

Juha Lavapuro

Perustuslakikontrollin uudet muodot II – Keskustelevan normikontrolliajattelun edellytykset Suomessa

Hakusanat: valtiosääntöoikeus, konstitutionalisoituminen, perusoikeudet, demokratia, yleiset opit

1. Johdanto

Kysymystä lakien perustuslainmukaisuuden valvonnasta on konstitutionalistisessa perinteessä lähestytty vanhastaan olettaen, että valvonta on järjestettävä tietyn orgaanin ensisijaiseen auktoriteettiin tukeutuen.¹ Auktoritatiivinen valvontavalta on annettu joko kansansuvereenisuutta korostaen lainsäätäjälle itselleen tai sitten se on perusoikeuksien turvaamisen nimissä jätetty riippumattomien tuomioistuimien ja viimekädessä ylimpien tuomioistuinten harteille.² Tämän kirjoituksen ensimmäisessä osassa tätä perinteistä normikontrolliajattelua ja sen tuottamia institutionaalisia ja tulkinnallis-argumentatiivisia rakenteita kutsuttiin *vahvamuotoiseksi* normikontrolliksi.³

Vahvamuotoisen kontrollin taustalla oleva dikotomisuus on sittemmin suhteellistunut uudemmissa valtiosääntökäytännöissä. Viimeaikaiset kansainväliset kokemukset entuudestaan vahvalle lainsäätäjän konstitutionalistiselle suvereenisuudelle rakentuneista oikeuskulttuureista ovat olleet omiaan osoittamaan, ettei perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen huomattavakaan vahvistuminen välttämättä merkitse normikontrolliaselman liukumista ääripäästä toiseen, toisin sanoen lainsäätäjän itsekontrollista täydelliseen tuomioistuINVALVONTAAN.⁴ Sen sijaan ihmisoikeusajattelun ja kansansuvereenisuutta korostavan perinteen yhteentörmäys on tuottanut valtiosääntöoikeudellisten konfliktien ratkaisuun

¹ Ks. esim. *Veli-Pekka Hautamäki*: Perustuslain auktoritatiivinen tulkinta, s. 79–80 ja passim. Jyväskylä 2002.

² Lähtökohta ei estä perustuslaintulkintatoimivallan hajauttamista eri instituutioille. Olennaista on, että traditionaalinen konstitutionalismi ymmärtää hajautetutkin järjestelmät hierarkkiseksi: jonkin instituution kannanotot on määritetty auktoritatiivisiksi. Ks. esim. *Jaakko Husa*: Non Liqueat. Vallanjako, perusoikeudet, systematisointi. Oikeuden ja politiikan välisiä rajanve-toja, s. 49. Vammala 2004.

³ *Juha Lavapuro*: Perustuslakikontrollin uudet muodot I – Kohti keskustelevaa normikontrolliajattelua. Lakimies 1/2009, s. 59–82.

⁴ Ks. erit. *Stephen Gardbaum*: The New Commonwealth Model of Constitutionalism. The American Journal of Comparative Law 2001, s. 707–760.

erityisiä rakenteellisia ja kulttuurisia *välitysmalleja*. Ensisijaisen tai viimeisen auktoriteetin ja sen perustelemisen sijaan huomio kiinnitetään nyt niihin konkreettisiin ja tilannesidonnaisiin mekanismeihin ja välityssuhteisiin, joissa *sekä* demokraattisen päätöksentekomenettelyn *että* perusoikeuksien suojan arvokkaita ja olennaisimpia piirteitä pyritään ylläpitämään kestävästi hylkäämättä kuitenkaan samalla mitään olennaisen tärkeää. Tätä uutta tapaa lähestyä lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan ongelmia on kansainvälisessä kirjallisuudessa kuvattu käsitteellä *heikkomuotoinen* normikontrolli.⁵

Tämän kaksiosaisen kirjoituksen jälkimmäisen osan tavoitteena on tarkastella suomalaisia valtiosääntöoikeudellisia käytäntöjä ja alan yleisiä oppeja vertailevan valtiosääntötutkimuksen viimeaikaisten avausten hengessä. Lähden siten liikkeelle oletuksesta, että demokratian ja perusoikeuksien välillä juuri perustuslakikontrollissa herkästi esille nousevat perustavanlaatuiset jännitteet on mahdollista ja syytäkin jättää *yleisellä tasolla ratkaisematta*.⁶ Käytän hyväkseni kirjoituksen ensimmäisessä osassa esiteltyjä havaintoja uusien normikontrollimuotojen kehityskaarista ja toimintamekanismeista. Pitäen tätä vertailevaa aineistoa taustalla paikannan nykyvaltiosääntökulttuuristamme vastaavia piirteitä, jotka ovat meillä mahdollistaneet muutoksen vahvasta lainsäätäjän konstitutionalistisen suverenisuuden perinteestä kohden aiempaa oikeuspainotteisempaa valtiosääntökulttuuria.

En pyri valtiosääntöoikeudellisten käytäntöjemme kattavaan analyysiin. Nostan sen sijaan kaksi erityistä ja periaatteellisesti merkittävää kysymysryväs-tä tarkemman tarkastelun kohteeksi. Pyrin ennen muuta tunnistamaan niitä A) *oikeuskulttuurisia* ja B) *rakenteellisia* tekijöitä, joiden kautta valtiosääntöoikeuden alueen institutionaaliset järjestelyt ja niitä koskevat yleiset opit on mahdollista kiinnittää *samanaikaisesti* molempiin valtiosääntöoikeudellisen perusjännitteen vastinpareihin, siis sekä demokraattisen lainsäätäjän suvereniteettiin että perusoikeuksiin. Kyse on siten valtiosääntöperiaatteiden välisen *jännitteen* käyttämisestä valtiosääntömme yleisten oppien rakennusprojektin peruskivenä sen sijaan, että oppeja pyrittäisiin konstruoimaan tuon jännitteen etukäteisen ratkaisun varaan.

Lähtökohtainen jännitteisyys merkitsee samalla *konfliktin* nousemista tarkastelun keskiöön, vieläpä myönteisessä mielessä. Sen sijaan, että oikeuden sisäinen konflikti määrittäisi joksikin kaikin keinoin vältettäväksi asiantilaksi ja osoitukseksi yleisten oppien epäonnistumisesta, perustaville ristiriidoille on an-

⁵ Ks. esim. *Mark Tushnet: Weak Courts, Strong Rights. Judicial review and Social Welfare rights in Comparative Constitutional Law*, s. 18–24. Princeton University Press 2008.

⁶ Konstitutionalismiin sisältyy tietysti muitakin vastaavalla tavalla jännitteisiä käsittepareja kuin tässä esitettävä demokratian ja perusoikeuksien dikotomia. Käytänkin vastakkainasettelua tässä kohtaa tyyppiesimerkkinä konstitutionalismia yleisesti määrittävistä ristiriidoista. Mikään tässä esitettävä argumentti ei kuitenkaan riipu siitä, katsotaanko juuri tämän jännitteen edustavan modernin konstitutionalismiin »perustavinta» jännitettä.

nettavissa myös positiivinen merkitys. Ajatuksena on, että vasta oikeusjärjestyksen perusteisiin menevien normikonfliktien kautta joudumme argumentoimaan entistä paremmin ja avoimemmin, millaisille periaatteille oikeastaan valtiosääntöoikeudellisen järjestelmämme varaamme.

Silti koko idea uusista normikontrollimuodoista rakentuu myös *tasapainon mahdollisuutta koskevan normatiivisen ideaalin* varaan. Lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan oletetaan toisin sanoen olevan järjestettävissä konkreettisiin käytäntöihin asti tavalla, joka ainakin periaatteessa kunnioittaa *yhtäläisesti* sekä perusoikeuksien toteuttamisvastuuta että demokraattista lainsäädäntöprosessia. Onkin korostettava, ettei vertailevassa tutkimuksessa käyttöönotettu »heikkomuotoisen perustuslakikontrollin» käsite («weak-form constitutional review») viittaa heikkoihin oikeuksiin sen paremmin kuin heikkoon demokraatiperiaatteeeseenkaan. Päinvastoin, käsitettä käytetään nimenomaan yhteydessä, joka pyrkii *korostamaan* valtiosääntöoikeudellisten periaatteiden *normatiivista ja dynaamista vaikutusta* yli institutionaalisia ratkaisuja koskevien *staattisten valintojen*. Samalla perustuslakikontrolli hahmottuu pikemminkin *jatkuvana prosessina ja keskusteluna* kuin auktoritatiivista päätöstä odottavana ja korostuneen yksittäistapauksellisena päätöksentekona. Näiden näkökohtien perusteella ja etenkin kanadalaisen valtiosääntödoktriinin jälkiä kulkien käytänkin jatkossa uuden tyyppisistä normikontrollimuodoista nimitystä »*keskusteleva perustuslakikontrolli*». Nähdäkseni nimitys sopii varsin hyvin suomalaisen valtiosääntökulttuurin perustoimijoiden, nimittäin eduskunnan perustuslakivaliokunnan, tuomioistuinten ja ylimpien laillisuusvalvojien sekä oikeustieteen keskinäissuhteiden kuvaukseksi tämän kirjoituksen kohteena olevalla oikeudenlohkolla. Aloitan aiheen käsittelyn oikeuskulttuurisista havainnoista ja siirryn vasta sen jälkeen asteen konkreettisemmalle tasolle rakenteellisten ratkaisujen piiriin.

2. Keskustelun avoimuuden edellytykset suomalaisessa nykykonstitutionalismissa

2.1. Suomalaisen valtiosääntökulttuurin jännitteistyminen

Suomalaisen valtiosääntökulttuurin nykytila on kuvattavissa varsin hyvin sijoittamalla se osaksi vastaavaa muutosprosessia, joka on 1980-luvun alkupuolelta lähtien leimannut useita brittiläisen kansainyhteisön maita. Kuten Kanadassa, Uudessa-Seelannissa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa,⁷ myös meillä konstitutionalistinen traditio on perustunut hyvin vahvasti lainsäätäjän suvereenisuuden varaan. Niin kuin *Antero Jyränki* on asiaa luonnehtinut, Suomessa nimenomaan eduskunnan säätämää lakia on perinteisesti pidetty edustuksellisen de-

⁷ Ks. esim. *Gardbaum* 2001, s. 719–739.

mokratian lippulaivana, jonka puitteissa poliittinen hallinta toteutuu legitimiti.⁸ Aate vaikutti vahvasti perustuslaille annettuun asemaan oikeusjärjestyksen osana. Perustuslakiin kirjattujen perusoikeuksien katsottiin konkretisoituvan käytännössä kokonaan juuri eduskunnan säätämien lakien välityksellä. Samoin lakien perustuslainmukaisuuden valvonta oli loogista järjestää yksiselitteisen parlamenttijohtoisesti antamalla eduskunnan erityiselle valiokunnalle keskeinen asema perustuslain tulkinnassa. Lopputuloksena oli oikeustila, jossa lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan katsottiin merkitsevän lähinnä sen varmistamista, että eduskunnan käsiteltäväksi annetut lait käsitellään perustuslainmukaisessa menettelyssä. Samalla lakien perustuslainmukaisuuden tutkimiskielto merkitsi muutamaa poikkeusta lukuun ottamatta myös perustuslain perusoikeussäännösten käytännöllistä soveltamiskelvottomuutta.⁹

Kuten tunnettua, pitkään vallinnut doktriini muuttui merkittävällä tavalla 1980-luvun lopulta lukien erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen lain-tasaisen ja konkreettiseen tehokkuuteen pyrkivän voimaansaattamisenmenettelyn sysäyksestä.¹⁰ Perusoikeusuudistuksen ja yleisemmän oikeuskulttuurisen muutoksen seurauksena perustuslakiin kirjatut perusoikeudet ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten ihmisoikeudet ovat Suomessakin saavuttaneet vastaavan yleisesti sitovan oikeudellisen statuksen, joka niillä on jo pitkään ollut useissa länsi-eurooppalaisissa valtioissa. Perus- ja ihmisoikeuksista on tullut oikeudellisten käytäntöjen yleisiä ja sisällöllisiä legitimiisyysehtoja¹¹ tavalla, joka ulottaa vaikutuksensa sekä lakien säätämiseen¹² että niiden soveltamiseen.¹³

Muutos ei kuitenkaan ole ollut totaalinen. Perus- ja ihmisoikeudet ovat kyl-läkin muuttaneet huomattavastikin käsityksiä aiemmin täysin legitimiinä pide-tyen sääntelyn hyväksyttävyydestä. Samoin esimerkiksi lain yksittäistapauksel-lisen soveltamatta jättämisen mahdollistavaa perustuslain (731/1999) 106 §:n säännöstä perustuslain etusijasta on monestakin syystä¹⁴ perusteltua lukea jat-

⁸ Ks. Antero Jyränki: *Valta ja vapaus*. Helsinki 2003, s. 285.

⁹ Ks. esim. Veli-Pekka Viljanen: *Perusoikeudet eri oikeudenaloja yhdistävänä tekijänä*, s. 27. Teoksessa Viljanen (toim.): *Oikeudenalojen rajat ja rajattomuus*, s. 25–37. Turku 2002.

