

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

Kaarlo Tuori

Perustuslain tuomioistuinvalvonnan ultima ratio -perustelu ja perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimus

Vuoden 2000 perustuslaki toi Suomeen lakien perustuslain mukaisuuden tuomioistuinrollin, mutta hyvin rajoitetussa muodossa. Perustuslain 106 §:n etusijasäännös sisältää Ruotsin hallitusmuodosta lainatun ilmeisyysvaatimuksen: ”Jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle.” Sekä Suomessa että Ruotsissa on ehdotettu ilmeisyysvaatimuksesta luopumista. Pyrin tässä artikkelissa perustelemaan käsitystäni, että ehdotuksen toteuttaminen olisi virhe.

Uusi valtiosääntöistytymisen

Suomen parin viime vuosikymmenen kehitys on pohjoinen muunnelma *uudeksi valtiosääntöistymiseksi* (*new constitutionalism*) kutsutusta ilmiöstä, joka on pyyhkäissyt koko maapallon yli toisen maailmansodan jälkeen ja erityisellä voimalla Berliinin muurin murtumista seuranneena aikana. Duncan Kennedy on kutsunut tätä aikakautta oikeudellisen globalisaation kolmanneksi aalloksi. Ensimmäistä, käsiteläinopillista vaihetta 1800-luvun puolivälistä 1900-luvun alkuun hallitsi saksalainen oikeuskulttuuri, kun taas sitä seuranneelle sosiaalisen oikeuden kaudelle antoivat leimansa ranskalaiset vaikutteet. Kolmatta, oikeuden globalisaation kautta puolestaan luonnehtii USA:n kulttuurihegemonia.¹

Uuden valtiosääntöistymisen elimellinen osa on ollut perustuslakikontrolli. Maailmansotien välisenä aikana perustuslakikontrolli oli paljolti amerikkalainen erikoisuus, joka ei juurtunut Eurooppaan. Ensimmäiset valtiosääntötuomioistuimet perustettiin Itävaltaan ja Tšekkoslovakiaan jo vuonna 1920, ainakin osaksi Hans Kelsenin kirjoitusten vaikutuksesta. Näillä tuomioistuimilla oli kuitenkin vain Kelsenin *negatiiviseksi lainsäätäjäksi* kutsuma rooli. Ne keskittyivät institutionaalisten toimijoiden välisiin valtiosääntökiistoihin, eivätkä harjoittaneet perusoikeuksiin nojautuvaa lainsäädännön valvontaa. Tällainen valvonta ilmensi Kelsenin mukaan luonnonoikeudellista ajattelutapaa ja olisi väistämättä muuntanut valtiosääntötuo-

¹ Duncan Kennedy: Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. Teoksessa Trubek, David – Santos, Alvaro (eds.): The New Law and Economic Development. Cambridge 2006.

mioistuimen *positiiviseksi lainsäätäjäksi*, kolmanneksi kamariksi.² Toisen maailmansodan jälkeen tuomioistuinten harjoittama lakien perustuslain mukaisuuden kontrolli, jossa perusoikeussäännökset ovat keskeisessä asemassa, on yleistynyt myös Euroopassa. Institutionaalisessa suhteessa useimmat Euroopan maat ovat valinneet valtiosääntötuomioistuimen mallin. Tämä on ollut niiden maiden valinta, jotka ovat pyrkineet tekemään pesäeroa totalitääriseen menneisyyteensä: Saksa, Italia ja Itävalta toisen maailmansodan jälkimainingeissa; Espanja, Portugali ja Kreikka autoritääristen hallintajärjestelmiensä luhistuttua 1970-luvulla; sekä Keski- ja Itä-Euroopan post-sosialistiset maat vuoden 1989 jälkeen. Uusi valtiosääntöistyminen on kuitenkin koskettanut sellaisiakin eurooppalaisia valtioita, joissa vastaava valtiosääntöinen *Vergangenheitsbewältigung* ei ole ollut tarpeen. Näihin kuuluvat Suomen (ja Ruotsin) ohella Yhdistynyt kuningaskunta, jossa vuonna 1998 säädettiin Euroopan ihmisoikeussopimuksen valtiosisäisesti inkorporoinut *Human Rights Act* ja Ranska, jossa perustuslain muutoksella vuonna 2008 avattiin mahdollisuus lainsäädännön jälkikäteiseen tuomioistuinvalvontaan. Yhdistyneessä kuningaskunnassa parlamentin suvereenisuus on vuosisatoja ollut valtiosäännön kulmakivi, ja Ranskassa puolestaan lainsäätäjän ylivaltaa on vallankumousvuosista alkaen tukenut ideologian – samoin kuin valtiosääntödoktriinin – tasolla rousseaulainen käsitys lainsäädännöstä yleistahdon koskemattomana ilmauksena. Kääpiövaltioita lukuun ottamatta Sveitsi ja Alankomaat ovat ainoat Euroopan maat, joiden valtiosääntö ei mahdollista lakien perustuslain mukaisuuden jälkikontrollia.

Euroopassa uudella valtiosääntöistymisellä on tärkeä ylikansallinen ulottuvuus. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin harjoittaa ylikansallista ihmisoikeusvalvontaa, joka ei vain täydennä kansallisia valvontamekanismeja vaan on myös luonut kimmokkeen kehittää näitä. Niinpä jälkikäteisen perustuslakikontrollin kriitikoidenkin saattaa olla helpompi hyväksyä kansallinen kuin ylikansallinen valvonta, ja kansalliseen suvereniteettiin liittyvillä näkökohdilla onkin ollut osansa, ei vain Euroopan ihmisoikeussopimuksen inkorporoimisessa kansalliseen oikeusjärjestykseen, vaan myös tuomioistuinkontrollin omaksumisessa sellaisissa valtioissa kuin esimerkiksi Yhdistynyt kuningaskunta, Ranska ja – voimme lisätä – Suomi, jotka perinteisesti ovat pitäneet kiinni lainsäätäjän ylivaltaa korostavasta opista. EU:ssa noudatettava ennakkoratkaisumenettely, jossa kansalliset tuomioistuimet hakevat EY-tuomioistuimen kantaa EY-oikeuden merkityksestä ja tulkinnasta, mukailee Saksan ja Italian jälkikäteistä perustuslakivalvontaa. EY-tuomioistuimen omaksumat EY-oikeuden suoran vaikutuksen ja etusijan periaatteet olivat tärkeitä askeleita EY-oikeuden valtiosääntöistymisessä. Näiden periaatteiden vaaliminen kuuluu EY-tuomioistuimen ohella myös kansallisille tuomioistuimille, joiden on määrä kansallisen ja yhteisöoikeuden ristiriitatilanteissa antaa etusija yhteisöoikeudelle. On oletettavaa, että tämä toimivalta normikontrolliin on muokannut maaperää jälkikäteisen perustuslakivalvonnan omaksumiselle sellaisissa (entisissä?) lainsäätäjän ylivallan linnakkeissa kuin Yhdistynyt kuningaskunta ja Ranska sekä – voimme jälleen lisätä – Suomi. Vielä 1980-luvulla la-

² Hans Kelsen: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 5. Berlin und Leipzig 1929, ss. 53–57 ja 68–70.

kien perustuslain mukaisuuden tuomioistuinkontrollia pidettiin lähes yksituumaisesti täysin yhteen sopimattomana suomalaisen eduskuntavaltaisen järjestelmän kanssa. Kun uutta perustuslakia valmisteltiin ja käsiteltiin, perustuslain 106 §:ään kirjattu ratkaisu ei herättänyt juuri lainkaan keskustelua. On ilmeistä, että oikeusjärjestyksemme ripeä eurooppalaistuminen oli keskeisiä taustatekijöitä ilmapiirin nopealle muutokselle.

