

TAMPEREEN YLIOPISTO

Oikeustieteiden laitos

Vesa-Matti Härmälä

**YLEINEN JÄRJESTYS JA TURVALLISUUS KIELTEISEN
OLESKELULUPAPÄÄTÖKSEN PERUSTEENA**

Pro gradu -tutkielma

Julkisoikeus

Tampere 2009

Tampereen yliopisto

Oikeustieteiden laitos

Härmälä, Vesa-Matti : Yleinen järjestys ja turvallisuus kielteisen
oleskelulupapäätöksen perusteena

Pro gradu -tutkielma XV + 87 s.

Julkisoikeus

Marraskuu 2009

Yleinen järjestys ja turvallisuus on erittäin tulkinnanvarainen käsite, joka kuitenkin esiintyy monissa eri yhteyksissä erilaisten oikeuksien, kuten vapaan liikkuvuuden, rajoitusperusteena. Tässä tutkielmassa perehdytään oleskeluluvan epäämiseen sillä perusteella, että hakijan katsotaan vaarantavan yleistä järjestystä ja turvallisuutta. Keskeisenä menetelmänä tutkielmassa hyödynnetään oikeusdogmatiikkaa, joten lähteinä toimivat erityisesti kirjoitettu laki sekä oikeuskäytäntö. Tavoitteena on selvittää, onko yleinen järjestys ja turvallisuus oikeushyvässä selkeässä ristiriidassa oleskelulupaa hakevan henkilön oikeuksien kanssa.

Tutkielman tärkeimpinä lähteinä on aiheen kannalta keskeistä ulkomaalaislain sisältöä sekä kotimaisten hallintotuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöä kuvaavaa kotimaista ja ulkomaista oikeuskirjallisuutta, erityisesti *Tapio Kuosman* Uusi ulkomaalaislaki sekä *Matti Pellonpään* kattava yleisteos Euroopan ihmisoikeussopimus. Lisäksi tutkielmassa perehdytään tarkemmin muutamaankin varsin tuoreeseen korkeimman hallinto-oikeuden sekä myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun, jotka liittyvät juuri oleskeluoikeuden epäämiseen *ordre public* -perusteella.

Valtioiden mahdollisuudet rajoittaa henkilöiden oleskeluoikeutta vetoamalla yleiseen etuun, kuten yleisen järjestyksen ja turvallisuuden mahdolliseen vaarantumiseen, ovat tätä nykyä varsin niukat ja erittäin kriittisen kansallisen sekä ylikansallisen valvonnan alaisena. Kansainvälinen sääntely ja valtioiden osallisuus esimerkiksi ihmisoikeussopimuksissa takaa sen, että henkilöiden oleskeluoikeutta ei voida rajoittaa enempää kuin kulloinkin on välttämätöntä sitäkin tärkeämpien etujen ja oikeuksien turvaamiseksi. Kotimaista oleskelulupaharkintaa koskevat suurimmat ongelmakohtatkin, kuten suojelupoliisin niin sanotun turvallisuuslausunnon erikoinen asema, lienevät korjattavissa perus- ja ihmisoikeusmyönteisemmällä laintulkinnalla ja sisäisillä ohjeistuksilla.

Sisällys

| | |
|--|-----|
| LYHENTEET..... | vi |
| LÄHTEET..... | vii |
| I Kirjallisuus..... | vii |
| II Lainvalmisteluaineisto..... | x |
| III Internet-lähteet..... | xi |
| OIKEUSTAPAUKSET..... | xii |
| 1. JOHDANTO..... | 1 |
| 1.1. Tutkimusongelma ja aiheen rajaus..... | 1 |
| 1.2. Tutkimuksen tavoitteet ja keinot..... | 3 |
| 1.3. Perus- ja ihmisoikeudet oleskelulupaharkinnassa..... | 8 |
| 2. ULKOMAALAISEN MAASSAOLESKELUN SÄÄNTELY..... | 11 |
| 2.1. Keskeinen sääntely ja sen kehitys..... | 11 |
| 2.2. Ulkomaalaislain soveltamista ohjaavat periaatteet..... | 13 |
| 2.2.1. Suoraan laista johdettavat periaatteet..... | 13 |
| 2.2.2. Muut keskeiset periaatteet..... | 15 |
| 2.3. Vapaan liikkuvuuden periaate Euroopan unionissa..... | 16 |
| 2.3.1. Jokaisen unionikansalaisen perusoikeus..... | 16 |
| 2.3.2. EY-tuomioistuin vapaan liikkuvuuden turvaajana..... | 19 |
| 2.3.3. Rajoitukset vapaan liikkuvuuden periaatteeseen..... | 20 |
| 2.4. Oikeuslähteiden hierarkia ja käyttö maassaokeskelun näkökulmasta..... | 22 |
| 2.4.1. Hierarkia ja ristiriitatilanteet..... | 22 |
| 2.4.2. Oikeuskäytäntö oikeuslähteenä ulkomaalaisasioissa..... | 24 |
| 3. IHMISOIKEUSTUOMIOISTUIN JA ULKOMAALAISEN OIKEUDET..... | 28 |
| 3.1. Ulkomaalaiselle turvatut oikeudet Euroopan ihmisoikeussopimuksessa..... | 28 |
| 3.1.1. Ihmisoikeussopimuksen ulkomaalaiselle takaama suoja..... | 28 |
| 3.1.2. Artiklan 3 mukaisen epäinhimillisen kohtelun kielto..... | 30 |
| 3.1.3. Artikla 8 ja erityisesti perhe-elämän suoja..... | 31 |
| 3.1.4. Kokonaistesti..... | 34 |
| 3.2. Sopimuksen kansallinen tulkinta..... | 37 |

| | |
|--|----|
| 3.2.1. Kokonaisharkinta ja Euroopan ihmisoikeussopimus..... | 37 |
| 3.2.2. Valtion harkintamarginaali..... | 39 |
| 3.2.3. Punninnan periaate..... | 42 |
| 4. OLESKELULUVAN MYÖNTÄMISEN EDELLYTYKSET..... | 45 |
| 4.1. Oleskelulupa hallintopäätöksenä..... | 45 |
| 4.2. Oleskeluluvan epääminen..... | 47 |
| 4.3. Tapaus EIT 06.12.2007, Liu ja Liu vs. Venäjä..... | 50 |
| 4.3.1. Kansallinen turvallisuus ja valtionsalaisuudet rajoitusperusteina..... | 50 |
| 4.3.2. Konkreettinen uhka yleiselle edulle..... | 52 |
| 4.3.3. Puolueeton salaisten perusteiden arviointi..... | 53 |
| 4.4. Tapaus EIT 22.03.2007, Maslov vs. Itävalta..... | 55 |
| 4.4.1. Integroitunut rikoksentekijä..... | 55 |
| 4.4.2. Ihmisoikeustuomioistuimen kokonaisharkinta..... | 56 |
| 4.4.3. Valtiolla velvollisuus edesauttaa uudelleenintegroitumista..... | 58 |
| 4.5. Ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä pelkistettävät tulkintakriteerit. .60 | |
| 5. ULKOMAALAISLAIN KOKONAISTULKINTA..... | 63 |
| 5.1. Yleinen järjestys ja turvallisuus käsitteenä..... | 63 |
| 5.2. Perusoikeuksien rajoittaminen ordre public -perusteella..... | 65 |
| 5.3. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakriteerit ulkomaalaislain kannalta..... | 67 |
| 5.4. Oikeudellisen kokonaisharkinnan periaate..... | 69 |
| 6. SUOJELUPOLIISIN TURVALLISUUSLAUSUNTO..... | 72 |
| 6.1. Suojelupoliisin turvallisuuslausunnon merkitys..... | 72 |
| 6.1.1. Salainen lausunto oikeusturvan vaarantajana..... | 72 |
| 6.1.2. Asianosaisjulkisuuden korvaaminen hallintotuomioistuimen valvonnalla. .75 | |
| 6.2. Tapaus KHO 2007 47 A..... | 78 |
| 6.2.1. Tapauksen taustaa..... | 78 |
| 6.2.2. Turvallisuuslausunto osana kokonaispunnintaa..... | 80 |
| 6.2.3. Tapauksen merkitys tulevan kannalta..... | 81 |
| 7. JOHTOPÄÄTÖKSET..... | 83 |

LYHENTEET

| | |
|--------------|---|
| ECHR | European Court of Human Rights |
| EIT | Euroopan ihmisoikeustuomioistuin |
| ETA | Euroopan talousalue |
| EY | Euroopan yhteisö |
| EYT | Euroopan yhteisöjen tuomioistuin |
| HaVM | hallintovaliokunnan mietintö |
| HE | hallituksen esitys |
| KHO | korkein hallinto-oikeus |
| SopS | sopimussarja |
| TSS-oikeudet | taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet |
| vp | valtiopäivät |

LÄHTEET

I Kirjallisuus

Benvenisti, Eyal: Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards. *International Law and Politics* Vol. 31/1999, s. 843–854.

Cameron, Iain: National Security and the European Convention on Human Rights. *De Lege Juridiska fakulteten i Uppsala, Årsboken*. Iustus Förlag, Uppsala 2000.

Fricero, Natalie: *Droit européen des droits de l'Homme*. Mémentos LMD. Pariisi 2007.

Husa, Jaakko: *Julkisoikeudellinen tutkimus*. Jyväskylä 1995.

Husa, Jaakko; Mutanen, Anu; Pohjolainen, Teuvo: *Kirjoitetaan juridiikkaa. 2., uudistettu painos*. Tampere 2008.

Karhu, Juha: *Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi*. *Lakimies* 5/2003, s. 789–807.

Kuosma, Tapio: *Uusi ulkomaalaislaki*. Helsinki 2004.

Lavapuro, Juha: *Yleinen järjestys ja turvallisuus: kollektiivinen hyvä*. *Lakimies* 3/2000, s. 412–422.

Lavapuro, Juha: *Perustuslakikontrollin uudet muodot I - Kohti keskustelevaa normikontrolliajattelua*. *Lakimies*

1/2009, s. 59–82. (Lavapuro 2009 a)

Lavapuro, Juha: Perustuslakikontrollin uudet muodot II - Keskusteleavan normikontrolliajattelun edellytykset Suomessa. *Lakimies* 2/2009, s. 270–296. (Lavapuro 2009 b)

van der Mei, Anne Pieter: Residence and the Evolving Notion of European Union Citizenship. *European Journal of Migration and Law* 5/2003, s. 419–433.

Mokhtar, Aly: Human Rights Obligations vs. Derogations: Article 15 of the European Convention on Human Rights. *International Journal of Human Rights* Vol. 8, No. 1/2004, s. 65–87.

Myrsky, Matti: Prejudikaattien merkitys verotuksessa. Helsinki 2002.

Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus. 4., uud. p. Porvoo 2003.

Mäenpää, Olli: Hallintoprosessioikeus. Porvoo 2005.

Mäenpää, Olli: Hallintoprosessi - hallinnon valvontaa vai oikeuksien turvaa? *Oikeus* 3/2007, s. 325–331.

Ojanen, Tuomas: Eurooppa-tuomioistuimet ja suomalaiset tuomioistuimet. *Lakimies* 7–8/2005, s. 1210–1228.

Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeussopimus. Helsinki 2005.

Pomoell, Jutta: European Union Citizenship in Focus - The Legal Position of the Individual in EC Law. Helsinki 2000.

Rosas, Allan: Henkilöiden vapaa liikkuvuus. Teoksessa Tuomas Ojanen - Arto Haapea (toim.): EU-oikeuden

perusteita II, s. 49–90. Helsinki 2007.

Scheinin, Martin: Liikkumisvapaus (PL 9 §). Teoksessa Pekka Hallberg (toim.): Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset, s. 295–332. Juva 1999.

Sottiaux, Stefan: Terrorism and the Limitation of Rights - The ECHR and the US Constitution. Hart Publishing 2008.

Tolonen, Hannu: Oikeuslähdeoppi. Helsinki 2003.

Tuori, Kaarlo: Yleinen järjestys ja turvallisuus - perusoikeusko? Lakimies 6–7/1999, s. 920–931.

Viljanen, Jukka: 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 of Human Rights. Tampere 2003.

Viljanen, Jukka: Suojelupoliisi ja ulkomaalaisten turvallisuuden arvioiminen – näkökohtia ratkaisujen KHO 2007:47 ja 48 pohjalta. Lakimies 7–8/2007, s. 1123–1169.

Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. WSLT 2001.

van Walsum, Sarah: Comment on the Sen Case. How Wide is the Margin of Appreciation Regarding the Admission of Children for Purposes of Family Reunification? European Journal of Migration and Law 4/2003, s. 511–520.

Yourow, Howard Charles: The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence. Kluwer Law International 1996.

II Lainvalmisteluaineisto

Hallintovaliokunnan mietintö HaVM 34/2006 hallituksen esityksestä laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta (HE 205/2006 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta HE 205/2006 vp

Hallituksen esitys Eduskunnalle ulkomaalaislaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi HE 28/2003 vp

Hallituksen esitys Eduskunnalle ulkomaalaislaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi annetun hallituksen esityksen (HE 28/2003 vp) täydentämisestä HE 151/2003 vp

Perustuslakivaliokunnan lausunto 7/2008 vp hallituksen esityksestä laeiksi ulkomaalaislain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta (HE 166/2007 vp)

Perustuslakivaliokunnan lausunto 4/2004 vp hallintovaliokunnalle hallituksen esityksestä ulkomaalaislaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 28/2003 vp) sekä hallituksen esityksestä ulkomaalaislaista ja eräistä siihen liittyvistä laeista annetun hallituksen esityksen (HE 28/2003 vp) täydentämisestä (HE 151/2003 vp)

Ulkomaalaislakityöryhmän mietintö 2001.
Sisäasiainministeriön julkaisusarja 12/2001.

III Internet-lähteet

Archer, Toby: Kansainvälinen terrorismi ja Suomi. Ulkopoliittisen instituutin julkaisu 7/2004. Käyty 29.10.2009.

<http://www.upi-fiia.fi/fi/publication/36/>

ECHR Blog 24.6.2008: Grand Chamber Judgment Maslov v. Austria. Käyty 10.10.2009.

<http://echrblog.blogspot.com/2008/06/grand-chamber-judgment-maslov-v-austria.html>

Hallituksen maahanmuuttopoliittinen ohjelma. Työhallinnon julkaisu 2006. Käyty 27.10.2009.

[http://www.intermin.fi/intermin/images.nsf/files/620a7bb47a3b1008c22573b60050a16c/\\$file/thj371_mamupol_ohjelma.pdf](http://www.intermin.fi/intermin/images.nsf/files/620a7bb47a3b1008c22573b60050a16c/$file/thj371_mamupol_ohjelma.pdf)

Nurmi, Mirja-Leena: Punninta Korkeimman oikeuden ratkaisussa. Käyty 12.10.2009.

http://www.oikeus.fi/uploads/ru6hiqyubo4_2.pdf

OIKEUSTAPAUKSET

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2007:49

KHO 2007:48

KHO 2007:47

KHO 2006:82

KHO 2003:75

KHO 2002:84

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

EIT 08.04.2008, Nyanzi vs. Yhdistyneet
kuningaskunnat

EIT 06.12.2007, Liu ja Liu vs. Venäjä

EIT 28.06.2007, Kaya vs. Saksa

EIT 22.03.2007, Maslov vs. Itävalta

EIT 18.10.2006, Üner vs. Alankomaat

EIT 08.06.2006, Lupsa vs. Romania

EIT 26.07.2005, N. vs. Suomi

EIT 04.02.2005, Mamatkulov ja Askarov vs. Turkki

EIT 16.11.2004, Karhuvaara ja Iltalehti vs. Suomi

EIT 20.06.2002, Al-Nashif ja muut vs. Bulgaria

EIT 02.08.2001, Boultif vs. Sveitsi

EIT 30.11.1999, Baghli vs. Ranska

EIT 10.07.1998, Sidiropoulos ja muut vs. Kreikka

EIT 26.09.1997, Mehemi vs. Ranska

EIT 27.01.1997, Bouchelkia vs. Ranska

EIT 17.12.1996, Ahmed vs. Itävalta

EIT 28.11.1996, Ahmut vs. Alankomaat

EIT 15.11.1996, Chahal vs. Yhdistynyt kuningaskunta

EIT 13.07.1995, Nasri vs. Ranska

EIT 27.08.1992, Vijayanathan ja Pusparajah vs. Ranska

EIT 24.04.1990, Huvig vs. Ranska

EIT 07.07.1989, Söring vs. Yhdistynyt kuningaskunta

EIT 09.03.1988, Price vs. Yhdistynyt kuningaskunta

EIT 08.07.1986, Lingens vs. Itävalta

EIT 09.10.1979, Airey vs. Irlanti

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin

Asia 53/1981 Levin vs. Staatssecretaris van Justitie, 23.3.1982, 681J0053

Asia 30/1977 Régina vs. Pierre Bouchereau, 27.10.1977, 61977J0030

Asia 41/1974 Yvonne van Duyn vs. Home Office, 4.12.1974, 674J0041

Asia 152/1973 Sotgiu vs. Deutsche Bundespost, 12.2.1974, 673J0152

- Fiat iustitia, et pereat mundus. -

1. JOHDANTO

1.1. Tutkimusongelma ja aiheen rajaus

Ulkomaalainen¹ tarvitsee Suomeen tullessaan pääsääntöisesti oleskeluluvan, jos hänellä on aikomuksena oleskella Suomessa yhtäjaksoisesti yli kolme kuukautta, tai esimerkiksi tehdä töitä tai opiskella täällä. Oleskeluluvan myöntämiselle on kolmannen² valtion kansalaisen osalta säädetty kaksi yleistä edellytystä. Oleskelulupa voidaan evätä sillä perusteella, että ulkomaalaisen katsotaan vaarantavan yleistä järjestystä, turvallisuutta tai kansanterveyttä. Tämän niin sanotun *ordre public* -perusteen ohella oleskelulupa voidaan evätä myös, jos voidaan katsoa olevan perusteltua aihetta epäillä henkilön tarkoituksena olevan maahantuloa tai maassa oleskelua koskevan sääntelyn kiertäminen. Ensimmäiseen yleiseen edellytykseen luetaan myös ne tapaukset, joissa ulkomaalaisen voidaan katsoa vaarantavan Suomen kansainvälisiä suhteita. Kuitenkin Euroopan talousalueeseen³ kuuluvan valtion kansalaisen tai hänen perheenjäsenensä maahantuloa tai maassa oleskelua voidaan rajoittaa vain ensiksi mainitulla perusteella. Suomen kansainvälisten suhteiden vaarantuminen ei myöskään estä oleskeluluvan myöntämistä perhesiteen perusteella.

1 Tarkoittaa tässä jonkin muun maan kuin Suomen kansalaista.

2 Toisin sanoen valtio joka ei kuulu Euroopan talousalueeseen.

3 Euroopan talousalueeseen ETAan kuuluvat kaikki Euroopan unionin jäsenvaltiot ja niiden lisäksi myös Islanti, Norja sekä Liechtenstein. Käytännössä ETA-jäsenvaltioiden kansalaisia koskevat kaikki samat säännöt oleskelulupien osalta kuin EU-kansalaisiakin.

Keskityn tutkimuksessani ensiksi mainittuun perusteeseen, eli niihin tapauksiin, joissa oleskelulupa jätetään myöntämättä yleiseen järjestykseen ja turvallisuuteen liittyvän syyn perusteella. Rajaan tutkimukseni tähän käsitepariin, jättäen myös kansanterveydellisen syyn tarkastelun ulkopuolelle, koska yleinen järjestys ja turvallisuus on varsin monitulkintaisena ja jopa löyhänä käsitteenä monesti oikeuskäytännössä esiin nouseva erilaisten oikeuksien, kuten vaikkapa EU-kansalaisten vapaan liikkumisen, merkittävä rajoitusperuste. Muut mainitut oleskeluluvan myöntämättä jättämisen perusteet, kuten kansanterveydellinen syy tai Suomen kansainvälisten suhteiden vaarantuminen, eivät ole samalla tavalla monimerkityksisiä tai erityisen tulkinnanvaraisia käsitteitä, ja niitä koskevaa oikeuskäytäntöä onkin näin ollen hyvin vähän. Sen sijaan yleisen järjestyksen ja turvallisuuden käsitettä on sekä kotimaisissa oikeusistuimissa että Euroopan yhteisöjen tuomioistuimessa ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa tulkittu useaan otteeseen.

Oleskelulupa-asioita ja yleensäkin ulkomaalaisasioita on Suomessa tutkittu perinteisesti erityisesti poliittisten yhteiskuntatieteiden näkökulmasta, mutta niillä on kiistatta myös mielenkiintoinen (julkis)oikeudellinen puolensa. Oleskelulupa on etenkin hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta mielenkiintoinen tutkimuksen kohde, koska se on periaatteessa tyypillinen hallintolupa-asia, jolla on kuitenkin tiettyjä erikoispiirteitä, kuten - varsinkin juuri tällä hetkellä - tavallista suurempi yhteiskunnallinen kiinnostavuus. Oleskeluluvalla on useissa tapauksissa myös vahva perus- ja ihmisoikeuskytkentä, ja sen epääminen pelkästään löyhästi määritellyn kollektiivisen oikeushyvän⁴, kuten yleisen järjestyksen ja turvallisuuden,

4 Oikeushyvän käsitteellä tarkoitetaan tässä tutkielmassa sellaista etua, jota oikeusjärjestyksellä halutaan suojata.

perusteella saattaa monissa tapauksissa olla hyvinkin kyseenalaista.

Ulkomaalaisasioiden oikeudellinen tutkimus Suomessa on suhteellisen nuorta, etenkin siitä syystä, että ensimmäinen Suomen ulkomaalaislaki säädettiin vasta vuonna 1983⁵. On kuitenkin erittäin todennäköistä, että tulevina vuosina ulkomaalaisasioiden oikeudellisen tutkimisen merkitys tulee kasvamaan paljon. Tähän vaikuttaa osaltaan myös Suomen ulkomaalaispolitiikassa havaittavissa oleva viimeaikainen suunnanmuutos.⁶ Myöskään kansainvälinen muuttoliike, niin sanottu kansainvaellusten aika, ei osoita väistymisen merkkejä, vaan pikemminkin päinvastoin: esimerkiksi globaalin tiedonvälityksen tehostumisen ansiosta myös Suomen mielenkiinto maahanmuuttajien silmissä tulee kasvamaan huimasti. Tässä merkittävässä muutosvaiheessa on perustellusti tarvetta ulkomaalaisasioita koskevalle oikeudelliselle tutkimukselle, ei vain Euroopan unionin tai muiden ylikansallisten organisaatioiden tasolla, vaan myös yksittäisissä kansallisvaltioissa.

1.2. Tutkimuksen tavoitteet ja keinot

Pyrin tutkimuksessani selvittämään, onko käsiteparin yleinen järjestys ja turvallisuus tulkinta oleskelulupia koskevissa tapauksissa vakiintunut. Lisäksi kiinnostuksen kohteena on erityisesti se seikka, millaisen painoarvon perhe-elämän suoja saa eri tuomioistuinten punninnassa niiden ratkaistessa kielteisistä oleskelulupapäätöksistä

⁵ Ulkomaalaislaki 400/1983.

