

Juhlajulkaisu
Pekka Hallberg
1944 – 12/6 – 2004

Toimittajat

Risto Nuolimaa

Pekka Vihervuori

Hannele Klemettinen

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© 2004 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

Kannen ja taiton suunnittelu: Heikki Kalliomaa

Pekka Hallbergin valokuva s. VII Heini Lehväslaiho

ISSN 0356-7222

ISBN 951-855-229-0

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2004

Niilo Jääskinen

Demokratia vai perusoikeudet?

CAMILLE: Valtiomuodon on oltava kuin läpinäkyvä vaate, joka tiukasti myötäilee kansan ruumista. Joka kerta kun suonet pullistuvat, lihas jännittyy, jänne värähtää, antaa vaate myötä. Hahmo voi olla kaunis tai ruma, mutta sillä on oikeus olla sellainen kuin se on. Meillä ei ole lupa leikata sille mieleemme mukaista mekkoa. – Me näpäytämme sormille niitä, jotka haluavat ripustaa nunnankaavun rakkaan synnintekijättäremme Ranskan paljaille olkapäille.¹

Supernormistot haastavat kansanvallan

Suomessa on 1990-luvulla toteutettu perusoikeusuudistus sekä liitytty Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukseen, Euroopan unioniin ja Maailman kauppajärjestöön (WTO). Oikeuslähteopillisesti tämä kehitys on tarkoittanut ilmiötä, jota *Juha Karhu* on luonnehtinut supernormistojen kategoriaksi.² Supernormistot ovat oikeussääntöjä ja -periaatteita, jotka saavat soveltamistilanteissa etusijan suhteessa muihin oikeusnormeihin ja joiden muuttaminen tai kumoaminen demokraattisen lainsäätäjän toimin ei ole käytännössä eikä aina edes periaatteessa mahdollista.

Teoreettisesti eri supernormistot avaavat erilaisia perspektiivejä. Euroopan unioniin tai Maailman kauppajärjestöön liittyvät kysymykset koskevat sellaisia teemoja kuin federalismi, globalisaatio sekä kansainvälisen normiston ja kansallisen päätösvallan välinen suhde. Niissä on pohjimmiltaan kysymys adekvaatin demokraattisen subjektin puuttumisesta. Tämä ongelma olisi periaatteessa ratkaistavissa luomalla asianmukaisia kansallisvaltiot ylittäviä demokraattisia rakenteita.

Perusoikeudet³ avaavat näköalan, jossa oikeusteorian perinteiset kysymykset kohtaavat demokrateorian. Perusoikeusajattelun renessanssi toisen maailmansodan jälkeisessä Euroopassa – ja 1980-luvulta lähtien myös Suomessa – ilmentää osaltaan oikeudellisessa ajattelussa

¹ Georg Büchner, Dantonin kuolema s. 29, suomentaneet Outi ja Kalevi Nyytäjä, Georg Büchner, Teokset ja kirjeet, toimittanut Riitta Pohjola, Helsinki 1984, s. 23–97. Suomennosta tarkistettu tässä.

² Karhu, Juha, Perusoikeudet ja oikeuslähteoppi, s. 796, 797, Lakimies 2003 s. 789–807.

³ Jäljempänä tarkoitetaan perusoikeuksilla valtion konstituution suojaamien ihmis- ja kansalaisoikeuksien lisäksi myös samanlaisia ao. valtiota velvoittavaan kansainväliseen instrumenttiin perustuvia oikeuksia.

vahvana säilynyttä tarvetta löytää oikeusjärjestykselle materiaalisia pätevyysperusteita. Samalla etsitään mahdollisuuksia perustella oikeuspositivismille vaihtoehtoisia lähestymistapoja ilman, että jouduttaisiin hyväksymään avoimesti luonnonoikeudellisia kantoja. Perusoikeuksien ja demokratian välinen suhde on siksi teoreettisesti moniulotteisempi kuin demokratian suhde kansainvälisiin supernormistoihin. Se on aidosti oikeusfilosofinen ongelma.

Tässä kirjoituksessa tarkoituksena ei ole ottaa kantaa jonkin positiivisen valtiosäännön tai siihen sisältyvän perusoikeussuojan tulkintaan tai suhteeseen kansanvaltaisuuteen. Siksi en myöskään tarkemmin käsittele lukuisia asian kannalta relevantteja kotimaisia puheenvuoroja, joita on esitetty sekä osana valtiosääntöoikeudellista debattia että laajempaa oikeustieteen metodia koskevaa ajatustenvaihtoa. Haluan vielä erityisesti korostaa, että kirjoitus ei ole kommentti yksittäisiin tuomioistuinratkaisuihin eikä sellaisen inspiroima.

Oikeuspositivismi ja demokratia

Oikeuspositivismin ja demokratian välinen suhde on mielenkiintoinen ja monimutkainen. *Agustín Squella* on todennut viitaten *Hans Kelseniin*, *Alf Rossiin*, *H.L.A. Hartiin* ja *Norberto Bobbioon*, että ehkä ei ole pelkästään sattumanvaraista se, että 20. vuosisadan tärkeimmät oikeuspositivistiset teoreetikot olivat myös vakaumuksellisia demokraatteja.⁴ *Uberto Scarpelli* puolestaan perusteli loistavassa oikeuspositivismia analysoivassa tutkimuksessaan oikeuspositivismin ”poliittista” tulkintaa.⁵ Scarpellin mielestä perusteet omaksua oikeuspositivismi ovat pohjimmiltaan poliittisia. Ne seuraavat siitä läheisestä yhteydestä, joka vallitsee demokratian ja oikeuspositivismin välillä sen johdosta, että oikeuspositivismi oikeuskäsityksenä oikeuttaa rationaalisesti demokratian poliittisena instituutiona.⁶

Oikeuspositivismin ydinväite on niin sanottu erillisyysteesi eli se teoreettinen perusasettelus, että oikeuden ja moraalin⁷ välillä ei vallitse välttämätöntä käsitteellistä yhteyttä. Demo-

⁴ Squella, Agustín, *Legal Positivism in the Twentieth Century*, s. 407, *Ratio Juris* 1990:3 s. 407–414. Kelsen käsittelee demokratian ongelmia päätöidensä lisäksi teoksessa *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Tübingen 1920, zweite umgearbeitete Auflage Tübingen 1929). Sen ensimmäinen painos oli pitkälti reaktiota Venäjän vallankumoukseen, toinen huomattavasti laajennettu painos lisäksi fasismin nousuun. Kelsenin demokratiakäsityksestä ks. edelleen Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press 1946, s. 284–300. Alf Rossin *Hvorfor Demokrati?* (København 1946, ilmestynyt suomeksi vuonna 1951) oli Rossin omien sanojen mukaan hänen panoksensa miehitetyn Tanskan vastarintaan. Norberto Bobbioon demokratiakäsityksiin voi tutustua englanniksi teoksessa *Democracy and Dictatorship*, Polity Press 1989. Hart ei tietääkseni ole systemaattisesti käsitellyt demokratian kysymyksiä.

⁵ Uberto Scarpellin *Cos’è il positivismo giuridico* ilmestyi alunperin italiaksi vuonna 1965. Tässä viittaukset kohdistuvat teoksen vuonna 1996 julkaistuun ranskankieliseen laitokseen, ks. *Qu’est-ce que le positivisme juridique?*, Editions Bruylant, 1996. Oikeuspositivismin poliittisesta tulkinnasta ks. Scarpelli s. 31–64.

⁶ Scarpelli s. 98–101.

⁷ Kramerin mielestä tarkasteltaessa oikeuden ja moraalien suhdetta voidaan itse asiassa puhua moraalista kolmessa eri merkityksessä: moraalista pahuuden (evil) vastakohtana, moraalista faktuaalisuuden ml. positiivinen oikeusjärjestys vastakohtana ja moraalista prudentiaalisuuden (pyyteellisen) vastakohtana, ks. Kramer, Matthew H., *In Defence of Legal Positivism*, Oxford University Press 1999, Paperback 2003, s. 3.

kratian näkökulmasta olennainen erillisyysteesin seuraus ilmenee *Kelsenin* väittämässä, jonka mukaan positiivisen oikeusjärjestyksen sisältö voi olla millainen tahansa.⁸ Oikeuden ja sen elementtien, oikeusnormien, eksistenssi on voimassaoloa, jonka osalta moraalisella arvolla ei ole merkitystä. Sisällöllisesti positiivinen oikeusjärjestys on siten pohjimmiltaan mielivaltaisen, tahtomiseen ja valintoihin perustuva.

