja orientaationa

Näin ymmärrettynä kyse on sen orientaatiomuutoksen loppuunsaattamisesta, joka esimerkiksi Saksan julkisoikeudessa edellä osoitettiin kytkeytyväksi subjektiivisiin julkisiin oikeuksiin historiallisena lähtöpisteenä ja kulminoituvan oikeuksien varaan rakennetussa oikeusvaltiollisessa ajattelussa luottamuksensuojadoktriiniin, ja vastaavasti *common law*’ssa rakentuvaksi verrattain nopeaksi kehityskulusta *common law*’n ortodoksioiden omaksumasta lainsäätäjän kaikkivaltiudesta kohti yksityisen näkökulmasta määrittyvää oikeusperustaista oikeusajattelua ja siihen kytkeytyvää luottamuksensuoja-suhteellisuusperiaatetta. Kyse on lainalaisuuden, laillisuuden ja oikeusvarmuuden kaltaisten elementtien perustuvanlaatuista doktrinaalisesta muutoksesta, joka poistaa tarpeen piilotella *luottamuksensuoja-suhteellisuus*-periaatteen soveltamisratkaisut akustisen erottelun taakse pois oikeudellisen yleisyydestä ja julkisuudesta. Näin arvioituna kyse on myös koko julkisoikeudellisen oikeussuhteen uudelleen määrittelemisestä, jonka esimerkiksi suhteellisuusperiaatteen yhteydessä on jo katsottu merkinneen esimerkiksi lakivarauksiin kiinnitetyn lakikäsitteen perustavanlaatuista transformaatiota. Muodollisesta lakikäsitteestä ja siihen kiinnittyvästä lakivarauksesta ”*vorbehalt des Gesetzes*” on siirrytty ”*vorbehalt des Verhältnismäßigen Gesetzes*” -varauksen alle.⁵²⁹ Muutos kytkeytyy myös *suhteellisuus-luottamuksensuoja*-periaatteen kohdalla orientaatioon. Näkökulma oikeusjärjestykseen siirtyy – samoin kuin aiemmin jo pistemäisesti subjektiivisten julkisten oikeuden kohdalla – valtion tahdosta yksityisen näkökulmaan.⁵³⁰

Orientaatiomuutos ei rajoitu tällaiseen *laki*-käsitteen käyttöön. Voidaan esimerkiksi kiinnittää huomiota von Arnauldin edellä viittaamaan kehityskulkuun muodollisen, symmetrisen oikeusvarmuuden ja aineellisen, asymmetrisen luottamuksensuojan välisenä muuttuvana suhteena, jossa jälkimmäinen painaa edellistä koko ajan enenevässä määrin taka-alalle.⁵³¹ Mikäli muodollinen lainalaisuus oikeusvarmuutena kiinnitetään tässä kehityksessä esimerkiksi Pierothin ilmaise-

⁵²⁸ Ks. edellä 3.7.3.

⁵²⁹ Ks. edellä 3.7.3.4.

⁵³⁰ Von Arnauld 2006, s. 153.

⁵³¹ Von Arnauld 2006, s. 159.

mallalla poleemisella tavalla nimenomaan *julkisen vallan intresseihin*, jotka kohdistuvat lainsäädännön ja yleensäkin julkisen vallan käytön tehokkuuteen, käy muutoksen laaja-alaisuus ilmeiseksi.⁵³² Näin esimerkiksi Suvirannan ilmaisemaa ajatusta, jossa luottamuksensuojan periaate katsotaan sopivaksi erinomaisesti ja erityisesti sellaiseen hallinto-oikeuden systeeminrakennukseen, ”jossa halutaan korostaa yksityisten asemaa oikeudellisina subjekteina eikä pitää yksityisiä lähinnä vain hallinnon toiminnan kohteina”⁵³³ eli *hallintoalamaisina*, voidaan jaloistaa askeleella eteenpäin: luottamuksensuoja *orientaationa yksityisen näkökulmaan* ei ainoastaan *sovi* sellaiseen hallinto-oikeuteen, vaan *se muodostaa* sellaisen hallinto-oikeuden. Se ainakin osin paitsi perustelee, myös muodostaa oikeusperustaisen julkisoikeusajattelun ja näin myös sen sisäistämän julkisoikeudellisen oikeussuhteen keskeisen jäsennysperustan. Tällä ei kuitenkaan tarkoiteta sitä, että julkisoikeudellisen oikeussuhteen sisältö jäisi yksityisen tahdonmonopolin asiaksi. Tällä tarkoitetaan sitä, ettei se jää liioin julkisen vallan tahdonmonopolin alaiseksi. Käytännössä tämä johtaa tarpeeseen määritellä oikeudellisten instituutioiden työnjaon keskeinen opinkappale, julkisoikeudellinen oikeussuhde, uusiksi erityisesti hallinto-oikeudellisen sovellutuksen osalta.

6.6.4.2 Orientaatio ja oikeussuhde

Jokseenkin vakiintuneen kannan mukaisesti hallinto-oikeuden keskiöön sijoitetaan nykyisin viranomaisen ja yksityisen välinen hallinto-oikeudellinen suhde, jonka sisältöä voimassa oleva aineellinen lainsäädäntö määrittelee.⁵³⁴ Tällaisella oikeussuhdeajattelulla on sekä saksalaisessa että suomalaisessa hallinto-oikeudessa verrattain pitkät perinteet, jotka ulottuvat aina hallinto-oikeustieteen syntyäikoihin.⁵³⁵ Nykyisin sen keskeisenä käyttöalana pidetään esimerkiksi saksalaisessa doktriinissa muodollisesta *Handlungsformlehrestä* irtautumista,⁵³⁶ mutta toistaiseksi sen ei ole katsottu muodostuneen ainakaan vallitsevaksi ensisijaiseksi ja laaja-alaiseksi jäsennysavaimeksi.⁵³⁷ Oikeussuhdeajattelua on kuitenkin käytetty myös toisessa merkityksessä: sen avulla on irtaannuttu hallinto-oikeuden perusasetelmasta, viranomaisen yksipuolisesta vallankäytöstä kohti yksityisen kannalta tasapainoisempaa ajattelua, jossa viranomaisen ja yksityisen välisessä suhteessa osapuolten oikeudet ja velvollisuudet määräytyvät lain mukaan,

⁵³² Pieroth 1981, s. 118 ja 144.

⁵³³ Suviranta 2004, s. 1428.

⁵³⁴ Mäenpää 2011, s. 29.

⁵³⁵ Schmidt-Aßmann 2006o, s. 302.

⁵³⁶ Remmert 2010, § 18 rn. 20.

⁵³⁷ Schmidt-Aßmann 2006o, s. 302.

eivätkä viranomaisen oletetun valta-aseman perusteella.⁵³⁸ Tällaisen oikeussuhdeajattelun mukaan yksityisen oikeudet ja velvollisuudet tässä yksityisen ja viranomaisen väliseksi oikeussuhteeksi ajattelussa kokonaisuudessa määrittyvät oikeusjärjestyksen pohjalta: kyseessä on nimenomaan *oikeussuhde*, ei hallintoviranomaisen tahtoon tai valtaan perustuva asymmetrinen *valtasuhde*. Tätä oikeussuhdetta luonnehtii *indispositiivisuus*: esimerkiksi hallintoasian käsittelyssä ei ilman siihen oikeuttavaa nimenomaista laintasoista säännöstä voida sopia ratkaisun sisällöstä.⁵³⁹ Tosin joissain yhteyksissä on viitattu siihen, että esimerkiksi yksityisen tahdonautonomian piiriin kuuluva mahdollisuus esimerkiksi hakea tai olla hakematta julkisoikeudellista etuutta oikeuttaisi käsittämään tahdon tämänkin oikeussuhteen perustaksi – tosin vain lainausmerkeillä ja suluilla varustettuna: (”Willens”)erklärung.⁵⁴⁰ Näin oikeussuhdeajattelua ei ainakaan hallintosopimuksiin liittyvän kysymyksenasettelun ulkopuolella edes lähtökohtaisesti hallitse sellainen *tahtoteoria*, jota oikeussuhdeajattelu yleisesti sen siviilioikeudellisen vastinparin muodossa on perinteisesti pitänyt kiintopisteenään.

Hallinto-oikeudellisessa oikeussuhteessakin on kyse kuitenkin tietyllä tavalla symmetrisestä ajattelusta: kysymys on yksityisen ja hallinnon *keskinäisistä* oikeuksista ja velvollisuuksista.⁵⁴¹ Tällainen symmetria ei ole oikeussuhteen käsite huomioon ottaen mikään erityinen yllätys. Kun hallinto-oikeudellinen oikeussuhde käsitetään yleisen oikeussuhdeajattelun erityistapauksena, on jokseenkin loogista liittää siihen symmetrisyyttä kuvaava välttämätön käsilläoloehto: siinä on kyse vähintään kahden subjektin välisestä oikeussuhteesta.⁵⁴² Symmetria konkretisoituu kuitenkin myös sen sisältöön, jota luonnehditaan yleensä toteamalla, että oikeussuhteessa on läsnä paitsi yksityisen oikeusvaateita hallintoa kohtaan, myös nimenomaan *hallinnon* oikeusvaateita yksityistä kohtaan. Kyse on sen määrittelystä, mitä hallinto voi yksityiseltä vaatia ja millaisia velvollisuuksia hallinto voi yksityiselle asettaa.

Yksityisen lakiperustaisen velvollisuuden ymmärtäminen hallinnon oikeusvaateeksi edustaa jo varsin pitkälle vietyä sisäistä symmetriaa, eikä oikeussuhdeajattelu *ehkä olekaan* arvioitavissa yksityisen oikeusaseman kannalta kokonaan vaarattomaksi. Kun oikeussuhdetta lähestytään esimerkiksi *Christoph Brüningin* tarkoittamalla tavalla eristettyjen oikeusasemien asemesta kokonaisvaltaisena, koko toimintaympäristön haltuun ottavana tilannesidonnaisena analyysina myös

⁵³⁸ Mäenpää LM 2005, s. 1070.

⁵³⁹ Mäenpää 2011, s. 200.

⁵⁴⁰ De Wall 1999, s. 232.

⁵⁴¹ Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 71, tässä huomion kohteena olevat kannanotot sisältyvät teoksen alussa ilmoitetun työnjaon mukaisesti Outi Suvirannan kirjoittamiin lukuihin.

⁵⁴² Achterberg 1982, s. 304.

yksityisen oikeuksien ja velvollisuuksien osalta,⁵⁴³ on toimivallan ja vapauden asymmetrian relativoituminen erilaisten hallinnollisten konsideraatioiden alle enemmän kuin pelkästään teoreettinen uhka. Tätä uhkaa korostaa erityisesti ajattelutapa, joka ilmenee tutkimuksen alussa viitatuin tendenssein esimerkiksi *Neue Verwaltungsrechtswissenschaftin* piirissä hallinto-oikeuden funktion muutoksesta: ”*Verwaltungsrecht wird zunehmend nicht mehr allein oder auch nur primär als Recht zum Schutz von Einzelnen verstanden, sondern als Handlungsinstrument zur Erreichung von Zielen.*”⁵⁴⁴ Toisaalta tätä uhkaa ja oikeussuhteen symmetriaa lieventää se, että julkisoikeudellinen oikeussuhde kuitenkin tunnustetaan perustuvaksi muulle kuin osapuolten samanlaisuudelle ja tasa-arvoiselle asemalle,⁵⁴⁵ ja samalla myönnetään, että sen sisältö voi olla kontekstista riippuen huomattavankin asymmetrinen.⁵⁴⁶ Symmetrisyys näyttäisi siis sen perustelluimmissa muodoissa lopultakin koskevan vain osapuolten läsnäoloa oikeussuhteessa.

Hallinto-oikeudellinen oikeussuhde (*Verwaltungsrechtsverhältnis*) voidaan kuitenkin ymmärtää toisinkin. Esimerkiksi Maurer viittaa siihen, että se on mielekäs käsite vain (julkisten) subjektiivisten oikeuksien alalla. Hallinto-oikeudellinen oikeussuhde on samanlaisessa symbioosissa subjektiiviseen julkiseen oikeuteen kuin *luottamuksensuoja oikeuteen*: se on paitsi näiden *oikeuksien edellytys*, myös *niiden seuraus*. Yleinen ja abstrakti subjektiivisten oikeuksien järjestelmästä autonominen *Staat-Bürger-Verhältnis* on toki olemassa ja oikeudellisesti säännelty, mutta ei Maurerin mukaan oikeussuhde lainkaan, sillä siitä puuttuu *konkreetti* subjekti, mutta se voi toki konkretisoitua hallinto-oikeudelliseksi oikeussuhteeksi.⁵⁴⁷ Vaikka oppi hallinto-oikeudellisesta oikeussuhteesta omaa saksalaisessakin doktriinissa vuosisataisen historian ja saksalaiseen tapaan vuosisataisen riidan sen sisällöstä ja merkityksestä,⁵⁴⁸ ja esimerkiksi *Barbara Remmert* osoittaa Maurerin kapean määrittelyn tulleen kaikkea muuta kuin yleispätevästi hyväksytyksi kiinnittämällä hallinto-oikeudellisen oikeussuhteen ensisijaiseksi tunnusmerkiksi julkisen vallan ja konkreetin yksityisen subjektin asemasta yksin *viranomaisen läsnäolon oikeussuhteessa*⁵⁴⁹, on Maurerin ajattelusta identifioitavissa tältä osin luottamuksensuojan kanssa yhteinen piirre. Kuten Masing osoittaa osana *Neues Verwaltungsrechtswissenschaftin* oppien kehittelyä, on subjektiiviseen oikeuteen kiinnittyvä hallintoalamaisuudesta erkaneva näkökul-

⁵⁴³ Brüning 2003, s. 16.

