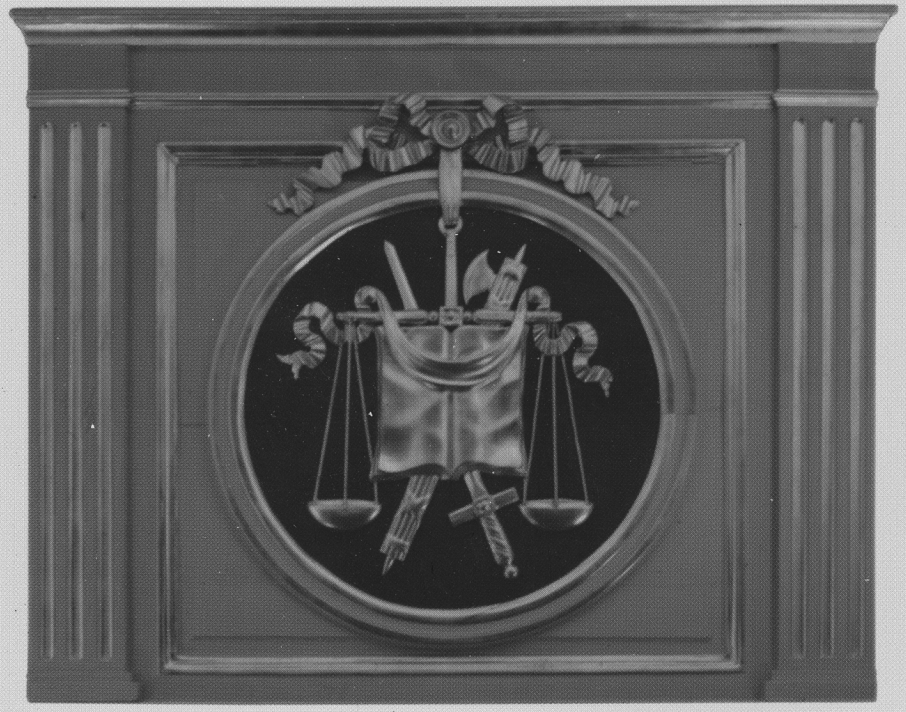
SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
E-sarja N:o 5

NYKYAJAN MUUTTUVA OIKEUS

NUTIDA RÄTT I FÖRÄNDRING

r.f. Justus ry. 10 vuotta · år



Kimmo Nuotio – Casper Herler – Johan Boucht (toim. · red.)

Oikeudenjumalattaren attribuutit. Korkokuva, *sopraporta*, Vanhan Vaasan hovioikeuden tuomiosalista vuodelta 1786. Vuodesta 1862 Vaasan uudessa hovioikeudentalossa. Veistäjää ei tunneta.

Vaaka osoittaa asioiden tilan ja soveltuu oikein/väärin-kysymyksen symboliseen esittämiseen. Avoin kirja, Raamattu, viittaa siihen, että maallinenkin oikeus on lähtöisin Jumalalta. Silmäsiteen on tulkittu esittävän tuomiovallan riippumattomuutta ja puolueettomuutta. Liktorin vitsakimppu, kirves ja paljastettu miekka, kuvassa ristipäinen, ovat tuomioiden täytäntöönpanon ja vallan vertauskuvia.

Kuva-aiheet pohjautuvat antiikin mytologiaan. Silmäsiteen arvellaan kuitenkin tulleen länsimaiseen taiteeseen vasta humanismin kaudella. – Korkokuvan symboliikka ilmentää oikeuteen sisältyvää universaalista ylevyyttä, ihmiskunnan yhteistä arvomaailmaa.

Hovioikeuden perustaja kuningas *Kustaa III* puuttui yksityiskohtaisesti hovioikeudentalon suunnitteluun ja sisustukseen, joten oletettavasti hän vaikutti oikeuden tunnuskuvan sisältöön. Uuden hovioikeuden jäsenille hän teroitti: ”… teidän tehtävänänne taas on, oman esikuvanne kautta, asettaa tämä velvollisuus alaisillenne, että miekka, joka teille on uskottu, muodostuu vain pahantekijöiden pelotukseksi, mutta viattoman suojaksi. Älköön vaa’an tasapaino kädessänne koskaan järkkykö toivon tai pelon tähden, ja löytäköön köyhä ja sorrettu oikeudenmukaisen turvapaikan voimakkaamman ja väärämielisen vainolta…”

Kuningas omisti hovioikeuden rakennuksen kreikkalaiselle oikeuden jumalattarelle *Themikselle*. Rakennuksessa oli, ennen kuin se muutettiin Mustasaaren kirkoksi, seitsemän oikeusaiheista korkokuvaa, joista kolme on säilynyt jälkipolville.

Erkki Rintala

Valokuva: Unto Heinonen.

NYKYAJAN MUUTTUVA OIKEUS
NUTIDA RÄTT I FÖRÄNDRING

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA, E-sarja N:o 5

Kimmo Nuotio – Casper Herler
– Johan Boucht (toim./red.)

Nykyajan muuttuva oikeus – Nutida rätt i förändring

r.f. Justus ry. 10 vuotta/år

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS • HELSINKI

info

Julkaisuvaliokunta
Raimo Lahti, puheenjohtaja
Markku Helin
Mika Hemmo
Risto Nuolimaa
Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite
Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. (09) 603 567, f. (09) 604 668
sly@lakimies.org
www.lakimies.org

Kannen kuva: Oikeuden tunnuksia esittävä korkokuva vuodelta 1786.
Vaasan hovioikeus. Valokuva: Unto Heinonen.
(Julkaistu Vaasan hovioikeuden luvalla.)

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat
ISSN 1458-0446
ISBN 951-855-192-8

Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2001

Sisällys – Innehåll

Esipuhe – Företal 7
Kimmo Nuotio – Casper Herler

1 Muuttuuko oikeus todella?
Oikeuskehityksen syvyys muutoksen vuosikymmenellä 11
Kimmo Nuotio

2 Kiinnostaako enää pohjoinen? 53
Pia Letto-Vanamo

3 Maailman oikeusperheiden luokittelu 2000-luvulla 67
Jaakko Husa

4 Nautintaoikeus
Sananvapaus ja sensuuri psykoanalyyttisen lainopin tarkastelussa 83
Ari Hirvonen

5 Seksuaalirikosten muutokset ja sukupuolittunut subjekti 113
Johanna Niemi-Kiesiläinen

6 En legalstrategi för 2000-talet 141
Lars D. Eriksson

7 Havaintoja hallinnollisten säädösten antovallan puitteista
uuden perustuslain järjestelmässä. 153
Mikael Hidén

8 Hyvä hallinto – aito perusoikeus? 177
Olli Mäenpää

9 Kohti uuden talouden juridiikkaa 191
Juha Pöyhönen

10 Osakkeenomistajan oikeudesta osallistua yhtiökokoukseen 207
Heikki Toiviainen

11 Anspråk och säkringsåtgärd 223
Marcus Norrgård

DEN JURIDISKA UTBILDNINGEN

12 Pedagogiska utmaningar för juristutbildningen 237
Johan Bärlund

13 Behövs det en ny examensreform – juridik i småbitar eller som helheter? 249
Thomas Wilhelmsson

14 Om sätten att utbilda jurister 257
Dan Frände

15 Den juridiska utbildningen – ett genmäle 263
Johan Boucht

16 Justus r.f. 10 år – Justus ry. 10 vuotta 281
Katriina Kuusniemi – Sanna-Maria Jokinen

Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan Vaasan koulutusyksikössä aloittaneet opiskelijat vuosina 1991–2001 295

Justus r.f.:s styrelser åren 1991–2001 298

Kirjoittajaluettelo – Förteckning över författare 299

Esipuhe – Företal

Säädännäinen oikeus ei ole juuri millään tasolla ja missään mielessä kokonaan muuttumatonta. Oikeuden muuttumista voidaan lähestyä ja selittää monin erilaisin tavoin. Muutoksista jotkin ovat myös syvällisempiä ja olennaisempia kuin toiset. Lain nimenomaisten uudistusten ohella laintulkinnat kehittävät oikeutta jatkuvasti. Juuri oikeusjärjestelmän sisältöjen tulkinnoista riippuvainen luonne antaa oikeustieteellekin kiintoisan haasteen yhtenä oikeutta tulkitsevana toimintana. Oikeustiede paitsi tulkitsee ja kuvaa oikeutta, siten kertoen tarinoita oikeudesta, myös antamallaan kuvalla vaikuttaa siihen, miten oikeuden 'institutionaaliset toimijat', kuten tuomioistuimet, hallintoviranomaiset ja lainsäätäjä, oikeuden ymmärtävät.

Oikeudellisen muutoksen kysymykset ovat tärkeitä modernissa oikeustieteessä, joka koettaa tavoittaa oikeuden ydintä kohteensa näennäisestä tai todellisesta 'liikkuvaisuudesta' huolimatta. Oikeuden pinnan liikkeiden ollessa hyvin vilkkaita tarve edetä kohti pinnanalaisia oikeuden kerrostumia voimistuu. Kotimaisessa oikeudessa oikeudellisen muutoksen teema on erityisen ajankohtainen, ovathan kuluneet kymmenen vuotta olleet poikkeuksellisen nopean lainsäädäntökehityksen aikaa. Oikeuden muutokset vaativat myös näitä muutoksia tulkitsevalta oikeustieteeltä uudistumista, välineidensä sovittamista oikeuden ja yhteiskunnankin muutokseen. Kyse on oikeastaan oikeuden nykyisyyteen rajautuvasta historiasta, ja oikeuden nykyisyydestä myös siltana sen tulevaisuuteen.

Oikeuden muutos on aihe, joka yhdistää useimpia teoksen ensimmäisen osan kirjoituksia. Kimmo Nuotion artikkeli käy johdannoksi aihepiiriin, jota muutkin kirjoittajat käsittelevät kukin omalla tavallaan. Pia Letto-Vanamon kirjoituksessa tarkastellaan pohjoismaisen oikeusyhteistyön nykyisyyttä ja tulevaisuutta, kun taas Jaakko Husa selvittelee oikeusvertailun keskeisten luokitteluvälineiden käyttökelpoisuutta, kun suuretkin oikeus-

kulttuurit ovat liikkeessä. Ari Hirvonen hahmottelee psykoanalyyttisen lainopin radikaalin toisenlaista näkökulmaa oikeuteen, oikeusvaltioon yleensä ja perusoikeuksiinkin. Johanna Niemi-Kiesiläinen tulkitsee ja mallintaa naisnäkökulmasta historiallisesti muuttuneiden seksuaalirikoskriminalisointien ilmentämää käsitystä seksuaalisuudesta, perheestä sekä miesten ja naisten välisistä suhteista. Lars D. Eriksson peräänkuuluttaa sitä, että juridiikassa avauduttaisiin uudelleen tulevaisuudelle oppimalla ottamaan huomioon oikeuden yhteiskuntapoliittinen tavoitteellisuus, eikä pysyttäisi turvallisesti perinteisen oikeudellisen tulkinnan puitteissa. Mikael Hidén selvittelee perustuslakivaliokunnan tulkintoja siitä, miten uusi peruslaki sääntelee hallinnollisten säädösten antovallan puitteet. Olli Mäenpää puolestaan tarkastelee perusoikeutta hyvään hallintoon. Juha Pöyhönen selvittelee esimerkin valossa sitä, kuinka joustavasti yksityisoikeus, erityisesti sopimusoikeus, sopeutuu tekniikan ja talouden muutoksiin. Heikki Toiviainen käsittelee osakkeenomistajan osakeyhtiölainsäädännön mukaisia oikeuksia, ja Marcus Norrgård puolestaan turvaamistoimilainsäädäntöä.

Oikeustieteen alan perustutkinto-opetus on Suomessa toiminut jo pitkään varsin vakiintuneella pohjalla. Oikeustieteen kandidaatin tutkintoon johtavaa opetusta ovat antaneet Helsingin, Turun ja Lapin yliopiston oikeustieteelliset tiedekunnat. Runsaat kymmenen vuotta sitten herättiin Pohjanmaalla huomaamaan, että sanottu 'kolmikanta' oli jättänyt Väli-Suomen alueelle selvän aukon. Vaikka Väli-Suomesta sentään vielä jotenkuten lähdettiinkin opiskelemaan oikeustieteellisiin tiedekuntiin, sellaiset lähtijät liian usein jäivät sille tielleen, mikä johti vaikeuksiin tuomarinvirkojen täytössä erityisesti ruotsinkielisellä Pohjanmaalla. Neuvottelujen jälkeen, ja paikallisten tahojen tuettua hanketta myös aineellisesti, Helsingin yliopisto oli valmis aloittamaan Vaasassa pienimuotoisen kaksikielisen oikeustieteellisen koulutuksen yhteistyössä Svenska handelshögskolanin ja Vaasan yliopiston kanssa syksyllä 1991. Vaasan kaupunki on jo kahteen otteeseen lahjoittanut tiedekunnalle avokätisesti varat määräaikaisen professorinviran kustannuksiin. Vaasan toiminnan aloittamiseen johtaneita vaiheita on selvitetty myös tähän teokseen sisältyvässä Katriina Kuusniemen ja Sanna-Maria Jokisen laatimassa ainejärjestönsä Justus ry.:n vaiheita käsittelevässä katsauksessa.

Opintojen malli oli ja on edelleen sellainen, että Vaasassa suoritetaan opintojen alkuosa, Helsingissä niiden loppuosa. Vaasassa oikeustieteen kandidaatin tutkinnon aloittaneita on ollut vuosittain noin parisenkymmentä. Heidät on otettu sisään Helsingin tiedekunnan opiskelijavalinnassa, jossa on Vaasassa aloittavia varten ollut erilliset, keskenään yhtä suuret kiintiöt

suomen- ja ruotsinkielisille pyrkijöille. Vaasan oloihin kehitetty kurssimuotoinen opintojen malli on osoittautunut toimivaksi. Vaasan opintoryhmien pieni koko sekä opiskelijoiden mukanaolo opetuksen suunnittelussa ovat luoneet otolliset puitteet myös aktiiviselle opetusmuotojen kokeilutoiminnalle, jossa myös yhteydet Vaasan hovioikeuteen ovat olleet avuksi. Olikin luonnollista, että myös Justus ry.:n juhlajulkaisuun tulisi oikeustieteen opetukseen liittyvää aineistoa. Dessa skrivelser har samlats till en helhet under rubriken "Den juridiska utbildningen".

Alla torde vara överens om att den juridiska utbildningen påverkar juristgenerationen som utbildas. Man kan fråga sig hur en mer kunnig och specialiserad juristkår skall skapas för att handskas med det kontinuerligt ökande normflödet i dagens samhälle, om yrkesgruppen samtidigt även borde vara analytisk och inneha en god helhetsbild av rättsväsendet. Sådana krav ställs bl.a. på dagens underrättsdomare, då allt fler samhälleliga uppgifter allokeras åt de allmänna domstolarna.

Johan Bärlund har givit frågan ett historiskt perspektiv, samt även tagit upp pedagogiska aspekter på inlärningsprocessen. Thomas Wilhelmsson drar en lans för en ny uppläggning av de obligatoriska ämnesstudierna och Dan Frände diskuterar behovet av inträdesförhör och frågan om hur utbildningen borde struktureras. Dessa texter utgör grund för Johan Bouchts kommentar. Redaktionens förhoppning är att inläggen sporrar till riklig diskussion i saken.

Kirjoituksien välille sisällöllisesti syntyvien yhteyksien ohella myös niiden kirjoittajilla on keskinäinen yhteys. Kirjoituksia on pyydetty sellaisilta henkilöiltä, jotka ovat tavalla tai toisella olleet mukana Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan toiminnassa Vaasassa. Yksi on ollut mukana luennoitsijana, toinen osallistunut koulutuksen kehittämiseen ja suunnitteluun, kolmas ehkä opiskellutkin Vaasassa. Yhteys kaksikieliseen Vaasan oikeustieteelliseen koulutukseen perustelee niin ikään sen, että kaksikielisyys näkyy myös nyt julkaistuissa kirjoituksissa. Juhlinnan kohteena on opiskelijoiden ainejärjestö Justus ry., ja siinä sivussa Vaasan yksikön samanikäinen toiminta.

En festskrift som denna uppstår inte av sig självt och redaktionen vill därför tacka de som assisterat i dess tillkommande. Först och främst vill vi tacka alla skribenter för att de på så kort varsel kunnat inkomma med sina skriftliga bidrag. Johanna Niemi-Kiesiläinen förtjänar ett tack för hennes hjälp med att igångsätta festskriftsarbetet. Övriga som assisterat i begynnelseskedet och gjort en insats för projektet är juris studerandena Sanna-

Maria Jokinen, Katriina Kuusniemi och Evelina Nyholm, samt VH Peik Strömsholm och JuK Yvonne Strömsholm. Casper Herler har administrerat projektet och handhaft det huvudsakliga ansvaret för redaktionsarbetet tillsammans med Kimmo Nuotio. Även Johan Boucht har deltagit i redigerandet.

Svensk-Österbottniska Samfundet har på ett betydande sätt stött förverkligandet av denna bok genom sitt ekonomiska bidrag. Myös hovioikeuden presidentti Erkki Rintala on lahjoituksellaan tukenut kirjan julkaisemista sekä ollut järjestämässä sen julkaisutilaisuutta. Vaasan hovioikeus on ystävällisesti antanut luvan käyttää hovioikeudessa sijaitsevaa korkokuvaa kansikuvan aiheena. Kiitos kuuluu myös Suomalaiselle Lakimiesyhdistykselle, joka on ottanut teoksen julkaistavaksi yhdistyksen julkaisusarjassa.

Kimmo Nuotio ja *Casper Herler*

Kimmo Nuotio

1 Muuttuuko oikeus todella?

Oikeuskehityksen syvyys muutoksen vuosikymmenellä

Tuskin on kovinkaan usein laadittu juhlajulkaisua vielä silloin, kun juhlinnan kohteet, kuten Justus ry. ja Vaasan oikeustieteellinen koulutus nyt, ovat vasta täyttämässä ensimmäistä kymmentään. Mieleen nousee etsimättä tarina 1600-luvun Turusta, missä esivalta koetti, siinä silloinkaan kovin hyvin onnistumatta, tarkoin asetuksin ja järjestysmääräyksin pitää juhlimisen ja muun säädynmukaisen ylittävän ylellisyyden kohtuullisissa rajoissa. Juhla*runot* jäivät kuitenkin ilmeisessä epähuomiossa sääntelemättä, joten juhlimisen kilpavarustelun paineet kohdistuivat tähän erityiseen taiteenlajiin. Runoilijat ahkeroivatkin laatimassa mahtipontisia juhlarunoja kuhunkin tilaisuuteen omalla tyylillään. Toinen toistaan arvokkaampia muistorunoja laadittiin niistäkin hienompaan väkeen kuuluneista vainajista, jotka, kuten valitettavan usein sattui, olivat menehtyneet jo ensimmäisten elinvuotensa aikana. Sananiekat maalailivat tästä huolimatta vainajien luonnetta ja ansioita mitä syvällisimmällä ja värikkäimmällä tavalla, eikä tapaan kuulunut kiistellä siitä, kuinka oikeaan nuo luonnehdinnat oikeastaan osuivat.[1]

Tämä rinnastus olisi perin sopimaton, monessakin mielessä, ellen nyt jollain keinoin onnistu sitä kuitenkin sopivaiseksi osoittamaan. Parempi onkin kiertää tilanteen suora vertaaminen, ja siirtyä yleisemmälle tasolle. En arvioi lainkaan Vaasan nykyistä juhlaelämää ja sen kohtuullisuutta tai mahdollisia pyrkimyksiä sitä säännöstellä, yhtä vähän kuin tarkastelen vasta idullaan olevan juhlinnan kohteen 'elämää ja tekoja' sinänsä, vaan sen sijaan esitän joitakin yleisluontoisia huomiota siitä, miten aivan viimeaikaisen kotimaisen oikeuskehityksen syvyyttä voisi arvioida. Tarkastelun ajanjaksona olkoon Vaasan oikeustieteen opetuksen alkuvuodet. Valintaan on kuitenkin myös asiasyitä. Onhan viime vuosikymmen, jonka lyhyestä, ny-

[1] Ikonen, *Vanhaa Suomen Turkua.* Porvoo, Helsinki 1936, 29–49.

kyisyyteen rajautuvasta historiasta tässä on kyse, pinnalta katsoen perin turbulentti. Syvälliset oikeudelliset muutokset ovat seuranneet toistaan ripeässä tahdissa, ja valittavasta on todellakin runsaudenpulaa. Mutta näkyykö tuon kuohuvan pinnan alta mitään hitaampia liikkeitä, joiden voisi arvella vaikuttavan vielä senkin jälkeen, kun pahimmat tyrskyt ovat asettuneet?

Mitä lähemmäs nykyisyyttä historiassa tullaan, sen vaikeampi on arvioida koettujen muutosten merkitystä. Tämä pätee epäilemättä myös oikeuskehityksen arvioinnissa. Pitkällä tähtäimellä oikeuden kehityksessä voidaan ehkä erottaa jatkumoita, epookkeja, joiden välissä tapahtuu laadullisia hyppäyksiä hieman samaan tapaan kuin luonnontieteen osalta on Kuhnin jälkeen puhuttu rauhallisesta normaalitieteen vaiheesta paradigmanmuutosten myrskyisän vaiheen vastakohtana.[2] Oikeutta voidaan jakaa esimerkiksi esimoderniin, moderniin ja jälkimoderniin. Nykyisyyden oikeushistoriassa ongelmana on se, ettei tällaisia turvaa antavia luokitteluita voi juurikaan tehdä. Onkin ikään kuin vain luotettava siihen, että tarkastelun kuluessa osataan itse ottaa esille sellaiset välineet, joiden avulla päädytään mielekkäisiin tuloksiin. Oikeudesta tehtävien havaintojen teoriapitoisuus ei salli mitään tämän suorempaa lähestymistä.

Seuraavassa otetaan esille joitakin keskeisiksi arvioituja piirteitä kotimaisesta oikeuskehityksestä viimeisen kymmenen vuoden ajalta. Kolme valittua aihepiiriä: ihmisoikeudet, perusoikeudet ja oikeuden eurooppalaistuminen (kansainvälistyminen), ovat sinänsä tuskin kenellekään yllätys, onhan niistä puhuttu viime vuosina jokseenkin kyllästymiseen saakka. Näitä käsiteltäessä sivutaan, epäilemättä pinnallisesti, monia juridisessa keskustelussa esillä olleita asioita. Tässä yhteydessä en voi ottaakaan ihan todesta vaatimusta esimerkiksi oikeustieteen tutkimustapojen tarkasta kuvaamisesta tms.[3]

Ehkä merkittävimpänä tarkastelun tuloksena pitäisin sitä, että oikeudellisten muutosten merkityksen määrittäminen todellakin osoittautuu huomattavan teoriasidonnaiseksi. Sellaisessa teoriassa, jossa suuntaudutaan oikeusjärjestyksen koherenssin ja oikeuttamisen kysymyksissä oikeuskulttuurisiin premisseihin, ihmisoikeuksien ja perusoikeuksien aseman muodollinen ja tosiasiallinen vahvistuminen tulkitaan merkittäväksi oikeuskulttuuriseksi muutokseksi. Myös oikeusjärjestyksen eurooppalaistumista saatetaan tarkastella juuri siitä näkökulmasta, millä tavoin se koskettaa ko-

---

[2] Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*. Second Edition. Chicago 1970.

[3] Ks. yleisesti Kangas (toim.), *Oikeustiede Suomessa 1900–2000*, Helsinki 1998 ja Häyhä (toim.), *Minun metodini*, Helsinki 1997.

timaista oikeuskulttuuria oikeudellisten käsitteiden ja periaatteiden tasolla. Toisentyyppinen oikeusteoria saattaa kiinnittää huomiota toisentyyppisiin oikeuden muutoksiin. Proseduraalisempi teoria, esimerkiksi systeemiteoria, ei tunnista tällaisten muutosten relevanssia, elleivät ne vaikuta oikeuden menettelylliseen puoleen ja oikeuden systemaattisuus-ominaisuuksiin. Argumentaatioteoriakaan ei näe, ainakaan itsestään selvästi, tällaisia syvätason muutoksia, koska siinä vastaavasti ollaan usein sidoksissa menettelylliseen etiikkaan, kuten diskurssietiikkaan. Erityisesti oikeuden eurooppalaistuminen ja kansainvälistyminen avautuvat monentyyppisille merkitystulkinnoille, koska ne vaikuttavat oikeuden ilmenemiseen, perusteisiin ja oikeuden tuottamiseen niin monella tavalla ja tasolla.

1. Ihmisoikeuksien rantautuminen

Kotimainen oikeusjärjestys on 1990-luvun taitteen jälkeen kokenut mullistuksen toisensa perään. Osa suuristakin muutoksista on osaksi ulkosyntyisiä, koska ne liittyvät osaltaan Suomen muuttuneeseen kansainvälis-poliittiseen asemaan Euroopassa, jos kohta näissä muutoksissa Suomella itsellääkin on toki osuutensa. Berliinin muurin murtuminen 1989 ja sitä seuranneet suuret mullistukset entisessä sosialistisessa Itä-Euroopassa saivat Suomenkin tukeutumaan selvemmin länteen. Liittyminen Euroopan Neuvoston ihmisoikeussopimukseen (EIS) 1990 oli tästä yksi tärkeä merkki.[4] Vaikka epäilemättä tuon toimenpiteen suurin merkitys oli poliittinen ja vaikka sitä oli toki puuhattu jo toukokuusta 1988 lähtien Suomen ilmoitettua liittymishalukkuudestaan, tuo toukokuussa 1990 EIS:n ratifiointiin päättynyt liittyminen sekä edellytti merkittäviä oikeudellisia uudistuksia että sysäsi niitä liikkeelle.[5]

EIS:ään läheisesti liittyvistä lainuudistuksista yksilön oikeusturvan perinteisimmän, suppean ydinsisällön kannalta ehkä tärkeimmät, esitutkintalain ja pakkokeinolain säätäminen, oli ehditty valmistella ja pääpiirteissään toteuttaakin jo ennen liittymishakemuksen jättämistä. Tuossa vaiheessa kansainvälisenä johtoa antavan instrumenttina oli EIS:n sijasta selvemmin kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskeva ns. KP-sopimus, jossa oli vastaa-

[4] Suomi oli toki liittynyt jo tuota ennen esimerkiksi moniin sellaisiin Euroopan neuvoston piirissä valmisteltuihin sopimuksiin, joihin saattoi tulla mukaan ilman liittymistä Euroopan neuvoston jäseneksi.

[5] Pellonpää, *Euroopan ihmisoikeussopimus*, 3. painos, Helsinki 2000, 53–54.

via määräyksiä.[6] Lainsäädäntöpaketti tuli voimaan vuoden 1989 alusta. Epäillyn vangitsemisesta päättäminen kuului meillä pakkokeinolain säätämiseen saakka poliisiviranomaiselle, eikä päätökseen tarvittu lainkaan tuomioistuimen myötävaikutusta. Myös pidätysajat olivat selvästi pidemmät kuin mitä länsieurooppalaisissa oikeusvaltioissa voitiin pitää hyväksyttävänä. EIS:n ratifioinnin myötä myös kotimaisen lainsäädännön tuli täyttää ihmisoikeustuomioistuimen ja -toimikunnan tulkintakäytännön vaatimukset, minkä vuoksi tässä yhteydessä oli tarpeen lyhentää pidätyksen enimmäisaika nykyiseen neljään päivään.[7] Näitä uudistuksia voi pitää ainakin osittain vastaavina kuin mihin entisissä sosialistisissa maissa ryhdyttiin 1990-luvulla, niiden vuorostaan pyrkiessä ja päästessä selvemmin Euroopan neuvoston "pehmeän integraation" piiriin.

Joitakin toisia uudistuksia jouduttiin odottamaan pidempään. Yhtenä esimerkkinä voi mainita hovioikeusmenettelyä koskeneen uudistuksen. Suomi joutui ihmisoikeussopimukseen liittyessään tekemään eräitä oikeusprosesseja koskeneen varauman, koska voimassaoleva oikeus ei tuntenut suullista käsittelyä hovioikeudessa, korkeimmassa oikeudessa eikä eräissä muissakaan tuomioistuimissa. Hovioikeusuudistuksen yhteydessä suulliset käsittelyt tulivat mahdollisiksi, ja pakollisiksikin silloin, kun kyse oli näytön uudelleen arvioinnista. Tämä muutti merkittävästi hovioikeusprosessin luonnetta. Varaumaa, joka oli alkuaankin tarkoitettu väliaikaiseksi, voitiin ensin supistaa ja sen jälkeen vuonna 1999 se käytännössä purettiin kokonaan.[8] Myös Korkeimmassa oikeudessa järjestetään nykyisin suullisia käsittelyitä.