¹⁰ Ks. Martin Scheinin: *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa*, s. 163–169. Jyväskylä 1991 ja esim. Matti Pellonpää: *Euroopan ihmisoikeussopimus Suomen näkökulmasta*. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 21/1988. Helsinki 1989.

¹¹ Ks. Scheinin 1991, Pekka Lämsineva: *Perusoikeudet ja varallisuussuhteet*. Jyväskylä 2002, s. 35–90.

¹² Ks. Veli-Pekka Viljanen: *Onko eduskunnan asema lainsäädäntövallan käyttäjänä muuttunut?*, s. 1061–1062, Lakimies 7–8/2005 s. 1050–1064.

¹³ Oikeustilan muutoksia kuvaa sekin, että kaikenlaiset kattavuuteen pyrkivät perus- ja ihmisoikeusargumenttien vaikutuksia osoittavat oikeustapausuettelot ovat nykyisin väistämättä vajaita, kun esimerkiksi Scheininin väitöskirjatutkimuksessa oli vielä mielekästä pyrkiä käsittelemään käytännössä kaikkea saatavilla olevaa oikeuskäytäntöä. Ks. Scheinin 1991, s. 211–266. Uudemman oikeuskäytännön hyvistä ja asianmukaisesti perustelluista perus- ja ihmisoikeusratkaisuista ks. erit. KKO 2008:93 ja esim. KHO 2005:50 ja KKO 2001:9. Ilmeisen ongelmallisista ratkaisuista ks. esim. KKO 2007:3 ja KHO 2008:20.

¹⁴ Ks. esim. Viljanen 2005, s. 310.

keena perustuslain 22 §:n ja perusoikeusuudistuksen jo oikeudellisissa käytännöissä pitkälti toteutuneillekin tavoitteille parantaa perusoikeusnormien konkreettista sovellettavuutta ja tehokkuutta.¹⁵ Silti myös toisenlaiset tulkinnot ovat mahdollisia. Perus- ja ihmisoikeusargumentit eivät aina edellytä poikkeamista lain normaalitulkinnaasta, vaan usein ne toimivat luontevammin vahvisteena lain taustalla oleville muun tyyppisille perusteille.¹⁶ Myös institutionaalisten järjestelyjen tasolla uudelleenlinjaukset ovat olleet varsin maltillisia. Perustuslain 74 §:n nojalla perustuslakivaliokunnalla ajatellaan edelleenkin olevan johtava rooli säädettävänä olevien lakien perustuslainmukaisuuden valvojana eikä tätä tarkoitettu muuttaa myöskään tuomioistuimelle annetulla toimivallalla jättää lain säännös soveltamatta sen vuoksi, että se on perustuslain kanssa ilmeisessä ristiriidassa.¹⁷

Sama kaksijakoisuus on välittynyt voimakkaana myös oikeustieteelliseen keskusteluun. Perus- ja ihmisoikeuskulttuurin murrospuheen rinnalla on kaiken aikaa ollut esillä myös perustuslain kasvavaan merkitykseen ja perusoikeudellistumiseen epäilevästi suhtautuvia äänenpainoja. Vaikka etenkin vanhempi ja Euroopan ihmisoikeussopimukseen liittymisen yhteydessä esitetty oikeuksien kritiikki taustoittuu varsin suurelta osin kansallisvaltion valtiosäännön traditioon nojautuvana vanhan vallitsevan kannan puolustuspuheena,¹⁸ vuosituhaten vaihteen jälkeen esitetyt kritiikki on jo saanut sisällöllisempiä muotoja. Arvostelu ei enää kohdistu niinkään oikeusjärjestyksen perus- ja ihmisoikeudellistumiseen sinänsä kuin niihin rajoihin, joita perusoikeusargumentaatiolle tulee demokraattisessa oikeusvaltiossa oikeastaan asettaa.¹⁹

Nykytilan olennainen ero aiempaan valtiosääntökulttuuriin on siis siinä, että perus- ja ihmisoikeuskulttuurin murroksen jälkeinen oikeustila näyttää selvästi aiempaa valtiosääntökäsitystä moniarvoisemmalta. Siinä missä perinteistä valtiosääntöoikeudellista doktriinia pyrittiin hahmottamaan ikään kuin sen taustalle olisi sittenkin osoitettavissa jokin tietty yleisesti hyväksytty ja sellaisena annettuna otettavissa oleva sisällöllinen perustuslakikäsitys,²⁰ nykydoktriini näyttää pikemminkin korostavan useiden rinnakkaisten ja keskenään jännitteisten perustuslakikäsitysten samanaikaista läsnäoloa. Perus- ja ihmisoikeuksien murros ei merkinnyt aiemman demokratiapainotuksen korvautumista perus- ja ih-

¹⁵ Ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 309/1993 vp, s. 15 ja 163–164 sekä PeVM 10/1998, s. 30–31.

¹⁶ Ks. tältä osin esim. *Elina Pirjatanniemi*: Vihertyvä rikosoikeus, s. 178–183. Helsinki 2005.

¹⁷ Ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi 1/1998 vp, s. 164 ja PeVM 10/1998 vp, s. 31.

¹⁸ Ks. myös *Länsineva* 2002, s. 53–54 ja siinä mainittu kirjallisuus.

¹⁹ Ks. erit. *Kaarlo Tuori*: Oikeuden ratio ja voluntas. Vantaa 2007, s. 249–256 ja *Thomas Wilhelmsson*: Senmodern Ansvarsrätt, s. 117–120. Helsinki 2001.

²⁰ Ks. esim. *Jaakko Husa*: Perusoikeudet valtiosääntöoikeudessa ja valtiosääntöoikeustieteessä. Teoksessa *Liisa Nieminen* (toim.): Perusoikeudet Suomessa, s. 275–311. Helsinki 1999. Ks. myös *Husa* 2004, s. 112–115.

misoikeusajattelulla, vaan nimenomaan perus- ja ihmisoikeuspainotusten nostamista aiemman yksiuolotteisen valtiosääntökäsityksen rinnalle.²¹

Kehitys on ollut aivan oleellisen tärkeä sekä keskus- televalle normikontrolliajattelulle tyypillisten tasapainovaatimusten että konstitutionalististen käytäntöjen kriittisen arvioitavuuden kannalta. Vasta moniarvoisen ja kriittisen keskustelun kautta nimittäin on mahdollista saada systemaattisesti esiin ne konstitutionalismiin perusjännitteet, joiden taustalla oleviin periaatteisiin valtiosääntöme väitetään joka tapauksessa nojaavan ja joihin on joka tapauksessa pystyttävä ottamaan perustellusti kantaa konkreettisten oikeudellisten käytäntöjen yhteydessä.

Perustuslakikäsitelyssä tapahtuneiden muutosten ohella oikeuskulttuurimme valtiosääntöinen moniarvoistuminen on saanut konkreettisia ilmenemismuotoja myös instituutioiden välisenä dialogina. Tällaisesta valtiosääntöoikeudellisesta dialogista on syytä puhua ainakin kahdessa erilaisessa merkityksessä. Yhtäältä kyse on ollut eri oikeudenalojen asiantuntijakulttuurien välillä tapahtuvasta ja perustuslain asianmukaista merkitystä käsittelevästä väittelystä. Toisaalta myös lainsäätäjän ja tuomioistuinten toimintaa tietyn kysymyksen perustuslainmukaisuuden arvioinnissa on mahdollista lähestyä valtiosääntöoikeudellisen dialogin kielikuvaa käyttäen. Yhdessä ne kuitenkin heijastavat samaa ilmiötä. Valtioelinten välisenä dialogina ilmenevä perustuslakikontrolli kyseenalaistaa yksittäisen organin ylivallan perustuslaintulkintaa koskevilla kysymyksillä. Oikeudenalojen rajat ylittävän vuoropuhelun metafora ilmentää puolestaan tarpeita kyseenalaistaa yksittäisten oikeudenalojen ylivallalta samassa asiassa. Kaksi seuraava lukua täsmentävät näitä väitteitä.

2.2. Oikeudenalat ylittävä vuoropuhelu

Sitä mukaa kun perusoikeuksien konkreettista ja yleistä sovellettavuutta koskevat perustuslainsäätäjän tavoitteet ovat konkretisoituneet, myös oikeudenalakohtaisia käytäntöjä on ollut syytä arvioida valtiosääntöoikeudellisin mittapuin. *Juha Karhun*²² hahmottelema uuden varallisuus- oikeuden teoria lienee tässä suhteessa kunnianhimoisin yritys kääntää varallisuus- oikeuden systematiikka perusoikeusjärjestelmänkin näkökulmasta kestäväälle pohjalle. Valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen piirissä puolestaan etenkin *Pekka Länsineva* on korostanut tarvetta pikemminkin yhteyshakui- seen kuin erityisyyttä osoittavaan valtiosääntöoikeudelliseen doktriiniin. Länsinevan ajatuksena on, että valtiosääntöön voidaan katsoa asettavan sellaisia perusvaatimuksia, jotka tulee ottaa huomioon kaikessa juridisessa toiminnassa riippumatta siitä, millä erityisellä oikeudenalal-

²¹ Ks. jo *Scheinin* 1991, s. 337–342. Ks. myös *Pekka Länsineva*: Perusoikeuskeskustelun kriittiset pisteet, s. 282–283. *Lakimies* 2/2004 s. 274–285.

²² Ks. *Juha Pöyhönen*: Uusi varallisuus- oikeus. Helsinki 2000.

la kulloinkin toimitaan.²³ Yleisesti läpi oikeusjärjestyksen soveltuvina normeina perus- ja ihmisoikeudet tuovat näkyville sen nykyoikeutta yleisemminkin sävyttävän piirteen, etteivät sen oikeudelliset ongelmat yleensä piittaa perinteisistä oikeudenalajaotteluista.²⁴

Keskustelu perusoikeuksien asemasta suhteessa voimassa olevaan lainsäädäntöön ja siitä edelleen lainsäätäjän suvereniteettiin ei siis ole pelkästään valtiosääntöoikeudellista.²⁵ Tällöin joudutaan kysymään, miten valtiosääntöoikeuden ja muiden oikeudenalojen suhteet tulisi oikeastaan ymmärtää. Ensi näkemältä vaihtoehtoisia vastauksia vaikuttaisi olevan kaksi. Kun perustuslaki määrittää oikeusjärjestyksen legitimiisyysehtoja yleisesti, muut oikeudenalat saataisi olla loogista hahmottaa valtiosääntöoikeuteen nähden alistaisesti. Äärimilleen vietynä oppi pyrki ymmärtämään muun oikeusjärjestyksen ikään kuin sovellettuna valtiosääntöoikeutena, jossa konkretisoitaisiin yksinomaan niitä arvoja, jotka olisi jo perustuslaissa perusoikeuksina vahvistettu.

Toinen mahdolliselta näyttävä vaihtoehto on hahmottaa alistussuhteet toisin päin. Tällöin perustuslain täsmällinen sisältö määräytyy kunkin oikeudenalan sisäisenä prosessina: se millaisia oikeudellisia vaatimuksia perusoikeusjärjestelmä oikeudenalajaotuksen mukaan esimerkiksi esineoikeuden piiriin paikantuvissa käytännöissä tuottaa, jää tällöin puhtaasti esineoikeudellisen doktriinin puitteissa ratkaistaviksi. Jopa suoraakin suoremmissa perusoikeuksien soveltamistilanteissa sovelluskonteksti olisi *Aulis Aarnion* esittämällä tavalla »aina oikeudenalakohtainen»²⁶ eikä perusoikeuksista voitaisi johtaa ainuttakaan ratkaisua ottamatta huomioon oikeudenalakohtaisia sääntelyitä.²⁷ Tällaista kantaa olisi sinänsä mahdollista perustella myös valtiosääntöoikeuden näkökulmasta viittaamalla esimerkiksi perinteisen valtiosääntödoktriinimme taipumukseen ymmärtää eduskunnan säätämät lait ensisijaiseksi keinoksi toteuttaa perustuslakiin kirjattuja perusoikeuksia.

Vaikka kumpaakin vaihtoehtoa voidaan perustella, hiemankin tarkemmassa tarkastelussa ne molemmat näyttävät itse asiassa varsin ongelmallisilta. Molemmat antavat liian suuren merkityksen paikallisen doktriinin, toisin sanoen lokaalisen koherenssin, etusijalle.²⁸

²³ Ks. *Länsineva* 2002, s. 31.

²⁴ Ks. *Tuori* 2007, s. 270.

²⁵ Valtiosääntöoikeuden välttämätön riippuvuusuhde muiden oikeudenalojen suunnalta tehtäviin tarkasteluihin tulee hienosti esiin myös Sakari Melanderin tuoreessa väitöskirjatutkimuksessa. Ks. *Sakari Melander: Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset*, erit. s. 16–27 sekä luvut 5 ja 6. Vammala 2008.

²⁶ *Aulis Aarnio: Tulkinnan taito*, s. 316. Vantaa 2006.

