

Juhlajulkaisu
Mikael Hidén
1939 – 7/12 – 2009

Toimituskunta

Pia Letto-Vanamo

Olli Mäenpää

Tuomas Ojanen

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

toimisto@lakimiesyhdistys.fi

www.lakimiesyhdistys.fi

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

Kannen ja taiton suunnittelu: Heikki Kalliomaa

Mikael Hidénin valokuva s. VII

ISSN-L 0356-7222

ISSN 0356-7222

IBSN 978-951-855-293-5

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2009

Jaakko Husa

Ilmeisyyskriteeri ja tuomioistuimet – siirrännäisestä häirinnäiseksi?¹

Johdanto

Tässä kirjoituksessa tarkastellaan perustuslain 106 §:n sisältämää ilmeisyyskriteeriä vertailevan oikeustieteen välineistöllä. Lakien perustuslainmukaisuuden valvontahan on vertailevan valtiosääntöoikeuden tyypillisin tarkastelukohde, ei siis vain kansallisen valtiosääntöoikeuden kiinnostuksen kohde.² Tarkoituksena on tarjota selittävä taustoitusta sille, miksi vuoden 2000 perustuslakiuudistuksessa voimaan tullut lakien perustuslainmukaisuudenvilvontamalli on toiminut tavoilla, joita ei osattu ennakoita, kun uudistusta valmisteltiin. Monet lakien tuomioistuinvalvontaan liittyvät ongelmalliset pidettävät lainkäyttöilmiöt ovat tulleet suomalaiselle valtiosääntöoikeudelle ikään kuin yllätyksenä, vaikka vertailevan oikeustieteen näkökulmasta uudistuksessa kyse oli monellakin tapaa klassisesta transplantaatiosta. Transplanteihin eli oikeudellisiin siirrännäisiin liittyvää monipuolista keskustelua oli käyty jo reilusti yli kaksikymmentä vuotta ennen kuin ruotsalaisesta valtiosääntöoikeudesta siirrettiin tuomioistuinvalvontamalli osaksi kotimaista järjestelmää.³ Tässä mielessä oikeudellisen siirrännäisen ei-ennakoitu käyttäytyminen tai sen reunailmiöt eivät voineet tulla täytenä yllätyksenä ja vaikka ehkä tulivatkin, niin meille omaksutun kontrollimallin toimintaan liittyvät ennakoimattomuudet ovat tyypillisesti sellaisia, joita transplantaatiosta yleensä seuraa. Juuri tätä siirrännäisiin liittyvää ei-ennakoitua ulottuvuutta – mitä saatiin, vaikkei haluttu – käsitellään jäljempänä.

Perustuslain 106 § on ollut voimassa vasta alle kymmenen vuotta, mutta silti oikeusministeriön perustuslaki 2008 työryhmän mietinnössä katsotaan, että ”on aiheellista harkita ilmeisyyskriteerin poistamista”.⁴ Oikeusvertailun näkökulma auttaa hahmottamaan, miten tähän on tultu. Kirjoituksessa omaksuttu käsittelynäkökulma ei ole lainopillinen, eikä tässä esitetä tulkintoja tai pyritä systematisoimaan voimassa olevaa valtiosääntöoikeutta. Kirjoituksessa ei

¹ Teksti perustuu Helsingin yliopistossa 5.3.2009 *Valtiosääntöpäivä*-tapahtumassa pidettyyn esitykseen. Tämä teksti on aiempaa esitystä seikkaperäisempi.

² Ks. Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, teoksessa Mathias Reimann – Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford University Press, Oxford 2006, s. 126–1257, s. 1242.

³ Suomestakin löytyi ajankohtana siirrännäiskirjoittelua. Ks. esim. Tuulikki Mikkola, *Oikeudellinen siirrännäinen*. *Encyclopedia Iuridica Fennica* VII (1999), p. 567–569 ja Jaakko Husa, *Oikeudellisten siirrännäisten ongelmallisuus*. *Lakimies* 1999, s. 376–397.

⁴ Oikeusministeriön työryhmän mietintö 2008:8 (Perustuslaki 2000 -työryhmän muistio) s. 62.

myöskään ole tarkoitus puolustaa tai vastustaa mitään tiettyä tulkintaa tai ylipäänsä näkemystä koskien sitä, onko puheena olevan säännöksen sisältämä perustuslainmukaisuuden kontrollimalli toivottava vai ei. Pikemminkin kyse on vaihtoehtoisen näkemystavan esittämisestä tyyliin ”tosiaan, voi sen noinkin nähdä”. Toiveena on illustroida niitä pulmia, joita tulee tyypillisesti esille, kun omaan oikeuteen tuodaan siirrännäinen toisesta järjestelmästä.

Perustuslain 106 §:n taustasta

Mistä säännöksen muotoilut ovat peräisin? On selvää, ettei ilmeisyys-konstruktiolla ole suomalaisessa valtiosääntöoikeudessa omia vuotta 2000 edeltänyttä valtiokäytäntöön, oikeuskäytäntöön tai edes valtiosääntöoikeustieteeseen perustuvia juuria: idea on mitä ilmeisimmin peräisin muualta kuin kotimaisen oikeuden piiristä. Siirrännäisen hakusuunta on ollut yleisesti pohjoismainen ja erityisesti ruotsalainen.

Vuoden 1997 valtiosääntökomitean epävirallisessa luonnoksessa, ennen kuulemismenettelyvaihetta, 106 § oli sittemmin voimaan tullutta muotoilua jyrkemmässä muodossa. Luonnosversiossa ei nimittäin ollut rajoituslauseketta *”eikä tätä ole otettu huomioon lakia säädetettäessä”*⁵. Vasta valmiissa mietinnössä ehdotetun 106 §:n ajatuksenkulku oli peräisin vastaavasta ruotsalaisesta säännöksestä: *”Jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lainsäädännön soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain säännöksen kanssa, eikä tätä ole otettu huomioon lakia säädetettäessä, tuomioistuimen on annettava etusija perustuslainsäädännökselle.”* Tosi-asiassa tätä muotoilua ei voida palauttaa komitean työhön, koska komitean työn pohjana oli aiemmin valmistunut Perustuslaki 2000 -työryhmän mietintö⁶.

Työryhmän mielestä suomalaiseen lakien perustuslainmukaisuuden valvontamenettelyyn liittyi eräitä ongelmia. Keskeisongelma oli siinä, ettei ennakkolisella valvonnalla ollut mahdollista ennakoida kaikkia mahdollisia ongelmia, joita lainkäytössä saatettiin kohdata. Valvontajärjestelmän abstraktisuuden vuoksi katsottiin, että preventiivinen säännösvalvonta saattoi jäädä aukolliseksi. Työryhmä viittasi kansainvälisten ihmisoikeussopimusten aiheuttamiin paineisiin järjestää lakien konkreettinen jälkivalvonta, koska erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen määräykset olivat sovellettavissa suoraan tuomioistuimissa sekä muissa viranomaisissa.

Torjuessaan valtiosääntötuomioistuimen perustamisen työryhmä viittasi nimenomaisesti Ruotsissa käytyyn keskusteluun sekä perusteisiin, joiden nojalla ruotsalaiset päätyivät hylkäämään valtiosääntötuomioistuimen perustamisen.⁷ Työryhmän näkemyksen mukaan valtio-

⁵ Lausunnonantajille toimitetussa (9.12.1996) luonnoksessa oli 106 §:n perässä petiitillä teksti: ”Huom. arvioitava säännöksen soveltaminen tilanteissa, joissa lakiehdotus ollut perustuslakivaliokunnan käsiteltävänä tai laki on säädetty poikkeuslakina.”

⁶ Perustuslaki 2000. Yhtenäisen perustuslain tarve ja keskeiset valtiosääntöoikeudelliset ongelmat. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisuja 8/1995.

⁷ Näihin ei suoraan viitattu, ks. silti SOU 1975:75 s. 17 ja KU 1975/76: 56 (valtiosääntötuomioistuin sopimaton ruotsalaiseen oikeuskulttuuriin). Ruotsissa valtiosääntötuomioistuinmallin torjunta jatkui myös sittemmin, ks. esim. KU 1995/96:6 ja KU 1997/98:26.

sääntötuomioistuimen perustaminen olisi ollut niin merkittävä muutos valtiosääntöoikeutemme perusteissa, että se olisi muuttanut valtiovallan jaon perusteita. Lisäksi työryhmä epäili, ettei erikoistuomioistuimelle löytyisi riittävästi tehtäviä. Työryhmä ottikin esiin Ruotsissa omaksutun perustuslakien tuomioistuinvalvontamallin.⁸ Kannanottonaan työryhmä esitti, että lakien perustuslainmukaisuuden jälkivalvonnan tarve tulisi selvittää arvioiden, *millä edellytyksillä* tuomioistuimille tulisi antaa mahdollisuus yksittäistapauksissa jättää perustuslain kanssa oleva ristiriitainen eduskuntalain tasoinen säännös soveltamatta.⁹

Työryhmän toimesta valtiosääntötuomioistuin suljettiin pois. Esiteltäessä muita lakien perustuslainmukaisuuden jälkivalvonnan malleja erityisesti Ruotsin hallitusmuodon ”ilmeisyysdoktriinin” sisältävä ratkaisumalli mainittiin ilman kielteistä sävyä. Lisäksi työryhmä viittasi erikseen mainitsemattomiin oikeustieteellisessä kirjallisuudessa esitettyihin kannanottoihin. Perustuslaki 2000 -komitean työskentelyssä yhtenä erityisesti selvitettävänä asiana komitea piti – työryhmän mietinnön mukaisesti – lakien perustuslainmukaisuuden valvontaan liittyvää problematiikkaa.