Oikeusvaltion instituutioita oli siis vahvistettava, jotta yksilön oikeuksien suoja suhteessa valtiovaltaan tulisi eri ulottuvuuksiltaan tyydyttävästi järjestetyksi. Ihmisoikeussopimukseen liittyminen merkitsi siten *lainsäätäjän* sitoutumista tiettyyn yksilön oikeuksien suojan tasoon siten, että vaadittavasta suojan tasosta oli päätetty ylikansallisella foorumilla, ja tätä myös valvottiin Euroopan neuvoston ihmisoikeuselimissä. Silti kenties vielä tätäkin suurempi vaikutus kotimaiseen oikeuskulttuuriin tuli olemaan sillä, että kansallista oikeutta ei enää voinut *ratkaisutoiminnankaan* tasolla tarkastella kokonaan Suomen kansainvälis-oikeudellisista velvoitteista

---

[6] Helminen – Lehtola – Virolainen, *Uusi esitutkintalainsäädäntö*. Helsinki 1988, 1–2.

[7] Niemi–Kiesiläinen, "Perusoikeudet rikosprosessissa", teoksessa Nieminen (toim.), *Perusoikeudet Suomessa*. Helsinki 1999, 154.

[8] Ks. Pellonpää, *Euroopan ihmisoikeussopimus*, Helsinki 2000, 36–39.

erillään. EIS:n määräysten välitön sovellettavuus kotimaisissa tuomioistuimissa ja viranomaisissa samoin kuin yksilövalitusmahdollisuus tehostettuna oikeussuojakeinona pakotti kotimaiset oikeus- ja hallintoviranomaiset ennen kuulumattomalla tavalla ottamaan huomioon Suomen oikeuden kannalta 'vierasta oikeutta'. EIS:n soveltamisessa viimeisen sanan sanoo Euroopan Neuvoston ihmisoikeustuomioistuin (EIT), joka, vaikkakaan se ei voi suoraan muuttaa jäsenvaltiossa annettua tuomiota, voi kuitenkin todeta sopimusrikkomuksen sekä velvoittaa sopimusta rikkoneen jäsenvaltion suorittamaan vahingonkorvausta väärin kohdellulle.

EIS:n järjestelmän ajaminen osaksi Suomen oikeutta ja valtiosääntöä merkitsi selvää haastetta kotimaiselle oikeusajattelulle, jossa perusoikeuksista sinänsä oli keskusteltu jo pitkään, mutta Hallitusmuodon säännökset eivät sittenkään olleet tarjonneet yhtä konkreettista pohjaa perusoikeusjuridiikan kehittämiselle. Tehokas ja valvottu ihmisoikeusjärjestelmä poikkesi tästä ja rikkoi joitakin meillä perinteisiä ajatustottumuksia. Tosiasiallisesti sitovan tulkintavallan tunnustaminen ylikansalliselle tuomioistuimelle merkitsi common law -oikeudelle tyypillisen tuomioistuinkeskeisen elementin vahvistumista, joskaan tätä seikkaa ei ole syytä ylikorostaa. Luonnollisesti EIS voidaan ymmärtää ikään kuin lakitekstiksi, jota soveltamisen yhteydessä konkretisoidaan siinä määrin, ettei tuon 'lain' todellinen sisältö ole tunnettavissa ilman EIT:n ratkaisukäytännön tuntemusta.

Ihmisoikeussopimuksen velvoittavuus tuotti teoreettisiakin ongelmia kotimaiselle oikeustieteelle, olihan perinteisissä yleisen oikeustieteen esityksissä mallinnettu kotimaisen oikeusjärjestyksen rakennetta ja sisältöä suhteellisen yksinkertaisten mallien varassa. Esimerkiksi Aulis Aarnio ei pätevässä ja ansiokkaassa *Laintulkinnan teoriassaan* (1989) varsinaisesti ottanut esille – eikä se ollut vielä tarpeenkaan – niitä oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia, jotka aiheutuivat koetusta oikeuslähteiden 'rikastumisesta'. Martin Scheinin selvitti tätä murrosta ennakkoluulottomasti väitöskirjassaan *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa* (1991). Hänen ajatuksenaan oli lähteä liikkeelle nimenomaan siitä kysymyksestä, kuinka ihmisoikeudet jäsentyvät *osaksi Suomen oikeusjärjestystä*, joka onkin oikeastaan konstruoitava jokaista ratkaisutilannetta silmällä pitäen aina erikseen ja erilaisenakin.

Ihmisoikeusajattelun läpimurron myötä ei enää ollut mahdollista ajatella, että Suomen oikeusjärjestys olisi ratkaisutoiminnan näkökulmasta kuvattavissa ilman, että samalla otettiin tarkasteluun sellaiset Suomen oikeusjärjestyksen osat, jotka juontavat juurensa Suomen valtion kansainvä-

lis-oikeudellisista velvoitteista. Tähän liittyy toinenkin kiintoisa, joskin monitulkintainen havainto: ihmisoikeusnormiston oikeusjärjestyksen sisältöjä kontrolloiva vaikutus merkitsi oikeusjärjestyksen muodon ja hierarkian osittaista murtumista ja oikeuden sisältöjen ja arvopohjan korostumista, koska vaikka EIS:n määräykset ovat sinänsä Suomessa laintasoisina voimassa, niiden yleisyysaste ja vaikutustapa on tavallisista laeista poikkeava. Ihmisoikeusnormiston ja siihen liittyvän ihmisoikeusajattelun voikin sanoa ohjaavan oikeusjärjestystä tavalla, joka on tyypillistä yleensä valtiosääntöiselle normistolle, erityisesti perusoikeusnormistolle.

Toisaalta, ehkäpä paradoksaalisestikin, ihmisoikeusajattelun voimistuminen kotimaisen oikeuden tulkinnoissa ja sen tutkimuksessa samalla ilmensi huomattava kapea-alaisen juridista, oikeuspositivistista ymmärrystä oikeudesta. Ihmisoikeudet, joiden historiallisena 'rasitteena' voi pitää luonnonoikeudellista alkuperää, haluttiin 'normalisoida' tavalliseksi, säädännäiseksi ja sovellettavaksi oikeudeksi, jonka kansainvälisestä oikeudesta juontuva perusta ei saanut tulla tämän normaalisuuden esteeksi. Ihmisoikeuksien 'kannattama' tai 'ilmentämä' ideaalisempi ulottuvuus lähinnä sivuutettiin, kun näiden oikeuksien tuli astua tämänpuoleiseen, olla tehokkaita ja mahdollisimman tarkkaan määriteltyjä.

Ihmisoikeusajattelussa painopiste oli yksilön oikeuksissa ja niille suojaa antavissa oikeudellisissa instituutioissa. Tällainen oikeuslähtöinen tarkastelu tarjosi toisaalta kasvupohjaa yleisemminkin valtiosääntöiselle keskustelulle oikeusjärjestyksen perusteista, mikä omalla tavallaan pohjusti sitä suurta oikeuskulttuurin muutosta, jota myöhemmin vuoden 1995 perusoikeusuudistus tuli merkitsemään. Ihmisoikeusajattelu opetti näkemään sen, että ihmisoikeudet ja perusoikeudet koskettavat myös yksilöä suoraan, eikä niiden merkitys jää oikeusjärjestyksen sisäiseksi, valtiosäännön ja lainsäädännön suhdetta määrittäväksi. Tavallinen ihminen lienee nimittäin pitkään ajatellut, että valtiosäännön perusoikeudetkin lähinnä vaikuttavat siihen, missä järjestyksessä mikäkin eduskuntalaki on säädettävä.

Ihmisoikeudet ruokkivat ajatusta siitä, että yksilön konkreettiset oikeudet olivat jollakin tavalla suoraan yhteydessä valtiosääntöiseen oikeuteen. Niissä Euroopan neuvoston jäsenmaissa, kuten Yhdistyneissä Kuningaskunnissa, joissa valtiosääntöön ei ole kirjoitettu perusoikeusluetteloa, EIS oli tullut suorastaan korvaamaan kirjoitetun valtiosäännön puutteita, kun ihmisoikeusnormit joko saivat tehdä kirjoitettujen perusoikeusnormien virkaa, tai antoivat aiheen laatia omaan valtiosääntöön perusoikeusluetteloita. Viime vuosina tällaisia Human Rights Act -lakeja onkin säädetty britti-

läisissä maissa.[9] Kotimaassa vastaavaa dynamiikkaa ilmeni lähinnä siinä, että Hallitusmuodon perusoikeussäännökset olivat suhteellisen niukat, ja niiden niukkuus tuli kansainvälisten ihmisoikeusinstrumenttien, ei yksinomaan EIS:n, valossa entistä selvemmin esille.

Ihmisoikeussopimukseen liittyminen pohjusti kotimaista, myöhempää perusoikeusuudistusta siinäkin suhteessa, että nyt perusoikeusnormisto tavallaan irrotettiin valtionsisäisessä oikeudessa tavanomaisesta valtiosääntöyhteydestään, ja totuttiin siihen, että oikeuksilla voidaan operoida suoraankin. Tottakai myös ihmisoikeuksissa keskeisin merkitys oli kanavoitava oikeuksia konkretisoivan lainsäädännön kautta, mutta jo EIS:n valvontaelimen toiminta osoitti elävästi sen, että ihmisoikeuksien toteutumista oli mahdollista valvoa myös yksittäisen oikeusjutun yhteydessä. Ihmisoikeuksissa korostui konfliktiparadigma, yksilölähtöisyys; yksilön oikeuksia oli käytettävä oikeusjärjestyksen kehittämisen voimavarana, eräänlaisena oikeusjärjestyksen sisäisenä politiikka-ulottuvuutena. Ihmisoikeusajattelun läpimurto merkitsi Suomessa uudentyyppisen konkreettisen, kriittisen oikeustutkimuksen esiinmarssia. Sitä edelsi kuitenkin parin vuosikymmenen jakso, jonka aikana kotimainen oikeustiede oli virittynyt kiistelemään metodeistaan ja tehtävistään hyvinkin ideologisella tasolla.

1970-luvulla ja vielä 1980-luvullakin kotimaisen oikeustieteen maailmaa jakoi suhtautuminen ideologisiin kysymyksiin.[10] Perinteisen lainopin harjoittajat varoivat sekaantumista syvätason ideologisiin tulkintoihin. Sen sijaan he jatkoivat lainopin harjoittamista neutraalilla tavalla, jota Saksassa on toisinaan kutsuttu teoreettisen lainopin vastakohtana 'tiedostamattomaksi lainopiksi'.[11] He saivat helposti konservatiivin leiman, joskus varmaan aiheestakin. Vastaavasti kriittinen oikeustutkimus ymmärrettiin toisinaan niin, että se oli mahdollista ainoastaan marxilaisen yhteiskuntakritiikin muodossa. Tästä seurasi tarpeettoman jyrkkä polarisaatio, josta oli näin jälkeen päin ajatellen paljonkin vahinkoa. Marxilainen näkemys lähti siitä, että yleensäkin oikeuksiin, ja erityisesti ihmisoikeuksiin, sitoutumalla kiinnitytään liberalistiseen poliittiseen traditioon, joten vähintäänkin oi-

[9] Yhdistyneissä kuningaskunnissa tuollainen tavallisen lain tasoinen *Human Rights Act* on vuodelta 1998. Se ei kuitenkaan täydelleen inkorporoinut EIS:ta. Ks. Walker, *Policing in a Changing Constitutional Order*. London 2000, 7–9.

[10] Ks. esim. Lahti, "Oikeus- ja yhteiskuntatieteellisen yhdistyksen perustaminen ja oikeussosiologian esiinnousu", *Oikeus* 2001:1, 92–99 lähteineen.

[11] Schünemann, "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft". *Goltdammer's Archiv* 1995, 201–229.

keuksien luetteloa oli täydennettävä niiden ytimen ympäriltä esim. työntekijän oikeuksilla ja sosiaalisilla oikeuksilla.

Yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen vaikutus oikeustieteessä jäi ehkä odotettua vähäisemmäksi sen vuoksi, että marxilainen tutkimus ei niinkään ollut ongelmakeskeistä, konkreettisten oikeudellisten ongelmien selvittelyä, jossa tuollaista tietoa olisi voitu käyttää hyväksi. Empiiristä tutkimusmetodologiaa julkisoikeudessa kehitellyt Tampereen koulu jäi vaille todellista läpimurtoa. Vastaavasti konservatiivisen leiman saaneessa perinteisessä lainopissa voitiin olla entistäkin varovaisempia yhteiskuntatieteellisiin virtauksiin nähden.

Kotimainen kriittinen oikeustutkimuksen suuntaus, 1980-luvulla luonnosteltu ns. vaihtoehtoinen lainoppi, merkitsi kuitenkin tärkeää avausta, koska siinä eräässä mielessä hahmotettiin sellaista hyvinvointivaltion oikeuden ideaa, joka juuri saattoi asettua lainopillisen tutkimuksen tasolla perinteisen tulkintajuridiikan vastinpariksi. Siinä hyödynnettiin hyvinvointivaltiollista, sääntelyiden yleistä tavoitteellista näkökulmaa, mutta sallittiin sen ohella kysymykset yksilön oikeuksista. Nuo oikeudet vain nyt kiinnitettiin selvemmin yhteiskunnan toiminnallisiin roolikäsitteisiin. Yksilö ei ollutkaan erillinen individuaalisubjekti, vaan häntä voitiin käsitellä roolissaan, suojaa mm. markkinoilla tai muuten yhteiskunnassa vahvempiaan vastaan tarvitsevana *heikompana*, kuten kuluttajana, vuokralaisena, työntekijänä, jne. Rooli määrittyi ryhmään kuulumisen perusteella. Sosiaalisen siviilioikeuden kotimainen kehittely henkilöityy pitkälle Thomas Wilhelmssoniin, joka osoitti myös käytännön kysymyksissä uudenlaisen yhteiskunnallisia valta-asemia tunnistavan lainopin mahdollisuuden.[12]

Ihmisoikeusajattelu kantoi vielä 1980-luvun alkupuolella konservatiivisuuden leimaa, mutta 1980-luvun loppupuolelta alkaen senkin kriittinen potentiaali alettiin ymmärtää yhä selvemmin. Vaihtoehtoinen lainoppi ja ihmisoikeusajattelu myös löysivät osittain yhteistä maaperää, kun ihmisoikeuksien oma kehitys tuotti vastaavia erityisryhmien eriytyneitä ihmisoikeuksia, kuten ns. kolmannen polven ihmisoikeudet, joihin vetoaminen toki edellytti sitä, että tunnustetaan myös niitä edeltävät, klassiset liberalistiset vapausoikeudet. Ehkä tässä suhteessa rinnastus on varsin rohkea, sillä lähtihän vaihtoehtoinen lainoppi toisaalta siitä, että 'edistykselliset' oikeudet voitiin toteuttaa ilman, että sitouduttiin vahvasti liberalistisiin ole-

[12] Wilhelmsson, *Social civilrätt*. Helsinki 1987. *Ibid.*, *Vakiosopimus*, Helsinki 1985. *Ibid.*, *Twelve Essays on Consumer Law and Policy*. Helsinki 1996 (artikkelikokoelma).

tuksiin. Vapausoikeudet saivat edelleen merkitystä, mutta ainoastaan oikeuksina toisten joukossa. Juuri tähän ambivalenssiin tai jopa sisäiseen ristiriitaan oli yhteydessä se, että koska oikeusvaltion oikeuden formaalisuutta pidettiin yhtenä ongelmien syynä, ei ratkaisuja haettu niinkään *muodollisten oikeusturvatakeiden* suunnalta, vaan tukeuduttiin edistyksellisen lainsäätäjän kykyyn tuottaa heikkojakin suojaavaa lainsäädäntöä ja edistyksellisen tuomarin ja tutkijan kykyyn korostaa sopivasti näitä *sisältöjä* muodon kustannuksella.

Lainopillisessa tarkastelussa kohteeksi valittiin sellaisia yleisten oppien kysymyksiä, joissa selvästikään erilaiset tulkinnat eivät olleet neutraaleja vaikutuksiltaan. Oikeusjärjestyksen sisäistä jännitteisyyttä, jopa ristiriitaisuutta, koetettiin käyttää hyväksi lähennettäessä oikeutta yhteiskuntaan ja ihmisten tarpeisiin. Muodollinen yhdenvertaisuus hallitsevana arvona sai väistyä eriytyneemmän, osapuolten aseman ja intressin tarkemmin jäsentävän tarkastelun tieltä. Sosiaalinen siviilioikeus pyrki vastaamaan perinteisen, tiedostamattoman lainopin kriisiin kehittämällä sille vaikutustietoisemman vaihtoehdon, tunnistaen kuitenkin samalla ne yleiset puitteet, joissa tuollainen vaihtoehto tuli mahdolliseksi. Sosiaalinen siviilioikeus oli – ja on – suuntaus, jossa oikeusjärjestykseen perimmältään kätkeytyviä, sinänsä perustavanlaatuisiksi katsottuja ristiriitoja luovasti hallittiin hyvinvointiyhteiskunnan intressissä.

Sosiaalisen siviilioikeuden teoriassa näkyi se erityinen jännite, joka modernissa yhteiskunnassa ilmenee markkinatoimijoiden suhteissa. Se valta, jota sosiaalinen siviilioikeus yritti kesyttää, ei ollut niinkään valtion normatiivisesti tuettua ja pakottavaa valtaa, vaan sen sijaan markkinoiden taloudellista ja tosiasiallisesta valtaa, markkinoilla toimivien tahojen valtaa toisiinsa nähden, kuten siviilioikeudessa yleensäkin. Sosiaalisen siviilioikeuden teema erotti sen tässä mielessä ihmisoikeusajattelun valtavirrasta.

Ihmisoikeusajattelu, samoin kuin myöhempi perusoikeusajattelu, ennakoivat ja ilmensivät sitä oikeustieteellistä tutkimusparadigmaa, jonka Kaarlo Tuori on sittemmin nimennyt kriittiseksi oikeuspositivismiksi.[13] Olihan nyt osoittautunut, kuten teoria esitti, mahdolliseksi löytää oikeusjärjestyksen kriittinen arviointiperusta oikeudesta itsestään. Tässä mielessä ihmisoikeusajattelu merkitsi kriittisen, reflektiivisen momentin tuloa myös positiivis-oikeudellisiin tarkasteluihin. Oikeusjärjestyksen oli siihen saakka eräässä mielessä katsottu tuottavan joko epäoikeudenmukaisuutta (marxi-

[13] Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, Helsinki 2000.

lainen tulkinta), tai oikeudenmukaisuutta (perinteinen lainoppi), eikä kumpikaan tulkinta sallinut oikeudelle aineellisia, sisäisiä legitiimisyyden mittapuita. Sosiaalinen siviilioikeus koetti tasapainoilla siten, että epäoikeudenmukaisesta oikeudesta voitaisiin tuottaa edes kohtuullisen hyväksyttäviä tulkintoja. Ihmisoikeusmittapuut, samoin kuin sosiaalisen siviilioikeuden erittelyt, toivat selkeästi näkyville konkreettisia lainsäädännön puutteita ja epäkohtia. Näin ne vaikuttivat olennaisesti myös lainsäädännön uudistusten hyväksyttävyyden mittapuuna, mikä olikin osa niiden poliittista, yhteiskuntakehitystä suuntaavaa merkitystä.

2. Kritiikki ja perusoikeudet

Kotimaisen kriittisen oikeustutkimuksen perinteen vahvuuksia on ollut selkeä relevanssi sen suhteen, miten laki on säädettävä ja sitä sovellettava. Oikeusjärjestyksen sisältämiä ristiriitoja on pyritty käyttämään konstruktiivisten tulkintojen aineksena, eikä näitä ristiriitoja ole pidetty antinomisina ja ratkeamattomina.[14] Toisinhan oli amerikkalaisessa Critical Legal Studies – suuntauksessa. Kotimainen kriittinen oikeustutkimus on tässä mielessä myös osoittanut selviä tuloksia, vaikkakaan oikeusjärjestyksen muutoksia ei toki tule yrittääkään selittää yksinomaan oikeusajattelun saavutuksina.

Tällaisena kriittisenä aaltona voi pitää myös perusoikeusuudistusta ja tuon pitkän prosessin uudelleen virittämää perusoikeuksiin kohdistuvaa teoreettista ja käytännöllistä kiinnostusta. Toteutunut perusoikeusuudistus olikin eräänlainen tuon keskustelun välietappi, uuden normiston puolestaan tarjotessa entistä tukevamman pohjan perusoikeustulkinnoille. Vastaava monitulkintaisuus kuin se, mihin edellä viitattiin ihmisoikeuksien kohdalla, voidaan tässäkin havaita. Perusoikeusajattelussakin on vahvana elementtinä ollut sen osoittaminen, että perusoikeusnormit ovat muun säädännäisen oikeuden tapaan aidosti ja sellaisenaan sovellettavaa oikeutta. Samoin kuin ihmisoikeusnormeja, myös valtiosäännön perusoikeusnormeja on vaivannut symbolisuuden ja ohjelmallisuuden leima, eikä perusoikeusjärjestelmää olekaan pidetty edes valtiovaltaa itseään kaikin osin sitovana, mistä laajaa poikkeuslakien säätämismahdollisuutta ja -käytäntöä voi pitää osoituksena.[15]

---

[14] Ks. esim. Tuorin huomautuksia vaihtoehtoisesta lainopista ja 'mikrokritiikistä makrolegitimaation' –ongelmasta, *Oikeus, valta ja demokratia*, Helsinki 1990, 104–109.

[15] Tietysti voi niin ikään ajatella, että juuri poikkeuslakien ansiosta perusoikeuksien suojaa on muussa suhteessa voitu tulkita tiukemmin. Tämä, kuten yleensäkin valtiosääntöoikeuden erityiskysymykset, jääköön tuon alan oppineiden tarkemmin selviteltäväksi.

Perusoikeusajattelussakin on lähdetty liikkeelle siitä, että perusoikeuksien kriittinen potentiaali on saatava oikeuden sisäiseen, operationaaliseen käyttöön. Perusoikeuksien vahventamisessa on ollutkin kyse siitä, että yhtäältä kotimainen perusoikeusnormisto tuli saattaa paremmin vastaamaan sekä kotimaista lainsäädäntöä että Suomea sitovia kansainvälisiä ihmisoikeusvelvoitteita, ja toisaalta myös kotimaisen lainsäädännön ja lainsäädäntökäytännön tiettyjä historiallisia erikoisuuksia tuli korjata. Keskeistä perusoikeuksien operationalisoinnissa oli myös se, että niiden tuli ulottua vaikutukseltaan lain säätämismenettelyiden ohella yhtä hyvin tuomioistuinten ratkaisutoiminnan kuin hallintotoiminnankin tasolle.

Kotimaisen perusoikeusuudistuksen vaiheita on tässä tarpeetonta ryhtyä perusteellisesti kertaamaan. Uudistusta oli valmisteltu erityisen perusteellisesti ennen hallituksen esityksen antamista eduskunnalle, nimittäin jo 1970-luvulta alkaen.[16] Perusoikeusuudistuksen yleisemmän merkityksen arviointi ei toisaalta vielä ole kaikessa laajuudessa mahdollista. Jo nyt on kuitenkin selvää, että uudistetut perusoikeussäännökset ovat saaneet aikaisempaan verrattuna aivan toisella tavalla merkitystä erityisesti lainsäädäntömenettelyssä. Tältä kannalta erityisen tärkeä on se uusi perusoikeuksien rajoittamista lailla koskeva doktriini, joka muotoiltiin perusoikeusuudistuksen esitöissä ja joka toistettiin asiallisesti ottaen perustuslakivaliokunnan asiasta antamassa mietinnössä. Sittemmin tuo doktriini on esitelty melkoisella tarkkuudella Veli-Pekka Viljasen vastikään tarkastetussa väitöskirjassa "Perusoikeuksien rajoitusedellytykset" (2001).

Perusoikeusuudistuksen kriittinen potentiaali on tullut jo monella tavalla esille. Esimerkiksi rikoslainsäädännön osalta keskeinen kriittisten huomioiden kohde on ollut sääntelyiden toisinaan riittämätön hierarkkinen taso rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen kannalta. Perusoikeusuudistuksen jälkeen ei tiettyjä edelleen muodollisesti voimassa olevia kriminalisointeja enää voida soveltaa. Vuodelta 1928 oleva asetuksentasoinen maaseudun ns. yleinen järjestyssääntö (A 219/1928), jossa on lukuisia sakonuhkaisia kriminalisointeja, on esimerkki tällaisesta. Suomen perustuslakiin kirjattu rikosoikeudellinen laillisuusperiaate korjasi osan ongelmasta, ja uusi perusoikeuksien rajoittamista koskeva doktriini antaa tuolle periaatteelle osaltaan sisältöä. Tällä ei toki voida kokonaan puuttua siihen tunnettuun ongelmaan, että useinkin rikossäännösten sisältö kaikkiaan määräytyy

[16] Ks. yleisesti Jyränki, teoksessa Hallberg ym., *Perusoikeudet*, Helsinki 2000, 101–109 sekä Jyränki, "Perusoikeuksien historiasta Suomessa", *LM* 5–6/1996, 747–752.

osaksi myös alemmantasoisen normiston pohjalta. Mainittakoon kuitenkin, että esimerkiksi Dan Frändenin rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta käsittelevässä väitöskirjassa (*Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, 1989) ei oikeastaan lainkaan käsitellä kysymystä tästä laintasoisuuden näkökulmasta.[17] Vastaavantyyppisiä laintasoisuuteen liittyviä ongelmia on ollut esillä sittemmin sen suhteen, millaisia kriminalisointeja kunnallisiin järjestyssääntöihin voidaan ottaa, ja tuleeko rangaistavuuden ilmetä myös itse järjestyssäännöstä.

Perusoikeusajattelussa on samantyyppisiä piirteitä kuin ihmisoikeusajattelussa. Kummankin valossa voidaan paikantaa oikeusturvaongelmia ja oikeusvaltion heikkouksia. Tästä juontuu myös niiden yhteinen teema kriittisen oikeustutkimuksen perinteessä. Kuitenkaan perusoikeusuudistus ei, yhtä vähän kuin ihmisoikeusuudistuskaan, merkinnyt sitä, että olisi ollut aloitettava aivan uudelta pohjalta. Päinvastoin, lainuudistusten pitkä linja oli jo pohjustanut perusoikeuksien tuontyyppistä vahvistumista.

Yhtenä esimerkkinä voidaan mainita 1960- ja 70-lukujen yhteiskunnalliseen liikehdintään liittynyt 'suuri laitoskeskustelu'. Sen keskeisenä juonteena oli perusoikeuksien ulottaminen sellaisiin erilaisissa laitoksissa oleviin henkilöryhmiin, joiden aikaisemmin oli katsottu jäävän tavanomaisen perusoikeussuojan ulkopuolelle.[18] Vallalla oli pitkään ollut opinkappale, että laitosvallan piiriin kuuluvien henkilöiden oloja koskevia asioita voitiin säännellä hallinnollisilla määräyksillä. Lars D. Erikssonin toimittama *Pakkoauttajat*-teos (1967) oli tärkeä puheenvuoro tässä yhteiskunnallisessa keskustelussa, ja suorastaan yhteiskunnalliseksi liikkeeksi on kutsuttu Marraskuun liikettä, joka ryhtyi ajamaan uudistuksia eteenpäin.

Valtiosääntöoppineet ja eduskunnan oikeusasiamieskin ottivat kriittisessä sävyssä kantaa näihin kysymyksiin, ja suuri laitoskeskustelu käynnisti mittavan, monille oikeudenaloille ulottuneen lainuudistusprosessin.[19] Oi-

---

[17] Itse asiassa demokratiaperustelu rikosoikeudelliselle legaliteettiperiaatteelle jopa nimenomaisesti torjutaan, ks. *mt.*, 149–159. *Praeter legem* -kieltoa (kieltoa 'mennä lain ulkopuolelle') perustellaan ns. prognostisoitavuudella, millä tarkoitetaan rikoslain soveltamisen ennakoitavuutta kansalaisten näkökulmasta, eikä esim. heidän perusoikeuksiensa suojan tarpeella. *Mt.*, 223–229.

[18] Tuori, *Oikeus, valta ja demokratia*, 142–146.

