

Jaakko Husa

NON LIQUET?
VALLANJAKO, PERUSOIKEUDET,
SYSTEMATISOINTI –
OIKEUDEN JA POLITIIKAN VÄLISIÄ
RAJANKÄYNTJÄ

NON LIQUET?

VALLANJAKO, PERUSOIKEUDET, SYSTEMATISOINTI –
OIKEUDEN JA POLITIIKAN VÄLISIÄ RAJANKÄYNTEJÄ



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 254

Jaakko Husa

Non liquet?

Vallanjako, perusoikeudet, systematisointi –
oikeuden ja politiikan välisiä rajankäyntejä

WITH AN ENGLISH SUMMARY

Julkaisuvaliokunta

Raimo Lahti, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Risto Nuolimaa

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-538-7

© 2004 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Jaakko Husa

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-228-2

Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala 2004

”For I am nothing, if not critical”

Othello, II: 1 (William Shakespeare)

Alkusanat

Käsillä olevan kirjan takana on omakohtainen havainto siitä, etten oikein tiennyt mitä olin julkisoikeuden tutkijana tehnyt, vaikka olinkin niin itselleni ja kaiketi muille uskotellut. Ihminen itse tietää kai harvoin kovinkaan täsmällisesti sitä, mitä hän itse asiassa tekee tai mistä hän on todella kiinnostunut. Kysyttäessä asiaa on toki luontevaa esittää jonkinlainen luettelo asioista, joista on kiinnostunut; listaus omista tutkimuskohteistaan tai vaikkapa vapaa-ajan harrastuksistaan. Tämä ei kuitenkaan ole oikeastaan vastaus kysymykseen, yhtä vähän kuin ranskalaisten viivojen kokoelma on essee.

Asetelmassa on kuitenkin jotain omituista. Tutkijoidenhan oletetaan tietävän, mitä he tekevät. Juuri heidän on laadittava tutkimussuunnitelmia, joissa edellytetään tehtävän selkoa tutkimusongelmista, metodeista, tutkimustyön tavoitteista ja aikatauluista sekä tavoiteltavista hyödyistä. Subjekttiivisen tuntuman mukaan kuitenkin varsin harvoin kirjat ja artikkelit todella vastaavat sitä, mitä suunnitelmissa alun perin esitettiin. Tämä tuskin johtuu kokonaan siitä, että hankkeet ovat epäonnistuneet tai että tutkijat olisivat pohtineet hankkeitaan liian vähän koskapa suunniteltu ja toteutunut ovat niin kaukana toisistaan. Kysymys on perimmältään sittenkin jostain muusta.

Olen tullut siihen tulokseen, että ainakin yksi merkittävä tekijä suunnitelmien ja toteutuneiden kirjoitustöiden välisiin eroihin on omien tekemistensä ja mielenkiintonsa kohteiden täsmällisen nimeämisen vaikeus. On paljon helpompaa *tehdä* kuin *nimetä* tekemisensä. Pidempikestoisten projektien varhaisissa vaiheissa monet ajatuksista, jotka vaikuttavat omaan motivaatioon ja älylliseen mielenkiintoon ovat paljolti hämärän peitossa. Näin siitäkin huolimatta, että ajatukset ja suunnitelmia kirjattaisiin paperille sinänsä hyvin jäsentyneesti ja jopa uskottavasti. Niinhinän voi kirjoittajakin uskoa – ainakin kirjoittamishetkellä.

Nimeämisen ongelma on kuitenkin todellinen. Kun jouduin erästä tilaisuutta silmällä pitäen laatimaan kuvauksen siitä, mitä oikeastaan olenkaan tutkinut, tein ensiksi perinteisen luettelomaisen tiivistelmän. Jostain syystä en ollut kuitenkaan tyytyväinen siihen, vaan palasin tuohon paperiin tietäen, että jokin oleellinen vika siinä oli, vaikken ihan tarkkaan oivaltanutkaan, mikä se mahtoi olla. Se ei vain tuntunut oikealta, vaikka faktatiedot pitivätkin paikkansa viimeistä pilkkua myöten.

Kun koetin miettiä, mitä oikeastaan olinkaan tarkastellut kirjoissani ja artikkeleissani en osannut kertoa edes itseäni tyydyttävällä tavalla, mistä olin oikein todella yrittänyt kertoa ja millaisia pohdintoja ja päähkäilyjä olin paperille halun-

nut laittaa. Mitä ylipäänsä olin teksteilläni koettanut viestittää – siis ohi sen, mitä niissä nyt kaikkien ilmeisimmillään sitten ikinä tahdottiinkaan sanoa. Luin ja selailin tekstejäni mukamas uusin silmin, enkä silti tuntunut löytävän punaiselta langalta näytävää. Olin jo luopumassa koko ajatuksesta, kun huomasin, että ehkä sittenkin oli olemassa jokin punainen lanka, joka saattoi jollakin hataralla tavalla yhdistää useimpia viime vuosien artikkeleistani. Se vain liikkui niin yleisellä tasolla, että sen havaitseminen – tai itseä lohduttava – kuvittelemine ei ollut ihan yksinkertainen tapahtuma.

Käsillä oleva kirja perustuu juuri tuohon – todelliseen tai kuviteltuun – oivalukseen siitä, että olin halunnut operoida valtiosääntö-oikeuden ja osittain myös yleishallinto-oikeuden perustavaa laatua olevien käsitteiden ja erottelujen sekä niiden teoreettis-metodologisten implikaatioiden parissa. Poliitiikan ja oikeuden sekä hallinnon ja hallintolainkäytön väliset rajat ja niiden rajojen jonkinlainen takkuileva rajankäynti olivat juuttuneet pysyvästi ajatusmaailmani keskiöön. Keskeisenä käyttövoimanani oli siis saattanut olla halu purkaa paperille ajatuksia yhtäältä politiikan suhteesta oikeuteen ja toisaalta hallintotoiminnan suhteesta hallintolainkäyttöön sekä halu sanoa myös sanan näitä tutkivien tieteenalojen välisistä suhteista ja niiden perustalla olevista juridisista ideologioista. Toisin sanoen julkisoikeuden ydinalueiden keskeiset rajanvedot ja demarkaatiolinjat ainakin tuntuivat olevan niitä, joista olin halunnut jotain sanoa, vaikka olin pukeutunut kirjoitukseni kulloisenkin akuutin käyttötarkoituksen muodinmukaisiin lainahepeniin.

Miten päin tahansa juttujani kieputinkin ja miten päin tahansa niitä yritin lukea, niin ne näyttivät – joko todesti tai kuvitellusti – käsittelevän aina varsin samankaltaisia asioita, vaikka otsikoinnista tai artikkeleiden johdannoista tai yhteenvedoista ei näin kyllä kovinkaan helposti olisi voinut päätellä.

Mutta. Tämä kirja on lähtenyt liikkeelle varsin yksinkertaista tekniikkaa käyttäen. Olen poiminut eräitä aiemmin julkaistuja artikkeleita ja tekstejä toimitetuista teoksista ja tehnyt niistä ensin eräänlaisen peruskorpuksen. Tuota korpusta uudelleenlukemalla, täydentämällä, päivittämällä, osia siitä poistamalla, siirtämällä ja muokkaamalla olen päätenyt tilanteeseen, jossa alkuperäisiä tekstejä on muutettu voimallisesti sekä teknisessä mielessä että tieteellisen sisältönsä puolesta. Painotukset ja ajatuksellisesti tärkeät kohdat ovat muuttuneet eniten. Alkuperäisiin teksteihin on tehty siis lukuisia poistoja ja täydennyksiä, myös lähdepohjat ovat muuttuneet varsin merkittävästi. Vaikkei kyse siis ole uudelleenjulkaisuista, niin pidän asianmukaisena kertoa lukijalle, millaisista teksteistä tämä kirja sai luurankonsa, jonka päälle jänneet, sisäelimet, lihakset ja nahka on sittemmin konstruoitu. Luku- ja alkuperäisinä raakaversioina toimivat seuraavat julkaistut tekstini:

- Schmittin positiivinen valtiosääntö ja EY-oikeus. Oikeus 1/1998, s. 34–53.
- Lakien perustuslainmukaisuuden valvonta Pohjoismaissa: Muuttuuko tuomioistuinten rooli? DL 5/1999, s. 776–798.
- Perusoikeudet valtiosääntöoikeudessa ja valtiosääntöoikeustieteessä. Teoksessa Liisa Nieminen (toim.): Perusoikeudet Suomessa, s. 275–311. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1999.
- Perusoikeudet ja vallanjako – suomalaisen perusoikeuskeskustelun sokea piste? Oikeus 2/2003, s. 4–25.
- Oikeuden ja hallinnon erottaminen Suomessa ja Ranskassa – vertailua Conseil d’Etat’n ja KHO:n välillä. Teoksessa Ilpo Paaso (toim.): Juhlakirja Esko Rieppula, s. 234–268. Finnpublishers Oy. Tampere 2001.
- Oikeudellisten siirännäisten ongelmallisuus – esimerkkinä oikeussystematiikka ja hallintolainkäytön organisointi. LM 3/1999, s. 376–397.
- Oikeusasiamies käsittelyn joutuisuuden valvojana. LM 3/2002, s. 352–376.

Alku- ja loppuluku ovat luonnollisesti täysin uusia.

Tässä kohden minun pitää kiittää monia eri tahoja kommenteista ja parannusehdotuksista, mutta koska heitä on niin paljon, joudun tyytymään kollektiiviseen kiitokseen. Erikseen kiitän kuitenkin professoreja *Teuvo Pohjolainen* ja *Kimmo Nuotio*, jotka kommentoivat käsikirjoitusta kokonaisuutena. Kiitokseni tavoittaa toivottavasti myös ne, joiden kanssa olen ollut näkyvästikin eri mieltä. Myös heidän kritiikkinsä ja kommenttinsa ovat vaikuttaneet siihen, millaiseksi käsillä oleva kirja on muotoutunut. Näytti nimittäin siltä, että eräät puheenvuoroni oli jostain syystä nähty perusoikeusvastaisena (sic!), vaikkei niitä ollut siitä näkökulmasta alun perin laadittu. Ehkäpä tuollaisen kritiikin konstruktivinen ulottuvuus oli siinä, että se avasi uusia näkymiä omiin teksteihini ja auttoi näkemään tai kuvittelemaan niihin jonkinlaisen yleisemmän punaisen langan. Eräissä puheenvuoroissani olin yrittänyt muotoilla jonkinsortista yhteiskunta- ja valtioteoreettista perusoikeuksien *käyttötapoihin* liittyvää kritiikkiä, jonka olin kai muotoillut jotenkin puutteellisesti, koska ajatuksia ei valtiosääntöoikeuden piirissä oikein näytetty – edes rajallisesti – ymmärrettävän. Omalta kohdaltani lukkojen avaamista tuntui helpottavan myös aiempaa detaljoidumpi perehtyminen *Jürgen Habermasin* teokseen *Faktizität und Geltung* (1992), joka vaikutti tuovan uusia näkökulmia eräisiin keskeisiin teemoihin. Kun tämä aines sitten sekoittui yhteen *Carl Schmitt* -luennan ja nykypäivän suomalaisen teoreettisen lainopin mielenkiintoisimpien elementtien kanssa, niin kirjalle alkoi löytyä tietty juoni. Tämän kirjan juonenkehittely on tarkoitettu – näin toivon – myös tulevan ymmärretyksi (ei hyväksytyksi) toisella tapaa, koska ajattelun kokonaistausta ja valtiosääntöteoreettiset yhteydet ovat aiempaa selvemmin esille nostettuja.

Kirjan nimi *non liquet* on latinaa ja se viittaa tilanteeseen, jossa ei ole esitetty mitään sellaista selvää todistusta tai muuta päätöksentekoa ohjaavaa tosiseikkoihin liittyvää aineistoa, jonka pohjalta voitaisiin vetää selviä johtopäätöksiä ratkaistavan asian suhteen. Tutkijan rooli kuitenkin poikkeaa tuomarin roolista

muun muassa siten, että tutkijalla ei ole ratkaisupakkoa; hän voi sanoa kuten muinoin Roomassa ”non liquet”. Tämän peruslinjan mukaisesti kirjassa on paljon kysymyksiä, joihin kirjoittajalla ei ole tarjota selkeitä vastauksia.

En ole mikään latinan kielen harrastaja, mutta silti päätin ottaa juuri tuon otsikon, koska sillä on kahtalainen ulottuvuus. Yhtäältä se viittaa kirjan taustatilanteeseen eli yritykseen tehdä omista tekemisistään selkoa ja jäsentää asioita; halu hahmottaa julkisoikeuden alueen teoreettisen lainopin perusoikeusvetoista nykykeskustelua ja ehkä jotenkin kontribuoida. Toisaalta se viittaa siihen, että uuden vuosituhannen alun julkisoikeudessa monet aiemmin perustavaa laatua olevat käsitteelliset ja muut demarkaatiot ovat yhä enemmän tilassa, jossa niiden osuvuutta tai muuta toimivuutta kohtaan alkaa vallita jonkinlainen tyytymättömyys; tunne siitä, etteivät asiat ehkä sittenkään ole niin selviä kuin niiden on joskus ehkä kuviteltu tai haluttu esittää olevan.

Olen lopettanut – tätä kirjaa varten – kotimaisen kirjallisuuden ja muun tällaisen lähteistön seuraamisen alkusyksyllä 2003, joten sen jälkeinen materiaali on voitu huomioida vain hyvin rajallisesti, jos ollenkaan. Eräiden lähteiden mielenkiintoisuuden vuoksi paikoin näin on kuitenkin ollut pakko tehdä.

Omistan kirjan ”*Tiitiäiselle*”, jota perheeni kanssa odotimme yhtä aikaa tämän kirjan valmistumisprosessin aikana noin yhdeksän kuukauden verran. Tiitiäisestä tuli sittemmin *Noora*, kirjakin sai nimensä siinä sivussa.

Kuudentena huhtikuuta 2004,

Jaakko Husa

Sisällys

ALKUSANAT	7
SISÄLLYS	11
LÄHTEET	15
SÄÄDÖSLUETTELO	32
OIKEUS- JA LAINVALVONTATAPAUKSIA	33
LYHENNELUETTELO	35
1 VALLAN KIELI JA LAINOPPI – RAKENTAMISESTA KRITIIKKIIN?	1
1.1 Oikeuden kielellisyydestä ja poliittisuudesta	1
1.2 Systeemi, mallivalta ja kritiikki	5
1.3 Kirjan rakenne ja aiheen käsittelytapa	10
2 OIKEUS VS. POLITIIKKA – OIKEUDEN PERUSTA JA NORMIHIERARKKIAN VALVONTA	15
2.1 Mihin oikeusjärjestys viime kädessä perustuu?	15
2.1.1 Johdanto	15
2.1.2 Verfassunglehren kontekstia	18
2.1.3 Kelsen, oikeusjärjestys, valtiosääntö	23
2.1.4 Schmit, oikeusjärjestys, valtiosääntö	25
2.1.5 Verfassunglehre ja kysymys EU-oikeuden perustasta	30
2.1.6 Pohdinta	37
2.2 Vallanjako ja pohjoismainen perustuslakikontrolli – muuttuuko oikeuden ja politiikan välinen suhde?	42
2.2.1 Johdanto	42
2.2.1.1 Miten nimikontrolli voidaan järjestää?	46
2.2.1.2 Tarkastelun kontekstina pohjoismainen oikeus	50
2.2.2 Pohjolan läntinen kontrollimalli	53
2.2.2.1 Vakiintunut tuomioistuinkontrolli: Norja	53
2.2.2.2 Muuttuva kontrollimalli: Tanska	57

2.2.3	Pohjolan itäinen kontrollimalli	62
2.2.3.1	Välttelevä kontrolli: Ruotsi	62
2.2.3.2	Kohti jälkikontrollia: Suomi	67
2.2.4	Kokoavia huomioita ja kommentteja	73
2.2.5	Pohdinta	77
3	MURTUMIA JA PAIKKAUSYRITYKSIÄ – VALTIOSÄÄNTÖ- DOKTRIINI JA PERUSOIKEUDET	83
3.1	Perusoikeusdoktriinin murros	83
3.1.1	Johdanto	83
3.1.2	Mistä puhumme kun puhumme valtiosääntö- oikeudesta?	84
3.1.2.1	Oppialamääritelmässä ilmenevä kaksijakoisuus ...	85
3.1.2.2	Koherenttisuus?	89
3.1.2.3	Institutionaalinen painolasti?	92
3.1.2.4	Oikeustiede vs. valtio-oppi, oikeus vs. politiikka	93
3.1.2.5	Muuttuva valtiosääntöoikeus	95
3.1.3	Perusoikeuksien muutosallot ja valtiosääntö- oikeustiede	97
3.1.4	Ketä perussäännökset ensisijaisesti velvoittavat?	100
3.1.4.1	Perusoikeudet ja oikeudellistuminen	106
3.1.5	Pohdinta	110
3.2	Perusoikeudet ja vallanjako	115
3.2.1	Vallanjako ja perusoikeuslähtöinen laintulkinta	120
3.2.2	Konstitutionalismikäsityksen muutoksesta	129
3.2.3	Kontrollin tarpeesta	137
3.2.4	Politiikka, moraali, perusoikeudet – eräs näkökulma	147
3.2.5	Pohdinta	153
4	OIKEUS JA HALLINTO – HALLINNON JA LAINKÄYTÖN VÄLIMAASTOSSA	159
4.1	Oikeus vs. hallinto Suomessa ja Ranskassa	159
4.1.1	Johdanto	159
4.1.2	Vallanjako-opin hallinto-oikeudellinen heijastuma – hallinnon ja oikeuden suhde Suomessa	161
4.1.2.1	Suomalaisen mallin synty ja siihen liittyvä ajattelu	162
4.1.2.2	Huomioita hallinto-oikeuden doktriinista	167
4.1.3	Hallinto ja oikeus Ranskassa	171
4.1.3.1	Konteksti – Ranskan oikeusjärjestys	171

4.1.3.2	Syntytaustasta	173
4.1.3.3	Muuttuminen hallintolainkäyttöelimeksi	175
4.1.3.4	Konsultaatiota ja lainkäyttöä	177
4.1.3.5	Conseilin prosessista ja rakenteesta	181
4.1.4	Suomi vs. Ranska – eroja ja yhtäläisyyksiä	183
4.1.5	Pohdinta	187
4.2	Oikeus ja hallinto – perusratkaisujen siirrettävyys?	189
4.2.1	Johdanto	189
4.2.2	Oikeudellisista siirännäisistä	191
4.2.3	Common law – järjestelmän ja romaanis-germaanisen järjestelmän lähentyminen	194
4.2.4	Oikeusjärjestyksen systematiikka siirännäisenä – esimerkkinä englantilainen oikeus	198
4.2.4.1	Erottelun historiallisista taustoista Ranskassa ja Englannissa	200
4.2.4.2	Oikeuden systeemisyyys Ranskassa ja Englannissa	203
4.2.4.3	Vallanjako-opin mallivaltavaikutuksesta	205
4.2.4.4	Siirtämistoimen onnistumisesta	207
4.2.5	Vertailevia kommentteja	209
4.2.6	Pohdinta	212
4.3	Hallintoa vai hallintolainkäyttöä – oikeusasiamies hallinnon valvojana	214
4.3.1	Johdanto	214
4.3.2	Oikeusasiamies – toimivalta ja tehtävät	217
4.3.3	Hyvä hallinto ja oikeusasiamiehen valvontainstrumentit ..	222
4.3.3.1	Hyvä hallinto valtiosääntöisenä periaatteena	223
4.3.3.2	Oikeusasiamiehen hyvän hallinnon valvonta- instrumentit	227
4.3.4	Oikeusasiamiehen instrumentit eräiden hallinnon joutuisuutta koskevien ratkaisujen valossa	230
4.3.4.1	Huomauttaminen	232
4.3.4.2	Moittiminen	233
4.3.4.3	Ohjaaminen	235
4.3.5	Pohdinta	236
5	SYSTEEMIN RAKENNUS JA LAINOPPI – KOHERENSSIA VAI FRAGMENTTEJA?	245
5.1	Yhteenvetoa ja uudelleenarviointia	245
5.2	Skylla ja Kharybdis: systematisointioptimismi vs. systematisointipessimismi vai kolmas tie?	248

SISÄLLYS

5.3 Eräs mahdollinen tie eteenpäin – vai askel taaksepäin?	256
5.4 Takaisin polysentriaan?	261
SUMMARY	265
HAKEMISTO	271

Lähteet

KIRJALLISUUS

- Aarnio, Aulis (1978). Mitä lainoppi on? Helsinki: Tammi.
- Aarnio, Aulis (1989). Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Porvoo: WSOY.
- Aarnio, Aulis (1993). Onko oikeustiede yhteiskuntatiede? LM. Vol. 91, s. 695–710.
- Aarnio, Aulis (2002). Uusi varallisuus oikeus – vai vanha? LM. Vol. 100, s. 513–534.
- Aer, Janne (2000). Oikeussuojan ulottuvuus hallinnossa. Hallintolainkäytön antaman oikeussuojan merkitys viranomaistoiminnan auktoriteetin kannalta. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Aer, Janne (2003). Oikeusturva ja oikeudenmukainen oikeudenkäynti hallintolainkäytössä. Oikeustiede – Jurisprudentia XXXVI 2003, s. 9–61. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Ahola, Sakari (1995). Eliitin yliopistosta massojen korkeakoulutukseen. Turku: Turun yliopisto.
- Alanen, Aatos (1948). Yleinen oikeustiede. Porvoo: WSOY.
- Alexy, Robert (2002). A Theory of Constitutional Rights (transl. by Julia Rivers). Oxford: Oxford University Press.
- Allison, J. W. F. (1996). A Continental Distinction in the Common Law – A Historical and Comparative Perspective on English Public Law. New York: Oxford University Press.
- Alter, Karen J. (2001). Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe. Oxford: Oxford University Press.
- Anckar, Dag (1995). Konstitutionalismi poliittisena ilmiönä ja tutkimuskohteena. Poliittikka. Vol. 37, s. 3–9.
- Andenæs, Johs (1994). Statsforfatningen i Norge. Oslo: Tano.
- Annala, Vesa (2003). Sopimuksen dynaamisuus. Talousoikeudellinen rakennetutkimus sopimuksen täydentymisestä ja täydentymisen ohjaamisesta. Turku: Turun yliopisto.
- Arajärvi, Pentti (2002). Toimeentuloturvan oikeellisuus. Toimeentuloturvaa koskevan lainsäädännön suhde perustuslakiin, erityisesti perusoikeuksiin, ihmisoikeuksiin ja yhteisöoikeuteen. Helsinki: Kela.
- Bailey, S. H. & M. J. Gunn (1996). Smith and Bailey on the Modern English Legal System. London: Sweet & Maxwell.
- Beatty, David (1994). Protecting Rights in Japan and Canada. Am.J.Comp.L. Vol. 42, s. 535–550.
- Beatty, David (2001). The Forms and Limitations of Constitutional Interpretation. Am.J.Comp.L. Vol. 49, s. 79–120.
- Bengtsson, Bertil (1989). Om lagprövning från domstolssynpunkt. SvJT. Vol. 74, s. 671–682.
- Bengtsson, Bertil (1998). Den svenska grundlagen och domstolarna. Jussens Venner. Vol. 33, s. 56–65.
- Berndtson, Erkki (1994). Poliittikka tieteenä. Johdatus valtio-opilliseen ajatteluun. Helsinki: VAPK-kustannus.
- Björgvinsson, David Thór (1998). Skranker for lovgivningsmyndigheten. Jussens Venner. Vol. 33, s. 78–92.
- Björne, Lars (1986). Oikeusjärjestelmän kehityksestä. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Blume, Peter (1990). Til en ny retskildelære. TtR. Vol. 93, s. 863–892.

- Blume, Peter (1998). Tanskan oikeus. Teoksessa Heikki E.S. Mattila et al. (toim.): EIF osa VI: Kansainväliset suhteet, palstat 823–833. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Boe, Erik (1993). Innføring i Juss. Statsrett og forvaltningsrett. Oslo: Tano.
- Boe, Erik (1998). Lovers grunnlovsmessighet. Jussens Venner. Vol. 33, s. 4–36.
- Bogdan, Michael (2003). Komparativ rättskunskap. Stockholm: Norstedts juridik.
- Bourdieu, Pierre (1984). *Homo academicus*. Paris: Les Éditions de Minuit.
- Brewer-Carías, Allan R. (1989). *Judicial Review in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Brown, L. Neville (1997). Book Review on J. W. F. Allison: *A Continental Distinction in the Common Law*. *European Public Law*. Vol. 3, s. 152–154.
- Brown, L. Neville & John S. Bell (1998). *French Administrative Law*. Fifth edition. Oxford: Oxford University Press.
- Brown, L. Neville & Tom Kennedy (1994). *The Court of Justice of the European Communities*. Fourth edition. London: Sweet & Maxwell.
- Brunner, Otto (1992). Euroopan keskiajan sosiaalhistoria. Tampere: Vastapaino.
- Brusiin, Otto (1954). Oikeusvertailusta. *LM*. Vol. 52, s. 434–446.
- Bugge, Hans Christian (1995). "Constitution" and "Constitutional law" in Norway. Teoksessa Eivind Smith (toim.): *Constitutional Justice Under Old Constitutions*, s. 293–310. The Hague: Kluwer.
- Bull, Thomas (1997). Mötes- och demonstrationsfriheten: en statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA. Uppsala: Iustus.
- Bull, Thomas (I & II). Om domstolarnas roll i demokratin – fågel, fisk eller mitten mellan? *JT*. Del I: 1999–2000, s. 794–807. Del II: 2000–2001, s. 26–47.
- Caporaso, James A. (2002). *The European Union and the Democratic Deficit: The Emergence of an International Rechtsstaat?* Teoksessa: Andreas Heinemann-Grüder (ed.): *Federalism Doomed? European Federalism Between Integration and Separation*, s. 83–99. New York: Berghahn Books.
- Caenegem, Raoul Charles van (1995). *A Historical Introduction to Western Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cappelletti, Mauro (1989). *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Clarendon Press.
- Cappelletti, Mauro & William Cohen (1979). *Comparative Constitutional Law: Cases and materials*. Bobbs-Merril: Indianapolis.
- Christensen, Bent (1994). *Forvaltningsret, prøvelse*. København: Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Cruz, Peter de (1995). *Comparative Law in a Changing World*. London: Cavendish.
- Curtin, D. & M. van Empel & E. L. M. Völker & J. A. Winter (toim.) (1994). *Leading Cases on the Law of the European Communities*. Deventer: Kluwer.
- Dadomo, Christian & Susan Farran (1996). *The French Legal System*. London: Sweet & Maxwell.
- Danneman, Gerhard (1994). Constitutional Complaint. *I.C.L.Q.* Vol. 43, s. 142–153.
- David, René & Jauffret-Spinosi, Camille (1982). *Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät*. Helsinki: Suomen lakimiesliiton kustannus.
- Detter, Ingrid (1994). *The International Legal Order*. Aldershot: Dartmouth.
- Dubinsky, Paul R. (1994). The Essential Function of Federal Courts. *Am.J.Comp.L.* Vol. 42, s. 295–346.
- Duhamel, Oliver (1994). *Droit constitutionnel et politique*. Paris: Seuil.

- Eckhoff, Torstein (1993). *Rettskildelære*. Oslo: Tano.
- Ehdotus sopimukseksi Euroopan perustuslaista (2003). Luxemburg: Euroopan yhteisöjen virallisten julkaisujen toimisto.
- Eleftheriadis, Pavlos (1996). *Aspects of European Constitutionalism*. E.L.Rev. Vol. 21, s. 32–42.
- Epp, Charles (1996). *Do Bills of Rights Matter?* APSR. Vol. 90, s. 765–779.
- Erich, Rafael (1909). *Valtiosääntöjen säätäminen ja muuttaminen I: Yleinen osa ja Euroopan valtiot*. Porvoo: WSOY.
- Erich, Rafael (1924). *Suomen valtio-oikeus I*. Helsinki: Tietosanakirja Osakeyhtiö.
- Eriksson, Lars D. (1992). *Vad kan uppnås genom en förändring av författnings text?* Teoksessa Lars D. Eriksson: *Kritik, moral och rätt: artiklar och diskussionsinlägg*, s. 192–214. Helsinki: Helsingin yliopisto.
- Eriksson, Lars D. (1993). *Demokratins kärna. Oikeus*. Vol. 22, s. 152–163.
- Eriksson, Lars D. (1995). *Myytti itsenäisestä hallinnosta. Oikeus*. Vol. 24, s. 219–228.
- Eriksson, Lars D. (1997). *Valtiosääntöoikeus, valtiosääntöoikeustiede*. Teoksessa Heikki E. S. Mattila et al. (toim.): *EIF osa V: Julkisoikeus, palstat 1085–1089 ja 1089–1096*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Eriksson, Lars D. (1999). *Oikeuden polyfonia*. Teoksessa Antero Jyräki (toim.): *Oikeuden kielet: oikeus ja oikeudellinen ajattelu monikielisessä maailmassa*, s. 35–41. Turku: Turun yliopisto.
- Ervasti, Kaijus (2002). *Lainkäytön funktiot*. LM. Vol. 100, s. 47–72.
- Eyben, W.E. von (1991). *Juridisk Grundbog. Bd 1: Retsskilderne*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Foucault, Michel (1998). *Seksuaalisuuden historia [Tiedontahto-osa]*. (suom. Kaisa Sivenius). Helsinki: Gaudeamus.
- Frischhut, Markus (2003). *Die Rolle der Judicative in die Ausformung der Verbandsgewalt supranationaler Organisationen*. EuGH, Andengerichtshof, Supreme Court und Conseil Constitutionnel im Vergleich. Frankfurt am Main etc.: Peter Lang.
- Galabert, Jean-Michel (2000). *The Influence of the Conseil d’Etat outside France*. I.C.L.Q. Vol. 49, s. 700–709.
- Gessner, Volkmar, Armin Hoeland & Csaba Varga (1996). *The Basic Settings of Modern Formal Law*. Teoksessa (eds.) Gessner et al.: *European Legal Cultures*, s. 89–103. Aldershot: Dartmouth.
- Glenn, H. Patrick (2000). *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Grossfeld, Bernhard (2000). *Comparative Law as a Comprehensive Approach*. *Richmond Journal of Global Law and Business*. Vol. 1, s. 1–33.
- Guernieri, Carlo & Patrizia Pederzoli (2002). *The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Guillien, Raymond & Jean Vincent (1990). *Lexique de termes juridiques*. Paris: Dalloz.
- Habermas, Jürgen (1962). *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Neuwied: Luchterhand.
- Habermas, Jürgen (1987). *The Theory of Communicative Action*. Vol. II. Cambridge: Polity Press.
- Habermas, Jürgen (1992). *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen (1996). *Postscript to Between Facts and Norms*. Teoksessa Mathieu Deflem (toim.): *Habermas, Modernity and Law*, s. 135–150. London: Sage.

- Hakapää, Kari (2003). Uusi kansainvälinen oikeus. Helsinki: Talentum/Lakimiesliiton kustannus.
- Hakkila, Esko (1939). Suomen tasavallan perustuslait sekä eräitä niihin liittyviä lakeja, asetuksia ja säännöstöjä. Porvoo: Söderström.
- Halila, Leena (2000). Hallintolainkäyttömenettelyn oikeusturvatakeista. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Hallberg, Pekka & Heikki Kanninen (1981). Ranskan hallintolainkäyttöjärjestelmän pääpiirteistä silmälläpitäen hallintolainkäytön kehittämistä Suomessa. LM. Vol. 79, s. 640–663.
- Hallintomenettelylaista hallintolakiin: muutostarpeita (2000). Helsinki: Oikeusministeriö.
- Hart, H.L.A. (1961). Concept of Law. Oxford: Clarendon Press.
- Hautamäki, Veli-Pekka (2002). Perustuslain auktoritatiivinen tulkinta. Oikeusvertaileva tutkimus perustuslain tulkinnan auktoritatiivisista instituutioista ja niiden käyttämästä argumentaatiosta Suomessa ja Norjassa. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Hautamäki, Veli-Pekka (2003). Tuomioistuinaktivismi tutkimuskohteena. Oikeus. Vol. 32, s. 170–180.
- Helander, Voitto (1995). Suomen valtiosäännön tulevaisuuden haasteet. Poliitiikka. Vol. 37, s. 32–41.
- Helgesen, Jan (1995). Interpretation or reinterpretation? Teoksessa Eivind Smith (toim.): Constitutional Justice Under Old Constitutions, s. 205–225. The Hague: Kluwer.
- Herala, Nina (1997). Toimivallanjako Pohjoismaiden kaavoituksessa. Vertailu kestävän kehityksen ohjauksesta kaavoituslainsäädännöllä Suomessa, Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa. Vaasa: Universitas Wasaensis.
- Hermanson, Robert: Om juridisk konstruktion i statsrätt I. JFT 1878–1879. Vol. 14, s. 1–32.
- Hermanson, Robert & Kaarlo Kaira (1965). Suomen valtiosääntö pääpiirteittäin. Porvoo: WSOY.
- Hidén, Mikael (1970). Eduskunnan oikeusasiamies. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Hidén, Mikael (1972). Perusoikeudet Hallitusmuodon II luvussa. Oikeustiede–Jurisprudentia. Vol. 2, s. 1–117. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Hidén, Mikael (1974). Säädösvalvonta Suomessa – I Eduskuntalait. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Hidén, Mikael (1983). Tulkinnan muuttaminen valtiosäännön kehittämiskeinona. Poliitiikka. Vol. 25, s. 377–388.
- Hidén, Mikael (1997). Eduskunnan oikeusasiamies. Teoksessa Heikki E. S. Mattila et al. (toim.): EIF osa V: Julkisoikeus, palstat 81–84. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Hidén, Mikael (1998). Övervakning av lagarnas grundlagsenhetlighet i Finland. Jussens Venner. Vol. 33, s. 66–77.
- Hidén, Mikael (1999). Perusoikeuksien yleisiä kysymyksiä. Teoksessa Liisa Nieminen (toim.): Perusoikeudet Suomessa, s. 3–27. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Hidén, Mikael (2002). ”Normaali, kohtuullinen, järkevä” ja muita kuvauksia. Hajahuomioita suhtautumisesta perusoikeussuojan rajanvetokriteeteihin. LM. Vol. 100, s. 1168–1184.
- Hidén, Mikael & Ilkka Saraviita (1994). Valtiosääntöoikeuden pääpiirteet. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Hirvonen, Ari (1996). Lain sirpaleet. Tiede & edistys. Vol. 21, s. 119–133.
- Hobbes, Thomas (1999). Leviathan eli kirkollisen ja valtiollisen yhteiskunnan aines, muoto ja valta. Tampere: Vastapaino.
- Hoecke, Mark van & Warrington, Mark (1998). Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: Towards a new model for comparative law. I.C.L.Q. Vol. 47, s. 495–537.
- Holmberg, Erik (1987). På spaning efter rättigheterna. SvJT. Vol. 72, s. 653–676.
- Holmberg, Erik & Nils Stjernquist (1992). Vår författning. Stockholm: Norstedt.
- Holmström, Barry (1998). Domstolar och demokrati. Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland. Uppsala: Uppsala Universitet.

- Husa, Jaakko (1995). Julkisoikeudellinen tutkimus. Tutkimus julkisoikeudessa harjoitettavan oikeusdogmatiikan metodologiasta. Tampere: Finnpublishers.
- Husa, Jaakko (1996). Lainopin maailmanviivat. Lainoppi, dualismit ja metodologia. Joensuu: Joensuun yliopisto.
- Husa, Jaakko (1997a). Law in Constitutional Comparative Law. JFT. Vol. 133, s. 407–423.
- Husa, Jaakko (1997b). Yleinen valtiosääntöoikeus. Hahmotelma modernin valtiosääntöopin mahdollisuudesta, alasta ja sisällöstä. Joensuu: Joensuun yliopistopaino.
- Husa, Jaakko (1998a). Johdatus oikeusvertailuun. Oikeusvertailun perusteet erityisesti julkisoikeutta silmällä pitäen. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Husa, Jaakko (1998b). Lakien perustuslainmukaisuuden valvonta ja valtiosääntöuudistus. DL. Vol. 79, s. 183–215.
- Husa, Jaakko (1999a). Montesquieu's Separation of Powers and the Semi-Presidential Constitution – Finland's Past and Future? TfR. Vol. 112, s. 904–920.
- Husa, Jaakko (1999b). Perustuslakivaliokuntaa tuettava. Helsingin Sanomat. 21.1.1999, A2.
- Husa, Jaakko (2000). Hallinnon juridiikan vertailututkimuksen peruskysymykset. Teoksessa Ari Salminen (toim.): Hallintovertailun metodologia, s. 36–66. Vaasa: Vaasan yliopisto.
- Husa, Jaakko (2001a). Oikeustapauskommentti. LM. Vol. 99, s. 129–140.
- Husa, Jaakko (2001b). Perusoikeusvalvonta EU:n alueella – Riitasointuinen triangel? Teoksessa: Liisa Nieminen (toim.): Perusoikeudet EU:ssa, s. 45–62. Helsinki: Kauppakaari/Lakimiesliiton kustannus.
- Husa, Jaakko (2002a). Constitutional Transformation in Europe – mixing law and politics? Europarättslig Tidskrift. Vol. 5, s. 456–471.
- Husa, Jaakko (2002b). Oikeusasiamies käsittelyn joutuisuuden valvojana. Lakimies. Vol. 100, s. 352–376.
- Husa, Jaakko (2002c). Nordic Reflections on Constitutional Law. A Comparative Nordic Perspective. Frankfurt am Main etc.: Peter Lang.
- Husa, Jaakko & Teuvo Pohjolainen (2002). Julkisen vallan oikeudelliset perusteet. Johdatus julkisoikeuteen. Helsinki: Talentum.
- Ingman, Terence (1993). The English Legal Process. London: Blackstone Press Limited.
- Inha, Jyri (1997). Valtioneuvoston oikeuskanslerin virka-aseman muotoutuminen 1917–1919. Tutkimus valtioneuvoston oikeuskanslerin virka-aseman muodostumisesta tasavallan presidenttiin, valtioneuvostoon ja eduskuntaan nähden vuosina 1917–1919. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Jallinoja, Riitta (1996). Sosiologiaa postmodernisuudesta: Zygmunt Bauman. Teoksessa Keijo Rahkonen (toim.): Sosiologisen teorian uusimmat suuntauukset, s. 30–54. Helsinki: Gaudeamus.
- Jansson, Jan-Magnus (1950). Hans Kelsens statsteori mot bakgrunden av hans rättsfilosofiska åskådning. Helsingfors: Societas scientiarum Fennica.
- Jansson, Jan-Magnus (1954). Grundlagsutskottets funktioner vid Riksdagarna 1939–1952. Helsingfors: Finska vetenskaps-societen.
- Jansson, Jan-Magnus (1985). Poliitiikan teoria. (4. uud. p.). Helsinki: Tammi.
- Jansson, Jan-Magnus (1993). Hajaannuksesta yhteistoimintaan. Suomalaisen parlamentarismien vaiheita. Helsinki: Gaudeamus.
- Jellinek, Georg (1905). Allgemeine Staatslehre. Berlin: Häring.
- Jyräki, Antero (1967). Sotavoimain ylin päällikkyys. Tutkimus tasavallan presidentille HM 30 §:n nojalla kuuluvasta toimivallasta ja sen käyttämisestä. Vammala.

- Jyränki, Antero (1968). Suomen perusoikeusjärjestelmästä. LM. Vol. 66, s. 977–1002.
- Jyränki, Antero (1973). Perustuslaki ja yhteiskunnan muutos. Tutkimus varallisuus oikeuksien ja taloudellisen toiminnan vapauden perustuslainsuojan kehittymisestä tulkinnan avulla v. 1863–1919. Helsinki: Tammi.
- Jyränki, Antero (1986). Poliitiikan oikeudellistuminen. Teoksessa Klaus Viitanen (toim.): Oikeus ja politiikka, s. 1–13. Helsinki: Tutkijaliitto: Sosialistinen lakimiesseura.
- Jyränki, Antero (1989). Lakien laki. Perustuslaki ja sen sitovuus eurooppalaisessa ja pohjoisamerikkalaisessa oikeusajattelussa suurten vallankumousten kaudelta toiseen maailmansotaan. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Jyränki, Antero (1994). Valta ja vapaus. Kaksikymmentäkolme luentoa valtiosääntöoikeuden yleisistä kysymyksistä. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Jyränki, Antero (1996). Valtiosääntöoikeudellisesta tutkimuksesta Suomessa. Oikeus. Vol. 25, s. 41–49.
- Jyränki, Antero (1997). Lakien perustuslainmukaisuus. Teoksessa Heikki E. S. Mattila et al. (toim.): EIF osa V: Julkisoikeus, palstat 595–603. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Jyränki, Antero (1998a). Valta ja vapaus. Kaksikymmentäkolme luentoa valtiosääntöoikeuden yleisistä kysymyksistä. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Jyränki, Antero (1998b). Valtiosääntö ja sen tutkimus 21. vuosisadalla. LM. Vol. 96, s. 1089–1098.
- Jyränki, Antero (2000). Uusi perustuslakimme. Turku: Iura Nova.
- Jyränki, Antero (2001a). Leonista Nizzaan: Eurooppalaisen perusoikeusajattelun historiallisia linjoja. Teoksessa Liisa Nieminen (toim.): Perusoikeudet EU:ssa, s. 3–39. Helsinki: Kauppakaari/Lakimiesliiton kustannus.
- Jyränki, Antero (2001b). Montesquieu. Miksi lakeja ja mitä lakien takana. Teoksessa Jarkko Tontti, Kaisa Mäkelä, Heta Gylling (toim.): Filosofien oikeus I, s. 153–167. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Jyränki, Antero (2002). Veli Merikoski oikeusajattelijana: piirteiden hahmottelua. LM. Vol. 100, s. 699–717.
- Jyränki, Antero (2003). Valta ja vapaus. Helsinki: Talentum/ Lakimiesliiton kustannus.
- Kahn-Freund, Otto (1974). On Uses and Misuses of Comparative Law. Modern Law Review. Vol. 37, s. 1–27.
- Kaira, Kaarlo (1934). Valtio-oikeuden suhde valtio-oppiin ja politiikkaan. Teoksessa Festschrift för Professorn, Jur. utr. dr Otto Hjalmar Granfelt, s. 340–353. Helsingfors: Juridiska föreningen i Finland.
- Kaira, Kaarlo (1941). Paavo Kastari, Eduskunnan hajoitus Suomen oikeuden mukaan. LM. Vol. 39, s. 450–464.
- Kanninen, Heikki (1997). Hallintolainkäyttö. Teoksessa Heikki E. S. Mattila et al. (toim.): EIF osa V: Julkisoikeus, palstat 176–180. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Kant, Immanuel (1929). Critique of Pure Reason [1787 edition]. Transl. by Norman Kemp Smith. Houndmills etc.: MacMillan.
- Karhu [ent. Pöyhönen], Juha (2003). Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. LM. Vol. 101, s. 789–807.
- Karonen, Petri (1999). Pohjoinen suurvalta. Ruotsi ja Suomi 1521–1809. Porvoo: WSOY.
- Kastari, Paavo (1940). Eduskunnan hajoitus Suomen oikeuden mukaan. Vammala: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Kastari, Paavo (1964). Valtiosääntö. Teoksessa Heikki Waris et. al (toim.): Yhteiskuntatieteiden käsikirja. Osa 2: Raha – yhteiskuntatieteiden tutkimus, s. 958–961. Helsinki: Otava.
- Kastari, Paavo (1972). Kansalaisvapauksien perustuslainturva. Helsinki: Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustannustoimikunta.

- Kastari, Paavo (1977). Suomen valtiosääntö. Helsinki: Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustannustoimikunta.
- Katsaus (2000). Katsaus eduskunnan oikeusasiamiehen toimintaan vuonna 2000.
- Kauppinen, Paavo E. (1992). Suomen valtiosääntöjen aate- ja käsitehistoriallisesta taustasta. Yleiskatsaus perinteiden alkuperään ja kehitykseen. Tampere: Tampereen yliopisto.
- Kekkonen, Jukka (1998). Suomen oikeuskulttuurin suuri linja: Suomalainen Lakimiesyhdistys 100 vuotta. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Kelsen, Hans (1911). Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tübingen: Mohr.
- Kelsen, Hans (1922). Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. Tübingen: Mohr.
- Kelsen, Hans (1945). General Theory of Law and State. New York: Russell & Russell.
- Kelsen, Hans (1979). Allgemeine Theorie der Normen. Wien: Manz Verlag.
- Kelsen, Hans (1983). Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. (2. muuttamaton näköispainos). Wien: Franz Deuticke.
- Kelsen, Hans (1984). Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Aalen: Scientia.
- Kertomus (2000). Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 2000. Helsinki.
- Kertomus (2002). Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 2002. Helsinki.
- Klami, Hannu T. (1987). Oikeus, todellisuus ja elämä. LM. Vol. 85, s. 491–497.
- Klami, Hannu T. (1997). Methodological Problems in European and Comparative Law. Helsinki: Helsingin yliopisto.
- Klami, Hannu T. (2001). Roomalaisen oikeuden järjestelmä. Helsinki: Helsingin yliopisto.
- Koenen, Andreas (1995). Kronjuristen des Dritten Reiches. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Koivusalo, Markku & Mika Ojakangas (1997). Carl Schmitt poliittisena ajattelijana. Teoksessa Carl Schmitt: Poliittinen teologia. Neljä lukua suvereenisuusopista, s. 25–40. Helsinki: Tutkijaliitto.
- Kokott, Juliane (1996). German Constitutional Jurisprudence and European Integration I & II. European Public Law. Vol. 2, s. 237–268 ja s. 413–436.
- Konstari, Timo (1979). Harkintavallan väärinkäytöstä. Tutkimus tarkoitussidonnaisuudesta hallintoviranomaisten harkintavallan rajoitusperiaatteena. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Korhonen, Outi (1995). Kansainvälisoikeudellinen tulkinta ja dialogisuus. Tampere: Tampereen yliopisto.
- Korkein hallinto-oikeus (1999). Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikertomus 1999. Helsinki: Korkein hallinto-oikeus.
- Koskinen, Seppo & Heikki Kulla (2001). Virkamiesoikeuden perusteet. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Krarup, Ole (1999). Om domstolenes grundlovsprøvelse. Teoksessa Peter Blume & Lisbeth Dick (toim.): Grundlovens nutid og fremtid, s. 131–144. København: Københavns Universitet.
- Kulla, Heikki (1980). Hallintolainkäyttö ja hallinto. Tutkimus korkeimman hallinto-oikeuden toimivallan määrittymisen oikeushistoriallisesta taustasta. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Kulla, Heikki (1998). Asianmukaisen käsittelyn vaatimus hallintomenettelyssä. LM. Vol. 96, s. 1144–1151.
- Kulla, Heikki (1999). Hallintomenettelyn perusteet. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Kulla, Heikki (2000a). Hallintomenettelyn perusteet. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.

- Kulla, Heikki (2000b). Virallisen vastaväittäjän lausunto Kirsi Kuusikon väitöskirjasta. LM. Vol. 98, s. 802–808.
- Kulla, Heikki (2003). Hallintoprosessi, siviiliprosessi ja yleiset prosessiperiaatteet. Teoksessa: Oikeuden tavoitteet ja menettelyt – Muistokirja Hannu Tapani Klamille, s. 241–255. Turku: Turun yliopisto.
- Kultalahti, Jukka (1990). Omaisuuden suoja ympäristönsuojelussa. Tampere: Finnpublishers.
- Kultalahti, Jukka (2003). Virallisen vastaväittäjän lausunto Pekka Lämsen väitöskirjasta. LM Vol. 101, s. 702–714.
- Kultalahti, Jukka & Teuvo Pohjolainen (1975). Perusoikeuspoikkeukset. Tutkimus HM II luvun perusoikeuksia koskevasta poikkeuslainsäädännöstä. Tampere: Tampereen yliopisto.
- Kuusikko, Kirsi (2000). Neuvonta hallinnossa. Julkisoikeudellinen tutkimus viranomaisen velvollisuudesta ja hallinnon asiakkaan oikeudesta neuvontaan sekä virheellisen neuvon oikeusvaikutuksista. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Kyntäjä, Timo (1987). Weber ja oikeuden järkipäristyminen. Teoksessa Tapani Hietaniemi (toim.): Aiheita Weberistä, s. 81–103. Helsinki: Tutkijaliitto.
- Laakso (1975). Hallituksen muodostaminen Suomessa. Tutkimus HM 36 §:n taustasta, geneetiikasta, tulkinnasta ja soveltamiskäytännöstä. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Laakso, Seppo (1978). Tasavallan presidentin itsenäinen päätöksenteko ja valtioneuvosto. Teoksessa Mikael Hidén et al. (toim.): Juhlajulkaisu Paavo Kastari, s. 141–165. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Laakso, Seppo (1980). Puhtaan oikeusopin problematiikkaa. Helsinki: Jurisprudentia XIII.
- Laakso, Seppo (1990). Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta: erityisesti julkisoikeuden alalla. Helsinki: Valtion painatuskeskus.
- Laakso, Seppo (2000). Hallinto-oikeus Euroopan unionissa. HT. Vol. 19, s. 114–129.
- Laaksonen, Kalevi (1998). Kiinteän omaisuuden perustuslainsuoja. Tutkimus eräiden erityisesti maaseutukiinteistöihin kohdistuvien oikeudenrajoitusten säätämisyjärjestyksestä ja korvattavuudesta. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Laband, Paul (1911). Das Staatsrechts des Deutschen Reiches. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Lainvalmistelukunnan mietintö 5/1936.
- Lane, Jan-Erik & Svante Ersson (1994). Comparative Politics. An Introduction and New Approach. Cambridge: Polity Press.
- Launay, Robert (2001). Montesquieu: The Specter of Despotism and the Origins of Comparative Law. Teoksessa Annalise Riles (toim.): Rethinking the Masters of Comparative Law, s. 22–38. Oxford: Hart.
- Lagerspetz, Eerik (2001). Ronald Dworkin. Teoksessa Jarkko Tontti & Kaisa Mäkelä (toim.): Filosofien oikeus II, s. 295–313. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Lavapuro, Juha (2000). Yleinen järjestys ja turvallisuus: kollektiivinen hyvä. LM. Vol. 98, s. 412–422.
- Lavapuro, Juha (2001). Perinteinen perusoikeuskritiikki, uusi perustuslaki ja perustuslain 106 §. Teoksessa Lars Björne et al. (toim.): Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 40 vuotta, s. 125–148. Turku: Turun yliopisto.
- Legrand, Pierre (1996). European Legal Systems Are Not Converging. I.C.L.Q. Vol. 45, s. 52–81.
- Leppänen, Tatu (1999). Perus- ja ihmisoikeudet lainkäytössä. Teoksessa Veli-Matti Thure (toim.): Oikeus ja oikeudenmukaisuus. Oikeustieteen päivät 3.–4.6.1999 Joensuussa, s. 29–40. Joensuu: Joensuun yliopisto.
- Linz, Juan J. (1994). Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference? Teoksessa J.J. Linz & A. Valenzuela: The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives, s. 3–89. Oxford: Oxford University Press.

- Locke, John (1995). Tutkielma hallitusvallasta. Tutkimus poliittisen vallan oikeasta alkuperästä, laajuudesta ja tarkoituksesta. Helsinki: Gaudeamus.
- Loewenstein, Karl (1959). Verfassungslehre. Tübingen: JCB Mohr.
- Lord Goff of Chieveley (1997). Wilbefore Lecture. I.C.L.Q. Vol.46, s. 745–760.
- Loughlin, Martin (1992). Public Law and Political Theory. Oxford: Clarendon.
- Lämsineva, Pekka (1998). Perusoikeudet – nyt. Teoksessa Pekka Lämsineva, Veli-Pekka Viljanen (toim.): Perusoikeuspuheenvuoroja, s. 103–119. Turku: Turun yliopisto.
- Lämsineva, Pekka (1999). Perusoikeudet ja Husa. Oikeus. Vol. 28, s. 435–437.
- Lämsineva, Pekka (2002). Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Lämsineva, Pekka & Veli-Pekka Viljanen (toim.) (1998). Perusoikeuspuheenvuoroja. Turku: Turun yliopisto.
- Maarseveen, Henc van & Ger van der Tang (1978). Written Constitutions. A Computerized Comparative Study. Dobbs Ferry New York: Oceana.
- Maddex, Robert L. (1996). Constitutions of the World. London: Routledge.
- Madison, James, Alexander Hamilton & John Jay (1987). The Federalist Papers. New York: Viking Penguin.
- Mancini, G. Federico (1989). The Making of a Constitution for Europe. Common Market Law Review. Vol. 26, s. 595–614.
- Markenisis, Basil S. (1996). Foreign Law & Comparative Methodology. A Subject and a Thesis. Oxford: Hart.
- Mathiesen, Thomas (1985). Rätten i samhället. En introduktion till rättssociologin. Göteborg: Korpen.
- Mattila, Heikki E.S. (1979). Les successions agricoles et la structure de la société. Une étude en droit compare. Helsinki: Juridica.
- Mattila, Heikki E.S. (1998a). Common Law. Teoksessa Heikki E.S. Mattila et al. (toim.): EIF osa VI: Kansainväliset suhteet, palstat 53–62. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Mattila, Heikki E.S. (1998b). Kodifikaatiot. Teoksessa Heikki E.S. Mattila et al. (toim.): EIF osa VI: Kansainväliset suhteet, palstat 498–502. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Mattila, Heikki E.S. (1998c). Pohjoismainen oikeus. Teoksessa Heikki E.S. Mattila et al. (toim.): EIF osa VI: Kansainväliset suhteet, palstat 702–710. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Mattila, Heikki E.S. (1998d). Ranskan oikeus. Teoksessa Heikki E.S. Mattila et al. (toim.): EIF osa VI: Kansainväliset suhteet, palstat 721–733. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Mattila, Heikki E.S. (1998e). Reseptio. Teoksessa Heikki E.S. Mattila et al. (toim.): EIF osa VI: Kansainväliset suhteet, palstat 740–746. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Mattila, Heikki E.S. (1998f). Romaanis-germaaninen oikeusryhmä. Teoksessa Heikki E.S. Mattila et al. (toim.): EIF osa VI: Kansainväliset suhteet, palstat 748–759. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Mattila, Heikki E.S. (2002). Vertaileva oikeuslingvistiikka. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Maus, Didier (1995). Judicial Review of Legislation in France. Teoksessa Eivind Smith (toim.): Constitutional Justice Under Old Constitutions, s. 113–143. Hague: Kluwer.
- Mehring, Reinhard (1994). Staatslehre, Rechtslehre, Verfassungslehre: Carl Schmitts Auseinandersetzung mit Hans Kelsen. ARSP, Vol. 74, s. 191–202.
- Meres-Wuori, Ora (1990). Toimivaltasuhteet kansainvälisiä sopimuksia tehtäessä. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Merikoski, Veli (1935). Hallinto-oikeudellinen tutkimus yhdistymisvapaudesta. Helsinki: Otava.

- Merikoski, Veli (1958). Vapaa harkinta hallinnossa. Helsinki: Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustannustoimikunta.
- Merikoski, Veli (1976a). Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin I. Porvoo: WSOY.
- Merikoski, Veli (1976b). Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin II. Porvoo: WSOY.
- Miettinen, Tarmo (2001). Tieteen vapaus. Julkisoikeudellinen tutkimus tieteenharjoittajan itsemääräämisoikeudesta, tieteen itsekontrollista ja yliopiston itsehallinnosta. Helsinki: Kauppakaari.
- Minkkinen, Panu (1997). Carl Schmittin maailmanvalloitus. Tiede & edistys. Vol. 22, s. 55–59.
- Modér, Kjell Åke (1998). Nordisk juristkultur en del av rättskulturen. Teoksessa Pia Letto-Vanamo (toim.): Nordisk Identitet. Nordisk Rätt i Europeisk gemenskap, s. 1–14. Helsinki: Helsingin yliopisto.
- Montesquieu, Charles de Secondat (1995). De l'esprit des lois (édition de Laurent Versini). Paris: Flammarion.
- Morton, F. L. (1991). Judicial Activism in France. Teoksessa Kenneth M. Holland (toim.): Judicial Activism in Comparative Perspective, s. 133–154. Houndmills: MacMillan.
- Myllymäki, Arvo (1979). Etujärjestöt, tulopoliittikka ja ylimmät valtioelimet. Julkisoikeudellinen tutkimus etujärjestöjen solmimien vakauttamis- ja tulopoliittisten sopimusten vaikutuksesta eduskunnan, tasavallan presidentin ja valtioneuvoston toimintaan ja asemaan vuosina 1968–1975. Tampere: Finnpublishers.
- Myllymäki, Arvo (2000). Finanssihallinto-oikeus. Valtion ja kuntien varainkäyttö ja varainkäytön valvonta. Helsinki: Werner Söderström Lakitieto.
- Mäenpää, Olli (1996). Eurooppalainen hallinto-oikeus. Lähtökohtia ja perusteita. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Mäenpää, Olli (1997). Hallinto-oikeus. Helsinki: Werner Söderström Lakitieto.
- Mäkinen, Eija (2000). Maankäytösopimus ja hyvä hallinto. Tampere: Finnpublishers.
- Määttä, Tapio (2001). Ympäristö eurooppalaisena ihmis- ja perusoikeutena: kohti ekososiaalista oikeusvaltiota. Teoksessa Liisa Nieminen (toim.): Perusoikeudet EU:ssa, s. 265–326. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Nergelius, Joakim (1996). Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv. Stockholm: Fritzes.
- Nergelius, Joakim (1999). Maktodelning och politikens judikalisering. Teoksessa Löser juridiken demokratin problem?, s. 55–84. SOU 1999:58.
- Nieminen, Hannu (2002). Joukkoviestinnän ja sen julkisen sääntelyn perusteet. Teoksessa Heikki Kulla et al.: Viestintäoikeus, s. 3–34. Helsinki: WSLT.
- Nieminen, Liisa (1990). Perusoikeuksien emansipatoriset mahdollisuudet. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus legaalistrategioiden rajoista. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Nieminen, Liisa (1991). EY:n tasa-arvopoliittikka. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Nieminen, Liisa (1998). Valtiosääntöoikeuden yleiset opit 2000 –luvulle siirryttäessä. LM. Vol. 96, s. 1099–1110.
- Nieminen, Liisa (toim.) (2001). Perusoikeudet EU:ssa. Helsinki: Kauppakaari.
- Niemivuo, Matti & Keravuori, Marietta (2003). Hallintolaki. Helsinki: WSLT.
- Nordquist, Jonas (2001). Domstolar i det svenska politiska systemet. Om demokrati, juridik och politik under 1900-talet. Stockholm: Stockholms universitet.
- Nousiainen, Jaakko (1983). Valtio-opillisen tutkimuksen behavioraalinen murros. Teoksessa Jaakko Nousiainen ja Dag Anckar (toim.): Valtio ja yhteiskunta. Tutkielmia suomalaisen valtiollisen ajattelun ja valtio-opin historiasta, s. 179–224. Juva: WSOY.
- Nousiainen, Kevät (1999). Lakimieskunta. Teoksessa Heikki E.S. Mattila et al. (toim.): EIF osa VII: Oikeuden yleistieteet, palstat 386–404. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

- Nuotio, Kimmo (1998). Perusoikeuksien merkityksestä rikosoikeudessa. Teoksessa Pekka Länsineva & Veli-Pekka Viljanen (toim.): Perusoikeuspuheenvuoroja, s. 137–164. Turku: Turun yliopisto.
- Nuotio, Kimmo (2001). Muuttuuko oikeus todella. Oikeuskehityksen syvyys muutoksen vuosikymmenellä. Teoksessa Kimmo Nuotio, Casper Herler & Johan Boucht (toim.): Nykyajan muuttuva oikeus: Justus ry. 10 vuotta, s. 11–52. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Nuotio, Kimmo (2002). Onko oikeusjärjestyksen pirstoutuminen väistämätöntä? Teoksessa Veli-Pekka Viljanen (toim.): Oikeudenalojen rajat ja rajattomuus, s. 3–24. Turku: Turun yliopisto.
- Nuotio, Kimmo (2003a). Lainsäätäjän rikosoikeuden yleisten oppien parissa. Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII, s. 243–269. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Nuotio, Kimmo (2003b). Valikoivia huomioita Aulis Aarnion analyttisestä hermeneutiikasta. Teoksessa Kimmo Nuotio (toim.): Oikeusteoreettisia katkelmia, s. 143–177. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Nuotio, Kimmo – Majanen, Martti (2003). Rikosoikeuden poluilla. Helsinki: Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta.
- Oda, Hiroshi (1999). Japanese Law. Oxford: Oxford University Press.
- Ojakangas, Mika (1997). Sota poliittisena ehtona: Carl Schmittin pluriversum. Kosmopolis. Vol. 27, s. 5–16.
- Ojakangas, Mika (2001). Carl Schmitt: päätöksestä *nomokseen*. Teoksessa Jarkko Tontti, Kaisa Mäkelä (toim.): Filosofien oikeus 2, s. 89–129. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Ollila, Riitta (2001). Freedom of Speech and Protection of Privacy – in Convergence of Electronic Communication. Rovaniemi: University of Lapland.
- Oosterhagen, M. T. (1993). Separation of Powers as a Form of Control and the Dutch Constitution. Teoksessa C.M. Zoethout, G. van der Tang, P. Akkermans (eds.), s. 71–85. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- Palonen, Kari (1983). Yleisen valtio-opin perustaminen Helsingin yliopistoon. Teoksessa Jaakko Nousiainen ja Dag Anckar (toim.): Valtio ja yhteiskunta. Tutkielmia suomalaisen valtiollisen ajattelun ja valtio-opin historiasta, s. 93–137. Juva: WSOY.
- Palonen, Kari (1988). Tekstistä politiikkaan. Johdatusta tulkintataitoon. Tampere: Vastapaino.
- Paunio, Riitta-Leena (2001). Eduskunnan oikeusasiamies lapsen oikeuksien valvojana. LM. Vol. 99, s. 977–989.
- Pekonen, Osmo (1995). Ranskan tiede. Kuuluisia kouluja ja instituutioita. Helsinki: Art House.
- Pellonpää, Matti (2000). Euroopan ihmisoikeussopimus. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Pohjolainen, Teuvo (1980). Kansalaisten perusoikeudet ja poikkeuslainsäädäntö. Tutkimus perusoikeuksia koskevien poikkeuslakien tavoitteista ja merkityksestä eri väestöryhmille. Tampere: Finn publishers.
- Pohjolainen, Teuvo (1988). Nykyajan perustuslait ja valtiosäännöt. Tampere: Finn publishers.
- Pohjolainen, Teuvo (1992). Perusoikeusjärjestelmään kohdistuvat haasteet ja odotukset. Rovaniemi: Lapin yliopisto.
- Pohjolainen, Teuvo (1994a). Lausunto Perustuslakivaliokunnalle 27.4.1994.
- Pohjolainen, Teuvo (1994b). Normihierarkian murentuminen. Oikeus. Vol. 23, s. 26–40.
- Pohjolainen, Teuvo & Majuri, Tuula (2000). Kokoontumisvapaus. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Pulkkinen, Tuija (1998). Postmoderni politiikan filosofia. Helsinki: Gaudeamus.
- Purhonen, Eino (1961). Eduskunnan budjettivalta. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

- Pünder, Herman (2002). Carl Schmitt als Theoretiker der Macht – ein Aussenseiter? *Rechtstheorie*. Vol. 33, s. 1–41.
- Pöyhönen, Juha (2000). *Uusi varallisuus-oikeus*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Questiaux, Nicole (2000). Do the Opinions Expressed by the Conseil d’Etat in its Capacity as Legal Adviser to the Government Influence Policy? *I.C.L.Q.* Vol. 49, s. 672–679.
- Rasmussen, David M. (1996). How is valid law possible? A review of *Between Facts and Norms* by Jürgen Habermas. Teoksessa Mathieu Deflem (toim.): *Habermas, Modernity and Law*, s. 21–44. London: Sage.
- Raitio, Juha (2002). Euroopan unioni ja oikeusvaltio. Teoksessa (toim.) Aulis Aarnio & Timo Uusitupa, *Oikeusvaltio*, s. 131–155. Helsinki: Kauppakaari.
- Rautio, Ilkka (2001). Valvontaa tarvitaan. Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 2001, s. 26–29. Helsinki: Edita.
- Rieppula, Esko (1973). Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana. Valtiosääntötutkimus eduskunnan perustuslakivaliokunnasta perustuslakikontrollia ja perustuslakien tulkintaa harjoittavana toimielimenä vv:n 1907–1972 valtiopäivillä. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Rivero, Jean & Jean Waline (1998). *Droit administratif*. Paris: Dalloz.
- Ross, Alf (1980). *Dansk statsforfatningsret*. København: Nyt nordisk forlag.
- Rousseau, Jean-Jacques (1997). Yhteiskuntasopimuksesta eli valtio-oikeuden johtavat aatteet. Hämeenlinna: Karisto.
- Rt. Hon. Lord Woolf of Barnes (1995). *Droit Public – English Style*. Public Law. Vol. 40, s. 55–71.
- Ruutu, Yrjö (1938). *Johdatus valtiosääntöoppiin*. Porvoo: WSOY.
- Rytkölä, Olavi (1978). *Virkamies-oikeus*. Helsinki: Suomen lakimiesliiton kustannus.
- Rytter, Jens-Elo (2000). *Grundrettigheder*. Domstolens fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten. København: Thomson-GadJura.
- Salminen, Ari (1999). Vertailevan metodin tutkimuksellinen perusta. Johdatusta hallintotieteellisen vertailun metodologiaan. Vaasa: Vaasan yliopisto.
- Saraviita, Ilkka (1971). Lakiehdotuksen lepäämään jättäminen. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Saraviita, Ilkka (1993). Havaintoja perustuslakivaliokunnan toimintatavoissa ilmenneistä muutoksista. Teoksessa Pekka Lämsineva & Veli-Pekka Viljanen (toim.): *Juhlaulkaisu Antero Jyräki* s. 183–199. Turku: Turun yliopisto.
- Saraviita, Ilkka (1998a). Suomen perusoikeusjärjestelmä. Rovaniemi: Pandecta.
- Saraviita, Ilkka (1998b). Ylimmät lainvalvojat ja perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa Pekka Lämsineva, Veli-Pekka Viljanen (toim.): *Perusoikeuspuheenvuoroja*, s. 211–228. Turku: Turun yliopisto.
- Saraviita, Ilkka (2000). Perustuslaki 2000. Kommentaariteos uudesta valtiosäännöstä Suomelle. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Saraviita, Ilkka (2002). Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus Lakimies-lehden lukijan kokemana. *LM*. Vol. 100, s. 1277–1294.
- Sartori, Giovanni (1994). *Comparative Constitutional Engineering. An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*. Basingstoke: Macmillan.
- Savigny, Carl von (1840). *System des heutigen römischen Rechts I*. Berlin (Neudruck: Aalen 1975).
- Scheinin, Martin (1991). Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtiosisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja

- perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Scheinin, Martin (1993). Oikeus, demokratia, informaatio: oikeusnormien ja oikeuslähteiden muuttuminen. Teoksessa Allan Rosas (toim.): Oikeus, demokratia, informaatio – ajankohtaisia kehityspiirteitä, s. 16–26. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Scheuerman, William E. (1999). Between Realism and Resignation: Democratic Theory in Habermas' Between Facts and Norms. Teoksessa Peter Dews (toim.): Habermas – A Critical Reader, s. 153–177. Oxford: Blackwell.
- Schmitt, Carl (1912). Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis. Berlin: Otto Liebmann.
- Schmitt-Dorotic, Carl (1921). Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf. München: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl (1922). Politische Theologie. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl (1931). Der Hüter der Verfassung. Tübingen: Mohr.
- Schmitt, Carl (1932). Legalität und Legitimität. Leipzig: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl (1934a). Der Führer schützt das Recht. DJZ. Vol. 39, palstat 945–950.
- Schmitt, Carl (1934b). Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Hamburg: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl (1936). Die Deutsche Rechtswissenschaft im kampf gegen den Jüdischen Geist. DJZ. Vol 41, palstat 1193–1199.
- Schmitt, Carl (1950). Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum. Köln: Greven.
- Schmitt, Carl (1983). Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schwarze, Jürgen (1988). Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der europäischen Gemeinschaft. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Schwarze, Jürgen (1992). European Administrative Law. London: Sweet & Maxwell.
- Schwarze, Jürgen (1996). The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States. European Public Law. Vol. 4, s. 191–210.
- Schwarze, Jürgen, Seppo Laakso & Kirsi Kuuttiniemi (1999). Eurooppalaisen hallinto-oikeuden keskeiset periaatteet. Helsinki: Valtionvarainministeriö.
- Shapiro, Martin (1981). Courts. A Comparative and Political Analysis. Chicago: University of Chicago Press.
- Shapiro, Martin & Alec Stone Sweet (2002). On Law, Politics and Judicialization. Oxford: Oxford University Press.
- Shears, Peter & Graham Stephenson (1996). James' Introduction to English Law. London: Butterworths.
- Shugart, Matthew Soberg & Carey, John M. (1992). Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics. Cambridge: Cambridge University Press.
- Siitari-Vanne, Eija (2000). Hallintomenettelylain ja hallintolainkäytön oikeusturvan kehittämisestä. LM. Vol. 98, s. 1212–1236.
- Sipponen, Kauko (1965). Lainsäädäntövallan delegoiminen. Tutkimus lainsäädännön teoriasta ja oikeussääntöjen hierarkiasta. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Sipponen, Kauko (2000). Kansalainen – isäntä vai renki? Helsinki: WSLT.
- Smith, Carsten (1998). Lovers grunnlovsmessighet. Jussens Venner. Vol. 33, s. 4–36.
- Smith, Eivind (1983). Rettslig håndheving av konstitusjonelle normer – i Europa og Norge. TfR. Vol. 96, s. 77–131.
- Smith, Eivind (1990). Domstolskontroll med lovgivning i Norge efter ca. 1970. TfR. Vol. 103, s. 88–120.

- Smith, Eivind (1993). Høyesterett og Folkestyret. Prøvningsretten overfor lover. Oslo: Universitetsforlaget.
- Smith, Eivind (1995) (toim.). Constitutional Justice Under Old Constitutions. The Hague: Kluwer.
- Smith, Eivind (2002). Grundlovens makt (eller avmakt) & Grunnlovstolkning – opportunistiske eller lojal? Teoksessa Eivind Smith (toim.): Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm, s. 11–22 & 119–141. Stockholm: SNS Förlag.
- Sterzel, Fredrik (2002). Ett kvartssekel efter det författningslösa halvseket. Teoksessa Eivind Smith (toim.): Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm, s. 77–98. Stockholm: SNS Förlag.
- Stone Sweet, Alec (2000). Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe. Oxford: Oxford University Press.
- Strömberg, Håkan (1995). Sveriges författning. Lund: Studentlitteratur.
- Strömholm, Stig (1994). Comparative Legal Science – Risks and Possibilities. Teoksessa Markku Suksi (toim.): Law Under Exogenous Influences, s. 5–29. Turku: Turku Law School.
- Strömholm, Stig (1996). Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära. Stockholm: Norstedt.
- Strömholm, Stig (2002). Uppsalaskolan och konstitutionens normativitet. Teoksessa Eivind Smith (toim.): Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm, s. 25–42. Stockholm: SNS Förlag.
- Ståhlberg, K.J. (1928). Suomen hallinto-oikeus. Helsinki: Otava.
- Suksi, Markku (1993). Bringing in the People. A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum. Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- Suksi, Markku (2002). Finlands statsrätt. En sammanställning av material och tolkningar i anslutning till Finlands grundlag. Åbo: Institutet för mänskliga rättigheter vid Åbo Akademi.
- Suviranta, Outi (2002). Oikeuskeinoista viranomaisen passiivisuutta vastaan. LM. Vol. 100, s. 914–937.
- Tala, Jyrki (1988). Keskustelua oikeudellistumisesta. Teoksessa Kaarlo Tuori (toim.): Teorioita oikeuden kehityksestä. Esittelyjä ja erittelyjä, s. 165–194. Helsinki: Helsingin yliopisto.
- Tala, Jyrki (2001). Lakien vaikutukset. Lakiuudistusten tavoitteet ja niiden toteutuminen lainsäädäntöteoreettisessa tarkastelussa. Helsinki: Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos.
- Tamm, Ditlev (1998). The Nordic Tradition in European Context. Teoksessa Pia Letto-Vanamo (toim.): Nordisk Identitet. Nordisk rätt i europeisk gemenskap, s. 17–31. Helsinki: Helsingin yliopisto.
- Tarkiainen, Tuttu (1938). Tasavallan presidentin asema Suomen parlamenttaarisessa hallitusjärjestelmässä. Jyväskylä: Gummerus.
- Tarukannel, Veijo & Heikki Jukarainen (1999). Oikeudenkäynti hallintotuomioistuimessa. Tampere: Tampereen yliopisto.
- Tarukannel, Veijo (2002). Hallintolainkäyttö oikeusvaltiossa. Teoksessa (toim.) Aulis Aarnio & Timo Uusitupa, s. 61–105. Helsinki: Kauppakaari.
- Taube, Caroline (2001). Constitutionalism in Estonia, Latvia and Lithuania: A Study in Comparative Constitutional Law. Uppsala: Iustus Förlag.
- Teubner, Gunther (1998). Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. Modern Law Review. Vol. 61, s. 11–32.
- Tiilikainen, Teija (2001). Perusoikeudet ja integraation syveneminen. Teoksessa Liisa Nieminen (toim.) Perusoikeudet EU:ssa, s. 487–507. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Tocqueville, Alexis de (1994). Democracy in America. London: Fontana Press.
- Tolonen, Hannu (1997). Oikeus ja sen tulkinnat. Teoksessa Juha Häyhä (toim.): Minun metodini, s. 279–297. Helsinki: WSLT.

- Tolonen, Juha (1988). Stat och Rätt. En studie över lagbegreppet. Åbo: Åbo Akademis förlag.
- Tolonen, Juha (2000). Globalisoituva oikeus. LM. Vol. 98, s. 216–225.
- Tolonen, Juha (2001). Varallisuus oikeus ja talousjärjestys. Teoksessa Ari Saarnilahti, Mika Hemmo, Leena Kartio (toim.): Varallisuus oikeus, s. 39–51. Helsinki: WSLT.
- Tontti, Jarkko (2002). Right and Prejudice. Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law. Helsinki: Helsingin yliopisto.
- Troper, Michel (2003). The Logic of Justification of Judicial Review. International Journal of Constitutional Law. Vol. 1, s. 99–121.
- Tuori, Kaarlo (1983). Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta. Julkisoikeudellinen tutkimus komiteatyypisten elinten asemasta Suomen valtio-organisaatiossa. Osa 1: Teoreettinen ja historiallinen tausta. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Tuori, Kaarlo (1986). Diktatuurin oikeustiedettä: Carl Schmitt ja Weimarin tuho. Oikeus. Vol. 15, s. 234–246.
- Tuori, Kaarlo (1990). Oikeus, valta, demokratia. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Tuori, Kaarlo (1991). Four Models of the Rechtsstaat. Teoksessa Maija Sakslin (ed.): The Finnish Constitution in Transition, s. 31–41. Helsinki: The Finnish Society of Constitutional Law.
- Tuori, Kaarlo (1997). Carl Schmitt ja vastavallankumouksen teoria. Teoksessa: Carl Schmitt: Poliittinen teologia. Neljä lukua suvereenisuuspöytä, s. 7–24. Helsinki: Tutkijaliitto.
- Tuori, Kaarlo (1999). Yleinen järjestys ja -turvallisuus – perusoikeusko? LM. Vol. 97, s. 920–931.
- Tuori, Kaarlo (2000a). Kriittinen oikeuspositivismi. Helsinki: WSLT.
- Tuori, Kaarlo (2000b). Sosiaalioikeus. Helsinki: WSLT.
- Tuori, Kaarlo (2000c). Tuomarit ja tuomioistuimet suomalaisessa oikeuskulttuurissa. LM. Vol. 98, s. 1049–1059.
- Tuori, Kaarlo (2001). Virallisen vastaväittäjän lausunto Veli-Pekka Viljasen väitöskirjasta. LM. Vol. 99, s. 916–937.
- Tuori, Kaarlo (2002a). Käsitteläinopin itsepuolustus. LM. Vol. 100, s. 1295–1320.
- Tuori, Kaarlo (2002b). Sosiaalisesta siviilioikeudesta myöhäismoderniin vastuuoikeuteen. LM. Vol. 100, s. 902–913.
- Tuori, Kaarlo (2002c). Vad skall vi ha en ”grundlag” till? Teoksessa Eivind Smith (toim.): Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm, s. 217–229. Stockholm: SNS Förlag.
- Tuori, Kaarlo (2003). Tuomarivaltio – uhka vai myytti? Oikeustieteen päivillä 2003 Lappeenranta pidetty esitelmä. Painamaton.
- Tyynilä, Markku (1992). Senaatti. Tutkimus hallituskonselji-senaatista 1809–1918. Helsinki: VAPK-kustannus.
- Tähti, Aarre (1995). Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Uoti, Asko (2003). Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset perusoikeudet kunnallisessa päätöksenteossa. Tutkimus lasten hyvinvointipalvelujen oikeudellisesta ohjauksesta ja valvonnasta. Tampere: Tampereen yliopisto.
- Vedel, Georges & Pierre Devolvé (1992). Droit administratif. Paris: Presses Universitaires de France.
- Venter, François (2000). Constitutional Comparison. Japan, Germany, Canada and South Africa as Constitutional States. Cape Town: Juta.
- Vesanen, Tauno (1965). Valtiontaloutta koskevat eduskunnan ratkaisut ja hallituksen toimivalta. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.

- Viljanen, Jukka (2003). *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law*. Tampere: Tampere University Press.
- Viljanen, Veli-Pekka (1986). *Kansalaisten yleiset oikeudet. Tutkimus suomalaisen perusoikeuskäsityksen muotoutumisesta autonomiakaudella ja itsenäisyyden ensi vuosina*. Turku: Turun yliopisto.
- Viljanen, Veli-Pekka (1997). *Perustuslainmukainen laintulkinta*. Teoksessa Heikki E. S. Mattila et al. (toim.): *EIF osa V: Julkisoikeus, palstat 758–760*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Viljanen Veli-Pekka (1999). *Poikkeuslakien välttämisen periaate*. LM. Vol. 97, s. 961–972.
- Viljanen, Veli-Pekka (2001). *Perusoikeuksien rajoitusedellytykset*. Helsinki: WSLT.
- Viljanen, Veli-Pekka (2002). *Perusoikeudet eri oikeudenaloja yhdistävinä tekijöinä*. Teoksessa: Veli-Pekka Viljanen (toim.): *Oikeudenalojen rajat ja rajattomuus*, s. 25–37. Turku: Turun yliopisto.
- Viljanen, Veli-Pekka (2003). *Oikeusjärjestyksen valtiosääntöistyminen*. LM. Vol. 101, s. 444–448.
- Vile, M.J.C. (1967). *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press.
- Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri (2003). *Pro et Contra: Tuomion perustelemisen keskeisiä kysymyksiä*. Helsinki: Talentum.
- Watson, Alan (1976). *Legal Transplants and Law Reform*. *Law Quarterly Review*. Vol. 92, s. 79–84.
- Watson, Alan (1978). *Comparative Law and Legal Change*. *Cambridge Law Journal*. Vol. 36, s. 313–336.
- Wellach, H. P. Peter (1991). *Judicial Activism in Germany*. Teoksessa Kenneth M. Holland (toim.): *Judicial Activism in Comparative Perspective*, s. 155–174. Houndmills: MacMillan.
- Weiler, Joseph H. H. (1999). *The Constitution of Europe. ‘Do the New Clothes Have an Emperor?’ and Other Essays on European Integration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wiberg, Matti (2003). *Uuden perustuslain toimivuus*. *Politiikka*. Vol. 45, s. 236–244.
- Wiklund, Ola (1999). *Om politikens juridifiering och juridikens ideologisering*. Teoksessa Löser *juridiken demokratis problem?*, s. 85–113. SOU 1999:58.
- Wilhelm, Walter (1989). *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet*. Stockholm: Juristförlaget.
- Wilhelmsson, Thomas (1997a). *Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat*. Teoksessa: Juha Häyhä (toim.): *Minun Metodini*, s. 339–358. Helsinki: WSLT.
- Wilhelmsson, Thomas (1997b). *Vieteriukkoteoria EY-oikeudesta*. *Oikeustiede – Jurisprudentia*. Vol. 30, s. 357–374. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Wilhelmsson, Thomas (2001). *Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik*. Helsinki: Kauppakaari.
- Wilhelmsson, Thomas (2002). *(Media)julkinen oikeudenkäynti moraalikeskustelun tilana*. *Oikeus*. Vol. 31, s. 252–264.
- Vilkkonen, Eero (1973). *Hallintolainkäytön alasta: tutkimus hallintolainkäytön suhteesta yleiseen lainkäyttöön, ulosottomenettelyyn ja hallintomenettelyyn*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys.
- Willgren, Karl (1924). *Förvaltningsrättens allmänna läror – första Häftet*. Helsingfors: Söderström.
- Wrede, R. A. (1968). *Suomen oikeus- ja yhteiskuntajärjestys*. Porvoo: WSOY.
- Zahle, Henrik (1986). *Polycentri i retskildelære*. Teoksessa Anders Bratholm, Torkel Opsahl, Magnus Aarbakke (toim.): *Samfunn Rett Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, s. 752–756. Oslo: Tano.

- Zahle, Henrik (1992). Dansk forfatningsret 2. Regering, forvaltning og dom. København: Christian Ejlers Forlag.
- Zahle, Henrik (1998). Er domstolenes grunlovsprøvelse en effektiv individbeskyttelse? Jussens Venner. Vol. 33, s. 37–55.
- Zweigert, Konrad & Hein Kötz (1998). An Introduction to Comparative Law. Oxford: Clarendon Press.
- Ylikangas, Heikki (1982). Miksi oikeus muuttuu – laki ja oikeus historiallisen kehityksen osana. Juva. WSOY.

VIRALLISLÄHTEET

- HE 291/1993
HE 217/1995
HE 1/1998
HE 197/1999
HE 72/2002
HE 202/ 2001
HE 76/2002
- KOM 1974:27
KOM 1985: 48
KOM 1997:4
KOM 1997:13
- LaVL 9/1998
- PeVM 25/1994
PeVM 10/1998
PeVM 2/2002
PeVM 10/2002
PeVM 6/2003
- SOU1999: 58

Säädösluettelo

Asetus poliisin valtakunnallisista pysyvistä atk-henkilörekistereistä annetun asetuksen 4§:n muuttamisesta (254/1994)
Asetus valtioneuvoston oikeuskanslerista (253/2000)
Eduskunnan oikeusasiamiehen johtosääntö (251/2000) (kumottu)
Eduskunnan työjärjestys (40/1999).
Euroopan ihmisoikeussopimus (Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi) (SopS n:o 63/1999)
Euroopan unionin perusoikeuskirja (2000/C 364/01)
Euroopan yhteisön perustamissopimus (Sops 103/1994)
Hallintolainkäyttölaki (586/1996)
Hallintolaki (434/2003)
Hallintomenettelylaki (598/1982)
Hallinto-oikeuslaki (430/1999)
Hallitusmuoto (94/1919) (kumottu)
Kuntalaki (365/1995)
Laki eduskunnan oikeudesta tarkastaa valtioneuvoston jäsenten ja oikeuskanslerin sekä eduskunnan oikeusasiamiehen virkatoimien lainmukaisuutta (1922/274) (kumottu)
Laki eduskunnan oikeusasiamiehestä (197/2002)
Laki korkeimmasta hallinto-oikeudesta (74B/1918)
Laki kunnallisen viranhaltijan palvelussuhdeturvasta (484/1996)
Laki kuntalain muuttamisesta (413/2000)
Laki muutoksenhausta hallintoasioissa (154/1950) (kumottu 586/1996)
Laki tasa-arvovaltuutetusta ja tasa-arvolautakunnasta (610/1986)
Laki tietosuoja-lautakunnasta ja tietosuojavaltuutetusta (389/1994)
Laki toimeentulotuesta (1412/1997)
Laki toimeentulotuesta annetun lain muuttamisesta (923/2000)
Laki valtakunnan oikeudesta (1922/ 273) (kumottu)
Laki valtioneuvoston oikeuskanslerin ja eduskunnan oikeusasiamiehen tehtävien jaosta (1224/1990)
Laki valtioneuvoston oikeuskanslerista (193/2000)
Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999)
Laki vähemmistövaltuutetusta (660/2001)
Lääninoikeuslaki (1921/1974) (kumottu 430/1999)
Oikeudenkäymiskaari (4/1734)
Rikoslaki (39/1889)
Sotilaskurinpitolaki (331/1983)
Suomen perustuslaki (731/1999)
Valtioneuvoston asetus oikeuskanslerinvirastosta (253/2000)
Valtioneuvoston oikeuskanslerin ohjesääntö (1697/1992) (kumottu 193/2000)
Valtion virkamieslaki (750/1994)
Valtiopäiväjärjestys (7/1928) (kumottu)
Ympäristönsuojeluasetus (169/2000)
Ympäristönsuojelulaki (86/2000)

Luettelossa mainittujen lisäksi on työssä käytetty lähteinä ulkomaisia säädöksiä, joiden tarpeelliset tiedot ilmenevät tekstissä niihin viitattaessa.

Oikeus- ja lainvalvontatapauksia

Suomi:

KHO:

KHO 1996 A 36
KHO 1997:128
KHO 1999:80
KHO 2000:10
KHO 2000:16
KHO 2002:85
KHO 2002:86
KHO 2002:91

KKO:

KKO 1998:148
KKO 1998:159
KKO 1999:50
KKO 2002:91
KKO 2004: 26
KKO 1652/2001 (lausunto)

Eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisuja:

D 1348/4/98
D 1849/4/98
D 2368/4/98
D 717/4/1999
D 1260/4/1999
D 1503/4/99
D 2451/4/99
D 2606/4/99
D 2808/4/99
D 464/4/00
D 887/4/00
D 918/4/00
D 1203/4/00
D 1277/4/00
D 1788/4/00
D 2213/4/00
D 2351/4/00
D 939/4/01
D 1315/4/01
D 3153/4/01

Valtioneuvoston oikeuskanslerin ratkaisuja:

D 188/1/98

Perustuslakivaliokunnan lausuntoja:

PeVL 1/1946
PeVL 17/1996
PeVL 2/1990
PeVL 32/1992
PeVL 20/1998
PeVL 44/1998
PeVL 34/2000
PeVL 1/2001
PeVL 22/2001
PeVL 38/2002
PeVL 59/2002

Ruotsi:

Högsta Domstolen:

NJA 1996 s. 110
NJÄ 1996 s. 370
NJÄ 2000 s. 370

Regeringsrätten:

RÅ 1997 ref 65
RÅ 1999 ref. 76

Tanska:

Højesterett:

U 1921.153
U 1921.169
U 1996.1300
U 1998.800
U 1999.841

Østre landsretin päätös 13.5.1998

Norja:*Høyesterett:*

Rt. 1952 s. 1089

Rt. 1970 s. 67

Rt. 1976 s. 1

Rt. 1983 s. 1004

Rt. 1987 s. 473

Rt. 1990 s. 284

Rt. 1992 s. 182

Rt. 1996 s. 1440

Rt. 1997 s. 580

Iso-Britannia:

O'Reilly v. Mackman [1983] 2 A.C. 237

Davy v. Spelthorne BC [1983] 3 All ER 278.

Saksa:

BVerfGE 198 (1958)

BVerfGE 269 (1973)

BVerfGE 39 (1975)

BVerfGE 88 (1993)

BVerfGE 89 (1993)

Ranska:*Conseil Constitutionnel:*

Liberté d'association [Décision n° 71-44 DC du juillet 1971]

Loi portant [Décision n° 80-119 DC du juillet 1980]

Bioéthique [Décision n° 94-343/344 DC du juillet 1994]

Conseil d'Etat:

M. Nicolo [Arrêt n° 108.243 20 octobre 1989]

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin:

N.V. Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen 26/1962 E.C.R. 1963 1

Flaminio Costa v. ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL) 6/1964 E.C.R. 592

Internationale Handelsgesellschaft GmbH v. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel 11/1970 E.C.R. 1125

Commission v. France 7/1971 E.C.R. 1003.

Amministrazione delle Finanze dello Stato v. S.p.A. Simmenthal 106/1977 E.C.R. 629.

Tulliasiamies v. Antti Siilin, 19 September 2002, Case C-101/00

Euroopan Neuvoston Ihmisoikeus-tuomioistuin:

Procola v. Luxembourg 28.9.1995, A 326.

Matthews v. United Kingdom 18.2.1999, Reports 1999-I.

USA:*Federal Supreme Court:*

Marbury v. Madison (1803) 5 U.S. (1 Cranch) 137.

ETA-tuomioistuin:

E-1/02 24.1.2003

Lyhenneluettelo

A.C.	Law Reports: Appeal Cases (Englanti)
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
APSR	American Political Science Review
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikla
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (1900)
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Itävalta)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Saksan valtiosääntötuomioistuin)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Saksan valtiosääntötuomioistuinten päätös)
D	Diaarinumero
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (1896–1936)
DL	Defensor Legis
E.C.R.	European Court Reports
ETyöjärj	Eduskunnan työjärjestys
EEC	European Economic Community
EIF	Encyclopaedia Iuridica Fennica
EK	Eduskunta
E.L.Rev.	European Law Review
ENA	Ecole Nationale de l'Administration (Ranska)
ENIOS	Euroopan ihmisoikeussopimus (Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi)
EOA	Eduskunnan oikeusasiamies
EOAL	Laki eduskunnan oikeusasiamiehestä (197/2002)
ETA	Euroopan talousalue
EU	Euroopan unioni
EY	Euroopan yhteisöt
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (Saksa)
Grl	Grundloven 1953 (Tanska)
HValL	Hallintovalituslaki (154/1950)
HallintoL	Hallintolaki (434/2003)
HE	Hallituksen esitys
HLL	Hallintolainkäyttölaki (586/1996)
HM	Hallitusmuoto 1919
HMenL	Hallintomenettelylaki (598/1982)
HT	Hallinnon tutkimus
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly (Iso-Britannia)
JFT	Juridisk Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland
Johtosääntö	Eduskunnan oikeusasiamiehen johtosääntö
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
JulkL	Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999)

KHO	Korkein hallinto-oikeus
KHOL	Laki korkeimmasta hallinto-oikeudesta (74B/1918)
KKO	Korkein oikeus
KOM	Komiteanmietintö
KuntaL	Kuntalaki (365/1995)
Lavo	Lainvalmisteluosasto (OM)
LaVL	Lakivaliokunnan lausunto
LM	Lakimies
LOL	Lääninoikeuslaki (1921/1974)
NJA	Nytt Juridisk Arkiv (Ruotsi)
OKa	Valtioneuvoston oikeuskansleri
OKaL	Laki valtioneuvoston oikeuskanslerista (193/2000)
OM	Oikeusministeriö
PeL	Suomen perustuslaki (731/1999)
PeV	Perustuslakivaliokunta
PeVL	Perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	Perustuslakivaliokunnan mietintö
RF	Regeringsform 1974 (Ruotsi)
RL	Rikoslaki (39/1889)
Rt.	Norsk Retstidende (Norja)
RÅ	Regeringsrättens Årsbok (Ruotsi)
SOU	Statens offentliga utredingar (Ruotsi)
SvJT	Svensk Jurist Tidning
TehtäväjakoL	Laki valtioneuvoston oikeuskanslerin ja eduskunnan oikeusasiamiehen tehtävien jaosta (1224/1990)
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap (Norja)
ToimeentuloL	Laki toimeentulotuesta (1412/1997)
TP	Tasavallan presidentti
TSS-oikeudet	Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet
U	Udskrift af Højesterets Dombog (Tanska)
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen (Tanska)
VJ	Valtiopäiväjärjestys (7/1928)
VM	Valtiovarainministeriö
VN	Valtioneuvosto
VVirkamL	Valtion virkamieslaki (750/1994)
WSLT	Werner Söderström lakitieto
YSA	Ympäristönsuojeluasetus (169/2000)

1 Vallan kieli ja lainoppi – rakentamisesta kritiikkiin?

1.1 OIKEUDEN KIELELLISYYDESTÄ JA POLIITTISUUDESTA

Julkisoikeudessa, niin kuin muutoinkin juridiikan alalla, ollaan sisäänkudotusti tekemisissä kielen, oikeudellisen erikoiskielen kanssa. Tuon kielen professionaalista käyttöä koskevat tietyt metodi- ja päättelysäännöt, jotka tekevät siihen kohdistetusta analyysistä tunnistettavasti oikeustieteellistä sanan laajassa merkityksessä. Juridiikassa totutaan alusta asti operoimaan erilaisilla käsitteillä, doktriineilla ja vakiintuneilla kielenkäyttöä koskevilla säännöillä. Kielen avulla näin myös nimetään oikeudellisesti merkityksellisinä pidettäviä asioita. Useimmat juridiikan alan ammattilaisista tottavat kielen oikeudelliseen ainekseen siinä määrin, että oikeustieteellinen tai yleisemmin juridinen ajattelu- ja materiaalin-käyttötapa muuttuu aikaa myöten toiseksi luonnoksi. Jos tätä halutaan arvioida myönteisesti, niin voidaan todeta, että tällöin henkilö on oppinut jotain; hän on omaksunut ajattelutavan, joka tunnistetaan erityiseksi oikeudelliseksi ajattelutavaksi. Jos tähän halutaan taasen liittää kriittisempi huomio, niin se liittyy reflektiivisyyden puutteeseen; oikeuden ammattilaiset – laajassa mielessä – harvoin pohtivat tai kyseenalaistavat fundamentaalisia olettamuksia – oikeuskulttuurin postulaatteja – omalta alaltaan, joihin he kuitenkin itsekin implisiittisesti olettavat oman erityisen ammatti- tai tutkimustaitonsa perustuvan.

Hyvin suuri osa juridisen ajattelutavan oleellisesta perusaineksesta on yhtä aikaa sekä implisiittistä että kyselemättä vastaanotettua. Mutta minkälaisesta kätketystä aineksesta sitten oikein on kyse? Mielestäni voidaan puhua erityisestä fundamentaalisesta ja *apriorisesta* oikeuden kieliopista. Fundamentaalisuus viittaa perustavaa laatua olevaan, jonkin asian kannalta olennaisen tärkeään. Apriori viittaa yleensä erityisesti akateemisissa filosofisissa kielenkäytössä sellaiseen tietoon, joka on olemassa ennen aistien välittämää kokemusta eli tietoa, joka on olemassa täysin riippumatta kokemuksesta.¹ Tässä käsitteen käyttötapa poikkeaa näistä kantilaisista tietoteorian lähtökohdista sikäli, että viittaankin käsitteellä empiirisessä todellisuudessa olevaan (tai olleeseen) seikkaan perustuvaan esiy-

¹ Ks. tark. Kant 1929 (1787) B 3 ("knowledge absolutely independent of all experience ... no admixture of anything empirical...").

märrykseen, johon nykyinen tapamme ajatella *oikeudellisesti* mielestäni *normatiivisesti* pohjautuu tai rajautuu. Koetan avata tätä ajattelua seuraavassa.

Normatiivisuus oikeudellisen kielen ominaisuutena on oleellinen peruslähtökohta. *Kaarlo Tuori* on kirjoituksissaan puhunut oikeustieteen perustavaa laatua olevasta normatiivisuudesta, johon kuitenkin liittyy myös deskriptiivinen ainesosa. Tuori on kutsunut tätä oikeustieteen implisiittiseksi yhteiskuntateoriaksi. Tämä teoria kulkeutuu oikeustieteeseen oikeudellisten käsitteiden eli oikeudellisen erityiskielen välityksellä. Käsitteet ovat tässä ajattelutavassa väline, jonka avulla yhteiskuntaa ja yhteiskunnallisia suhteita lähestytään oikeudellisesti siten, että pelkistetään näihin tosiasiatiloihin ja tosiasiasuhteisiin liittyvät juridisesti merkityksellisinä pidettävät piirteet.² Kyse on samalla hyvin yleisestä episteemisestä metahorisontista, joka ohjaa ajattelua. Käsitän asian niin, että tällaiseen kätkeytyyn yhteiskuntaa koskevaan teoriaan tai yhteiskunnalliseen rajattuun epistemologiaan kuuluu tiettyjä – ei ääneen lausuttuja tai eksplisiittisesti nimettyjä – fundamentaaliotuksia oikeudesta ja yhteiskunnasta sekä niiden välisestä suhteesta; siitä miten tuo suhde *pitää oikein* järjestää.³ Nämä olettamukset ovat siis hiljaisesti hyväksyttyjä konventioita siitä, miten yhteiskunnan *tulee* toimia ja miten sitä *tulee* oikeudellisesti ohjata. Tällä tavalla mukana on todellakin, kuten Tuori katsoo, hyvin vahva sisänrakennettu normatiivisuuden elementti. Asioiden *tulee* olla näin. Tämä perspektiivi lyö leimansa kaikkeen, laajassa mielessä, mannereurooppalaiseen oikeuskulttuuriin ja erityisesti sen tieteellisesti keskeisimpään toimintamuotoon eli lainoppiin.

Normatiivisuutta on tietenkin monenlaista. Kyse ei kuitenkaan välttämättä ole pelkästään siitä, millaisia institutionaalisia ja periaatteellisia ratkaisuja voidaan pitää suositeltavina tai suoremmin käskettyinä tai kiellettyinä, vaan siitä, millaisista peruselementeistä sosiaalisen todellisuuden on (välttämättömyydellä) ajateltava muodostuvan. Kyse on samalla myös oikeuden omista erityisistä piirteistä, kuten sen systeemisestä ulottuvuudesta.⁴ Tällainen normatiivisuus on sääntelyn ilmeistä ja silmiinpistävintä pintatasoa (”x on kielletty”, ”z on sallittu”, ”y on käsketty”) syvemmälle ulottuvaa yhteiskuntateoreettista normatiivisuutta, jopa universaalisuutta, mikäli mukaan ei oteta oikeuskulttuurien välisiä eroja. Tässä on puhe oikeudellisen kielen pinnan takaisesta normatiivisuudesta, ei niinkään

² Ks. esim. Tuori 1997: 318–319.

³ *Heikki Mattila* (2002: 57) ilmaisee asian ytimekkäästi: ”Valtiovalta on pitkälti juridista valtaa. Se on valtaa sanojen muodossa.”

⁴ Toinen keskeinen ulottuvuus – joka jää tässä sivuosaan – on näkemys oikeuden rationaalisesta luonteesta. Rationaalista oikeutta on sanottu luonnehtivan valtion *tietynlainen* järjestäminen valanjaon periaatteiden mukaan eli rationaalisen oikeuden keskeiseksi tunnusmerkiksi on asetettu lainsäädäntövallan, toimeenpanovallan ja tuomiovallan eriytyminen toisistaan. (Ks. esim. Kytäjä 1987: 96–97). Osin tämä ajatus heijastuu myös Habermasin oikeusvaltioteoriankin premisseissä. Ks. tästä tark. jälj.

voimassa olevan oikeuden paljon ilmeisemmästä julkisen vallan pakkokoneiston uhan tukemasta ”pintanormatiivisuudesta”.

Oikeuden kytkentää sosiaaliseen todellisuuteen ja inhimilliseen ajatteluun sekä sen muutoksiin voidaan tuskin painottaa liiaksi. Oikeuspositivismin eri muodoilla on tässä suhteessa aina jotain selitettävää. *Hannu Tapani Klami* korosti oikeuden liittyvän tapaan, jolla ihminen hahmottaa oman todellisuutensa asiantiloja ja noiden asiantilojen vaihtoehtoja. Normatiivisuus tulee tässä esiin siinä erityisessä perustassa, jonka menneisyyden, nykyisyyden ja ideaalitilan väliset suhteet muodostavat. Oikeus siis, suhteellisesta itsenäisyydestään huolimatta, heijastelee kulttuurisesti ja ajallisesti rajatun ihmisyyhteisön maailmankuvaa. Tuon kuvan ymmärtämisessä ja tulkitsemisessa oikeussäännökset voivat olla hyvinkin tärkeitä. Oikeus onkin nähtävissä erityisenä normatiivisena metakielellä, jonka avulla maailma hahmotetaan ja tulkitaan oikeudellisesti.⁵

Millaisia oletuksia oikeuden pinnanalaisen normatiivisuuden taakse sitten oikein kätkeytyy? Mitään kattavaa vastausta ei voida antaa, mutta joitain perusnäkökohtia lienee esitettävissä. Olettamuksiin ja niiden mukaisiin perussitoumuksiin sisältyvät keskeiset käsitykset siitä, mistä yhteiskunta muodostuu, miten se toimii ja miten eri osat ovat yhteydessä keskenään.⁶ Tulkitsevan ja systematisoivan oikeustieteen alan vastaaviin työnjaollisiin perussitoumuksiin kuuluu vuorostaan olla epäilemättä näitä perusolettamuksia, joiden päälle oikeustiede rakentuu sekä ammatillisena käytäntönä että tieteenalana, jonka ontologia ja epistemologia nojaa suoraan – mutta ääneen lausumatta – perusolettamuksiin.⁷ Tällaiset oikeutta ja yhteiskuntaa koskevat fundamentaaliollettamukset ovat siis eräänlainen välttämätön episteeminen matriisi sille, että yhteiskunnasta voidaan ylipäänsä puhua *oikeudellisesti* merkityksellisellä tavalla.⁸ Tässä mielessä esi-

⁵ Ks. Klami 1987: 492–493.

⁶ Toisenlaisen käsitteistön mukaan kyse voidaan sanoa olevan yleisten oppien apriorisista osista. Niillä *Tuori* (1990: 53–54) tarkoittaa sellaisia yleisiä oppeja, jotka yrittävät ”pelkistää positiivisen oikeuden välttämättömiä ennakkoehtoja ja rajoja”. Käsitteiden ja oikeusperiaatteiden analysointi ja tutkimus on tärkeää juuri siksi, että ne määrittävät episteemisessä mielessä sen erityisen tavan, jolla ymmärrämme oikeutta. Tässä mielessä systeemi on aina mukana, kun oikeudellisia ongelmia lähestytään tutkimuksellisesti. Vrt. Wilhelmsson 1997a: 342.

⁷ En puutu tässä tai kirjassa muutoinkaan siihen, että suomalaisen (kuten muunkin eurooppalaisen) oikeustieteen käsitteistö, terminologia ja systematiikka ovat pitkälti peräisin roomalaisesta oikeudesta (Klami 2001: 3–4). Rajaus liittyy erityisesti siihen, että julkisoikeus on kehittyneenä itsenäisenä oikeudenalana ylipäänsä muotoutunut lähinnä Ranskan suuren vallankumouksen jälkeen. Vaikka julkisoikeus onkin saanut valtavasti vaikutteita siviilioikeudesta, niin sen takana on kuitenkin olemassa eräitä omintakeisia ideoita, kuten esimerkiksi vallanjako-oppi, oppi julkisen ja yksityisen välisestä erosta ja oppi valtion oikeudellisesta itsesidonnasta.

⁸ Asioiden näkemisellä *oikeudellisesti* on kiinteä liittymä ajatukseen oikeudesta *systeemisenä* kokonaisuutena. ”Jokainen systematisointi merkitsee tapaa ajatella asianomaisen elämänalueen asioita. Oikeusjärjestyksen tai sen osa-alueiden kattamat yhteiskunnalliset ilmiöt heijastuvat tutkijalle hänen omaksumansa systematiikan kautta”, kuten *Aarnio* (1978: 204) kirjoittaa.

merkiksi – julkisoikeudelle aivan keskeinen – ajatus julkisen vallan ja valtion itserajoituksesta on oikeastaan yksi seuraus siitä, että jossain matkan varrella on ensin kyetty tai ainakin kuviteltu kyttävän erottamaan oikeus politiikasta. On siis tehty tietynlainen fundamentaalinen rajanveto.⁹ Oikeus ja politiikka *halutaan* nähtävän erilaisina ja toisistaan poikkeavina – varsinainen juridinen järjestelmä pyritään rakentamaan tuon laadullisen apriori erottamisen varaan.¹⁰ On kuitenkin epäselvää, mitä politiikalla kulloinkin oikein tarkoitetaan.

Oikeustieteen näkökulmasta puhuminen politiikasta tuntuu olevan erityisen altista erilaisille väärinkäsityksille ja virhetulkinnoille. Jos esimerkiksi puhutaan tuomioistuinten politisoitumisesta, niin helposti ymmärretään viitattavan jonkinlaiseen puolueellisuuteen eli jonkin tietyn aatesuunnan tai jutun asianosaisen edun suuntaiseen ratkaisutoimintaan. Tällaista pidetään erittäin epäsuotavana. Tällaiseen lainkäytön politisoitumiseen tuntuu viittaavan *Barry Holmström* (1998), joka katsoo Ison-Britannian, Ranskan ja Saksan ylimpien tuomioistuinten osallistuvan merkittävällä tavalla yhteiskunnalliseen arvonmuodostukseen oikeudellisen ratkaisutoiminnan välityksellä. Hän näkee tässä myös selviä kytkeitä tarkastelemiensa maiden puoluepolitiikkaan. Tämä näkemys politiikasta on kuitenkin varsin suppea. Poliittika liittyy hyvin monella tapaa valtaan. Poliittisella vallalla voidaan ymmärtää lähtökohtaisesti sitä vallankäyttöä, jota eduskunta, presidentti, valtioneuvosto ja ministerit kuten myös kunnanvaltuustot harjoittavat. *Antero Jyränki* pitää tyypillisenä tällaiselle poliittiselle vallalle, että se on vain osittain oikeussääntöjen sitomaa eli siihen sisältyy merkittävässä määrin nk. vapaata harkintaa.¹¹ Tällaisessa ymmärtämistavassa politiikka, poliittinen valta, nähdään oikeuden eli normien sitoman vallan laadullisena vastakohtana.

Tässä kirjassa käytettävä politiikan ja poliittisuuden käsite pitää sisällään min-kä tahansa julkisen vallan käytön siten, ettei se viittaa vain suppeasti puoluepolitiikkaan tai kamppailuun poliittisesta vallasta yhteiskunnassa tahi jonkun yksittäisen jutun osapuolen asiattomaan suosimiseen lainkäyttömenettelyssä. Puhe politiikasta on tämän kirjan puitteissa ymmärrettävä laajasti yhteiskunnallisena vallankäyttönä, joka ei ole normien ennalta sitomaa, vaan jättää ratkaisijalle huomattavasti harkinnanvapautta. Tässä hyvin yleisessä merkityksessä itse asias-

⁹ Ajatus on seuraava: Se mikä määritetään poliittiseksi ei perustu siihen, että tosiasiallisesti olisi jokin tietty elämänalue, joka voidaan tunnistaa politiikaksi. Tarvitaan siis jokin *esitiedollinen* elementti, joka mahdollistaa jonkin asian ”tunnistamiseksi” poliittiseksi. *Schmittin* (1932: 20) sanoin: ”Der Begriff des Staates setzt den Begriff des Politischen voraus”.

¹⁰ Tähän liittyy toki muitakin ulottuvuuksia. Normatiivisuuden ja apriorisuuden sijaan voitaisiin korostaa oikeuden merkitystä ihmisen yrityksessä ymmärtää itseään. *Grossfeld* (2000: 14) kirjoittaa tästä seuraavasti: ”Through law communities try to understand themselves. Law is the ongoing dynamic conversation of a culture with herself, is the sharing of experiences and hopes, is the exchange of know-how with all means of expressions and rituals, with the body and the mind.”

¹¹ Jyränki 2003: 56.

sa kaikki julkinen valta onkin nähtävissä poliittisena.¹² Sen sijaan kysymys poliittisuuden asteesta erilaisten yhteiskunnallisten funktioiden kohdalla vaihtelee. Tällä tavalla ajatellen politiikkaa ei nähdä essentialistisena ilmiönä, vaan jonkun toiminnan *aspektina*, kuten *Kari Palonen* on politiikan eräässä määrittelyssään katsonut.¹³ Tällaisena tiettyä toiminnan aspektina voidaan pitää myös *Jürgen Habermasin* demokraattisen oikeusvaltion sisältämää näkemystä politiikasta; se on tiettyssä tilassa käytävää diskurssia, jossa operoidaan tietyn sisältöisillä argumenteilla.¹⁴ Näin nähtynä politiikka ei ole mikään essentialistinen ilmiö, vaan mieluumminkin yhteiskunnallisen päätöksenteko- ja ohjausprosessin eräs elementti, jota voi olla enemmän tai vähemmän. Sen sijaan kyseessä ei ole niinkään elementti, jota joko on tai ei ole. Se, että johonkin toimintaan, vallankäyttöön, liittyy politiikkaa, on eräs aspekti tuohon toimintaan, ei sen kaikkien relevanttien aspektien kattava luonnehdinta.

1.2 SYSTEEMI, MALLIVALTA JA KRITIIKKI

Mannermaisen oikeustradition mukaisen oikeustieteen silmin nähtynä oikeus muodostaa erityisen systeemin, jonka avulla oikeusnormistoa voidaan hallita ja järjestää erilaisiin osa-kokonaisuuksiin. Systeemi on tarpeen, jotta määrällisesti valtaisan oikeusnormiston tiedollinen hallinta on mahdollista edes rajallisessa mielessä.¹⁵ Oikeustiede itsessään rakentuu nimenomaisesti oikeuden käsittämiseksi järjestelmänä.¹⁶ Oikeudellinen systeemi tai oikeastaan sen olemassaolo on puolestaan yksi seuraus siitä, että alkuperäinen eri kategorioiden välinen erottelu on *tehty* ja muu on *rakennettu* sen varaan; jotta systeemi olisi systeemi, sen tulee

¹² Tämä merkitsee tietysti myös sitä, että virkamiesten voidaan katsoa de facto käyttävän poliittista valtaa, koska poliittiset päätökset useimmiten nojaavat virkamiesvalmisteluun. Esimerkiksi *Raimo Sailaksen* julkiset keskustelupuheenvuorot ovat mitä ilmeisimmin olleet sekä vaikutuksellisia että poliittisia, niin virkamies kuin kyseessä onkin. Samalla tavoin voidaan katsoa, että *Jorma Ollilan* esittämällä veropoliittisilla kannanotoilla voi olla de facto vallankäytöllistä merkitystä, vaikka hän onkin yksityisen yrityksen johtaja. Tämän kirjan tarkastelussa nämä sinänsä tärkeät ulottuvuudet eivät ole keskeisiä, vaikka ne ovatkin empiirisesti (vallankäytöllisesti) varmasti merkityksellisiä.

¹³ Palonen 1988: 18–19. Palonen sitoutuu po. teoksessa teesiin, jonka mukaan millä tahansa ilmiöllä voi olla poliittinen aspektinsa ja kääntäen; millään ilmiöllä ei välttämättä ole poliittista aspektia. Poliittikka ei siis näy paljaalle silmälle, vaan vaatii tulkintaa (emt. s. 19).

¹⁴ Lakien säätäminen kytkeytyy tässä tiettyyn käsitykseen politiikasta ja demokradiasta. Tässä ajattelussa lait muuntavat (poliittisluontoisen) kommunikatiivisen vallan (*kommunikativer Macht*) hallinnolliseksi vallaksi, jonka piirissä rajaudutaan pragmaattiseen diskurssiin (*pragmatische Diskurse*). Poliittista valtaa käyttävän lainsäätäjän valta liittyy taasen yleisiä normeja justifioivaan (ei normeja käyttävään) diskurssiin. Ks. tark. Habermas 1992: 235–236.

¹⁵ Tark. oikeusjärjestyksen ja oikeusjärjestelmän käsitteistä ja suhteesta ks. Björne 1986: 9–15.

¹⁶ Vrt. Tolonen 1997: 292.

olla jotenkin osoitettavissa oleva, rajallinen. Jos ei ole rajoja, ei ole oikein luontevaa puhua systeemistäkään. Systeemin puitteisiin myös *valta* on koetettava mahdolluttaa.

Liberaalissa poliittisessa teoriassa valta nähdään pitkälti siten, kuin vallanjako-oppikin asiaa hahmottaa. Kyse on kyvystä estää vapaa liike. Vapaa liike tarkoittaa puolestaan ihmisten ja ryhmien kykyä toimia omien tavoitteidensa ja etujensa mukaisella tavalla. Valta on tällöin kykyä estää toisia toimimasta omien etujensa ja tavoitteidensa mukaisella tavalla. Näin ajatellen valtaa voidaan omistaa, sen määrää voidaan myös periaatteessa jopa mitata. Tällä tavoin hahmotettuna valta on vaarallista yksilöiden vapaudelle; sitä pitää varoa ja vastustaa, jotta yksilöiden vapaus voisi toteutua.¹⁷ Vallanjako-oppi on tässä mielessä vallan pilkkomista pienempiin toisiaan valvoviin osiin, jotka voivat näin uhata yksilöiden vapautta vähemmän kuin yhdessä ja kontrolloimatta. Oikeus liittyy tähän asetelmaan *Jürgen Habermasin* demokraattisen oikeusvaltion mallissa siten, ettei se vain ole vallan koodaamista (*Machtkode*), vaan myös vallan muuntamista. Oikeus pilkkoo vallan, mutta myös muuntaa poliittisen tahdonmuodostusprosessin kommunikatiivisen vallan toiseen muotoon, kirjoitetuksi muodolliseksi oikeudeksi.¹⁸

Oikeusvaltioon kiinnittyvässä ajattelussa parlamentti on erityisen tärkeä elin kahdesta syystä. Se edustaa poliittisesti suvereenia kansaa ja sillä on erityinen rooli vallan muuntamisessa legitiimin hallinnan muotoon. *Carl Schmittin* oikeusvaltioanalyysin mukaan parlamentti on paikka, jossa: ”öffentliche Diskussion der Politischen meinungen stattfindet. Mehrheit und Minderheit, Regierungspartei und Opposition suchen durch Erörterung von Argument und Gegenargument den richtigen Beschluß.”¹⁹ Näin vallanjako voi toimia yleisenä organisointiperusteena myös järjestelmässä, joka on luonteeltaan kansansuvereniteettia ja parlamentarismia preferoiva. Siitä huolimatta oikeusvaltioteorian lähtökohdissa on mukana ajatus siitä, että parlamentin lainsäädäntövaltaa käyttämällä luodulla normistolla on erityisen tärkeä sija.²⁰

Aulis Aarnio on – kirjoittaessaan oikeusjärjestyksen systematiikasta ja yhteiskunnasta – viitannut siihen, että systeemi on oikeustradition ilmiä. ²¹ Systeemi ikään kuin siirtää eteenpäin oikeudellisen ajattelun rakenteita oikeussäännösten sukupolvelta toiselle. Se on eräänlaista opittua hiljaista tekijän tietoa. Aarnio

¹⁷ Ks. Pulkkinen 1998: 89–91.

¹⁸ Habermas 1992: 209.

¹⁹ Schmitt 1983: 315. Ks. myös Habermas 1992: 227.

²⁰ Schmitt 1983: 138. (”Der bürgerliche Rechtsstaat beruht auf der Herrschaft des Gesetzes.”) Tämän peruslähdekohdan myöntää myös politiikan oikeudellistumiseen myönteisesti suhtautuva *Nergelius* (1999: 82–83).

²¹ Lienee kuitenkin välttämätöntä korostaa sitä, että oikeus on vain yhteiskunnan yksi ulottuvuus. Kuten oikeusvertailija *Michael Bogdan* (2003: 52) sanoo: ”Rättssystemet är en social företeelse och uttrycker bara en aspekt av samhällslivet. Det kan därför inte ses isolerat från samhällslivets andra aspekter.”

vertaa tätä oikeuden kielioppiin, jota ei voida valita puhumaan opittaessa. Tällainen kielioppi muuttuu itsekin, mutta vain huomattavan hitaasti. Näin ymmärrettynä systeemi on oikeudellisen ajattelun välttämätön episteeminen ennakkoehto, eräänlainen fundamentaalinen juridisen ajattelun instrumentti.²² Oikeussosiologian kannalta tästä kokonaisuudesta tai ilmiöstä voidaan puhua myös hiukan toisin käsittein, vaikka samaa asiaa tarkoitetaan.

Oikeussosiologi *Thomas Mathiesen* puhuu puolestaan mallivallasta, jolla hän tarkoittaa sitä, että juristit ajattelevat omaavansa erityisen kompetenssin sen arviointiin, miten maailma on ja miten sen tulee olla. Mallivalta konkretisoituu siinä, että tällainen erityinen oikeudellinen ajattelutapa sovelletaan inhimilliseen käyttäytymiseen ja sen arviointiin. Kun konfliktitilanne oikeudellistetaan, niin siinä myös samalla rajataan sitä, mikä on juridisesti relevanttia, jolloin muut ulottuvuudet jäävät tai ne oikeastaan aktiivisesti jätetään sivuun.²³ Maailma halutaan – tietyissä tilanteissa – nähtäväksi *vain* rajatusta näkökulmasta. Mallivalta on tällä tavoin metamatriisi, joka kilpailee muiden hahmottamistapojen kanssa rajallisesta tiedollisesta monopoliasemasta. Tällaisten ajatusrakennelmien tai toisin ilmaistuna yleisten oppien suhde empiiriseen todellisuuteen on mutkikas; ne vaikuttavat toisiinsa ja jopa kietoutuvat toisiinsa, mutta kumpikaan ei hegemonisesti käy toisen ylitse. Kuten *Antero Jyränki* sanoo: ”Valitessamme käsitteitä ja määrittellessämme niitä emme ole sidottuja empiiriseen todellisuuteen”.²⁴ Ja kuitenkin – liiaksi elävästä elämästä eroavat käsitteet, periaatteet ja teoriat saattavat jäädä tehottomiksi

Teoriatasolla edellinen puhe lienee aika selvää ja ainakin peruslinjauksiltaan suhteellisen ongelmaton. Miten on käytännön kanssa? Millaisia konkreettisia nimettyjä ja erikseen osoitettuja esimerkkejä edellisestä on ehkä olemassa?

Voidaan olettaa, että julkisoikeuden kannalta erityisesti valtiovallan kolmijako koskeva oppi on juuri tietynlainen apriorinen ydintyökalu; ongelmallinen ja epämääräinenkin mutta silti keskeinen osa oikeudenalan fundamentaalista kielioppia. Se erottaa oikeuden politiikasta ja on näin alan keskeisin demarkeaatio; se osoittaa rajan oikeuden ja ei-oikeuden välillä. Jos Aarnion tarkoittama historiallisesti välittyvä oikeuden kielioppi, systeemi oikeustradition apriorisesti kantamana, todellakin on sellainen, ettei sitä voi valita, niin millä tavalla se sitten oikein hallitsee nykyistä oikeusajattelua? Kuinka sidottuja olemme esimerkiksi vallan-

²² Ks. tark. Aarnio 1993. Myös *Jyränki* (2003: 55) käsittelee aihetta politiikan oikeudellisen käsitteellistämisen näkökulmasta.

²³ Mathiesen 1985: 114–115. *Mallivalta* on käsitteenä siksikin hyvä – tässä –, ettei oikeudellisia systeemejä yleensäkin konstruoida siksi, että ne tarjoaisivat korrespondenssiteorian vaatimusten mukaisen *tosi* kuvan oikeudesta. Kyse on hyvin käytännöllisiä yhteiskunnallisia seurauksia saavasta erityisestä oikeudellisesta *ideologiasta*. Vrt. Wilhelmsson 1997a: 346.

²⁴ *Jyränki* 2003: 31.

jako-oppiin? Se lienee selvää, että kyseessä on tietynlainen opillinen *ortodoksia*. Millaisesta vallasta mallivallassa oikein on kyse? Onko siitä edes päästävissä irti? Oikeushistorioitsija R. J. van Caenegem tiivistää dilemman varsin osuvasti kirjoittaessaan seuraavasti:

”Do people learn from the past or is the history of public law no more than a graveyard of deceased Constitutions, where we can only wonder aimlessly and shake our heads over so much misguided effort? Possibly, but even if people do not learn from the past, they are easily obsessed by it and remain its prisoners.”²⁵

Oikeudellinen mallivalta onkin eräänlainen *episteeminen vankila*. Käsillä oleva teos on tässä mielessä ammatillista vankilakirjallisuutta toisille henkilöille, jotka tietävät millaista on elää ns. kiven sisällä. Tämä vankimaisuus korostuu kirjassa monella tapaa. Lukijan kannalta helpoiten näkyvä piirre on se, että tämänkin kirjan kirjoittaja on sidottu käsitteistöön, jota hän haluaa toisaalta tarkastella itse kriittisesti ulkopuolelta. Tehdäkseen sanoman ymmärrettäväksi joudutaan kuitenkin käyttämään lukijoille ja kirjoittajalle itselleen tuttua käsitteistöä, jotta viesti voisi olla edes rajallisesti ymmärrettävissä. Onnistuminen jää tietenkin lukijan arvioitavaksi.

Näkökulmia mallivaltaan on kuitenkin monia alkaen yhteiskuntateorioista ja päätyen valtio-opin empiirisiin sovelluksiin. Tämän kirjan näkökulma on julkisoikeudellinen hyvin yleisessä oikeustieteellisessä mielessä. Julkisoikeuden alaan kuuluvat valtiosääntö- ja hallinto-oikeus. Julkisoikeustieteen keskeisimpiä tehtäviä on tulkita ja systematisoida julkisoikeudellista normistoa ja kehittää tuon alan yleisiä oppeja. Osa näistä yleisistä opeista ovat oikeudenalan perustavaa laatua olevat teoreettiset oppirakennelmat ja erityisesti vallanjako-oppi ja sen sisältämä julkisoikeudelle oleellinen rajanveto oikeuden ja politiikan välillä.²⁶ Vaikka kirjan 4. luvun jaksoihin sisältyykin runsaasti hallinto-oikeudellista aineista ja vaikka kirja on tässä mielessä julkisoikeudellinen, niin kirjan lähtökohdat ovat pohjimmiltaan valtiosääntöisiä – vallanjako-oppi toimii kokoavana teemana. Varsinaista hallinto-oikeudellista lainoppia ei ole tarkoitus harjoittaa huo-

²⁵ van Caenegem 1995: 32.

²⁶ On tietenkin päivänselvää, että muilla oikeudenaloilla on vastaavanlaisia fundamentaalisia rajanvetoihin perustuvia käsitteistöjä, jotka ovat keskeinen osa niiden omaa systeemiä ja käsittejärjestelmää. Esim. *Kimmo Nuotio* (2003a: 244) katsoo, että rikosoikeudelle olennainen on rikosopin käsitteistö, joka rakentuu tekoa ja tekijää koskevien perustavanlaatuisien käsitteellisten erotteluiden varaan. Nuotio mainitsee esimerkkinä mm. seuraavia rajanvetoja: oikeudenvastainen/oikeudenmukainen, syyntakeinen/syyntakeeton ja syyksi luettava/ei-syyksi luettava. Nuotio mukaan tällaisten käsitteellisten erottelujen avulla voidaan tuottaa rikosoikeudellisesti ”merkityksellisiä erotteluita”, jonka vuoksi tällaiset rajanvedot ovat hyödyllisiä.

limatta siitä, että kirjoittaja pitää valtiosääntöoikeuden ja yleishallinto-oikeuden keskinäistä normatiivista ja opillista sidosta erittäin vahvana.

Tässä kirjassa painopisteenä on nimenomaan teoreettisten oppirakennelmien kriittinen tarkastelu ja sen arviointi, millä tavalla uusia yleisiä oppeja jälkimodernissa yhteiskunnassa voitaisiin ehkä kehittää, jos se ylipäänsä on mahdollista ollenkaan. En käy tässä käsittelemään tarkemmin mitä *jälkimoderni* tarkkaan ottaen tarkoittaa, vaan viittaan yleisesti yhteiskunnalliseen tilanteeseen, jossa modernin alkuperäisten ohjelmien kiinnipitöyrytyksen sijaan täytyy pyrkiä alati muuntamaan ja merkityksellistämään ohjelmia ja tuottamaan uusia partiaalisia ohjelmia toimijoiden halujen ja tarpeiden osoittamassa suunnassa.²⁷ Voidaan puhua myös eräänlaisesta maailmanhahmottamistapojen pirstoutumisesta.

Hillityssä mielessä voidaan viitata myös niiden nk. suurten kertomusten kaotamiseen ja yhteiskuntien fragmentoitumiseen ja yhtenäiskulttuurien rapautumiseen valtioryksiköiden sisällä. Lainopin näkökulmasta on puhuttu *polysentriasta*, joka korostaa oikeuden monenkeskisyyttä ja eri oikeudenalojen välisiä eroja kuitenkin niin, ettei tilalle ehkä esitetä mitään uutta ”suurta kertomusta” oikeuden systeemiseksi hallitsemiseksi.²⁸ Todettakoon kuitenkin, että jälkimoderni on tässä kirjassa lähinnä sana, jolla on haluttu korvata postmoderni.²⁹ Käsitteen käyttöön ei siis liity mitään erityistä kannanottoa sosiologiseen keskusteluun sen suhteen, onko moderni jo mennyt ohi (post) vai, onko se ehkä vasta nyt ikään kuin täydellistymässä. Jälkimoderni viittaa kirjassa siis varsin yleisesti tietynlaiseen oikeudellisen sääntelyn monimutkaistumiseen ja hajaantumiseen sekä niiden aiheuttamaan yleiseen yhteiskunnallisen ilmapiirin ja oikeudellisen mentaliteetin muuttumiseen erityisesti oikeustieteenä tunnetun elämänmuodon sisällä. Ymmärtääkseni käytän käsitettä siis samantapaisesti kuin *Thomas Wilhelmsson* teoksessaan *Senmodern ansvarsrätt* (2001). Tämän kirjan ydinsanomman kannalta en pidä käsitettä itsessään laisinkaan tärkeänä mutten myöskään täysin hämmästy, jos joku haluaa tätä sananvalintaa moittia. Kirjoittajana käytän tässä häpeämättömästi hyväkseni sananasettajan valtaa nimetä. Jälkimoderni ei siis ole tässä alisteinen historialliselle periodisoinnille, vaan se on epämääräisempää, ajattelutapaan/asenteeseen liittyvää.³⁰

Tässä kirjassa tavoitteena ei ole suoranaisesti kehittää aineellisessa mielessä uusia systematisoivia ohjelmia eli yleisiä oppeja, vaan pikemminkin pyrkiä teoksen lopussa arvioimaan – varsinaisissa käsittelykappaleissa tapahtuneen tarkas-

²⁷ Vrt. Jallinoja 1996: 42.

²⁸ Vrt. Jyräki 2003: 320–321.

²⁹ Tekstissä ei siis haluta operoida vastinparilla moderni–postmoderni ja käydä siihen liittyvää keskustelua. Modernin ja postmodernin määrittelystä erityisesti poliittisen filosofian näkökulmasta ks. Pulkkinen 1998: 46–64.

³⁰ Vrt. Pulkkinen 1998: 55 (joka tosin puhuu siis postmodernista).

telun pohjalta – vanhoja kriittisesti ja pohtia sitä, millä erityisellä tavalla tai mistä lähtökohdista käsin uusia oppeja saattaisi ehkä olla mahdollista kehittää. Voidaan kuitenkin kysyä, sopiiko tällainen tehtävänasettelu teoreettiseen lainoppiin ol- lenkaan vai, pitäisikö kulttuurisina postulaatteina olevat fundamentaalirajanve- dot vain hyväksyä. Siis, ota tai jätä, mutta pulinat pois. Voiko näinkään oikeas- taan ajatella?

Lienee jonkinlainen lainoppia koskeva väärinymmärrys, jos siltä riistetään kriittisyys ja innovatiivisuus. Jälkimodernikaan teoreettinen lainoppi ei voine olla vain palvelevaa konstruointikoneen toimintaa ilman omaa kriittistä reflek- tiota. *Thomas Wilhelmsson* esittää mielestäni hyvän määritelmän kun hän sanoo, että ”Yleisten oppien rakentaminen, kritiikki ja purkaminen kuuluvat lainopil- le”.³¹ Määritelmä on siksikin hyvä, että se sopii antamaan perusteet kutsua käsil- lä olevaa kirjaa lainopilliseksi. Kyse ei ole vain rakentamisesta, vaan myös sys- teemin pohjalla olevien oppirakennelmien kritiikistä ja purkamisesta. Juuri nämä kaksi elementtiä ovat tässä työssä pinnalla. Kyse on siis *teoreettisesta lainopista*, joka voi aivan luontevasti ottaa tehtäväkseen myös tradition arvioinnin ja kritii- kin.³² Teoreettisuus näkyy myös osittain siinä, että käsittelyssä on runsaasti mu- kana ainesta, jota voidaan pitää luonteeltaan varsin oikeusteoreettisena ja pai- koin oikeusfilosofisenakin.

1.3 KIRJAN RAKENNE JA AIHEEN KÄSITTELYTAPA

Tämän kirjan tarkastelun punainen lanka on valtiiovallan kolmijako-oppi doktri- inina ja käytännön ilmiönä sekä siihen liittyvät julkisoikeuden ydinalueella näky- vät kerrannaisvaikutukset tai niiden puute. Koko kirja on ymmärrettävissä jon- kinlaiseksi yritykseksi hakea uudelleenorientoitumismahdollisuuksia suhteessa vallanjako-oppiin ja sen sisältämään normatiivisen yhteiskuntateorian eräisiin keskeisiin edellytyksiin. Miten vallanjako suhtautuu viime vuosina yhä keskei- semmäksi tullessiin perusoikeuksiin? Miten nämä diskurssit, hallitsevat ja tajun- taamme muokkaavat puhetavat, suhteutuvat toisiinsa?

³¹ Wilhelmsson 1997a: 341. Yleisten oppien määrittelystä ytimekkäästi ks. Jyränki 2003: 29–30.

³² Wilhelmsson 1997a: 347. Koetan pysytellä käsittelyssäni oikeustieteellisen diskurssin sisällä ainakin siinä mielessä, etten etene tietoisesti valtio-opin puolelle, vaikka se monissa kohdin olisi sinänsä perusteltua. Julkisoikeuden opit nimittäin rakentuvat jonkin *normatiivisen poliittisen teo- rian* varaan, vaikkei asiaa eksplisiittisesti korostetakaan. Analogiaa voidaan hakea vaikkapa nyky- aikaisen varallisuusosoikeuden teoriasta. Varallisuusosoikeus nimittäin rakentuu markkinatalousajatte- lun perustalle eli järjestelmän perusteluna on markkinatalouteen uskova taloustieteellinen ajattelu. Ks. tark. Tolonen 2001: 43–46. Samalla tavoin perintöoikeuden taustalla on tietynlainen näkemys perheistä, vahingonkorvausoikeuden taustalla vahingoista ja niiden aiheuttajista jne.

Punaisen langan valintaa voi ruotia myös sellaisenaankin. Eli: miksi juuri vallanjako? Perusteluja ei oikeastaan tarvitse kovin kaukaa hakea. Vallanjako-oppi on sellainen osa oikeuden normatiivista (apriori) kielioppia, että se heijastuu *koko oikeusjärjestykseen*. Vallanjako-oppia tosin käsitellään kansainvälisessä vertailukirjallisuudessa usein vain lainsäädäntövallan ja lakiasäättävän vallan välisenä järjestelynä, jolloin puhutaan erilaisista malleista, kuten presidentialismi, parlamentarismi ja semi-presidentialismi.³³ Tässä kirjassa vallanjaon tämä ulottuvuus jää miltei täysin syrjään ja vallanjakoa tarkastellaan erityisesti tuomiovalan suhteena lainsäätäjään ja toimeenpanevaan valtaan. Tässä mielessä vallanjako on tämän kirjan käyttötarkoitusta silmällä pitäen nimenomaan erilaisten julkisen vallan funktioiden määrätynlaista eriyttämistä erilaisiin samalla horisontaalisella vallan tasoilla oleviin elimiin tai toimintoihin. Mitä tällaisella vallanjaolla sitten tarkoitetaan opiksi muotoiltuna? *M.J.C. Vile* määrittelee asian perustasolla seuraavasti:

”It is essential for the establishment and maintenance of political liberty that the government be divided into three branches...To each of these three branches there is corresponding identifiable function of government, legislative, executive, or judicial. Each branch must be confined to the exercise of its own function and not allowed to enroach the functions of the other branches.”³⁴

Vallanjaon ohella esille nousee sen muuttaminen tai eräänlainen käsitteellinen, systeeminen ja empiirinen hapertuminen. Tästä johtuen käsittelyyn tulevat myös uusi perusoikeusdoktriini ja teoreettisen lainopin suhde jälkimoderniin 2000-luvun yhteiskunnan oikeuteen ja sen systematisointimahdollisuuksiin. Keskeisenä olettamuksena kirjan juonenkulun kehittämissä on se, että *vallanjaon yksi keskeisimmistä yhteiskunnallisista funktioista on erottaa oikeuden ja politiikan alue toisistaan*.³⁵ Tähän oletukseen kirjan käsittely pitkälti nojaa, vaikkakin kautta kirjan tätä oletusta käydään myös vähä vähältä arvioimaan kriittisesti. Kirjan

³³ Valtio-opillisessa vertailututkimuksessa on erityisesti pantu paljonkin painoa sille, kysymykselle onko presidentialismi parempi kuin parlamentarismi vai, olisiko ehkä semi-presidentialismi sittenkin demokratian kannalta ”paras” malli. Ks. esim. Shugart & Carey 1992; Linz 1994 ja Sartori 1994. Nk. yleisen valtiosääntöoikeuden näkökulmasta tiivistetysti ks. Husa 1997b: 244–250.

³⁴ Vile 1967: 13. Ks. myös Venter 2000:212. Perusmäärittelystä yleisellä tasolla ks. Pohjolainen 1988: 57–59.

³⁵ Käytän ilmaisua funktio varsin yleisessä merkityksessä, enkä liitä sitä mihinkään tiettyyn yhteiskuntateoriaan tai oikeussosiologiseen viitekehykseen (esim. *Talcott Parsons*, *Robert K. Merton* tai *Niklas Luhmann*). Hyvin yleisellä tasolla funktiolla viitataan ajatukseen, jonka mukaan yhteiskunnassa ajatellaan olevan tiettyjä vakiintuneita sosiaalisia prosesseja ja tapahtumia, joita ei voida palauttaa yksilötason toimijoihin. Eli: tietyt ilmiöt ovat omiaan pitämään yllä tiettyjä yhteiskunnallisia rakenteita, systeemejä tai instituutioita. Ks. tark. Ervasti 2002: 47–51.

loppuluvussa tuon oletuksen normatiivinen ja systemaattinen voima asetetaan sitten kokonaan uudenlaisen, perusoikeuksiin suhteutetun arvioinnin ja pohdinnan kohteeksi.

Tarkastelussa kulkee koko ajan mukana tietty pohjoismainen ja yleisempikin vertaileva ote, vaikka työn pääanti on suunnattu kotimaiselle forumille. Vertailevan ja kansainvälisen aineksen rooli on tukea varsinaista substanssikäsittelyä, eikä tavoitteena ole tehdä varsinaista vertailevaa oikeustiedettä.³⁶ Kirjan ote on kuitenkin varsin vahvasti vertailuelementtejä hyödyntävä ja kansainvälistä ainesta sisällään pitävä. Tämä heijastelee pitkälti kirjoittajan nykynäkemyistä modernin oikeustieteellisen tutkimuksen luonteesta, joka ei enää voi olla 2000-luvulla metodisesti ja episteemisesti kansallisvaltion sitoutunutta. Niinpä tässäkin kirjassa on runsaasti mukana saksalaista, ruotsalaista ja muiden valtioiden valtiosääntöoikeudellista materiaalia.³⁷ Toisaalta käsillä olevan kirjan peruspositio on lähtökohdiltaan selkeästi kansallinen. Lisäksi on syytä huomauttaa siitä, että tämä työ sisältää paljon kirjoittajan tulkintaa asioista – käsillä ei ole siis totuus, vaan yksipuolinen ja vajavainen kirjoittajan koostama käsitys asioista, joka on tietysti vastatulkinnoin kiistettävissä.³⁸ Kirja ja erityisesti sen viimeisen luvun teoreettista lainoppia ja oikeuden systematisoimista koskevat näkemykset ovat (kuten teksti tietysti kauttaaltaan) kirjoittajan tulkintaa; *näinkin* asian voi valituista lähtökohdista nähdä. Kirjan mitään osaa ei tulisikaan lukea julistuksena, vaan mieluumminkin kriittisinä kysymyksinä ja pohdintoina.

Kirjassa sovellettavan teoreettisen lainopin versio on – metodisessa arviossa – siis luonteeltaan vertailevaa ainesta ja vertailutietoa *hyödyntävää*, vaikka sen normatiivinen ja episteeminen perusnäkökulma on kansallisvaltion sitoutunut. Tässä on taustalla kirjoittajan eri yhteydessä kehrittelemä ajatus siitä, että julkisoikeuden ja erityisesti valtiosääntöoikeuden alueella on olemassa jotain yleistä ja yhtäläistä.³⁹ Erityisesti integroituvan Euroopan alueella voidaan perinteisiä erotteluja pitää aiempaa merkityksettömämpinä – EU:n jäsenvaltioiden järjestelmisä on yhä enemmän yhteisiä normistoja, käsitteitä ja yleisiä oppeja, jotka ovat yhteisiä joko kaikille tai ainakin useimmille jäsenvaltioille.⁴⁰ EU-oikeus itsessään on jotain uutta; se ei tunne vallan kolmijako-oppia eikä jaottelua yksityis- ja julkisoikeuteen.⁴¹ Vallanjaon on kuitenkin helppo nähdä olevan juuri tällainen

³⁶ Vertailevasta oikeustieteestä tark. ks. esim. Husa 1998a.

³⁷ Ainakin osittain tämä johtuu siitä, että kirjoittaja arvioi eräitä ulkomaisen aineksen käyttötapoja kriittisesti. Tämä edellyttää myös sitä, että tässä työssä käsitellään tämän tyyppistä ainesta, jotta käyttötapoihin kohdistuvalla kritiikillä olisi jonkinlainen perustelunsa.

³⁸ Vrt. Palonen 1988: 14–15.

³⁹ Ks. tark. Husa 1997b.

⁴⁰ Vrt. Laakso 2000: 114.

⁴¹ Tässä kirjassa käytän ilmaisua EU-oikeus siten, että se kattaa EU:n kaikki pilarit. Historiallisesa tai muussa riittävästi ajallisessa mielessä taaksepäin liittyvässä yhteydessä eli jos viittaakaan aikaan ennen EU:ta käytän ilmaisua EY-oikeus.

jäsenvaltioiden *omille* järjestelmille yhteinen asia. Myös globaalilla tarkastelutasolla se näyttää yhdistävän eri järjestelmien sisäisiä ydinteemoja toisiinsa, vaikka homogeneisuus onkin varsin kaukana.

Kirjan ensimmäinen käsittelykokonaisuus avataan oikeuden ja politiikan sekä normihierarkian valvonnan tarkastelun kautta. Toinen käsittelykokonaisuus liittyy murtuvan systematiikan julkisoikeudellisiin uudelleensystematisointiyrityksiin ja niiden suhteeseen vallanjakoon. Kolmas kokonaisuus vie tematiikan hallinto-oikeuden alueelle, jossa oikeuden ja politiikan rajanveto vallanjako-opin mukaan näyttää olevan yhä hankalampaa. Lopuksi teemat pyritään nitomaan yhteen teoreettisen lainopin perusoikeusvetoisen nykykeskustelun kanssa. Koko tarkastelun kantavana motivaatioperustana on *skepsis* sen suhteen, voiko ortodoksinen julkisoikeus enää oikein tavoittaa läntisten oikeus- ja poliittisten järjestelmien todellisuutta ja pluralismia systematisointi-, vallanjako- ja perusoikeusideologioineen.⁴² Oikeudellinen sääntelyajattelu kohtaa muita ja paljon vakavampiakin uhkia (globalisaatio, talouden ylivalta), mutta tässä ollaan kiinnostuneita itse aiheutetusta tai muutoin sisäsyntyisestä ”systeemikompuroinnista”. Markkinatalouden ylivalta, ihmisten muuttuminen kansalaisista kuluttajiksi, globalisaatio ja integraatio tietysti vaikuttavat jälkimodernin tilan eri osatekijöinä, mutta ne eivät sellaisenaan nouse suoraan tässä kirjassa käsittelyn ytimeen, vaan jäävät reunoille.⁴³

Sen sijaan koko ajan vallanjakoteeman rinnalla tai sille tarkastelussa alisteisena kulkee toinen teema, joka liittyy oikeustieteen ja oikeudellisen ajattelun muutokseen 1990-luvulla. Kyse on ihmis- ja perusoikeuksien muuttuneen aseman ja roolin nousemisesta aiempaa keskeisempään ja koko oikeudellista *systeemiä* jäsentävään positioon. Kyse on poliittisen päätöksenteon ja sille alisteisen hallinnollisen vallan aiempaa tiiviimmistä ja detaljoidummasta ”alistamisesta” koko järjestelmän läpikäyvälle konstitutionalisoitumiselle ja nimenomaisesti perusoikeudellistumiselle. Tässä kirjassa tämä piirre heijastuu muun muassa hallinto-oikeuden tietynlaisena valtiosääntöistymisenä. Tämä kehitys liitetään kirjan juonenkulussa legalistishenkiseen oikeuskulttuurin painopisteen siirtymään, jonka keskeisimpiä kantavia ajatuksia on vetää uudella tavalla rajaa, uudelleentulkiten vallanjako-oppia, politiikan ja oikeuden välillä käyttäen välineenä erityisesti erilaisia perusoikeusinstrumentteja. Perusoikeudet kuitenkin tuntuvat sopivan täl-

⁴² Tähän liittyy se yleisempi ajatus, jonka mukaan julkisoikeuden teoriat, oppirakennelmat ja käsitteet ovat perimmäiseltä luonteeltaan dynaamisia, kontekstuaalisia ja poleemisia. Jos konteksti muuttuu, niin käsitteidenkin tulisi muuttua. Ks. tämän ajatuksen teoreettisesta muotoilusta *Carl Schmittin* ajattelussa esim. Tuori 1997:9 ja Ojakangas 2001:105–106.