²⁷ *Aarnio* 2006, s. 317.

²⁸ Ks. lokaalista koherenssista etenkin *Kaarlo Tuori: Oikeudenalajaotus – Strategista valta-peliä ja normatiivista argumentaatiota*, s. 1221–1224, *Lakimies 7–8/2004*, s. 1196–1224 ja *Håkan Gustafsson: Rättnens Polyvalens*, s. 437–442. Teesi koherenssista nimenomaan lokaalina koherenssina pohjautuu ns. kovaa positivismia edustavan Joseph Razin kritiikkiin Ronald Dworkinin holistista koherenssiteoriaa kohtaan, ks. *Joseph Raz: Ethics in the Public Domain*,

Perustuslain ja muun lainsäädännön suhdetta ei ensinnäkään ole syytä hahmottaa yleisellä tasolla *valtiosääntöjohtoisesti*. *Kimmo Nuotio* on esimerkiksi korostanut kiinnostavalla tavalla perustuslain ja aineellisen oikeuden kehityksessä ilmeneviä kahdensuuntaisia vuorovaikutusprosesseja. Perusoikeudet ovat hänen mukaansa ohjanneet aineellisen oikeuden kehitystä useilla aloilla, mutta muutosta on tapahtunut myös toisessa suunnassa, kun alun perin tavallisena lakina vahvistetut oikeudet on myöhemmin siirretty osaksi perustuslain perusoikeussäätelyä. Nuotio mukaan perusoikeusnormiston ja aineellisen oikeuden suhde tulisikin ymmärtää pikemminkin *dialektiseksi* kuin hierarkkiseksi.²⁹ Tarve tällaiselle otteelle ei kuitenkaan synny pelkästään historiallisen kehityksen velvoittamana, vaan sille voidaan osoittaa perusteita myös valtiosääntöoikeuden omien taustaperiaatteiden ja funktioiden suunnalta. Tältä osin erityisesti *Thomas Wilhelmsson* on osunut asian ytimeen, kun hän varoittaa ihmis- ja perusoikeuskäytännön teknistymisen ja tieteellistymisen riskeistä, jos mekaaninen valtiosääntöjuridiikka ja sitä koskeva asiantuntijakulttuuri pääsee hallitsemaan ylhäältä käsin perus- ja ihmisoikeuksien sisällöstä käytävän keskustelun ehtoja.³⁰

Wilhelmssonin korostama ongelma on itse asiassa sama, johon *Rolando Gaete* on kiinnittänyt kriittistä huomiota kansainvälisen ihmisoikeusdiskurssin toimintalogiikkoja arvioidessaan. Gaete nimittäin näkee modernissa ihmisoikeusajattelussa vahvan pyrkimyksen kontrolloida diskurssin rationaalisuutta ja samalla siihen pääsyn ehtoja erilaisin proseduraalis-teknisin normein, joilla säädellyään toimivaltuuksia, todistustaakkoja, oikeuksien soveltamisalaa ja uhrin käsitettä. Gaeten mielestä tällaiset tekniikat näyttävät sinänsä lisäävän ihmisoikeuskäytäntöjen formaalia rationaalisuutta, mutta usein tämä tapahtuu ihmisoikeuksien perustarkoituksen vastaisesti vaientamalla loukkauksen materiaalin käsittely.³¹ Sekä Wilhelmssonin että Gaeten huomiot näyttäisivätkin korostavan tarpeita jättää valtiosääntöoikeudellinen doktriini mahdollisimman avoimeksi ja herkäksi totutusta poikkeaville ratkaisumalleille: kun perustuslakia koskevilla tulkinnoilla on pakostakin hyvin suora yhteys yhteiskunnalliseen moraalidiskurssiin ja kansanvaltaisen päätöksenteon edellytyksiin, pitää tämän institutionaalinen tosiasian näkyä myös oikeudenalan asiantuntijakulttuurissa ja sen tuottamien oppien rajoissa. Doktriini ei saa muodostua dogmaattiseksi juridiseksi

s. 314–319. Clarendon Press 1995. Vrt. esim. *Ronald Dworkin*: *Law's Empire*, s. 250–254. Harvard University Press 1986 sekä erit. *Ronald Dworkin*: *Justice in Robes*, s. 25 ja 52–53. Cambridge University Press 2006.

²⁹ Ks. *Kimmo Nuotio*: *Muuttuuko oikeus todella?*, s. 24–25. Teoksessa *Nuotio & Herler* (toim.): *Nykyajan muuttuva oikeus*, s. 11–52. Helsinki 2001.

³⁰ Ks. *Thomas Wilhelmsson*: *Suomen kansanomaisen oikeuskulttuurin uhat*, s. 88–89, *Lakimies* 1/2003, s. 81–89.

³¹ Ks. *Rolando Gaete*: *Human Rights and the Limits of Critical Reason*, s. 51–54. Dartmouth 1993.

tekniikaksi, jolla perusteiltaan kiistanalaiset ja tilannesidonnaisista punninnnoista riippuvat tulkintaongelmat määritetään jo etukäteen ratkaistuiksi.³²

Sama juridistekninen vaihtaminen voidaan kuitenkin toteuttaa myös muun aineellisoikeudellisen oikeudenalan asiantuntijakulttuurin suunnalta. Valtiosääntöoikeus ei ole ainoa oikeudenala, johon on helppo liittää imperialistisia, hallintaan pyrkiviä piirteitä. *Päivi Paaston* kritiikki Juha Karhun perusoikeuspainotteista varallisuus-oikeuden teoriaa kohtaan on tästä kuvaava esimerkki.³³ Paasto ei selvästikään hyväksy Karhun ehdotusta perusoikeusjärjestelmän asettamisesta varallisuus-oikeuden järjestelmän perustaksi omistuksen tilalle, vaan esittää sitä kohtaan voimakastakin arvostelua. Arvostelu nojautuu oikeastaan kahdelle perusteelle. Yhtäältä Paasto nostaa esille lähinnä tradition jatkamiseen ja käytännölliseen hyötyyn liittyvät näkökohdat perinteisen varallisuus-oikeudellisen käsitteistön merkityksestä. Paasto katsoo Karhun ehdotuksen muuttavan omistusoikeutta koskevien oikeuskysymysten tarkastelun pelkästään periaatteiden tilannekohtaiseksi punninnaksi, mikä on »kiistatta omiaan vähentämään yleisten oppien systemaattiseen perusfunktioon kuuluvaa ennakoitavuuden takaamista ilman että tilalle näyttäisi tarjoutuvan mitään tätä muutosta korvaavaa».³⁴ Omistus tulisikin Paaston mukaan ymmärtää juuri siten kuin analyttinen esineoikeus sen ymmärtää: absoluuttisuudelle ja yksinomaisuudelle rakentuvana peruskäsitteenä, josta ei suoraan johdeta mitään, mutta joka osoittaa *lähtökoh-tasäännön* erilaisten tekijöiden punninnalle ja oikeusperiaatteiden suhteille. Vasta tällöin oikeudellinen ratkaisutoiminta sekä nojautuu »oikeusyhteisön hyväksymään käsitteistöön ja oletuksiin» että pysyy rakenteeltaan »suhteellisen vaivattomasti hallittavissa».³⁵

Paaston toinen kritiikki on selvemmin valtiosääntöoikeudellinen, vaikei sitä sellaisena kenties olekaan tarkoitettu esittää. Hänen mukaansa nimittäin Karhun ehdotusta on syytä moittia siitakin, että se korvaa lainsäätäjän institutionaalista asemaa korostavan ja siten perusteeltaan demokraattisen ajatustavan jollakin muulla, toisin sanoen perusoikeuksilla. Viitattuaan ensin *Max Weberin* käsityksiin modernin oikeuden leimallisista piirteistä, Paasto korostaa lain demokraattisen säätämismenettelyn edelleenkin osoittavan institutionaalisen paikan ja tilan yleiselle keskustelulle sekä demokraattiselle arvojen punninnalle. Nimenomaan nämä menettelyt ovat samalla kansalaisille takeena siitä, että sää-

³² Ks. myös *Pirjatanniemi* 2005, s. 183.

³³ Ks. *Päivi Paasto*: Absoluuttinen ja eksklusiivinen omistusoikeus – yhäkö käypä käsite? *Lakimies* 7–8/2004 s. 1292, *Päivi Paasto*: Analyttinen vai perusoikeusrakenteinen varallisuus-oikeus? Teoksessa: Eva Tammi-Salminen (toim.): *Omistus, sopimus, vaihdanta – Juhlakirja Leena Kartiolle*, s. 123–144. Turku 2004 (Paasto 2004b) sekä *Päivi Paasto*: Varallisuus-oikeuden keskeiskäsitteistä modernin oikeuden rakennepiirteinä. Teoksessa *Tala ja Wikström* (toim.): *Oikeus – kulttuuria ja teoriaa* Juhlakirja Hannu Tolonen 2005, s. 153–170 Turku 2005.

³⁴ Ks. *Paasto* 2004, s. 1317.

³⁵ Ks. *Paasto* 2004, s. 1317.

detyt lait ovat kaikkein hyväksyttävissä. Muuta hyväksyttävyyden kriteeriä ei voida ajatella.³⁶

Vaikka Paaston esittämää kritiikkiä voitaisiin ehkä epäillä juuri sellaisesta asenteellisuudesta ja tietämättömyydestä, jota *Martin Scheinin* on pitänyt meillä yhtenä keskeisenä ihmisoikeusajattelun vastustamisen syynä,³⁷ tärkeämpää on nostaa esiin kaksi vastaväitettä. Ensinnäkin kritiikin valtiosääntöinen osa, siis siinä rakennettu teoria demokraattisen menettelyn merkityksestä lain hyväksyttävyyden takeena, sivuuttaa kokonaan länsimaisen valtiosääntöteorian keskeiset ja Paaston käsittelemän tematiikan kannalta olennaisen tärkeät tulkinnot perustuslaista lain menettelyllisenä ja sisällöllisenä ehtona. Tämä ei tarkoita, ettei Paaston Weber-vaikutteisilla väitteillä olisi lainkaan perustaa. Ne voivat päinvastoin olla hyvinkin päteviä sellaisessa oikeusvaltiossa, jossa demokraattiset menettelyt tuottavat oikeusjärjestyksen ainoan »ajateltavissa olevan»³⁸ hyväksyttävyyden takeen. Eri asia sitten on, ettei nykyhetken Suomi taikka mikään muukaan länsimaista perustuslakikäsitystä heijasteleva oikeusvaltio ole tällainen, kuten jokainen modernin valtiosääntöoikeuteen ja sen käytäntöihin perehtynyt voi huomata.

Toinen vastakritiikki kohdistuu esineoikeudellisen käsitteistön merkitykseen. Ei ole mitään syytä väittää, että Paaston käsitys analyttisen tradition mukaisesta esineoikeudellisesta omistuksen käsitteestä olisi jollakin tavalla deskriptiivisesti väärä kuvaus esineoikeuden itseymmärryksestä. Päinvastoin, kuvauksen alakohtaista pätevyyttä ei ole edes tarvetta epäillä. Silti käsitys on sekä oikeusjärjestyksen kokonaisuuden että valtiosäännön näkökulmasta kestämaton. Tuskin Paastokaan nimittäin kiistää sitä, ettei esineoikeudellinen doktriini voi estää omistusta koskevien ongelmien hahmottumista päällekkäisongelmina,³⁹ joissa samaa »omistuksen» soveltamistilannetta koskee esineoikeudellisen doktriinin ohella myös muu oikeudenala sille tyypillisine sääntelyineen ja oppeineen. Tällöin lainsäädännön legitimiisyyttä määrittävillä normeilla on vieläpä erityisasema. Esimerkiksi perustuslaki, kansainväliset ihmisoikeussopimukset taikka Euroopan unionin oikeus näyttäisivät varsin usein nousevan relevanteiksi tilanteissa, joissa ne edellyttävät poikkeamista tapaukseen muuten soveltuvan lainsäädännön tuottamista lopputuloksista. Kun paikallisesti soveltuvin normi ei aina kontrolloikaan lopputulosta, ja kun meillä ei yksinkertaisesti ole yleistä etukäteistä testiä sen osoittamiselle, mikä erilaisiin tapauksiin lähtökohtaisesti soveltuvista normeista lopulta muodostuu konkreettisessa tilanteessa ratkaise-

³⁶ Ks. *Paasto* 2004b, s. 142–143.

³⁷ Ks. *Martin Scheinin*: Kirja-arvio (vastaväittäjän lausunto) teoksesta Jukka Viljanen, *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law: A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, s. 551, *Lakimies* 3/2004, s. 549–559.

³⁸ *Paasto* 2004b, s. 142.