⁵⁴⁴ Masing 2006, § 7 rn. 3., kurs. M.K.

⁵⁴⁵ Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 72.

⁵⁴⁶ Mäenpää LM 2005, s. 1070–1071.

⁵⁴⁷ Maurer 2008, s. 176.

⁵⁴⁸ Schmidt-Aßmann 2006o, s. 302.

⁵⁴⁹ Remmert 2010, § 18 rn. 1.

mamuutos – *nicht Untertan, sondern Bürger* – edelleen modernin hallinnon ja yksityisen välistä suhdetta määrittävän oikeussuhdeajattelun peruskivi⁵⁵⁰, joka kantaa pakotetusti sisällään toimivallan ja vapauden asymmetriaa.⁵⁵¹

Tämän kehityksen ja erityisesti sen konkretisoitumana pidettävän luottamuksensuojan näkökulmasta oikeussuhde on arvioitavissa mielekkääksi vasta yksityisen positiosta jäsennettynä, ja määritty näin ensi sijassa yksityisen ja oikeusjärjestyksen väliseksi suhteeksi, eikä näin ollen ole välttämättä mielletävissä oikeussuhteeksi lainkaan – ainakaan oikeussuhteen vakiintuneessa bipolaarisessa, kahta subjektia edellyttävässä merkityksessä. Tosin esimerkiksi *Norbert Achterbergin* tapa hahmottaa hallinto-oikeudellinen oikeussuhde laajaksi, myös yleisen yksityisen ja julkisen vallan välisen suhteen sisältäväksi, vaikuttaisi mahdollistavan tällaisenkin käsitteellisen alan: Achterberg lukee tässä suhteessa yksityisen ja oikeusjärjestyksen väliseksi asiaksi määrittyvät perustuslailliset *status negativus* -oikeudet kiinnittyväksi otsikon *Verwaltungsrechtsverhältnisse* alle.⁵⁵² Niin tai näin, määrittelykysymys ei ole tässä ratkaiseva, sillä oikeussuhdeajatteluun luottamuksensuojapositiosta kohdistuva muutospaine voidaan käsittää myös ajatukseksi oikeussuhdeajattelun hylkäämisestä. Rubriikilla *oikeussuhde* ei ole sellaista normatiivista statusta, että siitä pitäisi systeeminrakennuksessa pitää välttämättä kiinni. Olennaista on havaita se muutos, joka jäsentää yksityisen oikeusasemaa oikeussuhdeajattelun puitteissakin.

Yksityisen näkökulmasta voidaan nimittäin ajatella, että viranomaisen läsnäolo oikeussuhteessa, joka pääsääntöisesti tulee toimeen yksityisen ja oikeusjärjestyksen välisenä suhteena, perustuu lähinnä kahteen seikkaan: viranomaisen olemassaoloon käytännön välttämättömyytenä yksityisen oikeuksien ja velvollisuuksien toimeen- ja täytäntöönpanijana, sekä harkintavallan olemassaolosta ilmenevään viranomaiseen tahdonvallan käyttäjänä.

Ensimmäinen merkitys ei ole yksityisen oikeuksien näkökulmasta *normatiivisesti* välttämätön, vaan viranomainen on eräällä tavalla läpinäkyvä. Kyse on esimerkiksi Masingin ajattelussa vain kommunikaatiosuhteesta, joka on tosiasiallisesti välttämätön hallintotoimen aikaansaamiseksi.⁵⁵³ Oikeussuhdeajattelulla on tässä erittäin rajattu normatiivinen arvo. Kommunikaatiosuhteen luonne voidaan tässä ymmärtää esimerkiksi viranomaisen ja asianosaisen hallintomenettelyyn kiinnittyvien selvittämisvelvollisuuksien kautta, mutta myös ilmaisuna laajemmasta käsityksestä suhteen faktisesta luonteesta: yksityisellä on yksityisen ja oikeusjärjestyksen välisen suhteen perusteella oikeus esimerkiksi opinto-

⁵⁵⁰ Masing 2006, § 7 rn. 98.

⁵⁵¹ Masing 2006, § 7 rn. 120 ja erit. 123.

⁵⁵² Achterberg 1982, s. 305.

⁵⁵³ Masing 2006, § 7 rn. 121–122.

tukeen, mikäli hän sen saamisen oikeudelliset edellytykset täyttää riippumatta esimerkiksi siitä, tietääkö yksityinen edes sen myöntämiseen toimivaltaisen viranomaisen. Tätä tietoa tarvitaan vasta, kun yksityinen haluaa tosiasiaassa toteuttaa oikeutensa. Vaikka yksityisen tällaista oikeutta vastaa viranomaisen velvollisuus sen toteuttamiseen, ei viranomaisen läsnäolo – edes tiedollisesti yksityisen mielessä – ole yksityisen oikeuden olemassaolon edellytys. Yksityisellä on oikeus luottaa oikeuden olemassaoloon ja toteutumiseen, ilman että viranomainen on tämän luottamuksen syntyyn ja sisältöön aktiivisesti tai passiivisesti omalla toiminnallaan tai muunlaisella läsnäolollaan oikeussuhteessa vaikuttanut. Ja ennen kaikkea: yksityisellä on edelleen oikeus opintotukeen, mikäli hän sen saamisen edellytykset täyttää, vaikka viranomainen sen jättäisi [lainvastaisesti] myöntämättäkin. Tällainen oikeussuhde, jos sitä oikeussuhteena edellä lausuttu *bipolaarisuus* huomioiden voi edes pitää, on tältä osin mainitusta käytännön välttämättömyydestä huolimatta ennen kaikkea yksityisen ja oikeusjärjestyksen välinen.

Viranomaisen ei tarvitse olla osa oikeussuhdetta *toisessakaan* tilanteessa. Viranomaisen harkintavallan olemassaolo tosin viittaa siihen, että oikeussuhteen sisältö saa normatiivisesti arvioitavissa olevan sisältönsä vasta viranomaisen käytettyä (tarkoituksenmukaisuus)harkintavaltaansa. Yksityisellä ei tällöin edes käsitteellisesti voi olla oikeutta tiettyyn aineelliseen lopputulemaan. Tämän johdosta harkintavallan *sisältö* sen positiivisessa merkityksessä ei kuitenkaan kuulu lainkaan *oikeussuhteen* piiriin, vaan kyse on *valtasuhteesta*. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että harkintavallan olemassaolo merkitsisi yksityisen jäämistä viranomaisen tahdonmonopolin alle. Kun harkintavallan olemassaolo perustuu oikeusjärjestykseen, eikä se ole sisältönsä puolesta koskaan oikeudellisesti *rajoittamatonta*, kuuluvat harkintavallan konstituution olemassaolo sekä sen sisällön *negatiiviset rajat* oikeussuhteen piiriin: *oikeus alkaa siitä mihin harkintavallta loppuu*. Tällaisten rajojen konstruointiin ei kuitenkaan tarvita viranomaista muuten kuin edellä tarkoitettussa kommunikaatiosuhteessa, sillä ne voidaan määrittää yksityisen ja oikeusjärjestyksen välisestä suhteesta käsin.

Tämä käsitteellinen lähtökohta ei muutu, vaikka harkinnanvallan laajuus käsitettäisiinkin nykyiseen tapaan erilaisten dikotomisten lähtökohtien asemesta harkintavallan laajuuteen viittaavana skaalana, ja sen varaan rakennetuna käsityksenä hallinnollisen ratkaisun kompleksisuudesta tällä asteikolla.⁵⁵⁴ Skaala-ajatteluakin nimittäin tunnustaa lähtökohdan, jonka mukaan tietty osa viranomaisen harkintavallasta sijoittuu oikeuden ulkopuolelle. Tämä ei tarkoita ns. oikeusharkinnan olemassaolon kiistämistä. Siinä on kyseessä kuitenkin oikeuden avulla myös muutenkin pelkkien rajojensa osalta arvioitavissa olevasta julkisen vallan käy-

⁵⁵⁴ Mäenpää 2003, s. 351 ss.

töstä, vaikka joissain yhteyksissä on ainakin välillisesti esitetty, että oikeusharkinnan piiriin käsitteellisesti kuuluva *intressipunninta* sijoittuisi sekin kategorisesti oikeuden ulkopuolelle vain rajojensa osalta kontrolloitavaan harkintaan.⁵⁵⁵ Tässä tutkimuksessa omaksutut sitoumukset huomioiden *intressipunninta* kuuluu kuitenkin *prima facie* valtiosääntöisenä praktisena konkordanssina oikeuden piiriin, ainakin mikäli kyse on yksityisen ja julkisen vallan välisten oikeudellisesti merkittävien intressien tasapainottamisesta.

Toisin sanoen, niiltä osin kun kyseessä on oikeusharkintaa painottava ratkaisu, kuuluu viranomaisen oikeussuhteesta ulkoistava perustelu edellisen kommunikaatiosuhteen piiriin. Myöskään lain tai muun oikeusnormin rakenteistama harkinta ei tätä lähtökohtaa muuta: yhtä lailla *rakenteessa* on tällöin kyse toisaalta harkinnan rajasta, oikeuden alkamisesta ja harkinnan loppumisesta, mutta toisaalta rakenteen konkretisoitumisesta oikeusharkinnan sisältöön positiivisesti. Sillä seikalla, ovatko mainitut elementit käytännössä erotettavissa yksittäisen ratkaisun puitteissa, jossa ne kietoutuvat keskenään, ei kuitenkaan ole tässä kohdin merkitystä. Tarkoituksena ei ole tässä ratkaista yksittäisiä, konkreettisia asioita, vaan osoittaa tarkoituksenmukaisuusharkinnan *sisällön* sijoittumisen oikeusjärjestyksen ulkopuolelle vievän myös hallintoviranomaisen tältä osin mukanaan *oikeussuhteen* ulkopuolelle riippumatta siitä, onko tarkkaan määriteltävissä, missä raja alkaa. Kyse ei siis ole siitä perinteiseen saksalaiseen ...*als Konkretisiertes*... -näkökulmaan liittyvästä ajatuksesta, jonka mukaan *viranomaisen toiminta kokonaisuudessaan* redusoituisi mekanistiseksi lainsoveltamiseksi.⁵⁵⁶ Kyse on siitä, että yksityisen näkökulmasta määrittyvä *oikeus* tavoittaa viranomaisen toiminnasta vain oikeuden kattaman alan, muu jää politiikan ja hallinnollisen vallan maailmaan.

Kokoavasti voidaan määritellä toimivallan ja vapauden asymmetrian vallitessa yksityisen näkökulmasta määrittyvän julkisoikeudellisen oikeussuhteen perusosapuoliksi *yksityinen ja oikeusjärjestys*, johon julkinen valta vaikuttaa rajoitusti statuuttioikeuden välityksellä: oikeusjärjestys ei samastu lakiin. Julkisoikeudellinen oikeussuhde ei edes sen hallinto-oikeudellisessa erityistapauksessa samastu yksityisen ja viranomaisen väliseksi oikeussuhteeksi. Vaikka on käsitteellisesti kyseenalaista, voidaanko tällaista ajatusta pitää oikeussuhteena lainkaan, on sillä edellä ollut hyödyllinen tehtävä orientaation muutoksen osoittamisessa. Lähtökohtainen poliisivaltiollinen vallanalaisuussuhde, joka sisältyi tietyn tavoin myös hallinto-oikeuden klassisiin oppeihin, voidaan kuvata ylhäältä alas päin *valtaa osoittavana* suuntavektorina välillä hallintoviranomainen – hal-

⁵⁵⁵ Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 307, tässä huomion kohteena olevat kannanotot sisältyvät teoksen alussa ilmoitetun työnjaon mukaisesti Seppo Laakson kirjoittamiin lukuihin.