⁶ Ks. esim. Hallituksen maahanmuuttopoliittinen ohjelma. Työhallinnon julkaisu 2006.
[http://www.intermin.fi/intermin/images.nsf/files/620a7bb47a3b1008c22573b60050a16c/\\$file/thj371_mamupol_ohjelma.pdf](http://www.intermin.fi/intermin/images.nsf/files/620a7bb47a3b1008c22573b60050a16c/$file/thj371_mamupol_ohjelma.pdf)

tehtyjä valituksia. Tarkastelu tapahtuu pääsääntöisesti Suomen oikeusjärjestelmän näkökulmasta, mutta mainittujen ylikansallisten tuomioistuinten oikeuskäytännön suuren merkityksen johdosta myös muiden maiden oikeusjärjestelmiä ja -käytäntöjä sivutaan.

Näkökulma tutkimusongelmaan on ennen kaikkea oikeusdogmaattinen: tavoitteena on selvittää, onko yleinen järjestys ja turvallisuus oikeushyvästä ristiriidassa oleskelulupaa hakevan henkilön oikeuksien kanssa. Oman lisävärinsä aiheeseen tuo Euroopan unionin kansalaisten vapaan liikkuvuuden periaate. Se on erittäin merkittävä oikeus, yksi unionin perusajatuksen konkreettisimmista käytännön ilmentymistä, ja sen rajoittaminen onkin mahdollista vain hyvin harvoissa tapauksissa. Vastauksia asetettuihin kysymyksiin on löydettävissä ennen kaikkea oikeuskäytännöstä, mutta myös oikeuskirjallisuudessa käytävä keskustelu aiheesta on tärkeässä asemassa tutkimukseni kannalta.

Tutkimuksessa käyttämistäni lähteistä suurin painoarvo on sekä kotimaisella että eurooppalaisella oikeuskäytännöllä. Korkein hallinto-oikeus on useissa tapauksissa linjannut käsiteparin yleinen järjestys ja turvallisuus tulkintaa, nojaten tarvittaessa ihmisoikeussopimuksen tekstiin sekä ihmisoikeustuomioistuimen tulkintoihin. Myös Euroopan yhteisön tuomioistuin on omalla tuomiovallan alallaan ottanut kantaa siihen, mikä kaikki kuuluu yleisen järjestyksen ja turvallisuuden piiriin ja mikä on sen tulkinnallinen painoarvo ja merkitys. Eriyisen merkittävä rooli yleisen järjestyksen ja turvallisuuden tulkinnassa sekä sen vaikutusten arvioinnissa on Euroopan ihmisoikeustuomioistuimella. Ihmisoikeussopimus tuntee käsitteen "kansallinen turvallisuus" (national security) aina sopimuksen

laatimisen ajankohdasta 1950-luvulta lähtien, ja tulkintakäytäntöä siihen liittyen on olemassa koko sopimuksen voimassaoloajalta. Kansallinen turvallisuus voi, tavalla tai toisella, olla relevantti rajoitusperuste kaikkien ihmisoikeussopimuksen turvaamien oikeuksien rajoittamisen kannalta.⁷ Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntö on kuitenkin ajan mittaan kehittynyt varsin johdonmukaisesti yhä enemmän yksilön oikeuksia turvaavaan suuntaan. Sopimusvaltioiden esittämien rajoitusperusteiden arviointi on tänä päivänä huomattavasti kriittisempää kuin vaikkapa vielä muutama vuosikymmen sitten, puhumattakaan sopimuksen voimassaolon ensimmäisistä vuosikymmenistä.

Tutkimuksen keinoina on käytetty erityisesti käsitevertailua, unohtamatta kuitenkaan käytännöllisempää puolta: eri aikakausien oikeuskäytäntö tarjoaa tässäkin tapauksessa arvokkainta ja käyttökelpoisinta tietoa tutkijan tarpeisiin. Oikeuskäytännön vaihtelevuus ajankohdan, kulttuurin ja muiden siihen keskeisesti vaikuttavien tekijöiden suhteen on mielenkiintoinen oma aihepiirinsä, ja se antaisi varmasti aihetta hyvinkin laajalle itsenäiselle tutkimukselle. Tämän tutkimuksen tarkoituksena on kuitenkin ensisijaisesti selvittää, mikä on tilanne tällä hetkellä Suomessa: kuinka yleisen järjestyksen ja turvallisuuden käsitettä tulkitaan, ja onko käytännön soveltamistilanteissa merkittäviä ongelmia.

Käyttämistäni menetelmistä tärkein on oikeusdogmatiikka, mikä ilmenee erityisesti tutkimuksen painopisteen sijoittumisella vallitsevan oikeudellisen tilan tarkasteluun ja arviointiin. Näinollen tutkimus pyrkii eritoten selvittämään miten aktuaalisessa, todellisessa

⁷ Cameron 2000, s. 7–8.

tilanteessa, oleskelulupapäätöstä tehtäessä, pitäisi voimassaolevan oikeuden mukaan toimia.⁸ Tällöin suuri merkitys selvitystyössä on erityisesti oikeuskäytännöllä, sekä kotimaisella että ylikansallisella. Oikeustapausten asema tutkimuksessani on pääsääntöisesti oikeuslähteellinen: en pyri kovinkaan syvälliseen oikeustapausanalyysiin, vaan käsittelemäni oikeustapaukset toimivat ennen kaikkea esimerkkeinä eri tuomioistuinten tulkintalinjan kehittymisestä ja muuttumisesta. Myös erilainen lainvalmisteluaineisto on tärkeä tulkinnallinen apuväline selvitettäessä ongelmia lainsäädännön ja todellisen oikeudellisen tilan välillä.

Oikeusdogmatiikan, toiselta nimeltään lainopin, toinen puoli eli voimassa olevan oikeuden jäsentäminen (systematisointi) taas näkyy tutkimuksessani erityisesti käsitteenmäärittelyn saamalla suurella roolilla. Toisaalta sitä ilmentää myös oikeustapausten tarkastelu suhteessa lainvalmisteluaineistoon, sekä kansallisen oikeusjärjestelmän vertailu ylikansalliseen (perus- ja ihmis)oikeuskokonaisuuteen.⁹ En tosin keskity käsitteiden systematisointiin sinänsä, vaan se palvelee vain apukeinona tutkimuksen varsinaisen tavoitteen saavuttamisessa. Koska yleisen järjestyksen ja turvallisuuden käsite on keskeinen ongelmakohta, on käsitteeseen kuitenkin syytä paneutua myös oikeuden systematisoinnin näkökulmasta.

Oikeushistoriallista, -sosiologista tai -filosofista suuntausta en näe tutkielmani kannalta olennaisena, vaikka myös ne voisivat tarjota mielenkiintoisia lähestymistapoja aiheeseen. Sen sijaan vähintäänkin sivuan vertailevaa oikeustiedettä tutkiessani, miten yleisen

⁸ Husa-Mutanen-Pohjolainen 2008, s. 20.

⁹ Husa-Mutanen-Pohjolainen 2008, s. 20-21.

järjestyksen ja turvallisuuden käsitettä on tulkittu muissa kuin Suomen oikeusjärjestyksissä. Vertailevalla oikeustieteellä on tutkimuksessani näin ollen selkeän lainopillinen painotus: tarkastelun kohteena on yksittäinen oikeussääntö, ja sen vastinparit muissa kuin suomalaisessa oikeusjärjestyksessä. Tiedostan kuitenkin eri oikeustieteen osa-alueiden osittaisen päällekkäisyyden, enkä vierasta niitä, mikäli ne palvelevat tutkielmani tarkoitusta.¹⁰

Oikeusdogmatiikka pyrkii tuottamaan erilaisia systematisointi- ja tulkintaehdotuksia sekä oikeudellisille toimijoille että niin sanotuille tavallisille kansalaisille.¹¹ Tämä tutkimus pyrkiikin osaltaan ainakin osoittamaan, mikä olisi kielteisen oleskelulupapäätöksen perusteita tulkittaessa voimassaolevan oikeuden kannalta "oikea" ratkaisuvaihtoehto. Lainausmerkit siksi että päätös on aina viime kädessä arvosidonnainen, kuten kaikki oikeus lopulta on. Oikeuden täydellinen irrallisuus arvoista on lähinnä teoreettinen ja ideologinen näkökanta, jolla ei liene paljon tekemistä objektiivisen todellisuuden kanssa.

Oikeus ei ole objektiivista siinä mielessä kuin vaikkapa luonnontieteet ovat, vaan se on aina sidoksissa johonkin, yleensä arvoperustaiseen näkökohtaan. Tämä näkyy esimerkiksi siinä, että tuomioistuimet joutuvat monesti lopulta perustelemaan päätöksiään ulkojuridisilla argumenteilla, kuten "kaikki asiaan vaikuttavat tekijät huomioiden" tai "mitä on pidettävä järkevänä ja kohtuullisena".¹² Näin on asian laita usein myös oleskelulupapäätösten osalta, mikä ei toisaalta ole yllättävää huomioiden niiden vahva kytkentä perus- ja

¹⁰ Husa-Mutanen-Pohjolainen 2008, s. 21-24.

¹¹ Husa 1995, s. 134-135.

¹² Husa 1995, s. 139.

ihmisoikeuksiin ja muihin vahvasti arvosidonnaisiin näkökohtiin.

Sääntelyn, varsinkin unioniperäisen ja yleensäkin ylikansallisen sääntelyn, yhä lisääntyvä tavoitteellistuminen on haaste perinteiselle lainopin metodille. Kun sääntelyssä asetetaan tarkkaan määriteltyjen kieltojen ja käskyjen sijaan epämääräisempiä toiveita tai tavoitteita, eivät perinteiset tulkintamallit ole enää kovin hyvin sovellettavissa. Tällaista sääntelyä on tulkittava huomioiden sen konteksti.¹³ Tässä tutkimuksessa kyseinen ongelmakohta realisoituu erityisesti tutkimuksen kohteeseen vaikuttavan unionisääntelyn sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen kohdalla.

1.3. Perus- ja ihmisoikeudet oleskelulupaharkinnassa

Perus- ja ihmisoikeudet ulottuvat läpi oikeusjärjestyksen, eivätkä ne yleensä juurikaan noudata perinteistä oikeudenalajaottelua.¹⁴ Nämä oikeudet voivat tietyissä tilanteissa olla jopa osittain päällekkäisiä. Kuitenkin ihmisoikeudet ovat luonteeltaan perusoikeuksiin nähden toissijaisia, taaten vain tietyn vähimmäistason. Perusoikeudet taas menevät ainakin Suomen lainsäädännössä useissa kohdissa, kuten vaikkapa perustuslain (731/1999) 14 §:n vaali- ja osallistumisoikeuksien osalta, ihmisoikeuksien määrittämää vähimmäistasoa huomattavasti pidemmälle. Tämä johtaa joissakin tapauksissa siihen, että tuomioistuimet saattavat keskittyä turhan tarmokkaasti perusoikeuksien turvaamiseen unohtaen ihmisoikeudet, tai toisinaan myös päinvastoin.

¹³ Husa 1995, s. 136.

¹⁴ Lavapuro 2009 b, s. 276.

Usein päällekkäisyys ei aiheuta sinänsä ongelmia, koska perus- ja ihmisoikeudet täydentävät toisiaan, eivätkä voi periaatteessa olla ristiriidassa keskenään. Kuitenkin Suomea sitovat kansainväliset velvoitteet pakottavat huomioimaan myös ihmisoikeuksien valvontaelinten oikeuskäytännön. Erityisesti tämä koskee niitä perusoikeusjärjestelmämme säännöksiä, joiden voidaan katsoa ainakin ajatuksen tasolla olevan lähtöisin Euroopan ihmisoikeussopimuksesta, hyvänä esimerkkinä oikeusturvaa koskeva perustuslain 21 § ja sitä vastaava ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 1 kohta.¹⁵ Tuomioistuimien tulisikin aina ottaa huomioon sekä asiaan vaikuttavat perus- että ihmisoikeudet, eikä vain toista näistä. Tämä on perusteltua jo tuomioistuimille kuuluvan asian selvittämisen ja perusteluvollisuudenkin näkökulmasta.

Ihmisoikeudet keskittyvät turvaamaan pääosin kansalais- ja poliittisia oikeuksia, kun taas perusoikeudet turvaavat näiden oikeuksien ohella myös taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia sekä hallintoa ja ympäristöä koskevia oikeuksia. Raja ei tosin todellisuudessa ja ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö huomioden ole aivan näin selkeä ja jyrkkä. Euroopan ihmisoikeussopimus turvaa varsinaisten perinteisten ihmisoikeuksien ohella ainakin jossain määrin myös TSS-oikeuksia, vaikka niitä ei olekaan itse sopimustekstiin kirjattu.¹⁶ Ihmisoikeustuomioistuin viittaakin varsin usein ratkaisuisissaan sekä kansainväliseen sääntelyyn että yhteisöoikeuteen siltä osin kuin ne liittyvät käsiteltävään tapaukseen.

¹⁵ Ojanen 2005, s. 1219–1220.

¹⁶ Ojanen 2005, s. 1221.

Kotimaisessa oikeudenkäytössämme on havaittavissa mielenkiintoinen piirre koskien perus- ja ihmisoikeuksien suhdetta. Ensinnäkin tuomioistuinten huomioidessa ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö painotus on niin sanotussa negatiivisessa ulottuvuudessa: tuomioistuimet pyrkivät varmistumaan siitä, että Suomen kansainvälisiä ihmisoikeusvelvoitteita ei loukata, sen sijaan että ne aktiivisesti pyrkisivät turvaamaan sopimusten takaamia oikeuksia. Monissa tapauksissa kotimaisen perusoikeusjärjestelmämme turvaamat oikeudet menevät kansainvälisten sopimusten minimitasoja pidemmälle. Silti tuomioistuimet saattavat päätyä ratkaisuihin, joilla näytetään tavoiteltavan lähinnä juuri minimitason täyttämistä, vaikka kansallinen lainsäädäntö antaisi mahdollisuuden korkeammallekin suojan tasolle.¹⁷ Käytäntö ei välttämättä toimi kovin hyvin oleskelulupa- ja yleensäkin ulkomaalaisasioissa, joissa erityisesti ulkomaalaislain tulkinnanvaraisuus huomioiden on usein löydettävissä useita oikeudellisesti perusteltavissa olevia ratkaisuvaihtoehtoja.

¹⁷ Ojanen 2005, s. 1218.

2. ULKOMAALAISEN MAASSAOLESKELUN SÄÄNTELY

2.1. Keskeinen sääntely ja sen kehitys

Ennen 1980-lukua Suomeen tuli hyvin vähän ulkomaalaisia, ja määrän jyrkkä kasvu alkoi kunnolla vasta 1990-luvun alkupuolella¹⁸, paljon myöhemmin kuin esimerkiksi muissa Pohjoismaissa. Perinteisesti Suomen ulkomaalaisia koskevaan lainsäädäntöön on vaikuttanut vahvasti kansainvälinen oikeus, mutta viimeisen reilun vuosikymmenen aikana on Euroopan unioni noussut kaikkein tärkeimmäksi yksittäiseksi vaikuttajaksi. Ulkomaalaisasiat kuuluvat Amsterdamin sopimuksen¹⁹ (1997) mukaisesti yhteisön oikeuden eli niin sanotun ensimmäisen pilarin alaan.²⁰ Yleinen järjestys ja turvallisuus on Suomen ulkomaalaislainsäädännössä verrattain tuore käsite. Nykyistä ulkomaalaislakia edeltänyt ulkomaalaislaki (378/1991) esimerkiksi ei alunperin tuntenut kyseistä käsiteparia ollenkaan, vaan lähinnä yleisen tason viittauksia rikolliseen toimintaan (esimerkiksi 37 §, rajalta käännyttämisen perusteet).

Oleskelulupaa koskeva keskeinen oikeudellinen sääntely löytyy ulkomaalaislaista (301/2004) ja ulkomaalaisasetuksesta (142/1994). Niiltä osin kuin mainituissa säädöksissä ei asiasta säädetä, sovelletaan yleislakina hallintolakia (434/2003). Joiltain osin

18 Archer, Toby: Kansainvälinen terrorismi ja Suomi. Ulkopoliittisen instituutin julkaisuja 7/2004, s. 16. <http://www.upi-fiia.fi/fi/publication/36/>

19 Virallisesti Amsterdamin sopimus Euroopan unionista tehdyn sopimuksen, Euroopan yhteisöjen perustamissopimusten ja niihin liittyvien tiettyjen asiakirjojen muuttamisesta.

20 Rosas 2007, s. 53–54.

sovellettavaksi tulee myös julkisuuslaki (621/1999), sekä suojelupoliisin osalta myös laki poliisin hallinnosta (110/1992). Yleinen järjestys ja turvallisuus löytyy käsitteenä myös järjestyslaista (612/2003). Oleskelulupapäätöksistä valitettaessa sovellettavaksi tulee myös laki oikeudenkäynnin julkisuudesta hallintotuomioistuimissa (381/2007).

Niin sanottu ulkomaalaislain kokonaisuudistus toteutettiin vuonna 2004. Lainuudistuksen tavoitteena oli ennenkaikkea säätää ulkomaalaisen oikeuksista ja velvollisuuksista aiempaa tarkemmin, ja toisaalta edistää hyvää hallintoa ja oikeusturvaa ulkomaalaisasioissa. Tätä pyrittiin toteuttamaan eritoten aiemmin lakia alemmanasteisiin säädöksiin kirjattujen oikeuksien ja velvollisuuksien kirjaamisella laintasoiseen sääntelyyn.²¹

Eräs mainitsemisen arvoinen erityispiirre ulkomaalaislaissa on sen kaksijakoinen perheenjäsenen määritelmä. Unionin kansalaisen perheenjäseniksi luetaan laajempi piiri kuin kolmannen valtion kansalaisen osalta. Tämä johtuu siitä, että yhteisön oikeudessa ja erilaisissa sopimuksissa (kuten Euroopan sosiaalisessa peruskirjassa, SopS 44/1991) perheen käsite on määritelty eri tavoin kuin ulkomaalaislaissa.²² Merkittävin ero koskee alaikäisen lapsen määritelmää: kolmannen valtion kansalaisen perheenjäsenen osalta alaikäisen raja on 18 vuotta (ulkomaalaislaki, 37 §), kun taas unionikansalaisen perheenjäsenen osalta ikäraja on 21 vuotta (ulkomaalaislaki, 154 §). Perustuslakivaliokunnan mukaan tällainen erottelu on ongelmallinen, mutta tässä tapauksessa

21 HE 28/2003 vp ja HE 151/2003 vp.

22 Ulkomaalaislakityöryhmän mietintö 2001, s. 75.

hyväksyttävissä.²³

Koska ulkomaalaislaki saa sisältönsä nykyisin hyvin pitkälti unionisääntelyn kautta, tulee erityistä huomiota kiinnittää lakitekstin sanamuotoihin. Lain säätämistä ohjaava direktiivi on monesti jo alkukielilläänkin (englanti ja ranska) jossain määrin tulkinnanvarainen, ja tuota tulkinnanvaraisuutta ei ainakaan tulisi pyrkiä lisäämään säännöstä suomeksi käännettäessä ja säädettäessä. Tähän seikkaan on perustuslakivaliokuntakin toisinaan kiinnittänyt huomiota.²⁴ Jo lähtökohtaisestikin erittäin tulkinnanvarainen ulkomaalaislaki tulkintaan vaikuttavine lukuisine periaatteineen ei kaipaakaan ainakaan lisää semanttisia kompromisseja.

2.2. Ulkomaalaislain soveltamista ohjaavat periaatteet

2.2.1. Suoraan laista johdettavat periaatteet

Ulkomaalaislain soveltamista ohjaa iso joukko yleisiä periaatteita, jotka on huomioitava kaikissa "ulkomaalaisasioissa", toisin sanoen niissä tapauksissa, joissa viranomaisessa tai tuomioistuimessa sovelletaan ulkomaalaislain säännöksiä. Suomen perustuslaki sisältää useita tällaisia sivuuttamattomia periaatteita, esimerkiksi 9 §:n 4 momentissa todetaan että "ulkomaalaista ei saa karkottaa, luovuttaa tai palauttaa, jos häntä tämän vuoksi uhkaa kuolemanrangaistus,

²³ PeVL 4/2004 vp, s. 4.

²⁴ Ks. esim. PeVL 7/2008 vp, s. 2–3.

kidutus tai muu ihmisarvoa loukkaava kohtelu".

Myös perustuslaissa mainitut keskeiset perusoikeudet (poislukien muun muassa vaalioikeudet) koskevat jakamattomasti kaikkia, eivät vain Suomen tai Euroopan unionin kansalaisia. Kotimaisen perustuslaintasoisen sääntelyn lisäksi huomioon on otettava myös Suomea sitovat kansainväliset sopimukset, merkittävimpana niistä Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 18/1990). Myös Suomen jäsenyydellä Euroopan unionissa on kiistaton, joskaan ei aivan yhtä välitön vaikutuksensa.²⁵

Osa ulkomaalaislain tulkintaa ohjaavista periaatteista on kiteytettävissä itse kyseisen lain tekstistä, osa taas tulee valtiosisäisesti voimaansaattetuista valtiosopimuksista. Ulkomaalaislaista pelkistettävät sitä tulkittaessa ja sovellettaessa huomioon otettavat periaatteet ovat "(1) Suomea velvoittavien kansainvälisten sopimusten huomioon ottamisen periaate, (2) suhteellisuusperiaate *sui generis*, (3) epähumanin kohtelun kiellon periaate, (4) pakolaisen erityissuojelun periaate, (5) yksityiselämän kunnioittamisen periaate, (6) lapsen edun ja perhe-elämän suojan kunnioittamisen periaatteet ja (7) oikeudellisen kokonaisharkinnan periaate".²⁶

25 Kuosma 2004, s. 675.

26 Kuosma 2004, s. 678.

2.2.2. Muut keskeiset periaatteet

Mainittujen ulkomaalaislaista pelkistettävissä olevien periaatteiden lisäksi kyseeseen tulevat myös yleisemmän tason periaatteet, jotka eivät yleensä ole luettavissa suoraan mistään yksittäisistä valtiosopimuksista tai säädöksistä. Sen sijaan periaatteet ikään kuin johdetaan varsinkin ihmisoikeussopimusten taustalla vaikuttavista "suurista linjauksista", ja ihmisoikeussopimusten tekstistä heijastuu näiden suurten pääperiaatteiden yksityiskohtaisempi erittely.

Tulkintaan vaikuttavat tietenkin jo mainittujen periaatteiden ohella myös perinteiset hallintoviranomaisen harkintavallan yleiset rajoitusperiaatteet, kuten esimerkiksi suhteellisuusperiaate ja yhdenvertaisuusperiaate. Vielä eräänlaisena korkeimpana tulkintaperiaatteena tulee ottaa huomioon eduskunnan perustuslakivaliokunnan lanseeraama "ihmisoikeusystävällisen vaihtoehdon valinnan periaate". Sen mukaisesti tulkintatilanteissa pitäisi pyrkiä valitsemaan sellainen vaihtoehto, joka parhaiten edistää ihmisoikeuksien toteutumista. Tätä periaatetta on 1990-luvun alusta lukien voitu pitää yleisesti hallintomenettelyä ja hallintolainkäyttöä ohjaavana periaatteena, joka voidaan rinnastaa edellä mainittuihin perinteisiin yleisiin rajoitusperiaatteisiin. Suosituksena on kuitenkin se, että ristiriitatilanteessa ihmisoikeusystävällisen tulkinnan periaatteelle pitäisi antaa etusija.²⁷

Mainittujen periaatteiden ohella erityisen keskeinen merkitys ulkomaalaislain soveltamisessa on Euroopan unionin kansalaisille turvatulla vapaan liikkuvuuden periaatteella, joka rajoittaa

²⁷ Kuosma 2004, s. 694–695.

ratkaisevalla tavalla jäsenvaltioiden oikeutta vapaasti päättää unionikansalaisen maahantulosta ja maassaoleskelusta. Vapaan liikkuvuuden periaate on unionin keskeisimpiä ja näkyvimpiä aikaansaannoksia, jolla on ollut järisyttäviä vaikutuksia kaikkien eurooppalaisten jokapäiväiseen elämään.