Komiteakin katsoi perustuslainmukaisuuden valvonnan ongelmana olleen sen, että se oli painottunut perustuslakivaliokuntaan, ja oli luonteeltaan ennakkollista ja abstraktia normikontrollia. Järjestelmän katsottiin puutteellisuudesta huolimatta toimineen tyydyttävästi – jopa hyvin –, vaikkei Suomessa ollut käytössä systemaattista repressiivistä perustuslainmukaisuuden valvontaa¹⁰. Järjestelmän eduksi luettiin, että sen avulla oli kyetty välttämään eri valtiolinten väliset arvovaltakonfliktit. Mutta kansainvälisten velvoitteiden lisääntymisen katsottiin aiheuttaneen painetta jälkivalvonnan järjestämiseen.¹¹

Komitea astui jälkivalvontakysymyksessä askeleen eteenpäin ja ehdotti konkreettista ratkaisua siihen, mikä oli aiemman varustettu nimilapulla ”*sisältää valtiosääntöoikeudellisen ongelman, joka tulee erikseen arvioida uudistuksessa*”. Komitea oli työryhmän linjoilla siinä, ettei sekään nähnyt mahdolliseksi perustaa valtiosääntötuomioistuinta, jota voitiin pitää ongelmallisenä vallanjaon ja demokratian kannalta¹². Valtiosääntötuomioistuimen sijasta jälkivalvontaan liittyvien ongelmien ratkaisemiseksi päädyttiin esittämään mallia, jossa tuomioistuimen tulee antaa *etusija* perustuslain säännökselle, jos käsiteltävänä olevassa asiassa lain soveltaminen on ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa. Rajoittavana lisämääränä ehdotettiin, että ristiriitaa ei olisi otettu huomioon lakia säädettäessä. Tällä tavoin olisi säilytetty valvonnan painopiste edelleen eduskunnassa, vaikka olisi kyetty samalla täydentämään lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa yleensä. Tuomioistuin ei voisi julistaa lakia perustuslainvastaiseksi, mutta se

⁸ Ruotsin säännöksessä on eroavaisuuksia, jotka koskevat kontrollin tarkkaa kohdetta sekä kontrolloivia tahoja. Tässä on jätetty nämä ulottuvuudet syrjään ja tarkastelu keskittyy nimenomaan meille omaksuttuun *uppenbarhet*-vaatimukseen.

⁹ Työryhmän mietintö 1995, s. 95–98.

¹⁰ Mietintöön ei sisälly eriäviä mielipiteitä, mutta oheen on liitetty jäsenten lausumia eräistä säännösehdotuksista. Jäsenistä ainoastaan *Anneli Jäätteenmäki* liitti lausuman: ”Suomessa lakien perustuslainmukaisuuden valvonta on toteutunut parlamentaarisesti ja ennakkollisesti. Tämä on toiminut hyvin. Tuomioistuimille ei tulisi uskoa toimivaltaa tulkita perustuslain ja tavallisen lain välistä mahdollista ristiriitaa.” (KOM 1997:13, s. 349–350.)

¹¹ KOM 1997:13, s. 64–65.

¹² KOM 1997:13, s. 109.

voisi jättää lain säännöksen soveltamatta yksittäistapauksessa tai tehdä ratkaisun, jossa ristiriita tulisi ratkaistua perustuslain hyväksi. Kyseessä olisi ”supistettu ohittamisoikeus”.

Tuomioistuimen tämänsisältöinen ratkaisu ei vaikuttaisi säännöksen muodolliseen voimasaoloon, vaan kumoaminen edellyttäisi erillistä lainsäädäntötoimenpidettä. Komitea viittasi (suoraan) mallina Ruotsin hallitusmuodon 11:14 säännökseen, jonka mukaan eduskuntalaki voidaan ohittaa vain, mikäli ”virhe on ilmeinen” (*felet är uppenbart*). Lisäksi komitean ehdotus sisälsi lisärajoituskonstruktion, jonka mukaan lain säännöksen ohittamisen lisäedellytyksenä oli se, ettei ristiriitaa ollut otettu huomioon lakia säädettäessä. Lisärajoitus johtui poikkeuslakijärjestelmästä, joka ehdotuksen mukaisesti edelleen säilyisi.¹³ Tosin lisärajoitus saattoi koskea myös sellaisia tilanteita, joissa ”lain säätämisaineisto selvästi osoittaa, että lain on katsottu olevan sopusoinnussa perustuslain kanssa, vaikka soveltamistilanteen asetelma on otettu huomioon”. Myös lain säätämisajankohta tulisi ottaa huomioon siten, että ennen perustuslakimuutosta esitetyille säätämisvaiheen kannanotoille tulisi antaa vähemmän merkitystä.¹⁴

Komitea perusteli ehdotusta sen *sopimisella* valtiosääntötuomioistuinta paremmin suomalaiseseen oikeusjärjestykseen, minkä lisäksi ratkaisu ei edellyttänyt uutta organia. Myös se tosiasiassa, että tuomioistuimet joutuivat jo tuolloin arvioimaan kotimaisen oikeuden ja EU-oikeuden välisiä suhteita, vaikutti taustalla. Samantyyppisen arviointitehtävän eteen tuomioistuimet saattoivat joutua myös arvioidessaan kansallisten säännösten ja ihmisoikeussopimusten säännösten välistä suhdetta. Komitea katsoi, että sen ratkaisumalli olisi varmistanut perustuslakivaliokunnan aseman ja säilyttänyt valvonnan silloisen painopistesuhteen ennallaan, joten ehdotettu 106 § oli ymmärrettävä luonteeltaan täydentäväksi.¹⁵ Siirrännäisnäkökulmasta, Ruotsin mallia pidettiin meille *läheisempänä* kuin valtiosääntötuomioistuinmallia ja siksi toimivampana (oikeuskulttuurinen läheisyys).

Hallitus antoi esityksen uudeksi hallitusmuodoksi (HE 1/1998 vp). Esityksessä oli 106 §:n muotoilua sekä perustelutekstin loppuosaa jonkin verran muutettu, mutta ”ilmeisyys-konstruktioista” ei luovuttu. Esityksessä komitean ehdottama ilmaisu *eikä tätä ole otettu huomioon lakia säädettäessä* oli muutettu muotoon *eikä lakia ole säädetty perustuslain säätämisjärjestyksessä*. Eduskuntakäsittelyn aikana ja erityisesti perustuslakivaliokuntavaiheessa säännösmuotoilua virtaviivaistettiin siten, että ilmeisyyskriteerin loppuosa poistettiin ja jäljelle jäi vain vaatimus ristiriidan ilmeisyydestä. Muut osat tiputettiin pois ja ne jäivät perustuslakivaliokunnan asiaa koskevan mietinnön sisältämien täsmentävien perustelujen ja tulevan oikeuskäytännön varaan.¹⁶

¹³ KOM 1997:13, s. 109–110.

¹⁴ KOM 1997:13, s. 293.

¹⁵ KOM 1997:13, s. 110–111.

¹⁶ PeVM 10/1998, s. 31. Perustuslakivaliokunnan kannan tulkinnaasta ks. Antero Jyränki, Uusi perustuslakimme (Iura Nova, Turku 2000), s. 265–269.

Perustuslain 106 §:n ”aiotuista funktioista”

Ei ole helppoa arvioida, millainen aiottu tehtävä omaksutulla jälkikäteisellä lakien perustuslainmukaisuuskontrollilla haluttiin saada aikaan. Se, että kontrollivaltaa rajoitettiin ilmeisyyskriteerillä, johtuu pohjimmiltaan samasta syystä kuin Ruotsissa: ”domstolarnas lagprövningsmakt mötte en rad invändningar”, kuten *Aleksander Peczenik* asian ilmaisee.¹⁷ Kaikkia vasta-vaiteita ei ole mahdollista käydä tässä läpi. Yksi mahdollinen suunta hahmottaa asiaa on tarkastella sitä funktionäkökulmasta.