⁵⁵⁶ Ks. Werner 1959, s. 531.

lintoalamainen. Oikeussuhdeajattelu syntyi tarpeeseen saattaa nuoli vaakatasoon kuvaamaan *keskinäisiä oikeuksia ja velvollisuuksia*. Näin asettuvassa nuolessa on kaksi päättä: kyse on välille yksityinen – hallintoviranomainen konstruoitavasta oikeussuhteesta.⁵⁵⁷ Luottamuksensuoja-suhteellisuusperiaatteen subjektiivisten julkisten oikeuksien kanssa jakama orientaatio tuottaa ylöspäin osoittavan, oikeussuhteen sisäistä *orientaatiota ilmentävän* suuntavektorin välille oikeussubjekti – oikeusjärjestys. Nuolen käännöksen myötä julkisoikeuden keskeisin jäsenysavain on kokenut vastaavanlaisen kääntymisen. Muodollisen oikeusvarmuuden ja lakisidonnaisuuden parin on korvannut *yksityisen näkökulmasta määrittyvä lainalaisuus*, jota *oikeuden maailmaan oikeuskulttuurisen itseymmärryksensä sitovat tuomioistuimet* vartioivat, ja jota on edellä olevassa tutkimuksessa analysoitu *luottamuksensuojan* otsikon alla.

6.6.4.3 Orientaatio ja oikeusturvan oikeuslähdeoppi

Työnjaossa edelleen *muodolliseen laillisuuden* vaatimukseen sidotuksi jäävän *hallintotoiminnan* ratkaisutoimintaa sitova oikeuslähdeoppi erkanee entistä enemmän tuomioistuinten oikeusturvatehtävää toteuttavan *ratkaisutoiminnan perusteiden* määräytymisestä. Näin myös hallinnon tuomioistuinkontrollin heuristiikka erkanee objektiivisen laillisuuskontrollin kysymyksestä ”*Mitä hallinnon olisi ensi asteessa tullut lain mukaan tehdä?*” oikeusturvamenettelyn funktion kannalta mielekkääseen kysymykseen ”*Miten julkisen vallan toimeen tulee oikeudellisesti arvioituna suhtautua?*” Hallintotoiminnalle jää työnjaossa julkisen vallan tavoiterationaliteetin toteuttaminen lakisidonnaisuuden asettamisissa puitteissa. Tätä muodollista lakisidonnaisuutta vartioi hallintolainkäytön oikeusturva oman funktionsa johdosta vain välillisesti. Muodollisen lakisidonnaisuuden välittömäksi sisällölliseksi vartijaksi asettuvat virkavastuu sekä hallinnon sisäiset kontrollikeinot, oikeusasiamies- ym. muut *vihreän valon* teorian edustamat kontrollikoneistot, myös politiikka.⁵⁵⁸

On syytä huomata, että hallinnon harkintavallan ulkoistaminen oikeuden maailmasta ei mahdollista poliittisen vastuun olemassaolon sisällön kiistämistä vetoamalla hallinnon lainalaisuuteen. Itse asiassa nykyisen hallintolainkäytön perusrakenne on jo omaksunut tällaisen ajatuksen ainakin ylimmän asteen osalta. KHOL 2 §:n edelleen muodollisesti voimassaolevan sääntelyn mukaan asia on niiltä osin siirrettävä valtioneuvoston ratkaistavaksi, kun korkein hallinto-oikeus katsoo valituksen koskevan kysymystä, jonka ratkaiseminen riippuu pääasiassa päätöksen tai toimenpiteen tarkoituksenmukaisuuden harkinnasta. Sääntelyn

⁵⁵⁷ Mäenpää LM 2005, s. 1070–1071.

⁵⁵⁸ Ks. edellä jakso 2.2.

historiallinen konteksti kertoo, että tarkoituksena oli nimenomaan paaluttaa oikeuden ja politiikan raja.⁵⁵⁹ Säännös *toteuttaa* nimenomaisesti esimerkiksi Husan osoittamaa *hallinnon ja oikeuden* välisen rajanvedon fundamentiksi yleisrooppalaisessa katsannossa paljastuvaa rajanvetoa *oikeuden ja politiikan* välillä.⁵⁶⁰

Tätä arvioita ei muuta mainitun säännöksen soveltamisen määrällinen harvinaisuus nykypäivän vallitsevassa doktriinissa, mikä ilmenee esimerkiksi sen nykyisen asun esitöistä. KHOL 2 §:n perusteluissa nimittäin viitattiin siihen, että ”kun valtioneuvoston ratkaistavaksi siirrettävillä asioilla ei muutoinkaan ole enää käytännön merkitystä, säännöksen poistaminenkin olisi mahdollista”.⁵⁶¹ Tässä konstruoidun työnjaon näkökulmasta siirron määrällinen olemattomuus kertoo lähinnä siitä, että harkintavallan rajoihin sinänsä perustellustikin huomionsa suuntaava oikeudellinen kontrolli on samalla siirtänyt oikeudellisten rajojen sisälle mahtuvan harkinnan kaiken *kontrollin* ulottumattomiin niin kyseisen asian kannalta menettelyllisesti kuin laajemminkin käsitteellisesti: poliittinen vastuu voi vetäytyä KHO:n ratkaisun ja yleisemminkin tällaisen ratkaisutoiminnan tuottaman harkintavallan käytön sisällöllisen legitimitetin taakse, vaikka ratkaisu ei itse asiassa koske lainkaan sen poliittista sisältöä eli tarkoituksenmukaisuusharkinnan sisältöä oikeudellisten rajojen sisällä. Yksityisen näkökulmasta määrittävän vastuun tarpeen kannalta ratkaisu ei ehkä ole perusteltu.

Siinä missä *common law* edellä tunnusti avoimesti tällaisen harkintavallan oikeudellisen kontrollin vakuumiin kytkennän poliittiseen vastuunalaisuuteen (”*it was 'wrong in principle' for the court to involve itself in such matters given that the minister was responsible to Parliament*”),⁵⁶² Suomen hallintolainkäytössä harkintavallan käytön sisällön poliittisuus piilotetaan. Toisenlaiseenkin konstruktioon olisi jo vakiintuneen kannanmuodostuksen piirissä mahdollista päätyä. Kun muistetaan perinteisen, Merikosken muotoileman harkintavallan kahtiajaon⁵⁶³ rakennetun hallintolainkäytön perspektiivistä vallanjaon mukaisen *enumeratio*-ajattelun mukaisesti siten, että myös harkintavallan eri puolet voidaan luokitella sen mukaisesti,⁵⁶⁴ on vaikea nähdä, mihin PL 3 §:n tarkoittamaan kokonaisuuteen oikeusharkinnasta nimenomaan valtioneuvostolle ulkoistettu tarkoituksenmukaisuusharkinta olisi lokeroitavissa, ellei PL 3 §:n nykyisen sanamuodon tarkoittamaan hallitusvaltaan, jonka tulee valtioneuvoston (jäsenten) ominaisuudessa *expressis verbis* nauttia eduskunnan luottamusta ts. olla poliitti-

⁵⁵⁹ Kulla 1980, s. 286 ss.

⁵⁶⁰ Husa 2004, s. 160–171.

⁵⁶¹ HE 201/2006 vp.

⁵⁶² Ks. edellä 3.5.

⁵⁶³ Merikoski 1968

⁵⁶⁴ Vilkkonen 1972, s. 376.

sesti vastuunalainen. Tätä arviota tuskin muuttaa se, että sana toimeenpanovalta on PL 3 §:n nykyisestä sanamuodosta poistettu. Tarkoitus ei ollut kuitenkaan muuttaa hallinnon asemaa valtiosääntöisessä vallanjaossa, eikä nykyisestä sanamuodosta ole katsottu voitavan tehdä tässä suhteessa pitkälle meneviä johtopäätöksiä.⁵⁶⁵

Kuten erään poliittisen kiistakysymyksen, maataloustukitietojen julkisuuden osin ratkaissut KHO 2006:64 osoittaa, tämä ei kuitenkaan ole kaksisuuntainen ajatus: asian merkitys poliittisesti riidanalaisena tai kiinnostavana ei merkitse sitä, että se tulisi ulkoistaa oikeudesta. Tässä ei olla kiinnittämässä huomiota siihen, olisiko tällainen ulkoistaminen toisinaan myös politiikan intressissä⁵⁶⁶, vaan kyse on siitä, että harkintavallan eli politiikan ala tunnustetaan tässä paitsi jo perinteisen doktriinin mukaisesti tuomiovallan institutionaalisen toimivallan puitteissa⁵⁶⁷, myös oikeuden keinoin ja sisällöin, eikä sen poliittisen riidanalaisuuden perusteella. Nyt käsillä ei siis ole kysymys harkintavallan perustellusta laajuudesta, vaan sen luonteesta ja kontrollista oikeudellisessa työnjaossa.

Näin koottuna tällainen työnjakoon perustuva näkökulma ei vähättele mainittujen *vihreän valon* teorioiden edustamien kontrolli-instituutioiden merkitystä, vaan pikemminkin korostaa niiden merkitystä varsinaisen oikeudellisen lainkäytön ohella. Kun tavoiterationaliteetin kontrolli ulkoistetaan nimenomaisesti ja periaatteellisesti oikeuden ja oikeuksien maailmasta, saavat *vihreän valon* instituutiot merkittävän painoarvon vapauttaessaan tuomioistuimet objektiivisesta laillisuuskontrollista oikeusturva-ajattelun rakenteistamaan oikeuskulttuurisen itseymmärryksen.

Vain muodollisen laillisuuden varaan hallintotoiminnan rakentava työnjako ei kuitenkaan merkitse, etteikö hallintotoiminta olisi edelleen sidottu lainalaisuuden keskeisiin komponentteihin, esimerkiksi oikeusvaltiolliseen lakivaraukseen tai hallinnon keskeisiin yleisiin oikeusperiaatteisiin. Ne ovat edelleenkin paitsi positiivisoikeudellisine ilmentymineen lainsäädännössä, myös oikeusperiaatteina osa lakisidonnaisuuden kattamaa oikeusjärjestystä.⁵⁶⁸ Työnjako tunnustaa tältä osin sen seikan, että hallinto omassa tavoiterationaliteetissaan käyttää oikeusjärjestystä lähinnä instrumentaalisesti suhteessa omiin päämääriinsä. Hallinnollista *ratkaisutoimintaa* on jo vakiintuneesti kuvattu sanomalla siihen sisältyvän voimakkaan julkisen intressin painotuksen, jota on pidetty (ja kritisoitu) jopa eräänlaisena hallinnolliseen ratkaisutoimintaan sisältyvän oikeudellisen argumentaation *aksiomaattisena* lähtökohtana.⁵⁶⁹ Lainsäädäntö ja oikeus ovat hallin-

⁵⁶⁵ Mäenpää 2005 LM, s. 1067.

⁵⁶⁶ Hirschl 2004, s. 170.

⁵⁶⁷ Husa 2004, s. 160–171.

⁵⁶⁸ Mäenpää 2003, s. 154 ss.

⁵⁶⁹ Laakso 1990, s. 223.

nolle lähtökohtaisesti vain välineitä oikeuden ulkopuolisten, yhteiskunnan tilaa koskevien tavoitteidensa toteuttamiseen, vaikka oikeusjärjestys rajoittaakin näiden tavoitteiden toteuttamiseen käytössä olevaa keinovalikoimaa.⁵⁷⁰ Tämän vuoksi hallinnolle ei ole perusteltua säilyttää oikeuskulttuurista, *jopa antagonis-tista suhtautumista julkisen vallan tavoiterationaliteettiin edellyttävää oikeus-turvatehtävää*: hallinto ei ole *oikeudellinen* käytäntö.⁵⁷¹ Hallinto ei tuota eikä uusinnassa oikeutta normatiivisena ilmiönä.⁵⁷²

Tällainen työnjako vapauttaa pääsääntöisesti vailla *oikeudellista* koulutusta toimivan virkamieskunnan sellaisesta oikeudellisesta argumentaatiosta ja punninnasta, johon se ei tiedollisten valmiuksiensa puitteissa ja muutenkaan käytös-sä olevien resurssien rajoissa ole valmis. Varsin triviaalia nimittäin on, että käy-tännön hallintotoimintaa ei tehdä sen paremmin valtiosääntöisiä näkökulmia keskenään tasapainottaen kuin edes lakikirja kädessä. Yksittäisen virkamiehen saattaminen virkavastuuseen monimutkaisen oikeudellisen tulkintaratkaisun epäonnistumisesta ei ole perusteltua sen paremmin virkamiehenä työskentelevän *ihmisen* perusoikeuksien kannalta kuin *hallintopäätöksen kumottavuuden ja vir-kavastuun välissä* olemassa olevan leveän kuilun täyttämisen moninaisten hei-jastusvaikutusten johdosta. Yhtä triviaalia on myös, että tämäkään näkökulma ei oikeuta kaikkea: julkisen vallan käytön *Wednesbury*-tyyppisten rajojen ylittä-mistä on vaikea perustella edes tässä muodollisen lakisidonnaisuuden maailmas-sa. Jossain vaiheessa tulee raja vastaan, jolloin käytännön hallintotoimintakaan ei voi piiloutua edes muodollisen lakisidonnaisuuden taakse, vaikka kysymys on tältä osin perinteisesti jäsennetty muodollista lakisidonnaisuutta kunnioittaen eräällä tavalla yhtä hierarkiatasoa alempana lähinnä lain ja virallislähteistön vä-lisen ristiriidan *ilmeisyyden* vaatimuksena.⁵⁷³

Näin määrittyvä työnjako selittää myös sen, miksi käytännön virkatoimintaa ja sen sisältöä *de facto* määrittävä aineisto on jo vakiintuneesti ulkoistettu oikeu-den ulkopuolelle *Innenrechtin* piiriin hallinnon oikeuslähteistön sisältä ulkoisia oikeusvaikutuksia saamattomaksi *virallislähteeksi*⁵⁷⁴, joka ei ilmeisin, perustus-lakiin kiinnittyvin positiivisoikeudellisin perusteluin (PL 2.3 ja 80.1 §) sido hallinnon toiminnan laillisuutta arvioivaa riippumatonta tuomioistuinta, mutta sitoo kuitenkin ratkaisun tekevää virkamiestä ja viranomaista. On kuitenkin syy-tä pitää mielessä, että virkatoimintaa sitovan *Innen-* ja *Außenrechtin* muodollisin perustein velvoittavaksi määrittyvä kombinaatio voi kuitenkin myös sen virka-toimintaa sitovan tavoiterationaliteetin *sisällöin* ylittää sillan julkisen vallan ta-

⁵⁷⁰ Tuori 2000k, s. 156.