⁴³ Konkreettisenä esimerkkinä mainittakoon vain Jyrängin (2003: 355) viittaama *oikeuspartikularismi*, joka johtuu siitä, että EU-valtioiden noudattamalla kotimaisella ja EU-oikeudella ei ole keskinäistä normatiivista yhteyttä. Oikeuden globalisoitumisesta ja sen vaikutuksista yleisemmällä tasolla ks. Tolonen 2000: 216–225.

laiseen tehtävään hiukan heikonlaisesti, koska ne ovat normien lisäksi myös arvoja, jotka eivät jäsenny politiikka/oikeus-erottelun mukaisella tavalla. Lisäksi perusoikeudellistuminen näyttää mahdollisesti johtavan politiikan ja oikeuden välisen rajan uudelleenpiirtymiseen tavalla, joka edistää yhteiskunnan läpitunkevaa oikeudellistumista horjuttaen samalla vallanjako-opin mukaisia fundamentaalisia peruserotteluja. Kyse on nykyaikaisen demokraattisen oikeusvaltion perustavanlaatuisista pohjaoletuksista, jotka näyttävät asettuvan toistensa kanssa ristiriitaiseen asemaan. Mitä tässä tilanteessa teoreettisen lainopin sitten pitäisi ehkä tehdä, jää kirjan loppuluvussa käsiteltäväksi.

Kirjan yleinen teoreettinen viitekehys rakentuu hyvin väljästi demokraattisen oikeusvaltion teorian varaan. Tämä tarkoittaa sitä, että eräillä tärkeinä pitäminäni *Carl Schmittin* ja *Jürgen Habermasin* oikeusvaltiota koskevilla ajatuksilla on tärkeä rooli kirjassa. Kyse ei kuitenkaan ole heidän ajattelunsa tutkimuksesta, vaan siitä, että eräitä heidän vallanjakoon ja perusoikeuksiin liittyviä tärkeitä tulkitsemiani ajatuksia hyödynnetään kautta työn. Lukijan ei pidäkään olettaa, että käsillä oleva työ olisi jotenkin ”schmittiläinen” tai ”habermasilainen”. Habermasin ajattelun kohdalla olen myös voinut hyödyntää *Kaarlo Tuorin* demokraattisen oikeusvaltion ydinosia sekä lainkäytön politisoitumisriskiin liittyviä kirjoituksia tärkeinä pitämissäni kohdissa. Tämäkään ei tarkoita, että tämä kirja olisi jotenkin ”tuorilainen”.⁴⁴ Sama koskee valtiosääntöoikeuden doktrinäärisen perushahmottamisen kannalta tärkeitä *Antero Jyrängin* tekstejä, joilla on monissa ydinkohdissa ollut tärkeä merkitys kirjoittajan oman kannan muodostukselle. Ei tietenkään ole mainittujen tahojen vastuulla millään tavalla, jos ja kun tässä erkaannutaan lähteiden käsityksistä ja muutoinkin pyritään itsenäisesti yhdistelemään eri teemoja pyrkien omaperäisiin tulkintoihin.

⁴⁴ Voidaan ajatella, että Schmittin, Habermasin ja Tuorin rakentamilla konstruktioilla on arvoa teoreettiselle lainopille, vaikkeivät ne olekaan täsmällisyyteen pyrkiviä yhteiskuntakuvauksia eivätkä täysin puhtaasti teoreettisia malleja. Teoreettisen lainopin kannalta malleja voi pitää arvokaina tulkintoina siitä, mitä oikeusvaltio voi olla, ja mitkä ovat sen yleisten oppien keskeisimmät ainesosat. Vrt. Lämsineva 2002: 22.

2 Oikeus vs. politiikka – oikeuden perusta ja normihierarkian valvonta

2.1 MIHIN OIKEUSJÄRJESTYS VIIME KÄDESSÄ PERUSTUU?

2.1.1 Johdanto

Yleisen oikeusteorian yksi eniten käsiteltyjä teemoja on kysymys siitä, mihin oikeusjärjestys – normatiivisesti velvoittavana – perustuu. Oikeustieteellisten kirjastojen pitkät hyllyrivit ovat hyvä osoitus tästä. Erilaisia vastausehdotuksia voidaan kuitenkin hakea useista eri suunnista. Siinä missä realistinen oikeustiede haluaa etsiä vastauksia käyttäytymisen eli empirian tai tuomari-ideologian rekonstruoinnin suunnasta, lähtee normativistinen teoria etsimään vastausta oikeuden sisäisistä tekijöistä. Valtiosääntöoikeuden kannalta molemmat ratkaisusuunnat tuntuvat jäävän jollain tapaa puolitiehen. Usein ne ovat joko liian empiristisiä ja syyllistyvät turhan suoriin oikeuden redusointeihin empiirisestä todellisuudesta tai sitten ne haluavat palauttaa kysymyksen pätevän oikeuden perustasta oikeuden sisäisiin tekijöihin ja näin jättävät empirian liiaksi ulkopuolisen asemaan. Valtiosääntöoikeus on tässä suhteessa yleensäkin varsin monimutkainen alue, koska sillä on tiettyjä omaleimaisia piirteitä, jotka paikoin muistuttavat muista oikeudenaloista kansainvälistä julkisoikeutta, mutta ovat silti siitä jollain tapaa poikkeavia. Nämä omaleimaisuudet antavat tälle oikeudenalalle jonkin tietyn erityisyyden tunnun, joka kietoutuu sen oikeusteoreettiseen perusominaisuuteen eli hierarkkiseen ylemmyyteen suhteessa muihin normistoihin.

Yksinkertaisimmillaan tämä erityisyyden tuntu voi olla sitä, että osa valtiosääntöoikeudellisista kysymyksenasetteluista on laadultaan sellaisia, ettei niitä voi taivuttaa oikeudellinen vs. ei-oikeudellinen -rajanvetoasettelun mukaisiksi. Tosiasiallinen ja poliittinen sekoittuvat erottamattomasti oikeudellisen aineksen kanssa tavalla, jossa erilaisten ainesosien selkeälinjainen erottaminen on vaikeaa, ellei suorastaan mahdotonta. *Antero Jyränki* on ilmaissut tämän monimutkaisen suhteen seuraavalla tavalla:

”Väline, jolla poliittinen muunnetaan oikeudelliseksi, on valtiosääntölaki ... Poliittinen valta muuntuu valtiosääntölain avulla oikeudelliseksi toimivallaksi ja poliittinen valtataistelu taisteluksi oikeusjärjestyksen sisällöstä.”⁴⁵

⁴⁵ Jyränki 1989: 17.

Tässä luvussa koetetaan soveltaa saksalaisen valtiosääntöteorian välineistöä ja käsitteistöä arviointiin EU-oikeuden valtiosääntöoikeudellisen perustan pätevydestä ja sitovuudesta.⁴⁶ Analyysin välineistö on peräisin *Allgemeine Staatslehren* ja *Verfassungslehren* ajattelijoilta Jellinekiltä, Kelseniltä ja Schmittiltä, joista viimeksi mainittu on käsittelyn kannalta avainasemassa, muiden jäädessä tarinan sivurooleihin. Tarkoituksena on analysoida yleisesti kysymystä oikeuden valtiosääntöisestä perustasta tarkastelemalla pintaa syvemältä yhtä EU-oikeuden kehittymisen kannalta oleellista oikeustapausta yleisen julkisoikeuden ja valtiosääntöteorian näkökulmasta käsin hyödyntämällä yhden keskeisen ajattelijan kehittelemiä eräitä valtiosääntöopillisia konstruktioita. Tavoitteena on valaista politiikan ja oikeuden välistä rajanvetosuhdetta tavalla, joka ei ole suoraviivaisesti oikeusrealismia muttei myöskään oikeusteoreettista normativismia. Erään terminologian mukaan analyysia voisi kutsua desisionistiseksi, koska se liittyy niin voimakkaasti *päätöksen* problematiikkaan.⁴⁷ Tällainen lähestymistapa nousee siitä yleisemmästä ideasta, että EY-tuomioistuimen roolia tulisi ymmärtää sellaisesta näkökulmasta, joka on toisaalta yhteensopimaton vallanjako-opin teoreettisten peruslinjausten kanssa, mutta asian ymmärtämisen kannalta välttämätön. Kyse on yrityksestä asettaa juridiikka poliittiseen kontekstiinsä oikeustieteen sisäisestä näkökulmasta.⁴⁸ Tämä ajatus on tärkeä myös kirjan jäljempänä tulevilla luvuilla, kun puhe kääntyy oikeudellistumiseen ja perusoikeuksien eräiden potentiaalisten käyttötapojen seurausten kritiikkiin.

Ymmärrän, että oikeussosiologi tai oikeudesta kiinnostunut valtio-oppinut voi ihmetellä sitä, miksi täytyy käyttää näin raskasta välineistöä kohtuullisen yksinkertaisen asian (politiikkaa ja oikeutta ei oikein voi erottaa) alleviivaamiseen. Lainopin maailmassa tämä ei kuitenkaan automaattisesti päde – siksi seuraava on tarpeen kirjan myöhemmän juonenkulun ja loppuratkaisujen kannalta.⁴⁹ Schmitten ajattelutapa nimittäin yhtäältä osoittaa yksinkertaisten sfäärijaottelujen käyttämisen perimmäisen ongelmallisuuden ja toisaalta suoraan viittaa

⁴⁶ Valinta on elimellisesti oikeudenalakohlaiseen näkökulmaan liittyvä. Jos valittua oikeustapaus analysoitaisiin esim. sopimusoikeuden näkökulmasta, niin tulokset ja argumentaatio olisivat koko lailla toisenlaisia. Soveltamalla esim. *Vesa Annolan* (2003) ideoita sopimuksen dynaamisuudesta voitaisiin saada myös kokonaan uudenlainen näkökulma perinteiseen *pacta sunt servanda*-lähtöiseen EU-kirjoitteluun. Annola nimittäin hahmottelee perinteisen staattisen sopimuksen sijaan ajatusta dynaamisesta sopimuksesta, jossa jo solmimishetkellä sopimuksen tiedetään täydentyvän myöhemmin ilman, että sopimusta silti voitaisiin pitää ”epätäydellisenä”. Juuri EU-oikeudessa on näyttänyt olevan tyypillistä, että perussopimuksen sitovuus tai koskeva ymmärrys muuttui ja oikeastaan muuttuu vieläkin alkuperäisen sopimuksen solmimisen jälkeen.

⁴⁷ Ks. myös Ojakangas 2001: 94–97.

⁴⁸ Vrt. Wiklund 1999: 109.

⁴⁹ Postmodernin poliittisen filosofian kannalta tällaiset erottelut ovat erinomaisen epäilyttäviä jo sellaisenaan (ks. Pulkkinen 1998: 49). Tässä rajaudutaan oikeus–politiikka-erottelun kriittiseen käsittelyyn, jolloin muut vastaavantyyppiset vastinpariasetelmat jätetään tietoisesti sivuun.

oikeuden ja politiikan paljon monimutkaisempaan suhteeseen kuin oikeudellisen vs. poliittinen vastakkain asettelu sallii. Tästä syystä juuri kriittinen vallanjohto-opin uudelleentulkinta voi hyötyä Schmittin valtiosääntöopista; se mahdollistaa relativoidaan sen taustaolettamusten uskottavuuden.

Saksalainen filosofi, valtio-oppinut ja valtiosääntöjuristi sekä aatehistorioitsija *Carl Schmitt* (1888–1985) on oikeutta ja politiikkaa koskehtavan filosofisen keskustelun kannalta monessa mielessä hyvin tärkeä henkilö, josta puhuminen tuntuu kuitenkin yleensä tuottavan tutkijoille lievää punastumista. Häpeily johtuu Schmittin ilmeisestä yhteydestä Saksan kolmanteen valtakuntaan ja erityisesti kansallissosialistien valtaannousuun liittyviin tapahtumiin, joiden valtio-oikeudellisessa justifiointissa Schmittillä oli kiistatta tietty osuus. Arastelusta huolimatta voidaan Tuorin muutaman vuoden takaista arviota eräänlaisesta kansainvälisestä Schmitt-renessanssista pitää oikeaan osuneena.⁵⁰ Hyvä osoitus oikeustieteen Schmittiin kohdistuvasta mielenkiinnosta ja sen laajuudesta on *Cardozo Law Reviewn* laaja teemanumero *Carl Schmitt – Legacy and Prospects*, jossa hänen ajatteluaan ja sen tulevaisuutta tarkastellaan hyvin monista eri positiioista käsin.

Eräänlaista filosofista kunnianpalautusta merkitsi jo Frankfurtin koulukuntaan kytkeytyneen Habermasin 1960-luvun alussa julkaisema kirja, jonka eräs teoreettinen päälähde oli Schmittin kriittinen parlamentarismianalyysi *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923).⁵¹ Nykyinen ajankohtaisuus ilmenee esimerkiksi lähivuosien *Telos*-aikakauskirjan numeroista⁵², joita vaikkapa vain pintapuolisesti vilkaisemalla huomaa nopeasti millaisessa asemassa keskustelunkohteena Schmittin ajattelu tätä nykyä anglosaksisessa maailmassa on. Manner-Euroopassa Schmitt ei koskaan varsinaisesti kadonnut näyttämöltä ja esimerkiksi Italiassa hänellä on ollut merkittävä asema 1970-luvulta lähtien. Schmitt on siis ajankohtainen – joskin edelleen kiistelty – kansainvälisessä poliittisessa filosofiassa, politologiassa ja julkisoikeuden teoriassa. Schmittin nimi alkoi vilahdella myös suomalaisessa kirjoittelussa ja keskustelussa 1980-luvulta lähtien erityisesti *Kaarlo Tuorin* valtio-oikeutta kos-

⁵⁰ Tuori 1997: 22. Merkittävimässä asemassa USA:laisen Schmitt ”renessanssin” synnyssä lie-
nee *Joseph Benderskyn* teos *Carl Schmitt: Theorist for the Reich* (1983). *Wolfgang Palaver* arvioi
(1996) Schmittin olleen pitkään olleen ”outlaw in academic circles”, mikä on estänyt hänen työnsä
kunnollisen arvioinnin. Ks. myös Ojakangas 2001: 89–93.

⁵¹ Habermas 1962.

⁵² Erityisesti keskustelun keskiössä on ollut Schmittin käyttämä ’nomos’-käsite, joka liittyy
eräänlaiseen sääntelemättömyyden ja epävakaiseen tilaan, josta oikeusjärjestystä edeltävä ja sen
mahdollistava poliittinen päätös (”Jedes Gesetz als normative Regelung...bedarf zu seiner Gül-
tigkeit im letzten Grunde einer ihm vorhergehenden politischen Entscheidung...” Schmitt 1983:
22) nousee. Nomos-käsitteestä ks. myös Minkkinen 1997: 55–59.

kevissa monissa kirjoituksissa sekä osin *Antero Jyrängin* valtiosääntöoikeuden aatehistoriaa ja erityisesti perustuslainmukaisuudenvalvontamenettelyjä koske-
vissa tutkimuksissa.⁵³ Helsingin yliopiston puitteissa toimineen Tuorin johtaman
Oikeuden rajat -projektin puitteissa syntyneissä kirjoituksissa käsiteltiin joko
suoraan tai ainakin sivuttiin Schmitten ajattelua.⁵⁴ Myös *Mika Ojakankaan* tuo-
reemmat tutkimukset Schmitten poliittisesta filosofiasta ja valtio-opista on syytä
mainita tässä yhteydessä.⁵⁵

Ennen kuin käsittelen Schmitten ajattelun erästä avainelementtiä ja sovellan
sitä EU-oikeuden pätevyuden ja sitovuuden teoreettiseen analyysiin, erityisesti
vallanjaon edellyttämän politiikka/oikeus-erottelun näkökulmasta, esittelen tii-
viisti Schmitten tuotantoa, sen aatehistoriallista taustaa sekä käsittelen suhdetta
Schmittin Weimarin Saksan aikaiseen päävastustajaan eli Kelseniin. Näiden jak-
sojen avulla pohjustetaan kontekstuaalisesti Schmitten valtiosääntökäsityksen
ominaislaatua. Tarkoitan sen kykyä edetä suunnassa, joka ei ole normativismia
muttei myöskään oikeusrealismia. Tarkastelun pontimena on samalla yritys etsiä
samalla sellaisia teoreettisia välineitä, joiden avulla on mahdollista tavoitella
valtiosääntöoikeuden naamioista vapaata olemusta.⁵⁶ Seuraavassa siis koetetaan
konstruoida valtiosääntöteoreettisesti ja julkisoikeuden yleisen teorian kannalta
väljä analyysiraami, joka ei perustuvi suoraviivaisesti politiikan ja oikeuden
välisen erottelevan rajanvedon tekemiseen tai sellaisen problematisoimattomaan
hyväksymiseen. Taustalla on yleisempi oikeusfilosofinen näkemys oikeudesta,
joka ei ole vallan ja valtakonfliktien ulkopuolella. Itse asiassa lienee niin, että
konfliktit ja valta ovat välttämättä oikeuden ontologisia elementtejä.⁵⁷ Tämä aja-
tus on tietenkin lähtökohtaisesti epäsoinnussa vallanjako-opin edellyttämän oi-
keuden ja politiikan sfäärien erottelun kanssa.

2.1.2 Verfassungslehren kontekstia

Schmittin tuotanto osoittaa hyvin, kuinka hänen ajattelunsa muuttui ja eli jatku-
vasti. Joskus hänen tuotantonsa on jaettu kahteen kauteen, jolloin on erotettu
toista maailmansotaa edeltänyt ajanjakso ja sen jälkeinen jakso. Tällöin on pu-
huttu varhaistuotannosta ja myöhäistuotannosta. Tällainen jaottelu on luultavasti
liian karkea Schmitten ajattelun eri piirteiden hahmottamiseksi, joten Schmitt-

⁵³ Jyränki 1989.

⁵⁴ Esim. Hirvonen 1996: 119–133.

⁵⁵ Ks. esim. Ojakangas 2001, joka on mainio suomenkielinen johdatus Schmitten oikeusfiloso-
fiaan.

⁵⁶ Vrt. Ojakangas 1997: 5. Perustavien kriittisten kysymysten esittämisestä vallan perustasta ks.
myös Ojakangas 2001: 121.

⁵⁷ Ajatuksen oikeusfilosofisesta perustelusta tark. ks. Tontti 2002: 195–207.

tutkimuksessa käytetään myös hienojakoisempia kausittamisia.⁵⁸ Poliittisen filosofian puitteissa erityisesti Schmittin toisen maailmansodan jälkeinen tuotanto on näyttänyt saaneen erityistä huomiota, mutta julkisoikeudellisen teoriankehittelyn kannalta Schmittin parasta aikaa on epäilemättä Weimarin kausi, jolta ovat peräisin Schmittin tuotannon eittämättömät klassikot. Tuon kauden tuotantoa leimaa poleemisuus, joka kohdistui vanhemman valtio-oikeudellisen positivismiin aateperintöä vastaan. Julkisoikeuden teorian kannalta saksalaisen maailmansotien välisen ajan erimielisyydet personoituivat *Hans Kelsenin* ja Schmittiin.⁵⁹ Käsiteltävänä olevan teeman kannalta Schmittin mielenkiintoisin teos on *Verfassungslehre* (1928), joka edustaa eräänlaista kehittynyttä synteisiä valtiosääntöoikeudellisen, valtio-opillisen ja valtiofilosofisen lähestymistavan välillä.⁶⁰ Tällaisen valtiosääntöopillisen suuntauksen jatkajana voidaan pitää *Karl Loewensteinia*.⁶¹

Schmittin ajattelu voidaan nähdä osana 1700-luvun jälkeistä saksalaista oikeudellisesti painottunutta valtio-oppia (*Allgemeine Staatslehre*), jonka – Schmittin oppihistoriallisen position ymmärtämisen kannalta – tärkein edustaja oli *Georg Jellinek* (1851–1911).⁶² *Staatslehre* liittyy elimellisellä tavalla Saksan 1800-luvun valtiolliseen historiaan. Tuolla ajanjaksolla työstettiin runsaasti teoksia ja esityksiä, joiden yhteisenä aiheena oli Saksan alueen pienten valtioiden yleinen valtio-oikeus (*allgemeinesch deutsches Staatsrecht*). Pyrkimyksenä oli parantaa sekavia valtio-oikeudellisia oloja kehittämällä *Staatslehren* piirissä ratkaisuehdotuksia ja malleja.⁶³ Julkisoikeuden yleisteoreettisena aineksena monet tuolloin työstetyistä ideoista ovat edelleenkin käyttökelpoisia, vaikka 2000-

⁵⁸ Ainakin neljä eri tutkimuskautta voidaan erottaa. Jaottelulla voidaan ainakin osoittaa valtiosääntöteorian kehittymisen kannalta keskeisen Verfassungslehre-teoksen sijoittuminen Schmittin tutkijankuvassa. 1) Keisarikunnan aika (1912–1918), jolta on peräisin mm. *Gesetz und Urteil* 1912. 2) Weimarin tasavallan aika (1919–1932), jolta ovat peräisin mm. *Gesetz und Urteil* 1921, *Politische Theologie* 1922, *Verfassungslehre* 1928, *Die Hüter der Verfassung* 1931 ja *Legalität und Legitimität* 1932. 3) Kolmannen valtakunnan aika (1933–1945), jolta ovat peräisin mm. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* 1934, *Der Führer schützt das Recht* 1934 (DJZ) ja *Die Deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den Jüdischen Geist* 1936 (DJZ). 4) Liittotasavallan aika (1946–1985), jolta on peräisin mm. *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* 1950. (Ks. myös Tuori 1997: 9.)

⁵⁹ Ks. tark. Mehring 1994: 191–202 ja Holmström 1998: 244–250. Suomalaisia luonnehdintoja ks. Jyräki 1989: 343 ja Tuori 1990: 165–166. Lyhyt mutta pätevä esitys Schmittin elämän ja ajattelun pääpiirteistä ks. Pünder 2002.

⁶⁰ Sanottakoon, että Kelsenin puhtaan oikeusopin kypsän version ja Schmittin laittaminen rinnakkain ei ole teoreettisesti puhdasoppista tai aatehistoriallisesti ongelmattonta. Siinä missä Verfassungslehre on mitä ilmeisimmin Weimarin valtiosääntöön sidottu, niin Reine Rechtslehre on puolestaan ”Theorie des Positiven Rechts...nicht einer speziellen Rechtsordnung. Sie ist allgemeine Rechtslehre” (Kelsen 1983:1).

⁶¹ Ks. tark. Loewenstein 1959.

⁶² Ks. myös Tolonen 1988: 108–120.

⁶³ Ks. Jyräki 1989: 203–205.

luvun alkua voidaan kuvata yleisesti myöhäismoderniksi. Sääntelyn pintataso on muuttunut noista ajoista paljonkin, mutta tuo muutos ei välttämättä ulotu oikeudenalan fundamentaaliolietuksiin saakka, jotka ovat peräisin kauempaa historiasta.

Jellinek lienee ensimmäinen merkittävä valtio-oikeuden ja valtio-opin edustaja, joka ajattelullaan ennakoii myöhempää *Allgemeine Staatslehren* sisällöllistä ja opillista jakautumista toisistaan erillisiksi valtio-opiksi ja valtio-oikeudeksi. Sittemmin Kelsen kiristi Jellinekin jo ennakoiman rajalinjan oikeudellisen ja poliittisen välillä äärimmilleen Schmittin valtiosääntönäkemyksen viedessä poliittisuutta painottavaan suuntaan.⁶⁴ Jellinek esitti valtion kaksinaisluonteen nimellä tunnetun teoriasa pääteoksessaan *Allgemeine Staatslehre* (1905). Saksalaisessa julkisoikeuden teoriassa eksplisiittinen ajatus valtion dualistisesta luonteesta ei sinänsä ole tavattoman omaperäinen, mutta Jellinek kuitenkin huomioi ensimmäisenä po. teoksessaan valtion kaksinaisluonteen (*doppelnatur des Staates*) ja eritoten sen merkityksen *explikoidusti* julkisoikeuden tutkimuksen metodologialle.⁶⁵ Mielenkiintoista on, että Jellinekin luomalle pohjalle rakentuu myös Kelsenin puhdas oikeusoppi, jossa viedään johdonmukaisesti loppuun se, mihin Jellinekin teoria antoi jo mahdollisuuden – yhteiskunnan ja oikeuden erottamiseen toisistaan.⁶⁶ Kyse on vallanjako-oppia mukailevan oikeus vs. politiikka-asetelman jyrkkyyssasteesta – kuinka periaatteellisesti tärkeänä erottelua tulee pitää.

Saksassa yleinen kehitys yhteiskuntatieteiden sisällä johti siihen, että *Allgemeine Staatslehre* alkoi jo 1920-luvulla ottaa etäisyyttä sen varhaisempiin juridisemmin painottuneisiin versioihin.⁶⁷ Valtiotutkimuksen kentän juridinen puoli tuli entistä selvemmin ja puhtaammin juridisena valtio-oikeustieteen mielenkiinnon kohteeksi tavalla, jota Kelsen omassa juridisesti orientoituneessa *Allgemeine Staatslehressään* (1925) pyrki edelleenkehittämään. *Allgemeine Staatslehre* nojaa aatehistoriallisesti ja opillisesti erilaiseen perintöön, kuin *Verfassungslehre*. Saksassa *Staatslehren* tehtävänä oli yhtenäistää saksalaista oikeutta 1800-luvulla, kun *Verfassungslehre* on taas myöhemmän ajan tuote.

⁶⁴ Vrt. Schmitt 1922: 63. Myös *Verfassungslehressä* on runsaasti viittauksia Jellinekin *Allgemeine Staatslehre* -teokseen.

⁶⁵ Ks. Jellinek 1905, metodologian kannalta erit. s. 19–21 ja s. 49–51.

⁶⁶ Vrt. Tuori 1990: 57–58.

⁶⁷ Palonen 1983: 98. Alun perin käytettiin nimitystä *Allgemeine Staatsrechtslehre*, mutta 1900-luvulle tultaessa *Recht* tiputettiin termistä pois, vaikka sisältö ei radikaalisti muuttunut. Suomessa tämä muutos tapahtui vasta II maailmansodan jälkeen henkilöityen pitkälti *Jan-Magnus Janssoniin*, jonka väitöskirja *Hans Kelsens statsteori mot bakgrunden av hans rättsfilosofiska åskådning* (1950) edustaa oikeuspainotteista yleistä valtio-oppia. Sen sijaan vuonna 1960 ilmestynyt *Politiikan teoria* muistuttaa lähtökohdiltaan ja asenteiltaan Yhdysvalloista vaikutteita saanutta empiiristä politologiaa. Valtiosääntöoikeustieteen näkökulmasta ks. Eriksson 1997. Teemasta tark. jäljempänä luvussa 3.1.

Lähestymistavoiltaan ne muistuttavat toisiaan – politiikkaa ja oikeutta tarkastellaan rinnakkain.⁶⁸ Tässä tehtävän analyysiyhteyksien kannalta on tärkeää korostaa juuri tätä *rinnakkaisuutta*, joka ei perustu toisen ulottuvuuden poissulkemisyhteykseen tai karkealinjaiseen politiikan ja oikeuden väliseen rajanvetoon. Tällaisena tämä ajattelu ei myöskään taitu vallanjako-opin mukaiseen kielioppiin eli oikeuden ja politiikan irrottamiseen toisistaan.

Jellinekin ajattelun läheinen suhde Schmittiin ilmenee ehkä erityisen selvästi asennoitumisesta keskeiseen rajakysymykseen: mitä kuuluu oikeuteen ja mitä kuuluu politiikkaan?⁶⁹ Miten tämä fundamentaalinen rajanveto tulisi oikein tehdä – selkärajaisesti vai elastisemmin? Kirjassaan *Verfassungslehre und Verfassungswandlung* (1906) Jellinek korostaa valtiosäännön reaalista puolta suhteessa normatiiviseen.

”Valtiosääntöjen kehitys antaa meille suuren – tosin ei aina vielääkään sen ensiarvoiseen merkitykseen nähden riittävästi huomioonotetun – opetuksen: oikeusnormit ovat kykenemättömiä hallitsemaan valtiollista vallanjakoa. Tosi-asialliset poliittiset voimat liikkuvat omien, kaikista juridisista muodoista riippumattomien lakiansa mukaan.”⁷⁰

Schmittin valtiosääntökäsityksen oppihistoriallisten juurten ymmärtämiseksi keskeisemmässä asemassa lieenee Jellinekin kuuluisa doktriini valtion kahdesta puolesta (*Zwei-Seiten Lehre*) jossa väitetään, että valtiolla – välttämättömästi – on **sekä** oikeudellinen **että** poliittinen puolensa. Jellinekin mukaan tosiasiallinen voi saada normatiivisen voiman (*Normative Kraft des Faktischen*). Jellinek koetti siis antaa – käsiteläinopillisen ajattelun vastaisesti – tapaoikeudelle oikeutetun sijansa valtio-oikeudessa.⁷¹ Kyseessä on ajatus siitä, että tosiasialliselle vallalle voidaan tietyin ehdoin myöntää sen tunnustaminen myös oikeudelliseksi vallaksi, joka voi saada normatiivisen voiman, jos siihen liittyy myös yleisempi oikeuskäsityksen muuttuminen.⁷² Kyse on siitä, *millaisesta* materiaalista – paitsi lainsäätäjän nimenomaisista lakitahdonilmauksista – voimassa olevaa valtiosääntö-oikeutta voi ylipäänsä syntyä. Pitääkö noudattaa tiukkaa vallanjakoa vai, onko jokin muu hahmottamistapa mielekkäämpi?

⁶⁸ Tosin Suomessa *Yrjö Ruudun* valtio-opin oppikirjan nimessä *Johdatus valtiosääntöoppiin* (1938) esiintyy termi *Verfassungslehre*, mutta kirjansa esipuheessa Ruutu kuitenkin kallistuu *Staatslehren* puoleen ilmoittaessaan painottavansa pikemminkin sosiologisia kuin oikeudellisia tekijöitä.

⁶⁹ Jellinekin (1905: 11) mukaan *Allgemeine Staatslehren* kuuluivat sekä *Soziallehre* että *Staatsrechtslehre*.

⁷⁰ Lainaus ja käännös Laakso 1978: 142.

⁷¹ Jellinek 1905: 329–. Varhainen kommentti Suomen näkökannasta ks. Erich 1909: 1–3.

⁷² Ks. myös Jyräki 1989: 344.

Jellinekin ajattelu ei myöskään tietenkään ole täysin omaperäistä ja juuretona, sillä sen taustalla voidaan nähdä 1800-luvun alkupuoliskon historiallisen koulun ajatuksenkulkuja. Historiallisen koulun edustajan *Friedrich Carl von Savigny* (1779–1861) kuuluisassa teoksessaan *System des Heutigen Römischen Rechts I* (1840) esittämän näkemyksen mukaan oikeus viettää kaksoiselämää (*ein doppeltes Leben*). Tämän ajattelun mukaan normi voi esiintyä joko abstraktina normina tai normirealisoitumana. Tämän ajattelusuuntauksen mukaan valtiota tutkittaessa oli huomioitava yhtä aikaa molemmat valtion elementit sekä poliittinen että oikeudellinen. Toinen 1800-luvun saksalaisen yleisen julkisoikeuden haarauma lähti liikkeelle puhtaammasta juridisesta ajattelusta, kuten *Paul Laband* teoksessaan *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*.⁷³ Laband puhui – Kelsenin teoriaa ennakoiden – teoksensa esipuheessa jo 1800-luvulla oikeustieteen puhtaudesta tavalla, joka ennakoi politiikka/oikeus-ajanvetoa.⁷⁴

Jellinekin *Normative Kraft des Faktischen* -oppi oli Schmittin ajattelun lisäksi yksi niistä argumentteja, joiden avulla siirtymistä Weimarin tasavallasta Kolmanteen Valtakuntaan perusteltiin. Hitlerin valtaannousu oli opin sovelluksen mukaan hyväksyttävä oikeudellisesti vaikuttavana tosiasiana.⁷⁵ Jellinekin konstruktion sovellettuna kyse on myös siitä, että tosiasiallisen oikeuden normatiivinen voima täytyy myös yleisesti tunnustaa.⁷⁶ Jellinekin tarkoittaman käytännön tosin täytyi olla samalla koko oikeuskäsityksen muutos, ei pelkkä kenties lyhytikäisenkin valtiokäytäntö.⁷⁷ Teema on edelleenkin mitä ajankohtaisin. Valtiosääntöoikeus ei toki ole ainoa oikeudenala, jonka sisällä käytäntö voi saada em. kaltaisen normatiivisen voiman, kuten kansainvälisen julkisoikeuden esimerkki osoittaa.⁷⁸ Mitä lähempänä ollaan poliittisen vallan voimakkeuksia, niin sitä luultavampaa on, että *tosiasiallinen* elementti (valta empiirisenä asiana) voi saada normatiivisia seurannaisvaikutuksia.

Yleinen aatteellinen ja opillinen ilmapiiri, josta käsin Kelsen ja Schmitt lähtevät rakentamaan teorioitaan, on edellä kuvatun mukaisesti pitkälle sama. Syyt, joiden vuoksi teorit liikkuvat kokonaan toisiin suuntiin eivät ole, kuten eivät useinkaan, niinkään tieteellisiä tai opillisia, vaan syvällisesti henkilökohtaisia. Weimarin Saksan aikaisessa aateilmastossa itävaltalainen liberaali juutalainen Kelsen kuuluu niihin, jotka korostivat keisarillisen Saksan lakipositivismin perintöä ja oikeuden erottamista politiikasta. Schmitt edustaa puolestaan lakipositi-

⁷³ Laband 1911.

⁷⁴ Labandin kohdalla tematiikka kytkeytyy kiinteästi myös lain kaksinaiskäsittien problematiikkaan. Ks. tästä Sipponen 1965: 83–91. Saksassa käydystä keskustelusta tark. ks. Tuori 1983: 7–34.

⁷⁵ Jyränki 1989: 369–370.

⁷⁶ ”verbindenden Kraft des Gewohnheitsrecht”. Jellinek 1905: 331.

⁷⁷ Ks. Jellinek 1905: 334.

⁷⁸ Ks. tästä esim. Detter 1994: 185–197 ja Hakapää 2003: 49–53.

vismin vihollista, joka vastustaa Weimarin demokraattista kehitystä⁷⁹. Tullessa 1930-luvulle Kelsen pakenee Yhdysvaltoihin ja Schmitt päätyy joksikin aikaa natsi-Saksan johtavaksi julkisoikeuden teoreetikoksi.⁸⁰

2.1.3 Kelsen, oikeusjärjestys, valtiosääntö

Kelsenin tuotannon Schmittin Verfassungslehren kanssa samalle ajanjaksolle sijoituvista teoksista tärkein on epäilemättä *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922), jossa Kelsenin myöhemmän ajattelun monet keskeisistä elementeistä ovat jo läsnä vaikkakaan eivät loppuun saakka kehitettyinä. Kelsen-tutkimuksessa on kuitenkin monet myöhemmän ajattelun piirteistä paikannettu jo ensimmäiseen monografiateokseen *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911).⁸¹ Hedelmällisin tarkastelukohde Kelsenin tuotannossa on kuitenkin kuuluisan puhtaan oikeusopin myöhempi vuoden 1960 versio, joka vie äärimmilleen Jellinekin alulle paneman valtio-oikeuden ja politiikan erottamisen. Keskeisin erottava peruste on uskantilaiden – aiemmin mainitun Labandin teorialla ei ollut kiinteää yhteyttä kantilaiseen ajatteluun – pitämisen ja olemisen käsitteiden muuntaminen oikeusteoriaan soveltuviksi. Kyse on – politiikka/oikeus-erottelua myötäilevästä – normi- ja kausaalitieteiden jyrkästä erottamisesta.⁸²

Ajattelun taustalla on määrätynlainen uskantilaisävytteinen näkemys oikeuden ontologiasta. Kelsenin kantilaiset muunnetut maailmat ovat toisiinsa nähden ontologisesti pysyvästi ja erottamattomasti erilaisia ja erillisiä. Näin ollen luonnon *differentia specifica* suhteessa yhteiskuntaan on sen kuuluminen peruuttamattomasti ja lopullisesti eri sfääriin; ”*empirischen Welt, der Welt der Sinne oder Erscheinungen...eine andere Welt, die Welt der Dinge an sich.*”⁸³ Kelseniläisessä oikeusteoriassa laki nähdään *Sollen*-tyyppisenä normatiivisena lausumana, joka ei ole totta tai valhetta vaan pätevä tai pätemätön riippuen ko. lain suhteesta siihen oikeusjärjestykseen, jonka osa se on. Oikeusjärjestys on ennen kaikkea pakkojärjestys, jonka tehokkuuden tukena on organisoitu pakko. Puhtaan oikeusopin puhtaus säilytetään sillä, ettei muilla normatiivisilla järjestelmillä kuin valtiolla katsota voivan olla tukena organisoitua pakkoa.⁸⁴

⁷⁹ Ks. Schmittin kuvausta Weimarin parlamentaristisesta järjestelmästä (Schmitt 1983: 340–359).

⁸⁰ Ks. myös Tuori 1986: 234–246. Andreas Koenenin järkälemäisen kirjan otsikko *Kronjuristen des Dritten Reiches* (1995) kuvaa hyvin näkemystä Schmittin roolista.

⁸¹ Ks. esim. Laakso 1980: 95–96.

⁸² Ks. Kelsen 1983 (muuttamaton näköispainos v. 1960 laitoksesta): 60–61 ja 78–79. Kant yhteydestä ks. lyhyesti myös Husa 1996: 25–26. Varhaisvaiheen uskantilaisista perusteista ks. Kelsen 1984: 19–27.

⁸³ Kelsen 1983: 103.

⁸⁴ Ks. Kelsen 1983. 34–36.

Puhtaan oikeusopin ontologisena perustana on ajatus, jonka mukaan ”*fallen Wert und Wirklichkeit – so wie Sollen und Sein – in zwei verschiedene Sphären.*”⁸⁵ Luonteeltaan jaottelu on Kelsenille ratkaisematon dualismi.⁸⁶ Oleminen on empiirinen asia, pitäminen ei. *Seinin* ja *Sollenin* erottaminen on puhtaan oikeusopin ontologinen peruskivi, jonka varaan koko teoria rakentuu. Näistä lähtökohdista käsin Kelsen esittää myös oman selityksensä oikeudelle ja valtiosäännön käsitteelle (ja perustalle). Sanottakoon kuitenkin, ettei Kelsen näe vallanjakoa tässä mielessä teoreettisesti tärkeänä (ks. tark. jälj.).

Kun Kelsen asettuu voimakkaasti formaalisen oikeuskäsityksen kannalle, hän ajautuu samalla suuren ongelman eteen, miten selittää oikeuden synty niin, että yhteydet reaaliseseen elämään voidaan jättää pois tai ainakin minimoida? Tähän ongelmaan Kelsen kehittää ratkaisuksi perusnormiteorian, jonka mukaan oikeusjärjestykseen kuuluvien normien perusta on toisissa laeissa, joiden perusta on puolestaan hierarkkisesti ylemmissä laeissa.⁸⁷ Näin asetustason ja tavallisen lain tasojen säädösten perusta on perustuslaissa. Perustuslain perusta on puolestaan aikaisemmissa perustuslaeissa. Ongelmaksi nousee kysymys ensimmäisen perustuslain pätevyyydestä.⁸⁸ Tämän ongelman Kelsen ratkaisee katsomalla, että ensimmäisen perustuslain (tai oikeastaan säädännäisen valtiosäännön) pätevyyden selittää erityinen *Grundnorm*, joka on pakko olettaa olevaksi.⁸⁹ Perusnormi on luonteeltaan normatiivinen asia, eikä sitä tule – tässä – sekoittaa konkreettisen henkilötahdon tahdonmuodostukseen.⁹⁰ Poliitiikkaa eikä oikeutta saa hänen mukaansa sekoittaa. Takana ei ole niinkään ajatus mistään vallanjakomallista, vaan perustelut ovat ontologisia ja episteemisiä; kyse on olemisen ja pitämisen erottelusta. Tämä ajatuskulku tiivistyy seuraavaan:

”daß etwas *ist*, kann nicht folgen, daß etwas *sein soll*; sowie daraus, daß etwas *sein soll*, nicht folgen kann, daß etwas *ist*. Der Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen Norm sein. Eine Norm, die den Geltungsgrund einer anderen Norm darstellt, wird figürlich als die höhere Norm im Verhältnis zu einer niederen Norm bezeichnet.”⁹¹

⁸⁵ Kelsen 1983: 19.

⁸⁶ Myöhäisvaiheen postuumisti julkaistussa teoksessa *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) Kelsen esittelee myös Sein/Sollen-dikotomian aatehistoriallista taustaa jaksossa Die Leugnung des Dualismus von Sein und Sollen (s. 48–62).

⁸⁷ Ks. Kelsen 1983: 202–203.

⁸⁸ ”Eine Rechtsnorm gilt nicht darum, weil sie einen bestimmten Inhalt hat... sondern darum, weil sie in einer bestimmten, und zwar in letzter Linie in einer von einer vorausgesetzten Grundnorm bestimmten Weise erzeugt hat”. Kelsen 1983: 200–201.

⁸⁹ Ks. Kelsen 1983: 204–209.

⁹⁰ Kelsen 1983: 106. Lyhyesti: ”Man soll sich so verhalten, wie die Verfassungs vorschreibt” (emt. s. 204).

⁹¹ Kelsen 1983: 196.

Valtiosääntöteorian kannalta keskeistä on, että perusnormi on luonteeltaan konstituoiva normi, jonka sisältö on ”Sinun pitää noudattaa säädännäistä valtiosääntöä”. Kelsenin *Grundnorm*-konstruktio sisältää siis oletuksen oikeudellisesta normien hierarkiasta, jonka huipulla on perustuslaki (*höchste Stufe der staatlichen Rechtsordnung*). Oikeusnormit siis porrastetaan (*Stufenbau der Rechtsordnung*) selittämään kaikkien normien pätevyyden perusta.⁹² Kelsenin teoreettisesta aspektista käsin *Grundnorm* saatetaan myös myöntää tarpeelliseksi käytännön oikeudelliselle toiminnalle taikka oikeusjärjestyksen faktiselle tehokkuudelle, mutta teoreettisesti kyse on oikeusjärjestyksen pätevyyden selittämisestä oikeusteorian välinein ja oikeusteorian sisällä. Kelsenin valtiosääntö on siis oikeusjärjestyksen pätevyyden viimekätinen perusta; *Grundnorm* itse asiassa samaistuu ensimmäisen yhden metanormin sisältävän valtiosäännön kanssa. Kelsenin teorian yksi merkittävä seuraus on valtion (ja konkreettisen valtiotahdon) erottaminen oikeusjärjestyksestä, sillä oikeudellinen sfääri tulee ehdottomasti erottaa ei-oikeudellisen sfääristä (politiikasta, filosofiasta, moraalista jne.). Eli: Kelsen vastaa kysymykseen oikeuden perustasta viittaamalla hypoteettiseen normiin.⁹³ Tällaisen teoriankehittelyn positivistinen ääripiste tulee näkyvin, kun Kelsen samaistaa valtion ja oikeusjärjestyksen toisiinsa.⁹⁴

2.1.4 Schmitt, oikeusjärjestys, valtiosääntö

Nojaan tässä analyysissä Verfassungslehre-teokseen, jolla on valtiosääntöisesti tärkeä asema Schmittin tuotannossa. Verfassungslehre-teoksella onkin ollut suuri vaikutus myös nykysaksalaiseen ajatteluun ja ulottuen jopa suoraan Grundgesetzin säännöksiin.⁹⁵ Schmittin Verfassungslehressä ei luonnollisesti lainkaan arvioida Kelsenin vielä työn alla olleen puhtaan oikeusopin myöhäisvaihetta – saati sitten EU-oikeutta – mutta *Grundnorm*-teorian Weimarin aikaiset kehittämät (Schmitt käyttää kaiketi halventaen nimitystä *normativer Staatslehre*⁹⁶) eivät

⁹² Ks. Kelsen 1983: 228–230. ”hypothetische Grundnorm ist sohin der oberste Geltungsgrund...” (emt. s. 228).

⁹³ ”der Grund der Geltung einer Norm nur wieder eine Norm sein kann, muss diese Voraussetzung eine Norm sein: keine von einer Rechtsautorität gesetzte, sondern eine vorausgesetzte Norm...”. Kelsen 1983: 203. Myöhäisvaiheessa perusnormikonstruktio sai toisenlaisen sävyn (ks. Kelsen 1979: 203–208) ja Kelsen käytti epäilevää ilmaisuja ”eine fingierte Norm” eli oletettu, keksitty tai tekaistu normi.

⁹⁴ Ks. Kelsen 1983: 319–320.

⁹⁵ Pünder (2002: 17–18) kuvailee asiaa seuraavasti: ”Die Väter und Mütter des Grundgesetzes sind dem gefolgt.” Ks myös Jyräki 2003: 253.

⁹⁶ Schmitt 1983: 55. Verfassungslehreä, Poliittista teologiaa ja Der Begriff des Politischen -vaihetta seuraa monia muutoksia, jotka jäävät tässä pääosin käsittelyn ulkopuolelle. Ks. tark. Pünder 2002: 19–29.

kuitenkaan saa Schmittin suopeutta osakseen.⁹⁷ Hän näkee oikeuden perustan teoreettisen selittämisen tyystin eri tavoin.⁹⁸ Esiteltyään Verfassungslehressä ensin tiiviisti Kelsenin *Grundnorm*-teorian tuolloisen kehittämän Schmitt aloittaa seuraavan kappaleen paljon kertovasti seuraavaan tapaan:

”In Wahrheit gilt eine Verfassung, weil sie von einer verfassungsgebenden Gewalt (d.h. Macht oder Autorität) ausgeht und durch deren Willen gesetzt ist. Das Wort ‘Wille’ bezeichnet im Gegensatz zu blossen Normen eine seinsmässige Grösse als den Ursprung eines Sollens.”⁹⁹

Sen sijaan, että oikeuden pätevyyden perusta uuden perustuslain säätämisen yhteydessä perustuisi johonkin ei-poliittiseen pitämisen-normiin Schmitt näkee asian olevan yhteydessä pikemminkin tahtoon (*Wille*). Kyse ei ole *Sollen*-maailman ilmiöstä, vaan tapahtuneista tosiasioista. Normi ei voi perustua Schmittin mielestä toiseen normiin eli ”*Norm setz niemals sich selbst*”. Schmitt kavahtaa Kelsenin teorian normatiivista luonnetta ja hakee virikkeitä omaan valtiosääntökäsitykseensä kantilaisuuden, logiikan ja matematiikan sijaan poliittisesta filosofiasta. Schmittin vastauksen perustavaa laatua oleva ero Kelsenin näkyyn hänen lähtökohdastaan, joka ei ole normi, vaan konkreettinen valta, nimittäin perustuslakia säätävä valta (*verfassungsgebende Gewalt*).

”Verfassungsgebende Gewalt ist der politische Wille, dessen Macht oder Autorität imstande ist, die konkrete Gesamtentscheidung über Art und Form der eigenen politischen Existenz zu treffen, also die Existenz der politischen Einheit im Ganzen zu bestimmen.”¹⁰⁰

Schmitt puhuu poliittisesta tahdosta, mahdista ja auktoriteetista normeihin perustumisen sijaan. Tällainen perustuslakia säätävä valta on luonteeltaan poliittista tahtoa, joka kuuluu *Sein*-maailmaan Kelsenin painottaman *Sollen*-maailman sijasta (*konkretes politisches Sein*). Valtiosäännön tai sitä seuraavien myöhempien perustuslakien tai muidenkaan säännösten pätevyyden perusta ei ole Schmittin mielestä luonteeltaan normatiivista tai normiin perustuvaa, eikä tuollaista pätevyyttä (*Geltung*) voida johtaa *Sollenin* piiristä. Kun Kelsen vastasi kysymykseen ’*Wille oder Norm*’ viittaamalla normiin eli *Solleniin*, painottaa Schmitt omassa vastauksessaan konkreettista poliittista tahdonmuodostusta eli *Seinia*.¹⁰¹

⁹⁷ Politische Theologiassa Schmitt (1922: 65) käyttää Kelsenin formalismista nimitystä ”kiintoisa matemaattinen mytologia”.

⁹⁸ Schmitt kuvasi pilkallisesti Kelsenin asennetta tottelevaisen juristibyrokraatin välinpitämättömyydeksi (1922: 91).

⁹⁹ Schmitt 1983: 9.

¹⁰⁰ Schmitt 1983: 75–76.

¹⁰¹ Schmittin omin sanoin ”Eine Verfassung beruht nicht auf einer Norm, deren Richtigkeit der Grund ihrer Geltung wäre. Sie beruht auf einer, aus politischem Sein hervorgegangenen politischen Entscheidung...”. Schmitt 1983: 76.

Se valta, joka käyttää tällaista valtaa ja perustaa valtiosäännön sekä koko oikeusjärjestyksen on suvereeni – ”*Suvereeni on se joka päättää poikkeustilasta.*”¹⁰² Schmittin ajattelussa poikkeustila ei kuitenkaan ole mikään normaali kielenkäytössä tarkoitettu poikkeuksellinen tila, vaan pysyvä tila – ydin lienee siinä, että normia tai säännöstä edeltää hänen mukaansa aina konkreettinen päätös (*Entscheidung*), koska järjestys (*Ordnung*) voi perustua vain päätökseen, ei normiin.¹⁰³ Tällä tavoin kysymys oikeuden perustasta palautetaan todellisuuteen, mutta nimenomaisesti juuri *tietylnlaiseen* poliittiseen tosiasialliseen toimeen, ei siis mihin tahansa kvalifioimattomaan empiiriseen tosiasiaan. On varsin osuvaa luonnehtia Schmittin valtio-oikeudellista ajattelua siten, että hänellä se alkoi siitä, mihin se useimmilla muilla tuon ajan tutkijoilla loppui, kuten Jyräki asiaa kuvailee. Oleellista tässä ajattelussa huomioida oikeuden sidonnaisuus yhteiskuntaan eli johonkin sellaiseen, mihin muut valtio-oikeuden teoreetikot halusivat sijoittaa oikeuden sfäärin ulkopuolelle.¹⁰⁴ Oleellista on ääritilanteiden ja poikkeuksien merkitys; vasta ne paljastavat asian todellisen ytimen.¹⁰⁵ Tällainen ajattelutapa ei sulata vallanjako-opin mukaista normatiivista kielioppia, fundamentaalista rajanvetoyritystä oikeuteen ja politiikkaan. Julkisoikeuden normatiivisen kieliopin edellyttämä apriori suhteellistuu, kun sitä tarkastellaan tällä tavoin ikään kuin ulkopuolelta.

Schmittin teoksessa *Legalität und Legitimität* (1932) erotetaan oikeudellinen tai muodollinen pätevyys eli *legaliteetti* ja oikeutta kohtaan tunnettu hyväksymisen tunne eli *legitimiteetti*. Schmittin tätä peruserottelua hyväksikäyttäen voidaan Kelsenin teorian oikeusjärjestykselle antamaa pätevyysselfitystä pitää legalistisena. Schmittin omassa valtiosääntönäkemyksessä pidetään oikeuden perustana kansan (eksistentiaalisena käsitteenä) keskuudessa oikeusjärjestystä kohtaan tunnettua hyväksyttävyyttä eli legitimiteettiä.¹⁰⁶ Valtiosäännön tai perustuslain legitimiteetti ei voi Schmittin mukaan mitenkään perustua oikeudellisten tai eettisten normien varaan, sillä sen ainoa perusta löytyy tosiasiallisesta poliitti-

¹⁰² Schmitt 1922: 49. Tässä kohden Schmittin teoriolla on mielenkiintoisia yhtymäkohtia *H.L.A. Hartin* teoksessa *Concept of Law* (1961) esittämään ajatteluun, jossa korostetaan oikeuden synnysissä erityisen suvereenin merkitystä, jonka antamat normit voidaan erottaa kilpailevista normiauktoriteeteista säännön avulla (rule of recognition). Schmittin ja Hartin ajattelun yhteinen piirre ja eroavaisuus Kelsenin on siinä, että heille oikeusjärjestyksen perusta ei palaudu normiin, vaan tosiasialliseen ilmiöön (joka voi olla luonteeltaan kylläkin normi).

¹⁰³ ”Myös oikeusjärjestys, kuten jokainen järjestys, perustuu päätöksentekoon eikä normiin.” Schmitt 1922: 54. Ks. myös Ojakangas 1997: 8–9.

¹⁰⁴ Jyräki 1989: 342.

¹⁰⁵ Vrt. Ojakangas 2001: 126.

¹⁰⁶ Schmittin mukaan demokraattinen lakikäsite (demokratische Gesetzesbegriff) on luonteeltaan poliittinen, ei niinkään oikeusvaltiollinen. Laki syntyy kansan vallan seurauksena. Schmitt 1983: 258. (Yhteys Rousseauin ajatteluun on ilmeinen. Ks. Rousseau 1997: 70–91.)

sesta olemassaolosta.¹⁰⁷ Perustuslakia säättävä valta kuuluu demokraattisessa legitimaatiossa Schmittin mukaan valtiolle, jonka varsinainen subjekti on – tarkemmin määrittelemätön – kansa.¹⁰⁸ Schmittin kansan käsite jää tässä yhteydessä kylläkin tavattoman utuiseksi ja mytologissävyytteiseksi.¹⁰⁹ Sama koskee myös niitä muotoja, joiden kautta kansa voi osoittaa tahtoaan perustuslainsäätäjänä. Schmitt toteaaakin ”*Der verfassungsgebende Wille des Volkes ist an kein bestimmtes Verfahren gebunden.*”¹¹⁰ Schmitt ei liitä tahdonilmaisun muotoon käytännössä mitään tämentävää tai normatiivista lisämäärettä, vaan liikkuu poliittisen alueelta oikeuteen ja päinvastoin – saumatta.

Schmittin valtiosääntöä koskevan teorian ydin ei kuitenkaan ole oikeastaan siinä, että hän selittää sen perustan ei-normatiivisesti, vaan pikemminkin siinä, että hänen teoriansa käsitearsenaali on yksinkertaisesti Kelsenin oikeudellinen/ei-oikeudellinen-muotoilua nyansoituneempi. Tämä oikeastaan näkyy jo siinä, että Schmitt pitää modernin *Verfassungslehren* alaan kuuluvina sekä poliittisia että oikeudellisia kysymyksiä.¹¹¹ Tässä suhteessa Schmitt on Kelsenin jellinekiläisempi, ja valmiimpi kyseenalaistamaan vallanjakoisen sfäärijaottelun, fundamentaalisen rajanvedon.

Schmitt tekee teoriassaan kiintoisan erottelun varsinaisen valtiosäännön ja muodollisen valtiosäännön välillä.¹¹² Varsinainen valtiosääntö on Schmittin mukaan *positiivinen valtiosääntö* eli se positiivinen tosiasiallinen (ei Kelsenin tavoin teoreettisesti välttämätön ennakkoehto) päätös, jota valtiosääntölait (*Verfassungsgesetze*) ja muut säädökset edellyttävät oman olemassaolonsa pätevyyden perustana.¹¹³ Normaalioloissa kysymys oikeusjärjestyksen pätevyyden perustasta ei nouse lainkaan esille, vaan erityisessä asemassa ovat poikkeukselliset tilanteet. Suvereeni päättää poikkeuksellisessa tilanteessa siitä, millainen oikeusjärjestys on oikeudellisesti tehokas, pätevä ja sitova.¹¹⁴ Siis konkreettinen *Sein-*

¹⁰⁷ ”keiner Rechtfertigung an einer ethischen oder juristischen Norm, sondern hat ihren Sinn in der politischen Existenz.” Schmitt 1983: 87.

¹⁰⁸ Käsitellessään oppia demokratiasta Schmitt esittää seuraavanlaisen ytimekkään lausuman: ”Das Volk ist Träger der verfassungsgebenden Gewalt und gibt sich selbst seine Verfassung.” Schmitt 1983: 223.

¹⁰⁹ Tämä piirre liittyy yleisemminkin kolmannen valtakunnan valtiosääntöideologiaan: mitään erityistä valtiosääntöasiakirjaakaan ei tarvittu, koska se olisi voinut merkitä rajoituksia Führerille, joko puolestaan sai valtansa kansalta ”uskollisuuden osoituksena”. Ks. tark. van Caenegem 1995: 278–291.

¹¹⁰ Schmitt 1983: 90.

¹¹¹ Schmitt 1983: 146.

¹¹² Erottelu ei sinänsä ole valtiosääntöoikeutta silmällä pitäen ainutlaatuinen. Vanhojen perustuslakien maissa on valtiosääntöoikeusdogmatiikan piirissä väistämättä jouduttu tunnustamaan tällaisen ajattelun tarve ja oikeutus. Ks. esim. Norjan osalta Bugge 1995: 293–310.

¹¹³ L. D. Eriksson (1992: 192–214) on puhunut hieman samaan tapaan valtiosäännön ytimestä ja pinnasta sekä erityisestä dynaamisesta valtiosääntökäsityksestä.

¹¹⁴ Vrt. Hirvonen 1996: 120–121 ja Tuori 1997: 16–21.

maailman suvereeni transsendentaalisen *Sollen*-normin sijaan, politiikka siis ennen oikeutta tai niin, että politiikka tulee ymmärtää konstitutiiviseksi oikeuteen nähden. Ajatus on syvässä ristiriidassa vallanjako-opin kanssa, koska se *riitauttaa* vallanjako-opin perustana olevan oikeus/politiikka-erottelun. Se ei suostu mukautumaan siihen sfäärijaotteluun, jota vallanjako-opin mukainen normatiivinen oikeuden kielioppi vaatii. Kelsen puolestaan teoreettisesti hyväksyy vallanjako-opin mukaisen kantilaista erottelua mukailevan ontologian, muttei sen vallanjako-opin mukaisia seurauksia.

Positiivisen valtiosäännön syntyminen edellyttää perustuslakisäättävän vallan – suvereenin – tosiasiallista toimintaa, joten pelkkä normi ei yksinkertaisesti riitä.¹¹⁵ Valtiosääntölakien muuttaminen on ongelmatonta, sillä siihen riittää oikeudellisesti määriteltyjen muotojen noudattaminen, mutta positiivisen valtiosäännön muuttaminen tai uuden säätäminen on huomattavasti vaikeampaa, koska pelkkien säädöstekstien muuttaminen ei riitä.¹¹⁶

”Der Akt der Verfassunggebung enthält als solcher nicht irgendwelche einzelne Normierungen, sondern bestimmt durch einmalige Entscheidung das Ganze der politischen Einheit hinsichtlich ihrer besonderen Existenzform.”¹¹⁷

Schmitt nostaa Kelsenin teoreettisesti välttämättömän ja oikeuden käsitteen jo sinällään edellyttämän *Grundnormin* sijaan oikeuden ja valtiosäännön perustana ”kansan” poliittisen päätöksen, joka ei ole a) luonteeltaan normatiivinen eikä b) perustu normiin, vaan ilmentää pikemminkin kansan poliittista ykseyttä konkreettisena eksistentiaalisen olemassaolon muotona.

”ein Begriff wie ‘Verfassung’ nicht in Normen und Normativitäten aufgelöst werden kann. Die politische Einheit eines Volkes hat in der Verfassung ihre konkrete Existenzform.”¹¹⁸

Siinä mielessä Kelsenin ja Schmittin ero on häilyvä, että molempien mielestä oikeusjärjestys kylläkin koostuu oikeusnormeista. Kyse on oikeuden ja valtiosäännön pätevyys perustasta ja sen selittämisestä tavalla, jonka yhteydet kummankin poliittisiin käsityksiin ja Weimarin aateilmastoon ovat kiistattomia ja ilmiselvästi kontingenteja. Erot eivät ole itse asiassa käytännöllisiltä seurauksiltaan juuri kovinkaan kummoisia – molempien seurauksena on normeista koostuva tehokas oikeusjärjestys, joten kyse on enemmänkin teoreettisesta mit-

¹¹⁵ Schmitt 1983: 21. Ks. myös Jyräki 1989: 346 (”fundamentale Gesamtentscheidung” -teemasta).

¹¹⁶ Schmitt 1983: 26.

¹¹⁷ Schmitt 1983: 21.

¹¹⁸ Schmitt 1983: 121. Niinpä Schmitt (1983: 10) ei katsonut Saksan valtiosäännön perustuvan Weimarin perustuslain tiettyyn artiklaan vaan ”der politischen Existenz des deutschen Volkes”.

telöstä. Tosin tässä tapauksessa teorioiden kytkennät aikakauden poliittisiin tapahtumiin ovat kuitenkin selkeitä – Kelsen puolusti Weimarin parlamentaarista demokratiaa, kun taas Schmitten ajattelu osaltaan legitimoisi siirtymistä kolmanteen valtakuntaan.¹¹⁹ Schmitten Verfassungslehren ydinantia on varsinaisen valtiosäännön (legitimiteettiä edellyttävä syvätaaso) ja valtiosääntölakien (legaliiteettiä edellyttävä pintataaso) erottaminen. Tämä erottelu pohjaa puolestaan siihen, ettei Schmitt hyväksy valtiosääntöopissaan mitään yksinkertaista oikeuden ja poliittisen rajanvetoakaan, vaan näkee alueiden suhteet toisiinsa hyvin komplementaarisena. Vallanjako-opin sfäärien erottelun sijaan Schmitt kietoo nämä kaksi sfääriä yhteen ja näkee niiden olevan erottamattomassa yhteydessä toistensa kanssa.

Keskeinen eurooppalainen kehitystrendi, jonka analysoinnissa Schmitten teoria saattaa olla erittäin hedelmällinen, liittyy Euroopan integraatioon ja erityisesti EY-tuomioistuimen asemaan *de facto* negatiivisena lainsäätäjänä. Käsitteisenä on, että analysoitaessa monien EU-oikeuden keskeisten oikeustapausten teoreettista perustaa Schmitten valtiosääntöajattelussa omaksuttu oikeuden ja politiikan komplementaarisuuteen perustuva käsitteistö osoittautuu käyttökelpoiseksi, paljon käyttökelpoisemmaksi kuin vallanjako-oppia myötäilevä mallivallan hyväksyvä kielioppi.

2.1.5 Verfassungslehre ja kysymys EU-oikeuden perustasta

Seuraavassa analysoin *Costa v. ENEL* -oikeustapausta silmällä pitäen tapauksen valtiosääntöisesti keskeisten ominaisuuksien soveltumista Schmitten valtiosääntöoppiin. Tarkoituksena on nostaa esiin EU-oikeuden pätevyyden perustan schmittiläisen analyysin mahdollisuus, eikä ottaa kantaa po. oikeustapausten juridisiin seurauksiin, vaikutuksiin tai tuomioistuimen esittämien tulkintojen oikeellisuuteen, jotka jäävät monin osin tämän analyysin ulkopuolelle.¹²⁰ Vallanjako-opilliselle juonenkehittelylle on olennaista seurata tapahtuma- ja argumentaatioketjua vallanjakoon – sen edellyttämään politiikka/oikeus-erotteluun – suhteuttaen.

EU:n oikeusjärjestelmä on *de jure* roomanis-germaaninen eli etusija on säädännäisellä oikeudella ja tuomioistuinratkaisulla on sitova oikeusvaikutus vain käsillä olevissa tapauksissa eivätkä tehdyt päätökset sido myöhemmin, kun tehdään asiasisällöltään samankaltaisissa tapauksissa päätöksiä. *De facto* EY-oikeuden luonne on lähempänä brittiläisperäisen *common law* -oikeusperheen

¹¹⁹ Yleisiä luonnehdintoja Schmittistä ks. Pünder 2002: 39–40 (alaviitteineen).

¹²⁰ Jätän syrjään myös sen seikan, että saman perustuslain tai muun valtiosääntöasiakirjan ainekset tulevat näin myös keskenään eriarvoiseen asemaan. Tästä näkökulmasta lyhyesti ks. esim. Jyränki 1994: 89–91.

ennakkotapausoikeusjärjestelmää. Syyt tähän seikkaan ovat taustaltaan poliittisia, eivät niinkään oikeudellisia.¹²¹ Schmittin käsitteistöä käyttäen väitän, että EY-tuomioistuin on se suvereeni, joka on päättänyt – paitsi poikkeustilanteesta – uuden oikeusjärjestyksen sisällöstä ja, koska tämä asema on jäsenvaltioiden viralliskoneistoissa jotakuinkin hyväksytty, voidaan tapahtunutta pitää myös eräässä mielessä legitiiminä. Näin EU-oikeuden pätevyyden perustana ei siis olisi normi tai mitään luonteeltaan normatiivista, vaan konkreettinen suvereenin poikkeustilanteessa¹²² tekemä poliittinen päätös. Tällaisena päätöksenä sillä ei tekohetkellään ollut viimekätistä *oikeudellista* perustaa. Tällaisena se myös osoittaa vallanjako-opin joutuvan nöyrytymään de facto vallan edessä silloin, kun valta ei itse halua tulla survotuksi Montesquieu-lähtöiseen Prokrusteen vuoteeseen.

EY:n tuomioistuin *saavutti vahvan asemansa* alun perin pitkälti siksi, että 1960- ja 1970-luvuilla EY:n poliittinen päätöksenteko juuttui ja ajautui käytännössä monien kysymysten kohdalla umpikujaan. Poliittikan keinojen loppuessa ainoaksi tehokkaaksi tavaksi edistää integraatiota tuli, poliittisen päätöksenteon juuttuneisuuden vuoksi, tuomioistuimen oma aktiivinen tulkintatoiminta konkreettisten tapausten yhteydessä. Toimintansa seurauksena EY-tuomioistuin alkoi muistuttaa aiempiin päätöksiinsä sidottua eli *stare decisis*-doktriinia noudattavaa *common law* -tuomioistuinta. Tuomioistuimen asemaa on vahvistanut perustamissopimuksen alkuperäinen artikla 177 (nyk. art. 234), jonka perusteella tuomioistuin on voinut antaa kansallisia tuomioistuinta sitovia ennakkoratkaisuja EY-oikeuden piiriin kuuluvissa asioissa. Säännös tarjosi tuomioistuimelle tehokkaan tavan ulottaa oikeudellinen vaikutusvaltansa jäsenvaltioiden kansallisten tuomioistuinten toimintaan.¹²³

¹²¹ Ks. tarkemmin Brown & Kennedy 1994. Jätän tässä syrjään sen tulkintateoreettisen juonteen, josta on totuttu puhumaan EU-oikeuden yhteydessä teleologisena tulkintatapana. Huomaan kuitenkin siitä, että EY-tuomioistuimen tapa ymmärtää teleologia vaikuttaa kovin erilaiselta kuin pohjoismaisen oikeuskulttuurin alueella. Tuomioistuin ei nimittäin niinkään korosta lainsäätäjän tarkoitusta, vaan pikemminkin yhteisön oikeuden taustalla olevia taloudellisia, sosiaalisia ja poliittisia tarkoituksia, joita yhteisöoikeuden halutaan nähdä toteuttavan. Vrt. Tala 2001: 85. Tuomioistuimen omasta sisäisestä käsityksestä ja oikeusideologiasta saa hyvän kuvan G. Federico Mancinin artikkelista *The Making of a Constitution for Europe* (1989).

¹²² Schmitt ei tarkoita poikkeustilan käsitteellä mitään erityistä hätätilalainsäädännön tuntemaa tilannetta (esim. sotatila tai jokin muu kansallinen katastrofi), vaan ”yleistä valtio-opillista käsitettä eikä mitään hätätilasäännöksiä tai piiritystilaa...Päätöksenteko poikkeuksesta on nimittäin päätöksentekoa sanan varsinaisessa merkityksessä...kuka konfliktitilanteessa päättää, mistä julkinen tai valtiollinen etu...muodostuvat.” Schmitt 1922: 49–50. Poikkeustila tällä tavoin ymmärrettyinä sopii myös analysoitavana olevaan oikeustapaukseen, koska kyseessä ei ole anarkia tai kaaos (ks. Schmitt 1922: 56–57).

¹²³ Ehdotuksessa sopimukseksi Euroopan perustuslaiksi (2003) on sama säännös I Art. 28 (3) kohdassa (”Unionintuomioistuin... antaa ennakkoratkaisun kansallisten tuomioistuinten pyynnöstä unionin oikeuden tulkinnasta tai toimielinten antamien säädösten pätevyydestä”).

Tähän päivään mennessä EY:n tuomioistuimesta on kasvanut erittäin voimakas oikeudellinen instituutio. Tämä asema ei ole selitettävissä primäärisen EU-oikeuden sisällöllä eli perustamissopimuksilla, vaan se liittyy alun perin tuomioistuimen tosiasialliseen toimintaan. Tuomioistuimen voidaan nähdä omalla tulkintatoiminnallaan antaneen monessa tapauksessa EU-oikeudelle sen varsinaisen sisällön ja luonteenmäärityksen. Näin jokainen tutkija, joka on halunnut lausua jotain EU-oikeuden sisällöstä, ei ole voinut tukeutua pelkkiin sopimustekstien artikloihin, vaan on ollut tarpeellista myös tietää tuomioistuimen keskeisistä ennakkopäätöksistä. EU-järjestelmän valtiosääntöisesti tärkeimmät elementit – suora vaikutus ja hierarkkinen ylemmyys – ovat peräisin juuri tästä aineksesta. *James A. Caporason* sanoin:

”It is difficult to exaggerate the importance of direct effect and supremacy. Indeed, they make up what many now think of as the constitutional pillars of the EU system.”¹²⁴

EY-tuomioistuimen eräs keskeisimpiä ja kirjallisuudessa eniten viitatuimpia tapauksia on klassinen *Costa v. ENEL* vuodelta 1964.¹²⁵ Jutussa annettu tuomio on itse asiassa juridis-poliittinen perusta sille oikeuskehitykselle, jonka pohjalta ajatus yhtenäisestä eurooppalaisesta perustuslaista sittemmin rakennettiin.¹²⁶

Tapauksessa oli kyse siitä, että Italian valtio kansallisti sähkön tuotannon ja perusti erityisellä kansallistamislailalla ENEL-yhtiön (*Ente Nazionale per l’Energia Elettrica*). Perustettu yhtiö peri oikeusteitse *Flaminio Costa* -nimiseltä henkilöltä erääntynyttä sähkölaskua sähköstä, jonka oli alun perin toimittanut silloin yksityinen yhtiö *Edison Volta*, jonka yksi osakkeenomistaja Costa oli ollut. Costa vastusti laskun maksamista ja vetosi keskeisimpinä oikeudellisena perusteenaan siihen, että laki sähköyhtiön kansallistamisesta oli Euroopan talousyhteisön perustamissopimuksen eli Rooman sopimuksen vastainen. Asiaa käsitellyt italialainen lainkäyttöelin (*giudice conciliatore*) teki – ajankohtaan nähden – rohkean vedon ja pyysi EY:n tuomioistuimelta perustamissopimuksen 177 artiklan (nyk. art. 234) mukaista ennakkoratkaisua koskien asiaan liittyviä perustamissopimuksen artikloja.¹²⁷ Italialainen lainkäyttöelin halusi kuulla EY-tuomioistuimen kannan alkuperäisen Rooman sopimuksen seuraavista artikloista:

¹²⁴ Caporaso 2002: 94–95.

¹²⁵ Tapaus *Costa v. ENEL* 6/1964 E.C.R. 592. Tiivistetty tapausseleste ks. Curtin & van Empel & Völker & Winter 1994: 6–13. Toinen vaihtoehtoinen vastaavan analyysin kohde olisi ollut *Van Gend en Loos* (1963) ratkaisu, mutta tässä se jätetään käsitellyn ulkopuolelle.

¹²⁶ Vrt. Wilkund 1999: 94.

¹²⁷ Italian hallitus katsoi vastineessaan, ettei art. 177 (nyk. art. 234) mukainen menettely voinut tulla lainkaan kyseeseen. Hallituksen mukaan asiassa tuli noudattaa vain kansallista oikeutta, jonka soveltamisesta tapauksessa oli hallituksen mielestä kyse.

Artikla 102 (nyk. art. 97), jonka tarkoituksena oli estää jäsenvaltioiden lainsäädännölliset erot. Artikla 93 (nyk. art. 88), jonka tarkoituksena oli vähitellen poistaa kansalliset valtioiden tuet ja estää valtioita ottamasta käyttöön tiettyjä yrityksiä tai tuotteita suosivia tukijärjestelmiä. Art. 53 (kumottu), joka sisälsi jäsenvaltioiden velvoitteen olla toimimatta (l. olla asettamatta rajoitteita, jotka asettivat muiden jäsenvaltioiden kansalaiset ankarampien rajoitteiden alaiseksi kuin ko. valtion omat kansalaiset).¹²⁸ Art. 37 (nyk. art. 31), joka sisälsi aktiivisen velvoitteen sopeuttaa valtion monopolit sekä velvoitteen välttää uusia toimenpiteitä. Artiklan 2. kohta sisälsi kiellon, joka kielsi uudet monopolit ja 1. kohta kiellon, joka kielsi syrjintää markkinoinnissa tai tuotteiden hankinnassa aiheuttavat organit. 1. kohta sisälsi myös kaupallisten valtion monopolien perustamisen kiellon, jos ne saattoivat aiheuttaa syrjintää.

Käsittelyoikeuteen liittyvässä kysymyksessä tuomioistuin katsoi olevansa oikeutettu – vastoin Italian hallituksen vastinetta – ottamaan asian käsiteltäväkseen, koska myöhemmällä yksipuolisella lainsäädäntötoimenpiteellä ei voitu asettua yhteisöoikeuden yläpuolelle. Varsinaisina kannanottoinaan aineelisiin kysymyksiin tuomioistuin esitti seuraavaa:

Art. 102 (nyk. art. 97) ei sisältänyt yksilön oikeuksia koskevia säännöksiä eli artikla ei aktualisoitunut tapauksessa, kuten ei myöskään artikla 93 (nyk. art. 88). Artikla 53 (kumottu) sisälsi yhteisön säännön, joka saattoi soveltua koskemaan myös yksilöiden oikeuksia (joita kansallisten tuomioistuimien oli suojeltava). Artiklan 37 (nyk. art. 31) kohta 2 saattoi myös luoda yksilöitä koskevia oikeuksia, joita kansallisten tuomioistuimien oli suojeltava. Asiat saattoivat koskea tavaroitten hankinta- ja markkinointiehtoja, kaupallisia monopoleja tai sellaisia orgaaneja, jotka saattoivat aiheuttaa syrjintää em. asioissa.

Valtiosääntöoikeudellinen ydin tuomioistuimen päätöksestä ei kuitenkaan liittynyt lainkaan tuomioistuimen ym. artikloista esittämiin auktoritatiivisiin tulkintoihin. Ratkaisun mielenkiintoisin osa oli aivan toisaalla. Tuomioistuin nimittäin totesi, että päinvastoin kuin kansainväliset sopimukset yleensä, on Rooman perustamissopimuksella luotu oma oikeusjärjestyksensä, josta tuli sen voimaan tullessa elimellinen osa jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiä. Lisäksi tuomioistuin katsoi, että kansalliset tuomioistuimet ovat velvollisia soveltamaan perustamissopimuksen säännöksiä. Kansalliset säännökset eivät voineet mennä EY-oikeuden edelle, olipa ne laadittu miten tahansa.¹²⁹

¹²⁸ Vastaavansisältöinen säännös löytyy nykyään 43 artiklasta.

¹²⁹ Jäsenvaltioiden järjestelmät toimivat varsin rutiinomaisesti siten, että tämä *peruslähtökohta* on hyväksytty. Esim. Suomessa KHO katsoi jo vuonna 1996, että komission asetusta tuli soveltaa kansallisessa tuomioistuimessa välittömästi, eikä kansallisella tuomioistuimella ollut oikeudellista pätevyyttä tutkia komission asetuksen pätevyyttä (KHO 1996 A 36).

Tuomioistuimen mukaan yhteisön luomisella jäsenvaltiot olivat pysyvästi rajoittaneet suvereniteettiaan, joten yksipuolinen myöhempi toimi ei voi olla ristiriidassa EY-oikeuden kanssa. Muutoin koko EY-oikeusjärjestys olisi menetänyt luonteensa ja EY:n oikeudellinen perusta olisi tullut kyseenalaiseksi. Yhteisön oikeuden etusija perustui tuomioistuimen tulkinnan mukaan (alkuperäisen) Rooman sopimuksen artiklaan 189 (nyk. art. 249) ja se muodosti itsenäisen oikeuslähteen, jota ei voitu syrjäyttää kansallisella lainsäätämistoimella. Tuomioistuimen päätöksestä on erotettavissa ainakin kolme valtiosääntöoikeuden näkökulmasta kriittistä kohtaa, jotka ovat kysymys 1) oikeushierarkiasta, 2) suvereniteetin rajoituksesta ja 3) EY-oikeusjärjestyksen erikoisluonteesta.¹³⁰

”*Olipa ne laadittu miten tahansa*” tarkoitti käytännössä, että kansallisten perustuslakien säännökset eivät menneet päällekkäin osuessaan EY-oikeuden edelle ja kääntäen EY-oikeus meni kansallisten valtiosääntönormien edelle.¹³¹ EY-tuomioistuin teki asiallisesti (poliittisen) päätöksen, jonka sisältönä oli aikaisemman normaalitilan syrjäytyminen ja eräänlaisen poikkeustilan olemassaolon hiljainen julistaminen ja sen mukaan toimiminen. Tuomioistuin tulkitsi – schmittiläisessä kontekstissa – itsensä siksi tahoksi (= suvereeniksi), jolla oli oikeus päättää uuden oikeusjärjestyksen olemassaolosta. Italialainen lainkäyttöelin ei varsinaisesti pyytänyt EY-tuomioistuimelta kannanottoa tällaiseen kysymyksenasetteluun, mutta tuomioistuin tulkitsi oman asemansa siten, että sen oli tarpeen konkreettisesti päättää siitä, millaisten olosuhteiden vallitessa EY-oikeuden järjestelmä oli *normihierarkkisesti* sitova ja pätevä.

Lausumalla ”*jäsenvaltiot ovat sopimuksella pysyvästi rajoittaneet suvereniteettiaan*” tarkoitettiin asiallisesti, että EY-oikeus oli sopimuksen kautta tullut osaksi kansallisia oikeusjärjestyksiä. Miten tämä sopii Schmittin teoriaan? Schmittin suvereeni on se, joka päättää poikkeustilasta eli siitä, milloin vanha oikeusjärjestys ja valtiosääntö syrjäytyvät. Päättäessään siitä, että Rooman sopimuksen myötä EY-oikeus oli tullut pysyvästi osaksi *kansallisia* oikeusjärjestyksiä EY-tuomioistuin toimi suvereenin ominaisuudessa ja päätti itse niistä olosuhteista (siis poikkeustilan vallitsemisesta), joiden vallitessa uusi oikeusjärjestys oli mahdollista synnyttää.¹³² Näin poikkeuksesta tuli samalla pysyvä tila. Schmittin sanoin ”*ensiksi täytyy luoda tilanne, jossa oikeuslauseet voivat olla voimassa*”.¹³³ Sittenmin tämä kanta määritettiin vieläkin tiukemmin siten, että kompetenssi siirron tulkittiin olevan luonteeltaan peruuttamaton toimi.¹³⁴

¹³⁰ Vastaavista kriteereistä ja niitä täydentävistä näkemyksistä tark. ks. Jyränki 2003: 353–356.

¹³¹ Ks. myös tapaus *Simmmenthal* 106/77 E.C.R. 1978 s. 629.

¹³² ”A transnational legal space was created...” Caporaso 2002: 95.

¹³³ Schmitt 1922: 57. Samalla päätöksellä suojeltiin olemassa ollutta heiveröistä järjestelmää. Ks. myös Koivusalo & Ojakangas 1997: 34.

¹³⁴ Tapaus *Commission v. France* 7/71 E.C.R. 1971 s. 1003.

”*Luotu oma erillinen oikeusjärjestyksensä*” tarkoitti asiallisesti, että EY-oikeusjärjestys ei samaistunut kansallisen, eikä kansainvälisen julkisoikeuden kanssa¹³⁵, joten tuloksena on tuomioistuimen itsensä kehittämä ”juridinen välttämättömyys”. Koska EY-oikeus oli oma oikeusjärjestyksensä *sui generis*, joka oli erillinen sekä kansallisesta että kansainvälisestä oikeudesta, se oli todella uusi oikeusjärjestys, jonka pätevyyden perusta nojasi Rooman sopimuksen artikloiden sijaan EY-tuomioistuimen ilmaisemaan ”*konkreter Wille und Befehl und ein Akt der Souveränität*”.¹³⁶ Ennen tuomioistuimen ratkaisua perustamissopimuksen artikloilla ei katsottu olleen sitä merkitystä, joka niille po. ratkaisussa annettiin. Käytännössä tuomioistuin siis ikään kuin repäisi EY:n pois päin traditionaalisesta kansainvälisestä valtioiden yhteisorganisaatiosta kohti toisenlaista mallia, jonka lopputulos – eräällä tapaa – nykyinen EU oikeastaan on.¹³⁷

Edellä selektiivisesti referoidun EY-tuomioistuimen tapauksen yhteydessä omaksumat ratkaisut eivät valtiosääntöoikeudellisesti keskeisiltä osiltaan perustuneet *suoraan* mihinkään varsinaiseen sopimussäännökseen, vaan tuomioistuimen omaan konkreettiseen poliittiseen päätökseen (= tulkintaan) integraatio-normiston luonteesta.¹³⁸ Tämä tulkinta on tullut vahvistettua sittemmin – alkukitkan jälkeen – myös kansallisissa oikeusjärjestyksissä, joten EU-oikeuden kansalliset valtiosäännöt ohittava etusija ei tarkkaan ottaen perustu sopimukseen, vaan vakiintuneen oikeustilan varaan (vrt. Jellinekin *Normative Kraft des Faktischen* -oppi). Sama koskee tuomioistuimen omaa juridista innovaatiota eli EY-oikeutta, joka ei ole kansallista, eikä kansainvälistä oikeutta, vaan oma oikeusjärjestyksensä, joka on luonteeltaan ylikansallista. Tuomioistuimen ratkaisu on saavuttanut funktionaalisesti riittävän legitimitetin jäsenmaiden viralliskoneistossa tosiasiallisen hyväksynnän kautta.¹³⁹ Ei liene aivan virheellistä väittää, että EY-tuomioistuimen päätöksenteko koski EY:n *positiivista valtiosääntöä*, eikä se rajoittunut valtiosääntölakeihin (kansallisiin perustuslakeihin tai Rooman sopimuksen artikloihin). Tässä mielessä kyseessä oli Schmittin *fundamentale Ge-*

¹³⁵ Kansainvälinen oikeushan on nimenomaan oikeutta kansainvälisten oikeussubjektien *kesken*. Siihen kuuluvat ne säännöt, jotka järjestävät kansainvälisen oikeuden tunnustamien oikeussubjektien keskinäisiä oikeussuhteita, eli suhteita, joita vallitsee ensisijaisesti valtioiden ja kansainvälisten järjestöjen kesken. Ks. määrittelystä tark. Hakapää 2003: 13–16.

¹³⁶ Lainaus Schmitt 1983: 146.

¹³⁷ Vrt. Caporaso 2002: 93–94.

¹³⁸ Siitä voidaan tietysti keskustella oliko tuomioistuimen ratkaisupakon edessä rakennettava esitetynlainen konstruktio vai, olisiko toisenlainen ratkaisu ollut mahdollinen. Sen sijaan päätöksen poliittisuudesta ei liene epäilystä eli, kuten Schmitt asian ilmaisee ”*Echte Verfassungsstreitigkeiten sind immer politische Streitigkeiten...*”. Schmitt 1983: 136.

¹³⁹ Tosin aivan varauksetta konstruktio ei ole mennyt läpi eräissä vanhoissa jäsenmaissa. Kirjallisuudessa viitataan erityisesti Saksan (myös Italia mainitaan usein) liittovaltion valtiosääntötuomioistuimen Maastrichtin sopimukseen liittyvään ratkaisuun vuodelta 1993 (BVerfGE 89). Po. päätöksen yksityiskohtainen ja kriittinen analyysi ks. Kokott 1996: 237–268 ja 413–436.

samtentscheidung; tosiasiallinen/poliittinen muuttui oikeudelliseksi päätöksellä, jolla katsottiin de facto olevan uuden oikeusjärjestyksen perustava poliittinen voima ja vakuuttavuus. Jellinekin käsitteistössä kyse olisi puolestaan siitä, että tosiasiallinen saa tietyissä oloissa normatiivisen voiman. Molemmissa tapauksissa kyse on mieluummin saman tilan sisäisestä *metamorfoosista*, kuin ontologisesti erilaisista alueista.

Kyse oli viime kädessä tuomioistuimen tekemästä poliittisesta päätöksestä edistää Euroopan integraatiota oikeuden keinoin. Tämä päätös ei perustunut mihinkään kelseniläiseen normiin tai normatiivisuuteen, vaan konkreettiseen päätökseen siitä, mikä EY-oikeuden luonne ja sitovuusaste suhteessa jäsenmaiden valtiosääntöihin oli.¹⁴⁰ Jäsenmaiden kansojen tai heitä edustavien poliittisten johtajien sijaan perustuslakia säättävää valtaa käytti em. tapauksessa EY-tuomioistuin.¹⁴¹ Koska jäsenmaiden viralliskoneistot – tietyin varauksin – hyväksyivät tuomioistuimen ratkaisun (ja muita samansuuntaisia ratkaisuja) sen voi sanoa saavuttaneen legitimitetin, mutta erona Schmittin teoriaan EY-tuomioistuimen tapauksessa legitimitetti on luonteeltaan valtioiden välistä, sillä legitimitetin subjekteja ovat olleet jäsenmaiden kansojen sijaan jäsenmaiden virallisorgaanit.¹⁴² Tosin tilanne on eri jäsenvaltioiden kohdalla erilainen, sillä myöhemmin liittyneiden valtioiden voidaan katsota hyväksyneen liittyessään EU-oikeuden sellaisenaan ilman mahdollisuutta esimerkiksi Saksan ja Italian valtiosääntötuomioistuinten alun perin esittämiin varauksiin.¹⁴³ Sama voidaan ulottaa koskemaan myös Isoa-Britanniaa, joka edelleen pitää muodollisesti kiinni siitä, että EU:n toimivalta perustuu maan oman parlamentin delegaatioaktiin (*European Communities Act 1972*), jota se voi halutessaan muuttaa.¹⁴⁴ Suomessa ei mennyt kauaakaan kun oikeusjärjestelmä tunnusti EY-tuomioistuimen tulkinnoilla va-

¹⁴⁰ Tulkitsen Schmittin poikkeustilan ja suvereenin käsitteitä siten, että valtaa käyttävän suvereenin ei tarvitse tunnistaa itseään suvereeniksi tai tekemäänsä päätöstä päätökseksi poikkeuksesta. Tunnistaminen voi tapahtua – molemmalta osiltaan – vasta jälkikäteen ja tapahtunut todeten.

¹⁴¹ Huomautettakoon kuitenkin, että tilanne ei ollut ihan näin yksioikoinen. Tuomioistuin on muissakin yhteyksissä todennut, ettei EY-oikeuden pätevyys ollut alistettavissa jäsenvaltioiden perusoikeuksille tai valtiosääntöperiaatteille. Se on katsonut olevan jäsenvaltioille yhteinen valtiosääntöperinne, jota tuomioistuin nimenomaan suojelee. Esim. *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70 E.C.R. 1125) tapauksessa käytettiin juuri tällaista argumentaatiota.

¹⁴² ”Vor jeder Norm steht die konkrete Existenz des politisch geeinten Volkes” ja ”Das Volk ist in der Demokratie Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt.” Schmitt 1983: 121 ja 238.

¹⁴³ Kuten Jyränki (2003: 359) toteaa: ”Vanhoille ennen vuotta 1964 liittyneille EY-valtioille yhteisöoikeuden etusijan tunnustaminen oli selvästikin kumouksellinen toimi”.

¹⁴⁴ Myös Ranskassa on havaittavissa samantyyppinen varauskonstruktio. Conseil l’Etat on lähtenyt aiemmin siitä, että EY-oikeudella voi olla etusija Ranskan säädöksiin nähden, mutta etusijan antaminen perustuu ranskalaiseen normiin. Ks. tark. tapaus Nicolo vuodelta 1989, jossa Conseil hyväksyi etusijaopin (”Considerant qu’aux termes de l’article 227-1 de traité... Communauté économique européenne: ’Le présent traité s’applique... à la République française’; que les règles ci-dessus rappelées, définies par la loi du 7 juillet 1977, ne sont pas incompatibles...”).

kiintuneet opit.¹⁴⁵ Tosin vanhojen jäsenmaiden rimpuihuakin voidaan arvioida monin tavoin. *R. C. van Caenegem* toteaa arvioissaan vuodelta 1995 kyynisesti, että jotkut vanhat eurooppalaiset valtiot edelleen teeskentelivät taistelevansa kansallisesta suvereniteetistaan, vaikka ne luopuivat siitä EY:lle jo vuosikausia sitten.¹⁴⁶

2.1.6 Pohdinta

Voidaan tietystikin kyseenalaistaa se, että EY-tuomioistuimella todella olisi ollut niin merkittävä rooli de facto norminluojana kuin edellä on esitetty. Sehän on sittenkin vain tuomioistuin. Onko olettama sitten liian vahva? Tuskin. Esimerkiksi *Markus Frischhut* on tullut vertailevassa tutkimuksessaan siihen tulokseen, että EY-tuomioistuimen rooli on ollut merkittävä, kun EY/EU:sta on tullut yhtä tiiviimpi valtioliitto; valtioliiton hallinto on muodostunut kaikinensa tämän toiminnan myötä enemmän liittovaltiomaiseksi. Frischhut kuvailee tuomioistuimen roolia ilmaisuilla *der Richter als Herren der Integrationen* ja *Herren die Verträge*. Näin ajatellen tuomioistuin on todellakin ollut integraation poliittinen moottori, jonka merkittävyyttä ei voida tavoittaa vallanjakoajattelun kautta.¹⁴⁷ Jotain muuta siis tilalle, mutta mitä?

Edellä selostettu oikeustapaus ei ole suinkaan ainoa laatuaan. Tässä ei kuitenkaan ole tarvetta ulottaa analyysiä pidemmälle EU-oikeuteen, koska se ei ole tässä mielenkiinnon kohteena. Vallanjakoanalyysin kannalta tapaus kuitenkin on hyvin paljastava, vaikkei se sinällään olekaan mitenkään erityislaatuinen valtiosääntöoikeuden alalla. Kansallisten valtiosääntöjen puitteissa valtiosääntöoikeudellinen kirjallisuus tuntee myös suuren joukon klassisia tapauksia, joissa tuomioistuimet ovat ottaneet itselleen – ilman kodifioitujen normien tukea – vallan arvioida parlamenttien säätämien lakien perustuslainmukaisuutta. Kaikissa näissä tapauksissa tuomioistuimet ovat tietyllä tapaa hylänneet normaalitilaan kuuluvan vallanjakoon pohjaavan toimintamallinsa ja ovat arvioineet käsillä olevien tapauksien yhteydessä, että kyseessä on ollut niin poikkeuksellinen tilanne, että se on vaatinut hylkäämään lainsäätäjän (tässä: sopimusosapuolten) toimivaltaa kunnioittavan päätöksenteon mallin vaatien konkreettista poliittista päätöstä koskien sitä, mikä on oikeusjärjestyksen pätevyyden ja sitovuuden perusta.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Esim. EY-oikeuden välitön oikeusvaikutus; tuomioistuimella ei oikeutta tutkia komission aseuksen pätevyyttä. KHO 1996 A 36. Doktriinin valtiosääntöisestä muotoilusta ks. esim. PeVL 38/2002.

¹⁴⁶ van Caenegem 1995: 295.

¹⁴⁷ Frischhut 2003: 393–397.

¹⁴⁸ Samantyyppisiä filosofisia tulkinnan teoriaan liittyviä ongelmia esiintyy myös kansainvälisen oikeuden alueella. Ks. Korhonen 1995: ks. erit. 41–113.

Erityisen selvästi tämä ”schmittiläinen viritys” näkyi EY-oikeuden yhteydessä, koska tuomioistuin on monien tapauksien yhteydessä todennut, että kyseessä nimenomaan oli (ja on) *uusi* oikeusjärjestys. Voitaneen sanoa, että vaikka Schmittin valtiosääntönäkemys antaa teoreettisesti enemmän todellisuudenkaltaisen kuvan, on luultavaa, että myös Kelsenin perusnormikonstruktiosta voisi olla hyötyä EU-oikeuden pätevyyden perustan valtiosääntöoikeusteoreettisessa arvioinnissa. Myös ehkä yleisemmin arvioitaessa sitä, millainen valtiosääntö-oikeudellinen perusta oikeusjärjestyksellä tulee olla, jotta siitä tulee – ainakin johonkin mittaan – tehokas oikeusjärjestys.¹⁴⁹

EY-tuomioistuimen tapauksen yhteydessä olisi Kelsenin teorian kannalta kyseenalaisuuden perusnormin asettamisesta, lainsäädäntövallan de facto käyttämisestä. Aikaisemman perusnormin sisältönä oli ollut määräys ’tottele valtiosäännön sisältöä’. Käsiteltävänä olevassa tapauksessa perusnormin asettaminen tapahtui poliittisesti, vaikkakin lainkäyttöelimen toimesta. Uuden perusnormin sisällöksi tuomioistuin asettikin sen sijaan komplementaarisen perusnormin ’tottele kolli-siotilanteessa ensisijaisesti EY-oikeuden sisältöä’.¹⁵⁰ Oikeusteoreettinen ongelma on kuitenkin siinä, että Kelsenille perusnormi oli transsendentaalinen seikka, jonka olemassaolo johtui teoreettisista vaatimuksista. EY-tuomioistuimen päätös uuden perusnormin asettamisesta on sen sijaan luonteeltaan konkreettinen poliittinen päätös, jossa se tulkitsee poikkeustilanteessa (jonka olemassaolosta se itse päätti) omaavansa suvereenin oikeusjärjestyksen sisällöstä päättävän perustuslakiasäättävän vallan.¹⁵¹ Schmittin poikkeustilan käsite tuo näin eksplisiittisesti pintaan vallanjakoa ja politiikka/oikeus-erottelua kyseenalaistavan ulottuvuuden; poikkeustila paljastaa oikeuden perusluonteen, joka on ei-normatiivinen.¹⁵² Poikkeustila paljastaa vallanjoon pelkäksi naamioksi, josta voidaan tämän analyysin mukaan poliittisen tilanteen niin vaatiessa luopuakin; näin se ei ole absoluuttisen apriori, vain suhteellinen ja sopimukseen perustuva. Viime kädessä näkyviin

¹⁴⁹ Kysymyksenasettelu on pitkälti sama kuin kansainvälisessä julkisoikeudessa: valtio on suvereeni (sitä pidetään sellaisena), jos sen hallituksella on kyky tehdä ja panna toimeen sekä valtion sisäisiä päätöksiä sekä ulkopoliittikkaa koskevia päätöksiä. Ongelmalliseksi tilanne tulee erityisesti, kun kyseessä on *uusi* valtio. Ks. Hakapää 2003: 67–68.

¹⁵⁰ ”If community laws are supreme, there must be a hierarchy of norms. A hierarchy of norms does not simply exist (or not); someone or some body must interpret this hierarchy”. Caporaso 2002: 96.

¹⁵¹ Pavlos Eleftheriadis (1996: 32–42) löytää artikkelissaan tästä päättelystä mielenkiintoisen virheen. ”If the doctrine of supremacy changes the basis of validity, then it cannot be subject to a test of validity. As a result it cannot be legally valid. Since the doctrine of supremacy is beyond questions of constitutionality, it cannot avail itself of the tools of legality...doctrine of supremacy of a ’new legal order’ is in this sense self-defeating: being a change to the basic norm of the existing legal order it cannot, by definition, be legally binding on the Courts of the Member States. Its acceptance or rejection confines of legal doctrine and cannot be tested by conventional legal argument.”

¹⁵² Ks. myös Ojakangas 2001: 100–101.

piirtyy tuomioistuimen oma *juridinen ideologia*; integraation syventämiseen tähtäävä politiikka, jota toteutettiin juridiikan keinoin.¹⁵³

Schmittin analyysi varsinaisesta valtiosäännöstä ja valtiosäännön pinnasta tuntuu saavan tiettyä yleisteoreettista tukea EU-oikeuden perustan analysoinnista. Kysyttäessä, miksi EU-oikeuden järjestelmä tai miksi EU:n ”valtiosääntö” oli tuolloin voimassa ja miten se on pätevä, ei voitu viitata (rationaalisesti) mihinkään yksittäiseen säännökseen tai säännösjoukkoon, vaan jouduttiin toteamaan, että ne olivat voimassa ja päteviä vain siksi, että oikeutta luova suvereeni oli ne saattanut empiirisesti voimaan tekemänsä tietoisin päätöksen kautta (päättösten legitimoinnissa ja argumentaatioissa toki hyödynnettiin sopimusartikloita).¹⁵⁴ *Possiivinen valtiosääntö* on Schmittin mukaan määrätyn poliittisen ykseyden (tässä tapauksessa valtiollisen integraatioyhteisön) tekemä päätös, joka koskee sen omaa erityistä olemassaoloa, sillä mihinkään kelseniläiseen normiin emme voi viitata. Tällaisessa teoreettisessa konseptiossa oikeuden perustaa ei hahmoteta sääntöjen, vaan ratkaisujen muodostamana kokonaisuutena.¹⁵⁵ Silloin ei vaivauduta kysymään, tulivatko säännöt *oikean* toimivallan piiristä tai noudatettiin vain vallanjakoa vai ei. Tällainen asetelma ei vain yksinkertaisesti ole sopiva, eikä sen mukainen kysymyksenasettelu vahvasti aktualisoidu.¹⁵⁶

Tämän kirjan perspektiivistä ei kuitenkaan ole enää laisinkaan mielenkiintoista pohtia sitä, oliko tuomioistuimen tekemä ratkaisu ei-oikeudellinen, epäjuridinen tai epäkelpo siksi, että sen voidaan katsoa sopivan Schmittin käsitteistön uuden oikeusjärjestyksen perustavan suvereenin tekemäksi konkreettiseksi päätökseksi. Kyseessä oli – siitä ei kai ole erimielisyyttä – joka tapauksessa uuden oikeusjärjestyksen perustava päätös, jonka syntymistä ei voitu palauttaa jännöksettä Rooman sopimuksen artikloihin. Kyseessä oli oikeuden ulkopuolelle menevä ”esioikeudellinen” päätös, jolla tuomioistuin asetti uuden oikeusjärjestyksen ja uuden yhteisövaltiosäännön perustuslakia säättävän vallan kantajana.¹⁵⁷ Tehdystä päätöksestä (ja muista samankaltaisista päätöksistä) on tullut sittemmin *case law* -tyyppistä normistoa, joka on saavuttanut legaalisen sitovuuden ja riittävän faktisen legitimitetin (sitä ei ole suuremmin vastustettu).¹⁵⁸ Oman ”ju-

¹⁵³ Vrt. Wiklund 1999: 95.

¹⁵⁴ EY-tuomioistuimesta oikeutta *luovana* tuomioistuimena yleisesti ks. Jyräki 2003: 347–349.

¹⁵⁵ Vrt. Jyräki 1989: 342.

¹⁵⁶ Ehdotus Euroopan perustuslailliseksi sopimukseksi (2003) [I–10 Art. 1 kohta] muodollistaisi aseman. Se antaisi kirjoitettuun oikeuteen perustuvan eksplisiittisen etusijan unionille jäsenvaltion lainsäädäntöön nähden. (”Tämä perustuslaki ja lainsäädäntö, jota unionin toimielimet antavat käyttäessään unionille asetettua toimivaltaa, ovat ensisijaisia jäsenvaltioiden lainsäädäntöön nähden.”)

¹⁵⁷ ”Vor jeder Normierung liegt eine grundlegende politische Entscheidung des Trägers der verfassungsgebende Gewalt...”. Schmitt 1983: 23.

¹⁵⁸ Jyräki (2001a: 37) on luonnehtinut tuomioistuimen toiminnan luonnetta siten, ettei se juurikaan palaudu jäsenvaltioiden valtiosääntötraditioon, vaan lähenee mieluummin common law’ta päättyen brittiläisen ja yhdysvaltalaisen tradition välimaastoon. Tämä on sinänsä kiintoisaa, koska

ridisen uskottavuutensa” säilyttämiseksi päätökset on kuitenkin täytynyt pukea tunnistettavammin oikeudelliseen kaapuun, sillä olisi mahdotonta ajatella tuomioistuimen avoimesti myöntävän jonkin päätöslauselman yhteydessä olevansa ”*politisch existierenden Macht oder Autorität*”.¹⁵⁹ Tässä mielessä vallanjaon pintaullottuvuudesta on haluttu pitää kiinni.

Kun integraation eteneminen vaarantui, siirtyi politiikka tuomioistuimen ”poikkeustilapäätöksellä” sen käsiin. Clausewitzia mukaillen: kyse oli siitä, että politiikkaa jatkettiin oikeuden keinoin. Tällä on tietenkin toinen puolensa: juuri tällaiset päätökset ovat toisaalta vahvistaneet jäsenvaltioiden kansalaisten ja muiden yksityisten tahojen oikeusasemaa antaen näille lisää tehokkaita oikeuksia.¹⁶⁰ Tässä kohden on siis esitettävä merkittävä varaus siihen, mitä edellä on esitetty. Olisi tietenkin aivan liian yksipuolista vain keskittyä vallanjako-ongelmiin ja jättää tyystin mainitsematta ne saavutukset, joita tuomioistuin on saanut aikaan samapalkkaisuuden, äitiysoikeuksien, työturvallisuuden ja monien muiden *yksilöille tärkeiden* asioiden saralla. Tässä ei siis syytetä, mieluummin vain selektiivisesti alleviivaten todetaan ja tehdään tulkintaa.

Schmittin valtiosääntöopin aikainen ajattelu viittaa siihen, että kyse ei oikeastaan ole edes oikeudesta – siis siitä, joka on jo olemassa – vaan pikemminkin auktoriteetista. Schmittin ajattelutavan mukaan olisi turhaa etsiä oikeuden ”viimeistä perustaa” normeista tai normiperustan puuttuessa kritisoida tätä asiantilaa, koska kyse on aina *ensin* vallasta ja *vasta sitten* oikeudesta. Ei liene kovinkaan hyödyllistä pohdiskella sitä, mihin normiin tai normijoukkoon tuomioistuimen päätös perustui tai ei perustunut, vaan pikemminkin voitaisiin pohtia sitä, millä esiedellytyksillä tuomioistuimen suvereenina toimiminen tuli hyväksytyksi.¹⁶¹ Miksi se pystyi toimimaan sekä lainkäyttäjänä de jure että lainsäätäjänä de facto? Miksei vallanjakoinen politiikka/oikeus-erottelu painanut enempää, vaikka kaikki tuomarit tulivat mannermaisista vallanjaon tunnustavista järjestelmistä? Normilähtöisen oikeuspositivismin lähtökohdista tapahtunut vaikuttaa ongelmalliselta, mutta onko tällainen tapa ylipäänsä mielekäs keino hahmottaa oikeuden ja politiikan suhdetta laisinkaan?

Carl Schmittin valtiosääntöajattelusta on löydettävissä eräitä ajattelumalleja ja käsitteitä, joita ei tarvitse purematta niellä, mutta joiden tarjoamaa instrumenttia

oikeusvertailun teoriassa juuri *prosessuaalisia* seikkoja on pidetty kaikkein hankalimpina siirränäisinä. (Ks. esim. Kahn-Freund 1974: 20). Jyräni (2003: 347) tekee kuitenkin tässä kohden oikeushistoriallisesti tarkkanäköisen ja kiintoisan huomion: ”Isosta-Britanniasta tuli EY:n jäsen vasta 1970-luvulla, ja että *case law* -ideologia silti hivuttautui EY:n tuomioistuimen ratkaisuihin jo kauan ennen sitä”.

¹⁵⁹ Schmitt 1983: 22.

¹⁶⁰ Teemasta erityisesti pohjoismaisesta näkökulmasta ks. Nieminen 1991.

¹⁶¹ Tästä näkökulmasta kyse ei ole lainkaan muodollisesti virheettömästä menettelystä, sillä Schmittin mielestä myös väärä ja virheellinen oikeudellinen päätöksenteko voi sisältää konsultioivan momentin. Schmitt 1922: 77.

kriittiselle analyysille EU-oikeuden de facto valtiosääntöoikeudellista perustaa koskien on mahdollista soveltaa. Tämä vaatii kuitenkin legaliteettia ja legitimitettä koskevien kysymysten käsittelyä Schmittin *Verfassungslehren* hengessä eli ei toisistaan keinotekoisesti erotettuina, vaan toisiinsa erottamattomasti kietoutuneina. Käytännöllinen ongelma voi tosin olla siinä, että erilaiset rajanvedot ovat joskus niin ilmeisen konstitutiivisessa asemassa. Kyse on oikeuteen liittyvistä ideologisista asenteista, joilla on oma legitimizeettifunktionsa. Se, että haluamme niin hanakasti turvautua tai ainakin sanoa turvautuvamme oikeudellisiin – ei poliittisiin – perusteisiin on varsin tyypillinen piirre juuri länsimaiselle oikeuskulttuurille.¹⁶² Halu ylläpitää tiukkaa rajanvetoa oikeuden ja politiikan välillä sisältää näin siis myös oleellisen legalistisen arvostuselementin; oikeus ennen politiikkaa. Poliitiikka halutaan siis ikään kuin suitsia tai ottaa haltuun rajoittavien oikeusnormien avustuksella, jolloin oikeus samalla arvostetaan politiikkaa ylemmäksi – edellinen pyrkii esiintymään jälkimmäistä legitimoivana tekijänä; mieluummin juridiikkaa kuin silkkaa politiikkaa. Suomalaisessa keskustelussa oikeusjärjestyksen perustuslaillistumisessa on havaittavissa vienoja juonteita samasta oikeusideologisesta ajattelusta, luottamuksesta tuomioistuihin, mutta epäluottamuksesta lainsäätäjään. Schmittin ajatus kansasta konstituivana valtana sopii tähän tosin varsin kehnosti.¹⁶³ Myös pohjoismaiset kansansuvereniteettiopin sovellukset ovat kehnosti yhteensovitettavissa lainsäätäjään kohtaan tunnettavan epäluottamuksen kanssa. Erot ovat kuitenkin tietyllä tapaa väistämättömiä. *Juha Raitio* on epäilemättä oikeassa, kun hän katsoo, että kansallisvaltioiden ja EU:n tavoitteet ovat toisiinsa nähden sen verran poikkeavia, että kansalliseen järjestelmään soveltuva normi- ja tulkintateoria eivät sovellu sellaisenaan EU-oikeuteen.¹⁶⁴

Schmittin analyysiä oikeuden ja eritoten valtiosääntöoikeuden perustasta voi pitää merkittävänä julkisoikeuden keskeisten rajanvetojen ja erityisesti oikeus/politiikka-erottelun kannalta. Tämä siitäkin huolimatta, ettei Schmitt tätä distinktiota itse kunnioittanut, eikä juuri muutenkaan tunnustanut suurta arvoa demokraattisen oikeusvaltion valtiosäännön perusolottuvuuksille eli vallanjaolle ja perusoikeuksille.¹⁶⁵ *Verfassungslehre* kuitenkin (tai tästä huolimatta) rakentaa teoreettisen kytkennän oikeusjärjestyksen ja sen perustavan poliittisen päätöksen välille tavalla, johon vallanjako-oppi ei pysty. Siinä missä vallanjako-oppi haluaa erottaa oikeuden ja politiikan, niin schmittiläinen *Verfassungslehre* nostaa keskiöön *päätöksen*, joka tulee – karkeaa sfäärijaottelua noudattaen – oikeuden ulkopuolelta, mutta joka kuitenkin saa oikeudellisesta vahvan merkityksen. Se ei noudata vallanjako-opin apriorista oikeuden kielioppia laista, hallitusvallasta ja

¹⁶² Jyränki 1989: 21.

¹⁶³ Ks. myös Ojakangas 2001: 105–107.

¹⁶⁴ Raitio 2002: 139.

¹⁶⁵ Vrt. Ojakangas 2001: 98–99.

tuomioistuimista, vaan on *rajakäsite*; se perustaa oikeusjärjestyksen ilman oikeuden vaatimaa muotoa ja kuitenkin se on funktionaalisesti tehokas. EU-oikeuden keskeisistä kulmakivitaapauksista on löydettävissä monia Schmittin desisionismin mukaisia oikeusjärjestyksen perustamiselementtejä. Suvereeni on tässä yhtä aikaa sekä poliittinen että oikeudellinen. Tällaisena se ei asetu oikeudellisen formalismin rajoihin eikä myöskään vallanjako-opin edellyttämän oikeuspositivismin karkeisiin rajavetoihin.¹⁶⁶

Yleisempi edellisestä käsittelystä nouseva tämän kirjan teemaa eteenpäin vievä väitteeni on seuraava: valtiosääntöoikeus on oikeuden ja politiikan välinen sarana, joka sijaitsee yhtä aikaa sekä oikeuden että politiikan maailmassa.¹⁶⁷ Se on lähtökohtaisesti jännitteinen vallanjakopohjaisen politiikka/oikeus-erottelun kanssa. Erityisesti normikontrolliin liittyvät monet klassiset oikeustapaukset ovat selvä osoitus tästä: ne ovat jossain mielessä osoitus siitä, mistä valtiosääntö-oikeudessa pohjimmiltaan on kyse. USA:n liittovaltion korkeimman oikeuden *Marbury v. Madison* (1803), Ranskan perustuslakineuvoston *Liberté d'association* (1971), Norjan korkeimman oikeuden *Kløfta* (1976) ja ehkäpä myös Tanskan korkeimman oikeuden *Tvind* (1999) ovat osoituksia siitä, että ainakin jollain tavalla desisionistiset tapaukset keskittyvät juuri normikontrollin alueelle.¹⁶⁸ Erityisesti lakien perustuslainmukaisuuden valvonta on se hiertymäkohta, jossa vallanjako-opin mukainen apriorinen oikeuden kielioppi ei näytä toimivan, koska politiikka ja oikeus asettuvat tässä kohden kaikkea muuta kuin harmoniseen vuorovaikutukseen.

2.2 VALLANJAKO JA POHJOISMAINEN PERUSTUSLAKIKONTROLI – MUUTTUUKO OIKEUDEN JA POLITIIKAN VÄLINEN SUHDE?

2.2.1 Johdanto

Tässä luvussa tarkastelun kohteena on lakien perustuslainmukaisuuden valvonta (tai periaate perustuslain etusijasta), joka niveltyy normihierarkian ja oikeusjär-

¹⁶⁶ Tosin on huomattava, ettei kummankaan – Kelsenin tai Schmittin – ajattelu sisällä vallanjakopopia sellaisenaan, vaan ainoastaan siitä johdettuja tiettyjä elementtejä.

¹⁶⁷ Samanlaisia ulottuvuuksia on erityisesti myös kansainvälisessä julkisoikeudessa erityisesti silloin, kun sopimukset eivät anna riittäviä vastauksia, vaan niitä joudutaan hakemaan tavanomaisesta oikeudesta. Ks. tark. Hakapää 2003: 49–53.

¹⁶⁸ Mielenkiintoista tämän jännitteen kohdalla silloin, kun eri tuomioistuimet kiistelevät siitä, kuka on ylin vallankäyttävä. Tällaisia piirteitä on ollut nähtävissä ENIOS:sta valvovan ihmisoikeustuomioistuimen ja EY-tuomioistuimen välillä, kuten ratkaisu *Matthews v. United Kingdom* (1999) osoittaa. Ks. tark. Husa 2001b: 47–51.

jestyksen koherenssivaatimuksen kautta valtiosääntöoikeuden alaan, mutta heijastuu perustuslakisääntelyn myötä laajemmin myös koko oikeudenkäyttöko-neistoon. Kyse on samalla myös valtiosääntöoikeuden ekspansioista ja laajentu-misesta sellaisille alueille, joihin se ei meikäläisessä traditiossa ole aiemmin juurikaan vaikuttanut; oikeusjärjestys valtiosääntöistyy tai perustuslaillistuu. Valtiosääntöoikeuden käyttöarvo juridiikassa yleensä on nousussa ja erityisesti tämä kehityspiirre näyttää ulottuvan tuomioistuinten toimintaan. Osittain seu-rauksena on poliittisluontoisten elementtien tuleminen likemmäksi lainkäyttöko-neistoa ja niiden yhteiskunnallisia funktioita. Vallanjaon elementtien painopis-teet näyttävät olevan oikeuskulttuurisessa liikkeessä poliittisesta vallasta kohti oikeudellista valtaa. Tässä kohden ollaan tekemisissä julkisoikeuden keskeisten politiikka/oikeus-ajanvetojen kanssa. Esimerkiksi *Jürgen Habermas* on katso-nut, että valtiosäännön oikeudellisen kontrollin ja demokraattisesti legitimoidun lainsäätäjän välinen kilpailu tulee terävimmillään esiin silloin, kun keskustellaan abstraktista normikontrollista ja sen laajuudesta.¹⁶⁹

Valtiosääntöteoriassa on jo pitkään tunnettu se seikka, että vaaleilla valitun parlamentin säätämien lakien ja tuomioistuinten harjoittaman jälkikäteisen pe-rustuslainmukaisuuskontrollin välillä on syvällisesti jännitteinen suhde.¹⁷⁰ Kyse on pohjimmiltaan oikeuden ja politiikan välisestä ajanvedosta: mikä kuuluu lainsäätäjän *poliittisen harkinnan piiriin* ja mikä taas tuomioistuinten *oikeudelli-sen harkinnan piiriin*?¹⁷¹ Miten siis vetää raja politiikan ja oikeuden välille sekä huomioida vallanjako-opin asettamat institutionaaliset ja funktionaaliset reuna-ehdot? Kun vallanjaon täydellinen balanssi jää vain haaveeksi, kummalle ulottu-vuudelle tulisi antaa suurempi painoarvo? Sama jännite piirtyy näkyviin myös

¹⁶⁹ Habermas 1992: 295. Ks. myös Holmström (1998: 67), joka näkee normikontrollin juuri demo-kraatian ongelmana. Saksassa tämä ristiriita on kiteytynyt selvimmin erityisesti aborttiin liittyvien lainsäädäntöratkaisujen perustuslainmukaisuuden arvioinnissa. Ks. tapauksista nk. I aborttituomio (1975 BVerfGE 39.1) ja II aborttituomio (1993 BVerfGE 88.203).

¹⁷⁰ Aina kun tuomioistuin syrjäyttää perustuslakia myöhemmän lain se samalla myös ”kajoaa valtiollisten perustehtävien erotteluun”, kuten Jyräni (2003:433) asian muotoilee. Ongelma on kuitenkin sisäänrakennettu nykyaikaiseen valtiosääntöoikeuteen. Esim. Saksan GG:n Art. 20 (2) mukaan kaikki valtion valta on peräisin kansasta (Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus), vaikka valtaa käytetään (ausgeübt) vaalien ja äänestysmenettelyn välityksellä, mutta kolmenlaisiin orgaa-neihin jakaantuneena: lainsäädäntö, toimeenpano ja tuomiovalta.

¹⁷¹ *de Tocqueville* (1994: 103–104) tiivistää asian – USA:n järjestelmän käsittelyn pohjalta – oman näkökulmansa mukaan seuraavasti: ”the power granted to American courts to pronounce on the constitutionality of laws is yet one of the most powerful barriers ever erected against the tyranny of political assemblies.” Olipa *de Tocquevillen* kannasta mieltä mitä tahansa, niin se kuitenkin kiteyt-tää hyvin teeman perusuonteeseen: *vastakkainasettelun*.

Voidaan tietysti kysyä, miksi juuri lakien perustuslainmukaisuuden kontrollia tulisi pitää näin tärkeänä tässä kohden. Kyse on lakien erityisestä asemasta, jonka Jyräni (2003: 285) kiteyttää seuraavasti: ”Eduskunnan säätämä laki on edustuksellisen demokraatian lippulaiva ja sen hallitse-misen väline, olennainen osa vallankäytön demokraattista legitimaatioketjua.”

perusoikeuksien ja julkisen vallan välisessä suhteessa, joka on osin toisiinsa tukeutuva ja toisilta osin jännitteinen.

Ehkä voidaan katsoa, että politiikka/oikeus-erottelu näkyy ilmeisimmillään ja paljaimmillaan valtiosääntöoikeuden alueella. Tämä ei ole mikään sattuma. Valtiosääntöoikeuteen oikeudenalana liittyy monia sellaisia omaleimaisia kysymyksenasetteluita, joita voidaan pitää tyypillisenä tälle oikeudenalalle. Tämä näkyy muun muassa siinä, että valtiosääntöoikeutta tarkastellaan kansallistenkin järjestelmien tutkimuksessa hyvin monesti kansainvälisestä aspektista, jolloin kansalliset valtiosääntöoikeuden järjestelmät pyritään näkemään ikään kuin osana jostain suuremmasta ja kansalliset rajat ylittävästä valtiosääntöajattelusta.¹⁷² Tiettyjen perusfunktioiden ja ongelmien ajatellaan olevan tietyllä tapaa yhteisiä, ei järjestelmäspesifisiä. Vertailevia elementtejä sisältävässä valtiosääntöoikeuden tutkimuksessa on nimenomaan todettu, että valtiosääntöjen (tai suppeammin muodollisten perustuslakien) kesken vallitsee samankaltaisuuksia, jotka koskevat muun muassa valtiosäännöissä säänneltäviä asioita, perustuslakien rakenteita sekä valtiosääntöoikeudellisia oikeusinstituutioita.¹⁷³ Tietysti sellaiset tekijät kuten integraatio ja globalisaatio vähentävät – ainakin pintatasolla – näitä eroavaisuuksia.

Tässä luvussa on otettu tarkastelun kohteeksi yksi valtiosääntöoikeuden keskeisimmistä instituutioista, joka on lakien (ja muidenkin normien) perustuslainmukaisuuden valvontamekanismi. Se kytkeytyy hyvin likeisesti yhteen järjestelmissä omaksutun vallanjako-opin sovelluksen kanssa. Voidaan sanoa, että omaksuttu kontrollimalli *heijastaa* järjestelmän sisäistä itseymmärrystä siitä, miten vallanjakoa konkretisoidaan valtioinstituutioiden ohitse valtiollisten *funktioiden* alueella. Erityiseksi tarkastelukohteeksi tässä luvussa nousee tuomioistuinten rooli ja tehtävä perustuslainmukaisuuden valvonnassa, koska juuri tuossa suhteessa piiryy selvästi esiin peruserotteluyritys oikeuden ja politiikan välillä; mikä kuuluu lainsäätäjälle ja hallitukselle ja mikä taas tuomioistuimille. Tarkastelumaita ovat Pohjoismaat (pl. Islanti), joiden järjestelmät näyttävät lähtökohdiltaan eroavan näiltä osin toisistaan, vaikka yleensä oletetaan, että näiden maiden oikeusjärjestelmät ovat oikeuskulttuurisilta peruspiirteiltään samankaltaisia. Järjestelmien oikeuskulttuurinen likeisyys tekee niistä kiintoisia rinnastuskohteita oman järjestelmämme kanssa jo siksin, että perustuslain kokonaisuudistus toi meidät entistä lähemmäs muiden Pohjoismaiden valtiosääntömalleja ja valanjaon sovelluksia. Toisaalta vertailevassa katsannossa on helppo havaita, että Pohjoismailla on paljon yhteistä, vaikkei se pintapuolisesta tarkastelusta heti selviäisikään.¹⁷⁴

¹⁷² Vrt. Jyräki 1998a: 9–10.

¹⁷³ Ks. Husa 1997b: 79–209. Ks. myös van Maarseveen & van der Tang 1978: 288–289 ja Venter 2000: 41–52.

¹⁷⁴ Ks. tark. Husa 2002c: 168–180.

Yleisessä kontekstissa lakien perustuslainmukaisuuden valvonta on yksi valtiosääntöoikeuden keskeisimmistä ongelmista, joka eri järjestelmissä täytyy jotenkin ratkaista.¹⁷⁵ Se ilmentää sitä konkreettista tapaa, jolla lainsäätämiskeskusto ja tuomiovaltafunkto halutaan toisiinsa nähden asettaa eli mitä oikeuden ja politiikan välisen suhteen *tahdotaan* olevan. Se ilmentää näin siis myös oikeuden normatiivista kielioppia. Käytännössä juuri vallanjakoon tai perusoikeuksiin liittyvät kysymyksenasettelut ovat niitä, jotka nousevat esiin normikontrollin yhteydessä, kuten jäljempänä huomataan. Normikontrollin yhteydessä olevat argumentit liittyvät usein suoraan joko vallanjakoon tai perusoikeuksiin, usein molemmat ulottuvuudet ovat mukana yhteen kietoutuneina.¹⁷⁶

Seuraavassa tarkastelussa ei pysähdytä pelkästään deskriptiivisesti kuvaamaan sitä (erot ja yhtäläisyydet rekisteröiden), miten tarkasteltava oikeudellinen funktio (tai sitä koskeva oikeudellinen ratkaisu) on eri järjestelmissä toteutettu. Pyrin myös jossain määrin selittämään ja arvioimaan niitä syitä, joita havaittujen erojen ja yhtäläisyyksien taustalta voidaan löytää. Perustuslainmukaisuuden kontrollijärjestelmien muoto ja toteutus riippuvatkin pitkälti ideologisista näkökohdista, vaikka ne myös heijastavat syntyäikansa historiallista tilannetta ja erityisesti valtiovallan jakamisen suhteen omaksuttua perusratkaisua.¹⁷⁷ Tällöin ollaan tekemisessä oikeuskulttuurisesti orientoituneen tarkastelun kanssa, jossa ei samaisteta oikeutta pelkästään kirjoitettuihin sääntöihin tai oikeustapauksiin, vaan painotetaan sitä, että oikeusnormit on nähtävä osana laajempaa kulttuurista, sosiaalista ja poliittista kontekstia.¹⁷⁸ Luvun lopuksi tarkastelu palautetaan kirjan kantaviin teemoihin eli oikeus/politiikka-erotteluun ja vallanjakoon – miten oikeuden ja politiikan välinen rajanveto on ehkä muuttumassa yleisemmin Pohjois-

¹⁷⁵ *Maddex* (1996) erottaa erilaisina ratkaisumalleina olevan kaikissa tuomioistuimissa tapahtuva yleinen perustuslainmukaisuuden kontrolli ja erityisissä valtiosääntötuomioistuimissa tai muutoin erillisissä tuomioistuimissa tapahtuva kontrolli. *Maddexin* 80 perustuslain aineiston varaan nojautuvan laskelman mukaan 32 maassa on käytössä yleinen tuomioistuin- ja 24:ssä erityinen tuomioistuin- ja 16:ssä ei ole – ainakaan teknisesti – oikeudellista kontrollia ja 8:ssä on käytössä molemmat kontrollimuodot.

¹⁷⁶ Jätän tässä pois sen täysin ilmeisen näkökohdan, että kyse on myös *lex superior* opista ja sen toteuttamistavoista. Tämän opin perusmuotoiluna voidaan pitää Portugalin perustuslain 277 (1) artiklaa, jonka mukaan ”Kaikki lain säännökset, jotka ovat ristiriidassa perustuslain tai sen sisältämien periaatteiden kanssa, ovat perustuslain vastaisia”. Kontrolli legitimoidaan tässä siis lähinnä hierarkkisin argumentein. Ks. myös *Troper* 2003: 103–105.

¹⁷⁷ Ks. *Riepula* 1973: 2.

¹⁷⁸ Vrt. van *Hoecke & Warrington* 1998: 495–536, erit. 498. Ks. myös *Husa* 1997a: 407–423.

2.2.1.1 Miten normikontrolli voidaan järjestää?

Potentiaalisia tapoja järjestää perustuslainmukaisuuden kontrolli on olemassa runsaasti.¹⁷⁹ Tässä pohjustavassa osuudessa kiinnitetään huomiota pääosin sellaisiin ratkaisumalleihin, joille löytyy vastineita nykyaikaisista valtiosääntöjärjestelmistä ja joiden avulla pohjoismaiden kontrollimalleja voidaan temaattisesti jäsentää. Tarkoituksena ei myöskään ole ottaa kantaa mitään tiettyä kontrollimuotoa vastaan tai puolesta.¹⁸⁰ Oheinen tyypittely on analyyttinen eli siinä pyritään huomioimaan myös sellaisia vaihtoehtoja, joilla ei välttämättä ole reaalista vastinetta valtiosääntötodellisuudessa, mutta jotka ovat teoreettisesti mahdollisia. Tämä tarkoittaa sitä, että sovellettavat tarkastelukehikot eivät ole myöskään oikeushistoriallisia yleistyksiä, vaan mieluummin analyyttisiä.¹⁸¹ Ne ovat eräitä *mahdollisia ratkaisumalleja* sen suhteen, miten lainsäädäntöfunktio ja tuomiovaltafunktio on mahdollista teknisesti järjestää suhteessa toisiinsa.

Ensiksi huomiota voidaan kiinnittää siihen ajankohtaan, jolloin perustuslakikontrollia toteutetaan. Toiseksi siihen orgaaniin (tai niihin orgaaneihin), joka suorittaa lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa. Kolmanneksi huomiota on mahdollista kiinnittää siihen, mihin kontrolli kohdistuu tai millaisissa tilanteissa normikontrollia toteutetaan. Neljänneksi siihen organisatoriseen seikkaan, kuinka monella orgaanilla on oikeus tai velvollisuus perustuslainmukaisuuden kontrolliin. Viidenneksi voidaan kiinnittää huomiota siihen, mikä seuraus normikontrollilla on tai voi olla, eli miten järjestelmä reagoi havaittuun normin perustuslainvastaisuuteen.

Ensiksi mainitun kriteerin perusteella *suoritetaan jako preventiiviseen ja repressiiviseen kontrolliin*. Preventiivinen viittaa sellaiseen lakien kontrolliin, jossa mahdolliseen perustuslainvastaisuuteen kiinnitetään huomiota ennakollisesti jo lainsäätämisvaiheessa ennen kuin laki tulee muodollisesti voimaan. Näin tapahtuu esimerkiksi, joustavan vallanjaon omaksuneessa Ranskassa, perustuslakineuvoston toimesta.¹⁸² Tarkoituksena on estää perustuslain vastaisten tai sellaiseksi tulkittujen lakien ja muiden säädösten voimaantulo. Preventiivisen kontrollin onnistuessa normihierarkian koherenttisuus säilytetään siis varmistamalla ennakollisesti, ettei viranomaisissa ja tuomioistuimissa tule

¹⁷⁹ Näistä ks. myös esim. Riepula 1973: 3–8.

¹⁸⁰ Erilaisista *pro et contra* -argumenteista tark. ks. Smith 1995 ja Troper 2003. Smithin argumentteja puntaroi kriittisesti Holmström 1998: 450–461. Ks. myös Bull I & II.

¹⁸¹ Oikeushistoriallisen vertailun keinoin on erotettu kolme perusmallia, jotka ovat 1) judicial review, 2) monarkkinen malli ja 3) kansanedustuslaitoksen itsekontrolli. Jyränki 1989: 541.

¹⁸² Ks. esim. Duhamel 1994: 347–363. Perustuslain Art. 61: ”Les lois organiques, avant leur promulgation, et les réglements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.”

sovellettavaksi perustuslain vastaisia säädöksiä. Näin politiikka (= lainsäädäntöpäätökset) ikään kuin institutionaalisesti varataan tuomioistuinlaitoksen ja viranomaiskoneiston ulkopuolelle. Vallanjaon kannalta tällainen malli korostaa lainsäätäjän asemaa ja roolia pitäessään lainkäyttökoneiston etäämmällä lakien säätämisestä ja lakien sisältöön vaikuttamisesta.

Repressiivinen kontrolli lähtee liikkeelle päinvastaisesta ajatuksesta, koska kontrolli tapahtuu nimenomaisesti vasta sen jälkeen, kun säädös on jo tullut voimaan ja sitä joudutaan konkreettisesti soveltamaan, kuten esimerkiksi Yhdysvalloissa, jossa korostetaan vallanjako-oppia.¹⁸³ Soveltamisvaiheessa pyritään varmistamaan, ettei perustuslain vastaisia säännöksiä noudateta, vaan annetaan etusija perustuslain säännöksille ja jätetään perustuslain vastaiseksi tulkittu säännös soveltamatta (seuraukset ko. lain voimassaolon suhteen voivat vaihdella tilapäisestä ohittamisesta mitätöintiin). Normihierarkian koherenttisuus säilytetään siis jälkikäteisen kontrollin kautta.¹⁸⁴ Ajatus on siis se, että lainsäätäjää halutaan selvemmin alistaa (hierarkkisesti) perustuslainsäätäjän tahdolle. On helppo havaita, että tällaisessa mallissa luotetaan enemmän tuomioistuihin kuin lainsäätäjään, jonka aikeita ikään kuin ”epäillään”.

Toinen kriteeri kiinnittää huomionsa siihen orgaaniin tai niihin organeihin, joiden vastuulla perustuslainmukaisuuden kontrolli on. Peruseroavuus on siinä, *harjoitetaanko kontrollia oikeudellisissa vai ei-oikeudellisissa elimissä*. Kyse on erottelusta tuomioistuinvalvontaan ja muuhun valvontaan. Silloin, kun valvontaa suorittaa jokin perusluonteeltaan judisiaalinen elin eli käytännössä tuomioistuin, on kyseessä selvästi tuomioistuinkontrolli.¹⁸⁵ Tyyppiesimerkkinä tällaisesta voidaan mainita Saksan liittovaltion valtiosääntötuomioistuin (*Bundesverfassungsgericht*).¹⁸⁶ Silloin kun kontrollia harjoittaa lainsäädäntövaltaa tai toimeenpanovaltaa edustava elin (tai näiden ja mahdollisesti oikeudellisen elimen jokin yhdistelmä) on kyseessä ei-tuomioistuinkontrolli, jota voidaan pitää organisatoriselta järjestämisperustaltaan ei-oikeudellisena, kuten esimerkiksi Ranskan ratkaisumallissa.¹⁸⁷ Yleensä tuomioistuinkontrollia

¹⁸³ Itse asiassa USA:n järjestelmän kantavana periaatteena pidetty vallanjako-oppi lähti kehittäjänsä mielestä siitä, ettei vallan eri haaroja voi eikä ole syytäkään *täysin* erottaa toisistaan. Alkuperäinen idea oli korostaa *checks and balances* -ajattelua niin, ettei yhdellekään vallalle tulisi suoda oikeutta ”an overruling influence of their respective powers”. Madison & Hamilton & Jay 1987: 308–309. Käytännössä *Marbury v. Madison* (1803) -ratkaisu murensi tämän ajatuksen, koska se antoi nimenomaan ’overruling’-vallan.

¹⁸⁴ Ks. myös Husa 1998b: 185–186.

¹⁸⁵ Kysymys siitä, mikä ylipäänsä on tuomioistuin, ei ole oikeastaan kovin yksinkertainen. Eräänlaisina perusehtoina, joita voi kritisoida eri perustein, voidaan esittää seuraavat: 1) tuomarin riippumattomuus, 2) ennalta olemassa olevat oikeusnormit, 3) tietty prosessuaalinen etenemistapa ja 4) jommallekummalle (kiistelevälle) osapuolelle myönteinen ratkaisu. Koska em. prototyypin ehdot ovat kuitenkin varsin karkeita, niin voidaan puhua myös yleisemmästä tuomioistuinmaisuudesta (*courtness*). Ks. tarkemmin Shapiro 1981: 1–64.

¹⁸⁶ Art. 92: ”Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.” Tuomioistuimesta yleisesti ks. esim. Holmström 1998: 277–323 ja Venter 2000:90–94.

¹⁸⁷ Ks. myös Husa 1998b: 190–191.

perustellaan sen riippumattomuudella, jonka nähdään puuttuvan muilta kontrollitavoilta. Koska monet valtiosääntötuomioistuimet toimivat erikoiskoonpanoissa ja niiden jäsenet valitaan muista tuomareista poikkeavalla tavalla, niin käytännössä erot eivät ole ehkä sittenkään niin suuria (esim. Saksan ja Italian valtiosääntötuomioistuimet). Itse asiassa nimenomaan niissä järjestelmissä, joissa on erityinen valtiosääntötuomioistuin, politiikka ja juridiikka tuntuvat symbioituvan näissä superinstituutioissa. Ne eivät ole pelkästään oikeussääntöjen tulkitsijoita, vaan myös oikeussääntöjen luojia. Ehkä voidaan sanoa, että luovuuden salliva vapausaste on niiden kohdalla erityisen selvästi näkyvissä.¹⁸⁸

Kolmas kriteeri kiinnittää huomiota siihen, *millaista harjoitettava kontrolli itsessään on oikeudelliselta luonteeltaan*. Abstraktissa kontrollissa ei ole kyse aktuaalisesta käsillä olevasta tapauksesta, vaan kontrolli on luonteeltaan hypoteettista siinä mielessä, että normin katsotaan jo sinällään rikkovan normihierarkiaa vastaan. Kontrolli siis tapahtuu jo ennen mahdollisia tuomioistuimissa tai viranomaisissa aktualisoituvia normiristiriitoja, kuten esimerkiksi Saksassa¹⁸⁹ ja Ranskassa. Konkreettisesti kontrollissa on käsillä todellinen soveltamistilanne, jossa perustuslakia normihierarkkisesti alemman säännöksen todetaan tai väitetään olevan perustuslain vastainen. Konkreettista kontrollia puolustetaan yleensä sillä, että siinä väitetään kyettävän paremmin takaamaan kansalaisille ja muille valtion oikeudenkäyttöpiirissä oleville perustuslain säännösten tehokkuus, erityisesti perusoikeuksien kohdalla. Silloin kun tuomioistuin hoitaa keskitetysti sekä abstraktia että konkreettista kontrollia, voi tällainen tuomioistuin muuttua nk. negatiiviseksi lainsäätäjäksi ja astua näin de facto vallanjakoisten rajanvetojen ylitse. Toisaalta konkreettinen kontrolli

¹⁸⁸ Ks. myös Cappelletti 1989: 5–7.

¹⁸⁹ Art. 93.1:n mukaan : ”Das Bundesverfassungsgericht entscheidet:

1. über die Auslegung dieses Grundgesetzes aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, die durch dieses Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind;
2. bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetze oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrechte auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages;
3. bei Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder, insbesondere bei der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder und bei der Ausübung der Bundesaufsicht;
4. in anderen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Bunde und den Ländern, zwischen verschiedenen Ländern oder innerhalb eines Landes, soweit nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist;
- 4a. über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs.4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein;
- 4b. über Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden wegen Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach Artikel 28 durch ein Gesetz, bei Landesgesetzen jedoch nur, soweit nicht Beschwerde beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann;
5. in den übrigen in diesem Grundgesetze vorgesehenen Fällen.”

voi olla merkittävä asianosaisten oikeussuojan kannalta ja jos se on todellakin yksittäistapauksellista, niin se ei ainakaan muodollisesti astu lainsäätäjän yleisen toimivallan alueelle.

Neljäs kriteeri kiinnittää huomiota siihen, *miten kontrolli on järjestetty hallinnollis-organisatorisesti*. Keskitetyssä mallissa lakien perustuslainmukaisuuden kontrollia hoidetaan keskitetysti yhden organin toimesta siten, että pääsääntöisesti kaikki perustuslainmukaisuuden kontrolloimiseen liittyvät tehtävät pyritään hoitamaan yhden organin sisällä. Hajautetussa mallissa kontrollointitehtävää hoidetaan useamman organin toimesta, eikä kaikkia perustuslainmukaisuuden kontrollitehtäviä pyritä keskittämään yhteen elimeen. Esimerkkinä keskitetystä ratkaisusta voidaan esittää Ranska, jossa lakien perustuslainmukaisuutta koskevat tapaukset keskitetään perustuslakineuvostoon.¹⁹⁰ Esimerkin – ainakin periaatteessa – hajautetusta järjestelmästä tarjoaa puolestaan Yhdysvallat, jossa kaikilla tuomioistuimilla on mahdollisuus arvioida lakien perustuslainmukaisuutta.¹⁹¹

Viides näkökohta kiinnittää huomiota siihen, mitä seurauksia havaitulla normin ja perustuslain välisellä ristiriidalla on. Joko normi nullifioidaan eli se menettää tehonsa, kuten esimerkiksi Saksan mallissa, tai se jää edelleen muodollisesti voimaan.¹⁹² Jälkimmäisessä tapauksessa voi olla kaksi erilaista variaatiota. Ristiriidan havaitseminen voi koskea vain käsillä olevaa tapausta ilman, että se vaikuttaa normin yleiseen voimassaoloon millään tavalla. Toisaalta voi olla niin, että vaikkei normin havaitulla ristiriidalla perustuslain kanssa olekaan de jure vaikutusta, niin sillä kuitenkin on de facto vaikutus, joka ulottuu käsillä olevan yksittäistapauksen yli.¹⁹³ Silloin jos lainsäätäjän tuottama normi voidaan nullifioida, niin tuomiovallan astuminen lainsäädäntöfunktion puolelle näkyy selvimmillään.¹⁹⁴ Toisaalta, kuten Japanin esimerkki osoittaa, niin on myös mahdollista, että tuomiovallan painoarvo on de facto

¹⁹⁰ Ranskan perustuslakineuvostoa voi pitää myös eräin rajoituksin de facto valtiosääntötuomioistuimena, kuten esim. *Eivind Smith* on tehnyt (1983). Toki tälle on perustansa – perustuslain (*La Constitution* du 4 octobre 1958) Art. 46 (5):n mukaan kaikki tärkeimmät lait tulevatkin systemaattisesti neuvoston kontrolliin: "Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après la déclaration par le Conseil Constitutionnel de leur conformité à la Constitution."

¹⁹¹ USA:n järjestelmä on todellisuudessa lähellä keskitettyä, koska Federal Supreme Courtilla on niin keskeinen asema. Muilla tuomioistuimilla on kuitenkin oikeus lakien perustuslainmukaisuuden valvontaan, vaikka ylimmän oikeusasteen tekemät ennakkopäätökset sitovatkin alempia tuomioistuimia.

¹⁹² Saksassa Bundesverfassungsgerichtgesetz 31 Art. 1 kohdan mukaan tuomioistuimen ratkaisut sitovat (binden) liittovaltion ja osavaltion orgaaneja, niin tuomioistuinta kuin muitakin viranomaisia. Tietyissä tapauksissa tuomioistuimen ratkaisulla on myös *Gesetzeskraft* (Art. 2 kohta).

¹⁹³ Vallanjaon ja valtion eri funktioiden näkökulmasta asia voidaan ilmaista Kelsenin (1945: 268) sanoin: "A court which is competent to abolish laws – individually or generally – functions as a negative legislator."

¹⁹⁴ Esim. Espanjan perustuslain (*La Constitución Española* 27. de diciembre de 1978) 164 (2) Art. mukaan se osa laista, jota valtiosääntötuomioistuin (*Del Tribunal Constitucional*) ei ole julistanut perustuslain vastaiseksi (*inconstitucionalidad*) jää voimaan (*subsistirá la vigencia de la ley*). Italian perustuslain (*Costituzione della Repubblica Italiana* 27. diciembre 1947) 136 Art. mukaan valtiosääntötuomioistuimen (*La Corte Costituzionale*) perustuslain vastaiseksi julistama laki tai asetus lakkaa olemasta voimassa (*dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma*).

niin vähäinen, ettei lainsäätäjä suostu muuttamaan lakia vaikka normikontrolliin muodollisestikin oikeutettu korkein oikeus tätä suoraan edellyttäisi.¹⁹⁵

Edellä on kiinnitetty huomiota eräisiin perusseikkoihin, joihin vertailevia elementtejä sisältävässä valtiosääntökirjallisuudessa yleensä kiinnitetään huomiota.¹⁹⁶ Jo mainittujen lisäksi kannattaa kiinnittää *huomiota myös siihen normiperustaan, jonka varaan kontrollimuoto perustuu*. Esimerkiksi Yhdysvalloista puuttuu nimenomainen kirjoitetun oikeuden säännös, jonka varaan kontrolli rakentuu. Sen sijaan Yhdysvalloissa on kehitetty tuomioistuinpraksiksessa valtiosääntöoikeudellinen doktriini, jolla kontrollia perustellaan. Useimmissa järjestelmissä kontrolli perustuu nimenomaiseen säännökseen joko suoraan tai vähintään nimenomaisesta säännöksestä tehtyyn tulkintaan.¹⁹⁷ Vallanjaon kannalta on relevanttia, *mihin* kontrollivalta perustuu: lainsäätäjän nimenomaiseen tahdonilmaisuuun, vai tuomioistuimen harjoittamaan itsenäiseen vallankäyttöön.¹⁹⁸ Jos kontrolli perustuu nimenomaiseen lainsäädäntöaktiin, niin sitä voi pitää jonkinlaisena poliittisen vallan itserajoituksena, kun taas tuomiovallan aktiivisuuteen perustuvana se nojaa joko puhtaaseen vallankäyttöön tai perustuslain hierarkiaargumenttiin.

Todellisuudessa monet edellä esitetyistä malleista esiintyvät toistensa kanssa limittäin.¹⁹⁹ Yhtä kaikki, ne kytkeytyvät yleisesti omien järjestelmiensä kansanvaltaisiin premisseihin ja vallanjako-opin sovelluksiin. Kukin sovellus kertoo jotain siitä tavasta, jolla juuri kyseinen järjestelmä on halunnut soveltaa sille omintakeista sovellusta vallanjaosta ja sen eri ulottuvuuksista.

2.2.1.2 Tarkastelun kontekstina pohjoismainen oikeus

Mikä tahansa syvällisyyteen pyrkivä oikeusvertaileva tarkastelu joutuu kiinnittämään huomiota myös oikeuskulttuuriin liittyviin seikkoihin, jotka muodostavat

¹⁹⁵ Ks. tark. Oda 1999: 40–43. Japanin esimerkki on siksikin mielenkiintoinen, että varovaisuudesta huolimatta sen nimenomaisena mallina on toiminut USA:n perustuslakikontrolli. Ks. tark. emt. 106–110. Kiintoisa on myös Venterin (2000: 124) havainto Japanin korkeimman oikeuden legitimitetin riippuvuudesta siitä, että se on nimenomaan *haluton* harjoittamaan aktiivista lainsäädännön perustuslainmukaisuuskontrollia.

¹⁹⁶ Ks. esim. Cappelletti & Cohen 1979: 19–20 sekä Pohjolainen 1988: 149–151 sekä Danneman 1994: 142–144. Vertaileva perusteos aiheesta on Brewer-Carías 1989.

¹⁹⁷ Ks. myös Husa 1997b: 116–118.

¹⁹⁸ Errotelut ovat kylläkin hankalia. Ranskassa v. 1971 perustuslakineuvosto piti lakia (la loi 1er juillet 1901) osittain perustuslain esipuheen (joka liittyy ihmisoikeuksien julistuksen osaksi v. 1958 perustuslakia viittauksella) vastaisena. Toimivalta kontrolliin perustui kylläkin perustuslain säännökseen, mutta tehty ratkaisu muutti doktriinia, koska aiemmin neuvosto ei ollut kiinnittänyt huomiota ihmisoikeusjulistukseen näin voimallisesti. Tämän jälkeen neuvosto on jatkuvasti viitanut julistukseen saaden siitä normatiivisen terän omaan perustuslainmukaisuuden kontrollitoimintaansa. Ks. Décision n° 71–44 DC.