Funktionalistisella ajattelulla viitataan yhteiskuntatieteellisessä keskustelussa yleensä makrotason sosiaalisiin funktioihin. Tähän liittyy se, että yhteiskunnallisten ilmiöiden olemassaoloa pyritään selittämään seurauksilla eli sosiaalisilla funktioilla. Tyypillistä funktionalistiselle ajattelulle on, että kunkin ilmiön kohdalla ollaan kiinnostuneita nimenomaan siitä, millainen tehtävä ilmiöllä on osana (systeemistä) kokonaisuutta. Tässä tekstissä käytetään ilmaisua funktio yleisessä merkityksessä, eikä sitä liitetä mihinkään tiettyyn yhteiskuntateoriaan tai oikeus-sosiologiseen viitekehykseen (esim. *Talcott Parsons* tai *Niklas Luhmann*). Hyvin yleisellä tasolla funktiolla viitataan ajatukseen, jonka mukaan sosiaalisessa järjestelmässä (yhteiskunnassa) ajatellaan olevan vakiintuneita sosiaalisia prosesseja ja tapahtumia, joita ei voida palauttaa yksilötason toimijoihin. Yhteiskunnalliset ilmiöt ovat omiaan pitämään yllä tiettyjä yhteiskunnallisia rakenteita, systeemejä tai instituutioita.¹⁸ Tämän ajattelutavan siirtäminen valtiosääntöoikeuteen ei ole ihan ongelmattonta, mutta soveltavasti käyttäen se lieene mahdollista. Useimmilla valtiosääntöjärjestelmillä on nimittäin hyvin pitkälle samantyyppisiä funktioita, vaikka niitä pitää tietenkin tulkita osana omaa kontekstiaan.¹⁹

Valtiosääntöoikeudessa on myös mahdollista nähdä sellaisia piirteitä, joiden vuoksi valtiosäännöstä voi puhua *valtiosääntöjärjestelmänä*. Systeemisestä näkökulmasta kyse ei ole vain yksittäisen ja erillisten normien ja käytännön välisestä suhteesta, jossa oikeudellisesti merkityksellistä on erityisesti sääntöjen sisällön tunteminen ja säännöistä muodostuvien sääntelykokonaisuuksien hahmottaminen. Valtiosääntöjärjestelmässä keskeisiä toimijoita ovat lainsäädäntövallan instituutiot, hallitusvallan instituutiot ja lainkäytön instituutiot. Näiden välisiä institutionaalisia suhteita jäsentävät normatiiviset säännöt ja periaatteet, joista keskeisimpiä ovat valtiovallan eri haarojen erottelu, yksityisen piirin erottaminen julkisesta, parlamentarismi ja tuomiovallan riippumattomuus. Melkein kaikki valtiosääntöjärjestelmän piirissä olevat asiat ja ilmiöt omaavat säännönmukaisesti ainakin jonkun yhteyden järjestelmän institutionaaliseen kehikkoon ja tuon kehikon sisäisiä suhteita jäsentäviin valtiosääntönormeihin. Kyse ei ole silti siitä, että olisi vain yksi valtiosääntöjärjestelmä, vaan tämä järjestelmä sisältää erilai-

¹⁷ Peczenik, Lagstiftningen, domstolarna, rättsmedvetandet och rättsvetenskapen. SOU 1999:58 (Löser juridiken demokratins problem?) s. 7–54, lainaus s. 8.

¹⁸ Ks. Kaijus Ervasti, Lainkäytön funktiot. Lakimies 2002, s. 42–72, erit. s. 47–51 ja Ahti Laitinen, Funktionalismi. Encyclopedia Iuridica Fennica VII (1999), p. 151–158.

¹⁹ Vrt. Andrew Harding – Peter Leyland, Comparative Law in Constitutional Contexts, teoksessa Esin Örücü – David Nelken (eds), Comparative Law: A Handbook. Hart Publishing, Oxford 2007, s. 313–338, s. 333.

sia alasyhteemijä, kuten esimerkiksi perusoikeuksien järjestelmän. Perusoikeusjärjestelmässä on mukana tietynlainen systeemiajatus, jonka mukaan oleellista on arvioida eri säännösten välisiä yhteyksiä ja ylipäänsä perusoikeuskokonaisuudesta muodostuvaa järjestelmää, joka on nähtävä pisteittäisten säännösten sijaan järjestelmänä. Siinä eri osat vaikuttavat toisiinsa ja ovat monella tapaa toisistaan riippuvaisia.²⁰

Valtiosääntövertailun näkökulmasta keskeinen kysymys on poliittisten instituutioiden ja tuomiovallan instituutioiden välinen suhde ja erityisesti se, mitkä ovat lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuINVALVONNAN rajat tai puuttuvat rajat.²¹ Kyse on myös yhteiskunnallisesti merkittävän vallan käyttämisestä.²² Kun perustuslain 106 § suhteutetaan systeeminäkökulmaan, on selvää, että sen voi nähdä olevan osa kokonaisuutta. Sen nimenomainen julkilausuttu funktio on tietenkin normihierarkian ylläpitotehtävä ja järjestelmän epäjohtomukaisuuksien (normiristiriitojen) siivoaminen.

Uutena mallina 106 § myös vaikutti (piilofunktiona) valtiosääntöoikeudellisen järjestelmän sisäisiin suhteisiin, erityisesti lainsäätäjän ja tuomiovallan väliseen tasapainoon. Tämän kirjoituksen kannalta ei ole oleellista yrittää hahmottaa sitä, millaisia todellisia funktioita 106 §:llä on tai haluttiin olevan, vaan tarkastella asiaa siirännäisnäkökulmasta. Tällöin on oleellista pyrkiä hahmottamaan sitä, millaisia valtiosääntöjärjestelmän tason (justifioivia) funktioita eri tahot näkivät 106 §:lle, kun säännöksen muotoilusta vielä keskusteltiin, eikä sitä ollut lopullisesti saatettu voimaan osana perustuslain kokonaisuudistusta. Kun asiaa arvioidaan yleisestä systeemisestä näkökulmasta ilman, että yritetään väkisin lukea dokumentoidut ja lähdepositivistisesti ”todelliset/dokumentoidut aiotut funktiot”, on ilmeistä, että 106 §:lle löytyi valtiosääntöjärjestelmänäkökulmasta kahdenlaisia aiottuja funktioita.²³

Nämä kaksi perusfunktiota tai valtiosääntöoikeudellista metatason justifikaatioperustaa hahmottuvat selkeimmin perinteisen ja uuden valtiosääntöoikeuden välisenä ristiriitana.²⁴ Vanhan valtiosääntöoikeuden kannalta keskeistä oli parlamentin suojeleminen. Tämän perspektiivin kannalta oleellista oli se, että *jos tuomioistuimille on kontrollivalta annettava, niin sitä on rajoitettava*. Ruotsista saatu säännösidea oli nähtävissä sellaisena mallina, joka oli peräisin parlamentin vallan tunnustavasta järjestelmästä, jossa tuomioistuimet ovat olleet ja ovat yhä haluttomia arvioimaan kansanedustuslaitoksen säätämien lakien perustuslainmukaisuutta.²⁵ Perus-

²⁰ Ks. Pekka Lämsineva, Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2002, s. 116–132.

²¹ Vrt. Monica Claes, Constitutional Law, teoksessa Jan Smits Elgar (ed.), Encyclopedia of Comparative Law. Edward Elgar, Cheltenham/Northampton 2006, s. 187–199, s. 193.

²² Ks. Mikael Hidén, Säädosvalvonta Suomessa – I Eduskuntalait. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1974, s. 68.

²³ Eri perusvaihtoehtoista (parlamentaarinen tai juridinen kehittämislinja) kirjoitti jo Esko Rieppola, Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1974, s. 345 ss.

²⁴ On paikallaan huomauttaa, etteivät tässä erotetut perusfunktiot ole tietenkään ainoita mahdollisia. Sekin lienee totta, etteivät nämä ole täysin erillisiä. Tässä käytävän siirännäiskeskustelun kannalta tarkkuusaste on kuitenkin riittävä, koska tarkoituksena on illustroida valtiosääntöoikeudellisiin siirännäisiin liittyviä pulmia.

²⁵ Ruotsissa ajattelu on kuitenkin ollut radikaalimpaa, koska suomalaisessa oikeuskulttuurissa on perinteisesti annettu arvoa valtiosääntöoikeuden normatiivisille näkökohdille Ruotsia enemmän. Ks. Smith, Politikernas konstitution – eller folkets? SvJT 2004, s. 677–706, s. 689–691 (suoranainen piittaamattomuus perustuslaista hallitusvaltaa käytettäessä).

funktio on parlamentille itselleen kuuluvan perustuslainmukaisuuden kontrollointivallan suo-
jelu asettamalla rajoitteita tuomioistuinten jälkikäteiselle lakien perustuslainmukaisuuskont-
rollille. Tässä ajattelussa eduskuntalaki on edustuksellisen demokratian lippulaiva, eikä sitä
haluta uhkaavan epädemokraattisessa menettelyssä valittujen ja toiminnassaan riippumatto-
mien asiantuntijavirkamiesten eli tuomareiden vallan.²⁶ Kyse on parlamenttikeskeisen valtio-
sääntöjärjestelmän suojafunktiosta, jolla pyritään turvaamaan se, mitä voidaan kutsua jopa
”parlamentin ylivallaksi”.²⁷