[19] Tuori, *mt.*, 144, pitää eduskunnan oikeusasiamiehen lokakuussa 1968 antamaa päätöstä käänteentekevänä. Kyseessä oli uskonnonvapautta vankiloissa koskenut asia. Päätöksessä otettiin selvästi kantaa sen puolesta, ettei laitosvallan alaisuus voinut merkitä laitoksessa olevien perusoikeussuojan syrjäytymistä hallinnollisin, lakia alempiasteisin määräyksin. Päätöksestä ks. Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 1968, 21 ss.

keuksia saivat asteittain yhtä hyvin pakkolaitosvangit, mielisairaslain nojalla eristetyt kuin varusmiehet, koululaiset ja lapset. Monia vapautta rajoittavia hallinnollisia kontrolli- ja pakkojärjestelmiä joko purettiin tai niiden soveltamisalaa rajoitettiin, ja laitoksissa oleville luotiin oikeudellisia keinoja valittaa heitä koskevista päätöksistä.

1970- ja 80-lukujen monet merkittävät lainuudistukset tasoittivat näin ollen tietä perusoikeuksien laaja-alaisemmalle vaikutukselle oikeusjärjestelmään, kun perusoikeuksien ei enää katsottu väistyvän niin herkästi hallinnollisten määräysten tai vastaavien alempitasoisten normien tieltä. Samalla ehkä myös kaikkein kriittisin terä perusoikeusvaatimuksista taittui. Lienee kyse pohjoismaisille oikeus- ja yhteiskuntajärjestyksille tunnusomaisesta yhteiskuntakritiikin kanavoitumisesta reformeiksi, mitä vastaa oikeustieteen tasolla kriittisen oikeustutkimuksen lientyminen sitä mukaa, kun osoitettuja epäkohtia korjataan. Toisaalta kritiikin esittämisen näkökulmia on niin monia, että mahdollisuudet siihen eivät suinkaan ole ehtymässä, päinvastoin.

1980-luvulle tultaessa oli oikeustieteeseen hiipinyt epäilys sen suhteen, kuinka hyvin oikeus tavoitteellisena yhteiskunnallisena ohjausvälineenä oikeastaan oli tehokkaasti suunnattavissa erilaisiin yhä mutkikkaampiin maaleihin. Oli siten opittu olemaan kriittisempiä myös sen suhteen, missä määrin erilaisten yhteiskunnallisten ongelmien 'hoitaminen' tai 'ratkaiseminen' oikeudellisia sääntelyitä luomalla ylimalkaan oli kestävä ajatusmalli. Oikeustieteellinen kritiikki muuttui selvemmin refleksiiviseksi, oikeustieteen oman konstitutiivisen panoksen tiedostavaksi. Mm. sosiaalinen siviilioikeus, johon edellä viitattiin, ammensi laajasti tuon ajan oikeusteoriakeskusteluista. *Oikeudellistuminen* tuli uudeksi iskusanaksi, jolla kuvattiin paitsi kuvattua oikeuksien takaamista yhä eriytyneemmin ja yhä useammanlaisten ryhmien jäsenille, myös niitä ongelmia, joita oikeusjärjestyksen lisääntyvästä välineellisestä käytöstä saattoi yhteiskunnassa aiheutua.[20]

Perusoikeusuudistuksen yhteydessä 1990-luvulla kiinnostus perusoikeuksia kohtaan levisi nopeasti sellaisillekin oikeudenaloille, kuten rikos- ja prosessioikeuteen, joiden tutkimuksessa siitä oli harvemmin ollut puhetta. Perusoikeustutkimus nousi erityisesti valtiosääntöoikeuden piirissä jo siinä määrin muotiteemaksi, että erääät katsoivat aiheelliseksi varoitella suorastaan ylikuumenemisesta, olihan se jättämässä varjoonsa perinteisemmän valtio-

[20] Tala, "Keskustelua oikeudellistumisesta", teoksessa Tuori (toim.), *Teorioita oikeuden kehityksestä*. Helsinki 1988, 165–194.

sääntöoikeuden tehtävän, valtioelinten välisten suhteiden selvittämisen.[21] Kriittisissä puheenvuoroissa kiinnitettiin huomiota siihen, että joidenkin perusoikeustutkijoiden piirissä otettiin nimenomaiseksi tavoitteeksi perusoikeusulottuvuuden työstäminen koko oikeusjärjestyksen läpäisevänä sisällöllisenä ulottuvuutena, mihin liittyi tietty ylilyönnin vaara lähinnä sitä syystä, että perusoikeusjärjestelmä sittenkin saattoi olla liian yksinkertainen yhteys keskustella kaikista mahdollisista yhä selvemmin oikeudenaloiksi eriytyvän oikeusjärjestyksen sisältökysymyksistä ylimalkaan. Samalla saattoi valtiosääntöoikeuden tutkimuksen oma, itsenäinen tehtävä joutua hukkaan.

Osaksihan tavallisen lainsäädännön ja valtiosäännön perusoikeusluettelon suhde olisi voitu ymmärtää kokonaan toisinkin, sillä luonnollisista syistä aineellisen oikeuden edeltävä kehitys on toisinaan ollut suorastaan edellytyksenä sille, että perusoikeusnormistossa on voitu tunnistaa ja tunnustaa uusia oikeuksia. Aineellinen oikeus onkin toisinaan kulkenut, ainakin pitemmässä historian katsannossa, perusoikeuksien edellä. Perusoikeudet toki ovat voineet suunnata oikeuskehitystä tiettyyn mittaan, mutta toisaalta niillä on yleisesti myös saavutettua edistystä varmistava ja jopa suojaava rooli. Näiden kahden ulottuvuuden välillä voi puhua suorastaan eräänlaisesta omintakeisesta dialektiikasta, vastaavasta ilmiöstä kuin se, jonka Wilhelmsson löytää siviilioikeuden yleisten oppien ja aineellisen lainsäädännön suhteessa.[22]

Ajatellaan vaikkapa jo esillä ollutta rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta, *nullum crimen sine lege*, joka nousi vahvasti esiin valistusajattelussa 1700-luvulla vaatimuksena sitoa rikosoikeudellinen lainkäyttö säädettyihin lakeihin ja tehdä selkeä ero rangaistuksen ja hallinnollisen pakon käytön välillä. Laillisuusperiaatteen tunnustaminen onkin yksi oikeusvaltion keskeisimmistä tunnuspiirteistä, mutta tämä periaate on nostettu valtiosäännön tasolla esille Suomessa vasta viimeisimmän perusoikeusuudistuksen yhteydessä sen jälkeen, kun se ensin oli säännelty kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa, kuten KP-sopimuksessa ja EIS:ssä, ja sen jälkeen, kun siitä riippumatta merkittävä osa rikoslainsäädäntöä jo oli uudistettu ja kirjoitettu modernin lainsäädäntötekniikan mukaisesti.

Laillisuusperiaatteen hahmottuminen on merkinnyt tietyn oikeudellisen muodon tarkentumista: kyse on rikoslainsäädännölle ja rikosoikeudelle

[21] Husa, "Perusoikeudet valtiosääntöoikeudessa ja valtiosääntöoikeustieteessä", teoksessa Nieminen (toim.), *Perusoikeudet Suomessa*. Helsinki 1999, 273–307 ja Aarnio, "Kommentti vailla hermeneuttista kävelykeppiä". *Oikeus* 2000/3, 414–415.

[22] Wilhelmsson, *Social civilrätt*, Helsinki 1987, 31: "En framtidsinriktad rättsdogmatik arbetar ... inom ramen för dialektiken mellan det verkliga och det möjliga."

osana oikeusjärjestystä asetettavista vaatimuksista. Tuo muoto taas ei sinänsä estä rikosoikeuden järjestelmän tavoitteellista suuntaamista erityyppisten uhkien torjuntaan, vaan asettaa ainoastaan vaatimuksia sen suhteen, miten sääntely on toteutettava. Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate saa siten uudessa asetelmassa lisääntyvän painoarvon puitteiden antamisessa lainsäätäjän toiminnalle. Lainsäätäjään kohdistuvan velvoittavuuden avulla myös rikoslainsäädännön soveltamisen kontrolloitavuus paranee ja siten voidaan suojata yksilöiden oikeuksia rikosoikeuden normien niihin yleisesti kohdistuvilta vaikutuksilta. Valtiosääntöuudistus tavallaan vahvensi rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta rikosoikeuden sisäisellä tasolla, tuoden siihen uusia ulottuvuuksia. Tällainen dialektiikka edellyttää, että toisiinsa vaikuttavat kaksi normi- ja toimintatasoa eivät ole identtiset, vaan jollain olennaisella tavalla poikkeavat toisistaan.

Toisena, vieläkin dynaamisempana esimerkkinä voidaan mainita ympäristönsuojelulainsäädännön voimakas kehitys erityisesti 1980-luvulta lähtien. Kirjoitettujen perusoikeuksien tasolla 'oikeus ympäristöön' tunnustettiin vasta perusoikeusuudistuksen yhteydessä sen jälkeen, kun aineellisessa lainsäädännössä jo olennaisesti oli toteutettu ympäristönsuojelutoimia, ja kun ympäristöajattelu oli eräässä mielessä lyönyt itsensä jo läpi niin oikeustieteessä kuin muutenkin.[23] Oikeutta ympäristöön ei valtiosääntöisenä oikeutena kirjattu lakiin subjektiivisen perus*oikeuden* muodossa, vaan pikemminkin perus*velvollisuutena.* Tuollainen perusvelvollisuus on nyttemmin kirjattu perustuslain 20.1 §:ään. Näin luodun velvollisuuden sisältönä on kaikille kuuluva vastuu luonnosta ja sen monimuotoisuudesta, ympäristöstä ja kulttuuriperinnöstä. Saman säännöksen 2 momentin mukaan julkisella vallalla on tietty velvollisuus turvata jokaisen oikeuksia ympäristöön ja sitä koskevaan päätöksentekoon.

Ympäristö-perusoikeus onkin siten oikeutena muista perusoikeuksista poikkeava. Säännös ei tuota välittömästi subjektiivisia oikeuksia ympäristöön, eikä sitä helposti olisi sillä tavoin voitu kirjoittaakaan.[24] Toisaalta tästä seuraa se, että ympäristöperusoikeuden ja ympäristön- ja luonnonsuojelua toteuttavan lainsäädännön suhde määrittyy omintakeisesti, ainakin hie-

---

[23] Määttä, "Tieteenhistoriallisia näkökulmia ympäristöoikeudellisen tutkimuksen kehitykseen Suomessa ja Yhdysvalloissa", teoksessa *Juhlajulkaisu Erkki J. Hollo 1940 – 28/11 – 2000*, Helsinki 2000, 201–225. – Artikkelissa on mm. hyviä havaintoja siitä, kuinka ympäristöoikeuden kehitystarina on riippuvainen siitä, mistä näkökulmasta tarina kerrotaan.

[24] Ks. Vihervuoren esitystä aiheesta teoksessa Hallberg ym., *Perusoikeudet,* Helsinki 2000, 631–634.

nokseltaan toisin kuin muiden perusoikeuksien yhteydessä. Ympäristönsuojelulainsäädännöllä pikemminkin vahvistetaan tuota yksilön vastuuta ympäristöstä kuin rajoitetaan sitä. Ympäristösuojelulainsäädännön säätämisessä olennaisimmat perusoikeuskonfliktit liittynevätkin siihen, että tuon alan lainsäädännöllä usein rajoitetaan yksilön muita perusoikeuksia.

Ympäristöperusoikeussäännös on moniulotteinen. Sillä osoitetaan ympäristöetujen paikkaa perusoikeuksien järjestelmässä, ja eräässä mielessä näin myös luodaan valtiosäännön tasoinen tuki ympäristönsuojelua toteuttavalle lainsäädännölle. Perusoikeussäännöksen kriittinen, oikeusjärjestyksen kehitystä suuntaava funktio on niin ikään selvästi esillä, ja tämä on perusteltavissa ympäristöarvojen erityislaadulla. Oikeuksinakaan ympäristöoikeudet eivät rajaudu tässä ja nyt olevien oikeussubjektien oikeuksiksi, sillä jo kestävän kehityksen oppien mukaan tulevillakin sukupolvilla on oltava oikeuksia ympäristöön. Toimenpiteet luonnon monimuotoisuuden säilyttämiseksi merkitsevät juuri tällaisten oikeuksien turvaamista. Ympäristöperusoikeuksista ei toisaalta ole välttämätöntä vetää sitä johtopäätöstä, että velvollisuuksien suojelukohteella, luonnonympäristöllä, olisi oikeuksia siinä missä muillakin oikeussubjekteilla.[25] Ympäristöoikeus on silti eräässä mielessä *biosentrisen* (luontokeskeisen) ja *antroposentrisen* (ihmiskeskeisen) näkökulman rajapinnalla.

Ympäristöarvot ovat yhteiskunnassa tunnustettujen arvojen joukossa erityisen perustavanlaatuisia, sillä ilman ympäristön kohtuullista tilaa ei muistakaan arvoista voida kunnolla nauttia. Tämä perusoikeuksien merkityksen ja arvon vastaavanlainen keskinäiskytkentä on ympäristöoikeuden kohdalla erityisen ilmeinen, joskin myös muiden perusoikeuksien kohdalla voidaan havaita vastaavanlaista keskinäistä riippuvuutta. Valtiosääntöoikeudessa lienee yleensä ollut lähtökohtana käsitys, että perusoikeudet ymmärretään suppeasti, ikään kuin listana tietyistä erityisen tärkeistä, suojaa kaipaavista yksilön oikeuksista. Yhteiskuntafilosofisessa ja -teoreettisessa keskustelussa, kuten Habermasilla ja Rawlsilla, vastaavasti valtiosääntöiset perusoikeudet on ehkä otettu hieman väljemmin, ja selvitetty sitä, missä mielessä oikeusjärjestelmän ydinsisältö, 'oikeuksien järjestelmä', on välttämätön edellytys oikeuden oikeutukselle ylimalkaan.[26] Oikeus ympä-

[25] Keskustelusta erityisesti Kuusiniemi, "Luonnon oikeudet vai tulevien sukupolvien suojeleminen?" Teoksessa *Juhlajulkaisu Erkki J. Hollo 1940 – 28/11 – 2000*, Helsinki 2000, 149–169.

[26] Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M. 1992; Rawls, *Political Liberalism*, New York 1993.

ristöön perusoikeutena on hämmentävä siinäkin mielessä, että kyse on oikeastaan välttämättä 'jakamattomasta' ja kollektiivisesta oikeudesta, eikä sellainen oikeus jäsenny ongelmattomasti yksilön oikeudeksi ylimalkaan. Paitsi että ympäristö sellaisenaan ei ole suojeltavana hyvänä jaollinen, myöskään oikeuksien subjektit eivät ole tarkkaan määriteltävissä, mikäli mukaan otetaan mm. tulevien sukupolvien oikeudet. Ympäristöperusoikeussäännöksen lainsäätäjään kohdistuvan vaikutuksen ohella myös sen tulkintavaikutukseen liittyy erityisiä ongelmia.[27]

1970-luvulta virinnyttä kiinnostusta perusoikeuksiin ja perusoikeusjuridiikkaan voi pitää perusteltuna sen vuoksi, että erityisesti valtiosääntöinen tapa tarkastella 'kansalaisnäkökulmasta' yksilön perusoikeuksien välittömän sisällöllisen suojan kysymyksiä oli jäänyt niukaksi, kun tuomioistuimet eivät rohjenneet puuttua näihin kysymyksiin peläten sen merkitsevän lakien perustuslainmukaisuuden tutkimista, mitä valtaa heille ei ollut suotu. Perusoikeuksien sisältö välittömänä oikeudellisena turvana häipyi vielä Kastarin vuonna 1972 aiheesta laatimaan monografiaan sisältyvän esipuheen mukaan pohdintoihin valinnasta tavallisen lain ja perustuslain säätämisjärjestysten välillä. Tämä oli rajoittanut tuomioistuinten merkityksen hallitusmuodon perusoikeussäännösten tulkinnassa olemattomaksi.[28]

Oli luonnollista, että perusoikeusuudistus, jossa tavoiteltiin perusoikeuksien sisällöllisten suojaulottuvuuksien laajentumista ja pyrittiin ymmärtämään perusoikeudet tuomioistuimissa sisällöllistäkin suojaa saaviksi oikeuksiksi, edellytti perusoikeusjuridiikan merkittävää kehittämistä yhtä hyvin valtiosääntöoikeuden omassa tutkimusperinteessä kuin laajemminkin, valtiosäännön ja eri oikeudenalojen yhteyttä osoittamassa. On tosin arveltu, että perinteisen, suppean perusoikeusnäkemyksen (perusoikeudet velvoittavat valtiota vain passiivisuuteen, mutta eivät velvoita sitä aktiivisesti edistämään niiden toteutumista) aika olisi pian ollut ohi ilman perusoikeusuudistustakin.[29]

Jos toisaalta haluaa – hiukan epäortodoksisesti – etsiä kritiikin aihetta mahdollisesti jo liiallisesta perusoikeusorientaatiosta, ainakin muutamia pohdintoja siitäkin voisi esittää. Ehkäpä perusoikeudet eivät ole, keskei-

---

[27] Ks. Kuusiniemi, "Ympäristöperusoikeuden tulkintavaikutuksista", teoksessa *Länsineva – Viljanen* (toim.), Perusoikeuspuheenvuoroja, Turku 1998, 65–84 ja Ranta, *Varautumisperiaate ympäristöoikeudessa*, Helsinki 2001, 86–89, 94–95.

[28] Kastari, *Kansalaisvapauksien perustuslainturva*, Vammala 1972, VII–VIII.

[29] Karapuu, teoksessa Hallberg ym., *Perusoikeudet*, Helsinki 2000, 74–75.

syydestään huolimatta, niin voimakas prisma, että niiden lävitse voitaisiin mielekkäästi tarkastella kaikkia oikeudellisia kysymyksiä. Tämä juontuu jo perusoikeuksien luonteesta yksilön oikeuksien suojan ilmaisuna. Olisi keinotekoista pyrkiä tarkastelemaan esimerkiksi talouselämän ja markkinoiden toimintaa ja sen oikeudellista ohjausta yksinomaan perusoikeuksien kannalta, vaikkakin epäilemättä monelta osin on kyse 'perusoikeusrelevanteista' kysymyksistä. Tässä mielessä sosiaalinen siviilioikeus on osunut oikeaan: talous toimintaympäristönä poikkeaa sääntelykohteena siitä, mitä julkisen vallan käyttö tyypillisesti edustaa. Taloudellista valtaa on vaikea kahlita tukeutumalla yksityisautonomiaan pohjaaviin perusteisiin.

Perinteisen kotimaisen kannan mukaan varsinaisina perusoikeuksien haltijoina eivät edes tule kyseeseen esimerkiksi osakeyhtiöt, vaikkakin ne välillisesti saavat suojaa sitä kautta, että niiden omistajana viime kädessä on luonnollisia henkilöitä.[30] Esimerkiksi osakeyhtiöoikeus ei olekaan erityisen kiinnostavaa perusoikeusnäkökulmasta, vaikka sillä olisi ratkaisevakin merkitys talouselämän toiminnan ja siten välillisesti ihmisten toimeentulon, palveluiden saatavuuden, ja julkisen vallan toiminnan rahoituksen kannalta. Osakeyhtiöoikeudella luodaan oikeudellista infrastruktuuria taloudelliseen toimintaan, ja sen voi ainakin osaksi myös ymmärtää tietynlaiseksi yhteiskunnan itseorganisoitumisen muodoksi. Valtion tai sen perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta ei olekaan niinkään kiinnostavaa se, miten tuo organisoituminen konkreettisesti tapahtuu, vaan pikemminkin on olennaista, *että se tapahtuu*, ja että elinkeinonharjoittajat sen *ohella* ovat oikealla tavalla vastuussa toimintansa vaikutuksista, oli sitten kyse tuoteturvallisuudesta, kilpailun toteutumisesta markkinoilla,[31] toiminnan ympäristövaikutuksista, työsuojelusta tai vaikkapa ennakkoperinnästä, veroista ja maksuista.

Perusoikeusjärjestelmä on, etenkin alkuaan ja ytimeltään, liittynyt sellaiseen toimintaan kansalaisyhteiskunnassa, jossa julkisen vallan ja yksilöiden välinen suhde on olennaisinta. 'Toimivat markkinat' eivät ole tavallisen kansalaisen perusoikeus samalla tavoin, kuin hänen oikeutensa saada suojaa itse markkinoilla toimiessaan. Korkeintaan kansalaisella, tai oikeastaan: jokaisella, on oikeus vaatia valtiovallalta toimenpiteitä toimivien markkinoiden ylläpitämiseksi. Mutta tämä ei tee markkinoiden toiminnasta vielä täydellisesti julkisoikeutta, ainakaan perusoikeusluettelon tarkoittamassa mielessä. Oikeuksien järjestelmä ei tyhjenny perusoikeuksien järjestelmään.

---

[30] Ks. Viljanen, Veli-Pekka, teoksessa Hallberg ym., *Perusoikeudet*, Helsinki 2000, 117–120.

[31] Ks. tästä Aine, "Kilpailuoikeus ja perusoikeudet", *LM* 2001, 261–286.

Myöskään eräät kansalaisen ja valtion keskinäisen suhteen ydinalueetkaan eivät ole saaneet kovinkaan paljon huomiota perusoikeusnäkökulmasta. Esimerkiksi verotus kuuluu tällaisiin. Veronmaksuvelvollisuus ei ole kovin helposti tematisoitavissa perusoikeutena, vaikka asiallisesti tästä on kyse, kun verorahoja kerätään yhteiseksi hyväksi tulonsiirtoihin ja julkisen sektorin muihin menoihin. Onkin luonnollisempaa käsitellä mieluummin esimerkiksi sosiaalioikeudellisia kysymyksiä suoraan 'edunsaajien perusoikeusnäkökulmasta', ja määritellä niitä oikeuksien tasoja, joiden rahoituksesta valtion sitten tulee ikään kuin omilla toimillaan huolehtia. Sosiaaliset perusoikeudet, joista näissä oikeuksissa on kyse, taas tavallaan asettavat kehyksiä poliittiselle ja talouspoliittiselle päätöksenteolle.[32]

Perusoikeusjärjestelmään kehittyneet ja kerrostuneet uusien sukupolvien perusoikeudet ovat laajentaneet käsitystä siitä, mistä kaikesta oikeusjärjestyksessä voidaan puhua perusoikeuksina. Tämä on selvästi lieventänyt sitä skeptisyyttä, jolla yhteiskuntakriittiset, 'edistyksellisiksi' kutsuttavat piirit ovat suhtautuneet yksilön oikeuksista lähtevään tarkasteluun. Samalla voi tietysti kysyä, kyetäänkö esimerkiksi kriittistä oikeudellistumiskeskustelua tai ylimalkaan keskustelua sääntelyiden vaihtoehdoista (sääntelemättömyys mukaan luettuna) edes mielekkäästi käymään puhtaasta perusoikeusnäkökulmasta. Onko perusoikeusajattelulla mitään annettavaa esimerkiksi vaihtoehtoisen riidanratkaisun teemaan, joka on jatkuvasti elänyt eräässä mielessä oikeusjärjestelmän 'huokosissa'?[33]

Yksilön oikeuksista lähtevät oikeus- ja yhteiskuntateoriamallit, joihin perusoikeustarkastelut viime kädessä ovat yhteydessä, asettavat kovin monentyyppisesti kysymyksiä oikeuksien merkityksestä. Liberalistisessa perinteessä, kuten Lockella, yksilön vapaus ja persoona määrittävät sitä yksityistä aluetta, jolle valtiovallan ei ole syytä tunkeutua, mutta jonka suojaaminen jää silti valtiovallan tehtäväksi.[34] Liberalistisessa perinteessä yksilön oikeudet ymmärretään oikeuksiksi, joiden nojalla yksilö on moraalisesti oikeutettu esittämään tietynsisältöisiä vaateita.

Kotimaisessa perusoikeuskeskustelussa sävy on ollut toinen. Perusoikeudet ymmärretään oikeusjärjestyksen sisäisiksi, perustaviksi arvoiksi, joiden

---

[32] Sakslin, "Suomen hallitusmuodon sosiaaliset perusoikeudet – osa kansallista ja EU:n jäsenvaltioiden yhteistä valtiosääntöperinnettä", *LM* 5–6/1996, 900.

[33] Ks. Pohjonen (toim.), *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*. Helsinki 2001 ja Nuotio, "Mihin enää tuomaria tarvitaan?", *Oikeus* 1999:3, 198–215.

[34] Locke, *Tutkielma hallitusvallasta*, Tampere 1999, 66–86, 150–155.

takaaminen kuuluu valtiovallan tehtäviin. Perusoikeudet, joita laeilla rajoitetaan, ovat oikeusjärjestelmän perustaa, mutta eivät silti kovin vahvassa mielessä yksilön oikeuksia valtiovaltaa vastaan. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus selvittää perusoikeuksia pikemminkin systematisoivasta ja ymmärtävästä näkökulmasta, kuin yksilön oikeusturvan näkökulmasta, mihin edellä jo viitattiin. Valtiosääntöoikeudessa olennaisinta on, että lainsäädännön sisältämät perusoikeusrajoitukset yleisellä tasolla ovat justifioitavissa.

Systematisoiva tarkastelu saanee selityksensä siitä, että kotimaisessa valtiosääntöperinteessä institutionaaliset ratkaisut ovat rajanneet sellaisen 'konfliktiparadigman' kehittymistä, mitä vahva yksilöiden oikeuksien toteutumisen testaamismahdollisuus konkreettisissa jutuissa edellyttäisi. Tuomioistuimet ovat olleet varovaisia puuttumaan siihen, että eduskuntalait voisivat liian pitkälle kaventaa yksilön oikeuksia. Oireellista on, että edes viime vuosina paljon puhutusta 'perusoikeusmyönteisestä laintulkinnasta' on vaikea löytää esimerkkejä tuomioistuinkäytännössä.[35]

Tuomioistuinten varovaisuuden yhtenä syynä lienee se, että edelleenkin on epäselvää, mistä tuossa perusoikeusmyönteisessä laintulkinnassa oikeastaan on kyse. Jos eduskuntalaki kerran on läpäissyt ennakollisen valvonnan, ja toteuttaa perusoikeuksien hyväksyttävän rajoittamiskriteeristön, mihin perusoikeusmyönteinen, korjaava tulkinta sitten oikeastaan enää voidaan perustaa? Onko kyse *saman kriteeristön* uudelleen käyttämisestä, eli eduskunnan työn tarkastamisesta, vai saadaanko nyt perusoikeudet ottaa jollakin tavoin uudelleen käyttöön, ikään kuin laki ei olisi niitä juuri rajoittanut? Ilmeisesti kumpikin vastaus on periaatteessa mahdollinen. Erityisesti jälkimmäinen edellyttäisi, että lainsäädäntö mielletään ei perusoikeuksia yksinomaan *rajoittavaksi*, vaan niitä myös *järjestelmänä konkretisoivaksi*. Siinä tapauksessa ei olisikaan estettä katsoa perusoikeusmyönteisen laintulkinnan oikeastaan olevan yleinen perusoikeuksien toteuttamisen optimointikäsky. Jokaisen soveltamisratkaisun sisältävän laintulkinnan tulee olla hyväksyttävä tulkinta oikeusjärjestyksestä myös kokonaisuudesta siihen tapaan, kuin Dworkin puhuu oikeudesta 'eheytenä', integriteettinä, jonka tuomari parhaimmillaan tuottaa oikeudellisen materiaalin kaaokseen.[36]

Lainsäädännöllä lisäksi useinkin puututaan useampaan kuin yhteen perusoikeuteen, mikä vaikeuttaa selkeiden rajoituskriteerien esittämistä.

---

[35] Poikkeuksena mainittakoon KHO 1999:80, jota on kommentoinut Husa, *LM* 2001/1, 129–140.

[36] *Law's Empire*, London 1986, erit. luku 7.

Erityisen selvästi tämä tulee esille ratkaisutoiminnan tasolla, kun perusoikeuksia on punnittava toisiaan vastaan, ottaen lisäksi huomioon sovellettavan lainsäädännön erilaiset tavoitteelliset näkökohdat. Tästä syystä perusoikeusmyönteisen laintulkinnan problematiikka asettuukin, oikeastaan yllätyksettömästi, koskemaan sitä, voidaanko ratkaisutoiminnan yhteydessä tulkintavaihtoehdon valinnassa kiinnittää huomiota tulkintojen perusoikeusulottuvuuksiin.[37] Tietysti myös tulkintavaihtoehtojen konstruoinnin voi sanoa ilmentävän osaltaan perusoikeusajattelua, sillä perusoikeudethan luovat tavallaan sen oikeudellisen 'tilan', jossa kaikki tulkinta ja soveltaminen tapahtuu.