¹⁹⁹ Vrt. Dannemann 1994: 143.

yleisemmän kontekstin tarkastelun kohteena oleville seikoille. Yleisenä kontekstina voidaan pitää tässä tarkastelussa pohjoismaista oikeusperhettä tai oikeuskulttuuria.²⁰⁰ Pohjoismainen oikeusperhe viittaa tässä yhteydessä niihin yleisiin oikeuskulttuurisiin ja rakenteellisiin sekä paradigmaattisiin piirteisiin, joita voidaan pitää ominaisina Pohjoismaiden oikeusjärjestyksille.²⁰¹ (Tässä tarkastelussa Pohjoismaiden oikeus kattaa Norjan, Ruotsin, Suomen ja Tanskan järjestelmät, joten Islanti ei ole mukana tarkastelussa.²⁰²) Oikeusvertailussa on yleensä katsottu, että pohjoismainen oikeus muodostaa oman oikeusperheensä, vaikka se lasjetaankin monesti myös osaksi – laajasti ymmärrettyä – roomanis-germaanista oikeusperhettä.²⁰³ *Konrad Zweigertin* ja *Hein Kötzin* perusteoksessa pohjoismainen oikeus esitetään yhtenä oikeusperheenä, jota ei pidetä roomanis-germaanisena eikä common law’n jäsenenä, koska se sisältää sen verran omalaatuisia piirteitä (roomanis-germaanisista sekä common law ominaisuuksia), että se muodostaa yhden itsenäisen oikeusperheen.²⁰⁴

Mattilan käyttämien pohjoismaisen oikeuden tarkastelukriteerien pohjana ovat systematiikka ja käsitteistö, kirjoitetun oikeuden asema, oikeusajattelun ominaispiirteet sekä tuomareiden luonteenlaatu.²⁰⁵ Systematiikaltaan ja käsitteistöltään pohjoismainen oikeus muistuttaa roomanis-germaanista, mutta jälkimmäisestä poiketen Pohjoismaissa ei ole suuria Keski-Euroopalle tyypillisiä kodifikaatioita, vaikka oikeusjärjestyksen runkona molemmissa onkin kirjoitettu lainsäädäntö. Oikeusajattelultaan Pohjoismaissa ei koskaan myöskään tapahtunut samanlaista oikeuden ”tieteellistymistä” kuin Keski-Euroopassa, jossa vahva teoreettisuus, käsitteellisyys ja konstruktivisuus muokkasivat oikeusajattelua erityisen voimakkaasti 1800-luvulla. Pohjoismaista oikeusajattelua voidaan pitää perusluonteeltaan käytännöllisempänä kuin Keski-Euroopassa ja näiltä osin likeisempänä common law’lle kuin mannermaiselle roomanis-germaaniselle oikeudelle. Tuomareiden mielenlaadun osalta Mattila erottaa eri Pohjoismaat toisistaan ja katsoo, että erityisesti Suomessa ja Ruotsissa tuomarinura on muodostanut suljetun karriäärin ja mentaliteetti on yleisesti ottaen hyvin virkamiesmäi-

²⁰⁰ Vrt. Strömholm 1994: 14–16. Ks. myös Husa 1997a: 415–421.

²⁰¹ Vrt. Mattila 1998c: palstat 702–710, erit. palsta 702 sekä van Hoecke & Warrington 1998: 513–515. Jälkimmäisessä lähteessä erotetaan oikeuden paradigmaattisiksi piirteiksi seuraavat kuusi ominaisuutta: 1) Käsitys siitä, mikä on laki, 2) oikeuslähdeoppi, 3) lain soveltamista ja tekemistä koskeva metodi, 4) argumentaatioteoria, 5) legitimaatioteoria eli, miksi oikeus on sitovaa ja 6) yhteinen perusideologia. Näiden paradigmaattisten piirteiden sisällä voi vallita näkemyseroja, mutta perustaltaan kyse on samasta oikeuskulttuurista, jos vastaukset em. kuuteen kohtaan ovat perusteiltaan samankaltaisia.

²⁰² Islannin lakien perustuslainmukaisuuden kontrollista ks. Björgvinsson 1998: 78–92.

²⁰³ Roomanis-germaanisesta oikeusperheen alaryhmänä Pohjoismaista oikeutta käsittelee esim. Husa 1998a: 155–157. Vrt. Mattila 1998c: palstat 706–707. Ks. myös Tamm 1998: 16–18.

²⁰⁴ Zweigert & Kötz 1998: 277–294.

²⁰⁵ Mattila 1998c: palstat 703–706.

nen. Sen sijaan Norjassa ja Tanskassa tuomareiden suhtautumistapa on Mattilan mukaan lähempänä common law'ta, koska tuomarit eivät miellä itseään niin voimakkaasti valtiovallan asettamien oikeussääntöjen toimeenpanijaksi.²⁰⁶

Koska Pohjoismaat ovat edellisen perusteella näinkin läheisiä toisilleen, niin lienee kiistatonta, että niiden vertailevassa tarkastelussa on kiistatta kyse kulttuurinsisäisestä vertailusta.²⁰⁷ Kun oikeusvertailun teoriassa erotetaan toisistaan keskeisimmät kulttuuripiirit (Afrikka, Aasia, Islam, Eurooppa, Amerikka ja Oseania)²⁰⁸, niin lienee selvää, että tarkastelukohteet tässä luvussa sijaitsevat saman oikeuskulttuurin sisällä (pohjoismainen oikeus). Voidaan puhua yhteisistä yleispiirteistä omaavasta pohjoismaisesta *tyylistä*, joka näitä järjestelmiä näyttää yhdistävän.²⁰⁹ Tästä huolimatta Pohjoismaidenkin kesken voidaan löytää eroja, mikäli tarkastelu suoritetaan nimenomaan julkisoikeuden näkökulmasta. Erot eivät ole kuitenkaan samaa luokkaa kuin kulttuurien välisessä vertailussa. Erityisesti vallanjaon suhteen niissä näyttää olevan merkittäviä oikeuden kulttuurisen tason yhtäläisyyksiä.

Yleensä oikeusvertailussa tunnustetaan, että ryhmittelyt ja luokittelut erilaisiin oikeusperheisiin ja jopa oikeuskulttuureihin ovat varsin suhteellisia, koska ne riippuvat pitkälti siitä, mitä oikeudenalaa pidetään silmällä.²¹⁰ Julkisoikeuden osalta Pohjoismaiden kesken on löydettävissä useitakin eroavaisuuksia, jotka sijoittuvat useimmin Suomen ja Ruotsin (itäinen pohjoismainen oikeus) sekä Norjan ja Tanskan (läntinen pohjoismainen oikeus) muodostamien maaparien välille.²¹¹ Edellä jo mainitun erilaisen tuomarimentaliteetin lisäksi on huomattava, että Norjassa ja Tanskassa ei ole olemassa erityisiä hallintotuomioistuimia, jotka kuuluvat keskeisellä tavalla Suomen ja Ruotsin järjestelmiin. Yhteistä on kuitenkin se, että kaikissa Pohjoismaissa oikeudellinen systematiikka perustuu julkis- ja yksityisoikeuden väliseen erotteluun, vaikka jaottelu onkin keskieuropallaista traditiota löyhempi. Myös julkisoikeudellisten normistojen kodifiointiasteet vaihtelevat suuresti, vaikka oikeudellisten ratkaisujen aineelliset sisällöt muistuttaisivatkin toisiaan. On huomattava, että erityisesti Ruotsin, Suomen ja Tanskan julkisoikeuden normistoja yhdistää EU:n harmonisoiva vaikutus, kun taas Norjaan ulottuva ETA:n vaikutus ei ole unionijäsenyyden luokkaa, vaikka se onkin Norjaa EU-maihin selvästi lähentävä tekijä.

²⁰⁶ Emt. Ks. myös Tamm 1998: 16–18.

²⁰⁷ Ks. oikeuskulttuureista yleisesti esim. Husa 1998a: 139–146. Erityisesti Pohjoismaiden järjestelmiin kohdistuvasta oikeusvertailusta ks. Herala 1997: 30–33.

²⁰⁸ van Hoecke & Warrington 1998: 502–508.

²⁰⁹ Zweigert & Kötz (1998: 63–73) käyttävät ilmaisua *tyyli*, jolla viitataan oikeuden kulttuuriin erityispiirteisiin, joiden tunnistaminen perustuu useiden seikkojen havaitsemiseen, ei niinkään yhteen yksittäiseen kriteeriin. Tällaisina mainitaan oikeushistoria, oikeudellinen ajattelutapa, tyypilliset oikeusinstituutit, oikeuslähteet ja ideologia.

²¹⁰ Vrt. Zweigert & Kötz 1998: 65–66.

²¹¹ Esim. Smith (2002: 13–14) käyttää erottelua itäiseen ja läntiseen pohjoismaiseen oikeuteen nimenomaan normikontrollimalleja koskien. Oikeushistorian näkökulmasta ks. Modéer 1998: 3–5.

Järjestelmillä on myös eräitä yleisluontoisia yhtäläisyyksiä, joiden perusteella voidaan ehkä puhua pohjoismaisesta valtiosääntöoikeusperheestä. Tällaisia piirteitä ovat muun muassa parlamentarismi, konsensushakuinen demokratia suhteessa eri vallanhaarojen keskinäisiin rooleihin, lainsäätäjän institutionaalinen kunnioitus, erillisten valtiosääntötuomioistuinten puute, pragmaattinen oikeudellinen tyyli sekä perustuslain tulkintaa koskeva tietynlainen epädogmaattisuus ja joustavuus.²¹² Tästä huolimatta Pohjoismaissa näkyy selvästi saksalaisen oikeustieteen vaikutus muun muassa siten, että järjestelmät ja ajattelutapa ovat yleisesti ottaen lähempänä Keski-Eurooppaa kuin Yhdysvaltoja tai Isoa-Britanniaa.²¹³ Yksi osoitus tästä on lainopin varsin vahva asema, joka tosin erityisesti aiemmin on vaihdellut maittain, mutta on nykyään yhdenmukaistumassa.

2.2.2 Pohjolan läntinen kontrollimalli

2.2.2.1 Vakiintunut tuomioistuinkontrolli: Norja

Maa kuuluu yhden muodollisen perustuslain järjestelmiin, jonka erityispiirteenä on mainittava maailman toiseksi vanhin voimassa oleva perustuslaki (*Grunnlov* av 17. mai 1814). Valtiomuoto on perustuslaillinen monarkia, joka noudattaa käytännössä parlamentarismia. Muista tässä tarkasteltavista järjestelmistä poiketen Norja ei ole EU:n jäsenvaltio, mikä jättää sille muita tarkastelumaita enemmän valtio-oikeudellista suvereniteettia.²¹⁴ Monarkin valtaoikeudet on valtiosääntöisen tapaoikeuden perusteella parlamentarisoitu ja toimeenpanovallan ydin on pääministerin ja hallituksen käytössä. Yleisesti ottaen järjestelmä rakentuu valtiovallan kolmijako-opin varaan.²¹⁵ Keskeisin orgaani lakien perustuslainmukaisuuden valvonnassa on korkein oikeus, mutta muillakin tuomioistuimilla on tähän toimivalta.²¹⁶ Norja siis kuuluu lähtökohtaisesti repressiivisen, hajauteen ja konkreettisen tuomioistuinvalvonnan piiriin. Lähin Norjaa muistuttava järjestelmä löytyy Yhdysvalloista.²¹⁷ Pohjolan malleista Norja on – parlamenta-

²¹² Ks. tark. Husa 2002c: 168–180.

²¹³ Vrt. Tamm 1998: 17.

²¹⁴ Sanotusta huolimatta voidaan sanoa, että Norja on kyllä EU-oikeuden vaikutuksen *heijastusalueella*, kuten *Hautamäki* (2002: 5) asian ilmaisee. Käytännössä myös ETA-kytkennällä on omat vaikutuksensa, koska esimerkiksi ETA-tuomioistuimen ratkaisut sitovat Norjaa oikeudellisesti. Esimerkkinä voidaan mainita tapaus, jossa ETA-tuomioistuin kritisoi vahvasti Norjan yliopistojen tasa-arvopolitiikkaan vaikuttavaa lainsäädäntöä ja piti sitä ETA-sopimuksen vastaisena. Tapauksen (24.1.2003, tapaus E-1/02) ratkaisu perustui kuitenkin suoraan Norjaa ETA-sopimuksen kautta sitovaan EEC:n tasa-arvodirektiiviin (76/207/EEC).

²¹⁵ Vertaileva yleiskuva ks. Maddex 1996: 204–206. Norjalaisen valtiosääntödoktriinin yleiskuva ks. esim. Andenæs 1994.

²¹⁶ Korkeimmasta oikeudesta tark. ks. *Hautamäki* 2002: 203–206.

²¹⁷ Tosin mm. *Eivind Smith* katsoo (1983: 118), että USA:n malli ”er dessuten utpekt på langt klarere ’politiske’ grunnlag enn vi er vant til i Norge”. Ks. myös Andenæs 1994: 359.

rismistaan huolimatta – kaikista vallanjakoisin tuomiovallan ja lainsäädäntövalan suhteen osalta. Osin tähän liittyy valtiosäännön ikä, joka oikeastaan edellyttää jonkin elimen ottavan tulkinta-auktoriteetin vanhentuneen asiakirjan normatiivisessa tulkinnassa.

Norjan perustuslaissa ei ole olemassa suoraan *expressis verbis* säännöstä, johon oikeudellinen lakien perustuslainmukaisuuden kontrolli perustuisi. Sen sijaan Norjassa katsotaan, että perustuslaki asettaa ylempänä lakina perusraajat sekä viranomaisten suhteille kansalaisiin että viranomaisten keskinäisille suhteille. Hallinnon toimien oikeudellinen kontrollointi yleisissä tuomioistuimissa tuli jo hyvin varhain mukaan norjalaiseen järjestelmään, mutta lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan osalta oli pitkään avoin tai ainakin osin ratkaisematon kysymys, ulottuiko tuomioistuinten kontrollivalta myös parlamentin säätämiin lakeihin.²¹⁸ 1890-luvulta 1930-luvun puoleen väliin saakka tuomioistuin-kontrollia harjoitettiin, mutta uudelleen se otettiin aktiiviseen käyttöön vasta 1970-luvun puolessa välissä.²¹⁹ Kysymys oli tällä vuosisadalla siis tietyllä tavalla auki vuosikymmenten ajan ja erilaiset kehityssuunnat vetivät välillä hiukan eri suuntiin. Tällä hetkellä sekä käytännön että doktriinin tasolla pidetään täysin kiistattomana sitä, että tuomioistuimilla on oikeus lakien perustuslainmukaisuuden kontrolliin.²²⁰ *Eivind Smithin* mukaan korkein oikeus on käytännössä ”helt dominerende på det konstitusjonelle område”.²²¹ Tuotakoon kuitenkin esille, että jo ennen 1970-luvun puolta väliä korkeimman oikeuden kontrollioikeus oli juurtunut syvään norjalaiseen julkisoikeudelliseen *ajatteluun*.²²² Tämä siitäkin huolimatta, että järjestelmä asettaa suuren painoarvon demokraattisesti valitulle lainsäätäjälle.

Erityisen merkittävänä Norjassa pidetään korkeimman oikeuden ratkaisemaa perustuslain 105 §:n omistusoikeuteen ja täyteen kompensatioon liittyvää *Kløfta*-juttua vuodelta 1976.²²³ Jutun yhteydessä kysymys siitä, voiko tuomioistuin syrjäyttää käsillä olevassa tapauksessa parlamentin säätämän lain, tuli ratkais-

²¹⁸ Perustuslainmukaisuuskontrolli ulottuu kaikkeen lainsäädäntöön, niin muodolliseen kuin aineelliseen (Andenæs 1994: 361).

²¹⁹ Doktriinin kehittymisestä ks. Jyränki 1989: 283–313. Ks. myös Hautamäki 2002: 98–107.

²²⁰ *Erik Boen* (1998: 13) mukaan Norjassa on vain *Carsten Smith* esittänyt asiaan liittyviä epäilyjä. *Eivind Smith* on käyttänyt Kløfta-tapauksen yhteydessä lakien tuomioistuimissa tapahtuvan perustuslainmukaisuuden valvonnan uudelleensynnystä ilmaisua ”renessanssi”. (Smith 1990: 114.)

²²¹ Smith 1993: 20.

²²² Ks. tästä esim. Rieputa 1973: 31.

²²³ Rt. 1976 s. 1. Kløfta-ratkaisua edelsi tapaus (Rt. 1970 s. 67), jonka pohjalta Norjassa käynnistyi keskustelu korkeimman oikeuden tuomiovallan rajoista. Kløfta-tapauksessa aiemman tapauksen yhteydessä esiin nousseisiin kysymyksiin annettiin vastaus. Tapauksesta ks. tark. Hautamäki 2002: 217–220. Kysymys kontrollin mahdollisuudesta oli jo aiemmin ollut esillä tapauksen *Hvalolje* (1952 s. 1089) yhteydessä.

tuksi (paradigmaattisesti) tuomioistuINVALVONTAA painottavalla tavalla.²²⁴ Ratkaisu perustuu käytännössä siis tuomioistuimen tekemään ratkaisuun, ei kirjoitettuun perustuslain säännökseen tai säännöksestä suoraan tehtyyn tulkintaan. Norjalainen oikeuslähdeoppi lähestyy yleisemminkin common law'ta siinä suhteessa, että oikeuslähdeopissa pidetään täysin asiaankuuluvana sitä, että tuomioistuinten myös luovat oikeutta eivätkä ainoastaan sovello sitä.²²⁵ Tämä ilmenee myös valtiosääntöoikeuden alalla, jossa sitovaa valtiosääntöoikeudellista normistoa syntyy myös poliittisen organisaation (hallitus ja parlamentti) nojalla.²²⁶ Norjalle omaleimaista on juuri valtiosääntöisen tapaoikeuden merkittävä asema.²²⁷

Korkeimman oikeuden ja muiden tuomioistuinten kontrollivalta on rajoitettu siten, etteivät ylimpien valtioelinten keskinäissuhteita ja vallanjakoa koskevat valtiosääntöiset kiistajutut (*konstitusjonelle stridsspørsmål*) tule oikeudellisen ratkaisutoiminnan piiriin käsiteltäviksi, koska ne eivät koske yksilöiden perustuslaillisia oikeuksia, velvollisuuksia tai varallisuusoikeuksia. Useimmat tällaiset kiistat ratkotaan parlamentin toimesta ja miltei aina sen itsensä eduksi. Vallitsevan doktriinin mukaan kontrollin ydin tiivistyy yksilöiden perustuslaillisiin oikeuksiin.²²⁸ On lisäksi huomattava, että Norjassa tuomioistuimille ei ainoastaan kuulu toimivalta kontrollin suorittamiseksi, vaan kyse on kontrollivelvollisuudesta. Valvonta sinällään keskittyy ainakin periaatteessa muodolliseen valvontaan, mutta käytännössä kontrollin suorittaminen vaatii myös lakien aineellisen sisällön arviointia.²²⁹

On syytä vielä erikseen korostaa, että vaikka Norjassa onkin omaksuttu oikeudellinen valvonta, niin käytännön kontrolloinnissa pyritään myös huomioimaan lainsäätäjän esittämät näkökohdat, lainsäätäjän ja tuomioistuimen välinen vallanjakoinen raja *pyritään* huomioimaan. Jos on mahdollista tulkinnalla ohittaa ristiriita, niin parlamentin säätämää lakia pidetään mielellään lähtökohtaisesti perustuslainmukaisena. Silloin kun on olemassa riittävät perusteet epäilykselle (*rimelig tvil*) lain perustuslainvastaisuudelle (ja samalla perustuslain normin tarkka sisältö tiedossa), niin laki jätetään soveltamatta, mutta se jää edelleen

²²⁴ Ks. Helgesen 1995: 205–225. Ks. myös Andenæs 1994: 347–349.

²²⁵ Eckhoff toteaa (1993: 161) seuraavasti: ”At domstolar og andre legger vekt på retspraksis i sin rettsanvendelse, innebær at domstolene (og særlig Høyesterett) ikke bare anvender retten, men også er med på å skape den.”

²²⁶ Ks. Boe 1993: 389–390.

²²⁷ Ks. tark. Hautamäki 2002: 120–125.

²²⁸ Tämä ei sinänsä ole erityisen ainutlaatuista. Suomessakin annetaan painoarvoa sille, millainen kytkentä asialla on yksilön oikeuksiin ja asemaan. Ks. esim. PeVL 34/2000.

²²⁹ Muiden kuin parlamentin säätämien lakien (esim. hallintopäätösten tai asetusten) kohdalla korkein oikeus voi kuitenkin toimia vapaammin (esim. *Transportstøttemønden* Rt. 1992 s. 182).

muodollisesti voimaan.²³⁰ Käytännössä korkein oikeus pyrkii noudattamaan tulkintaoppia, jonka mukaan mahdolliset perustuslainvastaisuudet pyritään ohittamaan tulkitsemalla, jolloin perustuslakia käytetään tällöin tulkinnan apuvälineenä.²³¹ Tästä huolimatta – erityisesti Pohjoismaisessa kontekstissa – lienee kiistatonta, että ylin lakien perustuslainmukaisuuden kontrolliorgaani on korkein oikeus, ei esimerkiksi parlamentti.²³²

Korkein oikeus on kuitenkin itse omalla doktriinillaan rajoittanut toimivaltansa de facto siten, että se puuttuu vain sellaisiin tapauksiin, jotka koskevat jollain tavoin yksityisen oikeusasemaa, ei valtioelinten välisiä toimivaltakiistojia.²³³ Tässä suhteessa se eroaa Yhdysvaltojen liittovaltion korkeimman tuomioistuimen aktivistisesta toimintamallista varsin selvästi. Vallanjaosta omaksutut sovellukset ovat pohjimmiltaan hyvin erisävyisiä siten, että Norja on kallellaan kansansuvereniteettioppiin ja sen seurauksena käytännön vallaanjaossa parlamentarismiin päin. Tästä huolimatta voidaan sanoa, ettei Norjan korkein oikeus ole aina loppuun saakka noudattanut omaa oppiaan lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan itserajoituksesta.²³⁴

Lakien perustuslainmukaisuuden kontrollin painottuminen jälkikäteiseen tuomioistuINVALVONTAAN vaikuttaa osaltaan siihen, että parlamentin itsensä piirissä tapahtuva preventiivinen normikontrolli on jäänyt suhteellisen kehittymättömäksi ja *ad hoc* -luonteiseksi. Norjan järjestelmän erityispiirteenä on pidettävä vahvaa valtiosääntöoikeudellisen tapaoikeuden asemaa, joka poikkeaa romaanis-germaanisesta traditiosta, mutta joka selittyy pitkälti maan perustuslain iällä.

²³⁰ Boe (1993: 497) ilmaisee asian seuraavasti: ”Egentlig viker ikke loven. Den blir bare satt til side i det konkrete tilfellet.”

²³¹ Ks. Boe 1993: 496–497 ja Andenæs 1994: 349–353. Ks. myös Eckhoff 1993: 188–190. Oikeuskäytännön perusteella useimmin operoidaan perustuslain 97 § ja 105 §:llä. (Säännökset koskevat takautuvaa lainsäädäntöä ja omaisuuden pakkolunastuksesta aiheutuvaa nk. täyttä korvausta (*fuld Erstatning*), josta esim. *Kløfta*-jutussa oli kyse.) 97 §:ää koski esim. tapaus (Rt. 1990 s. 284), jossa korkein oikeus päätyi pitämään vuokra- ja maanvuokralainsäädäntöä perustuslain 97 §:llä tarkoittamalla tavalla takautuvana ja siten perustuslainvastaisena. Ks. myös tapaus Rt. 1996 s. 1440, jossa oli kyse eläkeoikeudesta ja taannehtivan lainsäädännön kiellosta.

²³² *Kløfta*-jutussa (Rt. 1976 s. 22) vähemmistö korkeimman oikeuden tuomareista katsoi, ettei tuomioistuimen tullut asettua lainsäätäjän yläpuolelle, koska lainsäätäjällä oli heidän mukaansa jo itse arvioinut lain perustuslainmukaisuuden (”lovgiven selv å vurdere forholdet til grunnloven”). Enemmistö piti puolestaan selvänä, että korkeimmalle oikeudelle kuului valtiosääntöisen tapaoikeuden perusteella oikeus lakien perustuslainmukaisuuden arviointiin (Rt. 1976 s. 5).

²³³ Ks. Hautamäki 2002: 205–206. Esim. nk. *Børre Knudsen* -tapauksessa (Rt. 1983 s. 1004) Høyesterett piti mahdollisena säännöksen perustuslainvastaisuutta, vaikka se ei voisiakaan viitata yhteen spesifiin perustuslainsäädäntöön. (Tapauksessa tuomioistuin ei katsonut voivansa ryhtyä pohtimaan aborttilain yhdenmukaisuutta evankelis-luterilaisen uskonnon kanssa.) Tapauksesta tark. ks. Hautamäki 2002: 223–225.

²³⁴ Kuninkaan toimivaltaa kirkollisissa asioissa koskeneessa nk. *Liturgia*-tapauksessa (Rt. 1987 s. 473) kuninkaallinen asetus arvioitiin kirkkolain edelle meneväksi valtiosääntöperustein. Tapaus on esimerkki siitä, ettei korkein oikeus aina karta valtiovallan eri haarojen välisiin toimivaltakiistoihin puuttumista, vaikka jutulla ei olisikaan suoraa perusoikeuskytkentää.

Koska perustuslaki on erittäin iäkäs (osa normeista kokenut desuetudon) niin on selvää, ettei se kykene millään kattamaan nykyisiä haasteita, joita valtiosääntö joutuu kohtaamaan, joten syntyvää aukollisuutta on pakko jotenkin paikata. Kaikkiin valtiosääntöjärjestelmiin kuuluvan tulkinnalla muuttamisen lisäksi tapaoikeudella on tässä suhteessa merkittävä osuus (tulkinnat voivat myös muuttua tapaoikeudeksi). Tämä näkyy myös siinä, että kun tuomioistuin arvioi lain mää-
räyksen perustuslainvastaisuutta, niin kyse ei ole vain suppeasta perustuslaki-
tekstistä, vaan huomattavasti laajemmasta valtiosääntönormista (*grunnlovsrege-*
len).²³⁵

Yleisenä huomiona voidaan myös panna merkille, ettei Norjan järjestelmä monista samanlaista piirteistä huolimatta ole läheskään niin tuomarivaltaisesti painottunut kuin Yhdysvalloissa. Norjassa parlamentin säätämien lakien kontrol-
loinnissa annetaan tiettyä painoarvoa lainsäätäjän kannanotoille sekä käytetään apuvälineenä tulkintaa, jonka avulla mahdollisesti syntyviä arvovaltakonflikteja voidaan pehmentää. Yhdysvaltain selvemmin vallanjakoon nojaavassa järjestel-
mässä lainsäädäntöelintä ei tunnusteta muita valtiovallan haaroja tärkeämmäksi. Norjan jäsenyys Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksessaan ei ole mer-
kinnyt muutosta norjalaisessa valtiosääntöajattelussa, koska periaatekysymys tuomioistuimen suorittamasta hierarkia-argumenttiin nojaavasta normikontrol-
lista sekä tulkinnalla muotoutuvasta valtiosääntöoikeudellisesta normistosta on jo entuudestaan ratkaistu tuomioistuinkontrollin eduksi.²³⁶ Norjan kohdalla tulee kuitenkin huomata se, että siellä periaatteessa halutaan ylläpitää tietynlaista peri-
aatteellista käsitystä siitä, että kansallinen oikeus on jonkin sorttisessa moraali-
sessä etusija-asemassa suhteessa ulkoperäiseen oikeuteen.²³⁷ Vallanjaon koko-
naiskuvan kannalta on merkillepantavaa, että korkeimmalla oikeudella on poh-
joismaisittain varsin korostunut asema osana norjalaista julkisen vallan kokonai-
suutta.

2.2.2.2 Muuttuva kontrollimalli: Tanska

Maa kuuluu yhden muodollisen perustuslain järjestelmiin, jonka nykyinen vuo-
delta 1953 peräisin oleva perustuslaki (*Grundloven* den 5. juni 1953) perustuu

²³⁵ Boe 1998: 28 ja 16.

²³⁶ Tämä ei tosin poista – muitakin tarkasteltuja maita koskevaa – tematiikkaa, joka aiheutuu siitä, että Norjan korkein oikeus noudattaa erilaista oikeuslähteoppia ja tulkintasäännöstöä kuin Euroo-
pan ihmisoikeustuomioistuin, jota vastaavat säännöt eivät sido. Ongelma on seuraava: Miten ih-
misoikeustuomioistuin voi mennä oikeudellisesti kestäväällä tavalla pidemmälle kuin korkein oi-
keus, joka harjoittaa Norjassa korkeimpana tahona normikontrollia?

²³⁷ Ks. Hautamäki 2002: 125–128. Esimerkkitapaus on tässä kohden *Oljestrejk* (Rt. 1997 s. 580);
siinä kansalliselle oikeudelle annettiin etusija suhteessa kv-oikeuteen. Ks. myös Hautamäen (2002:
230–233) selostus jutusta.

laajalti vuoden 1849 perustuslain säännöksiin. Valtiomuoto on perustuslaillinen monarkia, joka noudattaa parlamentarismia. Tanska on EU:n jäsen (vuodesta 1972) ja tämä rajoittaa valtion suvereniteettia, mutta Tanska esitti aikanaan eräitä maakohtaisia varauksia esimerkiksi Maastrichtin sopimukseen. EU-suuntauksessaan Tanska on muutoinkin ollut varsin varovainen – tämä näkyy myös tuomioistuinelaitoksen toiminnassa ja suhtautumisessa EY-tuomioistuimen asemaan. Monarkin parlamentarisoituneet valtaoikeudet perustuvat kirjoitettuun perustuslakiin, joka asettaa toimeenpanovallan ytimen pääministerin ja hallituksen käyttöön de facto monarkilla ei ole mitään tekemistä hallitusvallan käyttämisessä. Ylimmällä tasolla tuomiovaltaa käyttää korkein oikeus. Yleisesti ottaen järjestelmä nojaa siis valtiovallan kolmijako-opin varaan.²³⁸

Grl 3 §

”Den lovgibende magt er hos kongen og Folketinget i forening. Den udøvende magt er hos kongen. Den dømmende magt er hos domstolene.”

Doktriinissa tuomioistuimilla katsotaan olevan oikeus lakien ja muiden normien perustuslainmukaisuuden valvontaan. Tanska kuuluu siis lähtökohtaisesti repreesiivisen, hajautetun ja konkreettisen tuomioistuinvalvonnan piiriin, jonka lähin vertailukohta lienee Ruotsin järjestelmä.²³⁹ Molemmista järjestelmissä annetaan varsin suuri periaatteellinen painoarvo kansanedustuslaitokselle, mikä näkyy myös normikontrollia koskevissa asenteissa niiltä osin, kuin kyse on nimenomaisesti kansanedustuselimen säätämistä laeista. *Jens Elo Rytter* käyttää parlamentin asemaa koskevasta ajattelusta jopa ilmaisua ”overherredømme”, johon sisältyy lähtökohtainen nihkeys tuomioistuinten roolia kohtaan yksilöiden perusoikeus-suojan antamisessa lainsäätäjää vastaan.²⁴⁰ Vallanjako-opin sovellus on näin varsin parlamentaristispainotteinen ja painopisteeltään Norjaa enemmän parlamenttikeskeinen, tuomiovallan jäädessä vähemmän korostuneeseen asemaan.

Tuomioistuinten oikeus kontrolloida lakien perustuslainmukaisuutta ei perustu suoraan perustuslain säännöksiin, vaikka 3 §:n sisältämä vallanjakonormi yleisesti uskookin tuomiovallan tuomioistuimille. Tämä säännös on kuitenkin lähimmin liitetty vallanjakoon, eikä siinä suoranaisesti oteta kantaa tuomioistuinten mahdollisuuteen valvoa parlamentin säätämien lakien perustuslainmukaisuutta.²⁴¹ Sen sijaan Grl 63 § on tulkittu määräykeksi, joka mahdollistaa lakia

²³⁸ Vertaileva yleiskuva ks. Maddex 1996: 63–66.

²³⁹ Valtiosääntöoikeuden oppikirjaesitys asiasta löytyy teoksesta Zahle 1992: 330–346. Tuoreempi tiivis esitys ks. Rytter 2000: 322–324.

²⁴⁰ Rytter 2000: 45.

²⁴¹ 3 § ”Den dømmende magt er hos domstolene.” Ks. Zahle 1992: 331 ja tuoreemmasta kehityksestä Zahle 1998: 37. Ks. myös Krarup 1999: 131.

hierarkkisesti alempien määräysten (esim. asetukset, ministeriöiden päätökset, kiertokirjeet) perustuslainmukaisuuden kontrollin tuomioistuimissa. Säännöksen mukaan tuomioistuimilla on oikeus ratkoa kaikki sellaiset kysymykset, jotka koskevat toimeenpanevan vallan rajoja.²⁴² Tämä säännös ei siis kuitenkaan koske soveltamisalaltaan *lakien* perustuslainmukaisuuden valvontaa, vaan rajoittuu lakitasoa alempiin normeihin. Perinteinen doktriini suojaa lainsäätäjää vahvalta ja aktiiviselta tuomioistuincontrollilta.

Koska lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa koskevat *expressis verbis* normit puuttuvat, niin Tanskan järjestelmää voidaan pitää lähinnä doktriiniin perustuvana. Kontrollivalta sidotaan oikeudellisin konstruktioin perustuslain kirjoitettuihin määräyksiin, vaikkei kontrollivaltaa voida suoraan johtaa niistä. Tuomioistuinpraksis on vähäistä, mutta sen kanta on selvä: vaikka lakien määräyksiä ei ole juurikaan julistettu perustuslainvastaiseksi, niin tuomioistuinten tutkintavalta on tunnustettu.²⁴³ Huolimatta siitä, että järjestelmä on periaatteessa hajaautetun tuomioistuinvalvonnan edustaja, niin käytännössä perustuslakijuttujen keskeisin ratkaisija on yleinen korkein oikeus. Tanskassa ei ole Norjan tapaan (mutta Ruotsista ja Suomesta poiketen) erillisiä hallintotuomioistuimia, vaan hallintojuttujakin käsitellään yleisissä tuomioistuimissa. Pääpiirteittäin Tanskan lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa koskeva järjestely on normiperustaltaan laadullisesti samankaltainen kuin Ruotsissa ennen vuoden 1979 RF:n uudistusta (ks. tark. jälj.).

Tanskalaisessa valtiosääntöajattelussa on vallinnut Pohjoismaille tyypillinen idea, jonka mukaan erityisesti parlamentin asemaa tulee korostaa myös suhteessa muihin valtiovallan haaroihin nähden. Osin tämä on näkynyt myös siinä, että Tanskassa kiinnitetään kohtuullisesti huomiota, nimenomaan oikeudellisesta näkökulmasta, lakien perustuslainmukaisuuteen jo säätämisvaiheessa (ministeriöiden lainvalmistelukoneistoissa). Tällöin osa perustuslainmukaisuuden kontrollista on ollut *de facto* preventiivistä, vaikka suoraan tätä tukevaa tietoa ei olekaan saatavilla.²⁴⁴ Parlamentin keskeinen asema näkyy myös siinä, että tuomioistuimissa on tulkinnalla pyritty ohittamaan mahdolliset ristiriitatilanteet.²⁴⁵ Virallisesti korkein oikeus on noudattanut tulkintalinjaa, joka on lähtenyt liikkeelle siitä, että lakien perustuslainmukaisuuden valvonnassa, joka ei ole rutiininomai-

²⁴² 63 § stk. 1. ”Domstolene er berettiget til at påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser...”. Säännöksen tulkinnasta ks. Christensen 1994: 130. Christensen pitää tuomioistuinten oikeutta kontrolloida hallinnollisten päätösten perustuslainmukaisuutta seurauksena siitä, että tuomioistuimilla on yleensäkin oikeus lakien perustuslainmukaisuuden kontrolliin. Vrt. Suomen HM 92.2 § ja PeL 107 §.

²⁴³ Zahle 1992: 334. Vrt. PeL 106 §.

²⁴⁴ Ks. kuitenkin. Zahle 1992: 54.

²⁴⁵ Zahle 1992: 341. Lakia alempien normien kohdalla ks. emt. 347.

sesti osa tavallista oikeusprosessia²⁴⁶, on lain tapauskohtaiselle sivuuttamiselle normikonfliktin vuoksi asetettu varsin korkeat vaatimukset. Lainsäätäjän varpaille ei haluta astua, ei ainakaan kovin usein eikä liian raskaasti. Norjan tapaista aktiivista ja näkyvää roolia on vältetty.

Yhtäältä on kyllä tunnustettu, että tuomioistuimilla on periaatteellinen oikeus lakien perustuslainmukaisuuden kontrolliin, mutta lain määräyksen soveltamatta jättäminen edellyttää, että perustuslain säännöksen sisältö on varma ja epäilyksetön.²⁴⁷ Perustuslakiristiriidan toteaminen siis edellyttää tuomioistuimelta, että ristiriitaa ei voida mahdollistaa tulkinnallisen joustonvaran sisäpuolelle. Käytännössä suurimmassa osassa niistä tapauksista, joissa korkein oikeus on päättänyt pitämään lain säännöstä perustuslainvastaisena, on ollut kyse – kuten Norjassakin – omaisuuden suojusta ja pakkolunastuksesta.²⁴⁸ Korkein oikeus on osoittanut itsenäisyyttään ja aktiivisuuttaan myös päätymällä parlamentin käsityksistä poikkeaviin näkemyksiin siitä, milloin lain määräys (tai määräykset) on merkinnyt pakkolunastusta.²⁴⁹ Tanskassa on kysymystä muodollisesta perustuslainmukaisuudesta pidetty selvänä, mutta aineellisen kontrollin tiimoilta on käyty debattia.²⁵⁰

Tanskalaiseen perustuslakikontrolliin ja sen toimintaan vaikuttaa myös se, ettei maassa ole järjestetty oikeuslähteitä selkeään opilliseen rakennelmaan, jossa eri lähteet olisivat selkeän hierarkkisessa suhteessa toisiinsa nähden.²⁵¹ Tanskassa onkin kehitelty varsin joustavaa polysentristä oikeuslähdeoppia, jonka perusideoiden mukaan oikeuslähteiden sitovuus voi vaihdella eri viranomaisissa.²⁵² Tästä johtuen ei ole mahdollista esittää myöskään yleistä oikeuslähteiden etusijajärjestystä.²⁵³ Tanskalaisenkin doktriinin mukaan valtiosääntönormit voivat myös perustua tapaoikeuteen, praksikseen.²⁵⁴ Lakien perustuslainmukaisuuden

²⁴⁶ Christensen 1994: 130.

²⁴⁷ Tulkintalinjan syntyyn vaikuttivat erityisesti vuonna 1921 ratkaistut tapaukset (U 1921.153 ja U 1921.169), joissa oli kyse pakkolunastuksesta ja omistusoikeudesta. Ks. myös Zahle 1992: 332–336 ja 340.

²⁴⁸ Jutut ovat siis – lähinnä – kytkeytyneet perustuslain 73 §:ään, jonka pakkolunastuksen ja siitä saatavan korvauksen oikeudellista kontrollia koskeva stk. 3:n alku kuuluu seuraavasti: ”Ethvert spørsmål om ekspropriationsaktens lovlighed og erstatninges størrelse kan indbringes for domstolene.” Uudesta rohkeammasta ja vanhoista uomista irtautuvasta ratkaisulinjasta ks. Rytter 2000: 66–68.

²⁴⁹ Krarup 1999: 131–134.

²⁵⁰ Zahle 1992: 336–337.

²⁵¹ Ks. Blume 1998: palsta 825.

²⁵² Zahle 1986: 752–756. Valtiosääntötutkimuksen piirissä polysentrialla on tarkoitettu lähinnä oikeuslähdeopin hajautumista siten, että alan tutkijoiden tuttu tapa jäsentää oikeusjärjestystä normihierarkiaa koskevan opin avulla olisi joutumassa kyseenalaiseksi. Ks. Pohjolainen 1994b: 38–40. Tähän teemaan palataan jäljempänä tässä kirjassa (5. luku).

²⁵³ Von Eyben 1991: 20–21. Ks. myös Zahle 1992: 331.

²⁵⁴ Ks. esim. Ross 1980:42–48.

kontrollissa on korkein oikeuslähde luonnollisesti perustuslaki, mutta käytännössä korkein oikeus on välttänyt lakien perustuslainmukaisuuden tutkimista erityisesti silloin, kun käsillä oleva tapaus on koettu luonteeltaan ”poliittiseksi”. Korkein oikeus on omassa ratkaisutoiminnassaan operoinut sellaisilla perustuslain säännöksillä, joiden soveltamisen ei ole nähty muodostavan mahdollisuuksia tuomioistuimen politisoitumiselle ja vallanjaon hämärtymiselle. Tähän peruslinjaan on kuitenkin tullut mahdollisesti muutos erityisesti vuoden 1999 alussa ratkaistun Tvind-jutun seurauksena, mutta eräät muutkin ratkaisut (*Maastricht-sagen*) ovat ilmeisesti enteilleet linjanmuutosta.²⁵⁵

Tvind-tapauksessa oli kyse siitä, että parlamentin säätämän lain (nr. 506 12. kesäkuuta 1996) vaikutuksesta tanskalaisten vapaakoulujen asema muuttui siten, että osa näistä (ne jotka kytkeytyivät kouluyhteisö Tvindiin) jäi ilman taloudellista tukea opetusministeriön tekemän po. lakiin perustuvan ratkaisun johdosta. Tvind-kouluyhteisöön kuuluva *Friskolen i Veddinge Bakker* haki asiassa muutosta ja viimeisenä oikeusasteena juttua käsitteli korkein oikeus. Opetusministeriön – sinänsä virheetön – päätös perustui parlamentin säätämään lakiin, jonka 7 §:n korkein oikeus totesi perustuslain 3 §:n 3 stk. vastaiseksi, koska Grl:n mainitun säännöksen katsottiin asettavan tietyt rajat (*visse grænser*) sille, kuinka pitkälle lainsäädäntövallan toimin voidaan puuttua henkilöiden oikeusasemaan.²⁵⁶

On vielä varsin epäselvää merkitseekö Tvind-jutun ratkaisu suunnan muutosta tanskalaisessa lakien perustuslainmukaisuuden valvontamallissa, vai onko kyse enemmänkin yksittäistapauksesta. Kun kuitenkin huomioidaan EU-jäsenyys, Euroopan ihmisoikeussopimus ja niiden vaikutukset tanskalaiseen oikeustieteen yleensä, niin suunnan muutos kohti aktiivisempaa lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa tuomioistuimissa voi osoittautua pysyväksi kehityssuunnaksi.²⁵⁷ Rytter kuvaa tilannetta seuraavasti:

”Den danske tradition er i senere år opbrud og forandring som følge af påvirkningen fra den europæiske inter- og transnationale rettighedsudvikling. Signalet fra Højesterets domme i ’Maastricht-sagen’ og ’Tvind-sagen’ og de massive og ret entydige retspolitiske forudsigelser er ikke til at tage fell af.”²⁵⁸

²⁵⁵ Krarup 1999: 133–134. Samaan suuntaan osoittavina ratkaisuina voidaan mainita myös Maastricht-ratkaisut 1990-luvun lopulta. Ks. tark. U 1996.1300 ja U 1998.800.

²⁵⁶ (U 1999:841). Asiaa alempana oikeusasteena käsitelleen tuomioistuimen (*Østre landsret*) päätöksessä (13. toukokuuta 1998) viitataan myös valtiosääntöoikeudellisen kirjallisuuden epäroivään kantaan siitä, voiko 3 § asettaa rajoja lainsäätäjän toiminnalle (s. 14). Tässä oikeusasteessa päädyttiin erilaiseen lopputulokseen eli lain määräys ei ollut sen mukaan perustuslain vastainen (perusteena olivat mm. lain esityöt, s. 15).

²⁵⁷ Blume 1998: palsta 831–832.

²⁵⁸ Rytter 2000: 68.

Näiltä osin kehitystrendiin vaikuttavat yleiset tekijät, kansallisten doktriinien samankaltaisuus huomioiden, ovat pitkälti samoja kuin Ruotsissa. Eräitä paineita siirtyä kohti aktiivisempaa perustuslakikontrollia on, mutta järjestelmän parlamenttikeskeisyys sekä integraatiolle vastahankainen perusasenne on jarruttanut siirtymää. Tästä syystä merkittävin muutospaine kohti toisenlaista vallanjaon painopisteiden siirtymää tullee ENIOS:n suunnalta.

2.2.3 Pohjolan itäinen kontrollimalli

2.2.3.1 Välttelevä kontrolli: Ruotsi

Ruotsin yleinen valtiosääntöoikeuden sääntelytilanne muistuttaa säädösteknisesti Suomea ennen vuoden 2000 uudistusta. Ruotsissa on useita muodollisia perustuslakeja, mutta yksi näistä perustuslaeista (*Regeringsform* 1974:152) on selvästi muita keskeisimmässä asemassa. Muut muodolliset perustuslait ovat (RF 1:3 §:n mukaan) monarkian perimysjärjestystä koskeva *Successionordningen* (1810:0926), painovapautta sääntelevä *Tryckfrihetsförordningen* (1949:105) ja sananvapautta koskeva *Yttrandefrihetsgrundlagen* (1991:1469). Valtiosääntöoikeudellisesti on merkittävää, että Ruotsi on EU:n jäsen (vuodesta 1995 alkaen). Jäsenyys EU:ssa rajoittaa osin Ruotsin valtiollista suvereniteettia. Valtiomuoto on perustuslaillinen monarkia, joka noudattaa käytännössä parlamentarismia. Johtava periaate on eduskunnan hallitseva asema (RF 1:4 § 1 mom). Monarkin valtaoikeudet on parlamentarisoiu kirjoitetussa valtiosääntöoikeudessa ja toimeenpanovallan ydin on pääministerin ja hallituksen käytössä. Tuomiovallan käyttö on uskottu tuomioistuimille eli periaatteessa järjestelmä kuitenkin rakentuu, jollain tavalla tunnustetun, valtiovallan kolmijako-opin varaan.²⁵⁹

RF 1:6 §: ”Regeringen styr riket...”.

RF 1:4 § 1 mom: ”Riksdagen stiftar lagar...”.

RF 1:8 § ”För rättskipning finns domstolar...”.

Tuomioistuimilla ja muilla julkisilla viranomaisilla on *rajoitettu* oikeus lakien ja muiden normien perustuslainmukaisuuden valvontaan. Ruotsi kuuluu siis lähtökohtaisesti pitkälle hajautetun repressiivisen ja konkreettisen valvonnan piiriin, jossa valvontaoikeus on myös muilla julkisilla orgaaneilla kuin tuomioistuimilla.²⁶⁰ Järjestelmä näyttää *pinnalta* katsoen varsin vallanjakoiselta, mutta tosiasiassa poliittisten instituutioiden ja tuomioistuinten välinen erottelu on periaat-

²⁵⁹ Vertaileva yleiskatsaus Maddex 1996: 265–268. Ruotsalaisen valtiosääntödoktriinin tiivis yleiskuva löytyy ks. esim. Strömberg 1995.

²⁶⁰ Kontrollijärjestelmän ja sen taustavaiheiden alan oppikirjan kuvaus ks. Holmberg & Stjernquist 1992: 211–218.

teellisestikin jokseenkin häilyvä.²⁶¹ Järjestelmä on kansansuvereniteettiperiaatteen ja parlamentarismin leimaama.

Ruotsin hallitusmuodossa on nimenomainen säännös (RF 11:14 §), johon lakien perustuslainmukaisuuden kontrolli oikeudellisesti perustuu.²⁶² Yleisenä lähtökohtana on, että valtiosääntö asettaa *lex superior* -rajat viranomaisten toiminnalle. Jos käy niin, että hierarkkisesti alemmanasteinen säännös on ristiriidassa ylemmänasteisen kanssa, niin pääsääntöisesti alemman normin tulee väistyä. Perustilanne on siis se, että tuomioistuimien tai muu julkinen organisaatio joutuu tekemään valinnan kahden keskenään kollisiossa olevan normin välillä.²⁶³ Valinnan tuloksena voi olla, että alempi normi jätetään soveltamatta, mutta tämä ei vaikuta alemman normin muodolliseen voimassaoloon, koska ohitettavaa normia – yksittäistä säännöstä – pidetään pätemättömänä vain käsillä olevassa tapauksessa.

Aiemmin Ruotsin valtiosääntöoikeudessa ei muodollisesti tunnustettu kirjoitetun perustuslain tasolla, että tuomioistuimilla tai muilla organeilla olisi ollut oikeus lakien perustuslainmukaisuuden arviointiin. Vuonna 1979 (Lag 1979:933) tehdyllä RF:n muutoksella aiemmin doktriinin tasolla tunnustettu periaatteellinen mahdollisuus vahvistettiin myös muodollisoikeudellisesti.²⁶⁴ RF 11:14 § asettaa erittäin korkeat vaatimukset lain mahdolliselle sivuuttamiselle konfliktitilanteessa. Lain määräyksen ja perustuslain määräyksen ristiriidan tulee olla ilmeinen, jotta soveltamatta jättäminen olisi mahdollista eli käytännössä tämä edellyttää ristiriidan täysin kiistatonta ja kyseenalaistamatonta luonnetta. Muodollista lakia alemmanasteisten normien ristiriitavaatimus ei ole näin korkealla tasolla (poikkeuksena hallituksen kompetenssinsa puitteissa antamat säädökset), vaan tavallinen ristiriitaisuus on peruste normin määräyksen soveltamatta jättämiselle. Ruotsalaisen lakien perustuslainmukaisuuden kontrollin kirjoitetussa oikeudessa ääneenlausumattomana perusajatuksena on siis se, ettei tällaista kontrollia haluta osaksi tuomioistuinten (tai muiden julkisten organaatioiden) tavallista toimintaa, vaan painopiste on – parlamentin keskeistä asemaa kunnioittavassa – teknisessä kontrollissa eli virheiden korjaamisessa.²⁶⁵ Parlamentilla on

²⁶¹ Vrt. Nordquist 2001: 226.

²⁶² 14 § ”Finner domstol eller annat offentlig organ att en föreskrift står i strid med bestämmelse i grundlag...får föreskriften icke tillämpas. Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, skall tillämpning dock underlåtas endast om felet är uppenbart.” Ilmeisyysehto koskee siis lähinnä muodollisen lain muodossa annettuja säädöksiä, muiden normien osalta pelkkä ristiriitaisuus on riittävä peruste jättää ne soveltamatta. Vrt. PeL 106 §.

²⁶³ Normikonfliktista ruotsalaisen oikeuslähdeopin kannalta ks. Strömholm 1996: 37–38 ja 215–222.

²⁶⁴ Ruotsissa pidettiin jo aiemmin selvänä, että kontrollimahdollisuus on olemassa perustuen *lex superior* -jaotteluun, mutta epä tietoisuus vallitsi tällaisen kontrollin rajoista. Ilmeisyysvaatimus (*uppenbarhetskrav*) on ratkaisuyritys tähän kysymykseen. Ks. Holmberg 1987: 661–665.

²⁶⁵ Strömberg 1995: 140–141. Järjestelmän taustoista ks. Nergelius 1996: 660–670.

näin siis muita norminantoviranomaisia suurempi ”virhemarginaali” ruotsalaisessa järjestelmässä.²⁶⁶ Vallan de facto painopiste on siis kallistunut parlamenttiin päin, Norjan kaltaisesta ylimmän tuomioistuimen aktivismista ei näy jälkeäkään.

Ruotsalaisessa tuomioistuinpraksiksessa ei ole laitettu merkittävästi painoa RF 11:14 §:n suomalle kontrollimahdollisuudelle ja käytäntöä on syntynyt hyvin vähän, vaikka kontrollin mahdollistava kirjoitettu säännös tuli voimaan jo yli kaksikymmentä vuotta sitten.²⁶⁷ Useilla normikontrollia koskevilla tapauksilla on ollut kytkentöjä omistusoikeuteen ja muihin varallisuusoikeuksiin. Voidaan todeta, että muut julkiset viranomaiset eivät ole ilmeisesti kertaakaan jättäneet lain määräystä soveltamatta sen vuoksi, että sitä olisi pidetty perustuslainvastaisena. Sen sijaan hallinto-oikeudellisiin juttuihin keskittyvässä Ruotsin korkeimmassa hallinto-oikeudessa on sovellettu säännöstä useita kertoja, kun taas korkeimmassa yleisessä tuomioistuimessa on oltu tässä suhteessa huomattavasti passiivisempia ja varovaisempia.²⁶⁸ Tuomarikunnan mentaliteetti (lakien virkamiesmäinen toimeenpanija) sekä oikeuslähdetraditio ovat mitä ilmeisimmin osaltaan vaikuttaneet vallitsevaan asiantilaan. Eräät arviot lähtevät siitä, että tuomioistuinten rooli on kyllä kasvanut, muttei mitenkään erityisen merkittävästi kokonaisuutta silmällä pitäen.

Ruotsissa pyritään käytännössä hyödyntämään menettelyä, jossa oikeudellisen tulkinnan keinoin pyritään tulkitsemaan laissa olevia määräyksiä siten, ettei ristiriitatilannetta pääse juurikaan syntymään. Vaatimus ristiriidan kiistattomasta ilmeisyydestä tukee tällaisten tulkintakonstruktioiden käyttämistä, koska RF 11:14 § asettaa erittäin korkeat muodolliset vaatimukset. Käytännössä näyttää siis siltä, että tuomioistuinten mahdollisuudet syrjäyttää perustuslainvastainen lain määräys ovat varsin pienet. Ellei sitten kyse ole sillä tavoin ”puhtaasti” teknisestä kontrollista, ettei itse lain substanssin suhteesta perustuslain määräykseen tarvitse ottaa kantaa.²⁶⁹ Tosin järjestelmän lähtökohtiin kuuluu se, että kontrolli kohdistuu lain aineelliseen sisältöön.²⁷⁰ Tilanteen kokonaiskuva on kuitenkin varsin varovainen ja hitaasti muuttuva. *Fredrik Sterzelin* arvio on seuraava: ”Jag brukar lite provokativt säga, att domstolarna bevakar tio procent av författningen, på väg mot tjugo.”²⁷¹

²⁶⁶ Bull 1997: 255–256.

²⁶⁷ Ks. Bull 1997: 250–251.

²⁶⁸ Bengtsson 1998: 57. Ks. myös Nergelius 1996: 703–704 ja Strömberg 1995: 142–143. Esimerkkinä mainittakoon kuitenkin korkeimman oikeuden tapaus (NJA 1996 s. 370), jossa hallituksen antaman asetuksen (1987:96) säännös (22 § 2 st.), jonka mukaan Tornionjoen rajajokikomisio saattoi päättää kalastuksen rauhoitusajoista, oli RF 11:14 §:n edellyttämällä tavalla ilmeisen perustuslainvastainen.

²⁶⁹ Bengtsson 1998: 61–62.

²⁷⁰ Ks. Holmberg & Stjernqvist 1992: 213.

²⁷¹ Sterzel 2002: 92.

Ruotsissa on valtiosääntöoikeuden tutkimuksen piirissä alkanut esiintyä lisääntyvää kritiikkiä järjestelmää kohtaan, koska lakien perustuslainmukaisuuden kontrollia toteutetaan käytännössä niin varovasti. Kritiikkiin vaikuttavat osaltaan Ruotsin liittyminen EU:iin sekä Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus, joiden piirissä ajatus oikeudellisen ja tehokkaan normihierarkiaan perustuvan kontrollin olemassaolosta on voimakkaasti edustettuna. Tässä yhteydessä on myös huomioitava ruotsalaisen perinteisen oikeuslähteopin vaikutus. Ruotsalaisissa tuomioistuimissa on perinteisesti kiinnitetty erityisesti huomiota lain esitöihin, joille on annettu myös painoarvoa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa.²⁷² Koska perustuslainmukaisuuden kontrollin painopiste on kuitenkin – ainakin kirjoitetussa oikeudessa sekä doktriinissa – repressiivisessä valvonnassa, niin ennakkollinen ja oikeudellisesti orientoitunut valvonta lainsäätäjän itsensä toimesta ei ole kovin kehittynyttä.²⁷³ Tätä huomiota ei ole tarkoitettu sinänsä kritiikiksi – asialle ei Ruotsissa vain ole annettu juurikaan painoa de facto, koska vallanjako on niin selvästi kallistunut parlamenttiin päin.

Yleisenä huomiona voidaan panna merkille, että Ruotsin järjestelmä on käytännössä varsin varovaisesti harjoittanut lakien perustuslainmukaisuuden kontrollia. Järjestelmää ei oikeastaan voi pitää tyypillisenä oikeudellisen ja repressiivisen kontrollimuodon edustajana, koska lainsäätäjän omille kannanotoille on annettu suuri painoarvo oikeuslähteenä.²⁷⁴ Koska korkein hallinto-oikeus on kuitenkin osoittanut aktiviteettia ja koska maa on jäsen EU:ssa sekä mukana myös Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksessa, ja kun huomioidaan sisäinen kritiikki, niin muutokset Ruotsin järjestelmässä tulevaisuudessa eivät ole pois suljettuja.²⁷⁵ Mahdollisten muutosten ei välttämättä tarvitse perustua kirjoitettuun oikeuteen, vaan kyse voi olla oikeudellisen ajattelutavan murroksesta.²⁷⁶ Oikeuskäytännössä on myös merkkejä tällaisista piirteistä, jotka edellyttävät

²⁷² Ks. Bengtsson 1998: 63–65. Ks. myös korkeimman oikeuden tapaus (NJA s. 110), jossa potentiaalinen normiristiriita ohitettiin antamalla tulkinnassa painoa perustuslain osittaismuutoksen perusteluteksteille ohi varsinaisen lakitekstin.

²⁷³ Bengtsson 1989: 674. Ks. myös Bull 1997: 252–253. Ruotsissa päävastuu tästä kuuluu parlamentin *lagrådet*-organille, joka tarkastaa aineellisesti hallituksen esityksiä hallituksen pyytäessä. *Lagrådet*in arvovalta ei kuitenkaan ole käytännössä oleva kovin suuri (Nergelius 1996: 35).

²⁷⁴ Lakien esitöistä oikeuslähteenä Ruotsissa ks. Strömholmin (1996: 374) yhteenvedoa.

²⁷⁵ Ruotsissa ei tosin ollut järin suurta innostusta EU-oikeuteen. Esim. tunnetussa nk. *Barsebäck*-tapauksessa (RÅ 1999 ref. 76), joka koski hallinnollisen päätöksen takautuvuutta, ei nimenomaan haluttu pyytää EY-tuomioistuimelta ennakkoratkaisua, vaikka siihen ilmeisesti olisikin ollut perusteet.

²⁷⁶ Eihän nykyinenkään varovaisuus selity muodollis-oikeudellisilla tekijöillä. Voimassa olevan RF 11:2 §:n mukaanhan ”Ingen myndighet, ej heller riksdagen, får bestämma, hur domstol skall döma i det enskilda fallet eller hur domstol i övrigt skall tillämpa rättsregel i särskilt fall”. Kuitenkin empiirisesti arvioiden oikeuslähteoppi on selvästi parlamenttikeskeinen, ei esim. grammatikaalisesti tai teleologisesti normikeskeinen.

RF:n normikontrollisäännöksen käyttöönottoa EU-oikeuteen liittyvissä normikontrollikysymyksissä, joilla on vielä kytkeä ENIOS:een.²⁷⁷

Nykyisen kehityssuunnan jatkuessa Ruotsin järjestelmään näyttäisi sisältyvän paineita vahvemmin profiloituvan tuomioistuinkontrollin suuntaan, tosin mitään yksimielisyyttä tästä ei vallitse edes tutkijoiden keskuudessa.²⁷⁸ Yhtenä esimerkkinä tällaisesta kehityssuunnasta voidaan mainita korkeimmassa oikeudessa ratkaistu juttu (*Skattebetalningslagen*-asia) vuodelta 2000. Siinä ao. lain säännöstä pidettiin ilmeisellä tavalla perustuslain vastaisena.²⁷⁹ Tämä voi olla yksi signaali siitä, että järjestelmä olisi ehkä siirtymässä vahvemman tuomioistuinkontrollin ja muunkinlaisen kontrollin suuntaan.²⁸⁰ Jonkinlainen siirtymä vallanjaon painopisteissä näyttää kuplivan pinnan alla; lievä siirtymä parlamentista tuomioistuinlaitoksen suuntaan eli politiikasta oikeuteen voi olla tulossa. Vallanjaon painopisteet voivat olla myös vähin erin muuttumassa, mutta mitään erityisen vauhdikasta muutostahtia lienee kenenkään turha odottaa. Jonkinlainen murros vallanjako-opin ruotsalaisessa sovelluksessa tuntuu kuitenkin olevan ilmassa. Valtioopin edustaja *Jonas Nordquist* puhuu suoranaisestä paradigmamurroksesta, jonka keskeisenä seurauksena on:

”en mer bestående förändring i de auktoritativa föreställningarna om domstolarnas roll i det svenska statskicket. Utveckling inom domstolsämrodet tycks, på samma sätt inom anda områden, gå från en folksuverenitetsinriktat demokratisyn mot en mer individualistiskt präglad demokratisyn.”²⁸¹

Nordquist tarkoittaa sitä, että parlamentin valtaan nojaava kansansuvereniteetti-ideologia, joka pitää sisällään tuomioistuinten matalan profiilin, olisi muuttumassa enemmän siihen suuntaan, että demokratian nähtäisiin enemmänkin toteutuvan yksilöiden oikeuksien tuomioistuinten kautta. Käytännössä tämä tarkoittaisi järjestelmän yleistä konstitutionalisoitumista ja erityisesti perusoikeus-suojan aseman sekä lakien perustuslainmukaisuuden kontrollin aseman vahvistumista – siis käytännössä vallanjaon painopisteiden siirtymää.

²⁷⁷ Ks. tark. RÅ 1997 ref 65, jossa hallituksen asetukseen (1994:1715) sisältyi kieltä valittaa tietyistä maatalousviraston päätöksistä. Normikontrollin tuloksena oli, ettei kieltosäännöstä saatu soveltaa asianosaisten oikeusturvaa (*access to justice* -periaate) estävällä tavalla.

²⁷⁸ Vrt. esim. Nergeliuksen (1999) ja Wiklundin (1999) esittämiä toisistaan selvästi poikkeavia näkemyksiä.

²⁷⁹ NJA 2000 s. 132.

²⁸⁰ Vrt. esim. Sterzel 2002: 91.

²⁸¹ Nordquist 2001: 229.

2.2.3.2 Kohti jälkikontrollia: Suomi²⁸²

Suomi kuului vielä muutama vuosi sitten – Ruotsin tavoin – usean muodollisen perustuslain järjestelmiin, jossa tosin yksi perustuslaeista (HM 1919) oli muita keskeisimmässä asemassa.²⁸³ Ensimmäinen maaliskuuta vuonna 2000 voimaan tullut uusi perustuslaki muutti järjestelmää siten, että Suomi siirtyy yhden muodollisen perustuslain järjestelmäksi. Valtiosääntöoikeudellisesti on merkittävää, että Suomi on EU:n jäsen (vuodesta 1995 alkaen). Jäsenyys EU:ssa rajoittaa osin Suomen valtiollista suvereniteettia. Valtiomuoto on tasavalta, joka noudattaa presidentiaalista parlamentarismia. Toimeenpanovallan ydin on sekä presidentin että pääministerin käytössä, mutta vuoden 2000 perustuslakireformi heikensi presidentin asemaa ja vahvisti järjestelmän parlamentaristisia piirteitä.²⁸⁴ Yleisesti ottaen järjestelmä nojaa – tai sen ainakin katsotaan nojaavan – valtiovallan kolmijako-opin varaan. Tätä ilmentää PeL:n nimenomainen säännöskin.

PeL 3 §

”Lainsäädäntövaltaa käyttää eduskunta...Hallitusvaltaa käyttävät tasavallan presidentti sekä valtioneuvosto...Tuomiovaltaa käyttävät riippumattomat tuomioistuimet...”.

Hallitusmuodon mukaisen järjestelmän mukaan tuomioistuimilla ja muilla viranomaisilla ei ollut oikeutta valvoa lakien perustuslainmukaisuutta, mutta lakia alempien normien osalta kontrolli oli mahdollista, itse asiassa velvoittavaa. Kontrolli painottuu eduskunnan yhden pysyvän erikoisvaliokunnan eli perustuslakivaliokunnan (PeV) ennakollisen ja abstraktin kontrollin varaan. Suomi kuuluu siis lähtökohtaisesti preventiivisen, keskitetyn ja abstraktin valvonnan piiriin, jossa valvova orgaani on ei-tuomioistuin. Lähtökohtaisesti vallanjaon painopiste näyttää olevan lainsäätäjän etusijaa arvossa pitävä.

HM:n 92 §:n mukaan viranomainen ei saanut soveltaa asetuksen säännöstä, joka on vastoin lakia tai perustuslakia (sama säännös sisältyy PeL:n 107 §:ään). Valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa ja käytännössä tästä säännöksestä tehtiin *e contrario* -tulkinta, jonka mukaan millään viranomaisella ei katsottu olevan oikeutta tutkia lain perustuslainmukaisuutta lain vahvistamisen jälkeen, vaikka eräissä kannanotoissa HM:n voimassaolon aikana esitettiin, että täysin

²⁸² Tarkastelu tässä on lähinnä muihin Pohjoismaihin rinnastava ja kuvaileva. En pyri tässä kohden kuin nostamaan esiin samat asiat kuin muiden tarkastelumaiden kohdalta. Yleisluontoiset lainopilliset päätelmät ja ideat esitetään toisaalla ja tässä käsiteltävää teemaa yleisluontoisempaan.

²⁸³ Muut muodolliset perustuslait olivat toiseksi tärkein perustuslaki *Valtiopäiväjärjestys* (1928) ja valtiosääntöoikeudellisesti vähemmän tärkeät *laki valtakunnanoikeudesta* (1922) sekä *ministerivastuulaki* (1922).

²⁸⁴ Ks. tark. Husa 1999a.

kiistattomassa ja ilmeisessä ristiriitatilanteessa tuomioistuimilla olisi ollut oikeus sivuuttaa tällainen lain määräys.²⁸⁵ Lain perustuslainmukaisuuden valvonta oli keskittynyt PeV:aan, joka valvoi ja valvoo edelleenkin säädettävien lakien käsittelyjärjestystä ja antaa muille parlamentin valiokunnille sekä tarvittaessa parlamentin puhemiehelle lausuntoja – pyynnöstä – siitä, mikä on lakiehdotuksen oikea käsittelyjärjestys.²⁸⁶ PeV:n tehtävänä on antaa lausunto sen käsittelyyn tulevien lakiehdotusten perustuslainmukaisuudesta ja suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin.²⁸⁷ Ennen vuotta 1995 järjestely nojasi pääosin valtiosääntöoikeudelliseen tapaoikeuteen, vaikka Suomessa valtiosääntöiseen tapaoikeuteen muutoin suhtaudutaan Norjaa ja Tanskaa varautuneemmin.²⁸⁸

Perustuslakivaliokunnan tekemät tulkintakannanotot, jotka käytännössä merkitsevät tulkintoja perustuslain sisällöstä, ovat valtiosääntöoikeudellisen tapaoikeuden mukaan sitovia. Sitovuus kohdistuu tässä nimenomaan siis tilanteisiin, joissa lausunnossaan PeV on katsonut lakiehdotuksen olevan perustuslain vastainen.²⁸⁹ PeV:n lisäksi lakien (oikeastaan lakiehdotusten) perustuslainmukaisuutta voivat kontrolloida sekä parlamentin puhemies ja vahvistamisvaiheessa oikeuskansleri sekä tasavallan presidentti. Kontrollin arvovaltaisın ydin kuitenkin keskittyy *de facto* PeV:an. Vuoden 2000 perustuslakireformi ei muuttanut järjestelmän peruspiirteitä, mutta se sisälsi yhden kiintoisan uudistuksen. PeL:n 106 § sisältää nimenomaisen säännöksen, joka mahdollistaa lakien perustuslainmukaisuuden kontrollin tuomioistuimissa sekä lain määräyksen syrjäyttämisen silloin, kun lain määräyksen soveltaminen johtaisi ilmeiseen ristiriitaan perustuslain kanssa.²⁹⁰ Tällöin tuomioistuin voi antaa etusijan perustuslain säännökselle. Malli on transplantoitu Ruotsista sillä merkittävällä poikkeuksella, että lakien perustuslainmukaisuuden kontrolli on mahdollista vain tuomioistuimissa, ei muissa julkisissa orgaaneissa.²⁹¹ PeL:n po. säännös – jota voidaan esitöiden valossa pitää

²⁸⁵ Suomalaisen perusoppikirjan tiivis selostus asiasta Hidén & Saraviita 1994: 262–264. Doktriinin perusteista ja varhaisesta keskustelusta ks. Hakkila 1939: 341–346 alaviitteineen. Olen jättänyt tekstissä po. säännöksen tulkintaa ja tulkinnan taustaa koskevan tarkastelun tarkoituksella hyvin yleiselle tasolle. Ks. tark. Hidén 1974: 339–347.

²⁸⁶ PeV:n toimivallasta, tehtävistä ja kokoonpanosta tiivistä ks. Hautamäki 2002: 138–140.

²⁸⁷ Kuvaus järjestelmästä ja doktriinista ks. Jyräni 1998a: 213–214.

²⁸⁸ Viimeisin esim. varautuneesta positioista lienee TP:n ekumeenisesta rukouspäiväjulistuksesta PeV:ssa käyty kädenvääntö. Ks. tark. PeVM 10/2002 ja PeVM 6/2003.

²⁸⁹ Tilanteesta HM:n aikana ks. tark. Hidén 1974: 212–231.

²⁹⁰ Lisäksi on huomattava, että Ruotsin RF:ssa puhutaan vain perustuslain määräyksestä, ei koko perustuslaista. PeL:n käyttämä laajempi ilmaus *perustuslaki* mahdollistaa ainakin lähtökohtaisesti sellaisen tulkintatavan, jossa perustuslain säännöksiä tulkitaan perustuslain kokonaisuus huomioon ottaen.

²⁹¹ PeL 107 §:n (HM 92 § 2 mom) tarkoittama lakia alemmanasteisten säädösten soveltamisrajoitus sen sijaan koskee entiseen tapaan sekä tuomioistujia että muita viranomaisia. Ks. myös Saraviita 2000: 530–532.

ehkäpä enemmän etusija- kuin valvontanormina – täydentää Suomen ennakkollis-
ta mallia siten, että kontrollin painopiste säilyy edelleen ennakkollisessa parla-
mentin valvonnassa.²⁹² Tuomioistuinten painoarvoa ei haluttu muuttaa vallanja-
koasetelmassa vuoden 2000 uudistuksella, vaikka ihmisoikeudet ja EU-oikeus
sitä olivat jo aiemmin de facto muuttaneetkin.

Normiperustaltaan Suomen malli perustuu kirjoitettuihin säännöksiin (vanha
järjestelmä HM 92 § ja VJ 46 §; uusi järjestelmä PeL 74, 106 ja 107 §:t),
valtiosääntöiseen tapaoikeuteen sekä valtiosääntöoikeustieteen hyväksymään
doktriiniin, vaikka onkin syytä huomata, että Norjasta ja Tanskasta poiketen
Suomen malli kiinnittyy ensisijaisesti kirjoitettuihin perustuslain säännöksiin,
vaikka tulkintakäytännöllä on myös huomattava de facto merkitys. Norjan ta-
paista yleisesti huomattavaa painoarvoa tapaoikeudella tai siihen rinnastettavilla
käytännöillä ei kuitenkaan ole.

Suomen järjestelmässä PeV:n kontrolli edelleen tiivistyy siihen, mikä on la-
kiehdotuksen oikea käsittelyjärjestys, jolloin päähuomio on kiinnitetty muodol-
liseen perustuslainmukaisuuteen aineellisen perustuslainmukaisuuden jäädessä
sivurooliin. Valiokunnan tulkintoihin vaikuttavat huomattavasti sen kuulemat
valtiosääntöasiantuntijat, joiden ollessa yksimielisiä valiokunta noudattaa pää-
sääntöisesti heidän edustamaansa linjaa. Käytännössä asiantuntijat eivät usein-
kaan kiinnitä kuitenkaan huomiota samoihin seikkoihin, jolloin tulkintalinjan
löytäminen on kaikkea muuta kuin yksiselitteinen tapahtuma.²⁹³ Asiantuntijame-
nettely ja siinä käytettävä muodot ovat vakiintuneet, mutta sen säädöspерusta on
edelleenkin varsin vajavainen. ETYöjärj:n 37.1 §:n mukaan valiokunta, siis mikä
tahansa eduskunnan valiokunta, voi kuulla asiantuntijoita.

PeV ei anna systemaattisesti lausuntoa kaikista lakiehdotuksista, eikä se voi
myöskään itsenäisesti valita kontrollikohteitaan. Huomio kiinnitetään niihin la-
kiehdotuksiin, joiden suhde perustuslakeihin koetaan epäselväksi siten, ettei
epäselvyys ratkea valiokunnan aiempaan praksikseen tukeutumalla. Käytännös-
sä valiokunnan tekemiä tulkintoja – oikeushistorian pitkällä jäniteellä arvioiden
ne ovat liittyneet erityisesti omaisuudensuojakysymyksiin – kunnioitetaan, ja
tutkimuksessa PeV:n lausuntojen asema rinnastuu informaatiolähteenä jopa
eräänlaiseen valtiosääntötuomioistuimeen.²⁹⁴ PeV:n asema onkin vahva, mutta

²⁹² Husa 1998b: 193–200.

²⁹³ Ks. tematiikasta (HM:n ajalta) myös Hidén 1974: 203–212. Paikoin on myös mielenkiintoista
havaita se, millaisia yhteyksiä PeV:n kannanottojen ja oikeustieteellisten kannanottojen välillä on.
Esim. *Viljasen* (2001) väitöskirjassa tämä yhteys muistuttaa jonkinlaista symbioosia, josta ulko-
puolisen on vaikea ottaa juurikaan selvää; kuka siis puhuu, kun PeV puhuu? Ongelmasta yleisem-
min ks. Tuori 2001: 921.

²⁹⁴ Ks. myös Jyräki 1997: palstat 599–600. PeV:n suorasukainen vertaaminen valtiosääntötu-
omioistuimeen voi olla liioiteltua, mutta on kiistatonta, että PeV:n valtiosääntöoikeudellinen asema
ja sen ympärille muotoutunut tulkintatraditio vakiintuneine menettelytapoineen on Suomen järjes-
telmässä vahvempi kuin pelkistä säännöksistä voi päätellä. Uuden PeL:n säätämiseen liittyvä pe-

sen rinnastaminen esimerkiksi Saksan BVerfG:iin olisi suoranaista liioittelua. Institutionaalista vallanjakoulottuvuutta silmällä pitäen on kiistatonta, että PeV kuuluu lainsäädäntövaltaan, ei tuomiovaltaan.

Vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen jälkeen on PeV ottanut yhä enemmän myös aineellisen perustuslainmukaisuuden valvojan roolia.²⁹⁵ Sanottu ajankohta on merkinnyt myös murrosta poikkeuslakikäytännölle; perusoikeusuudistuksen jälkeen määrä on dramaattisesti vähentynyt. Valiokunnan tulkinnat välittyvät säätämisyjärjestystä koskevin kannanottoina sen lausunnoissa, jolloin lakiehdotuksen ollessa perustuslain mukainen se voidaan säätää tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä. Jos lakiehdotus sisältää perustuslainvastaisuuksia PeV voi ehdottaa sitä muutettavaksi siten, että ristiriitaisuudet poistuvat tai se voi ehdottaa, että laki on säädettävä perustuslainsäätämisyjärjestyksessä. PeV voi myös hyväksyä ristiriitaiseksi epäillyn lakiehdotuksen säädettäväksi tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä, mutta silloin se edellyttää, että tuomioistuimet ja muut viranomaiset tulkitsevat lakia perustuslainmukaisella tavalla.²⁹⁶ Oikeuslähdeopillisesti PeV:n tulkinnoilla on erittäin suuri merkitys, kun tuomioistuimet pyrkivät suorittamaan perustuslainmukaista tulkintaa, jonka avulla on myös mahdollista välttää ristiriitoja tulkintateitse. PeV:n merkitys on suuri – tai ainakin sen *tulisi* järjestelmän kantavien ydinperiaatteiden mukaan olla sitä – myös arvioitaessa mahdollisissa ristiriitatilanteissa ristiriidan ilmeisyyttä. Tämä ei ole sattumaa, vaan liittyy suomalaiseseen valtiosääntöajattelun peruspiirteeseen eli *luottamukseen* lainsäätäjää kohtaan. Kuten *Antero Jyränki* nykydoktriinia hahmottelee:

”Korostamalla parlamentaarista ennakkovalvontaa Suomessa pyritään mahdollisimman pitkälle *välttämään* niin *oikeudellista epävarmuutta* kuin sellaisia eri valtioelinten välisiä *arvovaltakonflikteja*, joita tuomioistuimen jälkikäteisestä puuttumisesta parlamentin säätämään lakiin helposti seuraa.”²⁹⁷

Suomen järjestelmän leimaa-antavin poikkeama verrattuna muihin Pohjoismaihin ja muihinkin järjestelmiin on epäilemättä poikkeuslaki-instituutio, joka mahdollistaa perustuslain vastaisten lakien säätämisen ilman, että itse perustuslain

rustuslakivaliokunnan mietintö (PeVM 10/1998) tukee tätä kantaa. Lausunnon mukaan 106 §:ssä tarkoitettua lain ja perustuslain välistä ristiriitaa arvioitaessa, on merkityksellistä se, onko PeV tutkinut asian säätämisyvaiheessa vaiko ei. Jos PeV on todennut lain perustuslainmukaisuuden, niin tuomioistuin ei voi pitää ristiriitaa ilmeisenä ainakaan niiltä osin kuin PeV on asiaa arvioinut. Sama asia ilmenee hallituksen esityksen (HE 1/1998) 106 §:ää koskevista perusteluista, joita em. PeVM edelleen tarkentaa. Ks. myös Saraviita 2000: 516–530.

²⁹⁵ PeV:n tulkintadoktriinin hahmotuksesta erilaisten tulkintateorioiden näkökulmasta ks. Hautamäki 2002: 140–198.

²⁹⁶ Jyränki 1998a: 217–219. Valiokunnan kehittämää perustuslainmukaista tulkintaa koskee esim. mietintö PeVM 25/1994.

²⁹⁷ Jyränki 2003: 393.

tekstiä muutetaan.²⁹⁸ Asiallisilta seurauksiltaan poikkeuslaki syrjäyttää joiltain osin perustuslain sisällön ilman, että perustuslain tekstiä muutettaisiin samalla. Edellytyksenä on, että poikkeuksesta päätetään perustuslainsäätämisyjärjestyksessä. Suomen poikkeuslakijärjestelmää ei ole mahdollista käsitellä tässä tarkemmin, mutta yleisesti voidaan todeta sen olevan suomalainen valtiosääntöoikeudellinen erikoisuus, jonka juuret juontavat 1860-luvulle. Poikkeuslaki-instituution perusideana on, että poikkeuslain (joka on normihierarkkisesti tavallisen parlamenttilain asemassa) sisältämä aineellinen perustuslainvastaisuus katsottiin riittävällä tavalla hyväksyttäväksi, jos poikkeuksesta säädetään samassa vaikeutetussa lainsäätämisyjärjestyksessä kuin perustuslain muutoksestakin oli säädetty.²⁹⁹

Vuoden 2000 perustuslakiuudistus ei poistanut poikkeuslaki-instituutiota. Sen sijaan se sisältää rajoituksen sille, millaisia poikkeuslakeja voidaan säätää (73 § *rajattu poikkeus*).³⁰⁰ Pohjoismaisessa vertailussa Suomen poikkeuslaki-instituutio on siinä mielessä erikoinen, että se mahdollistaa normihierarkian murentumisen tavallisten lakien ja perustuslakien välillä. Tosin nykyjärjestelmässä voidaan sanoa olevan erityisenä tavoitteena välttää poikkeuslakien käyttöä kansallisista syistä.³⁰¹ Vallanjaon kannalta poikkeuslaki-instituutio oli tekijä, joka teki Suomesta parlamenttikeskisen järjestelmän, jota tosin ennen nykyistä perustuslakia vahva presidentiaalinen ominaisuus lievensi.

Verrattuna moniin muihin maihin Suomen lakien perustuslainmukaisuuden valvontamalli on poikkeava, koska se painottuu preventiivisesti, on luonteeltaan abstraktia ja sitä harjoitetaan parlamentin itsensä toimesta.³⁰² Osin tätä selittää mm. poikkeuslaki-instituutio sekä se, ettei Suomessa ole esiintynyt halua muuttaa hyvin toimivaksi koettua järjestelmää.³⁰³ Pohjoismaisessa kontekstissa huomio kiinnittyy mm. siihen, että PeV on tosiasiassa kvasioikeudellinen orgaani, joka käyttää omassa tulkintatoiminnassaan oikeudellista harkintaa ja argumentaatiota (muissa valiokunnissa käytössä oleva puolueiden ryhmäkuri ei näyttäisi ulottuvan PeV:aan). PeV lähestyy monessa suhteessa Ranskan perustuslakineuvostoa, vaikka merkittäviäkin eroja on (esim. kokoonpano ja asioiden vireilletu-

²⁹⁸ Esim. Ruotsissa on nimenomainen valtiosääntöperiaate, jonka mukaan perustuslakia hierarkkisesti alempi säädös ei vaikuta perustuslain sisältöön. Holmberg & Stjernquist 1992: 21.

²⁹⁹ Ks. tark. Jyräki 1998a: 239–249.

³⁰⁰ On tosin huomattava, että perustuslain ilmaus *rajattu poikkeus* on kovin epämääräinen, koska siitä ei suoraan käy ilmi, milloin poikkeuksen täytyy olla rajattu ja milloin ei. Ks. kuitenkin Saraviita 2000: 520–522.

³⁰¹ Ks. tark. Viljanen 1999.

³⁰² Määrällisesti arvioiden lienee tosin selvää, että kontrollin painopiste on de facto lain valmisteluvaiheessa eli pitkälti lainvalmisteluvirkamiesten vastuulla.

³⁰³ Valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa on yleensä arvioitu järjestelmän toimivuutta varsin myönteisesti ks. esim. Saraviita 1993: 194.

lotapa). Norjaan verrattuna suomalaisten tuomioistuinten asenne on huomattavasti lähempänä ruotsalaista tuomarimentaliteettia, johon kuuluu oikeudellisen aktivismin karttaminen.³⁰⁴ Osin tuomioistuinten heikkoon asemaan perustuslainmukaisuuden kontrollissa liittyyneekin, ettei Suomessa ole yhtä kiistatta korkeinta tuomioistuinta, kun hallinto-oikeudellisissa asioissa ja yleisissä asioissa on omat korkeimmat tuomioistuimensa.

Suomen järjestelmän vahva painottuneisuus preventiiviseen valvontaan on uuden PeL:n myötä ehkä jonkin verran heikkenemässä, minkä lisäksi jäsenyys EU:ssa sekä mukanaolo Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksessa lisäävät tulevaisuudessa paineita oikeudellisen ja repressiivisen kontrollin vahvistumiseen.³⁰⁵ EY-tuomioistuimen toimintamalli ja siihen liittyvä yleisempi käsitys tuomioistuimen asemasta ja roolista erityisenä *judicial review* -elimenä voivat tuskin olla heijastumatta suomalaiseen lainkäyttökulttuuriin. Oikeastaan ne ovatkin jo aiheuttaneet pieniä oikeuskulttuurisia vallanjakosiirtymiä, jotka ovat edenneet yhtä jalkaa lisääntyvän perusoikeuspainotuksen kanssa.

Ruotsin tapaista sisäistä kritiikkiä ei järjestelmää kohtaan ole esiintynyt, vaan pikemminkin päinvastoin. EU:n kontekstissa Suomi on viimeisiä sellaisia kontrollijärjestelmän edustajia, joissa lakien perustuslainmukaisuuden kontrollivalta on pääsääntöisesti lainsäätäjän itsensä käsissä. Järjestelmän painopiste muuttuu siten, että osa kontrollista siirtyy tuomioistuihin, joissa jo vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen jälkeen on alkanut esiintyä yhä enemmän argumentointia suoraan perustuslain säännöksillä.³⁰⁶ Oireellisenä voidaan myös ehkä pitää vuoden 2001 arpajaislainsäädäntöä koskevaa jupakkaa, jossa KKO itse asiassa astui PeV:n tekemän tulkinnan ylitse ja osoitti tässä mielessä tiettyä aktiivisuutta normikontrollin alueella, vaikka kyse olikin lain ja Ahvenmaan itsehallinnon välisestä suhteesta, ei niinkään lain ja perustuslain välisestä suhteesta.³⁰⁷ Tämä voi ennakoita tuomiovallan halua muuttaa perinteisesti vallinneen vallanjakomallin sovelluksen painopistettä *poispäin* lainsäätäjältä.³⁰⁸ Kyse on toki yksit-

³⁰⁴ Ks. myös Hidén 1998: 73.

³⁰⁵ Tämä johtuu pelkästään jo EU:n vaikutusestakin; kotimaiset tuomioistuimet joutuvat lainkäytössään harjoittamaan normikontrollia rutiinimaisesti EU-oikeuden ja kotimaisen normiston välillä. Ks. esim. KHO:n tapaus 2002: 85, jossa Suomen autoverolainsäädännön soveltamistapa oli EY:n perustamissopimuksen 90 artiklan (ent. art. 95) vastainen (EY-tuomioistuimen ratkaisu 19.9.2002).

³⁰⁶ Korkeimman hallinto-oikeuden praksiksesta vuoden 1995 jälkeen eräissä perusoikeusjutuissa ks. Husa 1998b. Yleisen lainkäytön puolella ks. Leppänen 1999: 32–33. Case law’sta ks. esim. KKO 1997:128, KKO 1998:148, KKO 1998: 159 ja KKO 1999:50 sekä KHO 1999:80 ja KHO 2000:10.

³⁰⁷ Ks. tark. KKO 1652/2001 (lausunto), HE 197/1999 ja PeVL 22/2001. Samaa teemaa käsittelee myös Jyräki 2003: 409–414. (Lausunnon pyytämistä korkeimmilta oikeuksilta ja sen taustasta ennen vuoden 1995 uudistusta ks. Hidén 1974: 182–240.) Perustuslaissa asiasta sääntelee PeL 77 §.

³⁰⁸ Ajatus ei ole oikeushistoriallisesti meillä tuntematon. Jo vuonna 1919 käsiteltiin eduskunnassa HM:oon ehdotettua lisäystä, joka olisi asiallisesti antanut korkeimmalle oikeudelle lakien perus-

täistapauksesta, eikä sen oireellisuudesta voi olla laisinkaan varma, mutta kun otetaan huomioon aivan viimeaikainen KKO:n oikeuskäytäntö, niin aktivoitumista näyttää kiistatta tapahtuvan.³⁰⁹

2.2.4 Kokoavia huomioita ja kommentteja

Muodollisessa arviossa huomataan, että muualla paitsi Suomessa kontrolli on painottunut repressiiviseen valvontaan. Suomen malli on aikaisemmin perustunut korostetusti ennakolliseen valvontaan, mutta uuden perustuslain 106 § sisältää Ruotsin mallin mukaisen mahdollisuuden rajattuun jälkikontrolliin tuomioistuimissa siten, että kontrollin painopiste pyritään säilyttämään edelleen parlamentin itsensä suorittamassa ennakollisessa valvonnassa. Tuomioistuinten yleinen varovaisuus yhdistää yhteisenä valtiosääntöoikeudellisena perusideologiana Suomea, Ruotsia ja Tanskaa, vaikka kontrollin järjestämistä koskevat ratkaisutavat poikkeavatkin toisistaan teknisesti.³¹⁰

Norjan lakien perustuslainmukaisuuden valvontamalli edustaa aktivistisinta mallia, mutta verrattaessa sitä Yhdysvaltoihin, niin Norjassakin näkyy selviä pohjoismaisen vallanjakosovelluksen piirteitä, jotka voidaan selittää pääosin Norjan parlamentaarisuudella. Eroavaisuuksista huolimatta Pohjoismaita näyttää yhdistävän se, että parlamentin asema nähdään kaikissa maissa valtiosääntöoikeudellisesti erittäin keskeisenä, mistä johtuen tuomioistuinten halu ikään kuin haastaa vaaleilla valittu lainsäätävä – halu haastaa omaksuttu vallanjaon käytännön sovellus – ei ole ollut kovin korkealla. Näin ollen valtiosääntöoikeutta koskeva ääneen lausumaton legitimaatioteoria näyttää näiltä osin samankaltaiselta. Mitä tulee tuomareiden valtiosääntöoikeudelliseen mentaliteettiin, niin Norjassa näyttää selvimmin esiintyvän tuomioistuinten asemaa korostavia common law -tyyppisiä elementtejä, kun taas muissa tarkastelluissa Pohjoismaissa (erit. Suomessa ja Ruotsissa) tuomioistuimet ovat tässä suhteessa passiivisempia. Tanska sijoittuu tässä suhteessa jonnekin välimaastoon. Norjan poikkeavuus tässä suhteessa voidaan kuitenkin palauttaa yhteen keskeiseen selittävään tekijään, joka on perustuslain iäkkäys ja siitä johtuvat ongelmat. Näitä iäkkyydestä johtuvia

tuslainmukaisuuden valvontaan. Säännösehdotus poistettiin, koska senaatin oikeusosastoon (KKO:n edeltäjään) ei luotettu samalla tavoin kuin venäläistämisyriityksiä vastaan aktiivisesti kamppailleeseen perustuslakivaliokuntaan. Jyräki 2003: 388.

³⁰⁹ KKO 2004:26, ks. erit. ratkaisun perustelujen kohdat 14–22.

³¹⁰ Huomautettakoon, että kaikkia tarkasteltuja Pohjoismaiden järjestelmiä yhdistää välittömästi perus- ja ihmisoikeuksien osalta Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus, jonka vaikutuksesta näiden maiden perus- ja ihmisoikeudet ovat aineellisesti hyvin samankaltaisia, vaikka sääntelyta-voissa ja -ratkaisuissa onkin teknisiä eroavuuksia. Erityinen merkitys on itse sopimusartikloiden ohella Euroopan neuvoston tuomioistuimella, joka täsmentää omassa praksiksessaan yksittäisten ihmisoikeusartikloiden täsmällisen sisällön. Ks. tark. Pellonpää 2000: 81–182.

ongelmia kaikkien valtiovallan eri haarojen on pyrittävä ratkomaan luomalla omaa perustuslakia täydentävää praksista, jolloin kontrolli joutuu etenemään pelkästä muodollisesta kontrollista kohti selvemmin aineellista.

Lakien perustuslainmukaisuuden valvonta on kaikissa muissa Pohjoismaissa paitsi Suomessa painottunut periaatteessa tuomioistuimiin, vaikkakin Ruotsissa ja Tanskassa kontrollitehtävää on toteutettu erittäin varovasti ja parlamenttia sekä vallanjakoa kunnioittavalla tavalla. Suomessa valvonta on keskittynyt parlamentin perustuslakivaliokuntaan, joka on tosiasialliselta luonteeltaan hyvin lähellä eräänlaista valtiosääntötuomioistuinta toimiessaan juridisesti painottuneella tavalla (vapaus ryhmäkurista, vakiintuneet toimintatavat ja asema sekä erityisesti asiantuntijoiden asema). Suomen perustuslakivaliokunta voidaan funktionaalisesti rinnastaa mieluummin Ranskan perustuslakineuvostoon kuin esimerkiksi ruotsalaiseen vastineeseensa, jota ei voida pitää Suomen perustuslakivaliokunnan funktionaalisena vastineena.³¹¹

Pohjolassa ei näytä esiintyvän vahvaa halua haastaa lainsäätäjän omia tulkin-toja (silloin kuin ne ovat nimenomaisia) lakien perustuslainmukaisuudesta tuomioistuinten toimin. Tuomiovalta näyttää pikemminkin halukkaalta pysyttämään olemassa olevan vallanjakomallin mukaiset rajanvedot. Näiltä osin lakien soveltamista koskeva metodi on lakien perustuslainmukaisuutta (tai perustuslain etusijaa) koskevissa tapauksissa samankaltaisia piirteitä osoittavaa eli oikeuslähdeopissa annetaan lähtökohtaisesti vahva sija lainsäätäjän omille nimenomaisille tulkinnoille perustuslainmukaisuutta koskien.³¹² Pohjoismaisen vallanjako-opin parlamenttikeskeisyydestä seuraavalla erityisellä *lojaliteettiperiaatteella* näyttää olevan edelleen merkitystä pohjoismaisessa valtiosääntöoikeudessa.³¹³ Tosin perus- ja ihmisoikeuksien lisääntyvä painoarvo näyttää kallistavan vallanjakomalleja aiempaa selvemmin kohti tuomiovaltaa, erityisesti ylimpiä tuomioistuinta, joilla on prejudisiaalisten ominaisuuksiensa vuoksi selvä erityisasema tuomioistuinlaitoksessa.³¹⁴

³¹¹ Voidaan tietysti pohtia, miksei Suomessa sen kummemmin kuin Tanskassa tai Ruotsissakaan – eikä osin Norjassakaan – ole murtauduttu pois perinteisestä demokratiakäsityksestä, kuten Ranskassa, jossa tapahtui murros jo yli kolmekymmentä vuotta sitten. Morton (1991: 133) kirjoittaa: ”the council has achieved its new role in the context of two-hundred-year-old political tradition of popular sovereignty that has been hostile toward any judicial control of the political branches of government”.

³¹² Voidaan tietysti kysyä, merkitseekö lainsäädännön soveltamatta jättäminen *de facto* säännöksen kumoamista, vaikkei näin muodollisesti tapahtuisikaan. Mikäli tällainen kanta omaksutaan, niin eroa heikon ja vahvan kontrollimuodon välillä ei voine pitää kovin merkittävänä.

³¹³ Periaatteesta ks. esim. Laakso 1990: 185.

³¹⁴ Tämä johtuu muuttuneesta konstitutionalismikäsityksestä. Perinteisessä parlamentaristisessa järjestelmässä oikeudet tulivat järjestelmään lain säätämisaktin myötä, ei niinkään hierarkiastatuk-sen ansiosta. Nykyään oikeuksien lähde on entistä selvemmin kirjoitettu valtiosääntö. Vrt. Stone Sweet 2000: 94.

Valvonnan tavan kohdalla kaikissa tarkastelluissa maissa on mahdollista suorittaa jälkikäteistä kontrollia, mutta vain Suomessa kontrollin painopiste asettuu abstraktiin ennakolliseen kontrolliin. Yhdenkään Pohjoismaan järjestelmään ei kuulu sellainen tuomioistuinten harjoittama abstrakti kontrolli, joka on tyypillistä Manner-Euroopan valtiosääntötuomioistuinjärjestelmissä (esim. Saksa ja Italia). Suomen järjestelmän periaatteellista abstraktisuutta lieventää uuden perustuslain 106 § ja se, että tuomioistuimissa (ja muissa viranomaisissa) hyödynnetään perustuslakivaliokunnan kannanottoja pyrittäessä tulkitsemaan tavallisia lakeja ja muita normeja perustuslainmukaisella tavalla. Sama pyrkimys koskee myös muita Pohjoismaita.³¹⁵ Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että perustuslakivaliokunnan tulkintakannanotot tulevat hyödynnetyiksi tuomioistuimissa ratkaistaessa konkreettisia tapauksia, jolloin ero abstraktiin ja konkreettiseen kontrolliin on lähinnä periaatteellisesti merkittävä. Myös Tanskassa näytetään kiinnittävän systemaattisesti huomiota, oikeudellisesta perspektiivistä, lakien perustuslainmukaisuuteen osana lainvalmistelutoimintaa.³¹⁶

Kontrollin järjestämistavoissa Ruotsi osoittaa erään muista Pohjoismaista selvästi poikkeavan piirteen. Ruotsissa on käytössä nimittäin *de jure* hajautetuin lakien ja muiden normien perustuslainmukaisuuden kontrollimalli, koska ainoana Pohjoismaana se antaa mahdollisuuden perustuslainmukaisuuden oikeudellisuonteiseen kontrolliin myös muille julkisille orgaaneille kuin vain tuomioistuimille. Tässä suhteessa Suomeen transplantoitu ratkaisumalli on erilainen, koska se mahdollistaa jälkikäteisen lakien perustuslainmukaisuuden kontrollin vain tuomioistuimille. Käytännössä Ruotsissa kontrolli on keskittynyt korkeimpaan hallintotuomioistuimeen ja yleiseen korkeimpaan oikeuteen, joista jälkimmäinen on osoittanut praksiksessaan toistaiseksi haluttomuutta ryhtyä aktiivisesti lakien perustuslainmukaisuuden arviointiin. Tätä erityisominaisuutta voidaan tulkita järjestelmän ideologiasta, joka ei ole halukas näkemään tuomiovallan roolia sen kummempaan kuin muunkaan virkatoiminnan. Periaatetasolla tätä voi pitää viestinä lainsäätäjän halusta säilyttää ja ylläpitää *johtava* asema valtiovalan eri haarojen joukossa.

³¹⁵ Sanottakoon, että lakien perustuslainmukainen tulkintatapa ei välttämättä edellytä yhtäaikaista normikontrollia. Kyse voi olla myös pelkästään tulkintaa ohjaavasta periaatteesta, johon ei kuulu automaattisesti velvollisuutta tai oikeutta perustuslainvastaisena pidetyn lain (tai muun normin) määräyksen sivuuttamiseen, vaan ainoastaan tulkinnallisen liikkumavaran hyödyntäminen perustuslain osoittamassa suunnassa. Joskin silloin kun lainsäädännöstä tulkitaan sen selvän sanamuodon vastaisesti, niin tämä merkitsee tosiasiaa lainsäädännöksen syrjäyttämistä perustuslain hyväksi. Rajat ovat todellakin hiuksenhienoja.

³¹⁶ Kaikissa tarkastelluissa maissa (myös Norjassa ja Ruotsissa) kiinnitetään toki huomiota tähän, mutta tekstissä korostetaan nimenomaan tällaisen toiminnan systemaattisuutta ja säännönmukaisuutta. Tanskan, Norjan ja Ruotsin ennakkokontrollimalleja voidaan pitää Suomen mallia tehottomampina (ks. Smith 2002: 129 ja 136).

Koska Norjasta ja Tanskasta puuttuvat erityiset hallintotuomioistuimet, se antaa tukea ajatukselle, jonka mukaan silloin kun kontrollivalta keskitetään yhteen orgaaniin, on sen helpompi asettua lainsäätäjää vastaan, kun on kyse nimenomaisesti (erityisesti aineellisesta) erimielisyydestä lain perustuslainmukaisuudesta (Kløfta- ja Tvind-jutut). Lisäksi on syytä huomata, että Norjasta ja Tanskasta puuttuvat täsmälliset oikeudelliset kvalifikaatiot kontrollin mahdollisuuksiin liittyen. Suomessa ja Ruotsissa lain syrjäyttäminen vaatii *expressis verbis* säännöksen perusteella ilmeisen ristiriitaisuuden, Tanskassa doktriini ja praksis ovat edellyttäneet samaa. Silloin kun tuomiovalta on hajautettu kahden kilpailevan ylimmän tuomioistuimen kesken, kuten Suomessa ja Ruotsissa, niin tuomioistuimen on oletettavasti vaikeampi haastaa lainsäätäjän omaksumat käsitykset lakien perustuslainmukaisuudesta parlamentaristisessa järjestelmässä, joka rakentuu osin myös vallanjakoperiaatteen varaan. Pohjoismainen julkisoikeuden alueen oikeuskulttuuri tuntuu epäilevän sitä, että lainsäädäntövallan (= poliittisen sfäärin) ja tuomiovallan (= oikeudellisen sfäärin) raja voitaisiin radikaalisti siirtää ilman, että järjestelmien legitimaatioperusta samalla jotenkin järkkäyisi ja että politiikan ja oikeuden välinen raja suuresti muuttuisi.

Lakien perustuslainmukaisuuden kontrolli ja siitä seuraava parlamentin säätämisen lain ohittaminen koetaan näissä järjestelmissä – syistä, joita ei ole tämän luvun tarkastelujen perusteella mahdollista analysoida – epätyypilliseksi toimeksi. Käyttöalueena olisivat epätavalliset tilanteet, joiden rutiininomainen käsittely missä tahansa tuomioistuimessa näyttää sotivan pohjoismaisten järjestelmien parlamentarismia ja siitä seuraavaa parlamenttikeskeisyyttä vastaan. Norjassa, joka edustaa tässä suhteessa aktivistisinta tuomioistuinkontrollia, parlamentin kunnioitus näkyy kuitenkin niissä rajoituksissa (mm. Kløfta-ratkaisu), joita lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuinkontrolliin liittyy. Kysymyksiä eri valtioelinten välisistä suhteista ja työnjaosta ei periaatteessa käsitellä, vaan kontrollin edellytyksenä on kytkentä henkilöön liittyviin oikeudenloukkauksiin.³¹⁷ Vallanjako voidaan murtaa tuomiovallan puolelta vain eräin doktrinäärisin itsesidonnallisoin reunaehdoin, ei ehdoitta ja kaikissa asiaryhmissä. Vallanjaon kannalta tämä on aivan keskeisen tärkeä modifikaatio periaatteellisessa mielessä.

Se, että kirjoitetussa valtiosääntöoikeudessa puuttuu nimenomainen säännös (-kset) näyttää jättävän tuomioistuimille ja erityisesti korkeimmille tuomioistuimille (jotka käyttävät jakamattomasti ylintä tuomiovaltaa) tilaa omille tulkinnoille ja kannanotoille, joiden puitteissa on valittavissa joko oikeudellinen aktivismi tai passiivisempi linja.³¹⁸ Perustuslain tekstin avoimuus ja tulkinnanvaraisuus lisäävät tuomioistuimen liikkumismahdollisuuksia tällaisessa tilanteessa,

³¹⁷ Kyse on siis prosessin edellytyksestä, mutta käytännössä valtioelinten työnjako voi päätyä tuomioistuimen arvioitavaksi epäsuorasti, kuten esim. Liturgia-tapauksessa (Rt. 1987 s. 473).

³¹⁸ Esko Riepula (1973: 18) huomautti jo kolmekymmentä vuotta sitten, että vallanjako-opin muodollinen läpivienti ei estä tuon samaisen opin vesittämistä siten, että oikeudellinen normikontrolli

kuten Norjan tapaus hyvin osoittaa. Sen sijaan Suomessa ja Ruotsissa, jossa tuomioistuINVALVONTA perustuu kirjoitetun säännöksen varaan, näyttää oikeudelliselle aktivismille jäävän vähemmän tilaa, kun toimitaan parlamentaristisen järjestelmän puitteissa. Koska Suomessa ja Ruotsissa ylin tuomiovalta on jaettu yleisten ja hallintotuomioistuinten kesken ja koska Suomessa ja Ruotsissa näyttäisi vallitsevan virkamiesmäisempi tuomarimentaliteetti kuin Norjassa ja Tanskassa, niin oikeudellisen aktivismin elinmahdollisuudet vaikuttavat näiden maiden nykyoloissa vähäisiltä. Niiltä näyttävät puuttuvan oikeuskulttuuriset edellytykset ja halu kaventaa lainsäätäjän asemaa vallanjakoasetelmassa. Erityisesti Ruotsin kohdalla perusoikeuslähtöistä aktivismia tuntuu vaikeuttavan lisäksi se, että sikäläisessä oikeustieteessä on ollut perinteisesti varsin heikosti normatiivinen näkemys perustuslaista ja sen sitovuudesta.³¹⁹ Ruotsin järjestelmän vallanjakaisuus näyttää tässä mielessä Pohjolan vaatimattomimmalta.

Yhdelläkään pohjoismaisella kontrollielimellä ei ole selvää oikeutta nullifioida lakeja *de jure* eli kykyä astua muodollisesti lainsäätäjän toimivalta-alueelle (= yleinen säädösten antamisvalta). Kaikissa järjestelmissä lopputulos on periaatteessa sama, silloin kun kontrolli tapahtuu kansanedustuslaitoksen ulkopuolella: lain säännös jää voimaan muodollisesti. Tosin vaikuttaa siltä, että erityisesti Norjassa korkeimman oikeuden ratkaisu on samalla erityisen voimakas signaali lainsäätäjän suuntaan siitä, että jotain täytyy tehdä. Tämä johtuu siitä, että Norjan korkeimman oikeuden tulkinta-auktoriteetti on siinä määrin kiistaton silloin kun liikutaan sen itse rajaamalla doktriininmukaisella normikontrollin alueella. Siis: vallanjakoa kyllä, mutta tuomioistuimen *määräämällä* tavalla.

2.2.5 Pohdinta

Pohjoismaiden lakien perustuslainmukaisuuden kontrollijärjestelmiin liittyvistä eroista huolimatta niille on yhteistä tietty parlamenttia kunnioittava ”pohjoismaiden varovaisuus”, joka näkyy erityisesti Suomessa, Ruotsissa ja Tanskassa. Norjan malli näyttää tässä suhteessa kaikkein tuomioistuinvaltaisimmilta, kun taas toista ääripäätä näyttäisi edustavan Suomi.³²⁰ Kun huomioidaan tarkasteltujen

muodostuu *de facto* demokraattisesti valitun lainsäätäjän korvaavaksi (negatiiviseksi) superlainsäätäjäksi, kuten esim. USA:ssa on käynyt. Ks. myös tähän liittyvästä ”political question”-opista esim. Rytter 2000: 331–333. (”En grundsætning on ikke-prøvelse af politiske spørgsmål kan herefter alene forstås som et forfatningsretslig princip om respect for kompetencefordelingen mellem lovgiver og domstole.”) Ks. myös Venter 2000: 125.

³¹⁹ Tässä yhteydessä voidaan viitata nk. Uppsalan koulun filosofiaan ja sen seurauksiin oikeustieteellisessä ajattelussa. Ks. tark. Strömholm 2002.

³²⁰ Suomen järjestelmän varsinainen pullonkaula voi olla siinä, että PeV:n lausunnot ja mietinnöt leviävät tehottomasti tuomioistuihin ja muihin viranomaisiin verrattuna KKO:n ja KHO:n vuosikirjakäytäntöön ja vakiintuneeseen kommentointikäytäntöön. Kirjoittaja on esittänyt toisessa yhteydessä asiaan eräitä parannuksia (Husa 1999b).

Pohjoismaiden yleiset yhteiset piirteet: evankelis-luterilainen protestanttisuus yleisenä eettis-moraalisena oikeusjärjestelmän viitekehyksenä, maiden taloudellinen kehittyneisyys, monipuoluejärjestelmä, poliittinen stabiloituneisuus, maantieteellinen läheisyys sekä kaikkia järjestelmiä erityisesti yhdistävä piirre eli kansanedustuselimen keskeinen asema (parlamentarismi), aiheuttavat sen ettei oikeastaan ole vaikea ymmärtää miksi tarkasteltua valtiosääntöoikeuden keskeisinstituutiota koskevissa ajattelutavoissa ja käytännöissä on tietyistä teknisistä eroista huolimatta niin paljon samanlaisia peruspiirteitä. Vallanjaosta on omaksuttu pääpiirteissään yhtäläinen parlamenttia – maakohtaiset erot huomioiden tietenkin – kunnioittava sovellus.

Varovaisuusperiaatteen ohella voitaisiin ottaa toinenkin oikeuden ja politiikan perussuhdetta kuvaava pohjoismainen piirre, jota Rytter kutsuu nimellä *funktionel balance* eli toiminnallinen tasapaino. Se viittaa tuomioistuinten ja lainsäätäjän väliseen toimivalta- ja tehtäväjakoon. Kyse on siitä, että lainsäätävä (= poliittinen valta) edellyttää tuomioistuimilta (= oikeudellinen valta) tietynlaista lainsäätäjän tahdon kunnioittamista: ”Parlamentet har et umiddelbart demokratisk mandat. Domstolene må efter princippet om funktionel balance tage hensyn til, att de ikke altid er legitimeret eller egnet til at foretage en tilbundsgående efterprøvelse af grundrettighedsmæssighed”, kuten Rytter asian ilmaisee.³²¹

Riippumatta perustuslain iästä tai muodollisesta valtiomuodosta, kaikissa Pohjoismaissa pidetään perustuslainmukaisuustulkinnassa keskeisenä lainsäätäjän omia kantoja. Pohjoismaissa on annettu käytännössä varsin suuri arvo yhdel-le perinteiselle lakien jälkikäteisen tuomioistuinkontrollin argumentille, jonka *Francois Venter* muotoilee seuraavasti:

”the separation of powers requires the legislature itself to ensure that its laws are adopted lawfully in accordance with the constitution: should a court decide that a law adopted by the legislature is unconstitutional, it amounts to judicial interference in the legislative authority.”³²²

Valtiosääntöoikeudellisessa perusideologiassa ei tässä näyttäisi olevan suuria eroja, vaikkakin Suomen parlamentin vapausastetta kasvattanut poikkeuslakijärjestelmä on pelkästään Suomen järjestelmään kuuluva erikoisuus omine historiallisine selityksineen.³²³ Kauimpana toisistaan näyttävät olevan Norja ja Suomi, vaikka käytännön erot aineellisoikeudellisissa kysymyksissä eivät olisikaan järin suuria. Vakaiden, vauraiden ja poliittisen demokratian vakiintuneissa parlamentaristisissa oloissa suurin yhdistävä tekijä on ollut tässä suoritetun tarkastelun perusteella ”pohjoismainen valtiosääntöoikeuden varovaisuusperiaate”, joka

³²¹ Ks. Rytter 2000: 200–201 ja 296–300 (lainaus s. 201).

³²² Venter 2000:18.

³²³ Kattava esitys ks. Jyräki 1989: 403–471.

kannustaa tuomioistuimia tulkinnalla ja muilla keinoin mieluummin ohittamaan kuin korostamaan lakien ja perustuslakien välisiä mahdollisia ristiriitaisuuksia.³²⁴

”Varovaisuusperiaatteen” voi ehkä pukea seuraavaan karkeaan muotoon: Lain ja perustuslain välinen ristiriita on pyrittävä tulkinnalla ohittamaan perustuslain hyväksi. Jos ristiriitaa ei voida näin ohittaa, on lainsäätäjän omille perustuslainmukaisuutta koskeville kannoille annettava etusija, ellei seurauksena ole selvästi jonkun etua, oikeutta tai velvollisuutta koskeva perusoikeusloukkaus. Varovaisuusperiaate on mielestäni tulkittavissa toisen asteen opiksi, joka on alisteinen parlamenttien asemaa ja välillistä demokratiakonstruktiota koskevalle *primäariselle* opille kansanedustuslaitoksen periaatteellisesta etusijasta valtiovallan eri haarojen joukossa. Se on näin siis pohjoismaisen vallanjakopin erään ulottuvuuden ilmentymä ja kuvastaa luottamusta kansanedustuslaitokseen sekä halua välttää eri valtojen välisiä arvovaltakonflikteja.³²⁵

Vaikka näkemykset ja sovellukset valtanjaosta vaihtelevatkin, niin ajattelutapa koskien fundamentaalisia rajanvetoja tuntuu samansuuntaiselta; lakien perustuslainmukaisuuskontrolli on pohjimmiltaan poliittista ja se kuuluu lähemmäs lainsäätäjää kuin tuomioistuimia, joiden pitäisi keskittyä soveltamaan normeja, eikä arvioimaan niiden aineellista sisältöä. Toisaalta EU:n valtiosääntöoikeudellinen lataus ja ENIOS:n sekä perusoikeuksien kasvanut merkitys vaikutus tuntuvat vievän kehitystä toiseen suuntaan, mitä tulee politiikka/oikeus-ajanvetoon.³²⁶

Kun kaikkiin EU:n jäsenvaltioihin kuuluvissa maissa on sekä ulkoisia että sisäisiä (Ruotsi: sisäinen kritiikki, Suomi: PeL, Tanska: Tvind-ratkaisu) paineita kohti uudentyyppisiä ajattelutapoja, niin on vaikea ennustaa mihin suuntaan pohjoismainen ”varovaisuusperiaate” tulevaisuudessa kehittyy.³²⁷ Erityisesti Euroopan integraation (mukaan lukien sekä EU että EN:n ihmisoikeussopimus) valtiosääntöoikeudellinen kehitys on tässä suhteessa keskeisessä asemassa. EU:n kehityksen tärkeyden oivaltaminen johtaa myös suoraan siihen johtopäätökseen, että kaikissa EU:n jäsenmaissa osa lakien perustuslainmukaisuuden kontrollista on *de facto* yhä enenevässä määrin kansallisen ja EU-oikeuden välistä valvontaa, jota suorittaa EY:n tuomioistuin suhteessa EU:n ”valtiosääntöön”. EU:n rakenne jonkinlaisena liittovaltiona oikeastaan edellyttää tällaisen kontrollin olemassa-

³²⁴ Ilmiö ei suinkaan ole tyypillinen vain Pohjoismailla. Samanlaisia piirteitä on katsottu löytyvän mm. Kanadan ja Japanin järjestelmistä. Ks. Beatty 1994: 535–550 ja Venter 2000: 106–110. Niin ikään Ranskan conseil constitutionnelin toiminta on heijastellut samantyyppisiä ajatuksia, kuten esim. v. 1994 ratkaistussa normikontrollijutussa, jossa neuvosto nimenomaan katsoi, ettei ollut sen asiana puuttua siihen, millaisia keinohedelmöityksen keinoja voitiin käyttää, vaan valinta oli lainsäätäjän tehtävissä (CC decision n° 94–343/344 1994).

³²⁵ Vrt. Jyräki 2003: 293.

³²⁶ Erityisesti Ruotsin osalta vrt. Nordquist 2001: 209.

³²⁷ Ks. tuomarikulttuurin murroksesta erityisesti Ruotsissa Nordquist 2001: 147–170.

oloa, mikäli yhdenmukainen EU-oikeuden tulkinta halutaan varmistaa.³²⁸ EY-tuomioistuimen käyttämien tulkintatapojen ja sen kehittämien doktriinien soveltaminen ylipäänsä romaanis-germaaniseen oikeusperheeseen ja erityisesti parlamentaarisesti orientoituneisiin, mutta vallanjaon ajatuksen silti sisältäviin Pohjoismaihin on kuitenkin lähtökohtaisesti ongelmallista.³²⁹ Poliitiikka/oikeus-erottelun ylläpitohalussaan Pohjoismaat ovat kaikki fundamentaalisuuden ja apriorisuuden mielessä *vallanjakohakuisia* (sfäärien laadullisen erottamisen mielessä), vaikka muissa suhteissa vaihtelua esiintyykin.

Pohjolassa esiintyy edelleen selvää halua ylläpitää monin eri tavoin erottelua politiikan ja oikeuden välillä, vaikka erityisesti EU-oikeuden vaikutus on tekevässä tästä yhä vaikeampaa. EU:n piirissä käynnissä oleva konstitutionalisointimisk kehitys tekee kuitenkin näiden perusrajanvetojen välisistä eroista yhä häilyvämpiä, vaikka Pohjolan tuomioistuinkulttuurissa ei esiintyisikään halua astua lainsäätäjän varpaille. Fundamentaalisten peruserottelujen tai toisin sanoin apriorisen kielioffin hämärtäminen ei tietenkään sinänsä oikeuta kovinkaan kummoiseen ihmetykseen; nehan ovat aina olleet jollain tapaa epäselviä empiirisen todellisuuden tasolla, vaikka niistä on myös aika ajoin voitu ammentaa normatiivista voimaa. Suurin yksittäinen kriittinen näkökohta liittyy käsitykseni mukaan siihen, että lainkäytön ja lainsäätämisen *yhteiskunnalliset funktiot* sekoittuvat tavalla, joka ei välttämättä edistä demokraattisen oikeusvaltion ajatusta. Habermasin demokraattisen oikeusvaltion kielelle puettuna riski koskee normien justifiointi- ja soveltamiskeskustelujen välistä argumentaatioon liittyvää eroa, joka on demokraattisen oikeusvaltion kannalta tärkeä.

”Jedenfalls is die vom Einzelfall ausgehende Verfassungsrechtsprechung auf die Anwendung als gültig vorausgesetzter (Verfassungs-)Normen beschränkt; deshalb bietet die Unterscheidung zwischen Normanwendungen- und Normenbegründungsdiskursen immerhin ein argumentationlogisches Abgrenzungskriterium von Aufgaben, die Justiz und Gesetzgebung jeweils legitimerweise leisten können.”³³⁰

Jos vallanjakoista erottelua norminluomisen ja -soveltamisen välillä halutaan yrittää pitää yllä, niin suhtautuminen tuomioistuinten lakien perustuslainmukai-

³²⁸ Ks. *Dubinskyn* (1994: 295–346) vertailua USA:n korkeimman oikeuden ja EY-tuomioistuimen välillä.

³²⁹ Tähän liittyy myös se ilmeinen – teoreettiselle lainopille tukala – ongelma, että valtion oma valtiosääntöoikeus on vaikeasti sovitettavissa yhteen oikeusdogmaattiseen kokonaisuuteen. Jyränki (2003: 25) katsookin, että lainoppineelle jää käsiin kaksi *systemaattisesti* erilaista ja erillistä kokonaisuutta.

³³⁰ Habermas 1992: 318. BVerfG on ilmaissut saman asian vuoden 1973 nk. Soraya ratkaisussaan (IV. kohta 1.) ”Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen.” BVerfGE 269 (1973).

suuskontrolliin ei voi olla varauksettoman myönteinen. Asiaan liittyy suuren luokan periaatteellisia ongelmia, jotka tosin Pohjolassa on onnistuttu ratkaistaan yllättävän hienostuneella ratkaisulla; jälkikäteinen normien tuomioistuin-kontrolli on mahdollinen, mutta se on periaatteellisesti konstruoitu tavalla, joka kunnioittaa demokraattisesti valitun lainsäätäjän tahtoa varsin pitkälle. Vallanjako koskevat käsitykset voivat kuitenkin tässä kohden erkaantua: parlamentaarista demokratiaa korostava pitää Pohjolan varovaisuutta myönteisenä, perustuslain ja erityisesti perusoikeuksien suoraa sovellettavuutta korostava voi nähdä tilanteessa turhaa varovaisuutta. Mitä siis tehdä, jos vallanjako ja perusoikeuksien korostaminen vievätkin eri suuntiin? Mitä jos ne edellyttävät erilaista asennoitumista politiikka/oikeus-erotteluun?

3 Murtumia ja paikkausyrityksiä – valtiosääntödoktriini ja perusoikeudet

3.1 PERUSOIKEUSDOKTRIININ MURROS

3.1.1 Johdanto

Tämäkin jakso painottuu julkisoikeuden lohkoista valtiosääntöoikeuteen. Yhtäältä tätä voidaan moittia kirjan teemaa mielessä pitäen. Toisaalta voidaan ajatella, kuten kirjoittaja, että hallinto-oikeus on mahdollista nähdä tietyllä tapaa erityisen läheiseksi (ei kuitenkaan pelkästään alisteisuuden mielessä) valtiosääntönormistolle – jos hallinto-oikeutta on lupa pitää konkretisoituna valtiosääntöoikeutena, niin silloin jommankumman oikeudenalan yleisistä opeista tai tutkimuksesta keskusteleminen liittyy myös siihen julkisoikeuden lohkoon, josta ei erikseen ja eksplisiittisesti sanota mitään. Perusoikeusdoktriinin murrosta käsittelevässä luvussa taustaideana on ollut tarkasteltavan teeman jäsenitys siten, että vallanjako-opille ja institutionaalisille näkökohdille on annettu erityistä painoarvoa, kun taas seuraavassa luvussa (3.2) näitä elementtejä jo selvästi arvioidaan kriittisemmin. Aloitan käsittelyn tässä valtiosääntöoikeuden tutkimustraditiosta käsin.

Suomessa valtiosääntöoikeuden tutkimus oli pitkään varsin instituutiopainotteista. Tutkimuskohteena olivat vallanjakoa sen institutionaalisessa ulottuvuudessa, eduskuntaa tai presidenttiä koskevat kysymyksenasettelut.³³¹ Erityisesti 1990-luvulla tämän perinteisen lohkon edelle nousi ihmis- ja perusoikeuksia koskeva tematiikka. Tässä viittaan perusoikeudella kansallisten perusoikeuksien lisäksi myös kv-sopimuksin turvattuihin ihmisoikeuksiin, vaikka katsonkin *Ilkka Saraviidan* tavoin, että kansalaisten ja muutoin yksityisten kannalta kansallinen sääntely on sittenkin tärkeämpää kuin täydentävään rooliin jäävät kv-oikeudet.³³² Kansallisen sääntelyn tärkeyttä korostaa se, että meillä kansainvälinen sääntely pyritään sisällyttämään omaan järjestelmäämme, kuten perusoikeusuudistus esimerkiksi hyvin osoittaa. Valtiosääntöoikeuden tutkimukseen tämä näyttää heijastuvan myös lisääntyneenä kiinnostuksena EU-oikeuden ihmisoikeusulottuvuuteen, joka on saanut lisävauhtia Nizzan vuoden 2000 perusoikeusjulistuksen

³³¹ Vrt. Jyränki 1996: 44–45.

³³² Saraviita 1998a: 27.

jälkeen.³³³ EU:n perustuslaillinen sopimus tuonee tähän prosessiin vielä edelleen lisää vauhtia, vaikka sen laadinta- ja hyväksymisprosessi onkin osoittautunut ennakoitua hankalammaksi.

Karkeasti yleistäen voidaan sanoa, että suomalaisen valtiosääntöoikeuden tutkimus näyttää tätä nykyä jakaantuvan kahteen päälohkoon, jotka ovat vanhempi instituutiotutkimus ja uudempi perusoikeustutkimus. Oikeusjärjestystä muuttavista haasteista huolimatta voidaan lähtökohtana pitää sitä, että valtiosääntöoikeus kuitenkin muodostaa sellaisen yhtenäisen ja omaleimaisen sekä riittävän pitkälle eriytyneen oikeudenalan, ettei sen oikeustieteellisestä tutkimuksesta ensisijaisesti vastaavan tutkimusalan ole mielekäästä pirstoutua – oikeussystematiikan näkökulmasta – pienempiin osa-alueisiin, joilla olisi eriytyneet oikeuslähdeopit, erilliset yleiset oikeusperiaatteet tai toisistaan poikkeavat tulkintaa ohjaavat doktriinit.³³⁴ Tämä ei tietysti sulje pois sitä, että *metodisesti* ja *oppialallisesti* valtiosääntöä lähestytään myös muutoin kuin lainopin välinein ja näkökulmin. Päinvastoin, tutkimuksessa monipuolisuus on etu, mikäli käsiteltävää teemaa halutaan ymmärtää oikein toden teolla.

3.1.2 Mistä puhumme kun puhumme valtiosääntöoikeudesta?

Valtiosääntöoikeustiede on oikeustieteiden perheen se osa-alue, joka kantaa pääasiallisen vastuun valtiosääntöoikeuden alueen oikeudellisesta tutkimuksesta.³³⁵ Tällaisenaan sen piiriin kuuluvat yhtäläisellä perheenjäsenstatuksella oikeusdogmaattiset, oikeushistorialliset, oikeusteoreettiset sekä oikeusvertailevat työt, kunhan kyse on ensisijaisesti valtiosääntöoikeuden alaan kuuluvan normiston oikeudellisesta tutkimuksesta. Lähestymistapojen vaihtelevuuden rajoittamisen sijaan valtiosääntöoikeustieteen tarkastelukohte rajautuu ongelmaperusteisesti ja kunkin yksittäisen tutkimuksen perusorientaation mukaisesti. Jos perusorientaatio ei lähde liikkeelle valtiosääntöoikeudellisesta normistosta (tai normatiivisuusluonteisesta käytännöstä) nousevasta tematiikasta voidaan sanoa, että tutkimus ei ole ensisijaisesti valtiosääntöoikeudellinen. Kyse ei ole arvottavasta erottelusta, vaan käytännöllisestä jaottelusta oikeustieteiden ja muiden valtiosäännöstä kiinnostuneiden tieteiden (esim. poliittinen filosofia ja valtio-oppi eli politologia) kesken. Tutkimuskohtaisesti erot voivat joskus jäädä hyvinkin hienovivahteisik-

³³³ Ks. esim. Nieminen (toim.) 2001.

³³⁴ Pidän siis lähtökohtana oikeusjärjestyksen lopullista sektoroitumista ja pirstaloitumista ja katson, että yhdentävät ja koherenssia luovat tekijät rajoittuvat parhaimmillaankin oikeudenalojen sisälle. Tässä suhteessa painotukseni eroaa Lämsinevasta (1998: 110).

³³⁵ Oikeustieteiden perheen käsitteestä ja sen sisällöstä ks. Aarnio 1989: 47–52.

si.³³⁶ Erityisesti EU-oikeuden valtiosääntöisesti orientoitunut tutkimus on sellaista, ettei se oikein tunnu asettuvan perinteisten tieteenalajaottelujen vaatimiin rajanvetoihin ja niiden mukaisiin puitteisiin.³³⁷ Samoin on asianlaita vallanjoon suhteen; se on kysymyksenä sen laatuinen, ettei sitä voida mitenkään monopolioida valtiosääntöoikeustieteen alueeksi. Olisi omituista jos valtio-oppineet eivät olisi lainkaan kiinnostuneita siitä.

Mainittu perusero tulee näkyviin yhtäältä erossa muihin oikeustieteen osa-alueisiin siinä, että muidenkin oikeudenalojen edustajat voivat tutkia esimerkiksi perusoikeuksien merkitystä heidän omalla oikeudenalallaan ilman, että heitä voitaisiin pitää varsinaisina valtiosääntöoikeuden tutkijoina.³³⁸ Ero muihin kuin oikeustieteiden eri lohkoihin tulee näkyviin siinä, että vaikka politologit ovatkin lähitieteilijöinä kiinnostuneita valtiosäännöstä, ei heidän tutkimusintressinsä perustavaa laatua oleva lähtökohta ole yleensä oikeudellinen siten kuin se valtiosääntöoikeustieteen piirissä ymmärretään.³³⁹ Valtiosääntöoikeustiede on näin ollen siis valtiosääntöön kohdistuvaa ja perusorientaatioltaan oikeudellista tutkimusta riippumatta varsinaisesti siitä, millaisin lähestymistavoin ja metodein sitä harjoitetaan.³⁴⁰ Tässä kohden jäsenmän asiaa nimenomaan substanssin kannalta. Toinen tapa olisi tietysti lähestyä asiaa metodisesti³⁴¹, mutta tuo ulottuvuus on haluttu tässä sulkea käsittelyn ulkopuolelle, koska painopiste on haluttu pitää substanssissa.

3.1.2.1 Oppialamääritelmässä ilmenevä kaksijakoisuus

Erään yleistä valtiosääntöoikeutta koskevan oppikirjamääritelmän mukaan valtiosääntöön luetaan kuuluvaksi valtiomuotoa koskeva perussäännös, tärkeimmät valtion aluetta koskevat säännökset, kansalaisuutta koskevat säännökset, yksi-

³³⁶ Ks. esim. Janssonin (1993: 9–72) analyysia suomalaista parlamentarismia koskevasta sääntelystä. Samoin Hautamäen (2002) ja Suksen (1993) tutkimuksia on vaikea kuvata vain oikeusvertaileviksi tai vain valtiosääntöoikeudellisiksi.

³³⁷ Ks. tark. Husa 2002a.

³³⁸ Erinomainen esimerkki tästä on Pöyhönen 2000.

³³⁹ Tiukkaa erottelua pidettiin yllä erityisesti behavioralismin aikoina, jolloin esim. Jansson (1985: 13) halusi tyystin erottaa politologian ja valtiosäännön oikeustieteellisen tutkimuksen (vrt. Jansson 1950). Uudemmassa politologian oppikirjassa (Berndtson 1994: 240) taas hieman moititaan sitä, että politologit unohtivat valtion oikeusjärjestyksen merkityksen. Erottelu on paikoin hyvin häilyvä; ks. esim. Holmström 1998 ja Stone Sweet 2000.

³⁴⁰ Näin esim. empiirisiin metodein operoiva perusoikeustutkimus (esim. Kultalahti & Pohjolainen 1975) on luettavissa yhtä hyvin valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen piiriin kuin selvemmin lainopillisesti orientoituneet perusoikeustutkimukset (esim. Hidén 1972). Vertailevat työt (Suksi 1993 ja Hautamäki 2002) on sen sijaan vaikea sijoittaa opillisiin yhteyksiinsä empiirinen ei-empiirinen ulottuvuudella.

³⁴¹ Ks. tästä esim. Jyränki 2003: 20–24. Laajemman metodikeskustelun valossa ks. Husa 1995.

tyisten oikeusaseman perusteita koskevat säännökset sekä ylimpiä valtioelimiä ja niiden organisaatiota ja keskinäisiä toimivaltasuhteita sekä tehtäviä ja toimintaa koskevat säännökset.³⁴² Toisen yleisen valtiosääntöoikeuden näkökulmasta tehdyn määritelmän mukaan valtiosäännössä on kyse ylimmän valtiovallan käyttöä ja toisaalta kansalaisen ja valtion välistä suhdetta sääntelevästä normikokonaisuudesta.³⁴³

Suomen valtiosäännöstä liikkeelle lähtevissä perusmääritelmissä ei juurikaan poiketa yllä esitetystä yleisistä määritelmistä. Otan esille kolme tietystä mielessä auktoritatiivista määritelmää, jotka edustavat eräänlaista *communis opinio*ta. Muun muassa *Encyclopaedia Iuridica Fennica*n sekä *Hidénin* ja *Saraviidan* laajassa käytössä olleen oppikirjan määritelmän mukaan valtiosääntöoikeus on se oikeudenala, johon luetaan meillä kuuluvaksi ne normit, jotka säätelevät ylimpien valtioelinten toimivaltasuhteita, valintaa ja päätöksentekomenettelyä sekä kansalaisten oikeudellista asemaa suhteessa valtioon.³⁴⁴ Määritelmän perusainesosat koostuvat toisaalta valtiokoneistoon itseensä liittyvästä normistosta ja tuon koneiston välisestä suhteesta kansalaisiin. Sääntelyn kohteet ovat siis yhtäältä valtio ja toisaalta valtion ja yksityisten suhde. *Jyränki* määrittelee PeL:n yleisesityksessään perustuslaillisen sääntelyn siten, että se sisältää säännökset valtioorgaaneista, niiden asettamisesta, tehtävistä, keskinäissuhteista ja valtiokoneiston yleisestä rakenteesta ja toiminnasta. Tämän ohella, kirjoittaa Jyränki, perustuslaillisen sääntelyn ydinaluetta on myös perusoikeussäännöstö.³⁴⁵

Oppialaa koskevien perusmääritelmien valossa valtiosääntöoikeustieteen ensisijaiseksi tutkimuskohteeksi näytetään siis jäsennettävän toisaalta julkisen vallan ytimeen kuuluvia orgaaneja koskevat säännökset sekä toisaalta julkisen valankäyttökoneiston ja yksilön välinen suhde.³⁴⁶ Edelliseen kuuluvat ensisijaisesti sellaiset normit, jotka koskevat eduskuntaa, hallitusta tai tuomioistuinlaitosta yleensä, kun taas jälkimmäiseen kuuluvat erityisesti perusoikeusnormit. Se tapa, miten ala on tutkijoiden toimesta määritelty, nojaa tiedollisesti valtiosääntöoi-

³⁴² Pohjolainen 1988: 5.

³⁴³ Husa 1997b: 25.

³⁴⁴ Eriksson 1997: 1085. Hidén & Saraviita 1994: 1. Määritelmä on pitkälti sama kuin *Merikosken* (1976a: 20) julkisoikeuden oppikirjan valtiosäännön määritelmä, joka mainitsee lisäksi valtiomuodon ja valtion alueen valtiosäännön pääsääntelykohteina. Sama sisältö toistetaan – pienin variaatioin – *Husan* ja *Pohjola*isen (2002: 41) julkisoikeuden perusteoksessa.

³⁴⁵ Jyränki 2000: 38–40.

³⁴⁶ *Suksi* (2002:21) liittää tähän vielä legitimeettifunktion. Hänen mukaansa valtiosäännön/perustuslain tehtävänä on: ”definiera den offentliga makten, berättiga den offentliga maktens uppkomst, ge formerna för dess skapande och upprätta ramarna för dess utövning i enskilda fall så att den offentliga makten upplevs som på det hela taget legitim och berättigad.” Määritelmä on sinänsä hyvä, muttei ota kantaa siihen, miten normitason ilmiöt muodostuvat empiirisen tason kokemukseksi (”upplevs”).

keudellisen sääntelyn aineelliseen alaan kansallisissa järjestelmissä. Toisaalta erilaiset doktriinit ja teoreettiset oppirakennelmat omaavat takaisinkytkentävaihtokutsia aineellisen valtiosääntöoikeuden sisältöön. Perusoikeuksia koskevat yleiset opit voivat vaikuttaa niitä koskeviin tulkintoihin aivan kuten vaikkapa parlamentarismia koskevat doktriinit voivat ohjata ylimpien valtioelinten keskinäissuhteita koskevien pulmakohtien oikeudellista arviointia. Erityisesti vallanjako näyttää olevan sellainen tätä oikeudenalaa jäsentävä yleinen oppi, että se vaikuttaa heijastuvan perusoikeuksiakin kattavammin julkisoikeuden *koko* alueelle. Kattavammin sikäli, että perusoikeudet ovat aineellisesti rajattuja – ne koskevat usein ensisijaisesti jotain rajattua elämänaluetta (esim. poliittisia oikeuksia, kielioikeuksia, ympäristöä tai oikeutta eksistenssiminimiin) tai rajattua soveltamistilanteiden joukkoa.

Perustuslakien keskeisisällöksi näyttää nk. eurooppalaisissa demokratioissa vakiintuneen valtion itsenäisyyttä sekä valtion rakenteita ja yksilön oikeusase-
man perusteita koskevat normit.³⁴⁷ Poikkeuksetta kaikki modernit kirjoitetut perustuslait sisältävätkin jonkinlaisen perusoikeusluettelon.³⁴⁸ Mikäli perspektiiviä kuitenkin laajennetaan hieman, voidaan huomata, että valtiosäännöt eivät todellisuudessa ole sittenkään ihan niin kaksijakoisia kuin oppialan perusmääritelmistä käsin voisi päätellä. Perusmääritelmien ohjaamana voisi helposti päätyä kuvittelemaan, että valtiosäännöt ja perustuslait niin meillä kuin muuallakin olisivat todella näin kaksijakoisia; normiston ydin koostuisi vain valtiota itseään ja valtion suhdetta yksityisiin tahoihin koostuvista osista. Tällainen kanta ei kuitenkaan kuvastaisi kovin hyvin valtiosääntöoikeudellisen sääntelyn todellisuutta.³⁴⁹ Valtiosääntöempirian tarkastelu osoittaa usein, että valtiosääntöisesti relevanttien asioiden kirjoa ei voi puristaa vain kahteen päälohkoon.³⁵⁰ Yleiset opit jäisivät näin aika outoon rooliin; ne kun eivät ole vain jompaankumpaan lohkoon rajautuvia.

Todellisuudessa useimmissa perustuslakiteksteissä voidaan säännönmukaisesti erottaa vähintään valtiollista organisaatiota koskevia osia, perusoikeusluettelo, valtiosäännönmukaisuuden valvontaa koskevia osia, sekä valtiosäännön

³⁴⁷ KOM 1997:13 s. 23.

³⁴⁸ Isossa-Britanniassa on erillinen perusoikeusasiakirja *Human Rights Act* 1998 (2000), vaikkei sillä muutoin ole kirjoitettua yhtenäistä perustuslakia. Huomattakoon myös, ettei Itävallan perustuslaki (*Bundesverfassung* 1920) sisällä erillistä perusoikeusluetteloa, vaikka sen 7 artiklassa onkin yhdenvertaisuussäännös. Tästä johtuen maassa on erillisiä perusoikeuslakeja, joilla on muodollisesti perustuslain asema, kuten esimerkiksi ENIOS:lla on ollut vuodesta 1959 lähtien (BGBl. 210/1958).

³⁴⁹ Vallan haarojen erottelu onkin usein vaikeaa. Suomessa on esim. hankala erottaa hallitusvaltaa lainsäädäntövallasta, koska nämä funktionaalisesti erilaiset vallan alueet *kytkettyvät toisiinsa* parlamentarismikonstruktion välityksellä. Vrt. Suksi 2002: 450.

³⁵⁰ Ehkä koko ilmaisu ”lohko” on tässä hiukan harhaanjohtava. Voitaisiin käyttää myös ilmaisua ”valtiosäännön tukipilari”, kuten Tuori (1990: 156) eräässä yhteydessä tekee.

muuttamista, täydentämistä tai kumoamista koskevia osia.³⁵¹ *Mitään näistä osista ei voida muutta mutkitta arvottaa siten, että valtiosääntöoikeustieteen kannalta jokin näistä olisi toista tärkeämmässä asemassa.*³⁵² Tähän demokraattisen oikeusvaltion ydinainesosia koskevaan tasapainoajatukseen palataan tarkemmin seuraavassa luvussa (3.2). On selvää, että yksittäisen kansalaisen oikeusturvakysymysten kohdalla perusoikeuksien merkitys korostuu ja esimerkiksi kysymys presidentin ja eduskunnan välisen suhteen balanssista on tällöin hyvin harvoin mielenkiintoinen. Äärimmilleen yksinkertaistaen voidaan kai sanoa, että omaisuudensuojastaan tai välittömästä toimeentulostaan huolestunut kansalainen on harvoin kiinnostunut kuulemaan parlamentarismidoktriineista tai presidentin kanssa kättä vääntävä valtioneuvoston enemmistö vastaavasti kuulemaan perusoikeuksien rajoittamista koskevista yleisistä opeista. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että valtiosääntöoikeustieteen näkökulmasta tiettyjen valtiosääntöoikeudellisten säännösten priorisointi olisi ongelmattomasti perusteltavissa – perusoikeudet ja muut perustuslainsäännökset omaavat ensinnäkin saman *sääntelyhierarkkisen statuksen*.

On myös huomattava, että perusoikeuksien tulkintaan liittyvillä näkökohdilla sekä oikeudenalan yleisillä opeilla on oleellinen rooli siinä valtiosääntöoikeudellisessa kokonaisuudessa, jonka osia perusoikeudetkin ovat. Kyseessä on yhtä kaikki valtiosääntöoikeudellinen normisto. Tässä mielessä – ja vaikka haluttaisiin sinänsä perustellusti korostaa ihmisten oikeuksia – kaikki liittyy kaikkeen, eikä perusoikeussuuntautunut tutkija voi jättää huomiotta valtiosääntöoikeuden yleistä kontekstia. Tämä yleinen konteksti puolestaan kiinnittää valtiosääntöoikeuden tutkijan politiikkaan ja tätäkin syvemmälle eli oikeuden arvoperustaan.³⁵³ Jos halutaan kovin tiukasti pitää kiinni vallanjakoisesta rajanvedosta politiikan ja oikeuden välillä, niin juuri valtiosääntöoikeudessa on ensimmäisenä luvassa melkoisia ongelmia, mikäli ero haluttaisiin tehdä kovin puhdasoppisesti. Perusoikeudet tosin näyttävät omaavan eräitä sellaisia ominaisuuksia, että niiden kerrannaisvaikutukset ovat, osin, vallanjako-opin kannalta pulmallisia. Jos tuomioistuimet operoivatkin normien sijaan arvojen kanssa, niin mikä merkitys on annettava niiden vajaalle kansanvaltaiselle legitimaatiolle. 2000-luvun alkuvuosina on puhuttu paljon oikeusjärjestyksen systematisoimisesta (tästä tark. loppuluvussa). Vahva panos tässä keskustelussa on ollut erityisesti valtiosääntöoikeustieteellä, mutta mitä pitäisi ajatella systematiikasta ylipäänsä tässä yhteydessä. Riittääkö koherenssi oikeudenalan sisällä, vai pitääkö ehkä valtiosääntöoikeus-

³⁵¹ Ks. Husa 1997b: 79–111.

³⁵² En puutu tässä Schmittin (1983: 1–121) valtiosääntöteoriaan, jossa hän erottaa varsinaisen valtiosäännön ja kirjoitetun oikeudellisen valtiosäännön. Tästä tark. ks. luku 2.1.

³⁵³ Vrt. Sipponen 1965: 365–366. Myös kääntäen; yleisistä kysymyksistä tai organikysymyksistä kiinnostunut ei voi jättää perusoikeusulottuvuutta ilman riittävää huomiota!

tieteen systematisoiva funktio ja jopa tietynlainen missio nähdä tätä selvästi laajempänä?

3.1.2.2 Koherenttisuus?

Valtiosääntöoikeuden yleiseen kontekstiin ja sen tuntemukseen liittyy epäilemättä muutakin kuin pelkkää normiston ja valtiokäytännön tuntemusta. Yhtenä vaikuttavana seikkana mainittakoon kansainvälisiin sopimuksiin nojautuvien ihmisoikeuksien asema ja vaikutus kansallisiin perusoikeuksiin ja niiden tulkintaan. Jos kuitenkin tarkastellaan erityisesti valtiosääntöoikeustieteen kykyä tarkastella kohdettaan systematisoivan ja koherenssia luovan toiminnan näkökulmasta, nousee yksittäisiä säännöksiä tärkeämpään asemaan oikeudenalan muodostama kokonaisuus.³⁵⁴ Erittäin keskeisenä kysymyksenä tähän liittyy erityisesti vaatimus oikeudenalan yleisten oppien tuntemuksesta sekä jonkinasteisesta hallinnasta.

Yleiset opit viittaavat oikeustieteen kehittämään järjestelmään, jossa yksittäiset säännökset sekä oikeudellinen käytäntö (lähinnä mahdollinen orgaanipraksis sekä perustuslakivaliokunnan kannat) ja muu materiaali jäsennetään tiettyihin paikkoihin. Ne ovat oikeuden fundamentaalista kielioppia, oikeudellisen aineiston näkemistapaa ohjaavia tekijöitä. Systematisoimistyön taustalla on, yleisesti ottaen, pyrkimys muodostaa ja hyväksikäyttää yleisten oppien rakennelmaa (esim. valtiovallan kolmijako-oppi), jonka avulla koko oikeudenala voidaan pitää episteemisesti koossa mielekkäiden temaattisten kytkentöjen avulla. Erilaisia toisiinsa ensi näkemältä liittymättömiä normeja voi yhdistää jokin yleisiin oppeihin liittyvä tekijä, jonka avulla valtiosääntöoikeuden normistoa voidaan ajatukSELLISESTI hallita.³⁵⁵ Hyvä esimerkki tällaisesta on keskeisenä pidetty oikeusvaltiokäsitys, jonka avulla monia eri valtiosääntöoikeuden osia ja perustuslain säännöksiä voidaan systematisoida ja jäsentää toisiinsa nähden mielekkääseen ja ainakin tiettyä *partiaalista* koherentismia edistävään suhteeseen.