Tässä yhteydessä ei ole edellytyksiä eritellä tarkemmin oikeuspositivismin eri suuntauksia ja ulottuvuuksia. Selvyiden vuoksi on syytä kuitenkin todeta, että erillisyysteesi *ei* kiellä kausaalisia vuorovaikutussuhteita oikeuden ja moraalin välillä. Samoin niin sanottuun inklusiiviseen oikeuspositivismiin, joka pitää positiivista oikeusjärjestystä sisällöllisesti avoimena järjestelmänä, sisältyy myös näkemys siitä, että positiivinen oikeus voi viitata ja usein viittaa positiiviseen moraaliin, ja se voi hyväksyä, ja usein hyväksyy, moraalisen argumentaation käytön osana oikeudellista päättelyä.⁹

Oikeuspositivismin tunnusmerkiksi voidaan myös ymmärtää teesi, jonka mukaan oikeudellinen pitäminen on pidettävä erossa yhteiskunnallisesta olemisesta. Oikeuspositivismin normativistisille muodoille on ominaista näkemys, jonka mukaan ontologisesti ja sitä kautta myös epistemologisesti oikeudelliset normatiiviset rakenteet ovat käsitteellisesti eri asia kuin käyttäytymisen empiiriset säännönmukaisuudet, mikä ei tarkoita objektitason kausaalisten vuorovaikutussuhteiden kieltämistä oikeusjärjestyksen ja muiden sosiaalisten järjestelmien välillä.¹⁰

Demokratian ydin on ajatus kansasta poliittisen vallankäytön suvereenina¹¹ subjektina: poliittinen valta – ja oikeusjärjestys sen tuotteena – on palautettavissa ”kansan tahtoon”, tarkemmin sanottuna demokraattisesti legitimoituihin päätöksentekoprosesseihin. Kansa ei olisi kaikkivaltias, jos luonnonoikeus tai muu moraalijärjestys sulkisi sisällöllisin kriteerein jotkin poliittikkavaihtoehdot demokraattisen lainsäätäjän pätevän tahtomisen (toimivallan) ulkopuolelle.

Oikeuspositivismi ja demokratia voidaan oikeuttaa samalla moraali- ja yhteiskuntafilosofisella perusteella. Niiden yhteisen rationaalisen perustelun muodostaa se empiirinen tosiseikka, että ”järkevät”, siis älyllisesti ja moraalisesti kompetentteina pidettävät ihmiset voivat olla ja usein ovat jyrkästi eri mieltä oikeuksista, arvoja tai normeja koskevista kysymyksistä, mutta yhteiskuntarauha vaatii näiden mielipide-erojen ylittämistä väkivaltaan turvautumatta.¹² Tällöin on toisarvoinen kysymys se, onko joku keskustelun osanottajista mahdollisesti oikeassa tai väärässä jonkin filosofisesti justifioitun teorian kannalta.

⁸ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Zweite vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960, Nachdruck 2000, Verlag Österreich, s. 201.

⁹ Ks. Kramer s. 114–115, 197–199.

¹⁰ Tässä yhteydessä voidaan viitata Richard A. Posnerin mielenkiintoiseen tulokseen, jonka mukaan Kelsenin puhdas oikeusoppi jättää tilaa law and economy -ajattelulle ja oikeusteoreettiselle pragmatismille päinvastoin kuin toisen itävaltalaisen maanpakolaisen, talousnobelisti F. A. von Hayekin oikeusfilosofiset käsitykset. Ks. Posner, Richard A., *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press 2003, s. 288.

¹¹ Demokratia ymmärretään tässä kansansuvereniteettiteorian yhdeksi variantiksi. Samoin Kelsen *Vom Wesen und Wert* (1929) s. 13, 18–19.

¹² Tässä yhteydessä ei ole mahdollisuuksia tarkemmin perustella sitä, miksi käytännöllisillä, siis arvoja ja normeja koskevilla erimielisyyksillä, on erilaisia ja vahvempia seurauksia poliittisen teorian kannalta kuin faktoja koskevalla teoreettisilla erimielisyyksillä.

Normatiivinen erimielisyys yhteiskunnallisena tosiasiana ja tilana johtaa tarpeeseen luoda auktoritatiivisia ratkaisuja erilaisiin konflikteihin taikka yhteistoimintaa tai koordinaatiota edellyttäviin tilanteisiin. Tässä voidaan turvautua yhdessä sovittuihin ratkaisuperiaatteisiin sekä ennalta vahvistettuihin menettelytapoihin, jotka voivat perustua ratkaisuvallan delegoimiseen tietylle henkilölle tai henkilöryhmälle, äänestämiseen tai yleisimmin näiden erilaisiin yhdistelmiin. Kysymyksessä on siten *auktoiteetin* perustaminen eli sellaisten ratkaisukeinojen postulointi praktisille erimielisyyksille, jotka eivät edellytä sisällöllisen yksimielisyyden saavuttamista eri vaihtoehtojen perustelujen oikeellisuudesta.¹³

Tämä argumentaatio perustelee positiivisesti annetun järjestyksen keinona hallita yhteiskunnallisia ja moraalisia erimielisyyksiä, ja sitä kautta myös oikeuspositivismin tällaisen järjestyksen käsitteellisen itsenäisyyden varaan rakentuvana teoreettisena lähestymistapana. Demokratia on puolestaan yksi keino tuottaa järjestystä ja sellaisena perusteltu, jos lähtökohdaksi otetaan näkemys yksilön moraalista autonomiasta ja siihen sisältyvästä tasa-arvoisuudesta. Oikeuspositivismin ja demokratian yhdistävänä tekijänä voidaan siten pitää pyrkimystä sovittaa eettis-yhteiskunnallinen pluralismi rauhanomaisen kollektiivisen järjestyksen mahdollisuuteen.

Demokratian ja perusoikeuksien välisessä suhteessa on kysymys kahdesta kilpailevasta normatiivisesta auktoiteetista. Siltä osin kuin ne johtavat yksittäistapauksissa eri tulokseen, on siten kysyttävä, onko meillä hyviä perusteita katsoa, että demokraattisen päätöksenteon kautta tehty päätös syrjäytyy, koska se loukkaa perusoikeutta, vai päinvastoin. Tämä kysymys sijoittuu käsitteellisesti normatiivisen poliittisen teorian tai oikeusteorian tasolle. Se, syrjäytyykö demokraattisesti legitimoitu päätös myös oikeudellisesti, jos se on ristiriidassa perusoikeuden kanssa, on puolestaan valtiosääntöoikeudellinen kysymys, jonka osalta vastaus riippuu kunkin valtion positiivisesta konstituutiosta.

Positiivinen valtiosääntö voi liittää parlamentin hyväksymän oikeusnormin ja perusoikeuden väliseen ristiriitaan esimerkiksi sen oikeusseuraamuksen, että normi on tuossa tilanteessa pätemätön tai että tuomioistuimet eivät saa soveltaa sitä yksittäistapauksissa. Mahdollista on myös se, että ristiriita ei estä normin antamista, mutta muuttaa siinä sovellettavaa päätöksentekomenettelyä. Joskus perusoikeuden loukkaamisesta ei asianomaisen positiivisen valtiosäännön mukaan seuraa mitään oikeusseuraamuksia, jolloin kysymyksessä olevassa oikeusjärjestyksessä perusoikeuksilla ei ole positiivisoikeudellisia vaikutuksia.¹⁴

Normatiivisen teorian tason ja positiivisoikeudellisen tason tarkastelun käsitteellinen erossa pitäminen on tärkeää sen takia, että kysymys demokratian ja perusoikeuksien suhteesta *ei* normatiivisen teorian tasolla *samaistu* kysymykseen vallanjaosta, esimerkiksi lainsäädäntövallan ja tuomiovallan väliseen suhteeseen tai keskusteluun niin sanotusta tuomarivaltiosta. Normatiivisen teorian tasolla kysymys on demokraattisesti legitimoitujen enemmistön konfliktista vähemmistön, ääritapauksessa yhden yksilön,

¹³ Jeremy Waldronin *Law and Disagreement*, Oxford University Press 1999, rakentuu ajatukselle normatiivisen, oikeuksia koskevan erimielisyyden ja sen voittamiseksi tarvittavien auktoiteettirakenteiden keskeisyydestä oikeusteorialle.

¹⁴ Eri vaihtoehtoista ks. Kelsen, *General Theory* s. 155–157.

kanssa.¹⁵ Se, muuntuuko konflikti vallanjaolliseksi, riippuu kunkin positiivisen valtiosäännön sisällöstä.

Demokratiasta

Demokratia tarkoittaa nimensä mukaan kansanvaltaa, mutta mitä se puolestaan tarkoittaa, on mitä epäselvintä. Yleisellä tasolla voidaan todeta, että demokratialla on suhteellisen marginaalinen merkitys oikeusteoriassa. Moderni oikeusteoria näyttää suhtautuvan demokraattiseen järjestelmään eräänlaisena mustana laatikkona, jonka kausaaliset seuraukset ovat tutkimuksellisesti mielenkiintoisia, ei sen sijaan järjestelmän toiminta sinänsä.¹⁶ Myös seuraavassa tarkastelussa on tarpeen lähteä olettamuksesta, että meillä joillakin yhteisesti hyväksyttävillä kriteereillä määritelty tapa tuottaa päätöksiä demokraattisesti, ja arvioida sitten abstraktilla tasolla näiden päätösten asemaa suhteessa perusoikeuksien suojaan.