Perusoikeusjärjestelmä on säilynyt luonteeltaan symbolisena ehkäpä siksi, että sen toteutumisen tehokkaampi valvonta merkitsisi tuomioistuinten valtiosääntöisten tehtävien lisääntymistä ja itse asiassa demokraattisen lainsäätäjän vallan kaventumista.[38] Kyse on oikeastaan demokraattisen lainsäätäjän poliittisen mandaatin rajoista: nykyistä vahvempi perusoikeuksien toteutumisen valvonta merkitsisi lähinnä siirtymää demokraattisen päätöksenteon tulosten 'republikanistisen' kontrollin suuntaan. Silloin oikeusjärjestys olisi johdonmukaisesti hahmotettava sellaiseksi valtion kansalaisten yhteiseksi projektiksi, jonka pääsisällöt ja tavoitteet on asetettu valtiosäännössä. Valtiosääntö ei siten olisikaan demokraattisen oikeusvaltion prosessuaalisten muotojen järjestämistä, vaan luonnehtisi valtiossa elämisen projektia myös sisällöllisessä suhteessa. Perusoikeuksien toteutumisesta huolehtiminen keskeisesti oikeus- ja hallintoviranomaisten toimin, konfliktiparadigmaa ilmentäen, puolestaan ruokkisi 'tuomarivaltiokehitystä'.[39]

---

[37] Ks. hallintotoiminnan osalta esim. Ilveskivi, *Perusoikeudet sosiaaliturvalainsäädännön toimeenpanossa*. Helsinki 2000, 138–171.

[38] Erityisesti sosiaalisten oikeuksien suhteen on kiinnitetty huomiota siihen, että kansalaisten oikeusturvakeinot ovat edelleen puutteelliset, mikä voi estää tehokkaan vetoamisen tällaiseen oikeuteen viranomaisessa. Tätä seikkaa on kuitenkin pidetty periaatteessa korjattavissa olevana, kun sosiaalisten oikeuksien oikeussuojakeinoja hiljalleen kehitetään. Ks. Sakslin, "Sosiaaliset oikeudet ja perustuslaki", teoksessa Nieminen (toim.), *Perusoikeudet Suomessa*. Helsinki 1999, 251–254.

[39] Jyränki on kiinnittänyt huomiota siihen, että perusoikeuksien toteutumista ei voi arvioida ainoastaan perusoikeussäännöstöä katsomalla, vaan tarkasteluun on otettava oikeusjärjestys kokonaisuutena. Hänen kantansa mukaisesti todellinen perusoikeuksien toteutumisen taso on siten oikeastaan melko pitkälle riippumaton valtiosäännön tason perusoikeusnormistosta. Tästä syystä myöskään vuoden 1995 perusoikeusuudistus ei näyttäydy niin ratkaisevana, kuin olisi, jos asiaa katsottaisiin suppeammasta, valtiosääntöoikeuteen rajautuvasta näkökulmasta. Ks. Jyränki, *Valta ja vapaus*. Helsinki 1994, 194–197.

Joka tapauksessa lienee selvää, että perusoikeusajattelulla on epäsuorasti huomattavasti kytkentöjä koko valtiojärjestyksen tason institutionaalisiin kysymyksiin, ja muutokset perusoikeuksien toteuttamistavassa heijastuvat väistämättä myös tähän herkkään järjestelmään. Perusoikeuksista toivoisikin nykyistä enemmän myös tätä valottavaa, politiikan teoriaa ja valtioteoriaa lähemmin hyödyntävää tutkimusta, jossa vastaavasti näiden teorioiden perusoletuksia voitaisiin testata ennakkoluulottomasti. Lienee tunnustettava sekin tosiasia, että jos ei oikeusjärjestys, niin eipä valtiokaan ei voi olla muuttumaton luomus.

3. Postmodernia nyky-yhteiskunnan oikeuden teoriaa

Perusoikeusajattelu on kiistattomasta merkityksestään huolimatta tietyllä tapaa uudestaan kaventamassa juridisia tarkastelukulmia, vaikka aihetta olisi pikemminkin niitä laajentaa. Voisi mainita vaikkapa Karl-Heinz Ladeurin postmodernistisen oikeusteorian, jossa habermaslaista, perusoikeuksien ja diskurssiteorian varaan rakennettua oikeusvaltion teoriaa arvostellaan paljolti juuri siitä, ettei oikeusjärjestyksen kompleksisuudelle voida tehdä täyttä oikeutta, mikäli oikeuden lähteet tällä tavoin paikannetaan kansalaisyhteiskunnan tasolla käytävässä julkiseen keskusteluun.[40] Tämäntapainen supistaminen oikeuden normatiivisen legitimaation perusehtojen osoittamiseen johtaisi siten siihen, ettei oikeuden olennaisia yhteiskunnallisia tehtäviä havainnoida riittävällä tarkkuudella, ja samalla ajaudutaan eräänlaiseen hybrikseen sen suhteen, että valtion uskotaan oikeudellaan olennaisesti ohjaavan yhteiskuntaa ja tuottavan näin siihen sen tarvitseman järjestyksen. Postmodernille teoreetikolle se mahdollisuus, että yhteiskuntaa edes voidaan tarkastella kokoavasta ja yhtenäisestä perspektiivistä, on poissuljettu. Ladeurin mallissa oikeus toimii yhteiskunnassa, joka jo itsessäänkin toimii ja on järjestäytynyt, eikä yhteiskunta ole mikään atomistinen, ihmisistä ja heidän suhteistaan koostuva koneisto, vaan tietynlainen yhteistoimintaan suuntautuva suhdeverkosto, jossa kukin näkee tuon verkoston omalta kannaltaan.

Ladeurin kannalta katsottuna oikeus ei ylimalkaan voikaan tehokkaasti ulottua joka paikkaan, eikä tämä olisi tarpeellistakaan. Oikeuden rooli rajoittuukin varsin pitkälle puitteiden luomiseen. Oikeus olisi siten yhteis-

---

[40] *Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung.* 2. Aufl. Berlin 1995.

kunnallisen itseorganisoitumisen väline.[41] Oikeus muistuttaa tämän mukaan taloutta siinä mielessä, että se toimii yhteiskunnassa verkostomaisesti, markkinoiden tavoin, eikä oikeuttakaan voi yhdestä pisteestä ohjata ja komentaa. Sen vuoksi oikeuskaan ei voi välittömästi tavoittaa mitään selkeitä yhteiskunnallisia vaikutuksia, vaan nuo vaikutukset väistämättä hajoavat yhteiskuntaan sellaisella tavalla, ettei niitä voi enää koota yhteen. Oikeus olisi siten jonkinlainen hyvin monimutkainen päätöksentekojärjestelmä, joka luo puitteita yhteiskunnan toiminnalle, mutta jonka oma myötävaikutus yhteiskunnallisen järjestyksen tuottamiseen ei ole ratkaiseva. Nyky-yhteiskunnassa pikemminkin moninaiset muut keskinäiset riippuvuudet takaavat sen, että yhteiskunta ei romahda kaaokseen.

Ladeurin visiossa oikeuden oikeutus, jos sellaista edes voidaan kysyä, liittyy siihen, kuinka hyvin oikeudelliset järjestelyt ottavat huomioon sääntelykohteiden kompleksisuuden, eikä tätä oikeuteen väistämättä kasautuvaa kompleksisuutta ole mielekästä pyrkiä redusoimaan esimerkiksi yksinkertaistaviksi perusoikeusdebateiksi. Oikeudelliset ongelmat ovat usein kohdetta koskevan tiedon ongelmia. Esimerkiksi ympäristönsuojelua koskevat hallintopäätökset olisi kyettävä perustamaan tarkkaan tietoon noiden päätösten vaikutuksista, eikä tuollaisen tiedon saatavuus aina ole niinkään ilmeistä.[42]

Poliittiselta kannalta Ladeurin teoriassa on jo konservatismin ja uusliberalismin piirteitä, joskin hänen teoriansa luokittelu tälläkin tavoin olisi ongelmallista. Yhtä hyvin voisi sanoa, että Ladeur on hyvinvointivaltion teoreetikko, joka ei hyväksy hyvinvointivaltiollisuuden käyttöä legitimoimaan sellaista valtion tehtäviensä hoitoa, jossa siitä, kuinka hyvin tavoitteita saavutetaan, ei ole takeita. Hyvinvointivaltiollisuuden ilmentymät oikeusjärjestyksessä eivät siten olekaan automaattisesti merkinneet sitä, että oikeuden mielekäs suhde kohteeseensa olisi siten tullut turvatuksi. Ladeurin teorian kannalta esimerkiksi sosiaalinen siviilioikeus olisi tulkinnut koko lailla väärin sen tavan, jolla sosiaalista hyvinvointivaltiota voidaan jälkimodernissa yhteiskunnassa puolustaa. Sosiaalisen siviilioikeuden ideologiset painotukset merkitsevät sitä, ettei tuollaisesta 'korjaavan oikeudenmukaisuuden' edellyttämästä toimenpiteestä aiheutuvaa kustannusvaikutusta tarvitse ottaa lainkaan esille. Sosiaalisessa siviilioikeudessa ymmärretään kyllä,

---

[41] Ladeur, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*. Tübingen 2000.

[42] Ladeur, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*. Berlin 1995.

että oikeudenmukaisuuden edellyttämistä korjaavista oikeusinstituuteista seuraa järjestelmän perusperiaatteiden vaarantumista ja markkinahäiriöitäkin, mutta sosiaalinen siviilioikeus hyväksyy tällaiset ongelmat oikeuden kohonneen 'tarverationaalisuuden' nimissä, kiinnittämättä niihin erityistä huomiota.[43]

Ladeurin teoria ansaitsee tässä tulla mainituksi lähinnä siitä syystä, että 1990-luvun oikeusteoreettisessa ajattelussa on ollut esillä runsaasti sellaisiakin suuntauksia, joiden valossa ihmis- ja perusoikeusajattelun vahvistuminen ei samalla tavalla näytäkään niin relevantilta edistysaskelelta, vaan jopa voisi rajoittaa oikeudesta ja yhteiskunnasta tehtäviä havaintoja. Ladeurin tapaisten, epäilemättä systeemiteoriasta vaikutteita saaneiden ajatusten tietty vahvuus ja oivaltavuus tulee vieläkin selvemmin esille, kun tuonnempana siirrytään kolmanteen Suomen oikeuskehityksen kannalta kiintoisaan ulottuvuuteen, eurooppalaistumiseen.

Kotimaisen viimeaikaisen siviilioikeudellisen teoriakeskustelun painopisteitä on ollut perusoikeusulottuvuuden merkityksen osoittaminen myös sen alueella. Erityisen vahvasti tällaista leimaa on Juha Pöyhösen Uudessa varallisuusoikeudessa (2000). Ladeurin kritiikin kannalta Pöyhösen teoriamallin tekee kiinnostavaksi se, että näennäisestä erisuuntaisuudesta huolimatta intentiot osin myös yhtyvät. Pöyhönen hakee perusoikeuksien järjestelmästä tyydyttävämpää oikeutusperustaa varallisuusoikeudelle kuin mitä liberalistinen, vapauksia korostava individualistinen paradigma on sallinut.

Varallisuusoikeuden taustana ja justifikaatioehtona olevan perusoikeusajattelun on Pöyhösen mallissa väistämättä oltava laajempi ja ideaalisempi kuin mitä perusoikeusnormisto on yksittäisten perusoikeusnormien luettelona. Pöyhösen onkin tarpeen esittää perusoikeuksista hyvin laaja, yleistävä ja systematisoiva tulkinta, jotta noin tulkittu perusoikeusjärjestelmä sittenkin voisi yltää tuottamaan tarvittavaa justifikaatiota myös varallisuusoikeuteen, joka on varsin etäällä perinteisistä julkisen vallankäytön rajoihin liittyvistä kysymyksistä. Pöyhösen siirtona ei siten olekaan pyrkiä *rajoittamaan* justifikaatiokysymysten esiin nostamista, kuten Ladeur oikeastaan esittää, vaan pikemminkin *muuntaa* sitä tapaa, jolla perusoikeudet voivat

[43] Oikeustaloustieteellisessä tutkimuksessa on kiinnitetty huomiota erityisesti tähän 'kääntöpuoleen', markkinoiden reaktioihin. Ehkä yllättäenkin on havaittu, että sosiaalisen siviilioikeuden propagoimat oikeusinstituutiot voidaan pääosin perustella myös taloudellisen tehokkuuden näkökulmasta. Ks. esim. keskustelua Häyhä, "Oikeustaloustiede ja sopimusoikeus", teoksessa Kanniainen – Määttä (toim.), *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*. Tampere 1996, 160–191.

tuota justifikaatiota tuottaa. Tämä luonnollisesti on edellyttänyt ensin yksinomaan vapauteen palautuvan justifikaation hylkäämistä, kun taas Ladeur pitäisi edelleen yksilönvapautta myös sopimusoikeuden lähtökohtana.

Mitä edellä sanottiin *systematisoivasta* perusoikeuksien tarkastelutavasta, pätee erityisen selvästi juuri Pöyhösen uuteen varallisuusoikeuteen. Sen perusoikeusnäkökulma ei vähimmässäkään määrin ole konfliktihakuinen, yksilön oikeuksien tehokkaan puolustamisen sanelema, vaan pikemminkin ymmärtävä ja tulkitseva. Se monitasoinen oikeuksien sukupolvien ja kehitysvaiheiden erottelu, joka valtiosääntöoikeudessa kuuluu arkeen, häivytetään systematisoivalla tarkastelulla tarkoituksellisesti taka-alalle. Perinteinen varallisuusoikeuden systeemi perustui yksityisautonomian ja vapauden suojaan, joten se luki perusoikeusjärjestelmää valikoivasti. Systematisointi merkitseekin nyt varallisuusoikeuden avaamista myös uusille perusoikeuksille.

Uudessa varallisuusoikeudessa on kyse uudenlaisesta oikeudenalasystematiikasta, eikä tarkastelussa olekaan ratkaisutoiminnan taso keskeisintä. Lähdetään siitä, että kun oivalletaan oikeusjärjestyksen perustan systemaattinen yhteys ja perusoikeuksia uudessa varallisuusoikeudessa välittävät periaatteet, perusoikeusnäkökulma kuin itsestään asettuu luontevaksi osaksi kaikkia varallisuusoikeudellisia tarkasteluita. Perusoikeusmyönteinen systematisointi ei etene perusoikeusmyönteisen lainsoveltamisen kautta, odotellen kärsivällisesti tämän suuntaisia impulsseja ratkaisutoiminnasta, vaan varallisuusoikeuden perustat korjataan suoraan lainopin keinoin vastaamaan uutta perusoikeustilaa. Uudessa varallisuusoikeudessa ollaan kuitenkin tietoisia siitä, että oikeudelliset ratkaisut *eivät saa perustua luokitteluun*, vaan *tilanneherkkä tarkastelu* edellyttää käytännössä sitä, että lainoppi, erityisesti mitä tulee ns. päällekkäisongelmiin, sallii erilaisten normien yhteisvaikutustilanteiden joustavan käsittelyn. Näin luodaan tilaa sille ulottuvuudelle, mitä Pöyhönen itse kutsuu uuden varallisuusoikeuden keskeisimmäksi, nimittäin toteuttamisulottuvuudeksi.[44]

Pöyhösen malli on selvästikin viritetty siten, että oikeuskehityksen viimeisimmätkin uutuudet voidaan ottaa sen piiriin. Itse asiassa aineellisen lainsäädännön kehitys ja sen oikeudenalakohtaiset tulkinnat pikemminkin pyritään yleistämään ja kokoamaan perusoikeustarkasteluksi sen sijaan, että lähtökohtana olisi perinteinen valtiosääntöinen perusoikeuskeskustelu. Varallisuusoikeuden järjestelmää tarkastellaan eräässä mielessä selvemmin

[44] *Mt.*, 192.

perusoikeuksien, tai oikeastaan tietynlaisten perusoikeuspositioiden[45] verkon konkretisointina ja täsmennyksenä, kuin valtiosääntöoikeudellisesta näkökulmasta, jossa perusoikeudet nähdään pikemminkin säädännäistä oikeutta ja lainsäädäntöä edeltävinä oikeuksina, joihin lainsäädännöllä tuotetaan rajoituksia. Pöyhösen mallia ei, sen rajoituksista lähtien, myöskään voi moittia siitä, että perusoikeuskorostus johtaisi liialliseen idealismiin, erityisesti kommunikatiivisen rationaalisuuden järjestävään voimaan luottamiseen, mikä Habermasilla voi tulla ongelmaksi.

Toisaalta Pöyhösen mallin ongelmana voi pitää yhtäältä sitä, että siviilioikeuttakin tulkitaan kuin se olisi jollain tavalla hiljaisesti julkisoikeutta, ja toisaalta sitä, että siviilioikeuden merkitystä näin etäännytetään niistä toimintakäytännöistä, joista käytännön sopimustoiminta ynnä muu vastaava koostuu. Ladeurin näkökulmasta systematisoivakin perusoikeusnäkökulma sittenkin tukeutuu liiaksi yhden kokoavan oikeusperustojen tarkastelun mahdollisuuteen, eikä yhteiskunnan toiminnan konkreettisia sääntelykysymyksiä erotella riittävästi. Hyvinvointivaltio säilyy Pöyhösellekin supervaltiona, joka kykenee periaatteessa toteuttamaan oikeuden kautta sen piirin kuuluvien perusoikeudet. Perusoikeuskorostus antaa aiheen pitää Pöyhöstä poliittiselta valtiosääntösilmältään enemmänkin republikaanina kuin demokraattina.

4. Suomen oikeuden eurooppalaistuminen

Ihmisoikeusajattelun vahvistuminen EIS:een liittymisen myötä merkitsi jo oikeastaan, kuten edellä tarkemmin oli esillä, useammallakin tasolla kotimaisen oikeuden avautumista kansainvälisen oikeuden suuntaan. Kansainvälisessä oikeudessa ihmisoikeussopimukset ovat merkinneet yksilöiden merkityksen korostumista, vaikka kyse edelleen selvästi onkin nimenomaan jäsenvaltioiden velvollisuudesta taata niiden toimivallan piirissä oleville suojattu oikeusasema. EIS ei kuitenkaan ole mikä tahansa kansainvälis-oikeudellinen instrumentti, vaan sillä on leimallisesti eurooppalainen luonne. Eurooppalaista 'ihmisoikeusyhdentymistä' voikin pitää eurooppalaisen integraation pehmeänä ulottuvuutena, kovan eli taloudellisen integraation rinnalla.

Kuten tunnetaan, Suomen tie kovan integraation alueella on vaiheikas. Suomihan oli 1960-luvulta lähtien mukana EFTA-maiden yhteistyössä.

[45] *Mt.*, 184–185.

1970-luvulta lähtien EFTA:n merkitys hiipui, kun sen jäsenmaita siirtyi voimistuvaan EEC:hen. Suomella oli yhteistyötä myös EEC:n kanssa, mutta muodollisesti pysyttiin sen jäsenyyden ulkopuolella. Käytännössä jo Suomen yhteistyösopimukset kuitenkin merkitsivät sitä, että kotimaisessa oikeudessa oli markkinoita ja kauppaa koskevissa sääntelyissä seurattava melko pitkälle sitä, miten EEC:n oikeus kehittyi. Vuoden 1992 ETA-sopimus vahvisti entisestään tuota sidosta. Sehän johti jo siihen, että merkittävä osa EY:n oikeudesta tuli käytännössä Suomea (samoin kuin mm. Itävaltaa, Ruotsia ja Norjaa) sitovaksi.[46]

Yhtenäisasiakirja, 'Single European Act' (1986), jolla EEC:stä muodostettiin Euroopan yhteisö EY (tarkkaan ottaen Euroopan yhteisöt) erikseen määriteltyine poliittisine tavoitteineen, merkitsi yhtä uutta askelta taloudellisen integraation läpiviemiseksi, mutta jo ennen kuin tuo sopimus oli saatu kokoon, tähyttiin EY:n ja jäsenmaidenkin piirissä taas jo seuraavaan vaiheeseen.[47] Maastrichtin sopimusmuutoksilla (1992) vastaavasti EY:stä tuli Euroopan unioni, kun yhteismarkkinoiden luomista toteuttavasta EY jäi vain yhdeksi eurooppalaisen integraation ulottuvuudeksi sen jälkeen, kun Rooman sopimukseen oli liitetty sopimusmääräykset puolustusasioiden ja oikeus- ja sisäasioiden yhteistyöstä hallitustenvälisellä tasolla.

Suomen ja Ruotsin liittyessä jäseneksi Maastrichtin sopimuksen määrittelemään Euroopan Unioniin vuonna 1995 kummallakin näistä maista oli jo takanaan vuosikymmenten osallistuminen eurooppalaiseen talouden alan yhteistyöhön ilman vahvaa poliittista liittoutumista. Nyt oli aika tulla mukaan yhteisen pöydän ääreen vaikuttamaan EU:n piirissä tehtävien ratkaisujen sisältöön. Norja jäi edelleen EU:n ulkopuolelle, mutta – samalla tavoin kuin Suomi jo aikaisempien sopimustensa pohjalta – oli silti velvollinen pääosin sopeuttamaan oikeuttaan yhteismarkkinoiden edellyttämään yhteisön lainsäädäntöön.

Suomelle EU jäsenyys merkitsi olennaisesti muuttunutta oikeudellista suhdetta EY/EU-oikeuteen. Liittymällä jäseneksi Suomi otti EY:n jo melko kehittyneen oikeusjärjestelmän, erityisesti sen ns. suoraan sovellettavan oikeuden, kokonaisuutena osaksi omaa valtionsisäistä oikeusjärjestystään,

---

[46] Joutsamo, *Valvonta-, oikeussuoja- ja riitojen ratkaisukysymykset ETA:n organisaatiossa*. Turku 1992.

[47] Nugent, *The Government and Politics of the European Union*. Third Edition. Durham 1994, 57–81,

ja alistui sille, että Suomen valtio saattoi joutua EY:n tuomioistuimessa vastuuseen laiminlyönneistään yhteisön oikeuden kansallisessa toimeenpanossa. Kotimaisetkin tuomioistuimet joutuivat nyt paitsi soveltamaan EY:n oikeutta, myös ratkaisemaan sellaisia tilanteita, joissa kotimaisen oikeuden sisältämät määräykset saattoivat olla EY:n oikeuden kanssa ristiriidassa. Tärkeäksi ennakolliseksi yhteensovittamisjärjestelyksi oli luotu mahdollisuus, tai velvollisuuskin, hakea ennen jutun lopullista ratkaisua EY:n tuomioistuimelta ennakkoratkaisu siitä, mitä EY:n oikeus edellytti annettavan ratkaisun sisällöltä.

EY-jäsenyys edellytti kotimaisilta lakia soveltavilta viranomaisilta aivan uudella tavalla alkuperältään vieraan oikeuden osaamista. Vastaavalla tavoin, kuin jo ihmisoikeusvelvoitteiden suhteen oli ollut asianlaita, EY:n-kään oikeuden sisältö ei ollut selvitettävissä ainoastaan sopimusmääräyksiin tutustumalla, vaan tämä edellytti viranomaisilta EY:n oikeusjärjestyksen sisältöä tulkitsevan EY:n tuomioistuimen tulkintakäytännön tuntemusta.

Oikeusteoreettiselta kannalta haasteena voikin pitää sellaisen kotimaista oikeusjärjestystä koskevan mallin luomista, jossa myös EY-oikeuden moninaiset vaikutusmekanismit olisi otettu huomioon. EY-oikeuden tutkimuksen puolella tätä työtä on jo tehty,[48] mutta laajemmasta kotimaisen oikeusteorian näkökulmasta työ on vielä kesken.

Kansainvälisen oikeuden tuntemiin kansainvälisiin järjestöihin verrattuna EY/EU:n erityispiirteisiin kuuluu ehdottomasti sen kehittynyt oikeudellisten ohjausinstrumenttien käyttö ja sitä tukeva vahva, ylikansallinen tuomioistuin. EY/EU:n kansainvälisoikeudellinen perusta on jäsenvaltioita sitovassa kansainvälisessä sopimuksessa, joita siis on ollut jo lukuisia, mistä syystä voisi puhua suorastaan sopimusverkostosta yhden sopimuksen sijasta. Euroopan unionia ja sen oikeutta ei enää kuitenkaan ole aivan helppoa lähestyä pelkästään kansainvälisen oikeuden pohjalta. Tavallisiin kansainvälisiin organisaatioihin verrattuna EU:n oikeus on huomattavan kehittynyttä. Kyse on jossakin mielessä erillisestä ja erityisestä oikeusjärjestyksestä, jota ei kuitenkaan oikeastaan voi, ainakaan enää, edes tarkastella kansallisista oikeusjärjestelmistä erillisenä, EU:n oikeus kun on myöskin osa jäsenvaltioiden oikeutta. Parhaiten tätä voinee kuvata näkökulmien erona: oikeutta voidaan katsoa joko kansallisen oikeuden tai eurooppaoikeuden näkökulmasta, ja kummastakin näkökulmasta 'toinen' jä-

[48] Erityisesti Ojanen, *The European Way*, Helsinki 1998.

sentyy ehkä hienokseltaan eri tavalla. Muistamme sen, kuinka Kelsen kuvasi valtionsisäisen ja kansainvälisen oikeuden suhteen monistisesti, tiedolliselta kannalta, vastaavalla tavalla.[49] Kahden oikeusjärjestyksen yhteensovittaminen, tai ainakin avointen ristiriitaisuuksien välttäminen, tuottaa luonnollisesti erityisiä ongelmia, eikä tilannetta helpota se, jos oikeusjärjestysten keskinäistä suhdetta on hankalaa tarkkaan kuvata.[50]

EU:n oikeus on kaiken lisäksi sekin ollut jatkuvassa kehityksen ja muutoksen tilassa. Perussopimusten määräyksiä on muutettu muutaman vuoden välein. Viimeksi merkittäviä EU:n oikeuteen heijastuvia muutoksia seurasi Amsterdamin sopimuksesta (1997), missä paitsi otettiin erillinen *Schengen*-säännöstö osaksi EY/EU-oikeutta, myös selvästi laajennettiin ja oikeudellistettiin kolmannen pilarin alaan kuuluvaa yhteistyötä. Euroopan integraation projekti on näin saanut uusia painotuksia, kun yhteismarkkinoiden luomiseen sinänsä yhteydessä olevat, kansalaisten ja EU:n alueella laillisesti oleskelevien henkilöiden vapaaseen liikkuvuuteen välillisesti liittyvät turvallisuus- ja kontrollikysymykset ovat entistä selvemmin esillä. Erityistä huomiota kiinnittää se, että kolmannen pilarin yhteistyön luonne on saanut uusia sävyjä sen myötä, että vaikka kyse onkin edelleen hallitustenvälisestä yhteistyöstä, yhteisölliset piirteet ovat senkin alueella korostuneet. Yhteisön ylikansallisilla elimillä, kuten komissiolla ja EY:n tuomioistuimella, on selvästi aikaisempaa enemmän toimivaltaa kolmannen pilarin piirissä, ja myös yhteistyön edistämiseksi tarpeelliset oikeudelliset ohjausinstrumentit ovat oikeudellisesti aikaisempaa sitovampia ja velvoittavampia. Erityisesti rikosoikeudellisten säännösten lähentämisessä käytettävät puitepäätökset ovat jo luonteeltaan hyvin lähellä yhteisöpilarin piirissä tunnettuja direktiivejä. Kolmannen pilarin yhteistyössä tietynlaiseksi kattokäsitteeksi on muodostumassa *eurooppalaisen oikeusalueen (Area of Peace, Security and Justice)* luominen.[51]

---

[49] *Puhdas oikeusoppi*. Porvoo, Helsinki 1968, 343–359. Eurooppaoikeuden osalta ks. myös Richmond, "Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law". *Law & Philosophy*, Vol 16, No. 4 (1997), 377–420.

[50] Tämä koskee erityisesti sitä aluetta, jolla yhteisöllä ja kansallisella lainsäätäjällä on rinnakkainen toimivalta. Ks. Helander, "EY:n perusoikeussuojan ulottuvuudesta". *LM* 4/1996, 596–610, erit. 597.