Kun on kyse valtiosääntöoikeuden peruskäsitteistä, juridista teorioista ja oikeudellisista periaatteista, on näillä kaikilla jokin keskinäinen yhtymäkohta, joka pitää tätä oikeusaluetta koossa. Tässä mielessä institutionaaliset kysymykset ja perusoikeuskysymykset muodostavat aineellisen ja temaattisen kokonaisuuden. Erityisesti koossapitävien tekijöiden tarve on tulevaisuudessa luultavasti yhä merkityksellisempää valtiosääntöoikeuden haasteita silmällä pitäen. Kun suurin

³⁵⁴ On syytä huomauttaa, että tekstissä käytetty tapa hahmottaa valtiosääntöoikeutta perustuu osin ajatteluun, jonka mukaan EU-oikeus on risteäviltä osiltaan *de facto* osa kotimaista valtiosääntöoikeutta. Empiirisiin ja funktionaalisiin perustein järjestelmiä ei enää oikein käy erottaminen, normatiivisuutta ja muodollisia argumentteja painottaen se on ehkä vielä mahdollista.

³⁵⁵ Vrt. Jyränki 1994: 15. Tämä ei tietenkään muodosta estettä perusoikeusajattelun kehittämislle sillä tavoin kuin esim. Lämsineva (1998: 110) on sitä hahmotellut.

osa valtiosääntöoikeustieteen haasteista aiheutuu globalisoitumisesta yleensä sekä Euroopan integraatiosta erityisesti niin on helppo havaita, että valtiosääntötutkimuksen keskittyminen liiaksi vain yhteen – sinänsä tärkeään – lohkoon voi nousta esteeksi alaa koskevien paineiden edellyttäessä yleisten oppien tutkimusta ja kehittelyä.³⁵⁶ Mikäli joudumme toden teolla tekemisiin yhä enemmän normifragmenttien kanssa, niin lienee selvää, että yleisten oppien merkitystä ei voida aliarvioida valtiosääntöoikeustieteen kannalta. Valtiosääntönormien tulokinnassa on – normien fragmentaarisuudesta huolimatta – pyrittävä pysyttämään valtiosääntöoikeuden kokonaisuuden puitteissa.³⁵⁷ Todellinen kysymys lieinee kuitenkin siinä, missä määrin systematisointiyritys on järkevää ulottaa valtiosääntöoikeuden ulkopuolelle, eli missä määrin voidaan ajatella, että perustuslaillinen normisto voi edesauttaa *koko* oikeusjärjestyksen yhtenäisyyden ylläpitämistä. Onhan nimittäin aivan eri mittaluokan kysymys nähdä mahdollisuus tietyn oikeudenalan sisäiseen koherenssiin, kuin nähdä samanlainen mahdollisuus *koko* oikeusjärjestelmää koskien. Palaan tähän kysymykseen kirjan loppuvuorossa.

Yleinen ja ideaaliluonteinen koherenttisuusvaade ei sinänsä muodosta estettä sille, että oikeusjärjestys nähdään moniaineksisena, osin kontingenttina ja sisäisestikin jännitteisenä normien muodostamana järjestelmänä. Kyse ei ole koko oikeusjärjestystä koskevasta kannanotosta, vaan yhden pitkälle erikoistuneen oikeudenalan sisäisistä yleisistä opeista – miten kysymykset valtiiovallan eri lohkojen keskinäissuhteista voitaisiin irrottaa perusoikeusproblematiikasta, jos tarkastelun kohteena on esimerkiksi perusoikeuksien keskinäinen jännitteisyys ja tulokinnassa käytetään yhtenä menetelmänä nk. lainsäätäjän tahdon selvittämistä? Miten lainsäätäjän tahdon selvittäminen eroaisi perusoikeuksien ja muiden valtiosääntökysymysten kohdalla oikeuslähdeopillisesti tai tulkintateoreettisesti? Millä tavoin oikeuslähdeopillisesti poikkeavasti pitäisi arvottaa perustuslakivaliokunnan lausunnoissaan ilmentämät kannat perusoikeuskysymyksissä ja muissa kysymyksissä? Voidaanko toista aluetta pitää toista oikeudellisempänä ja toista taas vastaavasti poliittisempänä ilman, että näkemys oikeudenalan edes jonkinlaisesta yhtenäisyydestä hämärtyy liiaksi? Voiko murentuvaa ja fragmentoituvaa jälkimodernia oikeutta systematisoida niin, että säilytetään sekä vallanjako että perusoikeudet? Mikä on niiden alueiden välinen suhde keskinäisen painoarvon mielessä?

³⁵⁶ Ks. Sipponen 1965: 370 ja Nieminen 1998: 1099–1110.

³⁵⁷ Vrt. Sipponen 1965: 364–371. Oikeuden fragmentoitumisella voidaan tietysti tarkoittaa monia asioita. Tässä kohden oleellista on puhua fragmentoitumisen vaikutuksesta oikeuteen ajattelujärjestelmänä, jolloin ”Ju mer fragmenterad rätten är, desto svårare är det att presentera den som ett system som är baserat på konsekventa skäl”. Wilhelmsson 2001: 194.

Perusoikeuksien ja niiden tutkimuksen merkitys on toki helpompi perustella muulle oikeustieteen yhteisölle sekä yksilöille, koska niiden kytkentä oikeusturvakysymyksiin on niin ilmeinen ja välitön. Niille on osoitettavissa käyttöarvoa varsin yleistajuisesti ja lisäksi keskeinen rooli osana demokraattista oikeusvaltiota. Vaikka institutionaalinen tutkimus, muihin kuin perusoikeuksiin keskittyvä tutkimus tai koko valtiosääntöoikeuden yleisiä oppeja hahmottavat työt omaavatkin etäisemmän suhteen oikeusturvakysymyksiin, niin niillä on yleisempi kytkentä demokratiaan sekä ihmisten hyvinvointiin. Empiirisen tutkimuksen avulla on nimittäin osoitettavissa, että ihmis- ja perusoikeuksien toteutuminen on erityisen ongelmallista maissa, joissa valtiojärjestelmät eivät toimi demokratian ja oikeusvaltioperiaatteiden mukaisesti.³⁵⁸ Lisäksi ne kytkeytyvät myös käsitykseen demokraattisesta oikeusvaltiosta.

Edellä sanottu näyttäisi osaltaan osoittavan siihen suuntaan, johon *Antero Jyränki* on eräässä yhteydessä viitannut puhumalla erityisestä perustuslakikäsityksestä, johon sisältyy perustuslain alkuperää, sisältöä, säätämisen- ja muuttamisjärjestystä, tavoitteita, tehtäviä ja vaikutusta koskevien aatteiden, käsitysten ja teorioiden muodostama systemaattinen kokonaisuus.³⁵⁹ Tuollaisessa kokonaisuudessa sellaiset alan peruskäsitteet, kuten vallanjako, lainsäädäntövalta, sosiaalinen oikeus, perustuslainsäätämisen järjestys tai perusoikeusmyönteinen tulkinta saavat niiden tulkintaan ja tätä kautta myös välillisesti niiden täsmällisempään sisältöön vaikuttavat välttämättömät oikeussystemaattiset ominaispiirteensä. Tämä oikeastaan pakottaa valtiosääntöoikeudessa yksittäisiin säännöksiin tai yksittäisiin kysymyksiin kiinnittyneen tutkijan nousemaan yksityiskohtaisten kysymysten yläpuolelle ja irrottautumaan tässä mielessä tutkimuskohteena olevasta normistosta tai käytännöstä oikeudenalan ristiriidattomuutta ja johdonmukaisuutta kehittävien tavoitteiden edistämiseksi. Millaisia reunaehdoja demokraattisen oikeusvaltion teoria asettaa erityisesti valtiosääntöoikeudelle ja yleisesti koko julkista valtaa sääntelevälle oikeudenalalle? Siinä missä ensin mainittu voi ehkä ripustautua oikeudellisuuden korostamiseen, joutuu jälkimmäinen pohtimaan paljon perustavampaa laatua olevalla tavalla suhdettaan politiikan ja oikeuden välisiin rajanvetoihin; se joutuu paikantamaan itsensä suhteessa vallanjakopin mukaisiin erotteluihin.

³⁵⁸ Ks. esim. Lane & Ersson 1994: 82–101. Jyränki (1998b: 1097) ilmaisee asian seuraavasti: ”demokratia on vähintään yhtä paljon valtiollisten laitosten kuin perusoikeuksien varassa. Valtiosääntöä ei tulisi katsoa vain perusoikeuslinssin läpi, eikä kaikkia valtiosääntöongelmia palauttaa perusoikeusongelmiksi.”

³⁵⁹ Jyränki 1989: 20. Suomalaisen perusoikeusajattelun aatehistoriallisista taustoista ks. esim. Viljanen 1986: 9–38 ja 79–120.

3.1.2.3 Institutionaalinen painolasti?

Valtiosääntöoikeuden alan hahmotuksen kaksijakoisuus (valtio- ja valtio-yksilö-suhde) ei ole ollut Suomessa painotuksiltaan läheskään aina samanlainen tai yhtä selkeäpiirteinen. Aiemmissa määritelmissä perusoikeudet eivät ole esiintyneet samassa asemassa ja aiempia käsityksiä voinee kuvata institutionaalisesti painotuneiksi. Esimerkiksi 1900-luvun alussa, kun *Rafael Erich* hahmotteli erilaisten valtiosääntökäsitteiden välisiä eroja lähinnä akselilla muodollinen vs. aineellinen, hän korosti valtiosäännön alan muodostuvan niistä säännöksistä, jotka sääntelevät valtion pääorganien asemaa ja tehtäviä. Erich kylläkin sivusi ulkomaisen oikeuskirjallisuuden pohjalta sellaisiakin käsitteenmäärityksiä, joissa ala hahmotetaan julkisen vallan ja yksilöiden välisen suhteen sääntelynä, mutta hän itse valitsi selektiivisesti vain toisen osan omaan käsittemäärittelyynsä.³⁶⁰ Erichin vuoden 1909 määritelmän kaltaisia piirteitä ilmenee *Robert Hermansonin* alun perin kirjoittaman ja *Kaarlo Kairan* myöhemmin varovaisesti uudistaman valtiosääntöoikeuden perusoppikirjan institutionaalisesti painottuneessa määritelmässä. Tämän määritelmän mukaan valtiosäännön yleensä muodostavat ne valtiossa voimassa olevat normit, jotka koskevat ylintä valtaa tai ylimpiä valtaoikeuksia. Oppikirjan erityisesti Suomen valtiosääntöä koskevan määritelmän mukaan valtiosäännön muodostavat ne oikeusnormit, jotka koskevat eduskuntaa, tasavallan presidenttiä, valtioneuvostoa sekä korkeinta oikeutta ja korkeinta hallinto-oikeutta.³⁶¹

Yllä mainitut tutkijat kylläkin rekisteröivät todistettavasti perusoikeuksien olemassaolon tutkijoina, mutta he eivät sisällyttäneet niitä ihan samaan asemaan kuin valtiota, sen organisaatiota ja toimintaa yleisesti koskevia säännöksiä aikana ennen HM:n säätämistä.³⁶² Perusoikeuksien olemassaolo tiedettiin ja niitä saatettiin myös omassa toiminnassa käsitellä ja tulkita, mutta valtiosääntö saatettiin samalla kuitenkin ymmärtää perustasolla sittenkin kapeasti valtio-oikeutena sanan kirjallisessa merkityksessä; kyse oli nimenomaan valtiota (ja erityisesti sen instituutioita) koskevasta sääntelystä.³⁶³ Taustalla häämötti epäilemättä saksalaisessa julkisoikeudessa 1800-luvulla kehitetty oppi, valtion sitomisesta sen

³⁶⁰ Ks. Erich 1909: 9–19.

³⁶¹ Hermanson & Kaira 1965: 5.

³⁶² Huomattakoon kuitenkin, että vielä vuonna 1934 pitämässään virkaanastujaisluennossa *Kaira* (1934) ei lausu perusoikeus-oikeuksista yhtään mitään, vaan keskittyy nimenomaan valtio-oikeuteen ja sen mutkikkaaseen suhteeseen politiikkaan ja valtio-oppiin.

³⁶³ Mainittakoon kuitenkin, että yleisen oikeustieteen edustajan *Aatos Alasen* perusoppikirjassa (1948: 188) määritettiin valtiosääntöoikeustieteessä käsiteltävät asiat seuraavasti: valtion korkeimpien toimielinten (TP, EK, VN) oikeudellista luonnetta, valtion aluetta, kansaa ja ulkomaalaisten oikeusasemaa, valtion eri funktioiden, lainsäädäntövallan, tuomiovallan ja toimeenpanovallan perusteita. Alasen mukaan valtiosääntöoikeuden alaan kuuluivat pääasiassa valtion pääelinten järjestysmuoto ja tehtävät sekä valtion kansalaisten oikeusasema.

itse säättämiin oikeussäätöihin, jonka Hermanson oli Suomeen saksalaisesta valtio-oikeustieteestä tuonut.³⁶⁴

Doktriinilla valtion oikeushenkilöllisyydestä on myös eräitä seurauksia perusoikeuksien asemalle osana valtiosääntöoikeustiedettä. Aate- ja käsitehistoriallisessa katsannossa valtiosääntöä tarkoittava sana *constitutio* on perinteisesti jo antiikin ajoista viitannut valtion järjestysmuotoon, vallankäyttöön osallistumiseen ja tekniikkaan sekä ylipäättään seikkoihin, jotka koskevat enimmäkseen valtiosääntöoikeuden institutionaalista puolta.³⁶⁵ Traditionaalisesti kyse on ollut kirjaimellisesti ”hallitusmuodosta”, ei niinkään yksityisten oikeusasemasta. Mikäli valtiolle ajatellaan oikeushenkilöllisyys, tulee valtio-oikeuden eteen – Hermanssonin mukaan – kaksi kysymystä. Ensimmäinen kysymys liittyy siihen, mitkä ovat tuon oikeushenkilön vallan rajat. Valtion vallan rajoittaminen liittyy kiinteästi kansalaisten ja valtion välisen suhteen määrittelyyn. Toinen kysymys liittyy siihen, ketkä fyysiset henkilöt ovat valtion toiminnan välikappaleita.³⁶⁶

3.1.2.4 Oikeustiede vs. valtio-oppi, oikeus vs. politiikka

Valtion institutionaalisen puolen korostaminen aiheutti valtiosääntöoikeustietelle myös päänvaivaa suhteessa sen lähitieteisiin. Erityisen ongelmallinen oli suhde ennen 1960-lukua harjoitettuun valtio-opilliseen tutkimukseen, joka oli kiinnostunut pitkälti samoista asioista ja käytti varsin pitkälle samantyyppisiä lähestymistapoja kuin valtiosääntöoikeuden piirissä oli asianlaita. Sellaiset tutkimukset kuin *Tuttu Tarkiaisen* väitöskirja ja *Jan-Magnus Janssonin* varhaisen tuotannon monografiat on hyvin vaikea luokitella, koska ne pitäisi periaatteessa laskea politologian piiriin, mutta noihin kirjoihin tutustuttuaan niitä on vaikea olla pitämättä, tämän päivän valossa, sekä luonteeltaan että lähestymistavoiltaan varsin valtiosääntöoikeudellisina.³⁶⁷ Politologian ja valtiosääntöoikeustieteen eroa kavensi edelleen se, että *Paavo Kastari* oli väitöskirjassaan vuodelta 1940 astunut aimo askeleen kohti valtiollisten instituutioiden realistista tutkimusta.³⁶⁸ Kun myös politologian puolella tapahtui suuria muutoksia tutkimusalan itseymmärryksessä ja metodologiassa, alkoivat nämä kaksi lähitiedettä ajautua selvemmin toisistaan irti. Muutoksia tapahtui oikeastaan molemmilla puolilla.

³⁶⁴ Ks. Hermanson 1878–1879, joka perustaa käsityksensä saksalaisen Gerberin ja Labandin kirjoituksiin. Ks. myös Viljanen 1986: 61–72.

³⁶⁵ Suomalaisen hallitusmuodon aate- ja käsitehistoriallisesta taustasta tiivistetysti ks. Kauppinen 1992: 218–225.

³⁶⁶ Ks. Hermanson 1878–1879: 12.

³⁶⁷ Tarkiainen 1938 ja esim. Jansson 1954.

³⁶⁸ Kastari 1940. Kastarin vastaväittäjänä toiminut *Kaira* (1941) oli huolissaan tieteiden välisten raja-aitojen hämärtymisestä. Kairan käsitys valtiosääntöoikeuden ja politologian suhteesta ei kuitenkaan ollut sinänsä jyrkkä, mikäli Kairan käsitystä arvioidaan hänen virkaanastujaisluentonsa perusteella (ks. Kaira 1934: 347–349).

Yhtäältä suomalaisessa politologiassa tapahtui murros, joka näkyi selvimmin *Jussi Teljon* tutkimusohjelmassa, jossa pyrittiin noudattamaan pitkälti amerikkalaisen behavioralismin ajatuksia. Vanhat ns. spekulatiiviset menetelmät korvattiin tilastotieteellä ja myös itse valtion käsitteestä haluttiin luopua. Janssonin saksalaisen *Staatslehre*-tradition ajattelulle perustunut institutionaalisesti orientoitunut valtio-oppi hävisi kamppailun behavioralismille tavalla, joka ilmenee Janssonin alan vuonna 1969 ensimmäisen kerran ilmestyneestä perusoppikirjastakin.³⁶⁹ Valtiosääntöoikeustieteen puolella alanmäärittely alkoi myös karistaa institutionaalisia painotuksiaan tavalla, joka näkyy esimerkiksi Kastarin Yhteiskuntatieteiden käsikirjaan vuonna 1964 kirjoittamista määrittelyistä. Kastarin määritelmän mukaan valtiosäännöillä tarkoitettiin yleensä niitä normeja, jotka määräävät valtion rakenteen, sen keskeisten orgaanien aseman, tehtävät ja keskinäiset suhteet sekä toisaalta kansalaisten perusoikeudet.³⁷⁰

Aiemmassa tutkimustraditiossa oppialan sisältö määritettiin siis varsin institutionaalisesti, josta aiheutui myöhemmin rajanveto-ongelmia suhteessa politologiaan. Kun valtiosääntöön kohdistuva tutkimuksellinen mielenkiinto alkoi laantua politologiassa behavioraalisen murroksen myötä, jäi valtiosäännön tutkimuskenttä aiempaa selvemmin oikeustieteellisen tutkimuksen harteille.³⁷¹ Kansainvälisestikin samat erottelut ovat olleet elinvoimaisia ihan viime vuosiin saakka.³⁷²

Rajanveto-ongelmilla oli kuitenkin luultavasti jonkin verran vaikutusta siihen, että oikeustieteellisessä tutkimuksessa oli alkanut esiintyä pyrkimyksiä nostaa aiempaa selvemmin valtiosääntöoikeuden perusoikeusaspekti esille. Suomalaisen perusoikeustutkimuksen ensimmäinen kokoava yhtenäisesitys ja yritys kehittää yleisiä oppeja sekä ylipäänsä korostaa perusoikeuksien merkitystä löytyy Kastarin vuonna 1972 julkaistusta perusoikeusmonografiasta, jossa on mukana aiempaan verrattuna kokonaan uusi korostus. Tämä uusi korostus on perusoikeuksien merkityksen voimakas esiin nostaminen sekä niiden toteutumisen oikeudellista valvontaa koskevat painotukset, joissa Kastari oli selvästi saanut vai-

³⁶⁹ Politologian kehityksestä ja muutoksesta tarkemmin ks. Nousiainen 1983.

³⁷⁰ Kastari 1964: 958–959.

³⁷¹ Väitöskirjojen aiheet kuvaavat hyvin instituutiopainotteisuutta: Kastari (1940) *Eduskunnan hajoitus*, Sipponen (1965) *Lainsäädäntövallan delegoiminen Suomessa*, Jyräki (1967) *Sotavoimain ylin päällikkyys*, Hidén (1970) *Eduskunnan oikeusasiamies*, Saraviita (1971) *Lakiehdotuksen läpäämäänjättäminen*, Rieppala (1973) *Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana*, Laakso (1975) *Hallituksen muodostaminen Suomessa*, Myllymäki (1979) *Etujärjestöt, tulopoliittika ja ylimmät valtioelimet* ja Meres-Wuori (1990) *Toimivaltasuhteet kansainvälisiä sopimuksia tehtäessä*. Osalla valtiosääntöön kytkeytyvistä väitöskirjoista on ollut osin finanssioikeudellisia yhtymäkohtia kuten esim. Purhonen (1961) *Eduskunnan budjettivalta* ja Vesanen (1965) *Valtiontaloutta koskevat eduskunnan ratkaisut ja hallituksen toimivalta*.

³⁷² Ks. tark. Husa 2002a.

kutteita ulkomaisista järjestelmistä.³⁷³ Erityisen voimakkaana näkyivät yhdysvaltalaiset ja saksalaiset vaikutteet perusoikeuksien ja tuomioistuINVALVONNAN väliin suhteeseen liittyvissä kannanotoissa. Kun samoihin aikoihin julkaistiin Hidénin HM:n perusoikeuksia koskeva tutkimus, voidaan tähän ajankohtaan liittää suomalaisen perusoikeustutkimuksen toinen murrosvaihe, jos ensimmäinen sijoitetaan HM:n säätämiseen.³⁷⁴ Valtiosääntöoikeuden ja sitä tutkivan oikeustieteen haaran määrittelyä ei voitu enää tehdä institutionaalisin tai valtio-oikeudellisin painoituksin.³⁷⁵ Jopa 1970-luvun alun riitaisa ja erimielinen valtiosääntökomitea saattoi esittää yksimielisen kannanoton siitä, että perusoikeuksia tuli kehittää suoraan viranomaisia sitoviksi normeiksi, joihin voitaisiin vedota niin tuomioistuimissa kuin muissakin viranomaisissa.³⁷⁶ Tämä tavoite toteutui vuoden 1995 uudistuksessa varsin hyvin. Tosin ihan loppuun saakka ei ehkä mietitty, miten ennakoivalvontaan painottuva kontrollijärjestelmämme ja hyvin pitkälle viety suoran sovellettavuuden ajatus sopivat yhteen; näyttääkin siltä, että ne voivat toimia eräissä tilanteissa toisiaan vastaan.³⁷⁷

3.1.2.5 Muuttuva valtiosääntöoikeus

Kastarin ja Hidénin edustamaa toista ja varsinaista valtiosääntöoikeustieteen perusoikeusmurrosta edelsivät kuitenkin jo Erich ja Merikoski. Kuten edellä kävi ilmi, vielä 1909 Erich ei sisällyttänyt valtiosäännön määritelmäänsä lähtökohtaisesti perusoikeuksia, mutta vuonna 1924 ilmestyneessä Suomen valtio-oikeuden yleisesityksessä, joka rakentui tuolloin tuoreen HM:n varaan, perusoikeuksia ei enää voitu jättää huomiotta. Erichin 1920-luvun määritelmässä valtiosääntöoikeuteen kuuluvat valtion järjestysmuodon perusteet eli valtion pääelimet ja niiden tehtävät sekä kansalaisten oikeusasema ja valtion suhteet itsehallintoyhdyskuntiin.³⁷⁸ Erich ei pelkästään sisällyttä valtio ja kansalainen -ulottuvuutta oikeudenalan ja oppialan määritelmäänsä, vaan myös käsittelee niitä erillisessä luvus-

³⁷³ Kastari 1972.

³⁷⁴ Ks. Hidén 1972. Tosin jo neljä vuotta aiemmin oli *Jyränki* (1968) kehitellyt perusoikeustulkinnan valtiosääntöoppeja. Jos ensimmäinen murroskausi sijoitetaan jo HM:n säätämiseen, niin silloin se sijaitsee de facto jo vuodessa 1906. Tuolloin Mechelinin luonnos hallitusmuodoksi sisälsi jo perusoikeusluettelon, joka mursi aiemman ruotsalaisen tradition (*Jyränki* 1973: 122).

³⁷⁵ Vielä vuonna 1968 julkaistun (vanhan R.A. Wreden kirjan pohjalta) oikeustieteen perusteoksen (johdannossa teoksen mainitaan olevan kansalaiskäsikirja tai johdanto lainopillisiin opintoihin) Suomen oikeus ja yhteiskuntajärjestys määritelmässä (s. 162–163) mainitaan valtiosääntöoikeuden järjestävän ”valtion korkeimman vallan elinten asettamisen ja toiminnan” ja toisaalta yleisemmin valtio-oikeuden järjestävän valtiovallan käyttöä. Valtio-oikeutta koskevassa lyhyessä jaksossa ei mainita lainkaan perusoikeuksia.

³⁷⁶ KOM 1974:27 s. 107–108.

³⁷⁷ Vrt. *Jyränki* 2003: 473.

³⁷⁸ Erich 1924: 11.

sa, joka on otsikoitu nimekkeellä ”Valtio ja kansalaiset”.³⁷⁹ Erich ei kuitenkaan selitä sitä, miksi hän päätyi modifioimaan määritelmäänsä, vaikka tämän muutoksen yhteys Suomen uuteen valtiolliseen ja valtiosääntöoikeudelliseen tilanteeseen onkin kiistaton. Sen sijaan *Veli Merikoski*, joka väitöskirjassaan 1935 käsittelee asiaa kirjoittaa valtiosäännön sisällöstä siten, että kytkee muutoksen tapahtuneeseen kehitykseen yleiseurooppalaisella tasolla.³⁸⁰

Merikosken myöhempi asema suomalaisen julkisoikeuden tutkijayhteisössä³⁸¹ on omiaan pakottamaan arvioimaan hieman eri tavoin sitä, milloin suomalaisessa valtiosääntöoikeustieteessä varsinaisesti alkoi ajanjakso, joka merkitsi perusoikeustarkastelun merkityksen nousua. Tätä kehitystä on ilmeisesti vaikea paikantaa pisteittäisesti johonkin yksittäiseen ajankohtaan sillä muutos, jota Hidénin ja Kastarin mainitut tutkimukset ilmentävät, tapahtui muutamien vuosikymmenien pituisella ajanjaksolla. Merikoski antaa väitöskirjassaan itse varsin uskottavan selityksen sille, miksi perusoikeudet tulivat mukaan valtiosääntöoikeuden tutkimukseen toden teolla.³⁸² Merikoski viittaa siihen, että ensimmäisen maailmansodan jälkiselvittelyissä syntyneisiin valtiosääntöihin kuului uudenlaatuista perusoikeusluetteloita, joihin sisältyi lisäksi kokonaan uudentyypisiä perusoikeuksia.³⁸³

Valtiosääntöoikeuden ja perusoikeuksien muutos näyttää siis selittävän osin tutkimuksen suunnanmuutosta. Osin kyse on siis tutkimuksen reagoimisesta lainsäädännön tasolla jo tapahtuneisiin muutoksiin. Tässä mielessä perusoikeustutkimuksen varsinainen murros voidaan oikeastaan paikantaa I maailmansodan jälkeiseen valtiosääntökehitykseen.³⁸⁴ Yksinkertaistaen voidaan kai sanoa, että kyse oli perusoikeuksien pitkäkestoisesta oikeudellistumisprosessista. Tässä prosessissa perusoikeudet ovat muuttuneet *muodollisesti* fundamentaalisesta kohti sellaista roolia, jossa ne ilmentävät jotain paljon enemmän. Perusoikeusteorian käsittein voidaan sanoa, että niistä on tullut myös *aineellisesti* fundamen-

³⁷⁹ Erich 1924: 201–261.

³⁸⁰ Merikoski 1935: 44. (”Vanhastaan on valtiosäännön pääsisältönä totuttu pitämään niitä säännöksiä, jotka koskevat valtion rakenteen perusteita, erittäinkin valtiomuotoa ja valtion pääelimiä sekä niiden toimivaltaa ja keskinäisiä suhteita. Kuitenkin useimmat uusimmista valtiosäännöistä sisältävät tämänlaatuisten säännösten ohella erään toisen tärkeän oikeussäännönsryhmän, nimittäin säännökset kansalaisten asemasta valtiossa, toisin sanoen säännökset valtion ja sen kansalaisten välisistä suhteista.”)

³⁸¹ Ks. tark. Jyränki 2002.

³⁸² Yleisemmin syitä kotimaisen perusoikeusajattelun kehittymättömyyteen ennen 1990-lukua erittelee esim. Lämsineva 1998: 104–109.

³⁸³ Merikoski 1935: 45–46.

³⁸⁴ Ks. myös *Viljasen* (1986: 119) tiivistystä vuoden 1917 ”perusoikeussääntelyn mallista”, joka irtoaa aiemmasta kustavilaisesta perinteestä. Tuohon meillä uuteen malliin kuuluivat perusoikeuksien luettelointi, länsimaistyyppiset vapausoikeudet, uusi perusoikeuksien kirjoitustapa ja lainsäätäjän kompetenssin sitominen perusoikeuksiin.

taalisia nykyaikaiselle oikeusvaltiolle.³⁸⁵ Tosin nykyaikaiseen demokraattiseen oikeusvaltioon sisältyy myös muita keskeisen tärkeitä ainesosia, joista vallanjalako-oppi näyttää olevan yksi.

3.1.3 Perusoikeuksien muutosallot ja valtiosääntöoikeustiede

Valtiosääntöoikeus on oikeudenalana tyypillisesti sellainen alue, jossa institootit, ratkaisumallit ja erilaiset oikeudelliset ajattelutavat ovat liikkuneet ja liikkuvat kansallisista rajoista piittaamatta. Suomen PeL:n 106 § lieene tuorein käsiteltävään teemaan liittyvä selkeä esimerkki. Esimerkiksi monet suomalaiset valtiosääntödoktriinit ja ajatusmallit ovat liikkuneet eri oikeuskulttuureista toiseen, muuntaen välillä muotoaan ja sisältöään kuitenkin niin, että samankaltaiset perusainekset ovat säilyneet. Perusoikeudet eivät muodosta poikkeusta tässä suhteessa. Merkittävimmät kansainväliset vaikutteet voidaan historiallisessa katsannossa palauttaa Ranskan suuren vallankumouksen jälkeen laadittuun ihmisioikeuksien julistukseen (1789) sekä Yhdysvaltain *Bill of Rights* (1791) -asiakirjaan, jotka muodostavat merkittävän virstanpylvään perusoikeuksien kehityksessä. Kun edellä on käynyt ilmi, että valtiosääntöoikeustieteen kehittyminen on sidoksissa erityisen voimakkaasti sen tutkiman oikeudenalueen kehitykseen, niin perusoikeuksien nousemista institutionaalisen tutkimuksen rinnalle voidaan myös osin selittää valtiosääntökehityksellä ja erityisesti perusoikeuksien roolilla tuossa kehityksessä.³⁸⁶ Oikeudellisten ratkaisujen muuttumista on seurannut – luonnollisesti – myös sitä tutkivan oikeustieteen lohkon muuttuminen.³⁸⁷

Perusoikeuksien sisällöllinen muutos on yksi vahvimpia selittäviä tekijöitä valtiosääntöoikeustieteen vähittäiselle muutokselle. Mikäli vertaamme esimerkiksi Englannin *Magna Chartan* (1215), Ranskan *déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (26 août 1789), Weimarin perustuslain (Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919), Suomen PeL:n toisen luvun sisältöä ja EU:n perusoikeusasiakirjaa (2000) on muutos helposti havaittavissa. Yleisemmin on todettavissa, että vanhoihin perustuslakeihin sisältyvät perusoikeudet edustavat negatiivista perusoikeusajattelua, kun taas uudempiä perusoikeuksia voidaan kuvata positiivisen perusoikeuskäsityksen

³⁸⁵ Alexyn (2002: 349) mukaan perusoikeudet ovat muodollisesti fundamentaalisia, koska ne ovat normihierarkian huipulla ja sitovat suoraan lainsäätäjää, hallitusvaltaa ja tuomioistuimia. Aineellisesti fundamentaalisia ne ovat hänen mukaansa koska ne ”incorporate decisions about the basic normative structure of state and society” (emt. 350).

³⁸⁶ Vaikka tekstissä mainitut perusoikeusasiakirjat omaavatkin paljon yhteistä, niin niillä on myös eroja. Tässä ei voida käsitellä tätä aspektia tarkemmin. Eroavista taustoista ks. esim. Jyränki 1989: 154–156.

³⁸⁷ Tämän esityksen ulkopuolelle jää valtiosääntöoikeuden suhde hallinto-oikeuteen. Tämä erotte lu ei ole ollut meillä erimielisyyksien kohteena, eivätkä erilaiset rajanvedot juurikaan poikkea

edustajiksi. Vedenjakajana toimii valtion ja yksityisen välisen suhteen luonne ja erityisesti perusoikeuksien valtioon kohdistamat vaatimukset. Vanhemman liberaalin perusoikeusajattelun mukaan valtion ja kansalaisyhteiskunnan nähdään olevan toisilleen vastakkaisia, jolloin yksilön oikeudet ovat nimenomaan oikeuksia valtiota vastaan. Niiden ulottuvuus on näin lähinnä negatiivinen. Sosiaalivaltiollisen uudemman perusoikeusajattelun mukaan lähtökohtana on yksilöiden vapauden ja hyvinvoinnin turvaaminen eli perusoikeudet eivät vain rajoita valtion toimintaa, vaan ne mieluummin asettavat valtiolle positiivisia toimintavelvoitteita.³⁸⁸ Demokraattisen oikeusvaltion ajatus pitää sisällään näitä *molempia* perusoikeusulottuvuuksia.

Erilaiset perusoikeusaineokset kuitenkin elävät rinnakkain samoissa perustuslaeissa ja valtiosäännöissä, eikä tämä sinällään aiheuta niiden kesken ristiriitaa. Perusoikeussäätely on yksi esimerkki valtiosääntöoikeuden kerroksittaisuudesta, jossa se näkyy luokitteluina erilaisiin perusoikeuksiin. Erilaisia perusoikeuksia kuvataan ryhmittelemällä niitä erilaisiin sukupolviin kuuluviksi. Ensimmäiseen sukupolveen kuuluviksi lasketaan useimmin sellaisia perusoikeuksia, jotka koskevat vapausoikeuksia ja joita kuvaa valtiokoneiston toimien rajoittaminen suhteessa yksilötahoon. Tällaisia oikeuksia ovat tyypilliset vanhojen perustuslakien tuntemat normit, jotka koskevat erityisesti henkilökohtaista vapautta ja koskemattomuutta eli nk. klassiset vapausoikeudet. Ne ovat edelleen paradigmaattinen tapa julkisen ja yksityisen erottamisessa. Tähän ryhmään voitaneen laskea myös poliittiset perusoikeudet, joiden ydinfunktiona on turvata yksilöiden mahdollisuuksia osallistua poliittiseen toimintaan.

Toiseen sukupolveen lasketaan kuuluvaksi taloudellisia ja sivistyksellisiä oikeuksia, jotka eivät ole pelkästään suunnattu valtiota vastaan, vaan tärkeitä ovat valtiokoneiston positiiviset toimet näiden oikeuksien toteuttamiseksi. Näiden oikeuksien toteutuminen vaatii valtiolta toimista pidättäytymisen sijaan aktiivisia toimia. Niin kutsuttuun kolmanteen perusoikeussukupolveen kuuluvat sellaiset perusoikeudet, joita voidaan kuvata luonteeltaan solidaarisuus-oikeuksiksi tai vähemmistö-oikeuksiksi. Tällaiset oikeudet muodostavat kahdesta aiemmasta oikeudesta poikkeavan ryhmän siksi, että useat tällaiset normit ovat oikeudelliselta sitovuudeltaan vielä varsin väljiä ja ohjelmaluonteisia. Tällaisia oikeuksia ovat esimerkiksi ympäristöön liittyvät oikeudet sekä vähemmistöjen kulttuuriset oikeudet.³⁸⁹ Suomen perusoikeusjärjestelmän kokonaisuutta silmällä pitäen voidaan kuitenkin huomauttaa, ettei tällaisia jakoja voida oikein loppuun saakka

toisistaan. Perusmääritelmä löytyy Ståhlbergin hallinto-oikeuden oppikirjasta (1928: 6–7). Ks. myös Kulla 1980: 248–252.

³⁸⁸ Ks. Husa 1997b: 206–208.

³⁸⁹ Ks. myös Hidén 1972: 1–17.

vieden tehdä. Yksittäisiin perusoikeuksiin kun useimmiten sisältyy sekä ensimmäisen, toisen että kolmannen sukupolven ainesosia.³⁹⁰

Vuodesta 1990 lähtien meillä on pyritty noudattamaan muun muassa oppia ihmisoikeusystävällisestä tulkinnasta.³⁹¹ Muutosten myötä sekä perusoikeuksien määrä että niiden aineellinen ala ovat kasvaneet tavalla, joka on vähitellen heijastunut myös perusoikeustutkimukseen. Kotimaista valtiosääntöoikeustiedettä silmällä pitäen myös Suomen sitoutumisella kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin ja aivan erityisesti Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukseen sekä vuoden 1995 alussa toteutuneella Euroopan unionin jäsenyydellä on myös ollut huomattava merkitys valtiosääntöoikeustieteen tutkimusintressin osittaisessa uudelleen suuntaamisessa. Yleisemmällä tasolla tähän liittyy myös suomalaisen julkisoikeustieteen yleisempi kääntyminen kohti eurooppaoikeudellista tutkimusta. Ihan täysin kotimaisen perusoikeustutkimuksen muutosta ei voida palauttaa edellä käsiteltyihin tekijöihin, sillä yksi tekijä liittyy toisen maailmansodan jälkeiseen eurooppalaisen oikeuskulttuurin ja konstitutionalismikäsitelyn yleisempään muutokseen. Käsitteitys valtiosääntöoikeudesta on muuttunut – judicial review ja ihmisoikeudet ovat laajenneet voimakkaasti koko maailman tasolla. Kansansuvereniteetilähtöinen demokratiakäsitys on samalla liukunut enemmän kohti vallanjakomallin sellaista sovellusta, jossa tuomioistuimilla on äärimmäisen merkittävä rooli julkisen vallan osana.

Jyrängin mukaan yhdysvaltalaisen valtiosääntöajattelun vaikutus eurooppalaiseen valtiosääntöoikeuteen on toisen maailmansodan jälkeen ollut huomattavaa. Kyse ei ole ollut niinkään siitä, että Euroopassa olisi kopioitu Yhdysvaltojen vanhaa perustuslakia, vaan pikemminkin kyse on ollut siitä, että Euroopassa on omaksuttu tiettyjä oikeudellisia ajattelumalleja. Tämä vaikutus ulottuu myös eurooppaoikeuteen, jossa esimerkiksi EY:n tuomioistuimen toiminta on oikeuskulttuurisesti lähempänä USA:n liittovaltion korkeinta oikeutta kuin esimerkiksi Saksan liittovaltion valtiosääntötuomioistuinta. Nimenomaan perusoikeustutkimusta voidaanankin perustellusti pitää sellaisena oikeudenalana, jossa yhdysvaltalaiset virikkeet voidaan omaksua helpohkosti.³⁹² Kuten tästä kirjasta toisaalta ilmenee, niin erityisesti saksalaisella perusoikeusteorialla on ollut meikäläisessä valtiosääntöoikeudessa melkoinen merkitys viime vuosina. On kuitenkin varsin

³⁹⁰ Perusoikeus voi läpäistä tietenkin koko oikeusjärjestelmän, kuten esim. ympäristöperusoikeus. Perusoikeutena sitä ei voida luokitella vain yhteen perusoikeustyyppiin kuuluvaksi, koska sillä on useita eri perusoikeustyyppien piirteitä. Ks. Määttä 2001: 284–285 ja s. 297 av. 99.

³⁹¹ Ks. PeVL 2/1990 (”vaihtoehtoista on pyrittävä omaksumaan sellainen, joka edistää ihmisoikeusmääräysten toteutumista”, s. 3).

³⁹² USA:ssa on vahva perusoikeustraditio ja -keskustelu eli lähteitä on löydettävissä helposti, minkä lisäksi lähteet ovat saatavissa yleisesti hallitulla kielellä. Toki muutkin oikeudenalat (esim. kauppaoikeus) voivat omaksua helposti USA:sta vaikutteita, mutta toisaalta oikeusperheiden väliset eroavuudet toimivat esteinä erällä muilla oikeudenaloilla (esim. prosessioikeus).

riskialtista noin vain poimia malleja ja ajattelutapoja toisesta oikeuskulttuurista, kuten jäljempänä luvussa 4.2 ilmenee. Perusoikeuksien taustalla oleva osin luonnonoikeudellinen ajattelu sekä keskustelu perusoikeussäännösten suorasta soveltamisesta ovat Jyrängin mielestä selvästi yhdysvaltalaiseen valtiosääntökulttuuriin palautuvia elementtejä.³⁹³ Jyrängin esiin nostamat seikat liittyvät myös yleisemmin yhteen alan peruskysymyksistä eli siihen, ketä perustuslain säännökset oikeastaan sitovat? Ketkä ovat oikeastaan ne erityiset tahot ja toimijat, joihin perustuslain säännökset nimenomaan *välittömästi* eniten vaikuttavat? Miten valanjakoperiaate tulee ymmärtää, kun eri vallan haarat joutuvat keskinäisiin kompetenssikahnauksiin? Ongelma on aktuaalinen, mikäli järjestelmä ei tunne erityistä valtiosääntötuomioistuinta, jonka yksi keskeinen funktio on ratkoa tällaisia tulkintakysymyksiä auktoritatiivisesti.³⁹⁴

Jyrängin esiin nostaman yleismaailmallisen oikeuskulttuurin trendin lisäksi kotimaisen perusoikeusaspektin korostumiseen vaikutti myös 1990-luvun alkupuolen taloudellinen kriisi, jonka yhteydessä monet klassiset yhteiskuntapolitiiset kysymykset, jotka liittyvät muun muassa sosiaaliseen oikeudenmukaisuuteen, nousivat esiin perusoikeusproblematiikan muodossa. Käytännössä tämä johti siihen, että eduskunnan perustuslakivaliokunta joutui ja joutuu edelleen täsmentämään monien perusoikeuksien tarkempirajaisen sisällön osin pikemminkin taloudellisten tosiasioiden kuin juridiikan ohjaamana. Tämäkin kysymys liittyy elimellisesti perusoikeuksien ulottuvuuteen.

3.1.4 Ketä perusoikeussäännökset ensisijaisesti velvoittavat?

Osin kysymys perusoikeuksista ja niiden suhteesta valtiosääntöoikeuteen oikeudenalana ja oikeustieteen yhtenä osa-alueena kytkeytyy keskusteluun siitä, kenen perustuslain säännösten oikeastaan katsovan *ensisijaisesti* vaikuttavan tai kohdistuvan. PeL:n 22 § ratkaisee tilanteen sääntelyn pintatasolla velvoittaessaan julkista valtaa yleensä perusoikeuksien edistämiseen, mutta periaatteellisella tasolla kysymys lienee monivivahteisempi. Aiempi keskustelu valtiosääntöoikeuden ja politologian suhteista tai valtio-oikeuden eri alojen määrittelystä ei anna vastausta näihin kysymyksiin, kuten ei oikeastaan myöskään vallanjakooppiin pohjautuva erottelu politiikan ja oikeuden välillä, vaikka jäljempänä mainittu kyllä osoittaakin tiettyjä demokraattisen oikeusvaltion valtiosääntöisiä ratkaisusuuntia, joihin palataan tarkemmin seuraavassa luvussa.

Suomalaisessa keskustelussa Jyräski edusti pitkään käsitystä, jonka mukaan perustuslainsäännökset on tarkoitettu pääasiallisesti ylimpien valtioelinten eli eduskunnan, tasavallan presidentin ja valtioneuvoston suoraan käytettäväksi.

³⁹³ Jyräski 1998b: 1093–1097.

³⁹⁴ Perustuslain tulkitsijan auktoriteetista tark. ks. Hautamäki 2002: 79–82.

Tällöin perusoikeudet olisivat lähinnä lainsäätäjään kohdistettuja rajoituksia.³⁹⁵ Tämä tarkoittaa mm. sitä, että perustuslainsäännösten soveltaminen tuomioistuimissa ja muissa viranomaisissa on paljon harvinaisempaa ja ongelmallisempaa siitä huolimatta, että perusoikeussäännösten osalta suoraa sovellettavuutta voitaisiin pitää suositeltavana.³⁹⁶ Käytäntö tuntuu tosin muotoutuvan varsin kituaasti.

Vastakkaista linjaa edustaa sen sijaan ajatusmalli, jonka mukaan perusoikeudet ovat tarkoitettu toteutettavaksi myös tuomioistuinten sekä muiden viranomaisten toiminnassa. Viime vuosien kehitys on kulkenut selvästikin tähän suuntaan, vaikka tämän kehityksen alku voidaan jäljittää aina viime vuosisadan lopulle.³⁹⁷ Jälkimmäisen linjan merkittävin avaus on Kastarin perusoikeusmonografia vuodelta 1972, mutta erityisesti 1990-luvulla tämä ajatus on saanut kannatusta sekä perustuslainsäätäjän taholta että myös valtiosääntöoikeuden tutkijoilta. Kehitys on selvästi vienyt samaan suuntaan myös 2000-luvun kuluessa. Voidaan ehkä sanoa, ettei pelkästään perusoikeusparadigma ole muuttunut, vaan yleisemminkin käsityksemme *konstitutionalismista* on muuttunut (ks. tark. seur. luvussa).

Kahden eroavan ajattelutavan erimielisyydet voidaan jäsentää kahteen yleisempään valtiosääntöpoliittiseen ja -ideologiseen päälinjaan. Jos perusoikeuksia halutaan korostaa ja uskoa niiden soveltaminen tuomioistuimille niin tällöin vastuu perusoikeuksien sisältämien arvojen toteutumisesta uskotaan tuomioistuinten harteille. Jos sen sijaan korostetaan perusoikeuksien kohdistumista lainsäätäjään, niin vastuu perusoikeuksien sisältämien arvojen toteutumisesta uskotaan demokraattisesti valitulle lainsäätäjälle ja tämän kyvyllä sovitella yhteiskunnallisia ja moraalisia ratkaisuja avoimen poliittisesti.³⁹⁸ Jos myönnetään, että perusoikeuksissa on kyse arvoista ja poliittisista arvostuksista niin on vaikea nähdä mitään *erityisiä* perusteita uskoa niiden valvontaakaan tuomioistuinlaitoksen harteille, ellei samalla haluta myös hylätä valtiovallan kolmijako-oppia ja sen mukaista rajanvetoyritystä, jossa halutaan erottaa politiikka ja hallinto oikeudesta erillisiksi alueiksi. Kyse on myös eriävistä käsityksistä siitä, mitä on demokratia tai pikemminkin, mitä sen *pitää* olla.³⁹⁹ Mikäli korostetaan yksilöiden ja vähemmistöjen perustuslaillista suojaa oikeudellisena ideologian enemmistön

³⁹⁵ Schmittin (1983: 170–171) valtiosääntöopissa korostetaan perusoikeuksien institutionaalista luonnetta (*institutionelle Garantie*) – ne rajautuvat valtion vallan sisäiseen alueeseen ja ovat luonteeltaan suhteellisia, rajallisia ja tiettyjä (viime kädessä poliittisia) päämääriä edistävä kokonaisuus.

³⁹⁶ Ks. esim. Jyränki 1994: 257.

³⁹⁷ Ks. Viljanen 1986: 242.

³⁹⁸ Vrt. Jyränki 1989: 17–18.

³⁹⁹ Ks. tark. Nordquist 2001: 54–56. Hän erottaa vähemmistösuojan perustuvan oikeuskeskeisen ja poliittiseen enemmistöön perustuvan kansansuvereniteettikeskeisen näkemyksen.

pahantahtoista vallankäyttöä ja mielivaltaa vastaan, niin tuomioistuinten rooli nähdään oleellisen tärkeänä. Jos taas korostetaan enemmistön poliittiseen tahoon palautuvaa kansansuvereniteetti-ideologiaa, niin demokraattisesti valitun lainsäätäjän rooli nähdään selvästi tuomioistuinten asemaa oleellisempänä ja painokkaampana.

Näiden erilaisten perusoikeussuhtautumistapojen välistä jännitettä on erittäin vaikea varsinaisesti ratkaista, koska niissä perusoikeudet nähdään hieman eri tavoin. Kyse on siitä, että perusoikeuksien ensisijaista funktiota pidetään erilaisena mikä tarkoittaa myös sitä, että näitä käsityksiä on varsin vaikea verrata keskenään. Siinä missä Jyräki on jatkuvasti korostanut myös muiden valtiosääntöoikeuden perusratkaisujen merkitystä demokratialle, on esimerkiksi *Martin Scheinin* painottanut nimenomaan – valtiosäännön kokonaisuuttakin silmällä pitäen – ihmis- ja perusoikeuksia. Äärimmilleen yksinkertaistettuna kyse voidaan sanoa olevan käsityksestä siitä, mikä on asioiden tärkeysjärjestys: pitääkö ensin olla demokraattinen valtiokoneisto, jonka seurauksena perusoikeuksiakin kunnioitetaan vai, pitääkö ensin olla perusoikeuksien kunnioitus, jotta voidaan puhua demokratiasta.⁴⁰⁰ Scheininin käsitykseen liittyi vielä erityinen tapa hahmottaa normeja fragmentteina eli jonain sellaisina, joiden tuottamisessa keskeisin asema ei välttämättä kuulukaan kansalliselle lainsäätäjälle.

Eriävistä käsityksistä huolimatta on selvää, että perusoikeustutkimuksen rooli valtiosääntöoikeustieteessä on kasvanut. Perusoikeustutkimuksen piirissä puhutaan erityisestä perusoikeusmurroksesta.⁴⁰¹ Puhe murroksesta on täysin oikeutettua, sen verran suuri oikeuskulttuurinen muutos on ollut kyseessä. Vuoden 1995 perusoikeusuudistus muodostaa merkittävän tekijän perusoikeustutkimuksen merkityksen nousulle maassamme. Uudistuksella on ollut jo vaikutusta tutkimuksen suuntaamisessa, mutta sen vaikutus tuntunee eniten tulevana vuosina. Uudistuksessa perusoikeudet saivat lisää painoa nimenomaan suhteessa niiden suoraan sovellettavuuteen viranomaistoimintaa silmällä pitäen. Perusoikeuksiin kohdistuvan valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen kannalta muutoksen merkitys on sikäli ratkaiseva, että se antoi perusoikeuksille uutta painoarvoa ja merkitystä, jolloin niihin kohdistuvan tutkimuksenkin painoarvo samalla kasvoi.⁴⁰² Osin perusoikeusuudistuksen vaikutukset heijastuvat myös valtiosääntöoikeus-

⁴⁰⁰ Scheinin 1991: 337–342.

⁴⁰¹ Tämä tuli näkyviin ensi kerran voimakkaasti *Länsinevan* ja *Viljasen* toimittamassa teoksessa *Perusoikeuspuheenvuoroja* (1998). Sen jälkeen trendi on voimistunut, mutta myös muuttunut hienosyisemmäksi ja ilmeisesti myös muiden oikeudenalojen kannalta dialogisemmaksi tai ainakin sensitiivisemmäksi mitä tulee eri oikeudenalojen sisäisten kysymysten perusoikeuskytkentöjen esiin nostamiseen. Ks. esim. Pöyhönen 2000.

⁴⁰² Tällä voi puolestaan olla yhtymäkohtia siihen *Helanderin* (1995: 34) huomioon, että käsitykset valtiosäännöstä ovat muuttuneet siten, että valtiosääntö on välineellistynyt. Tämä johtaa myös siihen, että valtiosääntö muodostuu yhä enemmän myös politiikan välineeksi.

tieteen ulkopuolelle, sillä perusoikeudet ovat saaneet merkitystä vähintäänkin muiden oikeudenalojen säännösten tulkintaan vaikuttavina tekijöinä (nk. perusoikeusmyönteinen laintulkinta⁴⁰³). Sikäli kun muut oikeudenalat ovat saaneet lisäpotkua tästä omaan kehitykseensä, on asiaa arvioitava yksinomaan myönteisesti.

HM:n II luvun perusoikeudet uudistettiin meillä, koska Suomen perusoikeusjärjestelmän katsottiin vanhentuneen, kun sitä verrattiin II maailmansodan jälkeiseen kehitykseen Euroopassa muutoin. Uudistuksen yhdeksi tärkeimmäksi tavoitteeksi nostettiin yksilöiden oikeuksien perustuslain tasolla taatun turvan laajentaminen ja vahvistaminen. Yksi keskeinen vaikutin uudistukseen olivat Suomen solmimat kansainväliset ihmisoikeussopimukset, joiden suuntaan perusoikeusluetteloa haluttiin kehittää.⁴⁰⁴ Perusoikeuksien uudistamisen yhteydessä muutettiin myös VJ:n 46 §:ää siten, että perustuslakivaliokunnan roolia perus- ja ihmisoikeuksien valvojana edelleen korostettiin (nykyään PeL 74 §). Tämän lisäksi perusoikeuksien tehoa pyrittiin lisäämään erityisillä oikeuskansleriin ja oikeusasiamieheen kohdistetulla velvollisuudella valvoa myös perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista. Erityisesti on syytä mainita PeL:n 22 §, joka velvoittaa yleisesti julkisen vallan turvaamaan perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista.⁴⁰⁵ Kaikki tämä on nostanut perusoikeuksien painoarvoa suomalaiselle valtiosääntöoikeustieteelle, vaikka kiinnostus perusoikeuksiin ei olekaan meillä pelkästään palautettavissa tähän sinänsä merkittävään uudistukseen.⁴⁰⁶ Ajattelumme murros oli ja lieene edelleen luonteeltaan varsin reaktiivista; olemme reagoineet ulkoiseen muospaineeseen, sopeutuneet ja omaksuneet.⁴⁰⁷

1990-luvun uudet painotukset valtiosääntöoikeustieteessä tulivat selvästi näkyviin kahdessa merkittävässä valtiosääntöoikeudellisessa väitöskirjassa, jotka molemmat olivat vahva osoitus suomalaisen valtiosääntöoikeuden tutkimuksen alkaneesta paradigmanvaihdoksesta. *L. D. Eriksson* on kuvannut näitä valtiosääntöoikeustieteen muutoksia valtiosääntöoikeuden neljänneksi vaiheeksi, jolle

⁴⁰³ Määritelmästä ks. Viljanen 1997: 758–760.

⁴⁰⁴ On mielenkiintoista havaita, että ylipäänsä EU:ssa jäsenvaltioiden valtiosääntöajattelu on aikaisemmin rakentunut *yhden* normihierarkian ajatuksen varaan, joka on järjestänyt säädösten ja säännösten väliset suhteet luoden systemaattisuutta oikeuteen. Kansainväliset ihmisoikeudet ja EU-jäsenyys ovat murentaneet ajatusta *yhdestä* normihierarkiasta; nykyään on kolmenlaisia ihmis-/perusoikeuslähteitä ja valvontaelimiä sekä tulkintaa ohjaavia doktriineja. Teemasta tark. ks. Husa 2001b.

⁴⁰⁵ Husa 1998b: 194–196. Ks. myös Saraviita 1998b. Tässä yhteydessä on syytä huomata se sääntelykokonaisuus, jonka PeL 2.3 § ja PeL 22 § muodostavat.

⁴⁰⁶ Jyräki (1996: 45) on toisaalta huomioinut aiemman tutkimuksellisen aukon täyttymisen, mutta myös ilmaissut huolensa suunnanmuutoksen liiallisuudesta.

⁴⁰⁷ Tämä ei tietenkään sulje pois sitä, etteikö tällä tavalla liikkeelle lähteneen prosessin tuloksena voisi olla omintakeisia sääntelyratkaisuja, jotka poikkeavat niistä kimmokkeista, jotka alun perin laittoivat kehityksen liikkeelle. Esimerkkinä voidaan mainita ehkä PeL:n 19 §, joka ylittää kansainvälisen tason.

on ominaista yhtäältä ihmis- ja perusoikeuksiin keskittyvä tutkimus sekä toisaalta eurooppaoikeuteen kytkeytyvät tarkastelut.⁴⁰⁸ Tässä yhteydessä on syytä nostaa esiin *Liisa Niemisen* ja *Martin Scheininin* 1990-luvun alun väitöskirjat, jotka molemmat ovat ihmis- ja perusoikeustutkimuksen piiriin kuuluvia.⁴⁰⁹ Niitä voidaan pitää murroksen kannalta tärkeinä indikaattoreina.⁴¹⁰

Niemisen väitöskirjassa *Perusoikeuksien empansipatoriset mahdollisuudet* (1990) tarkastelun kohteena ovat erityisesti perusoikeuksiin liittyvät sukupuolisidonnaisuudet, joita aiemmassa tutkimuksessa ei oltu lainkaan nostettu esille. Niemisen väitöskirjan keskeisintä antia oli suomalaisen perusoikeusdoktriinin sukupuolisidonnaisuuksien tarkastelu tavalla, jossa kanavoidaan kriittisen naistutkimuksen lähestymistapoja valtiosääntöoikeudelliseen tutkimukseen. Eräänä keskeisenä juonteena kirjassa on perusoikeusteorian historiallisten juurien tarkastelusta asti esiin nostettavat perusoikeuksia koskevat ajattelutavat, joiden sukupuolisidonnaisuutta tutkimuksessa pyritään tuomaan eksplikoidusti esille. Aiempaan valtiosääntöoikeudelliseen tutkimukseen verrattuna tutkimus oli kolmella tavalla poikkeava: se edustaa naisoikeutta, on luonteeltaan lähinnä teoreettinen ja kohdistuu eksplisiittisesti perusoikeuksiin.

Scheininin väitöskirjassa *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa* (1991) olivat tutkimuksen kohteena kansainvälisten ihmisoikeussopimusten määräysten valtiosääntöoikeudellinen asema Suomessa sekä se, millaisia sovellettavia oikeusnormeja ne meidän järjestelmässämme muodostavat. Scheininin kirja oli yleisellä tasolla kannanotto siihen, että sekä ihmisoikeussopimusten että perusoikeuksien säännöksille tulisi antaa lainkäytössä enemmän merkitystä kuin aikaisemmin. Kirja oli selkeä viesti kansainvälisten ihmisoikeuksien merkityksen uudesta korostamistavasta maassamme ja tällaisenaan se edustaa hyvin 1990-luvun perusoikeuspainottunutta valtiosääntötutkimusta tavalla, joka olisi vuonna 1972 ollut Kastarille vielä mahdotonta.

Perusoikeusorientoitunutta linjaa ovat omalla tavallaan jatkaneet vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen jälkeen valtiosääntöoikeudesta väitelleet *Kalevi Laaksonen* (1998), *Veli-Pekka Viljanen* (2001), *Tarmo Miettinen* (2001), *Riitta Ollila* (2001), *Pekka Länsineva* (2002), *Pentti Arajärvi* (2002) ja *Asko Uoti* (2003).⁴¹¹

⁴⁰⁸ Eriksson 1997: 1096.

⁴⁰⁹ Suomalaista perusoikeusjärjestelmää on tutkittu myös suhteessa poikkeuslakijärjestelmäämme jo 1970-luvulla. Tämän tutkimushaaran pääjulkaisuna voidaan pitää *Teuvo Pohjola*isen väitöskirjaa *Kansalaisten perusoikeudet ja poikkeuslainsäädäntö* (1980), johon sisältyy myös aiemman perusoikeustutkimuksen kokoava esitys (emt. s. 46–61).

⁴¹⁰ Myös *Jukka Kultalahden* (1990) väitöskirja voitaisiin ottaa esille tässä kohden, mutta siinä oli vahvana sivujuonteena pyrkimys jatkaa 1960- ja 1970-lukujen tieteellisyyskeskustelua, joten sen kasvualusta poikkeaa Niemisen ja Scheininin töistä, joiden teoreettisia juuria ei voi palauttaa suomalaisen traditioon.

⁴¹¹ On myös huomattava, että perinteinen tapa jakaa valtiosääntöoikeus vain kahteen alueeseen jättää vertailevan valtiosääntöoikeuden tutkimuksen pahasti ulkopuolelle, kuten *Markku Suksen* kansanäänestysinstrumenttia koskevan väitöskirjan (1993) ja *Veli-Pekka Hautamäen* perustuslain auktoritatiivista tulkintaa koskevan väitöskirjankin (2002).

Jukka Viljanen (2003) on vienyt väitöskirjallaan kotimaisen perusoikeustematii-
kan selvemmin eurooppalaiselle ihmisoikeustasolle tarkastellessaan Euroopan
ihmisoikeustuomioistuimen roolia ihmisoikeusjuridiikan yleisten oppien kehiti-
telijänä.

Peruserimielisyyksien välisiä eroavuuksia eivät uudetkaan tutkimukset tai
yleisempi perusoikeuksiin kohdistuva tutkimuspainotus ole kuitenkaan ratkais-
seet. Jos asiaa tarkastellaan yksityisten kannalta, niin voidaan kai sanoa, että
yksityisten kannalta ei ole oleellista saako hän vedota omassa asiassaan suoraan
johonkin perusoikeuteen vai toteutuvatko hänen oikeutensa alemmantasoisien
normiston turvin. Valtiosääntötutkijoille perusoikeuksien korostaminen antoi
uutta pontta, sillä muiden juridiikan alojen tutkijoiden jo kalkkeutuneeksi ja
tavallisille kansalaisille vieraaksi tuomittu alue kohosi statusasemaltaan. Valtio-
sääntötutkijan tieteellistä omanarvontuntoa epäilemättä hiveli myös se, että hän
saattoi saavuttaa aivan uudella tavalla yhteistä ymmärryspohjaa rikosoikeuden,
prosessioikeuden, ympäristöoikeuden tai varallisuus oikeuden edustajien kanssa.
Valtiosääntöoikeuden tutkija ikään kuin näennäisesti välttäisi tällä tavoin hanka-
lat yhteydet hänen oman oikeudenalansa perinteiseen muita oikeudenaloja kum-
mastuttavaan poliittiseen toimintaan ja erityisesti siihen rooliin, mikä valtiosään-
töoikeuden tutkijoilla on vähintäänkin välillisenä osana valtioelinten keskinäis-
sessä valtakampailussa. Tämä rooli ei kuitenkaan ole väistettävissä. Se johtuu
valtiosääntöoikeudesta itsestään; se on oikeusjärjestyksen se osa, jonka keskeise-
nä funktiona on niveltää oikeutta ja politiikkaa toisiinsa. Perusoikeuksien suhde
politiikkaan tulee useinkin esille silloin, kun PeV miettii jonkin yksittäisen TSS-
oikeuden konkreettista tasoa – lopputulemaan päädytään tuskin *puhtaan* juridii-
kan pohjalta.⁴¹² Tämä lienee niin itsestään selvää, että se vaikuttaa ääneen todet-
tuna jonkin sortin latteudelta.

Onko kehityksessä sitten jotain, jota olisi *ehkä* pidettävä pulmallisena? Tilan-
ne saattaa olla sellainen, että erikoistuneilla oikeudenaloilla onkin omia runsaa-
seen normistoon sisältyviä sisäisiä – sinänsä legitimejä – tavoitteita tai muita
tärkeitä oikeuden kulttuurisen tason elementtejä, jotka eivät tule lainkaan näky-
viin perusoikeuksien muodostamassa huomattavasti niukemmassa normistos-
sa.⁴¹³ Kun perusoikeudet on myös kirjoitettu hyvin yleisin ja selvästi arvosidon-
naisin normein on myös kovin vaikea uskoa, että tavallisten lakien säännösten
tulkinnan yhteydessä voitaisiin sittenkään saada merkittävää tulkinta-apua pe-
rusoikeussäännöksistä.⁴¹⁴ Korkeimpien oikeuksien käytännön niukkuus tuntuu

⁴¹² Huomiota herättänyt laman aikaan sijoittunut esimerkki on perusoikeusuudistusta edeltäneen
ajan ratkaisu PeVL 32/1992, jossa HM 6.2 §:n todettiin olevan ”yleisesti ohjelmanluonteinen”.

⁴¹³ Vrt. Nuotio 1998: 158.

⁴¹⁴ Esim. *Hidén* (2002: 1172) kirjoittaa seuraavasti (erit. omistusoikeutta koskevaa perusoikeutta
silmällä pitäen): ”Sellaiset määritteet kuin ’riittävän täsmällisesti’ määritetty, ’hyväksyttävä’, ’pai-
navan’ yhteiskunnallisen tarpeen vaatimia, ’ytimeen’ ulottuvaa, ’suhteellisuusvaatimuksen mukai-

puoltavan tässä esitettyä näkemystä; lisääntyvistä viittauksista huolimatta vain hyvin harva juttu lieenee varsinaisesti ratkaistu perusoikeutta soveltamalla.⁴¹⁵

3.1.4.1 Perusoikeudet ja oikeudellistuminen

Koska perusoikeuksien painottaminen ja suoran sitovuuden korostaminen todellakin vaikuttavat yksittäisten ihmisten oikeusasemaa kohentavasti, on kehitystä syytä pitää näiltä osin varauksetta onnistuneena ja kannatettavana. Valitettavasti vain harvat oikeudelliseen sääntelyyn ja yhteiskunnalliseen normiohjaukseen liittyvät kysymykset ovat yksiulotteisia. On nimittäin niin, ettei kukaan näytä kantavan huolta yhteiskunnan yhä lisääntyvästä oikeudellistumisesta ja tässä tapauksessa sen erityismuodosta eli konstitutionalisoitumisesta.⁴¹⁶ Itse asiassa järjestelmän valtiosääntöistymistä arvioidaan yksinomaan myönteisessä valossa.⁴¹⁷ Esimerkiksi Yhdysvalloissa useimmat yhteiskunnalliset tai moraaliset ristiriidat juridisoidaan ja keskustelua käydään yhteiskunnallisten tai moraalisten argumenttien sijaan oikeusnormeihin vedoten.⁴¹⁸ Samantyyppisiä piirteitä ilmeni kirjan 2.1 luvun analyysissä, jossa EY-tuomioistuimen toiminta osoitettiin pohjimmiltaan politisoituneeksi sanan yleisessä merkityksessä (ks. tark. luvussa 1). Tällaisen kehityspiirteen perusteisiin ja yhteiskunnallisiin vaikutuksiin saakka etenevä 2000-luvun keskustelu on meillä tyystin sivuraiteilla. Aikaisemmin 1980-luvulla käyty keskustelu oikeudellistumisesta liittyisi näihin kysymyksiin erittäin likeisesti, mutta 1990-luvulla ja 2000-luvun alussa tähän kiinnitetään enää vain niukalti huomiota. Tästä huolimatta aiemmin esillä ollut *refleksiivinen* oikeus ajatuksineen saattaisi olla relevantti myös tänä päivänä, kun halutaan korostaa perusoikeuksia koko järjestelmän *sisällöllisinä* arvoina.⁴¹⁹

sia’, ’hyväksyttävän’ tarkoituksen saavuttamiseksi, ’perusteltua ottaa... painavuus suhteessa’ jättävät väistämättä huomattavasti liikkumatilaa, jäävät yleiselle tasolle ja ovat sen vuoksi ymmärrettävästi myös helposti hyväksyttäviä.” *Wilhelmsson* (2001: 222) toteaa – oman tarkasteluperspektiivinsä näkökulmasta – seuraavasti: ”Många konkreta ansvarsåttliga avvägningar gäller också frågor som knappast på ett naturligt sätt kan formuleras i termer av grundrättigheter”.

⁴¹⁵ Ks. kuitenkin KHO 1999:80 ja oikeustapauskommenttini siitä (Husa 2001a: 129–140). Juttu ratkaistiin asiallisesti nojaamalla perusoikeuteen. Myös KHO:n ratkaisussa 1997:128 nojaututtiin selvästi perustuslakiargumentaatioon (PeL 18.3 §), kuten myös KHO:n ratkaisussa 2000:10 (PeL 12 §).

⁴¹⁶ Käytän konstitutionalismia tässä yhteydessä negatiivisessa merkityksessä, vaikka se demokraattisen oikeusvaltion teoriassa olekaan kielteisenä nähtävä piirre. *Habermas* (1992: 533) käyttää sitä myönteisessä mielessä arvioidessaan erityisesti massamediaan kohdistuvaa valtiosääntöperiaatteista käsin lähtevää sääntelyä.

Mainitun tyyppinen negatiiviseen ”valtiosääntöistymiseen” tai *oikeuksien* kautta tapahtuvaan oikeudellistumiseen liittyy kuitenkin läheisesti Habermasin teoriakehittelyn edelliseen vaiheeseen kuulunut ajatus eli elämism maailman sisäisen kolonisaation teesi. Ks. tark. *Habermas* 1987: 356–373.

⁴¹⁷ Ks. erit. *Viljanen* 2003.

⁴¹⁸ Tämän piirteen klassinen kuvaus ks. de Tocqueville 1994: 263–270.

⁴¹⁹ Ks. tästä myös *Laakso* 1990: 53–54.

Perusoikeusproblematiikka on perusoikeuksien arvoluonteesta johtuen paikoin varsin tulkinnanvaraista ja pitkälle menevää täsmentämistä edellyttävää. Vaikka esim. PeL 19.1 § turvaa jokaiselle oikeuden välttämättömään toimeentuloon, niin KHO:n mukaan (2000:16) tuen hakijalta voidaan edellyttää (tavallisessa laissa säädetyllä tavalla) vastavuoroista suoritusta eli po. perusoikeus on subjektiivisesta luonteestaan huolimatta jollain tapaa vastikkeellinen. Näin katsoen po. perusoikeus ei vaikuta aidossa mielessä suoraan sovellettavalta normilta, vaan yleisemmin valtiosääntöiseltä perusarvolta, jonka varsinainen oikeudellinen sisältö ilmeneekin tavallisesta lainsäädännöstä.⁴²⁰

Oikeudellistumisella viitataan siihen yleiseen kehitykseen, jossa erilaiset ilmiöt pyritään saattamaan oikeudellisen sääntelyn ja ratkaisutoiminnan kohteeksi.⁴²¹ Oikeudellistuminen (*Verrechtlichung*) ilmentää sitä oikeuskulttuurista muutosprosessia, jonka tuloksena yhteiskunnalliset ja poliittiset ristiriidat muunnetaan oikeudelliseksi. Tällaisen muuntamisprosessin myötä poliittiset ja yhteiskunnalliset riidat käydäänkin yhteiskunnallisten ja moraalisten argumenttien sijaan juridisin argumentein.⁴²² *Thomas Mathiesen* tiivistää oikeudellistumisen siihen, että ”den ursprungliga konflikten ges en ny karaktär genom att den ombildas till en konflikt av juridisk art”.⁴²³ Yhteiskuntateoreettisesti tätä voinee pitää intentionaalisenä metamorfoosina. Kuten *Jukka Kultalahti* toteaa, tällainen arvojen juridisoimispyrkimys ei ole vailla ongelmia. Hän huomauttaakin siitä, että perusoikeudet kattavat vain osan – joskin tärkeän sellaisen – arvo- ja moraaliperiaatteista.⁴²⁴ Perusoikeudet ovat siis *arvojärjestelmänä* vajavaisia. Tähän liittyy myös toinen periaatteellisesti tärkeä näkökohta. Mikäli perusoikeuksien luonnetta arvoina halutaan korostaa, niin silloin on syytä huomioida mahdollisuus lainkäytön muutokseen *soveltavasta* toiminnasta kohti arvoja *luovaa* toimintaa. Habermasin mukaan voi syntyä riski siihen, että tuomioistuinten ratkaisut voivat muuttua demokraattisen oikeusvaltion omien periaatteiden kannalta irrationaalisiksi tällaisessa tilanteessa. Normatiivinen lainkäyttöargumentaatio voi muuttua funk-

⁴²⁰ Ks. myös PeVL 17/1996 ja PeVL 20/1998.

⁴²¹ Tässä kehityksessä on kyse de facto ilmiöstä; siihen ei juuri vaikuta se, millainen valtiosääntö-oikeudellinen asema tuomioistuimilla muodollisesti järjestelmässä tulee olla. Muodollisesta asemasta ks. esim. Saraviita 2000:89–94. Ks. myös LaVL 9/1998.

⁴²² Ks. Tala 1988: 165–167. Habermas (1987: 370) kiinnittää asiaan huomiota erityisesti *kommunikation* näkökulmasta: ”It is the medium of the law itself that violates the communicative structures of the sphere that has been justified.”

⁴²³ Mathiesen 1985: 114. *Joakim Nergeliuksen* (1999: 55–56) määrittely on samansuuntainen. Hänen mukaansa useat poliittiset ja luonteeltaan tärkeät kysymykset ratkaistaan tuomioistuinten ja muiden juridisten elinten toimesta hallituksen ja eduskunnan sijaan. Näin – kuten hän sanoo – poliitikat menettävät monopolinsa tärkeisiin poliittisiin päätöksiin.

⁴²⁴ Ks. Kultalahti 2003: 706. Tästäkin syystä johtuen perusoikeuksien lisääntyvää käyttöä ja siitä potentiaalisesti seuraavaa oikeudellistumista on hankala pitää *ideologisesti* neutraalina (vrt. Wiklund 1999:86–89).

tionaaliseksi ja asetettuun oikeuteen perustumattomaksi arvoargumentaatioksi.⁴²⁵

Miten oikeudellistuminen ja perusoikeudet sitten ehkä liittyvät toisiinsa siten, että niiden liittymäkohdalla on yhteyksiä sekä vallanjako-oppiin että uudempaan valtiosääntöiseen teoriaan demokraattisesta oikeusvaltiosta? Kovasti yksinkertaistaen voidaan kysyä, onko ehkä olemassa vaara siitä, että asiantuntijat kehittävät uuden *professionaalisen metadiskurssin*, joka ei aukene edes muille juridiikan ammattilaisille saati sitten tavallisille kansalaisille? Kun yksityisten suhde julkiseen valtaan määritetään ensisijaisesti perusoikeuksien välityksellä, niin sillä on kai väistämättä jokin vaikutus siihen, miten yksityisten asemasta yleensä puhutaan. Moraalisten argumenttien tilalle tulevat juridiset argumentit ja niitä ammatikseen tuottavat ja käyttävät valtiosääntöjuristit, jotka astuvat politiikoiden ja muiden maallikoiden sijaan.⁴²⁶ Tämä voi merkitä sitä, että keskustelu nk. hyvästä elämästä muuntuukin keskusteluksi jonkin tietyn perusoikeussäännöksen täsmällisestä sisällöstä; yleinen arvodiskurssi voi muuntua erityiseksi keskusteluksi tulkintajuridiikasta.⁴²⁷ Tässä suhteessa perusoikeuksien suoran sovellettavuuden korostaminen – erityisesti lakien perustuslainmukaisuuden kontrollin yhteydessä – voi *potentiaalisesti* aiheuttaa tavoiteltujen hyötyjen lisäksi myös ennakoimattomia kielteisiä yhteiskunnallisia vaikutuksia, joista 1980-luvun oikeudellistumiskeskustelussa oli puhe. Erityisen kirpeiltä nämä ongelmat vaikuttavat lakien perustuslainmukaisuuden jälkikontrollin yhteydessä. *Esko Riepula* toi jo 1970-luvun alussa esiin tietyn perushavainnon, jonka ydin on edelleen perusteltu, vaikka se tuotiinkin esiin tyystin toisenlaisessa yhteiskunnallisessa tilanteessa: lakien perustuslainmukaisuuden kontrolli ei muutu sen epäpoliittisemmaksi sillä, että se siirretään lainsäädäntöelimen ulkopuolelle.⁴²⁸

Yllä olevan arviointitavan näkökulmasta perusoikeudet tulisi nähdä myös yhteiskunnallisen järjestelmän osana, ei vain oikeusturvaa ja yksilöiden vapautta ja oikeuksia turvaavina ”viattomina” juridisinä instrumentteina. Julkisen vallan ja talousjärjestelmän suitsiminen oikeuden avulla on myös väistämättä *jotain muuta* kuin silkkaa yksilöiden poliittisen autonomian ja kansalaisyhteiskunnan suojaamista, joita Länsineva korostaa.⁴²⁹ Kysymys on yhteiskunta-

⁴²⁵ Habermas 1992: 316.

⁴²⁶ Samansuuntaisesti – kommunikaatioon ja moraalidiskurssiin liittyen – myös Wilhelmsson (2001: 119), joka varoittaa siitä, että perusoikeusajattelusta voisi tulla ”juristernas försök att lägga beslag på hela samhällspolitiken”. Ks. myös emt. s. 224.

⁴²⁷ Habermasin oikeusvaltioteorian kielelle käännettynä kyse voi olla kommunikaation ja demokratian välisestä suhteesta: Ovatko tuomioistuinten tuottamat perusoikeustulkinnat sillä tavoin legitiimejä, että niiden voidaan katsoa vastaavan parlamentaarista lainsäädäntömenettelyä ja sen diskursiivisen prosessin mallin mukaisia ehtoja? Ks. myös Scheuerman 1999: 156.

⁴²⁸ Riepula 1973: 352.

⁴²⁹ Länsineva 2002: 23.

teoreettisesti monimutkaisempi, koska siihen liittyy myös eri vallan haarojen erottelu ja oikeuden rooli (myös siis perusoikeuksien) elämismailman potentiaalisessa kolonisoimisessa ja – habermasilaisittain – kommunikaatiomuotojen vääristymisessä.⁴³⁰

Julkisoikeuden rajanvetojen kannalta kyse on – provosoivasti ilmaisten – legalistishenkisestä muuntamisoperaatiosta, jossa poliittinen halutaan muuntaa oikeudelliseksi perustuslakiargumenttien välityksellä. Tällöin poliittinen valtataistelu muuntuu taisteluksi siitä, mikä on oikeusjärjestyksen sisältö.⁴³¹ Jos perusoikeuksien merkitystä ja suoraa sovellettavuutta halutaan muu ohittaen priorisoida, niin tällöin tulisi tasapainon vuoksi myös samalla pitää esillä niitä mahdollisia järjestelmän makrotason ongelmia, joita lisääntyvä legalismi ja oikeudellisten aspektien korostaminen voivat ehkä aiheuttaa jälkimodernissa fragmentoituneessa ja pluralistisessa yhteiskunnassa.⁴³² Tämä siitakin huolimatta, ettei pääasiallisesti perusoikeusvetoisen lainkäytön mahdollisuus ehkä vaikuttaisikaan edes kovin realistiselta.⁴³³ Ehkä konfliktialtiuttakaan ei ole syytä liikaa korostaa. Voihan nimittäin käytännössä olla niin, että tuomioistuimet pystyvät etsimään sellaisia ratkaisuja, joiden avulla perus- ja ihmisoikeusvelvoitteet voidaan huomioida siten, ”etteivät tuomioistuimet sivuuta lainsäätäjän ensisijaista tehtävää vastata yhteiskunnallisista arvotarkoituksista”.⁴³⁴ Riskin olemassaoloa ei silti voitane ihan kokonaan kieltääkään. Toisaalta sitä ei pidä tietenkään paisutellakaan.⁴³⁵

Perusoikeuksien korostaminen voi kuitenkin olla omiaan viemään kohti tuomarivaltiota, jonka perusajatuksena on, että tuomioistuinlaitos toimii kaiken po-

⁴³⁰ Kolonisaatioteesistä tark. ks. Habermas 1987: 333–373, erit. s. 370.

⁴³¹ Vrt. Jyräki 1989: 17–18. *Kultalahti* (2003: 709) kysyy ”minkälaisen mekanismien kautta arvot voidaan juridisoida kestäväällä tavalla – vai voidaanko ollenkaan”.

⁴³² *Mutatis mutandis*: ”En mycket generaliserad och formaliserad ansvarsrätt kan helt enkelt inte förenas med komplexiteten i dagens samhälle”. Wilhelmsson 2001: 195.

Ongelmia voi löytyä jo perusoikeusjärjestelmästä itsestään. Voidaan hyvin ajatella, että tuomioistuimen ratkaisu, joka rikkoo perustuslakia myöhemmän lain sanamuotoa vastaan voi olla ongelmallinen muiden saman normin soveltamisen kohteena olleiden yhdenvertaisuuden näkökulmasta; yksilö julkisen vallan käytön kohteena tulee tällöin asetetuksi eriarvoiseen asemaan muihin yksilöihin nähden julkisen vallan objektina. Vrt. Jyräki 2003: 446.

⁴³³ Ks. esim. Leppänen 1999: 37. Jos ihan tarkkoja ollaan, niin käytännön sovellustilanteessa saattaakin olla niin, että suurempi praktinen ongelma on siinä, ettei perusoikeuksia osata/haluta/uskalta soveltaa yksittäisten tapausten ratkaisuun tavalla, joka olisi aiempaa selvästi ”aktivistisempää”, mutta pysyttäytyisi silti norminsoveltamiskurssin puitteissa. En väheksy tätä ongelmaa, mutta – kuten lukija varmasti huomaa – tekstini päämielenkiinnon kohde on asian periaatteellisempi ja yleisiin oppeihin liittyvä puoli. Tosin lienee selvää, että ”perusoikeusjuridiikkaa” voidaan näköjään myös tehdä ilman eksplisiittisiä perusoikeusviittauksia, kuten KHO:n toimeentulotukea koskevan jutun (KHO 2000:16) ratkaisu osoittaa.

⁴³⁴ Aer 2003: 58.

⁴³⁵ Vrt. Tuori 2003. *Holmström* (1998: 15) nimenomaan on puolestaan sitä mieltä, että perus- ja ihmisoikeudet ja niiden kasvanut merkitys ovat aiheuttaneet ”en renässans för den dömande makten som politisk maktfaktor.”

litiikan yläpuolella ja toteuttaa ihmisten oikeudet ja demokratian vaatimukset lainsäätäjää ja demokraattisesti valittuja päättäjiä paremmalla tavalla.⁴³⁶ Jos hyväksymme Habermasin *Faktizität und Geltung* (1992) teoksen perusajatuksen siitä, että demokraattisen lainsäädäntöprosessin pitäisi olla keskeisin valtiollisen vallan käytön kontrolloija ja hillitsijä, niin pitäisikö tämän teoreettisen perusidean myös heijastua perusoikeudet/oikeudellistuminen -keskusteluun.⁴³⁷ Voiko polysentrisoituvaa järjestelmää pitää eheänä perusoikeuksien avulla, vai sopisiko vallanjako-oppi siihen ehkä paremmin? Vai ovatko molemmat näistä tähän yleiseen systematisointitarkoitukseen yhtä lailla sopimattomia, ja onko meidän pelkästään tyytyminen ”pieniin hyviin kertomuksiin”? Näissä kertomuksissa perusoikeuksien voidaan kuitenkin havaita vallanjakoa helpommin olevan käytettävissä osana oikeudellista argumentaatiota. Ongelmallista voi tosin olla se, että perusoikeusajattelun vahvin ruuti onkin jo käymässä niin kuivaksi, ettei sen avulla ole enää mahdollista tehokkaasti kulkea kohti parempaa yhteiskuntaa – jokaista perusoikeutta kun tuntuu vastaavan toinen sille soveltamistilanteessa vastakkainen oikeus. Oikeus luontoon kohtaa oikeuden omaisuuteen ja oikeus vapauteen oikeuden turvallisuuteen jne.

3.1.5 Pohdinta

Oikeusjärjestyksen myöhäismodernien hajautumistendenssien sekä kansainvälistymisen johdosta on oikeustieteen suuntautuminen yleisiin oppeihin (ja oikeuden fundamentaaliseen kielioppiin) perusteltua, koska niiden avulla kyetään edes *puolittaisesti* vastaamaan niihin haasteisiin, joita oikeusjärjestyksen jatkuva monimutkaistuminen ja erikoistuminen aiheuttavat. Oikeudenalojen sisäisesti yleisillä opeilla on systematisoiva ja koostava funktio, mutta eri oikeudenalojen kesken yleisten oppien eroavaisuus voi aiheuttaa myös oikeustieteen lohkojen yhä pidemmälle vievään erikoistumiseen; sosiaalioikeuden ekspertin voi olla hyvinkin vaikea ymmärtää ympäristöoikeuden eksperttiä tai sopimusoikeuden asiantuntijan rikosoikeuden asiantuntijaa. Yleisiltä opeilta on tuskin kovin viisasta odottaa liikoja, vaikka niiden avulla voitaisiinkin pitää eräitä sääntelykoko-

⁴³⁶ Tekstissä ilmaistu ajatus on pääpiirteissään sama kuin *Pohjolaisen* PeV:lle perusoikeusuudistusta koskevassa lausunnossa esitetty (päiväty 27.4.1994). Tällaisen ajattelutavan teoreettisluonteisesta kritiikistä ks. esim. Lavapuro 2001.

⁴³⁷ Saattaa tosin olla, että tässä kohden esitetty on turhankin kireälle pingotettua ”kirjoituspöydän takaa” kuuluvaa analyysia. Voi nimittäin hyvinkin olla, että perusoikeusnäkökulma voi joissain tilanteissa rikastuttaa esim. talouspoliittista keskustelua, joka voi muutoin tapahtua kovin vahvasti ”markkinavoimien tai taloudellisten välttämättömyyksien ehdoilla”, kuten *Länsineva* (2002: 132) huomauttaa. Tämä huomautus on kuitenkin ihan jotain muuta kuin ajatus *koko* järjestelmän (perusoikeuslähtöisestä) systematisoinnista. Palaan teemaan tarkemmin kirjan viimeisessä luvussa.

naisuuksia vielä jollain tapaa hallinnassa ja saada niiltä tiettyä oikeuden *esittämi-*
seen liittyvää pedagogista apua.⁴³⁸

Jälkimodernille tyypilliset oikeuslähdeopin polysentrisyys ja pirstaleisuus lie-
nevät jätäkseen, mutta toisaalta oikeustieteen tehtävänä voidaan edel-
leen pitää partiaalista systematiikan ja koherenttisuuden luomista; valtiosääntö-
oikeustieteen osalta tämä rajoittuu lähinnä oman omaleimaisen alueen systeemin
rakentamiseen.⁴³⁹ Vaikka perusoikeudet kaipaavat myös omia yleisiä oppeja, nii-
tä tuskin voidaan irrottaa valtiosääntöoikeuden alan kokonaisuudesta tai demo-
kraattisen oikeusvaltion peruselementeistä. Yhteisen arvopohjan puuttuessa val-
tiosääntöoikeutta sitonee yhteen sen luonne ennen kaikkea valtiollista päätök-
sentekoa ohjaavana normistona eli perusluonteeltaan poliittisena oikeutena. Po-
liittisuus ei laisinkaan laimene sillä, että demokraattisesti valitun lainsäätäjän
operointivälineeksi otetaan ihmis- ja/tai perusoikeudet. Oikeastaan dilemma
piirtyy tällöin esiin entistäkin selvemmin, kuten Habermas asian näkee.⁴⁴⁰

Jos palautamme keskustelutason valtiosääntöteorian tasolle niin *Kaarlo Tuo-*
rin, paljolti Habermasin ajattelusta ponnistava, yhteiskuntateoreettisesti orien-
toitunut demokraattista oikeusvaltiota koskeva teoretisointi osoittaa, kuinka ky-
symykset esimerkiksi demokratiasta, oikeusvaltiosta ja perusoikeuksista nivou-
tuvat kiinteästi yhteen (tästä tarkemmin seuraavassa luvussa). Sidos on esillä
vahvasti myös Habermasin demokraattisen oikeusvaltion teoriassa, jossa erään-
lainen peruskäsitys on se, että nimenomaisesti oikeusvaltio ja demokratia ovat
jollain sisäisellä ja merkittäväällä tavalla elimellisesti yhteydessä toisiinsa.⁴⁴¹ Tä-
hän liittyy myös valtiovallan kolmijaon ja oikeusvaltion välinen fundamentaali-
nen sidos, joka puolestaan kattaa sekä instituutiot että perusoikeudet. Kaikki
näyttää vaikuttavan kaikkeen. *Carl Schmitt* ilmaisee asian iskevään tyyliinsä:
”Grundrechte und Gewaltenteilung bezeichnen demnach den wesentlichen In-
halt des rechtstaatlichen Bestandteils der modernen Verfassung”.⁴⁴² Oikeusvalti-
on oleellinen sisältö siis näkyy nimenomaan perusoikeuksien ja vallanjaon kaut-
ta. Ongelmana on kuitenkin se, vievätkö kaikki tiet samaan suuntaan, edistävät-
kö ne oikeuden systeemisyttä vai onko niiden tosiasiallinen vaikutus jotain ihan
muuta.

⁴³⁸ Vrt. Wilhelmsson 2001: 219–220.

⁴³⁹ Vrt. Wilhelmssonin samantyyppiseen ajatukseen vastuuoikeuden osalta (2001: 221).

⁴⁴⁰ ”Human rights may be quite justifiable as *moral* right; yet as soon as we conceive them as elements of *positive* law, it is obvious that they cannot be paternalistically imposed on sovereign legislator. The addressees of law would not be able to understand themselves as its authors if the legislator were to discover human rights as pre-given moral facts that merely need to be enacted as positive law. At the same time, this legislator, regardless of his autonomy, should not be able to adopt anything that violates human rights.” Habermas 1996: 141.

⁴⁴¹ Ks. Habermas 1996: 137.

⁴⁴² Schmitt 1983: 127.

Vaikka kahdella valtiosääntöoikeuden perusalueella onkin paljon omia niille tyypillisiä kysymyksiään, kohtaavat nämä kaksi tematiikka-aluetta toisensa nimenomaan yleisten oppien alueella. Kun on kyse esimerkiksi vallanjaosta, normihierarkiasta tai sen rippeistä, oikeuslähdeopista, perusoikeuskonfliktien ratkaisemisesta, perustuslaintulkintatavoista, oikeusvaltioperiaatteesta, parlamentarismista niin näitä kahta aluetta lieenee epämielekästä erottaa toisistaan.⁴⁴³ Samalla tavoin yritys erottaa poliittinen ja oikeudellinen on vaikea operaatio; työnjakona se ehkä toimii, mutta onko se silti illusatorinen. Voisiko perusoikeustulkinnoista tai ylimpiä valtioelimiä koskevasta tulkintajuridiikasta koskaan tehdä täysin epäpoliittista? Luulen että ei, eikä siihen taida olla tarvettakaan: näiltä osin fundamentaaliset rajanvedot saattavat olla vanhentuneita. Kysymys taitaa koskea mieluummin näiden alueiden välisiä *painoarvoja* kuin sitä, etteivät ne olisi yhtä aikaa olemassa. Toisaalta, kun puhumme lainopin systematisointitehtävästä, niin kyse on myös siitä, *millainen* rooli näillä eri alueilla voisi olla oikeuden systematisoinnin kannalta.⁴⁴⁴

Voidaanko sitten edes vastata väistämättä eteen tulevaan kysymykseen, kumpi on tärkeämpi osa valtiosääntöä, perusoikeudet vai instituutiot eli hallitsemista koskevat osa. Ehkä joitain viitteitä voidaan saada siitä, että yritetään hahmottaa kysymystä perusoikeuksista yksityisen kannalta. On huomattava, että *yksilön oikeusaseman kannalta heitä koskevan perusoikeusnormiston hierarkkinen status ei ole sinänsä merkityksellinen tekijä*, koska yksityinen on kiinnostunut useammin häntä koskevien oikeuksien tehokkuudesta. Oikeusturvaa tarvitsevan yksityisen oikeuksien toteutumisen kannalta kysymys hänen oikeuksiensa hierarkkisesta säädöstasosta on sittenkin sekundäärinen. Miten perusoikeuksiin vetoaminen voi olla – oikeudellisesti perustellulla tavalla – tuloksiin nähden tehokkaampaa kuin niitä konkretisoivaan tavalliseen lainsäädäntöön vetoaminen oikeudenloukkausten yhteydessä, on lopultakin epäselvää.⁴⁴⁵ Toinen tärkeä keskusteluun esitetty lisänäkökohta liittyy lakien säätämiseen; lainsäätäjällä tulee olla oikeus *tehdä politiikkaa*, kyse ei ole *vain* perustuslainsäädännösten soveltamisesta.⁴⁴⁶ Ajatus siitä, että perustuslaki kattaa jo ennalta kaikki yhteiskuntapoliitti-

⁴⁴³ Esim. Tuori (2002c: 223) katsoo, että vain *alustavasti* voidaan valtiosäännön oikeudelliset funktiot liittää oikeuksiin ja poliittiset funktiot instituutioihin. Tuori katsoo, että tällainen toimi on alustava, koska yksityiskohtaisempi analyysi paljastaa niiden liittyvän toisiinsa. Kyse voi olla lähinnä *painoarvoista*, ei poissulkemiseen perustuvasta työnjaosta.

⁴⁴⁴ Esim. Tuori (2003) katsoo, etteivät demokratiaa ja vallanjakoa koskevat periaatteet mitätöi lainkäyttäjille ja oikeustieteelle kuuluvia perusoikeuksien toteuttamiseen liittyviä tehtäviä, vaan pikemminkin tasapainottavat niitä ja määrittävät niiden välisiä rajoja.

⁴⁴⁵ Pohjolainen 1992: 8. Esim. *Epp* (1996) on osoittanut Kanadan vuoden 1982 perusoikeusuudistusta koskevassa tutkimuksessaan, että perusoikeuksien sääntelytasolla ei ole juurikaan merkitystä, koska tärkeämpiä tekijöitä perusoikeuksien toteutumiselle ovat erilaiset reaaliset tekijät, jotka vaikuttavat perusoikeuksien toteutumiseen.

⁴⁴⁶ Ks. tark. Jyränki 2003: 230.

set ja moraaliset kannanotot ja että loppu on vain olemassa olevan ohjelman toteuttamista, on tietenkin kelvoton; kuin suoraan peräisin jonkin oikeuspositiivismin brutaaliversion kauhukabinetista.

Kysymystä valtiosääntöoikeuden kahdesta elementistä ja niiden tärkeysjärjestyksestä voidaan myös lähestyä ajatuskokeella, joka muotoillaan hiukan provokatiivisina kysymyksinä. Nämä kysymykset ovat seuraavat: Onko valtiosääntö lainkaan valtiosääntö, konstituutio, jos se ei koske valtiomuotoa, ylimpien valtiotelinten asettamista, asemaa ja keskinäissuhteita? Onko valtiosääntö lainkaan valtiosääntö jos siinä ei säädetä valtion ja yksityisen välisestä suhteesta? Kysymysten vaikeudesta ja eriävistä käsityksistä huolimatta luulen, että *Giovanni Sartori* kiteyttää asian ytimen osuvasti:

”Is a constitution without a bill of rights an incomplete constitution?... Today ‘rights’ are more important than ever, but one may doubt whether their transformation in material entitlements still belongs to the constitutional fabric. I would put it thus: that a constitution without a declaration of rights still is a constitution, whereas a constitution whose core and centerpiece is not a frame of government is not a constitution.”⁴⁴⁷

Sartorin kanta lähtee liikkeelle siitä klassisesta perusajatuksesta, että viime kädessä valtiosääntö on ”hallitusmuotoa” tai poliittista konstituutiota koskeva normisto, jonka primäärinä kohteena ovat valtion keskeisimmät instituutiot. Tämä kanta ei ole perusoikeusvastainen, vaan pikemminkin siinä on kyse siitä, mikä on valtiosäännön perustehtävä ja mikä on valtiosääntöoikeuden sääntelyn ydinalue.⁴⁴⁸ Valtiosääntöoikeudessa on paljolti kysymys myös demokratiasta ja oikeusvaltiosta, jotka eivät tyhjene perusoikeusluttuvuuteen.⁴⁴⁹ Perusoikeuksien tietty ongelmallisuus johtuu tässä kohden siitä, että ne jäävät pakostakin väljiksi arvolausekkeiksi, jotka jättävät ehkä turhan paljon tilaa säännösten soveltajille, joita ei ole valittu kansanedustuselinten tapaan demokraattisin menettelytavooin (tarkemmin tästä seuraavassa luvussa).⁴⁵⁰ Sartorin edustama ajattelu on tosin nykyaikaisen konstitutionalismin normihierarkian tehokkuusvaatimuk-

⁴⁴⁷ Sartori 1994: 197–198. Sartorin ajattelu on sukua USA:n valtiosääntöoikeuden klassikon *Alexander Hamiltonin* miettelille, joissa tämä arvioi perusoikeusluetteloita osavaltioiden perustuslaeissa seuraavasti: ”State bills of rights... would sound much better in a treatise of ethics than in a constitution of government.” Madison, Hamilton & Jay 1987: 475–476.

⁴⁴⁸ Jyräki (2003: 24–25) pitää puolestaan kiistattomana, että valtiosääntöoikeuden tutkimus on ”poliittisen vallan perussääntelyn” tutkimusta. Tulkitsen tätä siten, että se osoittaa samaan suuntaan kuin *Sartorin* esittämä ajatus valtiosääntöoikeuden yleisestä yhteiskunnallisesta funktiosta.

⁴⁴⁹ Ks. Husa 1997b: 214–221.

⁴⁵⁰ Tästä erillinen on se vertailevan valtio-opin havainto, että korkea ihmis- ja perusoikeustaso yleensä liittyy poliittisten demokratioiden pohjana olevaan toimivaan taloudelliseen järjestelmään. Ks. esim. Lane & Ersson 1994: 84–85.

sen kannalta ilmeisesti riittämätön, vaikka sen sisältämä valtiosääntöoikeuden perusluonnehdinta olisikin kestävämmällä pohjalla.

Jyränki on monissa yhteyksissä painottanut valtiosääntöoikeuden olevan poliittisen vallan perussääntelyn tutkimusta, annettiinpa tälle sääntelylle sitten millaisia nimityksiä tahansa. Pidän näiden kannanottojen oikeusteoreettista ja oikeushistoriallista perustaa erittäin vahvana. Niin tärkeänä ja merkittävänä osana kuin perusoikeuksia pidetäänkin, ei valtiosääntöoikeuden ja poliittisen vallan kytkentää voida koskaan työntää syrjään. Norjalainen valtiosääntöjuristi *Eivind Smith* luonnehtii politiikan ja oikeuden suhdetta valtiosääntöoikeuden alueella mielestäni osuvasti:

”Uansett hvilket syn man har på disse spørsmål er det viktig å holde i mine att grunnloven *primært* er et politiske fenomen ... grunnloven setter de mest grunnleggende *spillreglene* for det politiske strykingssystemet i et land. Finnes det noen funksjon som er mer politisk?”⁴⁵¹

Pakkoavioliitto politiikan kanssa on valtiosääntöoikeustieteen imago-ongelma sen suhteissa muihin oikeustieteen aloihin, mutta toisaalta se on myös juuri se tekijä, joka antaa tälle oikeudenalalle sille tyypillisen sisällön; fundamentaalinen rajanveto oikeuteen ja politiikkaan liittää valtiosääntöoikeustieteen juridiikan lohkoista lähimmäs poliittisen sfääriä. Kumman tahansa valtiosääntöoikeuden perusalueen (instituutiot tai perusoikeudet) ylikorostaminen aiheuttaisi tämän oikeudenalueen perusluonteeseen hämärtyksen. Yritys vetää raja uudelleen siten, että valtiosääntöoikeustiede ottaisi pääkohteekseen ”oikeudellisemmaksi mielletty” perusoikeudet olisi samalla pohjimmiltaan yritys tehdä uudelleen erottelu oikeuteen ja politiikkaan. On kuin sanottaisiin, että ’haluamme juristien operoivan oikeudellisella aineksella, muu ei meille kuulu, vaan se jää politiikan alueelle ja muiden tutkittavaksi’. Tosiasiassa lienee niin, että perusoikeudet ovat yhtä vähän oikeudellisia tai poliittisia kuin muukin valtiosääntöinen materiaali. Val-lanjakomallin mukainen oikeuden ja politiikan erottelu ei vaikuta tässä kohden järin selväpiirteiseltä.

Mutta voiko moisista rajanvedoista enää ylipäänsä olla 2000-luvun julkisoikeuden teorian ja tutkimuksen keskeisiksi ainesosiksi? Epäilyni ei niinkään kohdistu vallanjako-opin symbolisepoliittiseen ulottuvuuteen, kuin pikemminkin siihen, voiko se ylipäänsä toimia jälkimodernin julkisoikeudellisen teoreettisen

⁴⁵¹ Smith 2002: 15. Yhtä lailla voitaisiin siterata *Lars D. Eriksson*ia (1992: 194): ”alla författningar måste ses i ett dylikt dynamisk perspektiv: de uppstår ur givna samhällseliga och politisk styrkeförhållanden och de förändras, antigen via tolkning, praxis, sedvana eller formliga textförändringarna, i enighet med förändringar av de faktiska maktförhållandena och politiska styrkerekulationerna i samhället. En författning är aldrig ett neutralt och statisk dokument, hur gärna än många författningsjurister så skulle önska”.

lainopin systematisointiperustana tilanteessa, jossa perusoikeuksien painoarvon muuttuminen heijastuu entistä vahvemmin myös vallanjako-opin pohjalla oleviin apriorisiin ja fundamentaalisiin oikeuden kielio pillisiin normatiivisiin oleuksiin. Voiko pitkälle viety perusoikeusulottuvuus uhata koko järjestelmän taustalla olevaa politiikka/oikeus-distinktiota, ja sitä paitsi; onko puheella ylikonstitutionalisoitumisesta pontta todellisuudessa tai edes teoreettisen lainopin kotimaisessa keskustelussakaan? Euroopan tason ja eritoten EU:n konstitutionalismista puhuttaessa kun näyttäisi mieluummin siltä, että politiikalla on oikeutta huomattavasti painokkaampi rooli.⁴⁵² Tätä ei tule ymmärtää tietenkään niin, että instituutioulottuvuus olisi jollain tapaa tärkeämpi kuin perusoikeusulottuvuus. Ei. Tarkoiton poliittista ulottuvuutta kaikessa EU:n valtiosääntöasioihin liittyvässä. Esimerkiksi EU:n perusoikeusluettelonkin ensisijainen merkitys on jossain muualla kuin sen luonteessa arvokkaana uutuutena perusoikeusrintamalla. Pikemminkin sitä voi pitää *poliittisesti* merkittävänä askeleena EU:n konstitutionalisoitumisprosessissa.⁴⁵³ Tästä perspektiivistä katsoen on ongelmallista, että politiikalle näyttää jäävän kovin vähän tilaa ja että integraatiodiskurssi on niin läpijuridisoitunutta.⁴⁵⁴ Oikeuden fundamentaalinen kielio ppi näyttäytyy tässä yhteydessä turhan kangistavalta.

3.2 PERUSOIKEUDET JA VALLANJAKO

Edellä on viitattu siihen mahdollisuuteen, että tietynlaiset perus- ja ihmisoikeuksien ulottuvuuksiin liittyvät seikat saattavat olla ristiriidassa vallanjako-opin kanssa, mikäli puhe on vallanjaosta yleisenä oikeuden apriorisena ja normatiivisena rakennelmana. Edellisessä luvussa viitattiin oikeudellistumiseen ja konstitutionalisoitumisen potentiaaliin riskipitoisuuksiin. Tässä luvussa on tarkoituksena tarkastella tätä teemaa erityisesti julkisoikeuden teorian näkökulmasta siten, että Euroopassa tapahtunut konstitutionalismiajattelun muutos otetaan myös lukuun. Voidaan nimittäin kysyä, miten sopivat yhteen uusimuotoinen konstitutionismi ja perinteinen vallanjako-oppi sekä perusoikeuksien suoraan soveltamiseen ja erityisesti tässä yhteydessä aktualisoituvaan normikontrolliin liittyvät seuraukset. Mikä on näiden alueiden systematisointipotentiaali, ovatko ne ristiriidassa vai voidaanko ne ehkä sittenkin sovittaa yhteen?

Kuten edellä ilmeni, 1990-luku merkitsi taitekohtaa suomalaisessa perusoikeusajattelussa. Tuore perusoikeusajattelu työntyi ulos vanhoista ahtaista valtio-

⁴⁵² Ks. tark. Husa 2002a: 470–471.

⁴⁵³ Vrt. Tiilikainen 2001: 504–505. Perusoikeusasiakirjasta suomalaisessa praksiksessa ks. esim. PeVL 1/2001.

⁴⁵⁴ Vrt. Wiklund 1999: 96.

sääntöoikeuden institutionaalisista rajoistaan ja alkoi heijastua myös muille oikeudenaloille, oikeastaan koko oikeusjärjestykseen. Selvimpiä ”herääjiä” olivat ensiksi hallinto-oikeus ja sitten rikosoikeus, ympäristöoikeus ja varallisuus-oikeus. Perusoikeusajattelu ei ole vaikuttanut – tietenkään – suoraan vain ja ainoastaan näillä aloilla, vaan epäsuorat heijastusvaikutukset ovat olleet tätäkin laajempia. Vaivattomimmin muutos on kuitenkin ollut havaittavissa valtiosääntö-oikeustieteen alueella, kuten edellisessä luvussa kävi ilmi.

Systematisoivan teoreettisen lainopin näkökulmista erityisen kiintoisia perusoikeustutkimuksia ovat olleet *Veli-Pekka Viljasen* (2001) ja *Pekka Lämsinevan* (2002) valtiosääntöoikeudelliset väitöskirjat. Kumpaakin kirjaa leimaa perustavaa laatua oleva – eri painotuksin tosin – ajatus siitä, että perusoikeudet on tarkoitettu koko oikeusjärjestyksen läpikäyviksi asioiksi, eräänlaisiksi hajonneen systematiikan uudennaisiksi korvaajiksi. Tässä suhteessa mainitut kirjoittajat eroavat (tämän kirjoittajan) *partiaalisen koherenssin* (= aidosti systemaattinen yhdenmukaisuus on mahdollista vain rajatummilla alueilla) ajatuksesta, joka edellisessä luvussa tuotiin ilmi. Teokset ovat myös painavia puheenvuoroja perusoikeuskeskustelun alueella. Molemmat teokset edustavatkin varsin hyvin 2000-luvun suomalaista perusoikeustutkimusta. Niiden eittämätön vahvuus on siinä, että ne ikään kuin tuovat suomalaista perusoikeusdogmatiikkaa nykyaikaiselle tasolle ja paikkaavat sitä vajetta, jota oikeuskulttuurissamme oli edellisten vuosikymmenten aikana syntynyt, kun perusoikeuksista oli tullut vain lainsäätäjän toimintaa koskevia abstrakteja normistoja. Nykyaikaistamisen sivussa niissä myös kehitetään ja työstetään perusoikeuksien yleisiä oppeja muidenkin oikeudenalojen käyttöön. Äänenpainot juridiikan tutkijayhteisössä ovat kuitenkin vaihdelleet.⁴⁵⁵ Kirpein ja perusteiltaan ehkä kaikkein skeptisin kritiikki lienee tullut valtio-opin puolelta.⁴⁵⁶ Lukija lienee huomannut, että tässä kirjassa asiaan nähdään liittyvän myös eräitä yhteiskunta- ja oikeusteoreettisia ongelmia. Tästä huolimatta käsillä olevaa lukua *ei tulisi lukea* ensisijaisesti kritiikiksi perusoikeuksien mahdollisesti ongelmallisia käytötapoja kohtaan, vaan pikemminkin kahden oikeusjärjestelmämme keskeisen oikeuskulttuurisen elementin välistä jännitettä perkaavana tekstinä.

⁴⁵⁵ Viittaen tässä kohden siihen keskusteluun, joka virisi aivan 1990-luvun lopussa. Teemaan liittyviä puheenvuoroja on käytetty jo paljon aikaisemminkin mm. vallanjakoteemaa sivuten, kuten esim. *Teuvo Pohjola*isen väitöskirjan (1980: 275–294) loppusivuilla, joilla arvioitiin perusoikeuksia yhteiskuntapolitiittisina apuvälineinä.

⁴⁵⁶ Ks. Wiberg 2003: 238 (”perusoikeusfundamentalismi on jo mennyt liian pitkälle, perusoikeusajattelu syrjäyttää liiaksi muita näkökohtia...”). Alexyyn nojaavan perusoikeusteorian kannalta tällainen puhe on tietenkin täysin asiaankuulumatonta; ikään kuin täysin vääranlaiseen diskurssiin kuuluva puheenvuoro, joka ei edes keskustele perusoikeuslähtöisen valtiosääntöajattelun kanssa ja jää näin ollen de facto täysin syrjään.

Edellisessä luvussa kysyttiin perusoikeusajattelun ylikorostumisen tai – sanoisinko – siihen liittyvien yleisempien *mahdollisten* arveluttavien yhteiskunnallista kokonaisjärjestelmää koskevien aspektien perään erityisesti valtiosääntöoikeustieteen näkökulmasta. Perusoikeuspainotusta tällainen ajattelu ei ole tietenkään laannuttanut – oikeastaan päinvastoin.⁴⁵⁷ Näyttääkin siltä, että kritiikki on tuonut perusoikeusajatteluun orientoituneeseen tutkimukseen oikeastaan vain lisäpontta. Jollei asiaan liittyisi eräs tärkeä demokraattiseen oikeusvaltioon liittyvä juonne tai tema, joka näyttää jäävän turhan taustalle, niin voisi olla syytä tuntea vain tyytyväisyyttä perusoikeuksien voimakkaasta painottamisesta. Puuttuva juonne, johon viitataan, on kuitenkin yksi demokraattisen oikeusvaltioajattelun kulmakivistä, nimittäin *ajatus vallanjaosta*.⁴⁵⁸ Se antaa tiettyjä välineitä immanentin kritiikin käyttötarkoituksia silmällä pitäen tässä luvussa, vaikkei siihen yleisesti sitouduttaisikaan. Tässä yhteydessä vallanjaolla viitataan paitsi oppirakennelmaan yleisesti, niin aivan erityisesti sen institutionaalis-funktionaaliseen ulottuvuuteen eli siihen normatiiviseen ideaan, että tietty valtioelin voi harjoittaa vain sellaisia toimintoja, jotka kuuluvat sille ”vallalle”, jonka piiriin elin itse kuuluu.⁴⁵⁹

Kotimaiset historialliset juuret vallanjako-opille löytyvät Ruotsi-Suomesta jo 1700-luvulta.⁴⁶⁰ Suomalaisessa alan kirjallisuudessa Montesquieun nimiin laitettu oppi liitettiin jo varhain vuoden 1919 HM 2 §:n valtiosääntöteoreettiseen taustaan.⁴⁶¹ Vallanjako on siis ajatuksena aatehistoriallisesti vanha, mutta edelleen se liitetään oikeusvaltion teorian ja käytännön perinteisiin ainesosiin.⁴⁶² Myös mikä tahansa vertaileva valtiosääntöoikeudellinen yhteisö osoittaa nopeasti, että vallanjako on edelleen myös keskeinen osa valtioiden perustuslakeja.⁴⁶³ Suomessa oppi perustuu säädännäisoikeudellisesti PeL:n 3 §:n vallanjako-

⁴⁵⁷ Ks. Viljanen 2002.

⁴⁵⁸ Vallanjakoperiaatteen kansainvälisistä muunnelmista ks. Jyräki 2003: 146–149.

⁴⁵⁹ Eri merkityksistä ks. esim. Sipponen 1965: 314–320. Huomautettakoon kuriositeettina, että sosialistinen oikeus nimenomaisesti hylkäsi ajatuksen vallanjaosta. David 1982: 245. Vallanjaosta maailman eri valtiosäännöissä lyhyesti ks. Suksi 1993: 133–134. Eräänlainen arkkityyppiesimerkki opin nykymuotoilusta on Kreikan perustuslain (*Constitution of the Greek Republic* 11 June 1975) 26 Art.

⁴⁶⁰ Vuonna 1774 ehdotettiin hallitusmuotoon Montesquieun oppiin pohjaavaa järjestelmää. Myös vuoden 1882 kuningasvaltainen järjestelmä sisälsi jotain ideoita tästä opista. Ks. tark. Karonen 1999:407–408.

⁴⁶¹ Ks. esim. Hakkila 1939: 19–22; Sipponen 1965: 460–483; Laakso 1975: 8–12 ja 116–118. Voimassa olevan oikeuden kannalta, mutta yleisten oppien tasolla, ks. Jyräki 2003: 149–151.

⁴⁶² Montesquieulaisestä teoreettisesta perusideasta tiivistetysti ks. Jyräki 2001b: 161–164. Huomautettakoon, että alkuperäisessä konstruktiossa painopiste oli lakiasäättävän ja toimeenpanevan vallan välillä; tuomiovalta oli sivuroolissa. Vrt. Schmitt 1983: 184–185. Tässä yhteydessä jätän Montesquieun kirjan ajankohtaan liittyvät poliittiset ja muut sosiaaliset ulottuvuudet sekä aristokratian puolustamiseen tähtäävät näkökohdat pois. Näistä enemmän ks. esim. Launay 2001.

⁴⁶³ Ks. esim. Maddex 1996.

säännökseen.⁴⁶⁴ PeV on yli 50 vuotta sitten antanut omassa tulkintakäytännössään eksplisiittistä oikeudellista sitovuutta tälle periaatteelle.⁴⁶⁵ Vallanjaosta voidaan siis puhua monella tasolla, mutta tässä yhteydessä on oleellista huomata, että se liittyy myös *modernin oikeuden normatiiviseen syvärakenteeseen*.⁴⁶⁶ Näin ymmärrettynä vallanjako nähdään oikeusvaltion olennaisena (apriorisena) ainesosana.⁴⁶⁷ Tämä siitä huolimatta, että sen selväpiirteinen noudattaminen de facto ja oikeastaan myös de jure on varsin hankalaa.⁴⁶⁸

Tähän liittyy toisena lisäjuonteena kysymys niin sanotusta tuomarivaltiosta, johon liittyvää keskustelua perusoikeuksia painottavat ovat ymmärtääkseni suorastaan vältelleet. Hanakammin on tartuttu kysymykseen oikeudenalojen välisistä rajoista tai rajojen puutteesta.⁴⁶⁹ Tämä on sinänsä hyvin ymmärrettävää, koska tällöin vältetään joutumasta keskusteluun oikeudenalan perusluonteesta, oikeudenalan yhteiskunnallisesta funktiosta ja siitä, mikä tekee valtiosääntöoikeudesta juuri valtiosääntöoikeutta. Oikeudenalojen rajoja tai niiden puuttumista koskeva keskustelu ei kuitenkaan ole mikään erityisen suuri kysymys, koska se ei koske keskeisiä fundamentaalirajanvetoja tai oikeudenalan itseymmärryksen teoreettisia reunaehtoja.

Nimenomaan vallanjaosta keskusteleminen olisi kuitenkin tarpeen, sillä täysipainoinen valtiosääntö- ja yhteiskuntateoreettinen keskustelu perusoikeuksista

⁴⁶⁴ Kaikki eivät tosin anna tälle seikalle kovinkaan paljon painoa. Esim. *Sipponen* (2000: 77) katsoo, että ”vallanjakopykälä on otettu mukaan pieteetin takia”. Hän kuvaa oppia suorastaan kanonisoiduksi dogmiksi (emt. s. 66). *Suksi* (2002: 20) sanoo puolestaan, että: ”Principen om maktens tredelning har emellertid nästan alltid varit kvalificerat på ett eller annat sätt. Även i Finland kan man uppfatta principen som en allmän beskrivning av ett rationellt sätt att fördela olika statliga funktionen utan att principen för den skull behöver betraktas som absolut.” *Saraviita* (2000:68 av. 10) katsoo, että ”Oppina ja nykyajan valtion organisointiperiaatteena kolmijako-oppi on tietysti täysin vanhentunut.”

⁴⁶⁵ Ks. tark. PeVL 1/1946. Ks. myös Jyränki 2003: 150.

⁴⁶⁶ Toisin kuin *Lavapuro* (2001: 127) en näe, että vallanjakoulottuvuuden esiin nostaminen liittyisi juurikaan ”lakipositivistiseen demokratiakäsitykseen”. Vallanjako kuuluu oikeuden syvärakenteeseen, johon juuri valtiosääntöoikeudella on erityisen läheinen yhteys. Vrt. Tuori 2000a: 190. Esim. *Carl Schmitt* esitti *Verfassungslehressä* (1983: 38–39; 125–138), että perusoikeusjärjestelmä ja vallanjako olisivat modernin porvarillisen oikeusvaltion keskeisimmät osat ja pätevyyden takeet. Ks. myös van Caenegem 1995: 16. Vrt. Tuori 2000a: 122–135. Oikeastaan heittäisin positivismisyytöksen aivan toiseen suuntaan. Linaan tähän *Robert Alexyn* (2002: 366) päätelmää: ”Thus the influence of constitutional rights as positive law on all areas of the legal system implies an influence of the idea of justice on all areas of law, required by positive law”.

⁴⁶⁷ Ks. myös Sipponen 2000: 79.

⁴⁶⁸ Esim. meidän järjestelmässämme PeL 80.2 § murentaa vallanjakoperiaatetta, koska se sallii hallinnon (”muu viranomainen”) antamat säädökset. Samoin kuin saman säännöksen 1. mom. mahdollistaa säädösvalan käyttämisen myös presidentille, valtioneuvostolle ja ministeriöille. Vallanjako-opin mukaan niille ei pitäisi kuulua yleisluonteista norminantovaltaa. Myös itse perussäännöksen (PeL 3 §) kohdalla voidaan olla skeptisiä; Jyränki (2003: 64) katsookin, että sen ”ydinsisältö hajoaa helposti käsiin; siitä ei jää paljon käteen”.

⁴⁶⁹ Esim. Viljanen 2002; Lämsineva 2002: 18–23.

on tuskin mahdollista ilman, että mukaan otetaan myös vallanjakoon liittyvä juonne, jonka kautta keskustelun eri vivahteet, eli instituutioulottuvuus ja perusoikeusulottuvuus voisivat kohdata toisensa eräänlaisella valtiosääntöoikeuden välialueella.⁴⁷⁰ Perustuslain 106 §:n sisältämä normikontrollisäännös oikeastaan edellyttää tätä mainittua kohtaamista⁴⁷¹. Valtiosääntöä ja laajemmin julkista valtaa käsittelevä teoreettinen lainoppi ei mielestäni kerta kaikkiaan voi välttää tätä periaatteellista kiistaa ilman, että se väistää oman oikeustieteellisen ydinfunktion ja keskustelun tämän tutkimusalueen yhteiskunnallisesta roolista. Kuten *Antero Jyränki* toteaa, niin eduskuntalakien perustuslainmukaisuuden valvonta vie keskusteluun vallanjako-opin ja perusoikeusjärjestelmän välisestä suhteesta.⁴⁷²

Teemaan liittyä varsin kiinteästi myös yleisempi eurooppalainen vallanjaon ja konstitutionalismin muuttumiseen liittyvä valtiosääntöinen transformaatioprosessi⁴⁷³, jota on vaikea jättää keskustelun ulkopuolelle. Tämä heijastuu kotimaiseenkin vallanjakoon muun muassa EY-tuomioistuimen *de facto* lainsäädäntövaltana sekä hallituksen vahventuneena lainsäätäjän roolina osana EU:n neuvostoa. Yleensäkin sekä oikeuden kansainvälistyminen että väljentyminen ovat tekijöitä, joihin tuomioistuinten kasvanut yhteiskunnallinen rooli selvästi liittyy.⁴⁷⁴ Kuten edellisistä luvuista on ilmennyt voi tuomioistuinten lisääntyvä vallankäyttö juuri normikontrollin muodossa olla keskeisin väylä, jonka kautta vanha vallanjako-oppi näyttää eniten rapautuvan tai ainakin tulevan jollain vakavalla tavalla haastetuksi.⁴⁷⁵ Haaste ei ole välitön, vaan välillinen – se näkyy oikeuden ja politiikan välisen rajan hämärtymisenä. Kyse on fundamentaalisen rajanvedon

⁴⁷⁰ Voi olla, että tämä erityispiirre koskee nimenomaan juuri suomalaista perusoikeustutkimusta. Esim. Länsinevankin tiheään viittaamassa *Jens-Elo Rytterin* teoksessa *Grundrettheder* (2000) otetaan monipuolisesti ja perusteellisesti huomioon juuri vallanjakoulottuvuus kritisoitaessa tanskalaista perinteistä tulkintaa vallanjaosta. Usein suomalaisessa keskustelussa (esim. Lavapuro 2001: 142; Viljanen 2001: 19–20; Länsineva 2002 luku II) viitataan Tuorin kriittiseen oikeuspositivismiin (erit. Tuori 2000a), jonka keskeiskehittelyt nojaavat paljolti Habermasin teoriaan demokraattisesta oikeusvaltiosta (erit. Habermas 1992). Molemmissa näissä on kuitenkin varsin syvälle sisäänrakennettu ajatus vallanjaosta, ei *vain* perusoikeuksista.

⁴⁷¹ Vrt. Kastari 1977: 329; Tuori 2001: 927. Samantyyppinen havainto löytyy myös Rytteriltä (2000: 321): ”at domstolenes demokratiske mandat er svagere en parlamentets, og at prøvelseretten derfor potentielt kan komme i konflikt med princippet om flertalsstyre.”

⁴⁷² Jyränki 2003: 374. Tosin on huomattava, että klassinen vallanjako oli menettänyt merkitystään jo ennen ihmis- ja perusoikeusajattelun vahvistumista. Tämä johtui oikeusääntelyn funktioiden ja sääntelytekniikan muutoksista, kun legalisoitujen oikeuslähteiden etusijajärjestys oli muuttunut aiempaa polysentristisemmäksi eri oikeudenaloilla. Ks. myös Laakso 1990: 185–186.

⁴⁷³ Ks. esim. Husa 2002c.

⁴⁷⁴ Vrt. Kekkonen 1998: 145–146.

⁴⁷⁵ Korostettakoon, ettei tämä kuitenkaan ole ainoa väylä, jonka kautta perinteinen kolmijako-oppi voi hämärtä. Tala (2001: 217) huomauttaa, että toimeenpanovalta valmistelee pääosan eduskunnan säädösehdotuksista ja pitkälti myös vastaa säädösten toteutuksesta. Ks. myös Eriksson 1995, jossa sama ongelma tuodaan esille särmikkäämmiin ilmaistuna.

vähittäisestä (mikrotason) rapautumisesta eli julkisoikeuden normatiivisen kieliopin perusteet näyttävät olevan murenemassa.

3.2.1 Vallanjako ja perusoikeuslähtöinen laintulkinta

Vallanjakokysymys ei ole ollut kovinkaan usein eksplisiittisesti esillä viime aikojen keskustelussa. Sivuumisia on toki ollut paljonkin. Kysymyksenasettelun perusyttimeen osuu kuitenkin *Aulis Aarnio* (2002) arvioidessaan *Juha Pöyhösen* uusia uria aukovaa teosta *Uusi varallisuus oikeus* (2000). Aarnion arvioinnissa ja keskustelupuheenvuorossa on paljon sellaista, joka menee tässä käsiteltävän teeman ylitse (varallisuus oikeuden yleisten oppien rekonstruointi perusoikeuslähtöisesti), mutta eräin kohdin hän ottaa mielenkiintoisella tavalla kantaa vallanjaon ja uudenlaisen perusoikeusorientoituneen juridiikan väliseen suhteeseen. Aarnio puuttuu erityisesti siihen tapaan, jolla Pöyhönen tekee irtiotta analyttisen (siviili)oikeustieteen eräistä itseymmärryksen yhteiskuntateoreettisista perusrajoitteista.⁴⁷⁶ Tässä Pöyhösen työ ymmärretään lähinnä eräänlaisena perusoikeusorientoituneena uudelleensystematisointirytyksenä, jolla on toki tiettyjä valtiosääntöisiä implikaatioita.⁴⁷⁷

Pöyhönen – näin siis Aarnion mukaan – ikään kuin suosittelee irtiotta lain-säättäjän kannanotoista sillä perusteella, että oikeustieteestä ei tulisi pelkästään parlamentaarista vallankäyttöä seuraavaa toimintaa. Aarnio kritisoi tätä ajattelu-tapaa erityisesti siksi, ettei oikeustieteen harjoittajasta ole hänen mielestään parlamentaarisen vallankäytön korvaajaksi. Aarnio kysyy erityisesti sitä, millä perusteilla oikeustieteen harjoittaja voi tavallisesta lainsäädännöstä riippumatta *aidosti* uudelleenmuotoilla oikeuden perusarvoja perusoikeusajattelun varassa. Tulkitsen keskustelun tätä juonnetta siten, ettei Aarnion pyrkimyksenä – tietenkään – ole kiistää oikeustieteen konstruktivistista ja aktiivista roolia, vaan paremminkin kiinnittää huomiota tuon roolin yhteiskunnalliseen painoarvoon ja laajuuteen suhteessa lainsäätäjään.⁴⁷⁸ Tavallaan Aarnio kiinnittää huomionsa oi-

⁴⁷⁶ Aarnio 2002: 524–525.

⁴⁷⁷ Ehkä on syytä erikseen huomauttaa, että Pöyhösen systematisointi ei ole nimenomaisesti *systemilähtöinen*, vaan mieluummin se suuntautuu oikeudellisten ongelmien tilannekohtaiseen ratkaisukontekstiin ja niissä tapahtuvaan argumentaatioon. (Pöyhönen 2000: 134–140). Tällaisena se on mielestäni erilaatuinen kuin *V-P. Viljasen* perustuslakilähtöinen oikeuden *sisäiseen* systeemiulottuvuuteen enemmän suuntautuva näkemys. Huomautettakoon kuitenkin siitä, ettei Pöyhösen kehittämä ole edes *erityisen* selvästi nimenomaan perusoikeuslähtöinen. Hänen perusoikeusjärjestelmäviestyksensäkin lienee aika *etäällä* valtiosääntöisestä perusoikeusjärjestelmästä, kuten Jyräki (2003: 484) huomauttaa.

⁴⁷⁸ *Kimmo Nuotio* (2003b: 172–173) tulkitsee Aarnion poliittista filosofiaa siten, että siinä perusoikeudet eivät ole yhtä vahvoja kuin elämänmuotoon ankkuroidut ja perimmiltään ideologiset arvovaatimukset. Nuotio tulkitsee tämän tarkoittavan sitä, että erityisesti yhteiskunnallinen oikeus-turvaodotus on ankkuroidunut syvemmälle elämänmuotoon kuin perusoikeudet.

keus/politiikka-erottelun hämärtymisen riskeihin eli muuttuviin yhteiskunnallisiin perusfunktioihin.

Tällaisen keskustelun ydin lieenee siinä, mikä on oikeustieteellisen tutkimuksen/lainkäytön ja lainsäätäjän välinen suhde. Missä määrin valtiosääntöoikeustieteellä on legitiimi oikeus ikään kuin jatkaa lainsäätäjän työtä ja tällä tavoin mahdollisesti ”kovertaa tyhjäksi” tavallisen lainsäädännön sisältämät lainsäätäjän haluamat ratkaisut tai joillakin oikeudenaloilla vuosisatojen aikana kiteytyneet instituutiot ja ajattelutavat.⁴⁷⁹ En viittaa tässä niinkään lainsäädännön tason muutokseen, vaan pikemminkin oikeudenalojen takana olevien oikeuskulttuurin tason muutokseen. Huomautettakoon kuitenkin, että ongelma on tietenkin vähäisempi niiden perusoikeuksien kohdalla, jotka sisältävät *lakivarauksen*, jolloin perusoikeus ja aiempi sääntelytraditio sovitetaan toisiinsa lainsäätäjän omin toimin.⁴⁸⁰ Tällöin prosessi on dialoginen, ei vain normihierarkkisesti saneleva. Silloin kun tehtävä on lainkäyttäjän harteilla, niin tilanne voi olla mutkikkaampi välillisen demokratian näkökulmasta, vaikka sitten kuinka haluttaisiin korostaa esimerkiksi reaalisten argumenttien ja kirjoitetuista normeista irtoavan arvoargumentaation merkitystä yleensä.⁴⁸¹

Kyse on – yksinkertaistetusti – siitä, että kaksi valtiosääntöoikeuden kantavaa perusajatusta joutuvat tavallaan toisilleen vastakkaisiin positioihin. Yhtäältä on olemassa ajatus siitä, että vallanjako on oleellinen osa modernia oikeusvaltiota. Toisaalta on olemassa ajatus siitä, että perusoikeudet ovat niin ikään oleellinen osa oikeuden tietynlaista syvärakennetta, joka ilmaisee oikeusjärjestyksen kantavia perusarvoja. Jos perusoikeuksia pidetään sellaisina perusarvoina, että ne tulee ottaa huomioon aina ja kaikkialla mahdollisimman täysimittaisesti, niin silloin koko oikeusjärjestys on tulkittava tietyllä tapaa perusoikeuksille alisteiseksi.⁴⁸² Tämä ajatus on valtiosääntöoikeuden kannalta erityisen houkutteleva, kos-

⁴⁷⁹ Tästä teemasta, joskin eri painotuksin, ks. myös Nuotio 1998: 158–162. Kyse on myös oikeusjuttujen ratkaisemista ja tuomarin työstä. Kuten Tuori (2000a: 214) huomauttaa, ei ns. kiperissä jutuissa riitä, että tuomarilla on pintatasoon kohdistuvaa ”diskursiivista” tietoa. Hänen on myös avattava oikeuden pinnanalaisia kerrostumia. Tässä tilanteessa on mahdollista, että sovellettavan ratkaisunormin täsmentäminen vaatii tukeutumista jonkun oikeudenalan ”syvätasoon” oppeihin/periaatteisiin. Jos tuo periaate on ristiriidassa perusoikeuden ilmaiseman oikeudellisen perusarvon kanssa, niin tilanne on pulmallinen juuri syvyyden arvioimisen kannalta (hierarkkisesti arviointi ei tuota vaikeuksia); onko ehkä tuore vastikään säädetty perusoikeusnormi välttämättä asetettava jonkun oikeuden syvärakenteessa vakiintuneen periaatteen edelle puhtaasti normihierarkkisin perustein? Kaikki eivät pidä tätä tosin minään ongelmana. Ks. esim. Viljanen 2002: 35. Toisensuuntaisesti Nuotio 2001: 31.

⁴⁸⁰ Ks. tark. Viljanen 2001: 27–36. Esim. Tuori (2003) tuo esiin sen, että TSS-oikeuksien kohdalla päätösvalta siitä, turvataanko niitä subjektiivisena oikeutena, kuuluu nimenomaan lainsäätäjälle.

⁴⁸¹ Vrt. Jyräki 2003: 420.

⁴⁸² Ajatus siitä, että oikeusjärjestys voitaisiin systematisoida väljien ja tulkinnallisten perusoikeuksien avulla ei kuitenkaan ole mikään erityisen looginen ratkaisusuunta. Ongelmat ovat samoja, joita yleisluontoiseen sääntelyyn aina liittyy. Sen tiedetään johtavan epäyhtenäiseen soveltamis-

ka se asettaa valtiosääntöoikeustieteen ydinasemaan juuri sinä oikeudenalana, jonka piirissä kehitetään perusoikeuksien yleisiä oppeja. Muut oikeudenalat ovat enemmänkin oppilaita; aktiivisia soveltajia ehkä, mutta kuitenkin jonkin sortin – jo oikeushierarkian perusteella – oppilaan asemassa. Tietysti on huomattava, että vallanjako on hankalammin suoraan operationaalistettavissa muiden oikeudenalojen tarpeita silmällä pitäen, ja sen käytettävyys käytännön hienoviritteisissä tulkintapulmissa välittömyyaspektia arvioitaessa lienee rajallisempi.⁴⁸³ On myös nähtävä, että valtiosääntöoikeuden hienosyisiä tulkintaongelmia silmällä pitäen vallanjako-oppi vaikuttaa – ainakin näin äkkipäätään arvioiden – varsin karkealta instrumentilta, vaikka sillä voi olla selvä käyttöarvo systematisointi-avaimena lainsäätäjän ja teoreettisen lainopin näkökulmista katsottuna.

Miten sitten voitaisiin kuvata perustuslakinormiston ja alemman asteisen normiston välistä suhdetta? Valtiosääntöoikeus on perinteisesti halunnut puhua tässä yhteydessä normien hierarkiasta, mutta onko tämä puhetapa muita oikeudenaloja silmällä pitäen riittävän sensitiivinen? *Kimmo Nuotio* kuvaa suhdetta *dialektiseksi*.⁴⁸⁴ Hän viittaa siihen, että aineellisen oikeuden kehitys on joskus edellytys sille, että perusoikeusnormistossa on ylipäänsä kyetty tunnistamaan ja tunnustamaan uusia oikeuksia. Tässä oikeushistoriallisessa mielessä aineellinen oikeus kulkeekin perusoikeuksien *edellä*, ei jäljessä. Perusoikeudet tulevat tässä ajattelussa ikään kuin toisessa vaiheessa apuun tilanteessa, jossa jonkin oikeudenalan ongelmia ja pulmakohtia jäsennetään ja ratkotaan perusoikeuksien osoittamassa suunnassa. Kuvatonlainen dialektiikka omaa myös kiintoisan suhteen pyrkimykseen rakentaa oikeudellista systeemiä. Nuotio nimittäin tuo esiin sen, että mainittunlainen dialektiikka edellyttää eri tasojen – tässä tavallisen lain ja perusoikeustason – poikkeavan toisistaan dialektisen prosessin ehtona; ilman eroja ei synny dynaamista vuorovaikutusta sääntelytradition kanssa.⁴⁸⁵ Tämä tuo uuden – dynaamisen vivahteen – systematiikka-keskusteluun. Pitäisikö perusoikeuksien ja muiden hierarkkisesti alempien normien välinen suhde mieltääkin dialogiseksi, vai murentaisiko tällainen ajattelutapa liiaksi valtiosääntöoikeudellisen ajattelun paradigmaattista perusoletusta muodollis-hierarkkisesta ylemmyydestä? Jos

käytäntöön minkä lisäksi joustavuus voi pahimmillaan mahdollistaa viranomaisten passiivisuuden ja valikoivuuden. Tällöin seurauksena on – yksityisten kannalta hankala – kirjava ratkaisu- ja soveltamiskäytäntö. Ks. Tala 2001: 192. Toinen puite- ja tavoitesääntelyyn (sekä muutoinkin väljään sääntelyyn) liittyvä näkökohta on se, että tällaisten väljien normien soveltaminen käytännössä edellyttää sitä, että oikeuslähdeoppia on täydennettävä arvostuksilla ja moraalinäkökohdilla (ks. Uoti 2003: 38). Ongelmana on se, *mistä* näitä voi ammentaa ja kuka sen voi *legitiimisti* tehdä.

⁴⁸³ Perusoikeuksien joukosta löytyy sen sijaan – tietenkin – materiaalia, jota on mahdollista hyödyntää tulkintatilanteissa monin eri tavoin.

⁴⁸⁴ Nuotio 2001: 24–25.

⁴⁸⁵ Ks. myös Lämsineva 2002: 32.

suhde on dialoginen, niin katoaako valtiosääntönormistolta tällöin aito normatiivisuus?

Toisaalta, jos perusoikeuksien sisältämät arvot on otettava aina ja kaikkialla huomioon, niin käsillä on – ennemmin tai myöhemmin – vaikeitakin tulkintatilanteita (esim. yksilölliset oikeudet vs. yhteisölliset oikeudet, biosentrismi vs. antroposentrismi). Mitä perusoikeusulottuvuutta sovelletaan kulloinkin?⁴⁸⁶ Minkälainen painoarvo millekin perusoikeudelle yksittäisessä punnintatilanteessa annetaan? Tulkintatilanteissa väljien maksiimien muotoon puettut perusoikeudet/perusarvot omaavat tietyn tulkinnallisen funktion, jonka viimekätinen ratkaisu edellyttää jonkinlaisen kannan ottamista kysymykseen: Mitä perusoikeuden ilmaisemaa perusarvoa on käsillä olevassa tilanteessa priorisoitava? Vastaus tähän kysymykseen on perimmiltään kaikesti kannanotto arvoarvostelmaan – samalla kun se tietysti sisältää tulkinnan käsillä olevan tilanteen tosiseikoista ja niiden oikeudellisesta relevanssista.⁴⁸⁷ Arvoasetelmaisen kannanoton ottaminen tuo mukanaan sen, että lainsoveltaja tai oikeustieteen tutkija voi mahdollisesti – tulkintatilanteessa – ikään kuin (piiloisesti) asettaa oman tilannesidonnaisen arvoarvostelmansa lainsäätäjän asettaman sijaan.⁴⁸⁸

Ongelma kärjistyy nimenomaan demokraattisesti valitun lainsäätäjän säätämien lakien jälkikäteisen tuomioistuinkontrollin kohdalla. Toisin sanoen: tuleeeko tässä tilanteessa normien soveltamisdiskurssiin mukaan elementtejä norminluomisdiskurssista? Lainkäyttäjän tulisi kai olla sidottu lainsäätäjän – viime kädessä vaikkapa perusoikeuksina ilmaistujen – arvostelmiin, mutta entä jos ja kun perusoikeudet ovat keskenään ristiriidassa ja ratkaisija joutuu turvautumaan kolmanteen arvoon, ratkaistaakseen konfliktin, joka puolestaan on peräisin perusoikeusjärjestelmän ulkopuolelta? Onko tällöin mahdollista tai ehkä luultavaakin, että perusoikeusristiriita ratkaistaan tosiasiallisesti, ehkä fasadiperusteluiden sumuverhossa, taloudellisin tai tarkoituksenmukaisuusnäkökohdin?⁴⁸⁹ Jos kyse olisi todella vain vähemmistön viime kädessä poliittis-

⁴⁸⁶ Ehkä on syytä huomauttaa siitä, että lainlaatijan tahto-ongelma ja lainlaatija puuttuvan ohjauskyvyn ongelma (niistä ks. Tala 2001: 205) eivät poistu perusoikeussääntelyyn turvautumalla – perusoikeuksien periaateluonteesta ja tulkinnallisuudesta johtuen pikemminkin päinvastoin.

⁴⁸⁷ Jyräki (1998a: 154) puhuu tässä yhteydessä valtiosääntöoikeudellisesta ”oletuksesta” (ei siis faktasta), jonka mukaan tuomioistuinten oma harkintavalta on varsin vaatimatonta, koska ratkaisut tulee johtaa laista. Kastari (1977: 276) käytti aikanaan ilmaisua ”kolmijakoideologia”.

⁴⁸⁸ Tuorin käyttämin Habermas-lähtöisin käsittein ongelma on siis siinä, että lainkäyttö ja lainsäätäminen sijaitsevat erilaisten diskurssien alueilla, jolloin niiden sisällä tulisi myös soveltaa/käyttää erilaista argumentaatiota, menettelyitä ja mukana olevia osallistujia koskevia sääntöjä. Jos lainkäyttäjä alkaa operoida lainsäätäjän ”diskurssilogiikalla”, muodostuu tilanne ongelmalliseksi (funktionaalisen) vallanjaon ja – tätä kautta myös – legitimitetin kannalta. Tuori 2000a: 122.

⁴⁸⁹ Tähän liittyy myös se ilmeinen ongelma, joka koskee tuomioistuinten arvovaltaa. Voidaan nimittäin katsoa, että tuomioistuinten perinteisesti vahva yhteiskunnallinen asema (ja oikeastaan legitimitetinkin) on nimenomaan pohjautunut siihen, että ne ovat aktiivisesti karttaneet poliittista päätöksentekoa. Vrt. Wiklund 1999: 90.

ten intressien suojaamisesta, niin eikö tällöin päätöksenteon tulisi olla *avoi-*
memmin poliittista? Michel Troper pukee tämän kritiikin osuvasti sanoiksi
valtiosääntöteorian tasolla: ”The idea that judicial review is necessary, to limit
democracy and protect fundamental values from the majority is only a variant
of the more general idea that law should replace politics. In reality, this idea is
utterly illusory. Law is but a set of norms that have been formulated and thus
willed by people. When these people are judges, the laws are no less formula-
tions and their content no less political.”⁴⁹⁰ Tässä kohden keskustelu palautuu
jälleen oikeudellistumiseen (ks. tark. ed. luvussa 3.1).

Mutta eikö tuollainen ongelmallisuus koske kaikkea tulkintaa, ei *vain* peruso-
keustulkintaa? Miksi korostaa tulkinnan ongelmallisuutta juuri perusoikeuksien
kohdalla? Lain tulkitsemistoiminnan tuomioistuimessa ja lainsäätämistoiminnan
kansanedustuselimestä välistä eroavuutta ei olekaan syytä laadullisesti ylikoros-
taa, vaan nähdä mieluummin tietynlainen oikeusteoreettinen aste-ero niiden
välillä.⁴⁹¹ Onko edellä mainittua ajatusta lainsäätäjän ”korvautumisesta” siis yli-
päättänsä syytä lainkaan korostaa? Ehkä. Tilanteen tulkinnallinen avoimuus ni-
mittäin erottaa sen tavanomaisesta tulkintatilanteesta (= tavallisen lain tulkinta),
jossa ollaan usein tekemisissä *tiheämmän* sääntelyn kanssa, joka samalla jättää
myös vähemmän tulkinnantilaa.⁴⁹²

Mitä tässä siis oikeastaan yritetään pohtia? Yleinen väite ei oikeastaan kuulu –
kuten Lavapuro on ymmärtänyt –, että vasta säädettyjen lakien puitteisiin
asettuva ratkaisutoiminta on oikeudellisesti sidottua vaan, että tavalliseen pe-
rusoikeutta konkretisoivaan normistoon perustuva lainkäyttö tapahtuu tiheäm-
män sääntelyn (kuin väljän perusoikeussääntelyn) asettamissa puitteissa.⁴⁹³
Sama asia voidaan sanoa myös toisin; perustuslain säännöksille ja myös pe-
rusoikeuksille on ominaista niiden ilmeinen *arvostuksenvaraisuus*, joka eroaa
tällaisen tulkinnan vuoksi normaalitulkinnasta.⁴⁹⁴ Kuten Mikael Hidén huo-
mauttaa, on tällä valtiosääntönormiston erityispiirteellä tiettyjä seurauksia:
”perusoikeuksien sisältö väistämättä suuressa määrin muodostuu niiden tul-
kintakäytännöstä.” Ihan vailla merkitystä ei ole sekään seikka, että perustusla-
kiin itseensä sisältyy keskenään ristiriitaisia elementtejä.⁴⁹⁵

Vallanjaon perspektiivistä lieenee kuitenkin erityisen oleellista arvioida sitä, min-
kä valtafunktion sisällä edellä mainittu perusoikeuksien prejudisiaalinen tulkin-

⁴⁹⁰ Troper 2003: 116.

⁴⁹¹ Cappelletti 1989: 5.