⁵⁷¹ Tuori 2000k, s. 158–159.

⁵⁷² Tuori 2000k, s. 147.

⁵⁷³ Suviranta 1996, s. 140 ja 141–145.

⁵⁷⁴ Mäenpää 2003, s. 179 ss.

voiterationaliteetin ylivaltaan muuten antinomiseen suhteeseen asettuvaan lainkäyttöön ja oikeuteen, sillä yksityisellä on tietyin edellytyksin oikeus luottaa tämän tavoiterationaliteetin sisältöön sellaisena kuin se manifestoituu hallinnon maailmassa esimerkiksi päätöksenteossa, norminannossa, ohjeistuksessa, neuvonnassa tai käytännössä.⁵⁷⁵ Oikeuteen yksityisen ja julkisen vallan välisessä suhteessa se ei kuitenkaan samastu. Työnjaossa omaksutun oikeuden näkökulmasta hallinnon todellisuus on lakisidonnaisuuden maailmanakin vain *tosiasia*, osa luottamuksensuojan rakenteen tosiasiallisia soveltamisedellytyksiä.

6.6.4.4 Luottamuksensuojasta ideaalityyppiin

Näin määrittyvä työnjako on *oikeuskulttuurinen, lainkäytön ja oikeustieteen itseymmärryksessä asuva ideaalityypittelyjen kokonaisuus*. Sitä ei ole tarkoitettu yksityiskohtaisesti ja ehdottomaksi noudatettavaksi normistoksi. Tarkoituksena on ollut tuottaa tutkimuksen alussa tarkasteltujen ideaalityyppien vastine suomalaiseen julkisoikeustieteeseen. Sen tässä eksplikoimatta jäävä vastinpari on ilmeinen ja koostuu kautta tutkimuksen kritiikin kohteena olleista suomalaisista ortodoksioista, jotka muodostavat eittämättä ns. vallitsevan kannan suomalaisessa oikeustieteessä – tai ainakin lainopissa. Nimitettäköön sitä vaikka instituutionaaliseksi ja funktionaaliseksi julkisoikeudeksi. Ideaalityyppisyydestään huolimatta tässä kehitelty normatiivinen luottamuksensuojaideaalityyppi on kuitenkin normatiivinen vaatimus siinä missä sitä oikeuttavat oikeusvaltiolliset perusvaatimukset, sillä se ei samastu *de lege ferenda* argumenttiin paitsi sen vuoksi, että se olisi itsensä lainsäätäjän tavoiterationaliteetin alle alistavana oikeuspoliittisena vaatimuksena varsinainen *contradictio in terminis*, mutta myös siksi, että se ei ole miltään osin ristiriidassa julkisoikeuden perustavaa laatua olevien positiivisoikeudellisten normikokonaisuuksien *sanamuotojen* kanssa: lainsäätäjän uutta puheenvuoroa ei sen mukaisesti ajattelemiseen tarvita.

PL:n ja HLL:n sanamuotoihin mahtuu monenlaisia käsityksiä tuomioistuimen päätösvallan funktiosta ja laajuudesta.⁵⁷⁶ Kyse on vain siitä, minkälaisen oikeuskulttuuristen sitoumusten valossa esimerkiksi perustuslain, hallintolain tai hallintolainkäyttölain sanamuodoille annetaan tai halutaan antaa merkitys,⁵⁷⁷ ja halutaanko perustuslakia lukea sen oikeusvaltiolle tilaa antavat sanamuodot huomioiden, vai sen perinteistä lainsäätäjän ylivaltaa kunnioittavaa luentaa tukien.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ Ks. edellä 5.3.

⁵⁷⁶ Suviranta 2005, s. 231–233 ja 243 ss., Mäenpää 2005, s. 25–43 ja 463–465.

⁵⁷⁷ Husa 2004, s. 171.

⁵⁷⁸ Lavapuro 2010v, s. 243–267.

7 Tilinpäätös

7.1 LUOTTAMUKSENSUOJAPERIAATTEEN TAUSTA JA OIKEUTUS

Nykymuotoinen luottamuksensuoja on osoittautunut verrattain uudeksi oikeusperiaatteeksi niin Saksan, Englannin kuin Suomenkin julkisoikeudessa. Tutkimuksessa tarkoitettuna yleisenä oikeusperiaatteena se on vakiintunut toisen maailmansodan jälkeisenä ajanjaksona hyvinvointivaltion ja sen hallinto-oikeuden oloissa. Osana vallitsevaa julkisoikeudellista periaateymmärrystä sen ei kuitenkaan voi katsoa olevan eristetyksi säännöksi redusoitu oikeusinstituutio, vaan sillä on yhteyksiä niin horisontaalisesti läheiseksi ymmärrettyihin instituutioihin kuin *Verfassungsrang*-ajattelun ilmentämällä tavalla oikeusjärjestyksen yleisiin, verraten korkean abstraktiotason ratkaisuihin. Näin sijoitettuna luottamuksensuojaperiaatteelle on konstruoitavissa miltei lukematon määrä erilaisia vaihtelevan sisältöisiä oikeutusperusteita.

Oikeutusperiaatteiden skaalasta on mahdollista identifioida sen runsauden ohella lähinnä kolme yhdistävää tekijää: *Ensinnäkin*, oikeutusperuste on yleensä kytketty valtiosääntöön tai konstitutionaaliseen ajatteluun sekä sisällöllisesti että hierarkia-ajattelun mukaisesti. *Toiseksi*, vaikka tämä kytkentä voidaan usein selittää myös muiden julkisoikeuden yleisten oppien tasolla tapahtuneilla, siihen nähden *a priori* -muutoksilla, on se tehty usein avoimen tavoitteellisesti argumentoiden: kyse on ollut perustelun hausta luottamuksen suojaamiselle. *Verfassungsrang*-oikeutusperustalla tai sitä vastaavalla *common law*'n konstitutionaaliseen normatiivisuuteen viittaavilla perusteluilla on ollut tarkoitus irrottaa luottamuksensuoja lainsäätäjän ylivallasta autonomiseksi oikeusperiaatteeksi, joka antaa suojaa myös lainsäätäjän tavoiterationaliteettia vastaan. Historiallisena kehityksenä viimeksi mainittu piirre voidaan kiteyttää kehitykseen, joka lähti liikkeelle luottamuksensuojan ja lainalaisuuden antinomiasta, mutta joka kehittyessään luottamuksensuojan *Verfassungsrangin* avulla pyrki oikeudellisesti hallitsemaan kyseistä antinomia lopulta muotoutuen käsitykseksi *luottamuksensuojan kanssa yhteensopivasta lainalaisuudesta*. *Kolmanneksi*, niin *common law*'n kuin *Rechtsstaatin* piiristä on osoitettavissa tendenssi, joka kytkee luottamuksensuojan rakenteelliseen ja sisällölliseen yhteyteen asymmetrisenä oikeusperiaatteena pidettävän *Verfassungsrang*-suhteellisuusperiaatteen kanssa.

Luottamuksensuojadoktriinin verrattain nopea ja menestyksenkäs kehityskulku on herättänyt myös kritiikkiä. Saksalaiselle kritiikille on ollut leimallista kiinnit-

tää huomiota luottamuksensuojan paisumiseen monoliittiseksi, julkisen vallan käyttöä tarpeettoman jäykästi sitovaksi normiksi, jonka sisällöksi kritiikki näkee lähinnä mielivaltaisen ennakoimattoman kohtuuden ajatuksen. Englantilainen kritiikki on perustunut enemmänkin vallanjaollisiin näkökohtiin: luottamuksensuojan on nähty olevan oikeusnormina käsitteellisessä ristiriidassa parlamentin omnipotenssia korostavien ortodoksioiden kanssa sekä johtavan tuomioistuinten roolin samastumiseen hallintoviranomaisen rooliin. Kritiikeillä on toki yhteinen perusta, joka voidaan paikantaa hallinnon oikeusturva-ajattelusta erkanevaan tapaan ymmärtää hallinto-oikeuden tehtävä julkisen vallan päämäärien toteuttajana.

Esitetystä kritiikistä huolimatta ajatus *Verfassungsrang*-luottamuksensuojasta on osoitettavissa yhteensopivaksi myös Suomen oikeudessa omaksuttavissa olevien julkisoikeudellisten sitoumusten kanssa. Erityisesti oikeustieteessä mutta toisinaan myös hallintolainkäytössä luottamuksensuoja on kiinnitetty perustuslaillisiin argumentteihin. Suomen osalta on kuitenkin todettava, että perustelu on usein vain dekoratiivinen: suomalaisesta doktriinista voidaan havaita *Verfassungsrang*-perustelun kehittymättömyydestä kumpuava ortodoksia, joka asettaa lainsäätäjän (ja toisinaan jopa hallinnon) luottamuksensuojan herraksi. Tämä kehitys ilmenee paitsi HL 6 §:n säätämisessä, erityisesti sen sijoittamisessa systemaattisesti vieraaseen ympäristöön hyvän hallinnon takeisiin, myös sen tulkinassa omaksutuissa sitoumuksissa, jotka laajemminkin redusioivat yleiset julkisoikeudelliset periaatteet verrattain ohuiksi ja kapean soveltamisalan omaaviksi oikeusnormeiksi.

Erityisesti luottamuksensuojan kehittymättömyys ilmenee Suomeen omaksutussa *ultra vires* -luottamuksensuojaortodoksiassa, joka sitoo luottamuksensuojan *soveltamisalan* muodollisella tavalla lainmukaisiksi määrittyvien odotusten suojaamiseen. Ortodoksia kiinnittyy suomalaisen julkisoikeuden omaksumiin perinteisiin käsityksiin oikeudellisten instituutioiden välisestä työnjaosta. Luottamuksensuoja ja siihen liittyvä oikeusperustainen oikeusajattelu aiheuttaa kuitenkin paineita myös tälle työnjaolle. Sen perustavanlaatuisiksi elementiksi voidaan konstruoida ei ehkä niinkään mullistavana tai edes uutena ajatuksena pidettävä siirtymä *lainsäätäjän ylivallasta lainsäätäjän huomioimiseen* ja siirtymä tuomioistuimen harjoittamasta objektiivisesta laillisuusvalvonnasta lainsäätäjän tavoitenationaliteetille jopa antagonistiseen *oikeuskulttuuriseen oikeusturvapositioon*. Siirtymät koskevat myös koko julkisoikeutta ja erityisesti sen keskeisiä doktrinaalisia opinkappaleita. Esitetyn kannan mukaisesti myös hallinto-oikeutta tulisi jäsentää julkisen vallan tavoitenationaliteetin asemesta oikeutena, johon lainsäätäjän tuotokset tuovat toki oman panoksensa, mutta vain tietyissä oikeuden asettamissa rajoissa.

7.2 LUOTTAMUKSENSUOJA JA LAINSÄÄTÄJÄ

Soveltamisedellytysten tarkastelun pohjaksi on muotoiltavissa käsitys luottamuksensuojan yleisestä perusrakenteesta. Saksalaisessa doktriinissa se koostuu pelkistetyimmässä muodossaan kolmiosisesta rakenteesta, jonka puitteissa varsin vakiintuneesti erotetaan kysymykset luottamuksen perusteesta, siihen kytkeytyvän suojattavan arvoisen luottamuksen olemassaolosta ja lopulta julkisen vallan tähän kohdistuvasta puuttumisesta ja sen legitimeetistä eli kysymyksestä suojattavan arvoisen luottamuksen suojaamisesta. Rakenne on kontekstisidonnainen, mutta toisaalta sisällöllisesti tyhjä. Se osoittaa ainoastaan heuristisen perusrakenteen, eikä toimi lopputulemaan johtavana sääntö–poikkeus-kokoelmana. Tällaisena siihen on kuitenkin kohdistettu kritiikkiä, jonka mukaan se on lähinnä *in casu* kohtuusargumentit julkisuudelta piilottava fasadi.