Toinen uuden valtiosääntöoikeuden mukainen ajattelutapa, joka on meillä kirkastunut vuo-
den 1995 perusoikeusuudistuksen aikana ja sen jälkeen sekä osin jo kun liityimme mukaan
Euroopan ihmisoikeussopimukseen, on oikeussuojan korostaminen. Tämän ajattelutavan mu-
kaan valtiosääntöoikeudessa tulisi hallita samantyyppinen näkökulma kuin useimmilla muil-
lakin oikeudenaloilla. Tuo näkökulma on yksityisten oikeusturvan painottaminen ja tähän liit-
tyvän oikeusvaltioperiaatteen korostaminen. Uuden valtiosääntöoikeuden näkökulmasta van-
ha instituutioihin ja sellaisiin asioihin kuten vallanjako tai parlamentarismi kiinnittynyt pers-
pektiivi tai muut vastaavat korkean tason institutionaaliset kysymykset eivät saa olla dominoi-
via, vaan painopiste on asetettava oikeusturvaan. Tätä ajattelutapaa voi karkeasti luonnehtia
”tuomioistuinten ylivallaksi”, vaikka meillä onkin oltu hyvin varovaisia tämän ajatuksen avoi-
men esittämisen suhteen.²⁸ Oikeusturvan valtiosääntöisen edistämiskfunktion kannalta 106 §
näyttäytyy toisenlaisessa valossa: tuomioistuimille halutaan antaa lakien perustuslainmukai-
suuden kontrollivalta, koska ennakkollinen (perusoikeus)suoja ei riitä. Lisäperusteena asiassa
esitetään, että vastaava kontrolli oli todellisuutta eurooppalaisten ihmisoikeuksien osalta, joten
samanlaisen rajoittamattoman kontrollin laajentaminen koskemaan suomalaista perusoikeus-
normistoa oli vain luontevaa ja normaalia. Tiivistäen: ”Perusoikeuksien turvaamisen kannalta
olennaista ja arvokasta on oikeuksien riittävä ja tehokas suoja.”²⁹ Vanhan ja uuden ajatteluta-
van, nimitettäköön niitä vaikka konstitutionalismin eri tavoin painottuneiksi versioiksi, välillä
on selvä jännite. Parlamentaarista demokratiaa korostavasta näkökulmasta oikeusturvaa ko-
rostava ajattelutapa, joka sallii lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrollin, on
norjalaisen historioitsijan *Jens Arup Seipin* mukaan kuin ”kjepp inn i demokratiets hjul”, joka
estää demokraattisen järjestelmän kunnollista toimintaa.³⁰

Itse asiassa parlamentin suojafunktio eikä oikeusturvan edistämiskfunktio kumpikaan kyen-
nyt saamaan asiassa sitä, mitä ne perimmiltään olisivat halunneet: yhtäältä olisi haluttu estää

²⁶ Tarkkaan ottaen parlamentin aseman kunnioitus kiteytyy kahteen toisiinsa kietoutuvaan seikkaan: 1) parlamentin osuutta korostava ennakkovalvontajärjestelmä ja 2) rajattuna säilytetty poikkeuslaki-instituutio. Vrt. Antero Jyränki, Pitkän prosessin päätös? Perustuslaki 2000-mietinnön ja sen valmisteluvaiheiden arviointia. Oikeus 1997, s. 239–255, s. 252–253.

²⁷ Ks. Juha Lavapuro, Perustuslakikontrollin uudet muodot I – Kohti keskustelemaa normikontrolliajattelua. Lakimies 2009, s. 59–82, s. 64–67. Ks. myös Antero Jyränki, Valta ja vapaus. 3. painos. Talentum, Helsinki 2003, s. 445 (liittää 106 §:n konkreettisesti erääseen KKO:n ratkaisuun ja pitää säännöstä perustuslainsäätäjän eräänlaisena reaktion).

²⁸ Vrt. Lavapuro 2009, s. 67–69.

²⁹ Lavapuron 2009, s. 71 tiivistys.

³⁰ Johs. Andenæs – Arne Fliflet, Statsforfatningen i Norge 10. Utgave. Universitetsforlaget, Oslo 2006, lainaus s. 356.

lakien perustuslainmukaisuuskontrolli tuomioistuimissa kokonaan ja toisaalta olisi haluttu avata lakien perustuslainmukaisuuden kontrolli tuomioistuimissa laajemmin.³¹ Käytännöllinen syy eli se, että täytyy saada riittävä määräenemmistö perustuslakiesityksen taakse, aiheutti sen, että tuloksena on kummankin funktion kannalta eräänlainen vesitetty muoto. Vesittämisen, selkeän ratkaisumallin puutteen, seuraukset ovat tulleet näkyville siinä paradoksissa, jossa kumpikin funktio (ja eritoten niiden justifikaatioperustat) osoittautuu keskeisiltä osiltaan – ei siis kauttaaltaan – dysfunktionaaliseksi.

Tupladysfunktionaalisuuden paradoksi

Parlamentin suojelufunktion kannalta perusongelma on hyvin yksinkertainen: tuo funktio ei toteudu, koska tuomioistuimet käyttävät 106 §:ää, eivätkä ole Ruotsin tapaan yltiövarovaisia. Ruotsissa hallitusmuodon 11:14 §:n krooninen ongelma on se, että säännöksen käyttäminen on jäänyt erittäin vähäiseksi.³² Ruotsissa on käyty vilkasta keskustelua säännöksen sisällöstä ja tulkinnasta niin, että asiassa on edustettuna kaksi äärilaitaa: ensimmäisen mukaan säännöstä tuli tulkita mahdollisimman ahtaasti ja antaen käsitteelle ”ilmeinen” mahdollisimman suppeasti ymmärretty sisältö. Toisen äärilaidan mukaan, joka sai vauhtia kunnon vasta 1990-luvulla, säännöstä ei pitäisi tulkita kovin kapeasti, vaan mieluumminkin tulkinnan tulisi olla rohkeampaa.³³ Huolimatta oikeustieteen sisäisten painopisteiden muutoksesta, Euroopan ihmisoikeussopimuksesta ja jäsenyydestä Euroopan unionissa mitään suurta muutosta ei ole tapahtunut.³⁴ Tälle on yksinkertainen selitys ja se liittyy siihen äärimmäisen vahvaan ruotsalaiseen valtiosääntökulttuuriseen piirteeseen, jonka ydinajatus on *Riksdagin*, ja sen enemmistön tukeen nojaavan hallituksen, suoranainen ylivalta muiden valtiovallan haarojen ylitse.

Eivind Smith onkin kutsunut Ruotsin provokatiivisesti Ruotsin valtiosääntöä ”politiikoiden valtiosäännöksi”, tarkoittaen juuri sitä, että parlamentti ja hallitus näyttävät olevan vain kovin kevyesti valtiosäännön rajoittamia toiminnassaan.³⁵ Oli miten oli, vuonna 2000 omaksuttu ilmeisyys-konstruktio on yleisesti ottaen hyvin lähellä skandinaavista mallia, jossa edellytetään

³¹ Ohitan tässä Lavapuron teoreettisesti kiintoisan ajatuksen (2009 s. 70), jonka mukaan kumpikin perusjustifikaatioperustoista on vain näennäisesti vakaa, koska ”legitiimisyyskriteerien jännite puretaan reduktionistisesti palauttamalla ratkaisu jompaakumpaa jännitteen puolta edustavan instituution päätöksentekoon”. Lavapuro koettaa ratkaista jännitteen välitysteorialla, jossa korostetaan kontrollin keskustelevuutta eri valtiovallan haarojen kesken.

³² Ks. kuitenkin NJA 1996 s. 370 ja NJA 2000 s. 132 (Regeringsrättenin tapauksia, joissa sovellettiin RF 11:14 säännöstä) ja NJA 2005 s. 33 ja NJA 2005 s. 764 (Högsta domstolnin tapauksia, joissa turvauduttiin normikontrollin sijaan perustuslainmukaiseen laintulkintaan).

³³ Ks. Bertil Bengtsson, Om lagprövning från domstolssynpunkt. SvJT 1989, s. 671–682, Joakim Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd: Svensk rätt i ett komparativt perspektiv. Fritzes Förlag, Stockholm 1996, s. 660 ss. ja Bengtsson, Den svenska grundlagen och domstolarna. Jussens Venner 1998, s. 56–65 sekä Nergelius, Om grundlagstolkning, grundlagsvänlig lagtolkning och åsidosättande av grundlagsstridigt lag. SvJT 1996, s. 835–870.

³⁴ Ks. Karin Åhman, Rättighetsskyddet i praktiken – skydd på papperet eller verkligt genomslag?, teoksessa Eivind Smith – Olof Peterson (red.), Konstitutionell demokrati. SNS Förlag, Stockholm 2004, s. 174–204. Asiaa on pohdittu ja on mahdollista, että Ruotsikin on kypsymässä siten, että siellä avauduttaisiin suuntaan, jossa tuomioistuinkontrolli aktivoituisi, ks. erit. SOU 2007: 85. (Olika former av normkontroll) s. 65 ss.