2.3. Vapaan liikkuvuuden periaate Euroopan unionissa

2.3.1. Jokaisen unionikansalaisen perusoikeus

Liikkumisvapaus Euroopan unionin alueella on jokaisen unionikansalaisen perusoikeus, joten se kuuluu yhteisön oikeuden niihin yleisiin oikeusperiaatteisiin, joiden toteutumisen EY-tuomioistuin varmistaa.²⁸ Oleskeluoikeutta koskevan direktiivin 2004/38/EY mukaisesti kaikilla unionin kansalaisilla on oikeus oleskella toisen jäsenvaltion alueella maksimissaan kolmen kuukauden ajan ilman muita edellytyksiä kuin voimassa oleva passi tai henkilökortti. Direktiivin johdanto-osassa todetaan kuitenkin, että mainittu seikka ei rajoita työnhakijoihin sovellettavaa suotuisampaa kohtelua sellaisena kuin se on tunnustettuna EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä.²⁹ Tuomioistuin onkin täten useaan otteeseen todennut, että niitä säännöksiä, joilla vahvistetaan unionin perustavanlaatuisia periaatteita, kuten vapaan liikkuvuuden

²⁸ Rosas 2007, s. 55.

²⁹ Rosas 2007, s. 59.

periaatetta, tulee tulkita laajasti.³⁰

EU-kansalaisen vapaa liikkuminen ja oleskelu toisissa jäsenvaltioissa perustuu EU:n sisämarkkinoiden "neljän vapauden" periaatteeseen, jolle pohjan loi Euroopan yhteisön vuonna 1957 perustanut Rooman sopimus. Tämän periaatteen mukaisesti unionin sisällä ihmiset, tavarat, palvelut ja pääomat saavat pääsääntöisesti liikkua vapaasti. Käytännössä käsitteellä "ihmiset" tarkoitetaan kuitenkin vain unionin kansalaisia, ei kolmannen valtion kansalaisia.³¹ Ihmisten vapaata liikkuvuutta koskevia yhteisön tuomioistuimen ennakkoratkaisuja³² on hyvin paljon, ja niillä tuomioistuin on myös linjannut useaan otteeseen käsitteen yleinen järjestys ja turvallisuus sisältöä.³³

Ratkaisujen suureen määrään vaikuttaa erityisesti kaksi seikkaa. Ensinnäkin vapaan liikkuvuuden periaatetta ei alunperin ollenkaan ajateltu sosiaalisen ja taloudellisen kehityksen kannalta. Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden sosiaalinen ja taloudellinen tilanne on kuitenkin muuttunut merkittävästi sitten 1950-luvun lopun, jolloin vapaan liikkuvuuden periaate luotiin, ja toisaalta se muuttuu varmasti myös tulevaisuudessa. Toisekseen myös vapaata liikkuvuutta sääntelevässä yhteisöoikeudessa on tapahtunut suuria muutoksia.³⁴ Muutokset ovat pakottaneet yhteisöjen tuomioistuimen kehittämään tulkintalinjaansa jatkuvasti.

Unionin kansalaisuuden luominen Maastrichtin sopimuksella³⁵ toi mukanaan jokaista unionin jäsenvaltion kansalaista koskevan

30 Rosas 2007, s. 71.

31 Rosas 2007, s. 49.

32 Ks. esim. EYT 12.02.1974, Sotgiu vs. Deutsche Bundespost.

33 Ks. esim. EYT 27.10.1977, Régina vs. Pierre Bouchereau.

34 van der Mei 2003, s. 419.

35 Virallisesti Sopimus Euroopan unionista.

oleskeluoikeuden unionin toisten jäsenvaltioiden alueella. Parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2004/38/EY todetaan, että unionin kansalaisille on myönnetty suoraan perustamissopimuksissa "henkilökohtainen perusoikeus oleskella toisessa jäsenvaltiossa".³⁶ EY-tuomioistuin on sittemmin luonnehtinut unionin kansalaisuutta ja sitä kautta jäsenvaltion kansalaisen oleskeluoikeutta toisten jäsenvaltioiden alueella välittömän oikeusvaikutuksen omaavaksi ja perustavaa laatua olevaksi oikeudeksi.³⁷

Todellisuutta vapaan liikkuvuuden periaatteesta alkoi tulla viimeistään Schengenin sopimuksen solmimisen myötä vuonna 1985. Sillä pyrittiin samanaikaisesti sekä poistamaan rajatarkastukset unionin sisällä että tehostamaan rajavalvontaa unionin ulkorajoilla.³⁸ Alkuaan sopimuksen piiriin kuuluivat vain Benelux-maat, Ranska ja Saksa, mutta nykyään lähes kaikki³⁹ unionin jäsenvaltiot ovat mukana yhteistyössä.

Unionin kansalaisille turvattu liikkumisvapaus koskee harvoja poikkeuksia lukuunottamatta myös heidän perheenjäseniään, vaikka nämä eivät itse olisikaan unionin kansalaisia.⁴⁰ Oma erityinen asemansa on niillä kolmansien valtioiden kansalaisilla, jotka ovat oleskelleet laillisesti saman jäsenvaltion alueella vähintään viisi vuotta. Heidän oikeusasemansa vastaa hyvin pitkälle unionikansalaisten oikeusasemaa.⁴¹ Näidenkin oikeuksien syntymisessä ja kehittämisessä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimella

36 Parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/38/EY, 11 kohta.

37 Rosas 2007, s. 52. Ks. myös esim. *Sotgiu vs. Deutsche Bundespost*.

38 Pomoell 2000, s. 37–38.

39 Irlanti ja Yhdistynyt Kuningaskunta ovat toistaiseksi jättäytyneet sopimuksen ulkopuolelle.

40 Rosas 2007, s. 54.

41 Rosas 2007, s. 62.

on ollut keskeinen rooli.⁴²

2.3.2. EY-tuomioistuin vapaan liikkuvuuden turvaajana

Eräs merkittävä ero sovellettaessa yleistä järjestystä ja turvallisuutta rajoitusperusteena ETA-valtioiden kansalaisiin ja toisaalta kolmansien valtioiden kansalaisiin tulee liikkumisen rajoittamisen tulkinnassa. Kun kyseessä on kolmannen maan kansalainen, voidaan rajoitusperustetta tulkita laajasti, mutta ETA-valtion kansalaisen ja hänen perheenjäsenensä ollessa kyseessä perustetta tulee tulkita suppeammin.⁴³ Myös tämä piirre osaltaan korostaa vapaan liikkuvuuden periaatteen suurta painoarvoa, sillä periaatteen merkitys saattaa yksittäisissä tapauksissa olla usein jopa ratkaiseva.

ETA-valtioiden kansalaiset ovat tässä mielessä paljon paremmassa asemassa kuin kolmansien valtioiden kansalaiset. Hyvä esimerkki tästä on EY-tuomioistuimen ratkaisu EYT 04.12.1974 674/J0041 (van Duyn vs. Home Office), jossa Iso-Britannia ei ollut kieltänyt lainsäädännöllään toimintaa, johon se kuitenkin yritti vedota yleisen järjestyksen ja turvallisuuden vastaisena. Koska rajoitusperustetta tulkitaan ETA-valtioiden kansalaisten osalta suppeasti, ei Iso-Britannia voinut vedota siihen kyseisessä tapauksessa, sillä hakija oli toisen ETA-valtion kansalainen.

Yhteisöjen tuomioistuin on useaan otteeseen joutunut toimimaan aloitteellisesti vapaan liikkuvuuden periaatteen edistämisen

⁴² Pomoell 2000, s. 24–25.

⁴³ HE 28/2003 vp, s. 40.

puolesta⁴⁴, koska jäsenvaltioiden poliittiset toimijat ovat ajautuneet erilaisiin poliittisiin "lukkotilanteisiin" joko omissa maissaan tai jäsenvaltioiden välisissä suhteissa. Kysymys ei niinkään ole ollut yhteisöjen tuomioistuimen halusta luoda oikeutta ja kehittää unionia, vaan ennemminkin sille säilytetystä ratkaisupakosta niissä tilanteissa, joissa unionin ja sen jäsenvaltioiden poliittiset toimijat ovat olleet joko haluttomia tai kyvyttömiä ratkomaan keskeisiä ongelmia ja unionin kehityksen kannalta ratkaisevia kysymyksiä.⁴⁵ Jälkiviisaasti on kuitenkin helppo todeta, että tuomioistuin on parhaansa mukaan pyrkinyt toimimaan yhteisön alkuperäisten tavoitteiden hengessä.

Vapaa liikkuvuus unionin sisällä oli pitkään poliittisesti erittäin arka asia, ja on sitä jossain määrin vielä tänäkin päivänä, hyvänä esimerkkinä vaikkapa taannoinen selkkaus Ranskan ja puolalaisten putkimiesten välillä. Ilman yhteisöjen tuomioistuimen aktiivista ja ajoittain rohkeakin otetta vapaan liikkuvuuden periaatteella tuskin olisi vielä tänä päivänä sellaista kattavuutta ja laajaa sisältöä kuin sillä nyt on.⁴⁶ Kyseinen oikeus ei kuitenkaan ole - eikä sen tule koskaan ollakaan - täysin rajoittamaton.

2.3.3. Rajoitukset vapaan liikkuvuuden periaatteeseen

Schengenin järjestelmään kuuluvissa unionin jäsenvaltioissa voidaan poikkeuksellisesti suorittaa kansallisia sisäraajatarkastuksia rajoitetun ajan silloin, kun yleinen järjestys ja turvallisuus sitä vaatii ja asiasta

44 Ks. esim EYT 23.03.1982, Levin vs. Staatssecretaris van Justitie.

45 Ojanen 2005, s. 1212.

46 Pomoell 2000, s. 28–29.

on pääsääntöisesti neuvoteltu muiden sopimuspuolten kanssa. Tällöin yleiseen järjestykseen ja turvallisuuteen tulee kohdistua "vakava vaara" (asetus 562/2006, 23 artikla).⁴⁷

Unionin kansalaiselta voidaan evätä oleskelulupa vain erittäin poikkeuksellisissa tapauksissa. Yleisen järjestyksen tai yleisen turvallisuuden vuoksi toteutettujen toimenpiteiden on direktiivin 2004/38/EY mukaisesti oltava suhteellisuusperiaatteen mukaisia ja perustuttava yksinomaan kyseessä olevan henkilön omaan käyttäytymiseen. Pelkästään aiempien rikostuomioiden perusteella ei voida ryhtyä kyseisiin toimenpiteisiin. Lisäksi vaaditaan, että kyseisen henkilön käyttäytyminen muodostaa todellisen, välittömän ja riittävän vakavan uhan, joka vaikuttaa johonkin yhteiskunnan olennaiseen etuun.

Jos unionikansalaisella tai hänen perheenjäsenellään on pysyvä oleskeluoikeus kyseessä olevan jäsenvaltion alueella, voidaan hänet direktiivin 28(2) artiklan mukaisesti karkottaa ainoastaan yleiseen järjestykseen tai yleiseen turvallisuuteen liittyvistä vakavista syistä. Edelleen, jos unionikansalainen on oleskellut kyseisessä jäsenvaltiossa kymmenen vuotta tai on alaikäinen, voidaan hänet karkottaa vain siinä tapauksessa, että karkotuspäätös perustuu jäsenvaltioiden määrittämiin yleistä turvallisuutta koskeviin pakottaviin syihin. Alaikäinen tosin voidaan tässäkin tapauksessa karkottaa mikäli hänen etunsa sitä vaatii.⁴⁸

47 Rosas 2007, s. 64.

48 Rosas 2007, s. 73–74.

2.4. Oikeuslähteiden hierarkia ja käyttö maassaokeskelun näkökulmasta

2.4.1. Hierarkia ja ristiriitatilanteet

Kysymys oikeuslähteiden hierarkiasta maassaokeskelun kannalta on varsin mielenkiintoinen, sillä oleskelulupaharkinta on prosessina melko laajaa harkintavaltaa sisältävä. Oikeastaan koko ulkomaalaislainsäädäntömme on kirjoitettu kovin ei-tyypilliseen muotoon, yleisluonteiseksi sekä paljon harkintavaltaa yksittäistapauksissa viranomaiselle antavaksi. Tarkkojen lainsäännösten puuttuessa harkinnassa painavat tavallista enemmän yleiset periaatteet, niin hallinnolliset kuin yleisemmän tason perus- ja ihmisoikeudellisetkin näkökohdat.

Oikeuslähteillä tarkoitetaan yleensä sitä aineistoa, josta lainkäyttäjät löytävät tarvitsemansa tuomionnormin oikeudellisia ratkaisuja tehdessään. Oikeuslähdeoppi on eräs oikeustieteen ydinalueista, ja sen merkitys on suuri sekä oikeustieteellisessä tutkimuksessa että jokapäiväisessä lainkäytössä. Sen mukaisesti oikeuslähteet lajitellaan keskinäiseen "arvojärjestykseen", joka kertoo niiden soveltamisjärjestyksen ja painoarvon. Mitään "virallista", erikseen vahvistettua oikeuslähdeoppia ei kuitenkaan ole olemassa, vaan oikeuslähdeoppi on kokoelma lähinnä menetelmällisiä sääntöjä ja periaatteita erilaisten oikeudellisten kannanottojen arviointiin, tulkintaan ja vertailuun.⁴⁹

49 Myrsky 2002, s. 12-13.

Mahdollinen ristiriitatilanne oikeuslähteiden välillä johtaa pohdintaan siitä, mikä on perustuslain, yhteisöoikeuden ja kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden asema oikeuslähteiden hierarkiassa. Kuuluvatko ne omalle ylimmälle tasolleen, syrjäyttäen täten esimerkiksi tavallisen lain ja maan tavan ristiriitatilanteissa? Jos päädytään tähän malliin, aiheuttaa se ongelmia demokratiaperiaatteen ja parlamentarismien näkökulmasta. Myös vallan kolmijako-oppi jää toteutumatta, jos parlamentin pätevällä tavalla säätämä laki voidaan jättää soveltamatta.⁵⁰ Demokraattisesti valittu parlamentti ei täten käytännössä voi säätää täysin haluamaansa lakia, vaikka sillä olisikin siihen demokraattinen mandaatti. Parlamentin pitää huomioida lakia säätäessään oikeuslähteiden ylin taso, ja mikäli se siitä huolimatta säätää lain, joka on ristiriidassa niiden kanssa, ei tuolla lailla käytännössä ole merkitystä, koska tuomioistuimen on ristiriitatilanteessa esimerkiksi perusoikeuden kanssa jätettävä kyseinen laki soveltamatta.

Perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisen kannalta on välttämätöntä, että oikeuksille voidaan taata riittävä ja ennenkaikkea tehokas suoja. Äärimmilleen vietyinä tästä seuraa kuitenkin se, että oikeusjärjestyksen keskeiset sisältöä koskevat päätökset siirtyvät lainsäätäjän sijaan tuomioistuinten päätettäviksi. Lainsäätäjän suvereniteetin kannalta taas on olennaista, että sillä on viime kädessä vastuu ja valta oikeusjärjestyksen sisällöstä. Ääritapauksessa tästä seuraa se, että perus- ja ihmisoikeuksilta riistetään niiden keskeisin funktio, turva enemmistön tahtoa vastaan. Mikäli joko tuomioistuinlaitos tai lainsäätäjät saa viimekätisen auktoriteetin perustuslain tulkitsimiseen, päädytään tilanteeseen, jossa

⁵⁰ Karhu 2003, s. 796.

perustuslaista tulee sisällöltään vain sitä mitä auktoriteettiasemaltaan vahvin tulkitsija sen sanoo olevan, ilman että perustuslaille itselleen jäisi minkäänlaista itsenäistä normatiivista asemaa. Tällöin perustuslain sisältö on siis käytännössä yhtä sen tulkintaan oikeutetun instituution tahdon kanssa.⁵¹

Perus- ja ihmisoikeuksien suuren ja yhä vahvistuvan merkityksen ei kuitenkaan tarvitse automaattisesti merkitä siirtymää lakia säätevien elinten itsekontrollista niin sanottuun tuomarivaltioon, tai päinvastoin. Ääripäiden sijaan tulisi pyrkiä löytämään malli, jossa huomioidaan riittävällä tavalla sekä kansansuvereniteetti että perusoikeuksien suoja, ilman että kummankaan tärkeimmistä osa-alueista tarvitsee luopua.⁵² Parlamentin säätämän lain normaalitulkinnan pitäisi ainakin teoriassa normaalitilanteessa olla perus- ja ihmisoikeusargumenttien hengen mukainen, tai korkeintaan vain hieman niistä poikkeava. Lisäksi perustuslain 22 §:n mukainen yleinen perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvoite edellyttäne, että lainsäätäjä ryhtyy tarvittaessa oikeustilan korjaavaan lainsäädäntötoimenpiteeseen siinä tapauksessa, että jokin lainsäädännös on selkeässä ristiriidassa näiden oikeuksien kanssa.⁵³

2.4.2. Oikeuskäytäntö oikeuslähteenä ulkomaalaisasioissa

Oikeuslähteet on tavattu jakaa yhtäältä juridisesti sitoviin ja toisaalta tosiasiallisiin oikeuslähteisiin. Ensiksi mainituista tärkein on kirjoitettu

⁵¹ Lavapuro 2009 a, s. 70–71.

⁵² Lavapuro 2009 b, s. 270–271.

⁵³ Lavapuro 2009 b, s. 284.

laki, joka on ensisijainen oikeuslähde. Sen lisäksi niin sanottu tavanomainen oikeus on sitova oikeuslähde. Ei-sitovia, mutta tosiasiallisesti merkittäviä oikeuslähteitä taas ovat oikeuskäytäntö ja oikeustiede. Ei siis ole olemassa sanktiojärjestelmää, joka pakottaisi vaikkapa tuomaria huomioimaan tuomioistuinten niin sanotut ennakkopäätökset.⁵⁴ Oikeuskäytäntö on näin ollen sallittu oikeuslähde: sen sivuuttaminen ei ole automaattisesti virhe, mutta siihen on sallittua ja usein jopa suositeltavaa vedota oikeudellisessa argumentaatiossa.

Ylimpienkään kotimaisten tuomioistuinten ratkaisuilla ei ole Suomessa juridisesti sitovaa ennakkopäätösvaikutusta, vaan niillä on sen sijaan aina vain ratkaistu jokin yksittäinen tapaus. Ratkaisut antavat kuitenkin osviittaa lainsäädännön tulkinnalle, erityisesti silloin kun tuomioistuimen tulkintalinja asiassa on vakiintunut ja selkeä.⁵⁵ Sen sijaan esimerkiksi hallintopäätöstä, kuten vaikkapa juuri oleskelulupapäätöstä, ei voida purkaa pelkästään sillä perusteella, että päätös on vallitsevan oikeuskäytännön vastainen.⁵⁶ Oikeuskäytännössä ehdottomasti suurin merkitys ja painoarvo on korkeimpien oikeusasteiden, korkeimman oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden, niin sanotuilla prejudikaateilla eli ennakkoratkaisuilla. Niiden käyttö onkin lisääntynyt merkittävästi viime vuosikymmenten kuluessa, ja voidaan jopa väittää että ennakkoratkaisut ovat tosiasiallisesti sitovia.⁵⁷ Sama koskee tietenkin jopa vielä suuremmassa määrin yhteisön tuomioistuimen ja ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja.

54 Myrsky 2002, s. 1.

55 Husa-Mutanen-Pohjolainen 2008, s. 60.

56 Mäenpää 2005, s. 585.

57 Tolonen 2003, s. 25.

Oikeuskäytäntöä oikeuslähteenä käytettäessä on aina syytä huomioida oikeuskäytännön niin sanottu historiallinen aspekti. Jos oikeudellinen päätös irroitetaan kokonaan siitä ajasta ja kontekstista jossa se on tehty, voi lopputuloksena olla täysin virheellinen käsitys. Säädos perustuu aina tiettyyn vallitsevaan lainsäädännölliseen tilanteeseen (*occasio legis*), johon ovat vaikuttaneet ajankohdan yhteiskunnalliset tilanteet ja tekijät.⁵⁸ Käytännössä siis mitä ajallisesti vanhemmasta oikeuskäytännöstä on kyse, sitä tarkemmin tulisi selvittää sen sidosteisuus omaan aikaansa ja ne mahdolliset muutokset, joita ajan kulumisen on suhteessa aikaisempaan oikeuskäytäntöön voinut tuoda. Merkitystä on myös oikeudenalalla: osa oikeudenalosta on paljon muuttuvaisempia, dynaamisempia kuin toiset, staattisemmat ja vakaammat oikeudenalat.

Kaiken kaikkiaan kysymys oikeuskäytännön ennustusarvosta on monella tapaa problemaattinen. Ennustusarvoa on kiistatta olemassa varsinkin rutiininomaisissa, yksityiskohdiltaan suhteellisen yksinkertaisissa tapauksissa. Mitä enemmän tuomioistuimen on kiinnitettävä huomiota juuri käsittelemänsä tapauksen ainutlaatuisiin yksityiskohtiin, sitä pienemmäksi ratkaisun ennustettavuus ja ennustusarvo kuitenkin käyvät. Varsinkin nykykäsityksen mukaan ulkomaalaisasiat ovat erityisen ainutlaatuisia, omat tapauskohtaiset erityispiirteensä ja olosuhteensa sisältäviä punnintatilanteita. Tämä käy ilmi esimerkiksi tuomioistuinten perustelujen laajuudesta ulkomaalaisasioissa.

Täten voitaneen todeta, että vakiintunut oikeuskäytäntö antaa kyllä suuntaa yksittäisten ulkomaalaisasioiden, kuten vaikkapa

⁵⁸ Myrsky 2002, s. 83.

oleskelulupaharkinnan, oikeudelliseen tulkintaan, mutta ei kovinkaan pitkälle menevästi. Hyvä esimerkki tästä on Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntö, joka on vuosikymmenten kuluessa muuttunut hyvin merkittäväällä tavalla ja välillä jopa yllättävän nopeasti sekä ennalta-arvaamattomaan suuntaan.

3. IHMISOIKEUSTUOMIOISTUIN JA ULKOMAALAISEN OIKEUDET

3.1. Ulkomaalaiselle turvatut oikeudet Euroopan ihmisoikeussopimuksessa

3.1.1. Ihmisoikeussopimuksen ulkomaalaiselle takaama suoja

Euroopan neuvoston perussäännön 3 artiklan mukaisesti jokaisen neuvoston jäsenvaltion pitää hyväksyä periaate, jonka mukaisesti jokaisen henkilön, joka kuuluu kyseisen valtion tuomiovaltaan, "tulee voida nauttia ihmisoikeuksista ja perusvapauksista".⁵⁹ Neuvoston piirissä syntynyt Euroopan ihmisoikeussopimus turvaa kaikkien niiden henkilöiden oikeuksia, jotka ovat jonkin sopimukseen osallisena olevan valtion lainkäytön piirissä. Täten sopimuksen sovellettavuus ei sinänsä riipu kansalaisuudesta, vaan ihmisoikeussopimus turvaa siihen liittyneiden valtioiden kansalaisten ohella myös näissä valtioissa oleskelevien kolmansien valtioiden kansalaisten tai kokonaan kansalaisuudettomienkin henkilöiden oikeuksia.⁶⁰

Ihmisoikeussopimuksen yleinen velvoittavuus ja ulottuvuus kattaa siis ulkomaalaisetkin, ellei toisin nimenomaisesti säädetä. Näin on esimerkiksi 16 artiklan mukaisen ulkomaalaisten poliittisten oikeuksien rajoittamisen osalta. Sovellettavuutta ei myöskään ole

⁵⁹ Pellonpää 2005, s. 2.