Saksalaisen luottamuksensuojan soveltamisala on muotoutunut oikeutusperusteiden johdosta laajaksi. Se sisäistää soveltamisalalleen kaiken julkisen toiminnan ja julkisen vallan käytön vallanjaollisesta organisatorisesta erottelusta riippumatta. Suojaa annetaan sekä lainsäätäjää että hallintoa vastaan. Lainsäätäjää vastaan annettava suoja koostuu ensi sijassa lainsäädännön soveltamisalan *intertemporaalisesta* arviosta, joskin lainsäätäjän mahdollisuuden kiertää tällainen formaliteetti johtaa tämän intertemporalisuuden sisällölliseen arvioon.

Lainsäätäjää vastaan asettuva oikeudellinen arvio rakenteistuu pääosin kolmeen osaan: se koostuu lähtökohtaisesti kielletystä aidosta taannehtivuudesta, lähtökohtaisesti sallitusta epäaidosta taannehtivuudesta ja ei-oikeudellisesta, valtiösääntöpoliittisesta kontinueetien vaatimuksesta. Aitoa taannehtivuutta luonnehtivat siihen tehtävät sääntöluonteiset, luottamuksensuojan perusteella ja rajoissa tehtävät poikkeukset, epäaitoa puolestaan luottamuksensuojapunninta. Doktriinia on aidon ja epäaidon taannehtivuuden osalta kritisoitu voimakkaasti erityisesti kasuistisuuteensa vuoksi, mutta myös yleisemmin joko liian jäykkänä ja lainsäätäjän toimintavapautta liiaksi rajoittavana, tai sille liikaa tilaa julkisten etujen vuoksi jättävänä. Doktriini näyttääkin johtavan kohti sisällöllistä, suhteellisuusperiaatteen ja luottamuksensuojan rekursioon johtavaa ajattelua, jossa luottamuksensuojan yleinen perusrakenne sulautetaan osaksi suhteellisuusperiaatetta hermistämään sitä intertemporalisille tulkinnoille.

Englannin *common law*'n osalta on todettava, ettei se tunne lainsäätäjää vastaan asettuvaa luottamuksensuojaa asettuvaa käytännössä lainkaan. Ortodoksian omaksumaan, parlamentin *omnipotenssia* ehdottomana pitävään *rule of law* -tulkintaan ei tällainen käsitteellisesti mahdu ainakaan normatiivisessa merkityksessä, vaikka nykyisin onkin mahdollista identifoida useita ortodoksiasta erkanevia kehitystendenssejä. Luottamuksensuoja ei sido lainsäätäjää edes taannehtivuuskiellon merkityksessä: lainsäätäjä on vapaa säätämään vaikka taannehtivan rikoslain. Tuomioistuimet eivät ole yksityisen oikeuksia puolustavassa oikeuskult-

tuurisessa itseymmärryksessäänkään konstruoineet olettaa pidemmälle menevää taannehtivuuskieltoa. Lainsäädäntöä on *vain lähtökohtaisesti* tulkittava oletaman mukaiseksi *pro futuro* oikeusvaikutuksia saavaksi laiksi. Mikäli laista ilmenee oletaman kumoava parlamentin tahto, syrjäytyy taannehtivuutta vastaan konstruoitu oletama. Parlamentin nimenomaisesti ilmaisema taannehtivuus perustaa siis laillisesti retroaktiivisen lain. Luottamuksensuojakeskusteluun sisältyy kuitenkin sellaista jo yleisiin *rule of law* -ideaaleihin sisältyvää potentiaalia, että oikeustilan muutos saattaa olla odotettavissa.

Suomalaisen lainsäätäjää vastaan asettuva luottamuksensuoja on olemassa, mutta rajoittuu ainakin vallitsevan kannan mukaisena vain perusoikeuksien soveltamisalalle ja toimii siinäkin joko verrattain ahtaiden edellytysten rajoissa tai sellaisten institutionaalisten järjestelyiden varaan rakennettuna punnintana, jonka oikeudellisuudesta yksityisen intressit huomioon ottavassa merkityksessä ei ole erityisiä takeita. Edustavimpana esimerkkinä ongelmista voidaan pitää vero-oikeudellisen sääntelyn piirissä syntynyttä lainsäädäntökäytäntöä, jossa verolain katsotaan nykyisin sen enemmittä perusteluilla voivan tulla voimaan yksityistä velvoittavana ”lainsäädäntönä” jo hallituksen esityksen antamispäivänä. Suomen julkisoikeus vaikuttaisi tältäkin osin erkaantuvan sellaisista oikeuskulttuurisista sitoumuksista, joissa oikeus jäsenettäisiin yksityisen näkökulmasta.

Doktriinia on kuitenkin mahdollista kehittää olemassa olevan perustuslaillisen positiivisoikeudellisen sääntelynkin puitteissa konstruotavalla oikeusvaltiollisella, laajan soveltamisalan omaavalla taannehtivuuskiellolla. Tällaisen kiellon puitteissa on mahdollista kehittää doktriini, joka saksalaistyyppisenä rakenteistuneena luottamuksensuojana pystyy torjumaan nykyisen doktriinin edellä identifioitujen ongelmat. Nykyinen doktriini on yhteensopiva lähinnä erittäin jyrkän funktionalismin omaksuneiden oikeuskulttuuristen sitoumusten kanssa, joita ei kuitenkaan oikeusturvaan liittyvien oikeusvaltiollisten näkökohtien mukaisesti voi oikeusvaltion oloissa pitää erityisen perusteltuina. Saksalaiseen tapaan strukturoidussa doktriinissa esimerkiksi oikeusnormin velvoittavuuteen ja voimassaoloon liittyvät näkökohdat sisäistävät myös perustellun oikeusturvanäkökohtiin nojautuvan normatiivisen vallanjakoaspektin, jossa lain ja yksityisen välinen suhde ei samastu julkisen vallan tavoiterationaliteetin ja hallintoalamaisen suhteeseen.

7.3 LUOTTAMUKSENSUOJA JA HALLINTO

Luottamuksensuojan saksalainen hallintoa vastaan asettuva sovellutus säilyy tasoltaan valtiosääntöisenä *Verfassungsrang*-normina sen mahdollisista positiivisoikeudellisista ilmiäsuista huolimatta. Tämä on tarkoittanut sitä, että valtiosääntöisesti tuettu luottamuksensuojan perusrakenne on paitsi konkretisoitunut sään-

telyissä, myös saa edelleen merkitystä olemassa olevan sääntelyn soveltamisessa. Esimerkiksi keskeisimmän luottamusperusteen, hallintotoimen peruuttamiseen valtuuttavaan sääntelyyn on kodifioitu sitä edeltänyt, valtiosääntöisiä vaatimuksia konkretisoinut oikeuskäytäntö. Tämä ei ole kuitenkaan merkinnyt sitä, että säännös olisi siirtynyt suomalaiseen tapaan standardijuridiikan piiriin, vaan sitä tulkitaan edelleen ottaen huomioon sen valtiosääntöinen kytkentä. Tosin merkkejä toisenlaisestakin ajattelusta on mahdollista identifioida.

Saksalainen hallintoa vastaan asettuva luottamuksensuojadoktriini on kuitenkin verraten laaja-alainen ja *Verfassungsrang*-normina normatiivisesti lainsäätäjältä autonominen sen positiivisoikeudellisista ilmiäsuista huolimatta, mikä on merkinnyt sen laajentamista ahtaita *intra legem* -rajoja ulommaksi. Kuten *VwVfG* § 48:n sääntely ja sitä edeltävä *Rücknahmerechtsprechung* osoittaa, ei lainvastaisiin olotiloihin kohdistuvan luottamuksen suojaaminen ole muodostunut ylispääsemättömäksi esteeksi. Tosin joissain konstruktioiden *VwVfG* § 48 käsitetään konstitutiiviseksi toimivaltanormiksi, jonka lain tasoinen olemassaolo on lainvastaisen toimen pysyvyyden välttämätön edellytys. Lainsäätäjän läsnäolo ei kuitenkaan ole ollut doktriinille merkityksetön. Luottamuksensuoja saa erisälteisiä ja -vahvuisia painotuksia riippuen siitä, mihin lokeroon osin lainsäätäjän muotoilemaa *Handlungsformlehre*ä luottamusperusta sijoittui. Tosin tätä näkökohtaa relativoi jonkin verran se seikka, että myöskään *Handlungsformlehre* ei elä konstituutiosta irrotettua elämää.

Suomen oikeustila on kuitenkin sitoutunut verraten yksioikoiseen käsitykseen siitä, että lainsäätäjällä on paitsi toimivaltainen, myös oikeudellisen työnjaon valossa perusteltu instituutio määrittämään luottamuksensuojan sisällön ja rajat. Ilmeisen *Verfassungsrang*-ajatteluun perustuvan autonomiakritiikin ohella tällaiselle ajatukselle on ositettavissa ongelmallisia konkretisoitumia suomalaisesta lainkäytöstä. Erityisen ongelmallisena tällöin näyttäytyy tilanne, jossa positiivisoikeudellisesta ilmiäsuista johtuen tällaisen *Verfassungsrang*-normin sisällön selvittäminen samastetaan traditionaaliseen suomalaiseen laintulkintaan, jossa säännöksen esityöt ja jopa Verohallinnon tuottamat soveltamisohjeet saavat valtiosääntöisiä argumentteja painavamman merkityksen.

Saksalaiseen oikeusjärjestykseen sisältyvä hallintoa vastaan asettuva luottamuksensuoja myös lainvastaisten toimien pysyvyyttä vahvistavana suojana asetui kuitenkin viime vuosisadan lopulla avoimeen ja perustavanlaatuiseen konfliktiasetelmaan EU-oikeuden tehokkuuden ja syrjimättömyyden kanssa. EU-oikeuden näistä vaatimuksista kumpuavan luottamuksensuojan sisältöä määrittää yksityisen näkökulman asemesta muodollinen oikeusvarmuus. Saksalaisesta näkökulmasta se on paitsi *deindividualisoitu* luottamuksensuojaksi *contradictio in terminis*, myös käytännössä merkityksetön. Sen sisältöä on muovannut viime kädessä perustavanlaatuisen, Saksan valtiosäännön ja EU-oikeuden keskinäis-suhteista määrittävän *Solange I-II – Maastricht – Banana – Lissabon – Honey-*

well-Mangold -oikeuskäytännön sivujuonteeksi katsottu *Alcan*-oikeuskäytäntö. *VwVfG* § 48:n ja EU-oikeuden välinen konflikti on kuitenkin ratkaistu sekä EU-tuomioistuimessa että Saksan valtiosääntötuomioistuimessa EU-oikeuden hyväksi. Tämä ratkaisu on herättänyt saksalaisessa doktriinissa varsin vilkkaan ja perusteisiin asti ulottuvan keskustelun, joka on kuitenkin nykypäivänä kallistunut EU-oikeuden position hyväksi ja johtanut saksalaisen luottamuksensuojan ehdottomuuden ja dogmaattisuuden relativoimiseen kohti suhteellisuusperiaatteen rakenteistamaa luottamuksensuojaa. Samalla on kuitenkin EU-oikeuden *Omnipräsenziin* vedoten esitetty myös perinteisesti arvioituna puhtaasti kansalliseen soveltamistilanteeseen soveltuvan suojan relativoimista, joskin doktrinaalinen positio ei tältä osin erityisen vakiintunut.

Suomalainen luottamuksensuojaortodoksia näyttää kuitenkin enemmittä perusteluitta omaksuneen EU-oikeudellisen suojan tason. Esimerkiksi oikeuskäytäntöön on omaksuttu verraten muodollinen tapa argumentoida laillisuusnäkökohdilla: ”*Suomen lainsäädännön ja Euroopan yhteisön oikeusjärjestyksen mukaan tuen saajalla on oikeus luottaa vain lain ja asetusten sekä Euroopan yhteisön oikeusjärjestyksen mukaisiin päätöksiin.*” Tällaisia muodollisia rajoja vastaan on kuitenkin esitettävissä luottamuksensuojanäkökulmasta varsin painavaakin kritiikkiä, joka perustuu paitsi siinä omaksuttuun luottamuksensuojan lainsäätäjän tavoiterationaliteetille alistavaan kantaan, myös siihen, että EU-oikeuskaan ei nykymuodossaan tunnusta näin tiukkaa ortodoksiaa.