⁴⁹² En käy tässä luettelemaan näitä valtiosääntöoikeuden erityispiirteitä. Ks. tark. Jyränki 1998a: 1–10. Näiden piirteiden olemassaoloa ei Länsinevankaan mukaan ole tarvetta kiistää. Länsineva 2002: 33. (Asiasta vedettävät johtopäätökset voivat tosin erota.)

⁴⁹³ Lavapuro 2001: 134.

⁴⁹⁴ Esim. Hidén 1999: 3; toisin Länsineva 2002: 33–34.

⁴⁹⁵ Hidén 2002: 1170. Vrt. Myllymäki 2000: 365

takäytäntö luodaan.⁴⁹⁶ Tarkoitani siis sitä, että on yleisesti tärkeä kysymys, minkä vallan piirissä käytetään normeja luovaa valtaa. Millaisen kontrollin piirissä se on, millaisten pelisääntöjen varassa normeja luodaan ja, kuinka läpinäkyvää ja ymmärrettävää normien luominen on niille tahoille, joita ne oikeudellisesti sitovat? Missä kohden, jos missään, on mahdollisuus moraalis-poliittisiin argumentein käytävälle julkiselle keskustelulle, ilman prosessin pakkopaitaa? Ovatko vain ne arvot ”oikeita”, jotka perustuvat sääntöjärjestelmään ja muut taas vähempiarvoisia, koska ne ovat sen ulkopuolella? Ongelma on vakava siksi, ettei meillä ole Saksan BVerfG:n tapaista superelintä tekemässä kiistattomia ja auktoritativisia eli muita toimijoita *ehdottomasti* sitovia tulkintoja perusoikeuksien sisältämistä arvoista, siksi meidän järjestelmäämme voidaan tuskin myös loppuun saakka soveltaa ajatusta siitä, että perusoikeuksien sisältämä arvojärjestelmä olisi *objektive Wertordnung*.

Jättääkö edellä hahmoteltu ajatelma kuitenkin aivan liian suppean roolin lainkäytölle ja sortuu tätä kautta liialliseen ”positivismiin” tai lainsäätäjän oikkujen kunnioitukseen? Lienee selvää, ettei tuomaria/lainsoveltajaa voida pitää pelkkänä suuna, joka lausuu lainsäätäjän/lain tarkoituksen.⁴⁹⁷ Muotoiluhan on peräisin suoraan Montesquieuulta, joka sanoo, että ”les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi”.⁴⁹⁸ Käytännössä näin on tuskin voitu koskaan – ainakaan kovin tosissaan – sanoa, mutta tästä huolimatta perusoikeuksien aiempaa suurempi painoarvo antaa mitä ilmeisimmän aiempaa enemmän tulkinnallista tilaa lainsoveltajan arvoarvostelmille ja tulkinnoille, jotka voivat perusoikeusystävällisyydessään (mahdollisesti) irtautua selvemmin lainsäätäjän säätämistä tavallisista laeista.⁴⁹⁹ *Ola Wiklund* kysyy-

⁴⁹⁶ Habermas korostaa – oman oikeusvaltioteoriansa lähtökohdista – sitä, että ”muß die Justiz von der Gesetzgebung getrennt und an einer Selbstprogrammierung gehindert werden.” Habermas 1992: 213.

⁴⁹⁷ Esim. Länsineva korostaa sitä, ettei (perusoikeus)systematisoiva oikeustiede voikaan korvata varsinaista tapauskohtaista ratkaisuharkintaa. Ks. Länsineva 2002: 17. Aatehistoriallisesti kytkeä Montesquieun vallanjakorakennelmaan ei kuitenkaan ole kovinkaan selvä, koska Montesquieun ajatteluun ei liittynyt selkeää vaatimusta yksityisten valtiolta suojatusta vapauspiiristä. Ks. Jyräki 2001b: 165.

⁴⁹⁸ Montesquieu 1995: Livre XI Chap. VI.

⁴⁹⁹ Viittaan tulkinnassani siis siihen mahdollisuuteen, että lainkäyttö voisi – arvioidessaan oikeusnormin pätevyyttä – tukeutua oikeuden ulkopuolisiin perusteisiin, johtuen perusoikeusnormin tulkinnallisesta avoimuudesta erityisesti silloin, jos samassa jutussa painotetaan toista perusoikeutta toisen kustannuksella. (Ks. myös Tuori 2000a: 296). Onko tällöin yhden perusoikeuden valinta jo itsessään sellainen tulkintatoimi, joka on ”aidosti oikeuden ulkopuolinen” eli, voidaanko perusoikeuksien keskinäisen etusijan määrittäminen (erit. ylimpien oikeuksien prejudikaattipäätöksissä) pitää enää aidolla tavalla oikeuden *sisäisiin* pätevyyskriteereihin nojaavana? Kysyn tätä siitakin huolimatta, että tuomioistuimilla on aina ja väistämättä jossain mielessä myös oikeutta luova rooli (vrt. Bull I: 800–801).

kin: ”Om lagtolking kan likställas med uppfinnande, skall denna uppgift i så fall vara anförtrödd domare?”⁵⁰⁰

Voidaan kuitenkin huomata, että viime kädessä vallanjako-oppiin nojaava käsitys tuomioistuinten puolueettomuudesta on Euroopassa yleisemminkin – ei vain meillä – murentumassa, kun otetaan lukuun niiden kyky *de facto* uudelleen kirjoittaa valtiosääntönormeja tulkinnan kautta.⁵⁰¹ Empiirisessä todellisuudessa oikeuden ja politiikan välinen raja-aita on muuttunut hyvin elastiseksi ja vallanjako-opille vieraaksi. Elastisuus ei ole toki vain empiirisiin seikkoihin perustuva. Raja-aidan heikkous on nähty myös yleisessä oikeusteoriassa, jonka edustajista *Hans Kelsen* painotti oikeuden hierarkkisuutta eikä laittanut paljonkaan painoa vallanjakoperiaattelelle, toisin kuin saksalaisen valtiosääntöoikeuden nykydoktriini, jossa oppia pidetään tärkeänä oikeusvaltion osana.⁵⁰² Kelsenin mukaan koko rakennelma on sillä tavoin hutera, ettei se perustu faktoihin, koska valtiolla ei ole opin edellyttämiä perustoimintoja, jotka Kelsenin mukaan ovat normien luominen ja normien soveltaminen. Vallanjako-oppi onkin Kelsenille suhteellinen, sillä valtion elimet sekä luovat että soveltavat oikeutta. Niinpä – lainsäätäjän ohella – myös tuomioistuimet ja hallintoviranomaiset osallistuvat laajassa mielessä normien luomiseen, eivät vain soveltamiseen. Kelsen nimenomaan liittää tuomioistuinten *de facto* norminluomisfunktion normikontrolliin ja erityisesti perustuslakikontrolliin:

”Thus one can hardly speak of any separation of legislation from the other functions of the state in the sense that the so-called ’legislative’ organ – to the exclusion of the so-called ’executive’ and ’judicial’ organs – would alone be competent to exercise this function.”⁵⁰³

Samalla tavalla Kelsen pitää myös tuomiovallan ja hallitusvallan välistä erottelua luonteeltaan verrattain rajoitettuna. Hänen mukaansa oikeusteoreettisessa katsannossa ei voida erottaa hallitusvaltaa tuomiovallasta, koska useimmiten ne palvelevat samaa funktiota. Ainoa – merkitykseltään vähäinen – ero löytyy Kelsenin mukaan tuomarien ja virkamiesten oikeudellisesta asemasta, joten:

”there does not exist any clear cut separation of the judicial and the executive powers as an organic separation of two different functions.”⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ Wiklund 1999: 99.

⁵⁰¹ Stone Sweet 2000: 201.

⁵⁰² Esim. BVerfG on todennut seuraavasti (1973 BVerfGE 269): ”Die traditionelle Bindung des Richters an das Gesetz, ein tragender Bestandteil des Gewaltentrennungsgrundsatzes und damit Rechtsstaatlichkeit...”.

⁵⁰³ Kelsen 1945: 269–272, lainaus s. 272.

⁵⁰⁴ Kelsen 1945: 273–277, lainaus s. 275.

Mutta millainen painoarvo hierarkialle pitäisi tässä antaa? Meneekö se kaiken muun edelle? Tuskinpa – perusoikeudethan ovat kaikki samalla sääntelytasolla ja vallanjako-oppi ei myöskään tyhjene pelkkään normihierarkiaan. Koska perusoikeudet ovat oikeushierarkkisesti muuta lainsäädäntöä ylemmässä asemassa, niin voidaan katsoa, että kyse on pitkälti vain *lex superior derogat legi inferiori* säännön standardisovelluksesta, jonka merkitystä ei kannata paisuttaa yli äyräidensä.⁵⁰⁵ Tämä siitä huolimatta, että on olemassa tiettyjä tuomioistuinten ratkaisuja, joiden perustuminen oikeuden sisäisiin perusteisiin on vaikeasti osoitettavissa.⁵⁰⁶ Näissä tilanteissa yksi ongelma voi olla yksinkertaisesti siinä, että oikeuden yksi perusfunktio eli vallitsevien käyttäytymisodotusten vahvistaminen ja ennalta arvattavuuden luominen ovat vaakalaudalla. Kyllä kai on niin, että oikeusvarmuudellekin tulee antaa jonkinlainen painoarvo.⁵⁰⁷ Toisaalta perusoikeusluottuvuutta lienee täysin turha myöskään aina pingottaa äärimmilleen. Jos tuomioistuimen ratkaistavana oleva oikeusongelma ratkeaa tulkitsemalla tavallista lainsäädäntöä, niin miksi pitäisikään keinotekoisesti perustella ratkaisua lähtemällä perusoikeuksista?⁵⁰⁸

Pohjimmiltaan näyttää olevan kyse – kuten Aarnio Pöyhöseen edellä kohdistetussa kritiikissä uumoili – parlamentaarisesta hallitustavasta, tai oikeastaan siitä yleisemmästä ajatuksesta, että oikeusvaltiossa pyritään noudattamaan tiettyä vallanjakoa. Vallanjaon perusideanahan on, että julkinen valta pilkotaan kolmeen lohkoon, jotta sen yksityisille muodostama uhka olisi pienempi ja jotenkin hillitävissä. Jos puolustetaan lainsäätäjän ”oikkujen” noudattamista ja ajatusta tietysti perustavaa laatua olevasta työnjaosta, niin samalla puolustetaan ajatusta vallanjaosta ja tietynlaista tulkintaa demokraattisesta oikeusvaltiosta.⁵⁰⁹ Miksi kan-

⁵⁰⁵ Vrt. Lavapuro 2001: 135.

⁵⁰⁶ Esim. KHO:n Vuotoksen altaan rakentamista koskeva ratkaisu on tällainen (KHO 2002:86, ään. 6–1). Tapauksessa oli *osaltaan* kyse perustuslain 20 §:n soveltamisesta laintulkintaan. KHO:n lausuma on kuitenkin – sanoisinko – ympäröity. ”Arvioitaessa säännöksen merkitystä on otettava huomioon myös muiden perusoikeussäännösten kuten omaisuudensuojaa koskevan perusoikeuden vaatimukset ... sisältää perustuslain tasoisen kannanoton luontoarvojen merkityksestä ja ohjaa osaltaan tulkintaa...”. Lausuma ei juuri selkeytä sitä, että *de facto* tehtiin myös laajakantoinen yhteiskuntapoliittinen ja moraaliseettinen ratkaisu koskien ympäristöarvojen ja talousarvojen keskinäistä painoarvoa eli otettiin kantaa biosentrismin ja antroposentrismin väliseen suhteeseen. Käsitys siitä, että kyseessä oli *normaali* oikeusharkinta, koskien joustavan oikeusnormin *soveltamista*, ei vaikuta juuri tässä tapauksessa kovinkaan kirkkaalta.

⁵⁰⁷ Ajatus oikeusvarmuudesta voidaan muuten myös liittää oikeusvaltioajatteluun. Tällöin ajatellaan, että ihmisten hallitsemisessa oikeussääntöjen avulla on tärkeää asettaa säännöt etukäteen. Ihmisillä täytyisi olla jonkinlainen varmuus sääntöjen sisällöstä ennakolta. Ks. Tala 2001: 194.

⁵⁰⁸ Vrt. Leppänen 1999: 30. Ongelma ulottuu myös lainsäätäjään; jos tavoite voidaan saavuttaa tavallisella lainsäädännöllä, niin miksi turvautua perustuslakitasoon tai ylipäänsä perustuslakiaargumentaatioon.

⁵⁰⁹ Tähän liittyy myös yleisempi oikeusvarmuuteen liittyvä argumentti, joka usein tuodaan esiin myös valtiosääntökirjallisuudessa. Tällä viitataan siihen, että erityisesti lakien jälkikäteen perustuslainmukaisuuskontrolli (joka useimmiten omaa perusoikeuskytkennän) vaarantaa oikeusvar-

sansuvereniteettiin nojaavan demokraattisen lainsäätäjän tahtoa haluttaisiin ylipäänsä kuvata laatusanalla oikku? Tässä on jotain valtiosääntöisesti epäilyttävää, vaikka perusoikeuksien yhdeksi keskeisimmäksi funktioksi tunnustetaankin lainsäätäjän toimivallan jonkinlainen rajoittaminen. On kai niin, että kun liikumme vahvasti moraalisi-eettisesti latautuneen lainsäädännön alueella, niin tuomioistuinten tulee kunnioittaa lainsäätäjän valintoja, joilla tämä toteuttaa sille *ensisijaisesti* kuuluvaa perusoikeuksien toteuttamisvelvoitetta.⁵¹⁰ Vallanjakoasetelmas-
sa lainsäätäjä on juuri se norminluomisdiskurssin foorumi, jonka primäärinä tehtävänä on operoida moraalisisilla, eettisillä ja pragmaattisilla argumenteilla; lainkäyttöfoorumi on kansansuvereniteettiin nojaavassa valtarakennelmassa poliittiseen norminluomisfunktioon nähden toissijainen. Demokraattisen oikeusvaltion mallissa lainsäätäjän tärkeys ei ole vain muodollinen kysymys; malliin sisältyy myös näkemys siitä, että diskurssiteorian mukaan tuotettu oikeus mahdollistaa demokraattiselle oikeusvaltiolle olennaisen tärkeän funktion eli legitimitin norminasettamismenettelyn.⁵¹¹

Voidaan tietysti hyvinkin kysyä sitä, miksi lainsäätäjälle tulisi sitten ylipäänsä antaa sellainen asema, että sen tuottamille normistoille annetaan suurempi merkitys kuin muille normistoille? Ainakin valtiosääntöteoreettisesti vastaus on tässä kohden erittäin yksinkertainen: Siksi, että sitä voidaan demokraattisesti kontrolloida, kun sen sijaan tuomioistuinlaitokseen (tai oikeustieteen tiedeyhteisöön) ei ulotu vastaavanlaista *demokraattisen* kontrollin ulottuvuutta; tuomarin poliittista luottamusta ei mitata vaaleissa, jotka sisältäisivät aina riskin siitä, että uudelleenvalinta jää tapahtumatta. Mahdollisuus vaikkapa tuomarin viraltapanorangaistukseen ei ole mielestäni nähtävissä ensisijaisesti demokraattisen kontrollin välineenä.⁵¹² Jos kuitenkin lähdemme siitä, että – Tuorin käsittein ilmaistuna – modernin oikeuden normatiiviseen syvärakenteeseen kuuluvat *sekä* perusoikeusjärjestelmä *että* vallanjako diskurssiteoreettisin ja valtateoreettisin perustein, niin edellä käsitellyssä asetelmassa ei voi olla näkemättä tiettyä valtiosääntöteoreettista perusongelmaa.⁵¹³ Ongelma ei poistu sillä ilmeisellä argumentilla, että tuomioistuinten tehtävänä on suojata vähemmistöä enemmistön perustuslainvastaiselta vallankäytöltä eli, että tuomioistuinten kontrollivalta ja kansanvalta *tasapainottavat* toisiaan. Perusongelma pysyy ja periaatteellinen jännitepoten-

muuden, koska lakien oikeudellinen pätevyys on vain *ehdollista* kunnes lait on tuomioistuimissa testattu. Ks. Venter 2000: 81.

⁵¹⁰ Vrt. Tuori 2003.

⁵¹¹ Ks. Habermas 1992: 527.

⁵¹² Paradigmaattisena ajatuksena on siis mieluumminkin, että demokratia kytkeytyy tuomiovaltaan pääasiallisesti kansanedustuslaitoksen säätämien lakien välityksellä. Vrt. Saraviita 2000: 70. Rytter (2000: 334) sanoo seuraavasti: ”Parlamentet har i modsætning til domstolene et direkte politisk mandat og står politisk til regnskab for sine beslutninger.”

⁵¹³ Vrt. Tuori 2000a: 130.

tiaali säilyy, vaikka – vallanjakoon hyvin sopiva – tasapainotus-argumentti siinänsä hyväksyttäisiinkin.⁵¹⁴

Pitäisi kysyä sen perään, millä argumenteilla on ylipäänsä mahdollista perustella toisen syväulottuvuuden ja perustavan normatiivisen idean merkitys toista korkeammalle.⁵¹⁵ Molemmilla on nimittäin sama oikeusvaltiollinen perusfunktio; ne suojaavat yksityistä asettamalla pidäkkeitä ja rajoitteita julkiselle vallalle sekä toiminnan että valtaa käyttävien orgaanien rakenteen ja keskinäissuhteiden suunnassa.⁵¹⁶ *Ilkka Saraviita* toteaaakin, että perustuslaki – yleensä – voidaan nähdä yhteiskunnallisen voimankäytön sääntelynä, joka asettaa rajat sallitulle ja kielletylle voimankäytölle. Valtiosääntöteorian kannalta vallanjaossa on siis kyse Hobbesin vahvan Leviathanin eli rajattomin valtaoikeuksin toimivan suvereenin valtiovallan kesyttämisyhteydestä.⁵¹⁷ Tällä tavoin ymmärrettynä tärkeää ei ole se, miten pilkotaan, vaan se, että Leviathania ylipäänsä pilkotaan. Tällainen ajattelutapa lienee historiallisesti ja perinteisen liberaalin poliittisen teorian näkökulmasta pätevää, mutta on kai selvää, että perusoikeuksien poliittisia ja aktiivisia elementtejä korostavalle ajattelutavalle nämä ajatukset vaikuttavat vanhakantaisilta.

3.2.2 Konstitutionalismikäsitteiden muutoksesta

Eräs toinen täydentävä juonne suomalaisessa perusoikeusviritteisessä juridiikassa on ollut sen kotimainen sävy.⁵¹⁸ Kansainväliset tutkijanimet – suppea valikoima näitä – ovat olleet mukana oikeastaan vain teorialähteinä tai kotimaisen

⁵¹⁴ Ks. myös Rytter 2000: 320–321.

⁵¹⁵ En siis tarkoita sitä, että perusoikeudet ja demokratia olisivat jotenkin periaatteessa ristiriitaisessa suhteessa keskenään, koska sekä perusoikeuksien että vallanjaon yhtenä keskeisenä funktiona on suojata demokratian edellytyksiä. Vrt. Tuori 2000c: 1057. Ne siis tulee nähdä toisiinsa kietoutuneina.

⁵¹⁶ Kumpikin on osa sitä oikeutta, jonka avulla – viime kädessä pakkovaltaan nojaava – julkinen valta suitsitaan ja saatetaan kuriin. Ks. tark. Tuori 2000a: 107.

⁵¹⁷ Saraviita 2002: 1278. *Hobbesin* (1999) Leviathanille suvereenin vallan jakamista koskeva ajattelu oli täysin vierasta, jota hän piti ”yhteiskunnan purkamisena” (emt. s. 277–278), ja ettei jaetusta vallasta muodostunut yhteiskuntaa, vaan kolme ”itsenäistä ryhmäkuntaa” (emt. s. 281). Samaan tapaan myös *Rousseau* (1997: 157) korostaa sitä, että ”ylin valtiovalta on jakamaton ykseys, jota ei voida paloittaa sitä hävittämättä”.

⁵¹⁸ En tarkoita sitä, ettei perusoikeusjuridiikalla olisi selvät ja vahvat kiinnekohdat kv. perusoikeus-sääntelyyn. Mielestäni ei kuitenkaan ole sama asia puhua yhtäältä sääntelystä ja sääntelyideoista ja toisaalta oikeustieteen kansainvälisyydestä osallisuuden, keskustelun ja kontribuution merkityksessä. Vrt. Viljanen 2001: 11. Asialla saattaa olla myös syvällisempi ulottuvuus, kuten Habermas tuo esiin, käsitellessään nk. *Wertejudikatur*-keskustelua, on Saksan BVerfG itse asiassa elin, joka pohjaa ratkaisunsa materiaalliseen arvoetiikkaan. Sellaisena se on myös varsin vieras niille perusolettamuksille, joita Pohjoismaissa ylempiin tuomioistuimiin liitetään. Samantyyppisiä ongelmia tulee, jos mallit ovat peräisin USA:sta – perustavaa laatua olevat julkisoikeuden rajanvedot on tehty meikäläisistä malleista poikkeavalla tavalla. Ks. Habermas 1992: 309–310. Tässä yhteydessä ei ole vailla merkitystä se, että Saksassa on ollut aina vaikeuksia *sovittaa yhteen* perusoikeuksien takuu ja muut valtiosääntöön sisältyvät perusratkaisut (ks. Jyränki 2001a: 30). Saksassa

linssin läpi tulkittuina (esim. *Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas*), mutta varsinaisesta keskustelusta – vuorovaikutusta tai omaa kontribuutiota tavoitellen – eurooppalaisen tai kansainvälisen valtiosääntötutkimuksen kanssa ei ole juurikaan haluttu tavoitella.⁵¹⁹ Tätä voidaan tietenkin johonkin mittaankin saakka perustella sillä, että olemme olleet niin onnettoman jälkeen jääneitä juuri perusoikeusajattelussa, että muiden tason saavuttaminen viekin aikaa, millä tuota tasoa sitten ikinä mitataankaan. Tälle argumentille ei kuitenkaan enää tuntuisi olevan syytä asettaa ylivertaisen suurta painoarvoa, koska järjestelmämme on ”perusoikeudellistunut” jo yllättävänkin syvällisesti.⁵²⁰ Kotimainen perusoikeusjuridiikka on myös akateemisesti korkeatasoista ja kestää vertailun muiden oikeudenalojen tutkimukseen. Tosin, jos järjestelmän perusoikeudellistuminen nähdään loputtomana prosessina, niin silloin mikään määrä perusoikeudellistumista ei tietenkään ole riittävää. Sama voidaan ulottaa koskemaan myös vallanjako-oppia; mikään määrä sen toteutumista ei ole riittävää, jos sekin ymmärretään jatkuvaa toteuttamista edellyttävänä järjestelmämme toiminnallisena ja institutionaalisenä perusarvona.

Lienee kuitenkin hyödyllistä käydä perusoikeuksiin ja oikeusvaltioon liittyvää keskustelua myös yleisemmällä eurooppalaisella tasolla, koska tämän päivän Suomi ei ole enää muusta Euroopasta ja maailmasta irrallinen saareke, kuten aiempien vuosikymmenten aikana ehkä oli.⁵²¹ Ne tekijät, jotka ikään kuin kotoiloivat Suomen Idän ja Lännen välisten poliittisen leirien välitilaan ja sen mukaisiin omintakeisiin kehityskulkuihin ovat tätä nykyä pitkälti poistuneet – uudet ovat toki tulleet entisten tilalle. Perusoikeuskeskustelua ja vallanjakoon liittyvää 2000-luvun keskustelua voidaan koettaa käydä esimerkiksi varsin ajankohtaisen konstitutionalismi-teeman välityksellä.⁵²² Tämä keskustelu on osaltaan yksi

BVerfG (BVerfGE 198) on katsonut, että perusoikeudet muodostavat objektiivisen arvolausumien joukon. Tällä tavoin ymmärrettynä lienee selvää, että suurehko osa perusoikeusnormeista pohjautuu de facto kirjoittamattomaan normistoon eli tuomioistuimen omaan tulkintakäytäntöön.

⁵¹⁹ Poikkeuksena tosin *Kaarlo Tuori*. Ks. eksplisiittinen rajausta tässä suhteessa esim. *Länsineva* 2002: 117 av. 59. Eräitä kriittisiä reunahuomautuksia *Dworkin & Alexy* -vaikutteiden käyttöön liittyen ks. *Jyränki* 2003: 422–425. Vain harvoin kukaan tutkija kovin eksplisiittisesti täsmentää sitä, miltä osin ulkomainen doktriini voi ylipäänsä olla hyödyllinen kotimaiselle valtiosääntölainopille (ks. kuitenkin *Miettinen* 2001: 43). Ongelma vieraan aineksen käyttämiseen liittyen on tietenkin hyvin monitahoinen. Esim. *Dworkinin* kohdalla voidaan esittää suuria varauksia siksi, että hänen teoriansa on lopultakin nimenomaisesti USA:n historialliseen malliin pohjautuva konstruktio (vrt. *Lagerspetz* 2001: 312–313).

⁵²⁰ Tosin aivan varma ”perusoikeudellistumisesta” ei kai voine olla. Esim. KKO:n tapauksessa 2002: 91 katsottiin (ään. 3–2) kahden turkisliikkeen oveen kahliutuneen mielenosoittajan ottaneen, RL:n 28 luvun 11 §:n 1 mom. 3 kohdan tarkoittamalla tavalla, liikehuoneiston haltuun (hallinnan loukkaus). Lain sanamuotoa ”ottaa haltuun” tulkittiin siis laajentavasti, vaikka perustuslaki (8 §) asettaa esteitä rikoslain laajentavalle tulkinnalle. Vrt. *Länsineva* 2002: 89.

⁵²¹ Keskustelu on kyllä ollutkin kulkemassa tähän suuntaan. Ks. esim. *Nieminen* (toim.) 2001.

⁵²² *Liisa Nieminen* koetti viritellä – ymmärtääkseni – keskustelua tähän suuntaan jo muutama vuosi sitten. *Nieminen* 1998.

osoitus siitä, että oikeus ja politiikka ovat tuomioistuinten toiminnassa yhä näkyvämmiin kietoutuneita toisiinsa tavalla, jota vallanjako-oppiin perustuvan fundamentaalirajanvedon on hankala sulattaa.

Nykyaikaisen eurooppalaisen valtiosääntöoikeuden näkökulmasta voimme oikeastaan erottaa kaksi erilaista tulkintaa konstitutionalismista. Näitä voidaan kutsua – kronologisessa mielessä – uudeksi ja vanhaksi konstitutionalismiksi. Tuori kutsuu ensin mainittua ”yksinkertaistetuksi demokratiakäsitykseksi”.⁵²³ Vanhan konstitutionalismikäsityksen mukaan lakien perustuslainmukaisuuden arviointi tuomioistuinten toimesta oli lähtökohtaisesti sovittamattomassa suhteessa parlamentaarisen demokratian ja hallintatavan kanssa. Vanha konstitutionismi piti tärkeässä arvossa ajatusta enemmistödemokratiasta ja kansanedustuselimen johtavasta asemasta. Klassinen ranskalainen ajattelu lähti siitä, että kansalliset lait ovat oikeastaan kansan yleisen tahdonilmauksen oikeudellinen muoto.⁵²⁴ Jos tuomarit tutkivat tuon tahdonilmaisun perustuslaillisuutta, on se yhtä kuin ei-demokratia.⁵²⁵

Lakien perustuslainmukaisuuden valvonta ja näin siis myös perusoikeusvalvonta nähtiin erinomaisen ei-suotavana, koska sitä pidettiin suorana uhkana parlamentaariselle hallitustavalle. Näin kansaa edustavan lainsäädäntöorganin tuottaman lain mahdollista perusoikeusvastaisuutta ei joko tullut tutkia lainkaan tai ainakin kiistat tuli ratkaista kansanedustuselimen omaksuman linjauksen mukaisesti. On silti huomattava, että myös tähän konstitutionalismiin muotoon, jota kutsun tässä vanhaksi, liittyi ajatus oikeuden hierarkkisuudesta, kuitenkin tietyllä erityisellä tavalla tulkittuna: Tavallinen lainsäätäjän säätämä laki oli ylin, koska se oli kansan yleisen tahdon ilmaus.⁵²⁶ Perustuslaki on tässä ajattelussa taas eri asia. Se nähdään pikemminkin eräänlaisena oikeudellisena yhteiskuntasopimuksesta koskevana asiakirjana, ei niinkään suoraan sovellettavana oikeutena. Suomalainen – ja yhä laajemmin myös muun maailman – nykyydoktriini lähtee liikkeelle päinvastaisesta ajatuksesta korostaessaan perusoikeuksien suoraa sovellettavuutta. Eurooppalaisen valtiosääntödoktriinin kannalta tästä ei ole enää kovin pitkä matka siihen, että hyväksytään tuomioistuinten jatkavan lainsäätäjän työtä.⁵²⁷

⁵²³ Tuori 2000a: 251–255.

⁵²⁴ *Declaration des droits de l’Homme et du citoyen* (1789) Art. 6: ”La loi est l’expression de la volonté générale”.

⁵²⁵ Taustalla olevan Rousseauin ajattelu pohjaa juuri lainsäätäjän aseman korostamiseen (ks. Rousseau 1997: 84–96). Tässä ajattelussa ”lait eivät ole muuta kuin yleistahdon sitovia ilmaisuja” (emt. s. 154). Ks. myös Cappelletti 1989: 137–138 (”a genuine presumption of legislative validity”).

⁵²⁶ Husa 2002c: 461.

⁵²⁷ Esim. BVerfGE (1973) 269, IV. kohta 3.: ”Der Bundesgerichtshof und die ihm folgenden Gerichte haben damit nicht das System der Rechtsordnung verlassen und keinen eigenen rechtspolitischen Willen zur Geltung gebracht, sondern lediglich Grundgedanken der von der Verfassung

Toisen maailmansodan jälkeen on kuitenkin kehittynyt toisenlainen mannermainen ymmärrys konstitutionalismista.⁵²⁸ Se asettaa erityisen suuren painon ajatukselle normihierarkiasta ja ikään kuin hylkää ajatuksen siitä, että kansanedustuselimen säätämä laki (= kansan lakimuotoisen yleistahdon ilmauksena) olisi jossain erityisasemassa, ainakaan normihierarkkisesti. Pikemminkin ajatellaan, että myös lainsäätäjät itse voi rikkoa normihierarkkia vastaan ja, että näihin rikkomuksiin on tuomioistuinten viime kädessä puututtava, koska ne käyttävät oikeuteen sidottua harkintaa ja ovat riippumattomia politiikasta.⁵²⁹ Uuden konstitutionalismin ajatuksiin kuuluu keskeisenä niin ikään ajatus siitä, että oikeusjärjestyksen täytyy pitää sisällään tiettyjä fundamentaalisia oikeuksia (siis valtiosääntöisiä perusoikeuksia tai kansainvälisiä ihmisoikeuksia), joiden tulee olla suoraan sovellettavaa oikeutta.⁵³⁰ Poliittinen päätöksenteko saatetaan näin välillisesti erityisesti ylimpien prejudikaattituomioistuinten tehtäväksi, tosin tiettyyn prosessiin ja ennalta määrättyihin perusarvojen joukkoon (= perusoikeudet) sidottuna. Viime kädessä tämä voi tarkoittaa sitä, että tuomioistuinten tulee suojata hierarkkisesti korkeampia perusoikeuksia tavallisen lainsäätäjän tahtoa vastaan. Kun konstitutionismi määritellään näin, niin silloin oleellista on oikeastaan se, että tuomiovalta erotetaan muista vallan haaroista, sen sijaan lainsäädäntö ja toimeenpanovallan välistä erottelua ei pidetä keskeisenä.⁵³¹ Se, mikä tekee tämän oikeuskulttuurisen siirtymän erityisen mielenkiintoiseksi se, että sen oheistuotteena tapahtuu toinen oleellinen siirtymä, joka koskee tuomareita.⁵³²

geprägten Rechtsordnung mit systemimmanen Mitteln weiterentwickelt...Der so gefundene Rechtssatz ist deshalb legitimer Bestandteil der Rechtsordnung...".

⁵²⁸ Valtiosääntöteorian tradition valossa tätä kehitystä voidaan kuvata siirtymänä ranskalaisesta traditiosta kohti yhdysvaltalaisia. Ks. yleisesti Jyräki 2003: 228–229.

⁵²⁹ Ruotsissa on käyty tästä temasta varsin vilkasta keskustelua Barry Holmstömin mainittuun kehitykseen erittäin kriittisesti suhtautuvan teoksen *Domstolar och demokrati* (1998) tiimoilta. Ks. esim. Bull I & II. Tässä suhteessa Saksan perustuslain 20 Art. 3. kohta on kiintoisa, koska se rajaa lainsäätäjän noudattamaan valtiosääntöoikeutta ja muut valtiovalan haarat taas noudattamaan lakeja ja oikeutta ("Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.")

⁵³⁰ Suljen pois tässä kohden pohdinnan siitä, onko *Rechtsstaat* todella muuttunut *Verfassungsstaatiksi* (ks. kuitenkin van Caenegem 1995: 15).

⁵³¹ Tämänlaisia määrittelytapoja on jo Pohjolassakin. Tällä tavoin määrittelee konstitutionalismin esim. *Caroline Taube* (2001: 67–70). Hänen mukaansa ytimessä ei ole vallanjako, vaan oikeusnormien hierarkia, perusoikeussuoja ja perustuslainmukaisuuden kontrolli (nämä ovat hänelle "normative parameters of constitutionalism", s. 75).

⁵³² Pyrin viittaamaan tässä syvälliseen ajattelun peruspiirteen muuttumiseen, en esimerkiksi siihen jo hyvin tiedettyyn tosiseikkaan, että ylimmät tuomioistuimet käyttävät *de facto* lainsäädäntövaltaa prejudikaattien muodossa. Ks. myös Jyräki 1998a: 155–157. Tuomarin asemasta valtiosääntöteoriassa ks. myös Schmitt 1983: 273–276. Sanottakoon vielä, että oikeusvaltioajatteluun kytkeytyvässä valtiosääntöteoriassa vallanjaon on katsottu olevan lähinnä "ein theoretisches Schema", kuten Schmitt (1983: 186–187) asian ilmaisi. Kysymys on mielenkiintoinen lähinnä siksi, että opin luonnehtiminen voi vaikuttaa suhtautumiseen siihen: Onko se empiirinen vai normatiivinen asia?

Tuomareista tulee huomaamatta tässä prosessissa nimittäin – mikrotason – poliittisen vallan käyttäjiä *de facto* samalla, kun poliittisen vallan käyttäjistä tulee ”valtiosääntötuomareita” siinä mielessä, että muotoillessaan politiikkaa he ottavat huomioon perusoikeuksien sisältämät arvot.⁵³³ Poliitiikka oikeudellistuu ja oikeus politisoituu. Lainsäätäjän ei olisi järkevää säätää lakeja, jotka joutuvat ongelmiin tuomioistuinlaitoksessa, kun poliittiset – lainvalmistelu- ja säätämisvaiheessa hävinneet – vastustajat käynnistävät niissä prosesseja haastaakseen ensi vaiheen poliittisessa lainsäädäntöprosessissa tai toimeenpanovallan piirissä tehdyt ratkaisut.⁵³⁴ *Karen J. Alter* kirjoittaa seuraavasti:

”The rule of law implies that law and legal considerations become part of the political process itself, shaping and constraining political decision-making... governments avoid actions and policies that violate law, not waiting to lose in court to modify their behaviour.”⁵³⁵

Lainsäätäjän yhteiskunnallisen aseman kannalta kuvattu kehityskulku vaikuttaa ongelmalliselta, koska lainsäätämiskäytännön justifikaationa voidaan pitää sitä seikkaa, että se on olennaisesti läpinäkyvämpää kuin lainkäytössä tai oikeustieteessä, jotka ovat pidemmälle erikoistuneita. Väite ei siis kuulu, että lainsäädäntömenettely (faktuaalisesti) olisi erityisen läpinäkyvää, vaan että se on läpinäkyvämpää kuin lainkäytössä tai oikeustieteessä. Niinpä niissä valtioissa, joiden valtiosäännön voi sanoa perustuvan demokraattisen oikeusvaltion periaatteiden varaan, on juuri vaaleilla valitulle lainsäädäntöelimelle pyritty tietoisesti varaan tärkeimmät lainsäädäntöpäätökset.⁵³⁶ Hyvin elementaarisella tasolla kyse on poliittisen diskurssin alueen ja oikeudellisen diskurssin alueen jonkinlaisesta erillään pitämisestä. Jos nämä diskurssien alueet liukuvat omilta alueiltaan (tuomiovalta – lainsäädäntövalta), niin pitäisi ehkä kysyä, pitäisikö noita alueita koskevien demokraattisen kontrollin järjestelmien siirtyä vastaavalla tavalla?⁵³⁷ Jos kerran valtiovallan kolmijako-opin edellyttämä politiikan ja oikeuden erotta-

⁵³³ Tekstissä esitettävä kuva lienee turhankin vivahteeton. Tosiasiasiaassa tuomareilla voi olla useita rooleja, kuten esim. toimeenpanijan, valtuutetun, vartijan mutta myös poliitikon rooli. Ks. tiivistystyksi Guernieri & Pederzoli 2002: 70.

⁵³⁴ Husa 2002c: 462.

⁵³⁵ Alter 2001: 208.

⁵³⁶ Vrt. Tuori 2000a: 266.

⁵³⁷ Lavapuro (2001: 136–137) katsoo, että tekstissä esittämäni perusoikeuksien demokratiaan liittyvien riskikäyttötapojen kritiikki ”muuntaa jo oikeudellistetun uudelleen poliittiseksi”. Lavapuron mukaan tämä tapahtuu siten, että oikeus ja politiikka erotetaan toisistaan. Itse asiassa lienee niin, että kyse ei ole oikeuden ja politiikan erottamisyrityksestä, vaan pikemminkin yhteiskunnallisesta makrotason normatiivisesta työnjaosta (= vallanjaosta) lakiasäättävän ja tuomiovaltaa käyttävän vallan välillä, joita oikeuden syvärakenteen tasolle kuuluva vallanjaako-oppi *pyrkii* pitämään toisistaan erillään. Tästä tulee kuitenkin erottaa se, ettei toimivaltojen erottelu ole faktuaalisesti aina kovinkaan itsestään selvää (ks. Cappelletti 1989: 218–219).

minen ei olekaan jälkimoderneja paineita kestävää sorttia, pitäisikö koko järjestelmän perusteita ja fundamentaalioletuksia miettiä myös uudella tavalla? Onko julkisoikeuden normatiivinen kieliooppi loitonemassa todellisuudesta jo liian kauas? Ehkä, mutta on todellakin vaikeaa sanoa, mistä oikein tarkkaan ottaen ollaan liikkumassa, ja mihin suuntaan.⁵³⁸ Jonkinlainen yleinen kehityspiirre lieinee se, että perusoikeuksien korostaminen yhdessä oikeuden materiaalisien puolen painottamisen kanssa johtaa vallanjoon kallistumiseen tuomiovaltaa kohden, ja poliittisten instituutioiden vahingoksi.⁵³⁹ Sinänsä kiintoisaa on, että *Barry Holmströmin* analyysin mukaan tuomioistuinten vallan kasvulla on yhteinen poliittinen alkuselitys. Kyse oli alun perin niin Saksassa, Ranskassa kuin Isossa-Britanniassakin siitä, että tuomioistuinten haluttiin muodostavan poliittisen vastapainon nopeasti kasvaneen parlamentaarisen vasemmiston vastapainoksi.⁵⁴⁰

Onko lainsäätäjä sitten muka ihan aseeton tämän kehityksen edessä? Eikö sitten voitaisi ajatella edellä sanotusta huolimatta, että lainsäätäjällä on joka tapauksessa omat keinonsa palauttaa lainkäyttö preferoimaansa suuntaan lainsäädäntötoimella?⁵⁴¹ Lienee niin, etteivät lainsäätäjän mahdollisuudet palauttaa lainkäytön suuntaa haluamaansa suuntaan ole käytännössä kovin realistiset, jos korkeimmat tuomioistuimet argumentoivat kiistanalaisimmat ja huomiota herättävimmät ratkaisunsa väljillä perusoikeussäännöksillä, joiden lainsäädäntöteitse tapahtuva muuttaminen on erityisen hankalaa. Lainsäätäjän tosiasialliset mahdollisuudet puuttua – potentiaalisessa valtakonfliktitilanteessa – sen väärinä pitämiin perusoikeustulkintoihin ovat pienehköt, koska tavallisen lain säätäminen ei välttämättä ole riittävä toimi, vaan edellytetään vaikeutetun lainsäätämisyjärjestyksen käyttämistä. Puhumattakaan siitä, että perustuslain säännösten muuttaminen voi olla myös poliittisesti hankala prosessi.⁵⁴² Voidaankin sanoa, että lakien säätämiskoneisto on sillä tavoin kankea ja prosessi niin hidas, että lainsäätäjä voi vain vajavaisesti seurata lainkäytön kehitystä tässä mielessä.⁵⁴³

Meikäläisittäin ongelma voi olla todellinen senkin vuoksi, ettei perustuslainsäätäjä ole sitonut tuomioistuinta – yksiselitteisesti – perustuslakivaliokunnan lausuntoihin lainvalmisteluaineistoa sitovammalla tavalla. Tarkoitin yksinkertaisesti sitä, että perustuslain 3.3 §:n mukaan tuomiovalta kuuluu *riippu-*

⁵³⁸ Kysymys on yleisemmin sääntelyn taustateorian ja sen kohteen välisestä suhteesta, joiden lieenee jotenkin vastattava toisiaan. *Tarmo Miettinen* (2001: 60) onkin korostanut sitä, ettei pelkkä sääntelyteoria riitä, vaan tarvitaan myös jonkinlaista ei-juridista teoriaa sääntelyn kohteesta. Kirjoittaja ymmärtää vallanjoolla olevan ainakin osin myös tällaisen valtiollista valtaa koskevan normatiivisen taustateorian luonne.

⁵³⁹ Nordquist 2001: 228.

⁵⁴⁰ Holmström 1998: 424.

⁵⁴¹ Ks. esim. Sipponen 1965: 477–478.

⁵⁴² Ks. myös Bull II: 32. Vrt. van Caenegem 1995: 161.

⁵⁴³ Vrt. Jyräki 2003: 167.

mattomille tuomioistuimille, jolloin lainsäätäjän vaikuttamisen tulisi tapahtua ensisijaisesti *lakimuotoa* käyttäen, kuten 2.3 § julkisen vallan perustalta yleisesti edellyttää.⁵⁴⁴

Edellä on puhuttu enimmäkseen lainkäytöstä. Entä sitten arvojen/moraalin suhde oikeustieteeseen yleensä? Nuotio valaisee asiaa teoreettisella tasolla.⁵⁴⁵ Hän katsoo mielestäni oikein, että oikeustieteessä ja oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa (molemmissa) on aina mukana moraalialia. Ei kuitenkaan siinä mielessä, että valitaisiin joku tietty puoli (puolue tai asianosainen). Pikemminkin siten, että arvoihin liittyviä valintoja joudutaan tekemään, kun tehdään ratkaisuja tai tulkintasuosituksia. Tuomioistuimet ovat ratkaisupakon vuoksi tilanteessa, joka on tyypillisesti (myös) etiikan alan valintatilanne eli valinta arvojen välillä. Jos oikeutta käytettäisiin poliittisten prosessien jatkumona, niin tällöin tuomarit (ja tutkijatkin) olisivat väistämättä aina politiikan kentällä.⁵⁴⁶ Lienee turhaa sievistelyä väittää, ettei tällaisia piirteitä olisi jo Pohjolassakin ilmassa.

Jos ajatus viedään loppuun saakka, niin tämän takia ainakin ylimpiin tuomioistuimiin – niiden omaaman prejudikaattivallan vuoksi – tulisi ehkä kohdistaa jonkinlainen uudentyyppinen (diskurssietiikan malleihin sopiva) moraalipoliittinen kontrollimuoto, jos halutaan ajatella, ettei konstitutionalismissa tulisi olla suuressa määrin kontrollin ulkopuolista valtaa perustavanlaatuisia arvo- ja moraalivalintoja tekemässä. Sanon näin senkin vuoksi, että uskon perusoikeuksien suoraan sovellettavuutta korostavan ajattelun nojautuvan *julkilausumattomaan premissiin* (= montesquieulaiseen vallanjakoajatukseen⁵⁴⁷) siitä, että tuomiois-

⁵⁴⁴ Tosin lienee ilmeistä, ettei nykyinenkään säädännäinen järjestelmämme todella ole vallanjako-periaatetta tarkasti noudattava. Esim. voidaan mainita laillisuudenvallonta, jota ei voi sijoittaa oikein toimeenpanon taikka lainkäytön piiriin. Useimmiten kyse on hallintotoiminnan laillisuuden tutkimisesta siten, että perus- ja ihmisoikeudet ovat argumentatiivisesti lainkäyttöä vahvemmin läsnä. Erityisen käyttökelpoista perusoikeusargumentaatio vaikuttaa olevan silloin, kun varsinaisiin toimenpiteisiin (syytteen nostaminen, huomautus) ei ole aihetta, vaan laillisuudenvallvoja saat-
taa pehmeämmän ohjaavan käsityksensä valvottavan tietoon. Ks. tark. Husa 2002b: 372–375 (ks. myös jälj. luku 4.3). Erottaminen on osoittautunut myös oikeushistorian näkökulmasta vaikeaksi (ks. esim. van Caenegem 1995: 123).

⁵⁴⁵ Nuotio 2002: 15–16.

⁵⁴⁶ Kyse ei siis ole siitä, kuten *Lavapuro* (2001: 133) esittämäni kritiikin fundamentaaliulottuvuuden on ymmärtänyt, että ”oikeudellisille ratkaisuille on ominaista objektiivisuus ja neutraalisuus”. Moraali, arvot ja politiikka ovat *aina* mukana lainkäytössä. Kyse on mieluumminkin siitä, millä tavalla ja missä laajuudessa tämä ulottuvuus on mukana. (Tärkeää tämä on siksi, ettei tuomiois-
tuinlaitokseen ulotu samanlaista – oikeusvaltiollista – julkista ulottuvuutta ja kontrolloitavuutta kuin julkiseen lainsäädäntödiskurssiin.) Ks. tark. Tuori 2000a: 109–122. Oikeudenkäyntiäkin voi-
daan kuitenkin pitää myös moraalikeskustelun – mikropoliittisena – tilana (Wilhelmsson 2002: 258–261).

⁵⁴⁷ ”Il n’y a point encore de liberté, si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative et de l’exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, la pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire... Si elle était jointe à la puissance excécutrice, le juge pourrait avoir la force d’un oppresseur.” Montesquieu 1995 Livre XI Chapitre VI.

tuinten ratkaisutoiminta jotenkin perustavaa laatua olevalla tavalla poikkeaa lainsäätäjän poliittis-moraalisesta lainsäätämistoiminnasta ja harkinnasta. Tuomioistuinten riippumattomuudesta huolimatta demokraattisen legitimaatioketjun voidaan kuitenkin ajatella pysyvän, koska tuomiovalta on *sidottu* lakeihin, joiden kautta demokraattisesti valitun lainsäätäjän ajatellaan määräävän pitkälle tuomioistuinten toiminnasta.⁵⁴⁸ Jos tämä premissi ei pidä paikkaansa, niin sitä valtarakennelmaa, jonka varassa perusoikeuksia suoraan sovelletaan, tulisi myös arvioida uudessa valossa.⁵⁴⁹

Lienee kai jonkinasteinen älyllinen paradoksi, jos perusoikeuksien syvemmälle lainkäyttöön tunkeutumista perustellaan vallanjaolla eli ajatuksella siitä, että tuomioistuimet ovat *oikeudellisia* elimiä ja juuri siksi niiden tulee valvoa perusoikeuksien toteutumista. Paradoksi se on siksi, että vallanjako puolestaan itse hapertuu juuri tästä samasta syystä; vahvasti perusoikeusvetoinen ratkaisuaargumentaatio voi tuoda mukanaan tulkintaan elementtejä, jotka edellyttävät yhä enemmän nojaamista oikeuden *ulkopuolisiin* arvostuselementteihin).⁵⁵⁰ Jos halutaan ylläpitää vanhoja rajoja oikeuden ja politiikan välillä, niin tilanne alkaa vaikuttaa ongelmalliselta. Miten oikeuttaa malli, jossa valtiovallan kolmijako legitimoit tuomioistuinten vahvaa roolia niin, että ne astuvat de facto lainsäätäjän toimialueelle eli murentavat näin samalla vallanjakokonstruktiota? Oikeutuksen ongelma aiheutuu siitä, että molemmat ulottuvuudet pitää mahdollistaa yhden demokraattisen oikeusvaltion konseptioon.

Demokraattisen oikeusvaltion kielellä ilmaistuna riski koskee sitä potentiaalista siirtymää, joka voi tapahtua lainkäytössä siten, että tuomioistuimet siirtyvät enemmänkin konstruoimaan oikeutta kuin rekonstruoimaan sitä.⁵⁵¹ Voidaan tietysti ajatella, että tällainen riski on kerta kaikkiaan liioiteltu, eihän meillä nyt sentään toki tuossa tilanteessa olla tai olla edes menossa siihen suuntaan. Tällä vastakritiikillä voi olla oma arvonsa, mutta on kyllä huomioitava se, että demokratiateorian tulee – ollakseen realistinen – lopultakin kaiketi lähteä siitä, että ”det värsta möjliga kan inträffa”.⁵⁵² Merkille voidaan myös panna se, ettei politiikan oikeudellistumista ja/tai oikeudenkäytön politisoitumista koskeva kehitys ole Euroopassa mitenkään tavatonta, sillä esimerkiksi Ranskassa ja Saksassa

⁵⁴⁸ Vrt. Jyränki 2003: 167.

⁵⁴⁹ Voidaan tietysti pohtia, millaisesta vallasta tässä ylipäänsä on kyse. *Alec Stone Sweet* (2000: 201) muotoilee tämän seuraavasti: ”The perception of the court’s neutrality erodes as its capacity to rewrite the constitution is revealed.”

⁵⁵⁰ Ks. tark. Husa 2002c: 467–468. Ehkä juuri tässä kohden on syytä huomauttaa siitä, että suomalaisen perusoikeusideologian taustalla voidaan havaita olevan nimenomaisia vallanjakoon liittyviä oikeusideologisia ajatuskulkuja, kuten *Markku Suksi* (2002: 133) toteaa.

⁵⁵¹ Vrt. Tuori 2000a: 121. Ks. myös Schmitt 1983. 273.

⁵⁵² Eriksson 1993: 154.

politiikan tekeminen ja valtiosääntöoikeuden kehittyminen ovat joskus yksi ja sama asia.⁵⁵³

Jäljelle jää kuitenkin yksinkertainen kysymys: Miksi tuomioistuimet ja tuomarit sopisivat vaaleilla valittua lainsäätäjää paremmin tulkitsemaan yhteiskunnallista muutosta ja moraalia, kun ne tekevät tulkintojaan väljen ja tulkinnanvaraisten perusoikeusnormien sisällöstä ratkaistessaan yksittäisiä tapauksia? Mikä tekee juristeista ja oikeustieteilijöistä erityisen etevä tulkitsemaan moraaliarvoja ja perustuslainsäätäjän tahtoa?⁵⁵⁴ Miksei etusijaa sen myönnettäisi suosiolla poliittiselle harkinnalle, avoimesti moraalille ja arvoperusteisille lähtökohdille?

Ongelmat voivat konkretisoida perusoikeuksien yleisten oppien konstruoinnissa. Länsinevan vastaväittäjä Kultalahti nosti esiin järjestelmän sisäisen jännitteisyyden ja eri suuntiin vetävien argumenttien ongelmallisuuden siinä yhteydessä, kun jokin argumentti (tässä: heikomman osapuolen suoja) halutaan nostaa muita ylemmäksi.⁵⁵⁵ Ongelman ydin saattaa olla juuri tässä – tietynlaisessa arvottamisessa. Arvottaminen kun tuntuisi edellyttävän jonkin sortin koherenssia, sikäli kun asiaa tarkastellaan teoreettisen lainopin episteemisestä näkökulmasta.

Yksi konkreettinen esimerkki perusoikeusjärjestelmän sisäisestä heterogeenisyydestä on PeL:n 7 §:n jokaisen oikeus ”turvallisuuteen”. Sen käyttäminen perusoikeusargumenttina voi sisältää ongelmia muiden perusoikeuksien ja siten koko perusoikeusjärjestelmän kannalta. Viime kädessä voidaan nimittäin kysyä, mikä on perusoikeuksien perimmäinen yhteiskunnallinen funktio. Tästä on meillä vallinnut eriäviä käsityksiä.⁵⁵⁶

3.2.3 Kontrollin tarpeesta

Ei tietenkään ole pelkästään kotimainen huomio, että ylimmät tuomioistuimet ovat muuttuneet ja niistä on tullut eräin kohdin entistä eksplisiittisemmin osa

⁵⁵³ Shapiro & Stone Sweet 2002: 208. Suomalaisesta näkökulmasta kannattaa erityisesti huomata se, että saksalaisen perusoikeusjuridiikan teoreettisilla kehityksillä (*Robert Alexy*) – tiivistetysti ks. esim. Miettinen 2001: 67–82 – on ollut selvästi vahva merkitys suomalaisessa perusoikeusjuridikkassa. Tähän voi liittyä moniakin nk. transplantaatio-ongelmia. Vrt. Tuori 2001: 935. Ks. myös Jyränki 2003: 422–425. Paikoin nämä ongelmat voivat välillisesti heijastua siihen, ettei Alexyn teoriaa voida sittenkään konkreettisesti ehkä soveltaa kotimaisen perusoikeusnormin tarkastelussa ihan loppuun saakka (ks. esim. Miettinen 2001: 67–117).

Saksan kaltaisessa järjestelmässä, jossa on vahva BVerfG, tuomioistuimen rooli on valtiosääntöisesti oleellinen. Erityisesti näin on nimenomaisesti perusoikeuksien kohdalla. *Alexyn* (2002: 2) mukaan ”What constitutional rights are today, they are above all because of the case-law of the Federal Constitutional Court”. Tämä ei kuitenkaan suoraviivaisesti tarkoita sitä, että vahvoinkaan valtaoikeuksin varustettu tuomioistuin ei kunnioittaisi lainsäätäjää. *Wellach* (1991: 162) kuvaa Saksan tilannetta tuomalla esiin ”court’s hesitancy to invade the powers of other branches”.

⁵⁵⁴ Rytter (2000: 320–321) huomauttaa, että tuomioistuinten *demokraattinen legitimitetti* ”er svagere en det folkevalgte parlaments”.

⁵⁵⁵ Kultalahti 2003: 710.

⁵⁵⁶ Ks. Tuori 1999 ja Lavapuro 2000.

poliittista päätöksentekokoneistoa. Tällä tarkoitan poliittista päätöksenteko- ja kontrollikoneistoa *kokonaisuudessaan*, julkisen vallan ja oikeuden muotoamana rakennelmana. Tuomioistuinten oikeudellistumisen tutkija *Alec Stone Sweet* katsoo, että:

”Legislative processes are sites of constitutional politics to the extent that they organise interactions between legislators and constitutional judges. As these interactions have grown over time, law-making and the construction of the constitutional law have tended to bind together, each process becoming at least partly constitutive of the other.”⁵⁵⁷

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen sitovat ennakkopäätökset ovat jo pitkään siirtäneet *de facto* lainsäädäntövaltaa tuomioistuinlaitoksen suuntaan. Ongelma on kuitenkin siinä, että ylimpien tuomioistuinten ja tuomareiden entistä suurempi poliittinen painoarvo tuo esiin automaattisesti myös kysymyksen tuomioistuinten ja tuomarien demokraattisesta vastuusta ja judisiaalisen politiikanteon menettelymuotojen demokraattisuudesta. Jos tuomioistuinten yhteiskunnallinen rooli on kasvanut, niin pitäisikö myös pohtia sitä, kuinka riittävästi vanhat doktriinit vastaavat lainkäytön demokraattisen ulottuvuuden pulmaan. Kyse ei niinkään ole siitä, että kritisoitaisiin tuomioistuinten tarpeellista ja legitiimiä yhteiskunnallista lainkäyttöfunktia. Kyse on pikemmin siitä, että politiikan ja tuomioistuinlaitoksen välille voi *mahdollisesti* syntyä sellainen työnjako, joka on modernin konstitutionalisin ja demokraattisen oikeusvaltioajatuksen vastainen. Tarkoitan *kaiken vallan* rajoittamista ja kontrollointia.⁵⁵⁸ Vallanjakokin tähtää eri muodoissaan vallankäytön rajoittamiseen, joten se on nähtävä valtiosääntöoikeudellisesti myös yhtenä kontrollin muotona, ei vain organisatorisena tai funktionaalisenä yleisenä periaatteena.⁵⁵⁹

Kyse on yksinkertaisesti sanottuna siitä, että väljä ja tulkinnanvarainen lainsäädäntö tuo ehkä ongelmia, koska se voi hämärtää lainsäätämisen ja lainkäyttämisen välistä rajaa ja tehdä poliittisen päätöksenteon (oikeusvaltiossa lainsäätäjälle kuuluvan) vastuun vaikeasti paikannettavaksi.⁵⁶⁰ Näen tässä potentiaalisen ongelman, joka *voi* aktualisoitua. Lainsäätäjä ja lainsäädäntövalmistelua johtava valtioneuvosto voivat päästä turhan helposti poliittisesta vastuusta, jos politiikka oikeudellistuu tällä tavoin. Samaten kuntatasolla poliittinen päätöksenteko voi koettaa piiloutua sen taakse, että lainsäätäjä tai perusoikeudet vaativat toimimaan näin, vaikkamme ”me itse tätä oikeastaan edes halua”.

⁵⁵⁷ Stone Sweet 2000: 61. Vrt. Troper 2003: 121 (”legislative power is shared”). Arvio yleisemmästä kehityskulusta Suomen osalta ks. Kekkonen 1998: 155.

⁵⁵⁸ Vrt. Guernieri & Pederzoli 2002: 13.

⁵⁵⁹ Vrt. Oosterhagen 1993: 84–85.

⁵⁶⁰ Vrt. Tuori 2000a: 135.

Mutta poliittinen vastuu ulottuu vain toimeenpanopuolelle, se ei yksinkertaisesti ulotu lainkäyttökoneistoon. Jyräni ilmaisi tämän perusongelman 1980-luvun lopun ajattelussaan sanomalla, että ”Ongelmallisinta on hyväksyä tuomioistuimet valvomaan ... poliittisten ratkaisujen arvoisaisältöä”.⁵⁶¹ Sama poliittisen vastuun ulottumisen ongelma koskee toki myös koko lainvalmistelukoneistoa yleisemminkin, koska suuri osa lakien uudistusaloitteista tulee useimmiten hallinnon sisäältä, ei suinkaan poliittisista ryhmistä tai kansalaispiireiltä. Tässä mielessä parlamentti on de facto pikemminkin reaktiivinen kuin proaktiivinen.⁵⁶² Tästä huolimatta virkamiesten (joita tuomaritkin laajassa mielessä ovat) ja poliittisten toimijoiden välillä on yksi tärkeä ero; vain toinen näistä valitaan tehtävänsä demokraattisella vaalimenettelyllä.⁵⁶³ Vain toisen kohdalla voidaan puhua demokratiaan kuuluvasta vastuuajatuksesta.⁵⁶⁴ Vain toiseen ulottuu katkeamaton kansanvaltainen legitimaatioketju. Kyse on vastuun lisäksi myös kytkennän läheisyydestä kansanvaltaan. *Alexis de Tocqueville* ilmaisee ajatuksen seuraavasti:

”I appreciate that by refusing to give judges the power to declare laws unconstitutional we indirectly give the legislative body the power to change the constitution, since there is no legal barrier to restrain it. But it is still better to give the power to change the people’s constitution to men, however imperfectly, represent people’s will, than to others who represent nobody but themselves.”⁵⁶⁵

Yksityisten yhä tiukentuvat vaatimukset heidän perusoikeussuojansa suhteen yhdistettynä oikeusvaltio- sekä hyvinvointiajatteluun omaavat monia seurauksia. Yhtäältä on helppo huomata se empiirinen fakta, että tuomioistuinprosessit ja kantelut vallanjako-opin mukaisen hallinnon ja oikeuden rajamailla toimiville lainvalvojille lisääntyvät. Ihmiset vaativat täysin oikeutetusti perusoikeuksiensa toteuttamista. Yksilöt ja yhteisöt hakevat yhä enenevässä määrin oikeussuojaa eli suoja perusoikeuksilleen nimenomaan tuomioistuinlaitoksen kautta toivoessaan, että sieltä olisi saatavissa poliittisen prosessin tai ensi asteen hallintopäätöstä suotuisampi ratkaisu (esim. jonkin etuuden tai luvan saamisen suhteen) heidän tapauksessaan. Tässä mielessä oikeudellisen prosessin käynnistämisestä

⁵⁶¹ Jyräni 1989: 543.

⁵⁶² Ks. Tala 2001: 9 ja 25.

⁵⁶³ Konkretisoin esimerkin avulla. Kun PeV lausunnossaan 44/1998 vp. eräällä tapaa ”ohitti” selvähkön valtiosääntöoikeudellisen ongelman (järjestyksenvälvojan voimankäyttöoikeus; yhden perusoikeuden rajoitus perusteltiin toisen turvaamisella) ja katsoi, että ao. laki voitiin säätää ehdotetussa muodossa, kyse ei ollut mistään erityisestä ongelmasta *demokratiakonstruktion* kannalta. Päätöksen tekivät tehtävänsä demokraattisen menettelyn kautta valitut poliitikot, jos samanlainen ratkaisu olisi sen sijaan tehty – esimerkki on hypoteettinen – tuomareiden toimesta, niin asiaan olisi voinut liittyä *suurempikin* periaatteellinen ongelma.

⁵⁶⁴ Ks. myös Tala 2001: 9.

⁵⁶⁵ Tocqueville 1994: 101.

on tullut yksi tapa osallistua poliittiseen prosessiin, koska tuomioistuimet eivät voi – ainakaan suoraan – kieltäytyä ottamasta käsittelyyn kiistakysymyksiä, jos ne täyttävät prosessin käynnistymisen ehdot. Tätä kautta tuomioistuinten on tullut enenevässä määrin poliittisen prosessin toimijoita, joiden kautta erilaiset ryhmittymät (yksilövalituksin/-kanteluin tosin) voivat pyrkiä toteuttamaan omia poliittisia päämääriään, joiden ajaminen parlamentaarisen prosessin kautta on joko epäonnistunut tai osoittautunut tehottomaksi. Ratkaisupakon vaatimus tuottaa ainakin jonkinlaisen tuloksen ja tuo äänen kuuluviin.⁵⁶⁶

Edellä mainittuun voi myös liittyä se, että tuomioistuinprosessit muuttuvat yhä enemmän moraaliseksi ja oikeudenkäynnit tulevat selvemmin erääksi kanavaksi moraalisi-poliittiselle kommunikaatiolle, eräänlaiselle *mikropolitiikalle* lainsäädäntökoneiston sijaan.⁵⁶⁷ Tuomioistuinlaitoksen hoidossa oleva mikropolitiikka nostaa näin keskusteluun teemoja, jotka eivät artikuloitu ja pääse julkisuuteen *makropolitiikassa*. Vaikutussuunta on makropolitiikan mallin vastakohta: se suuntautuu alhaalta ylöspäin eli yksityisestä yleiseen, fokusoituen pisteittäin konkreettisen epäkohtien korjaamisessa.⁵⁶⁸

Makropolitiikalla viitataan sellaiseen politiikkaan, jota harjoitetaan erityisesti ylimpien valtioelinten tasolla presidentin, valtioneuvoston ja ministeriöiden sekä eri EU-elinten tarjoamissa puitteissa pitkälti poliittisten puolueiden ja etujärjestöjen mobilisoimana ja toimesta. *Mikropolitiikka* taas viittaa sellaiseen politiikkaan, jota harjoitetaan alemmissa viranomaisissa, tuomioistuimissa ja lähempänä yksilötasoa eli kytkeytyen yksityisten toimijoiden (luonnolliset henkilöt, yksityisoikeudelliset oikeushenkilöt) konkreettisiin konfliktitilanteisiin ja eturistiriitoihin. Makropolitiikalla on tyypillistä nojautua yleisiin ohjelmiin, kuten esim. puolueohjelma, hallitusohjelma tai lakiuudistus, kun taas mikropolitiikka kiteytyy yksittäisiin tapauksiin (esim. oikeudenkäynteihin, kanteluihin, hallintopäätöksiin) eli on responsiivista eikä ohjelmasedonnaista. Makropolitiikka on linjoiltaan ja sisällöltään ennakoitavissa, kun taas mikropolitiikassa yllätyspotentialiaali ja ennustamattomuusominaisuudet ovat selvästi suurempia, vaikka asiaa koskeva (yleispiirteinen) sääntely tunnettaisiinkin ennakolta. (Ks. myös edellä luvussa 1.1).

Tässä kohden on helppo nähdä vallanjakorakenkelma nk. suurena kertomuksena, kun taas postmoderni ajattelu haluaa korostaa nk. pieniä kertomuksia.⁵⁶⁹ Perusongelma on kuitenkin siinä, että politiikan jatkaminen oikeuden keinoin on demokratian kannalta pulmallista, jos yhteiskuntajärjestelmän lähtökohdaksi otetaan *Teuvo Pohjola*isen esittämä yksityisten mahdollisimman suuri mahdollisuus

⁵⁶⁶ Guernieri & Pederzoli 2002: 12.

⁵⁶⁷ Vrt. Wilhelmsson 2002: 260.

⁵⁶⁸ Ks. myös Tuori 2002b: 910.

⁵⁶⁹ Vrt. Nuotio 2002: 14–15.

vaikuttaa itseään koskevaan päätöksentekoon (= demokratia).⁵⁷⁰ On selvää, että *asianosaisten* näkökulmasta oikeudenkäynti jää tästä näkökulmasta välilliseen demokratiaan nojaavaa menetelmääkin puutteellisemmaksi; prosessin ehdot ja rajat ovat hallintomenettelyä tiukemmin määrämuotoisia.⁵⁷¹ Ääni tulee ehkä kuulluksi, mutta laulun volyyymi, kesto, sävellaji ja tyyli ovat ennalta sidottuja. Kansansuvereniteettiperiaatteen kannalta tällainen kehitys on ongelmallista.

Painotettaessa demokraattisen oikeusvaltion tärkeyttä ja siihen liittyvää ajatusta hallitusta ja eduskuntaa ympäröivästä julkisuudesta ja siinä julkisuudessa toteutuvasta lainsäädäntöprosessista, voidaan tuomioistuimien mikropoliittisia ominaisuuksia korostavassa konstruktiossa nähdä ongelmia, vaikkei mukaan haluaisikaan liittää tuomarivaltiokehitykseen liittyviä uhkakuvia, kuten *Kaarlo Tuori* huomauttaa.⁵⁷² Yksinkertaisesti kysymys voi kiertyä sen ympärille, että lainkäytöllä ja poliittisella vallalla on omat *yhteiskunnalliset funktionsa* (Montesquieu: ”valta pysäyttää vallan”), joiden syvälinen sekoittuminen voi olla riski demokraattiselle oikeusvaltiolle itselleen.⁵⁷³ Ehkä oikeudellistuminen ei olekaan se varsinainen ongelma, vaan vain oire jostain vieläkin syvällisemmästä? Ehkä oire siitä, että modernin julkisoikeuden fundamentaaliset rajanvedot alkavatkin olla aikansa eläneitä ja todella vaikuttavat korjausliikkeet mahdottomia? Ehkäpä tässä kirjassa tähän kohtaan saakka puolustettu vallanjakokin on jo aivan liian pitkälti murentunut, ettei sen normatiivisesta voimasta ole enää syytä pitää laajemmalti meteliä? Ehkä näin voitaisiin ajatella, mutta ongelma pysyy, jos demokraattisen oikeusvaltion katsotaan Habermasin tapaan sisältävän sekä vallanjaon että perusoikeudet.

Leimallisesti perusoikeuksiin kiinnittyvä ja niiden varaan rakentuvan valtiotähtöteorian perusongelma on se, ettei se oikein aidosti tunnista Habermasin demokraattisen oikeusvaltiomallin tavoin (myös) vallanjaon fundamentaalista luonnetta nykyaikaisen legitiimin oikeuden perustavana oppina ja lähtökohtana, vaan korostaa nimenomaan perusoikeuksia ja niiden sitovaa ulottuvuutta. (Myös kansansuvereniteettiperiaate jää varsin sivuun.) *Robert Alexyn* teorias-
sa kyllä tunnistetaan se, että perusoikeuksiakin voidaan rajoittaa, mikäli rajoit-

⁵⁷⁰ Pohjola 1994a: 13.

⁵⁷¹ Toisin Scheinin (1993: 25). Hän on korostanut sitä, että tuomioistuinlaitoskin voi edustaa demokratiaa, ”toisenlaista demokratiaa”. *Scheinin* (emt.) mukaan tuomioistuinten päätöksillä voi ”olla jopa vahvempi demokraattinen legitimitetti kuin yhdenkään yksittäisen norminantajan päätöksillä”. Näin voidaan ehkä ajatella, mutta ongelma on kaksikokainen: 1) demokraattisen kontrollin mahdollisuus ja sitä kautta muotoutuva legitimitetti (sen puute) ja 2) se voidaanko normifragmenteista ja oikeuden pluralistisuudesta edetä tällaisen ”toisenlaisen demokratian” ajatukseen.

⁵⁷² Tuori 2002b: 911–912.

⁵⁷³ ”Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir” (Montesquieu 1995: Livre XI Chapitre IV). Ks. myös Jyrängin (2001b: 161) tiivis selostus asiasta. Po. periaatteesta ks. myös Schmittin (1983: 182–187) kiintoisa selostus.

taminen perustuu toiseen valtiosääntötasoiseen normiin. Tällaisen rajoittamisen täytyy myös olla muutoin perustuslainmukainen. Alexyn mukaan erityisesti kompetenssinormit ovat keskeinen normien muoto, joka voi rajoittaa perusoikeuksia: ”These empower the legislature to set limits to rights”. Alexyn mielestä nämä kompetenssinormit eivät kuitenkaan itsessään ole perusoikeuksia rajoittavia, vaan ne merkitsevät ainoastaan oikeudellista mahdollisuutta perustuslainmukaisiin perusoikeuksien rajoittamisiin lainsäätäjän toimin (= valtiosääntönormit) tai BVerfG:n tunnistamin perustavin valtiosääntöarvoin (= valtiosääntöperiaatteet).⁵⁷⁴

Johtopäätöksenä ei välttämättä ole se, että kansansuvereniteetin korostaminen lainsäätäjän aseman alleviivaamisena ja yksityisten perusoikeuksien suojaaminen ovat toistensa kanssa väistämättömässä ristiriidassa. Kuitenkin jos oikeudellistuminen etenisi kovin pitkälle, se voisi vaikuttaa haitallisesti poliittiseen prosessiin, koska se mahdollistaa hyvin taloudellisin resurssein varustautuneiden ryhmien ajavan omia poliittisia tavoitteitaan oikeudellisten prosessin kautta, kun taas heikommassa asemassa olevilla tätä mahdollisuutta ei ole. Mikä tärkeintä, oikeudellistuminen voisi pahimmillaan rapauttaa poliittisen vastuun, jota voidaan pitää yhtenä demokratian kulmakivenä. Jos tämä moraalis-poliittinen ja perusoikeuspainotteinen muutos, joka tuo tuomarit väistämättä aiempaa syvemmälle poliittiselle areenalle, on jo todellisuutta, niin sen kääntämiseen ei ole ehkä syytäkään ryhtyä.⁵⁷⁵ Saattaisi olla tärkeää pohtia kysymystä, joka liittyy ajatukseen julkisen vallan kontrolloitavuudesta.⁵⁷⁶ *Kaikkea* valtaa pitäisi nimittäin voida kontrolloida tehokkaasti – tämä ajatus on pohjimmiltaan tietysti sekä perusoikeuksien että vallanjaon takana.⁵⁷⁷ Suomalaisen valtiosääntödogmatiikan näkökulmasta ajatus rajoittamisesta ankkuroituu perustuslain 3 §:ään, jota ei ole tulkittava vain valtiollisten funktioiden jaon periaate-erotteluksi, vaan myös eri valtiovallan haarojen *toimivaltaa* rajoittavaksi oikeudelliseksi säännöksi.⁵⁷⁸ Teo-

⁵⁷⁴ Ks. Alexy 2002: 182–184.

⁵⁷⁵ Silti pelkkä kuivan praktinen näkökulmakaan ei vaikuta oikein toimivalta. Esim. *Leena Halila* (2000: 154) kirjoittaa seuraavasti: ”Koska lainsäätäjä ja tuomioistuimet ovat ulospäin yhdessä vastuussa kansainvälisten sopimusvelvoitteiden toteuttamisesta, niiden keskinäistä tehtävänjakoa ei ole myöskään haluttu nähdä tiukan valtiosääntöoikeudellisena ongelmana ... Kannanotoissa on oltu tarvittaessa jopa valmiita joustamaan valtiovallan käytön perusasetelmista asianmukaisen ... lopputuloksen varmistamiseksi.”

⁵⁷⁶ Olen tekstissä puhunut kontrollin merkityksestä lähinnä nk. uuden konstitutionalismin yhteydessä. Huomautettakoon, että kontrollin ajatus on ollut tietenkin yleensä aina osa konstitutionalismia. Ks. esim. Kulla 1980: 145.

⁵⁷⁷ Vrt. Guernieri & Pederzoli 2002: 186–188.

⁵⁷⁸ Saraviita (2000: 68) korostaa säännöksen merkitystä erityisesti *funktionaalisen* vallanjaon perustavana normina. Tämä ei tietenkään sulje säännöksen muita ulottuvuuksia pois. Jo vanhan HM 2 §:n aikaan esim. Kastari (1977: 275–276) korosti, että säännös ei ollut ohjelmallinen julistus, vaan velvoittavaa oikeutta. Myös Laakso (1975: 26) luonnehti po. säännöksen sisältämän vallanjaon olleen enemmän kuin pelkkä organisatorinen tehtäväjaottelu.

reettisempaan muotoon puettuna tämä idea voidaan nähdä oikeusvaltiollisesti keskeisenä *Herrschaft des Gesetzes* -periaatteen kotimaisena säädännäisoikeydellisenä muotoiluna.⁵⁷⁹

Ongelman varsinainen ydin ei liene niinkään siinä, että väljät perusoikeussäännökset avaisivat oikeuden puitteissa tehtävät ratkaisut ulko-oikeudelliselle argumentaatiolle⁵⁸⁰, vaan pikemminkin siinä, että tällainen siirtymä uhkaa vallanjakoa sen syvällisessä ulottuvuudessaan.⁵⁸¹ Vallanjakoa voidaan pitää hyvin perustein *yhtenä* keskeisenä modernin oikeuden ja oikeusvaltiollisen kulttuurin syvärakenteen normatiivisena ainesosana (*mikäli* siitä siis halutaan vielä yrittää pitää kiinni). Näin vallanjaon yksi keskeisimmistä yhteiskunnallisista tehtävistä on, paitsi rajoittaa valtaa, pyrkiä tekemään siitä läpinäkyvämpää ja näin ohentaa sen naamiota.⁵⁸² Demokratian oikeudellinen puoli on läsnä juuri näissä syvärakenteen periaatteissa, joiden tärkeä tehtävä on tukea perusoikeuksien toteutumista ja kansanedustuslaitoksen asemaa.⁵⁸³ Jos todella aidosti ajattelemme, että perusoikeudet ja vallanjako ovat näin keskeisessä asemassa oikeuden syvärakenteen tasolla, niin silloin on ongelmallista, jos toinen syväulottuvuus (perusoikeuksien) uhkaa kaventaa toista. Jos näitä keskeisiä valtiosäännön osia vielä katsotaan kansansuvereniteetin näkökulmasta, niin ongelma näyttää vielä monimuotoisemmalta. Puhe perusoikeuksien korostamiseen liittyvistä yhteiskunta- ja valtioteoreettisista riskeistä tulisikin mielestäni nähdä tässä yleisemmässä valtiosääntöteoreettisessa kontekstissa, eikä niinkään ”keskusteluna” siitä, kuka luultavimmin kannattaa perusoikeuksia ja näin puolustaa hyvää oikeusvaltiota ”yksinkertaistettua” tai ”lakipositivistista” demokratiakäsitystä vastaan. Aivan näin yksinkertaista ei keskustelun tarvitse tietenkään olla.⁵⁸⁴ Lakien perustuslainmukaisuus-

⁵⁷⁹ Ks. myös Schmitt 1983: 138–157.

⁵⁸⁰ Lavapuro 2001: 144. Oikeusteorian kannalta tällainen ongelmallisuus ei – tietenkään – ole mitenkään erityisen ainutlaatuista. Kuten Laakso (1990: 51) kirjoittaa sääntelyn muodosta ja sääntelytekniikasta: ”Jättäessään soveltajalle laajan harkintamarginaalin väljiä ilmaisia ja puitelakeja käyttävä sääntelytekniikka on omiaan heikentämään päätöksenteon ennakoitavuutta ja oikeusvarmuutta”.

⁵⁸¹ Esim. Aarnio (2002: 533) korostaa sitä, että jos lainkäytössä luodaan oikeutta ohi lainsäätäjän, niin joudutaan vastakkain valtiovallan kolmijakoperiaatteen kanssa ja sillä tiellä odottaa tuomari-valtio siksi, että ”harkinta lakkaa olemasta oikeudellista.”

⁵⁸² Michel Foucault (1998: 65) kirjoittaa juridisen vallan analyysissään seuraavasti: ”valta on siedettävää vain sillä ehdolla, että se naamioi olennaisen osan itsestään. Sen toimivuus (sen itsensä kannalta, J.H.) on suoraan suhteessa siihen, kuinka hyvin se pystyy naamioimaan omat mekanisminsa.” Vallanjako-oppi ei pysty tekemään tyhjäksi Foucault’n mainitsemää ominaisuutta, mutta se ikään kuin tunnustaa sen ja pyrkii tekemään valtaa juridisesti näkyväksi, jolloin sitä on myös mahdollista pyrkiä edes jotenkin rajoittamaan. Se, miten rajoittamisessa onnistutaan, on sitten toinen asia.

⁵⁸³ Tuori 2000a: 252.

⁵⁸⁴ Viittaan sellaisiin puheenvuoroihin, joissa perusoikeuksien käyttöön liittyvistä yhteiskunnallisista ja valtiosääntöisistä potentiaalisista pulmista keskusteleminen nähdään perusoikeuksien sisältämien arvojen vastaisena kritiikkinä. (Ks. esim. Lämsineva 1999: 436; Lämsineva 2002: 89 av.

den jälkikäteinen normikontrollijärjestelmä tuomioistuimissa, kun nimittäin väistämättä asettaa nämä kaksi valtaa vastakkain.⁵⁸⁵ Selittipä asiaa sitten miten päin tahansa, niin tätä periaatteellista vastakkainasettelua ei voida kokonaan kieltääkään, vaikka sitä ei haluttaisi turhia korostaa.⁵⁸⁶

Ehkä kuitenkin saattaisi olla niin, että teoreettisesti tasapainoinen ja moderni demokraattiseen oikeusvaltioon soveltuva perusoikeuskeskustelu ei voine perustua vain sille, että yksinomaan perusoikeudet ovat osa oikeuden normatiivista syvärakennetta ja kaikki muu vähemmän tärkeää. ”Perusoikeusimperialismi” on juuri tässä suhteessa ongelmallinen asia, mikäli haluamme puhua modernista demokraattisesta oikeusvaltiosta.⁵⁸⁷ Jos asiaa halutaan tarkastella oikeuslähdeopin vinkkelistä, niin kyse voidaan sanoa olevan siitä probleemasta, millaisia keskinäisiä painoarvoja on annettava erilaisille oikeuden syvärakenteen tason periaatteille ja ennen kaikkea demokratiaperiaatteelle, jonka ainesosia ovat sekä perusoikeudet että vallanjako, kuten myös kansansuvereniteetti. Olisikin tärkeää pohtia sitä, milloin aineellinen ristiriita kahden syvärakenteen periaatteen välillä on sellainen, että toinen periaate painaisi – yleisen etusijan merkityksessä – toista enemmän.⁵⁸⁸ Tällainen keskustelu taas johtaa väistämättä valtiosääntö-oikeustieteen ”itseymmärryksen” analyysiin; halutaanko olla oikeustieteilijöitä vai sallitaanko myös poliittisen ulottuvuuden tuleminen mukaan voimakkaammin ja julkituodummin. Ja jos näin on, niin millä ehdoin? Missä kohden oikeustiede lakkaa olemasta *oikeustiedettä*, vai lakkaako missään?

Tässä kohden dogmaattisillakin näkökohdilla voisi olla joku käyttöarvo.⁵⁸⁹ Yhtäältä voidaan viitata perustuslain 2.1 §:n ilmaisemaan periaatteellisesti tärkeään ajatukseen siitä, että Suomen valtiosääntö rakentuu *edustuksellisen demokratian* periaatteen varaan. Toisaalta voidaan viitata 22 §:n edellytykseen

136). Pohjoismaiseksi vertailukohdaksi voidaan ottaa Rytter (2000: 447), joka myönteisestä perusoikeusasenteestaan huolimatta näkee asialliseksi varoitella *rettighedstyranni* -nimisestä ilmiöstä eli siitä, että ”grundrettighedskontrollen med lovgivningsmagten infiltrerer domstolene i den politiske proces til skade for både domstolene og Folketinget – og dermed til skade for forfatningen”.

⁵⁸⁵ Tässä kohden Saksa saattaa olla doktriinin mallimaana hitusen hankala tapaus. Siellä kun on olemassa tiettyjä ylipositiivisia arvoja (GG Art. 79.3 eli nk. *Ewigkeitsgarantie*), joita juuri erityisen valtiosääntötuomioistuimen onkin luontevaa suojata – olisi outoa, jos *ei* olisi mitään spesiaali-instituutiota tätä luonnonoikeudellissävyyteistä vartiointifunktiota hoitamassa. Meillä kontrollifunktio on taas etukäteisesti painottunut, eikä Saksan erityisperusteluja voida meillä soveltaa, joten tematiikka on vallanjakoisestikin lähtökohtaisen jännitteinen. Teemasta ks. myös Jyräki 2003: 252–256.

⁵⁸⁶ Tämä näkyy selvästi myös perusoikeuskeskeisen valtiosääntöteorian kohdalla; Alexyn perusoikeusteoriakirjan postscript nimenomaan kiertyy tämän ongelman ympärille (sellaisena kuin se on tullut esiin erityisesti *E.-W. Böckenförden* kritiikissä).

⁵⁸⁷ Ks. kuitenkin Viljanen 2002: 34–35.

⁵⁸⁸ Vrt. Tuori 2000a: 295.

⁵⁸⁹ Voi tosin olla, ettei PeL:n yksittäisillä perussäännöksillä ole ylipäänsä juuri kovin suurta dogmaattista funktiota, kuten Sipponen (2000: 77) tuntuu avoimesti epäilevän.

siitä, että julkisen vallan tulee turvata perus- ja ihmisoikeudet. En oikein jaksa uskoa, että tämä jännite voidaan aidolla tavalla purkaa systematisoivan dogmatiikan välinein ja nojautumalla pääasiallisesti oikeuden *sisäisiin* perusteisiin. Perusoikeuksien ottaminen tosissaan voisikin sen sijaan tarkoittaa myös oikeustieteen lähentämistä arvoja ja politiikkaa tutkiviin reaali-tieteisiin, jos todella halutaan korostaa perusoikeuksien luonnetta perusarvoina. Henkilökohtainen vastuu, moraali ja jopa tutkijan/tuomarin tunteet saattavat olla relevantteja ja ”tilanneherkempiä” kuin silkat systemaattiset argumentit. Jostain syystä vaikuttaa kuitenkin siltä, että perusoikeuksien korostaminen on toiminut ikään kuin päinvastoin; ne ovat vahvan normatiivisen asemansa vuoksi tavallaan ”pelastaneet” julkisoikeuden siltä, että tutkimusintressejä olisi pitänyt suunnata esimerkiksi hallinnollisiin käytäntöihin.⁵⁹⁰ Tilanneherkkyyden ja responsiivisuuden luulisikin itse asiassa vievän esimerkiksi sosiaalioikeutta lähelle sosiaalityö/sosiaalipolitiikkaa, työoikeutta lähelle tasa-arvo/hyvinvointitutkimusta ja rikosoikeutta lähelle kriminologiaa ja oikeussosiologiaa, valtiosääntöoikeutta lähelle valtio-oppia jne. Perinteinen oikeusdogmatiikka on kuitenkin tullut arvoon arvaamattomaan, mutta näinkö tässä pitikin käydä, systematisoinnin renessanssistako tässä oli kysymys? Imperiumin vastaiskukoko nyt onkin nähty; takaisin käsiteltävaaseen vai?

Edellä käsitelty ongelma on siksikin hiukan tukala, että demokratiaperiaate sisältää erilaisia ulottuvuuksia, joita ei voi kovin helposti laittaa keskinäiseen etusijajärjestykseen käyttämällä demokratiaperiaatetta itseään tulkintaperusteena. Periaatteena se on kaikkea muuta kuin monoliittinen. Tämä siitä huolimatta, että haluaisimme korostaa valtiosäännön koherenssin merkitystä eli sitä, että valtiosääntö tulee nähdä (edes oikeudenalana) systeemikokonaisuutena.⁵⁹¹ Viitteitä konkreettisen etusijajärjestyspohdinnan vaikeudesta modernin oikeuden syväreikenteen periaatteiden osalta antaa kuitenkin se keskustelu, jota meillä on käyty oikeudesta henkilökohtaiseen turvallisuuteen tiimoilta.⁵⁹² Tässä yhteydessä voidaan myös viitata tuomioistuinten oikeuslähdeopilliseen vaikeuteen – kun perusteet tulee etsiä oikeuden sisältä, ei moraalista tai politiikasta – tehdä ”korjaavia tulkintoja” perusoikeusmyönteisessä hengessä, jos (tavallinen) laki on jo läpäissyt ennakkollisen normikontrollin ja täyttää lainsäätäjän mielestä perusoikeuksien hyväksyttävät rajoittamiskriteerit.⁵⁹³ Kysymys demokraattisesta ulottuvuudesta ei kuitenkaan katoa tulkintaa korostamalla. Kuten *Mikael Hidén* kirjoitti 1980-luvun alussa:

⁵⁹⁰ Vrt. Uoti 2003: 32–33.

⁵⁹¹ Ks. Saraviita 2000: 526.

⁵⁹² Ks. esim. Viljanen 2001: 159–184. Ongelman teoreettinen ydin on varsin hyvin selvillä: ”perusoikeuksien keskinäisten kollisoidien ratkaisemiseksi ei siten voitane muodostaa yleisiä perusoikeuksien etusijajärjestyksiä” (Viljanen 2001: 218).

⁵⁹³ Vrt. Nuotio 2001: 30.

”Lainsäätämismenettely on aina selvemmän kansanvaltaisen kontrollin piirissä kuin mikään lakien tulkitemistointi. Se on myös varmemmin julkista ja tuloksiltaan täsmällisemmin havaittavissa ja seurattavissa kuin tulkinnoilla toteutettava normiston kehittäminen.”⁵⁹⁴

Sitä paitsi ongelma – siis etusijajärjestyksestä päättäminen – tulee vastaan myös sitä kautta, että ajatus esimerkiksi lainkäyttöön liittyvän harkinnan (perusoikeus-orientoituneesta) *kokonaisvaltaisuudesta* voi olla lainkäytön yhteiskunnallisen funktion kannalta ”vaarallisen väljä”, kuten Aarnio asian ilmaisee.⁵⁹⁵ Kokonaisvaltaisuuden saavuttaminen voi olla vaikeaa myös siksi, että erilaiset perustuslakiin kiertyvät elementit voivat olla keskenään hyvinkin jännitteisessä suhteessa, kuten esimerkiksi TSS-oikeuksien ja julkisyhteisöjen finanssivaltaan perustuvan rahoitusvastuun voidaan joskus katsoa olevan.⁵⁹⁶ Toisaalta kokonaisvaltaisuuden ongelma voi myös näyttäytyä siinä, että sama perusoikeus vaikuttaa kahteen suuntaan eli sekä velvoitteena toimintaan että velvoitteena pidättäytyä toiminnasta.⁵⁹⁷ Kumpaa ulottuvuutta silloin pitäisi *systemaattisesti* painottaa? Vai jääkö perusteluksi vain se, että ”on kysymys yksittäistapauksesta ja tapauskohtaisesta harkinnasta”, jolloin systemaattisuusnäkökohdat jätetäänkin tyystin taka-alalle?

Onko perusoikeuksista puhuttaessa ainoa tie se, että korostetaan niiden suoraa sovellettavuutta ja painotetaan niiden vartioinnissa tuomioistuinlaitoksen roolia? Perusoikeuksista lienee mahdollista ajatella *myönteisesti* toisinkin – tavalla, joka ottaa huomioon kansanvaltaisen legitimaatioketjun sensitiivisemmin kuin suoran sovellettavuuden korostaminen. Perusoikeudet voidaan nimittäin nähdä yhteiskunnan tärkeimpien arvojen *välittäjinä*, jotka *suodatetaan* oikeusjärjestelmään pääasiallisesti demokraattisesti valitun lainsäätäjän toimin. Näin ajatellen tärkeää ei ole perusoikeuksien välitön sovellettavuus vaan se, että niiden sisältämiä arvoja edistetään julkisen vallan toimesta (PeL 22 §) ja pidetään huolta siitä, että näitä oikeudellistettuja arvoja ei rikota tavallisessa lainsäädännössä.⁵⁹⁸ Tähän ajatteluun sopii myös PeL 106 § – se jättää tuomioistuimille mahdollisuuden teknisiin korjauksiin harvoin aktualisoituissa tilanteissa. Tällaisen ajattelutavan yksi myönteinen puoli on se, että se pyrkii varaamaan tietyn tilan demokraattisesti valitun elimen poliittis-moraaliselle harkinnalle, kun taas suoraa sovelletta-

⁵⁹⁴ Hidén 1983: 379. Lisäksi voidaan huomata, että mielivallan vähentämisen kannalta sääntelyn saattaisi olla parempi olla mahdollisimman vähän (jo kielellisesti) tulkinnanvaraista. Ks. Mattila 2002: 81.

⁵⁹⁵ Aarnio 2002: 532. Periaatteessa voisi siis olla mahdollista yksinkertaisesti vain säätää yksityiskohtaisempaa ja tarkempaa lainsäädäntöä. Tässäkin on kuitenkin omat sääntelytyypistä aiheutuvat ongelmansa. Ks. tark. Tala 2001: 191–192.

⁵⁹⁶ Ks. Myllymäki 2000: 366.

⁵⁹⁷ Vrt. Jyränki 2003: 481.

⁵⁹⁸ Vrt. Pohjolainen & Majuri 2002: 2–4.

vuutta ja tuomioistuinten roolia korostava ajattelu näyttää jotenkin kutistavan tätä avoimesti poliittis-moraalista elementtiä⁵⁹⁹.

3.2.4 Poliitiikka, moraali, perusoikeudet – eräs näkökulma

Perustuslailla on tiettyjä poliittisia ja oikeudellisia perusfunktioita olivatpa nämä sitten de facto funktionaalisia tai dysfunktionaalisia. Yksi funktio on *rajoittaa* lainsäätäjän toimintavapautta mm. kvalifikaatioin, muin menettelysäännöin ja aineellisesti rajoittavin normein. Jos rajoittaminen menee hyvin pitkälle, niin kyse on politiikan oikeudellistamisesta, joka ilmenee erityisesti haluna sitoa lainsäätäjää yhä tiukemmin nimenomaan perustuslain säännöksiin. On kuitenkin liian pitkälle menevää, jos kaikkea lainsäädäntöä halutaan ennakolta sitoa ja ajatella, että tavallinen lainsäätäjää vain konkretisoi perustuslainsäätäjän tahtoa ilman omaa aitoa panosta.⁶⁰⁰ Voidaan puhua riskistä *perustuslakifundamentalis-miin*, jossa perustuslaki asetettaisiin julkisen toiminnan monopolistiseksi mittapuuksi. Onko tällaisen äärilegalismin aineksia sitten olemassa?⁶⁰¹

Suomalainen valtiosääntöinen perusoikeustutkimus on tietoinen siitä, että politiikan oikeudellistamispyrkimykseen voi liittyä monenlaisia riskejä ja sudenkuoppia. Tässä suhteessa edellisen luvun esiin nostamat uhkakuvat on nähtävä *kärjistyksinä* ja *polemisoiteina*. Mutta silti on niin, että pidemmän aikavälin kotimainen tarkastelu osoittaa, että yhteiskunnallista valtaa on todellakin siirtynyt lainsäädäntövallalta tuomioistuinlaitoksen suuntaan.⁶⁰² Vuosien 1995–2001 välinen kritiikitön innostus onkin jo muuttumassa seestyneemmäksi ja on siirtymässä vaiheeseen, jossa perusoikeustematiikan moniulotteiset nyanssit tulevat myös näkyviin. Esimerkiksi Länsineva ottaa esiin ”ylijuridisoinnin riskin”, jonka seurauksena poliittisen päätöksenteon tila voisi kaveta jopa olemattomiin.⁶⁰³

⁵⁹⁹ Tuori (2000a: 149–154) on käsitellyt lainsäädäntöä oikeuden eräänlaisena raaka-aineena (ei-vielä oikeutta). Vasta lainkäyttö ja oikeustiede muuntavat raaka-aineen oikeaksi oikeudeksi (jo-oikeutta). Demokratian kannalta lienee keskeistä pohtia sitä, kuinka suurta muuntamisvaltaa lainkäytön ja oikeustieteen on suotavaa käyttää järjestelmässä, jonka perustana on parlamentaarinen järjestelmä ja kansansuvereenisuusoppi.

⁶⁰⁰ Ongelma syntyy ajatuksesta, jonka Alexy (2002: 390–391) nimeää *Constitution as foundation/Grundordnung* -näkemykseksi. Jos valtiosääntö jo sisältää kaikki oikeusjärjestyksen keskeiset periaatteet, jotka tuomiovalta ratkaisuisaan vain toteaa, niin lainsäätäjän poliittinen luovuus olisi mahdoton. Kaikki mitä se voisi tehdä, olisi vain valtiosäännön olemassa olevien määräysten optimointia. Tällainen ajatus on tietenkin ilmeisessä ristiriidassa parlamentarismien ja vallanjako-opin kanssa; tavallinen lainsäädäntö ei olisi enää merkittävä tekijä oikeusjärjestyksen luomisessa.

⁶⁰¹ Ks. Jyräki 2003: 229–230. Ks. myös Wiberg 2003: 38.

⁶⁰² Kekkoni 1998: 147.

⁶⁰³ Länsineva 2002: 35. Ks. myös Nergelius 1999: 78. Jos ajatellaan niin, että vallanjoon yhtenä funktiona on myös erottaa toisistaan erilaiset *elämänalueet*, niin tällöin voidaan ilmiötä kuvailla teoreettisin käsittein seuraavasti: kommunikatiivisessa julkisuudessa säädetty legitiimi laki ei pys-

Tämä pitää paikkansa, mutta asian toinen puoli jää vielä pimentoon. Nimittäin, mitä muutos merkitsisi tuomioistuinten yhteiskunnalliselle funktiolle? Edellä on jo viitattu siihen, että samalla kun ylimmistä tuomareista tulee jollain tapaa poliittis-moraalisten arvovalintojen tekijöitä punninnan, harkinnan ja väljen perusoikeussäännösten myötä, niin samalla politiikoista tulee yhä enemmän ”tuomareita” eli heidän poliittis-moraaliseksi oletettua harkintaansa ohjaavatkin oikeudelliset näkökohdat.⁶⁰⁴ Tällainen kehitys saattaisi uhata kansansuvereniteettiin perustuvaa parlamentarismia ja vallanjakoa. Tästä näkökulmasta käsin on helppo yhtyä Alexyn siihen kantaan, jonka mukaan perusoikeudet ja perusoikeusperiaatteet eivät saisi mennä lainsäätäjän kompetenssin edelle.⁶⁰⁵

Kyse ei tässäkö kohden ole muuten vain tai edes leimallisesti suomalaisesta ilmiöstä, sillä tähän liittyy yleisempi eurooppalainen oikeuskulttuurinen muutos. *Alec Stone Sweet* pelkistää asian seuraavasti: on tullut yhä selvemmäksi – käytännön tasolla – että traditionaaliset vallanjakodoktriinit ovat yhä vähäisemmässä määrin relevantteja eurooppalaisen *governancen* empiirisille toisasioille.⁶⁰⁶ Yksi oire lienee sekin, että EU:n tulevaisuuskonventin (2002–2003) työn yhteydessä kyllä puhuttiin paljon *vallanjaosta*, muttei vallan *kolmijaosta*.

Oikeudellistumiskeskustelun erikoinen kääntöpuoli on se meikäläinen peruspainotus, jossa korostetaan tavan takaa sitä, että perustuslakivaliokunta ei ole aidosti poliittinen elin, vaan pikemminkin *de facto* juridinen elin. Edellä sanotun valossa en ole lainkaan vakuuttunut tämän väitetyn asiantilan onnellisuudesta.⁶⁰⁷ Voisi nimittäin olla luontevampaa ajatella, että olisi juuri perustuslakivaliokunnan teh-

ty käymään hallinnollis-oikeudellisen vallan ylitse, vaan jää pikemminkin itse sen jalkoihin. Ks. myös Tuori 2000a: 122–123.

⁶⁰⁴ Tällöin voi käydä niin, että sekä valtateoreettiset että *diskurssiteoreettiset* perusteet menettävät merkityksensä. Tämä on ongelmallista jos ja kun oikeusvaltion syvärakenteeseen liitetään vallanjako ja perusoikeudet. Poliitiikan oikeudellistumisen ydinhän on juuri siinä, että politiikkaa harjoitetaan – ainakin osittain – ”through the medium of legal discourse”, Shapiro & Stone Sweet 2002: 187.

⁶⁰⁵ ”Absolute precedence for the substantive constitutional rights principle is thus to be rejected. It would be compatible with neither the separation of power nor with the principle of democracy.” Alexy 2002: 417 (lainaus on postscript-osasta).

⁶⁰⁶ Stone Sweet 2000: 129. Voi tosin olla, että päätelmäni ovat tässä kohden liian eurooppakeskeisiä. Eteläafrikkalainen *François Venter* (2000: 223) päätyy vertailevaan tarkastelun pohjalta paljon vaativampaan päätelmään: ”The doctrine identifies and distinguishes the essential functions of the modern state accurately and fits the basic notion of popular democracy, and the need to impose limitations upon it in order to make it practicable, like a glove”. Ks. kuitenkin Jyrängin (2003: 148) skeptinen arvio Suomen valtiosäännön osalta.

⁶⁰⁷ Vallanjakoon liittyen voidaan tuoda esiin yksi irrallinen fakta aiemmilta vuosikymmeniltä. PeV:n tendenssi oli pitkään tulkita vallanjakoperiaatetta siten, että sen nähtiin toimivan rajoitteena nimenomaisesti eduskunnalle itselleen. Ks. Riepula 1973: 273 ja Laakso 1975: 27. Tästä tosin haluttiin nimenomaisesti irtautua vuoden 2000 uudistuksessa. Ks. HE 1/1998 s. 75 ja Jyräni 2003: 151.

tävä niveltää yhteen oikeutta ja politiikkaa, ei niinkään tuomioistuinten.⁶⁰⁸ Tähän tarvittaisiin luultavasti avoimemmin ei-juridisten toimintamallien ja muiden alojen asiantuntijoiden panosta.⁶⁰⁹ Tarkoitan yksinkertaisesti sitä, että valiokunta toimii niin vahvasti kvasi-judisiaalisen orgaanin tavoin eli käyttää oikeudellista harkintaa ja argumentaatiota (ei siis niinkään moraalis-poliittista) jopa siinä määrin, että sen voidaan arvioida olevan jostain näkökulmasta käsin oikeudellisesti elin kuin jonkun toisen Pohjoismaan korkein oikeus.⁶¹⁰ Kuitenkin juuri demokraattiseen oikeusvaltioon liittyvässä teoriassa oikeuden moraalis-poliittisen legitimeetin tarkastelu haluttaisiin rajata oikeuden asettamisvaiheeseen eli siihen vaiheeseen, jossa perustuslakivaliokuntakin lausuntojaan lakiesityksistä laatii. Vallanjaon kannalta tämä tuo esiin sen sidoksen, joka demokraattisella oikeusvaltiolla ja legitimeetillä on – ainakin teorian tasolla – suhteessa ”juridisesti säänneltyihin, mutta poliittisesti toimiviin rakenteisiin”.⁶¹¹ Oikeuden legitimeetin sitominen kohtalomaisesti lainsäätämismalliin tuntuu leimaavan myös modernia oikeusvaltioteoriaa.⁶¹² Nykyajan *Rechtsstaat*-ideologian, toisin sanoen *Verfassungsstaatin*, erottamattomana elementtinä on myös vallanjako. Lainaen tässä kohden *Jürgen Habermasin* tekstiä:

”Allein die *Verfahrensbedingungen der demokratischen Genese von Gesetzen* sichern die Legitimität des gesetzten Rechts.”⁶¹³

Viimeksi mainittu seikka, *tietyllä tavalla* asetetun oikeuden legitimiisyys, liittyy nimenomaisesti myös kysymykseen perusoikeudellisen kommunikaation luonteesta; säilyykö se avoimena ja kansalaisille ymmärrettävänä, vai kehittämmekö siitä pitkälle eriytynyttä systeemin sisäistä spesiaali-kieltä, joka ei avaudu tavallisille kansalaisille, jolloin demokraattisen oikeusvaltion julkisen diskursiivisuuden

⁶⁰⁸ Lämsineva (2002: 72) sen sijaan tuntuu iloitsevan (näin *tulkitsen* tekstin sävyä) asiantilasta; eriävien – maanomistusoikeutta koskeissa asioissa – mielipiteiden väheneminen viittaa poliittisten vastakkainasetteluiden olevan ”vähitellen laimenemaan päin”.

⁶⁰⁹ Toimeentuloturvan koskevan konkreettisen esimerkin valossa ks. Sipponen 2000: 335–339.

⁶¹⁰ Tämän yllättävän havainnon tekee väitöskirjassaan *Veli-Pekka Hautamäki* (2002: 259–266), kun hän vertaa keskenään Suomen perustuslakivaliokunnan ja Norjan korkeimman oikeuden (*Høyesterett*) rooleja perustuslain auktoritatiivisina tulkitsijoina. Toki on niin, että aika ajoin valiokuntakin joutuu liikkumaan selvemmin moraalis-poliittisella ulottuvuudella (vaikka argumentaatio olisi oikeudellispitoista). Konkreettisena esimerkkinä mainittakoon PeVL 59/2002 vp, joka koskee sukusolujen ja alkioiden käyttöä hedelmällisyshoidossa ja isyyslain muuttamista (HE 76/2002). (18 vuotta täytettyään henkilöllä on oikeus saada tietää sukusolujen luovuttajan henkilöllisyys, vaikka ilman tämän suostumusta.)

⁶¹¹ Nuotio 2001: 47.

⁶¹² van Caenegem 1995: 16.

⁶¹³ Habermas 1992: 320. On mielenkiintoista huomata, että esim. Lämsineva (2002: 117–120) näkee asian lähinnä *oikeuksien* kautta, vaikka teoriarakennelmaan liittyy muitakin näkökohtia, kuten mm. demokratia ja vallanjako-oppi, jotka ovat olennaisia asia Habermasin teoriakonstruktiossa.

den vaatimus (en tarkoita vain nk. kiperien tapauksen ratkaisuun liittyvän päätöksenteon perusteluja) ei näyttäisi täyttyvän.⁶¹⁴ Oikeudellisen kielen tunnettu ongelma on, että sen edellyttämä tietty professionaalinen ja ”hallinnollinen” tehokkuus vaatiikin sen kehittymistä eri suuntaan kuin demokratian kannalta olisi suotavaa.⁶¹⁵ Toiselta puolen ongelma voi ponnahtaa esiin esimerkiksi lainsäädäntöprosessiin liittyen, jossa perustuslakikontrolli (= perusoikeuskontrolli) voi nousta liian dominoivaan asemaan ja näin oikeudellistaa lainsäätäjän moraalis-poliittista diskurssia suuntaan, joka tekee siitä tavallisen ihmisen kannalta entistäkin hankalammin ymmärrettävää.⁶¹⁶ Tämä voi puolestaan horjuttaa koko järjestelmän empiiristä legitimitettä.

Pohjoismaisen oikeus- ja demokratiakäsityksen kannalta voi pitää ongelmallisena myös sitä, että yksityisten on hankala etsiä voimassa olevan perusoikeuden sisältöä, koska säännöstekstin lisäksi pitää tuntea myös perusteluteksti, perustuslakivaliokunnan lausunnot, ylimpien tuomioistuinten perusoikeustulkinta ja valtiosääntödogmatiikan työstämät yleiset opit sekä tulkintaa ohjaavat periaatteet. *Thomas Wilhelmsson* pukee riskin sanoiksi seuraavasti:

”Toisaalta on olemassa myös vaara, että perusoikeuksia ylioikeudellistetaan ja doktriini muuttuu uudenaikaiseksi oikeudelliseksi tekniikaksi. Silloin perusoikeuksien korostaminen voi johtaa seurauksiin, jotka avoimen moraalisen diskurssin kannalta eivät ole toivottavia. Perusoikeusajattelu voidaan siinä tilanteessa nähdä lähinnä juristien pyrkimyksenä monopolisoida yhteiskuntapolitiikka.”⁶¹⁷

Eli: demokraattisen oikeusvaltion yhtenä keskeisenä ajatuksena on, että on erityisesti lainsäätäjän tehtävänä käydä moraalis-poliittista julkista norminluomisdiskurssia ja säätää oikeuden normatiivisista perusteista. Lainsäätäjän erityinen asema legitimoidaan tietyillä diskurssieettisillä säännöillä ja diskurssia koskevilla menettelysäännöillä, jotka poikkeavat siitä, mitä ne ovat tuomioistuinlaitoksen normien *soveltamisen* piirissä. Jos moraalis-poliittinen päätöksenteko liukuu kovin selvästi tuomareille, niin se siirtyy pois avoimen diskursiivisen julkisuuden

⁶¹⁴ Tietysti on niin, että juridiseen kieleen liittyy yleensä sellaisia ominaisuuksia, jotka erottavat sen monin tavoin arkikielestä ja vaikeuttavat sen ymmärtämistä (ks. tark. Mattila 2002: 81–163). Tekstissä viitataan kuitenkin tavallisenkin vaikeustason ylittämiseen ja perusoikeudellisen meta-kielen muodostumisen mahdollisuuteen juridisen kielen sisälle. (Huomattakoon kuitenkin, että eri oikeudenaloilla on luontaisestikin tiettyjä keskinäisiä, esim. termistöllisiä, eroja. Ks. emt. s. 7.)

⁶¹⁵ Vrt. Mattila 2002: 47.

⁶¹⁶ Wiklund (1999: 102) katsoo mielestäni perustellusti, että kyse on eräänlaisesta yrityksestä korvata politiikka oikeudella. Hän nimenomaan katsoo, että Nergeliuksen edustama ajattelutapa kuuluu sellaiseen yleisempään traditioon, joka ”vill att politisk godtycke skall ersättas med juridisk rationalitet”. Lyhyemmin sanottuna: kyse on legalismista.

⁶¹⁷ Wilhelmsson 2002: 263–264. Ks. teemasta myös Wilhelmsson 2001: 119 (”kan debatten få motsatta effekter”).

piiristä toisenlaisen kielenkäytön ja logiikan suuntaan.⁶¹⁸ Tässä mielessä on syytä palauttaa mieliin, että vallanjaolla on vähintään kahdenlaisia perusteluita; sekä valtateoreettisia että diskurssieettisiä.⁶¹⁹ Vallanjaolla on siis myös muita kuin institutionaalisia ja funktionaalisia ulottuvuuksia – kyse on järjestelmän fundamentaalisista perusoletuksista. Valtiosääntöteorian kannalta on syytä huomata, että vallanjakokin (siis perusoikeuksien ja kansansuvereniteetin ohella) on keskeinen osa myös nykyaikaista konstitutionalismia, *Verfassungsstaat*-ideologiaa.⁶²⁰

Eteläafrikkalainen valtiosääntöjuristi ja oikeusvertailija *François Venter* on erottanut viisi eri elementtiä, jotka ovat nykyaikaisen konstitutionismin/*Verfassungsstaat*-ideologian keskeisiä osia. Nämä ovat ajatus valtiosäännöstä korkeampana oikeutena (*lex superior*), rule of law -periaate, vallanjako, tuomioistuinten riippumattomuus ja yksityisten oikeuksien suoja.⁶²¹ Näin ajatellen vallanjaon ja perusoikeuksien asettaminen vastakkain on tietenkin täysin turhaa, koska ne ovat molemmat osa yleisempää konstitutionalistista tulkintaa oikeusvaltiosta.

Kun perusoikeudet edellyttävät demokratiaa ja demokratia perusoikeuksia, niin oikeusvaltio tulee mahdolliseksi nimenomaisesti demokraattisena oikeusvaltiona. Tällöin oikeuden syvärakenteen ja oikeuskulttuurin suojaaminen voi olla tarpeen myös lainsäätäjän lainsäädäntöpäätöksiltä.⁶²² Kuitenkin ajatus oikeusvaltion syvärakenteen moniaineisaisuudesta on myös elintärkeä. Syvärakenteen lakitekitason dokumentaation mielessä voi olla hyvä nostaa jälleen esiin Ranskan ihmisoikeuksien julistuksen (1789) 16 artikla ja lukea sen sanamuoto hyvin tarkkaan⁶²³:

⁶¹⁸ Ks. Tuorin (2000a: 129–130) esitystä – ja kritiikkiä – siitä, kuinka Habermas pitää tuomareiden päätöksentekoa ”enintään simuloituna diskurssina”.

⁶¹⁹ Ks. Tuori 2000a: 130. Habermas (1992: 235) liittää tämän nimenomaan erilaisiin (diskurssiteoreettisiin) funktioihin: ”Aus diskurstheoretischer Sicht lassen sich die Funktionen von Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung nach Kommunikationsformen und entsprechenden Potentialen von Gründen differenzieren.”

⁶²⁰ Ks. esim. Portugalin perustuslain (*Constituição da República Portuguesa* de 2 de Abril de 1976) 2 Art. (oikeusvaltio, kansansuvereniteetti, demokratia, perusoikeuksien kunnioitus, vallanjako [*separação e interdependência de poderes*]). Pitkälti samantyyppinen on luettelo, joka löytyy ehdotuksessa sopimukseksi Euroopan perustuslaista (2003) I 2 Art. (ihmisarvon kunnioittaminen, vapaus, kansanvalta, tasa-arvo, oikeusvaltio ja ihmisoikeuksien kunnioittaminen).

⁶²¹ Venter 2000:50–51.

⁶²² Ks. Tuori 2000a: 251. Jostain syystä juuri vallanjako saattaa pudota helposti pois perusoikeuskeskustelussa kun puhutaan oikeuden syvärakenteesta ja oikeuskulttuurista (ks. esim. Lavapuro 2001: 144–145). Tällainen valtiosääntöinen demokratiakeskustelu vaikuttaa mielestäni ”amputoidulta”. Ks. kuitenkin Länsinevan (2002: 117–120) nyansoidumpi käsitys, jossa korostetaan perusoikeusjärjestelmän kytkeytymistä yhteen ”muiden keskeisten valtiosääntöisten lähtökohtien kanssa” (emt. s. 120).

⁶²³ Korostan, että jos demokraattisen oikeusvaltion normatiiviset syvärakenteen tason periaatteet otetaan tosissaan, niin silloin vallanjaolla voidaan nähdä olevan merkitystä. Jos katsotaan, että

”Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution.”⁶²⁴

Eli: kun tämän ajatuksen mukaan arvioidaan, onko jollain yhteiskunnalla valtiosääntö, tulee kiinnittää huomiota siihen, että *sekä* oikeudet *että* vallanjako ovat varmistetut. Toisen pitkälle viety painottaminen ei siis saisi uhata toisen toteutumista. Jos tämä pitää edelleen paikkansa, niin juridista suojaa eivät tarvitse vain perusoikeudet, vaan *myös* vallanjakoperiaate; kummankin ulottuvuuden suojaaminen voidaan nähdä oikeuden normatiivisen ytimen suojaamisena, jolloin toisen meneminen toisen edelle voi olla hankalasti yleisesti argumentoitavissa. On kuitenkin perusteltua odottaa, että perustuslain 106 §:n edellyttämissä normikontrollitilanteissa erityisesti vallanjakoperiaatteella tulee olemaan tärkeä elementti osana oikeudellista argumentaatiota.⁶²⁵ Sitä ei siis voida pitää – syväkennettä silmällä pitäen – mitenkään automaattisesti vähämerkityksellisempänä kuin perusoikeuksien sisältämiä oikeusjärjestyksen kantavia perusarvoja. Näin ajatellen valtiosääntöoikeustieteen kannalta erityisesti ja julkisoikeuden kannalta yleensä on tärkeää pohtia näiden alueiden keskinäistä tasapainoa siten, ettei etukäteen anneta kummallekaan *prima facie* etusijaa.

Tällaista ”yhteensovittamispulmaa” voi pitää selkeänä haasteena 2000-luvun julkisoikeuden alueen teoreettiselle lainopille, joka joutuu operoimaan väljän perus- ja ihmisoikeudellisen sääntelyn sekä oikeuden kansainvälistymisen välisessä ristipaineessa. Pitää kysyä, mikä sen panos voi olla oikeuden systematisointifunktiota silmällä pitäen? Toisin muotoiltuna jännite voidaan myös nähdä meikäläisen *lainsäädännöllisen positivismin* sekä luonnonoikeudellis-case law -painottuneen uudenlaisen valtiosääntöajattelun kohtaamisena – miten ne sopivat oikeuskulttuurisesti *samaan* järjestelmään?⁶²⁶ Vain toinen piittaa makrotason oikeus/politiikka-jaottelusta, kun taas toinen on kiinnostuneempi mikrotason oikeusturvasta. Ongelma muodostuu oikeusvaltiokonseption *sekä–että*-asetelmas-
ta.

nykyistä yhteiskuntajärjestelmää ei oikeastaan voida tehokkaasti ohjata – perinteisen oikeudellisen sääntelyajattelun valossa ajateltuna – *oikeudellisesti* (ks. Foucault 1998: 68), niin johtopäätökset olisivat toisenlaisia. Kyynisessä valta-analyysissä ei tosin ole paljon tilaa perusoikeuksillekaan, koska nekin ovat ”menneisyyden” menetelmiä, jotka yrittävät turhaan suitsia valtaa, joka on instituutioiden ja oikeuden ulottumattomissa (ks. emt. s. 69–72).

⁶²⁴ Säännöksen oikeushistoriallisesta taustasta tiivistetysti ks. van Caenegem 1995: 181–186. Tulokinnasta ks. esim. Taube 2001: 66–67.

⁶²⁵ Vrt. Rytter 2000: 300. Huomautan kuitenkin edelleen siitä, että toisissa järjestelmissä kehitetyt ajattelutavat ja argumentit eivät ole *ongelmitta* siirrettävissä järjestelmästä toiseen. Esim. Robert Alexyn perusoikeusteoria on *nimenomaisesti* teoria *Grundgesetzin* perusoikeuksista (ks. Alexy 2002: 30). Teemasta yleisellä tasolla enemmän jäljempänä jaksossa 4.2.

⁶²⁶ Lainsäädännöllisestä positivismista ks. Jyränki 2003: 285–286.

3.2.5 Pohdinta

Tämän kirjan juonen peruskehittely on tietyllä tapaa suuria systematisointiyri-tyksiä karsastava, mutta tarkoitus ei ole kuitenkaan väittää, ettei systematisoivil-la näkökohdilla voisi olla huomattavaakin käyttöarvoa oikeusdogmatiikan kan-nalta arvioiden.⁶²⁷ Edellähän on jossain määrin puolustettu muun muassa valtio-sääntöoikeuden yhtenäisyyttä nimenomaan oikeudenalana, vaikka tämän kirjan ensimmäisessä luvussa lähdetiinkin liikkeelle siitä, että koko oikeudenalaa lei-maa väistämätön kytkentä politiikkaan. Lienee kohtuullisen ilmeistä, että perus-tuslain lainopillisessa tulkinnassa on syytä korostaa tulkinnan – oikeusjärjestyk-sen kokonaisuuden kannalta – kokonaisvaltaisuutta. Perusoikeuksien tulkinnassa voi varsin hyvin eteen tulla tilanteita, joissa perusoikeutta tulkitaan perustuslain muun säännöksen valossa. Lienee ilmeistä, että vallanjako on juuri tällainen, kuten esimerkiksi Tanskan tunnettu *Tvind*-tapaus vuodelta 1999 osoittaa. Siinä Tanskan korkein oikeus julisti parlamentin säätämän lain säännöksen perustus-lainvastaiseksi asiassa, joka koski oikeusturvan saatavuutta ja valitusmahdolli-suutta. Korkein oikeus katsoi, että oli vallanjaon (Grl 3 §:n ”*magtfordelnings-principper*”) vastaista, ettei valittaja voinut saattaa asiaansa lain säännöksen mu-kaan ratkaistavaksi tuomioistuimessa (lain mukaan asia ratkaistiin lopullisesti ministeriössä).⁶²⁸ Useimmiten asiantila onkin juuri se, että tuomioistuinkontrol-lia perustellaan eksplisiittisesti nojautumalla vallanjako-oppiin.⁶²⁹ Eli: normi-kontrolli kuuluu tuomioistuimille, koska ne käyttävät tuomiovaltaa ja *soveltavat* oikeusnormeja. Tässä mielessä habermasilainen erottelu soveltamis- ja luomis-diskurssin välillä on tärkeä myös itsessään, ei vain suuremman oikeus- ja yhteis-kuntateorian opinkappaleeseen kuuluvana doktrinäärisenä fragmenttina.

Valtiosääntötradition ja eurooppalaisen valtiosääntöoikeuden aateperimän nä-kökulmasta kuulun itse niihin, jotka katsovat, että demokraattisilla vaaleilla vali-tulla julkisuudessa poliittis-moraalista diskurssia käyväällä lainsäädäntöelimellä tulee olla jonkinlainen periaatteellinen etusija oikeusjärjestyksen luojana ja ke-hittäjänä.⁶³⁰ Tässä suhteessa rousseaulaisessa kansansuvereniteetin ajatuksessa

⁶²⁷ Ks. teemasta myös *Thomas Wilhelmssonin* (2001: 236) ”pienien hyvien kertomusten” näkökul-man suhde yleisiin oppeihin ja erityisesti systematisointiajatteluun. (”Det att jag framhåver de små goda berättelserna och betvivlar möjligheten att bygga ett stort juridiskt system innefattar alltså inte ett krav på att man borde avstå från ett systematiskt juridiskt tänkande.”)

⁶²⁸ U 1999.841 H. *Rytter* (2000: 298) kiteyttää: ”Kompetencefordelningshensynet bliver en integ-ret del af den retlige argumentation i lovprøvelsessager og må leve op til kravene hertil.” Ks. tark. ed. luvussa 2.2.

⁶²⁹ Vrt. Rieppula 1973: 17.

⁶³⁰ Ajattelutraditiona tämä on Euroopassa yleisesti varsin vahvoilla. Esim. Ehdotus sopimukseksi Euroopan perustuslaista (2003) VI Art. 45 kohta 1. (”Unionin toiminta perustuu edustuksellisen demokratian periaatteeseen.”)

on edelleen tiettyä valtiosääntöteoreettista tenhoavuutta.⁶³¹ Sen voima on sen perusymmärryksessä, jonka mukaan politiikkaa ja oikeutta täytyy demokratiaan pyrkivässä valtiossa väistämättä jotenkin niveltää toisiinsa oikeusvaltioajattelun ja nykyaikaisen konstitutionalismiajattelun mukaisten yleisten suuntaviivojen osoittamassa suunnassa. Se sopii myös yhteen demokraattisen oikeusvaltioeteorian kanssa, koska: ”Im demokratischen Rechtsstaat gilt die politische Gesetzgebung als die zentrale Funktion.”⁶³² Tämä siitäkin huolimatta, tai ehkä juuri siksi, että väljä sääntelytekniikka on osin murentanut poliittisen lainsäädäntötoiminnan *tosiasiallisesti* keskeistä asemaa.⁶³³ On kiintoisaa havaita, ettei kyse näytä olevan niinkään tuomioistuinten omaehtoisesta aktivismista, vaan lainsäätäjän halusta työntää yhteiskuntapoliittisesti vaikeita ongelmia väljän lainsäädännön muodossa tuomioistuinlaitoksen ratkaistavaksi. Näin tulkittuna kyse on samalla myös lainsäätäjän ”passiivisuudesta”.

Ymmärrän asian legitimeettiulottuvuuden siten, että lainsäätämismenettely on läpinäkyvämmän ja kiistattomamman demokraattisen kontrollin piirissä kuin lainkäyttö, vaikka perustelukäytännöt olisivat sitten minkälaiset tahansa.⁶³⁴ Tämän legitimeettiulottuvuuden taustalla on perustuslain sääntelytasollakin tunnustettu lähtökohta, jonka mukaan valtiovalta *kuuluu* kansalle siten, että valtiopäiville kokoontunut eduskunta *edustaa* tuota kansaa. Tämä on yksi peruste antaa eduskunnalle muita valtiovallan haaroja korkeampi periaatteellinen status. Tällainen kansanvaltaisuuden korostus ei kuitenkaan ole, demokraattisen oikeusvaltionkaan näkökulmasta, välttämättä ristiriidassa Montesquieu-lähtöisen normatiivisen vallanjakoideaalin kanssa, jos sitä ei tulkita kovin puhdaslinjaisesti.

Yllä mainituista lähtökohdista käsin on ongelmallista se, että muut tahot – tuomioistuimet ja oikeustiede – tulisivat selvästi lainsäätäjän tilalle, koska niihin ei kohdistu samanlaista demokraattista kontrollia; riskiä tulla äänestetyksi pois jos toiminta ei miellytä äänioikeutettujen enemmistöä eikä avoimesti arvolähtökohdat esiin nostavaa poliittista ja aatteellista profiloitumista. Kontrollin puutteesta huolimatta tuomioistuimet ei ole neutraaleja tai politiikan ulkopuolella olevia. *Joe H.H. Weiler* kutsuu tällaista kuvitelmaa puhtaudesta tai neutraalisuudesta formalismiksi. Hänen mukaansa sen näkemys poliittisen ja oikeudellisen prosessin eroista on kiteytetysti seuraava:

⁶³¹ ”Valtiollisen elämän perusjuuri on ylimmässä valtiovallassa. Lakiasäättävä valta on valtion sydän” (Rousseau 1997: 153). *Locke* (1995) korostaa lainsäätäjän olevan ylimmän valtiovallan haltija: ”Se, joka voi antaa lakeja toiselle, on välttämättä tätä ylempänä” (emt. kohta 150 s. 17).

⁶³² *Habermas* 1992: 240.

⁶³³ Tästä ei ole pitkä matka siihen saksalaisen valtiosääntöjuriidiikan ajatukseen, että tuomioistuinten toiminta ei ole sidottu kirjoitettuun valtiosääntöoikeuteen, vaan mieluumminkin yliposiitivisiin arvoihin: ”Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch.” (1973 BVerfGE 269, IV. kohta 1.).

”judicial process rest ‘above’ or ‘outside’ politics, a ‘neutral’ area which courts ‘scientifically’ interpret the meaning of policy decided by others.”⁶³⁵

2000-luvun alun demokraattisessa oikeusvaltiossa myös muilla tahoilla kuin pelkästään lainsäätäjällä on merkittävä rooli oikeusjärjestelmän ylläpidossa ja kehittämisessä – ne eivät tietenkään vain toteuta lainsäätäjän tahtoa konemaisesti. Tämän vuoksi olen valmis kannattamaan sitä, että *demokraattinen kontrolli tulisi ulottaa selvemmin myös oikeuslaitokseen nykyistä välittömämmällä ja läpinäkyvämällä tavalla*.⁶³⁶ Tämä siksi, että sen piirissä käytetään merkittävää yhteiskunnallista valtaa, osin lainsäätäjän työtä jatkamalla. Sen soisin tulevan selvemmin poliittis-moraalisen kontrollin piiriin.⁶³⁷ En tarkoita tässä niinkään sitä, että kontrollin tulisi millään lailla ulottaa yksittäisten tapausten ratkaisuun ja tuomareiden riippumattomuuteen tässä mielessä, vaan sitä, että tuomarin valinta, koulutus ja toiminta ammatissaan olisivat jotenkin läpinäkyvämmän ja artikuloidummin tuomioistuinlaitoksen ulkopuolisen poliittis-moraalisen kontrollin piirissä. Yksi tapa olisi ulottaa esimerkiksi jonkinlainen vaalimenettely osaksi ylimpien tuomareiden nimittämistä.⁶³⁸ Käytännössä tämä tarkoittaisi tietenkin kolmijako-opin sisältämän oikeuden ja politiikan välisen rajanvedon tietoista murtamista tavalla, johon käytäntö de facto näyttääkin olevan siirtymässä.⁶³⁹

Tärkeää ei ehkä olekaan vallan eri lohkojen/funktioiden makrotasoinen erottaminen, vaan perusoikeuksien mikrotasoinen toteutuminen erityisesti julkisen vallan käytön yhteydessä. Tämän kanssa ei olisi ristiriitaista se, että *korkeimpien oikeuksien tuomarit valittaisiin eduskunnassa määränemmistöllä* tuomioistuinlaitoksen sisäisen ehdollepanoelimen hyväksymistä juridiikan alan asiantuntijoi-

⁶³⁴ Sanottu ei tietenkään tarkoita, etteikö tuomioistuimilla olisi *minkäänlaista* demokraattista ulottuvuutta, vaan pikemminkin sitä, että tuomioistuinten demokraattiset ulottuvuudet ovat väistämättä parlamenttia *vähemmän* demokraattisia. Vrt. Bull II: 38.

⁶³⁵ Weiler 1999: 199.

⁶³⁶ Yhtälailla voidaan tietysti esittää vastaavanlaisen demokraattisen kontrollin ulottamista esim. massamediaan samalla kun pyritään vahvistamaan erilaisia suoran demokratian ja kansalaisosallistumisen elementtejä (ks. Habermas 1992: 533). Tämä ajatus perustuu itse asiaan ideaan siitä, että yhteiskuntien olisi voimakkaammin konstitutionalisoiduttava (sanan myönteisessä merkityksessä). Tähän liittyy myös Wilhelmssonin (2001: 153–154) mielenkiintoinen ajatus siitä, että perinteiset kategoriat Law-in-Books ja Law-in-Action voivat tarvita rinnalleen ihan uuden kategorian: Law-in-Median.

⁶³⁷ Juuri tämänkaltaista näkökulmaa ymmärrän *Tatu Leppäsen* (1999: 38) painottavan päättäessään artikkelinsa seuraavasti: ”Perusoikeuslainkäyttö edellyttää täyttä luottamusta tuomioistuinlaitosta kohtaan.”

⁶³⁸ Mitenkään erityisen tavatonta tämä ei ole, kuten esim. Guernieri & Pederzolin (2002: chapter 1) vertaileva tutkimus osoittaa; poliittiset näkökohdat ovat usein hyvinkin eksplisiittisesti esillä, kun tehdään tuomarien nimittämispäätöksiä.

⁶³⁹ Beatty (2001: 73) kuvaa tätä kehityspiirrettä osuvasti sanomalla, että perus- ja ihmisoikeuksista on tullut ”the dominant faith of our time”.

den rajatusta joukosta.⁶⁴⁰ Tässä puututtaisiin rakenteelliseen riippumattomuuteen, mutta jätettäisiin yksittäistapauksellinen riippumattomuus koskemattomaksi.⁶⁴¹ Toinen vaihtoehto olisi palata keskusteluun valtiosääntötuomioistuimesta, mutta koska tuo mahdollisuus nimenomaan haluttiin hylätä vuoden 2000 ratkaisulla, niin tämä ei liene realistinen keskustelunavaus. Lisäksi on huomattava, ettei tämäkään malli ole järjestelmän legitimitietin kannalta ongelmaton.⁶⁴²

Perusoikeuksiin kiinnittyvän valtiosääntöteorian kannalta erillinen valtiosääntötuomioistuin on kuitenkin juuri se paradigmaattinen malli, jota esimerkiksi *Robert Alexy* suosittelee institutionaaliseksi ratkaisuksi: ”The uncertain outcome of constitutional rights discourse leads to the necessity of authoritative constitutional rights decision-taking. If the parliamentary majority is not to regulate itself, which would mean its acting as judge in its own cause, the only alternative is some sort of constitutional court.”⁶⁴³ Suomen järjestelmän kannalta Alexyn kanta on sikälikin kiintoisa, ettei se näytä suvaitsevan meidän PeV:n tyyppistä mallia, koska se merkitsee sitä, että eduskunnan enemmistö toimisi tuomarina omassa asiassaan, kuten hän sen ilmaisee.

Yleisemmin ajatuskulku voisi kulkea seuraavasti: Kun varsinkin ylimmät tuomioistuimet käyttävät *de facto* lainsäädäntövaltaa prejudikaattipäätöksissään ja kun suoraan sovellettavat perusoikeudet jättävät niille – tulkinnallisuuden kautta – nyt selvästi tilaa muodostaa väljemmin omaa mikropoliittista toimintakenttäänsä, niin miksi ei voitaisi ajatella, että KHO:n ja KKO:n tuomareihin tulisi näistä syistä kohdistaa aiemmasta poikkeavia eli avoimemmin moraalisis-poliittisiin näkökohtiin huomion kiinnittäviä kontrollin muotoja. Ihmis- ja perusoikeusnäkökulmasta olisi tietenkin tärkeää varmistaa, ettei tuomioistuimen yksittäistapauksiin liittyvälle subjektiiviselle ja objektiiviselle puolueettomuudelle tapahtuisi muutosta kielteiseen suuntaan.⁶⁴⁴ Jonkinlaisen valtiosääntöisen demokraattisen kontrollin puolesta tuntuisi puhuvan se, että erityisesti perusoikeustulkinnolla on myös muihin kuin asianosaisiin kohdistuvia oikeusturvatehtäviä; niitä

⁶⁴⁰ Jyränki (2003: 436) pitää tällaista *Eivind Smithin* Norjaa varten esittämää samantyyppistä mallia suomalaisen oikeuskulttuuriin (ehkä) sopimattomana. Itse näkisin sen sijaan tämäntyyppisille malleille muuttuneessa oikeuskulttuurissamme entistä enemmän mahdollisuuksia; suorastaan tarpeen.

⁶⁴¹ Eri riippumattomuusmuodoista ks. Jyränki 2003: 69–70.

⁶⁴² Venter (2000: 124) ottaa esimerkiksi Saksan BverfG:n legitimitettiin kohdistut epäilyt viimeisen kymmenen vuoden aikana sen tultua aiempaa aktiivisemmaksi ja korkeaprofiilisemmaksi.

⁶⁴³ Alexy 2002: 387.

⁶⁴⁴ Subjektiivisella puolueettomuudella tarkoitetaan sitä, onko tuomari yksittäisessä jutussa toiminut puolueellisesti ja näin suosinut tai syrjinyt jotain asianosaista. Objektiivisella puolueettomuudella tarkoitetaan taas sitä, onko tuomioistuimen rakenteessa, kokoonpanossa ja toiminnassa tekijöitä, jotka voivat aiheuttaa perusteltuja epäilyjä puolueettomuudesta. Ks. tark. esim. KHO 2002:91.

koskevat tulkinnat kohdistuvat suppeaa piiriä laajemmas.⁶⁴⁵ Prejudikaattivaikutus kun on tosiasiaa melkoinen.

Ajatus saa tukea valtiosääntöisen oikeusvaltioteorian puolelta. Habermasin demokraattista oikeusvaltiota koskevan teoriakehityksen eräs vahva pohjavire kun on nimittäin juuri se, että myös tuomarit ja tuomioistuimet täytyy saattaa demokraattisen *accountabilityn* alaisiksi.⁶⁴⁶ Tämä tietysti muuttaisi kerralla nykyisenkaltaisen julkituodun ajattelumme vallanjakoa koskevat perusteet, mutta sopisi hyvin modernin konstitutionalismin ajatukseen siitä, että *kaikkea* valtaa – myös oikeudellista – tulee valvoa ja kontrolloida tehokkaasti demokratian näkökulmasta. Yhteiskuntateorian kielellä ilmaistuna voisimme myös puhua vallan eri muotojen ”pehmentämisestä”, kuten Foucault asian ilmaisee.⁶⁴⁷ Liberaalin poliittisen teorian viitekehyksessä kyse on julkisen vallan yksilöiden vapautta uhkaavan potentiaalisen suitsimisesta. Demokraattisen oikeusvaltion ja nykyaikaisen konstitutionalismin perspektiivistä kyse on myös tietynlaisesta perusoikeus-suojan tasosta, joka edellyttää myös aktiivisia toimia, ei pelkästään pitäytymistä vapauspiiriin puuttuvista toimista.⁶⁴⁸

Joka tapauksessa vaikuttaa siltä, että valittiinpa millainen suunta tahansa, niin se edellyttää jonkinlaista rajankäyntiä tai uudelleenmäärittelyä suhteessa vallanjakoon ja näin myös politiikan ja oikeuden sekä tätä kautta myös oikeustieteen ja valtio-opin väliseen työnjakoon sekä noiden tieteenalojen teoreettis-metodologiseen itseymmärrykseen; pätevätkö vanhat rajat vielä vai, pitäisikö niitä jotenkin pyrkiä eksplisiittisesti muuttamaan. Ensimmäiset murentumat ja haasteethan olivat jo näkyvissä hyvinvointivaltiokehityksen alkuvaiheen aikana.⁶⁴⁹ Sittenkin *Lars D. Eriksson* esitti – tosin erityisesti hallintoa silmällä pitäen – 1990-luvun puolivälissä, että tarvitsemme *teoreettista uudelleenorientoitumista* vallanjaon suhteen.⁶⁵⁰ Tämän uudelleenorientoitumisen tarve lienee tänään entistäkin ilmeisempää.

⁶⁴⁵ Tuomioistuinten ratkaisutoiminnan asianosaisiin ja laajemmin yhteiskuntaan kohdistuvista tehtävistä ks. Virolainen & Martikainen 2003: 63–64. Lainkäytön funktioista yleisemmin ks. Ervasti 2002.

⁶⁴⁶ Vrt. Rasmussen 1996: 36.

⁶⁴⁷ Foucault 1998: 66. ”vallan muodot ovat näyttäytyneet sääntelyn, välityksen ja rajojen vetämisen välineenä ja ikään kuin muodostaneet vallan eri muotojen järjestyksen. Samalla ne ovat vakiinnuttaneet periaatteen, jolla niitä on voitu pehmentää ja jakaa asetettuja rajoja rajojen ja hierarkian mukaisesti” (emt. s. 66). Todettakoon kuitenkin, että juuri em. kaltainen juridinen tapa käsittää valta on Foucault’n ankarana kritiikin kohteena.

⁶⁴⁸ Vrt. Venter 2000:259–260.

⁶⁴⁹ Sipponen 1965: 314.

⁶⁵⁰ Eriksson 1995: 226. Viitataan tässä kohden tietenkin syvärakenteen tason (normatiiviseen) ajatukseen vallanjaosta, en silkkään positiivisoikeudelliseen konstruktion (ks. myös Tuori 2000a: 130), johon esim. *Lavapuro* (2001: 129) ilmeisesti viittaa kirjoittaessaan ”perinteisestä” perusoikeuskritiikistä ja HM:n 92.2 §:n vallinneesta tulkinnasta.

Mihin päin sitten ylipäänsä olisi mahdollista yrittää suunnistaa? Suunta voisi olla yhä selvemmin mikro-politisoituvaa tuomioistuinlaitosta kohden tai sitten jonkin sortin yritys ylläpitää vallanjako-opin mukaisia makropoliittisia rakenteita ja instituutioerotteluita, jos vallanjaon nähdään todellakin olevan *erottamaton* osa modernin demokraattisen oikeusvaltion normatiivista syvärakennetta ja jos demokraattisesti valitulle lainsäätäjälle halutaan antaa kansansuvereniteettiopin hengessä etusija moraalis-poliittisten normien luomisessa julkisessa lainsäädäntödiskurssissa.⁶⁵¹ Tämä taas tuntuisi puoltavan *jonkinlaista* vallanjaon ylläpitämistä.⁶⁵² Mutta teemaa kannattaa pohtia valtiosäännön makroultuvuuden sijaan myös muusta, konkreettisemmasta, näkökulmasta, ennen kuin opin toimivuudesta tai toimimattomuudesta tahi sen käyttökelpoisuudesta teoreettiselle lainopille uskaltaa tehdä pitkälle meneviä päätelmiä. Seuraavassa luvussa tematiikka siirretään julkisoikeuden toisen päälohkon konkretisoidun valtiosääntöoikeuden eli yleisen hallinto-oikeuden alueelle. Vallanjako kun heijastuu jossain mielessä kaikkialle oikeusjärjestykseen, mutta aivan erityisesti yleishallinto-oikeuteen.

⁶⁵¹ Juuri *Habermas* (1992: 230–237; 526–537) on esittänyt, että meidän tulisi ottaa jonkinlaiseen uudelleenarkintaan vallanjakorakennelma, jotta sitä voitaisiin uudelleen muotoilla, kuitenkin siten, että mukana olisi edelleen vahva institutionaalinen (lainsäädäntövalta, hallitusvalta, tuomiovalta) ulottuvuus. Habermasin oikeusvaltioteorian kannalta juuri tämä uudistettu tulkinta vallanjako-opista vaikuttaa olevan hyvin tärkeä koko *Faktizität und Geltung* (1992) teoksen sanoman kannalta (Scheuerman 1999: 171). Toisaalta voidaan katsoa, että erityisesti tuomiovalta on tietynlaisessa valintatilanteessa sidottuisuuden ja yhteiskunnallisesti aktiivisemmän roolin välissä (ks. Cappelletti 1989: 19). Aktivismi vs. passivismi perustematiikasta ks. tark. Hautamäki 2003: 170–175.

⁶⁵² Esim. Venter (2000:223) pitää oppia edelleen arvokkaana, jopa korvaamattomana, Verfassungsstaat-konstruktioille, mutta myöntää opin vaihtelevan kulttuuristen, poliittisten ja historiallisten olosuhteiden mukaan. Hän myös varoittaa liittävästä oppiin liikaa dogmaattisuutta (emt. s. 255).

4 Oikeus ja hallinto – hallinnon ja lainkäytön välimaastossa

4.1 OIKEUS VS. HALLINTO SUOMESSA JA RANSKASSA

4.1.1 Johdanto

Edellä vallanjaosta on puhuttu lähinnä valtiosääntöisenä ilmiönä. Käsittelyssä on ilmennyt myös se, että vallanjako ja sitä koskevat erilaiset oppirakennelmat ja käytännön sovellukset ovat levinneet hyvin moniin eri järjestelmiin. Pohjoismaillakin on omat parlamentaariset sovelluksensa vallanjako-opista. Tässä ei ole sinänsä mitään yllättävää. Oikeusjärjestelmät ja oikeuskulttuurit vaikuttavat toisiinsa kansallisvaltioiden rajoista piittaamatta. Euroopassa ei tarvitse kuin vähän raaputtaa kansallisvaltion säädöskuoren pintaa, niin esiin nousee roomalaisen oikeuden vaikutus. Eräät valtiot ja niiden tietyt oikeudenalat ovat kuitenkin olleet aivan keskeisessä asemassa siten, että tällaisten järjestelmien vaikutus on ollut huomattavankin laajaa. Valtiosääntö- ja hallinto-oikeuden sekä aivan erityisesti vallanjako-oppia koskevan teoriankehittelyn kannalta Ranska vaikuttaa olevan jonkinlaisessa erikoisasemassa. Ihan sattumaa ei liene sekään, että Montesquieu kehitti ajatuksensa Ranskassa. Ranskalaisella julkisoikeudella on tunnetusti ollut kielirajat ylittävä huomattava vaikutus Euroopan mantereella jo parin vuosisadan ajan.⁶⁵³

Suomessakin kautta 1900-luvun viitattiin julkisoikeudellisessa oikeuskirjallisuudessa ranskalaiseen hallinto-oikeuteen ja sen piirissä kehitettyihin doktriineihin ja instituutioihin, vaikka juridiikkamme on muutoin ammentanut vaikutteita erityisesti saksalaisesta oikeusajattelusta. Ranskalainen vaikutus on näkynyt mitapisteenä, josta käsin Suomeakin on tarkasteltu. Tämä näkyi hyvin muun muassa hallintolainkäytön viime vuosisadan uudistushankkeissa.⁶⁵⁴ Yhtenä mielen-

⁶⁵³ Brown & Bell 1998: 268–287; Galabert 2000: 705–709. Ks. myös Kulla 1980: 2. Itse asiassa ranskalainen erillisten hallintotuomioistuinten malli on niitä harvoja julkisoikeuden alan *siirrännäisiä*, joita on voitu pitää vertailevan oikeustieteen näkökulmastakin jonkinlaisina menestyksinä. Ks. Kahn-Freund 1974: 18.

⁶⁵⁴ Ks. esim. lainvalmistelukunnan mietintö 5/1936, KOM 1985:48 ja KOM 1997:4.

kiinnon kohteena on ollut Conseil d'Etat, joka on meillä rinnastettu kotimaiseen korkeimpaan hallinto-oikeuteen.⁶⁵⁵

Mitä vieraan – tarkoitan nyt erityisesti Pohjoismaisen oikeuden kulttuuripiirin ulkopuolisuutta – oikeuden tarkastelulla voi sitten olla saavutettavissa, kun liikutaan yleisten oppien ja teoreettisen lainopin alueella? Oikeusvertailussa on usein riskinä ryhtyä tarkastelemaan vieraan oikeuden pintaa ja tehdä siitä liian pitkälle ulottuvia johtopäätöksiä. Tätä vaaraa on pyritty yleensä pienentämään siten, että on kiinnitetty erityistä huomiota tarkasteltavien järjestelmien vertailtavuuteen. Eräs kiteytynyt vastaus näihin ongelmiin on funktionaalinen tarkastelutapa, jonka avulla pyritään irrottautumaan epäoleellisista nimilapuista ja koetetaan päästä pureutumaan tarkasteltavien järjestelmien yhteisiin ongelmiin.⁶⁵⁶ Yksi eurooppalaisten oikeusjärjestysten ydinpiirteistä on tapa, jolla hallinnon ja oikeuden väliset suhteet on pyritty järjestämään. *Rajanveto hallintoon ja oikeuteen seuraa osaltaan fundamentaalista rajanvetoyritystä: se heijastelee yleisemmin sitä, miten po. järjestelmässä on haluttu järjestää politiikan ja oikeuden välinen erotte- lu; miten julkinen valta on haluttu purkaa erilaisiin funktioihin ja instituutioihin.*⁶⁵⁷ Oikeussystematiikka ja erilaiset tavat organisoida hallintolainkäyttöjärjestelmä ja hallintojärjestelmä ovat hallinto-oikeuden alueen näkyvimpiä ilmauksia tästä – heijastumia valtiosääntöoikeuden yleisten oppien kantavista elementeistä.