³⁹ Päällekkäisongelmista ks. *Pöyhönen* 1999, s. 10–11.

vaksi, muuttuvat oikeudelliset ratkaisut pakostakin jo lähtökohdiltaan asiayhteyssidonnaisiksi.⁴⁰ Vasta kussakin tilanteessa voidaan tarkemmin sanoa, mitä sääntöä tulee itse asiassa pitää juuri käsillä olevassa tapauksessa tarkastelua suuntavana lähtökohdana ja mitä pikemminkin sellaisena perusteena, joka oikeuttaa joko poikkeamaan pääsäännöstä tai ainakin rajoittamaan sen vaikutuksia. Kun näin on, liiallinen oikeudenalakeskeisyys ja oikeudenalahahmotuksesta johdettavat lähtökohtasäännöt saattavat peittää huomattavan joukon sellaisia näkökohtia, jotka oikeusjärjestyksen jonkin muun osan näkökulmasta vaativat välitöntä huomiota,⁴¹ ja joihin oikeudenalakohtainen doktriini ei juuri alakohdattaisena doktriinina ole edes loogisesti kykenevä vastaamaan.⁴²

Juuri tästä syystä myös *Markku Helinin* esitys »erityisen arvolatautuneen» perheoikeudellisen sääntelyn suhteesta perusoikeuksiin⁴³ on vaarassa vinoutua etukäteisesti. Helin näkyy nimittäin olettavan, että seksuaalisen suuntautuneisuuden perusteella ihmisiä erottelevankin parisuhde- ja hedelmöityshoitolainsäädännön arvolatautuneisuus määrittyy ennen muuta perhelainsäädännöllisen kytkennän kautta. Sitä vastoin perusoikeuksiin kytkeytyvät arvot tulisi olettaa merkitykseltään marginaalisiksi: ne ilmaisevat Helinin mukaan lähinnä moraalisia vähimmäisvaatimuksia, jotka täytettyään lainsäätäjät – ja mitä ilmeisimmin myös oikeusjärjestystä kannatteleva alakohdattainen eliitti⁴⁴ – olisi lähtökohtaisesti vapaa. Näin perheoikeudellisesti perinteisesti määrittävän lainsäädännön hyväksyttävyyttä määräytyisi suurimmaksi osaksi perheoikeudellisten arvojen kautta.⁴⁵

Tällaista oletusta ei voida mielestäni demokraattisessa oikeusvaltiossa kestävästi ylläpitää, ellei sitten oikeusjärjestyksen voida katsoa asettavan perhettä ja esimerkiksi miehen ja naisen välistä parisuhdetta jo yleisesti aivan erityislaatuisen suojan piiriin. Tämäkään ei tarkoita, ettei Helinin käsittelemissä tapauksissa relevanteilla perheoikeudellisilla arvoilla olisi mitään merkitystä: niiden merkitystä ei vain voi yleisellä tasolla priorisoida yli muiden oikeusjär-

⁴⁰ Ks. *Dworkin* 2006, s. 55. Vrt. esim. *Frederick Schauer*: *Playing by the Rules*, s. 211. Clarendon Press 1991.

⁴¹ Tästä samasta syystä johtuen Kaarlo Tuorin käyttämä lokaalin koherenssin käsite vaikuttaa ainakin valtiosääntöoikeudellisten normatiivisten sovellusten näkökulmasta varsin problematiselta, vaikka sillä saattaakin merkitystä yleisten kuvausten ja strategisten selitysten tasolla. Ks. *Kaarlo Tuori*: *Oikeudenalajaotus – Strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota*, s. 1221–1224, *Lakimies* 7–8/2004, s. 1196–1224.

⁴² Oikeudenalakohtainen doktriini lakkaa olemasta alakohdattainen doktriini sillä hetkellä, kun se väittää kykenevänsä ratkaisemaan myös eri alojen välisiä ristiriitoja.

⁴³ *Markku Helin*: *Perheoikeuden siveellinen luonne*, s. 1265–1266, *Lakimies* 7–8/2004 s. 1244–1266.

⁴⁴ Ks. *Markku Helin*: *Kieli oikeustodellisuuden rakentajana*, s. 50–51. Teoksessa *Antero Jyränki* (toim.), *Oikeus ja oikeudellinen ajattelu monikielisessä maailmassa*. Turku 1999.

⁴⁵ Ks. *Markku Helin*: *Perheoikeuden siveellinen luonne*, s. 1265–1266, *Lakimies* 7–8/2004 s. 1244–1266. Ks. myös *Tuori* 2008, s. 273.

jestyksen suojaamien arvojen.⁴⁶ Kun perustuslakimme asettaa esimerkiksi sukupuoliseen suuntautuneisuuteen perustuvat erottelut lähtökohtaisesti epäilyttäviksi koko oikeusjärjestyksen tasolla,⁴⁷ ei näin nostettavaa argumentaatiotaakkaa voida kestävästi torjua vain vetoamalla oikeudenalakohtaisiin arvoihin. Pikemminkin juuri syrjintäkiellon yleisyys ja ehdottomuus tekevät siitä tapauksen lähtökohtatilanteen, jonka kautta sääntelyä on arvioitava, perustui erottelu sitten minkä tahansa oikeudenalan tärkeinä pitämiin arvoihin.⁴⁸

Oikeudenaloja koskeva yhteyshakuisuus on siten välttämätöntä toteuttaa kahdessa suunnassa ja välttäen tarkasteluperspektiivin kiinnittämistä etukäteen oikeudenalojen välistä työnjakoa koskeviin oletuksiin. Tällöin oikeudenalojen välinen vuoropuhelu voidaan ymmärtää kanavaksi, joka yhtäältä uusintaa oikeusjärjestyksen perustavia valtiosääntöisiä jännitteitä lainsäätäjän suvereenisuuden ja perusoikeuksien takaamien oikeuksien välillä, mutta joka samalla mahdollistaa sekä perusoikeuksia koskevien vaatimusten että oikeudenalakohtaisesti täsmentyvien lainsäädännön tavoitteiden välittymisen avoimen ja periaatteellisen sekä etenkin Pekka Länsinevan painottamalla tavalla tasavertaisista asemista käytävän keskustelun kohteeksi.⁴⁹ Valtiosääntöoikeudellinen analyysi mahdollistaa kriittisen etäisyyden oikeudenalakohtaisten arvojen sellaiseen käyttöön, jota ei voida kokonaisuuden kannalta enää perustella. Toisaalta oikeudenalakohtaista perusoikeustarkastelua tarvitaan kyseenalaistamaan sellainen peukalosäännönmäinen valtiosääntödogmatiikka, jossa vaikeat tapauskohtaisia perusteluja edellyttävät moraalipunninnat pyritään ratkaisemaan ikään kuin etukäteen lukkoon lyödyn käsitteistön ja vakiintuneen oikeuskäytännön teknisenä sovelluksena.

2.3. Instituutioiden välisen dialogin mahdollisuus

Perinteinen normikontrolliajattelu pyrki hahmottamaan tuomioistuimet ja lainsäätäjän kilpailevina toimijoina, joiden välinen konflikti johtaa väistämättä jomankumman osapuolen arvovallan menetykseen. Periaatteelliselle jännitteelle rakentuva kontrolliajattelu hahmottaa valtiosääntöiset konfliktit sen sijaan läh-

⁴⁶ Ks. myös transseksuaalin oikeutta saada uusi sukupuolensa merkityksi väestötietojärjestelmään koskeva KHO 2009:15, jossa asiallisesti ottaen on viimekädessä kysymys Helinin viittaamista perheoikeudellisista arvoista, mutta jonka argumentaatiota tuskin voidaan luonnehtia ensisijaisesti perheoikeudelliseksi.

⁴⁷ Ks. esim. *Martin Scheinin*: Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kieltö, s. 242–244. Teoksessa *Hallberg et. al.*: Perusoikeudet. Juva 1999, s. 231–261.

⁴⁸ Lähtökohta-asetelmasta ei luonnollisestikaan seuraa, että lähtökohdan mukainen periaate ratkaisee tapauksen lopputuloksen. Päinvastoin se voidaan tosiasiallisissa käytännöissä sivuuttaa joko perustellusti tai perusteettomasti. Ks. kyseenalaisista ratkaisuisista esim. PeVL 15/2001 vp ja PeVL 59/2002 vp sekä PeVL 16/2006 vp ja PeVL 25/2006 vp. Vrt. esim. PeVL 38/2006 vp sekä *Maija Sakslinin* asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle 13.6.2006 hallituksen esityksestä laiksi hedelmöityshoidoista (HE 2/2006 vp).

⁴⁹ Ks. *Länsineva* 2004, s. 274–285.

tökohtana entistä perusteellisemmalle argumentaatiolle perustuslain sisältöä koskevassa keskustelussa. Toimiva instituutioiden välinen dialogi on tämän keskustelun eräs ilmenemismuoto, jolla on erityisesti Kanadan valtiosääntökulttuurissa ollut huomattava merkitys sikäläisen perustuslakikontrollin oikeuttajana ja monessa suhteessa koko sikäläisen doktriiniin institutionaalisisena lähtökohtana.⁵⁰

Suomessa kehitys on tältä osin ollut lähinnä orastavaa ja mahdollisuuksia osoittavaa. Tuomioistuimet eivät joitakin yksittäisiä poikkeuksia⁵¹ lukuun ottamatta nojautu perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntöön, muttei myöskään perustuslakivaliokunta näyttäisi kokevan tarvetta kotimaisen tuomioistuinikäytännön valtiosääntöoikeudelliseen arviointiin.⁵²

Konkreettisinta esimerkkiä valtiosääntödialogin mahdollisuuksista joudutaankin hakemaan varsin erikoislaatuista lainsäätämistilanteesta, jota on suomalaisessa valtiosääntötutkimuksessa vieläpä yleensä luonnehdittu kriittiseen sävyyn arvovaltakonfliktiksi.⁵³ »Konflikti» syntyi siitä, että korkein oikeus ja perustuslakivaliokunta omaksuivat erilaisen tulkinnan arpajaislain (1047/2001) erään säännöksen ja Ahvenanmaan itsehallintolain (1144/1991) välisestä suhteesta.⁵⁴

Säännöksen tausta nojautui hallituksen esitykseen HE 197/1999 vp, josta perustuslakivaliokunta antoi lausunnot PeVL 23/2000 vp ja PeVL 22/2001 vp. Se sisällytti lausuntoon 22/2001 vp itse muotoilemansa säännösehdotuksen, jonka se katsoi täyttävän Ahvenanmaan itsehallintolain vaatimukset. Lain vahvistamisvaiheessa tasavallan presidentti päätti kuitenkin perustuslain 77 §:n nojalla pyytää korkeimman oikeuden lausunnon juuri perustuslakivaliokunnan ehdottamien säännösten suhteesta Ahvenanmaan itsehallintolakiin. Korkein oikeus katsoi puolestaan lausunnossaan 29.8.2001/nro 1625 (KKO 2001:79), että säännökset eivät olleet sopusoinnussa Ahvenanmaan itsehallintolain mukaisen valtakunnan ja maakunnan välisen toimivallan jaon kanssa. Korkeimman oikeuden

⁵⁰ *Kent Roach: The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*, s. 9–15. Irwin Law 2001.

⁵¹ Perustuslakivaliokunnan ratkaisuilla on ollut merkitystä etenkin PL 106 §:n etusijasäännöksen alaan kuuluvissa tapauksissa. Samalla valiokunnan yksittäiset lausunnot ovat saaneet lähinnä muodollista sitovuutta muistuttavan merkityksen. Ks. valiokunnan lähestymistavan kriittikistä esim. *Tuomas Ojanen: KHO 2007:77 – Pro fisco, contra legem constitutionalem*, s. 310. *Lakimies 2/2008* s. 299–310.

⁵² Ks. kuit. PeVL 3/2000 vp ja PeVL 30/2006 vp. Perustuslakivaliokunta viittaa varsin usein ihmisoikeussopimusten valvontaelimien samoin kuin EY-tuomioistuinten ratkaisukäytäntöön. Tämä selittyy sillä, että kyseisiä valvontaelimiä, eikä perustuslakivaliokuntaa, pidetään kunkin sopimusjärjestelmän auktoritatiivisena tulkitsijana.

⁵³ Ks. *Viljanen 2005*, s. 315.

⁵⁴ Rakenteellisesti vastaava asetelma syntyi hiljattain myös tilatukijärjestelmän tukioikeuksia koskevan sääntelyn ympärille, kun Euroopan yhteisöjen komissio esitti, että perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella (ks. PeVL 25/2005 vp, s. 2–4) säädetyt tilatukijärjestelmän täytäntöönpanoa koskevat säännökset ovat yhteisön oikeuden vastaisia. Ks. HE 52/2007 vp sekä PeVL:t 4/2008 vp ja 18/2008 vp.

kannasta seurasi, että arpajaislain säätämisyjärjestykseen olisi ollut sovellettava Ahvenanmaan itsehallintolain 69 §:n 1 momentin mukaista säätämisyjärjestystä, eikä siis tavallista lain säätämisyjärjestystä, kuten perustuslakivaliokunta oli lausunnoissaan katsonut. Vahvistamatta jääneen arpajaislain palauduttua eduskuntakäsittelyyn perustuslakivaliokunnalta pyydettiin uusi lausunto (PeVL 36/2001 vp), jossa se katsoi lain olevan korkeimman oikeuden kannasta huolimatta säädettävissä tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä.