EU-oikeuden luottamuksensuoja nimittäin kiinnittyy yritysten toimintaan ja sen sääntelyyn sisämarkkinaoikeudessa, kun taas saksalaisperäisessä luottamuksensuojassa kyse on yksityisistä ihmisistä oman elämänsä toiminnoissa. *Unternehmensverwaltungsrecht–Unionsbürgerverwaltungsrecht*-erottelu on ilmaantunut myös EU-oikeuteen. Siihen jo käsitteellisesti sisältyvän suhteellisuusperiaatteen ja luottamuksensuojan rekursion voidaan katsoa olevan Suomen oloissakin perusteltu tapa jäsentää luottamuksensuojaa mainitun *ultra vires* -ortodoksian asemesta, ja sellaisena se näyttää tulleen jo toisinaan oikeuskäytännössäkkin tunnustetuksi.

Common law’n hallintoa vastaan asettuva luottamuksensuoja näyttäytyy edelleen kehittymässä olevana oppina. Mannermisesta näkökulmasta se on varsin omaleimainen doktriini, jonka ydinalue ei kata sen mannermaisen sovellutuksen keskiötä, hallintopäätösten pysyvyyttä, vaan pitäytyy lähinnä viranomaisen ilmaisu- ja suojaamisessa. Raja ei kuitenkaan osoittaudu ehkä loppuun asti normatiiviseksi vaan kehittyvaiheessa olevan nuoren doktriinin tiedolliseksi rajaksi, sillä periaatteessa tunnustetaan, että luottamusperustan luettelolla ei ole keinotekoisia rajoja. Muodollinen ja ehdoton raja kiinnittyy kuitenkin *ultra vires* -luottamuksensuojaan: luottamusta lainvastaisiin luottamusperusteisiin ei voi ortodoksian keskeisten sitoumusten vuoksi suojata, joskin uudempi doktriini on tätä jyrkkyttä pyrkinyt relativomaan.

Historiallisena kehityskulkuna *common law*'n luottamuksensuojadoktriini jakaantuu kolmeen osaan: pitkään vallinneeseen yksin menettelylliseen luottamuksensuojaan, orastavaan aineelliseen suojaan ja *Coughlan*-oikeustapauksen jälkeiseen aineelliseen luottamuksensuojaan. Sisällöllisesti doktriini on siirtynyt tosiasiallisten luottamusperusteiden kategorisointien varaan rakennetusta opista kohti sisällöllistä suhteellisuusperiaatteen varaan rakentuvaa luottamuksensuojaa, ja on samalla omaksunut saksalaista ajatusta vastaavan luottamuksensuojan sisäisen perusrakenteen. Tämän puitteissa on *common law*'ssakin nähty mahdolliseksi erottaa toisistaan kysymykset luottamuksesta, perustellusta luottamuksesta ja sen suojaamisesta. Tämä strukturoituminen on merkinnyt sen kanssa epäyh-tenevän *ultra vires* -valttikortin suhteellistumista. Keskeinen merkitys tässä kehityksessä on ollut paitsi *common law constitutionalism* -suuntauksen omalla man-nermaisella tavalla jäsentää oikeusperiaatteiden merkitystä oikeusperustaisessa oikeusajattelussa, myös erityisesti EIT:n omaisuudensuojakäytännöllä, jonka kanssa *common law*'n perinteinen ortodoksian varaan rakentuva *ultra vires* -fa-sadi on todettu epäyhteensopivaksi.

Suomen hallintoa vastaan asettuva luottamuksensuoja on kaksijakoinen. Doktrinaalisesti voidaan saksalaiseen tapaan erottaa hallintopäätöksen pysyvyy-teen kiinnittyvä luottamuksensuoja muuhun julkisen vallan toimintaan kiinnitty-västä. Molempia koskee suomalaisessa doktriinissa luottamuksensuojaa yleensä leimaava ohuus ja ahdas, miltei ehdoton *ultra vires* -ortodoksiaan samastuva ajatus muodollisesta lainalaisuudesta luottamuksensuojan soveltamisalan rajana. Nämä rajat ovat tuottaneet lainsäätäjän tavoiterationaliteettiin nähden alisteisen ja siitä riippuvaisen suojan alan. Tällaisen suojan sisältö on erkaantunut varsin kauas luottamuksensuojan yksityisen näkökulmaan kiinnittyvistä oikeuttamispe-rusteista ja perusrakenteista juristiprofession, hallintoviranomaisten ja muodol-listen oikeuslähdeopillisten sitoumusten maailmaan, jossa yksityisen selonotto-velvollisuuskin määrittyy näistä lähtökohdista.

Suomalaisessakin doktriinissa voidaan kuitenkin rakentaa eurooppalaisen mallin mukainen laaja-alainen, *suhteellisuus–luottamuksensuoja*-rekursion va-raan rakentuva oikeusperiaate. Se käsittelee muodollisen lainvastaisuuden muo-dostaman kysymyksenasettelun perusrakenteen sisällä punnintakysymyksinä. Tällainen periaate perustelee myös oikeusperustaisen oikeusajattelun oloissa julkisoikeudellisen oikeuskulttuurisen itseymmärryksen kääntymisen julkisen vallan tavoiterationaliteetista yksityiseen näkökulmaan kiinnittyvään ja sen eh-doilla määrittyvään lainalaisuuteen, sekä tämän lainalaisuuden vartijan, oikeus-kulttuurisen työnjaon *idealityypin* alustavan hahmotelman. Työnjaossa tuomio-istuimet, "*the real masters of law*", asettuvat oikeuden positioon toteuttamaan oikeusturvatehtävää, ja vastaavasti hallinto vapautetaan siitä objektiivisen lailli-suuden ja sitä täydentävän poliittisen vastuun maailmaan.

Abstract

Mikael Koillinen

PROTECTION OF LEGITIMATE EXPECTATIONS AS A GENERAL PRINCIPLE OF EUROPEAN LEGAL SYSTEMS

The principle of the protection of legitimate expectations is widely acknowledged as a general principle of public law in European legal systems. The aim of this study is to identify the basis of this doctrine through comparative law. This is achieved by focusing on the doctrine of the protection of legitimate expectations in the English common law and on the doctrine of *Vertrauensschutz* in German public law. The findings from this study are utilized in the evaluation of the Finnish doctrine.

From the perspective of the history of public law, the present doctrine, established after the Second World War as a result of the welfare state and its administrative law, is a relatively new principle in Germany, England, and Finland. Nowadays it has a wide scope of application, offering protection against the law-maker, the administration, and courts of law.

The justification of this doctrine is threefold. *First of all*, the justification of the principle has usually been derived from the constitution. In Germany, this principle is usually derived from the doctrine of the *Rechtsstaat* or from the basic rights protected in the *Grundgesetz*, although some other justifications exist. Moreover, in the English common law, a wide variety of justifications exist, e. g., one can document justifications related to *estoppel*, good administration, the rule of law, and the abuse of power. A wide variety of constitutional justifications can also be found in the Finnish doctrine. However, it seems that they only serve a decorative labeling function. This is owing to the fact that there are both general and *lex specialis* statutes regulating protection. For example, according to Section 6 of the Administrative Procedure Act (434/2003), "*The acts of the authority [...] shall protect legitimate expectations as based on the legal system.*"

Secondly, attempts to derive such constitutional connections, such as hierarchical *Verfassungsrang* in the German doctrine, have usually been openly target-oriented. In Germany, this is due to the fact that *Vertrauensschutz* also protects against the formal law (*contra legem*) and thus requires constitutional legitimation. In common law, no constitutional justification is *required*: the protection of

legitimate expectations is limited to lawful representations only; according to established doctrine, no protection *ultra vires* exists. In Finland, there should be room for creating a *Verfassungsrang* justification for the protection of legitimate expectations. However, in some court cases, where *ultra vires* expectations are protected, none are identified. This might be owing to the ambiguity of the doctrine. It is very difficult to say whether protection *ultra vires* is already established in Finnish public law.

Thirdly, the doctrine is still changing. The basic structure of *Vertrauensschutz* in German public law is in its simplest form threefold: it separates the basis of trust, the existence of trust worthy of protection and balancing trust and public interest. Similar structures exist in common law too, although in less established form. However, nowadays there is a strong tendency to connect the doctrine of the protection of legitimate expectations to the structure and contents of the other significant *Verfassungsrang* principle: the asymmetric public law principle of the proportionality or *Verhältnismäßigkeit* of the German public law. This connection also exists in common law. Furthermore, in the Finnish doctrine some connections have been found between those two principles.

The contents of the protection are divided roughly into two: protection against law-makers and against the administration. The former contains mainly time-oriented questions. This inter-temporal dimension of legislation, for example, the ban of retroactivity, is an integral part of the protection of legitimate expectations. In Germany, it is divided into three parts. The genuine retroactivity (*echte Rückwirkung*) is *prima facie* prohibited due to reasons connected with *Vertrauensschutz*, retrospective laws (*unechte Rückwirkung*) are allowed within the limits of *Vertrauensschutz*; and *pro futuro* continuity is considered to be only a matter of constitutional politics (*Verfassungspolitisch*). In the English common law, due to the omnipotence of the Parliament, there is no ban on retroactivity. However, the presumption of retroactivity is valid until it is proven that retroactivity is the explicit will of the Parliament. In Finland, the ban on retroactivity is in practice limited to the scope of the application of basic rights, although a wider concept can be derived from *Rechtsstaat*-like principles adopted in the Finnish constitution. Some examples, such as retroactive tax legislation, demonstrate significant flaws in the current doctrine.

In German administrative law, protection against the administration is divided roughly into two separate doctrines. The possibility of an annulment of an administrative act (*Verwaltungsakt*) is nowadays codified in a *Verwaltungsverfahrensgesetz*, which is seen to be compatible with the constitutional principle of *Vertrauensschutz*. The protection governing other forms of administrative actions is mainly left uncoded, and thus are subsumed under the general principle of *Vertrauensschutz*. The strongest protection is found within the sphere of the annulment of an administrative act, which is also extended to acts *contra legem*.

In the administrative law of England, protection mainly applies to situations outside the scope of the revocation of administrative decisions. Protection mainly applies to a wide variety of representations of the administration and can be achieved through procedural protection and much discussed, still somewhat contested substantial protection. The possibility of protection *ultra vires* (*contra legem*) is impossible according to an orthodox approach to the common law, although in recent discussions this approach is sometimes not adhered to.

In the Finnish doctrine, the principle of the protection of legitimate expectations is applied to the administration in two separate senses. First of all, it applies to the revocation of administrative acts, especially decisions. Secondly, it offers protection in situations similar to representations of administration in the common law. However, the orthodoxy of the Finnish doctrine limits protection within the limits of lawful decisions and representations.

Nonetheless, the doctrine can be understood differently. The protection of legitimate expectations can be seen in connection with the structure and contents of the principle of proportionality. Thus, the question of illegality can be solved within the basic structure of protection. However, this requires that the cultural factors embedded in the concept of justice adopted by the courts of law change to reflect the position of courts as providers of legal protection instead of functioning as guardians of public interest or formal legality.

Finnish Lawyers' Association 2012
ISBN 978-951-855-319-2

Oikeustapaushakemisto

Common Law

Commins v. Massam (1643) March NR 196, 202	s. 188
Entick vs. Carrington (1765) 19 St. Tr. 1030	s. 85–86, 178, 181
Zamora [1916] 2 A.C. 77	s. 433
Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223	s. 188
Minister of Agriculture and Fisheries v. Hulkin (ei julkaistu, viitattu tuomiossa Minister of Agriculture and Fisheries v. Mathews [1950] 1. K.B. 148)	s. 7, 450
Howell v Falmouth Boat Construction Co [1951] AC 837	s. 448
Re 56 Denton Rd., Twickenham, Middlesex [1953] 1 Ch. 51	s. 417, 441, 445
Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food [1968] A.C. 997, HL	s. 185
Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs [1969] 2 Ch 149	s. 85, 412
Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission, [1969] 2 AC 147, [1969] 2 WLR 163	s. 184
Ministry of Housing and Local Government v Sharp [1970] 2 QB 223	s. 175
Lever (Finance) Ltd v Westminster LBC [1971] 1 QB 222	s. 7, 450–451
R. v. Liverpool Corporation, ex p. Liverpool Taxi Fleet Operators' Association [1972] 2 Q.B. 299	s. 392, 399
Bates v Lord Hailsham of St Marylebone [1972] 1 WLR 1373	s. 394
Black-Clawson International Ltd v Papierwerke Waldhof-Aschaffenberg AG [1975] AC 591, 638 (HL)	s. 279
HTV Ltd -v- Price Commission [1976] ICR 170	s. 400
Northwest Holst Ltd. v. Secretary of State for Trade [1978]	s. 210
Western Fish Products Ltd v Penwith District Council [1981] 2 All ER 204	s. 208–209, 451–452
Rootkin v. Kent County Council [1981] 1 W.L.R. 1186	s. 441, 443, 445
Attorney General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu, [1983] 2 AC 629, [1983] 2 All ER 346, [1983] 2 WLR 735	s. 82, 213, 392, 403, 412
Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Services [1985] A.C. 374	s. 83, 186, 188, 211, 389, 431, 433
R. v. Inland Revenue Commission ex parte Preston; In re Preston [1985] 1 AC 835; [1984] UKHL 5	s. 200, 215, 401
R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Khan [1985] 1 ALL ER 40	s. 393, 399–400, 423
Findlay v Secretary of State for the Home Dept [1984] 3 All ER, [1985] AC 318	s. 399, 403, 411
Westminster City Council, Re 1986 A.C. 668; [1986] 2 All E.R. 278	s. 281, 408
R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock and others [1987] 1 WLR 1482	s. 400, 418
R v Board of Inland Revenue, ex parte MFK Underwriting Agencies Ltd and others and related applications [1990] 1 All ER 91	s. 211, 401, 414, 421
Thrasylvoulou v. Secretary of State for the Environment [1990] 2 AC 273	s. 442