⁶⁰ Viljanen 2003, s. 5.

lähtökohtaisesti rajattu luonnollisiin henkilöihin, vaan joidenkin sopimusmääräysten osalta voi tulla kyseeseen esimerkiksi yhdistysten oikeus vedota sopimuksen niille turvaamiin oikeuksiin.⁶¹ Sopimuksen turvaamilla oikeuksilla ei ole mitään määrättyä keskinäistä hierarkiaa, vaan oikeuksien ristiriitatilanteissa viime kädessä ihmisoikeustuomioistuin arvioi oikeuksien "arvojärjestyksen" ja painoarvon kyseisessä tapauksessa.⁶² Eräs sen käyttämä keino on tulkita toinen oikeuksista kyseisessä tapauksessa "erityislaiksi" (lex specialis), jolloin sitä sovelletaan ensisijaisesti.⁶³

Ulkomaalaisen oikeuksien turvaamisen osalta erityisasemassa ovat ihmisoikeussopimuksen 3 ja 8 artiklat. Ihmisoikeustuomioistuin on käytännössään toteuttanut periaatetta, jonka mukaisesti osa sopimuksen määräyksistä voi rajoittaa valtioiden kansainväliseen oikeuteen perustuvaa harkintavaltaa ulkomaalaisasioissa, huolimatta siitä, että valtioilla on yleinen oikeus valvoa ulkomaalaisten maahantuloa ja maassaoleskelua.⁶⁴ Artiklassa 3 kielletään epäinhimillinen kohtelu, ja tähän vedotaan monesti esimerkiksi maastapoistamistapauksissa.⁶⁵ Artiklassa 8 taas turvataan yksityis- ja perhe-elämän suoja⁶⁶, joten monissa tapauksissa hakijat esittävät tuomioistuimelle, että esimerkiksi oleskeluluvan epääminen heiltä tai heidän perheenjäseneltään puuttuu merkittävällä tavalla heidän perhe-elämänsä suojaan.⁶⁷

61 Pellonpää 2005, s. 13–14.

62 Yourow 1996, s. 182.

63 Cameron 2000, s. 24.

64 Ks. esim. EIT 28.11.1996, Ahmut vs. Alankomaat.

65 Ks. esim. EIT 15.11.1996, Chahal vs. Yhdistynyt kuningaskunta.

66 Ks. esim. EIT 18.10.2006, Üner vs. Alankomaat.

67 Pellonpää 2005, s. 260.

3.1.2. Artiklan 3 mukaisen epäinhimillisen kohtelun kieltö

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 3 artiklassa kielletään kidutus sekä kohtelu tai rankaiseminen epäinhimillisellä tai halventavalla tavalla. Tähän ihmisoikeussopimuksen määräykseen on monesti vedottu sellaisissa tapauksissa, joissa ulkomaalaista uhkaava karkotus tai luovutus olisi voinut johtaa esimerkiksi kidutukseen tai muuhun epäinhimilliseen kohteluun⁶⁸ hänen vastaanottajavaltiossaan, usein siis kotimaassaan. Mainitunlaisen tilanteen aktualisoituminen edellyttää todellista riskiä siitä, että kyseinen ulkomaalaisyhteiskunnallinen toimenpide voisi johtaa 3 artiklassa kiellettyyn kohteluun, pelkkä mahdollisuus siihen ei riitä.⁶⁹ Kidutuksen tai muun epäinhimillisen kohtelun kieltö on kuitenkin ehdoton kaikissa olosuhteissa, joten jos uhka on todellinen, karkottavalla valtiolla on sopimusmääräyksen valossa velvollisuus lopettaa karkotustoimenpiteet. Artiklan 3 alaan kuuluvissa tapauksissa valtio ei voi vedota mihinkään yleisen edun mukaiseen näkökohtaan.⁷⁰

Ihmisoikeustuomioistuimen käytännön perusteella on kuitenkin selvää, että ulkomaalaisen maastapoistaminen voi vain poikkeuksellisissa tapauksissa merkitä 3 artiklan loukkaamista.⁷¹ Edellytyksenä voidaan pitää sitä, että artiklassa kielletty kohtelu olisi kyseisessä maastapoistamistapauksessa todennäköistä, eikä vain mahdollista.⁷² Lisäksi edellytetään, että uhka on riittävän yksilöllistä, esimerkiksi tiettyyn etniseen ryhmään kuulumisen ei vielä yleensä ole

68 Ks. esim. EIT 07.07.1989, *Söring vs. Yhdistynyt kuningaskunta*.

69 Pellonpää 2005, s. 259–260.

70 Viljanen 2003, s. 288–289. Ks. myös esim. EIT 17.12.1996, *Ahmed vs. Itävalta*.

71 Ks. esim. EIT 08.04.2008, *Nyanzi vs. Yhdistyneet kuningaskunnat* sekä EIT 04.02.2005, *Mamatkulov ja Askarov vs. Turkki*.

72 Ks. tästä esim. EIT 27.08.1992, *Vijayanathan ja Pusparajah vs. Ranska*.

riittävän selkeä osoitus tästä.⁷³

Arvioitaessa maastapoistamista 3 artiklan näkökulmasta ratkaisevana pidetään kielletyn kohtelun todennäköisyyttä juuri maastapoistamisen hetkellä. Näin esimerkiksi se seikka, että henkilö on joutunut aiemmin kyseisen kohtelun uhriksi, ei vielä sinällään riitä näytöksi kielletyn kohtelun todennäköisyydestä, vaan painoa annetaan juuri kyseisen hetken tilanteelle ja jossain määrin myös lähitulevaisuudelle. Silloin kun 3 artiklan mukainen kielletty kohtelu on todennäköistä, on sopimusmääräys tavanomaista ehdottomampi: siitä ei ole katsottu voitavan poiketa kansalliseen turvallisuuteen vedoten tai sillä perusteella, että kyseinen ulkomaalainen on syyllistynyt tietynlaiseen rikokseen.⁷⁴

3.1.3. Artikla 8 ja erityisesti perhe-elämän suoja

Ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa turvataan oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta. Artiklan turvaamaa oikeutta perhe-elämän suojaan voi sopimusvaltio rikkoa esimerkiksi epämällä yhdeltä perheenjäseneltä maahantuloluvan tai olemalla uusimatta hänen oleskelulupaansa. Automaattisesta sopimusrikkomuksesta ei kuitenkaan ole kyse, sillä ihmisoikeussopimuksen ei katsota sisältävän yleistä velvoitetta sopimusvaltioille kunnioittaa aviopuolisoiden tekemää asuinpaikan valintaa⁷⁵, jonka vuoksi ne käytännössä joutuisivat sallimaan ilman maan kansalaisuutta olevien puolisoiden maahanmuuton.

⁷³ Pellonpää 2005, s. 261–262.

⁷⁴ Pellonpää 2005, s. 263–264. Ks. myös esim. EIT 07.07.1989, *Söring vs. Yhdistynyt kuningaskunta*.

⁷⁵ Ks. tältä osin esim. EIT 02.08.2001, *Boultif vs. Sveitsi*.

Näin kyseessä ei yleensä ole 8 artiklan loukkaus, jos on olemassa jokin valtio, jonne aviopuolisot voivat asettua ilman huomattavia vaikeuksia. Mikäli tällaista valtiota ei kuitenkaan ole, tai perheeseen kuuluu lapsia, jotka ovat integroituneet karkottavaan valtioon, on kyseessä yleensä puuttuminen 8 artiklan turvaamaan oikeuteen.⁷⁶ Tuomioistuimen käytännöstä voidaan nimittäin lukea, että tärkeä periaate perhe-elämän kunnioittamisessa on nimenomaan lasten ja heidän vanhempiansa oikeus nauttia toistensa seurasta ja läsnäolosta.⁷⁷

Pelkkä puuttuminen perhe-elämän suojaan tai muihin 8 artiklassa turvattuihin oikeuksiin ei kuitenkaan sinänsä vielä merkitse sitä, että valtio on rikkonut sopimusvelvoitteitaan. Ennen rikkomuksen toteutusta on nimittäin tutkittava, onko kyseinen puuttuminen ollut sallittua 8 artiklan 2 kappaleessa mainituilla perusteilla ja tämän lisäksi "välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa". Täten monissa tapauksissa esimerkiksi rikollisen karkotus on ollut sopimusmääräysten mukaan mahdollista, vaikka se sinänsä onkin puuttunut merkittävästi perhe-elämän suojaan. Ihmisoikeustuomioistuimen viimeaikainen käytäntö kuitenkin antaa merkkejä siitä, että perhe-elämän suojan merkitys suhteessa valtion turvallisuusintressiin on kasvamassa.⁷⁸ Perhe-elämälle annettava suoja ei kuitenkaan ole yhtä ehdoton kuin 3 artiklan mukainen kidutuksen tai muun epäinhimillisen kohtelun kielto, joten esimerkiksi tiettyntyyppiset rikokset oikeuttavat yleensä suojaan puuttumisen.⁷⁹

76 Pellonpää 2005, s. 462.

77 van Walsum 2003, s. 520. Ks. lisäksi mm. EIT 26.09.1997, Mehemi vs. Ranska.

78 Pellonpää 2005, s. 463. Ks. myös esim. EIT 22.03.2007, Maslov vs. Itävalta.

79 Hyvä esimerkki on huumekauppa, josta esim. EIT 30.11.1999, Baghli vs. Ranska.

Yhteistä kaikille ihmisoikeustuomioistuimen ulkomaalaisoikeudellisille ja erityisesti 8 artiklan alaan kuuluville tapauksille on tuomioistuimen jossain määrin kasuistinen lähestymistapa. Yleisemmän tason kriteerit tai tulkintalinjat antavat varsin usein tietä tapauskohtaiselle kokonaispunninnalle, eritoten niin sanotun oikeudenmukaisen tasapainon löytämiselle. Näin kansallisille viranomaisille jää verrattain suuri rooli yksittäisissä tapauksissa: kansallisella tasolla on määriteltävä oma-aloitteisesti, missä oikeutettujen rajoitusten raja kulkee, ja mikäli raja ylitetään, niin tuomioistuin puuttuu asiaan.⁸⁰

Kotimaisessa oikeuskäytännössämme on useita tuoreita esimerkkejä tapauksista, joissa korkein hallinto-oikeus on antanut yksilön perhe-elämän suojalle kansallista etua suuremman merkityksen ja ratkaissut asian näinollen oleskelulupaa hakeneen hyväksi.⁸¹ Nykyisessä ulkomaalaislaissa ei suoraan sanatarkasti mainita perhe-elämän suojaa kokonaisharkintaan vaikuttavana tekijänä, mutta se on varsin selkeästi johdettavissa edellytyksestä ottaa huomioon "perhesiteen merkitys asianosaisille" (114 §).⁸²

Suomalaisessa perusoikeusjärjestelmässä perhe-elämän käsite kuuluu perustuslain 10 §:ssä käytetyn yksityiselämän käsitteen piiriin.⁸³ Täten siihen sovelletaan yleisiä perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä. Kuitenkin Euroopan ihmisoikeussopimuksen perhe-elämälle antama suoja, sekä varsinkin ihmisoikeustuomioistuimen viimeaikainen oikeuskäytäntö⁸⁴ rajoittavat tuntuvasti valtioiden mahdollisuuksia puuttua perhe-elämän suojaan.

80 Viljanen 2003, s. 320.

81 Kuosma 2004, s. 691–692. Ks. myös esim. KHO 2007:47.

82 Viljanen 2007, s. 1128.

83 Scheinin 1999, s. 326.

84 Ks. esim. EIT 22.03.2007, Maslov vs. Itävalta.

Perhe-elämän suojaa nauttivat sekä alaikäiset lapset että heidän vanhempansa, ja joissain tapauksissa myös muut perhe-käsitteen piiriin luettavat sukulaiset.⁸⁵

3.1.4. Kokonaistesti

Euroopan ihmisoikeussopimuksessa turvatut oikeudet eivät ole muutamia poikkeuksia, kuten artiklan 2 mukaista oikeutta elämään, lukuunottamatta ehdottomia. Täten niistä voidaan sopimuksessa säädetyissä poikkeustilanteissa poiketa, mikäli edellytykset poikkeamiselle täyttyvät. Sopimuksen 15 artikla sisältää yleiset edellytykset sopimusvelvoitteista poikkeamiselle hätätilan aikana. Näitä edellytyksiä on tulkittu varsin ahtaasti⁸⁶, ja niiden osalta onkin edellytetty nimenomaan toimien ehdotonta tarpeellisuutta ja välttämättömyyttä.⁸⁷ Se seikka, että poikkeamiselle poikkeuksellisissa oloissa on oma artiklansa myös jossain määrin rajoittaa yleisen järjestyksen ja turvallisuuden soveltuvuutta rajoitusperusteena muissa kuin artiklan 15 alaan kuuluvissa tapauksissa.⁸⁸

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä on vakiintunut tietty kriteeristö, jonka mukaisesti käsiteltäviä tapauksia tarkastellaan. Niin sanottu kokonaistesti sisältää kolme eri edellytystä, joiden tulee jokaisen aina täytyä, jotta sopimuksessa turvattua oikeutta voidaan rajoittaa. Rajoituslausekkeista on luettavissa ensinnäkin se, että lainmukaisuuden vaatimuksen tulee

85 Ks. esim. EIT 09.03.1988, Price vs. Yhdistynyt kuningaskunta.

86 Fricero 2007, s. 53–54.

87 Mokhtar 2004, s. 71.

88 Cameron 2000, s. 9.

täyttyä.⁸⁹ Tällä tarkoitetaan sitä, että kansallisessa lainsäädännössä tulee olla jokin peruste oikeuteen puuttumiselle.⁹⁰ Näin esimerkiksi jonkin uskonnollisen lahkon toimintaa ei voida rajoittaa yleisen järjestyksen ja turvallisuuden nojalla, jos sen harjoittama toiminta itsessään ei edes joiltain osin ole kielletty valtion lainsäädännössä.

Toisekseen rajoitukselle tulee olla "hyväksyttävä peruste" (legitimate aim). Tuomioistuimen käytännöstä voidaan havaita, että hyväksyttävän perusteen valinnalla voi olla suuri merkitys yksittäisessä tapauksessa, koska tuomioistuimen tulkinta eri perusteiden merkityksen ja painoarvon välillä vaihtelee. Erityisen selvästi se näkyy ulkomaalaisia koskevissa tapauksissa.⁹¹ Tämä on toisaalta ymmärrettävää siinä mielessä, että valtioiden on yleensä huomattavasti helpompi saada kansalaistensa hyväksyntä ulkomaalaisten oikeuksien rajoittamiselle kuin omiin kansalaisiin kohdistuville rajoituksille.

Kolmanneksi rajoituksen tulee olla "välttämätön demokraattisessa yhteiskunnassa". Tuomioistuin on ratkaisujensa yhteydessä todennut, että demokraattisen yhteiskunnan luonteenpiirteisiin kuuluvat ainakin pluralismi, suvaitsevaisuus ja avarakatseisuus.⁹² Välttämättömyys on läheisessä suhteessa hyväksyttävän perusteen edellytykseen, ja sitä arvioidaan kolmesta eri näkökulmasta. Rajoitukselle pitää olla painava yhteiskunnallinen tarve. Lisäksi suhteellisuusperiaatteen tulee toteutua. Myös oikeuteen puuttumisen perustelun pitää olla erityisen kattava.⁹³

89 Viljanen 2003, s. 174.

90 Viljanen 2003, s. 186.

91 Viljanen 2003, s. 222.

92 Cameron 2000, s. 35. Ks. myös esim. EIT 08.07.1986, Lingens vs. Itävalta.

93 Viljanen 2003, s. 235.

Ihmisoikeustuomioistuin ei aina tutki jokaisen edellytyksen täyttymistä erikseen, vaan niissä tapauksissa, joissa se toteaa, että jokin edellytys ei esitetyn perusteella täyty, tuomioistuin yleensä toteaa ihmisoikeussopimusta rikotun arvioimatta välttämättä jokaisen edellytyksen toteutumista erikseen.⁹⁴ Mainitut periaatteet soveltuvat käsiteltävään tapaukseen riippumatta siitä, onko ulkomaalainen tullut maahan aikuisena tai hyvin pienenä lapsena, tai jopa syntynyt karkottavassa maassa.⁹⁵

Mainittujen kokonaistestin kolmen eri edellytyksen täyttymisen valvontaa voidaan kutsua myös suhteellisuusperiaatteen toteutumisen valvonnaksi. Tässä mielessä ihmisoikeustuomioistuin harjoittaa nimenomaan suhteellisuusvalvontaa: tavoiteltavan päämäärän pitää olla välttämätön demokraattisessa yhteiskunnassa ja keinon suhteessa sillä tavoiteltuun päämäärään "oikeasuhtainen".⁹⁶ Suhteellisuusperiaatteen sisältö ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä on näinollen hyvin samanlainen kuin kotimaisessa oikeudessamme, jossa keskeistä on, että rajoitus on nimenomaan välttämätön tavoiteltuun hyväksyttävään päämäärään pääsemiseksi.⁹⁷

Suhteellisuusperiaate on kuitenkin jossain määrin ongelmallinen juuri ulkomaalaisten oikeuksia tarkasteltaessa, koska se johtaa käytännössä poikkeuksetta siihen, että ihmisoikeustuomioistuimen on jokaisessa tapauksessa erikseen tutkittava kaikki hakijan henkilökohtaiseen tilanteeseen vaikuttavat seikat. Tämä taas on

94 Viljanen 2003, s. 177.

95 EIT 18.10.2006, Üner vs. Alankomaat.

96 Fricero 2007, s. 37.

97 Viljanen 2001, s. 205. Ks. myös esim. EIT 24.04.1990, Huvig vs. Ranska.

ongelmallista varsinkin ennustettavuusperiaatteen kannalta.⁹⁸ Kun etukäteen ei voida tarkkaan määritellä mikä painoarvo milläkin tekijällä tulkinnassa on, ja näitä tekijöitä on lukuisia, päädytään väistämättä tilanteeseen, jossa ihmisoikeustuomioistuin edellyttää kyllä sopimusvaltioilta lainkäytön ennustettavuutta, mutta sen sijaan omassa toiminnassaan se saattaa päätyä hyvinkin yllättäviin ratkaisuihin, tai ainakin se varaa itselleen oikeuden tehdä sellaisia. Tämä ei pitkällä tähtäimellä voi olla ihmisoikeussopimuksen hengen mukaista.⁹⁹

3.2. Sopimuksen kansallinen tulkinta

3.2.1. Kokonaisharkinta ja Euroopan ihmisoikeussopimus

Tärkeä osansa ulkomaalaisen oleskelulupaa koskevassa kokonaisharkinnassa on Euroopan ihmisoikeussopimuksella ja erityisesti sen ulkomaalaisten maassaoleskelua läheisesti koskevilla neljännellä ja seitsemännellä lisäpöytäkirjoilla. Neljännen lisäpöytäkirjan 2(3) artikla sisältää viittauksen yleinen järjestys (*ordre public*), jota ei sellaisenaan löydy muista ihmisoikeussopimuksen rajoituslausekkeista.¹⁰⁰ Myös seitsemännessä lisäpöytäkirjassa, tarkemmin sen 1 artiklan 2 kappaleessa, mainitaan yleinen järjestys ja kansallinen turvallisuus perusteina 1 kappaleen

98 Viljanen 2003, s. 323.

99 Viljanen 2003, s. 178.

100 Pellonpää 2005, s. 587.

yksilöille turvaamien oikeuksien sivuuttamiseen oikeuttavina perusteluina.¹⁰¹

Ihmisoikeustuomioistuimen soveltamiskäytännöstä on kiteytettävissä tärkeä kokonaisharkintaa ohjaava periaate, jonka mukaan kaikkea kokonaisharkintaan vaikuttavaa aineistoa, eli Suomen osalta siis myös esimerkiksi suojelupoliisin salaista materiaalia, on asianosaisten oikeusturvan takaamiseksi voitava arvioida itsenäisessä ja riippumattomassa elimessä, tässä tapauksessa hallinto-oikeudessa. Ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö onkin 2000-luvulla asettanut aiempaa enemmän vaatimuksia kokonaisharkinnalle. Turvallisuuteen perustuvan rajoittamisen arvioinnissa valtioilla on toki edelleen varsin laaja harkintavalta, mutta kyseessä ei todellakaan ole mikään avoin valtakirja. Tehokas tuomioistuinkontrolli pitää huolen siitä, että yksilön oikeuksia ei kohtuuttomasti uhrata yleisen edun puolesta.¹⁰²

Valtioille on kuitenkin jätetty tietty harkintavalta rajoitusten soveltamisen ja punninnan suhteen. Ulkomaalaisasioiden kokonaisuus on perinteisesti sellainen osa-alue, jolla kansallisvaltioilla on ainakin lähtökohtaisesti ylikansallista toimijaa, kuten ihmisoikeustuomioistuinta, paremmat edellytykset arvioida yksittäisen asian ratkaisuun vaikuttavia kansallisia näkökohtia, ja täten käyttää tiettyä tapauskohtaista harkintavaltaa. Tätä harkintavaltaa kutsutaan opiksi valtion harkintamarginaalista.

101Pellonpää 2005, s. 597–599.

102Viljanen 2007, s. 1131.

3.2.2. Valtion harkintamarginaali

Oppi valtion harkintamarginaalista (margin of appreciation) perustuu Euroopan ihmisoikeussopimuksessa mainittuun rajoitusedellytykseen, jonka mukaisesti sopimuksella turvattuja oikeuksia voidaan rajoittaa, jos rajoitukset perustuvat hyväksyttäviin syihin ja niille on "pakottava yhteiskunnallinen tarve". Alunperin harkintamarginaalilla tarkoitettiin sitä, että ihmisoikeustuomioistuin ei itse pyrkinyt niinkään arvioimaan asetettujen rajoitusten objektiivista välttämättömyyttä, vaan se jätti valtioille harkintavaltaa, jonka oikeutus valtion tuli osoittaa. Jos valtiolla oli ollut aihetta uskoa, että kyseinen rajoitus oli välttämätön, se katsottiin riittäväksi perusteeksi rajoitukselle. Tosiasiallista "käytännön" välttämättömyyttä ei siis edellytetty.¹⁰³ Mikäli kyseisessä asiassa ei katsottu muodostuneen yleistä käytäntöä tai jotain edellytettyä tasoa sopimusvaltioiden enemmistön piirissä, oli valtiolla käytössään varsin laaja marginaali harkinnassaan.¹⁰⁴ Nykyisin marginaali on yleisesti ottaen rajatumpi kuin aikaisempina vuosikymmeninä, mutta marginaalin laajuus vaihtelee merkittävästi tapauksen luonteen perusteella.