[51] Ks. esim. Twomey, "Constructing a Secure Space: The Area of Freedom, Security and Justice", teoksessa O'Keeffe, Twomey (Ed.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*. Oxford 1999, 351–374 ja Nuotio, "Eurooppalaistuva rikosoikeus – rikosoikeudellistuva Eurooppa". *DL* 4/2001, 686–699.

EY:n oikeus ulottaa jo vaikutuksensa, suoraan tai välillisesti, useimmille kotimaisen oikeuden lohkoille. Suurimmaksi osaksi tuo vaikutus välittyy sellaisten instrumenttien, kuten direktiivien, kautta, jotka pääsääntöisesti vaikutuksiltaan edellyttävät erillistä muuntamista lainsäädäntötoimin kansallisen oikeuden osaksi. Näissä tapauksissa direktiivin itsensä ja muun eurooppaoikeuden merkitys jää sitä kansallisesti täytäntöönpanevan lainsäädännön tulkinnan tasolle. Oikeuskehitykseen suhteutettuna voi sanoa, että näissä tapauksissa on ennen muuta kyse siitä, että kotimainen lainsäätäjä on sidottu eurooppaoikeudellisiin velvoitteisiin, joista ei siten voida poiketa ilman sitä riskiä, että valtio joutuu laiminlyönneistään vastuuseen. Tavallinen kansalainen ei oikeastaan juurikaan havaitse tätä yksinomaista kotimaista lainsäädäntövaltaa kaventavaa taustamekanismia, koska kansallisesti sovellettava lainsäädäntö edelleen löytyy kotimaisista lähteistä ja sen sisältö pääosin on selvitettävissä perinteisillä tavoilla, kansallisen esityömateriaalin ja oikeuskäytännön valossa.

Suomen oikeuden eurooppalaistumista voi kuitenkin tarkastella myös hieman toisella tasolla. Kansallisesti sovellettavan oikeuden laatu ja luonne useinkin muuttuu siitä syystä, että valtio alkaa osallistua tiiviiseen valtioidenväliseen yhteistyöhön, etenkin silloin, kun tämä yhteistyö johtaa suorastaan ylikansallisten lainsäädäntö- ja tuomioistuinelinten perustamiseen. Valtion viranomaisten tehtävät muuttuvat, ja samoin viranomaisten keskinäinen tehtävienjako. Näiden menettelyiden tuloksena myös oikeus laadullisesti muuttuu. Kotimaisenkin oikeuden kohdalla voi havaita tiettyä lainsäädännön teknistymistä, yksityiskohtaistumista ja erilaisten lainsäädännön sisäisten teknisten viittausten lisääntymistä siinä yhteydessä, kun Suomen on ollut nopeassa tahdissa saatettava lainsäädäntönsä ns. *acquis communautairen* tasalle.

Eurooppaoikeudessa tietty omintakeinen oikeudellisen kielen kirjoitustapa on yhteydessä siihen projektiin, johon tuo oikeus liittyy. Yhteismarkkinoiden toteuttaminen edellyttää huomattavan paljon lainsäädännön harmonisointitoimia sellaisilla aloilla, joilla oikeudella ei ole välttämättä erityisen suoria liittymäkohtia kansalaisten perus- ja ihmisoikeuksiin tai muihin moraalisesti erityisen herkkiin kysymyksiin. Kun normien adressaattina ovat hallintoviranomaiset, tällaista kehitystä voi pitää varsin luonnollisena.

Toisaalta myös Euroopan unioni on ollut jo pitkään jatkuvassa muutoksen tilassa. EY:n tuomioistuimen käytännössä ja sittemmin myös muutoin on pyritty ilmaisemaan EY:n oikeuden keskeisiä periaatteita sellaisin tavoin, että EY:n oikeusjärjestyksen 'valtiosääntöiset' perusoikeusulottu-

vuudet vahvistuisivat. Keskeisimpinä tunnusmerkkeinä voi mainita ihmisoikeuksien tunnustamisen osaksi EY:n oikeutta niin EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä kuin sittemmin myös perustamissopimuksissa ja EU:n erilaisissa poliitikoissa sekä ulkosuhteissa.[52] Toisena vastaavana kehityksenä voi mainita EU:n perusoikeusasiakirjan laatimisen.[53]

Kyse lienee yhtäältä ollut vastaamisesta siihen kritiikkiin, että EY on valmis edellyttämään ihmisoikeuksien turvaamista ulkosuhteissaan ja erityisesti uusilta hakijamailta, mutta se ei itse ole ollut valmis alistumaan EIT:n valvontamekanismille. Ajan myötä on myös lisääntynyt tarve osoittaa, että EY:n oikeusjärjestyksen perustana on yhteinen, jaettu valtiosääntöinen perusoikeusjärjestelmä, joka takaa EY:n oikeuden ja kansallisten oikeusjärjestysten yhtenäisyyden tai ainakin tietyn yhdensuuntaisuuden perustojensa tasolla. Viime mainittu näkökohta tuli esiin mm. sen myötä, että kun 1970-luvulla ensin EY-tuomioistuin oli ratkaisussaan *Internationale Handelsgesellschaft*[54] katsonut, ettei EY-lainsäädännön pätevyyttä voi arvioida kansallisista perusoikeuksista lähtien.[55] Saksan (samoin kuin Italian) valtiosääntötuomioistuin kuitenkin haastoi tämän käsityksen ottamalla sen kannan, että se saattoi tutkia, loukkaako yhteisön lainsäädäntö kansallisia perusoikeuksia. Saksassahan tunnetusti valtiosäännön perusoikeussäännökset olivat ja ovat hyvin tiukkoja ja vaikeasti muutettavissa. Yhteisön oikeuden ensisijaisuuden kieltäminen uhkasi tietysti vahvasti yhteisöoikeuden yhtenäisyyttä.

Saksan valtiosääntötuomioistuin jatkoi kuulussa Maastrich-ratkaisussa vuoropuhelua siitä, kuka eurooppaoikeuden asioissa sanoo viimeisen sanan. Nyt oli kyse ns. kompetenssi-kompetenssista eli siitä, kenen kuuluu viime kädessä ratkaista se, onko EY:n lainsäädäntö pysynyt perussopimusten säätämien toimivaltuuksien rajoissa. Kuulussa *Maastricht*-ratkaisussa[56] (*Brunner*), joka liittyi Maastrichtin sopimusmuutosten kansalliseen ratifiointiin, Saksan valtiosääntötuomioistuin katsoi kompetenssi-

---

[52] Ks esim. Alston (Ed.), *The EU and Human Rights*. Oxford 1999 ja Gras, *The European Union and Human Rights Monitoring*. Helsinki 2000.

[53] Ks. siitä Helander, "EU:n perusoikeusasiakirja – poliittiset tavoitteet ja oikeudelliset mahdollisuudet". *Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 40 vuotta*. Turku 2001, 57–77.

[54] Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR s. 1125.

[55] Ks. esim. Jyrängin esitelmään perustuvaa selostusta: Hurri, "Tuomariperäinen oikeus ja periaatteet EU:ssa", *Oikeus* 2001/1, 130–132, sekä Helander, "EY:n perusoikeussuojan ulottuvuudesta". *LM* 4/1996, 596–610.

[56] Brunner, [1994], CMLR 57.

kompetenssin kuuluvan itselleen, mutta perusoikeusvalvonnan suhteen se oli jo lieventänyt kantaansa, eikä tulisi turvaamaan kuin perusoikeuksien minimitason toteutumisen. Tämä käytännössä rajoittikin saksalaisten ja muidenkin mahdollisuuksia riitauttaa Saksassa EY-oikeuteen perustuvia velvollisuuksiaan sillä perusteella, että nämä olisivat vastoin kansallista valtiosääntöä.

Suomessa vastaavaa keskustelua ei ole sanottavasti syntynyt. Korkeimmilla oikeuksilla ei toki ole aivan vastaavaa valtiosääntötuomioistuimen roolia kuin saksalaisella mainitulla tuomioistuimella. Käytännössä ne voivat silti joutua ratkaisemaan tällaisia EY-oikeuden etusijaan tai EY-oikeuden oikeusperustoihin liittyviä kysymyksiä vaikkapa silloin, kun jo jutun aiemmassa käsittelyvaiheessa on hankittu EY-tuomioistuimelta ennakkoratkaisupyyntö. Kotimaiset korkeimmat oikeudet eivät liene kirjoittaneet päätöksiinsä sitä, että eurooppaoikeus ja kotimainen (perus)oikeusjärjestelmä edes saattaisivat joutua keskenään ristiriitaan. Yhtenä esimerkkinä tällaisesta mahdollisuudesta voi mainita sen ensinnä lainsäätäjää, ja vasta toissijaisesti ylimpiä tuomioistuimia koskevan sen tilanteen, että EY-oikeudellinen asetus tai direktiivi edellyttäisi sellaisen perusoikeusrajoituksen luomista, joka ei olisikaan perusteltavissa kotimaisen perusoikeuksien rajoittamista koskevan opin mukaan. Tämä tilannehan saattaisi joskus tulla ajankohtaiseksi. Tällöin Suomen valtio joutuisi 'valitsemaan' sen, kummasta tingitään, kotimaisen perusoikeusjärjestelmän suojasta vaiko Suomen valtion eurooppaoikeudellisista sitoumuksista. Toisena tilanteena voisi mainita sen, että EY-tuomioistuin tulkitsisi yhteisön lainsäädännön perustana olevia toimivaltanormeja väljemmin kuin mitä kotimaisen oikeusjärjestelmän mukaan asiasta olisi ajateltava. Tällöin voitaisiin tulla kiistaan siitä, onko todella myös ns. kompetenssi-kompetenssi lopullisesti siirtynyt EY-tuomioistuimelle. Tiettävästi eduskunnan perustuslakivaliokunnan piirissä tällaisista kysymyksistä on toisinaan käyty keskustelua.

EU:n oma kehitys edellyttää myös muista syistä sen oikeuden valtiosääntöisen perusoikeusulottuvuuden vahvistamista. Yhteistyö yhtä hyvin *Schengen*-asioissa kuin oikeus- ja sisäasioissakin on jo saanut ja on edelleen saamassa selvästi yksilön oikeuksiin vaikuttavia muotoja. Ulkomaalais- ja poliisiasiat ovat erityisen herkkiä tältä kannalta katsottuna, ja niiden alalla perinteisesti ihmisoikeusinstrumenttejakin on ollut tarpeen kehittää. Nähtäväksi jääkin, millä tavoin pidemmällä tähtäimellä varmistetaan se, etteivät eurooppalaisen yhteistyön muodot uhkaa jäsenvaltioiden tai kolmansien maiden kansalaisten perustuslaillisia oikeuksia. Periaattees-

sa mahdollisuuksia on useita, esimerkiksi EU:n oikeusasiamiehen toiminta, perusoikeusasiakirjan ottaminen suoraan sovellettavaksi oikeudeksi, ja aktiivinen ihmisoikeusvalvonta eri EU:n elimissä, viime kädessä EY:n tuomioistuimessa. Luonnollisesti myös jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksillä on asiassa keskeinen merkitys paitsi kansallisten perusoikeusjärjestelmien, myös jäsenvaltioiden ihmisoikeusvelvoitteiden välityksin. Kaikki EU:n jäsenvaltiothan ovat liittyneet myös EIS:een.

5. Suomen valtio ja oikeuden kansainvälistyminen

Kotimaisen oikeuden avautuminen kansainvälisiin oikeuslähteisiin nähden merkitsee olennaista muutosta kotimaisen oikeuskehityksen kokonaisuudessa. Selvimmin tätä voisi luonnehtia niin, että Suomen valtio on valinnoillaan määritellyt uudelleen Suomen kansainvälis-poliittisen aseman siten, että noiden valintojen oikeudelliset vaikutukset ulottuvat syvälle paitsi Suomen valtion kansainvälis-oikeudellisiin velvoitteisiin, myös kotimaiseen kansalliseen oikeuteen. Nykyistä, entistä aktiivisempaa roolia kansainvälisessä politiikassa ei kuitenkaan voi pitää yksinomaan lainsäätäjän päätöksentekovallan kaventumisena, vaan olennaisesti on kyse siitä tavasta, jolla suvereenille valtiolle kuuluvaa asemaa ylimalkaan halutaan käyttää. Suvereenisuus ei ole oikeastaan sinänsä kyseenalaistunut, vaan kyse on pikemminkin tuon suvereenisuuden 'harjoittamisesta' yhteisesti, yhteistyöhön toisten yhtä lailla suvereenien EU:n jäsenvaltioiden kanssa. Näin Suomenkin valtion asema on yhdessä suhteessa heikentynyt, mutta toisessa suhteessa vahvistunut. Kun tuo yhteistyö saa oikeudellisesti säänneltyjä ja sitovia muotoja, valtion sekä ulkoinen että sisäinen suvereenisuus sanan ahtaassa merkityksessä toki sen johdosta kaventuu.[57]

Vastaavasti voidaan sanoa, ettei valtion viranomaistenkaan valta ole kehityksen johdosta yksiselitteisesti vähentynyt, vaan se on useinkin täysin päinvastoin lisääntynyt. Samat viranomaiset saattavat toimia usealla eri tasolla, erilaisissa rooleissa. Esimerkiksi täytäntöönpanoviranomaisten vallan on katsottu valtionhallinnon sisällä jopa lisääntyneen EU-yhteistyön johdosta. Yleensä myös jäsenvaltioiden viranomaiset vastaavat EU:n pää-

[57] Ks. keskustelusta esim. MacCormick, *Questioning Sovereignty*. Oxford 1999, Ch. 8 ja kotimaisittain Jyränki, "Euroopan unioni ja Suomen valtiosääntö", XXIX *Oikeustiede – Jurisprudentia* 1996, 5–76.

tösten toimeenpanosta, sillä EU:lta puuttuu useimmissa tapauksissa sellainen oma viranomaiskoneistonsa, joka voisi ottaa tällaiset tehtävät hoitaakseen. Esimerkiksi hallinto-oikeudessa kansallinen toteutus on pääsääntönä. EU-kehitys vaikuttaa olennaisesti valtion roolin ja tehtävien muuttumiseen, eikä tämä voi olla heijastumatta myös jäsenvaltion oikeuteen.

On toki mahdollista, että EU:n kehitys kohti liittovaltiota etenee jossakin vaiheessa niin pitkälle, että sen jäsenvaltioiden voidaan jo katsoa menettävän suvereenisuutensa. Toisaalta on yhtä lailla mahdollista, ellei suorastaan todennäköisempääkin, että EU säilyttää asemansa sellaisena erityisen intensiivisenä valtioiden välisen yhteistyön muotona, joka tuottaa oikeusjärjestyksen, mutta joka ei kuitenkaan johda liittovaltion syntyyn.

Nyt voidaankin palata edellä esillä olleeseen, 'postmoderniin' käsitykseen oikeuden verkostoitumisesta, ohjautumisesta monesta pisteestä yhtä aikaa. Kansainvälistymisen vuoksi modernia oikeutta on suhteellisen työlästä pelkistää suoraviivaiseen asetelmaan, jossa demokraattisesti valittu lainsäätäjä säätää lakeja poliittiseksi kutsuttavassa prosessissa, ja tuomioistuimet sitten toteuttavat oikeusnormeihin 'ohjelmoitua' politiikkaa. Kansainvälistyvää oikeutta on entistä vaikeampi tarkastella ainoastaan tällaisesta politiikan implementoinnin näkökulmasta, vaikka jossakin mielessä valtiosääntöinen tarkastelu sitä aina tuntuisi edellyttävän – ainakin jos pidetään esillä oikeuden demokraattisen legitimiteetin vaatimusta; jos siis ei riitä, että oikeus vain 'toimii'. Oikeutta tuotetaan eri tasoilla, erilaisissa yhteyksissä, ja käytännössä kaikessa valtionsisäisen tason ylittävässä norminannossa on kyse yhteistyöstä.

EU:n oikeudessa yhteisöpilarin piirissä luotava oikeus on tyyppiesimerkki tästä. Tuon oikeuden legitiimisyys on toisenlaista laadultaan kuin jäsenvaltioiden sisäinen oikeus. Tuo oikeus syntyy verkostomaisesti, erilaisten toimijoiden monimutkaisten vuorovaikutussuhteiden määrittämänä. Silti EU:n oikeudella on myös tiettyä omaa legitiimisyysperustaansa juuri sen myötä, että kansainvälisessä politiikassa on, erityisesti EU:n kaltaisessa alueellisessa ja kansainvälisessä organisaatiossa, tunnustettava sen tyyppinen toimijoiden keskinäinen riippuvuus, että jos halutaan edetä yhteistyössä, myös siinä toteutettavia muotoja on kehitettävä kokeilujen ja innovaatioiden pohjalta. On kuitenkin niinikään tärkeää, että jäsenvaltiot säilyttävät tiettyjä kontrolli-oikeuksia sen suhteen, mitä yhteisön oikeudessa on tapahtumassa. EY/EU:n demokraattisen legitimaation tasoa voi olla mahdollista nostaa, paitsi vahvistamalla ylikansallisen edustuksellisen elimen asemaa, myös turvaamalla kansallisten parlamenttien vaikutusvaltaa lainsäädäntöhankkeissa.

Tämäntyyppinen diagnostiikka kuitenkin lähtee sitä, että EY/EU-oikeuskin olisi periaatteessa palautettavissa sellaiseksi kahden tason rakenteeksi, jossa kansalliset jäsenvaltiot muodostavat alatason, ja sen yläpuoliset rakenteet ylätason, ja jossa siis valtio olisi se yksikkö, joka muodostaa rajan valtionsisäisen (kansallisen) ja kansainvälisen/ylikansallisen välillä. Juuri tämän kahtiajaon mahdollisuuden uudempi institutionaalinen politiikan tulkinta kiistää. Tämän institutionaalisen teorian piirissä on puolestaan syntynyt viime aikoina tunnetuksi tullut ns. monitasoisen hallinnoinnin oppi (*'multi-level governance'*), jota on sovellettu mm. EU:n piirissä tapahtuvaan politiikan tekemiseen.[58]

Ladeurin näkökulmasta lienee EU:n päätöksenteon piirissä tapahtuva verkostoituminen tulkittavissa sinänsä, ellei suorastaan myönteiseksi, niin ainakin sillä tavoin peruuttamattomaksi ilmiöksi, ettei paluu sanotun päätöksenteon diskurssiteoreettiseen ja demokraattiseen justifikaatioon valtion välityksin tai muutoin yksinkertaisesti ole enää ajateltavissa.[59] Oikeudellispoliittinen päätöksenteko on peruuttamattomasti hajautunut, millä on myös positiivisia vaikutuksia. Oikeuden ja politiikan suhde onkin tämän jälkeen määriteltävä uudestaan. EU:n tasolla verkostoituminen merkitsee myös sellaisten intressi- ja kansalaisryhmien vaikutusmahdollisuutta päätöksentekoon, jotka kansallisvaltion edustuksellisessa poliittisessa kulttuurissa sulkeutuvat ainakin avoimen vaikutusmahdollisuuden ulkopuolelle. Lainsäädännön valmistelun ja lakiehdotusten parlamentaarisen käsittelyn raja on eurooppaoikeudessa häilyvämpi kuin kotimaisessa lainvalmisteluprosessissa. Viime aikoina EY-lainsäädännön valmistelussa on avoimuus selvästi lisääntynyt. Kansalais- ja intressiryhmät pääsevät jo suhteellisen aikaisessa vaiheessa kommentoimaan tehtyjä ehdotuksia.[60]

---

[58] Craig, "The Nature of the Community", teoksessa Craig – de Búrca (Ed.), *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, 16–23.

[59] Ladeur, "Towards a Legal Theory of Supranationality: The Viability of the Network Concept". 3 *Eur.L.J.* (1997), 33–54.

[60] Juridisen konstitutionalismin ohella tarvitaan sen vuoksi poliittista konstitutionalismia. Uusrepublikanistista politiikan teoriaa Euroopan Unionista on kehitellyt Bellamy: "The 'Right to Have Rights': Citizenship Practice and the Political Constitution of the EU", teoksessa Bellamy – Warleigh (eds.), *Citizenship and Governance in the European Union*. London – New York 2001, 41–70. Ks. myös Bellamy – Castiglione, "Between Cosmopolis and Community: Three Models of Rights and Democracy within the European Union", teoksessa Archibugi – Held – Köhler, *Re-imagining Political Community. Studies in Cosmopolitan Democracy.* Cambridge 1998, 152–178.

Monenkeskinen, verkostomainen oikeusmalli havainnollistaa atomistisen, valtio- ja yksilökeskeisen individualistisen mallin korvautumista mallilla, jossa keskinäisten riippuvuudet jo alun alkaen ilmentävät yhdensuuntaisia pyrkimyksiä tai ainakin helpottavat yhteisten intressien löytämistä. Samantyyppisiä intressejä voidaan myös pyrkiä edistämään usealla eri foorumilla siten, että nämä eri foorumit ovat eräänlaisessa jatkuvassa, horisontaalisessa dialogissa keskenään. Esimerkiksi ihmis- ja perusoikeuksien suoja EU:ssa on tämäntyyppinen, monessa suhteessa läpileikkaava teema, joka on esillä usealla foorumilla hieman eri sisältöisenä.

Edellä esitetty analyysi paljastanee myöskin sen, minkä vuoksi ei ole odotettavissa, että Euroopan poliittinen kulttuuri palautuisi hajaantumisvaiheen jälkeen ennalleen, perinteiseen yhtenäisempään malliin, jossa eurooppaoikeus syntyisi uudelleen suuren eurooppalaisen liittovaltion sisäisenä oikeutena. Eurooppalainen konstitutionalismi, valtiosääntöisyys-keskustelu näkyisikin lähtevän siitä, että tiettyä valtiosääntöisyyttä voi olla myös sellaisella organisaatiolla, joka ei selvästikään ole liittovaltio, vaan jossa eräänlainen toiminnallinen yleiskompetenssi on jäsenvaltioilla, mutta sitä rajoittaa tietyt ylöspäin delegoidut erityiskompetenssit, joilla tiettyjen, yhä laajenevien alojen politiikkoja koordinoidaan.[61]

Hieman yksinkertaistaen voi lisäksi sanoa, että vastaavantyyppistä verkottumista on tapahtumassa myös laajemmin siinä kansainvälisessä yhteisössä, johon EU:kin yhtenä osapuolena kuuluu, joten kyse ei suinkaan ole yksinomaan Euroopan sisäisestä erityisestä kehitysjuonteesta. Globalisoituva talous tuottaa vastaavantyyppisiä riippuvuuksia maailmanlaajuisesti, eikä unohtaa sovi myöskään luonteeltaan kansainvälisten riskien intressejä yhdensuuntaistavaa vaikutusta valtioiden yhteisön keskuudessa. Paitsi politiikka, myös intressiyhteisöt erkaantuvat valtioista ja kasvavat ulos siitä.

Eritoten asetettaessa kotimainen oikeuskehitys kansainväliseen perspektiiviin, kotimaisenkin oikeuden muutospaineet tulevat konkreettisemmin esille. Esimerkiksi Kelsenin oikeuspositivismissa oikeuden säätämismenettelyitä tarkasteltiin muodollisesti, eikä oikeudelta sinänsä ollut tarpeen, jotta se olisi velvoittavaa ja voimassa olevaa, edellyttää tietynsisältöisyyttä. Lakien säätäminen ja niiden soveltaminen noudattivat periaatteessa samankaltaista logiikkaa. Lain säätämisessä oli kyse yleisnormin asettamisesta, ja lain soveltamisessa yksittäistapaukseen vastaavasti yksit-

[61] Ks. keskustelusta erityisesti Weiler, *The Constitution of Europe*. Cambridge 1999.

täisnormin asettamisesta tuon yleisnormin luomissa puitteissa. Oikeusteorian suuntautuminen argumentaatioteoriaan merkitsi lainsoveltamisen teorian kehittymistä sisällöllisempään suuntaan. Ratkaisun perusteluille tuli sen hyväksyttävyyttä kontrolloiva tehtävä. Habermasilaisessa oikeus- ja yhteiskuntateoriassa vastaavasti ulotetaan oikeuden hyväksyttävyystarkastelu jo oikeuden asettamisen vaiheeseen, mikä merkitsee oikeusjärjestyksen legitimiteetin kytkemistä varsin vahvasti demokraattisen oikeusvaltion juridisesti säänneltyihin, mutta poliittisesti toimiviin rakenteisiin.

Oikeuden kansainvälistymisessä hämmentävää on se, että demokraattisesta oikeusvaltiosta tulee oikeuden asettamisprosessien kannalta yhä heikommin asiaa puitteistava yksikkö. Ylikansallinen parlamentarismi on erittäin heikosti juurtunut, eikä tuollaisella parlamentilla itselläänkään edes ole samankaltaista legitimaatiota, koska siitä on tullut yhä edustuksellisempi. Vastaavasti myös sellainen kansalaisyhteiskunnan poliittinen julkisuus, joka kansallisvaltion tasolla – jos 'kansallisvaltiosta' nyky-Euroopassa enää on edes mielekästä puhua – olennaisesti varmistaa sitä, että politiikassa toteutetaan hyvin perusteltuja uudistuksia, puuttuu ylikansalliselta tasolta.

Oikeuden kansainvälistyminen merkitseekin samalla sen hajautumistendenssiä. Demokraattisesta oikeusvaltiosta tulee, paradoksaalista kylläkin, entistä tärkeämpi väliasema, entistä tärkeämpi politiikan suodatin, mutta varsinainen politiikkojen sisällöllinen määrittely siirtyy erityyppisille toisiinsa yhteydessä oleville kansainvälisille foorumeille. Demokraattisen oikeusvaltion instituutiot, ennen muuta parlamentti, toki monin tavoin pyrkivät seuraamaan kansainvälisillä foorumeilla ja ylikansallisissa elimissä tapahtuvaa päätöksentekoa jo ennakoiden, ja tärkeiden menettelyvaiheiden kuluessa. Olennaisesti painopiste siirtyy kuitenkin tulosten jälkikäteiseen hyväksymiseen. Menettelyhän on sinänsä tuttu kansainvälisten sopimusten valmistelun yhteydestä: toimeenpanoviranomaiset ja poliittisessa vastuussa olevat tahot vastaavat keskeisesti sopimusneuvotteluihin osallistumisesta ja sopimuksen allekirjoittamisesta, kun taas eduskunnan hyväksyttäväksi sopimus saatetaan ennen sen ratifiointia siinä vaiheessa, kun mm. sopimuksen velvoitteet on toteutettava kansallisessa lainsäädännössä. Kansainvälistyminen merkitsee usein tiettyä, toisinaan ongelmallistakin, vallan painopisteen siirtymää toimeenpanevan vallan suuntaan.[62]

---

[62] Kansallisen kriminaalipolitiikan linjan muotoutumisessa tällä vallansiirtymällä voi olla outojakin vaikutuksia siihen tapaan, jolla politiikkaa tällä alalla tehdään. Ks. Nuotio, "Eurooppalaistuva rikosoikeus – rikosoikeudellistuva Eurooppa". *DL* 4/2001, 686–699.

Oikeuden verkostoituminen ilmenee siis siten, että oikeuden asettamismenettelyiden muodollinen voima heikkenee siltä osin, kuin politiikan sisällöistä päätetään kansallisen tason yläpuolella, tai ainakin muodollisten menettelytakeiden yhteys politiikan tekemiseen heikkenee. Politiikan sisältöjä voivat käytännössä tuottaa, paitsi kansainväliseen oikeuteen toimivaltansa perustavat järjestöt, myös erilaiset puoliviralliset tai epävirallisetkin sääntelyelimet. Myös Euroopan unionin päätöksentekojärjestelmässä on selviä eroja tässä suhteessa verrattuna kansallisiin oikeuden asettamismenettelyihin. Esimerkkinä mainittakoon ns. *komitologia,*[63] ministerineuvoston alaisuudessa toimiva laaja, pääasiassa kansallisista viranomaisista koostuva, säännöllisesti kokoontuvien työryhmien verkosto. Toiseksi voidaan mainita myös kansalaisjärjestöjen suorempi osallistuminen eurooppalaisen lainsäädännön valmisteluun. Oikeuden asettamismenettelyt ovatkin entistä monimutkaisempia, entistä selvemmin *ad hoc* -luonteisia, eivätkä ne ole mitenkään yksiselitteisessä ja yksinkertaisessa suhteessa kansallisten oikeusvaltioidenkaan rakenteisiin.