Jos tätä oletusta ei hyväksytä, menettää kysymys demokratian ja perusoikeuksien suhteesta teoreettisen mielekkyytensä. Erityisesti 1950-luvun politologian tuloksiin nojautuva demokratiaskeptisismi on tässä suhteessa huomionarvoista.¹⁷ Jos Concordet'n ja Arrow'n paradoksin mukaisesti aitoa enemmistöä tai sellaisen preferenssifunktiota ei ole edes teoreettisesti konstruoitavissa, ei kansan tahdolla ole sanottavaa legitimaatiovoimaa argumentaatiossa. Tällaiseen demokratiaskeptisismiin näyttää toisaalta liittyvän myös tendenssi tulkita demokratia enemmän sosiaalisia käytäntöjä kuin poliittista päätöksentekoa koskevaksi kysymykseksi.¹⁸

Tässä yhteydessä on myös syytä viitata erilaisten demokratiakäsityksien merkitykseen.¹⁹ Populistisen tai pluralistisen demokratiakäsityksen mukaan demokratiassa on

¹⁵ Esimerkiksi Suomessa tämä konflikti on ensisijaisesti artikuloitu perustuslakivaliokunnassa, siis lakia säättävän organin sisällä.

¹⁶ Ks. Waldronin teoksen keskeisiin ansioihin kuuluu mielestäni muun ohella se, että hän ensimmäisenä nostaa esille ne tärkeät oikeusteoreettiset seuraukset, jotka liittyvät siihen, että lainsäädäntö on keskeisin oikeuslähde ja että sen yksityiskohtaisesta sanamuodosta päättää jäsenmäärältään suuri deliberatiivinen orgaani yksityiskohtaisesti säänneltyjä menettelymuotoja noudattaen.

¹⁷ Jos katsottaisiin, kuten Russel Hardin, että "(T)he disconcerting implication of public choice theory is that majoritarian democracy is both conceptually and motivationally flawed", ei tuntuisi rationaalilta yrittää perustella demokratiaa suhteessa perusoikeuksien suojaan. Ks. Hardin, Russel, Public choice versus democracy, s. 157, teoksessa *The Idea of Democracy*, edited by Copp, David – Hampton, Jean – Roemer, John E., Cambridge University Press 1993, First paperback edition 1995, s. 157–172.

¹⁸ Ks. esim. Tuorin kritiikki "yksinkertaistettua" demokratiakäsitystä kohtaan, Tuori, Kaarlo, Kriittinen oikeuspositivismi, Helsinki 2000, s. 251–253. Demokratian käsitteellistä liudentumista vallankäytöstä osallistumiseksi kuvaa Petersin ajatus EU:n demokratisoitumisesta osana kehitystä, jossa "the legitimacy function of conventional voting and parliamentary elections is complemented and to a certain extent replaced by a well-functioning public discourse and quality deliberation." Peters, Anne, *European Democracy after the 2003 Convention*, s. 82–83, *Common Market Law Review* 2004 s. 37–85.

¹⁹ Populistisen ja deliberatiivisen demokratiakäsityksen osalta ks. esim. Posner s. 130–157. Posner itse puolustaa voimakkaasti schumpeterilaista pluralistista demokratiakäsitystä, jota Macpherson piti 1970-luvulla vaikutusvaltaisessa kirjassaan demokratiateorian alistamisena empirialle, ks. Macpherson, C. B., *Democratic Theory*, Oxford University Press 1973, Reprinted 1979, s. 78–80. Deliberatiivinen demokratiakäsitys, jonka vaikutusvaltaisia edustajia ovat esimerkiksi Habermas ja Dworkin, nostaa Ungerin mukaan demokratian ihanteeksi 1800-luvun herrasmiesten keskustelun salongissa kansanomaisen politiikan sijasta. Ungerin mielestä modernin oikeusteorian "dirty little secret" on sen epädemokraattinen henki. Unger, Roberto Mangabeira, *What Should Legal Analysis Become?*, Verso 1997, s. 72–73.

viime kädessä kysymys eliittien kilpailusta. Demokratia on markkinoita muistuttava järjestelmä, jossa kuluttajana toimiva äänestäjäkunta valitsee kilpailevista eliiteistä sen, jonka se uskoo parhaiten edistävän intressejään. Pluralistisen käsityksen vastapainona on ajatus republikaanisesta tai deliberatiivisesta demokratiasta. Siinä demokratia nähdään olennaisesti yhteisiä arvoja ja päämääriä eksplikoivaksi diskurssiksi, jota käydään sekä valitsijoiden että valittujen tasolla. Äärimmäisen deliberatiivisen demokratian ihanteet voinee täyttää lähinnä kai vain käytännöllisen filosofian laudatur-seminaari. Deliberatiivisessa demokratiakäsityksessä päädytään samalla tavalla kuin demokratiskeptisismissä epäilykseen, onko mahdollista justifioida olemassa oleva empiirinen demokratia.

Demokratiaa ei voine perustella ”positivistisesti”, siis turvautumatta joihinkin yhteiskunta- ja moraalifilosofisiin postulaatteihin. Näitä demokratian taustalla olevia arvoja ovat mielestäni yksilön vapaus ja siihen liittyvä tasa-arvoisuus yhteiskunnallisena subjektina. Kuten Kelsen ja Ross toteavat, demokraattinen enemmistöperiaate maksimoi yksilön autonomiaa tilanteessa, jossa kollektiivinen päätöksenteko on välttämätöntä.²⁰ Kaikille kansalaisille kuuluu yhtä suuri osa vallasta, ja enemmistöperiaate maksimoi niiden lukumäärän, joiden tahtoa yhteiset päätökset ilmentävät. Demokratiassa siten yleistetään subjektin autonominen itsehallinto kollektiiviseen päätöksentekoon lähtien yksilöiden tasa-arvoisuuden oletuksesta, mikä johtaa enemmistöperiaatteeseen.²¹

Demokratiassa on elämänmuotona ja poliittista kulttuuria organisoivana periaatteena tietysti kysymys paljon enemmän kuin pelkästään enemmistöperiaatteesta. Normatiivisen poliittisen teorian kannalta demokratian ja perusoikeuksien suhteessa kuitenkin kärjistyy kysymys enemmistöperiaatteen merkityksestä. Poliittista elämää laajemmalti demokratia voidaan nähdä yleisempänä yhteiskunnallista olemista määrittävänä arvona, mitä heijastaa 1960-luvun ja 1970-luvun vaatimus transformatiivisesta demokratiasta eli kaikkien yhteiskunnallisten instituutioiden – esimerkiksi korkeakoulujen ja yritysten – organisoimisesta demokratiaperiaatteen pohjalta.²²

Oikeusvaltioperiaate, konstitutionismi ja demokratia

Oikeusvaltiolla tarkoitetaan järjestelmää, jossa poliittinen valta on sidottu oikeusjärjestykseen. Oikeusnormit määrittelevät vallankäyttöön oikeutetut organit ja niiden toimivallat sekä ainakin tietyissä rajoissa päätöksenteon mahdollisen sisällön. Vastaavasti kansalaisilla on käytettä-

²⁰ Kelsen, *Vom Wesen und Wert* (1929) s. 8–10, Ross s. 192–193.

²¹ Thomas Christiano toteaa arvostellessaan Hardinin kantaa public choice -teorian merkityksestä demokratialle, että demokratia ja enemmistöperiaate voidaan perustella moraalisesti oikeudenmukaisuudella, koska ne johtavat tasa-arvoiseen resurssienjakoon julkisessa päätöksenteossa. Christiano, Thomas, *Social Choice and democracy*, s. 173–175, 183, 186–192, teoksessa *The Idea of Democracy* (alaviite 17 edellä) s. 173–195. Rossin, s. 183, mukaan enemmistöperiaatteen vastakohta on kvalifioitunut vähemmistön oikeus päättää asioista. Enemmistöperiaatteen kehityksestä ks. Lagerspetz, Eerik, *Enemmistösäännön muodonmuutokset*, *Oikeus* 2003:4 s. 340–358.

²² Transformatiivisen demokratian käsitteestä ks. Posner s. 134–135. Bobbion, s. 157, mielestä nykydemokratian olennainen kysymys ei ole, ketkä saavat äänestää, vaan mistä voidaan äänestää.

vissään oikeussuojajärjestelmä; vallankäytön oikeellisuus on mahdollista saattaa riippumattomien tuomioistuinten tutkittavaksi. Oikeusvaltioajatuksen ytimessä on siten laillisuus tai lainalaisuus muotona, jonka avulla vallankäyttö järjestetään.

Kun oikeusvaltioperiaate tähdentää muotoa, konstitutionalismissa on kysymys valtiollisen vallankäytön materiaalisesta rajoittamisesta. Myös konstitutionalismissa oikeudet rajoittavat valtiovaltaa. Nämä oikeudet ovat kuitenkin fundamentaalisia, millä on voitu tarkoittaa esipoliittisuutta tai luonnonoikeudellisuutta, jolloin kysymys on poliittisen vallan ulkopuolelta tulevista käsitteellisesti ylemmistä rajoituksista. Toisaalta fundamentaalisilla oikeuksilla on viitattu ajatukseen valtiovallan materiaalisesta itserajoituksesta: yhteiskuntasopimuksella tai muulla konstitutiivisella aktilla valtio asettaa itselleen ja omalle vallankäytölleen oikeudelliset rajat.