Prosessin loppuvaiheessa annettu perustuslakivaliokunnan lausunto on *kaksijakoisuudessaan* mielenkiintoinen. Suurin osa lausunnosta käsittelee esikysymyksenomaisesti korkeimman oikeuden lausunnon ja erityisesti sen perustuslakivaliokunnan kannasta poikkeavan käsityksen sitovuutta. Korostettuaan ensin perustuslain 74 §:n sekä perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen perusteluiden ilmaisemaa kantaa perustuslakivaliokunnan keskeisestä asemasta perustuslain mukaisuuden valvojana valiokunta katsoo olevan »selvää, että korkeimman oikeuden lain vahvistamisvaiheessa tasavallan presidentille antama lausunto ei sido eduskuntaa ja että perustuslakivaliokunta ratkaisee eduskuntatyössä, onko eduskuntaan palautunut arpajaislaki sopusoinnussa Ahvenanmaan itsehallintolain kanssa».⁵⁵

Kiinnostavaa ja tärkeää kuitenkin on, että todettuaan auktoriteettinsa valiokunta ryhtyy kaikesta huolimatta keskustelemaan korkeimman oikeuden kanssa sen esittämien perustelujen materiaalis oikeudellisesta merkityksestä. Vaikka perustuslakivaliokunnan perustelut eivät tältä osin ole kovin vakuuttavat vaan pikemminkin aineellisoikeudellisesti problemaattiset,⁵⁶ olennaista valtiosääntö-

⁵⁵ PeVL 36/2001 vp.

⁵⁶ Ks. myös *Martin Scheininin* (20.9.2001) ja *Mikael Hidénin* (21.9.2001) asiantuntijalausunnat perustuslakivaliokunnalle 20.9.2001. Sekä Scheinin että hieman epävarmemmin myös Hidén katsovat, että perustuslakivaliokunnan toimintamahdollisuudet riippuvat yksinkertaisesti siitä, mitä perustuslain voidaan käsillä olleessa tapauksessa *aineellisoikeudellisesti* edellyttävän. Tällöin korkeimman oikeuden lausunto voitaisiin periaatteessa sivuuttaa valtiosääntöoikeudellisen argumentaation kautta – perustelemalla miksi korkeimman oikeuden tulkinta Ahvenanmaan itsehallintolaista on virheellinen ja perustuslakivaliokunnan oma aiempi tulkinta oikea. Sekä Hidénin että etenkin Scheininin mielestä tätä mahdollisuutta ei kuitenkaan asiallisesti ottaen ollut: arpajaisia Ahvenanmaan maakunnassa toimeenpaneville voitiin säätää toimeenpanoon liittyviä hallinnollisia velvoitteita, mutta Ahvenanmaan itsehallintolaista seurasi, ettei tätä sääntelyä yksinkertaisesti saanut toteuttaa lailla, kuten perustuslakivaliokunta ehdotti, vaan ainoastaan joko maakuntalailla tai Ahvenanmaan itsehallintolaista poikkeamiselle säädetyssä järjestyksessä. Vrt. etenkin *Antero Jyrängin* (21.9.2001) ja *Veli-Pekka Viljasen* (21.9.2001) asiantuntijalausunnat, joissa tapauksen aineellisoikeudellista ratkaisua haetaan *viimekädessä* perustuslakivaliokunnan ensisijaista perustuslaintulkintatoimivaltaa ja arvovaltaa koskevista lähtökohdista. Ks. tältä osin myös *Jyränki* 2003, s. 411–414. Vaikka itse pidänkin perustuslakivaliokunnan aineellisoikeudellista tulkintaratkaisua oikeudellisesti ongelmallisena, on valiokunnan menettely sinänsä varsin ymmärrettävää. Jos sen lausuntoon sisältyneitä ja reaalielisen argumenttien kaltaisia näkökohtia parempia argumentteja ei ollut käytettävissä, muunlaisen kannan omaksuminen olisi edellyttänyt sen vastikään tekemän tulkintaratkaisun myöntämistä virheelliseksi, mikä olisi ollut vähintäänkin epätavanomaista. Korostan kuitenkin, ettei tällä ymmärrettävällä piirteellä ole mitään tekemistä ratkaisun oikeudellisen perusteluvuuden kannalta.

dialogin näkökulmasta on, että valiokunta ylipäättään pyrkii vastaamaan korkeimman oikeuden esittämiin argumentteihin. Koko menettelyhän olisi voinut kulkea kokonaan toista rataa. Korkein oikeus olisi jo omassa lausunnossaan saattanut asettaa perustuslakivaliokunnan siihen auktoritatiivisen tulkitsijan asemaan, johon valiokunta itsensä myöhemmässä lausunnossaan asetti, jolloin perustuslain 77 §:n mukainen lausuntoinstituutio olisi muuttunut lähinnä symboliseksi. Vastaavasti perustuslakivaliokunnalla olisi varsin hyvin ollut tilaisuus todeta asian tulleen yksiselitteisesti ratkaistuksi jo kertaalleen, jolloin asian käsitteleminen uudessa lausunnossa ei olisi ollut tarpeen, ehkei edes sallittukaan.

On tietysti kyseenalaista, missä määrin yksittäisestä varsin epätyypillisestä, Ahvenanmaan itsehallintolakiin ja perustuslain 77 §:n lausuntomenettelyyn liittyvästä ratkaisusta voidaan vetää pitkälle meneviä ja normaaleihin oikeuskäytäntöihin sovellettavia valtiosääntöoikeuden yleisten oppien taseisia tulkintoja. Jotain kuitenkin osoittaa, että perustuslakivaliokunta ei arpajaislakiasian viime vaiheessakaan tyytynyt ratkaisemaan asiaa pelkästään auktoriteettiasemansa nojalla, vaan esitti kantansa tueksi myös materiaalisia lisäperusteluja. Ovi aidolle normatiiviselle vuoropuhelulle jäi siten ainakin raolleen.⁵⁷

Valtiosääntöiselle vuoropuhelulle saattaa jatkossa olla enenevästi tarvetta. Perustuslakivaliokunnan avoimeksi jättämään mahdollisuuteen voidaan esimerkiksi sovittaa sellaisia perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen soveltamisratkaisuja, joissa ilmeisesti perustuslainvastaisena jätetään soveltamatta lain säännös, jota koskeva valtiosääntöinen epäkohta on sääntelyn luonteesta johtuen yleinen eikä selvästikään vain yksittäistapaukselliseen soveltamistilanteeseen liittyvä. Tyypiesimerkkejä tällaisista tilanteista olisivat esimerkiksi korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen KHO 2008:25 kaltaiset tapaukset, joissa sovellettavaksi tulevaan ja vieläpä ennen perusoikeusuudistusta säädettyyn lakiin sisältyy yksilön oikeuksia ja velvollisuuksia koskeviin päätöksiin ulottuvia valituskieltoisäännöksiä, joita on sittemmin valtiosääntökäytännöissä pidetty perustuslain 21 §:n 1 momentin vastaisina.⁵⁸ Sen lisäksi, että tuomioistuimen kuuluu jättää tällainen säännös joko perusoikeusmyönteisen tulkinnan tai perustuslain 106 §:n nojalla soveltamatta, lainsäätäjällä voidaan olettaa olevan jo perustuslain 22 §:n yleisen turvaamisvelvoitteen johdosta velvollisuus ryhtyä oikeustilan korjaaviin lainsäädäntötoimenpiteisiin. Mitään estettä tässä prosessissa ei edes institutionaalisen

⁵⁷ Perustuslakivaliokunnan vastaanottokykyä kuvastaa sekin, että myös oikeustieteen piirissä käyty kriittinen keskustelu turvallisuusperusoikeuden asianmukaisesta sisällöstä johti perustuslakivaliokunnassa ainakin osittaiseen linjantarkistukseen. Ks. *Tuori* 2007, s. 260–261. Ks. myös *Kaarlo Tuori: Yleinen järjestys ja turvallisuus – perusoikeusko?* Lakimies 1999, s. 920–931 ja *Viljanen* 2001, s. 159–162. Tosin vaikutusta saattaa olla silläkin, että kriittiset keskustelijat olivat juuri niitä asiantuntijoita, joita perustuslakivaliokunta säännönmukaisimmin lakiehdotuksia käsitellessään muutenkin kuulee.

⁵⁸ Ks. esim. PeVL 12/2002 vp.

arvovallan tai demokratian⁵⁹ kannalta pitäisi olla siinä, että asian tullessa mahdollisesti perustuslakivaliokunnan käsiteltäväksi se lausunnossaan viittaisi voimassa olevan sääntelyn oikeuskäytännössä aiheuttamiin oikeudellisiin ongelmiin ja pyrki esittämään oman kantansa niiden valtiosääntöoikeudellisesta merkityksestä.

3. Tasapainoa toteuttavat rakenteet

3.1. Aluksi

Oikeuskulttuuriset näkökohdat eivät yksinään kykene takaamaan käytäntöjen kehittymistä perustuslain taustaperiaatteiden näkökulmasta tasapainoisella tavalla. Sen ohella tarvitaan sekä demokraattiseen päätöksentekoon että perusoikeuksien toteuttamiseen yhtäläisesti kiinnittyviä ja tässä mielessä *normatiivisesti kaksitahoisia* institutionaalisia järjestelyjä. Oikeudellisten käytäntöjen osalta tällaisina järjestelyinä on syytä nostaa esiin perus- ja ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan periaatteiden ja perustuslain 106 §:n etusijasäännöksen muodostama kokonaisuus. Lainsäädäntöprosessien kannalta vastaavalla tavalla olenaisessa asemassa ovat poikkeuslakien välttämisen periaate ja perusoikeuksien rajoitusedellytykset.

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

Samalla tarkastelua on mahdollista suunnata tasapainotilaa horjuttaviin tendenseihin. Järjestelyjen normatiivisesta kaksitahoisuudesta nimittäin seuraa, että ne mahdollistavat jo määritelmänkin mukaan sekä perusoikeuksien turvaamista että lainsäätäjän suvereenisuutta korostavien argumenttien pätevän esittämisen. Riskinä on, että kun keskeiset valtiosääntöoikeudelliset järjestelyt jättävät valtiosäännön periaatteelliset jännitteet vaille etukäiteistä ratkaisua, niiden puitteissa toimiva konkreettiset käytännöt ovat jatkuvassa vaarassa suistua järjestelyjen periaatteellisiin ääripäihin.⁶⁰ Jos demokraattisen päätöksenteon legitimoivaa vaikutusta korostetaan liikaa, typistyvät muodollisesti valtiosääntöoi-

⁵⁹ Tuomioistuinratkaisujen argumentaatio ja oikeudelliset prosessit yleensäkin voidaan siten käsitellä yhdeksi demokraattisen kansalaiskeskustelun tapahtumapaikaksi, joka ei niin ollen ole missään välttämättömässä ristiriidassa demokratian kanssa. Ks. näiltä osin myös *Jussi Syrjänen*: Oikeudellisen ratkaisun perusteista, s. 129–130. Jyväskylä 2008.

⁶⁰ Ks. myös *Tushnet* 2008, s. 36–41.

keudellisena normikontrollina esitettävät menettelyt herkästi vain lainsäätäjän suvereniteettia toistaviksi käytännöiksi, joissa alun perin puhtaan poliittinen päätöksenteko selitetään jälkikäteen perustuslainmukaisesti tai peräti sen edellyttämäksi. Jos taas tuomioistuimet päätyvät ylikorostamaan omaa perustuslaintulkintatoimivaltaansa kokonaan ohi lainsäätäjän tekemien poliittisten ratkaisujen, sivuutetaan samalla myös perustuslain poliittiselle päätöksenteolle asettamat demokraattisuuden vaatimukset, joiden merkitystä voi vielä pitää erityisen korostuneena juuri perustuslain kattamien painoarvoltaan merkittävien periaatteiden alueella. Normikontrollikäytännöt on siis nytkin alistettava jatkuvalla kriittiselle tarkastelulle. Olennaista kuitenkin on, että kritiikki perustetaan valtiosääntöperiaatteille ja niiden vastaperiaatteiden välisten konfliktien ymmärtämiselle, ei näitä jännitteitä koskevalle etukäteiselle sisällölliselle ratkaisulle.