Aidosti kansainvälisellä kentällä taas esimerkiksi Internetin sääntely perustuu statukseltaan vaikeasti määriteltävän, 'puolijulkisen' elimen *ICANNin* antamiin määräyksiin, joiden demokraattista legitimaatiota voi pitää sangen heikkona, mutta joiden hyväksyttävyys perustuukin siihen, että maailmanlaajuisen tietoverkon perusrakenteiden juridinen ohjaus yksinkertaisesti edellyttää tiettyä määrää teknistä normittamista.[64] ICANNin aseman määrittelyn vaikeutta lisää se, että sen toimialueena oleva Internet ei itsekään ole selvästi joko julkista tai yksityistä aluetta, vaan jokin hybridi siitä välistä.

Oikeuden kansainvälistyminen edellyttää monien valtiota ja oikeutta koskevien peruskysymysten ottamista tarkasteluun tässä uudessa ympäristössä. Oikeus ei enää välttämättä samaistu valtioon, eikä valtio voi myöskään täysin kontrolloida sitä oikeutta, joka valtion alueella velvoittaa. Itse velvoittavuudenkin sisältö muuttuu oikeuden legitimaatioperustan muuttumisen myötä.

Vaikka muutokset epäilemättä ovat monessa suhteessa dramaattisia, ei

---

[63] Kortteinen, *Komitologia EU:n talouselämää koskevien päätösten valmistelussa ja toteuttamisessa.* Helsinki 1999.

[64] Zittrain, "ICANN: Between the Public and the Private. Comments before Congress." – *Berkeley Journal of Law and Technology* 1999, No. 3. Ks. myös A. Michael Froomkinin tutkielmaluonnosta: *Habermas@discourse.net. Towards a Critical Theory of Cyberspace.* [Draft: saatavissa kirjoittajalta os: froomkin@discourse.net]

kaikki kuitenkaan muutu. Ne oikeusideologiset ja oikeuskulttuuriset sisällölliset tunnusmerkit, joita modernista kotimaisesta ja eurooppalaisesta oikeudesta voi löytää, eivät ole ratkaisevasti menettämässä merkitystään. Yhtenä selityksenä tähän on se, että kotimainen oikeuskulttuurimme ei sittenkään ole ollut niin kotikutoista, kuin helposti saattaisimme ajatella. Tärkeimpien oikeudenalojen käsitejärjestelmät ja yleisten oppien rakennelmat ovat saaneet keskeisestikin vaikutteita ulkomaisesta oikeudesta ja kansainvälisestä yhteistyöstä. Ja jos tuollaista vieraan oikeuden vaikutusta ei voisikaan suoraan osoittaa, vähintään oikeustiede on välittänyt kansainvälisiä vaikutteita tätäkin vapaammin.

Tietyt yleiset oikeusperiaatteet saavat myös *tukea* kansainvälisistä oikeusinstrumenteista, joten sisällöllisesti hajautumista ei voi pitää yhtä vakavana uhkana, kuin mitä oikeuden asettamisen organisatorinen hajautuminen monille tasoille ja niiden verkostoituneisiin rakenteisiin voisi pahimmillaan merkitä. Tätä tarkoittaen Tuori on katsonut, ettei oikeuslähteiden polysentriasta, ja EY-oikeuden ei-valtiollisuudesta seuraa se, etteikö tuollaisellakin, hajautuneella oikeudella voisi olla kulttuurisesti yhtenäistä rakennetta, kunhan siinä on sedimentoituneena sellaiset käsitteelliset ja periaatteelliset elementit, joiden avulla oikeusjärjestyksen koherenssia voidaan ylläpitää.[65] Tässä yhteydessä on syytä mainita vielä yhdestä hajautumistendenssistä, nimittäin integraation 'joustavuuselementeistä'. Nythän on jo perussopimuksiinkin kirjattu se, että osa jäsenvaltioista voi päättää edetä tietyn yhteistyömuodon osalta muita nopeammin, mikä käytännössä merkitsee sitä, että tietty EY-lainsäädäntö rajautuu voimassaololtaan vain osaan EU:n maantieteellistä aluetta. Harmonisoitumisen ja yhdenmukaistumisen rinnalla selvänä tendenssinä onkin joustavuus ja eriytyminen.[66]

Tiettyä EY-oikeuden sisäistä polysentriaa, hajautumista, ja sen demokraattisen legitimaation heikkouksia voitaisiinkin edelleenkin tasapainottaa joillakin toimintastrategioilla. Yksi vaihtoehto olisi edetä Habermasin osoittamaa linjaa, ja pyrkiä vahvistamaan sellaisten elementtien esiintyvyyttä kansallisen tason ylittävässä päätöksenteossa, jotka demokraattisessa oikeusvaltiossa tuottavat hyväksyttävyyttä asetetulle oikeudelle. Näitä ovat ennen muuta demokraattisuuden lisääminen tuollaisessa päätöksenteossa ja

---

[65] *Kriittinen oikeuspositivismi*, Helsinki 2000, 226 ja Pöysti, *Tehokkuus, informaatio ja eurooppalainen oikeusalue,* Helsinki 1999, monin kohdin, esim. 525–530, 537–538.

[66] De Búrca – Scott (Eds.), *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?* Oxford, Portland Oregon 2000.

kansallisen tason ylittävän kansalaisyhteiskunnan vahvistaminen.[67]

Toinen strategia olisi hyväksyä se, ettei demokraattisen oikeusvaltionkaan oikeutus voi enää rakentua niin kokonaisvaltaisen mallin varaan, kuin mihin Habermas tähtää. Demokraattinen oikeusvaltiokin on kehittymässä sellaiseen suuntaan, jossa oikeuden kautta tapahtuvan vallankäytön oikeutuksen on perustuttava selvemmin sen *tuloksiin*, kuin tuon oikeuden asettamismenettelyihin. Tämä merkitsisi demokraattisen oikeusvaltion teorian kehittämistä normativistisesta, konstruktivistisesta teoriasta eräässä mielessä realistisempaan suuntaan.

Kansallisen oikeuden ylittävällä tasolla voidaan niinikään vahvistaa sellaisia oikeusvaltion säilyttäviä elementtejä, jotka samalla ilmentävät oikeusjärjestyksen arvoperustaa. Edellä viitattiin jo siihen, että eurooppalaisessa integraatiossa on selvästi tultu pisteeseen, jossa kovan integraation rinnalla on tarpeen kehittää pehmeää integraatiota. Ihmisoikeus- ja perusoikeusteemat eurooppalaisella tasolla todistavat juuri tästä. Olisi kuitenkin käsittääkseni virhe tulkita tällaista arvoperustan vahvistamisen tarvetta ainoastaan siitä kansallisvaltioiden oikeudelle tyypillisestä perspektiivistä, että perusoikeuskorostus merkitsisi paluuta entistä yksinkertaisempaan kuvaan oikeudesta. Onkin kyse pikemminkin siitä, että aineellisen oikeuden laadulliset kehityspiirteet vaikeuttavat entisestään oikeusnormeissa toteutuvien oikeusperiaatteiden, yleisten oppien ja perusoikeuksien hahmottamista. Oikeusjärjestys on kehittynyt ja entisestään sisäisesti eriytynyt, seuraten 'kohdeadekvanssin' vaatimuksia, sellaiseen suuntaan, että oikeuskulttuuriset tasot ylimalkaan ovat heikentymässä.

Oikeus ei varsinaisesti 'lähenny', mutta kuitenkin omalla tavallaan reprodusoi säänneltäviä kohdealueitaan, monimutkaistuvaa yhteiskuntatodellisuutta, muuntamalla siitä olevaa tietoa osaksi oikeudellisia sääntelyitä. Tästä syystä oikeusjärjestyksen ymmärtämiseksikään perusoikeusnäkökulma ei ole riittävä, koska se on sellaisenaan ja vielä liian yksinkertaistavasti *oikeusjärjestyskeskeinen* tapa katsoa oikeutta. Ehkä, paradoksaalisesti, perusoikeudet eivät myöskään 'näe' oikeuden ja politiikan yhteistä aluetta, josta valtiosäännössä paljolti on kysymys, riittävän eritellysti. Oikeuden avulla on lisäksi hallittava yhä monimutkaisempia yhteiskunnallisia prosesseja, kuten tuotannon, liikkumisen ja rakentamisen ympäristövaikutuksia, viestintää kollek-

[67] Keskustelusta ks. erityisesti Habermas, "Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie", teoksessa *ibid.*, *Die postnationale Konstellation. Politische Essays.* Frankfurt a.M. 1998, 91–169. Ks. myös Nieminen, *Eurooppalainen sosiaalioikeus*, Helsinki 1998, 52–60.

tiivisessa maailmankylässä, ja oikeudenmukaisen jaon ongelmia esimerkiksi terveydenhuollon resurssien kohdentamisessa. Näitä prosesseja ei ylimalkaan voida hallita erityisen yksinkertaisilla periaatteilla, eikä niistä ja niiden sääntelystä ehkä aina voida edes käydä mielekästä, eteenpäin vievää keskustelua poliittisessa julkisuudessa. Voidaan jopa ajatella, ettei tällaisten prosessien sääntely välittömästi, aineellisilla tavoitteellisilla normeilla, ylipäätään edes voi onnistua, ja joka tapauksessa vaarana on myös liiallinen oikeudellistuminen, mihin jo edellä viitattiin. Tämäntyyppinen skeptisyys on ruokkinut osaltaan sentapaisia oikeuden teoriamalleja, joissa välitön sääntely rajoitetaan itsesääntelyyn tarvittavaan ohjaukseen. Tällaista keskusteluahan on käyty eritoten ns. refleksiivisen oikeuden teorian piirissä.[68]

Lopuksi

Kuinka nyt sitten olisi vastattava kysymykseen oikeuskulttuuristen muutosten syvyydestä viime vuosina? Yllättävää kyllä, suhteellisen hyvä vastaus olisi, että muutoksen syvyys on olennaisesti kiinni siitä teoriasta, jolla oikeutta ja sen muutoksia kuvataan. Perusoikeuksien merkitystä korostavassa teoriassa perusoikeusajattelun vahvistuminen nousee suorastaan mitä syvällisimmäksi muutokseksi, ja esimerkiksi Tuorin kriittisen oikeuspositivismin teoriassa tämä varmaankin tulkittaisiin voimakkaaksi oikeuskulttuurin kehityspiirteeksi ja oikeuskulttuurin syvenemisen merkiksi. Toisaalta Tuorin mallissa oikeuden turbulentin pinnan tason tapahtumat, konkreettisen lainsäädännön kehitys tai tuomioistuinratkaisujen muutokset, eivät voi ollakaan mitään syvällisiä muutoksia, ennen kuin muutosten vaikutukset koskettavat oikeuskulttuuria määrittäviä syvempiä kerrostumia.

Oikeuden verkottumisen, postmodernistiseksikin luonnehdittava, metafora oikeusvaltion selväpiirteisten rakenteiden hajoamisesta ja joka tapauksessa valtion ja oikeuden erottumisesta aivan käytännön kysymyksissä taas johtaisi sellaiseen kantaan, että oikeudellisen muutoksen rajuus liittyy juuri niihin osaksi oikeuden sisäisiinkin syihin, joiden vuoksi demokraattisen oi-

---

[68] Teoriassa *autopoieettisesta oikeudesta* kaikki oikeus on sinänsä oikeuden sisäisistä elementeistä konstruoitu, eikä oikeus voi tavoitellakaan mitään välitöntä suhdetta yhteiskuntaan. Oikeudellinen sääntely on oikeusjärjestyksen itsesääntelyä. Ks. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a.M. 1989, 81–122. Ks. myös Ladeur, *The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law. From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships*. EUI Working Paper LAW No. 99/3.

keusvaltion puitteissa kehitelty oikeuspositivismin teoria on menettänyt selitysvoimaansa ja rekonstruktiokykyisyyttään, eli niihin lainsäädännön ja oikeus- ja yhteiskuntapolitiikan laadullisiin muutoksiin, joiden vuoksi oikeus ja valtio ovat joutumassa tai jo joutuneetkin osaksi erilleen toisistaan. Erityisesti oikeuden kansainvälistymisen tulkinnat, joita edellä käsiteltiin, antavat aihetta sellaiseen tilanteenarvioon, että valtio, oikeus ja politiikka eivät aina ole toisiinsa suoraan yhteydessä, ja että myös oikeusteorian itsensä on tietyllä tapaa seurattava oikeuskehitystä. Kriittisen oikeuspositivismin ja postmodernin oikeusteorian välissä on tilaa monentyyppiselle teoretisoinnille. Tätä tarvitaankin, jotta oikeusteoria avautuu poliittisen teorian ja filosofian kysymyksille sillä tavoin, kuin nykyajan haasteet edellyttävät. Juridiikan puitteet ovat liikkeessä aivan konkreettisestikin, ja perustanetsintä vie väistämättä ulos kapea-alaisesta tulkintateoriasta, jolla silläkin silti on työnsä edelleen.

Oikeusteorian on tunnistettava oikeuden relevantteja muutoksia, mikä voi tuntua paradoksaaliselta, onhan oikeus teoreettisen tietämisen kohteenakin olennaisesti myös oikeusteoreettinen konstruktio. Oikeusteorian on oltava reflektiivistä, oman konstruktiivisen panoksensa tunnustavaa ja tunnistavaa. Ja lisäksi oikeusteorian on oltava tietoista pätevyytensä rajoista. Oikeusteorian tarjoamat totuudet oikeudesta ovat suhteellisia. Oikeusteoriasuuntausten tuleekin olla valmiita kilpailemaan, ja tuossa kilvassa uskottavuuden ja totuuden kriteereitä voi olla useanlaisia. Yksi vaatimus kuitenkin on: teorian tulee tehdä oikeutta jälkimodernille oikeudelle.

Oikeuden teoreettiset jäsennykset ovatkin merkityksellisiä kohteensa kannalta, eikä erilaisten teorianäkökulmien pätevyyttä ja totuutta voi suoraan mitata, sillä täysin objektiivista ja ulkopuolista näkökulmaa ei näissä kysymyksissä voida ottaa. Oikeuskehityksenkin luonne konstituoituu teoriavälineiden varassa, eikä oikeuskehitystä voikaan kuvata sillä tavoin objektiivisesti kuin mitä intuitiivinen näkemys ehkä edellyttäisi. Kyse on oikeastaan samasta asiasta kuin mistä oikeusvertailun teoriassa on keskusteltu kansallisten oikeusjärjestysten divergenssin ja konvergenssin yhteydessä, eli kun arvioidaan sitä, lähentyvätkö eri 'oikeusperheisiin' kuuluvat oikeusjärjestykset toisiaan vai eivät. Tulos riippuu olennaisesti siitä, kuinka laajasti ja syvällisesti oikeus vertailun pohjaksi otettavassa teoriassa ymmärretään.[69] Mitä syvempi näkemys kansallisesta oikeuskulttuurista, sen vähemmän konvergenssiä havaitaan.

---

[69] Nottage, *Convergence, Divergence, and the Middle Way in Unifying or Harmonising Private Law*. EUI Working Paper LAW No. 2001/1.

Pia Letto-Vanamo

2 Kiinnostaako enää pohjoinen?

1 Johdanto

Arvioidessamme viime vuosikymmenen oikeuskehitystä emme voi sivuuttaa eurooppalaisen integraation aiheuttamia oikeusjärjestelmämme muutoksia. Suomen liittyminen Euroopan unioniin runsas puoli vuosikymmentä sitten ei ollut – ainakaan tavallisen kadunmiehen elämässä[1] – sellainen vallankumous kuin jotkut odottivat tai pelkäsivät Sen sijaan EU-jäsenyys toi Euroopan pakolliseksi osaksi suomalaisen juristin arkipäivää. Toteutetaanhan taloudellispoliittista integraatiota ennen kaikkea oikeudellisin välinein ja monien mielestä nimenomaan juristien, etenkin korkeiden virkamiesten ja EY-tuomioistuimen avulla.[2]

On myös huomattava, ettei vain jäsenyys Euroopan unionissa ole muuttanut kansallisia sääntelyjä ja menettelytapoja. Monet viime vuosien prosessioikeudelliset ja hallintomenettelyn uudistukset ovat olleet seurausta Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioinnista ja Euroopan neuvoston, etenkin Strasbourgissa toimivan ihmisoikeustuomioistuimen päätöksistä.

Sen lisäksi, että eurooppalainen integraatio on tuonut sovellettavaksi valtavan määrän uutta normistoa ja on omiaan muuttamaan ainakin pidemmällä tähtäimellä koko oikeusajatteluamme, se on synnyttänyt monia suomalaista / eurooppalaista oikeuskulttuuria ja sen kehityssuuntaa koskevia pohdintoja. Vähäisiä ovat kuitenkin toistaiseksi olleet analyysit, joissa olisi tarkasteltu integraation vaikutuksia oikeustieteeseen, esimerkiksi oikeuslähdeoppiimme, tai käsitelty EY-oikeuden vaikutuksia yksittäisen oikeudenalan yleisiin oppeihin.

---

[1] Ellei kyseessä sitten ole maanviljelijä.

[2] Ks. tästä tarkemmin Letto-Vanamo, Pia: "Euroopan unionin oikeus Suomessa", teoksessa Lappalainen Tuomo et. al.: *Suomi 5 vuotta Euroopan unionissa.* Helsinki 2000, s. 57–71.

Samalla kun kysymys Euroopasta ja eurooppalaisesta yhteistyöstä tulivat ajankohtaiseksi, kiinnittyi huomio kansalliseen oikeusjärjestelmään: oli ymmärrettävä oman oikeuden ominaislaatua, sen mahdollista erilaisuutta tai samuutta suhteessa muihin kansallisiin järjestelmiin tai harmonisoituun ainekseen. Oli määriteltävä "oikeuden Eurooppa" ja samalla oma oikeudellinen identiteetti. Tuolloin puolestaan tuli väistämättä esille myös Pohjola – tosin ei merkittävämmin Suomen virallisessa EU-strategiassa. Suomen oikeusjärjestelmä voitiin luokitella (manner-)eurooppalaiseksi, mutta samalla se oli pohjoismaalainen.

Pohjoinen oikeus on viime vuosina herättänyt myös ulkopuolisten kiinnostusta. Kuuluihin vuodesta 1995 lähtien kolme pohjoismaata Euroopan unioniin. Kullakin oli toisistaan voimakkaasti poikkeavat integraatiotavoitteet, mutta kaikilla kokemusta pitkäaikaisesta ja tuloksellisesta keskinäisestä yhteistyöstä. Yksi keskeinen yhteistyön aloista oli aina ollut oikeus, etenkin yksityisoikeudellinen lainsäädäntö. Onpa eurooppalaisia tutkijoita, jotka mielellään näkisivät pohjoismaisen oikeuden eräänlaisena keskitienä Euroopan suurten oikeusjärjestelmien välisessä hegemoniataistelussa. Kansainvälisissä yhteistyöhankkeissa mukana olevat pohjoismaalaiset tutkijat ovat puolestaan joutuneet aikaisempaa enemmän pohtimaan oman alueensa oikeuden (mahdollisia) erityispiirteitä sekä niiden merkitystä ja tulevaisuutta oikeuden eurooppalaistamiskehityksessä.

Toki pohjoinen on parin viime vuoden aikana ollut esillä myös muutoin. Paljon käytetty käsite on ollut "pohjoinen ulottuvuus", joka liitetään ennen kaikkea Euroopan unionin Venäjän suhteisiin. Sitä paitsi aivan viime kuukausina, erityisesti Ruotsin EU-puheenjohtajuuden päätösvaiheissa, korostettiin myös poliittisissa yhteyksissä pohjoismaisen yhteistyön vahvistamisen tärkeyttä. Yhteistyöhön on yhä useammin rekrytoitu myös Baltian maat.

On selvää, että EU-yhteistyö oikeudellisissa kysymyksissä hyvin harvoin estää perinteisen pohjoismaisen yhteistyön, eikä voi sitä myöskään korvata. Kummallakin järjestelyllä on oma rationaliteettinsa ja siitä johtuvat tavoitteensa.[3] Samalla pohjoismainen yhteistyö on saanut uusia haasteita ja mahdollisuuksia. Yhteistyötä on jatkettu, mutta organisoitu osaksi uudelleen, Norjan ja Islannin kanssa. Ne ovat mukana ETA-yhteistyössä

[3] Ks. tästä esim. Pohjoismaisen ministerineuvoston syyskuussa 2000 järjestämässä seminaarissa pidetyt Sten Palmgrenin ja Olle Abrahamssonin esitelmät. Seminaarin aineisto sisältyy julkaisuun *Utvecklingen av det nordiska lagstiftningssamarbetet under inverkan av EU och EES*. TemaNord 2000:614, Nordiska ministerrådet, s. 80–93.

samoin kuin Schengen-yhteistyössä. Amsterdamin sopimus puolestaan takasi unionin eräille jäsenvaltiolle oikeuden keskinäiseen tiiviimpään yhteistyöhön, vaikka kaikki jäsenvaltiot eivät siihen osallistuisikaan.

2 Uusi ja vanha identiteetti

Viime vuosina on puhuttu paljon oikeuskulttuurista, kiistelty sen sisällöstä ja keskusteltu sen muutosvoimista. Lähes yhtä paljon on käytetty käsitettä identiteetti. On muun muassa kysytty, onko syntymässä uusi, eurooppalainen, ja kuolemassa vanha, kansallinen, identiteetti. Useampi julkaisu ja seminaari on käsitellyt nimenomaan pohjoismaista (oikeus)identiteettiä.[4]

Identiteetti on vähintään yhtä vaikea kuin käsite kulttuuri. Eräs – ja tässä yhteydessä järkevä – tapa määritellä identiteetti on myöntää, että se on jotain subjektiivista. Kyseessä ovat käsitykset siitä, keitä olemme ja mihin kuulumme. Toki ne liittyvät useimmiten johonkin objektiiviseen perustaan, mutta aina kyse on eräänlaisista jäsenyyskriteereistä. Ne määrittelevät, kuka kuuluu joukkoon ja kuka on vieras.

Euroopan yhdentymistä ajatellen on luonnollisesti ollut kiinnostavaa pohtia, onko integraatioprosessin myötä kehittynyt tai kehittymässä erityinen eurooppalainen identiteetti. [5] Toki on myös kysyttävä, missä olosuhteissa se voi tapahtua. Seuraava kysymys kuuluu luonnollisesti: kuinka voimakas tuo identiteetti on, ja kykeneekö se kilpailemaan kansallisten, paikallisten tai alueellisten identiteettien kanssa?

Kansallista identiteettiä on tutkittu monessa yhteydessä. Kansakuntien ja kansallistunteen syntyprosesseja analysoimalla saadaan tietoa monista integroivista ja identiteettiä rakentavista seikoista. Varsin yleisesti katsotaan, että onnistunut kansallinen integraatioprosessi edellyttää tiettyä konsensusta eliitin ja ns. tavallisten kansalaisten välillä. Kansakunnan muodostumisprosessissa nimittäin tapahtuu kahdella rintamalla: eliitti määrittelee, mitä tarkoittaa olla kansakunnan jäsen, mitkä ovat kansakunnalle

[4] Näistä ensimmäisiä oli Helsingin yliopiston Kansainvälisen talousoikeuden instituutin (KATTI) järjestämä seminaari Nordisk identitet, jonka esitelmät on julkaistu teoksessa *Nordisk indentitet. Nordisk rätt i europeisk gemenskap* (toim. Letto-Vanamo). Helsingfors 1998. Viimeisin (muun ohessa) pohjoismaisen oikeuden erityispiirteitä käsitellyt KATTI:n seminaari järjestettiin toukokuussa 2001 ja osa esitelmistä julkaistaan www-julkaisussa Global Jurist. Ks. myös Olsen–Sverdrup (toim): *Europa i Norden. Europeisering av nordisk samarbeid.* Oslo / Tano Aschehoug 1998.

[5] Ks. tästä tarkemmin Letto-Vanamo, Pia: "Oikeus ja eurooppalaistuva identiteetti". *Lakimies* 2000, s. 226–232.

yhteisiä ilmiöitä. Kansakunnan muodostuminen on sitten tämän uuden, kansallisen identiteetin levittämistä eliitiltä muille väestökerrostumille. Oleellista tällöin ovat yhteinen kieli, uskonto, (tietyt) historialliset traditiot, tavat ja tottumukset, jopa fyysiset ominaisuudet. Tavallisesti kyse on useamman edellä mainitun tekijän yhdistelmästä.

Yleisesti ottaen kansakunnat ovat muodostuneet kahta tietä. Kansakunnat muodostuivat kun kulttuurisesti heterogeeninen väestö sulautettiin yhteen, ensin tiettyjen instituutioiden ja käytäntöjen ympärille, ja myöhemmin kulttuurisen standardisoinnin avulla. Ennen muuta oli kyse modernin valtion keskittämis- ja byrokratisoimispyrkimyksistä. Tämä koskee etenkin Länsi-Eurooppaa. Itä-Euroopassa kansakunnat muodostuivat yleensä yhteisöistä, jotka olivat jo alunperin kulttuurisesti homogeenisia. Tuolloin nationalistinen liike loi tai herätti kansakunnan. Molemmissa tapauksissa tuloksena ollut kansallinen identiteetti käsitti sekä konkreettisen yhteenkuulumisen että tiettyjen (ei-konkreettisten) kulttuuristen piirteiden pitämisen yhteisenä.

Joka tapauksessa kansakunnan identiteetti oli kerran uusi ja korvasi – enemmän tai vähemmän onnistuen – paikalliset identiteetit. On niin ikään mahdollista, että meillä on useampia eri sisältöisiä, vahvuisia ja kestoisia identiteettejä. Niinpä eurooppalainen identiteetti voi olla uusi – ja pohjoismainen uudelleen määritelty – mutta tuskin kokonaan kansallisen tai paikallisen korvaava. Kansallinenkaan identiteetti ei muodostunut kerralla ja sen sisältö on jatkuvan muutoksen alainen.

Jos sitten tarkastellaan lyhyesti tutkijoiden käsityksiä niistä tekijöistä, jotka ovat merkityksellisiä kansakuntaa luoneissa prosessissa, havaitaan kiinnostavia painotuseroja. Benedict Anderson[6] korostaa mielikuvia (images) ja kommunikaatioverkostoja, mutta Eric Hobsbawn[7] keksittyjä / löydettyjä traditioita (invented traditions) ja symboleja. Anthony D. Smithin[8] kiinnostus on kohdistunut ennen kaikkea etnisten ryhmien rooliin kansallisten identiteettien muodostumisessa: etniset yhteisöt olivat helposti muunnettavissa kansakunniksi. Tärkeää kuitenkin oli tuolloinkin ja on edelleen se myyttis-symbolinen kokonaisuus, jota pidetään yllä valtion

[6] Anderson, Benedict: *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Lontoo 1991.

[7] Hobsbawn, Eric: *Nations and Nationalism since 1780: Programme, Myth, Reality*. Cambridge 1992.

[8] Smith, Anthony D.: *National Identity*. Lontoo 1991.

muodostamisella, sodilla ja uskonnolla. Keskeisiä ovat myytti "kultaisesta ajasta" ja muistot, jotka yhdistyvät "meidän alueeseemme".

Näyttää siis siltä, ettei pelkkä asuminen Euroopassa luo erityistä identiteettiä. Symboleista (esim. lippu tai raha) tai myyteistä huolimatta tarvitaan jotain konkreettista, kuten poliittisia tai taloudellisia etuja ja oikeuksia, uuden identiteetin vahvistamiseksi. Tunteella tulee olla objektiivinen perusta. Hyvin todennäköisesti sellaiseksi ei riitä määräys Euroopan unionin kansalaisuudesta, joka otettiin EY:n perustamissopimukseen Maastrichtissa. Sitä paitsi on selvää, että myös silloin kun puhutaan eurooppalaisesta – tai pohjoisesta – identiteetistä, joudutaan tekemään ero eliitin ja muun väestönosan välillä. Kriteerien määrittely, etsiminen ja keksiminen on eliitin projekti. Juuri se puhuu esimerkiksi "meidän Euroopastamme" tai viittaa pohjoismaiseen perinteeseen. Tosin sillä on vastassaan vahvoja kansallisia ja alueellisia eliittejä. Oma kysymyksensä on puolestaan, miten mielikuvat ja ideat synnytetään ja omaksutaan.

Jos katsomme miten eurooppalainen identiteetti nykyään määritellään, viitataan ennen muuta menneisyyteen. Varsin yksimielisiä ollaan ensinnäkin siitä, että ei-maantieteellinen Eurooppa on nimenomaan jotain henkistä. Tämän jälkeen mainitaan eurooppalaisuuden kriteereinä ainakin kristinusko, hellenismi ja roomalainen oikeus. Kieliä ja uskontoja Euroopassa on monia, mutta yhdistäviä näyttävät olevan (tietyt) traditiot.