Tätä nykyä ihmisoikeustuomioistuin varaa itselleen oikeuden arvioida suhteellisen itsenäisesti rajoitusten väitettyä välttämättömyyttä. Tässä yhteydessä voidaan puhua niin sanotusta "eurooppalaisesta kontrollista", joka vaikuttaa harkintamarginaalin rooliin. Riippuen siitä, mikä tärkeys rajoitusperusteella on kansallisen ja toisaalta ylikansallisen intressin näkökulmasta, harkintamarginaali voi olla hyvinkin laaja tai suppea. Keskeistä on onko välttämättömyyden arviointi mahdollista toteuttaa vain kansallisten päätöksentekijöiden

¹⁰³Pellonpää 2005, s. 229–230.

¹⁰⁴Yourow 1996, s. 54.

välittömässä läheisyydessä, vai voidaanko välttämättömyyttä arvioida myös yleisemmällä tasolla. Merkitystä on myös sillä, onko kyseisessä asiassa olemassa jokin yleinen eurooppalainen mittapuu, johon tapausta on aihetta verrata. Jos mittapuu on olemassa, on tuomioistuimen arviointioikeus suppeampi kuin niissä tapauksissa, joissa kansallinen käytäntö on monenkirjavaa.¹⁰⁵

Harkintamarginaaliin liittyvää "välttämättömyyttä demokraattisessa yhteiskunnassa" tulee arvioida kunkin sopimusvaltion olosuhteiden, esimerkiksi historiallisen taustan, valossa. Näin joissain tapauksissa hyväksyttäviä rajoituksia koskevat tulkinnat voivat johtaa Itä-Euroopan nuorissa demokratioissa helpommin erilaisiin lopputuloksiin kuin Länsi-Euroopan vakiintuneissa demokratioissa. Tämä ei ole kuitenkaan mikään yleinen periaate, ja erojen merkitys tulee kiistatta vähenemään ajan myötä, kun demokratian ja oikeusvaltion asema vakiintuu myös Itä-Euroopan maissa.¹⁰⁶

Euroopan ihmisoikeussopimuksen useat sopimusmääräykset on laadittu siten, että artiklan ensimmäisessä kappaleessa ilmaistaan lyhyesti artiklassa turvattu oikeus, ja toisessa kappaleessa taas määritellään ne perusteet ja edellytykset, joiden mukaan ja nojalla oikeutta voidaan rajoittaa. Tällöin kyseisten oikeuksien ulottuvuus riippuu merkittävästi rajoituslausekkeiden tulkinnasta. On olemassa joukko yleisiä näkökohtia, jotka liittyvät kaikkeen rajoituslausekkeiden tulkintaan, ja näitä näkökohtia voidaan nimittää valtion harkintamarginaaliksi.¹⁰⁷

105Pellonpää 2005, s. 230–231.

106Pellonpää 2005, s. 232–233.

107Pellonpää 2005, s. 222.

Valtion harkintamarginaalin voidaan katsoa olevan verrattain laaja sellaisissa tapauksissa, kun sen piiriin kuuluva toimenpide (policy) kohdistuu tasapuolisesti kaikkiin valtion oikeudenkäytön piiriin kuuluviin henkilöihin, ja erityisen suppea silloin kun kohteena on jokin vähemmistö tai muuten rajattu henkilöpiiri. Näin ihmisoikeussopimus turvaa osaltaan vähemmistön oikeuksia enemmistön mielivallalta, johon liian laaja valtion harkintamarginaali voisi helposti johtaa.¹⁰⁸

Käytännössä valtioiden on kuitenkin suhteellisen helppo löytää asettamilleen rajoituksille hyväksyttävä syy, vaikka ihmisoikeussopimuksessa mainittujen sallittujen rajoitusperusteiden (esimerkiksi yleinen turvallisuus) luettelo onkin tyhjentävä, ja vaikka useissa tapauksissa rajoitusperusteita tulkitaankin ahtaasti. Hyvä esimerkki on ihmisoikeustuomioistuimen tapaus Sidiropoulos ja muut vs. Kreikka (10.07.1998), jossa tuomioistuin ei hyväksynyt Kreikan hallituksen esittämää erityistä perustelua vaadituksi hyväksyttäväksi syyksi rajoitukseen ryhtymiseen, mutta rajoitukset olivat silti tuomioistuimen näkökannan mukaan hyväksyttäviä "kansallisen turvallisuuden ja yleisen järjestyksen nimissä".¹⁰⁹

Oppi valtioiden harkintamarginaalista ei kuitenkaan tarkoita sitä, että jotkin näkökohdat jäisivät kokonaan ihmisoikeustuomioistuimen valvonnan ulkopuolelle, tai että tuo oppi sinänsä antaisi jotain oikeuksia sopimusvaltioille. Ihmisoikeustuomioistuin päättää joka kerta erikseen huomioiko se asiassa sopimusvaltiolle annetun harkintamarginaalin.¹¹⁰ Ihmisoikeustuomioistuin on ylin ihmisoikeussopimusta tulkitseva toimija, ja sen tulee valvoa

108 Benvenisti 1999, s. 847.

109 Pellonpää 2005, s. 228–229.

110 Viljanen 2003, s. 247–248.

kansallisia toimijoita, mutta ei syrjäytä niitä. Kansallisilla toimijoilla on lähtökohtaisesti parhaimmat lähtökohdat harkintaan niitä itseään koskevissa yksittäisissä tapauksissa¹¹¹, mutta tämä ei saa johtaa ihmisoikeuksien loukkaamiseen. Juuri tästä syystä syntyi tarve luoda ylikansallinen valvontajärjestelmä, ja tavallaan valtioiden harkintamarginaali onkin vain jäännös sitä edeltäneeltä ajalta.¹¹²

3.2.3. Punninnan periaate

Toisinaan kuulee väitettävän, että suomalaisessa oikeudenkäytössä ei tunneta niin sanottua punninnan periaatetta.¹¹³ Sen sijaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä on havaittavissa selkeää taipumusta arvioida jokaista tapausta kokonaisuutena ja punnita eri näkökohtia. Erityisesti tämä näkyy tuomioistuimen tutkiessa kokonaistestin kolmen edellytyksen täyttymistä. Periaatteessa kaikilla kolmella edellytyksellä tulisi olla tasavertainen asema, mutta käytännössä tuomioistuin arvioi näiden edellytysten merkitystä tulkiten niitä jokaisen kyseessä olevan tapauksen valossa, enemmän yhtenä kokonaisuutena kuin selkeästi kolmena eri itsenäisenä vaiheena.¹¹⁴

Oikeudellisesti rutiiniluontoisissa ratkaisuissa ei luonnollisesti ole tarvetta niin kattaville perusteluille kuin oikeasti monimutkaisissa ja avoimissa harkintatilanteissa. Näyttöön perustuvissa ratkaisuissa, joita oleskelupäätöksetkin kiistatta ovat, joudutaan käytännössä

111 Yourow 1996, s. 179.

112 Benvenisti 1999, s. 853.

113 Ks. kuitenkin mm. Nurmi, Mirja-Leena: Punninta Korkeimman oikeuden ratkaisuissa.

http://www.oikeus.fi/uploads/ru6hiqyubo4_2.pdf

114 Viljanen 2003, s. 174–175.

aina hyödyntämään punnintaa.¹¹⁵ Ulkomaalaislain tulkinnanvaraisuus ja oleskelulupaharkinnan haastavuus johtavat käytännössä siihen, että päätöksiä on varsin usein perusteltava tarkkojen lainsäännösten sijaan yleisemmän tason periaatteilla. Tällöin punninta eri oikeusperiaatteiden välillä on päätöksen perusteluiden keskiössä.

Riittävän tasapainon löytäminen saattaa osoittautua hyvinkin vaikeaksi tehtäväksi erityisesti silloin, kun vaakakupissa painavat toisaalta yleiselle järjestykselle ja turvallisuudelle aiheutuva kiistaton häiriö, sekä toisaalta jokaiselle turvattu oikeus perhe-elämän suojaan. Punninnan periaate on erityisen läheisessä yhteydessä suhteellisuusperiaatteeseen. Punninnan eri osa-alueina ovat toisaalta hakijan oikeus, toisaalta toisten henkilöiden oikeudet ja yleinen, yhteiskunnallinen etu. Suhteellisuusperiaatteen toteutuminen, siis tasapainon löytäminen punninnan avulla, riippuu jokaisen tapauksen erityisolosuhteista.¹¹⁶

Punninta kohdistuu erityisesti kussakin oikeudellisessa harkintatilanteessa sovellettavien oikeusperiaatteiden keskinäisen suhteen ja painoarvon määrittämiseen. Keskinäisiä suhteita ei ole mahdollista tai edes tarkoituksenmukaista vakioida systemaattisesti ennalta tai jälkikäteen. Kunkin tapaukseen soveltuvan oikeusperiaatteen paino- ja ratkaisuarvon määrittämiseksi kyseisessä tapauksessa niitä tulee punninta keskenään ja pyrkiä löytämään niiden välille tasapaino, niin ettei mikään periaate pääse perusteettomasti dominoimaan muiden periaatteiden kustannuksella.¹¹⁷ Punninnalla on

115Nurmi, Mirja-Leena: Punninta Korkeimman oikeuden ratkaisuiissa.
http://www.oikeus.fi/uploads/ru6hiqyubo4_2.pdf

116Cameron 2000, s. 25.

117Nurmi, Mirja-Leena: Punninta Korkeimman oikeuden ratkaisuiissa.
http://www.oikeus.fi/uploads/ru6hiqyubo4_2.pdf

lähes poikkeuksetta erityisen vahva yhteiskunnallinen arvolataus.

Punninta suoritetaan niin sanottuja peruseriaatteita, perustavaa laatua olevia, jokaisen oikeusvaltion hyväksymiä arvonäkökohtia sekä niiden painoarvoa arvioiden ja suhteuttaen. Tätä prosessia ei ole mahdollista etukäteen lyödä lukkoon ratkaisijalle annettavin säännöin tai ohjein.¹¹⁸ Yleisen edun, kuten yleisen järjestyksen ja turvallisuuden turvaamisen, kautta perustellut näkökohdat voivat oikeuttaa erilaisten yksilöiden oikeuksien pienemmän painoarvon vain poikkeustapauksissa: lähtökohtaisesti yleinen etu häviää punninnassa perus- ja ihmisoikeuksille.¹¹⁹

Voidaan perustellusti kysyä, osataanko suomalaisessa lainkäytössä soveltaa yleisluontoisia, keskenään toisinaan yllättävissäkin vuorovaikutussuhteissa olevia periaatteita, kun yleensä sovelletaan tarkkoja sääntöjä. Lukuisat Suomelle raskauttavat ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut kertovat osaltaan, että ainakin oppimista periaatteiden soveltamisessa on vielä paljon. Toisaalta juuri oleskelulupia tai yleensäkin ulkomaalaisasioita koskevia Suomelle raskauttavia ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja ei toistaiseksi vielä ole kovinkaan monia.¹²⁰ Se kertonee ennenkaikkea siitä, että kansalliset tuomioistuimet ovat onnistuneet toteuttamaan perus- ja ihmisoikeuksien valvontatehtävää varsin hyvin.

118Karhu 2003, s. 797.

119Lavapuro 2000, s. 414.

120Ks. kuitenkin esim. EIT 26.07.2005, N. vs. Suomi.

4. OLESKELULUVAN MYÖNTÄMISEN EDELLYTYKSET

4.1. Oleskelulupa hallintopäätöksenä

Oleskelulupa ja sen hakeminen on periaatteessa varsin tyypillinen hallintolupa-asia. Oleskelulupa kuuluu hallintopäätösten jaottelussa niin sanottuihin etuja suoviin hallintopäätöksiin, hallintolupiin. Niille tunnusomainen piirre on luvan kohteena olevan toiminnan julkisoikeudellinen rajoittaminen tai kieltäminen. Joissain tapauksissa luvanvaraisuuden tavoitteena on myös mahdollistaa kyseisen toiminnan valvominen.¹²¹ Molemmat piirteet ovat selvästi havaittavissa oleskeluluvan taustalla. Oleskeluluvan kenties tärkeimpänä tavoitteena on nimenomaan rajoittaa maahantuloa (tai oikeammin estää se ilman asianmukaista julkisoikeudellista lupaa) sekä toisaalta myös valvoa maahantulijoita.

Pelkistetysti oleskeluluvissa ja yleisemminkin ulkomaalaisasioissa on kyse vastakkainasettelusta toisaalta yleisen edun, jonka yksi osa-alue on yleinen järjestys ja turvallisuus, ja toisaalta yksilön etujen, esimerkiksi perus- ja ihmisoikeudet sekä vapaus valita asuinpaikkansa, välillä. Ulkomaalaisasioilla on myös kautta aikain ollut kiistatonta taloudellista merkitystä valtioille, mikä ei ole voinut olla vaikuttamatta juuri esimerkiksi oleskelulupien myöntämiseen.¹²² Taloudellisella merkityksellä on vaikutusta ainakin jossain määrin

¹²¹Mäenpää 2003, s. 125.

¹²²Kuosma 2004, s. 695–696.

myös nykypäivänä, joskaan se ei enää voi olla ratkaiseva tekijä ainakaan niin sanotuissa länsimaisissa oikeus- ja sivistysvaltioissa, johtuen jo ulkomaalaisasioita koskevasta kansainvälisestä sääntelystä.

Oma merkittävä osansa on myös erityisesti usemmissa läntisen Euroopan maissa tapahtuvalla kantaväestön ikääntymisellä ja sitä kautta mahdollisesti jossain vaiheessa syntyvällä työvoimapulalla. Ulkomaisen työvoiman saatavuus on myös Suomessa merkittävä kysymys jo lähitulevaisuudessa, ja se onkin kirjattu nykyisen hallituksen erityiseen maahanmuuttopoliittiseen ohjelmaan¹²³. On todennäköistä, että aiemmin lähes poikkeuksetta taloudellisesti negatiivisena rasitteena koettu laajamittainen maahanmuutto saa monessa ikääntyvän kantaväestön valtiossa aivan uudenlaisen hyväksynnän ja vastaanoton, kun se ymmärretään taloudellisesti positiivisena asiana, rasitteen sijaan uutena merkittävänä voimavarana. Maahanmuuttokriittisissä kannanotoissa usein pelättyä avointen ovien aikaa silti tuskin koittaa, vaan oleskelulupaharkinta on myös jatkossa tapauskohtaista harkintaa, ja kielteisiäkin päätöksiä tehdään varmasti.

Terrorismin uhka on eräs keskeinen peruste yleisen järjestyksen ja turvallisuuden vaarantumiselle, ja siihen liittyviä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja onkin lukuisia.¹²⁴ Tähän perusteeseen ei kuitenkaan kovin herkästi Suomessa voitane vedota, sillä Suomeen kohdistuvan terrorismin uhka on varsin pieni, johtuen

123Hallituksen maahanmuuttopoliittinen ohjelma. Työhallinnon julkaisu 2006.
[http://www.intermin.fi/intermin/images.nsf/files/620a7bb47a3b1008c22573b60050a16c/\\$file/thj371_mamupol_ohjelma.pdf](http://www.intermin.fi/intermin/images.nsf/files/620a7bb47a3b1008c22573b60050a16c/$file/thj371_mamupol_ohjelma.pdf)
Ks. myös esim. PeVL 4/2004 vp, s. 15.

124Ks. esim. EIT 04.02.2005, Mamatkulov ja Askarov vs. Turkki, sekä EIT 15.11.1996, Chahal vs. Yhdistynyt kuningaskunta.

erityisesti Suomen poliittisesta ja maantieteellisestä syrjäisyydestä. Tilanne voi kuitenkin muuttua hyvinkin nopeasti, sillä nykyinen globaali maailma on hyvin ennalta-arvaamaton. Todennäköisin terrorismin uhkakuva lienee juuri maassaoleskelevan ulkomaalaisen tekemä terrori-isku, joten siinä mielessä oleskelulupaharkinta on keskeinen prosessi Suomeen kohdistuvan terrorismin ehkäisemisessä.¹²⁵

4.2. Oleskeluluvan epääminen

Voimassa olevan ulkomaalaislain mukaisesti oleskeluluvan myöntämiselle on kaksi yleistä edellytystä. Lupa "voidaan jättää myöntämättä, jos ulkomaalaisen katsotaan vaarantavan yleistä järjestystä ja turvallisuutta, kansanterveyttä tai Suomen kansainvälisiä suhteita", tai "jos on perusteltua aihetta epäillä ulkomaalaisen tarkoituksena olevan maahantuloa tai maassa oleskelua koskevien säännösten kiertäminen" (ulkomaalaislaki, 36 §). Myös Schengenin yleissopimus sisältää vastaavat edellytykset.¹²⁶ Nämä kolmansien maiden kansalaisia koskevat edellytykset ovat myös ainoita perusteita, joilla Euroopan unionin kansalaisen tai hänen perheenjäsenensä maahantuloa tai maassa oleskelua voidaan rajoittaa (ulkomaalaislaki, 156 §).

Perustuslakivaliokunta on lausunnossaan ulkomaalaislain kokonaisuudistuksesta todennut, että 36 pykälän otsikoinnissa "Yleiset edellytykset oleskeluluvan myöntämiselle" on turhaan

¹²⁵Archer, Toby: Kansainvälinen terrorismi ja Suomi. Ulkopoliittisen instituutin julkaisuja 7/2004.

<http://www.upi-fia.fi/fi/publication/36/>

¹²⁶Kuosma 2004, s. 245.

syyllystyttä "positiiviseen maalailuun" ja samalla hankaloitettu lakiin perehtymistä, sillä pykälässä on lopulta kyse nimenomaan oleskeluluvan myöntämättä jättämisen perusteista.¹²⁷ Kieltämättä otsikointi antaa olettaa pykälän sisältävän oleskeluluvan myöntämisen positiivisia edellytyksiä, mutta sen sijaan asiaa lähestytäänkin täysin päinvastaisesta suunnasta, negatiivisten edellytysten kautta.

Mainitut oleskeluluvan myöntämisen edellytykset tulee huomioida kaikessa oleskelulupaharkinnassa. Edellytykset mainitaan ulkomaalaislain oleskelua ja oleskeluluvan myöntämistä koskevassa luvussa, koska se on ennenkaikkea lain selkeyden kannalta perusteltua. On todennäköistä, että säännöksen painoarvo vaihtelee riippuen siitä, onko kyseessä hakijan ensimmäinen hakemus vai oleskeluluvan uusinta ja onko hakijan oleskelulupa määräaikainen vai pysyvä.¹²⁸ Se, miten perusteltua ja merkittävää näiden seikkojen vaikutus kokonaihasharkintaan lopulta on, on mielenkiintoinen kysymys, johon ei ole helppoa löytää luotettavaa tai yksiselitteistä vastausta. Varmaa kuitenkin on, että kyseisten seikkojen merkitys joutuu nykyisin yhä tarkemman ja kriittisemmän arvioinnin kohteeksi, niin varsinaisessa viranomaisen lupaharkinnassa, kuin kielteisistä oleskelulupapäätöksistä tehtyjä valituksia tutkivissa tuomioistuimissakin.

Ulkomaalaislain 36 § sisältää edelleen käsitteen yleinen järjestys ja turvallisuus, mutta lain 156 §:ssä käsite on nykyisin muodossa yleinen järjestys ja yleinen turvallisuus¹²⁹. Muutos johtuu

¹²⁷PeVL 4/2004 vp, s. 3.

¹²⁸Kuosma 2004, s. 245–246.

¹²⁹Muutos tehtiin lailla ulkomaalaislain muuttamisesta 360/2007.

yhteisöoikeudesta, sillä EY-direktiivissä (2004/38/EY) käsite on nimenomaan muodossa yleinen järjestys ja yleinen turvallisuus. Hallintovaliokunnan mietinnössä HaVM 34/2006 vp on kuitenkin tähdennetty, ettei käsitteillä ole tarkoitettu olevan mitään sisällöllisiä eroja. Mietinnön mukaan tavoitteena on vain ollut selventää, että kumman tahansa, yleisen järjestyksen tai yleisen turvallisuuden, vaarantaminen riittää oleskeluluvan epäämisen perusteeksi.¹³⁰ Voi kuitenkin aiheellisesti kysyä, miksei myös 36 §:n käsitettä muutettu samaan muotoon, jos käsitteillä tosiaan ei ole mitään eroa. Nyt käytetty kahden eri sanamuodon yhdistelmä ei ainakaan tee jo ennestäänkin laajasta ja osin sekavastakin¹³¹ ulkomaalaislaista yhtään selkeämpää kokonaisuutta.

Hallituksen esityksen HE 205/2006 vp perusteluissa mainitaan, että unionin kansalaisten osalta oleskeluoikeuden rajoittamista ei saa missään tapauksessa perustella taloudellisin syin. Kyseinen toteamus löytyy samassa muodossa myös Euroopan yhteisön direktiivistä 2004/38/EY. Lisäksi mainitaan, että unionikansalaisten oleskelun rajoittamisen tulee perustua yksinomaan kyseessä olevan henkilön omaan käyttäytymiseen, ja että pelkät rikostuomiot eivät yksinään riitä perusteeksi rajoituksille.¹³²

Näitä rajoituksia rajoitusperusteen soveltamiseen on tulkittu useaan otteeseen sekä kotimaisissa oikeusistuimissa että yhteisön tuomioistuimessa, ja niiden osalta linja on suhteellisen selkeä. Valtion tulee kyetä kiistatta osoittamaan, että henkilö, jonka oleskelulupa evätään yleiseen järjestykseen ja turvallisuuteen perustuvalla syyllä,

¹³⁰HaVM 34/2006 vp, s. 4.

¹³¹Ks. tältä osin esim. PeVL 4/2004, s. 3.

¹³²HE 205/2006 vp, s. 6.

todella muodostaa konkreettisella tavalla ja nimenomaisesti juuri sillä hetkellä vakavasti otettavan uhan yleiselle edulle. Ihmisoikeustuomioistuimen tuoreehko tapaus Liu ja Liu vastaan Venäjä on hyvä esimerkki siitä, että valtion epämääräiset ja perustelemattomat puuttumiset ihmisoikeussopimuksen turvaamiin oikeuksiin eivät ole sallittuja.

4.3. Tapaus EIT 06.12.2007, Liu ja Liu vs. Venäjä

4.3.1. Kansallinen turvallisuus ja valtiosalaisuudet rajoitusperusteina

Oikeudellinen suhde ulkomaalaisten karkottamisen ja heidän oikeutensa yksityis- ja perhe-elämän suojaan välillä on hyvin pitkälti ihmisoikeustuomioistuimen käytännöllään luomaa oikeutta.¹³³ Tapauksessa Liu ja Liu vastaan Venäjä ihmisoikeustuomioistuin vahvisti edelleen perhe-elämälle annettavan suojan merkitystä suhteessa yleisluontoiseen kansallisen turvallisuuden turvaamiseen, eikä hyväksynyt Venäjän valtion jossain määrin epämääräisiä ja yleistäviä perusteluita ihmisoikeuksien rajoittamiselle.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin asetti tapauksessa Liu ja Liu vs. Venäjä perhe-elämän suojalle ja oikeusturvalle suuren painoarvon suhteessa väljästi määriteltyyn kansallisen turvallisuuden käsitteeseen. Tapaus koskee Venäjällä asuvaa avioparia, jäljempänä A

¹³³ECHR Blog 24.6.2008: Grand Chamber Judgment Maslov v. Austria.
<http://echrblog.blogspot.com/2008/06/grand-chamber-judgment-maslov-v-austria.html>

ja B. Toinen puolisoista on Kiinan kansalainen A, joka saapui Venäjälle vuonna 1994 voimassaolevan oleskeluluvan perusteella ja meni naimisiin Venäjän kansalaisen B kanssa, joka synnytti avioparille tyttären vuonna 1996. Marraskuussa 1996 hakija A palautettiin Kiinaan hänen oleskelulupansa umpeuduttua. Vuonna 1999 B synnytti pojan, ja vuonna 2001 A sai työntekijän oleskeluluvan Venäjälle, joka oli alunperin voimassa elokuulle 2002 ja jonka voimassaoloa myöhemmin jatkettiin elokuulle 2003.