Tässä luvussa tarkastellaan tämän kysymyksen erilaisia ratkais- ja ajattelutapoja *institutionaalisesta* perspektiivistä käsin. Miten vallanjako-opin sovellus heijastuu hallinto-oikeuden institutionaaliseen rakenteeseen, ja millaisia oikeuden ja politiikan suhdetta koskevia ajatuksia taustalla on? Tarkastelun kohteena eivät siis ole prosessit, aineellisoikeudelliset normit tai yksittäiset oikeustapaukset, vaan se järjestely, joka on seurausta hallinnon ja oikeuden välisen suhteen tietynlaisesta ratkaisutavasta. Sen viimekätinen oikeusideologinen perustelu liittyy oikeuden legitimaatiofunktioon, joka edellyttää ratkaisujen tietynlaista pe-

⁶⁵⁵ Lainvalmistelun ja hallinto-oikeustieteen välittämä kuva Ranskan hallinto-oikeuden keskeisimmästä instituutiosta ei ole juuri muuttunut. Kotimaiselle kirjoittelulle on ollut ominaista taipumus esittää tietynlainen karkea kuvaus tästä omalaatuisesta instituutiosta. KOM 1997:4 (s. 36) välittää kotimaisen peruskäsityksen varsin osuvasti: ”Ranskalaiselle järjestelmälle on ominaista, että ylimmälle hallintotuomioistuimelle Conseil d’Etat’lle kuuluu myös tehtäviä hallituksen neuvonantajana ja että hallintotuomioistuimet ovat toisin kuin yleiset tuomioistuimet osa toimeenpanovaltaa eivätkä tuomiovaltaa. Käytännössä niillä kuitenkin on yhtä itsenäinen asema kuin yleisillä tuomioistuimilla.”

⁶⁵⁶ Ks. Husa 2000: 55–57.

⁶⁵⁷ Vertailevassa eurooppalaisessa katsannossa näkyy myös tämän peruserottelun luonteva päätöksentekomuotoihin ulottuva vaikutus. Viranomaisten harkintavalta nimittäin palautuu valtiovallan eri haarojen välisiin suhteisiin eli vallanjako-oppeihin ja niiden eri sovelluksiin. Harkintavallan laajuus siis liittyy pitkälti toimeenpanevan vallan ja tuomiovallan väliseen kompetenssijakoon. Ks. esim. Schwarze & Laakso & Kuuttiniemi 1999: 102–113.

rustelutapaa.⁶⁵⁸ Vallanjako-opin kannalta keskeistä on se, minkä funktion/vallan piiriin tietyt laiset perustelutavat ja instituutiot halutaan sijoittaa.

Tässä suomalaisen järjestelmän oikeusideologia ja oikeuskulttuurisia erityispiirteitä tarkastellaan ikään kuin ulkopuolisesta näkökulmasta.⁶⁵⁹ Tarkastelu liikkuu hallinto-oikeuden yleisen teorian tasolla ja on vallanjakoteemaa erityisesti silmällä pitävää. Tavoitteena on valaista sitä, mikä on suomalaiselle järjestelmälle ominaista, mutta johon pelkästään omaan kokemuspäiriimme nojaavan käsityksen valta-aseman vuoksi emme osaa luontaisesti kiinnittää huomiota. Ulkomainen aines on tässä siis peilipinta, jonka muodostama kuva mahdollistaa reflektion.⁶⁶⁰

4.1.2 Vallanjako-opin hallinto-oikeudellinen heijastuma – hallinnon ja oikeuden suhde Suomessa

Jos vallanjako on osa koko julkisoikeuden normatiivista kielioppia, niin miten se heijastuu konkretisoidun valtiosääntöoikeuden alueelle?⁶⁶¹ Hallinto-oikeuden keskeisimpiä rajanvetoja (jos tarkasteluperspektiivi on valtiosääntöoikeudesta hallinto-oikeuteen päin) on se tapa, jolla politiikka (= hallinto, tarkoituksenmukaisuus) ja oikeus (= lainkäyttö, oikeudenmukaisuus) erotetaan toisistaan tai ainakin pyritään erottamaan toisistaan⁶⁶². Perusratkaisusta voidaan johtaa ainakin kaksi ulottuvuutta. *Institutionaalinen* ulottuvuus liittyy siihen, että erilaiset toiminnot sijoitetaan erilaisiin instituutioihin. *Toiminnallinen* ulottuvuus liittyy taas siihen, että erotetaan erilaisia julkisen vallan päätöksentekotilanteita, joita ovat tiukasti ohjatut tai raamitetut päätöstilanteet ja väljemmin ohjatut tai raamitetut päätöstilanteet. Perinteisessä hallinto-oikeudessa puhuttiin harkintavaltaa sisältävistä päätöstilanteista ja luonteeltaan vähemmän harkintavaltaa sisältävistä nk. sidotuista päätöksentekotilanteista.⁶⁶³

⁶⁵⁸ Vrt. Jyräki 1989: 21.

⁶⁵⁹ Erilaisista vertailuaselmista tiivistetysti ks. Salminen 1999: 56. Kulttuuriorientoituneesta oikeusvertailusta ks. van Hoecke & Warrington 1998: 496.

⁶⁶⁰ Ks. myös Husa 1998a: 37–38.

⁶⁶¹ Esim. kun *Karl Willgren* (1924: 1–2) aloitti kolmiosisaisen hallinto-oikeuden yleisiä oppeja koskeneen teoksensa (Häft I), oli lähtökohtana oli valtiovallan kolmijako-oppi (*statliga funktionerna*). Samalla tavoin lähti liikkeelle myös *Veli Merikosken* (1976a: 1) perusoppikirjassaan (”Valtiok-si järjestäytyneen yhteiskunnan elintoiminnot”). Niin ikään tuoreessa perusteoksessa Husa & Poh-jolainen (2002: 73–74) on yhtenä järjestelmäkuvausten lähtökohtana kolmijako-oppi.

⁶⁶² Voidaan ehkä pohtia, onko ylipäänsä asianmukaista niputtaa asioita yhteen tavalla, jota tekstissä käytetään. Käsittääkseni teoreettisen lainopin näkökulmasta näin on. Jyräki (2003: 57) kirjoittaa osuvasti: ”Vapaaharkintaisia hallintoratkaisuja ei ole tapana nimittää poliittisen vallan käytöksi, vaikka niihin tosiasiallisesti voi sisältyä samantyyppistä poliittista harkintaa kuin eduskunnan ja hallituksen ratkaisuihin.”

⁶⁶³ Oikeus- tai tarkoituksenmukaisuuskysymyksestä ks. Ruotsin tilanteesta ja taustoista Nordquist 2001: 186–208.

Tällainen erottelu on tietenkin karkeistus, joka vastaa todellisuutta heikosti. Siitäkin huolimatta se on tärkeä heijastuma yleisemmästä julkisoikeuden teoriaan liittyvästä valtiovallan kolmijako-opillisesta ajatuksesta, jonka mukaan hallinto ja lainkäyttö tulee nähdä *perustavaa laatua* tavalla erilaisina julkisen vallan käyttöalueina.⁶⁶⁴ Schmittiläisestä desisionismista ei ole jälkeäkään hallinto-oikeuden perinteisessä doktriinissa. Oikeushistoriallisesti lienee myös relevanttia, että hallintolainkäytön organisointi liittyi myös yleisempään kysymykseen lakien perustuslainmukaisuuden valvonnasta tuomioistuimissa ja muissa viranomaisissa.⁶⁶⁵ Edellisissä luvuissa käsitelty perustuslainmukaisuuden kontrolli liittyy tähän siis varsin kiinteästi, vaikka tässä luvussa nimenomaan tähän seikkaan ei kiinnitetäkään enää erityistä huomiota.

4.1.2.1 Suomalaisen mallin synty ja siihen liittyvä ajattelu

Hallintoharkinnan ja oikeusharkinnan välinen erottelu (tai pyrkimys erotteluun) tuli osaksi suomalaista järjestelmää laissa korkeimmasta hallinto-oikeudesta (KHOL 74/1918). KHOL:n 5 §:ssä rajoitettiin KHO:n toimivalta oikeusasioihin eli oikeusharkintaa edellyttävien asioiden käsittelemiseen siten, että KHO:n ja maan poliittisen hallituksen välinen toimivaltasuhde järjestettiin vetämällä periaatteellinen raja oikeuden ja hallinnon välille. Oikeushistoriallinen tausta ratkaisulle ulottuu pitkälle menneisyyteen, eikä kyse ollut sinänsä mistään mullistavasta uutuudesta, vaikka vanhaa traditiota kyllä haluttiinkin ohjata tiettyyn yleiseen vallanjakoiseen suuntaan.

Itsevaltiuden aikana ylin valtiovalta oli pitkälti hallitsijan käsissä. Kuningas saattoi myös näytellä merkittävää osaa kaikessa lainkäytössä eräänlaisena yleisenä vetoamusasteena, johon viime kädessä voitiin turvautua. Ruotsi-Suomessa 1600-luvulla ei vallinnut systemaattista erottelua myöskään hallintolainkäytön ja muun hallintotoiminnan välillä. Sen sijaan huomiota kiinnitettiin siihen, että rajanveto hallinnollisen lainkäytön ja yleisen lainkäytön välillä oli suhteellisen tiukka. Erilaisten tapahtumien ja osin eri suuntiinkin vetävien vaiheiden kautta hallintolainkäytön organisoinnin kannalta oli 1800-luvun alku merkittävä ajanjakso.⁶⁶⁶ Maahan muodostettiin hallituskonselji (1809), josta tuli hieman myöhemmin senaatti (1816). Senaatti jakaantui oikeus- ja talousosastoon, joista jälkimmäiselle kuului hallinnollinen lainkäyttö. Vaikka erottelu oikeusasioden ja hallintoasioiden välillä oli näin haluttu tehdä selväksi, eivät itse käytettävät menettelyt (prosessit) juurikaan poikenneet toisistaan. Päätökset tehtiin kollegiaali-

⁶⁶⁴ Ratkaisun kytkeytymisestä vallan kolmijako-oppiin ks. Kulla 1980: 278–279.

⁶⁶⁵ Kulla 1980: 269.

⁶⁶⁶ Suomalaisen julkisoikeustieteen suhtautumisesta hallintolainkäyttöön tark. ks. Kulla 1980: 252–262.

sesti ja esittelystä.⁶⁶⁷ Nykyperspektiivistä käsin erottelu vaikuttaisi ongelmalliselta vallanjaon periaatteen kannalta – toimeenpanovallan elinten kun ei haluta puuttuvan tuomiovallan käyttöön, koska oikeus ja politiikka halutaan pitää erillään toisistaan.

Yleinen lainkäyttö ja hallintolainkäyttö erosivat toisistaan pitkän ajan kuluessa. Keskiajalle saakka yleinen prosessi ja hallinto olivat menettelyllisesti samankaltaisia. Varsinaista hallintolainkäyttöä alkoi ilmetä vasta valtion muodostumisen ja tätä ilmentäneen kuninkaanvallan kasvun myötä. Vuoden 1634 hallitusmuodossa hallintolainkäyttö siirtyi tuomioistuimilta hallintoviranomaisille. Vuoden 1734 laissa hallintolainkäyttö jätettiin tarkoituksella pois. Vasta autonomian aikana hallintolainkäyttö kehittyi itsenäisemmäksi. Sen itsenäisyyden yhtenä perusteluna oli estää Venäjän, vahvana hallinnossa tuntunut vaikutusvalta, yleisissä tuomioistuimissa.⁶⁶⁸

Senaatin osastojen välinen toimijaossa talousosastolle kuuluivat siviilihallinnon ja yleisen talouden asiat, kun taas oikeusosasto toimi ylimpänä tuomioistuimena varsinaisissa oikeusasioissa. Jos osastojen välisestä toimivallasta syntyi riitoja, niin ne ratkaistiin plenumistunnossa. Senaatin noudattama tehtäväjako noudatteli pääpiirteissään Ruotsissa ennen vuotta 1809 voimassa ollutta oikeutta. Näin hallinnollinen eli talous- ja politiikka-asioiden lainkäyttö jäivät autonomian alussa hallintoviranomaisille.⁶⁶⁹ *Robert F. Hermansonin* ajattelussa hallintolainkäyttö sijoittuikin alun perin hallintotoiminnan yhteyteen.⁶⁷⁰ Ylipäänsä autonomian ajan järjestelmä ei edellyttänyt huomion kiinnittämistä hallintolainkäytön ja hallintotoiminnan väliseen eroon.⁶⁷¹ Järjestelmämme ei siis vielä tuolloin perustunut – tai oikeastaan voinutkaan – kovin tiukasti valtiovallan kolmijako-opin mukaisiin perusrajanvetoihin politiikan ja oikeuden välillä, vaan rajat olivat myös julkisoikeuden oppirakennelmissa häilyviä. Hallintolainkäytön paikasta vallanjakokonstruktiossa ei tässä vaiheessa näytetty olevan vielä ihan varmoja; oliko se selkeämmin toimeenpano/hallintoa (ja näin lähellä poliittisen sfääriä) vai oliko se lähempänä tuomiovaltaa (ja näin lähellä oikeudellisen sfääriä). Oikeuden fundamentaalinen kielioppi, mallivalta, oli vasta hakemassa muotoaan hallinto-oikeudessa.

Kun autonomian loppuvaiheissa hallintolainkäytön uudistaminen oli esillä, niin erillisen hallintotuomioistuimen tarve artikuloitui aikaisempaa selvemmin

⁶⁶⁷ Kulla 1980: 174–176.

⁶⁶⁸ Ks. Vilkkonen 1973: 9–11.

⁶⁶⁹ Kulla 1980: 178–184. Myöhemmin 1900-luvun alussa Ruotsissa kallistuttiin erillisen *Regeringsrättenin* perustamiseen siksi, että oli vahva antipatia sitä kohtaan, että hallinnollisia asioita olisi käsitelty yleisissä tuomioistuimissa. Ks. Nordquist 2001: 96–97.

⁶⁷⁰ Ks. tästä Halila 2000: 27.

⁶⁷¹ Kulla 1980: 262.

esiin.⁶⁷² Autonomian aikainen oikeusjärjestys Venäjällä ei edellyttänyt tarkemman huomion kiinnittämistä hallintoiminnan ja hallintolainkäytön väliseen rajaan. Hallintoviranomaiset käyttivät itse lainkäyttövaltaa talous- ja järjestysasioissa.⁶⁷³ Oikeustieteen tasolla hallintoharkinnan ja oikeusharkinnan välinen ero vakiintui vasta kun *J. K. Ståhlbergin* Suomen hallinto-oikeuden yleinen osa ilmestyi 1913. Doktrinääriset mallit olivat lähtöisin saksalaisesta ja ranskalaisesta oikeudesta.⁶⁷⁴ Ainakin tämä on osaltaan selitys sille, että mannermaisen valanjako-opin mukaisia eri sovelluksia tuli Suomeen *epäsuorasti*, mistään puhtaista ”transplanteista” ei ollut kyse. *Heikki Kulla* tiivistää seuraavasti:

”KHOL:iin ei pyritty siirtämään ulkomaisen lainsäädännön normeja sellaiseenaan. Huomiota kiinnitettiin pääasiassa niihin yleisiin periaatteisiin, joitten mukaan hallintotuomioistuimen toimivalta oli kussakin maassa järjestetty.”⁶⁷⁵

Kun KHO perustettiin, sen ja hallituksen välistä toimivallanjakoa ei perusteltu KHOL:n säätämisvaiheissa. Autonomian loppuvaiheissa ja itsenäistymisen alussa oli kuitenkin jo syntynyt tietyllä tavalla – fundamentaaliseen rajanvetoon pohjautuva – *kiteytynyt kuva* siitä, että juuri hallintotuomioistuimelle kuului kompetenssi päättää omasta toimivaltuudestaan. Tavoitteena oli nimenomaan siirtää hallituksen lainkäyttövalta perustettavaan uuteen riippumattomaan hallintotuomioistuimeen, jonka riippumattomuus nähtiin ”asian luonnon mukaisena”.⁶⁷⁶ Oikeusajattelumme perusorientaatiota kuvasti idea, jonka mukaan oikeuskysymykset oli ratkaistava tuomioistuimessa, kun taas tarkoituksenmukaisuusharkinta kuului hallitukselle.⁶⁷⁷ Pyrkimys erotteluun periaatetasolla lienee tulkittava yhdeksi oikeusideologiseksi ydinjuonteeksi, haluksi kirjoittaa normatiivista kielioppia tietynlaisen apriorisen mallivallan edellyttämällä tavalla; oikeus tuli erottaa politiikasta ja politiikkaa lähellä olevan toimeenpanovallan haarasta.⁶⁷⁸ Kehkeytyvän doktriinin ja omaksutun institutionaalisen ratkaisun taustalla näytti vaikuttavan yleisempi ajatus, joka liittyy siihen, millä tavoin oikeuden ja hallinnon väliset suhteet on järjestettävä ”oikein”. Miten asiasta *täytyy* ajatella, että se on ”oikein”. Tämä saa doktrinäärisen ilmauksensa siinä tavassa, jolla hallinto-

⁶⁷² Autonomian aikana keskustelu oli kiertynyt kuitenkin enemmän muun lainkäytön ja erillisen yleisen korkeimman oikeuden perustamiseen, kuin erillisen hallintolainkäyttöelimen tarpeeseen. Ks. tark. Tyynilä 1992: 224–227 ja 320–322.

⁶⁷³ Kulla 1980: 238, 262.

⁶⁷⁴ Kulla 1980: 270. Saksalaisesta doktriinista ja sen kehittämisestä tark. ks. emt. 135–145.

⁶⁷⁵ Kulla 1980: 296. Vrt. Kulla 2003: 254.

⁶⁷⁶ KHO:n toimintaa ei katsottu voitavan jatkaa vanhojen hallintoviranomaisille soveltuneiden perinteiden varassa. Vrt. Halila 2000: 30–31. Ks. myös Kulla 1980: 287 (johdonmukaisuus, asian luonto, muiden maiden kokemukset).

⁶⁷⁷ Kulla 1980: 296–303. Ajattelutapa oli siis pitkälti sama kuin Ruotsissa sillä keskeisellä erotuksella, että Ruotsissa ylimmän hallintotuomioistuimen perustamisen ei haluttu johtavan ”hallituksen arvovallan heikkenemiseen” (emt. s. 302).

oikeustieteessä on operoitu (ja operoidaan edelleen) kahden eri harkintamuodon erottelulla: oikeuskysymykset ja tarkoituksenmukaisuuskysymykset on tämän mukaan nähtävä toisistaan *laadullisesti eroavina*.⁶⁷⁹ Eron tiukkuuden suhteen nykydoktriini ei kuitenkaan ole erityisen puhdasoppinen.

Ajattelu perustui siis näkemykseen, jonka mukaan asioiden erilaisesta luonteesta johtuen oli vain luonnollista, että myös instituutiot erotetaan toisistaan. Peruslinjasta huolimatta hallintolainkäyttöä ei kuitenkaan mielletty varsinaiseksi lainkäytöksi, vaan se esiintyi pitkään jonkinlaisena ”hybridinä” eli hallinnon ja oikeuden välimaastossa olevana, joka kuitenkin oli lähempänä lainkäyttöä kuin hallintoa.⁶⁸⁰ Tässä suhteessa hallintolainkäyttöä koskeva ymmärryksemme on muuttunut siten, että se halutaan nähdä entistä selvemmin nimenomaan lainkäyttönä. Hallintolainkäyttö mielletään (vallanjakoisen mallivallan mukaan) osaksi tuomiovaltaa, ei toimeenpanovaltaa. Poliittisluontoinen toimeenpano piti rajata tarkemmin suhteessa oikeudellisluontoiseen lainkäyttöön. Tämän ajatuksen taustalla häämöttää selvästi jokin yleisempi tai perustavampaa laatua oleva juridinen näkemys; tietty sovellus vallanjaon ajatuksesta ja sen sisältämästä eri sfäärien välisestä ”oikeasta” keskinäissuhteesta.⁶⁸¹

Mitä tällä tavoin ymmärrettävä hallintolainkäyttö sitten oikein on? Perusmääritelmän mukaan se on luonteeltaan oikeusturvajärjestely, jossa korjataan julkishallinnossa tehtyjä virheitä, ratkaistaan lopullisesti hallinnon alalla syntyneet oikeusriidat ja annetaan takeet siitä, että hallinnossa menettellään lainmukaisesti.⁶⁸² Hallintolainkäytön perusta on nykyisin perustuslain säännöksissä, joiden mukaan tuomiovaltaa käyttävät riippumattomat tuomioistuimet, ylim-

⁶⁷⁸ Tässä kohden olen jättänyt ilmeisen oikeushistoriallisen kontekstin hyvin vähälle, mutta lienee selvää, että erillisen hallintotuomioistuimen tarve liittyi myös Suomen poliittisiin etuihin suhteessa Venäjään. Tsaarin virkamieskuntaa ja senaattia kohtaan tunnettiin epäluuloa, eikä niillä ollut yhtä hyviä edellytyksiä vastustaa venäläistämisyriksiä kuin riippumattomalla tuomioistuimella.

⁶⁷⁹ Suomalaisen doktriinin alkutaipaleen kiteytys ja siitä seuraava keskeinen johtopäätös esitetään Ståhlbergin Hallinto-oikeuden (1928: 444) yleisessä osassa: ”Sellaista hallintotoimintaa, joka ei ole lainvastainen, vaan ainoastaan tarkoitustaan vastaamaton, ei ylempi viranomainen siis ole valituksen johdostakaan ehdottomasti velvollinen kumoamaan tai muuttamaan. Luonteeltaan tuollaisen valituksen ratkaisu on hallintopäätös eikä lainkäyttöä. Se ei ole sen seikan vahvistamista, mikä valituksenalaisessa tapauksessa on lainmukaisena pidettävä ja noudatettava.” Ståhlbergillä oli merkittävä henkilökohtainen panos myös käytännössä, sillä aloite KHO:n perustamiseksi voidaan jäljittää häneen (Tyynilä 1992: 350). Ståhlbergin panoksesta ja ajattelusta ks. myös Kulla 1980: 265 ja Halila 2000: 35–43. Oleellista tässä on se, että Ståhlberg kiinnitti erityisesti huomiota lainkäytön ja hallinnon väliseen *laadullisena* pitämäänsä eroon.

⁶⁸⁰ Ståhlberg 1928: 4–5.

⁶⁸¹ Hallintolainkäyttö KHO:een ja poliittiset asiat hallitukseen oli yleinen karkea linjaus, tosin käytännön toteutus jätettiin juristien muotoiltavaksi siten, että ulkomaiset ratkaisut olivat malleina (Kulla 2003: 243).

⁶⁸² Kanninen 1997: 176. Ks. myös Husa & Pohjolainen 2002: 248–249. Lainsäädännön esitöissä asia määritetään nimenomaan tähän tapaan, ks. HE 217/1995 s. 4 (”hallinnon jälkikäteinen valvontamuoto”).

pänä KKO ja KHO (PeL 3 §). PeL 98 §:n mukaan yleisiä hallintotuomioistuinta ovat KHO ja alueelliset hallinto-oikeudet. PeL 99 §:n mukaan ylintä tuomiovaltaa hallintolainkäyttöasioissa käyttää KHO. Saman pykälän 3 mom. mukaan ylimmille tuomioistuimille on uskottu tietty erityisasema. Ne valvovat lainkäyttöä omalla toimialallaan ja ne voivat myös tehdä valtioneuvostolle esityksiä lainsäädäntötoimeen ryhtymisestä.⁶⁸³ PeL 103 § puolestaan takaa kaikille tuomareille (myös hallintotuomareille) vahvan virassapysymisoikeuden.

Jos suomalaisen ratkaisumallin tausta-ajatteluun liittyviä ominaispiirteitä koettaa jäsentää, niin eräitä seikkoja voidaan nostaa esiin. Yksi perusidea liittyy laadullisen peruseroavaisuuden *korostamiseen*, ei vain sen toteamiseen ja hyväksymiseen, vaan painottamiseen. Poliitiikka on erotettava oikeudesta. Toinen perusidea on tietynlainen oikeussuojakorostus, joka näkyy oikeussuojan korostamisena siten, että hallinnon lainalaisuutta halutaan valvoa hallinnon ulkopuolelta ja tässä mielessä riippumattomasti. Kolmas keskeinen ulottuvuus on funktionaalinen eli se perustuu näkemykseen tietynlaisesta tehtävänjaosta. Tämän mukaan katsotaan, että hallinto pitää silmällä julkista etua ja tuomioistuimet oikeusjärjestystä. Suomalaisen julkisoikeuden oikeusideologian kulttuurista perusasennetta voidaan näin siis luonnehtia yleisesti *legalistiseksi*.⁶⁸⁴ Tuon ajattelutavan mukaisesti politiikka tulee alistaa oikeudelle, koska politiikka nähdään laadullisesti alempiarvoisena. ”Politiikka pitää silmällä tarkoituksenmukaisuutta, mutta oikeus tähtää oikeudenmukaisuuteen.”⁶⁸⁵ Suomalaisen ratkaisun fundamentaaliset rajanvedot ovat siis oikeastaan varsin luontaisia premissejä sille, että muodostettiin oma orgaani ja hallintolainkäyttö erotettiin hallintotoiminnasta. On kuitenkin erikseen syytä korostaa, että tässä esitettävä kuvaus on vain yksi mahdollinen näkökulma asiaan. Hallintolainkäytön kehittymistä arvioitaessa asioita voidaan painottaa toisellakin tapaa, kuten *Veijo Tarukannel* on tehnyt.⁶⁸⁶

⁶⁸³ KHOL 7 §:n mukaan KHO:n tulee antaa hallitukselle lausuntoja hallintoa koskevista lainsäädäntökysymyksistä. 7.2 § mukaan KHO:n asiana on tehdä esitys hallitukselle, kun se katsoo hallintoa koskevan lain tai asetuksen muuttamisen tai selittämisen tarpeelliseksi. KHOL:n 4 §:n määräys siitä, että nimitysasioita koskevat valitukset käsittelee VN, voidaan palauttaa KHO:n perustamiseen ja senaatin talousosaston muuttumiseen pääasiallisesti hallintoelimeksi (ks. Tyynilä 1992: 355).

⁶⁸⁴ Oikeussosiologian käsittein voidaan puhua myös tietynlaisen *käskymallin* ajatuksesta. Sen mukaan tuomioistuimet ja hallintoviranomaiset rinnastetaan siinä mielessä, että näiden molempien odotetaan toteuttavan annettuna lainsäätäjän antamat oikeussäännökset. Tässä ajattelussa on helpo havaita olevan mukana tiettyjä sosiaali-insinööritoiminnan mekanisistia (= vallonjakoisia Montesquieun mielessä) oletuksia tuomioistuinten ja hallintoviranomaisten toiminnan suhteen. Ks. tark. Tala 2001: 22–23.

⁶⁸⁵ Jyränki 1989: 16 (lainattu kohta liittyy tekstiin, jossa kirjoittaja tekee selkoa legalismista *Judith Shklar*in ideoihin perustuen).

⁶⁸⁶ Ks. Tarukannel 2002: 92–102. Tarukanteleen mukaan hallintolainkäytön kehitys on itse asiassa ollut enemmänkin ”hallintoystävällistä”, kuin oikeusturvapainottunutta. Pidän tätä tulkintaa täysin

Merkittävää on se, ettei hallintoa ja lainkäyttöä katsottu voitavan yhdistää samaan orgaaniin. Oikeusturva-argumentein nojautuen ne katsottiin luonteeltaan niin erilaisiksi, että erottelusta aiheutuva institutionaalinen järjestely oli luonnollisempi. Usko oikeusharkinnan puolueettomuuteen (ja näin siis sen ei-poliittisuuteen) näkyy siinä, että KHOL:n mukaan ratkaisuvallasta ratkaistavan asian luonteen suhteen kuuluu juuri KHO:lle itselleen.⁶⁸⁷ Valta päättää siitä, mikä on *oikeuskysymys* ja mikä taas *tarkoituksenmukaisuuskysymys* annettiin tuomiovaltal- le. Se, että ylipäänsä valitaan jokin tietty tapa yhdistää näitä erilaisia elementtejä, on riippuvainen oikeusajattelusta ja oikeuskulttuurista eli toisin sanoen myös keskeisistä rajanvedoista oikeuden ja politiikan välillä; käytännössä riippuvainen siis vallanjako-opin sovelluksesta, siitä mitä sen *halutaan* nähdä sääntelyjärjes- telmältä vaativan.

4.1.2.2 Huomioita hallinto-oikeuden doktriinista

Hallinto-oikeustieteessä institutionaalista ratkaisua myötäilee oppi viranomaisen harkintavallan kahtiajaosta (sidottu vs. vapaa). Oppi ei tietenkään yksi yhteen heijasta institutionaalista jaottelua, koska se sallii (ja velvoittaa) hallinnolle myös oikeusharkintaa. Aiemmassa doktriinissa on oikeusharkinnalla katsottu voitavan päätyä yhteen ainoaan oikeaan ratkaisuun, jonka sisältö on rakennetta- vissa sovellettavia säännöksiä noudattamalla. Tarkoituksenmukaisuusharkinnas- sa on taas katsottu voitavan päätyä useampaankin oikeaan ja lainmukaiseen lop- putulokseen. Tarkoituksenmukaisuutta on edustanut nimenomaan se, että pää- töksentekijän on nähty voivan päätyä julkisen edun kannalta tarkoituksenmukai- simpaan ratkaisuun, kunhan ratkaisua tehtäessä on pitäydytty harkintavallan ra- joissa.

Jakoa on perusteltu KHOL:n 5 §:n säännöksellä, joka ei kuitenkaan välttämät- tä edellytä näin syvälle ulottuvaa erottelua. Säännös koskee nimenomaisesti vain KHO:n ja VN:n välistä toimivallanjakoa. Nykyisessä hallinto-oikeustieteessä on muutoinkin katsottu, että vapaan ja sidotun harkinnan selvärajainen erottaminen

mahdollisena, mikäli asiaa tarkastellaan siten, ettei painoteta oikeuden kulttuurisia ja pinnanalaisia normatiivisia ulottuvuuksia, vaan arvioidaan asiaa pitäen silmällä erityisesti oikeuskäytäntöä ja lainsäädäntöä.

⁶⁸⁷ Hakkila (1939: 830) kommentoi ao. säännöstä seuraavasti ja kiteyttää syntyneen ratkaisun doktriinin muotoon puettuna: ”Erehdysten ja toimivaltariitojen välttämiseksi on sen tähden säädet- ty, että yleensä kaikki hallinto-oikeudelliset valitusasiat...menevät korkeimpaan hallinto-oikeu- teen, joka itse määrittelee toimivaltansa rajat.” Nykyjärjestelmässä hallintovalitus voidaan tehdä HLL:n mukaan sekä laillisuus että tarkoituksenmukaisuusperustein, mutta KHO päättää siitä, siirretäänkö asia ratkaistavaksi valtioneuvostossa. Jos asiassa on mukana molemmat ulottuvuudet, niin KHO antaa asiasta lausunnon, joka on luonteeltaan lopullinen. Ks. myös Tarukannel & Juka- rainen 1999: 61.

on vaikeaa.⁶⁸⁸ Vaikka nykydoktriini onkin hylännyt tiukan erottelun, niin sen olemassaolo on tietynlainen *leimallinen syväjuonne oikeuskulttuurissamme*. Se irtoaa sääntelyn positiivisesta pintatasosta ja kuvastaa samalla yhtä järjestelmämme ominaispiirrettä, fundamenttia. Se on yksi julkisoikeuden perinteisistä rajanvedoista, joilla julkisen vallan eri lohkoja on haluttu erotella toisistaan perustavaa laatua oleviksi koettujen erojen perusteella.⁶⁸⁹ Tässä mielessä hallinto-oikeus on todella konkretisoitua valtiosääntöoikeutta – se muuntaa valtiosääntöisen oppirakennelman vallanjaosta omiin funktioihinsa ja yhteiskunnallisiin käytötarkoituksiinsa sopivaksi.

KHOL 5 §:n varaan rakentuvan doktriinikehittelyn päävastuu on yleensä liitetty Merikoskeen. Hänen sanotaan 1950-luvulla kehittäneen paradigmaattista perusteoriaa Manner-Euroopan esikuvien pohjalta.⁶⁹⁰ Merikosken ajattelussa korostuikin ajatus siitä, että hallintotoiminnan ja hallintolainkäytön välillä oli keskeinen hallinto-oikeudelle oikeudenalana. Ideana oli, että hallinto nähtiin luonteeltaan poliittiseksi ja tarkoituksenmukaisuuteen tähtääväksi; siinä toteutettiin hallinnon omia poliittislähtöisiä tarkoituksia. Hallintolainkäyttö taas oli laadultaan jotain muuta; siinä annettiin oikeussuojaa.⁶⁹¹ Poliitiikka ja oikeus *tuli siis nähdä* vallanjako-opin vaatimalla tavalla erilaisina ja siksi toisistaan erotettavina.⁶⁹² Tässä kohden ilmiö näkyy sellaisena kuin johdantoluvussa sitä kuvattiin eli mallivaltana tai apriorisena oikeuden fundamentaalisenä kielioppina – kyse on ajattelutavan esinormatiivista edellytyksistä.

Suomessa on kuitenkin vähintään jo 1960-luvulta lähtien korostettu, että harkintamuotojen välinen ero on suhteellinen siten, että niiden välillä on pikemmin aste-ero kuin varsinainen muodollinen ero. Tämä näkyy esimerkiksi vahventuneena lainvalvontatoimintana (ks. tark. luku 4.3). On ikään kuin jouduttu myöntämään, ettei tiukka erottelu aina käytännössä oikein toimi. Erityisesti perus- ja ihmisoikeusorientoitunut valvonta on sellaista, ettei sitä ole helppo istuttaa tiukoihin vallanjaon raameihin. Teoreettisen erittelyn kannalta harkintamuotoja ei

⁶⁸⁸ Mäenpää 1997: 319–320.

⁶⁸⁹ Hallintolainkäytön kehitymisestä 1950- ja 1960-luvuilla ks. tark. esim. Halila 2000: 59–77.

⁶⁹⁰ Merikoski 1958: 1–3. Nykyaikaisessakin julkisoikeudessa tunnistetaan tämä perusrajanveto. Esim. *Kirsi Kuusikko* (2000: 45) kirjoittaa seuraavasti: ”Julkisoikeuden oikeudellisen luonteen korostamista on pidetty tärkeänä juuri siksi, että on haluttu pitää yllä rajaa politiikkaan.”

⁶⁹¹ Ks. myös Jyränki 2002: 704–706. Jyränki tuo esiin myös sen, ettei Merikosken konstruktio perustunut käytäntöön, vaan pikemminkin niin, että Merikoski halusi teorianmuodostuksen ohjaavan käytäntöä. (Tämä muuten viittaa juuri siihen, mihin tässä kirjassa on viitattu fundamentaalisen kieliopin ja mallivallan käsitteillä.)

⁶⁹² Taustalla on näkemys siitä, mitkä tekijät ylipäänsä vaikuttavat siihen, että tiettyjä ulkomaisia vaikutteita omaksutaan ja tiettyjä taas ei. *Heikki Ylikangas* (1983: 220) kiteyttää osuvasti: ”Oikeudelliset muutokset eivät leviä maasta toiseen kuin kulkutauti tai muotivirtaukset, vaan niiden eteneminen edellyttää, että jokin ryhmä tai jotkin ryhmät yhteiskunnassa nimenomaan haluavat tämän suuntaisia muutoksia ja pystyvät ne toteuttamaan.”

siis jyrkästi eroteta toisistaan, samalla kun katsotaan, ettei KHOL:n 5 §:stä voida johtaa ehdotonta erottelua. Tällaisen uudemman hallintoharkintaparadigman mukaan kuuluu erikseen korostaa sitä, ettei tarkoituksenmukaisuusharkinta ole nk. vapaata harkintaa, vaan se(kin) kuuluu monin tavoin oikeudellisen kontrollin piiriin.⁶⁹³

Uudemmassa teoriassa on jo hyväksytty pitkään joustava näkemys, jonka mukaan erityistä periaatteellista eroa hallinnon ja lainkäytön kesken ei ole olemassa. Vallanjako-oppi on kylläkin *empiirisesti* muuttunut siten, että lainsoveltajien asema on korostunut lainsäätäjän kustannuksella. Tuomioistuinelaitos ja hallintokoneisto olivatkin murtautuneet ulos jo aikapäiviä ennen vuoden 1995 perusoikeusuudistusta valtiovallan kolmijako-opin mukaisista rajanvedoista. Tämä on ollut pitkälti seurausta sääntelyssä tapahtuneista muutoksista, joiden seurauksena oikeuslähteiden etusijajärjestys on muuttunut suhteellisemmaksi. Myös sillä, etteivät tuomioistuimet ja hallintoviranomaiset nojaa vain lainsäätäjän tahtoon, on ollut merkitystä perinteisen rajanvedon tosiasialliselle murtumiselle.⁶⁹⁴ Joustava perusoikeusargumentaatio ja PeL:n 106 § ovat osaltaan tekijöitä, jotka edesauttavat näiden rajanvetojen lisämurtumista.

Tähän kehityskulkuun tuli kuitenkin 1990-luvulla merkittäviä muutoksia eräänlaisen hierarkkisen uudelleenjuridisoimisen merkeissä, kun ihmis- ja perusoikeusajattelu nousivat aiempaa korostuneeseen asemaan.⁶⁹⁵ Poliitiikan ja hallinnollisen tarkoituksenmukaisuuden saaminen juridiikan suhteen tehokkaampaan alistussuhteeseen kuului luonnollisena osana TSS-oikeuksien konstitutiotalisointi ja ajatus perusoikeuksien suorasta sovellettavuudesta. Tämä voidaan nähdä haluna vetää oikeuden ja politiikan raja uudestaan ja tiukentaa sitä joustavaa tilannetta, joka 1990-luvun alkuun mennessä oli syntynyt, kun juridiikka oli oikeastaan menettämässä jo otettaan hallinnon ja politiikan määrittäjänä; sekä lainsäätäjän että hallintokoneiston käyttämä ”vapaa harkinta” haluttiin pyrkiä sitomaan tehokkaammin juridiisiin puitteisiin perus- ja ihmisoikeuksien avulla. Tästä näkökulmasta käsin perusoikeusdiskurssin vahvistumista voidaan pitää *oikeudellistumisen* eräänä uutena väylänä.⁶⁹⁶

Hallinto-oikeustieteessä edustetaan kantaa, jonka mukaan nimenomaan hallinto-oikeuden yleiset periaatteet ohjaavat sisällöllisesti hallintoharkintaa eli ra-

⁶⁹³ Laakso 1990: 190–202.

⁶⁹⁴ Ks. Laakso 1990: 185.

⁶⁹⁵ Esim. Halila (2000: 156) arvioi, että hallintolainkäyttöön ulottuva ihmis- ja perusoikeuksien vaikutus osaltaan *oikeudellisesti* oikeusturvaa hallinnossa koskevia käsityksiämme. Tässä yhteydessä on syytä korostaa sitä, että on hyvä todellakin puhua ihmis- ja perusoikeuksien yhteisvaikutuksesta, koska kyse on sääntelykokonaisuudesta. Esim. KHO:n tapauksessa 2002: 91 (esittelijän ja tuomarin esteellisyys) ENIOS:n 6 artiklan (ja eräiden muidenkin) ja PeL 21 §:n katsottiin muodostavan sääntelykokonaisuuden, jonka pohjalta asiaa arvioitiin oikeudellisesti.

⁶⁹⁶ Ks. myös Jyräki 1986: 5–6.

jaavat sitä. Kun tällaisia periaatteita rikotaan, niin samalla syyllistytään harkintavallan väärinkäyttöön.⁶⁹⁷ Toinen tapa rikkoa harkintavaltaa ohjaavat periaatteet on ylittää harkintavallan rajat. Molemmat em. mainitut tavat harkintavallan rikkomiseen ovat löydettävissä myös ranskalaisesta hallinto-oikeudesta.⁶⁹⁸ Puuttumatta syvällisemmin doktriinin sisältöön ja kehitysvaiheisiin, ei ole vaikeaa nähdä ajattelun teoreettista perusjuonetta ja -problematiikkaa. Jos hallintoharkinta ja laillisuusharkinta nähdään oikeuskulttuurisella tasolla toisistaan periaatteellisesti eroaviksi, niin tällöin tulee nimenomaan oikeusturvan kannalta pulmalliseksi se, että olisi olemassa jokin normeeraamaton ja sidotun harkinnan ulkopuolella oleva alue. Schmittin ajattelutavan mukainen oikeuden ja politiikan normatiivinen yhteensulautuminen on tästä perspektiivistä syvällisesti virheellinen ajatus.

Doktriinissa painotetaankin sitä, että hallinnossa tehtyjä päätöksiä tulee voida ulkopuolisen puolueettoman tahon toimesta oikaista, jolloin hallintolainkäytön ydinfunktio on oikeusturvan antaminen lainmukaiseen ratkaisuun pääsemiseksi.⁶⁹⁹ HLL:a pyrittiin – LOL:n ja KHOL:n eräänlaisena jatkeena – siihen, että valitukset saataisiin siirrettyä hallintoviranomaisten toimivallasta hallintolainkäyttöelinten piiriin. Samalla tavoin haluttiin korostaa KHO:n roolia toisen asteen muutoksenhakutuomioistuimena, vaikka HLL 7.1 §:n mukaan valtioneuvoston ja ministeriöiden päätöksistä saadaankin edelleen valittaa suoraan KHO:een. Valitusperusteena tulee olla lainvastaisuus, ei tarkoituksenmukaisuus.⁷⁰⁰

Vanha doktriini oli pakko osin murtaa modernissa hallinto-oikeudessa, jotta vapaa harkinta saataisiin oikeudellisten rajoitteiden piiriin. Se seikka, että KHOL 2 §:n mukaan KHO:n tuomareiksi vaaditaan taitoa tai kokemusta tuomarin- tai *hallintotoimissa*, ei muuta institutionaalisen ratkaisutapamme perusideaa miksikään; oikeus ja hallintoasiat on pidettävä erillään (myös institutionaalisesti, ei vain toiminnallisesti), jottei oikeusturva vaarannu. Jos eri harkintamuotojen välillä tapahtuu liikettä, sen täytyy olla, ollakseen – mallivallan edellytysten kannalta – hyväksyttävää, sellaista, että seurauksena on laillisuusharkinnan suurempi käyttöala tarkoituksenmukaisuuden alan vastaavasti kaventuessa. Tähän tilannetta koskevaan perusarvioon ei juuri vaikuta se, että meilläkin on edelleen eräitä lautakuntatyyppejä elimiä, jotka eivät puhtaasti muodollisesti ole riippu-

⁶⁹⁷ Kulla 1999: 35.

⁶⁹⁸ Läheisemmin suomalaista perusajatusta (nk. duaalimalli) vaikuttaa muistuttavan Saksa, jossa erottelu lakisidonnaiseen ja harkintavaltaiseen päätöksentekoon on eurooppalaisittain kaikkein selvärajaisin. Ks. Schwarze et al. 1999: 103–105.

⁶⁹⁹ Ks. myös Suviranta 2002: 914–915.

⁷⁰⁰ Ks. Tarukannel & Jukarainen 1999: 94–95.

mattomia tuomioistuimia.⁷⁰¹ Perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen kasvu voidaan nähdä osana, oikeusideologisesta legalismista ponnistavaa, oikeudellistumisprosessia. Siirtymä HVall:sta HLL:in on mitä ilmeisimmin vahvistanut tätä yleistä kehityssuuntaa.⁷⁰²

Paradigmaattisen perusjuonteemme yksi merkittävä seuraus on hallintotoiminnan ja tuota toimintaa jälkikäteen arvioivan lainkäyttökoneiston periaatteellisen eroavaisuus. Kiintoisaa kuitenkin on, että Ranskan Conseilin menestyksellisyys ja elinvoimaisuuden takana on arveltu olleen (ja olevan) sen, että se on säilyttänyt läheiset yhteydet viranomaisten hallintotoiminnan ja yleensäkin hallinnon käytännön kysymyksiin. Eli se, että se ei oikeastaan noudattanut muualla Euroopassa omaksuttua tiukempaa erottelua; se ei ole hyväksynyt muiden edellyttämää ymmärrystä mallivallan edellytyksistä. Osittain Suomen ja Ranskan ratkaisuissa on samanlaisia piirteitä (aineellisesti), mutta erilaisista järjestelmien peruspremisistä sekä historiallisista kokemuksista johtuen omaksutut institutionaaliset järjestelyt ovat erilaisia, vaikka kyse onkin reagoimisesta samaan käsitteelliseen vallanjakoiseen peruserotteluun oikeus vs. politiikka ja siitä johdettuun lainkäyttö vs. hallinto-distinktion.⁷⁰³ Kyse on erilaisista sovelluksista nimenomaan sen suhteen, mitä vallanjako-opin ajatellaan normatiivisesti edellyttävän, minkälaisia fundamentaalisia ideoita legitiimin valtiorakennelman pohjalla *halutaan* nähdä olevan.

4.1.3 Hallinto ja oikeus Ranskassa

4.1.3.1 Konteksti – Ranskan oikeusjärjestys

Ranskan oikeus kuuluu roomanis-germaaniseen oikeusperheeseen, jonka ydinpiirteisiin kuuluvat mm. säännösten abstraktisuus, kirjoitetun oikeuden etusija, oikeuden formaalinen luonne ja jakautuminen julkis- ja yksityisoikeuteen.⁷⁰⁴ Erona suomalaisen ja ranskalaisen oikeuskulttuurin välillä on kuitenkin se, että meillä ei tunneta – kuten ei Pohjoismaissa yleensäkaan – laajoja kodifikaatioita.

⁷⁰¹ Esim. voidaan mainita virkamieslautakunta, joka toimii valtiovarainministeriön yhteydessä. Lautakunnan tehtävien siirtoa on jo tosin vuosia suunniteltu siirrettäväksi hallinto-oikeuksiin. Ks. Koskinen & Kulla 2001: 228. Muista vastaavatyypisistä elimistä mainittakoon esim. sosiaalivaikutuslautakunnat ja tarkastuslautakunta sekä vakuutus-oikeus. Näistä ks. Tuori 2000b: 351–353.

⁷⁰² Kehityksellä on ollut myös empiirisen tason seurauksia. Hallintolainkäyttö on tänään paljon monimuotoisempaa ja ratkaistavat asiat moninaisempia kuin vielä 1980-luvulla. Vrt. Aer 2003: 9.

⁷⁰³ Tämä pitää paikkansa erityisesti oikeusturvakeinin eli hallintovalituksen suhteen. Sen sijaan kunnallisvalituksen kohdalla tämä ei ole ihan yhtä kristallinkirkasta. KuntaL:n 90.2 § kun tuo mukanaan tietyn demokraattisen tai kansanvaltaisen oikeusvalvonnan elementin yksilöön sidotun oikeusturvafunktion rinnalle.

⁷⁰⁴ Husa 1998a: 147–149. Ranskalaisen oikeuden rakenteesta ja lähteistä ks. myös Mattila 2002: 374–376 ja Bogdan 2003: 147–161.

Tosin heti perään on syytä huomauttaa siitä, että Ranskassa ei hallinto- ja valtiosääntöoikeudessa ole myöskään mittavia kodifikaatioita. Erityisen selvästi tämä piirre leimaa hallinto-oikeutta.⁷⁰⁵ Jos Ranskan oikeus ryhmiteltäisiin vain hallinto-oikeutta silmällä pitäen, niin sen sijoittaminen romaanis-germaanisen säädännäisöoikeuteen perustuvan oikeuskulttuurin piiriin ei olisi mikään selviö.⁷⁰⁶ Ranskan hallinto-oikeudessa on monia sellaisia tyyppiominaisuuksia (heikko kodifointiaste, tuomioistuinkäytännön suuri merkitys normien luomisessa), joiden perusteella sen voidaan sanoa olevan lähellä common law -tyyppistä case law -ajattelua.⁷⁰⁷ Erityisesti ylimmän hallintolainkäyttöelimen ratkaisukäytännöllä on pitkään ollut varsin samankaltainen asema kuin ennakkoratkaisuja antavilla tuomioistuimilla on perinteisesti ollut common law'n piirissä.⁷⁰⁸ EU:n puitteissa tapahtunut oikeuskehitys on tosin hälventänyt eroja, ja valtiosääntöistyminen EU:ssa vahvistaa tätä kehitystä entisestään.

Suomessa hallinto-oikeus on tiiviimmin säädelty positiivisessa oikeudessa kuin Ranskassa, vaikkei meillä olekaan mitään laajaa kodifikaatiota tällä alueella, vaan useita erillisiä lakeja, joista tärkeimpiä ovat HLL ja HallintoL (31.12.2003 saakka HMenL). Lähtökohtaisesti yksi merkittävimpiä huomioita lienee, että Ranskassa(kaan) ei tuomioistuimille ole tunnustettu mitään erityistä kompetenssia luoda oikeutta, vaikka onkin kiistatonta, että Conseil on tehnyt juuri näin de facto jo yli sadan vuoden ajan.⁷⁰⁹ Suomessa suhtautuminen tuomioistuinten mahdollisuuksiin luoda oikeutta on ollut varovaisempaa kaikilla lainkäytön lohkoilla, vaikka 1990-luvun uudistukset ja perusoikeusmyönteinen lainoppi ovat vieneet kehitystä toisenlaiseen suuntaan.

Ranskan oikeudessa kehityksen on sanottu jähmettyneen 1800-luvulla laajojen kodifointitoimien seurauksena, jotka eivät tosin kohdistuneet suoraan hallinto-oikeuteen. Hallinto-oikeudellinen normisto on syntynyt hyvin eri tavalla; 1800-luvun kuluessa syntyi varsinaisesti Ranskan hallinto-oikeus ja se tapahtui nimenomaan Conseilin oikeuskäytännön seurauksena.⁷¹⁰ Hallinto-oikeuden määrittely sekä Suomessa että Ranskassa on hyvin samankaltainen, sillä molemmissa maissa hallinto-oikeus kuuluu siihen osaan julkisoikeutta, jonka tehtävänä on säädel-

⁷⁰⁵ Rivero & Waline 1998: 28–29.

⁷⁰⁶ Ks. myös Zweigert & Kötz 1998: 65.

⁷⁰⁷ van Hoecke & Warrington (1998: 515–516) puhuvat yhden oikeuskulttuurin sisäisen alakulttuurin mahdollisuudesta. Esimerkkinä he viittaavat belgialaiseen ja ranskalaiseen hallinto-oikeuteen, koska tällä alalla tuomioistuintenkulttuuri poikkeaa niin selvästi yleisten tuomioistuinten kulttuurista.

⁷⁰⁸ Ranskan oikeuslaitoksesta yleensä ks. Mattila 2002: 377–378.

⁷⁰⁹ Ks. myös Rivero & Waline 1998: 72.

⁷¹⁰ Suomalaisessa hallinto-oikeustieteessä näitä tapahtumia on käsitelty ennen kaikkea Kulla (1980: 51–83).

lä hallintoa.⁷¹¹ Määritelmän sisältöä ei ole suomalaisenkaan vaikeaa tunnistaa, koska se sisältää meille tuttuja perusominaisuuksia: Kyse on oikeussääntöjen kokonaisuudesta, joka on erillinen yksityisoikeudesta, ja jonka tehtävänä on säädellä julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden toimintaa.

4.1.3.2 Syntytaustasta

Ennen 1700-luvun lopun vallankumousaikaa olivat maakuntien ylioikeudet eli nk. parlamentit (*parlements*) puuttuneet hallintoa koskeviin kysymyksiin, käsitellessään myös hallintoon liittyviä riita-asioita, ja samalla jarruttaneet hallinnon kehittämisyrityksiä. Taustalla oli pyrkimys suojata aateliston privilegioita (esim. säätyerioikeudet ja verorasituksen epätasaisuus), kuninkaan johtaman hallintokoneiston alullepanemilta uudistuksilta. Kyse oli juuri vallankumouksen siemenistä; vanhan vallan ja nousevan porvariluokan välisestä valtataistelusta, joka oli vallankumouksen käyntiaine. Eräs vallankumouksessa kiteytyneistä ideoista oli koettaa ehkäistä tällaista tuomioistuinten puuttumista hallintotoimintaan. Hallinto ja oikeusasiat haluttiin erottaa toisistaan sekä näin estää tavallisten tuomareiden puuttuminen hallinnon toimintaan. Tästä johtui myös se, että hallintoon liittyvät oikeusturvakysymykset katsottiin asialliseksi ratkaista hallinnon sisäisesti. Tähän tehtävään tarvittiin kuitenkin uudenlaista instituutiota, jollaiseksi Conseil d'Etat perustettiin. Tällä uudella elimellä tuli sittemmin olemaan keskeinen merkitys, kun Ranskaan muotoiltiin praksiksen kautta hallinto-oikeuden sääntelykokonaisuutta.⁷¹²

Ranskassa omaksutun institutionaalisen ratkaisun pontimena oli nimenomaisesti *ancien régime*n aikaisten yleisten korkeiden tuomioistuinten toiminta, jolla estettiin 1700-luvun loppupuolen kipeästi kaivattuja hallinnollisia uudistuksia.⁷¹³

⁷¹¹ Rivero & Waline 1998: 11. Ranskalaisessa perusteoksessa hallinto-oikeus määritellään seuraavasti: "Le droit administratif est ensemble des règles juridiques distinctes de celles du droit privé qui régissent l'active administrative des personnes publiques." Rivero & Waline 1998: 20.

⁷¹² Kulla 1980: 51–66; Jyräki 1989: 142–143; Mattila 1998d: 723.

⁷¹³ Jyräki (1989: 164–165, 169) tekee selkoa parlamenttien taantumuksellisesta roolista. 1700-luvun lopulla nämä olivat privilegioiden ylläpitämistarkoituksessa pyrkineet minimoimaan monarkin antaman uuden lainsäädännön. Vallankumouksessa haluttiin ratkaista ongelma Montesquieun hengessä eli hallintoon sekaantuneet parlamentit ja hallinto oli pidettävä toisistaan erillään. Conseil oli tarpeellinen uusi instrumentti, jonka avulla ajateltiin voitavan varmistaa tämä erillisuus. Sen tarkoitus oli toimia neuvoa-antavana elimenä hallintoriita-asioissa ja toimivaltariita-asioissa, jotka maan poliittinen hallitus sitten lopulta ratkaisisi. Jyräkin käsittely osoittaa myös sen, kuinka syvällä valtiosääntöoikeuden yleisissä opeissa (erit. vallanjako) erottelu laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan välillä on. Harkintavallan käyttöä koskevaa oppirakennelmaa ei voidakaan tarkastella irti valtiosääntöoikeudellisista perusratkaisuista. (Ks. myös Kulla 1980: 57). Hallintoharkintaa ohjaavat monet kansalliset järjestelmät perustuvat EU-maissa valtiosääntöihin ja niissä omaksuttuihin vallanjakoratkaisuihin (vrt. Schwarze et al. 1999: 113). Ranskan kohdalla voidaan kuitenkin huomauttaa siitä, että sikäläinen tapa tulkita vallanjakoa on erikoinen; siinä korostuu nimenomaan se, että tuomiovallan ei ole haluttu ulottuvan hallintoon (Rivero & Waline 1998: 19).

Erityisesti Pariisin parlamentti vastusti ponnekkaasti reformeja ja tuli täyttä kautta edistäneeksi itse asiassa myös vallankumouskehitystä⁷¹⁴. *Robert Launay* kirjoittaa: ”Not surprisingly, their opposition to the monarchy tended to coincide with any measures that might be construct as an attack upon their privileges.”⁷¹⁵ Vallankumouksen jälkeen tehdyn institutionaalisen ratkaisun koettiin toimivan vuonna 1873 niin hyvin, että yleisiä tuomioistuimia kiellettiin nimenomaisella säädöksellä puuttumasta hallintolainkäytön piiriin kuuluviin asioihin.⁷¹⁶ Epäluottamus ”tuomarien hallintoon” (*gouvernement des juges*) oli oikeuskulttuuri-
sesti arvioiden ancien regimén keskeisimpiä historiallisia kokemuksia.⁷¹⁷ Yleinen julkisoikeudellinen asioiden *hahmottamistapa* kytkeytyi siis varsin vahvasti vallanjako-ajatteluun.⁷¹⁸ Historiallisesti on kiintoisaa huomata parlamenttien tavallaan ennakoineen tulevaa judicial review -kehitystä, koska ne puolustivat tuomareiden riippumattomuutta kuninkaan alaisesta keskushallinnosta. Ne nimenomaan vaativat oikeutta tutkia kuninkaan antamien säädösten oikeellisuutta suhteessa privilegiojärjestelmään.⁷¹⁹

Historiallisista lähtökohdista käsin on varsin ymmärrettävää, että hallinnon oikeudellinen valvonta (ylimmällä tasolla) on Ranskassa luovutettu virkamiehistä koostuvalle elimelle, joka ei ole puhtaasti tuomioistuin, muttei puhtaasti hallinnollinenkaan elin.⁷²⁰ Conseilista on (osin) kuitenkin nykyään tullut tuomioistuin de facto, vaikka sen alkuperäinen tarkoitus olikin toimia lähinnä neuvoa-antavana elimenä, jossa olisi edustettuna – järjestelmän alkuunpanijoiden mielestä – korkein mahdollinen professionaalinen tietämys hallintoa koskien.⁷²¹ Suhteessa muihin mannereurooppalaisiin vallanjaon sovelluksiin ranskalainen malli poikkeaaakin eniten juuri hallintolainkäytön kohdalla. Tästä huolimatta ei

⁷¹⁴ van Caenegem 1995: 101–102. *Parlement de Paris* oli jo 1300-luvulla perustettu merkittäväksi kansalliseksi tuomioistuimeksi. Kuningasajan ylioikeuksien yleisestä asemasta ks. David 1982: 55 ja 58–59. Kahdentoista ylioikeuden joukossa sitä saatettiin pitää de facto johtavana. Kokonsakin puolesta se oli suurin.

⁷¹⁵ Ks. Launay 2001: 25.

⁷¹⁶ Jo vuoden 1790 laissa oli mukana säännös, jonka mukaan ”Les fonctions judiciaires sont demeuront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.”

⁷¹⁷ Vrt. Glenn 2000: 134.

⁷¹⁸ Ks. tark. Kulla 1980: 54–58. Samalla tapaa myös v. 1789 ihmisoikeusjulistus voidaan nähdä reaktiivisena: se oli protesti monarkian ja aristokratian väärinkäytöksille, *ancien regimén* vähemmistöprivilegiot haluttiin tuomita ja estää niiden palauttaminen. Ks. Jyränki 2001a: 15.

⁷¹⁹ Vrt. Brunner 1992: 117–119.

⁷²⁰ Ks. myös Brown & Bell 1998: 24–27.

⁷²¹ Kulla (1980: 63) kirjoittaa Conseilin alkuvuosien taipaleesta: ”lainkäyttöasioiden käsittely ei eronnut vuoden 1799 säännösten mukaan valtioneuvoston (siis Conseilin, J. H.) muusta toiminnasta, joten erottelu hallintolainkäyttö- ja hallintopäätösten välillä ei ollut mahdollista muodollisin perustein.”

voida sanoa, ettei ranskalainen vallanjako-opin sovellus olisi yhtä lailla ”aito” kuin meikäläinenkin; Conseilin asema ja rooli nähdään siellä nimenomaan vallanjaon näkökulmasta.⁷²² Fundamentaalisien kielioipin ainesosat ovat samat kuin meillä, mutta erilaisin painotuksin ja niistä syntyvin konstruktioin.

4.1.3.3 Muuttuminen hallintolainkäyttöelimeksi

Conseil perustettiin vuoden 1799 perustuslaissa lähinnä Napoleonin vaikutuksesta, joka halusi – toimiessaan ensimmäisenä konsulina – uudistaa koko valtakunnan hallinnon ja lainsäädännön.⁷²³ Hän näki yksilöiden tekemät hallintovalitukset tärkeinä informaationlähteinä rationaalisesti järjestetyn hallintokoneiston muokkaamisessa. Napoleon myös tarvitsi asiantuntija-apua hallinnollisesti kasvavan valtion lainvalmistelutoimintaa varten. Näitä mainittuja tarpeita varten Conseil perustettiin. Alun perin sen roolina oli yleisesti ratkoa niitä vaikeuksia, joita uudelleenorganisoidun hallintotoiminnan yhteydessä saattoi syntyä. Napoleonin sanotaan yrittäneen etsiä tällä tavoin toimivaa synteisiä ancien régime ja vallankumousten saavutusten välillä. Vasta tuleva kehitys 1800-luvun aikana johti siihen, että instituutiosta kehittyi tuomioistuimen tuntomerkit täyttävä hallintotuomioistuin.⁷²⁴

Aluksi Conseil ei ollut suoraan toimivaltainen käsittelemään hallintovalituksia. Ne piti ensin esitellä asianomaiselle ministerille (*ministre-juge*-doktriini) ja vasta ministerin päätöksestä voitiin valittaa. Jos ministeriö kieltäytyi käsittelemästä asiaa, niin valitustie oli auttamattomasti tukossa, kunnes vuonna 1889 *Cadot*-tapauksen yhteydessä vanha doktriini hylättiin.⁷²⁵ Samalla vuoden 1789 jälkeisiä valtiosääntöjä kuvaava ajattelu, jonka mukaan julkisen vallan käyttöä koskeissa tapauksissa ei ratkaisua voitu perustaa ”ankaraan oikeuteen”, kuten siviili- ja rikosjutuissa, alkoi hiljalleen muuntua hieman alkuperäisestä poikkeavaan muotoon. Näkemyksen taustalla oli julkisoikeuden alan rajanveto, jonka mukaan tuomioistuimille ei saanut jättää mahdollisuutta puuttua hallintotoimintaan kuuluvaan julkisen vallan käyttöön. Kovasti yksinkertaistaen voidaan prosessia kuvata siten, että hallinto-oikeuden alue alkoi oikeudellistua sekä laadullisesti että määrällisesti.⁷²⁶ Siirtymä kulki politiikan alueelta kohti oikeuden aluetta.

⁷²² Ks. tästä esim. Conseil Constitutionnelin ratkaisu vuodelta 1980 (Désicion n° 80–119 DC).

⁷²³ Artikla 52 Constitution du 22 frimaire an VII. Ks. esim. Zweigert & Kötz 1998: 80–84.

⁷²⁴ Vuodesta 1872 lähtien Conseilin ratkaisut on kirjoitettu muotoon *au nom du peuple français*. Tällöin Conseilin rooli hallintolainkäyttäjänä oli jo noussut asiantuntija- ja neuvonantajaroolien rinnalle. Brown & Bell 1998: 213; Rivero & Waline 1998: 139. Conseil osana tuomioistuinlaitoksen kokonaisuutta ks. myös Holmström 1998: 166–189.

⁷²⁵ Brown & Bell 1998: 46–48.

⁷²⁶ Kulla 1980: 82–83.

Conseil d'Etat'n kehityksen kannalta vuosi 1806 oli merkkipäivä, koska silloin sen sisälle muodostettiin erityinen elin, *Commission du Contentieux*. Sen vastuualueeksi tuli nimenomaisesti *oikeusala*, joka erotettiin toimintona Conseilin suoraan keskushallinnon toimintaa palvelevasta neuvonantajatoiminnasta osana lainvalmistelua ja muuta *hallintotoimintaa*. Vuonna 1831 Conseiliin perustettiin uutena virkana *Commissaire du gouvernement*, jonka alkuperäisenä tehtävänä oli edustaa ratkaistavissa lainkäyttöasioissa hallituksen näkökantaa. Käytännössä Commissaire omaksui nopeasti toisenlaisen roolin; hän alkoi edustaa pikemminkin hallinnon edusta irtautuvaa nk. yleistä etua (kaiketi erotukseksi *julkisesta* edusta). Seuraava huomattava uudistus tapahtui vasta vuonna 1953, kun Conseilin kapasiteetti osoittautui riittämättömäksi käsittelemään valtaisesti paisunutta jutturuuhkaa. Perustettiin alueellisia *hallintotuomioistuimia*, joille uskottiin ensi asteen muutoksenhaku eräissä juttukategorioissa. Alueelliset hallintotuomioistuimet korvasivat aiemmat selvemmin hallinnolliset elimet (*Conseils de Préfecture*), jotka oli perustettu jo vuonna 1800. Näillä eväillä pärjättiin aina vuoteen 1987, jolloin Conseilin jutturuuhka oli taas kasvanut kestävämmäksi ja oli tarpeen perustaa uudet alueelliset hallintoylioikeudet, joista muodostettiin toisen asteen muutoksenhakutuomioistuimia hallintoalioikeuksien ratkaisemissa asioissa.⁷²⁷ Hallintoylioikeudet perustettiin kokonaan uusina eliminä.⁷²⁸ Hallintolainkäytön organisaation muutoksen seurauksena Conseilista on tullut käytännössä *Cour suprême de l'ordre administratif*.⁷²⁹ Tämä tarkoittaa sitä, että se on paitsi ylin hallintolainkäyttöelin, niin sillä on myös aktiivinen rooli hallinnollisen järjestelmän kehittämisessä ja ylläpitämisessä. Se on siis edelleen, sfäärien erottamisen mielessä, yhtä aikaa politiikan ja oikeuden alueella.

Hallintoylioikeudet ja hallintoalioikeudet poikkeavat sekä muodollisesti että tosiasiallisesti Conseilista siten, että ne ovat eräissä suhteissa lähempänä yleisiä lainkäyttöelimiä. Niiden tuomareilla on muodollisesti riippumaton asema, jota hallintoon läheiset yhteydet omaavan Conseilin virkamiehillä – Conseilin jaostosta riippumatta – ei ole.⁷³⁰ Conseilin hallintotuomareina toimivilla virkamiehillä (*fonctionnaire*, ei *juge*⁷³¹) on määrätynlainen hallintovirkamieskoulutus ja usein käytännön kokemusta julkishallinnosta. Aito toiminnallinen yhteys erityisesti valtion keskushallintoon on monessa mielessä Conseilin yksi ydinominaisuus, joka muilta hallintolainkäyttöelimiltä puuttuu. Conseilia yli neljä vuosi-

⁷²⁷ KHO:ssa oli vuoden 1999 lopussa vireillä 4094 asiaa. Conseilin hallintolainkäyttöosastossa oli samaan aikaan vireillä 12 747 asiaa. (KHO:n vuosikertomus 1999: 13)

⁷²⁸ Dadomo & Farran 1996: 95–96; Brown & Bell 1998: 50–54.

⁷²⁹ Ks. Rivero & Waline 1998: 179–200.

⁷³⁰ Brown & Bell 1998: 56.

⁷³¹ *Fonctionnaire* tarkoittaa tässä nimenomaan valtion hierarkkisessa hallintokoneistossa työskentelevää virkamiestä, kun taas *juge* viittaa tuomioistuinlaitokseen organisoidun tuomioistuimen (*magistrat de l'ordre judiciaire*) tuomariin. Määritelmistä ks. Guillien & Vincent 1990: 237 ja 287.

kymmentä palvelut *conseiller Nicole Questiaux* katsoo, että yhteys hallintoon ja esimerkiksi lainvalmisteluun takaa Conseilille tietyn vakiintuneen roolin ja vaikutusmahdollisuuden säädösehdotusten lainmukaisuuteen eli jo ennen niiden voimaantuloa.⁷³² Juuri tässä on Ranskan mallin hankaluus suomalaisen doktriinin kannalta; conseillierit toimivat niin monessa roolissa, ettei ole selvää milloin he ovat hallinnon asialla ja milloin taas hallinnon oikeusturvan asialla.⁷³³ Milloin ollaan kolmijaon mukaisen toimeenpanon, ja milloin taas tuomiovallan käytön alueella. Poliittikka/oikeus-ajanvedolle tällainen asetelma on tietenkin ongelmallinen – se ei asetu meille tutumman fundamentaalisen kieliopin mukaiseen järjestykseen. Ihan outo tällainen asetelma ei meilläkään kuitenkaan ole, koska oikeuskansleri-instituutioon liittyy samankaltaisia piirteitä tämän osallistuessa hallituksen esitysten lainmukaisuuden ennakkotarkastukseen (PeL 108.2 §) ja toisaalta taas toimiessa saman elimen riippumattomana laillisuusvalvojana (112.1 §).

4.1.3.4 Konsultaatiota ja lainkäyttöä

Moderneina syinä Conseilin menestyksellisyyteen on pidetty sen henkilöstön kokoonpanoa, organisaatiota, rekrytointia ja koulutusta sekä sen dualiluonnetta hallinnon ja oikeuden välimaastossa. Conseilin jäsenet kuuluvat Ranskan julkishallinnon korkeimpaan eliittiin, jonka ytimen Conseilin varsinainen jäsenistö (n. 300 kpl) muodostaa. Näistä noin 300 virkamiehestä noin 100 on jatkuvasti virkavapaalla (*en disponibilité*) ja korkeissa tehtävissä hallinnon eri lohkoilla sekä osin myös yksityisellä sektorilla. Järjestelyt takaavat ainakin yhden tavoitteistaan; yhteys hallinnon käytäntöön on mahdollista säilyttää tällä tavoin. Toisaalta tällaisten virkamiesten riippumattomuus – kun he toimivat tuomareina – voi herättää monia epäilyksiä, joiden syntyä alustaa ei vallanjako-opin läpikäymässä systeemi-ilmastossa tarvitse juuri ihmetellä. Julkisoikeuden normatiivisen (ei-ranskalaisen) kieliopin kannalta kyse on virheestä, ei pelkästä tyylikkeestä.

Osa Conseilin virkamiehistä toimii hallintolainkäyttöä hoitavassa osastossa, mutta on huomattava, että suuri osa virkamiehistöstä toimii virkapaikkaa välillä kierrättäen kaikilla osastoilla, joten Conseilin virkamiehet eivät voi yksistään toimia esim. pelkkinä hallintotuomareina. Vuorottelu- tai sekoitusperiaate (*le brassage*) on ollut käytössä vuodesta 1963 lähtien.⁷³⁴ Mainittakoon kuitenkin,

⁷³² Questiaux 2000.

⁷³³ Tämän voidaan havaita liittyvän siihen, ettei hallintoprosessia ylipäänsä kehitetty Ranskassa pitäen mallina siviiliprosessia, vaan kehitys eteni hallintoprosessin autonomisuuden suuntaan. Ks. Kulla 2003: 246–247.

⁷³⁴ Lukiessani Ranskan hallinto- ja valtiosääntöoikeutta koskevaa kirjallisuutta olen ollut huomauttavani, että useimmiten kirjoittajilla on taipumus antaa ymmärtää, että hallintolainkäyttöä hoitava osasto (*Section du Contentieux*) olisi jotenkin erillään muista Conseilin osastoista ja toiminnoista,

että Conseilin käyttämät ”ylimääräiset hallintoneuvokset” (*service extraordinaires*), joita Conseilissa myös on, eivät osallistu neljän vuoden määräaikaan lainkaan lainkäyttöosaston tehtäviin, joka muutoin vie noin puolet Conseilin henkilöstövoimasta.⁷³⁵ Ranskalaisessa järjestelmässä ei pidetä toivottavana, että kuukaan Conseilin vakinaisista virkamiehistä keskittyisi pelkästään lainkäyttöllisiin tai neuvoa-antaviin hallintotehtäviin.⁷³⁶ Tässä mielessä puhdaslinjaista vallanjako-oppia on aktiivisesti kartettu. Toki Suomen KHO:ssakin osa ylimääräisistä hallintoneuvoksista on hallinnosta tai yliopistoista eli vuorovaikutusta kyllä on, muttei samassa määrin eikä yhtä syvällisesti.

Ranskalaista ajattelua kuvastaa tuntuma siitä, että ylintä valtaa käyttävä hallinto-orgaani ei saisi joutua ”hallintoamatöörien” käsiin, jolloin olisi vaarana, että hallintokoneiston tarkoituksenmukaisuusrattaisiin työnnettäisiin tarpeettomia oikeudellisia kapuloita. Conseilin erityisosaaminen on varsin korostuneessa asemassa *gouvernement des juges* -tilan välttämisessä. Hallintotuomariensa haluttiin alun perin nimenomaan olevan osa hallintoa ja heidän haluttiin käyttävän samaa kieltä hallintokoneiston (= toimeenpanovallan, politiikan) kanssa.⁷³⁷ Tämä johtunee siitä, että ranskalaisessa julkisoikeudessa tunnettiin (ja tunnetaan) voimakasta epäluuloa tuomiovaltaa kohtaan, mikä heijastui muun muassa siinä, että hyvin pitkään järjestelmä torjui itsepintaisesti myös lakien perustuslainmukaisuuden kontrollin⁷³⁸, joka on valtiosääntöoikeuden alueella samanlainen fundamentaalirajanvetoyritys kuin hallinnon ja oikeuden erottaminen hallinto-oikeuden alueella. Tämä on yksi osoitus niiden kytkeytymisestä toisiinsa.

Jos edellä sanottua koettaa jotenkin tiivistää ja pukea yleisemmiksi havainnoiksi, niin henkilöstön ja hallinnon välisen yhteyden korostaminen ikään kuin ilmentää pyrkimystä lukea Conseil niiden orgaanien joukkoon, joiden viimekätisenä silmämääränä on sittenkin nk. julkinen etu; sfäärijaottelussa siis politiikka. Viimeksi mainittuun vaikuttaisi kuuluvan myös ajatus, jonka mukaan hallintoko-

ja että hallinnon neuvonanto- ja valmistelutehtävät kuuluisivat jotenkin erilliseen kategoriaan. Tämä korostus on ymmärrettävää, jos juridiikan harjoittajat haluavat hakea Conseilille lähintä vastinetta omista järjestelmistään nimenomaan tuomioistuinten piiristä. *Le brassage* -periaate kuitenkin aiheuttaa juuri sen, ettei Conseilia sittenkään voida pitää tavanomaisena tuomioistuimena. Lähtökohtana on edelleenkin hallintotoiminnan ja hallintolainkäytön pitäminen – ylimmällä tasolla – kiinni toisissaan. Vuorotteluperiaate ikään kuin varmistaa, ettei hallintolainkäyttö ylimmässä asteessa ole samanlaista kuin siviili- ja rikosasioissa. Toinen keskeinen menetelmä ”juridisen koteloitumisen” estämisessä on rekrytointijärjestelmä, joka miltei syrjäyttää perinteisen lakimieskoulutuksen (= riita- ja rikosasiapainotus) saaneet. On lopultakin vaikea sanoa, onko syynä sävyeroihin halu värittää esitettävää kuvaa, vai kirjoittajien oman ajattelun konteksti, joka pitää sisälleen tiettyjä normatiivisia fundamentaaliolettamia.

⁷³⁵ Brown & Bell 1998: 62–62, 80–84.

⁷³⁶ Rivero & Waline 1998: 191.

⁷³⁷ Galabert 2000: 703.

⁷³⁸ Ks. tark. Maus 1995: 114–142.

neiston toimivuuden ja kehittämisen vuoksi on tärkeää, että Conseilissa ylitetään yksilöiden oikeusturvan ja toisaalta hallinnon edun väliset periaatteelliset erot ja yritetään ikään kuin yhdistää ne mahdollisimman arvovaltaisella tavalla.⁷³⁹ Käytännön erot eivät ole kovin suuria meikäläiseen järjestelmään nähden, mutta ajattelun perusparadigmaattiset piirteet ovat mielestäni kuitenkin painotuksiltaan hyvin toisenlaisia. Ne edustavat toisenlaisia institutionaalisia ratkaisuja sen suhteen, miten järjestetään hallinnon ja lainkäytön välinen ero; miten sovelletaan vallanjakoperiaatetta. *Martin Shapiro* kirjoittaa osuvasti:

”While the form and often the substance are protection of individual legal rights against the state, the ultimate purpose is the improvement and autonomy of the administrative machinery of the state.”⁷⁴⁰

Valtiosääntöoikeudellisesti Conseilin virkamiehiltä (*fonctionnaires*) puuttuu alemmille hallintotuomareille kuuluva perustuslain suoja ja tuomareille kuuluva riippumattomuus muodollisessa mielessä. Voimassa olevan perustuslain 64 artikla takaa erottamattomuuden vain varsinaisille tuomioistuimille (*Les magistrats du siège sont inamovibles*), mutta käytännössä Conseilin virkamiehillä katsotaan olevan de facto tuomarin riippumattomuutta vastaava asema.⁷⁴¹ Hallintotuomarit rekrytoidaan suurimmaksi osaksi *Ecole Nationale de l'Administration* (ENA), joka on perustutkinnon jälkeistä ei-tutkintoon tähtäävää hallintokoulutusta antava eliittioppilaitos. Koulun parhain pistein suorittaneet ovat tähän asti saaneet itse valita työpaikkansa. Useimmiten juuri Conseilia pidetään kaikkein tavoitelluimpana virkapaikkana. Myös tilintarkastusyliuomioistuin *Cour des Comptes* on arvostettu virkapaikka, kun taas hallintoylioikeuksien ja hallintoalioikeuksien sekä alempien tilintarkastustuomioistuinten virkapaikat ovat vähemmän tavoiteltuja ENA:n kärkioppilaiden joukossa.⁷⁴²

ENA on yksi ranskalaisen korkeakoululaitoksen arvovaltaisimmista laitoksista, jonne on hyvin vaikea päästä opiskelemaan.⁷⁴³ Opiskelijat ovat jo perustut-

⁷³⁹ Shapiro 1981: 154.

⁷⁴⁰ Shapiro 1981: 154.

⁷⁴¹ Perustuslain artikkelit 38 ja 39 tuntevat Conseilin, mutta sitä koskevat maininnat liittyvät sen rooliin hallituksen neuvonantajana. Art. 38 edellyttää tietynlaisten alemman tason (*ordonnance*) lainsäädäntötoimien yhteydessä pakollisen konsultaation olemassaoloa (*Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat*). Myös ylemmän tason säädöstoimi (*loi*) vaatii vastaavanlaisen menettelyn (Art. 39 *Les projets de loi sont délibérés en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat*...). *Avis* tarkoittaa tässä perusteltua kirjallista (orgaanin nimesä esitettyä) ja virallista (ei-julkista) asiantuntijalausuntoa (ks. myös Guillien & Vincent 1990: 55).

⁷⁴² Dadomo & Farran 1996: 156.

⁷⁴³ Yleisten tuomioistuinten lakimieskoulutuksesta vastaava instituutio *Ecole Nationale de la Magistrature* on perustettu 1958 ENA:n mallia mukaillen (Zweigert & Kötz 1998: 125). Sen yhteiskunnallinen status ei ole Ranskassa samaa luokkaa kuin ENA:n. Tämä johtuu yksinkertaisesti siitä, että se ei ole nk. *grand école*. Ranskan lakimieskunnasta lyhyesti ks. Mattila 2002: 378.

kintonsa suorittaneita henkilöitä, joista vain pieni osa on oikeustieteellisten tiedekuntien kasvatteja. Kahden vuoden intensiivisen koulutuksen ja harjoittelujaksojen jälkeen opiskelijat rankataan järjestykseen, jolla on ratkaiseva merkitys virkapaikkojen valinnassa ja virkoihin pääsyssä.⁷⁴⁴ Ranskan suurta mainetta nauttivat erikoiskoulut (*les grandes écoles*), joihin ENA kuuluu, ovat yliopistoista riippumattomia erikoisoppilaitoksia. Sisäänpääsy on erityisen vaikeaa, päinvastoin kuin yliopistoihin. ENA (perustettu v. 1945) on nuoruudesta huolimatta yksi kolmesta kuuluisimmasta ja arvostetuimmasta instituutiosta. Kolmen huippukoulun (*Ecole polytechnique*, *Ecole normale supérieure* ja ENA) oppilaat ovat valmistuttuaan ranskalaisen yhteiskunnan poliittista ja hallinnollista eliittiä.⁷⁴⁵

Conseilin virkamiehet sijoittuvat kolmeen eri tasoluokkaan, joista *Conseiller d'Etat* on ylin, *Maître des requêtes* on seuraava ja alimpana luokkana on *Auditeur*.⁷⁴⁶ Conseilin presidentti on muodollisesti kulloinenkin pääministeri, mutta Conseilia johtaa hallinnollisessa mielessä varapresidentti, joka on ranskalaisittain 'premier fonctionnaire de France'. Kun rekrytytti tulee ENA:sta Conseiliin, hänen on oltava kolme vuotta alimmalla virka-asteella, jonka jälkeen auditeur ylennetään (väh. 30 vuoden ikä, 10 vuotta julkista palvelua) seuraavalle virka-asteelle. Kolme neljäsosaa maître-tason virkamiehistä tulee tätä kautta ja 1/4 tulee muissa hallintotuomioistuimissa toimivista ENA:n käyneistä hallintotuumareista. Keskitason virassa on oltava 12 vuotta ennen kuin voi edetä korkeimmalle asteelle eli Conseilleriksi.

Rekrytointijärjestelmän etuna lienee yhdenmukaisuus; tuloksena on joukko, jonka erityispiirre on sen elitistisyys. *Pierre Bourdieun* analyysin mukaan Ranskan suuret erikoiskorkeakoulut (*grand école*) ja niiden arvostetuin ydin ovat itse asiassa symbolisen erottautumisen linnakkeita, jotka juurruttavat tuleviin vallankäyttäjiiin tietynlaisen herruuden yhteishengen (*esprit des corps*).⁷⁴⁷ Kun tavallisten yliopistojen ja erikoiskorkeakoulujen välille pystytetään sosiaaliset vallihaudat, niin lopputuloksena on samantyyppinen erottelu kuin se, jolla ylempi aateli ennen erottautui alemmasta aatelista. Lopputuloksena on eräänlainen valtion ylempi virkamiesaateli, jonka kärjessä Conseilin ENA:n käyneet virkamiehet ovat. Ilman, että Conseilin ja virkamiesten erikoislaatuinen asema hallinnon ja oikeuden välimaastossa kytketään tähän ranskalaisen hallintokulttuurin elitistisyyteen, on Conseilin eroa ”pelkkiin” hallintolainkäyttöelimiin vaikea ymmärtää

⁷⁴⁴ Brown & Bell 1998: 82.

⁷⁴⁵ Pekonen 1995: 43–44.

⁷⁴⁶ Auditeurit jaetaan vielä kahteen luokkaan: *les auditeurs de seconde classe* ja *les auditeurs de première classe*. Alun passiivisempi toimen luonne muuttuu luokan vaihtuessa samalla aktiivisemmaksi osallistumiseksi Conseilin päätöksenteon valmisteluun. (Rivero & Waline 1998: 187.)

⁷⁴⁷ Bourdieu 1984.

suomalaisesta perspektiivistä.⁷⁴⁸ Yksi kysymys koskee sitä, eikö tällainen elin ole helposti toiminnassaan ristiriidassa muiden – selvemmin eri valtojen alueilla pysyttelevien – elinten kanssa.

Conseil d’Etat’n ja perustuslakineuvoston eli *Conseil Constitutionnelin* välillä voisi olettaa olevan toimivaltaristiriitoja, mutta näin ei näyttäisi olevan. Vedelin ja Devolven mukaan nämä Ranskan julkisoikeuden superinstituutiot ovat omak-suneet hyvin toimivan työnjaon, jossa Conseil d’Etat keskittyy kehittämään yleisiä hallinto-oikeudellisia periaatteita oman praksiksensa ja nykyisin vahvan kassaatiotuomioistuinquonteensa kautta, kun taas Conseil Constitutionnel keskittyy niihin keskeisiin valtiosääntöoikeudellisiin periaatteisiin, joita se kykenee muotoilemaan pitäen lähtökohtana perustuslain tekstiä.⁷⁴⁹ Työnjako perustuu pitkälti siihen, että Conseil astui vapaaehtoisesti perustuslakineuvoston tieltä. Sitä ei yksinkertaisesti kiinnostanut perustuslakikontrolli, jonka se katsoi olevan enemmän muiden orgaanien asiana.⁷⁵⁰ Mahdollisia toimivaltaristiriitoja yleisten lainkäyttöelinten kanssa ratkoo siihen tehtävään kehitetty erityinen elin *Tribunal des Conflits*.⁷⁵¹ Perustuslakineuvosto muistuttaa – preventiivisyydessään ja puut-tuvassa muodollisessa tuomioistuinmaisuuudessaan – suomalaista perustuslakiva-liokuntaa, kun taas konfliktituomioistuimella ei ole suoranaista suomalaista ins-titutionaalista vastinetta.

4.1.3.5 *Conseilin prosessista ja rakenteesta*

Hallintoprosessi toimii niin, että Conseil ottaa tapauksia ratkaistessaan itse sel-ville tapauksen faktat, eikä tyydy vain niihin, joita jutun osapuolet ovat tuoneet esiin. Tämä virallisperiaate kattaa myös oikeuskysymykset. Ranskalaista hallin-toprosessia on kuvattu tämän piirteen vuoksi ”inkvisitoriseksi” akkusatorisen tai aidosti adversiaarisen sijaan. Menettely on pääsääntöisesti luonteeltaan kirjalli-

⁷⁴⁸ Suomesta katsoen huomattavaa on myös se erilainen (hallintoa tutkivien ja opettavien) tieteen-alojen välinen arvostushierarkia, joka Ranskassa ja Suomessa vallitsee. Meillä oikeustieteellisiä tiedekuntia ja niiden tuottamia tutkintoja on perinteisesti arvostettu korkealle, kun taas hallintotie-teet ovat päätyneet ainakin aiemmin alempaan sosiaaliseen arvostusluokkaan (ks. yleisemmin Ahola 1995). Ranskassa erityisesti yliopistojen tieteenalajärjestelmästä osin irtoavat yhdistelmät *droit public et science administratif* tai *droit public et science politique* näyttävät yhdistyvän korkeimman ”virka-aatelin” erityisosaamiseen, jonka avulla erityisesti enarkit erottautuvat tavalli-sista juristeista ja valtio-oppineista. ENA:n koulutus ei ole painottunut puhtaasti oikeudellisesti, vaan ENA:sta valmistunut voi itse suuntautua esim. hallintotuomariuralle, joka on vain yksi mah-dollisuuksista (Galabert 2000: 703–704). van Caenegem (1995: 295) näkee tässä mallissa saman-laisia piirteitä kuin muinaisessa keisarillisessa Kiinassa, jossa virkamiesmandariinien koulutukses-sa oli samanlaisia elitistisiä ja suljetun järjestelmän ominaisuuksia.

⁷⁴⁹ Vedel & Dévolvé 1992: 478–485; Rivero & Waline 1998: 142.

⁷⁵⁰ Ks. Maus 1995: 133–134. Mausin mukaan tämä ilmentää osaltaan sitä, etteivät Conseilin tuo-marit ole asenneilmastoltaan laisinkaan verrattavissa tavallisiin juristeihin.

⁷⁵¹ Ks. tark. Rivero & Waline 1998: 144–152.

nen. Prosessia kuvaa meille EY-tuomioistuimen välityksellä tuttu kolminapaisuus: Conseilin virkamies *Commissaire du gouvernement* laatii ratkaistavista hallintolainkäyttöasioista itsenäisen kirjallisen ratkaisuehdotuksen, joka muodostaa pohjan Conseilin varsinaiselle päätöksenteolle.⁷⁵² On ehkä syytä huomauttaa, että Conseilin commissairen toiminta ja hänen laatimansa ratkaisuehdotus on yleensä meikäläistä esittelymuistion laatimista pidemmälle menevää. Vertailututkimuksessa on *commissaire*-virkamiesten työn laatua yleensä pidetty erittäin korkeana.⁷⁵³ Menettelyn *pääpiirteet* ovat muutoin varsin samankaltaisia kuin meikäläisessä hallintoprosessissa.⁷⁵⁴

Conseil käsittelee kasvavaa määrää jutuistaan nykyään kassaatiotuomioistuinena: jutut etenevät Conseiliin hallintoali- ja hallintoylioikeuksien kautta siten, että vain osa alemmassa asteessa ratkaistusta tapauksista päättyy Conseilin käsiteltäväksi.⁷⁵⁵ Lisäksi Conseil antaa alemmissa asteissa käsiteltäviin asioihin liittyviä perusteltuja kirjallisia mielipiteitä (*avis*) yksittäisistä tulkinta- ja oikeuskysymyksistä *renvoi*-menettelyssä, jonka tarkoituksena on muun muassa vähentää tapausten kulkeutumista Conseiliin saakka. *Renvoi* viittaa tässä yhteydessä uuteen oikeusnäkökohtaan, joka saattaisi aiheuttaa ongelmia useissa samantyyppisen ongelman sisältävissä asioissa.⁷⁵⁶ Conseil käsittelee myös eräitä juttutyyppjä ensi asteena, kuten esimerkiksi lakia alempien säädösten lainmukaisuutta, tällaisten lakien perusteella valittuja virkamiehiä koskevia sekä paikallisia vaaleja koskevia juttuja.

Conseilin hallintolainkäyttöosasto jakaantuu kahteen pääosaan, joista *contentieux général* vastaa hallintovalitusten käsittelystä (= yleishallinto-oikeuden lohko) ja *contentieux fiscal* puolestaan vero- ja finanssijuttujen käsittelystä. Yleisesti hallintolainkäytöstä vastaava osasto on huomattavasti vero- ja finanssiosasto suurempi. Asioiden käsittelyn suhteen noudatetaan periaatteellista jakoa hallintoasioihin (*attributions administratives*) ja hallintolainkäyttöasioihin (*attribution contentieuses*) kuitenkin siten, että Conseilin henkilöstö on virkakierron vuoksi väistämättä tekemisissä sekä lainkäytön että hallinnon neuvoa-antavan puolen kanssa. Ranskalaiset itse ajattelevat, että brassage-periaate ei vaaranna lainkäy-

⁷⁵² Ks. myös Brown & Bell 1998: 89–90.

⁷⁵³ Ks. esim. Shapiro 1981: 153.

⁷⁵⁴ KHO:ssa asiat ratkaistaan pääsääntöisesti viiden jäsenen kokoonpanossa. Päätöksenteko tapahtuu ensiksi kolmen jäsenen kokoonpanossa. KHO:n vuosikertomus 1999: 10.

⁷⁵⁵ Conseil käsittelee ylimpänä asteena myös vero- ja finanssiasioihin liittyvät jutut, jotka kulkeutuvat Conseiliin näitä asioita käsittelevistä erityisistä tuomioistuinista (ensi aste: *Chambres regionales des comptes* ja toinen aste: *Cour des comptes*).

⁷⁵⁶ Tämä konstruktio on tuttu EU-oikeuden välityksellä, jossa tunnetaan yhteisöjen tuomioistui-
men ennakkoratkaisumenettely (perustamissopimuksen art. 234, ent. art. 177). Renvoin juridisesta
sanakirjamäärittelystä ks. myös Guillien & Vincent 1990: 425–426.

tön riippumattomuutta ja puolueettomuutta ja ettei järjestelmä aiheuta riskiä hallinnon tarkoituksenmukaisuusaspektien ja oikeusturva-aspektien sekoittumiseen. Conseilin jäsenet pitävät heille taattua automaattista uralla etenemistä keskeisenä riippumattomuuden takeena.⁷⁵⁷ Vallanjakoajattelun kannalta *le brassage*-menetelmä on sekin jollain tapaa selvästi epäsuotava, eri sfäärejä ja funktioita sekä rooleja sekoittava; aprioriseen kielioppiin huonosti sopeutuva ilmiö.⁷⁵⁸

4.1.4 Suomi vs. Ranska – eroja ja yhtäläisyyksiä

Henkilöstön rakenteessa ja virkanimikkeissä sekä tehtävissä KHO:n ja Conseilin kesken on havaittavissa välittömästi koko joukko tiettyjä teknisluonteisia samankaltaisuuksia. Conseilin ylimmät virkamiehet (*fonctionnaire*) eli conseillerit vastaavat karkeasti ottaen KHO:n hallintoneuvoksia. Maître vastaa suurin piirtein KHO:n esittelijäneuvosta. KHO:n esittelijöinä toimivat vanhemmat ja nuoremmat hallintosihteerit vastaavat karkeasti Conseilin auditeureita (*de première classe* ja *de seconde classe*). KHO:n presidenttiä vastaa käytännössä Conseilin *vice-président*. Haettaessa vastinetta Conseilin *secrétariat général* -elimelle voidaan Suomen osalta viitata KHO:n sisäisistä hallintoasioista vastaavaan kansliaistuntoon. Suurin ero on oikeastaan siinä, että Conseilin ja KHO:n sijoittuminen ja tehtäväalue valtio-organisaatiossa poikkeavat toisistaan. KHO on pääasiallisesti hallintolainkäyttöelin, kun taas Conseilin tehtävät ulottuvat hallituksen ja ministeriöiden päätöksenteon valmistelusta hallintolainkäyttöön.⁷⁵⁹

Suomessa KHO:n hallintolainkäyttöhenkilöstö on lainsäädännöstä johtuen yksinomaan oikeustieteellisistä tiedekunnista valmistuneita lakimiehiä, joilla ei nykyisellään ole takanaan mitään erityistä muodollista tutkinnonjälkeistä hallintotuomarin koulutusta. Käytännössä monella on kuitenkin varatuomarin arvo, joka edellyttää tuomioistuinharjoittelun suorittamista. Conseilin lainkäyttötehtävistä vastaavat virkamiehet ovat pohjakoulutukseltaan useimmiten hallintotieteilijöitä ja valtio-oppineita, lakimiehet ovat vähemmistönä.⁷⁶⁰ Tosin meilläkin vesi-

⁷⁵⁷ Brown & Bell 1998: 85.

⁷⁵⁸ Ongelma on erityisen selvä modernin ihmisoikeusajattelun suhteen. Luxemburgin Conseil d'Etat'n todettiin Euroopan Neuvoston ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisussa *Procola v. Luxembourg* (1995) loukanneen tuomioistuinten riippumattomuuden periaatetta, kun neljä Conseilin jäsentä "carried out both advisory and judicial functions in the same case". Sen, että henkilöt ylipäänsä toimivat jatkuvasti kaksinaisisessa roolissa "is capable of casting doubt on the institution's structural impartiality" (ratkaisun kohta 45). Ranskassa tätä ongelmaa on pyritty välttämään eräänlaisella jäävämmismenettelyllä. Ks. tark. Brown & Bell 1998: 65–67.

⁷⁵⁹ Tosin tämä kuva, joka tässä syntyy Suomesta voi olla hyvinkin turhan yksioikoinen. Todellisuudessa meilläkin tuomioistuimilla on myös muita tehtäviä, jotka oikeastaan olisivat luontevammin hallintoviranomaisille kuuluvia. Ks. tark. Jyränki 2003: 164–165.

⁷⁶⁰ Terminologia tuottaa tässä kohden ongelmia, sillä ranskassa puhutaan oikeudellisista ammateista (*professions juridiques*), joka kattaa myös muita akateemisesti koulutettuja kuin vain oikeustieteellisten tiedekuntien kasvatit. Ranskan kielen termi *juriste* on laajempi kuin suomalainen

lain ja ympäristönsuojelulain mukaisten asioiden käsittelyyn osallistuu sivutoimisia ympäristöasiantuntijaneuvoksia, joiden kohdalla vaaditaan siis erityistä substanssiasiantuntemusta (KHOL 2 a §).⁷⁶¹

KHO on Suomessa kiistattomasti ylin hallintolainkäytöstä vastaava elin (KHOL 1 §), eikä sille ole omassa järjestelmässämme alallaan kilpailijaa. Sen nauttima yhteiskunnallinen status ei kuitenkaan ole samaa luokkaa kuin Conseilin Ranskassa. KHO:n suhteellisen nuori ikä ja suhteellisen myöhäinen kehittyminen hallintovalitusten toisen asteen käsittelyelimeksi sekä suomalaisen yhteiskunnan sosiaalinen rakenne tekevät Conseilista ja KHO:sta vaikeasti yhteismittallistettavia. Karkean tason vertailussa niiden yhtäläisyys on kuitenkin ilmeinen, sillä ne ovat EU:n jäsenvaltion ylimpiä kansallisia hallintotuomioistuimia. Vaikka Conseilin ja KHO:n yhtäläisyydet ovat makrotasolla ilmeisiäkin, niin vertailun näkökulmasta niillä on yksi mielestäni merkittävä ero: instituutioiden keskeisomaisuudet eroavat toisistaan eräissä kohdin jopa ratkaisevalla tavalla; *kyse on erilaisesta tavasta ymmärtää ja konstruoida hallintolainkäytön riippumattomuus*.⁷⁶² Julkisoikeuden yleisen teorian tasolla kyse on erilaisista tavoista tehdä oikeutta ja politiikkaa koskevia perustaviksi koettuja rajanvetoyrityksiä, erilaisia tapoja toteuttaa sitä, mitä vallanjaon oppirakennelman halutaan (normatiivisesti) ajatella edellyttävän sääntelyjärjestelmältä.

KHO:n yhtenä merkittävimpänä oikeuttajana on meillä pidetty sen riippumattomuutta ja erillisyyttä hallinnosta.⁷⁶³ Aina 1800-luvulta lähtien oli eri yhteyksissä vaadittu, että hallintovalitukset tulisi ratkaista – ainakin ylimmässä asteessa – riippumattomassa hallintotuomioistuimessa, joka olisi luonteeltaan ennen kaikkea oikeusturvaa antava elin. Tämän elimen tulisi viime kädessä ratkaista se,

vastaava ilmaus, joka viittaa suppeammin vain lakimieskoulutuksen saaneisiin henkilöihin. Ranskassa akateemisesti koulutettu henkilö, joka työskentelee ammatikseen juridiikan kanssa, voinee käyttää nimitystä *juriste*. Ks. myös Dadomo & Farran 1996: 114–159 ja Nousiainen 1999: 386–404. Ranskalaisesta oikeudesta ja lakimiesprofessioista tarkemmin ks. Zweigert & Kötz 1998: 119–131. (Ainoa varsinainen termi koulutetulle ja muodollisesti pätevälle lakimiehelle on nykyään *avocat*, koska vuoden 1990 uudistus lakkautti aiemmin tunnetun toisen termin *conseil juridiques*, johon ei tarvittu muodollista oikeustieteellistä tutkintoa.)

⁷⁶¹ Hallinto-oikeusL (7 §) mahdollistaa tätäkin laajemman asiantuntijajäsenen (vakiintuneen) käytön lastensuojelu, vammais-, mielenterveys-, päihde tai tartuntatautiasioissa (myös vesi ja ympäristöasioissa 5. 1 §). Näiden kelpoisuudesta ks. 8 §.

⁷⁶² Questiaux (2000: 679) ilmaisee asian seuraavasti: ”Many of us have spent time out of the Conseil as advisers of ministers, or even, according to the very tolerant French system, in a political function. But we have all, for many years, acted as judges of the administration. In conscience, we know that the respect of the French people citizen depends of our capacity to remain independent and conform to the higher democratic norms of our nation.”

⁷⁶³ Tynnilä (1992: 38) korostaa hallituskonselji/senaatin alkuvaiheiden vallanjakoluonnetta siitä näkökulmasta, että hallinto- ja lainkäyttöasiat organisoitiin kyllä samaan elimeen, mutta toisistaan erillisille osastoille. Autonomian kuluessa vallanjakoajattelu sai – kuten Tynnilän teoksesta käy ilmi – väistyä.

mikä on oikein yksittäistapauksessa oikeusharkintaa käyttämällä. Kun hallintovalitukset ennen vuotta 1918 käsiteltiin samassa elimessä, niin KHOL:n säätämällä tästä haluttiin luopua. Kehitystä ovat täydentäneet laki muutoksenhausta hallintoasioissa (154/1950), lääninoikeuslaki (1021/1974), vuoden 1989 muutokset sekä hallintolainkäyttölaki (586/1996) ja viimeisimpänä hallinto-oikeuslaki (430/1999). Muutosten taustalla oli ajatus vahvistaa järjestelmää ja fundamentaalista perusvalintaa, jonka mukaan hallintolainkäyttöelimille kuuluu hallinnon lainmukaisuuden valvonta ja oikeusturvan antaminen asianosaiselle, tosin vuoden 1996 HLL ei ehkä sittenkään vinyt tätä kehitystä loogiseen loppuunsa muutoin kuin institutionaalisesti.

Conseilin taustalla oleva ajattelu on toisenlaista, sillä Ranskassa hallintotoimintaa on pidetty laadullisesti sellaisena, että sen oikeudellista arvioimista ja valvontaa ei ole haluttu uskoa hierarkkisesti ylimmällä tasolla hallinnon ulkopuolelle.⁷⁶⁴ Vuosien 1953 ja 1987 uudistukset toivat mukanaan hallintoalioikeudet ja hallintoylioikeudet, jotka ovat luonteeltaan, tehtäviltään, henkilöstöltään ja mentaliteetiltään lähempänä KHO:ta kuin Conseilia. Muutokset ovat toiselta puolen edelleen vahvistaneet Conseilin asemaa hallinnon asiantuntijaelimenä, joka vastaa erityisten hankalien tapausten ratkaisemisesta ja hallinnon tätä kautta tapahtuvasta kehittämisestä. Kehittämistehtävä on edelleenkin merkittävässä asemassa, koska Conseil on de facto prejudikaattituomioistuin (ilman common law'n stare decisisistä tosin), eikä ranskalaista hallinto-oikeutta ole juuri kodifioitu, vaikka eräitä muutoksia on vireillä. Samalla tavoin toki myös KHO on de facto prejudikaattituomioistuin, mutta sen periaatteellinen ja historiallinen painoarvo on erilainen.

Tässä käytettävissä oleva tila ei mahdollista ryhtyä selittämään historiallisesti erojen syitä ja taustoja syvällisesti, mutta teen kuitenkin alustavan teoreettisen lainopin kannalta ehkä riittävän selitysskeeman. Ranskan 1700-luvun historiallinen kokemus opetti ajattelemaan, ettei tuomareiden ja tuomioistuinten saanut antaa sekaantua hallinnon kehittämiseen ja toimintaan. Kokemuksen ydin (yhdistettynä ajan aatteellisiin innovaatioihin, kuten esim. vallanjako-oppiin) lienee siinä, että pelkän laillisuusharkinnan katsottiin sopivan huonosti ”yleisen edun” arvioimista vaativiin kysymyksiin. Suomen 1800-luvun ja 1900-luvun alun historiallinen kokemus opetti luottamaan korostetusti oikeusharkintaan, joka tarjosi suojaa hallinnollista tarkoituksenmukaisuutta ja ”yleistä etua” koskevilta venäläisosapuolen näkemyksiltä ja pyrkimyksiltä. Tämä ei tosin estänyt sitä, ettei senaatin oikeusosasto halunnut sittenkään huolehtia vallanjaon viemisestä loppuun saakka, vaan ”jätätti” itselleen eräitä sellaisia valtaoikeuksia, joista osa on kirjattu myös vuoden 2000 perustuslakiin.⁷⁶⁵ Suomessa omaksuttua ratkaisulin-

⁷⁶⁴ Ks. myös Husa 1999a: 389.

⁷⁶⁵ Jyränki (2003: 164) mainitsee PeL:n 77, 99 ja 105 §:t.

jaa ja sen mukaista nykylinjaa ovat tukeneet legalistinen oikeuskulttuuri ja nyttemmin myös ihmis- ja perusoikeuksia korostava ajattelu, joka tosin pitkälle vietyinä on omiaan murentamaan valtiovallan kolmijako-oppia ja samalla horjuttamaan oikeuden ja politiikan välistä normatiivista rajanvetoa.⁷⁶⁶

Conseil ja muut hallintotuomioistuimet Ranskassa eivät ole sidottuja ainoastaan niihin faktoihin tai oikeusseikkoihin, joita asianosaiset tai osalliset ovat prosessin kuluessa tuoneet esille, vaan tuomioistuimet voivat (ja niiden tulee) myös itsenäisesti hankkia tietoa sekä tosiseikoista että oikeuskysymyksistä. Hallintotuomarilla on suuri merkitys prosessin aktiivisessa johtamisessa.⁷⁶⁷ Suomessa tunnetaan samankaltainen menettely virallisperiaatteen muodossa. Sen mukaan hallintotuomioistuin ei ole sidottu asianosaisten tai jutun muiden osapuolten esittämiin tosiseikkoihin, vaan se voi myös hankkia näyttöä oma-aloitteisesti.⁷⁶⁸ Laajimmillaan tämä tarkoittaa myös sitä, että oikeussuojaa annetaan asianosaisten tahdosta riippumatta viran puolesta. Suomessa lähdetään virallisperiaatteen puitteissa siitä, ettei tosiseikkoja tai oikeusseikkoja voida erottaa toisistaan selvästi.⁷⁶⁹ Tässä suhteessa on huomattava, että lainkäytön muotona hallintolainkäytöllä on olemassa tiettyjä muista prosessinlajeista eroavia piirteitä, vaikka lähentymistä onkin tapahtunut.⁷⁷⁰

Yhtäläisenä piirteenä näyttäytyy myös alempaa hallintolainkäyttöä koskeva kehitysprosessi (tai sen päävaiheet ja suunta), jossa Ranskassa ovat vuodet 1953 ja 1987 merkinneet alemman hallintolainkäyttökoneiston luomista pyrkimyksenä (osaksi) irrottaa hallintolainkäyttö hallintokoneiston yhteydestä. Suomessa ovat vuodet 1955, 1974 ja 1989 olleet merkittäviä askeleita ensi asteen hallintolainkäytön ”tuomioistuimaistamisessa” eli vallanjako-opin puitteisiin raamittamisessa. Kaikkein keskeisin ja ilmeisin poikkeus tästä kehitystrendistä liittyy siihen, että HLL ei muuttanut hallintovalituksen alaa; se voidaan tehdä edelleen *sekä* laillisuus *että* tarkoituksenmukaisuusperustein.⁷⁷¹ Tämä lienee tulkittavissa

⁷⁶⁶ Jyränki (1989: 16) kirjoittaa seuraavasti: ”Legalismi on erityisesti juristien ideologiaa, ja juristille legalismi jäsentää yhteiskunnan aivan erityisellä tavalla. Kun juristi esittää näkökantansa yhteiskunnallisista kysymyksistä, hän tekee sen tavalla, joka saa näkökannan näyttämään siltä kuin ne olisivat politiikan yläpuolella, vailla konkreettisia, poliittisia tai yksilöllisiä tavoitteita ja intressejä. Se, mistä keskustellaan on esimerkiksi tuomioistuinten riippumattomuus, vallanjako, perusoikeuksien turvaaminen, oikeudenmukaisuus – koskaan ei keskustella erityisistä yhteiskunnallisista intresseistä tai politiikan tarkoituksesta.” (Po. kohdassa Jyränki perustaa tekstinsä *Judith Shklar*in ajatuksiin.)

⁷⁶⁷ Rivero & Waline 1998: 209; Brown & Bell 1998: 89.

⁷⁶⁸ Asiaa säätelee meillä HLL 33.2 §, jonka mukaan tuomioistuimen tehtävänä on hankkia viran puolesta selvitystä. Selvitysvastuun laajuus määräytyy tasapuolisuuden, oikeudenmukaisuuden ja asian laadun perusteella.

⁷⁶⁹ Tarukannel & Jukarainen 1999: 44–45; KHO:n vuosikertomus 1999: 12.

⁷⁷⁰ Tarukannel & Jukarainen (1999: 281–283) mainitsevat tässä kohden myös *vapaan todisteluteorian* ja *vapaan todistusharkinnan*.

⁷⁷¹ Kunnallisvalitus (KuntaL 90 §) poikkeaa tästä; se voidaan tehdä vain laillisuusperustein.

jäänteeksi vanhan konstitutionalismiin (ks. ed. 3.2) mukaisesta vallanjaollisesta ajattelutavasta, jonka mukaan alemman hallintoviranomaisen päätöksestä valiteetaan ylemmälle hallintoviranomaiselle, ei hallintotuomioistuimeen.⁷⁷²

Virallisperiaate on piirre, joka ilmentää hallintolainkäytön ja hallintotoiminnan läheistä suhdetta toisiinsa ja julkisen tai yleisen intressin voimakasta esilläoloa hallintolainkäytössä, erona riita- ja rikosprosesseihin.⁷⁷³ Virallisperiaate vaikuttaa olevan tasapainottaja, koska se kytkeytyy hallinnon ja oikeuden väliseen saumakohtaan, jota erottelu tarkoituksenmukaisuusharkinnan ja oikeusharkinnan välillä toisaalla yrittää paaluttaa. Jos Conseilin (tai sen sisältämän ratkaisumallin) tavoin ei edes haluta tyystin koettaa pitää hallintoa ja oikeutta erillään instituutioiden tasolla, on julkisen tai yleisen edun huomioiminen hyvin luonnollista. Järjestelmässä, jossa tavoitteena on hallintolainkäytön paradigmaattisempi ”tuomioistuinmaisuus” tilanne on ongelmallisempi.⁷⁷⁴ On vaikea yrittää ylläpitää vallanjakoajattelua, jos samalla nimenomaisesti sallitaan tuon ajattelun apriorisesti edellyttämiä ennakkoehtoja murtavien instituutioiden olemassaolo.

4.1.5 Pohdinta

Hallinnon ja oikeuden välinen suhde ja sen järjestämiseen liittyvät ratkaisutavat ovat modernien julkishallinnon koneistojen ja niiden oikeudellisen valvonnan yhteisiä ongelmia. Ratkaisuyritykset, siis erilaiset rajanvedot, tuohon yhteiseen ongelmaan vaihtelevat maittain ja oikeuskulttuureittain, tosin yleensä niillä vaikuttaa olevan varsin läheinen suhde vallanjako-oppiin.⁷⁷⁵ Hallinnon ja oikeuden välisen suhteen järjestäminen perustuu valtiosääntöisen vallanjako-opin omaksumiseen tulkintaan. Erilaisista ratkaisutavoista huolimatta itse ongelma on kuitenkin perusluonteeltaan sama. Pohjoismaista esimerkiksi Tanska on ratkaissut yhdistämisongelman tavalla, jossa on annettu suuri merkitys erilaisille tuomioistuinten ja viranomaisten välissä oleville kvasi-judisiaalisille vetoomuslautakunnille, joiden kautta hallintovalituksia ratkaistaan ilman, että päätöksiä käsitellään laajalti varsinaisissa tuomioistuimissa. Tanskan järjestelmä ei tunne lainkaan erillisiä hallintotuomioistuuksia. Englantilaisessa oikeudessa tarkoituksenmukai-

⁷⁷² Tosin HLL 7.1 § rajoittaa VN:n ja ministeriöiden päätöksistä valittamisen lainvastaisuuteen.

⁷⁷³ Vrt. Tarukannel & Jukarainen 1999: 40–41.

⁷⁷⁴ Suomessa yhtenä motiivina hallinnon ja lainkäytön erottamisessa on ollut yritys selventää vallanjakoa. Halilan (2000: 286) mukaan on nimenomaan pyritty ”valtiotoimintojen keskinäisen erottelun terävöittämiseen”.

⁷⁷⁵ Voidaan tietysti pohtia, mistä ideat tulevat? René Davidin (1982: 90) mukaan mannermainen julkisoikeustiede on itse asiassa usein vain siirtänyt oikeusjärjestelmän tasolle ne yleisemmät yhteiskunnalliset ajattelutavat, jotka ovat tulleet pinnalle filosofisissa ja poliittisissa ajattelussa. Konkreettisina esimerkkeinä David mainitsee Montesquieun ja Rousseauin vaikutuksen Manner-Euroopan julkisoikeuden oppien kehitykseen.

suus ja oikeusharkinta (erit. prosessin lainmukaisuus) halutaan erottaa toisistaan tyystin, kun taas Suomessa ja Ranskassa ne ovat jotenkin kytkettyinä toisiinsa. Suomessa erottelu on haluttu viedä pidemmälle kuin Ranskassa. Toisaalta meillä tarkoituksenmukaisuus- ja laillisuusharkinnan tunnustetaan olevan kytköksissä toisiinsa ja hallintolainkäyttömme yksi keskeisiä periaatteita on ranskalaistenkin tunnustama virallisperiaate. Pohjoismaisessa katsannossa suomalaista doktriinia voidaan luonnehtia yleisesti legalistiseksi, koska meillä halutaan turvata paradigmaattisesti tuomioistuinmenettelyihin. Tuomioistuimille halutaan delegoida – monin eri tavoin – runsaasti harkintavaltaa verrattuna muihin Pohjoismaihin.⁷⁷⁶

Mitä edellisen käsittelyn pohjalta pitäisi sitten päätellä? Mahdollisia päätelmiä ja erilaisia ajattelusuuntia lieenee useitakin, mutta tässä huomio kiinnittyy erityisesti siihen, että sekä Suomen että Ranskan järjestelmälle on ollut yhtäläistä *halu erottaa oikeus ja politiikka toisistaan* eli tapa hahmottaa oikeuden apriorista ja fundamentaalista kielioppia on ollut pitkälti samansuuntaista, vaikka instituutioissa on toki eroja. Yhtä kaikki Ranskan mallissa on kuitenkin haluttu nähdä hallintotoiminta sillä tavoin erilaisena, että sitä on haluttu suojata yleisten tuomioistuinten vallankäytöltä.⁷⁷⁷ On selvää, että nykyaikaisen ihmisoikeusajattelun ja sen sisältämän oikeusturva-ajattelun kannalta Ranskan malli vaikuttaa ongelmalliselta. Toisaalta se (erit. ENIOS art. 6) osoittaa, ettei hallinnon ja lainkäytön välistä suhdetta ole täysin välttämätöntä hahmottaa yhdysvaltaistyyppisen vallanjako-opin ahtaista puitteista käsin, vaan myös muita tapoja yhdistää oikeus ja politiikka julkisoikeuden alueella voi olla olemassa; siitä huolimatta näitä muita tapoja voidaan myös pitää vallanjako-opin sovelluksina. Näin ollen se normatiivinen mallivalta, jota tässä työssä monessa kohdin erityisesti pidetään esillä, on näköjään historiallisesti kontingenttia.

Hallinnon ja hallintolainkäytön oikeusideologinen ero voi olla myös siinä, mikä nähdään hallinnon tehtäväksi. Hallintolainkäytön erillisyyttä puoltaa ajatus siitä, että hallinto ajaa *julkista etua*. Tällöin se voi olla ristiriidassa *yksityisen edun* kanssa, jota se voi loukata. Jos taas hallinnon funktio nähdään julkista etua laajempänä ja kansanvaltaisin painotuksin, niin voidaan ajatella, että hallinnon tehtävänä on *yleisen edun* ajaminen. Tällöin hallinnon tulee lähtökohtaisesti huolehtia myös yksityisen edun huomioimisesta hallintotoiminnassa. Tällä tavoin ajatellen paine hallinnon ja hallintolainkäytön erottamiseen ei olisi suuri. Asiaa tosin mutkistaa se, että EIOS edellyttää erillistä lainkäyttöjärjestelmää, asettaen näin yksityisen edun vastapuoleksi julkisen edun. Ihmisoikeusajattelun mukaisen oikeusturvaideologian soveltaminen hallintoasioihin onkin tätä nykyä yksi perussyy siihen, että Conseilin kaltainen elin näyttäytyy jo olemassaolonsa peruslinjoiltaan ongelmallisena.

⁷⁷⁶ Ks. esim. Herala 1997: 233–234.

⁷⁷⁷ Ehkä on syytä huomauttaa, että vuodesta 1795 on Ranskassa jatkuvasti loitonnuttu Montesquieun alkuperäisistä hahmotelmista. Vrt. Jyränki 2003: 147.

Hallinnon ja oikeuden välisessä erossa on kyse tänä päivänä yhä enemmän siitä, kuinka hyvin vallanjako-opin oikeus/politiikka-erottelulle pohjautuva ajattelumalli voi enää ylipäänsä toimia jälkimodernissa yhteiskunnassa. Linaan tähän loppuun *L. D. Erikssonin* luonnehdintaa hallintotoiminnan ongelmallisesta luonteesta modernissa valtiossa:

”kun hallintotoiminnan keskeinen tehtävä oli valtion ja yksilöiden (kansalais-ten) välisten suhteiden hoitaminen, tuomioistuinten keskittyminen harkintaoikeuden väärinkäyttöä koskeviin kysymyksiin oli perusteltua. Kuitenkin nykyään – hallintotoiminnan ollessa yhteiskuntasuunnittelua ja ohjausta – vanha oikeusvaltiollinen jälkikontrolliajattelu ei enää ole riittävä.”⁷⁷⁸

Eriksson ei käsittele samaa teemaa kuin tässä, mutta hänen esiintuomansa näkökohta osoittaa yhden lisäongelman siinä ajattelutavassa, jossa hallinto ja oikeus haluttaisiin tiukasti pitää erillään toisistaan. Yhtäältä lienemme valmiita myöntämään, että KHO on meillä monessa suhteessa de facto negatiivinen lainsäätäjä. Kysymys, joka tästä seuraa voisi olla seuraava: onko meillä omaksuttu tapa erottaa doktriinissa tarkoituksenmukaisuus- ja oikeuskysymykset toisistaan elävää elämää silmällä pitäen onnistunut ja kestävä hahmottamistapa? Kun hyvin tiedetään, että hallintoharkinnan ja oikeusharkinnan välisen suhteen järjestämisen liittyy valtiovallan kolmijako-oppiin, niin olisiko myös sen syytä joutua perusteellisen uudelleenarvioinnin kohteeksi. Saattaisiko ehkä olla tarpeen siirtyä pohtimaan sitä, millä tavoin demokraattinen kontrolli, joka ei enää oikein näytä toimivan lakimuotoisena, voitaisiin ulottaa lainkäyttöelimiin niin, ettei se uhkaa oikeudenkäytön riippumattomuutta eikä niitä keskeisiä yleisiä oikeusjärjestyksen pohja-arvoja, joita perusoikeudet sisältävät. Jos hallinnon, lainkäytön ja lainsäätämisen funktioita ei voida pitää toisistaan erillään institutionaalisesti, niin olisiko kuitenkin ehkä mahdollista lisätä kansanvaltaisen ja julkisuudessa poliittisesti ja moraalisesti argumentoivan vallankäytön muotoja kaikilla sektoreilla, eikä vain tyytyä niiden muodolliseen olemassaoloon lainsäätämiskfunktion kohdalla?

4.2 OIKEUS JA HALLINTO – PERUSRATKAISUJEN SIIRRETTÄVYYS

4.2.1 Johdanto

Ilmeisesti oikeuden ja politiikan tai hallinnollisen tarkoituksenmukaisuuden ja lainkäyttöön liittyvän oikeusturvan väliset erot ovat todellakin luonteeltaan

⁷⁷⁸ Eriksson 1995: 219.

apriorisia fundamentaalisia vallanjakoisia rajanvetoja. Koska ne samalla ovat perustavia olettamuksia – oikeuden ja yhteiskunnan suhteesta – julkisoikeuden itseymmärryksen kannalta, niin kysymys siitä, voidaanko näitä rajanvetoja siirtää järjestelmästä toiseen, nousee väistämättä esiin. Onko ylipäänsä mahdollista siirtää vaikkapa keskeisiä hallinto-oikeudellisia instituutioita ja julkisoikeuden perustavia oppirakennelmia maasta toiseen ilman, että jokin uhkaa mennä pieleen? Voiko mallivallan taustalla olevia oikeuskulttuurisia oletuksia laisinkaan siirtää? Kyse ei ole pelkästään oikeuden pintatason asioista ja niiden teknisluontoisesta siirtämisestä, vaan oikeuskulttuuriin liittyvistä yleisemmistä seikoista. Siirrännäisten ongelmallisuuden voidaan nimittäin katsoa kohdistuvan yleisten oppien pääfunktioihin.⁷⁷⁹ Asiaa koskeva keskustelu on sikälikin tärkeä, että se liittyy myös suomalaiseen perusoikeusteoriaan, jota on kehitelty vahvasti saksalaisen ja yhdysvaltalaisen valtiosääntöoikeuden vaikutteita soveltaen, paikoin varsin kriittittävästi. Toisaalta myös oman järjestelmämme vallanjakovaikutteet on alun perinkin omaksuttu muualta. Mutta – mitä ylipäänsä voidaan siirtää järjestelmästä toiseen?

Stig Strömholmin näkemyksen mukaan jokainen oikeusjärjestys ilmentää erityistä sosiologista ja älyllistä ilmastoa, jota ei voida palauttaa pelkästään oikeuden teknisten ratkaisujen tasolle.⁷⁸⁰ *Konrad Zweigert* ja *Hein Kötz* puolestaan käyttävät käsitettä oikeusjärjestyksen tyyli esitellessään omaa ratkaisuehdotustaan maailman suurimpien oikeusjärjestysten luokitteluksi. Taiteesta lainattua tyylin käsitettään *Zweigert* ja *Kötz* jäsentävät siten, että se koostuu useista eri osasista. Näitä osasia ovat heidän mukaansa oikeusjärjestyksen historiallinen kehitys, sille ominainen ajattelutapa (esim. juridinen päättely), oikeudelliset tyyppi-instituutiot, oikeuslähteet sekä ideologia.⁷⁸¹ Vieläkin laajemmin voidaan puhua oikeudesta erilaisina ylihistoriallisina ajattelutapoina, oikeustraditoina.⁷⁸² Mainittuja näkemyksiä yhdistää niiden holistinen luonne.⁷⁸³ Näissä näkemyksissä oikeus nähdään kompleksisena kulttuurisena ja kerroksittaisena järjestelmänä, joka koostuu oleellisesti paljosta muustakin kuin vain säädöksistä, ennakkotapakauksista ja instituutioista. Tämän teoksen johdannossa käytettiin mm. Aarnion käsitettä oikeuden kielioppi, joka viittaa juuri sellaisiin oikeuden osiin, jotka ovat vertailevan oikeustieteen mielenkiinnon kohteena; kyse on oikeuden hitaasti muuttuvista kulttuurisista ainesosista, jostain sellaisesta jota voidaan kuvata fundamentaaliseksi ja voimassa olevan järjestelmän kannalta myös episteemisesti aprioriseksi.

⁷⁷⁹ Ks. Jyräki 2003: 37.

⁷⁸⁰ Strömholm 1994: 14.

⁷⁸¹ Zweigert & Kötz 1998: 67–72.

⁷⁸² Ks. esim. Glenn 2000.

⁷⁸³ Vrt. Klami 1997: 6–7.

Sekä Strömholmin käyttämä ilmasto että Zweigertin ja Kötzin tyyli pyrkivät tavoittamaan jotain oleellista siitä, mitä vertaillen ylipäänsä tutkitaan. Yhteistä näille käsitteille on myös niiden ilmeinen irtautuminen positiivisesta oikeudesta ja kiinnittyminen lainsäädännön tai laueammin nk. voimassa olevan oikeuden sijaan oikeudelliseen ajatteluun ja vielä tätäkin syvemälle oikeudelliseen kulttuuriin.⁷⁸⁴ Näin oikeusvertailussa näyttää piirtyvän keskeinen rajankäynti kunkin oikeusjärjestyksen teknisten (oikeudellisten ratkaisumallien) ja oikeuskulttuuristen tekijöiden välillä.⁷⁸⁵ Kyse on viime kädessä yhteiskunnan ja oikeusjärjestyksen välisestä rajapinnasta, joiden ylityksiä ei syvällisessä tarkastelussa voida jättää huomiotta.⁷⁸⁶ Juuri tämän huokoisen rajan muodostaman ongelmapinnan ytimessä kiteytyvät ne lukuisat yhteensovittamisongelmat, joita oikeudelliset siirrännäiset omaksujatahossa aiheuttavat. Oikeudelliset siirrännäiset ovat tärkeä menetelmä oikeusjärjestelmien kehittämisesä, mutta niihin sisältyy runsaasti ongelmakohtia.

Edellisessä luvussa kiinnitettiin erityistä huomiota siihen, miten ja millaiseksi mielletään hallinnon ja hallintolainkäytön välinen raja, mutta tässä luvussa erityinen huomio kiinnittyy kahteen keskeiseen rajanvetoon, jotka myötäilevät yleisempää rajanvetoa oikeuteen ja politiikkaan. Tarkastelun kohteena ovat oikeusjärjestyksen systematiikka ja toisaalta se erityinen tapa, jolla hallintolainkäyttö organisoidaan oikeudenalassystematiikkasidonnaisiin (tässä: vallanjakoisiin) näkemyksiin pohjautuen. Mikä rooli vallanjako-opin käytännön sovelluksilla ja sitä koskevalla oikeusideologialla on silloin, kun puhutaan hallinto-oikeudellisten perusratkaisujen luonteesta ja – kuten tässä luvussa – erityisesti niiden siirrettävyydestä?

4.2.2 Oikeudellisista siirrännäisistä

Oikeusvertailulle tärkeä käsite oikeudellinen siirrännäinen (*legal transplant*), voidaan paikantaa ehkä vaivattomimmin, jos sitä tarkastellaan suhteessa oikeushistorian käyttämään läheiskäsitteeseen reseptio. Oikeustieteellisessä kielenkäy-

⁷⁸⁴ Myös kapempaa käsitettä juristikulttuuri voitaisiin käyttää, mutta se korostaisi nähdäkseni liikaa lakimiesprofession osuutta. Ks. tästä esim. Modéer 1998: 11–14.

⁷⁸⁵ Lähtökohtaisesti oikeusvertailu irtautuu lainopillisen tutkimuksen paradigmaattisesta määrittelystä, koska pyrkimyksenä ei ole voimassa olevan oikeuden tulkinta tai systematisointi oikeuden sisäisestä näkökulmasta käsin. Lainoppia läheisemmät teoreettiset kytkennät oikeusvertailulla on a) muuhun vertailevaan yhteiskuntatutkimukseen (esim. vertaileva valtio-oppi) ja b) oikeustutkimuksen muihin lainopin sitoumuksista itsenäisiin tutkimuslohkoihin (oikeussosiologia, oikeushistoria, oikeusteoria, oikeustaloustiede, oikeuslingvistiikka, oikeusinformatiikka, oikeuspolitiikka ja oikeusantropologia).

⁷⁸⁶ Esim. Heikki E. S. Mattilan tutkimuksessa *Les successions agricoles et la structure de la société* (1979) tematiikka kiertyy oikeudellisten ratkaisujen (tässä tapauksessa maatilaperimyksen) funktioiden suhteeseen niitä ympäröivien yhteiskuntien rakenteeseen ja aiemmassa oikeusvertailussa keskeiseen systeeminutraalisuuden käsitteeseen. Ks. emt. 52–57.

tössä reseptiolla viitataan oikeudellisten ratkaisujen tai vieraan oikeusajattelun omaksumiseen lähdeoikeusjärjestyksestä toiseen oikeusjärjestykseen. Reseptiolla viitataan tavanomaisessa merkityksessään laajamittaiseen omaksumiseen, joten yksittäisten oikeudellisten ratkaisujen omaksumista oikeusjärjestyksestä toiseen ei yleensä nimitetä reseptioksi.⁷⁸⁷ Oikeudellisella siirrännäisellä viitataan yleensä reseptiota pienemmässä mittakaavassa tapahtuvaan vieraan oikeuden omaksumiseen siten, että useimmiten omaksutaan jokin yksittäinen säännös, säädös tai oikeusinstituutio (esim. oikeusasiamies). Siirrännäisiin liittyy myös se, että ne ovat aktiivisen toiminnan tuloksia, kun taas reseptio voi olla joskus luonteeltaan tahattomampaa ja hienovireisempää.

Alan Watsonin mukaan oikeusvertailun varsinaisena ytimenä on oikeastaan kahden oikeusjärjestyksen välinen tutkimus, jossa tutkimusasetelma muodostuu siitä, että toinen näistä järjestelmistä on lainannut jotain elementtejä (instituutioita, ratkaisumalleja) toisesta. Jos useat oikeusjärjestykset lainaavat jonkin oikeudellisen ratkaisun samasta lähdejärjestelmästä, tulee oikeusvertailijan tutkimuskohteeksi se, miten lainattu ratkaisu muotoutuu eri tavoin osaksi niitä oikeusjärjestyksiä, joihin se on siirretty. *Watsonin* käsityksen mukaan tällaisissa prosesseissa on mahdollista tutkia niitä tekijöitä, jotka aiheuttavat oikeuden muuttumisen eli tutkimustehtävä on pitkälti yhtenevä oikeushistorian kanssa. Käytännössä tämä tarkoittaisi sitä, että *Watsonin* hahmotteleman oikeusvertailun avulla kyettäisiin paikantamaan ja erittelemään niitä yleisempiä historiallisia tekijöitä, jotka aiheuttavat oikeuden muuttumisen (tai vaihtoehtoisesti muuttumattomuuden).⁷⁸⁸ Ainakin osa näistä tekijöistä lienee niitä, joita tässä kirjassa kutsutaan fundamentaaliseksi rajanvedoiksi tai oikeuden normatiiviseksi – ja luonteeltaan – aprioriseksi kieliopiksi.

Watsonin näkemystä oikeusvertailusta sekä oikeushistoriallisten seikkojen painottamista vertailun osana ei ole syytä sinänsä moittia. Useimmat oikeusvertailijat myöntävät auliisti oikeushistorian ja -kulttuurin merkityksen oikeusvertailussa. Sen sijaan *Watsonin* näkemys siirrännäisten eräänlaisesta helppoudesta tai periaatteellisesta ongelmavapaudesta on heikommin kritiikkiä kestävä, kuten näkemyserot *Otto Kahn-Freundin* kanssa osoittavat.⁷⁸⁹ *Watson* näet olettaa omassa oikeudellisissa siirrännäisissä koskevassa teoriassaan, että siirrännäisiä voidaan helposti kopioida järjestelmästä toiseen. *Watson* ei laita juurikaan painoa sille, että poikkeavien olosuhteiden johdosta siirrännäinen ei ehkä toimi aiotulla

⁷⁸⁷ Ks. *Mattila* 1998e: palstat 740–746 ja *Bogdan* 2003: 28–29.

⁷⁸⁸ *Watson* 1978: 316. Vertailevan politiikan tutkimuksessa puhutaan diffuusiotutkimuksesta, jossa pyritään selvittämään ja kuvaamaan ilmiöiden leviämistä erilaisista ympäristöistä toiseen. Ks. tästä esim. *Anckar* 1995: 5–7.

⁷⁸⁹ ”We cannot take for granted that rules or institutions are transplantable.” *Kahn-Freund* 1974: 27.

tavalla tai ei sopeudu osaksi uutta järjestelmää ongelmitta. Kahn-Freundin näkemys eroaa Watsonista siinä, ettei Watson näytä huomioivan riittävässä määrin sitä, mistä edellä käytettiin käsitteitä ilmasto ja tyyli, vaan näkee oikeusjärjestyksen ehkä turhan yksipuolisesti erilaisten oikeudellisten ratkaisumallien ja instituutioiden valossa. Kahn-Freund puolestaan painottaa holistisesti sitä, että siirrännäisten kohdalla on erityisen tärkeää hahmottaa, sopiiko siirrännäinen todella siirrettäväksi eli sopeutuuko se – ennustettavassa tulevaisuudessa – aiotulla tavalla uuden järjestelmän osaksi. Kun tällaista arviointia suoritetaan tulevat avoimiksi mm. sellaiset seikat kuin, miten siirrännäinen *de facto* toimii osana alkuperäistä järjestelmää.⁷⁹⁰ Myös alkuperäiset systeemyhteydet ovat tässä tärkeässä asemassa – kyse on siitä, mihin yleisempään järjestelmäkokonaisuuteen siirrännäinen on alun perin kuulunut. Vallanjaon kohdalla tämä on tietysti sikäli ongelmallista, että se ei ole missään todellisessa järjestelmässä ns. puhtaana, vaan se on oppirakenne, josta on olemassa erilaisia sovelluksia.

Kahn-Freundin ajattelu kiinnittyy pitkälti samoihin teoreettisiin lähtökohtiin kuin Strömholmin sekä Zweigertin ja Kötzin ajattelu, niiltä osin kuin sitä edellä selostettiin. Tärkeäksi nousevat oikeudellis-teknisten ratkaisujen lisäksi sellaiset ”ulko-oikeudelliset” tekijät, kuten esimerkiksi oikeuden sosiaalinen konteksti, oikeushistoria ja poliittinen järjestelmä.⁷⁹¹ Mikäli teoreettisluonteisessa keskustelussa oikeudellisista siirrännäisistä halutaan asettua sille kannalle, ettei oikeudellisia instituutioita tai oikeudellisia ratkaisuja voida siirtää samalla tavoin kuin kirurgi irrottaa luovuttajan elimen ja kiinnittää sen saajan kehoon, niin samalla omaksutaan oikeusvertailuun liittyvä tiedollisia perussitoumuksia koskeva ankara asenne.⁷⁹² Tämä asenne on samassa linjassa Strömholmin, Zweigertin ja Kötzin sekä Kahn-Freundin oikeuden kulttuurisia ja ahtaassa mielessä ”ulko-oikeudellisia” piirteitä painottavan ajattelun kanssa. Se näyttäisi sopivan myös sovellettavaksi, kun arvioidaan julkisoikeuden keskeisten rajanvetojen, normatiivisen

⁷⁹⁰ Siirrännäisen käyttö siis ”requires a knowledge not only of the foreign law, but also of its social, and above all its political context”, sanoo Kahn-Freund (1974: 27). Suomessa tätä korosti jo Otto Brusiin (1954: 440).

⁷⁹¹ Watsonin ja Kahn-Freundin eroavista käsityksistä ks. esim. Watson 1976: 79–84 ja Kahn-Freund 1974.

⁷⁹² Julkishallinnon vertailevassa tutkimuksessa kehitelty lähestymistapa hallintoratkaisujen siirtämiseksi eli *development administration* on niin ikään kohdannut viime vuosina kritiikkiä, jonka mukaan ne ratkaisut, jotka toimivat esim. USA:ssa eivät välttämättä toimi odotetulla tavalla toisella yhteiskunnassa. Ks. tästä lyhyesti Salminen 1999: 24–26.

Sama tematiikka nousee esiin esim. Mattilan vertailututkimuksen (1979: 304–305) johtopäätöksissä, joiden mukaan puolalainen maatalan perimystä koskeva normisto ei mitenkään olennaisesti riippunut Puolan silloisesta sosialistisesta yhteiskuntarakenteesta, vaan oli pikemminkin systeemineutraali. Mattilan tulokset antoivat syytä olettaa, ettei Puolan tuolloin jo muutaman vuosikymmenen kestänyt oikeuden sosialistiseksi saattaminen ollut sittenkään vaikuttanut maan (siviili)oikeuden romaanis-germaaniseen perustaan oikeudellisten funktioiden tasolla.

kieliopin, siirrettävyyttä järjestelmästä toiseen.⁷⁹³ Samalla se myös kertoo jotain oikeuden kulttuurisen tason tekijöistä.

Yleisemmällä tasolla transplantti-kritiikki voidaan viedä vielä edellistäkin pidemmälle. *Gunther Teubner* on pitänyt koko käsitettä harhaanjohtavana metaforana. Hän sanoo seuraavasti:

”But ‘transplant’ creates the wrong impression that after a difficult surgical operation the transferred material will remain identical with itself playing its old role in the new organism... when a foreign rule is imposed on a domestic culture... something else is happening. It is not transplanted into other organism, rather it works as fundamental irritation which triggers a whole series on new and unexpected events.”⁷⁹⁴

Teubner puhuu mieluummin ilmiöstä nimeltä *legal irritant* näin korostaen sitä, että siirtämisen kohde aiheuttaa sijoittamisjärjestelmässä jonkinlaisen shokkitilan. Tämän vuoksi hän on halukas korvaamaan koko käsitteen toisella metaforalla; oikeudellisella ärsykkeellä.

4.2.3 Common law -järjestelmän ja romaanis-germaanisen järjestelmän lähentyminen?

Jo ensi silmäyksellä näyttää siltä, että englantilaisen common law’n ja mannermaisen oikeuden erot ovat vallanjaon kohdalla merkittäviä. Isossa-Britanniassa sovelletaan parlamentarismia ja tietyillä ylimmillä tuomioistuimilla on selvää norminluomisvaltaa.⁷⁹⁵ Mannermaalla on taas hiukan hämäämpiä parlamentarisismisovelluksia, eikä tuomioistuimilla ole periaatteessa lainkaan yleistä norminluomisvaltaa. Viime vuosina on voimakkaasti lisääntynyt kirjoittelu, jossa lähdetään liikkeelle siitä olettamuksesta, että Euroopan integraatio johtaa ennen pitkää yleiseurooppalaisen uuden *ius commune* tai *ius Europaeum* -oikeuden syntymiseen.⁷⁹⁶ Toisaalta tällaiseen kehitykseen hyvin kriittisesti suhtautuvia puheenvuoroja on myös esitetty.⁷⁹⁷ Integraatioprosessin liiketilan vuoksi lienee eri-

⁷⁹³ Teoreettisen lainopin reunaehtojen kannalta kysymys – systematiikka ja sen siirrettävyys – on tärkeä. ”Systematiikka on ikään kuin linssi, jonka lävitse katselemme oikeusjärjestystä. Se asettaa asiat juuri tietyllä tavalla toistensa yhteyteen ja jos siirrytään systematiikasta toiseen, tuo *yhteys muuttuu* ja asiat näyttäytyvät toisessa valossa”, kuten Aarnio (1978: 90) kirjoittaa.

⁷⁹⁴ Teubner 1998: 12.

⁷⁹⁵ Common law -järjestelmästä yleensä ks. Husa 1998a: 157–172. Ks. myös Mattila 2002: 425–434.

⁷⁹⁶ Englantilaisen oikeuden eurooppalaistumisesta kirjoittaa Markesinis 1996: 181–191. *Markesinis* katsoo, että ”convergence is taking place”. (emt. 191.) Ks. myös Husa 1998a: 28–31 ja Teubner 1998: 13 ja 31.

⁷⁹⁷ *Pierre Legrand* (1996) katsoo, ettei tällaista kehityspiirrettä ole nähtävissä.

tyisen vaikeaa ottaa lopullista kantaa kysymykseen Euroopan tasolla tapahtuvasta eri oikeusperheiden lähentymisestä. Mikäli pidetään silmällä vain EY-tuomioistuimen toimintaa, näyttäisi suhteellisen selvältä, että ainakin EU-oikeuden parissa kysymys kahden eurooppalaisen suuren oikeusperheen erillisyydestä ei ole mikään ongelma, vaan pikemmin oikeudellisia ratkaisuja sisältävän lähdeaineiksen monipuolistaja. Yrityksissä hahmottaa yhteistä eurooppalaista oikeuden perustaa on ollut suhteellisen vaivatonta ammentaa integratiivisia aineksia EU-oikeudesta.⁷⁹⁸

Mikäli kuitenkin edelleen koetetaan operoida oikeusjärjestyksen teknisen tason yläpuolella ja kiinnitetään huomiota erityisesti oikeuskulttuuriin tekijöihin, niin kysymys eri oikeusperheiden välisestä yhdentymisestä ei näytä tyystin viivahteettomalta. Yksi este voi olla näiden kahden oikeusperheen välisen oikeudellisen ajattelun lähtökohtainen yhteensopimattomuus, eräänlainen oikeuskulttuurinen *inkommensurabiliteetti*. Keskeisiä tekijöitä ovat aikakäsitykset sekä suhtautuminen säädännäiseen oikeuteen. Myös eriävät käsitykset vallanjako-opin merkityksestä ja seurauksesta vaihtelevat.

Yhtenä keskeisenä erona on esitetty toisistaan poikkeavia *aikakäsityksiä*. Mannereurooppalaiselle oikeusajattelulle sanotaan olevan tyypillistä nähdä nykyisyys vapaana ja ennalta sitomattomana tilana, jota menneisyys ei pysty sitomaan. Oikeudelliset säännöt synnytetään tällaisen positivistisen ajattelutavan mukaan eksplisiittisin lainsäädäntötoimin, joilla pyritään tietoisesti ohjaamaan ihmisten käyttäytymistä haluttuun suuntaan. Näin ollen tarvitaan kodifioitua oikeutta, joka ohjaa ihmisten käyttäytymistä kulloinkin haluttuun suuntaan ilman, että ihmiset ovat pakotettuja elämään epävarmuudessa ja epäjärjestyksessä tai jopa kaaoksessa. Kirjoitettuun oikeuteen siis pyritään sisällyttämään ne inhimillisen yhteiselämän pelisäännöt, joita halutaan noudatettavan. Sen sijaan common law -ajattelussa nykyiseen oikeustilaan nähdään vaikuttavan vuosisataiset oikeusperinteet ja vakiintuneet kerros kerrokselta rakentuneet oikeuskäytännöt.⁷⁹⁹ Oikeusjärjestyksen ajatellaan toimivan itsenäisesti ja ilman lainsäätäjän syötteitä siten, että oikeusjärjestys voi toimia vapaasti lakien soveltamisessa. Lakien soveltamiseen ei tule yrittää vaikuttaa (liiaksi) ulkopuolelta, koska tarvitaan ainoastaan kykyä nähdä oikeudelliset puolet ongelmissa, joihin oikeusjärjestelmä löytää vastaukset ilman väliin tulevia tekijöitä.⁸⁰⁰ Viime kädessä kyseessä on

⁷⁹⁸ Esim. hallinto-oikeuden alalta voidaan mainita Jürgen Schwarzen yhteisiä hallinto-oikeudellisia standardeja kartoittava perustutkimus *Europäisches Verwaltungsrecht* (1988, engl. käännös 1992). Myös Ehdotus sopimukseksi Euroopan perustuslaiksi sisältää, varsinkin tekstin alkupäässä, monia esimerkkejä siitä, että artiklojen muotoiluun on poimittu aineksia *yhteisestä* eurooppalaisesta valtiosääntötraditiosta.

⁷⁹⁹ Legrand (1996: 71) kiteyttää common lawn aikakäsityksen seuraavasti: "The common law does not have a beginning: it dates from time immemorial."