Abstraktilla tasolla kaikki (positiivisoikeudelliset) oikeudet ovat ristiriidassa demokratian kanssa. Oikeus tarkoittaa määritelmän mukaan positiota, joka on oikeudellisesti suojattu, joten oikeusvaltiossa valtiovalta – edes sen demokraattiset päätöksentekuelimet – eivät saa tehdä tyhjäksi oikeutta. Oikeusvaltio ja sen hyveet, oikeusvarmuus ja ennustettavuus, perustuvat juuri siihen, että oikeuksien pätevyys ei ole riippuvainen poliittisesta *ad hoc* -päättönteosta, vaan ennalta säädetyistä normeista ja niiden tunnusmerkistöjen täyttymisestä yksittäistapauksissa. Toisaalta parlamentaariseen hallitustapaan, edustukselliseen demokratiaan ja hallinnon lainalaisuuteen perustuva länsieurooppalainen kansanvalta näyttää edellyttävän toimiaukseen ainakin perustaltaan säädännäisen oikeuden ja siihen perustuvien oikeuksien varaan rakentuvaa oikeusjärjestystä. Tällainen oikeusjärjestys on keskeinen väline, jolla demokraattinen poliittinen valta voi toteutua yhteiskunnassa, ja oikeudet ovat yksi demokratian käytössä olevista sääntelyinstrumenteista.

Miten perusoikeuksia voidaan perustella demokraattisessa yhteiskunnassa? *Jed Rubenfeld*²³ on jakanut mahdolliset perustelutavat neljään pääryhmään:

- a) perusoikeudet *esipoliittisina* yliaikaisina oikeuksina, jolloin niiden auktoriteetti on painavampi kuin minkä tahansa aktuaalisen vallankäytön;
- b) kansan *historiallinen tahto* sellaisena kuin se on ilmennyt perustuslakia säädettäessä;
- c) kansan *aktuaalinen tahto* eli se, että perusoikeudet ilmaisevat olemassa olevaa normatiivista konsensusta ja siten tällä hetkellä elävän ”kansan” tahtoa;
- d) kansan *hypoteettinen tahto* eli näkemys, jonka mukaan perusoikeuksien suoja ilmentää jotain välttämätöntä järjestelyä, johon rationaaliset kansalaiset suostuisivat tai josta he pääsisivät yksimielisyyteen.

Seuraavassa jaksossa tarkastelen tätä nelijakoa soveltaen kysymystä, onko normatiivisen poliittisen tai oikeusteorian tasolla päteviä perusteita katsoa, että demokraattisesti legitimoitu lainsäätäjä ei saisi tehdä tietynsisältöistä päätöstä, koska se loukkaa jotakin perusoikeutta. Tähden-

²³ Rubenfeld, Jed, *Legitimacy and Interpretation*, s. 212–213, teoksessa *Constitutionalism, Philosophical Foundations*, Edited by Larry Alexander, Cambridge University Press, First Paperback Edition 2001, s. 194–234.

nän vielä sitä, että kysymys on *positiivis-oikeudellisten perusoikeuksien* ja demokraattisten päätösten välisestä konfliktista.²⁴

Perusoikeuksien perustelemisesta

Perusoikeudet yliposiitiivisinä oikeuksina

Tässä – historiallisesti alkuperäisintä perustelutapaa edustavassa – vaihtoehdossa perusoikeuden sitovuus ja etusija suhteessa demokraattisiin päätöksiin perustuu siihen, että se on pätevä jollakin perustalla, joka on normatiivisesti vahvempi kuin enemmistön oikeus päättää asiasta toisin. Perusoikeudet ovat sisällöllisesti *oikeita*. Tämän perustana voi olla esimerkiksi luonnon-oikeus, yhteiskuntasopimus, oikeudenmukaisuus tai yleinen oikeuskäsitys, siis jotain, jota tarkoitetaan puhuttaessa oikeusteoriassa positiivisen oikeuden ja moraalin välisistä konflikteista.²⁵ Oma kantani on, että *valtiosääntöisten perusoikeuksien* etusijaa suhteessa demokraattiseen päätöksentekoon *ei* voida perustella tällaisilla yliposiitiivisillä argumenteilla.

Tähän johtaa *ensinnäkin* se, että sikäli kuin kysymyksessä oleva demokraattinen valinta on moraalisin perustein hylättävä, se on sitä riippumatta siitä, onko kyseinen moraalinen perustelu (arvo, normi tai oikeus) tunnustettu valtion positiivisessa perusoikeusjärjestelmässä vai ei. Perustuslain säätäjä ei säädä moraalilaista eikä esimerkiksi ihmisarvoa loukkaavan kohtelun moraalinen vääryys riipu siitä, millainen perustuslaki kussakin valtiossa on voimassa.

Toiseksi tähän johtaa se seikka, että positiivisten perusoikeuksien moraalinen painoarvo on erilainen. On perusoikeuksia, joiden osalta oikeuden ja moraalin välillä vallitsee korrespondensi, toisaalta taasen perusoikeuksia, jotka ovat moraalin kannalta toisarvoisia tai indifferentejä.²⁶ Edelleen yksittäisten perusoikeuksien soveltamispiirin sisällä ilmenee moraaliselta merkitykseltään eriarvoisia ongelmia.

Kolmanneksi voidaan herättää kysymys, missä määrin moraali käsitteen suppeammassa ”moraalifilosofisessa” merkityksessä eli pahuuden ja/tai prudentiaalisuuden vastakohtana ylipäänsä rakentuu oikeuksista käsin. Oma käsitykseni on se, että moraalifilosofiset kysymyksenasettelut koskevat moraaliagentin suhdetta toisiin ihmisiin.²⁷ Tästä näkökulmasta arvot, hyveet tai velvollisuudet ovat perustavampia kuin oikeudet, jotka ilmenevät ensiksi mainittujen korrelaateina. Ei ole mitenkään ilmeistä, että valtiosääntöisillä perusoikeuksilla operoiva argu-

²⁴ Tässä ei siis käsitellä sitä, voiko meillä olla moraalisia tai poliittisia oikeuksia, jotka ovat normatiivisesti vahvempia kuin demokraattiset päätökset, ml. positiivinen oikeus.

²⁵ Erytisen vahvaa muotoa tällaisesta ajattelusta edustaa Richard J. Arneson, jonka mukaan demokratia on oikeutettua vain koska ja ainoastaan siinä määrin kuin se on keino suojata perusoikeuksia, ks. Arneson, Richard J. *Democratic rights at national and workplace levels*, s. 118–119 teoksessa *The Idea of Democracy* (alaviite 17 edellä) s. 118–148.

²⁶ Moraalisten intuitioidemme kannalta esimerkiksi oikeus elämään ja oikeus hyvään hallintoon eivät koske samalla tasolla olevia kysymyksiä.

²⁷ Sekä mahdollisesti luontoon, eläimiin ja kulttuurisiin artefakteihin kuten taideteoksiin tai vanhoihin rakennuksiin.

mentaatio on moraalifilosofisesti validia tai relevanttia. Pätevyyttä tavoittelevan moraalisen päättelyn on sisällettävä moraalisesti relevantit argumentit *pro&contra*. Konkreettisessa moraalisisessa arvostustilanteessa ei siten voida rajoittaa niihin seikkoihin, jotka kulloinkin ovat perusoikeusjärjestelmän kannalta oikeudellisesti hyväksyttäviä argumentteja, eivätkä kaikki oikeudelliset relevantit argumentit ole sitä moraalisesti. Tämän vuoksi (perus)oikeuksilla ope-
rointi voi olla moraalifilosofisesti sanan suppeassa merkityksessä puutteellista tai irrelevanttia, mutta ne voivat olla silti mahdollinen lähtökohta yhteiskuntafilosofisessa järjestelmässä, jonka tavoitteena on perustella instituutioita, muttei yksittäisiä tekoja.²⁸

Alexy esittää esimerkkeinä metodisesti perustellusta perusoikeuspohdinnasta kaksi Sak-
san valtiosääntötuomioistuimen päätöstä. Ensimmäisessä perusoikeuksien punninta
johti siihen, että oli valtiosäännön vastaista vaatia kauppiaan kelpoisuustodistusta kam-
paajalta, joka halusi pitää savukeautomaattia kadulla. Toisessa katsottiin, että punninta
sananvapauden ja yksilön integriteetin välillä johti siihen, että pilalehdessä oli sallittua
käyttää halvaantuneesta reservinupseerista nimitystä ”o.s. Murhaaja”, muttei nimitystä
”raajarikko”.²⁹

Savukeautomaattia koskeneessa ratkaisussa argumentaatio koski elinkeinovapauden
ja lainsäätäjän harkintavallan tasapainottamista suhteellisuusperiaatteen kannalta. Tar-
kastelussa eivät olleet esillä sellaiset moraalin kannalta olletikin relevantit näkökohdat,
jotka liittyvät siihen, onko ylipäänsä hyväksyttävää myydä terveydelle erittäin vaarallista
tuotetta. Vastaavasti on vaikea keksiä moraalifilosofisesti pätevää argumenttia, jonka
antaa *oikeuden* kutsua ketään ja vieläpä ansaintatarkoituksessa nimityksellä ”o.s. Mur-
haaja”, vaikka poliittisesti voi sananvapauden turvaamiseksi olla perusteltua, että tämä
voi tapahtua oikeudellisista seuraamuksista.³⁰

Tarkoituksenani ei ole polemisoida *Alexy*ä tai *Bundesverfassungsgerichti*ä vastaan, vaan
perustella kantaa, jonka mukaan perusoikeuksissa ja niiden suojassa on kysymys poliitti-
sista oikeuksista ja velvoitteista, ei moraalisista, käsitteen suppeassa merkityksessä.