Uusi valtiosääntöistyminen ei ole rajoittunut vain Eurooppaan. Esimerkiksi Kanada, Uusi-Seelanti ja Etelä-Afrikka osoittavat ilmiön maailmanlaajuisuutta, ja kun keskustellaan globalisaatiosta oikeudessa, uutta valtiosääntöistymistä ei sovi sivuuttaa. Eräs kriittinen arvioija on kuvannut kehitystä seuraavasti:

Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries. From the Eastern Bloc to Canada, from Latin America to South Africa, from Britain to Israel. Most of these countries have recently adopted a constitution or constitutional revision that contains a bill of rights and establishes some form of active judicial review. An adversarial American-style rights discourse has become a dominant form of political discourse in these countries. The belief that judicially affirmed rights are a force of social change removed from the constraints of political power has attained near-sacred status in public discussion. National high courts and supranational tribunals have become increasingly important, even crucial, political decision-making bodies.³

Perustuslakivalvonnan leviämisen toisen maailmansodan jälkeen on usein katsottu todistavan siitä, että yhdysvaltalainen tuomioistuinorostus on vienyt voiton perinteisestä eurooppalaisesta ajattelutavasta, jossa on korostettu lainsäätäjän ylivaltaa. Tällainen johtopäätös on yksinkertaistava ja sivuuttaa sen institutionaalisten muotojen sekä normatiivisten ja doktrinaaristen valintojen runsauden, jossa uusi valtiosääntöistyminen on saanut ilmauksensa. Olisi virhe samastaa uusi valtiosääntöistyminen yksioikeisesti yhdysvaltalaiseen valtiosääntöajatteluun tai määritellä valtiosääntöiset vaihtoehdot vain valinnaksi tuomioistuinlaitoksen tai lainsäätäjän ylivallan välillä. Suomessa omaksuttu malli on tuonut oman lisänsä valtiosääntöiseen moninaisuuteen.

Jälkivalvonnan kritiikki ja viimeinen hätävara -perustelu

Perustelen seuraavassa *ultima ratio* (viimeinen hätävara) -ajatteluksi kutsumaani kantaa tuomioistuinten harjoittamaan lakien perustuslain mukaisuuden valvontaan. Kehittelen omaa kantaani arvioimalla perustuslakivalvonnan kritikkojen argumentteja.

Siitä lähtien kun lakien perustuslain mukaisuuden tuomioistuINVALVONTA otti ensi askeleitaan osavaltiotasolla 1700-luvun Yhdysvalloissa, sitä on seurannut kriittinen keskustelu. Vii-

³ *Ran Hirschl: Juristocracy. Cambridge, Massachusetts and London, England 2007, s. 1.*

meksi kuluneen vuosisadan ensimmäisinä vuosikymmeninä amerikkalaisten realistien keskeinen hyökkäyksen kohde oli korkeimman oikeuden sosiaalilainsäädäntöä koskeva oikeuskäytäntö. Tätä symboloi vuonna 1906 annettu *Lochner*-ratkaisu, jossa korkein oikeus katsoi leipurien työaikalain rikkovan sopimusvapauden periaatetta ja samalla perustuslakia. New Dealin jälkeisellä kaudella perustuslakivalvonnan painopiste siirtyi taloudellisista oikeuksista kansalaisoikeuksiin (*civil rights*). Earl Warrenin johtaman korkeimman oikeuden kansalaisoikeuksia koskevat ratkaisut – näistä tärkeimpänä rotuerottelun kouluissa tuominut *Brown vs Board of education* vuodelta 1954 – olivat taustana valtiosääntötutkijoiden liberaalin siiven dilemmalle, josta alettiin vakiintuneesti käyttää ilmausta *counter-majoritarian difficulty*⁴: miten saatettiin samanaikaisesti puoltaa sekä kansalaisoikeuksien tuomioistuINVALVONTAA lainsäätäjää kohtaan että demokraattista hallitsemistapaa?⁵ Keskustelun laineet eivät ole laskeneet, vaan *counter-majoritarian difficulty* on yhä yhdysvaltalaisen valtiosääntöteorian keskeinen päänsävy.

Jeremy Waldron on hiljattain julkaisemassaan artikkelissa tiivistänyt perustavat argumentit lainsäädännön tuomioistuinvalvontaa vastaan. Hän esittänyt argumenttinsa yleisellä tasolla ja katsonut, että niiden pätevyys ei rajoitu vain perustuslakivalvonnan yhdysvaltalaiseen muunnelmaan vaan ulottuu kaikkialle, missä hänen taustaoletuksensa toteutuvat. Taustaoletuksia on neljä. Tarkasteltavana on

a society with 1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; 2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; 3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and 4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what the implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights.⁶

Waldron tiivistää sanomansa kahteen perusargumenttiin. Ensinnäkin tuomioistuinten harjoittama perustuslakivalvonta peittää oikeuksia koskevien erimielisyyksien ytimen ja nostaa esille ”side-issues about precedents, texts, and interpretation”. Tätä voimme kutsua *oikeudellistumisvääritteksi*. Toiseksi tuomioistuINVALVONTA on illegitiimiä *demokratian* näkökulmasta: ”By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights.”⁷

Waldronin toinen argumentti sisältää tutun väitteen siitä, että lakien perustuslain mukaisuutta tutkiessaan tuomioistuimet ylittävät legitimitteettiperiaatteensa ulottuvuuden ja louk-

⁴ Ongelman muotoilu on peräisin *Alexander Bickelin* teoksesta *The Least Dangerous Branch* (Indianapolis 1962), joka on lähes kanonisen statuksen saanut yhdysvaltalaisen keskustelun avainteksti. Bickelin kirjan nimi viittaa *Alexander Hamiltonin* tuomioistuINVALVONNALLE esittämään klassiseen perusteluun (*Federalist* 78).

⁵ *Barry Friedman*: The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship. 95 *Northwestern University Law Review* (2000–2001), s. 934.

⁶ *Jeremy Waldron*: The Core of the Case against Judicial Review. 115 *Yale Law Review* (2005–2006), s. 1360.

⁷ Waldron 2006, s. 53

kaavat sellaisia valtiosäännön perusteita kuin vallanjakoa ja demokratiaa. Vakiokritiikki korostaa, että tuomarit tekevät perustuslakivalvonnassa väistämättä poliittisia valintoja, joihin heillä ei ole demokraattista valtakirjaa. Kriitikoiden mukaan perustuslakien perusoikeussäännökset ovat väljiä ja jättävät tilaa vaihteleville, jopa ristiriitaisillekin tulkinnoille. Kansainvälisessä keskustelussa suosittu esimerkin tarjoavat ne kiihkeät keskustelut, joita useissa länsimaissa on käyty abortin sallivan lainsäädännön perustuslain mukaisuudesta. Kriitikot korostavat, että perusoikeussäännösten abstraktin sanamuodon tulkinta ja soveltaminen edellyttää punnintaa, joko kahden perusoikeuden tai perusoikeuden ja sen rajoittamista perustelevien *policy*-näkökohtien välillä. Kun demokraattista legitimitettä vailla oleva tuomioistuin toteaa lain perustuslain vastaiseksi, se korvaa vaaleilla valitun, demokraattisesti vastuunalaisen lainsäätäjän valinnat omilla arvo- tai politiikka-mielityyksillään. Jos rationaaliset ihmiset voivat rationaalisin perustein olla eri mieltä perusoikeuksien tulkinnasta ja soveltamisesta, erimielisyydet tulisi ratkaista demokraattisissa menettelyissä eikä tuomioistuimissa. Siksi lakien perustuslain mukaisuuden tuomioistuINVALVONTA ja siihen liittyvä tuomioistuinten ylivalta lainsäätäjään nähden on väistämättä ristiriidassa demokratian ja vallanjaon kanssa. *Counter-majoritarian difficulty* osoittautuu mahdottomaksi ratkaista.⁸

TuomioistuINVALVONNAN kriitikot ja puolustajat näyttävät olevan jyrkästi eri mieltä perusoikeuspunninnan kontrolloitavuudesta. Valtiosääntödoktriinissa on kehitelty menetelmiä, joiden on määrä lisätä punninnan objektiivisuutta tai vähintäänkin inter-subjektiivisuutta. Näistä tunnetuin on Saksan valtiosääntötuomioistuimen käyttämä suhteellisuustesti, joka on omaksuttu monissa muissakin maissa, Suomessa ainakin perustuslakikomitean ennakkovalvonnassa. Ne, jotka kiistävät justifoitavuuden lakien perustuslainmukaisuuden jälkikontrollilta, katsovat tuomioistuinten anastaneen poliittisen valtaa juuri suhteellisuustestin varjolla⁹. Sen sijaan jälkikäteisvalvonnan kannattajat ovat taipuvaisia kiittelemään suhteellisuustestiä takeena tuomioistuinten harjoittaman punninnan rationaalisuudelle ja kontrolloitavuudelle¹⁰.