3.2. Lain perustuslainmukainen tulkinta ja perustuslain etusija keskustelemina kontrollimuotoina

Suoraan sovellettavat ja voimassa olevan lain kanssa potentiaalisesti ristiriitaan johtavat perus- ja ihmisoikeudet sopivat suomalaisen valtiosääntöoikeuden traditioon lähtökohdiltaan varsin huonosti: ne tuottavat oikeudelliselta statukseltaan vahvoja sisällöllisiä argumentteja, jotka ovat omiaan haastamaan lainsäätäjän muodollisen suverenisuuden välittömin oikeudellisin ja poliittisin vaikutuksin. Oikeuksien tehokkuuteen ei pyrittykään Suomessa alun alkaen ehdottomin etusijasäännöksiin vaan asteen lievemmin ratkaisun, edellyttämällä lakien perustuslain ja ihmisoikeussopimusten mukaista tulkintaa. Perusoikeusuudistuksen yhteydessä periaate esitettiin nimenomaan täydennykseksi silloin vielä vallinneeseen kieltoon tutkia lakien perustuslainmukaisuutta: tuomioistuimilla oli perustuslakivaliokunnan mukaan tutkimiskiellosta riippumatta velvollisuus valita perusteltavissa olevista laintulkintavaihtoehdoista sellainen, joka parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoituksen toteutumista ja joka eliminoi perustuslain kanssa ristiriitaisiksi katsottavat vaihtoehdot.⁶¹

Ratkaisu lainsäätäjän suverenisuuden ja oikeuksien väliseen jännitteeseen oli toisin sanoen varsin samanlainen kuin tapa, jolla vastaava konflikti ratkaistiin Uudessa Seelannissa *Bill of Rights Actia* säädettäessä ja johon sittemmin päädyttiin myös brittien *Human Rights Actin* myötä⁶²: vaikka oikeudet eivät muodollisesti syrjäytä voimassa olevaa lainsäädäntöä, eikä tuomioistuimilla ole oikeutta kumota lakeja perustuslainvastaisina, voimassa olevaa lainsäädäntöä on kuitenkin yleisesti tulkittava mahdollisimman pitkälle perus- ja ihmisoikeuksien mukaisesti. Näin perusoikeuksien tehokkuutta saatettiin lisätä tavalla, joka lähtökohtaisesti kunnioittaa myös lainsäätäjän asemaa.

⁶¹ Ks. PeVM 25/1994 vp, s. 4.

⁶² Ks. esim. *Tushnet* 2008, s. 25–31.

Tulkinnallista kontrollia koskevat valtiosääntöperiaatteet jättävät tyypillisesti avoimeksi sen, kuinka pitkälle lakia voidaan oikeastaan perustuslain valossa tulkita. Toisaalta niiden myötä mahdollistuvaa konfliktia lainsäätäjän ja tuomioistuinten välillä ei näyttäisi olevan syytä pitää ainakaan yhtä selvänä verrattuna tilanteisiin, joissa tuomioistuimille annetaan yksiselitteinen toimivalta julistaa laki tai sen tietty säännös perustuslainvastaisena pätemättömäksi. Tulkinnallisesta epävarmuudesta huolimatta omaksuttu ratkaisu näyttääkin toimineen valtioelinten välisen toimivallanjaonkin näkökulmasta varsin hyvin. Oikeudelliset käytäntömme ovat 1990-luvun alusta lähtien selvästi perus- ja ihmisoikeudellistuneet ilman, että samalla olisi ajauduttu merkittäviin konflikteihin lainsäätäjän poliittisen päätöksentekovallan kanssa.⁶³

Kun perusoikeusmyönteinen tulkintaperiaate näyttäisi mahdollistaneen perusoikeus- ja demokratiatarpeiden yhtäaikaisen toteutumisen ainakin lähtökohdiltaan ongelmattomasti, suomalaisen normivalvontajärjestelmän viimeisintä institutionaalista käännettä edustava perustuslain 106 §:n etusijasäännös näyttää väkisinikin johtavan valtiosääntöisen tasapainon horjumiseen. Säännös mahdollistaa yksiselitteisesti lain säännöksen soveltamatta jättämisen perustuslain nojalla. Tämä oli myös sääntelyn tavoite: esitöiden perusteella säännöksellä pyrittiin varmistamaan, ettei ratkaisun lopputulos yksittäisessä oikeustapauksessa ole siinä soveltamistilanteessa ilmeisesti perustuslain vastainen.⁶⁴

Kyse ei kuitenkaan ole pidäkkeettömästä normikontrollivaltuudesta. Etusijan antaminen on mahdollista ainoastaan niin sanotuissa ilmeisissä ristiriitatilanteissa, jolloin vaikutusta on siltäkin, miten perustuslakivaliokunta on arvioinut käsillä olevassa tapauksessa relevantin lain perustuslainmukaisuutta.⁶⁵ Myös etusijasäännöksen yksittäistapauksellista sovellettavuutta ja käsillä olevaan tapaukseen rajautuvia vaikutuksia koskevat vaatimukset asettavat tuomioistuinten vallankäytölle juuri lainsäätäjän hyväksi toimivia pidäkkeitä.

Niin ollen etusijasäännöskin näyttäisi sisältävän heikoille kontrollimalleille ominaiseen tapaan viittauksia sekä perusoikeuksien turvaamisen tärkeyteen että lainsäätäjän keskeiseen asemaan perusoikeuksien toteuttajana ja turvaajana. Jos

⁶³ Ks. esim. OMTR 2002:8, Selvitys perustuslakiuudistuksen toimeenpanosta. Perustuslain seurantatyöryhmän mietintö, s. 28–29.

⁶⁴ Ks. PeVM 10/1998 vp, s. 30.

⁶⁵ On syytä korostaa, ettei ilmeisyysvaatimus tai muunkaltainen tuomioistuinten pidättyvyttä osoittava perustuslainsäännös ole edellytys tässä puolustettavalle keskustelevalle perustuslakikontrollille. Muun muassa Kanadan esimerkki osoittaa, että lainsäätäjä kykenee säilyttämään merkittävän aseman perustuslaintulkintakysymyksissä, vaikka perustuslakikontrollia koskeva perustuslainsäännös asettaisi muodollisesti ottaen tuomioistuimet hyvinkin vahvaan asemaan. Ottaen huomioon perustuslakivaliokunnan traditionaalisen aseman samoin kuin suomalaisen valtiosääntökulttuurin vahvat sidokset parlamentaariseen demokratiaan pidän itse asiassa todennäköisenä, ettei ilmeisyysvaatimuksen poistaminen perustuslain 106 §:stä heikentäisi lainkaan perustuslakivaliokunnan asemaa valtiosääntömme kokonaisuudessa. Ks. myös Oikeusministeriön työryhmämietintö 2008:8. Perustuslaki 2008 -työryhmän muistio, s. 60–62 samoin kuin muistioon sisältyvä *Tuomas Ojasen* selvitys PL 106 §:n toimivuudesta ja muutostarpeista, s. 134–151.

tämä lähtökohta otetaan vakavasti, etusijasäännöksen soveltamisharkinta on si-dottava tapauskohtaisesti haettavaan tasapainoon: keskustelevan normikontrol-limallin osana perustuslain etusijasäännöstä ei voida jättää soveltamatta pelkäs-tään sillä perusteella, että lainsäätäjät on jo lakia hyväksyessään katsonut lain vastaavan perustuslakia; toisaalta lain säännöksen soveltamisen suhdetta perus-tuslakiin ei voi myöskään arvioida vapaasti ottamatta lainkaan huomioon lain-säädäntöprosessissa perustuslaista yleisesti ja sovellettavana olevan lain perus-tuslainmukaisuudesta erityisesti esitettyjä käsityksiä.

Tällaisten vaatimusten toteuttamiseen ja ratkaisun asianmukaisuuden jälki-käteiseen kontrollointiin ei luonnollisestikaan ole olemassa tarkkoja mekanisti-sia sääntöjä. Jotain voidaan silti sanoa. Ratkaisun kontrolloitavuus edellyttää yksinkertaisesti vakuuttavia ja periaatteellisesti johdonmukaisia perusteluita, jotka tässä tapauksessa on pyrittävä kirjoittamaan perustuslain *kokonaisuuden eikä siis sen jonkin yksittäisen periaatteen taikka yksittäisen organin aiemman kannan* kannalta parhaalla mahdollisella tavalla. Tasapainon saavuttaminen on puolestaan kiinni ennen muuta siitä tulkinnallisesta perspektiivistä, jonka suun-nalta tapauksen valtiosääntöoikeudellista merkitystä lähdetään hahmottamaan. Auktoriteettiin nojautuva kontrolli-ideologia suuntaisi huomionsa institutionaa-lisiin valintoihin ja niiden tuottamiin oletuksiin siitä, mille instituutiolle perus-tuslaintulkintavalta ensisijaisesti kuuluu ja pyrkisi määrittelemään tapauksen mahdolliset ratkaisut tuon valinnan ehdoilla. Keskusteleva kontrolli-ideologia sen sijaan pyrkisi ensisijaisesti perustuslain edellyttämään aineellisoikeudelli-seen ratkaisuun, mutta kiinnittäisi samalla huomiota lainsäätäjän tekemiin pe-rustuslaintulkintoihin ja lain tavoitteiden valtiosääntöoikeudelliseen merkityk-seen.

Isyyslain (700/1975) järjestelmään sisältyvän kannerajoitussääntelyn tul-kintaa koskeva esimerkkitapaus selventää näkökulmaeron merkitystä. Korkein oikeus on joutunut useassa ennakkopäätöksessään⁶⁶ arvioimaan 1.10.1976 voi-maan tulleeseen ja lasten oikeudellisen yhdenvertaisuuden toteuttamiseksi sää-dettyyn isyyslakiin liittyvän voimaanpanolain (701/1975) suhdetta perus- ja ihmisoikeuksiin. Ongelmana on ollut, että voimaanpanolaki asettaa isyyskan-teen nostamiselle kaksi muodollista ehtoa, jotka eivät lähtökohtaisesti ota hu-mioon isyyslain yhdenvertaisuuden edistämiseen liittynyttä päätavoitetta eivät-kä niin ollen myöskään vastaavia perus- ja ihmisoikeusnormeja lasten oikeuk-sista. Lain 7 §:n mukaan isyyden vahvistamista koskeva kante on pantava vi-reille viiden vuoden kuluessa isyyslain voimaantulosta. Kannetta ei kuitenkaan voida nostaa, jos mies on kuollut.

Ennakkopäätösten sarjan viimeisessä tapauksessa KKO 2003:107 oli kysy-mys ennen isyyslain voimaantuloa syntyneen A:n nostamasta isyyden vahvista-

⁶⁶ Ks. KKO 1984 II 95, KKO 1993:58 ja KKO 2003:107.

miskanteesta, joka oli nostettu sekä 7 §:ssä mainitun määräajan että isän kuoleman jälkeen. Korkeimman oikeuden mukaan kannerajoituksen soveltaminen ei ollut ristiriidassa perustuslain 6 §:n 2 momentissa säädetyn syrjinnän kiellon kanssa ja kanne tuli jättää tutkimatta. Näin korkein oikeus päätyi ainakin yhdenvertaisuuden näkökulmasta toiseen lopputulokseen kuin aiemmissa ratkaisuisaan, joissa kannerajoitussääntely on jätetty käytännössä valtiosääntöisesti analogisissa tilanteissa soveltamatta.

Korkeimman oikeuden saavuttamaa lopputulosta on syytä tulkita sen taustalle valikoituneen tulkinnallisen asetelman valossa. Kun esittelijän mietinnössä oli ehdotettu isyyslain voimaanpanolain soveltamatta jättämistä perustuslain 106 §:n nojalla, korkein oikeus päätyy päinvastaiseen lopputulokseen ikään kuin olettaen, ettei muita vaihtoehtoja näiden kahden ääripään välillä ollut oikeudellisesti käytössä: joko laki oli ilmeisen perustuslainvastaisena jätettävä soveltamatta tai sitten sitä oli perusoikeus- ja ihmisoikeusnormeihin vilkuilematta sovellettava sanamuotonsa mukaisesti.⁶⁷ Kuten kuitenkin Martin Scheinin on osoittanut, ääripäiden lisäksi oli olemassa kolmaskin tulkintavaihtoehto, joka olisi ottanut huomioon sekä lain säätäjän isyyslaille osoittaman tarkoituksen että perus- ja ihmisoikeuksien kunnioittamiseen liittyvät vaatimukset.⁶⁸ Sekä isyyslaki että tapauksessa relevantit perus- ja ihmisoikeudet osoittivat samaan suuntaan: lasten oikeudellisen yhdenvertaisuuden turvaamiseen, minkä toteutumisen kannerajoituksen sanamuodonmukainen soveltaminen esti kantajan osalta lopullisesti⁶⁹ ja vain sen takia, että hän oli sattunut syntymään ennen 1.1.1976 eikä ollut nostanut kannetta viiden vuoden kuluessa tuosta ajankohdasta.⁷⁰ Isyyslain voimaanpanolain säännös olisi siis tullut jättää soveltamatta sekä isyyslain tarkoituksen perusteella että perus- ja ihmisoikeuksien vastaiseen lopputulokseen johtavana.

On vaikea nähdä, miksi Scheininin ehdottamaa ratkaisua tulisi välttämättä pitää vallanjoon ja demokratian kannalta ongelmallisena puuttumisena lainsäätäjälle kuuluvan lainsäädäntövallan käyttöön. Eikö ole päinvastoin niin, että perinteiseen ajattelun taipumus ylikorostaa lainsäätäjän suvereenisuutta ja muodollista ennakoitavuutta muiden valtiosääntöperiaatteiden ja niiden määrittämän sisällöllisen ennakoitavuuden kustannuksella tuottaa eräänlaisen näköharhan, joka pyrkii lähtökohtaisesti problematisoimaan sellaisetkin perusoikeussovellukset, jotka vastaavat sisällöllisesti soveltamatta jätettävän lain tarkoitusta? Sitä paitsi uusien normikontrollimuotojen taustalla oleva tasapainoajattelu näyttäisi nykyisten oikeudellisten käytäntöjen valossa joka tapauksessa edellyttävän ainakin jonkinasteista perusoikeuksien painotusta. Suoma-

⁶⁷ Ks. *Martin Scheinin*: KKO 2003:107 (oikeustapauskommentti), s. 541–542, *Lakimies* 3/2004, s. 532–543.