Miksi sitten erolla suppeasti ymmärretyn moraalifilosofian ja avaramman poliittisen filosofian
välillä olisi relevanssia tässä yhteydessä? Ne, jotka tähdentävät perusoikeuksien ensisijaisuutta
suhteessa enemmistöperiaatteella justifioituihin demokraattisiin päätöksiin, lainaavat retorisi-
ta painoarvoa argumenteilta, jotka koskevat agentin velvollisuuksia Antigone-tyyppisessä mo-
raalisessa konfliktitilanteessa. Kun esimerkiksi *Alexy* katsoo, että äärimmäisen epäoikeuden-
mukainen oikeusnormi ei voi olla oikeudellisesti pätevä, hän rakentaa argumentaationsa pe-
rusteille, jotka osoittavat, että tällaisen normin soveltaminen olisi moraalisesti hylättävä teko³¹,
mistä myös useimmat oikeuspositivistit olisivat samaa mieltä. Tämä on kuitenkin eri asia kuin

²⁸ Esimerkiksi Dworkinin mukaan poliittinen teoria voi perustua oikeuksiin, velvollisuuksiin tai päämääriin, ks.
Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Seventeenth printing 1999, s. 169–170.

²⁹ *Alexy*, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press 2002, s. 397–398, 403–405.

³⁰ On ehkä syytä lisätä, että *Bundesverfassungsgericht* on relevantilla tavalla punninnut tupakkaan liittyviä asioita
toisessa, savukerasioiden varoituksia koskeneessa tapauksessa. Ks. *Alexy*, *Theory* s. 402. Tämä itse asiassa vahvistaa
sitä näkökohtaa, että oikeudellisessa kontekstissa ei välttämättä toteudu eikä ehkä edes voi toteutua kaikkien asiaan
vaikuttavien seikkojen huomioon ottaminen.

³¹ *Alexy*, Robert, *The Argument from Injustice*, Oxford University Press 2002, s. 28–39. Loogisesti tämä *Alexyn*
Gustav Radbruchin natsioikeuskritiikin pohjalta kehittelemä teoria johtaa siihen epäintuitiiviseen lopputulokseen,
että natsi-Saksan oikeusjärjestyksessä ei ollut voimassa äärimmäisen epäoikeudenmukaisia oikeusnormeja.

esittää päteviä perusteita poliittiselle teorialle, jonka mukaan vähemmistön tulisi saada päättää, mihin perusoikeuksien etusija suhteessa demokratiaan johtaa.

Neljänneksi viittaa siihen edellä toteamaani seikkaan, että demokratialla ja oikeuspositivismilla on yhteinen perustelu siinä, että emme ole yksimielisiä arvoja, päämääriä, oikeuksia ja velvollisuuksia koskevista asioista. Tätä perusasiaa ei muuta se, että monet, ehkä kaikki, ovat vakuuttuneita siitä, että omat käsitykset ovat perustellumpia tai todempia kuin muiden poikkeavat mielipiteet. Normatiivinen erimielisyys sosiaalisena perusasiana johtaa siihen, että rauhanomaisessa järjestäytyneessä yhteiskunnassa mielipide-erot yleensä ratkaistaan viime kädessä äänestämällä, sikäli kuin päätösvaltaa ei ole uskottu yhdelle yksilölle. Tämä koskee yhtä hyvin tuomiokapituleja ja tiedekuntia kuin hallituksia, parlamentteja ja tuomioistuimiakin. Näin ollen, vaikka perusoikeuksilla olisikin pätevä esipoliittinen tai ylipositiivinen syväjuskifikaatio, meillä ei ole keinoja päästä siitä yksimielisyyteen.

Perustuslain säätäjän auktoriteetti eli perusoikeudet kansakunnan historiallisena tahtona

Kysymys perustuslakia säätävän sukupolven ajallisesta auktoriteetista kärjistää perustuslakeihin liittyvän ”antimajoritaarisen” ongelman (*countermajoritan difficulty*). Minkä vuoksi nykyisten äänestäjien yksinkertainen enemmistö olisi sidottu arvotarkaisuihin, joita aikaisemmat sukupolvet ovat tehneet.

Tämän artikkelin kirjoittaja ja lukijat kuuluvat siihen etuoikeutettuun sukupolveen, joka on edustajiansa kautta säätänyt Suomen tasavallalle uuden perustuslain perusoikeussäännöksi-neen ja joka mahdollisesti säätää perustuslain myös Euroopan unionille. Kysymys historiallisen perustuslain säätäjän tahdon sitovuudesta voidaan siten asettaa myös seuraavasti: onko rationaalisia perusteluja sille, että Niilo Jääskisen vielä syntymättömät lapsenlapset olisivat vuonna 2060 sidottuja niihin näkemyksiin ja valintoihin yksilöiden perusoikeuksista, joita Niilo Jääskisellä ja hänen kanssakansalaisillaan oli vuosina 2000 tai 2004 ja jotka he kirjassivat Suomen ja vastaavasti Euroopan unionin perustuslakeihin.

Vastaukseni kysymykseen on kieltävä. Pelkästään se seikka, että isoisa on joutanut 60 vuotta aikaisemmin, ei ole rationaalinen perustelu välttää tekemästä jotain, johon muutoin päättyisi. Ainoastaan, jos lapsenlapsillani olisi hyviä perusteluja uskoa, että isoisa oli lähtökoh-taisesti viisaampi, arvostelukykyisempi tai paremmin informoitu kuin he itse, heidän olisi järkevää pitää isoisän normatiivisia valintoja itseään sitovina. Tällaiseen uskomukseen heillä tuskin on rationaalisia perusteita. Siksi nyt säädettävän perustuslain auktoriteetti suhteessa seuraaviin sukupolviin ei voi perustua tekijyyteen (*authorship*) eikä historiallisen perustuslain-säätäjän auktoriteetti vastaavasti ole vahvemmalla pohjalla kuin historiallisen lainsäätäjän auktoriteetti yleensä.³²

³² Michelman puhuu tässä yhteydessä ”authority-authorship”-syndroomasta, ks. Michelman, Frank I., *Constitutional Authorship* s. 78–79, teoksessa *Constitutionalism* (alaviite 23 edellä) s. 64–98, Tähän liittyy kuitenkin vielä niin sanottu *precommitment*-argumentti, jota käsittelen jäljempänä osana kansan nykyistä hypoteettista tahtoa koskevaa keskustelua.

Perusoikeudet osana demokraattisesti legitimoitua konstituutiota

Selkeä ja empiirisesti verifioitavissa oleva justifikaatio perusoikeuksille olisi kansan aktuaalinen tahto. Tämä peruste on vahva Suomen tilanteessa, jossa perustuslaki on juuri hyväksytty suurella yksimielisyydellä ja jossa äänestäjien enemmistö epäilemättä pitää perusoikeuksia hyvänä ja tärkeänä asiana. Edelleen on mahdollista ja vakiintuneissa demokratioissa luultavaa, että aktuaalinen väestö pitää voimassa olevaa konstitutionaalista järjestystä oikeutettuna ja sitovana, vaikka se olisi hyvinkin iäkäs. Kansan aktuaalinen tahto voi kuitenkin muuttua, mutta pelkkä enemmistön mielipide ei jäykän perustuslain järjestelmässä riitä muuttamaan tai kumoamaan perusoikeussäntelyä tai tekemään siitä poikkeusta.

Toisaalta voidaan katsoa, että kansan aktuaalisen tahdon objektina on itse asiassa kansanvaltaisen valtiosäännön kokonaisuus, johon perusoikeusjärjestelmä sisältyy osana ”kokonaispakettia”. Tällöin ajatuksena on se, että demokratia ja perusoikeudet ovat saman konstitutionaalisen kokonaisajatuksen eri puolia, jotka eivät voi toteutua toisistaan riippumatta. Koska kansa hyväksyy tämän kokonaisuuden, myös perusoikeusjärjestelmä sen osana on justifioitu.

Tähän oikeuttamistapaan sisältyvät ne nykyisin suhteellisen yleiset näkemykset, jotka kieltävät perusoikeuksien ja demokratian välisen ristiriidan olemassaolon ja jopa pitävät perusoikeuksia demokratian edellytyksenä. Suomessa *Kaarlo Tuorin* teoria demokraattisesta oikeusvaltiosta³³ on edustanut sofistikoitua tähän suuntaan kehiteltyä argumentaatiota.³⁴ Tuori on perustellut käsitystään yksityiskohtaisesti seuraavasti:

Demokratian ja perusoikeuksien välinen suhde on poliittisen ja oikeusfilosofian perinteisiä ongelmia, jota voidaan pohtia sekä yksityisautonomiia suojaavien vapausoikeuksien että hyvinvointivaltion ideaa ilmentävien TSS-oikeuksien yhteydessä. Voidaan kuitenkin osoittaa, että demokratian ja perusoikeuksien välillä ei ole väistämätöntä ristiriitaa. Demokratia ja perusoikeudet edellyttävät toisiaan ja vasta oikeastaan mahdollistavat toisensa. Tämä koskee kaikkia kolmea perusoikeuksien ryhmää, toisin sanoen yhtä hyvin yksityistä ja julkista itsemääräämistä suojaavia oikeuksia kuin näiden oikeuksien tosiasiallisia käyttämismahdollisuuksia turvaavia TSS-oikeuksia.