⁸ Waldronin artikkelin ohella demokratia-argumenttia ovat käyttäneet mm. Hirschl 2007, *Richard Bellamy* (Political Constitutionalism, A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy. Cambridge 2007) ja *Mark Tushnet* (Policy Distortion and Democratic Debilitation, Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty. 94 Michigan Law Review (1995–1996), ss. 245–301; Taking the Constitution away from Courts. Princeton 1999). *Learned Hand* muotoili demokratia-argumentin paljon lainatuissa Oliver Wendell Holmes -luennoissaan kaunopuheisesti: ” – it certainly does not accord with the underlying presuppositions of popular government to vest in a chamber, unaccountable to anyone but itself, the power to suppress social experiments which it does not approve. – For myself it would be most irksome to be ruled by a bevy of Platonic Guardians, even if I knew how to choose them, which I assuredly do not. If they were in charge, I should miss the stimulus of living in a society where I have, at least theoretically, some part in the direction of public affairs. Of course I know how illusory would be the belief that my vote determined anything; but nevertheless when I go to the polls I have a satisfaction in the sense that we are engaged in a common venture. If you retort that a sheep in the flock may feel something like it; I reply, following Saint Francis, ‘My brother, the Sheep.’” The Bill of Rights. The Oliver Wendell Holmes Lecture. Cambridge, Massachusetts 1958, ss. 74–75.

⁹ *Christopher P. Manfredi*: Judicial Power and the Charter, Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism. Norman and London 1993; *Duncan Kennedy*: A Critique of Adjudication. Cambridge, Massachusetts, London, England 1997, s. 316 ss.; *Martti Koskeniemi*: The Effect of Rights on Political Culture. Teoksessa Alston, Philip (ed.), The EU and Human Rights. Oxford 1999, ss. 107–111; Hirschl 2007.

¹⁰ Esim. *Mattias Kumm*: Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. German Law Journal 2006, ss. 341–369.

Kriitikot eivät ole viitanneet pelkästään tuomioistuimilta puuttuvaan demokraattiseen valtakirjaan vaan ovat myös tähdentäneet, että tuomioistuimissa ei ole asiallista pätevyyttä *policy*-valintoihin, joita perusoikeusratkaisuihin sisältyy. Tuomioistuinten kokoonpano ja menettelyt heijastavat pyrkimystä taata asianosaisille oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja soveltuvat huonosti *policy*-analyysiin ja -argumentaatioon. Yhdysvalloissa etenkin 1950- ja 1960-luvuilla vaikutusvaltaiselle *legal process* -koulukunnalle tämä oli keskeinen perustelu rajoittaa lakien perustuslain mukaisuuden tuomioistuinvalvontaa¹¹, eikä perustelu oli vielääkään menettänyt ajankohtaisuuttaan¹².

Waldronin ydinargumentit ovat sukua huolenaiheille, jotka esimerkiksi Saksassa ovat saaneet kriittiset keskustelijat varoittamaan yli-konstitutionalisaation uhasta. Esimerkiksi *Ernst-Wolfgang Böckenförde*¹³ on ollut huolissaan *oikeuden(käytön) politisoitumisesta* ja *politiikan oikeudellistumisesta*. Edellinen on seurausta siitä, että erityisesti valtiosääntötuomioistuin on tunkeutunut alueelle, jonka tulisi olla demokraattisessa oikeusvaltiossa varattu lainsäätäjänä toimivalle, vaaleilla valitulle edustuselimelle. Waldronin moite siitä, että perusoikeuksien tuomioistuinkäsittely muuttaa poliittiset ongelmat oikeudellisen doktriinin kysymyksiksi, sisältää puolestaan väitteen politiikan oikeudellistumisesta. Oikeudellistumista ja samalla poliittisen diskurssin köyhtymistä voi – ehkä hieman paradoksaalisesti – pitää lainkäytön politisoitumisen kääntöpuolena. Valtiosääntöiset näkökohdat rajoittavat lainsäätäjän harkintavaltaa, ja lainsäädäntö nähdään perustuslaissa jo tehtyjen arvoratkaisujen toteuttajaksi. Mark Tushnet on arvostellut enemmistöperiaatetta noudattavan lainsäädäntömenettelyn vääristymistä, jonka aiheuttaa ”the injection of too many constitutional norms into the lawmaking process, supplanting legislative consideration of other arguably more important matters”¹⁴.

Waldronin kritiikkiin vastaamiseksi on kaksi vaihtoehtoa: on mahdollista joko jatkaa yleisen tason keskustelua tai kyseenalaistaa ne oletukset, joiden varaan Waldron on rakentanut argumentaationsa, ja siirtää keskustelu erityisten perustuslakivalvonnan mallien ja olosuhteiden tasolle. Yleisellä tasolla voimme problematisoida demokrationäkäsityksen, joka on omaksuttu *counter-majoritarian difficulty* -keskustelussa ja johon myös Waldronin kritiikki perustuu. Demokratia samastetaan enemmistöperiaatteeseen, jota noudatetaan sekä vaaleissa että vaaleilla valitussa edustuselimestä. Tämän käsityksen mukaan kaikki poikkeukset enemmistöperiaatteesta loukkaavat demokratiaa. Toisenlaiset demokrationäkökulmat, joita ovat esittäneet vaikkapa Jürgen Habermas ja Roland Dworkin, saattavat johtaa toisenlaisiin arvioihin perustuslakivalvonnasta.

Habermasin demokrationäkökulma korostaa diskursiivisten menettelyjen merkitystä ja välttämättömyyttä vetää kansalaisyhteiskunta mukaan varsinkin keskusteluun lainsäädäntöhankkeiden eettisistä ja moraalisisista puolista¹⁵. Enemmistöperiaatteeseen tukeutuvasta tulkinnasta

¹¹ *Neil Duxbury*: Patterns of American Jurisprudence. Oxford 1995, ss. 263–264.

¹² Esim. Waldron 2006, s. 77

¹³ Grundrechte als Grundsatznormen. Teoksessa Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Staat, Verfassung, Demokratie. Frankfurt am Main 1991, ss. 159–199.

¹⁴ Tushnet 1995, s. 247

¹⁵ *Jürgen Habermas*: Faktizität und Geltung. Frankfurt am Main 1992, s. 187 ss.

poiketen *deliberatiivinen* demokratiakäsitys ei rajoita demokraattisten prosessien näyttämöitä vain vaaleilla valittuun edustuslaitokseen. Niinpä on täysin mahdollista, että myös tuomioistuinten harjoittamaa perustuslakivalvontaa ympäröi julkinen diskurssi, johon oikeudellisen eliitin ohella myös kansalaisyhteiskunta osallistuu. Kuten Dworkin mielellään tähdentää, yhdysvaltalainen kokemus tarjoaa runsaasti esimerkkejä korkeimman oikeuden perustuslakitulkinnosta käydystä, periaateargumentteihin nojautuvasta kriittisestä keskustelusta¹⁶. Toisaalta deliberatiiviseen demokratiakäsitykseen nojautuva perustuslakivalvonnan perustelu on valmis myöntämään demokraattisten lainsäätämismenettelyiden ensisijaisuuden. Tuomioistuinten jälkikontrolli on vain viimeinen hätävara, jonka tehtävänä on paikata lainsäätämisen vaikeuuksia perusoikeuksien suojaamisessa sekä niiden sisällön ja ulottuvuuden täsmentämisessä.

Tällainen käsitys jälkikäteisvalvonnasta edellyttää tuomioistuimilta pidättyvyyttä (*judicial restraint*). Tuomioistuinten ei yleensä tulisi arvioida lainsäätäjän tekemiä poliittisia (*policy*) valintoja. Vallanjakoperiaate sekä valtiotelinten työnjako ja vastaavat institutionaaliset pätevyysalueet merkitsevät, että *policy*-luonteisten tehtävien tulisi yleensä kuulua lainsäätäjälle ja hallitukselle poliittisesti vastuunalaisina toimijoina. Toisaalta on ilmeistä, että perusoikeuksien tuomioistuINVALVONTAAN liittyy väistämättä punnintaa joko kilpailevien perusoikeuksien tai perusoikeuksien ja niiden rajoitusperusteiden välillä. Tämä ei riitä perustelemaan kokonaan luopumista tuomioistuinten jälkikäteisestä lakien perustuslain mukaisuuden valvonnasta, mutta se asettaa valtiosääntödoktriinille tehtäväksi kehittää suhteellisuustestin kaltaisia välineitä, jotka voisivat lisätä punninnan kontrolloitavuutta. Perustuslakikontrollin vastustajien mielestä tämä saattaa johtaa pohjimmiltaan poliittisluonteisten valtiosääntökysymysten oikeudellistamiseen. Mutta kaikki oikeudellistaminen ei välttämättä ole pahasta: voi olla myös tervettä oikeudellistamista, joka toteuttaa valtiosääntödoktriinin legitimiä tehtäviä oikeudellisen ja poliittisen järjestelmän vakauttamisessa.