Lokakuussa 2002 A aloitti toimenpiteet pysyvän oleskeluluvan hakemiseksi, mutta paikalliset viranomaiset vaikeuttivat hakuprosessia toiminnallaan huomattavan paljon, ja lopulta hylkäsivät hakemuksen vedoten kansalliseen turvallisuuteen. Kansalliseen turvallisuuteen vetoamisen perusteet olivat "valtiosalaisuuksia", eivätkä A tai B voineet saada niistä tietoa. Päätöksessä ei näytetty, että salassapidettävät perusteet olisivat päätyneet missään vaiheessa riippumattoman oikeudellisen arvioinnin kohteeksi.

A ei ollut kaupunginsyyttäjän toimistosta saadun todistuksen mukaan syylistynyt mihinkään rikolliseen toimintaan Venäjällä oleskelun aikanaan vuosina 1996–2005. Hän oli saanut useaan otteeseen vuosina 2003–2005 hallinnollisia sakkoja oleskeltuaan Venäjällä ilman voimassaolevaa oleskelulupaa, mutta kansalliset tuomioistuimet kumosivat suurimman osan sakkotuomioista muun muassa prosessuaalisesti virheellisinä. Lopulta vuosina 2005–2006 paikalliset viranomaiset pyrkivät pakkotoimin karkottamaan A:n Venäjältä. Karkotuspäätös annettiin lopulta, mutta päätöstä ei missään vaiheessa pantu täytäntöön. A asuu yhä B:n ja avioparin yhteisten

lasten kanssa Venäjällä.

4.3.2. Konkreettinen uhka yleiselle edulle

Kuvatussa tapauksessa valitus ihmisoikeustuomioistuimeen perustui ennenkaikkea A:n oleskeluluvan saamisessa olleisiin vaikeuksiin ja niiden kertautuneeseen negatiiviseen vaikutukseen hakijoiden perhe-elämään. Viranomaisten päätös olla myöntämättä oleskelulupaa A:lle puuttui hakijoiden mielestä merkittäväällä tavalla perhe-elämän suojaan, ja oli täten heidän mukaansa ihmisoikeussopimuksen vastaista. Myös viranomaisten suorittama A:n vapaudenriisto vuoden 2005 loppupuolella oli hakijoiden mukaan ollut merkittävää puuttumista heidän ihmisoikeussopimuksella suojattuihin oikeuksiinsa.

Ihmisoikeustuomioistuin totesi ensinnäkin, että sen toimivaltaan ei sinänsä kuulu ratkaista kysymystä siitä, millainen oleskelun oikeuttavan luvan tulee olla luonteeltaan, vaan ratkaisu tältä osin kuuluu täysin kansallisen viranomaisen harkintavaltaan. Ainoa edellytys on, että oleskelun mahdollistava lupa sallii sen haltijan oleskella maan alueella ja harjoittaa vapaasti yksityiselämäänsä ja saada suojaa perhe-elämälleen. Toisekseen tuomioistuin totesi, että myös silloin, kun kansallinen turvallisuus on vaarassa, lainmukaisuuden (rule of law) periaate demokraattisessa yhteiskunnassa edellyttää, että perustavaa laatua oleviin oikeuksiin puuttuvat toimet alistetaan puolueettoman ja itsenäisen oikeudellisen arvioinnin kohteeksi. Oikeusturvan kannalta on välttämätöntä, että kansallinen turvallisuus tai muut yleiset edut eivät voi

automaattisesti, ilman kriittistä tarkastelua, ohittaa yksilölle kuuluvia tärkeimpiä oikeuksia.

Ihmisoikeustuomioistuin kiinnitti erityistä huomiota siihen, että A:n ensimmäinen pysyvää oleskelulupaa koskeva hakemus hylättiin varsin yleisluontoisella viittauksella kansalliseen turvallisuuteen. Erilaisia mahdollisia uhkatekijöitä kansalliselle turvallisuudelle ei toki ole mahdollista etukäteen tarkkaan yksilöidä, vaan ne muuttavat jatkuvasti muotoaan. Silti uhan on yksittäisessä tapauksessa aina oltava todellinen ja konkreettinen. Yksilön on ihmisoikeustuomioistuimen näkemyksen mukaan voitava tehokkaasti "haastaa" väite kansallisen turvallisuuden vaarantumisesta ja sen tueksi esitetyt seikat. Näin estetään mielivaltaisuus ja kansallisen turvallisuuden käsitteen ei-lainmukaiset tulkinnat.

4.3.3. Puolueeton salaisten perusteiden arviointi

Ihmisoikeustuomioistuin totesi päätöksessään, että mikäli A:ta vastaan tehty maastapoistamispäätös pannaan täytäntöön, kyseessä on Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan rikkomus. Väitetty ja osoitettu perhe-elämän suojaan puuttuminen perustuu sellaisiin oikeudellisiin tosiseikkoihin, jotka eivät täytä ihmisoikeussopimuksen mukaisia rajoitusedellytyksiä. Näin ollen ihmisoikeustuomioistuimen ei tarvinnut tutkia, onko puuttuminen sopimuksessa turvattuihin oikeuksiin perustunut lailliseen päämäärään, ja onko se ollut tarpeellinen demokraattisessa yhteiskunnassa. Tuomioistuin myös määräsi Venäjän valtion maksamaan kummallekin hakijalle korvauksia heidän perhe-elämälleen aiheutuneen vahingon johdosta.

Esitetty tapaus on hyvä esimerkki Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen erityisen kriittisestä ja tarkasta tulkintalinjasta silloin, kun ihmisoikeussopimuksen turvaamiin oikeuksiin puututaan ilman, että perusteita puuttumiselle alistetaan puolueettomalle arvioinnille. Se sisältää tärkeää pohdintaa rajankäynnistä perustavaa laatua olevien yksilön oikeuksien, kuten perhe-elämän suojan, ja toisaalta yleisen edun, kansallisen turvallisuuden, välillä. Yksilön tärkeimpiin oikeuksiin vaikuttava salassapidettävä tieto ja sen merkitys tapauskohtaisesti on voitava alistaa riippumattoman elimen arvioitavaksi. Puolueeton arviointi on lopulta kaikkien etu, ja arviointi on mahdollista toteuttaa niin, että sekä kansallinen turvallisuusintressi että yksityisen henkilön oikeusturva kyetään takaamaan.

Jos perusteita ihmisoikeussopimuksella turvattuihin oikeuksiin puuttumiselle ei esitetä asianosaisille, tehdään käytännössä mahdottomaksi vasta-argumenttien esittäminen ja yleensäkin puolustautuminen väitteitä vastaan. Kansallisen turvallisuuden mahdollinen vaarantuminen on joissain tapauksissa saattanut turhankin helposti oikeuttaa sellaisia toimia, jotka eivät todennäköisesti kestäisi kriittistä tarkastelua. Nykyinen kehityssuunta on kuitenkin oikea: kansallinen turvallisuusintressi on edelleen merkittävässä asemassa, mutta punninta sen ja yksilön oikeuksien välillä on aikaisempaa tarkempaa, kriittisempää ja tasapainoisempaa. Liu ja Liu vastaan Venäjä -tapauksen ohella toinen hyvä esimerkki tästä on tapaus Maslov vastaan Itävalta.

4.4. Tapaus EIT 22.03.2007, Maslov vs. Itävalta

4.4.1. Integroitunut rikoksentekijä

Nuoren rikoksentekijän, jonka voidaan katsoa integroituneen karkottavaan maahan, asema on hyvin mielenkiintoinen viimeaikaisen ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön valossa. Tuomioistuin linjaa tuoreessa ratkaisussaan tapauksessa Maslov vastaan Itävalta merkittävällä tavalla sekä tehtyjen rikosten tyyppin merkitystä punninnassa että karkottavan valtion velvollisuutta auttaa alaikäistä rikoksentekijää sopeutumaan takaisin yhteiskuntaan vankilatuomion kärsimisen jälkeen.

Tapaus koskee Itävallan karkottamaa ja kymmenen vuoden maahantulokieltoon määräämää, tuolloin 16-vuotiasta Juri Maslovia. Maslov on alunperin kotoisin Bulgariasta, mutta hän on asunut laillisesti Itävallassa perheineen jo kuusivuotiaasta asti. Ikävuosien 14 ja 16 välillä Maslov syyllistyi lukuisiin erilaisiin pikkurikoksiin, muun muassa murtovarkauksiin. Hänet tuomittiin rikoksistaan kahteen eri otteeseen, ja vankilatuomion päätyttyä Itävallan viranomaiset päättivät karkottaa hänet.

Itävallan viranomaiset suorittivat punninnan yleisen ja yksilön edun välillä, ja päätyivät siihen, että Maslovin tapauksessa yleinen etu painoi enemmän kuin yksilön etu. Tätä perusteltiin esimerkiksi Maslovin rikoskierteellä: hän syyllistyi lyhyen ajan sisällä suureen määrään erilaisia rikoksia, ja ensimmäisen tuomionsa kärsittyään hän päätyi välittömästi takaisin rikollisiin puuhiin. Vaikka Maslov asui

perheensä luona, hän oli toistuvasti poissa kotoaan ja jättäytyi pois koulusta. Maslov jätti kesken myös ensimmäisen tuomion yhteydessä hänelle määrätyn huumevieroitushoidon.

Asiaa käsitellyt itävaltalainen hallinto-oikeus hylkäsi Maslovin karkotuspäätöksestä tekemän valituksen. Hallinto-oikeuden vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan Itävallan ulkomaalaislain kielto karkottaa lapsina maahan muuttaneita toisen polven maahanmuuttajia koski vain korkeintaan kolmevuotiaana muuttaneita, kun taas Maslov oli muuttaessaan jo kuusivuotias. Ottaen huomioon Maslovin tekemien rikosten suuren määrän ja vakavuuden hallinto-oikeus päätyi siihen, että karkotuspäätös ei puuttunut kohtuuttomasti Masloville ihmisoikeussopimuksessa turvattuihin oikeuksiin, huolimatta hänen pitkäaikaisesta oleskelustaan Itävallassa sekä hänen perhesiteidensä rajoittumisesta sinne.

4.4.2. Ihmisoikeustuomioistuimen kokonaisharkinta

Ihmisoikeustuomioistuin käy tarkasti kohta kohdalta läpi Maslovin tapauksen niin sanottua kokonaistestiään soveltaen. Tapauksen kannalta keskeistä on sen seikan arvioiminen, onko karkottaminen ollut välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa. Myös osapuolten argumentit keskittyivät tähän edellytykseen. Tuomioistuin toteaa ensinnäkin, että sopimusvaltioilla on, kansainvälisten velvoitteidensa rajoissa, oikeus säännellä ulkomaalaisten maahanmuuttoa ja maassaoleskelua sekä tarvittaessa karkottaa

rikoksista tuomittuja ulkomaalaisia.¹³⁴ Kuitenkin näiden karkotuspäätösten tulee, siinä tapauksessa että niillä puututaan ihmisoikeussopimuksessa turvattuihin oikeuksiin, kuten perhe-elämän suojaan, olla välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa. Toisin sanoen siis painavan sosiaalisen tarpeen edellyttämiä ja oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään. Tuomioistuin on päätöslauselmansa mukaan juuri vahvistanut sen seikan, että tämä periaate koskee kaikkia ulkomaalaisia, myös pitkään oleskelleita ja hyvin nuorena maahan saapuneita toisen polven maahanmuuttajia.¹³⁵ Näiden mainittujen seikkojen kokonaisuus muodostaa yhden ulkomaalaisasioiden käsittelyä ohjaavan keskeisen periaatteen.

Ihmisoikeustuomioistuin toteaa, että Maslovin tapauksessa, jossa on kyseessä toisen polven maahanmuuttaja, joka ei toistaiseksi ole vielä perustanut omaa perhettään karkottavaan maahan, olennaisia kriteerejä arvioinnissa ovat valittajan tekemien rikosten luonne ja vakavuus sekä valittajan maassaoleskelun pituus. Lisäksi arvioidaan ajanjaksoa kyseisten tekojen ja karkotuspäätöksen välillä sekä valittajan käyttäytymistä tuona aikana. Oman painoarvonsa saa valittajan sosiaalisten ja kulttuuristen siteiden sekä perhesiteiden vahvuus karkottavaan maahan ja toisaalta siteiden vahvuus vastaanottavaan maahan. Näiden mainittujen seikkojen kokonaisuus on toinen ulkomaalaisasioissa sovellettava keskeinen ohjaava periaate.

Ihmisoikeustuomioistuin kiinnittää huomiota siihen, että tekijä oli 14- ja 15-vuotias rikokset tehdessään, erittäin vaikeassa vaiheessa nuoruuttaan siis. Tehdyt rikokset ovat tyypillisiä nuorisorikollisille,

¹³⁴Ks. tästä esim. EIT 02.08.2001, Boultif vs. Sveitsi.

¹³⁵Ks. esim. EIT 18.10.2006, Üner vs. Alankomaat.

eikä niihin yhtä tapausta lukuunottamatta liittynyt minkäänlaista väkivallan käyttöä. Valittaja ei myöskään ollut osallisena huumekaupassa, joka on tyypillinen pätevä peruste yleisen järjestyksen ja turvallisuuden vaarantumiseen vetoamiselle ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä.¹³⁶ Vapauduttuaan vankilasta toistamiseen valittaja ei myöskään syyllistynyt enää uusiin rikoksiin ennen karkotuksen täytäntöönpanoa. Tämä seikka puhuu tuomioistuimen näkemyksen mukaan kyseisessä tapauksessa vahvasti sen puolesta, että valittajan maassaoleskelu ei enää aiheuta välitöntä konkreettista vaaraa yleiselle edulle.

4.4.3. Valtiolla velvollisuus edesauttaa uudelleenintegroitumista

Maslovin kaikki siteet ovat vahvasti Itävallassa, eikä hän ole käynyt synnyinmaassaan Bulgariassa kuin kahteen otteeseen lyhyillä lomamatkoilla. Hän ei todennäköisesti hallitse kyrillisiä kirjaimia, koska hän on käynyt koulua vain Itävallassa. Maslovilla ei myöskään vaikuttaisi olevan läheisiä sukulaisia tai muitakaan siteitä Bulgariaan. Maahantulokiellon määräaikaisuus ei ole tapauksessa lieventävä asianhaara, koska se puuttuu rajoitetusta kestostaan huolimatta merkittävästi valittajan perhe-elämän suojaan. Täten, kaikki näkökohdat huomioiden, ihmisoikeustuomioistuin toteaa karkotuksen olleen epäsuhdassa tavoiteltuun päämäärään nähden. Näin Itävalta on syyllistynyt sopimusvelvoitteidensa rikkomiseen Maslovin tapauksessa.

¹³⁶Ks. esim. EIT 30.11.1999, Baghli vs. Ranska.

Vakiintuneen oikeuskäytäntönsä¹³⁷ mukaisesti ihmisoikeustuomioistuin toteaa Maslovin tapauksessa, että valtiolla on velvollisuus punnita yleisen edun intressiä suhteessa karkotettavan henkilökohtaiseen etuun, huomioiden yksilön sosiaaliset ja kulttuuriset siteet, sekä erityisesti hänen perhesiteensä. Ihmisoikeustuomioistuin tekee merkittävän linjauksen todetessaan, että lapsen edun huomioiminen johtaa käytännössä siihen, että valtiolle syntyy velvoite edesauttaa rikoksiin syyllistyneen alaikäisen uudelleenintegroitumista yhteiskuntaan. Karkotus ei luonnollisestikaan edistä sopeutumista takaisin yhteiskuntaan, koska se käytännössä rajoittaa merkittävästi alaikäisen perhe- ja muita sosiaalisia suhteita. Näin valtiot eivät voi automaattisesti valita helpointa reittiä yleisen edun turvaamiseen,¹³⁸ vaan niiden pitää monesti jopa aktiivisin toimenpitein tukea alaikäisten rikollisten sopeuttamista takaisin kaidalle polulle.

Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu tapauksessa Maslov vastaan Itävalta ei luonnollisestikaan tarkoita sitä, että alaikäisten rikostentekijöiden karkotus olisi täysin kiellettyä. Tapauksessa ratkaisevaa oli se seikka, että Maslov oli syyllistynyt vain verrattain vähäisiin ja ei erityisen väkivaltaisiin rikoksiin. Muutamissa aiemmissa ihmisoikeustuomioistuimen käsittelemissä tapauksissa, joissa kyseessä ovat olleet erityisen väkivaltaiset rikokset (esimerkiksi törkeä raiskaus¹³⁹) ihmisoikeustuomioistuin ei ole todennut karkottavan valtion syyllistyneen sopimusrikkomukseen.¹⁴⁰ Kuten muutamien tuomarien eriävistä mielipiteistä voi havaita, päätös olisi

137Ks. esim. EIT 13.07.1995, Nasri vs. Ranska.

138Ks. tästä esim. EIT 02.08.2001, Boultif vs. Sveitsi. Toisaalta taas EIT 18.10.2006, Üner vs. Alankomaat.

139EIT 27.01.1997, Bouchelkia vs. Ranska.

140ECHR Blog 24.6.2008: Grand Chamber Judgment Maslov v. Austria.

<http://echrblog.blogspot.com/2008/06/grand-chamber-judgment-maslov-v-austria.html>

hyvin voinut Maslovinkin tapauksessa olla toinenkin. Jos Itävalta olisi pystynyt paremmin osoittamaan, että Maslov on irtaantunut yhteiskunnasta eikä hänellä ole todellisia sosiaalisia siteitä Itävaltaan, olisi ihmisoikeustuomioistuimen ollut todennäköisesti huomattavasti vaikeampaa perustella tekemänsä päätös.

4.5. Ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä pelkistettävät tulkintakriteerit

Nyt käsiteltyjen tapausten Liu ja Liu vastaan Venäjä sekä Maslov vastaan Itävalta perusteella voidaan ihmisoikeustuomioistuimen käytännöstä ulkomaalaisasioissa hahmotella niin sanottuja tulkintakriteerejä. Nämä kriteerit ovat "ohjaavia periaatteita" (guiding principles), joihin ihmisoikeustuomioistuin viittaa useissa eri ulkomaalaisasioissa tekemissään ratkaisuissa. Tulkintakriteerien luettelo ei ole tyhjentävä, mutta se on alkanut osoittaa vakiintumisen merkkejä viimeistään 2000-luvun ensimmäisen vuosikymmenen aikana.

Maslovin tapauksessa viitattiin tulkintakriteerien osalta vahvasti aiempaan tulkintajatkumoon (varsinkin tapauksiin Boultif ja Üner), mutta alaikäisen karkottamisen osalta ihmisoikeustuomioistuin myös entisestään vahvasti alaikäiselle annettavaa suojaa. Hyvin vakavat väkivaltarikokset voivat oikeuttaa karkotuksen silloin, kun ne on tehty alaikäisinä. Sen sijaan muut kuin väkivaltarikokset eivät juurikaan voi oikeuttaa karkotusta. Pääsääntönä on, että valtion pitää aktiivisin toimenpitein auttaa alaikäistä rikollista sopeutumaan takaisin yhteiskuntaan.

Kolmiosaisen kokonaistestin käytännössä merkittävin osuus on sen arviointi, onko rajoitus ollut "välttämätön demokraattisessa yhteiskunnassa", sillä sopimusvaltiot onnistuvat yleensä ainakin nykyisin täyttämään kaksi muuta kokonaistestin edellytystä, lainmukaisuuden ja hyväksyttävän päämäärän vaatimukset. Välttämättömyyden arvioinnissa relevantteja kriteerejä ovat ainakin tehdyn rikoksen laatu ja vakavuus, oleskelun kesto karkottavassa valtiossa, rikoksen tekemisestä kulunut aika ja valittajan käyttäytyminen sinä aikana, asianomaisten henkilöiden kansalaisuudet, hakijan perhe-elämää kuvaavat seikat, sekä se, miten vakavia vaikeuksia karkotus voisi hakijan puolisolle vastaanottavassa valtiossa aiheuttaa. Lisäksi tulee huomioida lasten etu ja hyvinvointi sekä heidän kohtaamansa mahdolliset vaikeudet maassa, jonne hakija karkotettaisiin. Näiden ohella painoarvoa saavat myös sosiaalisten, kulttuuristen ja perhesuhteiden vahvuus niin karkottavassa kuin vastaanottavassakin maassa.¹⁴¹ Erityisen tärkeä näkökohta on perhe-elämälle annettava suoja. Vakaviinkin yleistä järjestystä ja turvallisuutta uhkaaviin rikoksiin, kuten huumekauppaan, syyllistyneiden hakijoiden perhe-elämän suoja painaa usein ihmisoikeustuomioistuimen punninnassa yleistä etua enemmän.¹⁴²

Tapauksessa *Chahal vs. Yhdistynyt kuningaskunta*¹⁴³ ihmisoikeustuomioistuin totesi, että on olemassa tiettyjä oikeuksia, jotka ovat ehdottomia myös ulkomaalaisen karkottamista koskevissa tapauksissa. Näitä oikeuksia ovat esimerkiksi artiklan 3 mukaisen

141Ks. EIT 02.08.2001, *Boutif vs. Sveitsi*, ja edelleen esim. EIT 28.06.2007, *Kaya vs. Saksa*.

142Ks. tästä esim. EIT 26.09.1997, *Mehemi vs. Ranska*.

143EIT 15.11.1996, *Chahal vs. Yhdistynyt kuningaskunta*.

kidutuksen tai muun epäinhimillisen kohtelun kielto ja asian ratkaisuun vaikuttavan salassapidettävän aineiston alistaminen puolueettomalle arvioinnille. Tapauksesta voidaan toisaalta tiivistää sekin periaate, että asianosaisen oikeutta saada nähtäväkseen kaikki asiaa koskeva todistusaineisto voidaan rajoittaa, mikäli tämä rajoitus paikataan tasapainottamalla asian käsittelyä asianmukaisin toimenpitein.¹⁴⁴

Ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä pelkistettävät tulkintakriteerit ohjaavat usein ratkaisevalla tavalla kansallisten lakien, myös Suomen ulkomaalaislain, tulkintaa ja niiden perusteella tapahtuvia hallintopäätöksiä, kuten oleskeluluparatkaisuja. Ulkomaalaislain kokonaistulkinnassa keskeisessä asemassa ovat ennenkaikkea yleisen järjestyksen ja turvallisuuden käsitteen määrittäminen, sekä toisaalta yksityisen edun riittävä huomioiminen, siten kuin sekä kansallinen sääntely että Suomen kansainväliset velvoitteet edellyttävät.

144Sottiaux 2008, s. 375.