³⁵ Smith 2004.

lain säännöksen ja perustuslainsäännöksen väliseltä ristiriidalta selvää luonnetta.³⁶ Jopa Norjassa, jossa erityisesti korkeimman oikeuden rooli lakien perustuslainmukaisuudessa on Pohjoismaista kaikkein aktiivisin, ei olla valmiita ohittamaan *kevyesti* lainsäätäjän tuotosta perustuslainvastaisuuteen vetoamalla.³⁷

Kun Suomessa oltiin omaksumassa 106 §:ää oli otaksuttavaa, että turvautuminen ruotsalaiseen malliin näytti parhaiten takaavan kansanedustuslaitoksen keskeisaseman siten, etteivät erityisesti ylimmät tuomioistuimet tulisi uhkaamaan tuota asemaa. Meillä tuomioistuimet ovat kuitenkin operoineet 106 §:ää käyttäen, eikä tämä koske vain ylimpiä tuomioistuinta. Tapauksia ei ole määrällisesti kovin paljon, mutta niitä on huomattavasti enemmän kuin Ruotsissa, jossa malli omaksuttiin jo 30 vuotta sitten. Tanskassa, jossa oppi lakien perustuslainmukaisuuden jälkivalvonnasta on hyväksytty oikeustieteessä jo kymmeniä vuosia, ei ole kuin yksi tapaus vuodelta 1999, jossa korkein oikeus jätti lain säännöksen soveltamatta perustuslakiristiriidan vuoksi.³⁸ Meillä on menty selvästi Ruotsia ja Tanskaakin edemmäs reilusti alle kymmenessä vuodessa. Jos ja kun tätä kehitystä arvioi parlamentin suojafunktion kannalta, on selvää, ettei 106 § padonnutkaan riittävästi tuomioistuinten aktivoitumista lakien perustuslainmukaisuuden jälkikontrollissa.³⁹ Näin arvioiden 106 §:n sisältämä ilmeisyyskriteeri on dysfunktionaalinen, koska se onkin vahventanut tuomioistuinten roolia lakien perustuslainmukaisuuskontrollissa enemmän kuin oli tarkoitus.

Oikeussuojafunktion kannalta tilanne näyttäisi lähtökohtaisesti suotuisammalta, koska tuomioistuimet todellakin operoivat käyttäen 106 §:n suomaa kontrollivaltaa ja laeissa olevia säännöksiä on jätetty yksitaitapauksissa soveltamatta ilmeisen perustuslainvastaisuuden perusteella. Tarkempi oikeustapausten tarkastelu paljastaa kuitenkin, ettei oikeussuojafunktiokaan ole toteutunut täysimääräisesti, koska aina (tai melkein aina) kun tuomioistuimet ryhtyvät operoimaan käyttäen ratkaisunsa perusteena perustuslain 106 §:ää, ”tapahtuu jotain kummaa”. ”Kumma” viittaa tässä siihen, etteivät tuomioistuimet osaa käyttää normikontrollisäännöstä luontevasti, vaan perusoikeussuojan vahventumisen sijaan tuloksena näyttää olevan monia sellaisia ilmiöitä, joita voi pitää epätoivottavina nimenomaan oikeussuojafunktion kannalta. Näistä seurausilmiöistä keskeisimpiä ovat se, että 1) operoidaan vain yhdellä perusoikeudella (keskinäinen punninta puuttuu tai on ilmeisen puutteellista), 2) ei käytetä perusoikeusmyönteistä tulkintaa (on/off -operointi: jos ei ilmeistä ristiriitaa, niin käytetään vain tavallista lakia) tai 3) ylipäänsä luki-taan jutun valtiosääntöulottuvuus kontrollikysymykseen (hukataan oikeussuojan kannalta ydin: arvioidaan koko juttua vain normikontrollin kautta). Nämä eri ulottuvuudet ovat harvoin erotettavissa toisistaan kovin selkeästi, vaan pikemminkin ne ilmenevät toisiinsa kietoutuen.

³⁶ Antero Jyränki, Kansaneduslaitos ja valtiosääntö 1906–2005, teoksessa Eduskunnan muuttuva asema. Edita, Helsinki 2006, s. 10–171, s. 171.

³⁷ Andenæs – Fliflet 2006, s. 347–350 (avainsana on tässä ”rimelig tvil”).

³⁸ Kyseessä on Tvind-tapaus (UfR 1999, 841 H). Ks. tark. Steen Rønsholdt, Om grundlovsfortolking og konkret retsanvendelse – en statsrättslig overraskelse? Ugeskrift for Retsvæsen 1999, s. 333–345. Tapaus ei johtanut suunnanmuutokseen, vaan jäi poikkeukseksi. Ks. yleisesti Pernille Boye Koch, Forfatningskontrol (Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, København 2002).

³⁹ Tässä on aste-ero suhteessa siihen, että tuomioistuimet olisivat lähteneet ”omalle erilliselle linjalleen”, ks. Jyränki 2003, s. 441.

Eli: kummankin 106 §:ää justifyoivien valtiosääntöjärjestelmäfunktion kannalta on tapahtunut jotain, mikä on ollut ei-toivottua ja ennakoimatonta. Asiantilan ymmärtämiseksi on hyödyllistä tarkastella ilmiötä oikeusvertailun näkökulmasta: mitä ylipäänsä tapahtuu, kun on kyse oikeudellisen säännön tai instituution keskeisidean siirtämisestä järjestelmästä toiseen.

Malliesimerkki oikeudellisesta siirrännäisestä?

Edellä on viitattu oikeudelliseen siirrännäiseen ja väitetty, että perustuslain 106 § olisi keskeisiltä osiltaan ymmärrettävä oikeudelliseksi siirrännäiseksi. Edellä ei kuitenkaan ole tarkemmin määritelty tai kerrottu, mikä oikeudellinen siirrännäinen itse asiassa on tai mitä se ei ole. Oikeusvertailuun käsitteen toi tunnettu oikeushistorioitsija ja oikeusvertailija *Alan Watson* vuonna 1974 ilmestyneessä klassikkoteoksessaan ”Legal Transplants – An Approach to Comparative Law”.⁴⁰ Oikeudelliselle siirrännäiselle on Watsonin teoriassa ominaista historiallinen yhteys järjestelmien välillä tai oikeastaan järjestelmien sääntöjen välillä. Kyse ei ole siis sellaisesta reseptiosta, jossa voitaisiin osoittaa tarkkaan mitä on omaksuttu vieraasta oikeudesta, milloin omaksuminen on tapahtunut ja miten siirtämistoimi tarkkaan ottaen tapahtui. Oleellista on vain ”relationship of one legal system and its rules with another”.⁴¹ Siirrännäistoimella Watson tarkoittaa yksinkertaisesti ”moving of a rule or a system of law from one country to another”.⁴² Lisäksi kyse on nimenomaan säännön *keskeisidean* omaksumisesta, ei muusta.

Jos näihin perusideoihin koetetaan soveltaa ajatusta 106 §:n keskeisidean siirtämisestä Ruotsista Suomeen, niin *mutatis mutandis* ajatus ei ole laisinkaan mahdoton: 106 §:n toiminnallinen perusidea (soveltamiskohde: ristiriita lain ja perustuslain välillä lain voimaantulon jälkeen, rajoituskriteeri, lain säännöksen tilapäinen ”hätäohitus”), oikeuskulttuurinen läheisyys (tiedonsaannin helppous, Ruotsin tunnettuus ja yhteinen historia, maantieteellinen sekä kulttuurinen läheisyys) ja tarkka terminologinen yhtäläisyys (uppenbarhet/ilmeisyys). Jo näiden peruspiirteiden vuoksi on mahdollista pitää 106 §:ää oikeusvertailun tarkoittamalla tavalla valtiosääntösiirrännäisenä.

Siirrännäisteorian kritiikki oli kuitenkin alusta lähtien ankaraa. Tunnetuimman varhaisen kritiikin esitti maineikas oikeusvertailija *Otto Kahn-Freund*, jonka keskeisin perusta kritiikille oli oikeuden yhteiskunnallisen kontekstin tärkeys.⁴³ Hänen mukaansa ylipäänsä koko siirrännäisen käsite oli sopimaton oikeuden maailmassa; sillä voitiin tosin viitata ymmärrettävästi vaikkapa sellaiseen kirurgiseen operaatioon, jolla siirrettiin munuainen yhdestä yksilöstä toiseen.⁴⁴ Kahn-Freundin argumentin ydinosan mukaan ”we cannot take for granted that rules or institutions are transplantable”. Oleellista on huomioda oikeuden yhteiskunnallinen konteksti

⁴⁰ Käytössä 1993 painos (University of Georgia Press, Athens/Georgia) johon sisältyy uutena Afterword (s. 107–121). Siinä Watson puolustautuu kritikoitaan vastaan ja käy vastahyökkäykseen.

⁴¹ Watson 1993, s. 6–8 (argumentti tiivistettynä: ei suhdetta, ei mahdollisuutta oikeusvertailuun).

⁴² Watson 1993, s. 21.

⁴³ Kahn-Freund, On Uses and Misuses of Comparative Law. *Modern Law Review* 1974, s. 1–27.