- R. v. Secretary of State for the Home Department , ex parte Brind, [1991]
1 A.C. 696, 748–749 (H.L.) s. 184–187, 193
- R v Secretary of State for Health, ex p United States Tobacco International
Inc. [1992] QB 353, [1992] 1 All ER 212, [1991] 3 WLR 529 s. 390
- R. v. Secretary of State for the Environment ex p. Hammersmith and Fulham
LBC [1991] 1 A.C. 521 s. 434
- Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. Cox [1993] 22 EG 111; [1993]
2 CMLR 917 s. 444
- R v Secretary of State for Transport ex parte Richmond upon Thames Borough
Council [1994] 1 All ER 577 s. 87
- R v Inland Revenue Commissioners ex parte Matrix-Securities Ltd [1994] 1
WLR 334 s. 415
- R v Lord Chancellor, ex parte Law Society (1994) 6 Admin LR 833 s. 433
- R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p Hamble (Offshore)
Fisheries Ltd [1995] 2 All ER 714 s. 15, 80, 212, 396, 398, 425
- R v Devon County Council ex p. Baker (BAILII: [1992] EWCA Civ 16)
[1995] 1 All ER 73 s. 207
- Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh (1995) 183
C.L.R. 273 s. 410, 426–427
- R v Inland Revenue Commissioners, ex p Unilever [1996]
STC 681 s. 215–218, 396–397, 423, 452
- R v Gaming Board for Great Britain; Ex parte Kingsley [1996] COD s. 415, 423
- R v Secretary of State for the Home Department and another, ex parte Hargreaves
and others [1997] 1 All ER 397 s. 80, 212, 397–399, 402–404, 413, 425
- Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council Kleinwort; Benson Ltd v. Mayor
etc of the London Borough of Southwark and Others Kleinwort; Benson Ltd
v. Birmingham City Council Mayor etc of the London Borough of Kensington
and Chelsea and Others [1998] UKHL 38; [1999] 2 AC 349; [1998] 4 All ER
513; [1998] 3 WLR 1095 (29th October, 1998) s. 280
- R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Gangadeen [1998]
1 FLR 762 s. 400, 424
- Dennis Rye Pension Fund v Sheffield CC, 1998, 10 Admin LR 112 s. 443
- R v. Department of Education and Employment ex parte Heather Charis Begbie
(By her Mother and Litigation Friend Rachel Begbie) [1999] EWCA Civ 2100
s. 200, 214, 217, 220–221, 404, 407, 408, 417, 431–432, 434–438
- R v Secretary of State for the Home Department ex parte Ahmed [1999] s. 410
- Matadeen v. Pointu [1999] 1 A.C. 98, 109 s. 202
- Stretch v. West Dorset DC (1999) 77 P. & C.R. 342 s. 456
- R v DPP, ex parte Kebilene [2000] 2 AC 326 s. 416
- R. v. North East Devon Health Authority, ex parte Coughlan [2000] 2 W.L.R. 622
s. 84, 87, 197–199, 200–201, 212, 216–223, 395, 402–407, 430–435, 436, 438–441
- R v. London Borough of Newham and Manik Bibi and Ataya Al-Nashed [2001]
EWCA Civ 607 s. 206, 385–386, 406–407, 417, 418,
425–426, 429, 431, 434, 438, 446, 454
- R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly [2001] UKHL
26, [2001] 2 AC 532 s. 188–189
- Customs and Excise Commissioners, ex parte F & I Services Ltd. [2001]
EWCA Civ. 762; [2001] STC 939 s. 195

R. v East Sussex County Council, Ex Parte Reprotech (Pebsham) Ltd and One Other Action [2002] UKHL 8	s. 209, 439
Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Zeqiri, [2002] UKHL 3	s. 415–416
Ng Siu Tung v Director of Immigration [2002]	s. 436
Henry Boot Homes Ltd v Bassetlaw DC [2002] EWCA Civ 983	s. 437, 440, 452
Thoburn v. Sunderland CC [2002] EWHC Admin 195; [2003] QB 151	s. 428
R. (on the application of Bloggs 61) v Secretary of State for the Home Department [2003] EWCA Civ 686	s. 1, 422
R. (on the application of Association of British Civilian Internees – Far East Region, ABCIFER) v. Secretary of State for Defence [2003] EWCA Civ 473	s. 216, 463
Ibrahim v Redbridge London Borough Council [2002] EWHC 2756 (Admin) [2003] ACD 25	s. 403, 434
Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex parte Lam (2003) 214 CLR	s. 410
Rowland v. Environment Agency [2003]. EWCA Civ 1885	s. 455
R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Mullen [2004] UKHL 18	s. 400
Regina (Nadarajah) -v- Secretary of State for the Home Department; Abdi -v- Secretary of State for the Home Department CA ([2005] EWCA Civ 1363	s. 217, 220, 223
National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd [2005] UKHL 41	s. 281
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Rashid [2005] EWCA Civ 744	s. 215, 218, 285, 410–411
Jackson and Others v Attorney General (2005 UKHL 56), (2006 1 AC 262)	s. 185–186, 279
Jones v Environment Agency [2005] EWHC 2270 (Admin)	s. 407
Bhatt Murphy (a firm), R (on the application of) v The Independent Assessor [2008] EWCA Civ 755, R. (on the application of Niazi) v Secretary of State for the Home Department [2008] EWCA Civ 755	s. 207, 212, 425, 436
R. (on the application of Wheeler) v Office of the Prime Minister [2008] EWHC 1409	s. 427
Doherty v Birmingham City Council [2008] UKHL 57; [2009] 1 A.C. 367	s. 194
R (on the application of Bapio Action Limited and another) v Secretary of State for the Home Department [2008] UKHL 27	s. 422, 429

Saksa

Liittotasavallan valtiosääntötuomioistuin

BVerfGE 2, 380	s. 104, 263
BVerfGE 7, 198	s. 113
BVerfGE 8, 155	s. 108
BVerfGE 13, 261	s. 9, 128, 254, 256
BVerfGE 18, 70	s. 252
BVerfGE 30, 367	s. 253
BVerfGE 30, 250	s. 265
BVerfGE 36, 73	s. 265
BVerfGE 36, 281	s. 139
BVerfGE 37, 271	s. 369
BVerfGE 49, 89	s. 107
BVerfGE 58, 300	s. 141

BVerfGE 59, 128	s. 320, 325
BVerfGE 60, 253	s. 245, 308
BVerfGE 63, 343	s. 245
BVerfGE 65, 283	s. 97
BVerfGE 72, 200	s. 134
BVerfGE 73, 339	s. 369
BVerfGE 77, 170	s. 135
BVerfGE 88, 203	s. 61, 120
BVerfGE 89, 155	s. 369
BVerfGE 95, 267	s. 141
BVerfGE 96, 330	s. 1–2, 264
BVerfGE 97, 67	s. 128, 260
BVerfGE 102, 147	s. 369
BVerfGE 123, 267	s. 369
BVerfGE 126, 286	s. 369
BVerfG, 2 BvR 1210/98	s. 369–374
BVerfG, 1 BvR 2628/07	s. 244

Liittotasavallan ylin hallintotuomioistuin

BVerwG, Urteil vom 12.03.1987 – 3 C 16/86	s. 317
BVerwG, Urteil vom 22.09.1993 – 2 C 34/91	s. 321
BVerwG, Urteil vom 16.03.2006 – 7 C 3.05	s. 347
BVerwGE 35, 159	s. 342
BVerwGE 74, 357	s. 361
BVerwGE 92, 81	s. 319

Suomi

Hallintolainkäyttö

KHO 1974 II 126	s. 484
KHO 1974 II 128	s. 483
KHO 6.11.1997 T:2826	s. 77
KHO 1997:57	s. 227
KHO 1997:58	s. 227
KHO 1998:52	s. 77
KHO 1998:53	s. 298–299, 301
KHO 1998:57	s. 489
KHO 2000:51	s. 481
KHO 6.9.2002 T:2091	s. 381–382
KHO 2003:21	s. 481
KHO 2004:15	s. 173, 284–285, 491–492
KHO 2006:20	s. 170, 285
KHO 2006:45	s. 486, s. 490
KHO 2006:68	s. 377
KHO 2006:90	s. 1, 6, 172, 228, 233, 235, 489
KHO 2007:7	s. 491
KHO 2008:49	s. 228
KHO 2008:67	s. 228

KHO 2009:20	s. 485
KHO 2009:36	s. 377, 382–383
KHO 2009:45	s. 234, 375–378, 382–383, 468, 489
KHO 2010:5	s. 228
KHO 2010:50	s. 489–490

Korkein oikeus

KKO 1989:50	s. 475–476, 488–490
KKO 1999:32	s. 492–493
KKO 1999:33	s. 492–493
KKO 2008:105	s. 353
KKO 2009:24	s. 476, 490
KKO 2012:11	s. 10
Hämeenlinnan HAO 15.6.2000 T: 00/403/4	s. 381–382, 483

EU-tuomioistuin

265/78 Ferwerda [1980] ECR 617	s. 359
119/79 Lippische Hauptgenossenschaft [1980] ECR 1863	s. 359
54/81 Fromme [1982] ECR 1449	s. 359
205-215/82 Deutsche Milchkontor [1983] ECR 2633	s. 20, 359–361, 362, 366
52/84 komissio v. Belgia [1986] ECR 89	s. 365
310/85 Deufil [1987] ECR 901	s. 362
C-120/86, Mulder v. Minister of Landbouw and Visserij [1988] E.C.R. 2321	s. 398
C-94/87 Alcan I [1989] ECR I-175	s. 21, 362–374
C-331/88, The Queen v Minister for Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte Fedesa and Others [1990] ECR I-4023	s. 152, 201
C-5/89 BUG-Alutechnik [1990] ECR I-3437	s. 362–365
C-104/89 & C-37/90, Mulder v. Council and Commission [1992] ECR I-203	s. 398
C-183/91 Commission v. Greece [1993] ECR I-3131	s. 366
C-24/95 Alcan II [1997] ECR I-1591	s. 362–374
C-366/95 Steff-Houlberg Export [1998] ECR I-2661	s. 361
C-298/96 Oelmühle Hamburg [1998] ECR I-4767	s. 359–361
C-336/00 Republik Österreich v Martin Huber [2002] ECR I-7699	s. 383

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Pudas v. Sweden [1987] ECHR 27	s. 456
Tre Traktörer AB v. Sweden, [1989] A 159	s. 456
Pine Valley Developments Ltd and Others v Ireland [1991] 14 EHRR	s. 456
S.B. v. Suomi ECHR 16.3.2004	s. 298
Stretch v United Kingdom [2004] 38 EHRR.	s. 456
Kopecky v Slovakia ECHR 2004	s. 457

Asiahakemisto

A

- Abuse of power* s. 200, 214–218, 219, 397, 401, 403, 406, 411, 445
Akustinen erottelu s. 5–9, 13, 240, 450, 503
Alkoholi s. 120, 285
All his cards face upwards on the table s. 414, 483
Amber light ks. liikennevaloteoria
Ankündigungseffekt s. 261, 296
Asiavirheen korjaaminen s. 461–464
Außentheorie s. 46–49, 52, 71, 157, 291, 495–498
Autovero s. 173, 492, 499–500

C

- Clausula rebus sic stantibus* s. 337, 472
Common Law Constitutionalism (CLC) s. 15, 40, 45, 69, 82, 88–89, 94, 177–178, 180, 193, 195, 202, 203, 223, 385, 447, 459

D

- Demokratia*
 – ideaalina s. 93, 98
 – kontrollina s. 39, 42
 – lainsäädäntövaltana s. 2–4, 14, 34, 57, 113, 115, 116, 118, 143, 151, 157–158, 225–227, 245, 264, 268, 274, 303–304, 419
 – oikeusvaltiona s. 55
 – suhde lakivarauksiin s. 106–107, 110
Detrimental Reliance s. 203–207, 210, 415–419, 425–426, 439–440
Diaari s. 480
Droit administratif s. 175–176

E

- Elinkeinovapaus* s. 76, 91, 136, 139–141, 145, 165, 282, 492, 498
Eläke s. 78, 144, 146, 171, 246, 253, 291, 295–299, 379, 483
Estoppel s. 123, 207–210, 417, 441, 451–452