Huolimatta oikeudellisen doktriinin ponnisteluista lisätä tuomioistuinten päätöksenteon rationaalisuutta on perusteltua katsoa, että lainkäyttöön jää, varsinkin punnintatilanteissa, väistämätön desisionistinen ainesosa. Jos lainsäätäminen ei ole vain tahtoa, ei lainkäyttökään ole pelkästään järkeä. Mutta lainkäytön desisionismia hillitsee vakiintuneen demokratian kypsässä oikeusjärjestelmässä jatkuva oikeudellinen ja julkinen keskustelu, joka ympäröi tuomioistuinten päätöksentekoa ja jossa arvioidaan päätösten perustelujen vakuuttavuutta.

Yhdysvalloissa kriitikot – monet heistä realisteja tai näiden edeltäjiä – arvostelivat *Lochner*-aikakauden tuomioistuinta siitä, että nämä tekivät käsitteellisiä-deduktiivisen verhon alle kätettyjä *policy*-valintoja. Toisen maailmansodan jälkeen kritiikin painotus on muuttunut, kun tuomioistuinten perusoikeusvalvonta on taloudellisten oikeuksien sijasta kohdentunut ensisijaisesti kansalaisoikeuksiin. Niinpä Waldronkin viittaa sellaisiin oikeuksiin koskeviin lainsäädäntökiistoihin, kuten aborttikeskusteluun, joilla on korostetun eettinen tai moraalinen sävy-

¹⁶ Ronald Dworkin: *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts 2003, s. 345.

tys ja joissa *policy*-aspekti – käytännöllisen järjen pragmaattinen ulottuvuus – on enintään si-
vuosassa; voimme ehkä puhua *perusoikeussuuntautuneesta lainsäädännöstä*. Jos tuomioistuin
julistaa tällaisen lainsäädännön perustuslain vastaiseksi, se ei kiistä lainsäätäjän *policy*-valinto-
ja vaan tämän eettiset ja/tai moraaliset kannanotot. Jos lainsäätämismenettely on jo sisältänyt
eettis- ja moraalissävytteisiä keskusteluja perusoikeuksien tulkinnasta ja täsmentämisestä ja
jos lainsäätäjä on nimenomaisesti perustanut päätöksensä tällaisiin keskusteluihin, *ultima ra-
tio* -ajattelu edellyttää tuomioistuinten kunnioittavan lainsäätäjän päätöstä.

Aborttilainsäädäntö ja aborttia koskevat oikeustapaukset ovat synnyttäneet monissa maissa
kiihkeää keskustelua, mutta silti voi olla virheellistä käsitellä niitä perusoikeusvalvonnan para-
digmaattisina esimerkkeinä. Useimmat lainsäädäntöhankkeet tähtäävät välittömiin poliittisiin
tavoitteisiin ja toteuttavat taloudellisia, sosiaalisia tai turvallisuuteen liittyviä ohjelmia. Vakio-
tapauksissa lainsäädännön perusteet ovat luonteeltaan pragmaattisia siten, että eettisillä tai
moraalisilla näkökohdilla on enintään eräänlaisen pidäkkeen asema; pragmaattisten perustei-
den suhde eettisiin ja moraalisiin on päinvastainen kuin esimerkiksi aborttilainsäädännössä.
Ultima ratio -perustelu pitää silmällä ensisijaisesti juuri tämänkaltaisia vakiotapauksia, joissa
on mahdollista, että perusoikeusulottuvuus havaitaan vasta lainsäädäntöä sovellettaessa.

Huoli lainkäytön politisoitumisesta on aiheellinen, vaikka se ei riitäkään riistämään tuo-
mioistuINVALVONNAN oikeutusta. Lakien perustuslain mukaisuuden tuomioistuINVALVONNAN ei
tulisi ylittää legitiimejä rajojaan, eikä siinä tulisi mitätöidä lainsäätäjän arvo- tai politiikkava-
lintoja. Huomiota on kiinnitettävä myös siihen politiikan oikeudellistumiseen sekä demo-
kraattisen lainsäätäjän harkintavallan supistumiseen, joka voi seurata kiistanalaisten arvo- tai
politiikkavalintojen tulkinnallisesta ankkuroimisesta perustuslakiin. Varoitukset valtiosääntö-
doktriinin jäykistävästä vaikutuksesta ovat niin ikään perusteltuja. Kuitenkaan kriittisten argu-
menttien ei tulisi antaa hämärtää sitä positiivista roolia, mikä doktriinilla on takeena perustus-
lain tulkinnan ja soveltamisen johdonmukaisuudelle ja kontrolloitavuudelle. Yleisiä oppeja
tarvitaan valtiosääntöoikeudessaakin, mutta oikeudellisen diskurssin tulisi valppaudellaan es-
tää yleisiä oppeja niitä kivettymästä ideologisiksi rakennelmiksi, jotka pikemminkin estävät
kuin mahdollistavat relevanttien kysymysten asettamista.

Kaiken kaikkiaan en ole vakuuttunut Waldronin argumenttien kantavuudesta. Waldron
kyllä nostaa esille näkökohtia, joilla on merkitystä perustuslakivalvonnan vaihtoehtojen ar-
vioinnissa, mutta hän ei oikeastaan keskustele tuomioistuinten jälkivalvonnasta oikeuden ra-
jojen viimekätisenä vartijana. Tällaista vartijaa tarvitaan myös vakiintuneessa demokratiassa,
yhteiskunnassa, joka täyttää Waldronin neljä ennako-oletusta. Myös vakiintuneessa demo-
kratiassa, jollaisena Suomeakin on lupa pitää, on mahdollista, että perusoikeuskysymykset jää-
vät lainsäätämisen vaiheessa vaille riittävää huomiota. Ja vielä todennäköisempää tämä tietysti
on, jos Waldronin oletukset eivät ylipäätään vastaa todellisuutta, kuten tilanne näyttää yhä ole-
van esimerkiksi Keski- ja Etelä-Euroopan uusissa demokratioissa. Perustuslakivalvonnan ar-
vioinnin kriteerit onkin syytä asettaa toisin valtioissa, joissa vasta rakennetaan demokraattisia
instituutioita sekä niitä tukevaa kansalaisyhteiskuntaa ja valtiosääntökulttuuria. Tällaisissa
oloissa valtiosääntötuomioistuin voi korjata edustuksellisen demokratian toimintavajeita ja

vaalia perustuslakiin kirjattuja demokraattisia arvoja. Kim Lane Scheppele on esittänyt, että Unkarin valtiosääntötuomioistuimen osana erityisesti ennen vuotta 1998 oli puolustaa demokratiaa tilanteessa, jossa edustukselliset kanavat olivat tukossa¹⁷. Tuomioistuinten harjoittamalla perustuslakivalvonnalla voi myös olla tärkeä asema demokraattista oikeusvaltiota tukevan valtiosääntökulttuurin synnyttämisessä. Valtiosääntökulttuuri voi kehittyä vain valtiosääntöisissä käytännöissä ja diskursseissa, joille perustuslakivalvonta saattaa näyttämön ja kannustimen. Vasta kehitymässä olevien demokratioiden erityisongelmat selittävät, miksi juuri totalitäärisestä menneisyydestään irrottautuvat valtiot ovat olleet uuden valtiosääntöistymisen aallonharjalla ja miksi juuri ne ovat päätyneet uskomaan perustuslakivalvonnalla valtiosääntötuomioistuimelle.

Perustuslakivalvonnalla yleisen tason kritiikit perustuvat yleensä tietyille valvontaa ja siinä noudatettavaa doktriinia koskeville oletuksille, mikä niin ikään rajoittaa argumenttien kantavuutta. Yleistä pätevyyttä tavoittelevat puheenvuorot olettavat usein tuomioistuinten ja lainsäätäjän ylivallan jyrkän dikotomian, jolloin edellinen vaihtoehto viittaa tuomioistuinten toimivaltaan julistaa demokraattisesti säädetty laki perustuslain vastaiseksi ja sellaisena pätemättömäksi. Tämän kaltainen dikotominen lähtökohta on ilmeinen myös Waldronin argumentaatiossa. Hänen esittämänsä näkökohdat ovat huomionarvoisia, mutta niiden painoarvo vaihtelee perustuslakivalvonnassa omaksuttujen institutionaalisten ja doktrinaaristen valintojen mukaisesti. Tässä on lisäperuste kyseenalaistaa Waldronin kritiikin kantavuus: hänen argumenttinsa tukeutuvat myös institutionaalisessa ja doktrinaarisessa suhteessa oletuksiin, jotka eivät yksinkertaisesti ole yleisesti päteviä.