Vastaväitteitä ei varmaankaan herätä kanta, jonka mukaan poliittisen osallistumisen, viestinnän ja järjestäytymisen takaavat poliittiset perusoikeudet eivät voi olla ristiriidassa demokratiaperiaatteen kanssa. Demokratia ei voi toteutua, ellei näitä oikeuksia ole turvattu. Kiistanalaisempi on väite, jonka mukaan demokratia edellyttää myös vapausoikeuksia ja sosiaalisia oikeuksia.

Yksityistä autonomiia suojaavien vapausoikeuksien yhteydessä väitettä voidaan perustella seuraavasti. Demokratiaperiaatetta toteuttaviin julkisiin keskusteluihin ja päätöksentekoprosesseihin kykenevät osallistumaan ainoastaan yksityisessä elämänpiirissään itsenäiset henkilöt, joiden yksityinen autonomia on oikeudellisesti suojattu. Julkisen autonomian käyttäminen vaatii yksityistä autonomiia.

³³ Ks. Tuori, Kaarlo, *Oikeus, valta ja demokratia*, Helsinki 1990, s. 269–278, ja Kriittinen oikeuspositivismi, s. 251–259.

³⁴ Pyydän jo tässä vaiheessa anteeksi Tuorilta sitä, että hän saa *faute de mieux* toimia suomalaisena oppositentinani huolimatta siitä, että hänen käsityksensä perusoikeusjärjestelmän ja demokratian suhteista ovat lähempänä näkemyksinäni kuin useiden muiden suomalaisen perusoikeuskeskusteluun osallistuneiden oikeustieteilijöiden.

Oikeudellisesti turvattu yksityinen ja julkinen autonomia ovat puolestaan edellä todetun mukaisesti merkityksettömiä sille, jolla ei ole tosiasiallisia edellytyksiä käyttää itse-määräämistään. Sikäli kuin TSS-oikeudet vasta luovat mahdollisuuksia osallistua politiiseen toimintaan ja viestintään, ne eivät voi olla ristiriidassa demokratian kanssa.

Normatiivisten ideoiden tasolla on siis osoitettavissa, että demokratian ja perusoikeuksien välillä ei ole väistämätöntä ristiriitaa.³⁵

Kiteytettynä Tuori näyttää siten kuuluvan niiden ajattelijoiden joukkoon, joiden mielestä perustuslailliset rajoitukset (*constitutional constraints*) ovat konstitutiivisia suhteessa demokratiaan.³⁶

Tuorin käsitys pitää sisällään kaksi väittämää, heikomman ja vahvemman. Heikompi väittämä on *ristiriidattomuusteesi*, jonka mukaan demokratian ja perusoikeuksien välillä ei ole (väistämätöntä) ristiriitaa. Vahvempi väittämä on teesi, jonka mukaan demokratia ja perusoikeudet edellyttävät toisiaan ja oikeastaan mahdollistavat toisensa. Viimeksi mainittua väittämää voimme kutsua *riippuvuusteeksi*.

Eriteltäessä näiden kahden teesin perusteltavuutta on syytä pitää käsitteellisesti erillään oikeudet, perusoikeudet sekä asiantilat, joissa oikeudet tai perusoikeudet ovat toteutuneet. Oikeuksien ja perusoikeuksien erona on jälkimmäisten konstitutionaalisuus, mikä voi ilmetä muuttamisen vaikeutena tai mahdottomuutena sekä hierarkkisena etusijana suhteessa tavallisiin oikeuksiin. Se, onko oikeus konstitutiivinen vai ei, riippuu oikeudellisesta tarkastelusta sen ”sijainnista” oikeusjärjestyksessä. *Humen* lain mukaisesti asiantiloista ei loogisesti voida johtaa oikeuksien tai perusoikeuksien voimassaoloa eikä vastaavasti oikeuksien tai perusoikeuksien voimassaolosta seuraa, että ne olisivat tosiasiallisesti toteutuneet.

Kun tarkastelemme ensiksi väittämistä vahvempaa eli riippuvuusteesiä, niin voimme havaita, että demokratian kannalta ei voi olla itsenäistä merkitystä sillä, onko jokin oikeus tavallinen oikeus vai perusoikeus. Sen sijaan on mahdollista, että edellytysuhde vallitsee joko

- *oikeuksien* mukaan luettuina perusoikeudet ja demokratian välillä; ja/tai
- *asiantilojen*, joissa oikeudet ovat toteutuneet, ja demokratian välillä.

Tämä edellytysuhde voi nähdäkseni olla *käsitteellinen* tai *kausallinen*. Itse asiassa Tuori näyttää tarkoittavan kumpaakin vaihtoehtoa.

Voimme ajatella, että tietty oikeus tai asiantila, jossa oikeus on toteutunut, on käsitteellisessä merkityksessä *konstitutiivinen* suhteessa demokratiaan eli jollain tavoin välttämättömässä määritelmällisessä tai analyttisessä suhteessa demokratian käsitteeseen nähden. Tällaisessa konstitutiivisessa suhteessa demokratiaan näyttää kuitenkin olevan ainoastaan oikeus, josta

³⁵ Tuori, Kaarlo, Sosiaalioikeus 3. uudistettu painos, Helsinki 2004, s.181, samoin Tuori, Kaarlo, Vaali- ja osallistumisoikeudet, s. 462, teoksessa Hallberg, Pekka, Perusoikeudet, Helsinki 1999, s. 461–471.

³⁶ Esimerkiksi Stephen Holmesin mielestä ajatus perusoikeuksien ja demokratian välisestä jännitteestä kuuluu modernin poliittisen teorian ydinmyytteihin, vaikka todellisuudessa konstitutionalismi ja demokratia tukevat toisiaan. Holmes, Stephen, Precommitment and the Paradox of Democracy, s. 197, teoksessa Constitutionalism and Democracy, Edited by Jon Elster and Rune Slagstad, Cambridge University Press 1988, Reprinted 1997, s. 195–249.

käytän seuraavassa nimitystä ”demokraattinen osallistumisoikeus” eli oikeus, jossa subjektin ominaisuudesta ”kuulua kansaan” seuraa osallisuus kansalle kuuluvaa vallan käyttämiseen. Tältä osin kysymys on analyttisesta suhteesta. Kansa muodostuu joukosta yksilöitä, ja demokratiasta eli siitä, että kansa on vallan subjekti, seuraa, että jokaiselle määritelmällisesti kansaan kuuluvalla yksilöllä kuuluu oikeus osallistua tuohon vallankäyttöön.

Demokraattinen osallistumisoikeus ilmenee nykyaikaisessa edustuksellisessa demokratiassa ensisijaisesti vaalioikeuksina. Sen sijaan kysymys siitä, keille kaikille demokraattinen osallistumisoikeus kuuluu – ketkä kuuluvat poliittiseen kansakuntaan – on asia, jossa myös demokraattisiksi katsottujen valtiosääntöjen välillä on vallinnut suurta vaihtelua. Itse asiassa tilanne, jossa yhtäläinen osallistumisoikeus kuuluu täysi-ikäisille kansalaisille sukupuoleen, rotuun tai taloudelliseen asemaan katsomatta, on toteutunut länsimaaisissa demokratioissa vasta toisen maailmansodan jälkeen. Historiallisesti demokratian käsitteellinen sisältö näyttää kiristyneen siinä merkityksessä, että nykyisin ei välttämättä pidettäisi demokraattisina poliittisia järjestelmiä, joiden aikanaan katsottiin täyttävän demokratian tunnusmerkit.³⁷

Toisaalta on mahdollista, että tietyt oikeudet taikka asiantilat, joissa sanonut oikeudet ovat (laajalti) toteutuneet käytännössä, voivat edistää tai myötävaikuttaa demokratian toteutumiseen, ilman, että niissä kysymys olisi demokratian käsitteellisistä ehdoista. Tällainen *kontribuutiivisuus* voi olla puhtaasti empiiristä kausaliteettia, mutta *kontribuutiosuhde* voi myös olla pelkkää empiiristä kausaliteettia vahvempaa. Tällöin on kysymys siitä, että demokratia sosiaalisenä käytäntönä tai instituutiona ei ole *mielekäs* ilman, että tietyt asiantilat vallitsevat.³⁸

Demokratian mielekkyysehtona pidettävä asiantila on epäilemättä ainakin perustaltaan avoin ja pluralistinen yhteiskunnallisen keskustelun ja kommunikaation järjestelmä. Vapaa poliittinen viestintä ja järjestäytyminen edistävät asiantiloina mahdollisuuksia demokraattiin valintoihin eri vaihtoehtojen välillä. Luonteeltaan enemmän empiirisenä tai tilastollisena kausaliteettina toimiva kontribuutiosuhde asiantilojen ja demokratian välillä voi vallita erilaisten yksilön taloudelliseen, sosiaaliseen ja kulttuuriseen tilaan liittyvien seikkojen osalta. Edistääkö esimerkiksi sosiaaliturva demokraattista osallistumista ja osallisuutta tai onko taloudellisesti hyvinvoiva ja valtioon nähden itsenäinen yrittäjäloukka demokratian edellytys, ovat empiirisiä säännönmukaisuuksia koskevia kysymyksiä, joihin ei ole apriorisia vastauksia suuntaan eikä toiseen.