5. ULKOMAALAISLAIN KOKONAISTULKINTA

5.1. Yleinen järjestys ja turvallisuus käsitteenä

Yleinen järjestys ja turvallisuus on kotimaisessa lainsäädännössä keskeinen käsite ulkomaalaislain lisäksi myös järjestyslaissa, jonka ensimmäisessä pykälässä määritellään lain tarkoituksena olevan "edistää yleistä järjestystä ja turvallisuutta". Yleinen järjestys ja turvallisuus ei kuitenkaan ole käsitteenä kovinkaan yksiselitteisesti määriteltävissä, ja se saakin usein tilanteesta riippuen varsin eriasteisia sisältöjä. Hallituksen esitys HE 28/2003 vp toteaa, että "yleiseen järjestykseen ja turvallisuuteen katsotaan kuuluvan kaikki sellainen toiminta, jolla pyritään takaamaan yhteiskunnan jäsenille turvallinen ja viihtyisä elin- ja toimintaympäristö, torjumaan ja selvittämään rikoksia sekä oikeudenloukkauksia että ennaltaehkäisemään ja poistamaan häiriöitä".¹⁴⁵ Tapausten KHO 2007 A 47 ja 48 perusteluissa viitataan hallituksen esitykseen, ja todetaan lisäksi, että "yleisen järjestyksen ja turvallisuuden käsite voi vaihdella valtiosta toiseen ja olla erilainen eri ajanjaksoina samankin valtion sisällä". Tästä syystä "kansallisille viranomaisille on jätetty tietty harkintavalta yleisen järjestyksen ja turvallisuuden määrittelyssä".¹⁴⁶

Yleinen järjestys ja turvallisuus on Euroopan ihmisoikeussopimuksessa yleinen peruste siinä turvattujen oikeuksien rajoittamiselle. Sopimuksen neljäs lisäpöytäkirja mainitsee vielä

¹⁴⁵HE 28/2003 vp, s. 40.

¹⁴⁶Ks. KHO 2007:47 ja KHO 2007:48.

erityisesti liikkumisvapauden, jota on mahdollista rajoittaa vain yksilön oikeuksia ja vapauksia turvaavilla rajoituksilla, esimerkiksi juuri yleisen järjestyksen ja turvallisuuden turvaamisen perusteella. Seitsemännen lisäpöytäkirjan 1 artiklan mukaisia oikeusturvan ja hyvän hallinnon käytänteitäkin voidaan sivuuttaa, jos se on välttämätöntä yleisen järjestyksen ja turvallisuuden takaamiseksi.

Ihmisoikeussopimuksessa ei kuitenkaan ole tarkasti määritelty käsitteen sisältöä, vaan käsitteen sisältö on muotoutunut tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Kuitenkin yleisen järjestyksen ja turvallisuuden käsite on jossain määrin suppeampi kuin kansallisen turvallisuuden (national safety) käsite, jonka turvaamisen nojalla tuomioistuin hyväksyi varsinkin aiemmin hyvinkin yleisluontoisia rajoitteita sopimuksen turvaamiin oikeuksiin.¹⁴⁷ Ihmisoikeussopimuksen rajoituslausekkeissa esiintyvä käsite ulkoinen turvallisuus (national safety) on myös eri asia kuin yleisen järjestyksen ja turvallisuuden käsitettä lähinnä vastaava rajoituslausekkeiden käsite public safety¹⁴⁸, jonka voisi kääntää suomen kielessä myös kansalliseksi turvallisuudeksi.

Yleinen järjestys ja turvallisuus on varsin usein perusteena silloin, kun lainsäädännöllä uskotaan voimankäyttökeinoja muillekin kuin viranomaisille.¹⁴⁹ Perustuslain 124 §:n mukaisesti tämä on mahdollista silloin, kun hallintotehtävän uskomisen muulle kuin viranomaiselle on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi, eikä mainitulla toimenpiteellä vaaranneta oikeusturvaa, perusoikeuksia tai muita hyvän hallinnon tunnusmerkkejä. Kuitenkin

¹⁴⁷Cameron 2000, s. 50–54.

¹⁴⁸Tuori 1999, s. 923.

¹⁴⁹Tuori 1999, s. 928.

merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältävä tehtävä voidaan antaa vain viranomaiselle. Muutenkin lienee katsottava, että kyseessä voivat olla vain poikkeukselliset tilanteet, kuten yleensäkin ordre public -perustetta sovelletaessa ainakin tulisi olla.

5.2. Perusoikeuksien rajoittaminen ordre public -perusteella

Yleinen järjestys ja turvallisuus on oikeushyvä, jonka tulkinnasta on monia erilaisia näkemyksiä. On selvää, että se on käytännössä eräs tärkeimmistä perusoikeuksien rajoitusperusteista. Pääsääntöisesti yksilön perusoikeudet ajavat kollektiivisten oikeuksien, kuten juuri yleisen järjestyksen ja turvallisuuden, edelle, mutta lähimenneisyyden lainvalmistelussa on merkkejä toisenlaisestakin kehityssuunnasta.¹⁵⁰ Yleinen kehityssuunta on kuitenkin jo pitkään painottanut yksilön oikeuksien merkitystä kansallisten ja muiden yleisten etujen kustannuksella.

Tapauksen KHO 2007 A 48 perusteluissa todetaan, että Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja Suomen perustuslain asettamien edellytysten täyttämiseksi hallinto-tuomioistuinten tulee selvittää, onko niiden ratkaistavina olevissa tapauksissa saavutettu "oikeudenmukainen tasapaino" yksilön oikeuksien ja yleisen edun (eli yleisen järjestyksen ja turvallisuuden) välillä. Sama selvitysvelvoite mainitaan myös vastaavanlaisessa tapauksessa KHO 2007 A 47. Oikeudenmukaisen tasapainon käsite viittaa ennenkaikkea ulkomaalaislain 5 §:ssä ja hallintolain 6 §:ssä mainittuun

¹⁵⁰Tuori 1999, s. 925–926.

suhteellisuusperiaatteeseen.

Suhteellisuusperiaate voidaan jakaa kolmeen eri perusosa-alueeseen. Toimen, jonka suhteellisuutta arvioidaan, pitää ensinnäkin olla "asianmukainen ja tehokas sekä sopiva" suhteessa siihen päämäärään tai tavoitteeseen, johon sillä pyritään. Toisekseen välttämättömyyttä ja tarpeellisuutta on arvioitava erityisesti toimen kohteen näkökulmasta. Kolmanneksi toimen pitää olla oikeasuhtainen, siis rajoituksiltaan tai muilta negatiivisilta vaikutuksiltaan vain niin voimakas kuin kyseisessä tapauksessa on välttämätöntä.¹⁵¹ Oikeudenmukaisen tasapainon edellytys asettaa näin ollen lainsoveltajalle merkittävän velvoitteen sen osoittamisessa, että kyseinen toimi on kyseisessä tapauksessa kaikkein asianmukaisin ja parhaiten perusteltavissa oleva. Yksilön oikeuksilla on tässä mielessä suhteellisen vahva asema, varsinkin niissä tapauksissa, joissa rajoituspyrkimys koskee jotain perustavaa laatua olevaa oikeutta, kuten oikeutta yksityiselämän suojaan.

Yksilön oikeuksilla ei kuitenkaan ole mitään ehdotonta tai automaattista etusijaa, vaan viime kädessä ristiriidat yksilön oikeuksien ja kollektiivisten oikeuksien välillä ratkaistaan punninnalla. Näinollen julkinen valta voi tietyissä tapauksissa rajoittaa yksilön oikeuksia, jos rajoittaminen on välttämätöntä sisäisen turvallisuuden tai jonkin muun yleisen edun mukaisen näkökohdan kannalta. Oleellista on kuitenkin, että rajoitus perustuu johonkin konkreettiseen tarpeeseen, eikä esimerkiksi vain yleiseen tavoitteeseen edistää järjestäytyneen rikollisuuden torjumista¹⁵². Tästä johtuen oleskeluluvan epääminen käsillä olevalla perusteella vaatii erityisiä

¹⁵¹Mäenpää 2003, s. 169.

¹⁵²Lavapuro 2000, s. 414.

perusteluita sille, miksi juuri kyseinen henkilö voi konkreettisesti omalla toiminnallaan vaarantaa tämän oikeushyvän toteutumista. Esimerkiksi tapauksen KHO 2006 A 82 perusteluissa todetaan, että sellaiset tosiseikat, jotka eivät liity käsillä olevaan tapaukseen tai "johtuvat yleistävistä näkökohdista", eivät ole hyväksyttäviä perusteita yleiseen järjestykseen tai turvallisuuteen vetoamiselle.

5.3. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakriteerit ulkomaalaislain kannalta

Ihmisoikeustuomioistuimen käytännöstä tiivistettävät tulkintakriteerit näyttäytyvät Suomen ulkomaalaislainsäädännön kannalta erityisesti viranomaiselle kuuluvan selvitysvastuun korostumisena. Vähäinen määrä Suomelle langettavia ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja kuitenkin kertonee siitä, että yleensä viimeistään oleskeluluvista tehtyjä valituksia käsittelevät tuomioistuimet ovat onnistuneet saavuttamaan riittävän tasapainon hakijan ihmisoikeuksien ja yleisen edun välillä.

Ulkomaalaislain 5 pykälä toteaa, että lakia sovellettaessa ulkomaalaisen oikeuksia ei "saa rajoittaa enemmän kuin on välttämätöntä". Tämä on hyvä lähtökohta, ja sen kirjaamisen erikseen lakiin voi ehkä ymmärtää olevan vahvaho viittaus ihmisoikeuksien riittävään turvaamiseen. Seuraavassa pykälässä 6 mainittu alaikäisen oikeuksille annettu erityinen asema on myös hyvin linjassa ihmisoikeustuomioistuimen käytännön kanssa. Ihmisoikeustuomioistuimen ohjaavien periaatteiden kannalta keskeinen on myös ulkomaalaislain 52 §, joka koskee oleskeluluvan

myöntämistä yksilöllisen inhimillisestä syystä. Pykälän ensimmäisen momentin mukaisesti oleskelulupa voidaan myöntää, jos sen myöntämättä jättäminen olisi ilmeisen kohtuutonta esimerkiksi hakijan Suomeen syntyneiden siteiden tai hakijan kotimaassaan kohtaamien vaikeuksien johdosta. Edelleen lain 146 pykälä, joka koskee oikeudellisen kokonaisharkinnan periaatetta, on merkittävä ilmaus ihmisoikeustuomioistuimen käytännöllään luomien ulkomaalaisasioiden tulkintakriteerien huomioimisesta.

Erikoista on sen sijaan se, että unionikansalaisen oleskelua koskevassa 168 b pykälässä luetellaan hyvin samankaltaiset tulkintakriteerit kuin ne, joita ihmisoikeustuomioistuin käyttää ratkaisujensa perusteluissa, esimerkiksi oleskelun pituus ja siteet Suomeen. Sen sijaan kolmannen valtion kansalaisten oleskelua koskevissa pykälissä ei samoja perusteita luetella, vaan tyydytään paljon yleisluonteisimpiin viittauksiin esimerkiksi perhe-elämälle annettavaan suojaan. Lain selkeyden kannalta olisi ehkä tarpeen poistaa tämä keinotekoiselta tuntuva erottelu, koska käytännössä ihmisoikeussopimus ja sen tulkintakäytäntö huomioiden kolmansien valtioiden kansalaisten osalta joudutaan ottamaan huomioon aivan samat seikat kuin 168 b pykälässä, viimeistään asiaa hallinto-oikeudessa käsiteltäessä.

Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakriteereistä ulkomaalaisasioissa kenties merkittävin Suomen, ja toki monen muunkin sopimusvaltion, kannalta on ulkomaalaisen oikeusturvakysymys. Ulkomaalaisten maahantulon tai karkottamisen perusteeksi käytetään usein salassapidettävää aineistoa, jolla perustellaan yleiselle järjestykselle ja turvallisuudelle tai valtion kansainvälisille suhteille aiheutuva vaara.

Salassapitäminen on ihmisoikeustuomioistuimen käytännön¹⁵³ mukaan sallittua, mutta sen vastapainoksi pitää prosessuaalisin keinoin taata hakijan oikeusturvan toteutuminen esimerkiksi siten, että valitusta käsiteltäessä tuomioistuimet voivat tutustua salaiseen materiaaliin ja täten arvioida sen painoarvoa kyseisen tapauksen kokonaisharkinnassa.¹⁵⁴

Ulkomaalaislaissa on huomioitu ihmisoikeustuomioistuimen ulkomaalaisasioissa soveltamat tulkintakriteerit varsin kattavasti, joskaan ei aivan samalla tarkkuudella. Tässä mielessä lakia sovellettaessa ei välttämättä aina osata huomioida riittävällä tavalla kaikkia asian ratkaisuun vaikuttavia tekijöitä, tai antaa niille niiden ansaitsemaa painoarvoa. Varsin tulkinnanvaraisen ulkomaalaislain tulkinnassa keskeistä on juuri oikea, punninnalla saavutettava oikeudellinen tasapaino eri näkökohtien välillä. Ulkomaalaislain tulkinnan keskeiset ongelmakohdat liittyvätkin nimenomaan punnintatilanteisiin, joiden eräs keskeinen osa-alue on oikeudellisen kokonaisharkinnan periaate. Kyseinen periaate on kirjattu myös nykyiseen ulkomaalaislakiin.

5.4. Oikeudellisen kokonaisharkinnan periaate

Ulkomaalaislain 146 § sisältää niin sanotun oikeudellisen kokonaisharkinnan periaatteen. Sen mukaisesti päätöksenteossa on huomioitava kaikki kyseisen päätöksen perusteena olevat seikat ja asiaan muutoin vaikuttavat tekijät ja olosuhteet kokonaisuudessaan.

¹⁵³Ks. esim. EIT 15.11.1996, Chahal vs. Yhdistynyt kuningaskunta.

¹⁵⁴Ks. esim. KHO 2007:48.

Erityistä huomiota punninnassa on annettava lapsen edulle ja perhe-elämän suojalle.¹⁵⁵ Muita huomioon otettavia seikkoja ovat esimerkiksi ulkomaalaisen siteet Suomeen ja hänelle myönnetyn oleskeluluvan luonne.

On huomattava, että mainittu kokonaisharkinnan periaate tarkoittaa sekä oikeuskirjallisuuden että KHO:n vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan nimenomaan oikeusharkintaa, eikä tarkoituksenmukaisuusharkintaa.¹⁵⁶ Täten kokonaisharkinnassa ei voitane antaa painoarvoa esimerkiksi ennen varsin yleisesti käytössä olleille taloudellisille näkökohdille, vaan asia on ratkaistava nimenomaan pelkästään eri oikeudellisia näkökohtia punniten. Nekin ovat toki monesti arvolatautuneita, varsinkin silloin, kun tarkkojen lainsäännösten sijaan sovelletaan yleisemmän tason periaatteita.

Tarve ja vaatimus aidolle kokonaisharkinnalle oleskelupäätöstä tehdessä tulee ulkomaalaislain lisäksi ihmisoikeussopimuksessa turvatuista ulkomaalaisen oikeuksista perhe-elämän suojaan ja tehokkaisuuteen oikeussuojakeinoihin, eli oikeusturvaan. Korkein hallinto-oikeus on lukuisissa eri ratkaisuisaan¹⁵⁷ korostanut juuri näiden kahden oikeuden turvaamisen tärkeyttä, viitaten usein päätöslauselmissaan myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöön.

Suomalaisessa oleskelulupaharkintamenettelyssä on oikeudellisen kokonaisharkinnan periaate huomioiden yksi erityisen suuri ongelmakohta, nimittäin suojelupoliisin niin sanotut

155Ks. esim. KHO 2003:75.

156Kuosma 2004, s. 693–694.

157Ks. esim. KHO 2002:84.

turvallisuuslausunnot. Turvallisuuslausunnot ovat suojelupoliisin eri kansainvälisistä lähteistä hankkimia selvityksiä ulkomaalaisista, esimerkiksi siis oleskelulupaa hakevista henkilöistä ja heidän mahdollisesti aiheuttamastaan yleisen järjestyksen ja turvallisuuden vaarantumisesta. Lausunnot ovat yleensä kaikilta osin salassapidettävää materiaalia.

6. SUOJELUPOLIISIN TURVALLISUUSLAUSUNTO

6.1. Suojelupoliisin turvallisuuslausunnon merkitys

6.1.1. Salainen lausunto oikeusturvan vaarantajana

Erittäin merkittävä roolinsa kielteisen oleskelulupapäätöksen perusteluissa on suojelupoliisin antamalla kielteisellä lausunnolla, joka perustuu ulkomaalaislain sijaan lakiin poliisin hallinnosta. Lausunnon huomioon ottaminen on pakollista, perustuen hallintolain 31 §:n mukaiseen viranomaisen selvittämisvelvollisuuteen. Juuri toiselta viranomaiselta saadut lausunnot ovat tyypillisiä asian ratkaisemisen kannalta välttämättömiä lisäselvityksiä.¹⁵⁸ Käytännössä siis Maahanmuuttoviraston on oleskelulupapäätöksen tekevänä viranomaisena aina otettava huomioon suojelupoliisin lausunto, varsinkin kielteinen sellainen.

Turvallisuuslausunto on perusteiltaan salainen, joten se on siinä mielessä ongelmallinen erityisesti asianomaisen oikeusturvan kannalta. Lausunnon pitäminen salaisena on perusteltavissa suojelupoliisin tiedonvaihdolla muiden maiden suojelupoliisia vastaavien toimijoiden kanssa. Kansainväliseen vakiintuneeseen tapaoikeuteen perustuva niin sanottu

¹⁵⁸Viljanen 2007, s. 1125.

käyttötarkoitussidonnaisuuslauseke estää suojelupoliisia luovuttamasta sen hankkimia tietoja kolmannelle osapuolelle ilman luovuttajamaan nimenomaista suostumusta. Mikäli suojelupoliisi alkaisi toimia tämän vakiintuneen käytännön vastaisesti, sen tietojensaanti ulkomaisilta turvallisuuspalveluilta vaarantuisi, mikä kiistatta heikentäisi erästä suojelupoliisin keskeisintä toimintaedellytystä merkittäväällä tavalla.¹⁵⁹ Käytäntönä on myös ollut, että lähtökohtaisesti kaikki suojelupoliisin hallussaan pitämä materiaali on sellaista, joka paljastuessaan saattaa vaarantaa valtion turvallisuuden. Näin ollen julkisuuslain mukaisesti lähtökohtana on se, että kaikki suojelupoliisin hallussa oleva materiaali on salaista, ellei ole ilmeistä, ettei materiaalin julkistaminen vaaranna valtion turvallisuutta.

Turvallisuuslausunto on ainakin toistaiseksi salainen perusteiltaan asianosaisten ohella muilta viranomaisilta, myös oleskelulupapäätöksen lausunnon pohjalta tekevältä Maahanmuuttovirastolta. Tämä heikentää väistämättä lausunnon ja sitä kautta koko siihen perustuvan kielteisen oleskelulupapäätöksen legitimitettä ja hyväksyttävyyttä. Suojelupoliisilla on käytännössä suuri, ellei jopa ratkaiseva valta hallinnon ensimmäisen asteen oleskelulupapäätösten ratkaisussa. Ulkomaalaislaissa mainittu kokonaisharkinnan periaatekaan ei missään kohdin mainitse suojelupoliisin lausuntoa, joten turvallisuuslausunnon osalta on muodostunut poikkeuksellinen käytäntö, jossa "turvallisuuslausuntoa voidaan pitää tosiasiallisesti päätöksenteon edellytyksenä", vaikka siitä ei ole erikseen nimenomaisesti lailla säädetty.¹⁶⁰ Tämä ei voi olla kokonaisharkinnan periaate ja hakijan oikeusturva huomioiden

¹⁵⁹Ks. KHO 2007:48.

¹⁶⁰Viljanen 2007, s. 1125–1126.

kovinkaan kriittistä tarkastelua kestävä käytäntö.

Samanaikaisesti korkeimmassa hallinto-oikeudessa käsiteltyjen tapausten KHO 2007 47 A, KHO 2007 48 A ja KHO 2007 49 A ratkaisuksista on tiivistettävissä kaksi tärkeää periaatetta. Ensinnäkin korkein hallinto-oikeus linjasi, että asianosaisjulkisuutta voidaan rajoittaa (näissä tapauksissa suojelupoliisin turvallisuuslausunnon osalta), mikäli kansallisen turvallisuuden turvaaminen sitä edellyttää. Samalla perusteella on mahdollista järjestää asianosaiselta suljettu käsittely hallintotuomioistuimessa. Toisekseen korkein hallinto-oikeus totesi, että hallintotuomioistuimen tulisi itse oma-aloitteisesti tutustua asianosaisjulkisuuden ulkopuolelle jäävään salaiseen aineistoon, sekä arvioida aineiston painoarvo ja merkitys kyseisen hallintopäätöksen kannalta. Sen sijaan ensi vaiheen viranomaisen, oleskelulupapäätöksen ollessa kyseessä siis Maahanmuuttovirasto, ei korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisujen mukaan ole velvollinen tutustumaan kyseiseen aineistoon.¹⁶¹

Asianosaisen, kuten vaikkapa juuri oleskelulupaa hakevan ulkomaalaisen, tiedonsaantioikeutta on mahdollista rajoittaa julkisuuslain 11.2 §:n 1 kohdan mukaan muun muassa silloin, kun tiedon antaminen olisi "vastoin erittäin tärkeää yleistä etua". Tämä periaate huomioiden korkein hallinto-oikeus järjesti mainituissa tapauksissa suljetut suulliset käsittelyt, joissa se kuuli suojelupoliisin edustajaa turvallisuuslausunnoista. Mainittujen tapausten jälkeen voimaan tullut uusi laki oikeudenkäynnin julkisuudesta hallintotuomioistuimissa ei kuitenkaan tunne asianosaiselta suljettua käsittelyä. Kyseisen lain 12 §:n mukaan asianosaisella on oikeus olla

¹⁶¹Mäenpää 2007, s. 326.

läsnä suljetussakin käsittelyssä. On tosin epäselvää mitä tämä tarkoittaa käytännön kannalta, koska edelleenkin voitaneen katsoa, että asianosaisjulkisuutta voidaan esimerkiksi yleisen järjestyksen ja turvallisuuden niin vaatiessa rajoittaa julkisuuslain mukaisesti.

Kyseeseen tulee kuitenkin vain varsin poikkeuksellinen tilanne, jossa erityisen painava yleinen tai yksityinen etu on uhattuna. Mutta mikä on tällainen sekä julkisuuslaissa (11.2 § 1 kohta) että laissa oikeudenkäynnin julkisuudesta hallintotuomioistuimissa (9.3 §) mainittu "erittäin tärkeä yleinen etu, lapsen etu tai muu erittäin tärkeä yksityinen etu"? Se ei voine jo asianosaisen oikeusturvan turvaamisen näkökulmasta olla ainakaan yleisen tason sen tarkemmin määrittelemätön yleinen etu, kuten esimerkiksi yleinen viittaus yleisen järjestyksen ja turvallisuuden vaarantumiseen.¹⁶²

6.1.2. Asianosaisjulkisuuden korvaaminen hallintotuomioistuimen valvonnalla

Tapauksessa KHO 2007 49 A korkein hallinto-oikeus totesi, että päätöksentekoon ratkaisevasti vaikuttavan suojelupoliisin lausunnon jääminen asianosaisjulkisuuden ulottumattomiin ei sinänsä ole Suomea sitovien kansainvälisten (ihmisoikeus)sopimusten vastaista.¹⁶³ Oikeusturvan takaamiseksi muutoksenhakuelimen, eli hallinto-oikeuden, on kuitenkin päästävä tutustumaan lausunnon sisältöön, jotta se voi arvioida "onko salaamiselle ja asianosaisjulkisuuden ulkopuolelle jääneen aineiston nojalla tehdyille johtopäätöksille ollut perusteita".