Suomen järjestelmä perustuslakivalvonnalla välittävänä mallina

Perustuslakivalvonnasta käyty kansainvälinen keskustelu on yleensä kiertynyt kolmen valtiosääntöisen perusmallin ympärille: yhdysvaltalainen hajautetun tuomioistuINVALVONNAN malli; saksalainen valtiosääntötuomioistuimeen tukeutuva keskitetyn tuomioistuINVALVONNAN malli; sekä brittiläinen, vuotta 1998 edeltänyt parlamentaarisen suvereniteetin malli, jossa tuomioistuimilla ei ole toimivaltaa arvioida parlamentin säätämien lakien perustuslainmukaisuutta. Vaikka demokratia-periaatteeseen ja perusoikeuksista käytävän keskustelun oikeudellistumiseen perustuva kritiikki on usein pyritty esittämään yleisessä muodossa, se on ensisijaisesti ammentanut yhdysvaltalaisista kokemuksista. Kuitenkin oikeuden(käytön) politisoitumisen ja politiikan oikeudellistumisen teemat ovat tuttuja myös saksalaisen keskitetyn mallin kritiikissä. Tämä malli poikkeaa yhdysvaltalaisesta paitsi institutionaalisessa suhteesta myös tuomioistuINVALVONNAN ulottuvuudessa. Kumpaan malliin kuuluu tuomioistuimen valta julistaa laki perustuslainvastaiseksi. Yhdysvalloissa jälkikäteisvalvonta on kuitenkin mahdollista vain

¹⁷ Kim Lane Scheppele: *Democracy by Judiciary, Or, why Courts Can Be More Democratic than Parliaments*. Teoksessa Czarnota, Adam – Martin Krygier – Wojciech Sadurski: *Rethinking the Rule of Law after Communism*. Budapest 2005, ss. 25–61.

konkreettisen tapauksen yhteydessä; tuomioistuinten toimivalta kattaa vain ”cases and controversies”¹⁸. Tuomioistuimen päätöksen oikeudelliset vaikutukset riippuvat siitä, mikä sen ratkaisujen ennakkopäätösarvo ylipäätään on, ja siitä, onko tuomioistuin rajoittunut arvioimaan vain lain soveltamista käsittelemässään tapauksessa (”invalid as applied”) vai onko se katsonut perustuslain vastaisuudella olevan laajempaa kantavuutta (”facially invalid”). Saksalaisessa järjestelmässä valtiosääntötuomioistuin harjoittaa sekä abstraktia ennakkovalvontaa, joka edeltää lain voimaantuloa, että konkreettiseen tapaukseen liittyvää jälkivalvontaa. Jälki-valvonta voidaan saattaa vireille kahdella tavalla: toinen tuomioistuin voi käsittelemänsä tapauksen yhteydessä pyytää valtiosääntötuomioistuimelta *ennakkopäätöstä* lain perustuslain mukaisuudesta tai sitten jutun asianosainen voi tehdä *valtiosääntövalituksen* turvauduttuaan ensin käytettävissään oleviin tavanomaisiin oikeusturvakeinoihin. Valtiosääntötuomioistuin voi myös jälkivalvonnassa julistaa lain yleisestikin pätemättömäksi.

Saksalaisen doktriinin Suomessa nauttiman arvovallan vuoksi saksalainen keskustelu on erityisen merkityksellistä suomalaisen perustuslakivalvonnan mallin arvioinnissa. Keskustelu yli-konstitutionalisaatiosta ja ”siirtymisestä parlamentaariseen lainsäädäntövaltiosta valtiosääntötuomioistuinvaltio”¹⁹ leimahti pian vuoden 1949 *Grundgesetzin* säätämisen ja valtiosääntötuomioistuimen perustamisen jälkeen. Kriitikot ovat nähneet valtiosääntötuomioistui-
messä kolmannen lainsäädäntökamarin, joka ei ole tyytynyt Kelsenin valtiosääntötuomio-
istumelle osoittamaan negatiivisen lainsäätäjän osaan vaan josta on kehittynyt mitä vaikutus-
valtaisin positiivinen lainsäätäjä. Sillä on ylivalta parlamentaariseen lainsäätäjään nähden: sillä on niin sanottu kompetenssi-kompetenssi.

Böckenförden arvion mukaan valtiosääntötuomioistuin ei rajoitu vain valtiosäännön tul-
kintaan vaan konkretisoi ja punnitsee arvoja ja periaatteita, joita se on johtanut *Grundgesetzis-
tä*. Näin sen lainkäyttö on politisoitunut, mistä puolestaan on seurannut legitimizeettiongelma:
valtiosääntötuomioistuimella ei ole sellaista demokraattista legitimizeettiä, jota sen asema oi-
keusjärjestyksen kehittämisessä vaatisi.²⁰ Samanaikaisesti ja paljolti seurauksena perustuslaki-
valvonnan laajentumisesta ja politisoitumisesta myös lakien säätäminen on muuttanut luon-
nettaan. Lainsäädännöstä on tullut perusoikeuksien täytäntöönpanoa: se, mitä valtiotehtäviä
tai politiikkoja lainsäädännöllä on määrä toteuttaa, ei enää riipu demokraattisista poliittisista
valinnoista vaan on ennalta valtiosääntönormein määrätty. Kun sekä parlamentaarinen lain-
säätäjä että valtiosääntötuomioistuin konkretisoivat perustuslain perusoikeusnormeja, lain-
säätämisen ja valtiosääntötuomioistuimen lainkäytön laadullinen ero liudentuu ja vallanjako
hämärtyy. Parlamentaarisen lainsäätäjän ja valtiosääntötuomioistuimen välillä vallitsee kilpai-
luasetelma, jonka valtiosääntötuomioistuimen voi viime kädessä kääntää edukseen.

¹⁸ Bickel 1962, ss. 113–116.

¹⁹ ”Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat”. Böckenförde 1991, s. 190. Ks. myös *Winfried Brohm*: Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie. Neue Juristische Wochenschrift 2001, ss. 1–10, jossa käytetään ilmausta *Richteroligarchie* (tuomarioligarkia).

²⁰ Böckenförde 1991, ss. 185–187.

Saksan valtiosääntökehitys ei ole tulosta vain institutionaalisista valinnoista vaan myös sovelletusta doktriinista. Erityisesti kolme toisiinsa kietoutunutta oppirakennelmaa on valtiosääntötuomioistuimen yleisen aktivismin ohella pönkittänyt sen asemaa suhteessa parlamentaariseen lainsäätäjään ja muihin tuomioistuihin: oppi perusoikeuksista kaikkialla oikeusjärjestyksessä vaikuttavina yleisinä oikeusperiaatteina; oppi perusoikeuksien horisontaalivaikutuksesta (*Drittwirkung*); ja oppi valtion perusoikeuksia koskevasta turvaamisvelvollisuudesta (*Schutzpflicht*). Nämä valtiosääntötuomioistuimen oikeustieteen tuella kehittelemät opit ovat yhdessä suhteellisuustestin kanssa levinneet uuden valtiosääntöistymisen vanavedessä eri puolille maailmaa. Suomeen ne omaksuttiin vuonna 1995 voimaan tulleen perusoikeusuudistuksen yhteydessä.

Saksalaista mallia pidetään yleisesti vaihtoehtona yhdysvaltalaiselle hajautetulle tuomioistuINVALVONNALLE. On kuitenkin tärkeää todeta, että toisen maailmansodan jälkeinen kehitys on tuonut muassaan uusia välittäviä valtiosääntömalleja, jotka rikkovat totunnaisen yhdysvaltalaiseen ja saksalaiseen tuomioistuINVALVONTAAN sekä perinteiseen brittiläistyyppiseen parlamentin ylivaltaan perustuvan luokittelun. Välittävät tai hybridimallit sivuutetaan usein kriittisessä keskustelussa, vaikka niitä voidaan pitää yrityksinä välttää kriitikoiden osoittamia uhkia samalla kun perustuslakivalvonnan välttämättömyys kuitenkin myönnetään. Tällainen luonnehdinta pätee innovaatioihin, joita *Stephen Gardbaum* on kutsunut *perustuslaillisuuden uudeksi Kansainyhteisö-malliksi* (*New Commonwealth Model of Constitutionalism*)²¹. Gardbaum viittaa Kanadaan, Uuteen-Seelantiin ja Yhdistyneeseen kuningaskuntaan, jotka ovat ”countries that were previously among the very last democratic bastions of traditional legislative supremacy”. Vuosien 1982 ja 1998 välisenä aikana nämä valtiot ”have created a new third model of constitutionalism that stands between the two polar models of constitutional and legislative supremacy”.²²

”Kansainyhteisö-mallille” on ominaista pyrkimys vetää poliittiset toimijat mukaan perustuslakivalvontaan sekä luoda dialogia poliittisen ja tuomioistuINVALVONNAN välille. *Bill of Rights*-tyyppinen säädös on johtanut perusoikeusvalvonnan tehostumiseen jo lainvalmistelussa ja parlamenttikäsittelyssä, esimerkkinä vaikkapa Westminsterissä merkittävään asemaan kohonnut parlamentin *Joint Committee on Human Rights*²³. Kriitikot ovat kuitenkin havainneet erityisesti Kanadassa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa merkkejä tuomarivaltioillistumisesta, joka on tulosta tuomioistuinten aktivismista sekä poliittisten toimijoiden taipumuksesta seurata ja ennakoida tuomioistuinten käsityksiä²⁴.