³⁷ Selkein esimerkki tästä on kysymys naisten äänioikeudesta. Huolimatta siitä, että täysi-ikäisen väestön enemmistö on yleensä naisia, on poliittisia järjestelmiä aikalaiskeskustelussa pidetty demokratiaina, vaikka naisilla ei olisi ollut äänioikeutta. Esim. Rossin, s. 174, mielestä äänioikeuden rajoittaminen tulojen perusteella on epademokraattisempaa kuin naisten jättäminen äänioikeuden ulkopuolelle, koska tuloerot ovat poliittisesti olennaisempi kysymys kuin sukupuoliero.

³⁸ Tietty kielellisten ja sosiaalisten sääntöjen konstituima käytäntö tai instituutio S_1 voi edellyttää toimiakseen mielekkäästi joidenkin toisten käytäntöjen tai instituutioiden S_2 olemassaoloa, vaikka viimeksi mainitut eivät sisällykään käsitteellisesti siihen. Lukija saa ehkä ajatuksesta kiinni, jos S_1 :ksi otetaan rakkausavioliitto – siis kihlakumppanien omakohtaiseen valintaan perustuva avioliittomuoto – sosiaalisena instituutiona ja S_2 :ksi sosiaalinen normi, joka hyväksyy naimattomien henkilöiden oleskelun tiloissa, joissa käy vastakkaisen sukupuolen naimattomia edustajia.

Empiirinen kausaliteetti tai ainakin korrelaatio voi vallita myös sellaisten asiantilojen ja demokratian välillä, joilla ei mitään tekemistä (perus)oikeuksien kanssa. Tässä voidaan mainita kirjallisuudesta poimittuina hypoteettisina esimerkkeinä protestanttisten lakkojen ja herätysliikkeiden yleisyys, tasaisesti jakautunut maanomistus sekä riittävät posti- ja teleliikenneyhteydet.

Kontribuutiosuhde näyttää kuitenkin vallitsevan, jos se vallitsee, asiantilojen ja demokratian, ei oikeuksien ja demokratian välillä. Vilkas ja monipuolinen yhteiskunnallinen mielipideilmasto tai sosiaalinen ja taloudellinen hyvinvointi ovat asiantiloina eri asia kuin ne oikeudet, jotka normatiivisella tasolla korreloivat niiden kanssa.³⁹ Tosiasiallinen sanavapaus tai hyvinvointi voivat vallita, vaikka niihin liittyviä juridisia oikeuksia ei tunnustettaisi valtion oikeusjärjestyksessä. Vastaavasti juridisesti voimassa olevat oikeudet tai perusoikeudet eivät välttämättä kerro mitään tosiasiallisista yhteiskunnallisista asiantiloista. Eri asia on tietysti se, että oikeudet voivat ilmaista valtion, väestön ja sosiaalisten voimien poliittista tai ideologista sitoutuneisuutta toimintaan ja instituutioihin, jotka faktisella tasolla edistävät niitä vastaavien asiantilojen realisoitumista.

Ennen heikomman väittämän eli ristiriidattomuusteesin tarkastelua on syytä tehdä vielä yksi täsmennys. Tuori käyttää edellä olevassa lainauksessaan termejä demokratia ja demokratiaperiaate, mutta epäselväksi jää, tarkoittaako hän näillä eri asioita vai ei. Demokratian ja perusoikeuksien suhteen kannalta voi kuitenkin olla hyödyllistä pitää käsitteellisesti erillään demokratiaperiaate ja demokratian tuottamat päätökset. Demokratiaperiaate on mielestäni tarkoituksenmukaista ymmärtää kansansuvereniteetin periaatteeksi täydennettynä edellä mainitulla poliittisen tasa-arvoisuuden oletuksella sekä sitoutumisena demokratiaan instituutioina.⁴⁰ Kansansuvereniteetti on demokratiaperiaatetta laajempi käsite, koska se voi sinänsä ilmetä kansan (enemmistön) päätöksessä luopua demokratiasta tai turvautua ei-demokraattisiin muotoihin.⁴¹

Näin ymmärrettynä demokratiaperiaate ei voi olla ristiriidassa demokraattisen osallistumisoikeuden kanssa. Sen sijaan demokratiaperiaatteen kannalta on irrelevanttia, onko osallistumisoikeudessa kysymys perusoikeudesta vai tavallisesta oikeudesta, koska olennaista on sen voimassaolo tai puuttuminen, ei se, minkälaisen proseduurin kautta ensiksi mainitusta voidaan päätyä viimeksi mainittuun.

Muilta osin vallitsee demokratiaperiaatteen ja oikeuksien, mukaan luettuina perusoikeudet,

³⁹ Tätä voi kärjistetyksi demonstroida perusoikeudella elämään. Se, että X on elossa, on epäilemättä edellytys sille, että demokratia voi toteutua hänen kohdallaan. X:n oikeudesta elämään ei kuitenkaan loogisesti eikä kausaalisesti seuraa, että X pysyy hengissä.

⁴⁰ Demokratiaperiaatetta voidaan käsitteenä liiottaa erilaisilla materiaalisilla lisäedellytyksillä. Tuolloin kuitenkin luultavasti päädytään määritelmään, jossa perusoikeusjärjestelmä on ainakin osittain sisällytetty osaksi demokratiaperiaatetta, mikä samalla poistaa mahdollisuuden demokratiaperiaatteen ja perusoikeuksien välisen suhteen analyysiin.

⁴¹ Klassisia esimerkkejä ovat kansallissosialistien valtaannousu Saksassa 1930-luvulla sekä bonapartismi eli kansanäänestysten kautta ilmaistulla kansan tuella itsensä oikeuttava autoritäärinen vallankäyttö. Demokratian ja kansansuvereniteetin käsitteiden erosta ks. Waldron s. 255–257. Tähän liittyy klassinen kysymys demokratian oikeudesta itsepuolustukseen, minkä osalta Urho Kekkosen Demokratian itsepuolustus vuodelta 1934 on vieläkin ajatuksia herättävää luettavaa. Ks. Urho Kekkonen Puheita ja kirjoituksia IV, Demokratia ja perusoikeudet, toimittanut Tuomas Vilkuna, Helsinki 1972 s. 31–110. Demokratian itsepuolustusta käsittelee myös Ross s. 352–366.

välillä jännite. Tämä jännite itse asiassa syntyy siitä, että demokratian tuottamat päätökset voivat olla ristiriidassa oikeuksien tai perusoikeuksien kanssa. Jos kuitenkin hyväksytään oikeuksia ja perusoikeuksia erottavaksi tekijäksi se, että oikeudet ovat enemmistön muutettavissa, mutta perusoikeudet eivät ollenkaan tai vasta tietyn ajan kuluttua, vallitsee jännite potentiaalisesti nimenomaan perusoikeuksien ja demokratiaperiaatteen välillä. Jännitteen synnyttää kansansuvereniteettiin sisältyvä rajoittamattoman vallankäytön vaatimus.

Yhteenvetona voimme siis todeta:

- 1) demokraattinen osallistumisoikeus on konstitutiivinen suhteessa demokratiaan;
- 2) muilla oikeuksilla ei ole välttämätöntä käsitteellistä suhdetta demokratiaan, mutta niitä toteuttavat asiantilat voivat
 - a) yhteiskunnallisen toiminnan mielekkyysehtojen kautta tai
 - b) puhtaasti kausaalisesti
 kontribuoida demokratian toteutumiseen;
- 3) kohtien 1 ja 2 pätevyyden kannalta ei ole merkitystä sillä, puhutaanko perusoikeuksista vai tavallisista oikeuksista;
- 4) demokratiaperiaatteen ja perusoikeuksien – pl. demokraattinen osallistumisoikeus – välillä vallitsee jännite;
- 5) edellisessä kohdassa tarkoitettu jännite johtuu siitä, että demokratiaperiaate pitää sisällään mahdollisuuden tehdä konkreettisia päätöksiä, jotka ovat ristiriidassa perusoikeuksien kanssa.

Tässä jaksossa esitetyn käsitteellisen tarkastelun tulokset eivät ole yllättäviä. Parlamentaarisen demokratian esikuvavaltiossa Isossa-Britanniassa ei vielääkään ole jäykän perustuslain suojamaa perusoikeusjärjestelmää.⁴² Myös muualla demokratian kehitys yleensä on edennyt perusoikeusjärjestelmän kehitykseen nähden riippumattomana. Toisaalta kehittyneiden positiivisoikeudellisten perusoikeusjärjestelmien synty on historiallisesti perustunut antimajoritaariin ja pohjimmiltaan antidemokraattiseen justifikaatioon.

Perusoikeudet kansan rationaalisena valintana

Viimeinen perustelutapa, joka oikeuttaisi perusoikeuksien etusijan suhteessa demokraattisiin päätöksiin, on kansan hypoteettinen tahto eli rationaalinen konsensus, johon kaikki tai ainakin riittävän useat päätyisivät, jos he paneutuisivat täysin informoituina pohtimaan asiaa. Ajatuksena on siten löytää perustelu, jonka nojalla on pidettävä jokaisen kannalta rationaalisenä sitä, että tietyissä tilanteissa (perusoikeuksien toteutumisedellytykset) on järkevää estää enemmistön tahdon toteutuminen ja sitä kautta antaa vähemmistön, ääritapauksessa yhden yksilön, tahdon ratkaista asian.⁴³

⁴² Ks. tältä osin, mitä Julian Rivers esittää vuoden 1998 Human Rights Actin vaikutuksista. Rivers, Julian, A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution, Translator's introduction, s. xix–xxiii, teoksessa Alexy, Theory (alaviite 29 edellä), s. xvii–li.