⁶⁸ Ks. *Scheinin* 2004, s. 542.

⁶⁹ Ks. *Scheinin* 2004, s. 539.

⁷⁰ Ks. myös *Scheinin* 2004, s. 539.

laisessa oikeuskulttuurissa sekä perustuslakivaliokunta⁷¹ että ylimmät tuomioistuimet⁷² vaikuttavat nimittäin kiistanalaisissa ja kiperissä tilanteissa edelleenkin korostavan lainsäätäjän harkintavallan laajuutta valtiosääntöoikeudellisen ratkaisun lähtökohtatilanteena. Niin kauan kuin tilanne säilyy tällaisena, tiettyä oikeuksien korostusta tarvitaan toteuttamaan valtiosääntöperiaatteiden lähtökohtaista samanarvoisuutta. Näin kyetään samalla luomaan pidäkkeitä etusijakäytäntöjen luisumiselle kokonaan lainsäätäjän suvereenisuutta korostaviksi käytännöiksi, joissa materiaalista perustuslainmukaisuutta valvotaan vain ni-meksi.

3.3. Poikkeuslakien välttämisen periaate ja valtiosääntöinen tasapaino

Poikkeuslaki-instituutio on muodostanut erään valtiosääntökulttuurimme oma-leimaisimmista piirteistä. Sen myötä kulloinkin vallassa olevalle parlamentille on annettu valta säätää perustuslain tekstiin kajoamatta siitä aineellisesti poik-keavia lakeja, jos eduskunnan määräenemmistö katsoo sen poliittisesti tarpeel-liseksi.

Poikkeuslakimahdollisuudesta ei luovuttu perustuslakia uudistettaessa, vaan se haluttiin säilyttää poliittisten realiteettien edellyttämän jouston varmistami-seksi myös perustuslakia koskevissa kysymyksissä.⁷³ Samalla esitöissä kuiten-kin korostettiin pidättyvää suhtautumista poikkeuslakimenettelyn käyttöön. Hallituksen perustuslakiesityksen mukaan mahdolliset ristiriidat perustuslain ja lakiehdotusten väliltä tulisi ensisijaisesti poistaa lakiehdotuksiin tehtävin muu-toksin sen sijaan, että lakiehdotus toteutettaisiin poikkeuslakina. Jos poikkeus-lain säätäminen osoittautuisi välttämättömäksi, tulisi poikkeus rajata vain vält-tämättömään kirjoittamalla se mahdollisimman tarkkarajaiseksi ja vähäisek-si.⁷⁴

Poikkeuslakien sallituiksi käyttötilanteiksi jäivätkin lopulta lähinnä kan-sainvälisten velvoitteiden voimaansaattamiset. Sen sijaan kotoperäinen käyttö jäi mahdolliseksi vain pakottavista syistä tapauksissa, jotka ovat niiden erityis-piirteiden vuoksi poikkeuksellisia. Linjaus oli suoraa jatkoa jo sitä edeltäneelle perustuslakivaliokunnan omaksumalle käytännölle, jossa lähtökohtana on ollut lakiehdotusten muuttaminen perustuslain edellyttämällä tavalla turvautumatta poikkeuslakimenettelyyn. *Veli-Pekka Viljanen* onkin katsonut, että kehitys hei-

⁷¹ Ks. esim. PeVL 16/2006 vp (Hallituksen esityksestä laeiksi hedelmöityshoidoista ja isyys-lain muuttamisesta), PeVL 15/2001 vp (Hallituksen esityksestä laiksi virallistetusta parisuh-teesta) ja PeVL 12/2002 vp (Hallituksen esityksestä laiksi ulosottolain muuttamisesta ja eräik-si siihen liittyviksi laeiksi)

⁷² Ks. *Juha Lavapuro*: Perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimuksen vaikutuksista oikeuskäy-tännössä, s. 585, Lakimies 4/2008, s. 582–611, ks. myös *Tuomas Ojanen*: KHO 2007:77 – Pro Fisco, contra legem constitutionalem. Lakimies 2/2008, s. 299–315.

⁷³ Ks. HE 1/1998 vp, s. 35.

⁷⁴ Ks. HE 1/1998 vp, s. 125.

jastaa erityisen poikkeuslakien välttämisen periaatteen vakiintumista osaksi valtiosääntöoikeudellista järjestelmäämme.⁷⁵

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

Ensinnäkin aiempi poikkeuslakidoktriini jätti poikkeuslain säätämisen riippumaan yksin riittävän laajan poliittisen tahdon olemassaolosta. Uusi perustuslaki sen sijaan mahdollistaa perustuslaista poikkeamisen, jos se katsotaan poliittisesti tarpeelliseksi, mutta tällöinkin poikkeamisen tarve on perusteltava aineellisoikeudellisesti. Perustuslaista poikkeaminen ei siten ole enää kokonaan poliittisen valinnan asia, vaikka poliittiselle harkinnalle onkin edelleen jätetty tilaa myös silloin, kun lopputulosta on syytä pitää aineellisesti perustuslainvastaisena.⁷⁶

Myös periaatteen merkitys normivalvonnan toteutustapoihin heijastaa uusille normikontrollimuodoille tyypillisiä mekanismeja. Se ohjaa lainsäätäjää pikemminkin korjaamaan lain eduskuntakäsittelyssä ilmenneet perustuslakiongelmien jo lainsäätämisaikana. Kyse on yksinkertaisesti siitä, että perustuslaista lainsäädäntöhankkeelle aiheutuvat puutteet voidaan korjata ilman, että alkuperäinen lainsäädännöllinen tavoite vaarantuu, mutta kuitenkin niin, että myös perusoikeusnäkökohdat otetaan huomioon.⁷⁷ Käsiteltävänä oleva lakiehdotus saattaa esimerkiksi rajoittaa oikeuksia enemmän kuin voidaan pitää välttämättömänä lain tavoitteen toteuttamiseksi, mikä on tyypillisesti korjattavissa kaventamalla lain soveltamisalaa asianomaiselta kohdilta.⁷⁸ Joskus taas esimerkiksi etuusia myöntävä lakiehdotus osoittautuu yhdenvertaisuusvaatimuksen kannalta soveltamisalaltaan liian kapeaksi siten, että osa etuuden saajiin nähden samassa asemassa olevia jää ilman hyväksyttävää perustetta sen ulkopuolelle.⁷⁹

Valtiosääntöoikeudellisen tasapainon kannalta olennaista on, että poikkeuslakien välttämisen periaate viittaa kahteen suuntaan. Se jättää kulloinkin vallassa olevalle lainsäätäjälle ainakin periaatteessa keskeisen roolin päätettäessä oikeusjärjestyksen sisällöstä myös perusoikeuksien kannalta herkällä alueella, mutta tekee sen tavalla, joka samanaikaisesti pyrkii ottamaan myös perusoikeuk-

⁷⁵ Ks. *Veli-Pekka Viljanen*: Poikkeuslakien välttämisen periaate, s. 962, *Lakimies* 6–7/1999, s. 961–972.

⁷⁶ Oikeudellisuuden ja poliittisuuden suhteista poikkeuslakitilanteissa ks. *Jaakko Husa*: Valtiosääntöoikeuden luonne, yleiset opit ja poikkeuslaki-instituutio – suuntaviivoja uudelle systematiikalle, s. 202–205, *Lakimies* 2/2007, s. 183–207.

⁷⁷ Ks. *Viljanen* 2001, s. 357.

⁷⁸ Ks. esim. PeVL 18/2007 vp.

⁷⁹ Ks. esim. PeVL 38/2006 vp.

sien lainsäätäjälle asettamat velvoitteet vakavasti. Näin prosessi, joka esimerkiksi Kanadan valtiosääntödoktriinissa toteutuu yleensä instituutioiden välisenä dialogina lainsäätäjän ryhtyessä korjaamaan Kanadan korkeimman oikeuden valtiosääntöisesti riitauttamaa lainsäädäntöä,⁸⁰ toteutuu meillä osittain lainsäätäjän sisäisenä päätöksentekona, osana eduskunnan perustuslakivaliokunnan harjoittamaa ennakkovalvontaa pyrittäessä välttämään valtiosääntöoikeudellisen ristiriidan ratkaisua poikkeuslailla.

3.4. Yleinen rajoitustesti ja perustuslakikontrollin kieli

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

Vertailevan valtiosääntötutkimuksen näkökulmasta perusoikeuksien rajoitustestiä näyttäisi olevan perusteltua hahmottaa myös osana normikontrollin järjestämistä koskevia institutionaalisia ratkaisuja. Esimerkiksi Kanadan valtiosääntödoktriinissa perusoikeuksien laintasoista rajoitettavuutta määrittävä säännös on muodostanut keskeisen väylän, jonka kautta perustuslaintulkintatoimivaltaa on kyetty hahmottamaan olennaisesti myös lainsäätäjälle kuuluvana valtana.⁸¹ Sama lähtökohta pätee myös suomalaiseen valtiosääntödoktriinin melkein pä itsestään selvällä tavalla. Kuten tunnettua, perustuslaki samoin kuin kansainväliset ihmisoikeussopimukset asettavat lainsäätäjän erityisasemaan määriteltäessä perus- ja ihmisoikeuksien rajoitettavuutta. Rajoituksista on säädetty nimenomaan lailla sekä klassisista oikeusvaltiollisista syistä että demokraattisesta kontrolloitavuudesta johtuen. Vaatimus yksilön oikeuksiin puuttuvien normien laintasoisesta sääntelystä siirtää puuttumistoimivaltuudet pois hallinnollisen mielivallan piiristä, mutta alistaa rajoituksista säätämisen samalla demokraattisen lainsäätämismenettelyn puitteissa avoimesti tehtäväksi.⁸²

Toisaalta pelkästään lailla säätäminen ei tee rajoituksesta hyväksyttävää, vaan lainsäätäjän on pystyttävä perustelevaan rajoittava sääntely myös sisällöl-

⁸⁰ Ks. *Roach* 2001, s. 263–282.

⁸¹ Ks. esim. *Peter W. Hogg & Allison Bushell: The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the, Charter Isn't Such a Bad Thing After All)*, s. 84–87. *Osgoode Hall Law Journal* 1997, s. 75–124.

⁸² Ks. *Viljanen* 2001, s. 68–69.

lisesti muiden rajoitusehtojen ja perusoikeuksien ehdottomuutta koskevien oppien edellyttämällä tavalla. Tämän tyyppiset sisällölliset rajat piirtyvät tietysti selkeimmillään silloin, kun rajoitustesti ei ole alkuunkaan käytössä, kuten ehdottomien oikeuksien soveltamisalueella sekä pyrittäessä puuttumaan perusoikeuksien ydinalueeseen.⁸³ Silti jo rajoitusten hyväksyttävyyden ja oikeasuhtaisuuden vaatimukset merkitsevät, että lainsäätäjän on pystyttävä perustelevaan oikeuksiin kohdistuva rajoitus myös aineellisoikeudellisesti.

Myös rajoitustesti viittaa siten kahteen suuntaan: se sekä osoittaa lainsäätäjälle erityisen aseman perusoikeuksien rajoittajana että pakottaa lainsäätäjän perustelevaan perusoikeuksien rajoitukset sisällöllisesti systemaattisen kriteeristön puitteissa ja kattavasti useiden eri osatekijöiden kannalta.⁸⁴

Suomen valtiosääntöoikeudellisissa käytännöissä rajoitustestillä onkin ollut ainakin kolme eri tyyppistä seurausta. Ensinnäkin rajoitustesti on mahdollistanut perustuslaintulkintaa koskevien perustelujen arvioitavuuden yleisesti johdonmukaisemmin kuin aiemman doktriinin kapeammat ja kasuistisemmat testityypit.⁸⁵ Toiseksi, rajoitustestiin sisältyvien vaatimusten kautta perustuslakivaliokunta on kyennyt perustelevaan rationaalisesti, miten sen käsiteltäviä olevia lakiehdotuksia tulisi aineellisesti muuttaa, jotta ne vastaisivat perustuslain asettamia vaatimuksia. Kolmas seuraus muutoksesta liittyy valiokunnan ratkaisujen auktoriteettiarvoon. Mitä rationaalisemmille perusteille oikeudellisten tulkintojen väitetään perustuvan, sitä enemmän konkreettien tulkintaratkaisujen pätevyyttä on syytä arvioida juuri tällaisten perusteiden eikä esimerkiksi pelkästään ratkaisua tekevän organin auktoritatiivisen aseman perusteella. Yleisten oppien tasoisena konstruktiona rajoitustesti tuottaa tavallaan *yhteisen kielen*, jonka myötä eri tasoilla tapahtuvien institutionaalisten käytäntöjen välinen normatiivinen vuoro-vaikutus ja keskinäinen arvioitavuus tulee ylipäätensä mahdolliseksi.