⁸⁰⁰ Gessner, Hoeland and Varga 1996: 92–93.

taito löytää oikeustapausmassasta sellainen aiempi tapaus, jonka ratkaisussa voidaan löytää *ratio dicta* lukuisten *obiter dictumien* joukosta.⁸⁰¹

Mannermaisessa oikeusajattelussa teksti, *ius scriptum*, nousee hallitsevaan asemaan, kun taas common law’n piirissä luotetaan sosiaaliseen prosessiin, jossa oikeutta käytetään ja tuotetaan. Klassisen luonnehdinnan mukaan common law’ssa tuomarin sanotaan käyttävän *distinktio*-tekniikkaa tapausten ratkaisemisessa siten, että hän pyrkii etsimään aiemmasta oikeustapausmassasta mahdollisimman samankaltaisen tapauksen, jossa omaksuttua ratkaisua hän sitten voi soveltaa käsillä olevaan tapaukseenkin.⁸⁰² Viime kädessä oleelliseen asemaan nousee se, että kaksi oikeusperhettä käsittää ratkaisun perustana olevan lain käsitteen varsin eri tavoin. Common law’n parissa lainsäätäjän antama normi on säädetty, annettu tai tehty lainsäätäjän nimenomaisin toimin. Varsinainen laki syntyy vasta tuomioistuimen toiminnassa, kun tuomioistuin löytää käsillä olevassa säännönsoveltamis-tapauksessa sen, mikä on lain konkreettinen ja täsmällinen sisältö. Romaanis-germaanisen ajattelun mukaan lain säätämisessä on muodollisella lainsäätäjällä merkittävä rooli ja oikeuden soveltaminen pidetään erillään – ainakin periaatteellisella tasolla – oikeuden luomisesta.⁸⁰³ Mannermainen ajattelu on selvästi vallanjakoisempaa – se haluaa nähdä ja pitää lainsäätämisen- ja lainkäyttämiskäytännöt toisistaan erillisempinä, vaikka se tuntee näitä yhdistävän erityisinstrumentin, valtiosääntötuomioistuimen.

Vaikka kuvatulaiset eroavuudet kahden järjestelmän välillä ovatkin heikkenemässä, niin ne ovat tuskin kokonaan häviämässä. Oikeudellisen ajattelun ja päättelyn tasolla järjestelmien välinen ero kuitenkin vääjäämättä vaikuttaa historiallis-kontekstuaalisena tekijänä. Mikäli hieman yksinkertaistetaan, voidaan hahmottaa erot, jossa common law -päättelyä kuvataan induktiiviseksi ja romaanis-germaanista päättelyä deduktiiviseksi. Induktiivisessa päättelyssä oikeudellisella systematiikalla ja oppirakennelmilla ei ole kovin suurta merkitystä, koska päättely tapahtuu käsillä olevasta yksittäisestä tapauksesta kohti yleistä eli aiempaa *case law*’ta. Sen sijaan deduktiivisessa päättelyssä ajattelu etenee – ainakin ideaalimalli – yleisestä kohti yksityistä eli yleisestä ja abstraktista säännöksestä kohti käsillä olevaa tapausta. Tällaisenaan ero common law’n ja romaanis-germaanisen perheen välillä näyttää turhankin selvälinjaiselta. Kyseessä on karkea yleistys, joka jättää huomiotta monia erilaisia nyansseja sekä käynnissä olevia kulttuurisia muutosprosesseja. Verrattaessa common law’ta ja romaanis-germaanista perhettä maailman muihin suurin oikeuskulttuureihin (esim. islamilainen tai hindulainen oikeus) näyttävät Euroopan kaksi pääoikeusperhettä

⁸⁰¹ Ratio dictasta ja obiter dictasta ks. Shears & Stephenson 1996: 16–17; Bailey & Gunn 1996: 416–421.

⁸⁰² Ks. lyhyesti distinktio-tekniikasta Husa 1998a: 162–164.

⁸⁰³ Gessner, Hoeland and Varga 1996: 96–97.

huomattavasti perheyhtäläisemmässä valossa.⁸⁰⁴ Suomalaisen on huomattavasti helpompi ymmärtää common law'ta kuin esimerkiksi uskontoperusteisia oikeusjärjestelmiä. Tämä johtunee siitä, että erilaisesta tekniikasta huolimatta common law ja romaanis-germaaninen oikeus voivat johtaa hyvin samankaltaisiin ratkaisuihin, tosin erilaisten päättelyketjujen kautta. Sellaiset elimet kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja EY-tuomioistuin ovat omalla toiminnallaan selvästi kaventaneet eroja.

Ehkä EU-oikeus on todellakin yksi todiste siitä, että common law'sta ja romaanis-germaanisista järjestelmistä peräisin oleva erilainen oikeudellinen materiaali voi esiintyä rinnakkain samassa järjestelmässä. EY-tuomioistuimen omat toimintatavat ovat peräisin ranskalaisesta järjestelmästä, kun taas sen – jollain tasolla – noudattama *stare decisis* -oppi muistuttaa brittiläistä oikeuskulttuuria. Saksalainen hallinto-oikeus on monin osin tuonut ainesosia ja doktriineja EU-oikeuteen. Oikeusasiamiesinstituutio on puolestaan peräisin pohjoismaisen oikeuskulttuurin piiristä. Näiltä osin EU-oikeuden voidaan sanoa omaavan hybridisiä piirteitä eli sen oikeuskulttuurisena ominaispiirteenä on eri oikeusperheistä ja oikeusjärjestyksistä peräisin olevien oikeudellisten vaikutteiden sekoittuminen toisiinsa siten, että syntyvä kokonaisuus alkaa saada myös kokonaan uusia – lähdeoikeudesta poikkeavia – piirteitä.⁸⁰⁵ EU-oikeuden ohella myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen merkitys on samansuuntainen. Näiden alojen yhdessä muodostaman eurooppaoikeuden kohdalla on kyse osittain myös siitä, että vaikutteiden kulkusuunta on alkanut kääntyä eurooppaoikeudesta kansallisiin järjestelmiin päin.⁸⁰⁶ Tällaisena eurooppaoikeus on kuitenkin englantilaiselle oikeusalan ammattilaiselle jo lähtökohtaisesti vieras järjestelmä, joka asettaa common law -kulttuurin varaan rakentuvalle oikeusajattelulle runsaasti ajattelutapaan ja sen perusteisiin liittyviä haasteita.⁸⁰⁷

Kysymys EU-oikeudesta muodostaa kuitenkin oman eriytyneen ongelma-alueensa, joka on syytä erottaa yleisemmällä tasolla common law'n ja romaanis-germaanisen oikeusperheen muuttumisesta ja erityisemmällä tasolla kysymyksestä oikeudellisista siirrännäisistä.⁸⁰⁸ Kun kyse on vanhoista ja vakiintu-

⁸⁰⁴ Gessner, Hoeland and Varga 1996: 98–100. Oikeusperheistä ja perheyhtäläisyydestä tai oikeusjärjestysten sukulaisuudesta ks. Husa 1998a: 123–124.

⁸⁰⁵ Husa 1998a: 185–186. Esimerkkinä hybridistä voidaan mainita myös Israelin oikeus, jossa on vahvoja common law -vaikutteita, vaikka nytemmin järjestelmä on alkanut kehittyä myös itsenäisesti (ks. emt. 187–192).

⁸⁰⁶ Ks. myös de Cruz 1995: 158–163.

⁸⁰⁷ Lasok & Bridge 1994: 83–90.

⁸⁰⁸ Yleisellä tasolla voidaan kylläkin todeta, että englantilaisperäinen common law on omaksunut itse asiassa kohtuullisen helposti integraatioperäistä hallinto-oikeutta, koska sen oma hallinto-oikeus ei perustu (mannermaisesta traditiosta poiketen) mihinkään kiinteään dogmaattiseen traditioon, kuten esim. Ranskassa ja Saksassa (ks. Laakso 2000: 127). Mattila (2002: 433) mainitsee konkreettisena esimerkkinä sen, että Englannin tuomioistuimet ovat alkaneet soveltaa yleisiä oi-

neista oikeuskulttuurisista oikeusperheistä, niin käsittelyn kohteena on oikeus, jolla on oikeushistoriallisesti luonnollinen perusta määrätyssä oikeuskulttuurissa. Sen sijaan kun on kyse EU-oikeudesta, niin puhe on oikeudesta, jolla ei ole samanlaista perustaa.⁸⁰⁹ Wilhelmssonin mukaan tämä tarkoittaa myös sitä, ettei EU-oikeutta voida lukea eikä ymmärtää siten kuin kansallista oikeutta. Oikeus saa merkityksensä vasta osana oikeudellista kulttuuria, joka EU-oikeudelta sellaisenaan – siis itsenäisessä mielessä – puuttuu.⁸¹⁰ Tosin EU:n yhä voimistuva valtiosääntöulottuvuus voi *aikanaan* muuttaa tätä asiantilaa. Tätä kirjoitettaessa tämän prosessin seuraavaa valtiosääntöistä välietappia on kuitenkin vaikea luotettavalla tavalla hahmottaa.

Silloin kun siirtäminen oikeusjärjestyksestä toiseen tapahtuu eri oikeusperheiden välillä, tilanne tulee erityisen kiintoisaksi. Seuraavassa tarkastellaan oikeussystematiikkaan ja hallintolainkäyttöön liittyviin keskeisiin rajanvetoihin liittyviä asioita ja niiden siirrettävyyttä englantilaisen hallinto-oikeuden näkökulmasta. Jakson lopuksi havainnot ja huomiot heijastetaan Suomeen ja pohditaan siirrettävyyssystematiikkaa yleisemmällä tasolla ja erityisesti suhteessa vallanjako-oppiin.

4.2.4 Oikeusjärjestyksen systematiikka siirrännäisenä – esimerkkinä englantilainen oikeus

Jo perinteisesti on oikeusvertailussa pidetty yhtenä keskeisimmistä erottavista tekijöistä common law’n ja roomaanis-germaanisen oikeuden välillä edellisestä puuttuvaa, mutta jälkimmäisessä esiintyvää syvällistä erottelua julkis- ja yksityisoikeuden välillä.⁸¹¹ Voidaan tietysti kysyä, mitä oikeudenalassystematiikan vertaileva analyysi voi kertoa tämän kirjan perusjuonesta eli julkisoikeuden kannalta fundamentaalisesta rajanvetoyrityksestä oikeuden ja politiikan kesken. Paljonkin. Tämä siksi, että oikeudenalassystematiikka heijastaa näkemystä siitä, miten erotetaan toisistaan se mikä on *julkista* ja se mikä on *yksityistä*. Tämä dikotomia voidaan nimittäin aika pitkälti palauttaa juuri oikeudelliseen ajatteluun, koska julkinen ja yksityinen määritetään oikeussääntöjen välityksellä. Tämä jaottelu samalla kuvastaa yleisempää implisiittistä näkemystä siitä, mikä koskee julkisia asioita (jotka ovat siis poliittisia) ja, mikä taas koskee yksityisiä asioita (jotka

keudellisia periaatteita, kuten esim. hallinto-oikeuden alan suhteellisuusperiaatetta. Human Rights Act (1998, voimaan 2000) on edelleen kaventanut eroja mannermaiseen oikeuteen, myös oikeuden kulttuurisella tasolla.

⁸⁰⁹ Legrand (1996: 60–61) nostaa tässä yhteydessä esiin erityisesti sen, että eri oikeusperheisiin (Legrand puhuu oikeuskulttuureista) kuuluvien oikeusmentaliteettien erilaisuus on ongelma syvälliselle harmonisoinnille. Samalla Legrand (s. 60 av. 40) viittaa myös siihen, ettei vanhana idealisena mallina pidetty *ius commune* -teesi ole vailla ongelmia.

⁸¹⁰ Wilhelmsson 1997b: 368–371.

⁸¹¹ Tiivis yleiskuva Englannin oikeudesta ks. esim. Bogdan 2003: 91–127.

eivät ole samalla tavoin julkiseen, poliittiseen tilaan kuuluvia asioita).⁸¹² Oikeudenalasytematiikka kertoo siis myös jotain oleellista siitä, millaisia keskeisiä rajanvetoja po. oikeusjärjestyksessä on haluttu tehdä.

Réne Davidin mukaan oikeusjärjestykset muodostavat järjestelmän eli systeemin, jossa käytetään tiettyä sanastoa ja käsitteistöä, jonka puitteissa oikeusnormit myös ryhmitellään määrättyllä tavoin.⁸¹³ Tyypiesimerkki tällaisesta systeemisestä rakentuneisuudesta on oikeusjärjestyksen perusjako kahteen päälohkoon. Erottelun tärkein institutionaalinen seuraus lienee yleisten ja hallintotuomioistuinten erillisuus romaanis-germaanisten tuomioistuinlaitosten kokonaisorganisaatiossa, joka pohjoismaisessa oikeudessa näkyy selvästi Suomen ja Ruotsin järjestelmistä, mutta puuttuu Tanskasta ja Norjasta, kuten edellä (luku 2.2) ilmeni.

Keskeisenä erona common law'n ja romaanis-germaanisen oikeusperheen ja oikeuskulttuurin välillä traditionaalisesti esitetty julkisoikeus/yksityisoikeus-erottelu ei ole pelkästään vanhempien esitysten käyttämä jo selitysvoimansa menettänyt eroavaisuuskriteeri.⁸¹⁴ Myös uudemmassa oikeusvertailukirjallisuudessa oikeussystematiikan peruserottelua pidetään edelleen tietyiltä osin relevanttina, kun on kyse näiden kahden oikeuskulttuurin keskeisimmistä eroavaisuuksista.⁸¹⁵ Yleisellä tasolla on kuitenkin huomattava, että näiden kahden kulttuurin erot ovat pitkällä aikavälillä selvästi pienenemässä, koska sekä Isossa-Britanniassa että Yhdysvalloissa säädännäisen oikeuden merkitys on nousussa. Manner-Euroopassa *case law* on puolestaan kasvattanut merkitystään myös germaanisen oikeuskulttuurin alueella eli jos common law vallanjakoistuu, niin mannermainen oikeus puolestaan ennakkotapausoikeudellistuu. Globaalitasoisen ihmis- ja perusoikeuskorostuksen vaikutusten voi puolestaan olettaa oikeudellistavan lainsäätäjän toimintaa ja harkintaa (ks. tark. ed. 3.2).

Yksi kiintoisa tutkimus common law'n ja mannermaisen oikeuden yhdenmuikaistumisen ja vallanjoon tiimoilta on *J. F. Allisonin* tutkimus, jossa käsittelyn kohteena on oikeussystematiikan (julkisoikeus–yksityisoikeus) siirtäminen ranskalaisessa muodossaan englantilaiseen oikeuskulttuuriin ja siihen liittyvät ongelmat.⁸¹⁶ Allisonin teoksen perusvireenä on siinä jatkuvasti esiintyvä ja eri muo-

⁸¹² Jyräki 1986: 1.

⁸¹³ David 1982: 20.

⁸¹⁴ Tyypiesimerkki case law'sta esim. *Davy v. Spelthorne BC* [1983] 3 All ER 278 (ks. erit. s. 285), jossa yksityis- ja julkisoikeus erottelun todetaan olevan sopiva oikeutta kuvailevaan kieleen, ei niinkään sopiva oikeudelliseen ratkaisutoimintaan liittyen.

⁸¹⁵ De Cruz 1995: 76–79. Ks. myös Husa 1998a: 149–150 ja 159–160.

⁸¹⁶ Allison 1996. Kirjan lähin suomalainen tutkimus on *Heikki Kullan* väitöskirja *Hallinto ja hallintolainkäyttö* (1980). Kullan teos ei kuitenkaan ole luonteeltaan eksplisiittisesti oikeusvertailleva, vaikka Suomen järjestelmän taustojen selvittämisessä hyödynnetäänkin sekä saksalaisen että ranskalaisen järjestelmän historiaa kontekstuaalisesti.

doissaan toistuva inkommensurabiliteetti-teesi, jonka toinen oikeuskulttuurien harmonisoitumisen kriitikko Legrand muotoaa ilmaisuksi ”irreducible difference”.⁸¹⁷ Allison ei kuitenkaan käsittele perustaltaan viimeaikaisia muutoksia, joita englantilaiseen oikeuteen työntyy välillisesti EU-oikeuden suojakuoren alla, vaan kohteena on huomattavasti pidempiaikainen mannermaisen oikeuden siirtäminen, jonka vasta aivan viimeisintä muotoa on EU-oikeusvälitteinen muutos.⁸¹⁸

Allison vertailee erityisesti ranskalaisen valtiovallan kolmijako-opin perustalta syntyvän yksityisoikeus-julkisoikeus erottelun juuria ja toimivuutta sekä yhteensopivuuteen vaikuttavia tekijöitä suhteessa englantilaiseen common law -oikeuteen.⁸¹⁹ Ongelmia aiheuttaa lähtökohtaisesti siis se, että julkisoikeuden keskeiset rajanvedot on tehty toisistaan poikkeavilla tavoilla, vaikka ne koskevatkin samoja asioita. Allisonin vertailumaat ovat Ranska ja Englanti, ja hän myöntääkin, että paikoin vertailu muiden romaanis-germaanisen oikeusperheen järjestelmien kanssa (esim. Hollanti tai Saksa) tuottaisi erilaisen tuloksen.⁸²⁰ Pohjoismaisessa oikeudessa hyviä vertailukohtia olisivat – suhteessa Englannin oikeuteen – Tanska ja Norja, joissa on omaksuttu jako julkis- ja yksityisoikeuteen, muttei tuomioistuinlaitoksen kahtiajakoa.⁸²¹ Kuten tämän kirjan luvussa 2.2 ilmeni, tällä seikalla voi olla koko järjestelmään ulottuvia merkittäviä heijastusvaikutuksia.

4.2.4.1 Erottelun historiallisista taustoista Ranskassa ja Englannissa

Ranskalaisen oikeussystemaattisen erottelun taustoista Allison katsoo, että vielä keskiajalla roomalaisen oikeuden tutkijat olivat kyvyttömiä käyttämään tai muutoin hyödyntämään erottelua aineellisessa, institutionaalisessa tai menettelyllisessä mielessä. Erottelu puuttui tyystin myös ranskalaisesta tapaoikeudesta. Vasta erillisen valtionhallinnon kehittymisen myötä se alkoi saada enemmän merkitystä. Viimeistään Montesquieun teoriassaan tekemä eri valtojen erottelu teki mahdolliseksi tapahtuvan muutoksen käsitteellistämisen siten, että se saattoi heijastua myös oikeuden systematiikkaan. Fundamentaalin rajanvetoyritys voidaan siis tätäkin kautta palauttaa, ainakin osittain, valtiovallan kolmijako-opin

⁸¹⁷ Legrand 1996: 74.

⁸¹⁸ Kirjan saamasta vastaanotosta ks. esim. *L. Neville Brownin* kirja-arvio *European Public Law* -lehdessä (1997: 152–154) sekä *Nicholas Bamfortin* kirja-arvio *Public Law*:ssa (1996: 716–719).

⁸¹⁹ Suomalaisen lukijan on syytä huomata, että osa brittiläisistä kirjoittajista käyttää ilmaisua *public law* viitaten suppeasti lähinnä siihen oikeudenalaan, joka meillä luetaan hallinto-oikeudeksi. Allison tarkoittaa julkisoikeudella erityisesti hallinto-oikeutta. Allisonin tarkoittama *public law* koskee hyvin pitkälle samantyyppisiä asioita, kuin hallinto-oikeus meilläkin. Kotimaisen oppikirjamäärittelmän mukaan hallinto-oikeus on se oikeudenala, joka koskee julkishallinnon organisaa-tiota ja toimintaa (Mäenpää 1996b: 419). Ks. myös Husa & Pohjolainen 2002: 207–208.

⁸²⁰ Allison 1996: 40.

⁸²¹ Ks. lyhyesti KOM 1997: 4, s. 39.

pääkehittäjänä pidetyn historiallisen henkilön ajatteluun, myös nykyisen oikeuden fundamentaalisen kielipin aatehistoriallisesti tärkeään muotoiljaan.

Ennen suurta vallankumousta 1700-luvun lopussa ei ollut mitään systemaattista julkisoikeudellista normistoa. Itse asiassa millään oikeudenalalla ei ollut tällaista normistoa, vaan erilaisilla tapaoikeudellisilla perinteisillä normistoilla (*coutumes locales*) oli merkittävä asema.⁸²²

Erottelun vallankumousta edeltäneen ajan epämuodollisuus ja institutionaali- nen vähämerkityksellisyys johtuivat pitkälti siitä, että erillistä valtionhallinnon käsitettä ei ollut vielä olemassa. Vielä välittömästi vallankumouksen jälkeenkään ei nähty valtion julkisen valtiokoneiston muodostavan sinänsä sellaista uhkaa yksilöille, että erillistä julkisoikeudellista normistoa olisi pidetty oikeussyste- maattisena lähtökohtana tarpeellisenä. Niin ikään vasta vallankumouksen jäl- keen oikeuslaitos alettiin nähdä eräänlaisena esteenä julkishallinnon kehittämi- selle, joten syntyi tarve pitää hallinto ja tuomioistuinlaitos erillään toisistaan. Vasta 1800-luvulla uudistusmieliset poliitikot, Conseil d'Etat'n tuomarit ja lain- opilliset kirjoittajat alkoivat kehittää teoriaa erillisestä valtion hallintokoneistosta ja tuon koneiston toimintaa sitovasta ja rajoittavasta julkisoikeudellisesta nor- mistosta. Suomalaisessa (julkis)oikeustieteessä vastaavankaltaiset ajatusmallit alkoivat yleistyä 1900-luvun alussa, kuten edellisessä luvussa ilmeni.⁸²³

Valtion hallintokoneistosta syntyvän teorian menestykselle oli välttämätöntä, että Ranskan hallintomalli oli alun alkaen keskitetty valtion ympärille. Syntyvä julkisoikeudellinen normisto vaati kehittämään systemaattista normistoa ja kun lainsäätäjät ei tähän haasteeseen vastannut, niin vastuu siirtyi Conseil d'Etat'n harteille. Lainopin tasolla erityisen keskeisenä Allison pitää Duguitin roolia yhenäisen julkisoikeudellisen teoreettisen viitekehyksen muodostamisessa (ai- neellisesti) yhtenäisen julkisoikeuden perustaksi. Käytännössä työ tehtiin siis Conseil d'Etat'n ratkaisutoiminnan kautta. Kritiikistä ja monista vaikeuksista huolimatta akateemiset lainoppineet omaksuivat erottelun niin, että nykyään erottelu on ranskalaisille juristeille täysin luonnollinen, rationaalinen ja myös hyvin tarpeellinen.⁸²⁴ Viimeaikaisista murentumisista (esim. sopimustoiminnan kautta) huolimatta myös suomalaisen oikeustieteilijän on helppo pitää oikeuden- alojen peruserottelua ajattelun luonnollisena lähtökohtana, vaikka entisaikojen jyrkkyysasteet ovatkin haalenneet.

Englantiin jaottelu on saapunut Allisonin mukaan niin myöhäisessä vaiheessa, ettei se ole ehtinyt juurtua oikeusjärjestelmään. Osin tämä johtuu siitä, ettei

⁸²² Ks. esim. Bogdan 2003: 147–148.

⁸²³ Kehityksestä ks. Kulla 1980: 51–70, ks. myös emt. s. 194.

⁸²⁴ Allison 1996: 42–71. Vertailukohdaksi voi ottaa englantilaisen ajattelun, josta esim. mainitta- koon S. H. Baileyn ja M. J. Gunnin yli tuhatsivuinen järkäle *Smith and Bailey on the Modern English Legal System* (1996), joka ei tunne lainkaan erottelua julkis- ja yksityisoikeuteen.

erottelua ole kehitetty akateemisen lainopin ja tuomareiden yhteistoiminnan tuloksena, vaan osana viimeaikaista tuomioistuinmenettelyä. Englantilainen prosessi kumpuaa säännöiltään ja menettelyltään common law'sta, johon ei kuulu lainkaan mitään erillistä teoriaa valtiosta ja sen varaan rakentuvaa teoriaa valtion erillisestä hallintokoneistosta, saati erillisistä funktioista. Siinä missä Ranskassa oli jo 1800-luvulla mahdollista operoida enemmän täsmentyneellä valtion käsitteellä, on Englannissa vastaava käsite *Crown* osoittautunut paljon epämääräisemmäksi.⁸²⁵ Kun Ranskassa valtioteoria erotti julkisen vallan ja sitä käyttävät virkamiehet, Englannissa valtion hallinto samaistettiin ja personoitiin valtaa käyttäviin henkilöihin. Traditionaalisen valtio-käsitteen puuttuessa useimmat common law'n auktoriteetit hylkäsivät myös erottelun julkis- ja yksityisoikeuden välillä pitäen sitä merkityksettömänä ja tyystin sopimattomana common law'hon.⁸²⁶ R. C. van Caenegem kirjoittaa tästä ajattelutavasta seuraavasti:

”Until the nineteenth century, and even beyond, English doctrine proudly maintained that, unlike the Continent, England knew no separate public law or public-law-courts: the traditional common law assumed that the law was indivisible in the sense that same body of rules applied to the government and its agents as well as to private citizens.”⁸²⁷

Eräs tapa, jolla englantilaiset tuomioistuimet ovat pyrkineet ratkaisemaan niitä tapauksia, joissa julkinen valta on toisena osapuolena, on ollut suorittaa arviointia siitä, missä määrin tapaukseen liittyy *julkinen intressi*.⁸²⁸ Käytännössä kehitys on johtanut siihen, että tuomioistuimissa on omatoimisesti pyritty rakentamaan samalla systemaattista erottelua julkis- ja yksityisoikeuden välillä. Nämä hajanaiset ja osin eri suuntiin vetävät pyrkimykset ovat puolestaan kohdanneet vahvaa arvostelua, koska itse peruskysymystä (miten erottaa julkinen ja yksityinen valta) ei Englannissa ole kyetty ratkaisemaan riittävällä selkeydellä.⁸²⁹ Tässä kohden Allisoniin voi kohdistaa perusteltua kritiikkiä, koska julkishallinnolle tai julkiselle intressille ei ole hallinto-oikeudellisessa vertailututkimuksessa kyetty löytämään mitään riidattomia ja selviä kriteereitä muissakaan Euroopan mais-

⁸²⁵ Shears ja Stephenson käyttävät käsitettä *The Queen and the Crown*, joka viittaa sekä monarkiaan että julkiseen hallintokoneistoon kokonaisuudessaan. Kyseessä on käsitteistö, jolla on vahvoja symbolisia funktioita; Se kattaa monarkkisen valtion valtiovallan jakamattomana orgaanisena kokonaisuutena (ks. emt. 1996: 114–115).

⁸²⁶ Allison 1996: 72–81.

⁸²⁷ van Caenegem 1995: 3.

⁸²⁸ Tuomiovallasta osana brittiläistä valtajärjestelmää ks. Holmström 1998: 83–134.

⁸²⁹ Allison 1996: 94–98. Tosin julkis- ja yksityisoikeus -erotteluun myönteisesti suhtautuvat Shears ja Stephenson (1996: 332) koettavat määritellä julkista intressiä seuraavasti: ”it covers the behaviour of the public men, such as the Minister of State and local officials, or anyone who performs any public function. It also covers the works of people, such as authors and artists, who invite criticism by publication of their works.”

sa.⁸³⁰ Nk. kolmannen sektorin sekä välillisen julkishallinnon kasvu jo ovat muutaneet perinteistä jaottelua myös Manner-Euroopassa. 2000-luvulla on entistäkin vaikeampi erotella organisaatioita ja oikeushenkilöitä käyttäen kriteerejä julkinen vs. yksityinen tai tarkoituksenmukaisuuteen liittyvä/poliittinen vs. oikeudenmukaisuuteen liittyvä/oikeudellinen.

Allison kuitenkin suhtautuu hyvin skeptisesti erottelun mahdollisuuksiin common law’n osana, koska erottelu ei pelkästään pysähdy juridisiin traditioihin, vaan se kohtaa myös uusia ongelmia, joista merkittävin on yksityistäminen. Yksityisen ja julkisen sektorin välisen rajan muuttuminen entistäkin epäselvemmäksi on osaltaan vaikeuttanut erottelun juurruttamista Englantiin. Allison katsoo, ettei poliittisilla toimijoilla, tuomareilla kuin sen paremmin tutkijoillakaan ole teoreettisia ja käsitteellisiä valmiuksia rakentaa toimivaa ja selkää erottelua common law’hon. Diceyn vanha periaate, jonka mukaan kaikki henkilöt – tar koittaen sekä yksityishenkilöitä että Kruunun virkamiehiä – ovat common law’n ja yleisten tuomioistuinten toimivallan alaan kuuluvia, on edelleen hengissä.⁸³¹ *Martin Loughlin* kuvaa yleistä tilannetta seuraavasti:

”This tradition is based on the idea that legality is a singular and universal concept and the state and its officers are subject to ordinary process of law in much the same manner as all other persons are governed by law.”⁸³²

Tämä ajatus on tosiasiaassa varsin kärjistetty, sillä tilanne on kyllä viime vuosina muuttunut perinteisen common law’nkin piirissä. Toisaalta jos halutaan korostaa sitä, että lainkäytön eri muodot (prosessit) ovat lähentyneet toisiaan, niin asia voi näyttäytyä erilaisessa valossa – onko siis yleinen prosessi lähestynyt hallintoprosessia vai päinvastoin?

4.2.4.2 Oikeuden systeemisyyys Ranskassa ja Englannissa

Jos oikeudesta puhutaan fundamentaalisen kielioopin tai mallivallan tasolla, niin tällöin sen systeemisyyssominaisuus on keskeinen osa oikeuden kokonaisuutta. Common law’n ja mannermaisen oikeuden välillä on kuitenkin tietty ero siinä, miten *systeemisyyys* ymmärretään ja mikä rooli vallanjaolla tuossa ymmärtämisessä on järjestelmän ymmärtämisavaimena. Allisonin mukaan roomalaiset juristit eivät nähneet oikeusjärjestystä (jakamattomana) kokonaisuutena, mistä johtuen heidän oli helppo erottaa – jollain tasolla – julkis- ja yksityisoikeus. Heidän käyttämänsä erottelu ei kuitenkaan muodostanut oikeussystemaattisesti

⁸³⁰ Ks. esim. Schwarze 1992: 11–24.

⁸³¹ Allison 1996: 101–108.

⁸³² Loughlin 1992: 1.

arvioiden mitään kovin merkityksellistä tekijää. Systemaattisuutta ihannoivan ajattelun saadessa sijaa Ranskassa keskiajalla alkoivat juristi-teologit kiinnittää yhä enemmän huomiota oikeusjärjestykseen systeemisenä ja rationaalisena kokonaisuutena, joka toimisi tiettyjen rakenteellisten puitteiden sisässä. Erottelu sai alkunsa toden teolla vasta suuren vallankumouksen jälkeen, koska sitä edeltäneellä ajalla ei ollut olemassa selvää doktrinääristä erottelua. Varsinaisen muotonsa erottelu sai vallankumousta seuranneen julkisen ja yksityisen elämänsfäärin erottamisen seurauksena sekä tätä seuranneessa Conseil'in aktiivisessa normiston kehittämistoiminnassa.

Hallinto-oikeutta ei kuitenkaan kodifioitu, kuten romaanis-germaanisessa järjestelmässä yleensä toimittiin siviilioikeuden (esim. Code Civil, BGB) kohdalla, vaan kyseessä oli historiallisten tapahtumien, valtioteorian kehityksen, systemaattisuusihanteen sekä Conseil d'Etat:n toiminnan synnyttämä julkisoikeudellinen periaatteisto.⁸³³ Tällaisen case law'n (tai oikeammin siis *jurisprudence*'n) seurauksena on syntynyt elastinen joukko dynaamisia periaatteita, jotka kyllä ovat ohjanneet julkishallinnon toimintaa, mutta joiden oikeus-systemaattisia keskinäisuuhteita on vaikeampi hahmottaa.⁸³⁴ Ylipäänsä tätä viimeksi mainittua ominaisuutta on hankala sijoittaa minkään puhdaslinjaisen teoriarakennelman piiriin; se ei oikein ole vallanjakoinen, muttei myöskään erityisesti välillisen demokratian ja parlamentin asemaa kunnioittava.

Englannissa vastaavat kehitystekijät puuttuivat: ei ollut systemaattista käsitystä oikeusjärjestyksestä, ei selkeää valtioteoriaa erilaisine vallanhaaroinen, ei vallankumousta eikä erillisiä hallinto-oikeudellisiin asioihin keskittyviä tuomioistuinorgaaneja.⁸³⁵ Tradition rakentuminen vanhan kerroksittaisen case law -oikeuskulttuurin varaan osaltaan esti ja estää edelleen ranskalaistyyppisen systemaattisuutta korostavan ajattelutavan elinmahdollisuuksia. Mannermaisen käsitteellisyys, systemaattisuuden ja teoreettisuuden sijaan englantilaiset juristit korostivat pragmaattisuuttaan. Traditiosta huolimatta Englantiin on kehittynyt II maailmansodan jälkeen oma muotonsa judicial review -menettelystä eli hallinnollisten toimien erillisestä lainmukaisuuden arvioinnista.⁸³⁶ Siinä missä man-

⁸³³ Allison 1996: 109–121. Esim. myös Saksassa systemaattisuuden ihanne nousi voimakkaasti esiin oikeustieteellisenä ideaalina. Ks. esim. Wilhelm 1989: 30–32.

⁸³⁴ Conseilin konstruktivisesta roolista esim. harkintavallan väärinkäyttöä koskevan doktriinin kehittäjänä ks. esim. Konstari 1979: 11–13. Ranskalainen oikeusvertailija René David (1982: 109) piti Conseil Etat'ia ilmeisenä merkinä "tuomioistuinten oikeutta luovasta toiminnasta".

⁸³⁵ Loughlin (1992: 59) katsoo, ettei Englannissa ole edes käyty oikein kunnollista keskustelua julkisoikeuden sisällöstä, vaan debatti on hajautunut eri suuntiin yksistään erilaisista teoreettisista lähtökohdista johtuen. Mainittakoon, että Loughlin käsittelee julkisoikeutta myös yhtenä oikeustieteen haarana (emt. s. 2–28), kun taas Allison sulkee tämän aspektin tarkastelunsa ulkopuolelle keskittyen erottelun institutionaaliin sekä aineellisiin puoliin.

⁸³⁶ Judicial review -opilla voidaan englanninkielisenä käsitteenä viitata myös yhdysvaltalaislähtöiseen lakien perustuslainmukaisuuden valvontamenettelyyn. Tästä ks. Jyräki 1989: 123–128. Brit-

nermaisessa oikeudessa kehitettiin järjestelmää yliopistojen piirissä roomalaisen tradition päälle rakentaen ja pitkällä aikavälillä, Englannissa järjestelmä rakentuu viime vuosikymmenten aikaisten tuomioistuinten hajanaisten toimien varaan.⁸³⁷ Ero Ranskan *droit administraatiin* ei siis ole funktionaalisesti arvioiden suuren suuri, vaikka institutionaaliset erot ovatkin silmiinpistäviä.⁸³⁸ Yllättävänkin tärkeä oikeudellisen ajattelun taustatekijä näyttää olevan vallanjako-oppi ja siitä kussakin järjestelmässä omaksuttu sovellus – muu näyttää seuraavan tästä primääriperiaatteesta ja olevan luonteeltaan ainakin oikeussystemaattisesti sekundäarisempää.

4.2.4.3 Vallanjako-opin mallivaltavaikutuksesta

Julkis- ja yksityisoikeuden erottelu tuomioistuinten organisaatioon ja ratkaisutoimintaan vaikuttavana tekijänä eteni Ranskassa kahdessa vaiheessa. Ensiksi tavallisia tuomioistuimia kiellettiin ratkaisemasta valtionhallintoon kytkettyjä tapauksia. Toiseksi kehitettiin erillisiä tuomioistuimia käsittelemään nimenomaan julkisoikeudellisia juttuja. Conseil luotiin ratkaisemaan niitä ongelmia, joita saattoi nousta esiin keskitetyn valtionhallinnon yhteydessä. Orgaanin sisälle muodostettiin kaksi erillistä jaostoa, joista toinen toimi korkeimpana hallinto-oikeutta vastaavana orgaanina, toisen omatessa selvemmin hallinnollisen kuin hallintolainkäytöllisen roolin, kuten edellisessä luvussa jo ilmeni.

Tarkoituksena oli saavuttaa kaksi hyötyä yhdellä iskulla. Yhtäältä haluttiin pitää – aiemmin julkishallinnon kehittämisen esteeksi koettu – tuomioistuinlaitos erillään tehokkaan ja rationaalisen hallintokoneiston kehittamisestä, mutta toisaalta nähtiin tarpeelliseksi ratkaista jotenkin hallinnon oikeudellisen valvonnan ongelma. 1800-luvun kuluessa oikeudellinen osasto muuttui selvemmin riippumattomaksi tuomioistuimeksi, joka omalla toiminnallaan sekä vakiinnutti että hyödynsi oikeussystemaattista erottelua yksityis- ja julkisoikeuden välillä. Muodollisesti tämä kehitys vahvistettiin 1889, mutta Allisonin mukaan Conseil d’Etat’n menestys perustuu varsinaisesti siihen, että oikeudellistumisestaan huolimatta se on säilyttänyt läheiset yhteydet hallinnon käytännön kysymyksiin.⁸³⁹

tiläinen judicial review -menettely keskittyy perinteisesti arvioimaan vain päätöksenteon muotojen laillisuutta, jättäen syrjään tehtyjen johtopäätösten tai muiden seikkojen arvioimisen. Taustalla on common law’n vanha oppi siitä, että ”Kruunun” hallintotoimien täytyy olla lainmukaisessa menettelyssä tehtyjä (*intra vires*), eikä niitä tehtäessä voida mennä lainmukaisten menettelytapojen ulkopuolelle (*ultra vires*). Ks. Ingman 1993: 386–387. Ks. myös van Caenegem 1995: 158 av. 38.

⁸³⁷ Allison 1996: 122–135.

⁸³⁸ Bogdan (2003: 157) laajentaa tämän päätelmän koskemaan maiden oikeutta yleisemminkin (”skillnaden...inte är fullt så stor som man kanske vore benägen att tro”).

⁸³⁹ Allison 1996: 138–152.

Toisin sanoen sen menestys on – tämä ajattelutavan mukaan – perustunut siihen, että se on uhmannut muualla omaksuttua mainstream-tulkintaa vallanjaosta eli oikeuden ja politiikan erottamisesta julkiseen hallintoon liittyen. Paradoksaalisesti se näyttää olevan instituutiona menestyksellinen siis juuri siksi, ettei se noudata yhdysvaltalaistyyppistä vallanjako-oppia.

Suomalaista käsitteistöä käytettäessä yllä kuvattu kehityskulku voidaan kuvata prosessiksi, jossa Ranskassa pyrittiin joustavalla tavalla yhdistämään kaksi erilaista julkiseen hallintotoimintaan liittyvää harkintamuotoa. Käytännössä tämä tarkoittaa yritystä nitoa toisiinsa mahdollisimman saumattomasti tarkoituksenmukaisuuskysymyksiin kohdistuva hallinto-harkinta (= politiikka) ja oikeuskysymyksiin keskittyvä hallinto-oikeudellinen harkinta (= oikeus).⁸⁴⁰ Kuten edellisessä luvussa todettiin, tämän ratkaisun fundamentaaliset rajanvetoyritykset poikkeavat vastaavasta suomalaisesta.

Englannissa Dicey johtavana auktoriteettina vastusti julkis- ja yksityisoikeuden erottelua. Hänen mukaansa erillisten hallintotuomioistuinten perustaminen olisi vaarantanut oikeudellisen riippumattomuuden, joka Diceyn mukaan Conseil d'Etat'lta täydessä mitassa puuttuikin.⁸⁴¹ Tultaessa 1920-luvulle oli kuitenkin tosiasia, että monet sosiaalioikeuden alaan kuuluvia kysymyksiä käsittelevistä kvasijudisiaalisista orgaaneista alkoivat muistuttaa *de facto* hallintolainkäyttöelimiä. Nämä erityiset tribunaalit pyrkivät operoimaan myös julkis- ja yksityisoikeuden välisellä erottelulla. Englannissa syntyi suuri debatti siitä, tarvittaisiinko erillisiä hallintotuomioistuimia. Ensi ratkaisuna perustetut erityiset hallinnolliset tribunaalit epäonnistuivat ja toista ratkaisuyritystä saatiin odottaa aina 1970-luvulle saakka. Tällöin muodostettiin *Crown Office List*, joka on luettelo sellaisista tuomareista, joilla on erityistä hallinto-oikeudellista osaamista. Järjestelmän tarkoituksena oli keskittää julkisoikeudelliset jutut niihin tuomioistuimiin, joissa listalla olevat tuomarit toimivat ilman, että tarvittaisiin mannermaista institutionaalista kahtiajakautumista.⁸⁴²

Kyse on lähinnä työnjaollisesta ratkaisusta. Perinteinen kuilu hallintovirkamiesten ja tuomareiden välillä ei ole pienentynyt. Ranskassa syntynyt malli, jossa kyetään takaamaan riittävä hallinnollinen osaaminen sekä tietty oikeudelli-

⁸⁴⁰ Ks. myös Kulla 1980: 70–82.

⁸⁴¹ Ehkä on kuitenkin paikallaan huomauttaa myös siitä, että – oikeusvertailun näkökulmasta – jonkinlainen eri vallanhaarojen erottelu on todella ollut tyypillinen piirre juuri mannermaiselle oikeustraditioille, eikä sen soveltaminen englantilaiseen common law -oikeustraditioon ole laisinkaan ongelmallista. Ks. myös Glenn 2000: 134–135 erit. av. 67.

⁸⁴² Vuoden 1976 Law Commission on Remedies in Administrative Law -työskentelyn jälkeen, muodostettiin eräiden tutkijoiden mielestä brittiläinen moderni judicial review -doktriini vuodesta 1978 alkaen. Kulmakivioikeustapauksena on mainittu *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 A.C. 237. Ks. tästä myös Rt. Hon. Lord Woolf of Barnes 1995: 57–71.

nen riippumattomuus, on Allisonin mukaan jäänyt Englannissa syntymättä.⁸⁴³ Myös tuomarien karriäärit sekä rekrytointitavat poikkeavat toisistaan.⁸⁴⁴

Kaiken kaikkiaan englantilainen asenne vallanjako-oppiin on poikennut yleismannermaisesta; se ei pyrikään olemaan opillisia rajauksia noudattaen tiukka, koska liian tiukkana sen nähdään olevan tehokkaan governmentin este. Shears ja Stephenson sanovatkin, että "our whole system of responsible government... has been developed in defiance of the doctrine".⁸⁴⁵

4.2.4.4 Siirtämistoimen onnistumisesta

Vaikka Englannissa hallintolainkäyttöllinen 'judicial review' on jatkuvasti kasvanut, ei oikeussysteemaattinen erottelu ole saanut merkittävää asemaa siten kuin Ranskassa (tai meillä Suomessa), jossa erottelu läpäisee koko oikeusjärjestyksen ja vaikuttaa aineelliseen oikeuteen sekä prosessuaalisiin menettelyihin. Satunnainen judicial activism ei ole Allisonin mukaan kuvaa muuttanut, vaikka yksittäisiä yrityksiä on tehty ja tehdään jatkuvasti. Englannissa kehitetty *ultra vires* doktriini ei ole verrattavissa Ranskassa kehitettyyn normistoon, vaikka molempia yhdistääkin kodifioimattomuus. Perusongelmana on Allisonin käsityksen mukaan, miten yhdistää julkishallinnon asiantunteva oikeudellinen valvonta yhteen oikeudellista riippumattomuutta äärimmilleen korostavan common law -ajattelun kanssa. Tutkijoiden ja tuomarien sekä poliittisten toimijoiden asenteet menevät kysymyksessä pahoin ristiin, eikä englantilainen *administrative law* vastaa tärkeimmiltä osiltaan (toimivuus ja opillinen selkeys) lainkaan ranskalais-ta *droit administratif* -järjestelmää.⁸⁴⁶ Tätä Allisonin – varsin kriittistä – käsitystä eivät kaikki englantilaisen oikeuden tuntijat kuitenkaan tue.⁸⁴⁷ Se vaikuttaa – yksinkertaisesti – liioitellulta siksikin, että sen asenne on torjuvan defensiivinen

⁸⁴³ Allison 1996: 152–169. Diceyn ajattelun osalta ks. myös tiivistetysti Loughlin 1992: 159–162.

⁸⁴⁴ Esim. *Lord Goff of Chieveley* totesi Wilbefore-luennossaan vuonna 1997 tästä eroavuudesta seuraavasti: "We common law lawyers... find it difficult to accept that lawyers recruited straight from the body of university graduates can be competent to perform judicial work; though our German colleagues find it equally difficult to accept that advocates can make competent judges." (emt. 1997: 755) Toisaalta on huomattava, että Ranskassa nimenomaan hallintotuomareiden urakierto ei ole ihan niin suljettu kuin yleisten tuomioistuinten puolella. Viimeksi mainittu seikka tuntuisi puhuvan englantilaisen ja ranskalaisen järjestelmän samankaltaisuuden puolesta. Lakimiesammateista Englannissa yleisesti ks. Bailey & Gunn 1996: 113–191, erit. koulutuksesta s. 182–187.

⁸⁴⁵ Shearsin ja Stephensonin mukaan eri vallanhaarat ovat käytännössä toisiinsa kietoutuneita ja funktiot niin sekoittuneita, että "Absolute separation of powers is a theoretical ideal and no more". Ks. Shears & Stephenson 1996: 56–57.

⁸⁴⁶ Allison 1996: 170–189.

⁸⁴⁷ Ks. esim. Rt. Hon. Lord Woolf of Barnes (1995: 70–71), joka pitää englantilaisen hallinto-oikeuden tilaa itse asiassa varsin hyvänä.

suhteessa kaikkiin vaikutteisiin, joita muista järjestelmistä perinteiseen common law'hon mahdollisesti tulee tai on tullut.

Englannissa oikeudenalojen mannermainen erottelu on ollut jatkuvien kiistojen kohteena, eikä mitään konsensusta julkishallintoa koskevien tapausten käsittelytavasta tai noudatettavasta säännöstöstä ole syntynyt. Vieläkään ei – Allisonin mukaan – voida osoittaa mitään kiistatonta kriteeristöä, jolla erottelu voitaisiin tehdä. Kysymys erottelusta palautuu siis kysymykseksi siitä, onko erottelun omaksuminen englantilaiseen common law'hon ollut onnistunut siirrännäistoimi. Allison yhtyy Kahn-Freundin Watsonia vastaan kohdistamaan kritiikkiin, koska hänen mielestään erottelun siirtäminen Englantiin osoittaa hyvin ne vaarat, joita aiheutuu kun yhteiskunnallinen ja oikeushistoriallinen konteksti jätetään huomiotta.⁸⁴⁸ Erityisongelma erottelun juurruttamiselle muodostuu lisäksi EU-oikeudesta, jossa omaksuttuja ratkaisumalleja on pyritty noudattamaan myös EU-oikeuden soveltamisen ulkopuolella, kun on vedetty rajaa yksityisen ja julkisen välille. Allison päätyy tutkimuksensa lopussa käsitykseen, jonka mukaan englantilaisen julkisoikeuden kehittyminen vaatii fundamentaalista uudelleenrakentamista, joko mannermaisen oikeuden mallin mukaan tai perusteellisen sisäisen uudistuksen kautta.⁸⁴⁹ Hän siis haastaa brittiläisen vallanjako-opin soveluksen, joko siirtymään kohti mannermaista linjaa tai tukeutumaan entistä tiiviimmin omaperäiseen julkisoikeuden traditioon. Nykytilanteessa tämä jäljempänä mainittu linja ei vaikuta kovinkaan uskottavalta.

Yhtäältä näkemys julkisoikeuden ja erityisesti hallinto-oikeuden kehittämistarpeesta Englannissa – kaiketi koko EU:n alueella – on luultavasti varsin oikeaan osunut. Yhdentyvän Euroopan alueella on yhä vaikeampi perustella kovin radikaalisti toisistaan poikkeavia oikeudellisia kielioppeja, vallanjakoisia tai ei. Toisaalta nykyisen eurooppalaisen oikeuskehityksen näkökulmasta on luultavasti perusteita painottaa enemmän yleiseurooppalaista ulottuvuutta, joka vaikuttaa kaikkien jäsenvaltioiden järjestelmiin. Jäsenvaltiot eivät voi tulevaisuudessa ylläpitää kahta hallinto-oikeudellista järjestelmää: Yhtä kansallista hallintoa silmällä pitäen ja toista EU-järjestelmää silmällä pitäen.⁸⁵⁰ Kansalliset julkista hallintoa ohjaavat normistot ja oikeuskäytännöt eivät voi toimia irrallaan EU-oikeudesta⁸⁵¹. Yhdenmukaisuutta lisäävä valtiosääntöinen harmonisointi vain edelleen

⁸⁴⁸ Allisonin päätyttyä pitkälti samoille linjoille kuin Teubnerkin (1998: 32), jonka oikeudellisen siirrännäisen/ärsyksen ”result of such a complex and turbulent process is rarely a convergence of the participating legal orders, but rather the creation of new cleavages in the interrelation of operationally closed social discourses”.

⁸⁴⁹ Allison 1996: 235–246. Arviossaan englantilaisen julkisoikeuden huonosta tilasta Allison ei ole yksin. Toisesta näkökulmasta asiaa tarkasteleva Loughlin (1992: 230) antaa niin ikään julkisoikeuden tilasta kurjan kuvan vain muutama vuosi ennen Allisonin teoksen julkaisemista.

⁸⁵⁰ Vrt. Schwarze 1996: 209–210.

⁸⁵¹ Vrt. Mäenpää 1996: 14.

vahvistaa sitä, ettei rinnakkaisten järjestelmien ylläpito ole enää kovinkaan elinvoimainen ajattelumalli.

Romaanis-germaanisen oikeusperheen pohjoismaisen alaryhmän perspektiivistä käsin on helppo huomata, että Allison menettää huomattavan paljon arvokasta aineistoa rajatessaan mannermaisen oikeuden osuutensa vain Ranskan oikeuteen. Toisaalta ranskalainen kodifioimaton julkisoikeus (erityisesti hallinto-oikeus)⁸⁵² on luontaisesti hyvä vertailukohde common law -oikeudelle.⁸⁵³ Lisäksi tiedetään hyvin, että yksistään maantieteelliset tekijät vaikuttavat siihen, että Englannissa pidetään erityisen tarkasti silmällä nimenomaan ranskalaista julkisoikeutta.⁸⁵⁴ Tästä huolimatta muiden romaanis-germaanisen oikeusperheen tai sen alaryhmän eli pohjoismaisen oikeuden edustajien poisjättäminen kiistatta vinouttaa Allisonin vertailua ja sen nojalla tehtyjä päätelmiä. Sillä, kuten edellä ilmeni, on tällä maailmankolkalla kehitetty aivan omanlaisiaan ratkaisuja vallanjako-opin ja parlamentin aseman sekä hallinnon ja lainkäytön välille.

4.2.5 Vertailevia kommentteja

Suomen järjestelmän kannalta ranskalainen malli on mielenkiintoinen, koska sillä on todistettavasti ollut vaikutusta oman järjestelmämme kehittymiseen. Mistään suorasta ratkaisumallin siirto-operaatiosta ei kuitenkaan ole kyse, kuten edellä on jo ilmennyt. Kun Suomessa suunniteltiin ylimmänasteisen hallintolainkäytön reformia, oli tarjolla olevissa vaihtoehtoissa mukana myös Ranskan malli, jota noudatettaessa olisi senaatin talousosastoon perustettu erityinen hallinto-oikeudellinen osasto. Venäjän vallan yltäessä vahvana senaattiin tämä vaihtoehto ei kuitenkaan ollut poliittisesti läheskään niin suotava kuin riippumattoman tuomioistuimen malli. Valtiovallan kolmijako-oppiin nojautuen perusteltiin erityisen hallintotuomioistuimen muodostamista, koska hallinnon sisäisesti tapahtuvalla muutoksenhaulla katsottiin olevan ongelmia suhteessa lainkäytön riippumattomuuteen. Mahdolliset organisatoriset ristiriidat hallinnon ja oikeuslaitoksen välillä eli ongelmallinen jako laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkintaan pyrittiin ratkaisemaan KHOL:in otetulla 5 §:llä.

Vaikka Ranskaa siis pidettiin esikuvana organisoitaessa suomalaista hallintolainkäyttöä, niin organisatoriset ratkaisut tehtiin sittenkin Saksan ja Ruotsin mal-

⁸⁵² Ranskassa ei ole luovuttu ajatuksesta, jonka mukaan oikeuden tulee olla kodifioitua. Vuonna 1995 Ranskan hallitus vahvisti kodifiointiohjelman, joka kattaa vuodet 1996–2000. Kunnianhimoisena tarkoituksena on kodifoida (koko) oikeusjärjestys yhteensä 42 koodeksiksi. Ks. Mattila 1998b: palstat 498–502.

⁸⁵³ Kuten Ingman (1993: 386) toteaa brittiläisestä hallinto-oikeuden perustasta eli judicial review'stä, se perustuu "on inherent common-law power" eli normistojen tosiasialliset perustat eivät eroa toisistaan (eivät perustu säädännäiseen oikeuteen).

⁸⁵⁴ Ranskan mallin osuudesta suomalaisen järjestelmän syntyyn ks. Kulla 1980: 299. Ks. myös Hallberg ja Kanninen 1981: 641–642. Ks. myös ed. luku 4.1.

lien mukaan.⁸⁵⁵ Ranskalaisen järjestelmän todellista omaleimaisuutta eli hallinnollisten ja oikeudellisten harkintamuotojen joustavaa yhdistämistä ei oltu valmiita siirtämään ratkaisumallina Suomeen korkeimman hallintotuomioistuimen osalta.⁸⁵⁶ Funktionaalisesti kaikissa em. järjestelmissä on kuitenkin kyse saman *institutionaalisen* oikeudellisen ongelman ratkaisusta: Miten ratkaistaan hallintotoiminnan ja hallintolainkäytön välinen ero, eli mikä on hallintotoimintaa ja mikä taas lainkäyttöä; mikä politiikkaa/tarkoituksenmukaisuutta ja mikä taas oikeutta/oikeusharkintaa? Englantilaisen järjestelmän puitteissa on kyse hallintotoiminnan ja organisatorisesti jakamattoman lainkäytön välisestä rajanvedosta, mutta funktionaalisesti rajanvedossa on sielläkin kyse samasta asiasta. Ongelmat ovat samat, mutta ratkaisuihin tarjotut rajanvetoyritykset osin hyvinkin erilaisiin ratkaisusuuntiin lähteviä.

Kuten edellisessä luvussa ilmeni, Suomessa lainkäytön ja hallinnon eriyttäminen toisistaan alkoi vähin erin jo 1600-luvulla, kun perustettiin ensimmäinen hallintotuomioistuin irrotettaessa kamarioikeus kamarikollegiosta. Varsin pitkään meillä kuitenkin säilytettiin hallinnon sisäinen muutoksenhakujärjestelmä. Osittain järjestelmä palveli myös hallinnon sisäistä valvontafunktiota, koska muutoksenhaun yhteydessä ylempi viranomainen samalla myös valvoi alempien viranomaisten ratkaisutoimintaa. Kun vuodesta 1809 lähtien ylimmäksi hallinto- ja tuomioistuinorgaaniksi tuli senaatti (aluksi hallituskonselji), niin hallinto- ja talousasiat siirtyivät talousosaston vastuulle ja tuomiovalta siirrettiin puolestaan senaatin oikeusosastolle. Vasta vuonna 1918 vaatimukseen hallinto-oikeudellisten asioiden ratkaisemisesta riippumattomassa hallintotuomioistuimessa vastattiin siirtämällä talousosaston hallinto-oikeudelliset tehtävät korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Muutos vahvistettiin vuoden 1919 HM:ssa. Kaksiasteiseen muutoksenhakujärjestelmään siirryttiin toden teolla vasta 1950-luvulla, kun lääninhallitusten yhteyteen muodostettiin lääninoikeudet. Lääninoikeuksien asema kehittyi hiljalleen itsenäiseen lainkäyttöelimen suuntaan ja vuonna 1989 ne irrotettiin lääninhallituksista myös muodollisesti.⁸⁵⁷ Kehityksen nykyisenä päätepisteenä ovat erilliset ja itsenäiset alueelliset hallinto-oikeudet, jotka sijaitsevat vallanjakoanalyysissä selvästi tuomiovallan alueella, eivät hallitusvallan puolella.⁸⁵⁸

Mutta onko erilaisilla ulkomaisilla vertailuilla sitten mitään annettavaa kotimaisen järjestelmän arvioinnille? Eurooppalaisessa katsannossa Englannin vertaaminen Ranskaan on siinä mielessä ongelmallista, että molemmat ovat ratkai-

⁸⁵⁵ Ranska ei voinut toimia valtio-oikeudellisen organisoinnin mallina, koska keskeiset oikeuden/oikeusturvan ja politiikan/tarkoituksenmukaisuuden väliset rajanvedot oli tehty eri tavoin. Ks. myös Kulla 1980: 299.

⁸⁵⁶ Ks. Kulla 1980: 206–295. Ks. myös Hallberg & Kanninen 1981: 640–643.

⁸⁵⁷ Ks. KOM 1997: 4 s. 26–30. (Tosin Ahvenanmaan hallintotuomioistuin aloitti toimintansa jo vuoden 1994 lopussa.)

⁸⁵⁸ Vastaavasta kehityksestä Ruotsissa ks. Nordquist 2001: 100–104.

sumalleina poikkeuksellisia tai epätyypillisiä. EU:n piirissä (tilanne ennen 2004 laajenemista) vain Irlanti ja Tanska ovat maita, joissa ei ole perustettu erillisiä hallintotuomioistuimia. Ranskan malli on erikoinen, koska se edustaa ainoana ratkaisua, jossa hallintolainkäyttöelimet on organisoitu ainakin muodollisesti osaksi toimeenpanevaa valtiovallan haaraa. Suhteessa suomalaiseen ratkaisuun Ranskan malli on samankaltainen oikeussystematiikan sekä pitkälti aineellisen oikeuden sisällön kannalta.⁸⁵⁹ Suomesta ja Ranskasta puuttuu niin ikään pitkälle kehittynyt englantilainen distinktio-menetelmä. Toisaalta Ranskan organisatoriset perusratkaisut heijastavat julkisoikeudellisen ajattelun fundamentaalieroja siinä, millä tavoin hallinnollinen tarkoituksenmukaisuusharkinta ja hallinto-oikeudellinen oikeusharkinta nivelletään toisiinsa.⁸⁶⁰ Verrattuna Englantiin sekä suomalainen että ranskalainen ajattelu pitävät lähtökohtaisesti hallintoharkintaa ja oikeusharkintaa toisilleen läheisinä harkintamuotoina (siis näin käytännössä, vaikka alkuperäiset tavoitteet olisivat olleetkin toisensuuntaisia), kun taas englantilaisessa mallissa nämä harkintamuodot halutaan pitää – ainakin doktriinin tasolla – ehdottomasti erillään.⁸⁶¹ Tämä on sikäli yllättävää, että englantilainen malli ei ole pohjimmiltaan vallanjakoinen, vaan parlamentaristinen. Vallanjakotulkinnassaan se on kuitenkin common law’lle tyypillisesti tiukka, silloin kun on kyse tuomioistuinvallan riippumattomuudesta.

Englannin doktriini muistuttaa Suomea siinä, että sielläkin korostetaan tuomioistuinten itsenäisyyttä myös organisatorisessa merkityksessä. Toisaalta Englannin oikeus ei tunnusta mannermaista oikeussystematiikkaa eikä tuomioistuinlaitoksen organisatorista kahtiajakautumista. Ranskan ja Englannin hallinto-oikeudelliset järjestelmät ovat lähellä toisiaan siinä, että molemmissa maissa julkishallintoa koskeva oikeudellinen sääntely perustuu pitkälle oikeuskäytännön varaan, kun taas Suomessa säädännäisellä oikeudella on suuri merkitys. Suomea ja Englantia yhdistää tuomareiden taustojen osittainen samankaltaisuus, koska molemmat järjestelmät tunnustavat lakimiesmonopolin lainkäyttöön liittyen, mutta koulutustaustat eivät kuitenkaan ole samankalta-

⁸⁵⁹ Ranskalaisessa ja suomalaisessa ratkaisumallissa ymmärretään laillisuuskysymys englantilaista mallia laveammin: *ultra vires* -opin varaan syntynyt hallinto-oikeudellinen judicial review -doktriini rajautuu päätöksentekomenettelyn (prosessin) laillisuuteen.

⁸⁶⁰ Allisonin vertailussa tämä seikka on itse asiassa juuri tarkastelun ytimessä: Miten voitaisiin siirtää tarkoituksenmukaisuusharkinnan ja oikeudellisen harkinnan yhdistävä malli (oikeusperheestä toiseen) ilman, että vallanjakoa lievennettäisiin liiaksi. Oman käsitykseni mukaan kysymys oikeusjärjestyksen systematiikasta on jossain määrin tästä erillinen asia, kuten Tanska ja Norja hyvin osoittavat. Em. maissahan ei ole erillisiä hallintotuomioistuimia, mutta toisaalta niissä on omaksuttu jaottelu julkis- ja yksityisoikeuteen. Suomen malli hyväksyttiin aikanaan ”keskusteluita”, kuten Kulla (1980: 303) asian ilmaisee.

⁸⁶¹ Ajatteluerot tulevat hyvin näkyviin esim. oikeuslaitoksia vertailevan yhdysvaltalaisen *Martin Shapiron* asian luonnehdinnassa (1981: 154): ”Throughout Europe the administrative courts live in a sort of a halfway house between judicial control of public administration and bureaucratic self-discipline designed to insure the autonomy of the higher civil service.”

set. Sen sijaan Ranskan Conseil d’Etat’n henkilöstö ei koostu pelkästään lakimieskoulutuksen saaneista.⁸⁶² Tuomarikarriäarin sekä professiionaliteetin osalta Suomi ja Ranska ovat lähempänä toisiaan kuin englantilaista järjestelmää, jossa tuomariksi noustaen yleensä pitkällisen asianajajauran jälkeen vasta varttuneella iällä.⁸⁶³ Akateemisen peruskoulutuksen painoarvo on Suomessa ja Ranskassa merkittävässä asemassa, kun taas Englannissa – ei ainakaan tähän saakka – ole asianlaita näin ollut.⁸⁶⁴

4.2.6 Pohdinta

Edellä kirjoitetun perusteella näyttäisi siltä, että vahvat väitteet eurooppalaisten oikeusperheiden yhdentymisestä ovat vielä monessa kohden varsin ongelmallisten argumenttien varassa. Erityisesti vallanjako-oppia, varsinkin sen yhteiskunta- ja oikeusteoreettisia taustaoletuksia, on varsin hankala siirtää järjestelmästä toiseen. Siirrännäisenä se ei ole kuten jokin yksittäinen elin, vaan muistuttaa mieluumminkin koko verenkiertojärjestelmää, joka on tuskin nyky lääketieteenkään keinoin kokonaan siirrettävissä toiseen ihmiseen. Mielenkiintoinen on myös havainto siitä, että oikeuskulttuurisesti erilaisissa järjestelmissä kuitenkin painitaan samanlaisten rajanveto-ongelmien kanssa. Varsin pitkälti voidaan sanoa, että ollaan tekemisissä vallanjako-oppiin sisältyvien perustavaa laatua olevien rajanvetoyritysten kerrannaisvaikutuksien alueella; hallinto-oikeuden keskeiset ratkaisut näyttävät olevan rakennettu vallanjako-opista lähtevien johtopäätösten varaan. Selkeämpi vallanjakomalli tuottaa selkeäpiirteisemmän hallinnon ja hallintolainkäytön *erottelumallin*. Tässä mielessä hallinto-oikeus on oikeudenalana opillisesti ja oikeussystemaattisesti jollain tapaa sekundäärinen suhteessa valtiosääntöoikeuteen.

Yksityisoikeus- ja julkisoikeusystematiikan ja vallanjako-opin sovellusten siirtämiseen liittyvä tapaus osoittaa, että lego-palikoiden siirtämisestä ei todellakaan ole kyse. Samaan suuntaan viittaavat myös – mielestäni – aidosti erilaisia ratkaisumalleja edustavat tuomioistuinlaitoksen organisointitavat (yhtenäinen vs. jaettu), käsitys oikeusjärjestyksestä (holistinen vs. ositettu) ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan sekä oikeusharkinnan välisen suhteen ratkaisutavat (yhdessä vs. erikseen). Aidosti eriävien ratkaisumallien yhteensovittaminen asettaa suuria tiedollisia vaatimuksia siirrännäisillä operoimiselle, mikäli mahdollisia hylkimisreaktioita halutaan välttää tai edes rationaalisesti ennakoida.⁸⁶⁵ Jos toi-

⁸⁶² Husa 1998a: 149–150. Oikeushistoriallis-vertailevana huomiona todettakoon, että Suomessa osa senaattoreista kuului sekä senaatin talousosastoon että oikeusosastoon. Selvään erotteluun siirryttiin vasta vuoden 1918 uudistuksessa.

⁸⁶³ Mattila 1998a: palsta 57.

⁸⁶⁴ Vrt. Mattila 1998f: palstat 748–759.

⁸⁶⁵ Kahn-Freund 1974: 17.

nen järjestelmä on kuitenkin omaksunut yhden tulkinnan siitä, miten tehdään aprioriset fundamentaali-ajanvedot ja toinen järjestelmä taas toisen, vaikka järjestelmät vaikuttaisivatkin pinnalta samanlaisista, niin järjestelmästä toiseen siirtäminen voi olla vaikeaa, koska oikeuskulttuurisen tason ajattelutavat tai ajattelutapojen apriorinen perusta, mallivallan vaatimukset, eroavat toisistaan.⁸⁶⁶ Eri-tyisen selvältä tämä vaikuttaa julkisoikeuden alueella. *Otto Kahn-Freund* kirjoittaa:

”All rules which organise constitutional, legislative, administrative or judicial institutions and procedures, are designed to allocate power, rule making, decision making, above all, policy making power. These are the rules which are closest to the ‘organic’ end of our continuum, they are the ones most resistant to transplantation. Nothing shows it more clearly than the futile attempts to export British parliamentary institutions into countries which do not share the very peculiar features of history, of social structure, and of political consensus characteristic of this country.”⁸⁶⁷

Edellä käsitellyn perusteella vaikuttaa siltä, että ajanveto politiikkaan ja oikeuteen ja siitä seuraava hienosyisempi jako lainsäädäntövaltaan, toimeenpanovaltaan ja tuomiovaltaan on sellainen kokonaisuus, että sitä koskevat oikeuskulttuuriset perusasetteet vaikuttavat olevan merkittäviä seikkoja eurooppalaiselle julkisoikeudelle.⁸⁶⁸ Eivät ehkä empirian, mutta kuitenkin oikeudellisen perussysteemiikan ja ajattelutavan tasolla, siis oikeuden (normatiivisen) syväkulttuurisen ulottuvuuden tasolla. Ne rajaavat sitä, miten jonkin rajatun järjestelmän sisällä ylipäänsä voidaan ajatella, mitä sen luontaisesti oletetaan olevan – syväkulttuurinen ulottuvuus, apriorinen kielioppi, on siis eräänlainen *prisma*, jonka lävitse oikeutta katsotaan ”oikein”. Yksi tämän kirjan yleisempiä ajatuksia onkin se, että vallanjako voi parhaimmillaan tarjota juuri tällaisen makrotason prisman, kun taas perusoikeudet tarjoavat toisenlaisen ja oikeusteoreettisessa mielessä toisen-tasoisin prisma. Ne eivät kumpikaan ole välttämättä sen oikeampia jäsennostapoja; mielenkiintoista on kuitenkin niiden yhtäaikaisen olemassaolon luoma pluralismi ja osittainen jännitteisyys, joka muutoinkin leimaa 2000-luvun alun oikeutta. Vanhat jaottelut oikeuteen ja politiikkaan tai hallintoon ja lainkäyttöön

⁸⁶⁶ Esim. Saksan perustuslain Art. 79 (3) mukaan perustuslain muuttaminen ei voi koskea artiklojen 1. ja 20. ilmaisemia perusperiaatteita. Säännöksellä on dogmaattisessa mielessä suuri vaikutus siihen, miten ajatellaan sääntöjen ja periaatteiden välisestä suhteesta. Tämä oikeuskulttuurinen erityispiirre heijastuu selvästi *Alexyn* (2002) perusoikeusteoriassa, joka rakentuu BVerfG:n käytöksen ja siitä tehtyjen kehitelmien varaan. Tästä huolimatta *Alexyn* mallia on meilläkin sovellettu – paljonkaan pohtimatta sen oikeuskulttuurista ja funktionaalista kontekstia.

⁸⁶⁷ Niinpä *Teubnerin* (1998) ehdottama käsite *legal irritant* voi hyvinkin osua enemmän oikeaan.

⁸⁶⁸ Tässä yhteydessä on ehkä hyvä huomauttaa käsitteiden *rule of law* ja *Rechtsstaat* välisistä peruseroista, vaikkei asiaan tässä sen enempää huomiota kiinnitetäkään. *Rechtsstaat*-käsitteestä tark. ks. Tuori 1991.

näyttävät olevat muutoksessa myös omassa järjestelmässämme. Tuomiovallan ja hallinnon erottelu ei ole perusoikeusvetoisessa järjestelmässä kovin ongelmallista.

4.3 HALLINTOA VAI HALLINTOLAINKÄYTTÖÄ – OIKEUSASIAMIES HALLINNON VALVOJANA

4.3.1 Johdanto

Valtaa voidaan analysoida monen eri tieteenalan näkökulmasta; oikeustieteiden tapa ei todellakaan ole ainoa käyttökelpoinen. Ranskalainen, valtaa sen monissa eri muodoissaan tutkinut filosofi ja teoreettinen sosiologi *Michel Foucault* pohti eräässä kirjoituksessaan vallan juridista käsittelytapaa.⁸⁶⁹ Hän katsoi, että aina keskiajalta saakka läntisissä yhteiskunnissa vallankäyttö on muotoiltu oikeudellisten käsittämistapojen kautta. Läntisten monarkioiden yksi perustava piirre oli hänen mukaansa siinä, että ne olivat rakentaneet itsensä oikeusjärjestelminä; ne pohtivat omaa olemustaan oikeusteorioiden kautta ja laittoivat valtakoneistonsa toimimaan oikeutena. Foucault'n mukaan erityinen juridis-poliittinen ulottuvuus vakiintui kuningasvallan instituutioissa. Oikeus ei kuitenkaan yksin kata tällaista valtaa, mutta se on kuitenkin tässä analyysissä erityinen *koodi*.⁸⁷⁰ Tuon koodin mukaan valta saattaa esittäytyä ja määrätä samalla itsensä käsitettäväksi. Monista historiallisista muutoksista huolimatta – väitti Foucault – yhä vieläkin oikeuden ajatellaan olevan vallan erityinen muoto eli valtaa ajatellaan käytettävän oikeuden muodossa. Tämä vallan muoto on kuitenkin Foucault'n mukaan katoamassa: se on kyllä edelleen olemassa, mutta se kilpailee olemassaolostaan uusien valtamekanismien kanssa. Tämän analyysin mukaan yhteiskunnat ovat siirtyneet yhä enemmän suuntaan, jossa oikeus ei *systeminä* pysty enää koodaamaan valtaa tai tarjoamaan vallalle järjestelmää sen *esittämiseen*.⁸⁷¹ Mikäli analyysi pitää paikkansa, niin myös vallanjako ja sen perustana oleva fundamentaalinen rajanveto on menettänyt voimaansa vallan koodaamisessa *systeminä*.

Foucault'n analyysi oikeudesta perustuu kylläkin melkoiseen yksinkertaistukseen, mutta siinä on mielenkiintoista tässä yhteydessä se, että siinä nähdään oikeus erityisenä vallan käsittelytapana, jonka avulla oikeus voidaan esittää *systeminä*. Tässä(kin) *systemissä* on kaksi keskeistä elementtiä, jotka ovat oikeudellinen ja ei-oikeudellinen.

⁸⁶⁹ Foucault'in valtaa sinänsä koskevista käsityksistä ks. esim. Pulkkinen 1998: 87–117.

⁸⁷⁰ Tässä esitettävä rinnastuu varsin luontevasti niiden lähtökohtien (apriorisuus, kielioppimaisuus, fundamentaalisuus) kanssa, joita esiteltiin tämän kirjan johdannossa (luku 1).

⁸⁷¹ Ks. Foucault 1998: 65–68.

Jos Foucault'n analyysistä palataan vallanjako-oppiin ja suomalaiseen julkisoikeuteen, niin voidaan todeta, että erityisesti hallinto-oikeuden fundamentaalisien kielioopin kannalta (oikeusharkinta vs. tarkoituksenmukaisuusharkinta) näyttäisi siltä, että *kantelut* ovat politiikka/oikeus-jaon periaatteellisen perustan kannalta hankala asia. Yhtäältä ne ovat hallinnon sisäisiä oikeussuojakeinoja, mutta toisaalta niiden käsittely ja vaikutukset poikkeavat laadullisesti monin tavoin muista vastaavista menettelyistä, kuten esimerkiksi alistamisesta ja itseoikaisusta.⁸⁷² Itse asiassa voidaan kai väittää, että kanteluiden käsittelytoiminta eli laillisuusvalvonta on valtiovallan kolmijako-opin kannalta jonkin sortin kummallisuus. Osana julkisen vallan järjestelmää se on erikoislaatuinen oikeastaan juuri siksi, että pelkällä olemassaolollaan se ikään kuin uhmaa niitä keskeisiä oikeuden ja politiikan sekä hallinnon ja hallintolainkäytön välisiä rajoja, joiden varaan julkisoikeuden järjestelmämme sanotaan rakentuvan tai halutaan rakentuvan. Sitä on hankala koodata vallanjaon sisälle. Kyseessä on funktio (ja instituutiotkin), joka ei ole lainkäyttöä, mutta sitä ei myöskään voida pitää oikeastaan silkkana hallintotoimintana. Viimeksi mainittu johtuu siitä, että laillisuusvalvonta on de facto varsin lähellä lainkäyttöä, koska siinä on kyse hallintoiminnan laillisuuden tutkimisesta jälkikäteen siten, että oikeusturvanäkökohdat ovat ainaakin jollain tavalla mukana laillisuusvalvojan toiminnassa.

Yleisiä lainvalvojia Suomessa ovat eduskunnan oikeusasiamies ja valtioneuvoston oikeuskansleri. Myös esimerkiksi lääninhallitukset harjoittavat valvontaa niillä toimialoillaan, joita niille kuuluu. Keskeisin lääninhallituksen valvontalue on käytännössä sosiaali- ja terveysalaan liittyvien kanteluiden käsittelyvastuu. Näiden lisäksi on olemassa erilaisia sektorilainvalvojia eli sellaisia lainvalvojia, jotka kohdistavat valvontansa vain tietynlaiseen toimintaan tai vain määrittäytyjen säädösten soveltamistoimintaan. Tällaisia nk. funktionaalisia laillisuusvalvojia ovat esimerkiksi tasa-arvovaltuutettu (L 610/1986), tietosuojavaltuutettu (L 389/1994) ja vähemmistövaltuutettu (L 660/2001). Tässä luvussa tarkastellaan laillisuusvalvontaa erityisesti oikeusasiamiehen näkökulmasta. Tarkoituksena on analysoida sitä, mitä laillisuusvalvonta oikein on, ja miten se suhteutuu julkisoikeuden keskeisiin rajanvetoihin. Kertooko se ehkä jotain muuta kuin sen, mitä perinteinen vallanjako-oppi haluaisi kuulla kerrottavan? Jos se avaa uuden näkövinkkelin oikeuden ja politiikan väliseen suhteeseen julkisoikeuden alueella, niin millaisesta näkymästä oikein on kysymys?

⁸⁷² Näistä tark. ks. esim. Husa & Pohjolainen 2002: 250–254. Kantelulla tarkoitetaan Merikosken (1976b: 145) määritelmän mukaan ”tehtyä ilmoitusta siitä, että kantelunalainen hallintotoimi on virheellinen tai muusta syystä oikaisua kaipaava.” Tällaista laajasisältöistä kantelua, jota tässäkin luvussa kantelulla tarkoitetaan, Merikoski nimittää *virkaavalvontakanteluksi*, jonka alalaji on virkaastekantelu. Oikeusasiamiehen kantelut ovat erilaisista vireilletulotavoista huolimatta nimenomaisesti virkaavalvontakanteluja, ei virkaastekanteluja.

Eduskunnan oikeusasiamiehen viranomaistoimintaan kohdistuva laillisuusvalvonta oli perinteisesti luonteeltaan hyvin selviin ja karkeisiinkin hallinnon epäkohtiin puuttumista.⁸⁷³ Ankarin keino, jolla havaittuun epäkohtaan voitiin ja voidaan edelleen puuttua, on virkasyytteen nostaminen. Käytännössä laillisuusvalvonta on kuitenkin 2000-luvulla jotain aivan muuta kuin mitä se oli aiempina vuosikymmeninä. Toiminnan painopiste on siirtynyt virkasyytteistä ja virkari-koksista kohti vallanjakoajattelulle vieraampia pehmeämpiä keinoja ja toimenpi-teitä, joilla virkatoimintaan ja muuhun julkisen tehtävän hoitamiseen liittyvää nykyaikaista laillisuusvalvontaa harjoitetaan.⁸⁷⁴ Virkasyytteitä nostetaan luku-määräisesti enää vain hyvin vähän ja ne tulevat kyseeseen lähinnä silloin, kun lainvastaisuudet ja/tai velvollisuuden täyttämättä jättämiset ovat luonteeltaan karkeita ja ilmeisiä. Vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen jälkeen tilanne on muuttunut käytännössä sellaiseksi, että viranomaistoimintaa ja julkisten tehtä-vien hoitamista tarkastellaan, arvioidaan ja siihen puututaan leimallisesti perus-ja ihmisoikeuksien näkökulmasta käsin. Tämä muutos avasi laillisuusvalvonnan kehityksessä uuden merkittävän vaiheen – se avartui vallanjaon kannalta ongel-mallisesti, mutta yksilön aseman kannalta myönteisesti. Näin sekä mikrotason että makrotason siirtymä näyttää liikkuvan vallanjaon peruserottelun edellyttä-mien rajojen kannalta kiusallisiin suuntiin – kiusallisiin siksi, että kehitys on demokraattisen oikeusvaltion laadun kannalta suotavaa, mutta sfäärijaottelun ja funktioerottelun kannalta ei-suotavaa.

Oikeusasiamiehen toiminnan viime vuosien aikana muuttuneeseen luontee-seen kuuluu se, että laillisuusvalvonnan toimenpidekynnys on alentunut. Osal-taan tähän on vaikuttanut valvonnan painopisteen siirtymä legalistisesta arvioin-nista joustavamman perus- ja ihmisoikeusnäkökulman suuntaan. Samalla oi-keusasiamies on saanut uusia argumentointivälineitä, jotka sallivat monipuoli-semman operoinnin. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että vaikkei jokin viran-omaisen toimi tai menettely olekaan ahtaasti tulkiten lainvastainen tai muutoin ahtaan laillisuusvalvonnan näkökulmasta moitittava, asiaan voidaan kuitenkin puuttua virkasyytettä kevyemmällä korjaavalla, ohjaavalla toimenpiteellä. Tässä mielessä valvonta on laadullisesti pehmentynyt ja lainvalvonnassa käytettävä argumentaatio avautunut ja siirtynyt kohti yleistä, ei professionaalisesti spesifiä, kielenkäyttöä.⁸⁷⁵ Samalla oikeusasiamiehestä on tullut pelkkiä lainvastaisuuksia

⁸⁷³ Oikeusasiamiehen toimivallasta aiemmin ks. Hakkila 1939: 235–240; Hidén 1970: 79–80 ja 124–126.

⁸⁷⁴ Ks. myös Saraviita 2000: 537.

⁸⁷⁵ Siis kohti sitä, mitä Wilhelmsson (2001: 223–224) on pitänyt jälkimoderniin juridiikkaan sovel-tuvana kielenkäyttötapana. Tämä on osaltaan esimerkki siitä, ettei perusoikeuksien *joustava* ja *tilanneherkkä* käyttö ole lainkaan pahasta, vaan on mieluumminkin avaamassa suppeiden spesia-listipiirien kieltä laajemmille kansalaisryhmille helpommin ymmärrettäväksi.

vahtivan legalistisen laillisuusinstituution sijaan viranomaistoiminnan *de facto* pehmeä ohjaaja ja hyvän hallintotavan suuntaviivoja osoittava moderni orgaani.⁸⁷⁶ Mikael Hidénin vuonna 1970 julkaistun väitöskirjan loppuosan ennustukset oikeusasiamiehen toiminnan toivottavista kehityssuunnista ovat osoittautuneet hyvin osuviksi.⁸⁷⁷ Kehityskaaren eräs pääteipiste saavutettiin v. 2002 kun oikeusasiamiestä koskeva johtosääntö nostettiin pääosin johtosääntötasolta – PeL:n 80.1 §:n vaatimalla tavalla – lakitasolle (EOAL 197/2002).⁸⁷⁸

Tässä luvussa tarkastellaan oikeusasiamiehen viranomaistoimintaan kohdistamia ohjaavia ja valvovia toimenpiteitä eräiden viimeaikaisten esimerkkien valossa. Painopiste on kanteluiden käsittelyssä, koska se on käytännön valvonnan kannalta merkittävin valvontaprosessin käynnistymistapa. Asiakokonaisuuksista olen valinnut – hallinnonaloja mitenkään erottelematta – nimenomaisesti sellaisia konkretisoivia esimerkkejä, jotka liittyvät hyvään hallintoon ja erityisesti hallintoasian käsittelyn joutuisuuteen.⁸⁷⁹ Tässä yhteydessä näitä tapauksia ei käsitellä suureen oikeusdogmaattiseen yksityiskohtaisuuteen pyrkien, vaikka ne muodostavatkin tekstissä esitettyjen laillisuusvalvonnan luonnetta koskevien yleisempien vallanjakoon liittyvien päätelmien kannalta keskeisen lähdemateriaalin. Valvontaratkaisuja käsittelemällä on mahdollista *asemoida* laillisuusvalvonta suhteessa vallanjako-opin mukaisiin puitteisiin.

Tavoitteena on osoittaa, miten oikeusasiamies voi ohjata viranomaistoimintaa *oikeudellisesti* (vallanjaon kannalta kiintoisasti), vaikka yleensä ottaen oikeudellisen ohjauksen määrä ja tarkkuusaste ovat muuttuneet yhä väljemmäksi samalla, kun suuri osa julkisen vallan ennen hoitamista tehtävistä on luovutettu suoritettavaksi viranomaiskoneiston ulkopuolelle. On myös huomattava, että hallintoasian käsittelyn viivästymistä koskevat asiat eivät pääsääntöisesti tule varsinaisen hallintolainkäyttömenettelyn kohteeksi, joten lainvalvojien käytännöllä on tässä asiassa huomattava merkitys.⁸⁸⁰ Viivästymiset eivät nimittäin tule juuri lainkaan lainkäyttövallan sfäärissä käsiteltäviksi, vaan jäävät – vallanjaon mielessä – toimeenpanovallan piirissä käsiteltäviksi.

4.3.2 Oikeusasiamies – toimivalta ja tehtävät⁸⁸¹

PeL:n 38 §:n mukaan eduskunta valitsee oikeusasiamiehen ja kaksi apulaisoikeusasiamiestä neljän vuoden toimikaudeksi. Valittujen tulee olla etevää laintun-

⁸⁷⁶ Katsaus eduskunnan oikeusasiamiehen toimintaan vuonna 2000: 8–9.

⁸⁷⁷ Hidén 1970: 301–304.

⁸⁷⁸ Ks. tark. HE 202/2001 ja PeVM 2/2002.

⁸⁷⁹ Käsittelyaikoja koskevasta aiemmasta oikeus- ja lainvalvontakäytännöstä ks. OM:n julkaisu Hallintomenettelylaista hallintolakiin (2000), s. 28–30.

⁸⁸⁰ Samansuuntaisesti OM:n julkaisussa Hallintomenettelylaista hallintolakiin (2000), s. 28.

⁸⁸¹ Oikeusasiamiehen johtosäännön (Johtosääntö 251/2000) 13.2 §:n mukaan apulaisoikeusasiamiehet (2 kpl) käsitelivät ja ratkaisivat ne laillisuusvalvontaan kuuluvat asiat, jotka oikeusasiamie-

tijoita. Oikeusasiamies voidaan vapauttaa tehtävästään kesken toimikauden erityisen painavasta syystä. Vapautuspäätöstä täytyy kuitenkin kannattaa vähintään 2/3:ssa annetuista äänistä. ETyöjärj:n 11 §:n mukaan eduskunta valitsee oikeusasiamiehen ja apulaisoikeusasiamiehet vaalimenettelyllä, kunhan PeV on ensin arvioinut tehtävään ilmoittautuneita. On siis helppo havaita, että virkaan nimittäminen ja siinä toimiminen asettuvat toisenlaisiin puitteisiin kuin esimerkiksi tuomarikunnan kohdalla on asianlaita. Lainkäyttöä lähenevistä tehtävistään ja organisatorisesta sijainnistaan huolimatta oikeusasiamies on selvästi – instituutionalaisesti – hallinnon alaan sijoittuva orgaani, kuten myös oikeuskansleri. Tässä mielessä on selvää, että kantelun käsitteleminen ei ole lainkäyttöä, kuten hallinto-oikeuksien ja KHO:n kohdalla, vaan hallintomenettelyä.

Perustuslain 109 §:n mukaan oikeusasiamiehen keskeisin tehtävä liittyy laajasti ymmärrettyyn laillisuusvalvontaan. Käsitys siitä, että laillisuuden valvonta tulee ymmärtää laajasti, on jo vanhaa perua.⁸⁸² Taustalla on yleisempi ajatus siitä, että kaikki virheellinen viranomaistoiminta ei automaattisesti ole myös rangaistavaa virkarikollisuutta.⁸⁸³ Perustuslain 109 §:n mukaan valvonnan kohteena ovat viranomaiset, virkamiehet, julkisyhteisöjen työntekijät ja muutkin, silloin kun nämä hoitavat julkista tehtävää.⁸⁸⁴ EOAL:n 1 §:n mukaan valvottavilla tarkoitetaan tuomioistuimia, hallintoviranomaisia sekä virkamiehiä ja julkisyhteisöjen työntekijöitä ja muitakin, jotka hoitavat julkista tehtävää.

Valvonnan tarkoituksena on valvoa sitä, että valvottavat noudattavat laajassa tarkoituksessa lakia ja täyttävät velvollisuutensa. Käytännössä säännöksessä tarkoitettuja viranomaisia ovat esimerkiksi kuntien ja kuntayhteisöjen toimielimet sekä valtion virastot ja laitokset. Lisäksi valvottaviin viranomaisiin kuuluvat myös tuomioistuimet. Säännöksen tarkoittamia virkamiehiä – edellisiä esimerkkejä mukaillen – ovat kuntien ja kuntayhtymien virkamiehet (esim. kunnanjohtajat, sosiaalityöntekijät, terveyskeskuslääkärit, peruskoulunopettajat) sekä valtion virkamiehet (esim. poliisit, ulosottomiehet, verovirkamiehet), joihin luetaan kuuluviksi myös tuomiovaltaa edustavat tuomarit. Perustuslain säännöksen tarkoittamia muita julkista tehtävää hoitavia ovat valtion, kuntien ja kirkon työntekijät sekä kaikki muut, joille on määrätty julkisia tehtäviä lain tai – lain säännök-

hen, työjärjestyksen tai heidän oman aloitteensa perusteella heille kuuluivat. Valtuudet olivat samat kuin oikeusasiamiehellä (ks. myös PeL 38 §). (Säännös on nykyään EOAL:n 14.2 §:ssä.)

⁸⁸² Esim. Hidénin (1970: 79) mukaan HM:n 49 §:n ilmaus ”laki” tulkittiin laveasti eli se ei viitanut vain muodollisten lakien noudattamisen valvontaan. Valtiosääntöoikeudessa ”laki” voi viitata useinkin koko oikeusjärjestykseen (esim. PeL 2.3 §:n toisessa lauseessa).

⁸⁸³ Ajatuksen tästä ilmaisee silloinen apulaisoikeusasiamies *Jaakko Jonkka*. Kertomus 2000: 32.

⁸⁸⁴ Myös TehtäväjakoL (1224/1990) valtioneuvoston oikeuskanslerin (jäljempänä OKa) kanssa toimii siten, että se ohjaa osan tietyistä asioista pelkästään oikeusasiamiehen laillisuusvalvonnan piiriin vapauttamalla OKa:n laillisuusvalvonnasta eräissä asiatyypeissä. Ks. myös Saraviita 2000: 538–539.

sen sen mahdollistaessa – sopimuksen perusteella.⁸⁸⁵ Pääsääntöisesti valvonta-toimivallan piiriin eivät siis kuulu fyysiset ja yksityisoikeudelliset oikeushenkilöt.⁸⁸⁶ Viimeksi mainitutkin kuuluvat kuitenkin valvontavallan piiriin, mikäli he hoitavat julkista tehtävää. Oikeusasiamiehen valvonta kohdistuu PeL 112 ja 113 §:ien tarkoittamalla tavalla myös valtioneuvoston, ministerien ja tasavallan presidentin päätösten ja toimenpiteiden laillisuuteen.⁸⁸⁷

Toimivaltaansa oikeusasiamiesinstituutio toteuttaa pääasiallisesti tutkimalla sille osoitettuja kanteluita, mutta voi myös puuttua asioihin omasta aloitteestaan. Funktionsa toteuttamiseen oikeusasiamiehellä on laajat oikeudet saada tietoja kaikilta valvontansa piiriin kuuluvilta henkilöiltä ja yhteisöiltä salassapitomääräysten tätä estämättä (kumotun johtosäännön 6.1 §, uusi EOAL 7 § sisältää vain viittauksen PeL:n 111 §:ään).⁸⁸⁸ Lisäksi oikeusasiamies tekee tarkastuksia erityisesti tehtäväjäläin 1 §:n osoittamissa kohteissa. Tällaisia ovat erityisesti vankilat, varuskunnat sekä sosiaali- ja terveysalan laitokset. EOAL:n 5.1 § luonnehtii tarkastuskohteita tarkemmin siten, että tällaisia ovat erityisesti vankilat ja suljetut laitokset sekä puolustusvoimain eri yksiköt ja Suomen rauhanturvajoukoissa palvelevat. OKa:lla on puolestaan erityisenä velvollisuutena (PeL 108.2 §) antaa pyydettyä presidentille ja valtioneuvostolle tietoja ja lausuntoja oikeudellisista kysymyksistä. Oikeusasiamieheltä puuttuu tämänkaltainen erityinen hallitusvaltaa palveleva funktio kokonaan. Tosin oikeusasiamies osallistuu oikeusjärjestelmän kehittämiseen antamalla pyynnöstä kirjallisia lausuntoja valtioneuvostolle ja ministeriöille mm. komiteamietinnöistä. Samoin oikeusasiamiestä voidaan kuulla lainvalmistelutehtäviä suorittavissa elimissä. Lisäksi – vertailussa OKa:an – voidaan huomata, että asianajajien valvonta on työnjaollisesti määrätty OKa:n tehtäväksi.⁸⁸⁹

⁸⁸⁵ Julkisen tehtävän tarkkarajainen määrittäminen ei ole kovin yksinkertaista. Julkinen tehtävänanto tai julkisen edun toteuttaminen voivat olla tällaisia, mutta monesti asia määrittyy vasta tapauskohtaisesti. Oikeusasiamies (D 939/4/01) on pitänyt esim. kauppakamariasetuksen kauppakamareille uskottua tehtävää eli elinkeinoelämän toimintaedellytysten edistämistä PeL 109 §:ssä tarkoitettuna julkisena tehtävänä ”siltä osin kuin sillä toteutetaan julkiselle vallalle perustuslain 18 §:ssä asetettua perusoikeusvelvoitetta”. Em. nojalla oikeusasiamies katsoi keskuskauppakamarin hoitavan julkista tehtävää silloin, kun se valvoo tavarantarkastajien toimintaa mm. käsittelemällä näihin kohdistettuja menettelyvalituksia.

⁸⁸⁶ Ks. myös Saraviita 1998b: 212. Jo varhain oikeusasiamiehen tehtäväkenttä ja toimivalta suuntautui nimenomaan virheellisesti menetelleitä viranomaisia vastaan (ks. Hakkila 1939: 235–236).

⁸⁸⁷ Ks. myös EOAL 1.1 §. Oikeusasiamiehellä onkin (PeL 111.2 §) oikeus olla läsnä valtioneuvoston istunnoissa ja TP:n esittelyissä.

⁸⁸⁸ Käytännössä tämä ei aina onnistu kitkatta. Porotalouslain mukaiseen muutoksenhakuun liittyvässä ratkaisussa (D 1849/4/98) oikeusasiamies kiinnitti – varsinaisen huomautuksen ohella – maa- ja metsätalousministeriön huomiota siihen, että oikeusasiamiehen pyytämät selvitykset tulee toimittaa oikeusasiamiehen kansliaan annetussa määräajassa, ellei asiassa ole myönnetty lisäaikaa selvityksen antamiselle. Ks. asiasta myös PeVM 2/2002, jossa painotetaan tiedonsaantioikeuden yleistä luonnetta ja määräytymistä laillisuusvalvontatehtävän tarpeellisuudesta käsin.

⁸⁸⁹ OKa:n ohjesäännön (1697/1992) 10 §:n mukaan tämän tuli valvoa, että asianajajat toimivat tehtävissään rehellisesti ja tunnollisesti sekä noudattavat hyvää asianajotapaa. Voimassa olevassa

Oikeusasiamies-instituution luonnetta leimaa se, että valvonnassa korostuvat perus- ja ihmisoikeusvalvonta sellaisissa laitoksissa, joissa yksilöihin kohdistuu tavanomaista suurempia väärän vallankäytön riskejä. Lisäksi voidaan havaita, että oikeusasiamiehen asema on OKa: a siinä mielessä selkeämpi, ettei sillä ole samanlaista dualistista luonnetta; oikeusasiamies on erittäin vaikea mieltää keskushallinnon etuja silmällä pitäväksi oikeudelliseksi erityisasiantuntijaksi.⁸⁹⁰ Toki voidaan epäillä, onko tällainen luonnehdinta paikallaan OKa:nkaan kohdalla, vaikka osa sen toiminnasta palveleekin VN:n toimintaa eräänlaisen konsultaat-ion merkityksessä (vrt. Ranskan Conseil d’etat). Instituutioista syntyviin mieli-kuviin tällaisilla seikoilla on kuitenkin epäilemättä vaikutuksensa. Oikeusasiamies on profiloitunut – erityisesti vuoden 1995 jälkeen – hyvää hallintotapaa valvovaksi instituutioksi, jolla on positiivinen kaiku.⁸⁹¹ Lisäksi on huomattava, että oikeusasiamiestä on perusteetonta mieltää myöskään aidossa mielessä eduskunnan ”omaksi” organiksi, niin riippumaton oikeusasiamies valvontatoiminnassaan on.⁸⁹² Yleistä riippumattomuutta korostaa myös EOAL:n 13 §, jonka mukaan oikeusasiamiehen (ja apulaisoikeusasiamiesten) tulee viivytyksettä antaa selvitys eduskunnalle sellaisista sidonnaisuuksista, joilla voi olla merkitystä toiminnalle oikeusasiamiehenä.

Oikeusasiamiehelle voi kannella jokainen, joka katsoo oikeusasiamiehen valvottavan menetelleen tehtävänsä hoitaessaan laittomasti tai jättäneen täyttämättä velvollisuutensa (EOAL 2.1 §). Kantelijaan ei siis kohdisteta mitään yleishallinto-oikeudellista asianosaisuusvaatimusta, joten asian ei tarvitse koskea kantelijan etua, oikeutta tai velvollisuutta (vrt. HLL 6.1 §). Lähtökohtana on kantelun jonkinasteinen vapaamuotoisuus. HallintoL:a (4.2. §) sovelletaan laillisuusvalvontaan, vain rajatuilta osin. Ihan mitkä tahansa kantelut eivät kuitenkaan tule valvonnan kohteeksi, koska ehtona on eräitä välttämättömyyksiä, joiden kaik-

laissa tai asetuksessa OKa:sta (L 193/2000, A 253/2000) tätä mainintaa ei ole. Laissa on ainoastaan viittaussäännös asianajajista annettuun lakiin 1.2 §:ssä.

⁸⁹⁰ Tarkemmin oikeusasiamiehen ja oikeuskanslerin keskinäisten valtasuhteiden muodostumisesta oikeushistoriallisessa kontekstissa ks. Inha 1997: 205–227.

⁸⁹¹ Ks. myös Saraviita 2000: 537–538. Toisessa yhteydessä (1998b: 221) Saraviita on painottanut oikeusasiamiehen OKa: a suurempaa aktiivisuutta perusoikeusvalvonnassa. Tähän vaikuttaa se, että tehtävänjakojärjestelmä helposti ohjaa perusoikeusherkkiä kanteluita juuri oikeusasiamiehelle (emt. s. 222). Jukka Kekkonen (1998: 153–154 av 106) viittaa lainvalvojien omaan ”julkisuuspolitiikkaan”.

⁸⁹² Aiemmin saatettiin korostaa sitä, että oikeusasiamies oli EK:n ”oma orgaani” (esim. Hakkila 1939: 237). Esim. K. J. Ståhlberg (1928: 105–107) sijoitti oikeusasiamiehen eduskunnan johtaman hallinnon alaisuuteen (”eduskunnan johdon alaisena”). Nykyään painotukset ovat muodostuneet oikeastaan päinvastaisiksi, sillä oikeusasiamiehen riippumattomuutta EK:sta korostetaan (esim. Hidén [1997: 82] sanoo ettei oikeusasiamies ole EK:n alainen, koska EK ei voi antaa määräyksiä oikeusasiamiehelle). Kanta on siksikin perusteltu, että oikeusasiamies ei ole mitenkään kytketty lainsäädäntövaltaan tai EK:n sisäiseen hallintoon, vaikka se on organisatorisesti sijoitettu eduskunnan yhteyteen.

kien on pääsääntöisesti täyttyvä (EOAL 3 §). Nämä ehdot vastaavat – tavallaan – lainkäyttöprosessin prosessinedellytyksiä.

Ensimmäinen menettelyllinen ehdoton kriteeri edellyttää, että oikeusasiamies on asiassa toimivaltainen (toimivaltaisuuskriteeri). Käytännössä tämä vaatii, että asia josta kannellaan kuuluu oikeusasiamiehen laillisuusvalvonnan alaan eli koskee oikeusasiamiehen valvottavaa. *Toinen* menettelyllinen kriteeri liittyy kantelun muotoon ja edellyttää, että kantelu tulee tehdä tiettyjä väliä muotomääräyksiä noudattaen: kantelun tulee olla kirjallinen (myös sähköpostia voi käyttää), siitä tulee ilmetä kantelijan nimi ja yhteystiedot sekä tarpeelliset tiedot kantelun kohteena olevasta asiasta. *Kolmas* menettelyllinen kriteeri asettaa viiden vuoden aikarajan: tutkittavaksi otettavan kantelun kohteena oleva asia ei saa olla yli viisi vuotta vanha. Viiden vuoden sääntö on kuitenkin luonteeltaan vain pääsääntö. Siitä voidaan tehdä poikkeus, jos oikeusasiamies löytää kantelun tutkimiseen erityisiä syitä. Käytännössä tällainen voisi olla esimerkiksi valvottavan virheellisen toiminnan vakava moitittavuus. Oikeusasiamies voi käyttää tässä suhteessa harkintavaltaa korostetun itsenäisesti. Sama koskee oikeusasiamiehen mahdollisuutta päättää asiassa tarvittavan selvityksen laajuudesta, jonka riittävydestä päättää oikeusasiamies.

Neljäs kriteeri kantelun tutkittavaksi ottamiselle on luonteeltaan aineellinen ja siihen liittyy myös harkinnan käyttämistä. Kriteerin mukaan tutkittavaksi otetaan vain sellainen kantelu, jossa on aihetta epäillä, että valvottavan toiminnasta löytyy lainvastaisuutta tai velvollisuuden täyttämättä jättäminen. Käytännössä tämä edellyttää kantelun olevan yksilöity, kuten EOAL:n 2.2 §:stä ilmenee (”tarpeelliset tiedot kantelun tarkoittamasta asiasta”). Tästä huolimatta on syytä huomata, että oikeusasiamies pyrkii – kantelun tutkittavaksi ottamista koskevasta päätöksestä riippumatta – vastaamaan sille osoitettuihin kirjeisiin, jos sisällöstä on saatu selvää ja kirjoittajan yhteystiedot ovat olleet käytettävissä.⁸⁹³

Kantelumenettelyn kautta valvonnan kohteeksi tulleet jutut ovat suurin asiaryhmä. Vuonna 2000 niitä tuli vireille 2677 kappaletta. Vuonna 2001 vastaava luku oli 3066 ja vuonna 2002 se oli 2957. EOAL:n 4 § mahdollistaa myös omaaloitteisen epäkohdan tutkinnan siten, että oikeusasiamies voi ottaa tutkintavaltaansa piiriin kuuluvan asian tutkittavakseen omaaloitteisesti. Käytännössä ehtona on tietenkin se, että oikeusasiamies on saanut jotain kautta asiasta tiedon (esim. lehtijuttu, tv- tai radio-ohjelma, eduskuntakeskustelu, muu yhteydenotto kuin kantelu), jonka perusteella tutkinta käynnistyy. Jos omaaloitteisen tutkinnan käynnistämistä arvioidaan edellä mainitun neljännen ja luonteeltaan aineellisen kriteerin valossa, niin oikeusasiamiehen saaman tiedon tulee olla laadultaan sellainen, että syntyy aihetta epäillä valvottavan syyllistyneen lainvastaisuuteen tai jättäneen täyttämättä velvollisuutensa. Lukumääräisesti omaaloitteiset tutkinnat ovat numeroiden valossa vain murto-osa valvonnan kokonaisuudesta.

⁸⁹³ Katsaus 2000: 6.

Vuonna 2000 niitä oli 37 kappaletta, vuonna 2001 38 kappaletta, ja vuonna 2002 taas 35 kappaletta. Tästä huolimatta niillä voi olla huomattavakin merkitys valvonnan kokonaisuutta silmällä pitäen. Vuoden 2000 oma-aloitteisten tutkintojen perusteella nostettiin yksi virkasyyte, tehtiin kaksi esitystä, annettiin kaksi huomautusta ja esitettiin 22 käsitystä. Neljän tällaisen asian kohdalla valvottava oma-aloitteisesti korjasi asiantilan tutkinnan aikana. Vuoden 2001 vastaavat luvut olivat kolme esitystä, 14 huomautusta, kun taas seitsemän asian kohdalla valvottava teki oma-aloitteisen korjauksen. Toimenpiteisiin ryhtymisten suhteellinen osuus on oma-aloitteisissa asioissa huomattavasti suurempi kuin kanteluasioissa.

Oikeusasiamies suorittaa myös laitosten ja virastojen tarkastuksia laillisuusvalvontansa kohteena oleviin asioihin perehtymällä. EOAL:n 5.1 § ei täsmennä sitä, milloin tarkastuksia tulee tehdä, vaan toteaa ainoastaan, että näitä tulee tehdä ”tarpeen mukaan”. Oikeusasiamiehen käyttämän harkinnan lisäksi tarkastustoiminnan määrään ja laatuun vaikuttavat myös instituution käytössä olevat resurssit. Vuosittain kohteita on muutamia kymmeniä. Kohteiden valikoitumiseen vaikuttaa käytännössä pitkälti työnjako OKa:n kanssa.

4.3.3 Hyvä hallinto ja oikeusasiamiehen valvontainstrumentit

Vuoden 1995 perusoikeusmurros heijastelee osaltaan syvällisempää oikeuskulttuurista painopisteen siirtymää (ks. tark. luku 3.1).⁸⁹⁴ Tässä yhteydessä olennainen merkitys on perusoikeuksien suoran sovellettavuuden korostamisella. Perusoikeusuudistus sisälsi myös hyvää hallintoa koskevia säännöksiä. Ei kuitenkaan voida väittää, että tässä suhteessa kaikki palautuisi vuoteen 1995, koska aiemmasta tutkimuksesta tiedämme, että ”hyvä hallintotapa”⁸⁹⁵ on ollut itse asiassa varsin pitkään ja vakiintuneesti oikeusasiamiehen valvontatoiminnan yksi keskeisiä aspektejia.⁸⁹⁶ Jo ennen kotimaista perusoikeusuudistusta oli muuta-

⁸⁹⁴ Vrt. Kekkonen 1998: 146.

⁸⁹⁵ ”Hyvä hallintotapa” ja PeL:n 21 §:n sisältämät hyvän hallinnon osaelementit ovat sisällöltään väistämättä toistensa kanssa päällekkäisiä. *Heikki Kulla* (2000a: 45) katsoo, että hyvä hallintotapa rakentuu lähinnä ”säätelymättömistä, mutta asian mukaiselta hallintotoiminnalta edellytettävistä menettelytavoista, jotka täydentävät lakisääteistä hallintomenettelyä”. PeL 21 §:n säätämisen jälkeen (siis asiallisesti jo v. 1995) tilanne on se, että po. säännös kattaa suuren osan niistä asioista, jotka aikaisemmin oli luettu hyvän hallintotavan sisältämiin vaatimuksiin. Oikeusasiamies instituution ja käytössä olevien instrumenttien kannalta tilanne on kuitenkin hieman eri: oikeusasiamiehen johtosääntö mahdollistaa useiden erityyppisten instrumenttien käytön. Kun on kyse ”pehmeistä” instrumenteista (esim. käsityksen lausuminen) ei liene mitenkään perusteltua rajoittaa vain juuri niihin hyvän hallinnon osaelementteihin, jotka ilmenevät lainsäädännöstä tai nimenomaisesti juuri PeL:n po. säännöksestä. Ks. myös HallintoL 6 §.

⁸⁹⁶ Ks. Tähti 1995: 252–265. Ks. myös emt. liite 2 (s. 535–537), johon on poimittu oikeusasiamiehen vuosien 1984–1993 käytännöstä hyvää hallintoa/hyvää hallintotapaa sivuavat tapaukset.

man vuoden ajan huomioitu ENIOS:n asettamat ihmisoikeusvelvoitteet. Uudemmassa tutkimuksessa onkin voitu selvästi havaita, että hyvän hallinnon nostaminen perusoikeudeksi on kuitenkin vahvistanut ”hyvällä hallinnolla” ja sen asettamilla vaatimuksilla argumentointia.⁸⁹⁷ Hyvästä hallinnosta puhuminen on nykyään yhä suuremmassa määrin korostetunkin perusoikeuslähtöistä, koska hallinto-oikeuden ala on fragmentoitunut siten, että oikeudellinen sidonnaisuus eri hallinnon lohkoilla vaihtelee.⁸⁹⁸ Pirstoutumisen tilassa on varsin luontevaa, että yhteen sitovalla ja joustavalla perusoikeusulottuvuudella on aiempaa suurempi painoarvo. PeL:n 21 §:n sisältöä konkretisoi tuoreen HallintoL, jonka yhtenä keskeisenä tarkoituksena on nimenomaisesti toteuttaa ja edistää hyvää hallintoa⁸⁹⁹. Koska ”hyvä hallinto” ja erityisesti sen perustuslaillinen ulottuvuus on noussut näin keskeiseen asemaan oikeusasiamiehen toiminnassa, niin seuraavassa käsitellään sitä tarkemmin. Tämän jälkeen tarkastellaan oikeusasiamiehen hyvään hallintoon ja muihin valvonnan allekauttuihin kohdistuvia valvontainstrumentteja eli niitä ”keihäänkärkiä”, jotka ylittävät kolmijako-opin edellyttämän jäykän oikeus/politiikka-erottelun, ja operoivat opin kannalta ei-kenenkään maalla.

4.3.3.1 Hyvä hallinto valtiosääntöisenä periaatteena

Edellä (erit. luku 3.2) on nykyaikaisen oikeusvaltion kahtena perusedellytyksenä pidetty vallanjakoa ja perusoikeuksia. Tämä lienee 2000-luvun alussakin hyväksyttävissä jonkinlaiseksi yleisnormatiiviseksi lähtökohdaksi julkisoikeudelle. Lienee sanomattakin selvää, että nykyajan valtiosääntöinen oikeusvaltioulottuvuus (*Verfassungsstaat*) on kuitenkin siinä määrin monisäikeinen asia, ettei se tyhjene vain näihin kahteen fundamenttiin. Nykyaikaisen oikeusvaltioajattelun yksi kulmakivi on ajatus siitä, että julkisen vallan käyttö *perustuu* lakiin ja on samalla myös lain sääntelemällä tavalla *rajattua*. Tämä täysin riippumatta siitä, minkä valtiovallan haaran lohkoilla po. valta operoi. Hyvin yleisellä tasolla on varmaankin oikeaan osuvaa luonnehtia hallinnon lainalaisuusperiaatetta siten, että se liittyy määrätynlaiseen perusymmärrykseen yhteiskunnallisista suhteista – julkisen vallan ja yksityisten kesken – ja niitä koskevan sääntelyn luonteesta ja oikeudellisuudesta.⁹⁰⁰ Nykyjärjestelmässä lainalaisuusperiaate on yksi keskeinen osaelementti laajemmasta hyvästä hallinnosta, joka puolestaan palautuu legitimitettiin tavoittelevan demokraattisen oikeusvaltion ajatukseen. Hyvä hallinto kytkeytyy siis valtiosääntöisen taustansa puolesta myös demokratiaan.⁹⁰¹

⁸⁹⁷ Ks. Kuusikko 2000: 144–150.

⁸⁹⁸ Aer 2000: 279.

⁸⁹⁹ Säännöksellä voidaan ajatella olevan merkitystä tulkintatilanteissa eli se ei ole pelkkä ”koriste”. Vrt. Niemivuo & Keravuori 2003: 87.

⁹⁰⁰ Vrt. Kuusikko 2000: 38.

⁹⁰¹ Vrt. Niemivuo & Keravuori 2003: 88.

Hyvän hallinnon takeet on kirjattu osaksi perustuslakia. Hyvän hallinnon tarkkarajainen sisältö on kuitenkin jossain määrin avoin ja tulkinnanvarainen asia.⁹⁰² Kuten edellä on useaan otteeseen todettu, niin perusoikeuksien täsmäisällön löytäminen edellyttää väistämättä tulkintaa. Asiallisesti hyvästä hallinnosta tehtiin perusoikeus jo vuoden 1995 uudistuksessa, mutta kokonaisuudistuksen jälkeen on otettava lukuun myös PeL 124 §:n aiheuttama hyvän hallinnon periaatteen valtiosääntöinen vahvistuminen. Hyvän hallinnon takeita koskevien säännösten vaikutus ulottuu tulkinnallisesti laajalti hallintotoimintaan sekä hallintolainkäyttöön. Suomalainen säännös on soveltamisalaltaan laajempi ja viranomaistoiminnan kannalta merkityksellisempi, kuin sen esikuvana toiminut Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen kuudes *fair trial* -artikla, joka koskee vain lainkäyttöelimiä.⁹⁰³ Kotimainen säännös ulottuu lainkäyttöelinten lisäksi myös hallintotoimintaan ja näin myös ensi asteessa tapahtuvaan hallintomenettelyyn.⁹⁰⁴ Kansallinen säännös kattaa myös hallintomenettelyn ja julkisen vallan käytön eli laajalti kaiken viranomaistoiminnan. Viranomaistoimintaa sitovat myös muut perusoikeudet, jotka muodostavat oikeudellisen perusrajan viranomaisen toimivallan laajuudelle (PeL 22 §) ja vaikuttavat hallintomenettelyyn ja muuhun hallintoasioiden käsittelyyn eräänlaisina ohjaavina menettelyllisinä perusoikeuksina.⁹⁰⁵ Ne täydentävät ja täsmentävät HallintoL:n mukaista normistoa perustuslain tasolla.

PeL 21 § on otsikoitu nimekkeellä *oikeusturva*, mutta säännös sisältää myös muita viranomaisia kuin tuomioistuimia sisältäviä normeja.⁹⁰⁶ Tätä rinnastamista – oikeudenkäynti ja hyvä hallinto – voidaan myös pitää merkinä suomalaisen oikeuskulttuurin syväjuonteesta; hallinto halutaan nähtävän oikeuden ehdoilla.⁹⁰⁷ Oikeusturva nähdään näin siis laaja-alaisena siten, että siihen kuuluu myös preventiivinen elementti. On hyvinkin perusteltua katsoa, että muutoksenhakumahdollisuus on itse asiassa keskeinen osa nykyaikaista hyvää hallintoa. Säännöksen hallintomenettelyä koskeva ydin (1 mom.) määrää, että jokaisella on

⁹⁰² Vrt. Saraviita 1998b: 224.

⁹⁰³ Ks. myös Aer 2003: 18–24.

⁹⁰⁴ Euroopan Unionin perusoikeuskirjan (2000/C 364/01) 41 artikla sisältää myös oikeuden hyvään hallintoon koskien EU:n toimielimiä ja laitoksia. Artiklaan sisältyy (1. kohta) myös jokaisen oikeus siihen, että asia käsitellään ”kohtuullisessa ajassa”.

⁹⁰⁵ Vrt. Kulla 2000a: 4.

⁹⁰⁶ Muistettakoon kuitenkin se, ettei otsikoilla ole itsenäistä oikeudellista merkitystä, vaan ne lisäävät luettavuutta ja hallittavuutta (HE 1/1998 vp s. 78). Oikeusturvalla on kytkentä myös hyvään hallintoon siinä mielessä, että henkilöillä tulee olla käytössään keinoja, joilla voidaan oikeudellisesti riitauttaa heihin kohdistuva hallintopäätös (PeL 21.1 §). Mahdollisuus muutoksenhakuun on siis myös osa hyvän hallinnon periaatetta. Hyvä hallinto osana modernin hallinnon päämääriä ks. Kuusikko 2000: 77 ss. Ks. myös Kertomus 2000: 67–80 (PeL 21 § purettuna erilaisiin osiin).

⁹⁰⁷ Vrt. Aer 2003: 21–22.

oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa viranomaisessa.⁹⁰⁸ Hallintotoimintaa ohjaavana periaatteena esitetään kolme tärkeää vaatimusta, joista ensimmäinen liittyy menettelyn kaikkinaiseen asianmukaisuuteen, toinen oikeuteen saada asiansa käsiteltäväksi ja kolmas menettelyn joutuisuuteen. Hallintoasian käsittelyä ei tule viivytää aiheettomasti, ellei siihen ole esitettävissä hyväksyttävissä olevia perusteita. Joutisuusvaatimusta voidaan luonnehtia myös ohjelmalliseksi periaateveloitteeksi, joka viittaa kaikkia olosuhteita koskevaan veloitteeseen pyrkiä mahdollisimman joutuisaan asian käsittelyyn.⁹⁰⁹ Yleinen käsittelyn viivytyksettömyyttä hallinnossa koskeva nimenomainen säännös löytyy myös uuden hallintolain 23 §:stä.⁹¹⁰

PeL 21 §:n toisen momentin mukaan hallintoasian käsittelyn julkisuus, oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta, samoin kuin muut hyvän hallinnon (esim. neuvonta hallinnossa) takeet turvataan lailla. Säännös määrää käsittelyn julkisuudesta, joka viittaa pääsääntöisesti asiakirjajulkisuuteen, jonka sisältö puolestaan konkretisoituu tarkemmin JulkL:ssa. Lain 3 §:ssä tarkennetaan julkisuutta koskevan perusoikeuden sisältöä siten, että JulkL:n tarkoituksena ilmoitetaan olevan avoimuuden toteuttaminen ja hyvä tiedonhallintotapa viranomaisten toiminnassa sekä mahdollisuuksien antaminen julkisen valan ja julkisten varojen käyttöön sekä vaikutusmahdollisuuksien antaminen suhteessa julkiseen vallankäyttöön yleensäkin.

Oikeus tulla kuulluksi on PeL 21.2 §:n säännöksestä aiheutuva peruslähdekohta, joka kohdistuu ensisijaisesti asianosaisiin ja on näin siis vaikutukseltaan lähdekohtaisesti suppea. Asianosaisuuden ensisijaisuudesta huolimatta lienee perusoikeusjärjestelmän yleisten tavoitteiden mukaista, että myös muilla tahoilla – joita asia ei ahtaasti tulkiten suoraan kosketa – on oikeus tulla kuulluksi hallintoasian yhteydessä.⁹¹¹ PeL 21 §:n mainitsemalla oikeudella saada perusteltu pää-

⁹⁰⁸ Kulla (2000a: 46) huomauttaa, että PeL 21.1 §:n asianmukaisen ja joutuisan käsittelyn viranomaisiin kohdistama velvoite kattaa huomattavan osan sellaisista tilanteista, jotka on aiemmin luettu sääntelemättömään hyvään hallintotapaan. (HallintoL:n voimaantulo tietenkin muutti aiempaa tilannetta.)

⁹⁰⁹ Kulla 2000a: 80.

⁹¹⁰ Keskeisimmistä muista yleishallinto-oikeudellisista käsittelyaikaa koskevista oikeusohjeista lienee JulkL (621/1999) 14.4 §:n tietojen antamista asiakirjasta koskeva säännös. Konkreettinen menettelyn nopeutta koskeva säännös on myös esimerkiksi YSA (169/2000) 17.1 §:ssä, jonka mukaan ”Lupahakemus on käsiteltävä joutuisasti.” Toinen esimerkki löytyy ToimeentulotukiL 14 §:n uusitusta neljännestä momentista (923/2000), jonka mukaan ”Toimeentulotukiasiat on käsiteltävä kunnassa viivytyksettä.” Ks. myös Hallintomenettelylaista hallintolakiin 2000: 27–28.

⁹¹¹ Tulkinnassa ei ehkä tulisikaan ahtaasti korostaa yksilölähtöisiä oikeuksia, vaan myös PeL:n uusille yhteisöillisille ulottuvuuksille (esim. PeL 20.1 §) voitaisiin antaa painoa. Esim. arvioitaessa ympäristöjärjestöjen oikeutta osallistua ympäristön käyttöä koskevaan päätöksenteon valmisteluun voidaan myös huomioda PeL:n sisältämä ”hyvä hallinto”, joka saattaa puoltaa tiukkaa asianosais-tulkintaa laveampaa lähtökohtaa. (Vrt. Mäkinen 2000: 125.) Tulkintapaine näyttäisi ulottuvan

tös on huomattavaa merkitystä oikeusturvalle, sillä perustelut (tai niiden puute) ovat keskeisessä asemassa, kun asianosainen harkitsee mahdollista tarvetta hakea muutosta päätökseen hallintolainkäyttömenettelyssä. Julkisuuteen liittyvät yleisesti myös viranomaisiin kohdistuvat muut hallinto-oikeudelliset säännökset, joilla pyritään toteuttamaan julkisuutta, kuten esimerkiksi JulkL 19 § ja Kuntal (365/1995) 29 §.

Viranomaisten ja muiden julkisia tehtäviä hoitavien ratkaisujen perusteluilla on myös huomattava merkitys hallintotoiminnan laadun kannalta, minkä lisäksi sillä on myös hallintomenettelyllinen oikeusturvavolttuvuutensa, joka konkretisoituu esimerkiksi oikaisuvaatimuksen kohdalla. PeL:n säännös näyttää asiallisesti kaventavan niitä mahdollisia käyttötilanteita, joissa perustelu voidaan jättää esittämättä. Viranomaistoiminnan kannalta kyse on kattavasta perusteluvollisuuden vaatimuksesta. Esimerkkinä voidaan mainita Ympäristönsuojelulain (86/2000) lupapäätöksen sisältöä koskeva 52.2 §, jonka mukaan päätöksestä tulee ilmetä ratkaisun perusteet ja päätöksen perustelut. Lisäksi päätöksessä on vastattava lausunnoissa ja muistutuksissa tehtyihin yksilöityihin vaatimuksiin. Samansisältöinen on tuoreen HallintoL:n 45 §, jonka mukaan päätös on perusteltava siten, että perusteluissa ilmoitetaan, mitkä seikat ja selvitykset ovat vaikuttaneet ratkaisuun. Lisäksi ratkaisussa sovelletut säännökset tulee nimenomaisesti mainita.

PeL 21 §:n muutoksenhakuoikeutta koskevan normin ydin kohdistuu ensisijaisesti lainsäätäjään, jonka toimintavapautta se rajoittaa siten, että eri hallinnonaloja koskevassa lainsäädännössä ei tulisi tarpeettomasti olla muutoksenhakuoikeutta poistavia tai sitä rajoittavia säännöksiä. Muutoksenhakuoikeuden periaatteellinen tärkeys perusoikeutena (ja ihmisoikeutena, ENIOS art. 13) näkyy mm. siinä, että siitä voidaan KHO:n ratkaisun mukaan johtaa myös suoraan muutoksenhakuoikeus (tässä: oikeus saada asia käsiteltäväksi viime kädessä hallintoriitana), vaikka se ei olisikaan muun asiaa koskevan sääntelyn mukaan mahdollista.⁹¹²

PeL 21.2 §:n maininta siitä, että hyvän hallinnon takeet on turvattava eduskunnan säätämällä lailla, omaa ainakin kahtalaisia vaikutuksia. Yhtäältä maininta hyvästä hallinnosta vahvistaa sen asemaa julkishallintoa koskevana yleisenä pe-

nimenomaan hallintomenettelyyn, sillä HallintolainkäyttöL:n (HLL 586/1996) viranomaistahoja määrittelevien 7–10 §:ien perusteella näyttää siltä, että asianosaisuuden laventamispaine ei ulotu vahvana lainkäyttöön. HMenL 3 §:ssä sen sijaan näytettiin tarkoittavan ”viranomaisella” pääsääntöisesti viranomaisia laajassa merkityksessä (ks. HallintoL:n (434/2003) 2.2 §). Tämä siitä huolimatta, että HLL 1.2 §:ssä käytettävä hallintoviranomaisen käsite tulkitaan siten, että se tarkoittaa sitä, mitä sillä oikeudellisessa kielenkäytössä vakiintuneesti yleisesti tarkoitetaan (ks. Tarukannel & Jukarainen 1999: 23).

⁹¹² Erityisesti on mainittava vuosikirjatapaus 1999:80. Ks. oikeustapauskommenttini (Husa 2001a: 134–140).

riaatteena ja antaa myös samalla lainvalvojaviranomaisille (oikeusasiamies ja OKa) tehokkaan argumentointivälineen hallinnon epäkohtien rajoittamiseen ja poistamiseen tähtäävässä toiminnassa. Toisaalta säännös asettaa lainsäätäjälle velvoitteen tai toimeksiannon, jonka sisältö on siinä, että perusoikeuden (oikeus hyvään hallintoon) sisältö täsmentyy ja saa tarkemman sisältönsä vasta hyvän hallinnon perusoikeuden (21 §), PeL 124 §:n ja tavallisen lainsäädännön muodostamasta sääntelykokonaisuudesta. Kokonaisuuden aikaansaaminen on pääsääntöisesti kuitenkin lainsäätäjän tehtävä.⁹¹³

Hyvään hallintoon liittyvän perusoikeuden voitaneen perustellusti katsoa aset-tavan kokonaisuutena myös yleisluontoisen vaatimuksen hyvän hallinnon kehittämisestä muun muassa palveluja parantamalla.⁹¹⁴ Lisäaspektina voidaan tässä mainita se paradoksaalinen suhde, joka lainvalvojien toimivallalla ja yksityistämisellä on; kun julkinen tehtävä siirtyy viranomaiskoneiston ulkopuolelle, niin lainvalvojien toimivalta vastaavasti laajenee kattamaan orgaaneja, jotka eivät ole viranomaisia tai julkisoikeudellisia oikeushenkilöitä.⁹¹⁵ Toisin sanoen samalla kun julkishallinto yksityistyy, niin yksityinen sektori julkisoikeudellistuu eräiden toimintojensa sekä niihin kohdistuvan valvonnan kannalta.⁹¹⁶ Tällaista kehitystä on hyvin vaikea hahmottaa vallanjako-opin episteemisistä ja normatiivisista puitteista käsin. Vallanjaon kannalta on merkillepantavaa se, että perusoikeutena po. säännös *läpäisee* julkisen vallan kokonaisuudessa, riippumatta siitä mistä vallan haarasta kulloinkin on kysymys. Tämä luonnollisesti myös heijastuu lainvalvontaan – sekään ei voi rajautua karkeiden politiikka vs. oikeus -erottelujen mukaisella tavalla, vaan joutuu ylittämään ne. Teoreettisen lainopin kannalta kiintoisa kysymys on se, miten tähän ylittämiseen pitäisi oikein suhtautua? Pалаan tähän tematiikkaan kirjan loppuluvussa.

4.3.3.2 Oikeusasiamiehen hyvän hallinnon valvontainstrumentit

Yleisten laillisuusvalvojien käytäntö, lainkäyttöpraksiksen ohella, on keskeinen lähde arvioitaessa sekä hyvän hallinnon sisältöä että sen toteutumista.⁹¹⁷ Valvontainstrumenttien käytön suhteen on lähtökohtana se, että asian aiheuttamien toimenpiteiden päättämisessä oikeusasiamiehellä on huomattavaa harkintavaltaa.⁹¹⁸

⁹¹³ Ks. Saraviita 2000: 111–112.

⁹¹⁴ Kuusikko 2000: 135.

⁹¹⁵ Vrt. Jyräki 2000: 250.

⁹¹⁶ Autonkatsastukseen liittyvässä oikeusasiamiehen päätöksessä (D717/4/1999) katsottiin autonkatsastustoimintaan kuuluvissa hyväksymis-, hylkäämis- ja kieltopäätöksissä olevan kyse julkisen vallan käytöstä. Tällä perusteella mm. katsastukseen liittyvä menettelytapaneuvonta kuului oikeusasiamiehen valvontavallan piiriin, vaikkei asiassa ryhdyttykään toimenpiteisiin. Ks. myös HallintoL:n soveltamisalaa koskevat 2 § ja 3 §.

⁹¹⁷ Vrt. Siitari-Vanne 2000: 1223.

⁹¹⁸ Hidén 1997: 83.

Lainvalvoja ei ole sidottu yksinkertaiseen laillinen–laiton-dikotomiaan, vaan voi kiinnittää huomiota myös sellaisiin tekijöihin, joihin lainkäyttöelin ei voi prosessisääntöjen vuoksi samalla tavoin tarttua. Hyvän hallinnon luonne perusoikeutena on yksi peruste oikeusasiamiehen pitkällekin menevän toimivallan puolesta.⁹¹⁹ Valvonnan harjoittaminen perustuu siihen, että oikeusasiamiehellä on sekä resursseja että lainsäädännön tarjoamia välineitä tehtävänsä suorittamiseksi.⁹²⁰ Oikeusasiamiehen instrumentit, joiden avulla tämä pystyy vaikuttamaan viranomaistoimintaan, ovat: virkasyyte, huomautus, moittiva käsitys, ohjaava käsitys, esitys, kertomus ja muu tiedottaminen. Vain ensimmäinen on selkeästi tuomiovallan sfääriin kytkeytyvä, kun muut taas liikkuvat asteittain kohti toimeenpanon poliittista ja tarkoituksenmukaisuuteen liittyvää ulottuvuutta.

Instrumentit voidaan luokitella ankariin, lieviin ja neutraaleihin toimenpiteisiin.⁹²¹ Virkasyytteeseen (PeL 110.1 §) ryhtyminen on luonteeltaan ankara toimenpide, joka perustuu selkeään valvonnassa havaittuun lainvastaisuuteen. EOAL:n 10.1 §:n mukaan oikeusasiamies voi antaa valvottavalle huomautuksen, jos oikeusasiamies katsoo, että tämä on menetellyt lainvastaisesti tai on jättänyt lainmukaisen velvollisuutensa täyttämättä. Huomautus-toimenpide antaa mahdollisuuden olla ryhtymättä ankarampaan toimenpiteeseen, koska se sisältää harkintamahdollisuuden, vaikka lainvastaisuus olisikin ilmeistä, jos oikeusasiamies ei pidä ankarampia toimenpiteitä tarpeellisenä.⁹²² Huomautus on luonteeltaan lievä toimenpide, joskin siihen liittyvä julkisuus tekee siitä luonteeltaan *de facto* rankaisullisen.⁹²³ Huomautuksesta pitäneen edelleen kuitenkin paikkansa Hidénin

⁹¹⁹ Vrt. Saraviita 1998b: 225.

⁹²⁰ Mahdollisuus hakea hallintopäätöksen purkua on siinä määrin harvinainen ilmiö, etten ota sitä tässä lukuun.

⁹²¹ Saraviita 1998b: 224 av. 23 käyttää mielestäni osuvaa ilmaisua ”reaktiohierarkia”. Ajatus on siis juuri se, että eri reaktiomuotojen ankaruus vaihtelee – oikeusasiamiehen harkinnan mukaan – ankarasta lievään.

⁹²² Oikeusasiamiehen huomautus on hieman vaikeasti paikannettavissa suhteessa virkamiesoikeudellisiin menettelyihin. Aikaisempaan virkamiesoikeudelliseen sääntelyyn sisältyi yleinen mahdollisuus rankaista virkavirheestä kurinpitomenettelyllä (varoitusta, sakko, virantoimituskielto ja viraltapano), joka tapahtui hallintokoneiston sisäisellä päätöksellä. Aiemmasta tilanteesta ks. esim. Rytkölä 1978: 69–84. Nytemmin sisäisiä kurinpitorangeistuksia löytyy lähinnä virkamiesoikeuden eräiltä erityislohkoilta, kuten esim. SotilaskurinpitoL (331/1983), joka tuntee arestin, kurinpitotosakon, poistamisrangeistuksen ja varoituksen (2 §). Valtion virkamieslaissa (750/1994) on myös asiaa koskevia säännöksiä (esim. 24 §:n varoitusta). Em. lakien oleellisin ero lienee siinä, että VVirkamL ei sisällä yleistä kurinpitovaltaa koskevia säännöksiä, päinvastoin kuin SotilaskurinpitoL 11–14 §. Myös työnohjollinen huomautus tai varoitustakin voidaan antaa, mutta ne eivät ole luonteeltaan kurinpitorangeistuksia. Virkamiesten kurinpidollisesta vastuusta ks. Koskinen – Kulla 2001: 24 ja 155–157. Ks. myös HE 291/1993 s. 30 ja 35.

⁹²³ Saraviita (1998b: 224 av. 23) nimittää huomautusta ”viralliseksi moitteeksi”, jollainen se tietenkin onkin. Oikeusasiamiehen antaman huomautuksen teho on luultavasti tosiasiallisesti lähempänä esimiehen antamaa varoitusta kuin huomautusta. Huomattakoon myös, että kantelulla voi olla *de facto* välillinen vaikutus, joka mahdollistaa sen, että päädytään samaan lopputulokseen kuin varsinaista muutoksenhakumenettelyä käytettäessä. Vrt. Merikoski 1976b: 145–146.

arvio kolmen vuosikymmenen takaa; huomautus ei ole selvärajainen, vaan pikemminkin erilaisia moite-jyrkkyyssasteita mahdollistava joustava toimenpide.⁹²⁴ Varsinaisesta valvonta-asia ratkaisun kanteluun sisältyvästä huomautuksesta tulee erottaa oikeusasiamiehen valvontamenettelyhuomautus, jossa oikeusasiamies huomauttaa valvottavaa valvontaprosessiin liittyen.⁹²⁵ Oikeusasiamies on esimerkiksi huomauttanut siitä, ettei pitkää käsittelyaikaa voitu perustella sillä, että asiaa koskeva kantelu oli vireillä oikeusasiamiehen kansliassa. Oikeusasiamies huomautti siitä, että viranomaisen ratkaisee asian itsenäisesti ja omalla vastuullaan, koska oikeusasiamies ei voi vaikuttaa vireillä olevan asian ratkaisuun.

Käsityksensä oikeusasiamies voi antaa (EOAL 10 §) valvottavan tietoon kolmen eri kriteerin perusteella.⁹²⁶ Ensiksi oikeusasiamies voi – jos on aihetta – saattaa tietoon (perustellen) käsityksensä lain mukaisesta menettelystä. Toiseksi oikeusasiamies voi kiinnittää huomiota hyvän hallintotavan asettamiin vaatimuksiin. Kolmanneksi oikeusasiamies voi käsityksellään kiinnittää valvottavan huomiota perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamista edistäviin näkökohtiin (vrt. PeL 109.2 §).⁹²⁷ Käytännössä käsitys voi liittyä – yhtä aikaa – kaikkiin edellä mainittuihin aspekteihin. Vanha käsitys siitä, että oikeusasiamies valvoo vain oikeudellisesti sitovien normien noudattamista näyttää näin menettäneen asemansa, ilmeisesti jo vuoden 1995 uudistuksessa, jonka myötä koko ajattelutapa näyttää muuttuneen.⁹²⁸ Käsitys voi olla luonteeltaan moittivansävyinen tai neutraalasti ohjaava. EOAL:n 9 §:n mukaan, silloin kun on syytä olettaa, että asiassa on mahdollisesti aihetta valvottavan menettelyn arvostelemiseen, on ennen asian ratkaisua valvottavalle annettava tilaisuus tulla kuulluksi asian johdosta.

EOAL:n 11.1 §:n mukaan oikeusasiamies voi myös tehdä toimivaltaiselle viranomaiselle esityksen tapahtuneen virheen tai epäkohdan korjaamiseksi.⁹²⁹ Säännöksen mukaan on myös mahdollista, että oikeusasiamies voi kiinnittää valtioneuvoston tai muun lainvalmistelusta vastaavan elimen huomion säännök-

⁹²⁴ Hidén 1970: 247. Huomautuksen taustasta ja kehityksestä ks. emt. s. 249–252.

⁹²⁵ Ks. D 2451/4/99. Oikeusasiamies on myös huomauttanut siitä, että valvonta-asiaan liittyvät selvitykset on toimitettava annetussa määräajassa (D 1849/4/98).

⁹²⁶ Tässä kohden oikeusasiamiehen ja OKa:n instrumenttivalikoimat poikkeavat hieman. Asia selviää vertaamalla Johtosäännön 10 §:ä ja OKaL 6.1 ja 6.2 §:n säännöksiä. Ks. myös Tuori 2000b: 613.

⁹²⁷ Oikeusasiamies Riitta-Leena Paunio toteaa, että erityisesti TSS-oikeuksien kohdalla toteutumisen on luonteeltaan suhteellista. Tämä merkitsee sitä, että yleinen lainvalvoja voi arvioida lähinnä sitä, ”onko viranomaistoiminta omiaan edistämään tai heikentämään perusoikeuksien toteutumista.” Paunio 2001: 980.

⁹²⁸ Ks. Hidén 1970: 154.

⁹²⁹ Asianosaisen kannalta merkitystä voi olla myös sillä ”aineettomalla hyvityksellä”, jonka kantelija saa, mikäli lainvalvoja toteaa kantelijan olleen oikeassa ja viranomaisen väärässä. Ks. myös Kertomus 2000: 30. Kyse voi olla myös jopa anteeksipyyntöstä (ks. emt. s. 71).

sissä tai määräyksissä havaittuihin puutteisiin. Oikeusasiamies voi myös tehdä esityksiä säännösten ja määräysten kehittämistä ja niissä olevien puutteiden poistamisesta. Samansuuntaisesti voi toimia oikeusasiamiehen vuosittain eduskunnalle antama kertomus toiminnastaan sekä lainkäytön tilasta ja lainsäädännössä havaituista puutteista (PeL 109.2 §).⁹³⁰ Tässä mielessä oikeusasiamiesinsti-
tuutio lähenee paikoin niitä funktioita, joita ranskalaisella Conseil d’Etat’lla on (ks. tark. luku 4.1). Tosin on todettava, että Oka:lla on tällaisia piirteitä huomattavasti ilmeisemmin.

Eräs täydentävä instrumentti, jota oikeusasiamies voi käyttää, on tiedottaa omaan laillisuusvalvontaansa kuuluvista asioista, kuten esimerkiksi yleisempää mielenkiintoa herättävistä tapauksista. Oikeusasiamies tiedottaa ratkaisuihinsa erityisesti, jos niillä on yleistä merkitystä. Tämä on joustava keino pyrkiä vaikuttamaan valvottavien toimintaan informoimalla näitä yleisesti julkisuuden välityksellä, esimerkiksi siitä, mitä hyvään hallintotapaan kuuluu tai miten perus- ja ihmisoikeusnäkökohdat voidaan ottaa viranomaistoiminnassa tehokkaammin huomioon.⁹³¹

4.3.4 Oikeusasiamiehen instrumentit eräiden hallinnon joutuisuutta koskevien ratkaisujen valossa

Valvonta-asian tultua vireille on olemassa useita mahdollisia lopputulemia. Ensiksi, jos oikeusasiamies ei ole toimivaltainen asiassa (ei kuulu valvottaviin), kantelun sisältämä asiakysymys jää tutkimatta.⁹³² Tämä ei tietenkään estä vastaamasta kantelijalle jollain muulla tavoin, kuten esimerkiksi kirjeellä, vaikka varsinaiseen tutkintaan ei ryhdyttäisikään. Tähän liittyvät myös nk. pikavastaukset eli päivystävän lakimiehen omalla vastuullaan antamat nopeat vastaukset selvästi puutteellisiin tai perusteettomiin kanteluihin.⁹³³ Toinen vaihtoehto on sellainen,

⁹³⁰ Tässä kohden oikeusasiamiehen ja OKa:n funktioissa voidaan nähdä/tehdä tietynlainen eroavaisuus tai painopiste-ero. PeL 108.3 §:n mukaan OKa:n tulee antaa vuosittain kertomus virkatoimistaan ja lain noudattamista koskevista havainnoistaan eduskunnalle ja valtioneuvostolle. OKa:n kohdalla painottuu – sanamuodoissa – lain noudattamisen aspekti, kun taas oikeusasiamiehen kohdalla mainitaan lainkäytön tila ja lainsäädäntöpoliittinen arviointi (= lainsäädännössä havaitut puutteet). Tämä pieni eroavaisuus saattaa heijastella niitä eroja, joita lainvalvojilla on hieman poikkeavan tehtäväkentän vuoksi. (Tosin laki OKa:sta 7 § tunnustaa OKa:n em. tyyppisiä asioita koskevan aloiteoikeuden.)

⁹³¹ Yleisestä tiedottamisesta voidaan erottaa nk. täsmätiedotus, jossa on kyse tiedottamisesta erityisesti valikoiduille tahoille, joilla arvellaan olevan erityisesti kiinnostusta tietystä asiasta tai kannanotosta. Ks. tark. Katsaus 2000: 11.

⁹³² Katsaus 2000 (s. 27) käyttää seuraavaa tarkempaa ryhmittelyä: vireillä toimivaltaisessa viranomaisessa, muutoksenhakumahdollisuus käyttämättä, kantelu on yksilöimätön, asia kuuluu OKa:lle (siirto), siirto valtakunnan syyttäjälle, siirto muulle viranomaiselle, yli 5 vuotta tapahtumasta, muu peruste.

⁹³³ Ks. tark. tästä Katsaus 2000: 3 ja 13. Ks. myös Kuusikko 2000: 145–148.

että asia tutkitaan, mutta se ei anna aihetta toimenpiteisiin, koska a) asiassa ei ole syytä toimenpiteisiin, koska lainvastaista tai virheellistä menettelyä ei ole todettu tai sitä ei ole ollut aihetta epäillä tai b) asia on korjaantunut oikeusasiamiehen tutkinnan aikana. Vuonna 2000 oli 287 tapausta, jossa virheellistä menettelyä ei todettu ja 1158 tapausta, jossa ei ollut perusteita epäillä sellaista. Vuoden 2001 luvut olivat 240 ja 1132. Kolmantena ja viimeisenä vaihtoehtona on toimenpiteeseen ryhtyminen. Johtosäännön 8 §:n mukaan asianosaiselle (= valvottavalle) on ennen valvonta-asian ratkaisemista annettava mahdollisuus tulla kuulluksi, jos on syytä olettaa asian aiheuttavan arvostella valvottavan menettelyä.⁹³⁴ Hyvin harvinaisissa tapauksissa yleiset lainvalvojat voivat myös hakea hallintopäätöksen purkua.⁹³⁵

Seuraavassa tarkastellaan tiiviissä muodossa eräitä tapauksia, jotka liittyvät hyvän hallinnon asettamiin vaatimuksiin ja aivan erityisesti hallinnon joutuisuuteen.⁹³⁶ En ole ottanut käsittelyyn oikeusasiamiehen kertomusta perustuslakivaliokunnalle tai muille tahoille tehtyjä lainsäädäntöä koskevia esityksiä tai julkista tiedottamista, vaan keskityn nimenomaisesti ja rajoitetusti teemaan liittyvään oikeusasiamiehen viimeaikaiseen valvontakäytäntöön. Tapaukset vaihtelevat ominaispiirteiltään, mutta yleisellä tasolla voidaan tehdä luonnehdinta, jonka mukaan oikeusasiamiehen valvontakäytäntöön kuuluu runsaasti sellaisia ohjausmielessä tehtyjä pehmeitä toimenpiteitä, joissa ei ole ollut kyse varsinaisista virheellisistä menettelyistä tai virkavelvollisuuksien rikkomisista.⁹³⁷ Tällaisina nämä tapaukset lähinnä vihjaavat – välittömän lainvalvontakontekstinsa ohitse – kankeaan sfäärijaotteluun perustuvan vallanjako-opin voimattomuuteen koodata julkista valtaa tavalla, joka vastaisi vallanjako-opin mukaisen mallivallan vaatimuksia.

⁹³⁴ Valvottavan kuulemisella on tässä suhteessa huomattava periaatteellinenkin merkitys, koska toimenpiteen kohteeksi joutuneella ei ole varsinaista muutoksenhakumahdollisuutta oikeusasiamiehen valvontapäätöksestä. Virkamiesoikeudessa sen sijaan muutoksenhaku on keskeinen osa sääntelyä. Ks. VVirkamL 53–55 §:t ja L kunnallisen viranhaltijan palvelussuhdeturvasta (484/1996) 22 §.

⁹³⁵ Tuori (2000b: 613) mainitsee tämän (Hallbergiin viitaten) perustuvan KHO:n käytäntöön. Tuori huomauttaa myös, että lainvalvojat voivat esittää ao. viranomaiselle päätöksen korjaamista HMenL:n mukaisesti. (1.1. 2004 HallintoL:n mukaisesti.)

⁹³⁶ Asiaa koskevan sääntelyn muuttuminen on johtanut siihen, että myös oikeusasiamiehen suhtautuminen hallinnon joutuisuuteen/viivytelyyn on muuttunut melko lailla vuonna 1970 Hidénin (s. 135) raportoimasta tilanteesta, jossa oikeusasiamies osoitti vielä pitkämielisyyttä hallinnossa esiintyviin viivytyksiin. Kohtuulliseksi ja maltilliseksi kuvaa puolestaan Kuusikko (2000: 236) lainvalvojien käsittelyaikoihin liittyvää käytäntöä. Tämän kirjoittajan havainnon mukaan linja on kuitenkin ollut kiristymään päin sitä mukaa, kun ajallinen etäisyys vuoteen 1995 on kasvanut.