²¹ The New Commonwealth Model of Constitutionalism. 49 *American Journal of Comparative Law* (2001), ss. 707–760. Uusia normikontrollimuotoja on hiljattain esitelty ja arvioinut *Juha Lavapuro*, Perustuslakikontrollin uudet muodot I – Kohti keskustelemaa normikontrolliajattelua. *Lakimies* 2009, ss. 71–82.

²² Gardbaum 2001, s. 709.

²³ *Janet L. Hiebert*: New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights. 82 *Texas Law Review* (2003–2004), ss. 1963–1987; *Janet L. Hiebert*: Rights-Vetting in New Zealand and Canada: Similar Idea, Different Outcomes. 3 *New Zealand Journal of Public and International Law* 2005, ss. 63–103.

²⁴ *Hiebert*, *ibid.*; *Mark Tushnet*: New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-Based Worries. 38 *Wake Forest Law Review* (2003); *Mark Tushnet*: Weak Courts, Strong Rights. *Judicial Review and Social*

Myös suomalainen perustuslakivalvonnan malli, sellaisena kuin se on vuoden 2000 perustuslain voimaantulon jälkeen, on perusteltua lukea välittäviin tai hybridimalleihin. Sen ainutkertaisuus on sen tavassa yhdistää abstrakti parlamentaarinen ennakkovalvonta ja konkreetti tuomioistuinten harjoittama jälkivalvonta. Sen olennainen osa on perustuslain 106 §:ään kirjattu ilmeisyyden vaatimus.

Suomalaisessa demokratiassa on muiden Pohjoismaiden tavoin eduskunnalla ollut vahva asema, myös tuomioistuimiin nähden. Tätä on ilmentänyt muun ohessa lainsäädännön esitöiden korkea sijainti oikeuslähteiden hierarkiassa, korkeampi kuin esimerkiksi ylimpien tuomioistuinten ennakotapausten. Tämän kanssa oli johdonmukaista, että ennen vuoden 2000 perustuslakia tuomioistuimilla ei ollut oikeutta tutkia lakien perustuslain mukaisuutta, vaan valvonta rajoittui eduskunnan perustuslakivaliokunnan abstraktiin ennakkokontrolliin. Perustuslakivaliokunta on erikoislaatuinen kvasi-tuomioistuinmainen elin, yhdistelmä poliittisia ja oikeudellisia piirteitä. Sen jäsenet ovat muiden valiokuntien tavoin eduskunnan jäseniä, ja tässä suhteessa valiokunnalla on poliittinen luonne. Mutta valiokunta tukee harkintansa valtiosääntöasiantuntijoiden, kuten yliopistoprofessoreiden, lausuntoihin ja yleensä myös noudattaa niitä. Valiokunta käyttää kannanotoissaan pikemminkin oikeudellista kuin poliittista argumentaatiota, ja tässä sen lausunnot poikkeavat selvästi muiden valiokuntien mietinnöistä. Perustuslakivaliokunta esimerkiksi korostaa perustuslakivalvonnan jatkuvuutta ja viittaa tiuhaan omiin aikaisempiin lausuntoihinsa valtiosääntöisinä ennakotapauksina, vaikka mistään tiukasta *stare decisis* -opista ei voikaan puhua.

Perustuslakivaliokunnan asiantuntijainstituutio on niin ikään omalaatuinen. Asiantuntijoilla ei ole virallista asemaa, eikä heitä mainita perustuslaissa tai eduskunnan työjärjestyksessä. Silti heidän vaikutuksensa on yleensä ratkaiseva, eikä ole juurikaan ajateltavissa, että valiokunta poikkeaisi ainakaan yksimielisestä asiantuntijakannasta. Jos asiantuntijoiden käsitykset hajoavat, valiokunnan jäsenten poliittinen tausta saattaa päästä vaikuttamaan ja äänet saattavat jakautua hallituksen ja opposition välisen rintamalinjan mukaisesti. Valtaosa lausunnoista on kuitenkin yksimielisiä, mikä tietysti lisää valiokunnan harjoittaman perustuslakivaliokunnan uskottavuutta ja auktoriteettia. Pääsääntönä on, että valiokunnan lausuntoasioita ei lähestytä puoluepoliittisesta näkökulmasta: niitä ei yleensä käsitellä ryhmäkokouksissa, eikä valiokunnan jäseniä alisteta niissä puoluekuriin. Monissa valtiosääntötuomioistuimissa samoin kuin Ranskan *Conseil constitutionnel*'issa abstrakti ennakkovalvonta on muuntunut poliittisen opposition viimeiseksi aseeksi estää hallituksen lainsäädäntöhankkeen toteutuminen. Näin ei ole käynyt Suomessa. On hyvin harvinaista, että lausunnon pyytäminen perustuslakivaliokunnalta herättäisi poliittisia intohimoja. Nykyisin vakiotapauksena voidaan pitää, että hallitus itse kehottaa lakiesityksensä säätämisyjärjestysperusteluilla kuulemaan asiassa valiokuntaa.

Uudessa perustuslaissa vahvistettiin, että perustuslakivaliokunnan lausunto lakiehdotuksen suhteesta perustuslakiin sitoo eduskuntaa. Suomalaiseen järjestelmään on kuitenkin 1800-lu-

Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton and Oxford 2008; Andrew Geddis – Bridget Fenton: "High is to be Master" – Rights-Friendly Statutory Interpretation in New Zealand and the United Kingdom. 25 Arizona Journal of International and Comparative Law (2008), ss. 733–778.

vun lopulta lähtien kuulunut mahdollisuus säätää valiokunnan perustuslain vastaiseksi toteama ehdotus *poikkeuslakina*, joka käsitellään samassa järjestyksessä kuin perustuslain muutokset.²⁵ Perustuslain 76 §:ssä säännellyllä poikkeuslain vaihtoehdolla on yhtäläisyyksiä Kanadan perusoikeuskirjaan (Canadian Charter of Rights and Freedoms) sisällytettyyn *notwithstanding*-lausekkeeseen. Artiklan 33(1) mukaan liittovaltion ja osavaltioiden lainsäätäjät voivat julistaa, että jokin laki tai jotkin lain säännökset ovat voimassa perusoikeuskirjan oikeuksia ja vapauksia koskevista säännöksistä huolimatta. Suomessa poikkeuslakien voimassaolon aikaa ei ole rajoitettu. Sen sijaan Kanadassa *notwithstanding*-julistus voi olla voimassa enintään viisi vuotta kerrallaan (Art. 33(3–4)). Kanadassa valtiosääntöinen sovinnaisääntö on estänyt liittovaltion lainsäätäjää turvautumasta *notwithstanding*-lausekkeeseen, ja Gardbaumin mukaan tämä ”has prevented Section 33 from tempering the countermajoritarian difficulty posed by an unlimited power of judicial review”.²⁶ Suomessa poikkeuslakien käytössä on tapahtunut vastaava käänne. Poikkeuslakeja arvosteltiin ennen vuosien 1995 ja 2000 valtiosääntöuudistuksia siitä, että ne heikensivät perusoikeuksien suojaa ja tekivät ennakkolisesta perustuslakivalvonnasta lainsäätämisyjärjestyksen muodollista arviointia. Poikkeuslakien välttämisen tendenssi olikin selkeästi todettavissa jo ennen mainitsemiani valtiosääntöuudistuksia, ja uuden perustuslain esitöissä korostettiin perustuslain 73 §:n 2 momenttiin otetun säännöksen lähtökohtana olevan, että ”poikkeuslakimenettelyn käyttöön suhtaudutaan pidättyvästi ja perustuslaista tehtävien poikkeusten ala rajoitetaan mahdollisimman kapeaksi”. Niinpä ”mahdolliset ristiriidat perustuslain ja lakiehdotusten väliltä tulisi ensisijaisesti poistaa lakiehdotukseen tehtävin muutoksin sen sijaan, että lakiehdotus toteutettaisiin sellaisenaan poikkeuslakina”. Jos kuitenkin ”poikkeuslain säätäminen osoittautuisi välttämättömäksi, tulisi poikkeus kuitenkin rajata vain välttämättömään kirjoittamalla se mahdollisimman tarkkarajaiseksi ja vähäiseksi”. Niin ikään ”samalla on harkittava, voitaisiinko poikkeuksen voimassaoloa ajallisesti rajoittaa”.²⁷ Poikkeuslait ovat menettäneet aikaisemman merkityksensä, ja kun perustuslakivaliokunta havaitsee ristiriitoja perustuslain kanssa, se ei enää tyydy vain ottamaan kantaa käsittelyjärjestykseen vaan lausuu esitöiden ohjetta noudattaen, miten lakiehdotusta tulisi muuttaa ristiriitojen välttämiseksi.²⁸