⁴⁴ Ks. Kahn-Freund 1974, s. 5–6.

tai seurauksena voi olla hyljeksintäreaktio uudessa järjestelmässä.⁴⁵ Myöhemmän siirrännäiskritiikin osalta mentiin 1990-luvulla jo pitkälle yli äyräiden, kun *Pierre Legrand* esitti Watsonin raivostuttaneen dogmaattisen äärinäkemyksensä oikeudellisten siirrännäisten sulasta mahdottomuudesta.⁴⁶

Mitä tulee 106 §:ään, vaikuttaa siltä, että Kahn-Freundin kritiikki ei aivan osu kohdalleen. Tähän on useitakin syitä. Yksi keskeinen on ero siinä, että kun 106 §:n sisältämää mallia oltiin omaksumassa, tiedettiin aika tarkkaan, mitä oltiin tekemässä. Ruotsi ei valikoitunut siirrännäisvarannoksi suinkaan sattumalta. Lisäksi Ruotsissa monet yhteiskunnalliset, poliittiset ja oikeudelliset tekijät vaikuttavat hyvin samankaltaisilta, kuin mitä ne ovat Suomessa. Toinen keskeinen ero on siinä, että tuomioistuimet meillä todellakin käyttävät 106 §:n sisältämää lakien perustuslainmukaisuuskontrollia, eikä se ole jäänyt vain *law-in-books*-tyyppiseksi perustuslakikoristeeksi. Kun ruotsalaisessa valtiosääntökulttuurissa tilanne on se, että hallitusmuoto koetaan enemmänkin kuvailevaksi kuin normatiiviseksi asiakirjaksi, joka pikemminkin muuttuu muuttuviin poliittisiin vaatimuksiin, niin meillä valtiosääntöasiakirja on aina koettu myös oikeudellisesti vakavammin otettavaksi.⁴⁷ Erityisesti 1990-luvun ihmis- ja perusoikeusmurroksen jälkeen myös tuomioistuimet ovat ryhtyneet operoimaan lainkäytössään valtiosääntöoikeudellisella materiaalilla.

Näyttää siltä, että vaikka Kahn-Freundin kritiikin monet osat ovat oivaltavia ja hyvin perusteltuja, ei sen sisältämiä ajatuksia voida suoraan soveltaa tässä käsillä olevassa tapauksessa. Silti juuri Kahn-Freundista alkunsa saanut oikeuden yhteiskunnallisia kytkentöjä korostava, yleisessä mielessä oikeussosiologinen, ajattelutapa pitää sisällään aineksia, joiden avulla Watsonin siirrännäisteoriaa voidaan muokata kehittyneempään ja realistisempaan muotoon pitäen silti kiinni siirrännäisteorian ydinosista. Toisin sanoen: ”Certainly, ideas may be exported and imported – but the ’invested’ meaning cannot be transferred from one culture to another”, kuten *Bernhard Grossfeld* asian ilmaisee.⁴⁸

Tässä kohtaa *Gunther Teubnerin* ehdotus vuodelta 1998 tuntuu kohtuullisen kätevältä. Hän korostaa sitä, että siirtämistoimen seurauksena voi olla ihan mitä vaan, jolloin ei pitäisi puhua oikeudellisesta siirrännäisestä, vaan ”oikeudellisesta häirinnäisestä” (*legal irritant*).⁴⁹ Teubnerin tärkein idea tässä yhteydessä liittyy siirrännäisen luonteeseen, sillä Watsonin ajattelussa siirrännäinen näyttäytyy jonain jota voidaan hallita ja jotenkin ennakoida. Teubner kiistää tämän ja korostaa sitä, että kun jotain siirretään vieraasta oikeuskulttuurista toiseen, tapahtuu jotain muuta, kuin mitä on aiottu: ”It is not transplanted into another organism, rather it works as a fundamental irritation which triggers a whole series of new and unexpeted events”. Se,

⁴⁵ Kahn-Freund 1974, s. 27.

⁴⁶ Ks. Legrand, The Impossibility of ’Legal Transplants’. Maastricht Journal of European and Comparative Law 1997, s. 111–124 ja Watson, Legal Transplants and European Private Law. Electronic Journal of Comparative Law Vol 4.4, 2000,

⁴⁷ Vrt. Smith 2004, s. 693.

⁴⁸ Grossfeld, Comparative Law as a Comprehensive Approach. Richmond Journal of Global Law and Business 2000, s. 1–33 (lainaus s. 28).

⁴⁹ Teubner, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. Modern Law Review 1998, s. 11–32.

mitä siirtämisestä seuraa, onkin tietynlainen evolutionaarinen dynamiikka, jonka seurauksia on erittäin vaikea, ellei suorastaan mahdotonkin ennustaa.⁵⁰ Kun arvioidaan perustuslain 106 §:n sisältämän normikontrollimallin omaksumista ja siirtämistä Ruotsista Suomen valtiosään-
töjärjestelmään, niin Teubnerin ajatuksessa häirinnäisestä tuntuu olevan jotain oleellista, joka soveltuu asian käsittelyyn.

Perustuslain 106 § ”häirinnäisenä”

Aivan kovimman laidan kritiikki ei näytä soveltuvan ilmeisyyskriteeriin, joka on tekninen siirrännäinen, jota Suomen järjestelmä ei hyljeksi. Legrandin näkemys oikeudellisten siirrännäisten täydellisestä mahdottomuudesta on ihan liian tiukalle pingotettu. Tähän saakka pikemminkin Watsonin näkemys oikeudellisten säännösten ja instituutioiden siirrettävyydestä näyttää jokseenkin pitävän kutinsa. Kahn-Freundin kritiikki ei näytä tässä purevan, koska monin osin ne varoitukset, joita hän esitti, tuli otetuksi huomioon, kun omaksuttiin Ruotsista lakien perustuslainmukaisuuden jälkikontrollimalli. Toisaalta Teubnerin argumentaatiossa näyttäisi olevan osuvuutta, joka sopii yhteen tässä kirjoituksessa sovelletun karkean funktionaalisen ajattelutavan kanssa: säännöt ja instituutiot nähdään osana kokonaisuutta, jonka muodostamassa kokonaisympäristössä ne toimivat. Jos ja kun tästä riisutaan liiat systeemiteoreettiset vaatimukset pois, jäljelle jää näkemys valtiosäännöstä tietynlaisena järjestelmänä, jossa on perusinstituutioita ja perussääntöjä. Kun tätä systeemisesti painottunutta näkemystä sovelletaan, Teubnerin idea siitä, että sääntö ei ole koskaan puhtaasti tekninen, vaan edellyttää systeemistä ”sopivuutta”, vaikuttaa kohtuullisen soveltuvalta. Eli: jos ei suorastaan hyljeksintää, niin se mitä tapahtuu, on siirretyn säännön tai instituution *uudelleenmuotoutuminen* tai *rekonstruointi* osana sen uutta systeemistä elinympäristöä.⁵¹ Tämä aiheutuu siitä, että oikeuden sitovat järjestelyt ovat erilaisissa ympäristöissä erilaisia.⁵² Ja se, mitä tästä kaikesta seuraa, on ”a new series of events”. Pitkälti juuri tällaisia ilmiöitä on ollut nähtävissä, kun tuomioistuimet ovat soveltaneet 106 §:ää. Näille ilmiöille on annettu osuva nimi *Juha Lavapuron* toimesta, joka on kutsunut näitä ennakoimattomia ja tietyllä tapaa hiukan outojakin kehityspiirteitä lääketieteestä lainatulla termillä ”etusijaoireyhtymä”.⁵³

Lavapuron osuvan diagnoosin mukaan tuomioistuimelle käy tietyllä tapaa hullusti melkein aina, kun se ryhtyy käyttämään ilmeisyyskriteeriä, koska jutun painopiste siirtyy käsillä olevan tapauksen ratkaisemisesta kohti normikontrollikysymystä, jonka jälkeen jutun ratkaisemisen suurin energia käytetään lain säännöksen perustuslainmukaisuutta koskevaan kysymykseen. Varsinainen aineellisoikeudellinen pulma jää ikään kuin syrjään ja juttu saa uuden luonteen. Jo ensimmäinen korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2004:26 oli oireellinen, koska silloin oli

⁵⁰ Teubner 1998, s. 12.

⁵¹ Teubner 1998, s. 28.

⁵² Ks. Teubner 1998, s. 17–18.