F

- Fairness* s. 44, 86, 200, 202, 206, 210–212, 215–216, 401, 414, 427
Fiskaalinen intressi s. 261–263, 266, 324, 332, 334

G

- Good administration* s. 213–214, 220, 222
Governance s. 53–54
Green light ks. liikennevaloteoria

H

- Hallinnon sisäinen määräys* s. 340–345
Hallintokäytäntö s. 81, 345–347, 388, 473–488
Hallintopäätöksen pysyvyys s. 78, 243, 304–338, 440–446, 461–473
Hallintosopimus s. 347–351
Handlungsformlehre s. 50–51, 355, 385, 394, 489–490
Hoitopaikka s. 87, 197, 402, 438
Human Rights Act s. 64, 182, 188–189, 194, 213, 218, 278, 439, 452–455
Hyvinvointivaltio s. 28–29, 60, 117–120
Hyvä hallinto s. 81, 169, 172, 213–214, 220, 222, 229–231, 233
Hyvän kielenkäytön vaatimus s. 229

I

- Ideaalityyppi* s. 33–37, 93, 491, 514
 – funktionaalinen s. 33–34, 41, 59, 130, 230, 354, 378, 467, 485, 506, 514
 – normatiivinen s. 33–34, 41
Ihmisarvo s. 61, 111, 119, 132–135, 148, 372
In dubio pro libertate s. 160
Innentheorie s. 46–49, 157, 498
ins-Werk-gesetz s. 145, 243, 251, 326, 333, 417
Internet s. 1–2, 172, 233, 480, 481

J

- Joukkotiedotusväline* s. 480

Judge-made law s. 28, 280–281
Judicial deference s. 63, 192
Judicial restraint s. 15, 40, 60, 63, 86–87, 176–177, 186, 191–192, 223, 398, 430, 447
Julkinen luottamus s. 74, 169, 335, 464, 489
Julkisuus s. 6–8, 261, 478–482, 492, 503,
 – asiakirjojen s. 91, 117, 512
 – normien s. 94, 252, 258–259, 283, 287–288, 341–344
Jurisdictional error s. 184–186
Jurisdictional principle s. 7–8, 195, 197, 203, 209, 448–458, 489
Juristische Methode s. 49–59, 65, 367, 378

K

Kansanterveys s. 332, 390
Ketjutus s. 166
Kohtuus s. 71, 166
 – *Common Law* ks. *Wednesbury unreasonableness*
 – *Rechtsstaat* s. 124, 164–167, 240, 266, 311, 314, 317, 318, 330, 346
 – *Suomi* s. 74–76, 89, 286–287, 376, 377, 483–484, 497–499
Kongruenssiteesi s. 162
Kuulemisvelvollisuus s. 28, 117, 186, 210, 389–390, 392, 394, 405

L

Lainalaisuus s. 105–109, 121–122, 172–173, 453
Lakisidonnaisuus s. 18, 50, 56, 105, 112–113, 120, 162, 476, 479, 497, 510–514
Lastenausgleich s. 108
Lawstate s. 94
Legalismi s. 63, 225
Legalityperiaate
 – rikosoikeudellinen s. 284–285, 290, 352–354, 491
 – vero-oikeudellinen s. 173, 290, 486
Lenkungsnorm s. 248, 266, 287
Liikennevaloteoria s. 37–45
 – *amber light* s. 39–40, 59–68
 – *green light* s. 35, 39, 59–68, 300, 354
 – *red light* s. 38, 52, 59–68, 177, 274, 467, 486

N

Natural Justice s. 82–83, 86, 186, 207, 210–212, 390–394, 409, 411, 412
Neue Verwaltungswissenschaft s. 49–59, 65, 67, 80, 102, 111, 149, 355, 378, 385, 506
Neuvonta s. 74, 75, 229, 338–340, 449–450, 473–489
Nonfettering-vaatimus s. 197, 208, 424, 428, 436–437, 443, 446–447

O

Objektiviteettiperiaate s. 74, 76, 88, 90, 227–229
Ohjeet s. 1–2, 235, 338, 388, 393, 399, 419, 473–474, 476–488, 489
Oikeusläheoppi s. 50, 56, 89, 91, 341, 472, 479, 488, 510–514
Oikeussuhde s. 10, 52, 63, 102, 108, 127, 303, 485, 493, 504–510
Oikeusvaltioteoria s. 92–99
 – *Rechtsstaat* vs. *rule of law* s. 14, 94–95
 – *Suhde hyvinvointivaltioon* s. 28–29, 60, 117–120
Oikeusvarmuus s. 3–4, 9, 18, 89–90, 92, 157, 169, 199–203, 205–206, 282, 359, 495
 – *Legal certainty* s. 195, 278, 450–451, 453–454
 – *Rechtssicherheit* s. 58, 124–125, 125–130, 131, 138, 250, 308, 319–320
Oikeusvertailu s. 21–24
Oikeusvoima s. 74, 90, 306–309, 314, 375, 378, 393, 441–442, 461–470, 473
Omaisuuksuoja
 – *Englanti* s. 21, 196, 455–457
 – *Saksa* s. 135–148, 231, 273, 323–324
 – *Suomi* s. 29, 91, 169–171, 173, 231, 285–287, 290–295, 499, 503
Opintotuki s. 1–2, 82, 264, 508
Optiot s. 297–299
Ostensible authority s. 7–8, 209, 422–423

P

Pacta sunt servanda s. 348–349
Pakolainen s. 416–418
Palveluperiaate s. 229
Parallelwertung in der Laiensphäre s. 322, 379, 382, 413, 416, 471, 472, 481, 484

Pariisi s. 180
 Passiviteetti s. 161, 240, 346–347, 423, 475, 486, 494
 Perusoikeudet
 – suhde hallintoon s. 110–120
 – suhde luottamuksensuojaan s. 131–147
 Perusrakenne s. 238–245, 385–386, 495–501
Plangewährleistung s. 271–273, 303
 Praktinen konkordanssi s. 160–161, 458, 509
Presumption against retroactivity s. 278
Prospective overruling s. 281
Publica fides s. 74, 169, 335, 464, 489
 Purkukynnys s. 464, 474

R

Red light ks. liikennevaloteoria
Regina s. 95
Rücknahmerechtsprechung s. 313, 316–317, 321

S

Sairaankuljetus s. 292–293
Schranken-Schranke s. 149, 153, 159, 496
Schutzbereich-Eingriff-Schranken-Schema s. 46–48
 Selonottovelvollisuus s. 241–242, 258–261, 275, 321–323, 329, 357, 363, 368, 379, 382, 471, 479–487
 Siirtymäsääntely s. 170, 266–267, 281, 288–289, 293–294, 314, 445, 494,
Singularia non sunt extendenda s. 153
 Soveltamisohjeet s. 228, 477, 480, 484, 488
Staatsräsonvorbehalt s. 262, 333
 Suhteellisuusperiaate s. 10–15, 54, 59, 76, 88–92, 147–168, 373, 379–383, 458, 480–491
 – *common law* s. 81, 88, 186–194, 198–199, 204, 218–224, 279, 402–407, 429–431, 433, 435, 438–439, 448, 454, 457, 458
 – EU s. 151–152, 374
 – harkintavallan rajoitus (Saksa) s. 314
 – harkintavallan rajoitus (Suomi) s. 74, 76, 227, 229, 494, 495–504
 – valtiosääntöperiaate (Saksa) s. 116, 128, 131, 144, 146, 147–168, 239, 240, 245, 261–262, 265–267, 314–315, 325, 327, 334, 351, 374

 – valtiosääntöperiaate (Suomi) s. 171, 173, 176, 231, 233, 287, 291–293, 463,
 Säädöskokoelma s. 480, 482
 Sääntelemätön itseoikaisuvoimalta s. 459–468

T

Taannehtivan lainsäädännön kielto s. 10, 245–302
 Takaisinperintä s. 280, 355–383, 463, 468–471
 Tarkoituksenmukaisuus s. 403, 424, 470, 508–510
 Tarkoitussidonnaisuus s. 74, 76, 88, 227–229, 445
 Telakkayhtiö s. 492–493
 Terrorismi s. 111, 400
 Toimeentulotuki s. 469
 Toimivallan ja vapauden asymmetria s. 56–58, 63–64, 108–111, 149, 281, 302, 311, 458, 496, 506–509
Treu und Glauben s. 78, 121, 123–125, 127, 167, 258
 Tupakointi s. 180
 Turvallisuus s. 109, 110, 115, 400, 433

U

Ulkomaalainen s. 86, 112, 166, 308, 412
Ultra vires -doktriini s. 82, 176–177, 181–186, 194, 197, 202–203, 446–458
Untermaßverbot s. 160–163, 268
Übermaßverbot s. 149–163

V

Vahingonkorvaus s. 145, 235, 272, 311, 323, 338, 340, 351, 372, 453, 475–476, 488, 492–494
 Vallanjako
 – *common law* s. 33, 42, 87, 191–193, 220, 223, 232, 396–398, 427, 435, 437, 454–455
 – Rechtsstaat s. 30, 90, 101, 110, 115, 259, 302, 345,
 – Suomi s. 299–302, 503
 Valmistevero s. 299
 Valtiontuki s. 361–383
 Vanki s. 1, 398–399, 422

Venire contra factum proprium s. 124, 137–138
Veranlagungszeitraumrechtsprechung s. 253–254, 274–275
 Verohallitus s. 228, 447, 480, 484, 488
 Verotusmenettely s. 76, 228, 233, 476–488
Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht s. 10–12, 48, 51, 57, 64, 114, 509
 Vilpillinen menettely s. 244, 316, 319–321, 412, 414, 444, 463, 464, 469, 483
 Vilpitön mieli s. 74, 135, 244, 321, 361, 366, 377–378, 416, 471, 474, 476–486
 Virkavastuu s. 7, 449, 510–513

W

Wednesbury unreasonableness s. 88, 186–194, 198

Y

Yhdenvertaisuus s. 18, 89, 175–177, 182, 194, 200–203, 310, 376–377, 425–426, 478
 – harkintavallan rajoituksena s. 74, 76, 88, 227, 229
 – ja *Innenrecht* s. 341–345
 – *kein Gleichbehandlung im Unrecht* s. 137, 345
 – valtiosääntöperiaatteena s. 55, 110, 127, 136–139, 148, 163, 270, 289–291, 298
 Ylimääräinen muutoksenhaku s. 173, 283, 377, 463–470, 499

Z

Zwingende Gründe des gemeinen Wohls s. 261–262, 266, 297

Tutkimus kohdistuu luottamuksensuojaperiaatteen valtiosääntöisesti perusteltavissa oleviin yleisiin oppeihin eli luottamuksensuojadoktriiniin; sen tarkoitukseen, oikeuttamisperusteisiin, soveltamisalaan ja suojan rajoihin. Tutkimusongelma voidaan tiivistää yhteen aina ajankohtaiseen kysymykseen: *minkälaisten oikeudellisten perusteiden nojalla voidaan ratkaista kysymys siitä, onko yksityisellä oikeus luottaa julkisen vallan toimen pysyvyyteen ja laillisuuteen?* Kysymyksen taustalla on ajatus siitä, että luottamuksensuojadoktriinin olemassaolo kertoo jonkin muuttuneen siinä tavassa, jolla oikeusyhteisö ymmärtää usein perustavanlaatuisiksi katsomansa oikeusvaltiolliset sitoumukset kuten oikeusvarmuus, lainalaisuus, laillisuus ja ennakoitavuus. Tutkimuksessa luottamuksensuojaperiaate pyritäänkin sijoittamaan osaksi doktrinaalista keskustelua julkisoikeuden konstitutionalisoitumisesta.

Tutkimus keskittyy luottamuksensuojaan nimenomaan eurooppalaisena oikeusperiaatteena. Tutkimus kohdistuu sekä suomalaisen doktriiniin että laajasti saksalaiseen *Vertrauensschutz*-doktriiniin ja Englannin *common law*'n *protection of legitimate expectations* -periaatteeseen. Tutkimus antaa myös näkökulman EU-oikeuden muodolliseksi periaatteeksi käsitettyyn luottamuksensuojaan tarkastelemalla sen yhteenlöymäystä saksalaisen doktriinin kanssa. Tutkimuksen keskeinen tehtävä on osoittaa, millaisessa suhteessa suomalaisen luottamuksensuojadoktriinin keskeiset perusratkaisut ovat sen eurooppalaisiin esikuviin nähden.

Luottamuksensuojaperiaate on usein nähty vaikeaksi soveltaa käytännössä. Tutkimuksessa osoitetaan kuitenkin, miten luottamuksensuojaperiaate on sen yksityiseen kiinnittyvästä näkökulmasta huolimatta strukturoitavissa jäsenytneeksi oikeudelliseksi testiksi. Tästä johtuen tutkimus tarjoaa hyödyllisen näkökulman myös käytännön soveltamistoiminnalle sekä tuomioistuimissa että hallintoviranomaisissa.