Yhteistä kriittistä kieltä tarvitaan myös torjumaan keskusteleviin normikontrollimenettelyihin yleisesti liittyvää ongelmaa: vaikka poikkeuslakien välttämisen periaate ja perusoikeuksien rajoitustesti lähtökohtaisesti pyrkivätkin turvaamaan sekä perusoikeuksien toteutumista että demokraattisen lainsäätäjän suverenisuutta, soveltamiskäytännöt saattavat tosiasiallisesti liukua yksipuolisesti toisen ääripään suuntaan. Ilman kriittistä tarkastelua poikkeuslakien välttämisen periaate ja rajoitustesti saattavat johtaa oikeustilaan, jossa perustuslain katsotaan edellyttävän vain säädettävien pykäliden terminologista hienosäätöä⁸⁶

⁸³ Ks. *Martin Scheinin*: Punninnasta ja ehdottomista kielloista terrorismia torjuttaessa. Teoksessa *Samuli Hurri* (toim.) *Demokraattisen oikeuden ehdot*. Helsinki 2008, s. 198.

⁸⁴ Ks. *Viljanen* 2001, 351.

⁸⁵ Ks. *Viljanen* 2001, s. 51–53.

⁸⁶ Vaikka terminologista hienosäätöäkin joskus tarvitaan, tilanne jossa lakien perustuslainmukaisuutta valvova instituutio keskittyy oleellisesti siihen, voi nähdäkseni muodostua aidoksi ongelmaksi perusoikeuksien asettamien vaatimusten näkökulmasta. Näin on silloin, jos tekninen hienosäätö tapahtuu työläämmän oikeasuhtaisuus- ja välttämättömyysvaatimusten kunnollisen kontrollin kustannuksella. Vrt. *Viljanen* 2001, s. 256–257 ja *Veli-Pekka Viljanen*:

ja jossa pelkästään rajoitusten hyväksyttävän päämäärän katsotaan oikeuttavan perusoikeuksiin puuttumiset perustuslain selvästä sanamuodosta riippumatta.⁸⁷ Tällöin ollaan palattu perinteiselle poikkeuslakidoktriinille ominaiseen ongelmaan: perustuslain materiaalisesta sisällöstä voidaan tinkiä, kunhan se tehdään oikeassa menettelyssä. Ainoa ero olisi, että nykyinen valtiosääntödoktriini sallisi tavallisella lailla säädettävän sellaisia perusoikeusrajoituksia, jotka aiempi doktriini olisi määrittänyt poikkeukseksi perustuslaista ja siten myös perustuslainsäätämisyjärjestystä edellyttäväksi.

4. Lopuksi: keskusteleva kontrolliajattelu ja yleisten oppien tehtävät

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

Vastaavia rakenteellisia elementtejä sisältyy myös perus- ja ihmisoikeuksien tulkinnallista harmonisointia koskeviin vaatimuksiin⁸⁸ ja esimerkiksi myöhempien lakien suhdetta niiden kanssa jännitteisiin ihmisoikeussopimusten määräyksiin määrittävään presumptiosääntöön.⁸⁹ Rakentuessaan pikemminkin valtiosääntöoikeudelliselle jännitteelle kuin tuon jännitteen etukäteiselle ratkaisuille, tällaiset valtiosääntönormit mahdollistavat parhaimmillaan lainsäädännön perustuslainmukaisuuden punnitun ja avoimesti argumentoidun arvioinnin. Toisaalta juuri jännitteisyys mahdollistaa myös toisensuuntaisen kehityksen, toisin sanoen normikontrollin degeneroitumisen hiljalleen joko lainsäätäjän suvereenisuutta tai perusoikeuksia yksipuolisesti vartioivaksi menettelyksi, jossa systemaattisesti häviölle jäävät argumentit vain oikeuttavat kokonaan muilla perusteilla tapahtuvan vallankäytön. Näiden uhkien torjumiseksi tarvitaan paitsi asianmukaisia valtiosääntöoikeudellisia rakenteita myös kypsää valtiosääntökulttuuria.

Myös valtiosääntöoikeuden alueen yleisillä opeilla on keskeinen rooli. Tässä suhteessa on kuitenkin syytä panna merkille eräs ongelma, joka liittyy yleis-

Onko eduskunnan asema lainsäädäntövallan käyttäjänä muuttunut, s. 1062, Lakimies 7–8/2005, s. 1050–1064.

⁸⁷ Ks. esim. PeVL 12/2002 vp, s. 3–4.

⁸⁸ Ks. *Veli-Pekka Viljanen*: Perusoikeusuudistus ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset. Lakimies 5–6/1996 s. 788–815.

⁸⁹ Ks. *Scheinin* 1991, s. 47.

ten oppien tehtäviin. Esimerkiksi *Tuori* on korostanut usein, että yleisissä opeissa on perinteisesti ollut mahdollista ottaa ennakoivasti kantaa oikeusjärjestyksen sisäisiin ristiriitoihin asettamalla periaatteet ja niiden vastinparit erilaisiin *prima facie* -luonteisiin etusijajärjestyksiin.⁹⁰ Kun koko keskustelevan kontrolliajattelun ideana on jättää valtiosääntöperiaatteiden ydinkonfliktit *vaille etukäteistä ratkaisua*, on syytä kysyä, miten valtiosääntöoikeuden alueen yleisten oppien tehtävät ja niistä johdetut sisällöt tulisi tällaisen lähtökohdan varassa jäsentää. Miten yleisten oppien tuottamaa oikeuden ennakoitavuutta tulisi arvioida tilanteessa, jossa nimenomaan abstrakti yleisen tason etusijajärjestys pyritään riitautamaan?

Nähdäkseni yleisiä oppeja on jo periaatteelliseen johdonmukaisuuteen liittyvistä syistä johtuen syytä toteuttaa uudessakin kontekstissa ainakin osin perinteisin muodoin. *Prima facie* -tyyppistä periaatteiden systematiikkaa tarvitaan, jotta yksittäistapauksellinen ratkaisutoiminta olisi ylipäättänsä asetettavissa osaksi laajempaa ja ennen kaikkea ennakoitavaa oikeudellista käytäntöä sivuuttamatta kuitenkaan kunkin tapauksen erityispiirteisiin liittyviä aineellisia oikeudenmukaisuusnäkökohtia.⁹¹ Olennaisempi kysymys koskeekin sitä, *mihin tällainen prima facie -luontoinen ja sellaisenaan asianmukaisin perusteluin kumottavissa oleva valtiosääntöperiaatteiden etusijajärjestys*⁹² tulisi nojata, jos samalla on oletettava, ettei konstitutionalismi yksinkertaisesti tarjoa yhtä yleistä vastausta sen sisäisten periaatteiden jännitteisiin.

Uusien normikontrollimuotojen lähtökohdana oli paitsi perustuslain jännitteisyyden sisäistäminen oikeudenalan keskeiseksi rakenteeksi, myös oletus tietynkaltaisen periaatteellisen tasapainon mahdollisuudesta ainakin kontekstisidonnaisesti merkitystä saavana normatiivisena ideaalina. Tältä kannalta katsoen myös valtiosääntöoikeuden alueen *prima facie* -tyyppiset etusijakonstruktiot olisi rakennettava sekä *konfliktuaalisuuden* että *tasapainotavoitteiden* eikä niinkään esimerkiksi periaatteiden keskinäistä suhdetta koskevien yleisen tason arvovalintojen varaan.⁹³ Valtiosääntöperiaatteiden keskinäinen *prima facie* -etusi-

⁹⁰ Ks. *Tuori* 2001, s. 200.

⁹¹ Ks. *Tuori* 2007, s. 123–124.

⁹² Korostan vielä, että tässä »etusijajärjestyksellä» ei tarkoiteta abstraktilla tasolla lukittua valtiosääntöperiaatteiden hierarkiaa, jonka puitteissa tärkeimmäksi määritelty periaate ratkaisisi kaikki myöhemmät valtiosääntöoikeudelliset konfliktit. Päinvastoin, koko artikkeli on kritiikkiä tällaista ajattelua kohtaan. Abstraktin etusijajärjestyksen kritiikki on kuitenkin pidettävä erossa täydellisestä kasuisuudesta, jossa oikeudellisen päätöksenteon normatiiviset sidonnaisuudet joudutaan kiistämään kokonaan. Katson, että *prima facie* -etusijajärjestystä koskevat konstruktiot heijastavat pyrkimystä jäsentää yleisten oppien toimintamekanismeja nimenomaan näiden ääripäiden väliltä. Kun kyse on vain *prima facie* -etusijajärjestyksestä, on se samalla kumottavissa hyvinkin herkästi, jos sivuuttamiselle osoitetaan käsillä olevaan tapaukseen liittyvä ja valtiosääntöperiaatteisiin aineellisesti nojautuva perusteltu syy. Toisaalta tällaisenaankin se mahdollistaa yleisille opeille yhden niiden luontevimmista tehtävistä, nimittäin oikeudellisten käytäntöjen normatiivisen kritiikin.

⁹³ Vrt. esim. *Tuori* 2007, s. 271–273. Ks. myös *Martti Koskeniemi*: Kirja-arvostelu Kaarlo Tuorin teoksesta *Oikeuden ratio ja voluntas*, s.121–122, *Lakimies* 1/2008, s. 119–164, jossa

jajärjestys yleisissä opeissa riippuu tällöin yksinkertaisesti siitä, kuinka hyvin olemassa olevat valtiosääntökäytännöt toteuttavat tätä tasapainoa. Mitä enemmän oikeudellisissa ja poliittisissa käytännöissä ylikorostetaan demokraattisen lainsäätäjän suvereenisuutta ohi perusoikeuksien toteuttamistarpeiden, sitä enemmän tulkintaa olisi jo yleisissä opeissa ohjattava perusoikeuksia painotta-vaan suuntaan. Ja vastaavasti: mitä enemmän samat käytännöt korostavat yksilöllisiä oikeuksia ohi demokraattisten tarpeiden, sitä enemmän yleisten oppien tulisi suunnata huomiota kansanvaltaisuutta tukevien edellytysten valtiosääntöissä käytännöissä. Osaltaan tällainen yleisten oppien käyttö on ollut valtiosääntökulttuurillemme tyypillistäkin. Perus- ja ihmisoikeuskulttuurin murros ei välttämättä olisi ollut mahdollinen ilman sellaisia oikeusperustaisen oikeusajattelun painotuksia, jotka eivät kenties olisi yhtä mielekkäitä jossakin muussa oikeuskulttuurisessa kontekstissa.

Mitä sitten pidetään asianmukaisena tasapainona, on tietysti tulkinnanvaraista ja jatkuvaa kriittistä keskustelua edellyttävää. Itse katson, että nykykäytäntöjä näyttäisi edelleenkin leimaavan pikemminkin lainsäätäjän suvereenisuuden ja perustuslakivaliokunnan ensisijaisuuden ylikorostuminen⁹⁴ kuin sellainen perusoikeuspainotuksina ilmenevä ylikonstitutionalisoituminen, josta oikeuskirjallisuudessa on esitetty periaatteellisen tason voimakkaita puheenvuoroja.⁹⁵ Konkreettisia merkkejä Suomen oikeusjärjestyksen laajamittaisesta tuomarivaltiollistumisesta sen paremmin kuin lainsäädäntövaltaan oleellisesti liittyvän poliittisen vallan oikeudellistumisesta ei ainakaan valtiosääntöisiin näkökohtiin liittyen ole esitettävissä. Myös periaatteellisella tasolla painotukset näyttävät olevan edelleen lainsäätäjän konstitutionalistisen suvereenisuuden suunnalla. Perustellusti kiistanalaisissakin tilanteissa tapauksen lopputulos seuraa usein pikemminkin valtiosääntöoikeudellista pidättyvyyttä koskevista hyvin abstraktin tason lähtökohtaoletuksista kuin käsillä olevan tapauksen aineellisoikeudellisesta arvioinnista. Sikäli kuin perustuslain periaatteellinen jännitteisyys, mutta myös tasapainon mahdollisuus otetaan vakavasti, Suomen valtiosääntöoikeuden yleisten oppien *prima facie* -konstruktioita näyttäisikin olevan syytä ohjata enemmänkin oikeuksia vahvistavaan kuin niille pidäkkeitä asettavaan suuntaan. Nykyvaltiosääntöoikeutemme oikeuskulttuuriset ja rakenteelliset lähtökohdat eivät tälle ainakaan esteitä aseta. Päinvastoin, voidaan melkein sanoa, että niiden puitteissa konstitutionalismien perustava kiistanalaisuus on mahdollista ottaa vakavasti.

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

⁹⁴ Ks. Lavapuro 2008, s. 607–608.

⁹⁵ Ks. Tuori 2007, s. 274–275.