Uusi perustuslaki ei tuonut muodollisia muutoksia perustuslakivaliokunnan harjoittamaan ennakkovalvontaan. Merkittävin uudistus oli tuomioistuimille suotu rajoitettu toimivalta konkreettiseen jälkikontrolliin. Perustuslain 106 §:ään otetun säännöksen mukaan tuomioistuimilla on oikeus ja velvollisuus antaa ratkaistavanaan olevassa jutussa perustuslaille etusija silloin, kun tavallisessa laissa olevan säännöksen soveltaminen johtaisi ilmeiseen ristiriitaan perustuslain kanssa. Olisi kuitenkin hätköityä päätellä, että suomalaisessa valtiosääntötraditiossa olisi toteutunut jyrkkä katkos siten, että perustuslakivaliokunnan ennakkokontrollista

²⁵ Valtiosopimusten tai muiden kansainvälisten velvoitteiden voimaansaattamislait käsitellään kuitenkin helpotetussa, niin sanotussa supistetussa perustuslain säätämisyjärjestyksessä (PL 95.2 §).

²⁶ Gardbaum 2001, ss. 726–727. Kriittisenä arviona ks. Manfredi 1993.

²⁷ HE 1/1998 vp, s. 125.

²⁸ Ks. myös *Juha Lavapuron* arviota poikkeuslakien välttämisen periaatteesta. Perustuslakikontrollin uudet muodot II – Keskustelemaan normikontrolliajattelun edellytykset Suomessa. Lakimies 2009, ss. 290–292.

olisi otettu ratkaiseva askel kohti tuomioistuinten jälkivalvontaa. Tuomioistuimille ei ole annettu toimivaltaa julistaa laki pätemättömäksi vaan ainoastaan sivuuttaa lain säännös käsiteltävänä olevassa asiassa. Kuten perustuslain esitöissä korostettiin, perustuslain mukainen tulkinta on yhä tärkein keino, jolla tuomioistuimet toteuttavat perustuslakia ja sen 22 §:ssä säädettyä perusoikeuksien turvaamisvelvollisuutta. Esitöissä tähdennettiin perustuslakivaliokunnan ennakkovalvonnan ensisijaisuutta myös tulevaisuudessa.²⁹ Myös tuomioistuimet näyttävät hyväksyneen tämän lähtökohdan. Ainoassaan ratkaisussaan, jossa se on soveltanut perustuslain 106 §:ää, korkein oikeus lausui, että ”lakien perustuslain mukaisuuden valvonta kuuluu pääasiallisesti Eduskunnan perustuslakivaliokunnalle, joka lainsäädäntövaiheessa harjoittaa ennakkovalvontaa”³⁰. Saattaa jopa käydä niin, että perustuslain 106 §:n tuomioistuimille avaarma konkreettisen normikontrollin mahdollisuus johtaakin siihen, että etukäteisvalvontaan panostetaan aikaisempaa enemmän. Tähän viittaa hyppäksenomainen lisäys perustuslakivaliokunnan lausuntoasioissa perusoikeus- ja perustuslakiuudistusten jälkeen. Se ei todista niinkään tuomarivaltioistumisesta, oikeusjärjestyksen yleisestä konstitutionalisoitumistendenssiä kylläkin. Kumpikin ylimmistä tuomioistuinistamme on tukeutunut perustuslain 106 §:ään vain kerran.

Perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimuksen ensimmäinen tärkeä tehtävä on vahvistaa perustuslakivaliokunnan ennakkovalvonnan ensisijaisuus. Perustuslain esitöissä ennakkokontrollin etusija ankkuroitiinkin tähän säännökseen. Kuten perustuslakivaliokunnan mietinnössä 10/1998 vp todettiin, jos perustuslakivaliokunta on erikseen lausunut, että tuomioistuimen arvioitavana oleva säännös on sopusoinnussa perustuslain kanssa, tuomioistuin ei voi pitää ristiriitaa ainakaan ilmeisenä.

Perustuslakivaliokunnan keskeinen rooli antaa suomalaiselle perustuslakivaliokunnalle korostetun parlamentaarisen leiman. Tuomioistuinlaitos ei ole saavuttanut sellaista hallitsevaa asemaa, jota yhdysvaltalaisen ja saksalaisen mallin kriitikot ovat arvostelleet, vaan sille on jäänyt vain täydentävä, *ultima ratio* -perustelua vastaava tehtävä. Kuitenkin myös Suomessa voidaan todeta merkkejä eräänlaisesta tuomarivaltioistumisesta ja politiikan oikeudellistumisesta. Perustuslakivaliokunta edustaa eräänlaista kvasi-tuomioistuinmaista ainesosaa lainsäädäntömenettelyssä, ja sen aseman korostuminen voi johtaa lainsäätämisen oikeudellistumiseen. Kriitikko voisi väittää, että valta perustuslakien ennakkovalvonnessa kuuluu oikeudellisille asiantuntijoille eikä suinkaan valiokunnan poliitikkojäsenille. Ennakkotapauksilla ja valtiosääntödoktriinilla on tärkeä merkitys perustuslakivalvonnessa, aivan kuten muissakin järjestelmissä, vaikkakaan tulkinnallista jatkuvuutta eivät Suomessa vartioi niinkään tuomarit kuin valtiosääntöoppineet. Silti uskaltaisinkin väittää, että yhteiskunnallista ja kulttuurista muutosta ilmentävät käänneet valtiosääntödoktriinissa ovat helpompia toteuttaa järjestelmässä, jossa parlamentaariselle elimelle kuuluu muodollinen päätösvalta, kuin tuomioistuinvaltaisessa mallissa.

²⁹ Lavapuro 2009, s. 163–164.

³⁰ KKO 2004:26.

Hallituksen esitysten viittaukset perusoikeussäännöksiin ovat lisääntyneet vuosien 1995 ja 2000 valtiosääntöuudistusten jälkeen. Tämän voi tulkita ilmentävän oikeudellisen ja poliittisen kulttuurin murrosta, lisääntynyttä tietoisuutta perusoikeuksien merkityksestä. Siihen liittyvää vaaraa oikeudellistumisesta ja perusteettomien rajoitusten asettamisesta demokraattisen lainsäätäjän poliittiselle harkinnalle ei kuitenkaan tulisi sivuuttaa.

Perustuslakivalvonnan välittävät muodot, joita edustaa niin ”uusi kansainyhteisömalli” kuin Suomenkin nykyjärjestelmä, osoittavat, että valtiosääntöiset vaihtoehdot eivät rajoitu vain to-
tunnaisiin malleihin, toisin sanoen yhdysvaltalaiseen tai saksalaiseen tuomioistuinvaltaiseen tai vuotta 1998 edeltäneeseen brittiläiseen parlamentin ylivallalle rakentuvaan ratkaisuun. Brittiläinen esimerkki, vuoden 1998 *Human Rights Act*, on tulkittavissa sen myöntämiseksi, että erityistä perustuslakivalvontaa tarvitaan oikeuden rajojen ongelman ratkaisemiseksi, ja on kyseenalaista, onko perinteinen parlamentin ylivalta enää varteenotettava vaihtoehto. Välittävät mallit ovat yrittäneet omalla tavallaan vastata demokratian kaventumisen sekä oikeudenkäytön politisoitumisen ja politiikan oikeudellistumisen vaaroihin. Ne todistavat siitä, että valtiosääntöinen mielikuvitus voi kehittää innovatiivisia ratkaisuja. Mutta tuomarivaltiollistumisen uhka ei ole hälvennyt: äskettäinen kehitys esimerkiksi Yhdistyneessä kuningaskunnassa, Ranskassa sekä Suomessa viittaa siihen, että perustuslakivalvonta edellyttää myös jälkikontrollia ja että tuomioistuimille on myönnettävä siinä tietty rooli. Mainitsemani valtiot ovat olleet lainsäätäjän kiistattoman ylivallan viimeisiä linnakkeita, mutta ne kaikki ovat hiljattain peräytyneet aikaisemmista valtiosääntöasemistaan. Suomessa perustuslain tuomioistuinten jälkikontrollia perusteltiin *ultima ratio* -argumentilla:

”Valiokunnassa lain perustuslainmukaisuutta tutkitaan – – ikään kuin yleisellä tasolla, *in abstracto*, kun taas tuomioistuin joutuu arvioimaan kysymystä konkreettisesti oikeustapauksessa. Siksi on mahdollista, että tuomioistuimessa tulee jonkin lain osalta esille sellainen ristiriitatilannetta koskeva asetelma, jota valiokunta ei ole lainkaan arvioinut. Tällaisessa tapauksessa ilmeisyysvaatimus saattaa poikkeuksellisesti täytyä perustuslakivaliokunnassa käsitellyn lainkin osalta.”³¹

Ilmeisyysvaatimus kehotuksena tuomioistuinten pidättyvyyteen

Perustuslakivalvonnan vaikutukset tuomioistuinlaitoksen ja lainsäätäjän suhteisiin eivät riipu vain institutionaalisista järjestelyistä vaan myös valtiosääntödoktriinista ja muista valtiosääntökulttuurin tekijöistä. Nämä tekijät tiivistetään usein tuomioistuinaktivismiin ja -pidättyvyyden vaihtoehdoiksi (*judicial activism / restraint*). Kuten Yhdysvaltain esimerkki osoittaa, aktivismiin ja pidättyvyyden kaudet voivat vaihdella muun muassa siitä riippuen, minkälaisista vastakaikua kriitikkojen esillä pitämät normatiiviset näkökohdat saavuttavat oikeudellisessa ja poliittisessa kulttuurissa. Aktivismiin ja pidättyvyyden aste riippuu myös doktriinista,

³¹ PeVM 10/1998 vp, s. 31.

yleisistä opeista, joita tuomioistuimet soveltavat, ja nimenomaisilla perustuslain säännöksilläkin voi olla merkitystä. Ruotsin ja Suomen perustuslakien ilmeisyysvaatimus on tavallaan positivoinut tuomioistuinten pidättyvyyden lähtökohdan. Mutta valtiosääntökulttuuriin saatetaan sisältyä myös täsmällisempiä oppeja, jotka kehottavat tuomioistuinta kunnioittamaan poliittisten valtioelinten valintoja. Näihin kuuluu esimerkiksi Yhdysvalloissa sovellettu *political question* -doktriini, joka on suojannut muun muassa ulkopoliittista päätöksentekoa tuomioistuinten puuttumiselta. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen omaksuma *margin of appreciation* -doktriini puolestaan antaa etusijan asianomaisen valtion viranomaisten suorittamalle ihmisoikeuden ja sen rajoitusperusteen väliselle suhteellisuustestille³².

Toisaalta on myös tuomioistuinaktivismia perustelevia doktriineja, jotka ovat saaneet osansa perustuslakivalvonnan kritiikoiden arvostelusta. Saksalaisessa keskustelussa tuomarivaltiolistumisen syntipukin leimaa ovat saaneet kantaa opit perusoikeuksista yleisinä oikeusperiaatteina sekä oikeuksien horisontaalivaikutuksesta ja valtion suojaamisvelvollisuudesta. Nämä opit vaikuttivat myös Suomen perusoikeusuudistuksessa, ja valtion suojaamisvelvollisuus jopa positivoitiin perustuslain säännöksellä (nykyisin PL 22 §). Kuitenkin perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimus on Suomessa jarruna tuomarivaltiolistumiselle, jota nämä opit saattaisivat muuten jouduttaa.

Tämä koskee ensinnäkin perusoikeuksien horisontaalivaikutusta yksityisten välisissä suhteissa. Sinänsä on perusteltua ulottaa vapausoikeuksien kaltaisten perusoikeuksien suoja yksityisten välisiin hierarkkisesti jäsenytyneisiin suhteisiin, esimerkkinä vaikkapa työnantajien ja työntekijöiden väliset suhteet. Mutta voidaan kysyä, kenellä tulisi olla päätösvalta siitä, milloin nämä suhteet ovat saaneet niin selkeän hierarkkisen luonteen, että heikompa osapuolta on syytä suojata perusoikeuksin. Päätöksenteon voi katsoa edellyttävän sellaista sisällöllistä harkintaa, joka sopii paremmin lainsäätäjälle kuin tuomioistuimelle. Suomessa ilmeisyysvaatimuksesta seuraa nähdäkseni, että tuomioistuimet eivät voi tukea perustuslain 106 §:ään horisontaalivaikutusta, josta lainsäätäjä ei ole säätänyt. Horisontaalivaikutuksen epämääräisyyden vuoksi pääsääntönä on, että ilmeisyysvaatimus ei täyty. Sen sijaan tuomioistuinten velvollisuus perusoikeusmyönteiseen tulkintaan ulottaa perusoikeuksien suojavaikutuksen myös yksityisten välisiin suhteisiin. Niinpä esimerkiksi säännöksiä, jotka koskevat työnantajan oikeutta saada tietoja työntekijöidensä sähköpostiviestinnästä, on tulkittava suppeasti.

Saksalaisessa keskustelussa ehkä ankarin arvostelu on kohdistettu oppiin perusoikeuksista yleisinä, kaikilla oikeudenaloilla vaikuttavina oikeusperiaatteina. Sen on jopa katsottu tehneen muista oikeudenaloista eräänlaista sovellettua valtiosääntöoikeutta ja kohottaneen samalla valtiosääntötuomioistuimen ylimmäksi muutoksenhakuelimeksi yksityis- ja rikosoikeudellisissa jutuissa. Suomessakin perusoikeusperiaatteet ovat saaneet lisääntyvää merkitystä muidenkin oikeudenalojen kuin valtiosääntö- ja hallinto-oikeuden yleisissä opeissa. Kehityksessä on paljon myönteisiä piirteitä, mutta sen ei soisi kuitenkaan johtavan oikeudenalojen oman

³² Jukka Viljanen: European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A study of the limitation clauses of the European Convention on Human Rights. Tampere 2003.

pitkän tradition katkeamiseen ja arvонmenetykseen. Perusoikeusperiaatteet tulisi nähdä pikemminkin oikeudenalojen ”omien” periaatteiden täydentäjiksi ja tukijoiksi kuin korvaajiksi.

Ilmeisyysvaatimus asettaa Suomessa pidäkkeitä myös tuomioistuinten mahdollisuudelle tukeutua perusoikeuksiin yleisinä oikeusperiaatteina. Tuomioistuinten velvollisuudella perusoikeusmyönteiseen tulkintaan voidaan kyllä perustella perusoikeusperiaatteiden merkitystä yksityisoikeudellisen lainsäädännön tulkinnassa; tuomioistuimet antavat tällöin perusoikeusperiaatteille *välillistä* horisontaalivaikutusta. Sen sijaan on perusteltua katsoa, että 106 §:ää soveltava *välitön* horisontaalivaikutus ei tule kysymykseen: tuomioistuin ei voi väittää, että yksityisoikeudellisen lainsäädännön soveltaminen johtaisi ilmeiseen ristiriitaan perustuslain kanssa sen vuoksi, että lainsäädäntö ei riittävästi toteuta perusoikeutta yleisenä oikeusperiaatteena.

Ilmeisyysvaatimuksesta seuraavat rajoitukset perusoikeuksien horisontaalivaikutukselle lujittavat sitä perustuslain esitöissä omaksuttua lähtökohtaa, jonka mukaan tuomioistuimet toteuttavat perustuslain 22 §:ssä julkiselle vallalle säädettyä turvaamisvelvollisuutta ennen muuta perusoikeusmyönteisellä tulkinnalla. Kaiken kaikkiaan ilmeisyysvaatimukseen liittyy tärkeitä normatiivisia viestejä. Se vahvistaa tuomioistuinten harjoittaman perustuslakivalvonnan *ultima ratio* -perustelua vastaavasti lainsäätämisvaiheessa toteutuvan kontrollin ensisijaisuuden. Se sisältää tuomioistuimille yleisen kehotuksen pidättyvyyteen lainsäätäjän tietoisten valintojen uudelleen arvioinnissa. Lisäksi se rajoittaa sitä tuomarivaltiollistumista, joka saattaisi seurata sellaisista perusoikeusuudistuksessa omaksutuista saksalaisperäisistä opeista kuin perusoikeuksien asema yleisinä oikeusperiaatteina, perusoikeuksien horisontaalivaikutus sekä julkisen vallan turvaamisvelvollisuus.