⁹³⁷ Kertomus 2000: 71.

4.3.4.1 Huomauttaminen

Oikaisuvaatimuksen käsittelyn viivästyminen koskevassa asiassa (D 887/4/00) oli kyse siitä, että kaupungin lakimies oli toimittanut 30.10.1995 saapuneen oikaisuvaatimuksen teknisen viraston johtajan valmisteltavaksi ja lausuntoa varten. Kaupunginhallitus antoi oikaisuasiassa päätöksensä vasta 12.6.2000 samalla, kun se pyysi asian viivästyisestä selvityksen teknisen viraston johtajalta. Asian valmistelu oli pysähtynyt teknisen lautakunnan menettelypäätökseen (14.6.1997), joka koski oikaisuvaatimuksen kohteena olevan asian sekä toisen samantyyppisen asian kartoittamista ja käsittelyä. Viranhaltija oli siis kytkenyt yhteen kaksi erillistä asiaa ja perusteli osittain tällä asian viivästyminen. Oikeusasiamiehen mukaan asia oli käsiteltävä ilman aiheetonta viivytystä. Jo KuntaL:n 89.2 § edellyttää, että oikaisuvaatimus tulee käsitellä viipymättä eli ei voida jäädä odottamaan toisen vireillä olevaan asiaan liittyvien valmistelujen etene- mistä. Tässä tapauksessa nämä uudet toimet oli sitä paitsi aloitettu vasta kun oikaisuvaatimusasia oli ollut vireillä jo yli puolitoista vuotta. Oikeusasiamies antoi huomautuksen kaupunginhallitukselle laiminlyönnin johdosta. Virhe ei kuitenkaan ollut sellainen, että sen käsittelyä olisi tullut jatkaa varsinaisessa lainkäyttöelimestä, vaan huomautus riitti.

Oikaisuvaatimuksen käsittelyn viipyminen yli viiden vuoden ajan rikkoi PeL 21 §:n ”ilman aiheetonta viivytystä” sekä KuntaL:n nimenomaista asiaa koske- vaa ”viipymättä” säännöstä.⁹³⁸ Asiassa oli selvästi jätetty velvollisuus täyttämättä ja siten menetelty lainvastaisesti. Moite kohdistettiin kaupunginhallitukseen, jol- la on yleinen vastuu kunnan hallinnon toiminnasta. Lisäksi oli olemassa eräitä syitä (mm. toistuvia sairaslomia), jotka lievensivät viranhaltijan toimien moitit- tavuutta. Tapaus on esimerkki siitä EOAL:n 10.1 §:n tarkoittamasta tilanteesta, jossa oikeusasiamies päätyy harkintaa käyttämällä antamaan valvottavalle huo- mautuksen velvoitteen täyttämättä jättämisen johdosta.⁹³⁹

Asiassa (D 2808/4/99) kantelija arvosteli työttömyysturvalautakunnan ja kun- ta-alan työttömyyskassan menettelyä työttömyyspäivärahaa koskevan valituk- sensa käsittelyssä. Valituksen käsittely oli viipynyt yli 18 kuukauden ajan. Oi-

⁹³⁸ KuntaL 89.2 §:n viimeinen lause kuuluu ”Oikaisuvaatimus on käsiteltävä viipymättä.”

⁹³⁹ Toisessa ratkaisussa (D 2368/4/98) oli myös kyse kunnallisen oikaisuvaatimuksen käsittelyn viivästyisestä. oikeusasiamies saattoi ao. lautakunnan tietoon käsityksensä KuntaL 89.2 §:n oikeasta tulkinnasta. Ratkaisussa ei sovellettu PeL 21 §:ä, koska lautakunta esitti perusteluja, jotka aiheuttivat sen, ettei viivästyminen voitu soveltaa joustavaa perusoikeusnormia, johon liittyi lisäk- si varaus ”ilman aiheetonta”. Sen sijaan KuntaL ao. säännös sisälsi tarkemman säännön ilman perusoikeuden kaltaista tulkinnallista joustonvaraa. Asiassa oli kyse siitä, ettei perikunta voinut hakea ratkaisusta muutosta lainkäyttömenettelyssä, koska lautakunta oli käsitellyt asiaa vuoden ja yhdeksän kuukautta. Tämä ei täyttänyt vaatimusta viipymättömästä käsittelystä. Ks. myös Kuusik- ko (2000: 146), joka toteaa mm. oikeusasiamiehen nähneen joutuisuuden ensisijaisesti periaate- luonteisena velvoitteena”.

keusasiamiehen huomautuksen mukaan valituksen käsittelyaika oli kohtuuttoman pitkä. Työttömyyskassa ei myöskään kyennyt tuomaan esille perusteltuja syitä viivästymiselle. Koska ansioon suhteutettu työttömyyspäiväraha on etuus, joka pitää sisällään myös perustoimeentulon turvaosuuden, niin on erityisen tärkeää, että myös ansiosidonnaista työttömyyspäivärahaa koskevat muutoksenhakusi-
 kuasiat käsitellään joutuisasti.⁹⁴⁰ Oikeusasiamies huomautti työttömyyskassaa lainvastaisesta menettelystä. Työttömyysturvalautakunta esitti – omasta puolestaan – perusteita kantelijan valituksen käsittelyn viivästymiselle, joten oikeusasiamies ei sen osalta katsonut tarpeelliseksi ryhtyä toimenpiteisiin asiassa. Oikeusasiamies kuitenkin kiinnitti huomiota siihen, että lautakunnan velvollisuutena on omalta osaltaan huolehtia, että valitusten käsittelyajat eivät veny kohtuuttomiksi.⁹⁴¹

4.3.4.2 Moittiminen

Kokonaiseen virastoon kohdistuvan moittivan käsityksensä oikeusasiamies lausui hyvää hallintoa koskevassa asiassa (D 1315/4/01), jossa Somalian kansalainen oli kantelussaan (23.4.2001) arvostellut Ulkomaalaisviraston menettelyä. Kantelijalle ei pyynnöistä huolimatta palautettu alkuperäistä opintokirjaa, eikä somalialaista passia, vaikka po. henkilön asian käsittely virastossa oli jo päättynyt. Asiaan kohdistuvan oikeusasiamiehen selvitystoiminnan johdosta virasto palautti asiakirjat kantelun käsittelyn aikana.⁹⁴² Oikeusasiamies kiinnitti huomiota siihen, että hyvän hallinnon vaatimusten mukaan alkuperäiset asiakirjat tulee palauttaa niiden omistajalle, sen jälkeen kun asian käsittely on ao. viranomaisessa päättynyt. Oikeusasiamies lausui moittivan käsityksensä hyvän hallinnon asettamista vaatimuksista.⁹⁴³

⁹⁴⁰ Hakemusasian käsittelyn viivästymisestä oli kysymys myös ratkaisussa, jossa huomautettiin Kelaä siitä, että kuntoutusta koskevaa jatkohakemusta ei käsitelty riittävän joutuisasti. Tästä ks. Kertomus 2000: 180–181.

⁹⁴¹ Huomautus käsittelyaikojen muodostumisesta kohtuuttomaksi liittyy joutuisuuden lisäksi myös yleisempään kysymykseen asianmukaisesta käsittelystä hyvän hallinnon keskeisenä osa-alueena. Ks. myös Kulla 1998: 1150.

⁹⁴² Asiat korjautuvat varsin usein käsittelyn aikana. Viranomaisen kanssa asioineen yksilön kannalta merkittävintä voikin olla lopulta se, että lainvalvoja ryhtyy kantelun johdosta ”arvovallallaan ottamaan selkoa hänen väittämästään laittomuudesta sekä siten voi useimmin auttaa hän maksuttomasti ja nopeasti oikeuksiinsa”. Kastari 1977: 318.

⁹⁴³ Toisessa, tekstissä käsiteltyyn juttuun asiaperustein liittyvässä, asiassa (D 1277/4/00) oli kyse siitä, että kantelija arvosteli Ulkomaalaisviraston ja suurlähetystön menettelyä oleskeluluvan siirtämisen viivästymisestä. Asia oli saapunut virastoon 15.11.1999 ja virasto oli antanut lausuntonsa suurlähetystölle 14.2.2000. Lausunnon käsitteleminen kolmen kuukauden ajan ei ollut PeL 21 §:n tarkoittamaa aiheetonta viivytystä. Sen sijaan oikeusasiamies kiinnitti suurlähetystön huomiota mm. joutuisuusveloitteeseen.

Asiassa (D 1260/4/1999) oli kyse siitä, että kantelija arvosteli maanpuolustusalueen johtavan ajoneuvotarkastajan menettelyä autontarkastajan valtakirjahakemusta käsiteltäessä. Hakemus oli toimitettu johtavalle ajoneuvotarkastajalle vuonna 1993. Tämä ei ollut useista tiedusteluista huolimatta suostunut antamaan asiassa tarvittavaa lausuntoa, eikä myöskään palauttamaan asiakirjoja. Johtava ajoneuvotarkastaja oli viimeksi 2.3.1999 ilmoittanut kantelijalle, ettei hakemusta lähetetä pääesikuntaan. Lisäksi ajoneuvotarkastaja oli kehottanut kantelijaa tekemään uuden hakemuksen. Oikeusasiamies arvioi tilannetta joutuisuusvaatimuksen sekä VVirkamL 14 §:n virkamiehelle asettaman asianmukaisuus- ja viivytyksettömyysveloitteen pohjalta.⁹⁴⁴ Moitittavuutta vähensi se, ettei hakemusiakirjojen kulku viranomaiselta toiselle (pääesikunnasta johtavalle ajoneuvotarkastajalle) ollut tuolloisten ohjeiden mukaista. Lisäksi pääesikunnan saatekirjelmä oli ollut epäselvä. Se, että johtava ajoneuvotarkastaja oli lisäksi suullisesti selostanut kantelijalle asiaa, ei riittänyt, koska kantelija oli nimenomaan pyytänyt asian virallista käsittelyä. Oikeusasiamies katsoi riittäväksi kiinnittää huomiota vastaisen varalle siihen, että hyvä hallintotapa edellyttää asian ratkaisemista ilman aiheetonta viivytystä.⁹⁴⁵

Kantelija arvosteli vammaispalvelulain nojalla järjestettävää tukitointoa koskevan hakemuksensa viivästyminen kaupungin perusturvavirastossa. Oikeusasiamies viittasi joutuisuusveloitteeseen sekä HMenL 17 §:n veloitteeseen huolehtia asian selvittämisestä. Kantelija oli hakenut henkilökohtaisen avustajan palkkaamisesta aiheutuneiden kustannusten korvaamista 11.11.1999 kaupungin perusturvaviranomaiselta. Viranhaltija oli hylännyt kantelijan hakemuksen 22.6.2000. Asian käsittely oli kestänyt virastossa näin yli seitsemän kuukautta. Ratkaisussa (D 2606/4/99) korostetaan joutuisuusveloitteen merkitystä siten, että joutuisuusvaatimus tulee suhteuttaa kunkin asian laatuun ja laajuuteen sekä tapauksen erityispiirteisiin nähden. Oikeusasiamiehen mukaan vammaispalveluasiat ovat juuri sellaisia, jotka tulee käsitellä asian laadun vuoksi aina viivytyksettä. Lisäksi oikeusasiamies korosti hallintoviranomaisten veloitetta tulkita säännöksiä perus- ja ihmisoikeusmyönteisellä tavalla. Oikeusasiamies saattoi moittivan käsityksensä perusturvalautakunnan tietoon ja kiinnitti huomiota erityisesti vaikeavammaisten henkilöiden vammaispalveluja koskevien asioiden joutuisan käsittelyn merkitykseen.⁹⁴⁶

⁹⁴⁴ Joutuisuudesta perinteisenä virantoimitusvelvollisuutena sekä sen suhteesta uudempaan perustuslailliseen joutuisuusveloitteeseen ks. tark. Kuusikko 2000: 155–156. Virantoimitusvelvollisuudesta osana yleisiä virkavelvollisuuksia ks. Koskinen – Kulla 2001: 91–99.

⁹⁴⁵ Asiaan liittyy viranomaisten yleinen velvoite huolehtia siitä, että asian ratkaisemiseksi tarvittava aineisto hankitaan. Ks. tästä Kulla 2000a: 122–123.

⁹⁴⁶ Aiemmista vastaavanlaisista tapauksista ks. Hallintomenettelylaista hallintolakiin 2000: 29. Ks. myös Kertomus 2000: 160–161.

Asiassa (D 1503/4/99) oli kyse siitä, että kantelija oli tyytymätön yliopiston tiedekunnan valmistumistilaisuuksien järjestämiseen, koska opiskelija saattoi joutua odottamaan kohtuuttoman pitkään valmistumistaan ja samalla virallisen pätevyyden saavuttamista valtion virkoihin. Arviointi oikeusasiamiehessä perustui PeL 21 §:n joutuisuussäännökseen sekä ao. alan tutkinnoista annetun asetuksen (254/1994) 16 §:än, jonka mukaan yliopisto antaa opiskelijalle todistuksen hänen suorittamastaan tutkinnosta. Lisäksi asian arvioinnissa otettiin huomioon opiskelijoiden yhdenvertaisuus. OA esitti moittivan käsityksensä, jonka mukaan – vaikkei asiasta olekaan säädetty – todistusten antamista ei tullut sitoa erityisiin jakotilaisuuksiin. Jos tutkinnon suorittanut ei halua odottaa, tulee todistus antaa hänelle siinä ajassa, että hyvään hallintoon kuuluva vaatimus käsittelyn joutuisuudesta sekä tasapuolisuudesta kyetään toteuttamaan.

4.3.4.3 Ohjaaminen

Toimeentulohakemuksen käsittelyn viivästymistä koskevassa asiassa (D 1788/4/00) oikeusasiamies lausui ohjaavan käsityksensä. Kaksi kantelijaa arvosteli toimeentulohakemuksensa pitkää käsittelyaikaa kaupungin sosiaalikeskuksessa. Hakemus oli jätetty 5.6.2000, mutta päätös oli tehty 31.7. Kantelijat kysyivät hakemuksen kohtuullista käsittelyaikaa. Toimeentuloasian käsittelyn aikana ei vielä ollut voimassa ToimeentuloL (1412/1997) 14 § 4 mom. (923/2000), mutta asiaa koski PeL 21 §:n hallinnon joutuisuutta koskeva yleinen säännös.⁹⁴⁷ Lisäksi oikeusasiamies katsoi, että toimeentulohakemukset ovat sellaisia hakemusasioita, jotka tulee käsitellä viipymättä.

Sosiaalihuollon johtajan lausunnon mukaan viipyminen oli johtunut ensisijaisesti liian vähäisestä työvoimasta ja henkilökunnan pitkistä lomista. Oikeusasiamies ei katsonut viipymisen johtuneen kenenkään yksittäisen viranhaltijan laiminlyönnistä tai tahallisuudesta viivyttelystä. Lisäksi laillisuusvalvojan kantaan vaikutti se, etteivät kantelijat olleet vaarassa jäädä ilman riittävää toimeentuloa asian käsittelyn viipymisen vuoksi. Oikeusasiamies kiinnitti huomiota toimeentulohakemusten joutuisaan käsittelyyn ja lisäsi, että PeL 22 §:n asettamasta veloitteesta johtuu, että voimavaroja kohdennettaessa tulee huomioida julkiselle vallalle asetetut perusoikeusveloitteet.⁹⁴⁸ Oikeusasiamiehen käsitys on tässä ta-

⁹⁴⁷ Kunnallisen viranhaltijan yleistä virantoimitusvelvollisuutta sääntelee KuntaL 44 a § (413/2000). Säännös velvoittaa viranhaltijan suorittamaan virkaan kuuluvat tehtävät asianmukaisesti ja viivytyksettä sekä noudattamaan asianomaisia säännöksiä ja määräyksiä.

⁹⁴⁸ Lainvalvojat ovat varsin vakiintuneesti katsoleet, että joutuisuusvelvoitteen vajaa noudattaminen puutteellisten henkilöresurssien vuoksi on hyvää hallintoa koskevan perusoikeuden vastaista. Tällaisista tapauksista ks. Hallintomenettelylaista hallintolakiin 2000: 29–30 erit. av. 26. Oikeusasiamies on korostanut sitä, ettei viittaus ”yleiseen työtilanteeseen” ole riittävä selitys kohtuullisten käsittelyaikojen ylittymiselle (Kertomus 2000: 72). Tapauksista ks. esim. D 918/4/00, jossa ”yleinen työtilanne” ei vapauttanut mm. valitusasioiden viivytyksettömän käsittelyn veloitteesta.

pauksessa pääasiallisesti ohjaava, koska valvottavat eivät olleet omasta syystään aiheuttaneet viivytystä, vaan se oli aiheutunut viime kädessä siitä, ettei kunta ollut suunnannut riittäviä taloudellisia resursseja perusoikeusvelvoitteiden toteuttamista varten.⁹⁴⁹ Tässä mielessä ohjaavan käsityksen (perusoikeusluottuvuuden vaikutus) kohde oli kunnan taloudellisten resurssien käytöstä päättävä elin.⁹⁵⁰

Hiukan samantyyppisen ohjaavan käsityksen antamiseen päädyttiin tapauksessa (D 1203/4/00), jossa oikeusasiamies kiinnitti vastaisen varalle lääninhallituksen huomiota kanteluasioiden käsittelyn joutuisuuteen. Kantelijan ulosottoa koskevan kantelun käsittely lääninhallituksessa oli kestänyt vuoden ja neljä kuukautta, jota oikeusasiamies piti liian pitkänä aikana. Lääninhallituksen olisi tullut käsitellä ulosottoa koskevat kantelut joutuisasti. Moitteen lievyyteen vaikutti kuitenkin se, että lääninhallituksen oikeusosastolla oli ollut yleensäkin vaikeuksia selviytyä osaston kanteluista kohtuullisessa ajassa nimenomaisesti sen vuoksi, että sen voimavarat olivat puutteelliset.

4.3.5 Pohdinta

Perusoikeusvalvonnan kokonaisuudessa oikeusasiamiehen voi huomata täydentävän PeV:n ennakollista (= lainsäätäjän) ja tuomioistuinten (= lainkäyttäjän) jälkikäteistä valvontaa. Valvonta sijoittuu vallanjaon kannalta välialueelle; ei-kenenkään maalle. Tämä sopii hyvin yhteen sen kanssa, että yleisten lainvalvojien valvontafunktio vahvistui aiempaan verrattuna perusoikeus uudistuksen myötä.⁹⁵¹ Kun on kyse perusoikeudesta hyvään hallintoon, niin oikeusasiamies täydentää tuomioistuinten lähinnä hallintotuomioistuinten jälkikäteistä lainkäyttöä omalla valvontatoiminnallaan. Oikeusasiamiehen toiminnan etuna hallintolainkäyttömenettelyyn nähden on kuitenkin se, että a) keinovalikoima on

⁹⁴⁹ Samansuuntaisia kannanottoja on muitakin. Esim. eräessä ratkaisussa (D 2351/4/00) oli kyse viivästyisestä asian käsittelyssä kuluttajanvalituslautakunnassa. Oikeusasiamies katsoi, että neljän kuukauden mittainen käsittelyaika oli liian pitkä, mutta viivästyminen ei johtunut lautakunnan viivytelystä. Saadun selvityksen mukaan käsittelyn pituuteen vaikutti kasvanut työmäärä sekä työvoimavaje. Oikeusasiamies tyytyi kiinnittämään huomiota asioiden joutuisan käsittelyn tärkeyteen. Samantyyppisiä perusteita – käsittelyn pitkittymiselle – löytyi myös toisessa ratkaisussa (D 2213/4/00), jossa kantelun käsittely oli viivästynyt lääninhallituksessa. Kaksi vuotta ja yhdeksän kuukautta kestänyt käsittelyaika oli liian pitkä, muttei johtunut valvottavan tahallisuudesta viivytelystä; kyse oli voimavaroista.

⁹⁵⁰ Oikeusasiamiehestä erityisesti julkistalouden valvojana ks. Myllymäki 2000: 184–185. Myllymäki ennusti, että oikeusasiamies tulee olemaan ylityöllistetty sellaisilla kanteluilla, jotka suuntautuvat viranomaisten varainkäytöstä pidättymiseen eli TSS-oikeuksia toteuttavien palveluiden järjestämisestä koskeviin puutteisiin. Ks. myös Paunio 2001: 986–988 (erit. lasten oikeuksien ja voimavarojen näkökulmasta).

⁹⁵¹ Vrt. Tuori 2000b: 612.

tuomioistuimia laajempi ja b) keinovalikoiman laajuudesta johtuu valvonnan joustavampi luonne (argumentaatiomallien pluralismi). Sanotusta seuraa myös se, että oikeusasiamiehen toiminnassa on tuomioistuimia helpompaa ja luontevampaa hyödyntää perus- ja ihmisoikeusargumentaatiota ja niitä edistävää laintulkintaa.⁹⁵² Julkisoikeuden keskeisten rajanvetojen kannalta oikeusasiamiehen laillisuusvalvonta näyttää siis oikeastaan hyötyvän siitä, että se kykenee operoimaan sekä pehmeämmillä tarkoituksenmukaisuusargumenteilla että kovemmilla laillisuusargumenteilla – se ei ole hallintoelin, muttei myöskään sidottu hallintoprosessiin hallintotuomioistuinten tavoin.

Kyse ei siis ole yksinomaan selvien lainvastaisuuksien tai velvollisuuden rikkomisten valvonnasta, vaan valvonnalla on myös pehmeämpi ohjaava vaikutus viranomaisasioiden hoidolle.⁹⁵³ Tässä kohden oikeusasiamies voi edistää perusoikeusmyönteisen tulkintamallin yleistymistä viranomaistoiminnassa yleensäkin.⁹⁵⁴ Eräissä asioissa kantelu lainvalvojalle saattaa olla myös ainoa keino vaikuttaa asiaan, kuten esimerkiksi silloin kun asianosainen ei voi käyttää muutoksenhakuoikeuttaan viranomaisen passiivisuuden vuoksi.⁹⁵⁵ Tällöinhän asianosainen ei voi saattaa asiaansa varsinaisen tuomiovallan piirissä arvioitavaksi.

PeL 21 §:n tarkoittama joutuisuus, HallintoL:n 23 §:n ”käsittelyn viivytyksetömyys” ja VVirkamL 14 §:n ”viivytyksettä” säännökset saavat tarkemman ja seikkaperäisemmän sisällön oikeusasiamiehen valvontakäytännössä. Näin oikeusasiamiehen toimenpiderepertuaarin avulla voidaan tuottaa myös moniulotteisempia ohjeita, kuin pelkkä laillinen/laiton-ulottuvuus mahdollistaa. Laillisuusvalvonta siis näyttää tuottavan laadullisesti monipuolisempia ratkaisuja, kuin jos se joutuisi operoimaan yksinomaan vallanjako-opin edellyttämän laillisen/laiton-ulottuvuuden varassa. PeL:n po. säännösten kohdalla tällainen täsmentämistoiminta on sikälikin tarpeellista, ettei PeL 21 §:n luetteloa menettelyllisistä perusoikeuksista voida pitää tyhjentävänä.⁹⁵⁶ Mahdollisuus harkintavallan

⁹⁵² Myös *Kuusikko* (2000: 129) kiinnittää huomiota siihen, että ”hyvä hallinto” on kuulunut erityisesti lainvalvojien argumentaatioon, ei niinkään tuomioistuinten lainkäyttötoimintaan.

⁹⁵³ Tässä mielessä nykyaikainen hallintotoiminta, joka on entistä enemmän yhteiskuntasuunnittelua ja ohjausta, ja oikeusasiamiehen valvonnan muuttunut luonne kohtaavat toisensa varsin hyvin. Vanhan oikeusvaltiollisen – periaatteessa – selkeärajaisen laillisuusvalvontaan perustunut jälki-kontrolliajattelu (laillinen/laiton) on korvattu joustavammalla. Tematiikasta yleisesti ks. Eriksson 1995: 219.

⁹⁵⁴ Vrt. Saraviita 1998b: 226–227.

⁹⁵⁵ Ks. kuitenkin Suviranta 2002: 932–935.

⁹⁵⁶ Ks. myös Kulla 2000a: 33–34. (Kulla tosin katsoo, että PeL 21 §:ssä mainitut asianmukaisen ja viivytyksettömän käsittelyn vaatimukset kattavat merkittävältä osalta hyvään hallintotapaan aiemmin luetut tilanteet.) *Siitari-Vanne* (2000: 1228–1229) toteaa puolestaan – lainvalmistelun näkökulmasta – asiaa koskevan säännöksen valmisteluun liittyvän vaikeuksia, koska hallinnossa käsiteltävät asiat ovat laadultaan ja laajuudeltaan toisistaan niin suuresti poikkeavia. Ks. myös seuraava alaviite.

käyttöön ja puuttumisinstrumenttien moninaisuus mahdollistavat hallintolainkäyttöä monipuolisemman viranomaistoiminnan ohjaamisen. Tällä tavalla on mahdollista tuottaa arvokasta tietoa viranomaistehtäviä hoitaville tahoille siitä, mitä esimerkiksi hyvään hallintoon kuuluva joutuisuusvelvoite käytännössä tarkoittaa, ja millaisia sovelluksia siitä voidaan johtaa. Tällä tavoin voidaan esimerkiksi joutuisuuden arviointiin saada mukaan vivahteikkaita *lisäulottuvuuksia*, joita varsinaisen tuomiovallan piiriin kuuluvan lainkäyttäjän olisi hankala tuoda esiin tuomioistuinasetman vuoksi.

Joutuisuuden arvioinnissa on merkitystä viranomaisen ja virkamiehen *tuottamuksellisuudella*: jos viivästyminen ei johdu niistä, vaan esimerkiksi puutteellisista resursseista tai asiaan vaikuttavat esimerkiksi toistuvat viranhoidon häiritsevät sairaslomat, niin tämä tulee ottaa huomioon asian arvioinnissa. Joutuisuuden arviointi ei tapahdu tyhjiössä, vaan siihen *vaikuttavat myös muut perusoikeudet*: jos samalla rikotaan muita perusoikeuksia (esim. yhdenvertaisuutta, tasapuolisen kohtelun vaatimusta, oikeutta oikeusturvaan), niin tämä vaikuttaa asian arvioinnissa raskauttavasti. Joutuisuus tulee *suhteuttaa tapauksen uniikkiin tosiseikkatilaan*: jos viivästyminen riippuu asian laadusta (vaikeasti selvitettävissä), niin se vaikuttaa arviointiin samoin kuin myös se, jos asia edellyttäisi nopeaa käsittelyä (esim. vaikeavammaisen vammaispalveluasianssa tai perustoimeentuloa koskevassa asiassa), niin tämä vaikuttaa joutuisuuden/viivytelyn moitittavuuteen.⁹⁵⁷ Kyse on siis hyvin pitkälle eriytyneestä avoimuuden ja tilanneherkkyyden suuntaan menevästä juridis-moraalisesta argumentaatiosta, jota tiukka vallanjakooppi ei oikeastaan edes kykene koodaamaan. Hallinnon oikeudellisen ”hyvyyden” kannalta toiminta on kuitenkin eittämättä hyödyllistä ja laatua parantavaa, nykyaikaiseen oikeusvaltioon hyvin sopivaa, muotovapaata ja keskustelevaa sekä julkista; oikeastaan juuri sellaista, mihin tuoreen HallintoL:n 7 § nimenomaisesti viittaa eli hallinnon palvelujen asianmukaisuuteen.

Myös *valvottavan toimintaa ohjaavalla muulla normistolla* on merkitystä: jos yksittäinen virkamies on saanut eri normistoista ristiriitaista tietoa, tämä voi vähentää teon moitittavuutta virkamiesten osalta, mutta suuntaa samalla moitteen viranomaista tai hallintoelintä kohtaan. Perusoikeutta *konkretisoivalla lainsäädännöllä on suuri merkitys*. Konkretisoivat säännökset sisältävät (esim. oikeusvaatimusten kohdalla) perusoikeusnormia vähemmän tulkinnanvaraa. Joutuisuusvelvoite on näiltä osin perustuslaillisen periaatevelvoitteen luontoinen.⁹⁵⁸

⁹⁵⁷ Esimerkkinä voidaan mainita OKa:n ratkaisu 24.8.1998 (D 188/1/98), jossa neljä vuotta kestänyt asian käsittely ei ollut sinänsä kohtuutonta, koska asia oli laaja, monitahoinen ja vaikeasti selvitettävissä. Tähän ratkaisuun viitataan myös Hallintomenettelylaista hallintolakiin 2000 -julkaisussa sekä OM:n HE:n muotoon laaditussa luonnoksessa uudeksi hallintolakiin 17.9.2001. HallintoL:n 23.2 §:n mukaan viranomaisen tulee lisäksi esittää asianosaiselle tämän pyynnöstä arvio päätöksen antamisajankohdasta.

⁹⁵⁸ Vrt. Kertomus 2000: 71.

Voidaan myös todeta, että *toimenpiteet kohdistuvat useimmin viranomaiseen*, ei niinkään yksittäiseen virkamieheen, ellei tämän toiminnan moitittavuus ole luonteeltaan vakavaa ja kiistatonta.

Yllä olevat näkökohdat tuovat omalta osaltaan lisäselvyyttä PeL:n sisältämän hyvän hallinnon perusoikeuteen ja nimenomaan sen joutuisuuteen (”ilman aiheutonta viivytystä”). Viranomaistoiminnan muuttuneessa hallintokulttuurissa, jossa pidetään aiempaa enemmän silmällä toiminnan tehokkuutta ja taloudellista kannattavuutta, tällä tavoin esiin nostetut menettelyllistä perusoikeutta täsmentävät pehmeät tulkinnalliset näkökohdat voivat olla hyvinkin merkittävässä asemassa viranomaistoiminnan oikeudellisen ja hallinnollisen laadun parantamisessa. Valvonta operoi yhtä aikaa tarkoituksenmukaisuuden (= perusoikeuksien pehmeä tulkinnallinen vaikutus) sekä laillisuuden alueilla (= velvollisuuden rikkominen tai täyttämättä jättäminen). Tässä mielessä se raja, joka hallinnon ja oikeuden tai tarkoituksenmukaisuuden ja laillisuuden välille on de facto pystytetty, näyttää varsin joustavalta ja tapauskohtaiselta; suorastaan epäselvältä. Instituutiona lainsäädäntöelimen yhteyteen organisoitu oikeusasiamies on funktionaalisesti lähempänä lainkäyttötehtävää.

Hallinnon joutuisuuden arviointiin vaikuttavat – edellisten tapausten perusteella – silkan ajankulun lisäksi ainakin a) asian sisällölliset ominaispiirteet (perusoikeusherkkyyks), b) menettelylliset tosiseikat (esim. asiaan vaikuttavien tosiseikkojen tai oikeusohjeiden selvittämisen vaikeus/helppous) ja c) muut olosuhteet (ennustamattomat seikat esim. sairauspoissaolot, asiakirjojen ”katoaminen”). Erityisesti kyse lienee siitä, että em. näkökohdat osoittavat, millä tavalla ja abstraktiotasolla oikeusasiamiehen praksis antaa selvyyttä PeL 21.1 §:n ilmaisuille ”aiheetonta” pitäen silmällä niitä tulkinnanvaraisia tilanteita, joissa aiheellisuudesta/aiheettomuudesta syntyy epäselvyyttä.⁹⁵⁹ Samalla vaikuttaa kohtuullisen selvältä, että praksis murtaa perinteistä hallinnon ja lainkäytön välistä jäykkää rajaa ja haastaa apriorisen normatiivisen kieliopin. Tässä mielessä tällainen toimintamuoto ikään kuin osaltaan lisää painetta valtiovallan kolmijako-opin uudelleenarvioimiseen 2000-luvun alun julkisoikeudessa; jos oikeutta ja politiikkaa (tässä: tarkoituksenmukaisuusnäkökohtia) ei ehkä kannatakaan erottaa – kuten edellisen perusteella vaikuttaa – kovin puhdasoppisesti niin, miten tulevai-

⁹⁵⁹ OM:n luonnoksessa hallintolaiksi (17.9.2001) oli uutuutena asian käsittelyn joutuisuutta koskeva pykäläehdotus (23 §). Sen 1 mom. toisti PeL:n joutuisuusperiaatteen sisällön, joten tässä suhteessa oikeusasiamiehen käytännön tarkentava merkitys ei menetän merkitystään; sääntelyyn ei ehdotettu – näiltä osin – täsmentävää muutosta. Sen sijaan 23 § ehdotettu toinen momentti sisälsi uutuutena ilmoitusvelvollisuuden siitä, milloin päätös tehdään, jos sitä ei tehdä kuukauden sisällä. Pykäläluonnoksen perusteluista ks. tark. emt. s. 71–74 (jossa toistetaan pitkälti sama mikä löytyy jo Hallintomenettelylaista hallintolakiin 2000 julkaisussa). HE 72/2002:ssa kuukauden määräaika oli poistettu 23.1 §:stä; esitys tyytyi vain toistamaan PeL:n joutuisuusvelvoitteen. Ks. tästä myös Niemivuo & Keravuori 2003: 210–211.

suutta pitäisi rakentaa ja millainen rooli oikeustieteen pitäisi ehkä ottaa? Epäilyni kohdistuu lähinnä siihen kysymykseen, kannattaako tiukkoja vallanjakoisia rajoja edes ylläpitää, jos kerran rajanylitykset tuottavat hyviä tuloksia, kuten laillisuusvalvonnan tapaus näyttäisi todistavan?

Oikeusasiamiehen kannanotot voidaan hyvin liittää siihen yleiseen merkitykseen mikä oikeusasiamiehellä on viranomaistoiminnan opetuksellisena ohjaajana ja hyvän hallinnon perus- ja ihmisoikeudellisten suuntaviivojen osoittajana, vaikkei se olekaan perinteisessä mielessä lainkäyttöä. Esimerkiksi erään asian (D 717/4/99) yhteydessä oikeusasiamies esitti pohdittavaksi valmisteilla olevan hallintolain soveltamisalan laajentamista koskemaan julkisen vallan käyttöä yleisesti. Oikeusasiamies antoi asiasta myös erillisen lehdistötiedotteen (10.5.2001). Varsinaisen kanteluratkaisunsa oikeusasiamies saattoi ao. ministeriön ja sen alaisen hallintoviranomaisen tietoon. Tällaista ohjausta voidaan luonnehtia täsmäohjatuksi *soft law*'ksi, johon kuuluu usein myös se, että argumentaatioissa juridiset ja muut näkökohdat kietoutuvat toisiinsa.⁹⁶⁰ Ohjaamisessa on välttämättä huomioitava, ettei oikeusasiamies voi oikeastaan tehokkaalla tavalla puuttua harkintavallan käytön rajoissa pysyttelevään päätöksentekoon, vaikkei se olisikaan ”perusoikeusystävällistä”. Tällaiseen ohjaukseen liittyvät varsin luontevasti muut pehmeät keinot, kuten esimerkiksi laillisuusvalvontaan liittyvät lehtiartikkelit, esitelmät, haastattelut sekä avoin www – tiedotus ja – palvelut.⁹⁶¹ Juuri tällaiset kanavat voivat luontevasti toimia esim. HallintoL:n 9 §:n mukaisen hyvän kielenkäytön vaatimuksen mukaisten joustavien ja tulkinnallisten hyvän hallinnon ominaisuuksien edistämisen väylinä.

Vaikka vallanajolle vieraat pehmeät keinot pyrkivätkin vaikuttamaan hallinnon toimintaan, niin ne ovat jotain muuta kuin lainkäytön antamat osapuolia sitovat ratkaisut. *Kirsi Kuusikko* luonnehtiikin oikeusasiamiestä instituutioksi, joka toimii hallinnon oikeudellisen ja moraalisen valvonnan välisessä rajamaastossa.⁹⁶² Luonnehdinta osuu oikeaan, mutta pitäisikö myös ehkä kysyä, tulisiko tästä vetää ehkä jotain johtopäätöksiä sen suhteen, millaisia fundamentaalisia rajanvetoja oikeuden ja politiikan välillä myöhäismodernissa julkisoikeudessa kannattaa yrittää pitää yllä?

Oikeusasiamiehen valvonnan hyvä puoli on siinä, että se voi omalla toiminnallaan sopeuttaa dynaamisesti hallintoasioiden käsittelyä yhteiskunnallisiin muutoksiin perus- ja ihmisoikeusystävällisesti.⁹⁶³ Kyse on uudentyyppisestä hy-

⁹⁶⁰ Vrt. Kulla 2000b: 803. Kastari (1977: 318) puhui tässä yhteydessä ”yleisestäävästä vaikutuksesta”. Samansuuntaisesti myös Kertomus 2000: 80 ja Koskinen & Kulla 2001: 19.

⁹⁶¹ Vrt. Katsaus 2000: 11, jossa viitataan ”uuteen oikeus- ja hallintokulttuuriin”.

⁹⁶² Kuusikko 2000: 59. Ks. myös instituution luonnehdinnat emt. s. 675 (sovittelija, ei laittomuuksien etsijä).

⁹⁶³ Ks. myös Kulla 2000a: 34. Suomalaisessa alan tutkimuksessa *Kirsi Kuusikon* väitöskirja (2000) edustanee selvimmin sellaista tutkimusorientaatiota, jossa laillisuusvalvonnan yhteys *soft law* -tyyppiseen sääntelyyn ja hallinnon ”pedagogina toimimiseen” on kaikkein selvimmin esillä.

vän hallinnon syntyä edistävästä *feed back* -funktioista, joka ei ole luonteeltaan vain lainvastaisuuksia etsivää, vaan virkamiesmoraaliin ja etiikkaan suuntautuvaa.⁹⁶⁴ Tällainen *feed back* -funktio asettaa perinteiset rajanvedot julkisoikeuden alueella uudenlaiseen valoon, koska se ei oikein taitu perinteiseen oikeuden ja politiikan erottamiseen perustuvaan rajanvetoyritykseen.⁹⁶⁵ Korostuneesti tämä näkyy tietysti silloin, kun lainvalvoja valvoo riippumatonta oikeuslaitosta huomauttaessaan tai lausuessaan moittivan käsityksen tuomioistuimelle tai tuomarille.⁹⁶⁶ Asiaa tiukan vallanjakoisesti makrotasolta arvioiden tämä on tietysti jonkin sortin tyyllirike, ellei jopa isompikin periaatteellinen ongelma, kun taas mikrotasolta katsoen asia vaikuttaa ongelmattomalta.

Oikeusasiamiehen ongelma on kuitenkin se, etteivät perus- ja ihmisoikeuksien merkitykseen kohdistuvat pehmeät toimet kanavoitu välttämättä poliittiseen päätöksentekoprosessiin ja tätä kautta lainvalmistelukoneistoon. Jos jokin ongelma toistuu jatkuvasti (esim. riittämättömät resurssit vs. perusoikeusvelvoitteet), niin lainvalvonnan tehokkuus kärsii. Oikeusasiamies joutuu tällöin kerta toisensa jälkeen toteamaan, että ”tyydyin tässä yhteydessä kiinnittämään valvottavan huomiota vastaisen varalle”. Tässä piilee selvä riski: puuttuvien tai puutteellisten instrumenttien vuoksi oikeusasiamiehestä voi tulla yksi hallintopoliittinen toimijataho muiden joukossa.⁹⁶⁷ Toisaalta tämä voi olla juuri se hinta, joka joudutaan maksamaan siitä, että valvonnan luonne on muuttunut ohjaavaksi ja pehmeäksi täsmävaikuttamiseksi.⁹⁶⁸ Kun suositellaan joutuisuuden edistämiseksi kiireellisyysluokituksia, voimavarojen lisäämistä, työnjohdon ja valvonnan lisäämistä tai henkilökohtaisen virkavastuun näkyvämpää kohdentamista, niin tällöin ollaan aika etäällä perinteisestä oikeudellisesta valvontafunktiosta.⁹⁶⁹ Pitkälle vietyinä tällainen laillisuusvalvonta voi sopia huonosti yhteen esimerkiksi tuomioistuin-

⁹⁶⁴ Ks. myös Koskinen & Kulla 2001: 20.

⁹⁶⁵ Vanhat rajanvedot voivat kuitenkin näkyä eräänlaisena laillisuusvalvonnan ”huonona itsetuntona”, joka saattaa ilmetä siitä, että vaikka laillisuusvalvontaa pidetään tärkeänä, niin sen ei haluta muodostuvan pääasialliseksi valituskeinoksi. Ks. esim. Rautio 2001: 26.

⁹⁶⁶ Oikeusasiamies on esim. huomauttanut tuomarin lainmukaisen perusteluvollisuuden täyttämättä jättämisestä (D 464/4/00) ja virka-aseman vastaisesta käyttäytymisestä eri mieltä ollutta lautamiestä kohtaan (D 3153/4/01). Ks. myös apulaisoikeusasiamies Jääskeläisen puheenvuoro teemasta, Kertomus 2002: 19–21.

⁹⁶⁷ Tämä heijastuu osin myös oikeusasiamiehen joistain ratkaisuksista. Esimerkiksi virkanimitykseen liittyvässä asiassa (D 1348/4/98), johon oikeusasiamies kohdisti useita varsin kriittisiä huomioita vastaisen varalle, liittyi seuraava oikeusasiamiehen lausuma (kohta 3.4): ”Asianosaisilla on tämän päätökseni estämättä mahdollisuus ryhtyä tässä asiassa sellaisiin muihin oikeudellisiin toimiin, joita he katsovat etunsa vaativan.”

⁹⁶⁸ Edellinen oikeusasiamies *Lauri Lehtimä* esitti pohdittavaksi sitä, voisiko Suomen oikeusasiamies-instituutiota kehittää enemmänkin sovittelijan suuntaan. Tästä keskustelusta ks. Kuusikko 2000: 678–679.

⁹⁶⁹ Kertomus 2000: 72. Tällainen voi tietenkin liittyä luontevasti hallinnon palvelujen laadun ja tuloksellisuuden edistämiseen (HallintoL 1 §).

ten riippumattomuuden kanssa; tunkeutuuko pehmeä valvonta ehkä alueelle, joka kuuluu tuomioistuimille kuuluvan harkintavallan alaan. Tämä kysymys on mielekäs toki *vain*, jos perinteisestä vallanjako-opista halutaan edelleen yrittää pitää kiinni, jos sitä ei pidetä enää normatiivisesti relevanttina, niin tilanne on tietenkin toinen.

Edellisen käsittelyn pohjalta voidaan kuitenkin todeta, että nykymuotoinen oikeusasiamies puolustanee paikkaansa perusoikeusvalvonnan jälkimodernissa kokonaisuudessa nimenomaan hallinnon joutuisuuden tyyppisissä hienoviritteissä ja tulkinnanvaraisissa perusoikeusrelevanteissa asiayhteyksissä, jolloin voidaan samalla suositella viranomaisille ongelmakohtiin liittyviä tarkoituksenmukaisia parannuskeinoja. Hallinnon ja lainkäytön välillä onkin tilaa, tilaa jota perinteiset rajanvedot ei ole halunneet jättää tai ainakaan tunnustaa tällaisen tilan olemassaoloa. Varsinainen ongelma voi kuitenkin olla se, että Ranskan ja USA:n vallankumousten jälkeen syntynyt moderni julkisoikeuden yleisten oppien järjestelmä fundamentaalisine oikeus/politiikka-erotteluineen ei enää päde jälkimodernin järjestelmän ymmärtämisessä ja edes rajallisessa systeemihahmottamisessa. Ikään kuin oikeusvaltion ja vallanjaon omat apriori rakenneperiaatteet olisivat murtumassa, kun niiden mukainen kehityskulku etenee pidemmälle ja nyansoituu sosiaalista todellisuutta ja nykyaikaisen demokraattisen oikeusvaltion substantiaalisia vaatimuksia vastaavaksi.

Pehmeän ja ohjaavan valvonnan tehokkuuden ja toisaalta perusoikeudellisen osuvuuden välinen kireys tuottaa jännitteisen yleisilmeen. Erikseen mainittakoon sekin seikka, ettei oikeusasiamies instituutiona selviä itsekään välttämättä joutuisuusvaatimuksesta jutturuuhkan seurauksena. Paisuva juttumäärä haastaa myös osaltaan kehittämään oikeusasiamiestä instituutiona ja orgaanina siten, että se vastaisi paremmin niitä tehtäviä, joita se nykyään jo tosiasiaassa hoitaa.⁹⁷⁰ Tämäkin näyttäisi osaltaan johtavan siihen, että perinteinen kolmijako-oppi tulisi ottaa uudelleen pohdintaan. Laillisuusvalvonnan nykytila ei ole oikein mahdutettavissa yhteen sen kanssa, vaikka sen hyödyllisyyttä ja tarpeellisuutta ei voidakaan kiistää, vaikkei se sovi vallanjako-opin puitteisiin. Jos oikeusasiamiehen valvontaa suhteutetaan toisaalta nykyaikaiseen hallintomenettelyoikeuteen (HallintoL), niin pehmeä vallanjakoon soveltumaton valvonta näyttäytyykin luonnollisena ja tarpeellisena.

Mutta mihin suuntaan sitten pitäisi edetä siten, että demokraattisen oikeusvaltion keskeiset reunaehdot eivät joudu uhatuiksi. Kysymys on hankala, eikä tässä voida antaa vastausta. Eräs *mahdollinen* suunta on kuitenkin löydettävissä Habermasin demokraattisesta oikeusvaltioteoriasta, jossa ollaan valmiita antamaan merkittävä rooli erilaisille kokeiluille, jotka laajentavat asiakasosallistumista

⁹⁷⁰ Vuosien 1981–2000 väliset toimenpidemäärät ja niiden kehittyminen, ks. Kertomus 2000: 380.

hallintoelimiin, lisäävät oikeusasiamiestyyppisiä elimiä ja parantavat hallinnon vaikutuskohteiden mahdollisuutta tulla kuulluksi. Kriittisesti voidaan tosin kysyä, ovatko tämä tutut ja turvalliset keinot sitten ihan oikeasti sellaisia, että niiden avulla voidaan pelastaa moderni edustuksellisuuteen perustuva demokratiajärjestelmämme.⁹⁷¹ Jälkimodernin yhteiskunnan oikeuteen ne kuitenkin sopivat, koska oikeusasiamiehenkin toiminnassa on pitkälti kyse erityisestä *dialogista* julkisen vallan käyttäjien kanssa. Tällöin ei voida perustaa päätöksiä pelkän väärin/oikein (= laitonta/laillista) -logiikan varaan tai ylipäänsä nojata oikeusjärjestykseen perinteisenä systeemisenä kokonaisuutena, vaan arviointiin tulee selvemmin ja avoimemmin mukaan intuitiivisia ja jopa tunteisiin (tunne ”oikeasta”, tunne ”hyvästä hallinnosta”) liittyvää ainesta. Tässä tilanteessa merkittävää on – ei vain juridisesti relevantti argumentaatio – henkilökohtainen *moraalinen vastuu* lainvalvontaratkaisuksista.⁹⁷² Tässä kohden yhtäläisyydet jälkimodernin yhteiskuntateorian kanssa nousevat selvästi pintaan; jälkimodernissa maailmassa jokainen joutuu ottamaan moraalisen vastuun itselleen, koska yleispätevä kollektiivinen moraal – oikeudellista ratkaisutoimintaa silmällä pitäen – puuttuu.⁹⁷³ Pelkkä viittaaminen yleiseen abstraktiin joustavaan normiin, edes perusoikeusnormiin, ei ole riittävää, vaan on mentävä kapeasti ymmärretyn oikeudellisuuden tuolle puolen ja hyvään hallintotapaan – sanoi vallanjako-oppi sitten mitä tahansa muuta.

Tällä tavoin ajatellen vetoaminen vallanjako-oppiin olisi vain tyhjää, merkityksetöntä puhetta menneisyydestä, syvänormatiivisen ulottuvuutensa kadottanutta diskurssia. Jos näin todella on, niin mitä sitten pitäisi kehittää tilalle? Onko perusoikeuksien, vallanjaon, integraation, globalisaation ja julkisen vallan laadullisen muutoksen ristiaallokossa mitään selkeää etenemisväylää? Mitkä ovat itse asiassa nykyaikaisen julkisoikeuden mahdolliset etenemisväylät: koherenssi, fragmentaatio vai jokin muu? Entä vallanjaon ja perusoikeuksien välinen suhde, mitä siitä pitäisi ajatella?

⁹⁷¹ Ks. Scheuerman 1999: 171–172.

⁹⁷² Ajatuskulussa on lainattu ja sovellettu Wilhelmssonin (2001: 122–124) esittämiä ajatuksia ja ideoita, joihin kuuluvat myös empatia ja ratkaisijan kyky ymmärtää ihmisiä.

⁹⁷³ Ks. esim. Jallinojan (1996: 49) selostusta Zygmunt Baumannin sosiologisesta teoriasta.

5 Systeeminrakennus ja lainoppi – koherenssia vai fragmentteja?

*Systemet börjar uppvisa allt fler kaotiska drag.
Är detta något som man bör acceptera?*⁹⁷⁴

5.1 YHTEENVETOJA JA UUDELLEENARVIOINTIA

Julkisoikeuden keskeiset peruselementit, kuten vallanjako ja perusoikeudet, pyrkivät molemmat pohjimmiltaan täyttämään samaa oikeusvaltiollista funktiota: rajoittamaan julkisen vallan käyttöä. Valtio rajoittaa siis itse itseänsä. Julkisen vallan itserajoitus on oleellinen seuraus siitä, että jossain matkan varrella on kuviteltu kyettävän erottamaan oikeus politiikasta. Mutta olisiko tuo fundamentaalinen erottelu edelleen toimiva siinä mielessä, että se voisi tarjota julkisoikeuden systematiikalle pohjan, josta lähteä liikkeelle, vaikkei se enää empiirisessä mielessä tai ahtaan dogmaattisessa tarkoituksessa vaikutakaan kovin elinkelpoiselta? Kysymys liittyy pohjimmiltaan valtaan ja siinä asiakokonaisuuteen, jota *L. D. Eriksson* on nimittänyt oikeuden *valtatekniikoiksi*. Ne synnyttävät hänen mukaansa omia oikeuskieliään, jotka jatkavat olemassaoloaan erilaisina historiallisina oikeusjärjestyksen valtakerrostumina, joihin tässä kirjassa on viitattu apriorisuuden, fundamentaalisuuden ja normatiivisen kielioopin, mallivallan, käsitteillä. Erilaiset valtatekniikat puolestaan jakavat poikkeavia kuvia siitä, mitkä ovat oikeusjärjestyksen funktiot. Tällä tavoin – katsoo Eriksson – ne luovat oikeuden sisälle ainakin osittain sulkeutuneita ja toistensa kanssa kilpailevia juridisia maailmankuvia.⁹⁷⁵ Näiden maailmankuvien välisessä ristiaallokossa erilaiset oikeuspoliittiset legaalistrategiat voivat kamppailla keskenään vallasta ja siitä, ”mitkä ovat oikeita tulkintoja”.⁹⁷⁶ Vallanjaon ja perusoikeuksien ristivedossa on pitkälti kysymys tästä – niiden taustalla olevat demokratiakonseptiot ovat erilaiset, mutta siitä huolimatta ne ovat osa nyky aikaista Verfassungstaattia.

⁹⁷⁴ Wilhelmsson 2001: 215.

⁹⁷⁵ Eriksson 1999: 38.

⁹⁷⁶ Tulkinnan ”oikeellisuus” on tietenkin suhteellinen asia. Jos ajatellaan *Hannu Tolosen* (1997: 279–280) tavoin, että oikeus on kaleidoskooppi, niin sitä voidaan hahmottaa monin eri tavoin, joista mitään ei voida pitää välttämättä sen oikeampana kuin toista.

Ristiveto on kuitenkin ongelmallista oikeudelliselle ajattelulle. Kuinka oikeus ylipäänsä pystyy sulkemaan sisäänsä erilaisia maailmankuvia, jos sen pitäisi olla koherentti? Mitä jää teoreettisen lainopin funktioksi, jos se ei kykene tuottamaan lisää koherenssia ja kykene näin lisäämään myös oikeuden ennustettavuutta ja hallittavuutta. Systemi näyttää nousevan tässä kysymyksenasettelussa keskiöön: mikä arvo systemaattisille näkökohdille ja oikeusjärjestyksen koherenssille on annettava, kun huomioidaan valtatekniikoiden kerrostuneisuus ja eri maailmankuvien poliittisten strategioiden kilpailuasetelmat? Mitä jos eri elementit esittäytyvät kaikki olevansa yhtä lailla fundamentaalisia oikeuden ydinperiaatteita?⁹⁷⁷ Mille tulisi antaa etusija vai tulisiko sallia pluralismi?

Oikeusjärjestyksen systeemistä koherenssia voidaan pitää eräällä tavalla oikeusnormien, periaatteiden ja instituutioiden ulkoisena asiana siksi, että se on jotain jonka aikaansaamisessa oikeustieteilijän ja tuomarin roolit korostuvat. Tästä korostumisesta johtuen voidaan myös pohtia, onko *koherenssi* tärkein normatiivinen tavoite, jota 2000-luvun teoreettisen lainopin täytyy pitää silmämääränään?⁹⁷⁸ Kysymyksenasettelu tiivistyy modernin oikeustieteen systematisoimisprojektin ja toisaalta oikeuden hajautumistendensseille systemiä voimakkaamman painoarvon antavan, perussävyltään skeptisemmän oikeustieteen vastakohtaisuuksiin: pitääkö oikeusjärjestys pyrkiä näkemään loputtomana systematisointiprojektina, vai onko tällaisen ajattelutavan aika jo mennyt maille, kuten sen mukaiset julkisoikeuden fundamentaalisen kieliopin oleelliset rakennuspuut, kuten esimerkiksi vallanjako-oppi? Antaako 2000-luvun alun julkisoikeustiede vastauksia väriin kysymyksiin, koska teoreettinen käsitteistö on syntynyt perinteisen oikeusvaltion ja valtiovallan kolmijako-opin synnyttämiin ongelmiin?⁹⁷⁹

Kirjan toisessa luvussa huomattiin vallanjaon fundamentaalinen ongelmallisuus EU-yhteydessä, jossa norminantovalta ei juurikaan muistuta perinteisen pohjoismaisen oikeuslähdeopin mukaisia puitteita. Oikeuden ja politiikan erotta-

⁹⁷⁷ Ajatus liittyy myös oikeuden hahmottamisen metodologiaan; voiko esim. oikeudellista ongelmanratkaisua ja tulkintaa hahmottaa yhden ainoan mallin avulla? Jos halutaan korostaa sääntelyn moniulotteisuutta, niin silloin tulisi kai painottaa pluralismia ja partikulaarisuutta, jotka molemmat ovat yhdenmukaistamisideologian vastaisia ajatuksia (ks. myös Laakso 1990: 52). Tässä kirjassa on viitattu *partiaalisuuteen* ja *polysentriaan* juuri tämän tyyppisessä yleisessä yhdenmukaistamisajattelua kriittisesti arvioivassa hengessä.

⁹⁷⁸ Vrt. Tuori 2002a: 1313. Kysymys saa pontta esimerkiksi siitä ihmis- ja perusoikeusvalvonnan moniäänisyydestä, joka Euroopassa vallitsee. On olemassa kansalliset perusoikeudet, EU-perusoikeudet ja ENIOS:n ihmisoikeudet ja vielä lisäksi YK:n ihmisoikeusnormisto. Vaikka normistot ovatkin sisällöltään paljolti samanlaisia, niin valvontamekanismien päällekkäisyys tuottaa mieluummin moniäänisiä ihmis- ja perusoikeuksia kuin koherenssia; valittu oikeustie voi vaikuttaa lopputulokseen.

⁹⁷⁹ Kysymys on muokkailtu Erikssonin (1995: 219) hallintoon kohdistamasta vastaavasta kysymyksestä.

minen onkin teoreettisessa mielessä aina jollain tapaa keinotekoisista, kuten ”schmittiläinen” analyysi osoitti. Lisäksi esiin tuli se, että Pohjolan systeemit ovat itsessään muuttumassa suuntiin, joissa perusoikeusviritteinen tuomioistuin-aktivismi näyttää olevan nousussa hiukan samaan suuntaan kuin EU:n sisällä on asianlaita ollut jo pidemmän aikaa. Perusoikeusjärjestelmien vahvistuminen yhdessä lakien perustuslainmukaisuuskorostuksen kanssa on ollut omiaan lisäämään tuomioistuinten painoarvoa yhteiskunnallisen vallan käyttäjinä. Kolmannessa luvussa nostettiin esiin tiettyjä perusoikeuksien korostamiseen liittyviä oikeudellistumis- ja ylikonstitutionalisoitumisriskejä, joita luvun toisessa pääosassa arvioitiin erityisesti vallanjakoperspektiivin näkökulmasta. Tuloksena ei ollut mitään erityisen selviä päätelmiä puoleen jos toiseenkaan – vain tietty yleinen systeemiskepsis ja jyrkkien oikeus/politiikka-erojen ylläpidon mahdollisuus jäi päällimmäiseksi. Esiin nousi myös ajatus ylimmän tuomiovallan käytön avaamisesta demokraattiselle legitimaatioketjulle lähinnä ylimpien tuomareiden valintamenettelyn suhteen.

Jos kansansuvereniteettiin pohjaavan vallanjako-opin sovelluksen edellyttämästä oikeuden ja politiikan välisestä työnjaosta halutaan pitää kiinni ja juuri sillä tavoin pysyttäytyä demokraattisen oikeusvaltion tai Verfassungsstaatin puitteissa, niin itse asiassa meidän tulisi olla huolestuneita oikeuden sijaan *politiikasta*. *Ola Wiklund* puolustaa politiikkaa mielestäni (lähtökohtiinsa suhteutettuna) varsin sujuvasti: ”bör ett större ansvar läggas på våra folkvalda politiker och på deras agerande i nationella, överstatliga och globala politiska församlingar. Vad vi behöver är mer politik, inte mindre... Endast en politisk demokrati kan vara tillräckligt känslig för resultaten av denna omvandling, endast en politisk demokrati kan vara tillräckligt lyhörd för olika intressegrupper och kulturers skilda intressen.”⁹⁸⁰

Neljännessä luvussa vallanjakoteeman tarkastelu vietiin yleishallinto-oikeuden teorian alueelle, jossa ilmeni eri mallien syväkulttuurinen poikkeavuus ja tästä johtuva siirrettävyyden hankaluus. Lisäksi neljännessä luvussa huomattiin vallanjakomallin olevan soveltumaton nykyaikaisen laillisuusvalvonnan doktrinäärisen hahmottamisen kannalta. Kaikessa käsittelyssä EU-oikeus näyttäytyi vallanjako-opin edellyttämän työnjaon kannalta jonkinlaisena ”häiriötekijänä”, johon eri järjestelmät sopeutuvat eri tavoin. Häiriötekijä se on siinäkin mielessä, ettei se tunnusta jakoa julkis- ja yksityisoikeuteen eikä sen piirissä sovelleta minkäänlaista tunnistettavaa vallanjako-opin sovellusta. Kuitenkin se on oikeudellisesti erittäin tärkeä ja merkittävä normisto, jonka vaikutusala on edelleen kasvussa. Se ei noudata vallanjakoista kielioppia, mutta tunnistaa helpommin perustavaa laatua olevat yksilötoimijoihin kiinnittyvät oikeudet.

⁹⁸⁰ Wiklund 1999: 100.

Kirjan edellisten lukujen käsittely tuntuu osoittavan, että 2000-luvun alun julkisoikeuteen liittyvät kehityspiirteet vähintäänkin oireilevat jostain sellaisesta, jota ei voida oikein kunnolla tavoittaa – systeemisessä mielessä – modernin julkisoikeuden ja sille tyyppisten yleisen oppien kuvaamisen ja normatiivisen arvottavuuden käsitteistöin, kuten vallanjako tai ihmis- ja perusoikeudet. Globalisaatio, integraatio, yhdysvaltalaisen oikeusajattelun massiivinen globaali-penetratio, median lisääntyvä valta, mikropolitisoituminen ja monet muut tekijät tuntuvat vievän terävyyttä perinteisen julkisoikeuden käsittämistavalta ja systematiikalta sekä niiden pohjana olevalta fundamentaaliselta oikeuden kieliopilta ja mallivallalta.⁹⁸¹ Jälkmodernilta juridiikalta vaikuttaa puuttuvan uskottava kyky määrätä oikeuden ja politiikan välisestä suhteesta systeemihakuisen teoreettisen lainopin sallimin koherentteja yleisiä oppeja korostavin toimintatavoin. Tilanne saattaa johtaa asiaa tutkimuksen näkökulmasta tarkastelevan päättelämään *non liquet* – epäselvää, ei mahdollista ratkaista. Onko teoreettinen lainoppi sitten todella näin voimaton vai pitäisikö keskustelu kääntää substanssin sijaan kohti yleisempiä kysymyksiä, jotka liittyvät niihin *systematisointiulottuvuuksiin*, joihin perusoikeudet ja vallanjako näyttävät kietoutuvan.

5.2 SKYLLA JA KHARYBDIS: SYSTEMATISOINTIOPTIMISMI VS. SYSTEMATISOINTIPESSIMISMI VAI KOLMAS TIE?

Teoreettisen lainopin käsitteistön voidaan katsoa antavan normatiivisen matriisin yhteiskunnan mieltämiselle.⁹⁸² Tästä teemasta tämä kirja lähti alkuluvussa liikkeelle. Tämä käsitys lieene edelleen soveltuva yleinen luonnehdinta asiasta, mutta se ei vielä vastaa siihen, kuinka systemaattinen tuon matriisin tulee olla, tai onko 2000-luvun alussa ajateltava asiasta eri tavoin kuin vielä edellisen vuosisadan puolella. Edellisissä luvuissa ilmeni, että vallanjako-oppi ja ihmis- ja perusoikeudet ovat olleet tärkeä osa teoreettisen lainopin julkisoikeuden perustavaa laatua olevaa käsitteistöä. Niitä hyödyntäen on voitu myös rakentaa ja jäsentää hallinto-oikeuden järjestelmän perusteet. Molempia on koetettu hyödyntää myös yleisemmin systematisoinnissa, mutta lopputulos näyttää eri suuntiin vetävältä.

Oikeuden voidaan ehkä sanoa yleisemminkin valtiosääntöistyneen, mutta asiasta vedettävät johtopäätökset ja teoreettisen lainopin primääritehtävästä val-

⁹⁸¹ Tämä ei kuitenkaan tarkoita, ettei säännösten tulkintaan orientoituva lainoppi täyttäisi sille kuuluvaa praktista yhteiskunnallista funktiota – kysymys tässä kohden on erilaatuinen ja liittyy mieluummin oikeuskulttuuriin, kuin sääntelyn pinnan ja välittömän oikeudellisen ja hallinnollisen ratkaisutoiminnan tasoon.

⁹⁸² Aarnio 1993: 710.

litsevat juridiset ideologiat vaikuttavat tuottavan tiettyjä riitasointuja; systemaattisuuden lisääntyminen yhtäällä kun tuottaa pluralismia toisaalla. Dilemma tulee eteen perusoikeussystematisoinnissa; pitääkö korostaa erilaisten *tulkintatilanteiden erityispiirteitä* ja tapauskohtaista kontekstia, kunkin jutun tosiseikkoja vai perusoikeussysteemin *koherenssiulottuvuutta järjestelmätasolla*?⁹⁸³ Pitääkö esimerkiksi hallinto-oikeus – muiden oikeudenalojen tavoin – alistaa valtiosääntöargumenteille normihierarkiaperustein vai voiko sillä olla myös aidossa mielessä omaa ja omintakeista muista oikeudenaloista poikkeavaa sisältöään, joka ei ole välttämättä täysin yhteismitallista muiden oikeudenalojen kanssa? Miten vallanjako ja perusoikeudet voidaan sovittaa yhteen, jos ne vetävät eri suuntiin systematisointiperusteina? Tätä keskustelua olisi mahdollista käydä niin oikeus- kuin yhteiskuntateoriankin välinein ja käsittein, mutta ehkä käsittely tässä voidaan kiteyttää siihen keskusteluun, joka liittyy konstitutionalisoitumiseen ja erilaisista orientoitumistavoista siihen.

Kysymys oikeusjärjestyksen valtiosääntöistymisestä on suomalaisessa keskustelussa liitetty likeisesti yhteen oikeuden systemaattisuuden ja koherenttisuutta korostavan ajattelun kanssa. *Veli-Pekka Viljanen* näkee valtiosääntöistymisen ja erityisesti perusoikeudellistumisen myönteisenä vastalääkkeenä eri oikeudenalojen jälkimodernille eriytymiskehitykselle. Viljasen mukaan sellaista oikeusjärjestystä, joka ei pyri olemaan koherentti, ei voida juurikaan pitää legitimiä järjestysnä. Tämä näkemys korostaa sitä, että tarvitaan juridisia instrumentteja, joiden avulla oikeusjärjestystä kokonaisuudessaan voidaan pitää koossa. Viljanen painottaa perustuslain funktiona nimenomaan tätä koossapitotehtävää, lainsäädännön sisällöllistä johdonmukaisuutta ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan (koherenttia) linjakkuutta.⁹⁸⁴ Tässä asetelmassa aivan erityinen vastuu koko oikeuden yhdenmukaisuudesta kytketään valtiosääntöoikeuteen, jonka konstruktiviseksi ydinfunktioksi tulee siis edistää ja ylläpitää systemaattista koherenttisuutta. Viljasen systeemitteesi on näin siis luonteeltaan hyvin vahva. Systematisoinnin kohteena on nimenomaan oikeusjärjestyksen kokonaisuus.⁹⁸⁵

Pekka Lämsineva yhtyy monin paikoin Viljasen valtiosääntöiseen koherenttiin, mutta esittää kuitenkin tiettyjä varauksellisia reunahuomautuksia koherenttisuuden projektin käytännön mahdollisuuksista. Systematiikkakäsittelynsä

⁹⁸³ Ks. myös Kultalahti 2003: 707.

⁹⁸⁴ Ks. Viljanen 2003: 447–448.

⁹⁸⁵ Tämä ajattelutapa on oikeastaan yllättävänkin kaukana 1990-luvun alkupuolen perus- ja ihmis-oikeusorientoituneesta valtiosääntöoikeudesta, jossa puhuttiin mm. *normifragmenteista*. Tässä ajattelutavassa korostettiin oikeuden moniaineksisuutta, tapauksittain vaihtelevuutta, sisäistä jännitteellisyttä, sisäistä kollisioalttiutta. Koherenssiargumentilla oli tässä ajattelussa vain rajattu rooli eli sillä oli arvoa lähinnä ”edes yksittäisen tapauksen ratkaisemisessa”. Ks. tark. Scheinin 1993: 18–19. Viljasen järjestelmään kohdistuva systematisointiteesi on tässä nähdäkseni hyvin erilaatuinen.

johtopäätöksenä hän korostaa erityisesti yksityis- ja julkisoikeuden välisten rajojen ylittämisen tarvetta, koska näiden molempien oikeudenalojen keskeiset oppirakennelmat voidaan hänen mukaansa palauttaa yhteisiin lähtökohtiin. Tällaisina yhteisinä lähtökohtina Länsineva näkee perusoikeudet ja muut valtiosääntöperiaatteet. Jatkopäätelmänä hän katsoo, että perusoikeuksia tulee pitää – niiden soveltamisalaa silmällä pitäen – yleisenä oikeutena, kaikkialla vaikuttavina oikeuden perusarvoina.⁹⁸⁶ Länsinevan ero Viljaseen lieenee kuitenkin siinä, että vaikka hän liittää oman katsantokantansa oikeudellisen systeeminrakennuksen projektiin, niin hän nostaa esiin myös oikeuden sisäiset jännitteet, muuttuvuuden ja avoimuuden ulkopuolisille vaikutteille. Hän kuitenkin huomauttaa, että normien soveltamistilanteissa tulee noudattaa koherentin soveltamisen periaatetta. Tässä ajattelussa systeemin rooli ei vaikuta korostetulta, koska se ei Länsinevan mukaan voi korvata ratkaisuharkintaa.⁹⁸⁷ Länsineva siis sitoutuu samaan systeemiteesiin kuin Viljanenkin, mutta hänen systeemiteesiään voi kuvailla heikomaksi.

Tässä yhteydessä huomionarvoista sekä Viljasen että Länsinevan näkemyksissä on optimistinen usko – eri vivahtein ja painotuksin tosin – valtiosääntöoikeuden *koko* muuhun oikeuteen ulottuvasta systematisoivasta ja/tai koherenttisuutta luovasta voimasta. Viljanen korostaa perusoikeuksien roolia nimenomaan oikeusjärjestyksen systematisoinnissa, kun taas Länsineva painottaa perusoikeuksien merkitystä pitäen viime kädessä silmällä soveltamistilannetta. Molempia näkökantoja voidaan kuitenkin kuvata systematisointioptimistiksi. Tässä he eivät tietenkään ole yksin.⁹⁸⁸

Millainen painoarvo systematiikalle sitten pitäisi antaa myöhäismodernissa oikeudessa, jossa oikeuden aiempaan historialliseen kerrostumaan kuuluva vallanjako-oppikin näyttää olevan *empiirisesti* rapautumassa?⁹⁸⁹ Miksi oikeastaan pitäisi ylipäänsä uskoa systematiikan voimaan tilanteessa, jossa maailma monimutkaistuu ja oikeus sen perässä. Onko tällaiselle yhdenmukaistamisoperaatiolle enää mitään reaalista perustaa yhteiskunnallisessa todellisuudessa? Jos perusoikeusideologian omat lähtökohdat ovat pohjimmiltaan vallanjako-opista lähteviä, niin miten tulisi arvioida sellaista jännitettä, joka syntyy väljen perusoikeuksien

⁹⁸⁶ Vastaväittäjä Jukka Kultalahti (2003: 705) tosin huomatti, ettei Länsineva onnistu aukottomasti osoittamaan ”minkäläisten mekanismien kautta tämä tunkeutuminen onnistuu”.

⁹⁸⁷ Ks. Länsineva 2002: 13–25. Länsinevan (emt. s. 273) mukaan perusoikeusnäkökulman tehtävänä on tavoitella kaikelle juridiselle toiminnalle yhteistä horisonttia. Tulkitsen tätä kantaa niin, että se on – toisaalla kirjassa esitettyine varauksineenkin – systematisointihakuinen.

⁹⁸⁸ Ks. esim. Suksi 2002.

⁹⁸⁹ *Osin* tämä ongelma palautuu tietysti jo lainopin normatiiviseen luonteeseenkin; kyse ei ole vain todellisuudenkuvauksesta. Jyräki (2003: 20) kirjoittaa osuvasti: ”jokaista oikeusdogmatiikkaa tuottavaa täytyy huolestuttaa ajatus siitä, että lukija käsittää oikeusdogmaattisen esityksen todellisuuden kuvaukseksi”. Tässä teemaa lähestytään kuitenkin juuri normatiivisuuden ja systeemisyyden *mahdollisuuksien* perspektiivistä.

norminluomisdiskurssia lähestyvässä norminsoveltamiskurssissa? Näiden diskurssien systematisoiva yhteensovittaminen vaikuttaa tässä valossa tärkeältä 2000-luvun alun julkisoikeustieteen teemalta.

Vallanjako-oppi sen kummemmin kuin perusoikeusideologiakaan, joka korostaa systematisointia ja koko järjestelmän kattavaa koherenssi-ideaalia, ei vaikuta olevan sopusoinnussa 2000-luvun alun fragmentoituneen ja nopeassa muutostilassa olevan sosiaalisen ja poliittisen todellisuuden kanssa. Edellä tässä kirjassa esitetty perusoikeuksien käyttötapojen *potentiaalisia* riskejä ruotanut kritiikki liittyykin juuri tähän. Yhtäältä tämä liittyy siis perusoikeuksien ja lakien perustuslainmukaisuuden pitkälle viedyn normatiivisuuden ja vallanjaon väliseen jännitteeseen, kansansuvereniteettiin pohjautuvassa järjestelmässä. Toisaalta se liittyy taas kaikenlaisen laajamittaisen systematisointiajattelun ehdottomuuteen ja perinpohjaisuuteen. Tässä kirjassa ei ole lopultakaan kyse aineellisesta perusoikeuskritiikistä, vaan *niiden käyttötapoihin ja niiden ympärille rakennettujen varmistus- ja turvaamismekanismien yhteensopivuudesta demokraattisen oikeusvaltion muiden keskeisten ideaalien kanssa*. Jos pluralismi ja polysentria nähdään pikemminkin myönteisinä ilmiöinä, jotka lisäävät oikeusjärjestelmän joustavuutta ja responsiivisuutta *ongelmanratkaisutilanteissa*, niin perusoikeudet eivät tietenkään sellaisenaan ole mikään ongelma, vaan päinvastoin. Ongelma kiitetty juuri perusoikeuksien systeemisen luonteen kattavuusulottuvuuteen – kuinka syvälle, kuinka paljon, mihin mittaan saakka ja millä hinnalla?

Vai, onko koko kysymyksenasettelu ehkä väärä ja voidaanko ylipäänsä puhua mistään ”yhdestä systematiikasta”? *Kaarlo Tuori* on eräässä yhteydessä kysynyt sitä, onko koherenssia pidettävä ylipäänsä sellaisena ”normatiivisena tavoitteena, johon oikeustieteen ja lainkäytön tulisi pyrkiä”.⁹⁹⁰ Palaan tähän kysymykseen käsiteltyäni systematisointioptimismen haastavan teoreettisen lainopin panosta keskustelulle.

Thomas Wilhelmsson on viitannut siihen mahdollisuuteen, että perusoikeuksien voimakas korostaminen voi osaltaan kivettää ja jäykistää oikeudellista ajattelua ja johtaa – hyvistä aikeista huolimatta – kielteisiin vaikutuksiin. Hän viittaa erityisesti juristien (mahdolliseen) yhteiskuntapoliittiseen keskustelun dominointiin, kytkien tämän uhan myös oikeuden systematisointiin liittyviin näkökohtiin.⁹⁹¹ Wilhelmsson korostaa systeemiajattelun ja systeeminrakentamisen sijaan oikeustieteilijöiden henkilökohtaisia valintoja ja niistä seuraavaa moraalista vastuuta, jota ei mikään systeemi voi korvata. Hän nimenomaan painottaa, ettei tutkijakaan voi paeta tieteen rationaalisuuden norsunluutorniin.⁹⁹² Argumentaatio tuntuu vievän samaan suuntaan kuin luvussa 4.3 käsitelty lainvalvontakin;

⁹⁹⁰ Tuori 2002a: 1313.

⁹⁹¹ Wilhelmsson 2001: 119.

⁹⁹² Wilhelmsson 2001: 124.

yksiarvologiikasta (kielletty–sallittu, laiton–laillinen) kohti pehmeämpää ja joustavampaa oikeudellista ajattelutapaa. Tämän analyysin yksi keskeinen taustatekijä liittyy oikeuden perustavanlaatuiseen *fragmentoitumiseen*, jolla viitataan siihen, ettei oikeudellisten ratkaisujen tueksi löydy helposti ”konsekventa skäl”. Hän asettaa nimenomaisesti näkemyksen *koherentista* oikeudesta fragmentoituneen jälkimodernin oikeuden vastakohtaksi. Systeemisesti orientoitunut ja tämän vuoksi hyvin yleisluontoinen ja formalisoitu järjestelmä on jotain sellaista, joka ei vastaa sääntelykohteen eli jälkimodernin yhteiskunnan Law-in-Action-todellisuutta.⁹⁹³

Modernille tyypillisen oikeus/politiikka-jaon järkkyyssä yksilöiden arkielämä tuntuu oikeudellistuvan (mm. perusoikeuksien kautta) ja oikeudellisten toimijoiden toiminta tuntuu puolestaan politisoituvan. Yhteiskunnan ja oikeuden jäsentäminen yleisten systemaattisten hahmotelmien, kuten vallanjako-opin, avulla tulee samalla yhä vaikeammaksi – tapauksellisuus ja henkilötoimijoiden moraalinen yksilöllinen vastuu ratkaisuista korostuu, systeemiargumenttien painoarvon tullessa empiirisessä mielessä keveämmäksi. Vaikka kuinka puhuisimme *yhteisistä* perusoikeuksista, niin tosiasiaa lienee, että esimerkiksi lääkintäoikeudella ja osakeyhtiöoikeudella tai sosiaalioikeudella ja markkinajuridiikalla lienee varsin vähän yhteistä pohjaa, edes perusoikeuksien välityksellä, koska näillä alueilla perusoikeusjärjestelmän eri osat voivat asettua de facto erilaiseen hierarkkiseen järjestykseen. Ainakin tässä mielessä puhe pluralismista lienee oikeutettua. Jos ne eri elämänalueet, joita eri perusoikeudet ja eri oikeudenalat koskevat, ovat sosiaalisen toiminnan muotoina hyvin erilaisia, niin voiko tuloksena ylipäänsä olla yhdenmukainen oikeuslähdeoppi vai mieluummin polysentrisiä oikeuslähdeoppeja tilanteessa, jossa oikeudellisen sääntelyn aineellista oikeudenmukaisuutta ja mikropoliittista moraalista responsiivisuutta halutaan korostaa. Missä määrin teoreettisesti orientoitunut lainoppi voi sietää ”kaoottisuutta” olematta enää lainoppia normatiivisessa mielessä?

Länsineva katsoo, ettei hänen edustamansa perusoikeusajattelu merkitse paluuta entiseen ”suljettuun systeemikäsitykseen”, vaan oikeutta voidaan tarkastella eräänlaisena joustavana verkostona tai kudoksena.⁹⁹⁴ Ajatus on kannatettava, mutta ongelmaksi jää se, ettei Länsineva juurikaan täsmennä mitä tämä käytännössä tarkoittaa. Eli: millaista systematisointia. Metaforatasolla lainopin työhän on pitkälti mekanistisesti ja loogisesti systematisoivaa, kun taas verkosto ja kudusrakenne viittaa toisenlaiseen systematisointiin siirtyen mekaniikasta neurobiologian pariin. Mutta, millaiselta oikein näyttää kudomainen oikeusjärjestelmä? Onko se vielä tunnistettavissa juridiseksi *järjestel-*

⁹⁹³ Wilhelmsson 2001: 194–195. Hän puhuu erityisesti yhden oikeudenalan (*ansvarsrätt*) perspektiivistä, mutta ymmärtääkseni yleistä taustaa koskeva analyysi on *yleisesti* soveltuva.

⁹⁹⁴ Länsineva 2002: 16.

mäksi, mitkä ovat sen osat, mitkä näiden osien keskinäiset suhteet ja millainen on muodostuva kokonaisuus? On täysin mahdollista, että tässä tilanteessa teoreettinen lainoppi on oman episteemisen perspektiivinsä ”vanki”, oikeuden kielen ja sen normatiivisen apiorisuuden vanki; systematisointi viittaa tällöin a priori tietynlaiseen normiaineksen loogiseen ja rakenteelliseen selkeyttämiseen, joka sietää huonosti kaaosta ja yllätyksiä, joita kudosrakenne taas vai-kuttaisi jo lähtökohtaisesti sisältävän.

Wilhelmsson pohtii myös sitä, pitäisikö oikeustieteen pyrkiä voittamaan systeemin lisääntyvä kaoottisuus ja alkaa siksi rakentaa tilalle uutta entistä ehompaa systeemiä.⁹⁹⁵ Näin ajatellen systematisointihanke olisi nähtävänä myöhäismodernin fragmentoitumistendenssin vastalääkkeenä. Wilhelmsson tuntuu päätyvän analyysissään siihen *tuntemukseen*, ettei pane paljon painoa perusoikeuslähtöiselle uudelleensystematisointiyritykselle – erityisesti nämä sanat on kohdistettu *Juha Pöyhösen* varallisuus oikeuden perusoikeuslähtöiseen hankkeeseen – oikeuden väistämättömän fragmentoitumisen esteenä. Tähän hän päätyy muun muassa siksi, että erilaiset perusoikeudet eivät rakennu samanlaiselle arvoperustalle, jolloin oikeudet jäävät usein varsin yleisluontoisiksi ja ne voivat myös konkretisoituessaan vetää *eri* suuntiin. Useat – hänen erityisen oikeudenalansa perspektiivistä – ongelmat ovat sellaisia, ettei niitä voida luontevasti oikein edes muotoilla perusoikeusjuridiikan keinoin. Vaikka perusoikeuksien systematisoiva voima jääkin tässä analyysissä *heikoksi*, niin niillä voi Wilhelmssonin mukaan olla huomattava vaikutus argumentointiin.⁹⁹⁶ Tämä ei sulje pois sitä, etteikö teoreettisella lainopilla olisi myös sanansa sanottavana:

”Det att jag framhåver de små goda berättelsena och betvivlar möjligheten att bygga ett stort juridiskt system innefattar alltså inte ett krav på att man borde avstå från ett systematiskt juridiskt tänkande. Jag vill ingalunda kasta över bord de juridiska begreppen, principerna och de allmänna lärorna, som den finska teoretiska rättsdogmatiken på goda grunder varit så intresserad av. Doktrinen är och bör vara en aktiv deltagare i berättandet. En liten god berättelse kan få sin början i, stödjas av eller avslutas i en kreativ insats på den dogmatiska begreppbildningens område.”⁹⁹⁷

Systeemille jää siis edelleen sijansa, mutta lähinnä tietyssä rajatussa tarkoituksessa. Erityisen hyödylliseltä tässä ajattelutavassa näyttää se, että systeemiä pidetään eräänlaisena apuvälineenä tai nähdään se tarpeellisenä tapana esittää oikeus.⁹⁹⁸ Tällainen systematisointiteesi on luonteeltaan kuitenkin varsin heikko eli pieniä hyviä kertomuksia suuren kattavan perusoikeustarinan sijaan.

⁹⁹⁵ Wilhelmsson 2001: 215.

⁹⁹⁶ Ks. Wilhelmsson 2001: 219–222.

⁹⁹⁷ Wilhelmsson 2001: 236.

⁹⁹⁸ Wilhelmsson 2001: 219.

Teoreettista lainoppia koskeva yleisempi kysymys on se, pitääkö näkökulma jäsentää yhteiskunnasta oikeuteen vai oikeudesta yhteiskuntaan. Yhteiskunnallisessa todellisuudessa ongelmat eivät tietenkään noudata järjestelmän sisäisiä jäsenyyksiä, vaan ovat toisenlaisia. Näin ajatellen oikeutta pitäisi jäsentää yhteiskunnasta käsin. Ongelmana voi olla se, että *oikeudenalan* omat sisäiset normatiiviset peruslähtökohdat jäävät tällöin ulkopuolelle eli käsitteiden, teorioiden ja instituutioiden syvälinen huomioiminen jääkin ehkä kokoelmaksi ”kaikista niistä perusoikeusnäkökohdista, jotka ongelmaa X (oikeudenalan oman sääntelyn lisäksi) koskevat”. Pitäisikö siis systematisoida oikeusjärjestelmää perusoikeus Z:n suhteen vai oikeusjärjestystä yhteiskunnallisen ongelma Y:n suhteen? Ehkä olisikin syytä miettiä sitä, mitä *systematisointi* ylipäänsä voi olla romaanis-germaanisen oikeuskulttuurin alueen omista peruslähtökohdista käsin ymmärrettynä. Tässä kirjassa on pidetty kantavana ajatusta siitä, että lainopillisessa mielessä vaativa systematisointi on väistämättä sidoksissa johonkin oikeudenalaan/oikeudelliseen traditioon sekä episteemisesti että metodisesti. Puhe oikeuden apriorisista normatiivista osista, mallivallasta, on juuri yritystä pukea tätä ominaisuutta sanoiksi. Eli: systematisointi on – ollakseen systematisointia – jonkin oikeudenalan tai oikeudellisesti säännellyn tradition yleisten oppien puitteissa tapahtuvaa toimintaa, ei niinkään jonkin oikeudenalat ylittävän ongelman perusteella tapahtuvaa kokonaiskuvaan keskittyvää relevantin normatiivisen aineksen *deskriptiivista* niputtamista. Juuri tästä syystä kysymys siitä, milloin on syntynyt uusi oikeudenala herättää niin paljon erimielisyyttä ja kiistoja, koska kysymys on teoreettisen lainopin toiminnalle ja oikeudellisen maailman hahmottamisen kannalta niin olennainen kysymys. Kyse on oikeuden maailmasta ja sen rajoista, siitä mitä siellä on sisällä ja mitä siellä ei ole, mitkä ovat oikeuden maailman asukkaiden keskinäiset suhteet jne.

Verrattaessa edellä esiteltyjä systematisointiajattelutapoja on helppo huomata eräitä keskeisiä eroja. Ne liittyvät yhtäältä perusoikeuksien mahdollisuuksiin systematisoinnin yhteydessä ja siihen, *missä* erityisessä kohdassa oikeuden järjestelmää perusoikeuksilla voi olla *koko* oikeusjärjestykseen liittyvää ja teoreettisen lainopin tarkoittamaa käyttöarvoa. Viime vuosikymmeninä vallanjako on ollut vähäisessä roolissa, kun taas perus- ja ihmisoikeuksilla on operoitu enemmän. Molemmat ovat osa demokraattisen oikeusvaltion julkisoikeuden normatiivista kielioppia, mutta ne *tuottavat erilaisia tuloksia*: vallanjako-oppi katsoo nihkeästi lainkäyttäjien de facto norminantovaltaa, laillisuusvalvontaa ja tuomioistuinten laajaa tarkoituksenmukaisuusharkintaa, kun perus- ja ihmisoikeudet taas katsovat näitä myönteisesti, mutta korostavat normihierarkiaa ja sen roolia systematisoinnissa ja ratkaisutoiminnassa. Toisaalta demokraattinen oikeusvaltioteoria haluaisi pitää kiinni molemmista lähtökohdista ja vielä ylläpitää demokratian läpinäkyvyyttä ja norminluomisprosessin diskursiivisuutta. Eri näkökulmat tuottavat erilaisia positioita, erilaisia strategioita teoreettiselle lainopille.

Lopputuloksena on lähellä *Antero Jyrängin* tarkoittamaa tilaa, jossa johdonmukaisesti loppuun kehitetyt yleiset opit voivat vetää eri suuntiin ja päätyä jopa tois-

tensa kanssa ristiriitaan. Tällöin on, Jyrängin mukaan, jostain opista tultava artikulaatioperiaate, jonka avulla muut yleisten oppien osat voidaan jäsentää. Jyränki nostaa itse artikulaatioperiaatteen *demokratian*.⁹⁹⁹ Kun kuitenkin huomataan, että demokraattisen oikeusvaltion teoria pitää sisällään, jokseenkin erittelemättä, molemmat ulottuvuudet eli perusoikeudet ja vallanjaon (ja vielä kansansuvereniteetin), niin demokratiaperiaate ei ehkä ole sellaisenaan mikään systemaattinen ratkaisu, vaan pikemminkin systematisoijan *oma valinta*, joka on jälkimodernissa tilassa *yhtä lailla* legitiimi tai epälegitiimi kuin myös yksilöiden oikeusturvaa korostava toisenlaiseen demokratiakonseptioon nojaava painotus.¹⁰⁰⁰ Mihin tästä pitäisi edetä? Oikeusteorian tasolla vilkaisu vanhaan perinteesseen voisi tuoda tähän ehkä lisänäkökulman. Tähän liittyen *Hans Kelsen* on esittänyt eräitä mielenkiintoisia täydentäviä vallanjakoon liittyviä näkökohtia.

Kelsenin mukaan vallanjako syntyi halusta antaa tuomiovallalle rooli hallitus- ja lainsäädäntövallan vastapainona. Tällaisen *balanssin* aikaansaamispyrkimys oli hänen mukaansa yksi päätekijöistä absolutistisen monarkian kehittyessä kohti konstitutionalistista monarkiaa. Alun perin kaikki vallan haarat olivat monarkin kompetenssialueella, josta ne sitten Kelsenin mukaan lohkottiin erilleen, joten ne eivät perustu mihinkään *loogiseen* analyysiin, vaan historiaan. Vallanjako-opin tarkoitus on näin hänen mukaansa siis ymmärrettävä vain pyrkimyksenä murentaa kaiken vallan keskittyminen yksiin käsiin. Näin ollen itse periaate ei ole ”essentially democratic”. Demokratia-argumentti puoltaisi – sanoo Kelsen – pikemminkin lainsäädäntöelimen ylivaltaa muiden vallan lohkojen ylitse.¹⁰⁰¹ Tätäkin kautta voi siis päätyä samaan kuin Jyränki edellä, tosin täysin eri tavalla ja eri sävyin.

Mutta varsinainen ongelma ei ole vielä edennyt lähemmäs ratkeamistaan – mitä pitäisi ajatella vallanjaosta ja perusoikeuksista oikeuden fundamentaalisena normatiivisena ja apriorina kielioppina ja mikä on niiden suhde oikeuden systematisointiin? Onko tietä eteenpäin edes olemassa?

Jatkokysymyksen on oikeastaan aika selvä: kannattaako vallanjako-oppia edes yrittää säilyttää? (Perusoikeuksien kohdalla tätä ei kannata edes kysyä; totta kai ne kannattaa säilyttää.) Vastaus on *ehkä*, mutta lähinnä normatiivisena ideaalifiktiona, joka täytyy sovittaa yhteen muiden demokraattisen oikeusvaltion elementtien kanssa. Erityisesti valtiosääntöoikeudessa (oikeudenalana) sen säilyttäminen on oleellista ja tarpeellista. Normatiivisena jäsentäjänä vallanjako nimittäin

⁹⁹⁹ Jyränki 2003: 38–39. Alexylle (2002: 351) taas perusoikeudet ovat oleellisia *koko* muun järjestelmän hahmottamisen kannalta: ”Questions of freedom and equality are not questions about a special area of law. They appear in all areas. How they are resolved in particular areas of law is not a secondary matter concerning the area of question, but a basic issue.”

¹⁰⁰⁰ Tosin välillistä kansanvaltaa ja eduskunnan asemaa korostava argumentti on läpinäkyvämpi ja vähemmän elitistinen kuin virkakierroltaan suljettuun tuomarieliittiin luottava ajattelutapa.

¹⁰⁰¹ Kelsen 1945: 281–282.

edeltää perusoikeuksia, se on tässä mielessä niitä fundamentaalisempi demokraattisen oikeusvaltion konstruktion mahdollistajana – se mahdollistaa legitimitin perusoikeusjärjestelmän syntymisen ja sitä ylläpitävien mekanismien, instituutioiden ja funktioiden olemassaolon. (Vallanjako ei taas tarvitse perusoikeusjärjestelmää ollakseen olemassa.)

5.3 ERÄS MAHDOLLINEN TIE ETEENPÄIN – VAI ASKEL TAAKSEPÄIN?

Voidaan toki pohtia, onko todellakin niin, että vaihtoehtona ovat vain laajamittainen oikeusdogmaattinen systematisointi tai jonkinlainen jälkimoderniksi luonnehdittava mikropoliittinen sekaannus? Näin vähissä vaihtoehdot tuskin kuitenkaan ovat. Ennen kuin etenen yhteen mahdolliseen etenemismahdollisuuteen, koetan pohtia sitä, miksi systeeminrakenus on – perusoikeuspluralismin sijaan – 2000-luvun alussa pinnalla. Kyse on tietenkin kirjoittajan omasta värittyneestä tulkinnasta, kirjassa omaksutusta näkökulmasidonnaisesta positiosta. Totuuksien esittäminen jää muille, tässä on kyse *yhdestä* mahdollisesta tulkinnasta, kirjoittajan tietystä näkökulmasta ja tietyn käsittelytaustan pohjalta nousevasta tämänhetkisestä näkemyksestä.

Tultaessa 1990-luvulle julkisoikeuden alan keskustelu vaikutti pluralistiselta ja yhteiskuntahakuiselta; puhuttiin reflektiivisestä oikeudesta, normifragmenteista, normitypologioista, polysentriasta ja eri oikeudenalojen tutkimus näytti kurottautuvan samaa oikeudenaluetta tutkivien reaalitieteiden suuntaan. Oli syntymässä mielenkiintoisia välialueita juridiikan ja eri elämänalueiden empiirisestä arkilogiikasta kiinnostuneiden tietomuodostumien välille. Tämä avautuva kehitys ei kuitenkaan oikeastaan koskaan astunut eteenpäin niistä lupaavista ja moniäänisistä lähtökohdista, joita vielä 1990-luvun alkupuoli vielä näyttävästi sisälsi.

Vahvistuva ihmis- ja perusoikeusnäkökulma tuntuivat ikään kuin korvaavan 1990-luvun kuluessa tämän pluralistisen keskustelun ja tuovan tilalle erilaisia normihierarkkisia ja systeemisiä painotuksia, joilla ei ollut juuri tilaa oikeustieteen edellisen vuosikymmenen keskustelussa. (Toki muutakin tuli pinnalle: uusluonnonoikeudellisia piirteitä ja käsitteellistä oikeusajattelua.) Samanlainen keskustelua osin dominoiva vaikutus tuntui olevan myös EU-jäsenyydellä, joka ohjasi tutkimusta uusiin uumiin ja uusiin painotuksiin. 1990-luvun alun tilanteen viehättävyys oli siinä, että se näytti vastaavan jälkimodernin yhteiskunnan moniarvoista tilaa, kun taas perus- ja ihmisoikeuskeskustelu ja perusoikeusparadigman murros teki keskustelusta selvästi yksiaanisempää ja monotonisempaa. Tässä hyvin rajallisessa oikeustieteellisessä mielessä hierarkkisten ja systeemisten argumenttien korostaminen tuntui kääntävän koko oikeustieteen alan keskuste-

lun perusoikeuksien suuntaan, jolloin aiempi moniääninen ja eri suuntiin vetävä kiintoisa ja elävä keskustelu samaan aikaan vaimeni.

Tieteenalalan keskustelun kannalta tapahtui jonkinlainen yhdenmukaistuminen, jota edesauttoi EU-jäsenyyden tuomat tiedolliset haasteet – jostain oli otettava kiinni ja tuo joku oli hierarkkisesti ymmärretty systeemi, jota kotimaisen perustuslainsäätäjän vuosien 1995 ja 2000 ratkaisut selvästi tukivat. Nykyään episteedmistä referenssipintaa ei ehkä niinkään haeta (ehkä oikeushistoriaa, oikeustaloustiedettä, lääkintäoikeutta ja naisoikeutta lukuun ottamatta) muualta kuin juriidikasta ja oikeusjärjestelmästä itsestään, vaikka samaan aikaan perusoikeusdiskurssin sisällä näyttää olevan erilaisia painotuksia, joita yhdistää enemmänkin vain mielenkiinto perusoikeuksiin kuin yhdenmukaiset käsitykset niiden legitimeistä käyttötavoista. Tuloksena on itse asiassa pikemminkin laajamittainen perusoikeusargumentteja hyödyntävä polysentria, ei niinkään koherenssi. Kukin keskusteluun osallistuja kyllä puhuu perusoikeuksista, mutta jossain *tietyissä* merkityksessä, jota muut osallistujat eivät välttämättä oikein oivalla tai kokonaan tavoita.¹⁰⁰²

Tällaisessa tilanteessa voidaan systematisointipyrkimysten kohdalla nähdä ainakin kaksi perusratkaisua. Yhtäältä voidaan joko koettaa ratkaista ongelmat etsimällä sellaisia yhteisiä tekijöitä joiden avulla koherenssi ja yksiiäänisyys voidaan saada aikaan. Tässä toiminnassa on nojaututtu perusoikeuksiin ja jätetty vallanjako-oppi sivuun tavalla, joka ainakin osittain ei vain tuo lisää koherenssia, vaan myös nostaa esiin tiettyjä perustavaa laatua demokraattisen oikeusvaltion perustaan liittyviä riitasointuja; missä normin luomisfunktio de facto tapahtuu? Toisaalta voidaan ajatella, ettei laajamittaisille perusoikeuslähtöisille systematisoinneille ole 2000-luvun alun empiirisessä todellisuudessa enää sellaista pohjaa, että koko operaatioon kannattaisikaan ryhtyä. Tämä asetelma on tietenkin karkea yksinkertaistus, mutta se kyllä paljastaa dilemman tienhaaraluonteen; johonkin suuntaan kai olisi hyvä lähteä, jos normatiivista argumentaatiota ylipäänsä halutaan esittää. Toisaalta on syytä miettiä, ovatko nämä kaksi näkökulmaa toisilleen ylipäänsä niin vastakkaisia kuin ensi silmäyksellä ehkä näyttää. On nimittäin mahdollista löytää eräs ilmeinen välitie, joka kulkee suurisuuntaisen makropoliittisen systematisointinäkemysten ja mikropoliittisen pienten keromusten välimaastossa.

Ehkä on syytä ensin tarkastella lyhyesti, hyvin yleisellä tasolla, sitä miten oikeudenalat ovat kytköksissä sosiaaliseen todellisuuteen. Karkealla tasolla voitaneen ajatella, että eri oikeudenalat *vastaavat* jollain tavalla sitä sosiaalista todellisuutta, jota niiden on tarkoitus säädellä – ne ikään kuin noudattavat sääntely-

¹⁰⁰² Tässä näkynee oikeuden hahmottamisen antinomisuus. Oikeuden koostuessa erilaisista elementeistä voivat myös oikeutta koskevien tulkinta- ja systematisointitapojen tieteenteoreettiset positiot poiketa toisistaan. Ks. myös Tolonen 1997: 280–287.

kohteen taustalla olevaa tai sellaiseksi oletettua logiikkaa. Niiden taustalta voidaan siis erottaa tietynlainen teoreettinen tapa hahmottaa maailmaa, joka on juuri kyseisen oikeudenalan/sääntelykentän kannalta tärkeä oikeuden takainen tekijä. Esimerkiksi varallisuus oikeus erityisenä oikeudenalana on mahdollinen talousjärjestyksen ja taloudellisen ajattelun muodostamaa toiminnallista kokonaisuutta silmällä pitäen – oikeudenalan sääntely on olemassa yhteiskunnallisen tuotannon ja vaihdannan toteuttamisen vuoksi. Meillä varallisuus oikeus järjestelmänä on rakennettu markkinatalouden muodostamalle pohjalle, jonka kantavana ydinajatuksena on markkinatalouden itseohjautuvuuden idea (perusajatusta voidaan tietysti eri tavoin pehmentää ja tulkita erilaisia teleologisia – kuten vaikkapa ”sosiaalisia” – lopputulemia silmällä pitäen). Kysynnän ja tarjonnan vaikutus kautta järjestelmän sekä niiden tasapainohakuisuus pitää järjestelmän liikkeessä. Tällaisen järjestelmän kannalta keskeisiä säänneltäviä asioita ovat erityisen oikeustoimikyvyn omaavat toimijat eli oikeussubjektit ja niiden kyky (säännösten sallimiin) taloudellisiin toimiin, vaihdannan järjestäminen sopimusmenettelyä koskevalla normistolla sekä toisille oikeussubjekteille aiheutettujen vahinkojen korvaamista koskevat järjestelyt.¹⁰⁰³

Samantyyppisiä sääntelyn ja sääntelykohteen epäformaalin logiikan sekä oikeudellisten oppirakennelmien välisiä sidoksia on tietysti runsaasti. Esimerkiksi on helppo havaita perhe- ja jäämistöoikeuden järjestelmän rakentuvan suomalaisen ja pohjoismaisen yhteiskunnan moraalisiin ja eettisiin ajattelutapoihin – taustalla on tietynlaisia ajatuksia sosiaalisesta todellisuudesta ja perheestä, perimyksestä, yksilön suhteesta biologiseen lähiympäristöönsä, käsityksiin oikeasta ja väärästä, kohtuullisuudesta ja kohtuuttomuudesta. Oikeusvertailija *Bernhard Grossfeld* käyttää tässä yhteydessä käsitettä *mental model*, viitattaessaan tähän sidokseen:

”Law is a shared mental model of communities, and written rules are only a greater or smaller part of this model.”¹⁰⁰⁴

Samalla tavoin myös uusien oikeudenalojen taustat kytkeytyvät sosiaaliseen todellisuuteen ja apriorisiin normatiivisiin oppirakennelmiin, jotka pohjautuvat kyseisen elämänalueen mallivaltaan kytkeytyvään teoreettis-systeemiseen haluttuunottoyritykseen.¹⁰⁰⁵ Esimerkiksi viestintäoikeus on oikeudenala, jonka sisältöön ja instituutioihin vaikuttaa se, että joukkoviestimet ovat yhtäältä demokratialle tärkeitä yksilön sana- ja mielipiteenvapauden kenttiä, jotka turvaavat tiedonsaantia. Toisaalta joukkoviestimet ovat liikeyrityksiä, joita säännellään mm.

¹⁰⁰³ Ks. Tolonen 2001: 42–46.

¹⁰⁰⁴ Grossfeld 2000:20.

¹⁰⁰⁵ Haluttuunottoyrityksellä tarkoitan yritystä *monopolisoida* po. oikeudenalan apriori normatiivinen elementti.

kilpailuoikeuden keinoin. Se, mitä ei voida säädellä tapakulttuurin tai eettisen itsesäätelyn voimin, jää varsinaisen oikeudellisen sääntelyn varaan.¹⁰⁰⁶ Oleellista on havaita se *sidos*, joka sääntelyn eli oikeudenalan ja sääntelykohteen kesken vallitsee; sosiaalisen toiminnan todellisuuden ja apriori normatiivisen yhteiskuntateoreettisen ja eettisen hahmottamistavan välillä oleva kytkös – sääntelyn on vastattava jotenkin säänneltävän toiminnan omaa sisäistä logiikka, ei päinvastoin, mikäli sääntelyn halutaan olevan tehokasta. Sama havaitsemisvaatimus koskee tietenkin myös oikeustieteilijöitä.¹⁰⁰⁷

Valtiosääntöoikeus taas perustaa julkisen vallan oikeudellisessa mielessä, määrää valtion organisaatiosta ja ylimmistä valtioelimistä sekä niiden välisistä keskinäissuhteista sekä vetää rajan yksityisen ja julkisen välille eli määrää yksityisen ja julkisen vallan välisistä suhteista. Hallinto-oikeus koskee pitkälti samoja asioita, mutta huomattavasti alemmalla abstraktiotasolla ja eri erityishallinto-oikeuden lohkojen alueilla myös erilaisia sääntelykohteen omia logiikoita (esim. ympäristö, vero, poliisi, virkamies, kunta, sosiaali) huomioiden ja yhteensovittaen.

Tätä taustaa vasten vallanjako-oppia voidaan pitää julkisoikeuden (oikeudenalana) taustalla olevana konstruktiona, kun taas perusoikeudet (eri perusoikeudet, ei niinkään itse ajatus perusoikeuksista – julkisesta ja yksityisestä sfääristä) ulottuvat kaikkien eri oikeudenalojen alueille. Tällaisena niiden systematisoiva funktio kuitenkin suuntautuu eri tavoin ja eritasoisesti.¹⁰⁰⁸ Vallanjako-oppi on makropolitikan tason rakennelma, joka vaikuttaa eri oikeudenaloilla yleisenä rajanvetona oikeudellisen ja ei-oikeudellisen aineksen kesken ja oikeudellisen aineksen sisällä jakaen erilaatuisia valtion ydintoimintoja (lainsäätäminen, toimeenpaneminen, tuomiovallan käyttö) toisistaan jollain tapaa erotettuihin lohkoihin.

¹⁰⁰⁶ Ks. H. Nieminen 2002: 16–19.

¹⁰⁰⁷ ”Not being aware of the interface between the shared mental model and the written law makes us blind to the room for legal strategies not intended by legal decision-makers” (Grossfeld 2000: 21). Robert Alexyn (2002: 350–351) ajattelu lähtee liikkeelle toisinpäin; se etenee perusoikeuksista kohti sosiaalista toimintaa ja alistaa näin sosiaalisen toiminnan perusoikeuksien normatiiviselle logiikalle. Alexyn teorian yksi ongelma lienee siinä, että se on niin ”saksalainen”: se olettaa perusoikeusjärjestelmän neutraaliksi, vaikka se on arvojärjestelmänä kaikkea muuta – se pitää sisällään tietynlaisen yhteiskuntanäkemyksen, jonka pitäisi kansansuvereniteettiajatuksen mukaan olla pääasiallisesti tavallisen lainsäätäjän (= poliittisen päätöksentekijän) ensisijaisena vastuualueena. Pitkälle viety perusoikeusnäkökulma voi olla lainsäätäjän liikkumatilaa *väärällä* tavalla kaventava tekijä. Väärällä tavalla siinä mielessä, että perusoikeusjärjestelmän ja perustuslain muiden kantavien periaatteiden tuleekin rajoittaa ja ohjata tavallisen lainsäätäjän toimintaa, muttei sitoa sitä *vain* jo perustuslaissa tehtyjen ratkaisujen optimoijaksi.

¹⁰⁰⁸ Tärkeä systematisoiva ja koherenssia luova funktio siis olisi edelleen ensiarvoisen tärkeä, mutta sen laajuus nähtäisiin pienempänä kuin koko järjestelmän (substantiaalisesti samansisältöisenä) läpäisevänä. Myös pedagogisesti koherenssi olisi tietenkin ensiarvoisen tärkeä.

Vallanjako-oppi ei kovin hyvin pysty mikropolitiikan tason normatiiviseen ohjaukseen juuri muualla kuin valtiosääntöoikeuden oikeuden alan sisällä. Perusoikeudet puolestaan heijastuvat kaikille eri alueille, mutta niiden hierarkkisesta ylemmyydestä ja keskinäisestä epäsystemaattisuudesta (= arvojärjestelmänä ja/tai keskeisten perusarvojen luettelona ne eivät muodosta aineellisesti systemaattista kokonaisuutta) seuraa tietty ongelma. Miten ne otetaan huomioon eri oikeudenaloilla, joiden sosiaaliset kytkennät ja muu yhteiskunta-ankkurointi sekä näiden sääntelyn pintatason takainen logiikka poikkeavat yksittäisten perusoikeuksien pisteittäisestä ja normihierarkiaan perustuvasta vahvasta penetroituvasta vaikutuksesta? Kyse lienee siitä, pitääkö kukin perusoikeussovellus tulkitä ja operationaalistaa kunkin oikeudenalan sosiaalisia ja muita yhteiskunnallisia logiikkatason kytkentöjä silmällä pitäen vai onko perusoikeus ymmärrettävä välittömästi vaikuttavana ja ei-dialogisesti toimivana superoikeuslähteenä, jolloin oikeudenalan omaleimaisuuden ja yhteiskuntakytkennän laadulla ei olekaan niin suuresti väliä. Tällainen ymmärtämistapa tekisi tosin monisäikeisestä perusoikeusinstrumentista kirurgin terävän veitsen sijaan välskärin tylsän luusahan.

Periaatteelliset ongelmat saattavat tulla esiin, jos Länsinevan tavoin katsotaan, että eri hallinnonhaarojen tulee sovittaa omat policynsä yhteen koko perusoikeusjärjestelmän kanssa.¹⁰⁰⁹ Näin ajatellen viranomaiset eivät ole oikeutettuja edistämään oman erityis sektorinsa asiaa, vaan koko perusoikeusjärjestelmää. Tämä ajatus on perusoikeusystävällinen, mutta sen ongelma on ilmeinen. Perusoikeusjärjestelmä itsessään on epäsystemaattinen kokoelma arvoja, jotka voivat olla keskenään ristiriidassa. Tästä voi tietysti päästä viittaamalla puninnan tärkeyteen, mutta argumentaationa ollaan jo lähellä kehäpäätelmää.

Sen perusteella, mitä tässä kirjassa on edellisten lukujen käsittelyjen pohjalta ilmennyt näyttää siltä, että vallanjako-opin systematisoiva voima on heikennyt sekä empiirisesti että normatiivisesti. Siitä tuskin onkaan enää kovin vahvasti argumentiksi systematisointikeskustelussa, vaikka sen sisältämiä eräitä ulottuvuuksia vielä haluttaisiinkin pitää esillä demokraattisen oikeusvaltion hengessä. Perusoikeudet ovat mitä ilmeisimmin puolestaan varsin vahvoja argumentteja eri oikeudenaloilla, mutta niiden käytettävyyden samantapaisena makro-oppina kuin valanjaon kohdalla on pulmallinen. Ne eivät muodosta arvojärjestelmänä tai oikeudellisesti mitään keskinäisissä suhteissaan koherentteja järjestelmiä, vaan ne pikemminkin aktualisoituvat voileipäpöydän mallin mukaisesti niissä eri kysymyksenasetteluissa, joita eri oikeudenaloilla nousee esiin.¹⁰¹⁰ Makrotason syste-

¹⁰⁰⁹ Länsineva 2002: 88. Ks. myös emt. s. 136–137.

¹⁰¹⁰ Näin ajatellen perusoikeuksien merkitys ei niinkään olisi a) laajamittaisessa järjestelmän systematisoinnissa tai b) oikeudenalan systematisoinnissa, vaan siinä, että ne toimitaisivat ratkaisuperusteina, kun ratkotaan yksittäisiä oikeudellisia pulmia – ne olisivat yksittäistapauksellisia ja tavalli-

matisointia silmällä pitäen perusoikeuksien systematisointiarvo ei vaikuta kovinkaan kummoiselta, sen sijaan mikrotasolla yksittäisten ongelmien ratkaisussa niistä (tavallisen lakisääntelyn tiheydestä ja ristiriidattomuudesta riippuen) voi olla selvästi suurempi käyttöarvo. Tämä ei kuitenkaan poista sitä ongelmaa, että perusoikeuksien tietynlaiset pitkälle viedyt käyttötavat voivat puolestaan uhata niitä demokraattisen oikeusvaltion fundamentaalisia funktioerotteluita, joiden varaan vallanjako-oppi puolestaan rakentuu. Kun perusoikeuksien tuomioistuinvalvonta taas nojaa tiettyssä mielessä ajatukseen vallanjaosta, niin tilanne vaikeuttaa hankalalta, kehämäiseltä – yksi ajatus perustelee toista toisella ja tämä taas itseään ensimmäisellä.

5.4 TAKAISIN POLYSENTRIAAN?

Näyttää siltä, ettei kumpikaan systematisointikeskustelun ääripää vaikuta uskotavalta. Koko järjestelmän kylmän hierarkkinen alistaminen systeemisessä mielessä perusoikeuksille lienee yhtä lailla epätoivottavaa kuin täysin pirstaleisiin levinnyt mikropolitiikkakin. Ehkä vastaus kulkeekin näiden ääripäiden välissä? Ajatukseni tässä on erinomaisen yksinkertainen. Tarkoitan sitä, että oikeusjärjestys tulisi kunkin sääntelykokonaisuuden sosiaalisia kytkentöjä kunnioittaen *mikrosystematisoida* (tulkintatilanteita varten) *perusoikeuslähtöisesti*, kun taas erilaisten *sääntelykokonaisuuksien/oikeudenalojen keskinäiset suhteet jätettäisiin suosiolla tällaisen systematisoimisen ulkopuolelle*. Eli: eri oikeudenalat olisivat sisäisesti perusoikeusherkkiä, mutta se, miten ne ottavat huomioon kunkin yksittäisen perusoikeuden vaatimuksen olisikin ymmärrettävä oikeudenalakohtaisena. Tuloksena olisi erilaisia sosiaaliin todellisuuteen ja sitä koskeviin oikeuden takaisiin oppirakennelmiin sopivia polysentrisiä ratkaisuja, jotka eivät muodostaisi keskenään makrotasolla yhtenäistä koherenttia kokonaisuutta, vaikka ne säilyttäisivätkin kyvyn keskustella keskenään ja kyvyn käyttää samoja perusoikeuksia, joskin hieman eri tavoin. Näin oikeuslähdeopit olisivat eri aloilla polysentrisiä, siis monenkeskisiä. Julkisoikeuden alan oikeuslähdeopin teorian mielessä jonkinlainen paluu tai askel taaksepäin 1990-luvun teemoihin voisi olla perusteltua.

Vakiintuneen oikeuslähdeopillisen ajattelumme mukaan oikeuslähteet voidaan esittää yhtenäisessä viitekehyksessä ja näin samalla asettaa ne keskinäiseen etusijajärjestykseen toisiinsa nähden *sitovuusasteen* perusteella. Tämä ajatus on muodollisessa mielessä kaiketi edelleen pätevää ajattelua. Mukaan on liitettävä

sen lainsäädännön ”salliessa” (= ei PeL:n 106 §:n mukaista konfliktia) myös hyvin tehokkaita argumentaatioinstrumentteja.

tosin varaus: sitovuusasteet voivat vaihdella eri sääntelyalueilla, niitä ei siis voida asettaa aukottomaan staattiseen järjestykseen kautta koko oikeusjärjestelmän. Polysentrian keskeisimmän ajatuksen mukaan yhtenäinen ja kattava oikeuslähdeoppi on saavuttamaton siksi, että erilaisissa tilanteissa oikeuslähteet saavat erilaisia painoarvoja.¹⁰¹¹

Polysentriaa on vaikea pitää erityisen radikaalina tai nykytilanteessa jotenkin kaukaisena asiana. Perus- ja ihmisoikeuksien kohdallahan on jo pitkään ollut olemassa useita toisiaan leikkaavia ja osin päällekkäisiä järjestelmiä ja niiden sisältämiä oikeuksia, joiden normihierarkkinen suhde on kaikkea muuta kuin selvä. Yhtäältä on olemassa kansallinen järjestelmämme ja toisaalta ihmisoikeuksien kansainvälinen järjestelmä, erityisesti ENIOS. Lisäksi on olemassa EU:n oma perusoikeusjärjestelmä. Näiden kaikkien järjestelmien sisältämät oikeudet ovat hyvin lähellä toisiaan, mutta tarkemmassa analyysissä ne ovat kuitenkin heterogeenisiä ja sisäisesti epäsystemaattisia kokonaisuuksia. Tällaisen syntyvän ihmis- ja perusoikeuskokonaisuuden dynaamisuutta ja elävyyttä ei käy kieltäminen, mutta dogmaattisesti selvää kuvaa järjestelmästä tai sen toiminnasta ei ole vaativassa mielessä laisinkaan helppoa tai ongelmatonta laatia.¹⁰¹²

Esitetyssä ajatuksessa on – sen ”epäsystemaattisuudesta” huolimatta – yksi keskeinen vahvuus. Se nimittäin saattaisi mahdollistaa oikeuden muutoksen huomioimisen siten, että uusia oikeudenaloja ja sääntelyitä ei olisi välttämätöntä yrittääkään alistaa yhdelle ainoalle oikeuslähdeopille, vaan eri alueilla voisi olla toisistaan poikkeavia perusoikeussensitiivisiä oikeuslähdeoppeja. Keskeistä olisi kuitenkin edelleen yhteinen ajatus oikeuslähdeopista (= oikeudellisen ratkaisutoiminnan ja julkisen vallan *sidottuudesta*), ei kuitenkaan sen homogeenisuudesta. Näin ajatellen jälkimoderni teoreettinen julkisoikeuden alan lainoppi voisi tunnustaa oikeuden *kudosrakenteen*, joka ei ajatuksellisesti välttämättä pidä sisällään vaativaa näkemystä oikeudesta systeemisenä (jollain tapaa loogisessa mielessä) rakenteena, siis rakenteena lähinnä mekanistisessa mielessä.¹⁰¹³

Tällöin vallanjako voisi toimia edelleen julkisoikeuden alan yleisenä oppina ilman, että se kuitenkaan rajoittaisi oikeuden kehitystä ja avautumista perusoikeuksien osoittamassa suunnassa muilla oikeudenaloilla. Saattaisiko siis ehkä olla mahdollista säilyttää jonkinlainen 2000-luvun oikeudelliseksi tunnistettava yhteinen viitekehys, vaikka ajatus yhdestä ainoasta perusoikeuslähdeopista hylättäisiinkin?¹⁰¹⁴ Jos tähän vielä lisätään se tässä kirjassa esiin nostettu ajatus, että

¹⁰¹¹ Ks. Blume 1990: 873.

¹⁰¹² Ks. tark. Husa 2001b.

¹⁰¹³ Ajatus oikeudesta kudosrakenteena ks. tark. Nuotio 2002: 13.

¹⁰¹⁴ Vrt. Karhu 2003: 806. Itse kiinnittäisin huomiota myös siihen, ettei jälkimoderni asenne ole mitenkään välttämättä sellainen, että sen hillittyjen muotojen täytyisi hylätä oikeudellisuuden

erityisesti korkeimpien oikeuksien toiminta (normien soveltaminen) on normi-kontrollin ja pitkälle viedyn perusoikeuksien suoran vaikutuksen vuoksi vaikea erottaa politiikasta (normien luomisesta), niin edellinen ajatus saattaa olla ehkä aivan riittävästi joustavuuden huomioiva yleisessä mielessä – siis polysentriaa, mutta rajatusti, perusoikeuksia kyllä, mutta erityisesti lainsäätäjän toiminnassa, vallanjakoa kyllä, mutta erityisesti valtiosääntöoikeuden alueella. Kyse olisi myös oikeuden apriorisen kieliopin ja mallivallan uudelleentulkinnasta siten, että joustavuus ja tilanneherkkyys yhdistyisivät oikeudenalaan/sääntelykohteen liittyvän ajattelun kanssa. Vai menisikö tällainen ajattelu jo liian pitkälle perusoikeus-epäsystemaattisuudessaan – non liquet?

käsite ja nojautua postmoderniin poliittiseen filosofiaan ja antautua täydelliseen systeeminihilis-miin. Julkisen vallan toimien tarkastelu oikeudellisessa kehikossa, julkisen vallan rajoittaminen, sisällöllinen ohjaaminen ja kontrollointi ovat tietenkin tärkeitä, mikäli ylipäänsä haluamme puhua *oikeusvaltiosta*.

Summary

Jaakko Husa

NON LIQUET?

Fundamental Rights, Separation of Powers, Systematization of Law –
The Uneasy Line between Law and Politics

It is important to recognise that in principle law has to be seen in the context of written text, at least when studied from the point of view of Western legal culture, i.e. as textual norms whether they be in the form of legislation or case law. Accordingly, law and language are deeply intertwined; however, their relationship is far from simple. In their everyday routine, lawyers seldom question the fundamental assumptions behind law and legal language, i.e. the *a priori* epistemic commitments of the very material that they work with. Instead, they seem to implicitly accept the inherently normative element of law as a basis for their professional activities.

One may say that the normative element of legal language resides in at least two different dimensions. The first is the obvious normative surface element of law that deals with defining what is legal and what is illegal, what is allowed and what is forbidden according to valid legal norms. The second dimension is the deep-level normative dimension of law that consists of different foundational assumptions concerning the social functions of law and its relation to the other areas of human life, such as politics, culture and economy.

The deep-level normative dimension contains many different theoretical constructions that provide the legal instruments essentially required, for a legal system to fulfil its practical social functions. There are basic concepts, basic legal institutions and basic legal theories i.e. general doctrines of law. It is typical of law that specific areas of the legal system (constitutional law, family law, criminal law, administrative law etc.) are partially constructed from completely different doctrines, or different theories, according to the distinctive characteristics of the area of law in question.

In this book the ramifications of one the most quintessential doctrine of public law is under investigation. This is the constitutional doctrine of separation of powers into three main branches which are legislative, executive and judicial. The book commences from the assumption that the actual deep-level normative function of this specific doctrine is to *separate law and politics*. In other words,

the doctrine seeks to draw a demarcation line that separates questions considered to be of legal nature from questions considered to be of political nature. In other words, when are we dealing with law and when with politics? *Should* this question be resolved by means of a political process or by the means of a legal process?

In the introduction (1) the above-mentioned basic ideas are laid out, and the specific approach used in the book is methodologically and theoretically assumed to possess the hallmark of theoretical legal dogmatics; however, with a distinct touch of a critical undertone. This means that the doctrine of separation of powers is at first considered a solid and basically workable doctrine, but when the analysis penetrates deeper, this basic point is gradually exposed to escalating criticism. In the final chapter (5), the very usefulness of this doctrine is profoundly criticized. The author asks if there is any genuine use for this doctrine in today's legal culture where the constitutional and international human rights are the mega-discourse possessing indisputable normative and political power, also recognized in recent scholarly work of Finnish theoretical legal dogmatics.

In the second chapter, the first part (2.1) deals with the classic question of the constitutional foundation of legal systems. Does it emanate from the legal system itself as *Hans Kelsen* has maintained in his Pure Theory of Law (*Reine Rechtslehre*), or does it come from outside the sphere of law as *Carl Schmitt's Verfassungslehre* suggests. This question is analyzed in the light of one of the landmark cases in EU law, i.e. the famous *Costa v. ENEL* (1964) case. The theoretical outcome of this analysis is a critical evaluation of the role of the European Court of Justice and its function as a norm-creating authority, not only as a court that merely applies legal rules given by the legislator. This seems to cast an indisputable shadow over the idea of functional separation of powers. It might be argued that de facto the constitutional basis of EU law is not the text of the Treaties but the court's will to create a novel effective legal order that differs from national law and international public law. In other words, the court created a political obligation to genuinely obey the new legal order.

The second part of chapter two (2.2) concerns the constitutionality control of legislation in Nordic countries. The main finding is the gradual transformation of Nordic constitutional culture from a democracy that emphasizes the sovereignty of the people towards a system in which the courts have a more significant role as guardians of constitutional and human rights. At first glance, the change seems to enhance the political power of supreme courts while it lessens the political power of legislatures and governments. At its worst, this gradual transformation appears to be problematic for traditional Nordic constitutional thinking as well as for the parliamentary system. Nonetheless, it appears to be in accordance with the doctrine of separation of powers – to let the courts deal with questions of law and to leave the political decision-making to parliaments and governments. This, however, is not a true picture.

In the third chapter, the first part (3.1) concerns the constitutionalization of the legal system and especially the ever-growing role of constitutional and human rights. This trend is critically evaluated from the point of view of juridification (*Verrechtlichung*). The author asks if the role of constitutional and human rights is becoming too dominant in the sense that other constitutional aspects, such as separation of powers and political representative democracy are left aside when almost all constitutional questions are conceived from the point of view of rights. This may, nonetheless, strengthen the role of judicial institutions at the cost of other branches of power and, thus, weaken the democratic overall legitimacy of the political system. So, the process of constitutionalization may contain some features that are self-defeating in their relation to the constitutional-political democracy in systems with sovereignty of the people orientation. It is a kind of paradox that the rights and separation of powers seem to collide since they were both originally designed to control the use of public power, i.e. in a very broad constitutional sense they are functional equivalents.

The second part of the third chapter (3.2) asks if the doctrine of separation of powers in the first place is in accordance with rights-centred constitutional thinking. According to the author, there is a potential risk that a too hastily assumed rights-centred legal mind may cause problems for the doctrine of separation of powers. This sort of a shift may even be self-defeating.

A primary concern is that the direct use of constitutional rights may result in an extreme case where there may be scope for development where courts which should be applying these rights might become involved in politics. This could happen when a court relies on very loosely formulated constitutional rights that allow politically-oriented judicial activism during the course of legal interpretation. In turn, this would mean that courts, i.e. judicial power, would de facto use legislative power in its negative form. As a result, the author asks if it were not necessary in this case to try to extend democratic control in some form as far as to judicial power, as is done for example in some political appointing processes of the highest judges, whereas the integrity and independence of courts would otherwise be ensured in accordance with the *Rechtsstaat* ideology. The dilemma here is of classical nature; who will guard the guardians?

In the third chapter, the first part (4.1) deals with the question of how the doctrine of constitutional separation of powers is reflected in the area of general administrative law. The author maintains that the institutional arrangement of a judicial function in the administrative field is the main outcome of the specific deep-level normative understanding concerning the relationship between law and politics. So, the assumed national version of the doctrine of separation of powers is quite strongly reflected in the way judicial power is used in the administrative field. The same question is also scrutinized in the second part of this chapter (4.2) in which the conclusion is that specific versions of the doctrine of

separation of powers cannot be easily transplanted from one legal system to another, even if these legal systems situated within the same legal cultural sphere (in this case Common law and Romano-Germanic law). This demonstrates that there seem to be not one but many doctrines of separation of powers.

In the last part of chapter four (4.3), the Finnish Ombudsman institution is studied as a special function that cannot be fully conceived by means of concepts and tools that the doctrine of separation of powers is able to provide. Ombudsman is partly of judicial and partly of administrative (i.e. political) nature. The author, nonetheless, sees the Ombudsman as a positive example of a successful instrument of good administration in a modern constitutional state (*Verfassungsstaat*). It is undoubtedly an institution that enhances the requirements laid out in the modern theory of democratic *Rechtsstaat* as presented by *Jürgen Habermas*. This is one of the reasons why critical re-evaluation of the doctrine of separation of powers is required, i.e. if there is in a modern *Verfassungsstaat* a public law institution that does not correspond with its normative deep-level assumptions but is, still, undeniably useful and successful, why should we strive to preserve the outdated doctrine of separation of powers?

The analysis in the previous chapters presents a somewhat confused picture. To sum up, we still adhere to the doctrine of separation of powers even though the parameter of classical constitutionalism à la France under which it was created has been rejected. Furthermore, it still has some normative power left, in spite of its incompatibility with the world of modern constitutionalism that does not rely on parliaments but on courts. The concluding chapter (5) carries this discussion further and elevates it into the question of whether there really are any *fully* rational tools for systematizing the vast amount of legal norms today.

Some Finnish constitutional authors maintain that constitutional and human rights are a new super-tool that enables the maintenance of a new order in law, i.e. the legal system and different areas of law may be reconstructed as a coherent whole with the general doctrines that are provided by the present-day system of constitutional rights. However, some other authorities of law say that the post-modern condition of today and contemporary law make all large scale systematizations of this sort practically impossible. This author, however, tries to find a third solution from between these two extreme positions. According to the author, there is a great deal at stake in this debate, and the question concerning systematization, fundamental rights and separation of powers is in need of some balancing reconsideration.

The argument here is, basically, very simple: If the law of today is shattered and there is no common culture nor any common legal point of view, we should be prepared to admit that the idea of *one* coherent legal system is unattainable. No legal system fully achieves the ideal of a coherent legal system. However, this need not mean that there can be no coherence at all. Instead, we may obtain a

partially coherent legal system in different areas of law, although there is no generally accepted understanding of the legal sources and their preferred order of application. So, we may have *polycentricism* as regards the relationships between different areas of law – different versions of the same constitutional rights as well different understanding of separation of powers. The present author believes that to this extent post-modern condition must be allowed if we are to be realistic.

The book concludes that the doctrine of the sources of law is, thus, different in different area of law. Further, in this sense the doctrine of separation of powers and the culture of constitutional rights may be put into effective use simultaneously. There is a possibility for coexistence. Yet, their effective working areas are partially separated from each other. This of course means that we should retreat from systematization-optimism as well as from systematization-scepticism. For the proponents of these extremes, the idea of polycentricism may, however, prove to be too distant. Therefore, from the point of view of theoretical legal dogmatics, today's situation is very tricky to resolve. Finally, the non-liquet-condition seems to be an almost inherent deficit in the modern public law theory of a democratic constitutional state.

Finnish Lawyers' Association 2004
ISBN 951-855-228-2

Hakemisto

Hakemisto kattaa vain varsinaisessa tekstissä olevia asiasanoja ja henkilöiden nimiä.

Aarnio, Aulis 6, 7, 120, 121, 127, 146, 190

Alexy, Robert 130, 141, 142, 148, 156

Allgemeine Staatslehre 16, 19–21

Allison, J.F. 199–209

Alter, Karen J. 133

Ancient regime 173, 175

Auktoritatiivinen tulkinta 33

Bill of Rights (1791) 97

Bourdieu, Pierre 180

Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 47, 70, 125, 142

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) 204

van Caenegem, R.C. 8, 37, 202

Case law 39, 152, 172, 196, 199, 204

Common law 30, 31, 51–55, 73, 172, 185, 194–203, 208–211

Conseil d’Etat

- historia 173–176
- organisaatio 177–181
- toiminta 220, 230
- henkilöstö 179, 180, 212

David, René 199

Déclaration des droits de l’homme et du citoyen/Ihmisoikeuksien julistus (1789) 97, 151

Ecole Nationale de l’Administration (ENA) 179, 180

E contrario (-tulkinta)

Eduskunnan oikeusasiamies

- tehtävät 103, 217–222
- toiminta 230–231
- huomauttaminen 228, 232–233
- moittiminen 228, 233–235
- ohjaaminen 217, 235–236

Edustuksellinen demokratia 144, 255

Englanti 97, 200–212

Erich, Rafael 92, 95–96

Eriksson, Lars D. 103, 157, 189, 245

Euroopan Neuvoston ihmisoikeussopimus 57, 61, 65–66, 72, 99, 79, 188, 262

EY-tuomioistuim 16, 30–39, 58, 72, 79–80, 99, 106, 182, 195, 197

Foucault, Michel 157, 214, 215

Frankfurtin koulukunta 17

Frischhut, Markus 37

Funktionaaliset laillisuusvalvojat 215

Grossfeld, Bernhard 258

Habermas, Jürgen 5, 6, 14, 43, 80, 107–111, 130, 141, 149, 157, 242

Hallintoharkinta

- sidottu 161
- vapaa 161

Hallintolainkäyttö 159, 163–168, 170, 174, 177, 184, 186, 188

Hallintomenettely 218, 224

Hallinto-oikeus 8, 163, 170

Hallintotuomioistuim 5–6, 14, 43, 80, 107–111, 130, 141, 149, 157, 242

Hallitusmuoto 113, 163

Hermanson, Robert F. 92, 163

Hidén, Mikael 86, 95–96, 124, 145, 217, 228

Historiallinen koulu 22

Holmström, Barry 4, 134

Hyvä hallintotapa 222, 234

Ihmisoikeuksien julistus (1789) 97, 151

Iso-Britannia 4, 36, 53, 134, 194, 199

Itsehallinto 72

Ius commune 194

Ius Europaeum 194

Jansson, Jan-Magnus 93, 94

Jellinek, Georg 16, 19–22, 35–36

- Judicial activism 207
- Judicial review (-doktriini) 72, 99, 124, 174, 204, 207
- Jyränki, Antero* 4, 7, 14–15, 18, 27, 70, 86, 91, 99–100, 114, 119, 139, 254, 255
- Jälkimoderni 9
- jälkimoderni oikeus 11, 90, 111, 114, 248, 252
- Kahn-Freund, Otto* 192–193, 208, 213
- Kaira, Kaarlo* 92
- Kansainvälinen julkisoikeus 22
- Kansainväliset sopimukset 33
- Kansansuvereniteetti 6, 41, 56, 63, 66, 99, 102, 127, 128, 141–144, 148, 151, 153, 158
- Kantelu 139, 140, 215–222, 229–237, 240
- aineellinen kriteeri 221
 - menettelyllinen kriteeri 221
- Kastari, Paavo* 93–96, 101, 104
- Keisarikunnan aika (Saksa)
- Kelsen, Hans* 16–30, 38, 126, 255
- puhdas oikeusoppi 20, 23, 24
 - normihierarkia 24–25
- Klami, Hannu Tapani* 3
- Kodifikaatio 51, 171–172
- Kolmannen valtakunnan aika 17, 22, 30
- Komplementaarinen perusnormi 38
- Konstitutionalisismi 101, 113, 115, 119, 129–132, 135, 138, 151, 154, 157, 186
- Konstitutionalisoituminen 13, 66, 80, 106, 115
- Korkein hallinto-oikeus (Suomi) 156, 167, 170, 178, 183–185
- Korkein oikeus (Suomi) 72–73, 156
- Kulla, Heikki* 164
- Kultalahti, Jukka* 107, 137
- Kuusikko, Kirsi* 240
- Kötz, Hein* 51, 190–193
- Laillisuusvalvonta 215–222, 230, 237, 240–241, 247, 254
- Lainalaisuusperiaate 223
- Lainoppi
- teoreettinen 10–12, 115–116, 119, 122, 137, 152, 160, 185, 227, 246, 248, 251–254
 - systematisointi 3, 8, 12, 88–90, 110, 112, 116, 145, 249, 252, 254
- Lainsäädäntövalta 6, 11, 38, 47, 54, 61, 67, 70, 76, 91, 119, 133, 138, 147, 156
- Lakien perustuslainmukaisuus 18, 37, 42–49, 53–81, 108, 119, 131, 143–144, 163, 178
- Lakivaraus 121
- Launay, Robert 174
- Legaliteetti 27, 30, 41
- Legitimaatioteoria 73
- Legitimiteetti 27, 30, 41, 35, 39, 149, 150, 154, 156
- Lämsineva, Pekka* 104, 108, 116, 137, 147, 249, 250, 252, 260
- Maastrichtin sopimus 58
- Magna Charta (1215) 97
- Mallivalta 5–8, 30, 163–165, 168, 170–171, 188, 190, 203, 205
- Mathiesen, Thomas* 7, 107
- Merikoski, Veli* 96, 168
- Monarkia 53, 58, 62, 214, 255
- Montesquieu, Charles L.S.* 117, 125, 141, 159, 200
- Nieminen, Liisa* 104
- Nordquist, Jonas* 66
- Norja
- perustuslaki/Grunnlov 53
 - korkein oikeus/Høyesterett 53–57, 77
 - normikontrolli 56–57
 - vallanjako 53
- Normative Kraft des Faktischen -oppi 21–22, 35
- Normihierarkia 13, 15, 34, 42, 46–48, 65, 71, 112–113, 121, 127, 132
- Normikontrolli 42–43, 45–46, 50, 56–58, 64, 66, 72, 77, 115, 119, 126, 143, 145, 152–153, 263
- Nuotio, Kimmo* 122, 135
- Oikeudellinen siirrännäinen (legal transplant) 191–194, 212
- Oikeudellinen valta 78
- Oikeudellistuminen 16, 96, 106–110, 124, 133, 136, 138, 141–142, 148, 169, 171, 205
- Oikeuden systematisointi 12, 112, 152, 251, 255
- Oikeusharkinta 162, 164, 167, 185–189, 210–212
- Oikeushistoria 69, 46, 84, 114, 122, 162, 191–193, 198, 208, 257

Oikeuslähdeoppi 55, 60, 65, 70, 74, 84, 90,
111, 112, 144, 146, 246, 252, 261, 262

Oikeusvaltio

- oikeusvaltioteoria 6, 149, 154, 157, 242, 254
- demokraattinen oikeusvaltio 14, 91, 97, 138, 141, 149

Oikeusvertailu 50–52, 84, 151, 160, 191–193,
198–199

Parlamentarismi 6, 11, 17, 53–58, 62–63, 67,
76, 78, 87–88, 112, 148, 194

Perusnormi/Grundnorm(konstruktio) 24–26,
29, 38

Perusoikeus

- perusnormiteoria 24
- perusoikeusdoktriini 11, 83, 104
- perusoikeusimperialismi 144
- perusoikeusmyönteinen laintulkinta 91, 103
- perusoikeusteoria 96, 99, 104, 190

Perustuslaki

- perustuslainsäätämisyjärjestys 29, 70, 71

Perustuslakikontrolli 42, 46, 60, 62, 126, 150,
181

Perustuslakivaliokunta 67–75, 89–90, 100,
103, 134, 148–150, 181, 231

Plenumistunto 163

Pohjoismainen oikeus

- itäinen 52
- läntinen 52

Pohjolainen, Teuvo 140

Poikkeuslaki 70–71, 78

Poliittinen järjestelmä 13, 193

Poliittinen valta 4, 15, 78

Positiivinen oikeus 172, 191

Positiivinen valtiosääntö 28–29, 35, 39

Prosessioikeus 105

Puhdas oikeusoppi 20, 23–25

Pöyhönen, Juha 120, 127, 253

Raitio, Juha 41

Ranska

- suuri vallankumous 97, 173–174, 178, 201, 204, 242
- parlamentit 173–174
- perustuslakineuvosto/Conseil Constitutionnel 42, 46, 49, 71, 74, 181

- privilegit 173–174

Realistinen oikeustiede 15

Regeringsform 62

Rescriptio 191–192

Riepula, Esko 108

Rikosoikeus 105, 110, 116, 145

Romaanis-germaaninen oikeus 51, 80, 171,
194, 196–197, 200, 209

Rooman sopimus 32, 34–35, 39

Ruotsi

- perustuslait 62–63
- korkein oikeus/Högsta domstolen 64–66
- normikontrolli 64
- vallanjako 62

Questiaux, Nicole 117

Saksa

- valtiosääntötuomioistuin 36, 47–48, 70, 75, 125
- perustuslaki/Grundgesetz 25
- valtiosääntöteoria 16

Saraviita, Ilkka 83, 86, 129

Sartori, Giovanni 113

Senaatti (Suomi) 162–163, 185, 209, 210

Smith, Eivind 54, 114

Stare decisis (-doktriini) 31, 185, 209–210

Ståhlberg, J. K. 164

Strömholm, Stig 190–193

Suomen perustuslaki 67

Suomi

- eduskunta 67–68
- hallitusmuoto 67
- normikontrolli 67–72
- PeV 67–75, 89–90, 100, 103, 134, 148–150, 181, 231, 236
- vallanjako 67

Suvereniteetti 34, 37, 54, 58, 62, 67

Syrjintä 33

Tanska

- perustuslaki/Grundloven 57–58
- korkein oikeus 59–61, 153
- normikontrolli 58
- vallanjako 58

Tarkoituksenmukaisuusharkinta 164, 167,
169, 187, 205, 211–212, 215, 254

Tarukannel, Veijo 166

- Teoreettinen lainoppi 10–12, 115–116, 119, 122, 137, 152, 160, 185, 227, 246, 248, 251–254
- Teubner, Gunther* 194
- Tocqueville, Alexis de* 139
- Toimeenpanovalta
- Toimivaltaisuuskriteeri 221
- TSS-oikeudet 105, 146, 169
- Tuomarien hallinto 174
- Tuomari-ideologia 15
- TuomioistuINVALVONTA 47, 53, 55–56, 58, 59, 77, 95, 261
- Tuomiovalta 11, 49, 50, 54, 58, 62, 67, 70–77, 126, 132, 134, 136, 153, 163, 165, 167, 177–178, 210, 213–214, 218, 228, 237, 238, 247, 255, 259
- Tuori, Kaarlo* 2, 14, 17–18, 111, 128, 131, 141, 251
- Ultra vires (-doktriini) 207
- USA/Yhdysvallat
- checks and balances
 - vallanjako 47, 57, 188, 206
 - historia 99
 - liittovaltion korkein oikeus 56, 99
- Vallanjako-oppi 10, 13–14, 31, 117, 127, 131, 169, 171, 188, 205–209
- Valtatekniikat 245–246
- Valtioneuvoston oikeuskansleri 215, 219–220
- Valtio-oppi 8, 18–20, 66, 84, 93–94, 116, 145, 157
- Valtiosääntöoikeus
- oikeudenala 8, 12, 15
 - oikeustieteen haara 84–89
- Valtiosääntötuomioistuin 47, 52, 69, 74, 99–100, 156, 196
- Valtiovallan kolmijako-oppi 10, 12, 53, 58, 62, 67, 89, 101, 111, 133, 136, 148, 162–163, 169, 186, 189, 200, 209, 215, 239, 246
- Valtiovalta 7, 45, 52–59, 62, 67, 74–75, 79, 86, 90, 119, 131, 168, 174, 185, 187, 205, 207, 215–223, 227–231, 236–242, 251
- Valvonta 15, 42, 45–47, 55, 58, 59, 61, 62
- Vapaa harkinta 169–170
- Varovaisuusperiaate 78–79
- Venter, Francois* 78
- Verfassungslehre 16–30, 41
- Verfassungsstaat 149, 151, 223, 245, 247
- Vile, M.J.C.* 11
- Viljanen, Veli-Pekka* 104, 116, 249, 250
- Virkavastuu 241
- Voimassa oleva oikeus 3, 191
- Watson, Alan* 192–193, 208
- Weimarin kausi (Weimarin tasavallan aika) 19, 22, 25
- Weimarin perustuslaki (1919) 97
- Wilhelmsson, Thomas* 9, 10, 150, 198, 251, 253
- Wiklund, Ola* 125, 247
- Yleinen oikeusteoria 15, 126
- Yleiset opit 7–12, 87–91, 94, 105, 110–112, 116, 120, 122, 137, 150, 160, 190, 242, 248, 254, 255
- Zweigert, Konrad* 51, 190–193

Klassisen roomalaisen siviiliprosessin tosiasiakysymyksissä kanta ilmaistiin käyttäen tabulaa, johon merkittiin joko vapauttava absolvo tai langettava condemnno. Voitiin myös päätyä kantaan non liquet, joka tarkoittaa sananmukaisesti 'se ei ole selvää'. Perusoikeuksien, vallanjako-opin ja 2000-luvun teoreettisen lainopin systematisointitehtävän välistä ristivetoa puntaroitaessa voidaan tulla samankaltaiseen päätelmään – non liquet.

Perusoikeusvetoisen systematisoivan lainopin ja vallanjakolähtöisen, mutta kansansuvereniteettitraditioon perustuvan ajattelun pohjana olevat juridiset maailmankuvat ja demokratiakäsitykset poikkeavat toisistaan. Tästä huolimatta *Verfassungsstaatin* konstitutionalismikriteerien mukaan sekä perusoikeudet että vallanjako kuuluvat oikeuden kantaviin periaatteisiin. Ne vetävät kuitenkin eri suuntiin.

Teoksessa lähestytään vallanjako-oppia, perusoikeuksia ja oikeuden systematisointia oikeuden perustan ja normihierarkian, perustuslainmukaisuuskontrollin sekä perusoikeusdoktriinin murroksen kautta. Lisäksi käsitellään yleishallinto-oikeuden eräitä vallanjaon pulmallisuuteen kietoutuvia syvällisyyksiä hallintolainkäyttöä ja laillisuusvalvontaa analysoimalla. Teoksen näkökulma on valtiosääntöoikeudellinen, paikoin myös vertaileva. Painopiste on yleisissä opeissa siten, että vallanjaon perusfunktio – politiikan ja oikeuden rajanvetoyritys – on juonenkulun punainen lanka. Lopussa esitetään tuoreita näkökohtia perusoikeuksien ja vallanjaon mahdollisuuksista muodostaa perusta oikeusjärjestyksen systematisoinnille. Loppuluvussa luovitaan systematisointioptimismin ja systematisointipessimismin välimaastossa ja päädytään polysentrinen oikeuslähteoppien ajatukseen.

Teos on tarkoitettu kaikille teoreettisesta lainopista, julkisoikeuden yleisistä opeista, perusoikeuksista ja valtiosääntöoikeuden ydinkysymyksistä kiinnostuneille. Kirjan kirjoittaja Jaakko Husa on valtiosääntöoikeuden ja yleisen oikeustieteen professori Joensuun yliopiston oikeustieteiden laitoksella. Hän on aiemmin ollut julkisoikeuden professori Vaasan yliopistossa.