⁴³ Tällaisen perustelutavan kohteena voinevat olla vain ne perusoikeudet, joiden suhteen ei etukäteen voida tietää, kuuluuko yksilö enemmistöön tai vähemmistöön. Aitojen pysyvien vähemmistöjen – esimerkiksi kansallisten tai

Hypoteettiseen kansan tahtoon nojautuva perusoikeuksien oikeuttaminen suhteessa demokratiaan perustuu ajatukseen ennalta sitoutumisesta (*precommitment*). Ajatukseen sisältyy samalla jonkinlainen kansakunnan käsitteen irtaannuttaminen konkreettisista hetkellä t_x elävistä yksilöistä kokonaisuudeksi, joka ulottuu ajassa sukupolvien yli, mahdollisesti käsittäen sekä perustuslain laatineen että kaikki sitä seuraavat sukupolvet.

Ennalta sitoutumisen rationaalisuutta havainnollistetaan nykyisin usein alun perin *Jon Elsterin* esittämää metaforaa seuraten Odysseuksella, joka antaa sitoa itsensä mastoon voidakseen kuulla seireenien laulua, mutta välttääkseen lankeamasta näiden houkutuksiin. Ajatuksena on siten suojautuminen omalta tahdonheikkoudelta (ataraksialta); ajankohtana, jona arvostelukyky vielä on jäljellä, kansakunta päättää estää perustuslailla itseltään tietyt toimintatavat, joihin sille voi tulla ylivoimainen houkutus tilanteen muuttuttua. Odysseus ja seireenit -argumenttia voidaan käyttää rationalisoimaan mitä tahansa jäykkään konstituutioon sisältyvää normia. Sen erityinen kärki suuntautuu kuitenkin perusoikeuskysymyksiin, koska traditionaalisessa valtiosääntöpohdinnassa seireenien laulua vastaa tyrannia ja Odysseusta heikko-tahtoiseksi otaksuttu kansan enemmistö.

Waldron pitää Odysseus-metaforan käyttämistä perustuslaillisessa keskustelussa harhaanjohtavana. Odysseus tiesi tarkkaan, miltä houkutukselta hän halusi suojautua, ja sidotutti ainoastaan itsensä. Perusoikeuksien ja demokratian välisessä konfliktitilanteessa ei ole kysymys mastoon sidotusta Odysseuksesta (tai savukkeet itseltään piilottaneesta tupakkalakkolaisesta), vaan yleensä oikeuksia koskevasta aidosta erimielisyydestä täysissä sielun voimissa olevien enemmistön ja vähemmistön välillä. Kollektiivisen demokraattisen päätöksenteon tasolla ei nyt voida rationaalisesti tietää, mitä arvoratkaisuja ja politiikkavaihtoehtoja on perusteltua pitää poissuljettuina vuosikymmenien jälkeen.⁴⁴ Tulevien sukupolvien kannalta ei ole rationaalista ennalta sitoutumista se, että ei voida uudelleen harkita esi-isien tekemien linjausten järkevyyttä.⁴⁵ Ennalta sitoutumisen argumentti ei mielestäni poliittisen teorian tasolla oikeuta sellaisia konstitutionaalisia rajoituksia, jotka pysyvällä tavalla estävät enemmistön vakaan harkinnan mukaisen päätöksen tekemisen.

Precommitment-argumentilla on kuitenkin tietty kantavuutensa koskien perustuslaillisia *menettelyjä*. Rationaalseen päätöksentekoon kuuluu harkinta, joka voi vaatia enemmän tai vähemmän aikaa. Mitä tärkeämmästä päätöksestä on kysymys, sitä enemmän sen harkintaan on järkevää uhrata resursseja, mukaan luettuna päätöksentekoon käytettävä aika. Tällaiseen harkintaan voi myös olla järkevää itse sitoutua etukäteen tai edellyttää sitä asianomaiselta päätöksentekijältä. Valtiosääntöä koskevissa päätöksissä, mukaan luettuina perusoikeudet, on kysymys määritelmän mukaan konstitutionaalisista tai perus-

kielellisten vähemmistöryhmien – suojassa ei tässä merkityksessä ole kysymys yleisistä perusoikeuksista, vaan konstituutiolla vakautetusta vallanjakoa tai muuta oikeuksien distribuutiota koskevasta sopimuksenkaltaisesta järjestelystä. Rossin, s. 285, mukaan enemmistöperiaate menettää oikeutuksensa, kun kysymys on pysyvistä vähemmistöistä.

⁴⁴ Ks. *Waldron*, s. 256–266.

⁴⁵ Tätä asiaa ei mielestäni voida muuksi muuttaa millään kollektiivisen agentin ajallista eksistenssiä pidentävällä metafysisellä teoretisoinnilla, mikä on esimerkiksi *Rubinfeldin*, s. 214–219, ratkaisu *precommitment*-ongelmaan.

tavista ratkaisuihin. Demokratian kanssa ei ole ristiriidassa edellyttää, että enemmistö harkitsee ratkaisuaan, ja käyttää siihen riittävästi aikaa. Tästä näkökulmasta ajatus jäykästä konstituutiosta voidaan oikeuttaa siltä osin, kuin kysymys on päätöksentekoa lykkäävistä menettelyvaatimuksista.

Perusoikeuksien perustana on demokraattinen konstitutionaalinen valinta

Demokratian ja perusoikeuksien välillä vallitsee pääosin siis jännite, joka voi yhteiskunnallisessa päätöksenteossa johtaa erilaisiin *trade off* -tilanteisiin: emme samanaikaisesti voi sekä täysimääräisesti suojata perusoikeutta että menetellä demokraattisesti. Normatiivisen poliittisen teorian tai oikeusteorian tasolla *ei* mielestäni ole perusteltua katsoa, että näissä valintatilanteissa olisi asetettava positiivisoikeudelliset perusoikeudet etusijalle demokratiaan nähden. Kuitenkin on mahdollista, että moraalifilosofiassa tai poliittisessa teoriassa esitetään tietyille sisällöllisille oikeuksille justifikaatioita, jotka ovat yhtä vahvoja tai vahvempia kuin demokraatiaperiaatteen oikeutus. Se, onko tältä osin kysymys samoista oikeuksista, jotka nauttivat positiivisoikeudellista suojaa tietyssä positiivisessa valtiosäännössä, on kontingentti oikeushistoriallinen yhteensattuma.⁴⁶

Kaikesta huolimatta *haluan* kansalaisena ja yksilönä *sekä* demokratian *että* perusoikeudet. Tällainen *mixed constitution* on myös lähtökohtana Suomen ja monien muiden länsimaisten demokratioiden valtiojärjestyksessä.⁴⁷ Poliittisen teorian tasolla sitä on kuitenkin vaikea justifioida ilman, että kansansuvereniteetin tai demokraatiaperiaatteen merkitys samalla katsottaisiin teoreettisesti alisteiseksi.⁴⁸

Positiivisoikeudellisesti perusoikeudet ovat osa Suomen valtiosääntöä. Ne muodostavat normiston, jolla tiettyjä erityispiirteitä, tärkeimpänä tietysti ominaisuus *lex superiorina* ja siihen sisältyvä rajoitettu mahdollisuus syrjäyttää tavallisen eduskuntalain soveltaminen ilmeisen ristiriidan tapauksessa. Edelleen niillä on tulkintavaikutus ja siihen liittyvä erityinen demokraattisesti annettu toimeksianto ottaa perus- ja ihmisoikeudet huomioon koko oikeusjärjestystä sovellettaessa. Ne ovat siis omaleimainen osa positiivista oikeusjärjestystä.

Perusoikeusnormimme ovat kuitenkin ”ihmisten tekemiä”, ne ovat säädännäistä oikeutta, jonka jotkut ihmiset ovat valmisteelleet, toiset hyväksyneet ja kolmannet saattaneet voimaan. Kysymys ei ole luonnonoikeudesta eikä moraalilaista, vaikka perusoikeudet ilmaisevat tär-

⁴⁶ Ks. Kelsen, *General Theory*, s. 267: ”All natural law is turned into positive law as soon as it is recognized and applied by the organs of the State on the basis of constitutional authorization. Only as positive law is it relevant in juristic considerations.”

⁴⁷ Perustuslain 1 §:n 2 momentin mukaan valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet ja edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa. Kansanvaltaisuusperiaate ilmaistaan *tämän jälkeen* perustuslain 2 §:n 1 ja 2 momentissa.

⁴⁸ Mixed constitution merkitsee nimittäin aina pohjimmiltaan (osittaista) vähemmistön valtaa.

keällä ja vakavalla tavalla *nykyisiä* käsityksiämme arvoista, jotka ovat keskeisiä yhteiskunnassamme. Oikeudellisesti niiden sitovuudella ei ole syvempää perustaa kuin demokraattisen lainsäätäjän valtiosäännön mukaisessa järjestyksessä tekemä valinta, eikä niiden soveltamisessa meillä ole pääsyä tavanomaiset oikeudelliset metodit ylittävään tiedostamiseen.