⁵³ Lavapuro, Perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimuksen vaikutuksista oikeuskäytännössä. Lakimies 2008, s. 582–611, s. 608–609.

nähtävissä, että perustuslainmukaisen tulkinnan ala kaventui ja ratkaisuargumentaatio alkoi käpertyä tarpeettomasti normikontrollikysymyksen ympärille.⁵⁴ Antero Jyränki katsoo, että tuollainen äänestyksen jälkeen tehty ratkaisu ”on tuskin tukeva lähtökohta perustuslain 106 §:n tulevalle soveltamiskäytännölle”, niin kuin se ei tietyksi olekaan – katsoi sitä perusoikeusnäkökulmasta tai parlamenttikeskeisen ajattelutavan näkökulmasta.⁵⁵

Etusijasyndroomalla on tietty tunnusmerkistö, josta se voidaan diagnosoida. On nimittäin nähtävissä, että tuomioistuin voi helposti menettää otteen käsillä olevaan oikeuskysymykseen, ja ryhtyy etsimään amerikkalaistyyppistä *original intent* -tulkintaa vastatakseen seuraavaan kysymykseen: oliko alkuperäinen lainsäätäjän arvioitavana olevan lain perustuslainmukaisuutta koskenut arvio oikea vaiko ei.⁵⁶ Tässä on se ilmeinen ongelma, että perustuslain tulkintaan liittyvä *aikaperspektiivi* kivettyy ja suuntautuu aina taaksepäin. Etusijasyndrooman pahin ongelma on, että se rajaa aikaperspektiivin staattiseksi, jolloin perusoikeusjärjestelmän hyödyntämisestä ratkaisuargumentaatiossa tuleekin säätämishetkeen kivettynyttä perustuslakivaliokunta-kryptologiaa.⁵⁷ *Ex nunc* kontrolli ei tavoita soveltamishetkeä tarkastelupisteenään käyttävän *ex tunc* kontrollin perusoikeusherkkyyttä.⁵⁸

Tilanne on perustuslain 106 §:n käytön suhteen onkin kaikkea muuta kuin selkeä, ja valtiösääntöoikeudellista horjuntaa on osoitettavissa useissa tapauksissa.⁵⁹ Kuvaavaa tilanteelle on, että alan tutkijoillakin on vaikeuksia päästä yhteisymmärrykseen siitä, milloin perustuslain 106 §:ää on käytetty oikein. Hyvänä esimerkkinä on tapaus KHO 2008:25, jossa sinänsä osatiin operoida käyttäen perustuslain 106 §:ää, mutta edelleenkin osaamatta perustella uskottavasti sitä, miksi ylipäänsä turvautuminen lain jälkikäteiseen perustuslainmukaisuuskontrolliin oli tarpeellista, kun kevyempi hallinto-oikeudellinen ratkaisukeinokin olisi ollut käytettävissä.⁶⁰ Erityisen kiintoisaa on se, että se oikeustapaus, jossa perustuslain 106 §:n suomaa kontrollivaltaa on käytetty kaikkein osaavimmin, ei tule korkeimmista oikeuksista, vaan jostain ihan muualta: vakuutus oikeuden eräs ratkaisu vuodelta 2006 osoittaa, miten normikontrollin avulla olisi mahdollista edistää myös perusoikeusmyönteistä laintulkintaa.⁶¹

⁵⁴ Ks. Jaakko Husa, Oikeustapauskommentti KKO 2004:26. Defensor Legis 2004, s. 532–545. Kommentissa kritiikin kärki kohdistuu siihen, että tapaus olisi voitu ratkaista nojautumatta ilmeisyyskriteeriin. Asia olisi voitu ratkaista perustuslainmukaisella laintulkinnalla (jota kaksi erimielistä jäsentä kannatti). Ks. myös Tuomas Ojanen, Oikeustapauskommentti KKO 2004:26. Lakimies 2004, s. 911–928.

⁵⁵ Jyränki 2006, s. 171.

⁵⁶ Tämä on nähtävissä tapauksesta KKO 2006:71. Ks. Jaakko Husa, Oikeustapauskommentti. Lakimies 2007, s. 611–623. Tuomioistuinten 106 §:n soveltamispuhlamista yleisemmin ks. Tuomas Ojanen, Perustuslain 106 §:n etusijasäännös – toimivuuden ja muutostarpeiden arviointi (OM:n työryhmän mietintö 2008:8) s. 134–151.

⁵⁷ Toisaalta juuri näin ajateltiin, kun lainkäyttäjä haluttiin perustelutekstillä sitoa eduskuntakäsittelyaineistoon, ks. Jyränki 1997, s. 253 (lainvalmisteluaineisto *ensisijaiseksi* oikeuslähteeksi normikontrollissa).

⁵⁸ Tämä ei ole uusi havainto suomalaisessa valtiosääntöoikeustieteessä, ks. Hidén 1974, s. 358–359. Ks. myös Ojanen (OM:n työryhmän mietintö 2008) s. 142–143 (ei-konkreettinen kysymyksenasettelu lähentää abstraktiin normikontrolliin).

⁵⁹ Ks. Tuomas Ojanen, Oikeustapauskommentti 2007:77. Lakimies 2008, s. 299–315. Tapauksessa verotukselliset näkökohdat menivät valtiosääntöoikeudellisten edelle tavalla, jota Ojanen oikeutetusti kritisoi.

⁶⁰ Kriittiseen sävyyn kommentoiden Jaakko Husa, Oikeustapauskommentti KHO 2008:28. Defensor Legis 2008, s. 708–731 ja myönteiseen sävyyn Lavapuro 2008, s. 605–607.

⁶¹ VakO 6425:2005. Ks. tark. Jaakko Husa, Tuomioistuinten perustuslakivalvonta tiukentumassa? Defensor Legis 2007, s. 279–285. Tässä(kin) tapauksessa voidaan taustalta löytää perustuslakivaliokunnan kanta (PeVL 73/2002),

Olisi tietysti kohtuutonta väittää, ettei perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimuksella voisi operoida onnistuneesti. Jo tehdyistä ratkaisuista on kuitenkin luettavissa jotain sellaista, mihin oikeudellisten siirrännäisten kritiikissä on viitattu: *saadaan jotain muuta kuin, mitä on tavoiteltu*. Se, että meillä ylipäänsä on ratkaistuja oikeustapauksia, joissa on päädytty soveltamaan 106 §:ää, osoittaa, ettei valtiosääntöjärjestelmämme ole suoranaisesti hylkinyt ilmeisyys-siirrännäistä. Etusijasyndrooma lienee nimenomaisesti jotain sellaista, mihin Teubner – omasta systeemiteoreettisesta viitekehyksestään käsin – viittaa, kun hän olettaa siirrännäisen johtavan ”a new series of events”. Juuri tästä syystä ilmeisyyskriteeriä on täysin mahdollista pitää teknisesti onnistuneen siirrännäisen sijaan mieluummin ennustamattomia seurauksia aiheuttaneena oikeudellisena häirinnäisenä.

Mitä seuraavaksi?

Asiaan liittyy tietysti monia muitakin kuin edellä käsiteltyjä näkökohtia. Ei ole syytä kuvitella, että vertailevan oikeustieteen näkökulma asiaan olisi oikea saati ainoa mahdollinen. Siitä huolimatta oikeusvertailun teoreettisen käsitteistön soveltamisen kautta hahmottuu perustilanne: käsillä on tilanne, jossa valtiosääntöjärjestelmässä on muualta siirretty malli, joka ei toimi ennakoidulla tavoilla, vaan tuottaa ei-haluttuja seurauksia. Tässä ei siis väitetä, ettei malli jotenkin jo toimisi, vaan pikemminkin, ettei malli toimi kuten oli haluttu. Mitä asiassa sitten pitäisi tehdä? Ruotsissa on viime vuosina voimistunut poliittis-juridinen liikehdintä suuntaan, jossa paineet *uppenbarhet*-vaatimuksen poistamiseksi ovat kasvaneet.⁶² Meillä paineet ovat samansuuntaisia, vaikka säännös on ollut voimassa vasta vajaan kymmenen vuotta, eikä sitä ole Ruotsin tapaan hyljeksitty. Yksi valtiosääntöoikeudellisestikin perusteltu näkemys on se, ettei vielä pitäisi tehdä yhtään mitään, koska säännös on ollut voimassa vasta niin vähän aikaa, ettei vielä ole mahdollista sanoa, miten se tulee toimimaan pitkällä aikavälillä.⁶³ Toisaalta, jos kysymys palautetaan edellä esiteltyihin kahteen justifikatoriseen perusfunktioon, joita mallin omaksumisella haluttiin edistää, niin vastattavaksi tulee kysymys: onko kukaan oikeasti tyytyväinen siirrännäiseen?

Jos oikeuskäytäntöä tarkastellaan parlamenttikeskeisen valtiosääntöjärjestelmän suojafunktion näkökulmasta, tavoitteen ydinosa on jäänyt toteutumatta. Ydinosa tavoitteesta kun oli nostaa soveltamiskynnyksensä niin korkeaksi, ettei käytännössä syntyisi tuomioistuinten soveltamiskäytäntöä. Parlamentin suojafunktion kannalta taas myönteistä on ollut se, että tuomioistuimet ovat ratkaisutoiminnassaan antaneet vahvan oikeuslähdeaseman perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännölle. Tämä on ollut omiaan tietysti mielessä vahvistamaan perustuslaki-

jossa sosiaaliturvaetusasia liitetään potentiaalisesti yhteen perustuslain 106 §:ään liittyvän tematiikan kanssa. Toimen tapaus, jossa on myös käytetty perustuslain 106 §:ää ongelmitta on Helsingin hallinto-oikeuden ratkaisu vuodelta 2006 (06/1419/1).

⁶² Ks. esim. SOU 2007:85 ja Smith 2004.