¹⁶²Mäenpää 2007, s. 327–329.

¹⁶³Ks. esim. EIT 15.11.1996, Chahal vs. Yhdistynyt kuningaskunta.

Voi aiheellisesti kysyä, toteutuuko kokonaisharkinnan periaate nykyisessä tilanteessa, jossa suojelupoliisin kielteinen lausunto käytännössä riittää kielteisen oleskelulupapäätöksen perusteeksi, eikä tosiasiallista punnintaa yleisen järjestyksen ja turvallisuuden sekä toisaalta esimerkiksi perhe-elämän suojan välillä pääse hallintoviranomaisen lupaharkinnassa edes tapahtumaan. Ihmisoikeustuomioistuin on jo moittinut Suomea eräässä toisessa tapauksessa¹⁶⁴, jossa automaattinen valtiopäiväjärjestyksen soveltaminen johti siihen, että ratkaisu tehtiin ilman punnintaa yleisen edun ja yksilön oikeuksien välillä. On selvää, että ihmisoikeussopimus asettaa tiettyjä vaatimuksia sille, miten yksittäisissä tapauksissa tulkitaan yleisen järjestyksen ja turvallisuuden turvaamisen painoarvoa suhteessa yksilön etuun.¹⁶⁵

Nykyinen käytäntö on ongelmallinen myös hallintotuomioistuimen roolin kannalta: sille vallan kolmijakoperiaatteen mukaisesti kuuluvan tuomiovallan lisäksi tuomioistuin joutuu käytännössä ottamaan itselleen myös hallintoviranomaisen päätösvaltaa, eli toimeenpanovaltaa. Hallintotuomioistuin joutuu siis nykyisessä tilanteessa korvaamaan Maahanmuuttovirastolle kuuluvan selvitysvelvollisuuden puutteita turvallisuuslausuntojen osalta. Tilanne on vähintäänkin erikoinen, varsinkin siinä mielessä, että laki ei missään kohdin rajoita hallintoviranomaisen selvitysvelvollisuutta tai päätöksen perusteluvelvollisuutta. Toki yksittäisissä poikkeustapauksissa käytäntö voi olla tarkoituksenmukainen prosessiekonomisista syistä, esimerkiksi asian kiireellisyyden

164EIT 16.11.2004, Karhuvaara ja Iltalehti vs. Suomi.

165Viljanen 2007, s. 1127.

johdosta.¹⁶⁶ Mutta silloinkin sen tulisi olla poikkeuksellinen käytäntö, eikä pääsääntö, niin kuin nyt vaikuttaisi korkeimman hallinto-oikeuden tulkinnan mukaan olevan.

Selvitysvelvollisuuden säilyttäminen hallinto-oikeudelle Maahanmuuttoviraston sijaan rikkoo selkeästi vallan kolmijakoperiaatetta. Ulkomaalaislain kokonaisuudistuksen yhteydessä perustuslakivaliokunta ottikin kantaa ulkomaalaislain 7 §:n yleissäännökseen menettelytavoista lakia sovellettaessa. Pykälä sisältää matalamman kynnyksen viranomaisen selvitysvelvollisuudelle kuin sitä vastaavat yleislakina sovellettavan hallintolain 23, 25 ja 31 §:t. Perustuslakivaliokunta ehdotti kyseisen ulkomaalaislain kohdan poistamista, mutta säännös kuitenkin jäi lopulta esitetyssä muodossaan voimaantulleeseenkin lakiin.¹⁶⁷ Selvitysvelvollisuuden tavallisesta poikkeavalle sisällölle ulkomaalaisasioissa on toki joitakin perusteita, kuten asianosaisen myötävaikutusvelvollisuuden ulottuminen muihinkin kuin vain hänen vireillepanemiinsa asioihin. Perustelujen vakuuttavuus on kuitenkin jossain määrin kyseenalaista, jo perustuslain yhdenvertaisuussäännöstenkin näkökulmasta.

Ehkäpä tulisikin harkita esimerkiksi sellaista käytäntöä, jossa osa Maahanmuuttoviraston oleskelulupapäätöksiä tekevistä virkamiehistä saisi turvallisuusluokituksen, joka mahdollistaisi tarvittaessa tutustumisen suojelupoliisin turvallisuuslausuntojen sisältöön. Kielteisiä turvallisuuslausuntoja sisältävät lupahakemukset voitaisiin keskittää näille virkamiehille, jolloin he voisivat erikoistua arvioimaan suojelupoliisin hankkimaa aineistoa. Muut oleskelulupapäätöksiä tekevät virkamiehet voivat puolestaan keskittyä muun tyyppiisiin

¹⁶⁶Mäenpää 2007, s. 328.

¹⁶⁷PeVL 4/2004, s. 8.

tapauksiin, joissa ei ole tarvetta arvioida salaisen materiaalin merkitystä lupaharkinnassa. Näin välttyttäisiin nykymenettelyn selkeältä oikeusturvavajeelta, eikä jokainen kielteiseen turvallisuuslausuntoon perustuva kielteinen oleskelulupapäätös johtaisi valitukseen hallinto-oikeuteen.

Toisaalta esimerkiksi Kanadassa toteutettu malli, jossa ensi asteen tuomioistuin käyttää apunaan valtion esittämän materiaalin arvioinnissa turvallisuusluokituksen saaneita erityisiä asiamiehiä¹⁶⁸, voisi sopia myös Suomeen. Esimerkiksi vähemmistövaltuutettu voisi Suomessa toimia vastaavanlaisena tapaukseen nähden puolueettomana asiamiehenä.¹⁶⁹ Kun turvallisuuslausunnon merkitystä ja sisältöä on arvioimassa aidosti ulkopuolinen taho, niin todennäköisesti vältytään myös Maahanmuuttoviraston virkamiesten mahdollisilta jääviystilanteilta tai heihin kohdistuvilta ennakoasenteellisuusväitteiltä.

6.2. Tapaus KHO 2007 47 A

6.2.1. Tapauksen taustaa

Tapauksessa KHO 2007 47 A oli kyse Afganistanin kansalaisen oleskelulupahakemuksen hylkäämisestä perustuen suojelupoliisin kielteisiin lausuntoihin. Hallinto-oikeus piti suullisen käsittelyn ja totesi, että sen oli turvattava asiassa oikeudenmukainen

¹⁶⁸Sottiaux 2008, s. 373.

¹⁶⁹Viljanen 2007, s. 1130.

oikeudenkäynti. Kokonaisarvioinnin suoritettuaan ja painotettuaan perhe-elämän suojaa hallinto-oikeus katsoi, että oleskeluluvan myöntämistä vastaan ei ollut esitetty vanhan ulkomaalaislain (378/1991) 18 c §:n 1 momentissa (130/2002) mainittuja perusteita. Näin hallinto-oikeus kumosi Ulkomaalaisviraston¹⁷⁰ päätöksen ja palautti sen uudelleen käsiteltäväksi. Ulkomaalaisvirasto valitti asiasta korkeimpaan hallinto-oikeuteen ja sai valitusluvan.

Tapauksessa arvioitiin, oliko valittaja osallistunut Afganistanissa vielä asuessaan merkittäväällä tavalla aseelliseen toimintaan, ja voisiko se seikka vaarantaa yleistä järjestystä ja turvallisuutta Suomessa, tai Suomen kansainvälisiä suhteita. Korkein hallinto-oikeus käy hyvin laajasti läpi ihmisoikeustuomioistuimen asiaan liittyvää käytäntöä, esimerkiksi tapaukset Chahal vastaan Yhdistynyt kuningaskunta¹⁷¹ ja Lupsa vastaan Romania¹⁷². Ihmisoikeustuomioistuimen käytännön perusteella korkein hallinto-oikeus arvioi laajasti erityisesti kahta tapauksen kannalta keskeistä seikkaa, oikeusturvakysymystä sekä perhe-elämän suojalle annettavaa merkitystä.

Korkein hallinto-oikeus totesi, että kyseisenlaisissa tapauksissa niitä ratkaisevan tuomioistuimen on voitava perehtyä asianosaisilta salattuun materiaaliin. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö¹⁷³ tosin osoittaa, että kansalliseen turvallisuuteen vedoten salaiseksi julistetun materiaalin sisällön jääminen asianosaisjulkisuuden ulkopuolelle ei sinällään vielä ole ihmisoikeussopimuksen vastaista. Perehtyminen asian ratkaisun kannalta olennaiseen materiaaliin on kuitenkin välttämätöntä

170Ulkomaalaisviraston nimi muutettiin Maahanmuuttovirastoksi vuoden 2008 alusta lukien.

171EIT 15.11.1996, Chahal vs. Yhdistynyt kuningaskunta.

172EIT 08.06.2006, Lupsa vs. Romania.

173Esim. EIT 20.06.2002, Al-Nashif ja muut vs. Bulgaria.

asianosaisten oikeusturvan takaamiseksi.

6.2.2. Turvallisuuslausunto osana kokonaispunnintaa

Korkein hallinto-oikeus päätti suojelupoliisia kuultuaan, että suojelupoliisin lausuntonsa tueksi asiassa esittämä materiaali on julkisuuslain 11 §:n 2 momentin mukaisesti salaista myös asianosaisilta. KHO totesi kuitenkin, että kyseisessä tapauksessa suojelupoliisin esittämät näkökohdat eivät olleet riittävän vahvoja kielteisen oleskelulupapäätöksen perusteeksi, kun suoritettiin kokonaispunninta valtion turvallisuusintressin ja perhe-elämän suojan sekä lasten edun välillä. Näin ollen korkein hallinto-oikeus pysytti hallinto-oikeuden asiassa tekemän ratkaisun.

Kyseinen tapaus on merkittävä uusi linjaus korkeimmalta hallinto-oikeudelta, koska se totesi, että asiaa ratkaisevan tuomioistuimen on voitava tutustua asian ratkaisuun merkittävästi vaikuttavaan aineistoon, tässä tapauksessa suojelupoliisin lausuntoihin, vaikka ne olisivat salaisia asianosaisilta ja muilta viranomaisilta.¹⁷⁴ Asian ratkaiseminen ilman tutustumista salassapidettävään aineistoon ei täytä oikeusturvan toteutumisen edellytyksiä, ja täten Ulkomaalaisviraston lupapäätös ei täyttänyt myöskään yleisiä hyvän hallinnon edellytyksiä. Tapauksen merkitystä korostaa sekin seikka, että ratkaisu oli Ulkomaalaisviraston toteamuksen mukaan selvä poikkeus ulkomaalaislain vakiintuneesta soveltamiskäytännöstä. Ulkomaalaisvirasto ei ole aiemmin myöntänyt oleskelulupaa sellaisille henkilöille, joiden hakemuksen hyväksymistä suojelupoliisi ei ole

¹⁷⁴Viljanen 2007, s. 1124.

lausunnossaan puoltanut. Nyt viraston on käytännössä joissain tapauksissa tehtävä myös niin.

Ulkomaalaisviraston ohjeen (dnro 6/010/2005) mukaisesti oleskeluluvan epäämisen yleisen järjestyksen ja turvallisuuden perusteella täytyy olla "oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään", eli suhteellisuusperiaatteen mukainen. Suojelupoliisin kielteinen lausunto johtaa lähtökohtaisesti siihen, että Ulkomaalaisvirasto ei myönnä oleskelulupaa. Tällöin kielteinen lausunto mainitaan oleskelulupapäätöksen perusteluissa, ja asianosaiselle tai hänen asiamiehelleen on varattava ennen päätöksen tekoa tilaisuus tulla kuulluksi lausunnon johdosta, kuitenkin ilman että he saavat kuulla lausunnon perusteita tai yleensäkään sen tarkempaa sisältöä. Jännite yleisen edun ja hakijan oikeusturvan välillä on ilmeinen.

6.2.3. Tapauksen merkitys tulevan kannalta

Kyseisessä tapauksessa KHO 2007 47 A Ulkomaalaisvirasto totesi, että perhe-elämän suoja tai lapsen etu eivät voineet muodostaa hakijan osalta sellaista syytä, jonka perusteella oleskelulupa olisi voitu myöntää huolimatta suojelupoliisin kielteisestä lausunnosta. Suojelupoliisi viranomaisena vastaa kansallisesta turvallisuudesta, eikä Ulkomaalaisvirasto katsonut voivansa kyseenalaistaa sen antamien lausuntojen oikeellisuutta, koska virastolla ei ole käytössään kaikkea sitä asiantuntemusta ja materiaalia, joihin suojelupoliisi on lausuntonsa perustanut.

Ulkomaalaisvirasto totesi vielä, että hallinto-oikeuden "tulkinta

suojelupoliisin lausunnon merkityksestä vaarantaa Ulkomaalaisviraston mahdollisuuden jättää oleskelulupa myöntämättä tilanteissa, joissa hakija vaarantaa yleistä järjestystä ja turvallisuutta". Tämä toteamus lienee kuitenkin liioittelua. Pikemminkin hallinto-oikeuden tulkinta tähdentää sitä tosiseikkaa, että kielteisestä turvallisuuslausunnosta ei voi eikä pidäkään automaattisesti seurata kielteinen oleskelulupapäätös, vaan turvallisuuslausunto on vain yksi, joskin varsin merkittävä, osatekijä lupapäätöksen kokonaisharkinnassa.

Korkeimman hallinto-oikeuden asiassa antama ratkaisu on selkeän ihmisoikeusmyönteinen, ja onkin mielenkiintoista nähdä sen vaikutus tuleviin oleskelulupapäätöksiin ja niistä tehtyihin muutoksenhakuihin. Selvää on, että suojelupoliisin turvallisuuslausunnot joutuvat aiempaan tarkemman arvioinnin ja kritiikin kohteeksi, mikä toivottavasti osaltaan vähentää niiden kiistatonta legitimitteettivajetta. Ongelma tuskin korjautuu tai poistuu kokonaan pelkällä tulkintakäytännön linjanmuutoksella, mutta tämäkin askel oikeaan suuntaan on eittämättä tärkeä ja merkittävä. On kyseenalaista, muuttaisiko suojelupoliisin lausunnon merkityksen kirjaaminen ulkomaalaislakiin tilannetta parempaan suuntaan. Vaikutus voisi olla hakijan edun kannalta jopa negatiivinen verrattuna nykytilanteeseen, joka on tarvittaessa joustava ja esimerkiksi sisäisillä ohjeilla muutettavissa aikaisempaa perus- ja ihmisoikeusmyönteisempään suuntaan.¹⁷⁵

¹⁷⁵Viljanen 2007, s. 1132.

7. JOHTOPÄÄTÖKSET

Yleinen järjestys ja turvallisuus on ongelmallinen käsite kielteisen oleskelulupapäätöksen perusteena. Sen sisältö ja tulkinta vaihtelee toisinaan merkittävästikin, mikä johtuu lukuisista tekijöistä, kuten oikeudellisesta perinteestä, tulkintakäytännöstä, oikeusjärjestelmästä tai lainsoveltajasta. Ajallisessa suhteessa tulkinnassa ei kuitenkaan ole havaittavissa kovinkaan merkittäviä äkkinäisiä muutoksia, varsinkaan oleskeluluvan hakijoiden kannalta huonompaan suuntaan. Kehitys on samansuuntainen yleisen perus- ja ihmisoikeuskehityksen kanssa: vaikka ajoittain kehitys on pysähtynytkin, tai jopa ottanut jonkin verran takapakkia, niin yleinen suunta on koko ajan ollut kohti yhä perus- ja ihmisoikeusmyönteisempää laintulkintaa ja -soveltamista. Kehitystä on kuitenkin syytä tarkkailla sekä arvioida jatkuvasti. Myös lainsoveltajan ratkaisuja tulee edelleen tarkastella kriittisesti.

Euroopan ihmisoikeussopimus asettaa keskeisenä kansainvälisenä ihmisoikeussopimuksena merkittäviä rajoja yleisen järjestyksen ja turvallisuuden käsitteen kansalliselle tulkinnalle, ja ihmisoikeustuomioistuin onkin ottanut joissain tapauksissa erittäin aktiivisen roolin perustavaa laatua olevien oikeuksien suojaamisessa. Ihmisoikeussopimus suojelee lähtökohtaisesti yksilöä, ja erityisesti hänen perhe-elämäänsä niin vahvasti, että "kansallinen" tai "yleinen etu" asettuu harvoin yksilön inhimillisen edun edelle, ainakaan ilman todella vahvoja perusteita. Ihmisoikeussopimuksen vahva valvontamekanismi, kokonaisharkinta ja punninan periaate

huolehtivat kukin osaltaan siitä, että sopimuksen piiriin kuuluvissa valtioissa ei poikkeuksellisissakaan tilanteissa rajoiteta perus- ja ihmisoikeuksia kohtuuttomasti tai perusteettomasti.

Tämä on toki länsimaista yksilöllistä, liberaalia ihmiskuvaa ajatellen perusteltua. Perusteltavissa olevat poikkeukset tästä periaatteesta ovat todellakin poikkeuksellisia, varsinkin kun kansallisvaltioiden ja -aateen merkitys vähenee yhä kiihtyvällä vauhdilla. Rajankäynti yksilön yksityisyyden suojan ja yleisen edun välillä on aina ollut vaikea ja kiistanalainen asia, mutta tosiasia on, että nykyinen kehityssuunta suosii yksilöä yhteisön kustannuksella. Kannattaa kuitenkin muistaa sekin, että "yhteisön etu" on kovin epämääräinen käsite. Aika harvoin yhteisön etu todellisuudessa on koko yhteisön kaikkien yksittäisten jäsenten kannalta se paras vaihtoehto. Useammin "yhteisön etu" on itse asiassa yhteisön johtavan jäsenen tai jäsenten pitkälti sanelema, heidän omia etujaan parhaiten ajava vaihtoehto.

Suomalaisessa oikeudenkäytössä perus- ja ihmisoikeuksien merkitys on kansainvälisen yhteistyön lisääntymisen myötä kasvanut viime vuosikymmeninä suorastaan räjähdysmäisesti. Suomi on viimeisten parin vuosikymmenen aikana siirtynyt vihdoin siihen tilanteeseen, jossa useat länsieurooppalaiset valtiot ovat olleet jo pitkään, eli perus- ja ihmisoikeudet ovat saaneet yleisesti oikeudellisesti sitovan statuksen. Niistä on tullut sekä lakien säätämiseen että niiden soveltamiseen vaikuttavia "oikeudellisten käytäntöjen yleisiä ja sisällöllisiä legitiimisyyssehtoja".¹⁷⁶ Muutos on ollut todella suuri, mistä osaltaan kertoo esimerkiksi aiheesta oikeustieteen parissa käyty ja

¹⁷⁶Lavapuro 2009 b, s. 273.

yhä jatkuva keskustelu.

Hallinnon sekä tuomioistuinlaitoksen sopeutuminen merkittävästi muuttuneeseen tilanteeseen ei ole ollut kivutonta, ja joiltain osin "vanhat haamut" kummittelevat vieläkin, erityisesti vanhaan perusoikeusjärjestelmään tottuneiden mielissä. Kuitenkin sekä perustuslaintasoinen perusoikeusjärjestelmä että sitoutuminen kansainvälisiin sopimuksiin, varsinkin Euroopan ihmisoikeussopimukseen sekä eurooppalaiseen yhteistyöhön Euroopan unionin kautta, käytännössä velvoittaa suomalaisen hallinnon ja tuomioistuinlaitoksen huomioimaan perus- ja ihmisoikeudet toiminnassaan ja ratkaisuisaan aivan erityisellä tarkkuudella ja riittävän suurella painoarvolla. Perustuslaissa tuomioistuimille annettu oikeus syrjäyttää tavallisen lain säännökset niiden ollessa ristiriidassa perustuslain kanssa, sekä yleensäkin perus- ja ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan periaate ovat muokanneet suomalaista oikeusjärjestelmää järjestyttävällä tavalla. On kuitenkin varsin helppo todeta, että suunta on ollut oikea. Kohtuullinen tasapaino enemmistöparlamentarismien ja vähemmistöön jäävien oikeuksien välillä on nyt lähempänä kuin koskaan suomalaisen yhteiskunnan historiassa.

Oleskelulupa on joissain tapauksissa sitä hakevan henkilön kannalta jopa elintärkeä hallintolupa, ja tällöin pitää voida varmistua siitä, että päätöksen tekevä viranomainen, Suomessa Maahanmuuttovirasto, päätyy sekä lain- että oikeudenmukaiseen ratkaisuun jokaisessa yksittäistapauksessa. Tämä edellyttää, että päätöksentekoprosessissa huomioidaan kaikki ratkaisuun vaikuttavat seikat ja annetaan niille niiden painoarvoa vastaava merkitys oleskelulupaharkinnassa. Mikään

yksittäinen näkökohta ei saa dominoida muiden kustannuksella, eikä varsinkaan automaattisesti johtaa tiettyyn ratkaisuun.

Tässä mielessä suojelupoliisin turvallisuuslausunnon kyseenalainen mutta keskeinen asema oleskelulupaharkinnassa on suomalaisen oleskelulupaprosessin keskeinen ongelma. Ongelmaan toivottavasti löydetään tuoreiden sitä koskeneiden korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisujen myötä jokin ulkomaalaisten oikeusturvan kannalta vähintäänkin tyydyttävä ratkaisu. Esimerkiksi Maahanmuuttoviraston sisäisin ohjeistuksin tai ensi asteen tuomioistuinta avustavan asiamiehen kautta ongelma on todennäköisesti saatettavissa hyväksyttävään tilaan, jossa sinänsä merkittävät ja oletettavasti totuudenmukaiset suojelupoliisin hankkimat tiedot saavat arvoisensa painoarvon, mutta eivät kuitenkaan yksinään ratkaise asiaa suuntaan tai toiseen.

Yleinen järjestys ja turvallisuus on kielteisen oleskelulupapäätöksen perusteena sallittu, mutta varsin tarkkaan sekä kansallisella että ylikansallisella oikeuskäytännöllä käyttöalaltaan rajattu näkökohta. Rajoittuneisuus on perusteltua huomioiden nykyinen yhteinen länsimainen arvopohja, joka on etenkin Euroopan ihmisoikeussopimuksen tärkeä taustavaikuttaja. Keskeistä on yleisen edun nimenomainen ja todellinen vaarantuminen konkreettisesti yksittäistapauksessa.

Yleistäminen ja oletaminen eivät riitä, vaan vaaditaan näyttöä siitä, että oleskeluluvan myöntäminen hakijalle todennäköisesti johtaa käytännössä realisoituvaan vaaraan yleiselle edulle. Tällöin esimerkiksi kansallisuuteen, etnisyyteen tai uskontoon perustuvat

olettamukset tai ennakkokäsitykset eivät voi olla ainoita tai edes kovin merkittäviä osatekijöitä riskiä arvioitaessa. Lupaviranomaiselle jää nykyisin suuri taakka osoittaa oikeudellisesti hyväksyttävän ordre public -perusteen olemassaolo, varsinkin niissä tapauksissa, joissa kielteisellä oleskelulupapäätöksellä puututtaisiin hakijan perhe-elämän suojaan.