Juuri roomalaisen oikeuden perintö, sen omaksuminen on keskeisin "oikeuden Euroopan" jäsenyyskriteereistä. Näin ollen myös oikeudellista identiteettiä määriteltäessä viitataan historiaan. Samalla eurooppalaisen identiteetin määrittelyssä katsotaan paljon kauemmas historiaan kuin kansallisen identiteetin määrittelyssä. Viittaahan roomalaisen oikeuden vaikutuksen korostaminen ennen muuta eurooppalaiseen myöhäisantiikin renessanssiin ja sen oikeuden tutkimiseen ja opettamiseen keskiajalla ja uuden ajan alussa. Kyse on ajasta ennen kotimaisen oikeuden nousua ja ennen kansallisvaltioita ja kansallisen lainsäädännön syntyä. Tuolloin eurooppalaisissa yliopistoissa opiskeltuun ja etenkin ylioikeuksien soveltamaan roomalaiseen oikeuteen liittyi idea yleisestä (yhteisestä) oikeudesta, *ius communesta*.

Toki tämä painotus selittyy ainakin osaksi (nykyisen eliitin) tulevaisuuteen kohdistuvilla toiveilla, onhan eurooppalainen integraatio valtioiden rajat ylittävä projekti ja sen yhtenä tavoitteena yhtenäisen oikeuden alue. Aiheellista on kuitenkin kysyä, eivätkö myös 1800-luku ja varsinkin 1900-luku synnyttäneet jotain sellaista, joka muodostaa eurooppalaisen identiteetin ytimen. Tuolloin nimittäin syntyivät eurooppalaiset kansalaisyhteis-

kunnat ja niiden keskeinen rooli. Porvarillinen kulttuuri vahvistui ja yhteiskunta organisoitui markkinoiden ja sosiaaliluokkien ympärille. Euroopan liberaalia ja demokraattista kulttuuria on vaikea ymmärtää painottamatta suurkaupunkien merkitystä eurooppalaiselle sivilisaatiolle. Modernia – rationaalista ja ennakoitavaa – oikeutta ei olisi syntynyt ilman kaupungistumisen vaikutusta.[9]

Samalla klassiset kansalaisvapaudet, kuten sananvapaus ovat näytelleet tärkeää osaa poliittisten yhteisöjen muodostumisessa. Läntisen Euroopan poliittiselle demokratialle on ollut tyypillistä ihmisten kuuluminen erilaisiin vapaaehtoisiin yhteenliittymiin ja niiden kautta tapahtuva vaikuttaminen. Niinpä Euroopan unionin – sinänsä tärkeä mutta toistaiseksi tarkemmin määrittelemättä jäänyt – jäsenyyskriteeri, oikeusvaltion periaatteen kunnioittaminen, voisi viitata demokraattiseen oikeusvaltioon, jossa valtiollisen vallankäytön kontrolli edellyttää läpinäkyvyyttä ja aktiivista kansalaisyhteiskuntaa.[10]

3 Pohjoinen oikeus

Jos tutkimme pohjoismaista oikeutta, joudumme aluksi kysymään, kuinka pitkälle samankaltaisia oikeusjärjestelmiä itse asiassa on olemassa ja jos on, mihin se perustuu. Vähintäänkin yhtä relevantti kysymys on, mihin suuntaan kehitys on menossa. Vahvasti yleistävä vastaus jälkimmäiseen voisi olla, että eräillä aloilla (sopimusoikeus) kohti eurooppalaista / globaalia samankaltaisuutta, toisilla taas omat kansalliset erityispiirteet korostavaa tai modernin oikeuden kokonaan hylkääviä vaihtoehtoja (sovittelujärjestelmät).

Joka tapauksessa oikeusvertailevissa esityksissä on edelleen nähtävissä, että silloin kun eurooppalaiset oikeusjärjestelmät jaetaan perinteisesti kahteen suuren oikeusperheeseen, *common law* -perheeseen ja mannermaisen oikeuden ns. *civil law* -perheeseen, sijoitetaan Pohjoismaat jälkimmäiseen. Silloin kun jako on nyansoidumpi, muodostetaan Pohjoismaiden oikeudesta mannermaisen oikeuden alaryhmä, saksalaisen ja ro-

[9] Ks. tästä Tapani Hietaniemen erinomainen Max Weberin eurooppalaisen kapitalismin syntyä koskevien käsitysten analyysi teoksessa Hietaniemi: *Max Weber ja Euroopan erityistie*. Helsinki 1998, erityisesti sivut 154–191.

[10] Demokraattisen oikeusvaltion käsitteestä ks. erityisesti Tuori, Kaarlo: *Kriittinen oikeuspositivismi*. Helsinki 2000, s. 107–136. Euroopan unionin oikeusvaltio-kriteeristä ks. Letto-Vanamo, Pia: *Eurooppa oikeusyhteisönä. Yhteistyön haasteet ja mahdollisuudet*. Helsinki 1998, s. 126–146.

manistisen rinnalle.[11] Tosin on olemassa tendenssejä – sen lisäksi että koko oikeusperheitä koskeva jako on asetettu kyseenalaiseksi[12] – luokitella pohjosmainen oikeus tuomioistuinkäytännössä syntyneen *common law* -oikeuden ja sääntöihin orientoituneen mannermaisen oikeuden sekamuodoksi.[13]

Miten sitten lähestymme kysymystä pohjoismaisesta identiteetistä? Myös sitä koskevassa keskustelussa näyttää olevan tyypillistä viittaaminen historiaan. Tosin silloinkin kyse on yleensä (vain) tiettyjen traditioiden ja tiettyjen määreiden korostaminen. Voidaan jopa nähdä, että pohjoismaisuudella ja ns. pohjoismaisella perinteellä saatetaan eri maissa ja / tai eri aikoina viitata toisistaan poikkeaviin kriteereihin.

Joka tapauksessa syitä pohjoismaisen oikeuden erityispiirteille – eurooppalaisessa vertailussa – ja keskinäiselle samankaltaisuudelle on löydettävissä historiasta. Pohjoismainen oikeus heijasti nimittäin melko pitkään hyvin homogeenista talonpoikaisyhteiskuntaa ja sen oikeuskäsityksiä. Tämä näkyy niin keskiajan (nk. maakuntalait ja maanlait) kuin paljon tuoreemmissakin oikeuslähteissä. Suuria kaupunkeja kauppaporvaristoineen ja erioikeuksineen ei ollut. Samoin puuttuvat lähes kokonaan roomalaisen oikeuden varhainen omaksuminen ja keskiajan yliopistoissa syntynyt oppineiden oikeus. Oikeustiede ja juristien ammattikunta syntyivät hyvin myöhään.

Tutkijoiden keskuudessa ollaan varsin yksimielisiä siitä, että juuri myöhäinen modernisaatio on eräs keskeinen pohjoismaiden oikeuskehitystä leimaavista piirteistä.[14] Se näkyy monilla oikeudenaloilla ja oikeudellisissa käytännöissä. Oikeustiede ja nykyaikainen juristikoulutus syntyivät laajamittaisemmin vasta 1800-luvun jälkipuoliskolla. Tuolloin pohjoismainen oikeuskehitys seurasi pääpiirteissään, kansallisvaltioiden, virkamiesten ja

---

[11] Ks. esim. Zweigert, Konrad – Kötz, Hein: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. Tübingen Mohr 1996.

[12] Ks. esim. Mattei, Ugo: "Three Patterns of Law. Taxonomy and Changes of the World's Legal Systems". *The American Journal of Comparative Law*, 1997 s. 5–94. ja van Hoecke, Mark – Warrington, Mark: "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law". *International and Comparative Law Quarterly* 1998, s. 495–536. Mattein mallista ja oikeusperheiden jakoa koskevista muista malleista ks. Husa, Jaakko: "Maailman oikeusperheiden luokittelu 2000-luvulla". Jäljempänä tässä teoksessa.

[13] Näin esim. EY-tuomioistuimen entinen puheenjohtaja Ole Due Tanskassa opiskelevillle ulkomaalaisille tarkoitetussa teoksessa *Danish Law in a European Perspective* (toim. Dahl – Melchior – Rehof – Tamm). Kööpenhamina 1996, s. 13–32 (erit s. 20).

[14] Näin esimerkiksi monet kirjoittajat teoksessa *Nordisk identitet* (alaviite 3).

jossain määrin myös teollistumisen, Eurooppaa. Siitä huolimatta pohjoismaissa ei ryhdytty sellaisiin laajamittaisiin yksityisoikeuden kodifiointihankkeisiin kuin esimerkiksi Ranskassa, Italiassa tai Saksassa. Samalla tämä meidät muusta Manner-Euroopasta erottava seikka on ollut pohjoismaita vielä viime vuosikymmeninäkin yhdistänyt tekijä. Se, että siviilioikeudellinen sääntely on perustunut yksittäisiin lakeihin eikä laajoihin, systematisoituihin "lakikirjoihin" (esim. Saksan BGB), on osaltaan helpottanut pohjoismaiden välistä oikeudellista yhteistyötä ja synnyttänyt yhteispohjoismaisia lakeja ja konventioita.

Historiallisista syistä puhutaan myös läntisestä ja itäisestä Pohjolasta. Norja, Tanska ja Islanti kuuluvat länteen, mutta Ruotsi ja Suomi itään. Ryhmien sisällä on enemmän yhtenäisyyttä kuin niiden välillä. Jako näkyy selvästi esimerkiksi julkisoikeuden alalla. Esimerkiksi kysymykset erityisten hallintotuomioistuimien olemassaolosta, lakien perustuslainmukaisuuden tulkinnasta tai kirkon ja valtion välisestä suhteesta on ratkaistu lännessä toisin kuin idässä.

Yleiseurooppalaista kehitystä hitaampi kulku on näkynyt vielä 1900-luvullakin. Tämä koskee erityisesti prosessioikeuden ja lakimiesammattien kehitystä, mutta myös yksityisoikeuden monia aloja. Tosin kehityksen vauhdissa on ollut huomattavia maakohtaisia eroja. Esimerkiksi ne tuomioistuinlaitoksen ja prosessin muutokset, jotka Ruotsissa toteutettiin pääosin 1940-luvulla, toteutuivat Suomessa vasta 1990-luvulla. Todettakoon, että monet kyseisistä prosessuaalisista reformeista, siirtyminen suulliseen ja välittömään menettelyyn ja maallikoiden vaikutuksen lisääminen sekä asianajajakunnan aseman vahvistaminen, ajoittuivat Ranskassa ja Saksassa jo 1800-luvulle.

4 Yhteistyön Pohjola

Ainoastaan historian samankaltaisuus ei selitä pohjoismaiden oikeuden yhteneviä piirteitä. Monet niistä ovat aktiivisen yhteistyön tulosta. Liioittelematta voidaankin todeta, ettei millään Euroopan alueella tavata niin kauan kestänyttä eikä niin laajaa yhteistyötä itsenäisten valtioiden välillä kuin Pohjoismaissa. Vuonna 1875 syntyi Tanskan, Norjan ja Ruotsin välinen valuuttaunioni, joka oli voimassa I maailmansodan syttymiseen saakka. Vuonna 1954 luotiin pohjoismaiset työmarkkinat, vuonna 1957 pohjoismainen passiunioni jne. Yhteistyö kattaa melkein kaikki elämänalat ja sen osapuolina ovat olleet parlamentaarikot, hallitukset, viranomaiset, kansalaisjärjestöt ja yritykset.

Muodollinen pohja yhteistyölle luotiin (vasta) 1962 ns. Helsingin sopimuksella, jota voidaan pitää seurauksena eurooppalaisesta integraatiosta, erityisesti Tanskan ja Norjan aikomasta EY-jäsenyydestä. Sittemmin Tanska ei kuitenkaan ajanut erityistä sopimusmääräystä pohjoismaisesta yhteistyöstä, mutta jatkoi EY-jäsenyyden jälkeenkin yhteistyötä muiden pohjoismaiden kanssa. Vasta ETA-sopimukseen otettiin alueellista yhteistyötä koskeva määräys, jonka on katsottu tarkoittavan myös pohjoismaista yhteistyötä, vaikkei sitä nimenomaan mainittukaan.

Oikeudellisen yhteistyön eräänlainen moottori on ollut jo vuodesta 1872 lähtien säännöllisesti kokoontunut pohjoismainen lakimieskokous.[15] Tieteellisten, virkamiestason ja henkilökohtaisten suhteiden avulla on luotu pohjoismaista oikeustietoisuutta ja pohjaa yhteistyölle. Historiansa aikana lakimieskokoukset ovat käsitelleet käytännöllisesti katsoen kaikkia oikeudenaloja. Viime vuosikymmeninä on kuitenkin ollut nähtävissä, että lakimiespäivät yhdistävät yhä enemmän vain käytännön juridiikan parissa toimivia lakimiehiä. Oikeustieteen edustajien osuus on jatkuvasti vähentynyt, ja teoreettisempi keskustelu on siirtynyt oikeuden eri aloilla toimiviin yhteispohjoismaisiin yhteenliittymiin tai tutkimushankkeisiin. Samalla nuorten osuus on ollut vähäinen, ja suomalaiset osallistujat ovat olleet lähes yksinomaan ruotsia äidinkielenään puhuvia.

Oikeudellisessa yhteistyössä on käytetty useita muotoja ja keinoja. Yhteistyötä on tehty eri tasoilla. Aktiivisia ovat olleet kansalliset ja yhteispohjoismaiset komiteat, ministeriöt ja yksittäiset virkamiehet. Oleellisinta on ollut oikeusjärjestysten lähentäminen lainsäädännön avulla, samankaltaisuuden vaihdellessa kuitenkin tapaus tapaukselta. Samankaltaisuuteen on pyritty niin pitkälle kuin mahdollista, mutta siihen ei ole velvoitettu[16].

Pohjoismaisen lainsäädäntöyhteistyön perusperiaatteet on viimeksi määritelty vuonna 1996.[17] Yksi näistä on pohjoismainen hyöty: yhteistyötä tehdään vain niillä aloilla, joilla se tuottaa pohjoismaista hyötyarvoa (yhteistyöohjelma 29.10.96, B 162/nord.). Samalla on korostettu, että yhdenmukaisuus tarkoittaa ennen muuta yksimielisyyttä kulloinkin kyseessä ole-

---

[15] Ks. tästä esim. Boucht, Johan: "De nordiska juristmötena och rättsgemenskapen i Norden". *Defensor Legis* 1999, s. 748–775.

[16] Tästä on erityinen maininta Helsingin sopimuksessa.

[17] Oikeudellista yhteistyötä täydentävät vuosittaiset toimintasuunnitelmat ja sitä tehdään tällä hetkellä rikosoikeuden alalla erityisessä asiantuntijaryhmässä.

van lainsäädännön kantavista periaatteista. Sen sijaan säännösten ei tarvitse yksityiskohdiltaan olla samanlaisia.

Lainsäädäntöyhteistyö alkoi jo 1870-luvulla, vaikkakin aluksi ilman Suomea. Ensimmäinen yhteistyöala oli vekselioikeus. Varsin pian seurasivat shekkioikeus, merioikeus ja kuljetusoikeus. Ensimmäisen sukupolvi pohjoismaisia kauppalakeja on vuosilta 1905–07. Tosin Islannin kyseinen lainsäädäntö on vuodelta 1921, ja Suomi oli tuossa vaiheessa mukana vain oikeuskäytännön kautta. Viimeisimmät kauppalakien uudistukset ovat 1900-luvun lopulta.

Lainsäädäntöyhteistyötä on ollut monella muullakin oikeudenalalla.[18] Rikosoikeuden alalla yhteistyö on koskenut etenkin rikoksentekijän luovuttamista, oikeusapua ja täytäntöönpanon siirtoa. Yhteistyön painopiste näyttää kuitenkin olleen yksityisoikeudessa. Yhteisistä työmarkkinoista huolimatta työoikeus ei ole kuulunut lainsäädäntöyhteistyön aloihin. Sen piirissä samoin kuin sosiaalioikeuden kysymyksissä on yleensä turvauduttu konventioihin. Samalla yhteistyön tavoitteita on määritellyt nk. pohjoismainen malli, jolle on tyypillistä universaalien sosiaalisten oikeuksien takaaminen.

Jo yksityisoikeuden vahva asema erottaa pohjoismaisen yhteistyön oikeudellisesta yhteistyöstä EU:ssa.[19] Siellä pyrkimys yksityisoikeuden yhtenäistämiseen heijastaa ennen muuta tavoitetta yhteismarkkinoiden luomisesta ja vahvistamisesta. Oma rajoituksensa aiheutuu myös ns. subsidiariteettiperiaatteesta. Ylipäätään yksityisoikeudellinen yhteistyö[20] unionissa on uusi ilmiö, mutta sisältää useita vapaaehtoiseen tieteelliseen yhteistyöhön perustuvia hankkeita.[21] Toki yksityisoikeuden alalla on kysymyksiä, joissa on tehty sekä pohjoismaista että (virallista) unioni-yhteistyötä. Näin

---

[18] Ks. tästä hyvä yhteenveto Gebhard, Carsten: "Europäische Integration und nordische Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Zivilrechts". *Zeitschrift für europäisches Zivilrecht* 1993, s. 335–353.

[19] Eurooppalaisen ja Pohjoismaisen yhteistyön vertailua on suoritettu artikkelissa Letto-Vanamo, Pia: "Nordisk rätt i europeisk gemenskap", *Nordisk administrativt tidsskrift* 1999, s. 233–241.

[20] Yksityisoikeudellisen yhteistyön tilasta Amsterdamin sopimuksen hyväksymisen jälkeen ks. Aalto, Pekka: "Yksityisoikeuden alan yhteistyö EU:ssa. Tilanne Tampereen Eurooppa-neuvoston jälkeen", *Lakimies* 2000, s. 315–335.

[21] Ks. näistä esim. Schmid, Christoph U.: " 'Bottom-up' Harmonisation of European Private Law: ius commune and restatement". Teoksessa *Functions and Future of European Law* (toim. Heiskanen ja Kulovesi). Helsinki 1999, s. 75–89.

on esimerkiksi kuluttaja- ja kilpailuoikeuden alalla, joilla tällä hetkellä on melko vähän tilaa pohjoismaiselle yhteistyölle.

5 Arvojen Pohjola

Yleisesti ottaen voidaan todeta, että pohjoismainen yhteistyö on ankkuroitunut melko laajoihin väestöpiireihin, ei-valtiollisiin tilaisuuksiin ja aatteellisiin yhdistyksiin. Esimerkiksi yhdistys Pohjola-Norden perustettiin vuonna 1919. Ensimmäinen pohjoismainen kansankorkeakoulu syntyi jo 1850-luvulla, ja eri tieteenalojen tutkijoiden yhteistyöllä on pitkät perinteet (luonnontieteilijät vuodesta 1839 ja juristit vuodesta 1872). Voidaan katsoa, että pohjoismainen yhteistyö saa ainakin osaksi legitimaationsa nimenomaan siitä, että se tukeutuu sekä viranomaisiin että kansalaisiin.

Yhteistyötä on yleensä luonnehdittu adjektiiveilla epämuodollinen, eibyrokraattinen ja vapaaehtoinen. Epämuodollisuutta ja byrokraattisuuden puutetta ovat korostaneet myös virkamiehet, varsinkin oltuaan mukana myös EU-yhteistyössä. Samalla korostetaan, että pohjoismaista oikeusyhteisöä pitävät yllä historian lisäksi yhteiset arvot. Korostus näkyy sekä tutkijoiden analyyseissä että poliittisluonteisissa asiakirjoissa.[22] Sen sijaan siitä, mitä nämä yhteiset arvot – esimerkiksi oikeuden alalla – ovat ja miten ne eroavat kulloisistakin yhteiskuntapoliittisista tavoitteista, on vaikeaa saada selkoa.

Eräs tapa lähestyä kysymystä on jälleen suorittaa vertailua Euroopan unionin piirissä harjoitettuun yhteistyöhön. Sitä sääntelee tavoitteiden, ennen muuta yhteismarkkinoiden pystyttäminen ja vahvistaminen, yhteisyys. Pohjoismaiseen yhteistyöhön on sen sijaan ryhdytty muista syistä, ehkä juuri yhteisiksi koettujen arvojen vuoksi.

Etenkin 1900-luvun jälkipuoliskolla yhteiset arvot näyttävät liittyneen nk. pohjoismaiseen malliin.[23] Ainakin sen vaikutus näkyy oikeusjärjestyksen kehityksessä, osittain myös oikeustieteellisessä keskustelussa. Selvimmin ajatus pohjoismaisesta mallista ilmenee suhtautumisessa valtioon, valtion ja kansalaisyhteiskunnan välisen suhteen määrittelyssä. Tosin "hyväl-

[22] Näin esimerkiksi alaviitteessä 2 mainitussa seminaarissa pidetyissä esitelmissä.

[23] Ks. tähän liittyen Pekka Kososen kirjoitus "Den nordiska välfärdsmodellen och dess framtid" teoksessa *Nordisk indentitet* (av 3), s. 43–51; Siinä hän kirjoittaa pohjoismaisesta normatiivisesta perinnöstä ja mainitsee neljä pohjoismaisen hyvinvointipolitiikan tavoitetta: universaalit sosiaaliset oikeudet, julkisen sektorin vastuu hyvinvoinnista, tasaarvo ja täystyöllisyys.

le" ja vahvalle valtiolle sekä heikolle ja valtioon tukeutuneelle kansalaisyhteiskunnalle on myös historialliset syynsä.[24] Joka tapauksessa valtio oli oleva takeena niin taloudellisen hyvinvoinnin toteuttamiselle kuin sosiaalisen oikeudenmukaisuuden toteuttamiselle.

Tietyllä tavalla hyvinvointivaltion rakentaminen oli myös hyvin kansallinen[25] – korkeintaan pohjoismainen – projekti. Eurooppalaisiin esikuviin ei viitattu, ja suomalaisen lainsäätäjän mallimaa oli Ruotsi. Samalla tämä vahvisti tradition asemaa ja osaksi sai aikaan sen, että vielä 1900-luvunkin oikeuskäsityksissä näkyi eräänlainen talonpoikaisuus. Etenkin pohjoismaiselle yhteiskunnalle tyypillisenä pidetystä vapaiden talonpoikien yhteisestä asioiden hoidosta tuli eräänlainen myytti, johon oli helppo viitata esimerkiksi silloin, kun on haluttiin vastustaa oikeudellisen asiantuntemuksen lisäämistä, olivatpa sitten kyseessä tuomioistuinlaitosta, syyttäjäkuntaa tai asianajoa koskeneet uudistukset.

Muihin länsieurooppalaisiin oikeusjärjestelmiin verrattaessa valtion rooli pohjoismaissa on ollut vahva, etenkin jos kyse on ollut perhe- tai sosiaalioikeudellisesta sääntelystä tai kuluttajansuojan järjestämisestä. Osittain tämän seurauksena raja yksityisen ja julkisen samoin kuin yksityisoikeuden ja julkisoikeuden välillä on hämärtynyt. Samalla oikeuskehitystä on ohjattu ennen kaikkea lainsäädännöllä, mikä selittänee ainakin osaksi pohjoismaisen oikeudellisen yhteistyön keskittymisen lainvalmistelutyöhön. Yleisesti ottaen pohjoismaita on leimannut voimakas lojaalisuus lainsäätäjää kohtaan. Tämä on näkynyt etenkin Ruotsissa ja Suomessa, joissa tuomioistuimien on ollut tapana vedota lakien esitöihin.

Kiinnostavaa on kuitenkin todeta, että ns. reaalisia argumentteja korostava skandinaavinen realismi vaikutti vain Tanskassa ja Ruotsissa.[26] Sen sijaan saksalaisen käsitelainopillisen tradition vaikutus jatkui Suomessa aina 1950-luvulle saakka, mikä osaltaan selittänee suomalaisen oikeustieteen – ja analyyttisen oikeustieteen mukanaan tuoman oikeusteoreettisen painotuksen – muita pohjoismaita vielä nykyäänkin vahvemman aseman oikeuden muutosvoimia arvioitaessa.

---

[24] Eräs tärkeimmistä on maatalousvaltaisten yhteiskuntien nopea teollistuminen ja välttämättömyys ratkaista tästä aiheutuneet taloudellis-sosiaaliset ongelmat.

[25] Ks. tästä esim. Modéer, Kjell Åke: "Den stora reformen. Rättegångsbalkens förebilder och förverkligande". *Svensk Juristtidning* 1999, s. 400–427.

[26] Syistä tähän ks. Pihlajamäki, Heikki: "Den rättsliga formalismen och kritiken av den. En jämförande granskning av den finska rättsvetenskapen under 1900-talets första decennier". *Retfærd* 1997, s. 51–67.

6 Tulevaisuuden Pohjola

Pohjoismaisen oikeusjärjestelmän / -järjestelmien kehitysvaihetta ja pohjoismaisen yhteistyön tilaa on tällä hetkellä melko vaikeaa arvioida. Eurooppalaista integraatiota ajatellen voidaan todeta, että Euroopan unionin olemassaoloa ja toimintaa hallitsee juridinen painotus, joka näkyy myös jäsenmaiden asianomaisessa päätöksenteossa. Jäsenyys unionissa on lisännyt sekä Ruotsissa että Suomessa juristien merkitystä. Vaikka 1990-lukua on leimannut valtionhallinnon supistaminen ja virkamieskunnan määrän pienentyminen, ei tämä tendenssi ole merkittävämmin koskettanut ministeriöiden (korkeampaa) virkamieskuntaa.[27] Juristien suhteellinen osuus korkeammassa virkamieskunnassa on jopa lisääntynyt samalla, kun tilannekohtaista ja yksilöllistä pätevyyttä korostavat ns. managerialistiset korostukset ovat vahvistuneet.

Implementointikäytäntö on puolestaan johtanut lainsäädännöllisen ja hallinnollisen päätöksenteon delegoimiseen mahdollisimman alas. Myös EU-oikeudelle tyypilliset piirteet tapauskohtaisuus, yksityiskohtaisuus ja teknisyys ovat saaneet aikaan paineen delegoida lainsäädäntövaltuuksia parlamentilta hallitukselle ja virkamieskunnalle. Tämä on ollut omiaan vähentämään parlamentin merkitystä ja valvontamahdollisuuksia. Samoin on nähtävissä, että painopiste eurooppalaisessa yhteistyössä on ennen muuta virkamiesten harjoittamassa yhteistyössä – ja usein juuri he ovat ainoita, joilla on ajankohtaista tietoa yhteistyön kulloisestakin vaiheesta.

Edellä todettiin, että pohjoismaista tuomioistuinlaitosta on leimannut – jo historiallisista syistä – lojaalisuus lainsäätäjää kohtaan. Sekä unionijäsenyys että Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioiminen ovat kuitenkin muuttaneet monella tavalla tuomioistuimien työtä. Uutta normimassaa on tullut sovellettavaksi ja keskeiset oikeudenkäyntiperiaatteet ovat tulleet uudelleen arvioitaviksi. Voidaan sanoa, että tuomioistuimien rooli on korostunut. Myös oikeuslähdeoppi on muuttumassa – vaikka hypoteettinen lainsäätäjän tahto edelleen kiinnostaa esim. Suomen korkeinta oikeutta, on asenne lainsäädäntöön tullut vapaammaksi. Tähän on tosin vaikuttanut myös kansallisen lainsäädäntötekniikan muuttuminen: yhä useammin suositaan joustavia ja avoimia normeja.

On selvää, että EU-yhteistyön intensiivisyys ja velvoittavuus on viime vuosina vienyt paljon aikaa ja resursseja etenkin lainvalmistelusta. Pohjois-

[27] Ks. Stenvall, Jari: *Käskyläisestä toimijaksi*. Acta Universitatis Tamperensis 759. Tampere 2000, s. 209 ss.

maista yhteistyötä on toki jatkettu, mutta se on painottunut virkamiesyhteistyöhön EY-normiston implementointivaiheessa.[28] Laajoja, tulevaisuuteen suuntaavia pohjoismaisia hankkeita ei ole vireillä.