⁶³ Ks. Veli-Pekka Hautamäki, Perustuslainmukaisuuden valvonta ilmeisyyskriteerin poistamisen myötä. Lakimies 2009, s. 137–146, s. 146 (puolustaa ”nollavaihtoehtoa” eli sitä ettei vielä tehtäisi asiassa mitään).

valiokunnan institutionaalista asemaa. Silti siirrännäistoimen pulmallisuus on selvä, koska ilmeisyyskriteeri ei sittenkään suojellut riittävästi parlamenttikeskeisyyttä, koska säännöstä sovelletaan tuomioistuimissa; ei rutiininomaisesti, mutta kuitenkin sovelletaan.

Oikeusturvan valtiosääntöisen edistämiskäytännön kannalta halu irtautua lakien perustuslainmukaisuuden jälkikontrollin kiellosta toteutui osittain. Mutta 106 §:n sisältämä ilmeisyyskriteeri nosti riman selvästi korkeammalle kuin verrattaessa soveltamisriman korkeutta tapauksissa, joilla on liittynyt Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Pahin ongelma perusoikeuskorosteisen oikeusturvan kannalta on, että 106 § ei toiminut riittävästi (perus)oikeussuojan tehostamisessa: sitä käytetään, vaikkei osata. Pahin pulma on siinä, että juttujen aineellisoikeudellinen primääriulottuvuus kadotetaan ja koko jutun oikeudellinen ydin palautetaan hetkeen, jolloin eduskunta säätää lain, ja nimenomaisesti siihen hetkeen, jolloin perustuslakivaliokunta lausui lain säätämiskäytännöstä. Perusoikeusulottuvuudet jäävät ikään kuin syrjään tai jos ei kokonaan syrjään, niin ainakin tietynlaiseen argumentatiiviseen ja tapauspunnintaan liittyvään vajakäyttöön. Lyhyesti: järjestelmä on edelleen lainsäätäjän suvereenisuutta korostava.⁶⁴

Jos hyväksytään näiden perusfunktioiden kannalta tapahtunut siirrännäistoimen epäonnistuminen, on johtopäätös oikeastaan aika helppo: jotain täytyisi tehdä 106 §:lle. Pulmana on tietysti se, mitä sille nimenomaan pitäisi tehdä. Perusvaihtoehtoja lieenee kolme. Ensimmäinen olisi paluu menneisyyteen eli parlamenttikeskeisen järjestelmän suojaamisfunktion vahvistaminen. Tämä edellyttäisi epäilemättä perustuslakitekstin muuttamista, koska tätä ei voitaisi saada aikaan pelkästään perustuslakivaliokunnan lausuntojen tai asiaa koskevan mietinnön turvin saati tuomioistuinten käytännön muuttumisen kautta. Käytännössä tämä edellyttäisi ilmeisyysvaatimuksen kiristämistä (”Ristiriita on ilmeinen, vain mikäli tuomioistuin pitää lain säännöksen ja perustuslain välistä ristiriitaa yksimielisesti ilmeisenä”), mikä olisi estänyt melkein jokaisen tähänastisen 106 §:n soveltamisen. Vieläkin suurempaa parlamenttikeskeisyyttä edustaisi toiseen suuntaan menevä malli, jossa tulkintavaltaa annettaisiin eduskunnan täysistunnolle eduskunnan perustuslakivaliokunnan sijaan, erityisesti tulkinnallisesti vaikeissa tapauksissa.⁶⁵ Konstitutionalismi teorian näkökulmasta löytyy painokkaita demokratiaan liittyviä perusteita sille, että vaaleissa valitulla lainsäätäjällä tulisi olla edelleen tärkeä rooli ja tuomioistuimilla vastaavasti niiden vallankäyttöä tässä asiassa hillitseviä pidäkkeitä.⁶⁶

Toinen vaihtoehto olisi se, josta Ruotsissa on puhuttu 1990-saakka ja meillä nk. *lex Nokias*-ta lähtien eli lakin perustuslainmukaisuuden kontrollivallan painopisteen muuttaminen siten, että tuomioistuimet saisivat aiempaa pidäkkeettömämmin arvioida lakien perustuslainmukaisuutta.⁶⁷ Oikeuslähtöisen konstitutionalisin näkökulmasta toivotaan pikemminkin tuomio-

⁶⁴ Vrt. Juha Lavapuro, Perustuslakikontrollin uudet muodot II – Kohti keskustelemaa normikontrolliajattelua. Lakimies 2009, s. 270–296, s. erit. 296.

⁶⁵ Outi Suviranta, Perustuslakivaliokunta ja perustuslain ”ainoa oikea” tulkinta. Lakimies 2006, s. 87–88.

⁶⁶ Kaarlo Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas. WSOY, Helsinki 2007, erit. s. 274–275.

⁶⁷ Ruotsissa tuorein esitys SOU 2008:125 (En reformerad grundlag), erit. s. 357–382, (”uppenbarhetskrav... tas bort” s. 379).

istuinkontrollille vahvempaa roolia valtion itserajoituksen toteuttajina.⁶⁸ Tehostuvaa perusoikeusturvanäkökohtaa voidaan myös puoltaa niillä ilmeisillä vaikeuksilla, joita lainkäytössä on etusijasyndrooman muodossa esiintynyt. Vasta-argumenttina tälle on lisääntyvä tuomioistuinten valta ja lainsäätäjän keskeisaseman heikentyminen tavalla, jota voi olla hyvin vaikea perustella perustuslainsäätäjälle siten, että se olisi valmis puuttumaan asiaan poistamalla 106 §:n ilmeisyyskonstruktion. Ruotsissa on vastikään ehdotettu tehtäväksi näin mutta siten, että samalla kirjattaisiin saman säännökseen toiseen momenttiin säännös, joka korostaisi kansanedustuselinkeskeisyyttä.⁶⁹

Kolmas vaihtoehto olisi kokonaan uusi tie eli uusi orgaani. Valtiosääntötuomioistuin on monen monta kertaa meillä ja Ruotsissa tyrmätty, eikä se näytä vaihtoehdolta tässäkin tilanteessa.⁷⁰ Vaikealta tuntuu myöskin ajatella minkään täysin uuden tyyppisen elimen muodostamista, kuten vaikkapa ajatus suomalaisesta sovellutuksesta lakikomissiosta.⁷¹

Oikeusvertailun näkökulmasta ei voi tarjota yleispätevää vastausta siihen, mitä asiassa pitäisi tehdä. Vaikuttaa ilmeiseltä, että valtiosääntöoikeudelliseksi siirrännäiseksi kuviteltu ilmeisyyskonstruktio on osoittautunut valtiosääntöoikeudelliseksi häirinnäiseksi. Oikeushistorias-ta opimme ainakin sen, ettei asiantilassa ole mitään uutta, eikä tällainen asiantila ole automaattisesti valtiosääntöisen paniikin peruste. Se, millaisia johtopäätöksiä asiassa jää tehtäväksi, on viime kädessä perustuslainsäätäjän asia: valinta parlamenttikeskeisen demokratiakäsityksen ja oikeusturvakeskeisen perusoikeusajattelun välillä on dilemma, johon ei ole olemassa yhtä oikeaa vastausta. Ehkä jotain suuntaa antaa *Mikael Hidénin* tekemä perushavainto, ettei perusoikeuksien tulkinta ole sen vähemmän arvostuksenvaraista kuin perustuslain muidenkaan osien tulkinta.⁷² Yritän tällä ilmaista sen, ettei valtiosääntönormien tulkinnan peruspoliittinen luonne katoa sillä, että tulkinnan päävastuu siirtyisi eduskunnan elimen sijaan tuomioistuimille. Eihän se ole merkinnyt sitä eurooppalaisessakaan perusoikeusvalvonnassa, joten miksi se muuttuisi valtionsisäisilläkään valtiosääntöjärjestelyillä?⁷³

⁶⁸ Juha Karhu, Lakien perustuslainmukaisuuden jälkivalvonta, perustuslain 106 § ja Iijoki II tapaus, teoksessa Samuli Hurri (toim.), Demokraattisen oikeuden ehdot. Tutkijaliitto, Helsinki 2008, s. 183–195.

⁶⁹ SOU 2008:25 Ehdotus: ”14 § Finner en domstol att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Detsamma gäller om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst.

Vid prövning enligt första stycket av en lag ska det särskilt beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag.” Tämä momentti pyrkii sitomaan yhteen välillisen kansansuvereniteettiperiaatteen ja tuomioistuinkontrollin kiintoisalla tavalla.

⁷⁰ Varhaisesta kannasta ks. Riepula 1974, s. 348 (”yliorganisointia”). Asiasta laajemmin ks. Liisa Nieminen, Tarvittaisiinko Suomessakin valtiosääntötuomioistuin? Lakimies 2007, s. 3–24.

⁷¹ Pentti Arajärvi, Lainsäädännön perustuslainmukaisuuden valvonnasta. Lakimies 2008, s. 454–458, s. 457–458.

⁷² Hidén, Perusoikeuksien yleisiä kysymyksiä, teoksessa (toim.) Liisa Nieminen, Perusoikeudet Suomessa. Kauppa-kaari, Helsinki 1999, s. 3–27, s. 3.

⁷³ Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomareista poliittisesti motivoituneina toimijoina, joilla on policy-prefereenssejä ks. Erik Voeten, The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights. American Political Science Review 2008, s. 417–433.