Samalla pohjoismainen yhteistyö on saanut painotuksensa Euroopan unionin toiminnan painopisteistä. Niinpä viime vuosien rikosoikeudellista yhteistyötä on leimannut ennen muuta kysymys järjestäytyneestä rikollisuudesta – ei niinkään "pohjoismainen humaani ja rationaalinen" kriminaalipolitiikka. Eräs ongelma aiheutuu kahdesta diskurssista: viranomaisten aika ja resurssit kuluvat – jo valmiin – pääosin fragmentaarisen säännöstön täytäntöönpanoon, kun taas oikeustieteen harjoittajat ovat mukana tulevaisuuteen suuntaavissa ja usein laajoja oikeudellisia periaatteita työstävissä kansainvälisissä hankkeissa.[29]

Pohjoismaisen oikeusyhteistyön vapaaehtoisuus ja epämuodollisuus voivat osoittautua sen heikkoudeksi. Kun yhteistyötä leimaa yksittäisten virkamiesten ambitio ja innostus, on sen informaalinen luonne taattu. Samalla kuitenkin on suljettu pois poliittinen ohjaus. Kun vielä tiedetään, että pohjoismaisessa(kin) yhteistyössä kieli näyttelee merkittävää roolia, eikä motivaatio ruotsin kielen saati muiden pohjoismaisten kielten opiskelulle ole ollut viime vuosina korkea, on ehkä syytä huolestua.[30]

Pohjoismaista yhteistyötä nimittäin tarvitaan, eikä Euroopan unionin toimintaan liittyvässä pohjoismaisten jäsenmaiden yhteistyössä, jopa sen tehostamisessa ole mitään moitittavaa. Yhteistyö voi liittyä niin sisällöllisiin kysymyksiin kuin menettelytapojen parantamiseen. Liioittelematta voidaan todeta, että unionin avoimuuspolitiikka on muuttumassa juuri pohjoismaiden aktiivisuuden seurauksena. Etenkin unionin tuleva laajeneminen avaa uusia mahdollisuuksia korostaa pohjoista perinnettä ja arvoja – kunhan selvitämme itsellemme niiden sisällön ja merkityksen.

---

[28] Tämä käy ilmi alaviitteessä 2 mainitussa seminaarissa pidetyissä esitelmissä.

[29] Ks. yleisesti Nuotio, Kimmo: "Eurooppalaistuva rikosoikeus – rikosoikeudellistuva Eurooppa", *DL* 4/2001, 686–699.

[30] Ks. tästä Sten Palmgrenin alaviitteessä 2 mainittu esitelmä.

Jaakko Husa

3 Maailman oikeusperheiden luokittelu 2000-luvulla

1 Johdanto

Oikeusvertailevan kirjallisuuden lukija ei voi säästyä, vaikka ehkä haluaisikin, oikeusjärjestysten luokitteluilta ja oikeusperheiltä. Kaikissa oikeusvertailun klassisissa yleisesityksissä on esitetty erilaisia ratkaisuehdotuksia vastauksena maailman oikeusjärjestysten ryhmittelyn ongelmaan. Kyse on makrovertailusta, jossa keskitytään mikrovertailun sääntöjen ja instituutioiden sijaan kokonaisten oikeusjärjestysten tyypillisten ja omaleimaisten sekä erityisen kuvaavien piirteiden erittelyyn ja analysointiin (vrt. de Cruz 1995 s. 224–227; Bogdan 1994 s. 4–5).

Davidin klassikossa *Les grand systémes de droit contemporains* (suom. 1982 s. 21–31) esitetään varsinaisina oikeusryhminä romaanis-germaaninen, common law ja sosialistinen oikeus. Muina ei-länsimaisina oikeusjärjestyksinä David mainitsee islamilaisen, hindulaisen ja juutalaisen oikeuden sekä Kaukoidän, Afrikan ja Madagaskarin oikeuden. Zweigert ja Kötz esittävät niinikään klassikoksi tulleessa teoksessaan *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* (engl. *An Introduction to Comparative Law* 1998 s. 63–73) romanistisen, germaanisen, pohjoismaisen oikeuden, common law'n sekä Kaukoidän systeemit, islamilaiset systeemit ja hinduoikeuden. Tässäkin luokittelussa alkuperäiset varsinaiset "perusoikeusperheet" olivat samat kuin Davidilla. Niissäkin ryhmittelyissä, jotka ovat poikenneet perusesityksistä on ollut hallitseva rooli kolmella perinteisellä oikeusperheellä: romaanis-germaaninen oikeus, common law ja sosialistinen oikeus (vrt. kuitenkin Schnitzer 1961 s. 133–142[1]; Malmström 1969 s. 147).

[1] Schnitzerin luokittelun erikoisuus on sen vahva oikeushistoriallinen ulottuvuus: primitiivisten kansojen oikeus, antiikin kulttuurikansojen oikeus, romaaninen oikeus, anglo-

Kuinka erilaisiin luokitteluehdotuksiin tulisi sitten suhtautua? Muutama perusasia on helppo todeta. Oikeusperheluokitukset ovat eläviä systematisointeja, eikä niitä ole tarkoitettu ikuisiksi. Mikä tahansa esitys oikeusperheistä on riippuvainen siitä ajankohdasta jolloin se on tehty. Vertailijan kannalta suuretkaan lainsäädäntömuutokset eivät välttämättä kaada luokittelun ideaa, sillä aina ei tavoitteena ole sitoutua nykyaikaan ja pyrkiä tuottamaan viimeisintä tietoa, varsinkaan jos tavoitteet ovat makrovertailevia. Oikeusperheryhmittely elää (tai sen pitäisi elää) maailman oikeusjärjestysten muuttumisen mukana silloin, kun kyse on syvälle käyvistä ja perustavaa laatua olevista muutoksista, ei pelkästä pinnan muuttumisesta (ks. myös Mattei 1997 s. 5–6). Tähän uudistustarpeeseen ei vaikuta se, että oikeusjärjestysten luokittelut ovat aina varsin suhteellisia (vrt. Mattila *EIF* p. 619).

Yksi merkittävä oikeusperheluokittelun muuttumisen ja suhteellisuuden osoitus löytyy sosialistimaiden suunnitelmatalouden varaan nojanneiden järjestelmien murenemisesta. Vanha sosialistinen oikeusperhe on 1980-luvun lopulta ja 1990-luvun alusta supistunut miltei olemattomiin. Se on myös pitkälti kadonnut tai ainakin kutistunut merkittävästi oikeusvertailun yleisteoksissa (esim. de Cruz 1995; Zweigert & Kötz 1998). Tätä nykyä entiset sosialistivaltiot pyrkivät kohti länsimaista oikeusjärjestelmää tavoitteinaan talouselämässä vapaa markkinatalous, oikeusvaltioperiaatteen toteuttaminen ja konstitutionalismi sekä perusoikeuksien kunnioitus. Onnistumisasteet vaihtelevat; on olemassa hyvin onnistuneita (esim. Unkari ja Tšekki) sekä vähemmän hyvin onnistuneita järjestelmiä (esim. Ukraina ja Valko-Venäjä).

Oikeusvertailijoiden keskuudessa ei vallitse mitään yksimielisyyttä siitä, miten maailman oikeusjärjestykset on luokiteltava. Toisten esittämiä luokitteluehdotuksia on helppo kritisoida, mutta jo olemassa olevista luokituksista suuresti poikkeavia ehdotuksia ei ole kritiikistä huolimatta juurikaan esitetty. Eri luokittelut ovat oikeastaan hämmästyttävän samankaltaisia (vrt. Malmström 1969 s. 129–130). Davidin esitys on käytännössä toiminut perusesityksenä viimeisten vuosikymmenten ajan (edeltäjistä ks. esim. Arminjon & Nolde & Wolff 1950 s. 42–53[2]). Davidin ja Zweigertin & Kötz'in teoksien uusimmissa-

amerikkalainen oikeus, germaaninen oikeus, romaaninen oikeus, Pohjoismaiden oikeus, uskonnollinen oikeus (islam, hindu, krist.) ja afro-aasialainen oikeus.

[2] Arminjon et al. ryhmittely oli jo syntyaikanaan osin vanhentunut, koska se ei sisältänyt sosialistista oikeusperhettä (ranskalainen, saksalainen, skandinaavinen, englantilainen, venäläinen, islamilainen ja hindulainen oikeus). Tämä luokittelu piti silmällä vain yksityisoikeutta – se on myös ollut mallina Zweigert & Kötzin (1998 s. 73) ryhmittelylle.

kin painoksissa esitetyt oikeusperheet ovat säilyneet ennallaan sillä erotuksella, että sosialistinen oikeusperhe on pudotettu pois joukosta tai se esitetään vain kuriositeettina (ks. myös de Cruz 1995 s. 31–40; Bogdan 1994 s. 82–91).

Mikä sitten on mennyt vikaan, kun luokittelut ja oikeusjärjestysten nykytodellisuus eivät enää oikein kohtaa? Oikeusperheluokitteluiden perusvikoja on – ymmärtääkseni – ollut ainakin kaksi. Ilmeinen ongelma on luokitteluiden länsikeskeisyys; ne on luotu yleensä joko common law'n tai romaanis-germaanisen oikeuden näkökulmasta, jolloin muut oikeusperheet ovat oikeastaan vain täydentävässä roolissa. Luokittelukriteerit eivät myöskään ole olleet kovin neutraaleja, vaan ne ovat ikään kuin suosineet länsimaista oikeutta[3]. Toinen perusvika on ollut tällaisten luokitusten staattisuus. Edes 1990-luvun murrosten jälkeen niille ei näytä tapahtuneen mitään radikaalia muutosta, vaan kriteerit ja luokittelutavat ovat edelleen pitkälti samat kuin menneinä vuosikymmeninä.

Tässä kirjoituksessa esitän kaksi 1990-luvun kehityksen huomioonottavaa luokittelua ja luokittelussa käytettäviä kriteerejä koskevaa teoriaa. Seuraavassa esittelen Ugo Mattein paljon huomiota saaneen ehdotuksen sekä omassa kirjassani *Johdatus oikeusvertailuun* (1998) esiintyvän luokitteluehdotuksen jatkokehitelmän. Ehdotukset ovat sikäli erilaisia, että Mattein esitys perustuu substantiaaliseen erittelyyn, kun taas oma ehdotukseni on sisältöneutraalimpi[4].

2 Sisältöerittelyyn perustuva dynaaminen ryhmittely

Italialainen oikeustieteilijä, alunperin sivilisti, Mattei on esittänyt oman ryhmittelyehdotuksensa tunnetuimman version vuonna 1997 ilmestyneessä paljon siteeratussa artikkelissaan "Three Patterns of Law", jonka alkuperäinen versio oli julkaistu italiaksi. Tunnetuimman version julkaisuforumina oli yksi maailman johtavista oikeusvertailun julkaisuista eli *American Journal of Comparative Law*. Mattei on kehittänyt ehdotuksensa alunperin kansainvälisessä opetustoiminnassa saamiensa kokemusten pohjalta, huomattuaan tarvitsevansa eri oikeuskulttuureista tulevien juristien yhteisymmärrystä helpottavan

[3] Tätä on kritisoitu runsaasti. Yksi vaikutusvaltaisimpia kritiikkejä on ollut Frankenberg 1985 (ks. erit. s. 422–426), jossa kiinnitetään huomiota ryhmittelyiden (länsikeskeiseen) dikotomisuuteen ("...Western legal culture at the top of some implicit normative scale" emt. s. 422).

[4] Erittäin mielenkiintoinen on myös H. Patrick Glenn'in (2000) käyttämä jaottelu, joka perustuu oikeustraditioiden historiaulottuvuuden huomioivaan erotteluun: luonnonkansojen oikeus (chtonic legal tradition), juutalainen oikeus, romaanis-germaaninen 'civil law', islamilainen oikeus, common law, hinduoikeus ja aasialainen oikeus.

uuden ryhmittelyn. Tavoitteet ovat siis ainakin osin pedagogisia, kuten myös Davidilla ja Zweigert & Kötzillä[5]. Muiden makro-oikeusvertailijoiden tavoin Mattei ei pyri maailman kaikkien järjestelmien pikkutarkkaan "empiirisesti" adekvaattiin kuvaukseen, vaan jatkaa yleishallintaan pyrkivää peruslinjaa.

Lähtökohtana on myös huomio siitä, että vanhat luokittelut eivät enää pidä paikkaansa ja ne ovat muuttuneet yhä hyödyttömämmiksi 1990-luvun kehityksen jälkeen. Mattei piti tarvetta uuden ryhmittelyn luomiseen ilmeisenä. Hän kutsuu ryhmittelyään "taksonomiaksi", jonka tehtävänä on siis korvata vanhat luokittelut ja korjata niiden puutteita sekä empiirisesti että teoreettisesti. Mattei korostaa yleensäkin tarvetta muuttaa ja ajantasaistaa myös oikeusperheluokitteluita, joiden nykytilaa hän pitää liian staattisena ja jäykistyneenä. Pyrkimys on korvata vanha staattinen taksonomia uudella, dynaamisemmalla. Myös aiemmasta länsikeskeisyydestä on samalla tarkoitus päästä eroon. (Mattei 1997 s. 5–9)

2.1 Ryhmittelyn oikeusteoreettinen perusta

Perusajatuksena Matteilla on lähteä liikkeelle siitä, että on olemassa (ideaalityyppimielessä) kolmenlaisia sosiaalisessa toiminnassa noudatettavia normityyppejä, joilla on vaikutusta yksilöiden käyttäytymiseen[6]. Hän tunnustaa muidenkinlaisten normistojen olemassaolon, mutta katsoo voivansa pelkistää makrovertailun kannalta tärkeimmät normityypit ja näitä tyyppejä vastaavat normilähteet kolmeen. Näistä lähtökohdista hän erottaa kolme normistojen päälähdettä, jotka ovat politiikka, oikeus ja filosofinen tai uskonnollinen traditio. Luokittelukriteeristön teoreettinen peruspiste ei näin ole länsimais-oikeudellinen, koska mainituilla perusteilla erotetut normityypit ovat – väittää Mattei – kulttuurineutraaleja. Esimerkiksi länsimaiseen järjestelmään kuuluu näitä kaikkia normistoja, mutta niiden keskinäiset painoarvot ovat toisenlaisia kuin esimerkiksi itämaisessa oikeudessa (ks. myös Grossfeld 1990 s. 107–108).

Mattei ei väitä, että yksikään todellinen oikeusjärjestys olisi vain jonkin perusnormityyppiä edustavan kaltainen vaan, että kaikissa tai ainakin useimmissa järjestelmissä voidaan erottaa yksi piirre, joka on luonteeltaan

---

[5] Tuore ja erittäin kattava ei-pedagoginen ryhmittely löytyy Ottawan yliopiston verkkosivuilta (http://www.uottawa.ca/world-legal-systems).

[6] Mattei (1997 s. 12 av. 34) viittaa Max Weberiin vain hyvin yleisesti Max Rheinsteinin (1954) Weber-käännöksen kautta. Käytännössä juuri weberiläisiin ideaalityyppeihin perustuva ryhmittelyote lienee ehkä ainoa mahdollinen tai mielekäs. Ks. myös Husa 2001.

määräävä (hegemonic pattern). Tämä tarkoittaa sitä, että samankin oikeusjärjestyksen sisällä voi eri oikeudenaloilla olla toisistaan eroavia määrääviä piirteitä (vrt. Malmström 1969 s. 139; Zweigert & Kötz 1998 s. 65). Puhe on siis hallitsevista tyyppipiirteistä, jotka ovat leimaa-antavia oikeusjärjestyksen kokonaisuutta silmällä pitäen. (Mattei 1997 s. 12–16)

Varsinainen oikeusperheiden ryhmittely perustuu siis oikeusteoreettiseen olettamaan siitä, että on olemassa pääpiirteiltään kolmen ideaalityyppisen normilähteen tuottamia normistoja, joiden avulla on mahdollista arvioida eri oikeusjärjestysten pääasiallista luonnetta. Tällä tavoin syntyvä ryhmittelyehdotus on siis ymmärrettävä luonteeltaan yleistykseksi, johon kuitenkin on koottu kuvaavimmat piirteet eri oikeusjärjestyksistä. Ryhmittelyssä erotetaan kolmen normityypin mukaiset (eli niiden välisiin eroihin perustuvat) kolme oikeusjärjestysten perustyyppiä, jotka ovat seuraavat (Mattei 1997 s. 19):

1) Rule of professional law (professionaalinen oikeus)
2) Rule of political law (poliittinen oikeus)
3) Rule of traditional law (traditionaalinen oikeus)

Mattei katsoo, ettei tällainen luokittelu ole luonteeltaan jäykkä. Ajan kuluessa tällä hetkellä johonkin toiseen ryhmään kuuluva järjestelmä voi muuttaa paikkaansa ryhmittelyssä, jos sen määräävä piirre muuttuu. Jos esimerkiksi poliittisen oikeuden ryhmään kuuluva järjestelmä transformoituu siten, että joko professionaalinen tai traditionaalinen oikeus nousee määräävään asemaan, niin tämä muutos pitää myös huomioida luokittelussa. Kaikkien muiden luokitteluehdotusten tavoin Mattein esitys on – kuten hän itsekin toteaa – karkea jäsennys, joka perustuu suhteellisen vahvoihin yleistyksiin. Hän nimenomaan korostaa sitä, etteivät ryhmittelyt ole mikään päämäärä sinänsä, vaan ainoastaan keinoja käsitteellistää ja ottaa haltuun vertaillen maailman oikeusjärjestysten kokonaisuus. (Mattei 1997 s. 21)

2.2 Oikeusperheiden kolme perustyyppiä

Ryhmittely rakentuu käytännössä sen varaan, että Mattei on pyrkinyt tunnistamaan kustakin oikeusjärjestyksestä sille ominaisen *määräävän piirteen*. Mattein käyttämä ilmaisu on artikkelin otsikossakin esiintyvä 'pattern', jolle sanakirja antaa ensisijaisen merkityksen malli, kaava, tyyppi. Toissijainen merkitys on esikuvallinen, mallikelpoinen. Seuraavassa esiintyvät oikeusperheet perustuvat siis tällaisiin "patterneihin" siten, että kussakin ideaalityyppisessä oikeusperheessä tulkitaan yhden olevan määräävä 'pattern'. Mittatikku on

näin siis – tietoisesti – suurpiirteinen ja korostetun makrotasoinen. Mattein konstruktion joustavuus näkyy siinä, että järjestelmät voivat määräävästä piirteestään huolimatta olla myös ikään kuin kallellaan toisen määräävän piirteen suuntaan. Esimerkiksi Japani ja Kiina ovat Mattein ryhmittelyssä molemmat traditionaalisen oikeusperheen jäseniä, mutta ne ovat kallellaan eri suuntiin: Japani professionaaliseen ja Kiina poliittiseen oikeuteen (ks. Mattei 1997 s. 40).

Professionaalinen oikeus. Perinteinen luokittelu common law'hon ja romaanis-germaaniseen oikeuteen on professionaalisen oikeusperheen alaluokitus, jossa on lähtökohtana ajatus siitä, että länsimainen oikeus on – vertailevasta näkökulmasta – varsin homogeeninen ryhmä. Pääedustajia tässä ryhmässä ovat common law'n amerikkalainen sekä englantilainen versio, romaaninen ja germaaninen oikeus, Pohjoismaiden oikeus sekä common law'n ja romaanis-germaanisen oikeuden hybridijärjestelmät (esim. Skotlanti ja Quebec). Mattei nostaa tässä yhteydessä esiin kaksi läntisen oikeuden – makrovertailijan kannalta – hallitsevaa ydinominaisuutta, jotka ovat 1) oikeudellisen ja poliittisen päätöksenteon toimintakenttien toisistaan erottaminen sekä 2) oikeuden laajamittainen maallistuminen eli eroaminen uskonnollisperäisestä normistosta.

Oikeus ja politiikka eivät ole professionaalisessa oikeudessa toisistaan irrallisia, mutta ne ovat toisistaan pääosin erotetut; lainsäätäjä tai hallitus tai muu poliittista valtaa edustava taho ei voi nimittäin suoraan vaikuttaa oikeudellisiin prosesseihin. Osa normeista voi olla myös traditioperäisiä, mutta tämä ei koske pääosaa normistosta eli se ei siis ole hallitseva tai määräävä piirre (vrt. Glenn 2000 s. 2).

Professionaaliseen oikeuteen perustuvan järjestelmän legitiimisyyttä argumentoidaan sillä, että on olemassa erityinen ammatillisesti erikoistunut korporaatio, jolta puuttuu itseltään suora demokraattinen legitimaatio, joka järjestelmällä muutoin on. Pääpiirteittäin tilanne on sellainen, että oikeuden aluetta hallitsevat juridiikan ammattilaiset, politiikan aluetta poliitikot ja uskonnon aluetta papit. Eri elämänalueet ovat erikoistuneet ja näin samalla myös eriytyneet toisistaan. Juuri tämä eriytyminen oikeuttaa puheen professionaalisesta oikeudesta ja miksei myös professionaalistuneesta politiikasta ja uskonnostakin. (Ks. Mattei 1997 s. 23–27)

Poliittinen oikeus. Tässä oikeusryhmässä oikeus ja oikeudelliset prosessit ovat pitkälti poliittisten suhteiden määrittämiä. Ne eivät ole toisistaan niin erillisiä (edes siinä määrin) kuin professionaalisen oikeuden piirissä. Hallitus- ja toi-

meenpanovalta ei ole toiminnassaan muodollisen oikeuden sitomaa, vaan voi – ainakin merkittävin osin – itse määritellä sekä toiminnan rajat että toiminnan sisällön. Tähän ryhmään kuuluvissa järjestelmissä on myös professionaalista oikeutta sekä erillinen juridiikan ammattilaisprofessio, mutta järjestelmien määräävänä luonteenpiirteenä on poliittinen oikeus, vaikkei se sulje muiden normityyppien olemassaoloa pois. Mattei katsookin, että osittain kaikki järjestelmät ovat luonteeltaan hybridisiä eli sisältävät jossain määrin kaikkien normityyppien mukaisia normistoja.

Mattei lukee poliittisen oikeuden ryhmään kuuluvaksi kaksi erilaista alaryhmää, jotka ovat seuraavat: 1) pääosa entisistä sosialistimaista poislukien Puola, Unkari ja Tšekki ja 2) Afrikan sekä Etelä-Amerikan vähiten kehittyneet valtiot poislukien kuitenkin ne valtiot, joissa islam on vahvassa asemassa. Myös Kuuba kuuluu poliittisen oikeuden ryhmään, vaikka sijaitseekin läntisellä pallonpuoliskolla. Sen sijaan Kiina, Mongolia, Vietnam, Laos ja Pohjois-Korea sekä entisen Neuvostoliiton Aasian puoleiset tasavallat kuuluvat traditionaaliseen oikeuteen, aasialaisen oikeuskulttuurin vaikutusalueeseen.

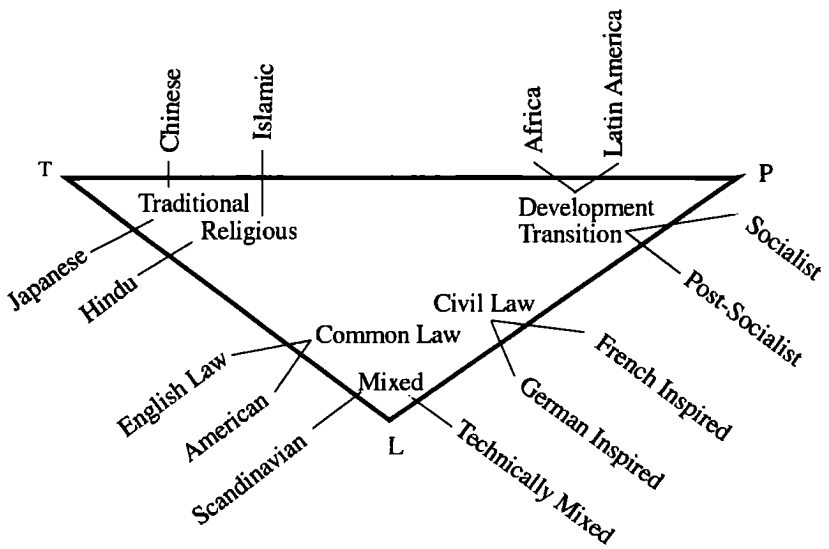
Poliittista oikeutta legitimoidaan pitkälti samantyyppisillä argumenteilla kuin professionaalistakin oikeutta (esim. demokratia). Poliittisen oikeuden oikeusperheen jäseniä yhdistää tietynlainen yleinen yhteiskunnallinen ja/tai taloudellinen epävakaisuus, joten Mattei kutsuu näitä järjestelmiä vaihtoehtoisesti nimellä "law of development and tradition". (Ks. Mattei 1997 s. 27–35) Tuollainen luonnehdinta voi hyvinkin pitää paikkansa, mutta sitä vastaan voidaan huomauttaa, että se pitää sisällään ajatuksen "kehittymisestä" johonkin suuntaan, joten se ei ole – tarkasti ottaen – järjestelmäneutraali (vrt. Frankenberg 1985 s. 423).

Traditionaalinen oikeus. Tähän oikeusryhmään kuuluvat oikeusjärjestykset, joissa oikeus ja uskonto tai jokin muu filosofis-uskonnollinen traditio eivät ole eronneet toisistaan, eli ei ole tapahtunut oikeusjärjestysten läpäisevää maallistumista, kuten poliittisessa ja professionaalisessa oikeudessa. Tähän ryhmään Mattei lukee kuuluvaksi kolme erilaista alaryhmää, jotka ovat seuraavat: 1) islamilaisen oikeuden järjestelmät (eri versioineen), 2) hinduoikeuden järjestelmät ja 3) aasilaisen tai konfutselaisen tradition järjestelmät. Näissä järjestelmissä on olemassa juridiikan ammattilaisprofession lisäksi sosiaalisia ryhmittymiä (kuten islamilainen papisto), joilla on huomattava vaikutus yksilöiden käyttäytymistä ohjaaviin normistoihin. Tähän oikeusperheeseen kuuluvilla järjestelmillä on olemassa läntisen oikeuden tuntemat

instituutiot ja muut muodolliset tunnuspiirteet sillä erotuksella, että niiden toiminta on tosiasiallisesti erilaista kuin läntisissä järjestelmissä[7]. *Law in books* ja *law in action* eroavat toisistaan paikoin huomattavasti.

Traditionaalista oikeutta legitimoidaan eri tavoin kuin professionaalista tai poliittista oikeutta, sillä argumentteina voivat olla suoraan uskonnollisperäiset argumentit (esim. Koraani ja islamin opetukset tai Talmud) tai muut muodollisen oikeuden ulkopuoliset argumentit, kuten esimerkiksi konfutselaisperäinen harmonia ja yhteiskuntarauha, joka näkyy haluna välttää konflikteja. Traditionaalisen oikeuden painoarvo voi vaihdella samankin järjestelmän sisäisesti (kaupunki vs. maaseutu) tai oikeudenaloittain (yksityisoikeus vs. julkisoikeus). (Ks. Mattei 1997 s. 35–40)

KUVIO: Mattein (1997 s. 44) sisältöerittelyyn perustuva taksonomiaehdotus[8]



[7] Vertailevassa oikeussosiologiassa on erotettu toisistaan julkiset ja yksityiset oikeusjärjestelmät, joiden välistä eroa tekstissä mainittu muodollisen oikeuden ja oikeustodellisuuden välinen kuilu heijastaa. Ks. tark. Ewan 1990 s. 123–137.

[8] Mattein pyradimikuvion kirjaimet: T=traditionaalinen oikeus, P=poliittinen oikeus ja L=professionaalinen oikeus.

3 Muuttuvuuteen perustuva dynaaminen ryhmittely[9]

Yksi mahdollinen ryhmittely on sellainen, joka rakentuu neutraalien oikeuskulttuurien voimistuvuus/heikkenevyys -ominaisuuksien varaan. Luokitteluehdotus on luonteeltaan ideaalityyppinen eli siihen ei ole pyrittykään ottamaan mukaan kaikkien olemassaolevien oikeusjärjestysten kirjoa. Aina kun oikeusvertailua käsittelevissä teoksissa esitetään maailman oikeusjärjestysten luokitteluita, joudutaan väistämättä pelkistämään, yksinkertaistamaan ja kärjistämään, kun kuvataan ja esitellään niitä oikeusjärjestysten piirteitä, joiden perusteella ryhmittely on tehty[10].

Voimistuvuus viittaa ryhmään kuuluvien oikeusjärjestysten ominaisten piirteiden mahdollisuuksiin jatkaa olemassaoloaan ja levitä toisiin oikeusjärjestyksiin tulevaisuudessa. Voimistuvuus ei tarkoita, että oikeuspiirin alaan kuuluvat oikeusjärjestykset olisivat sisäisten syiden vuoksi (esim. oikeusjärjestyksen nk. ansiot ja innovaatiot) jotenkin parempia kuin toiseen ryhmään kuuluvat oikeusjärjestykset. Voimistuvien oikeusjärjestysten (tai oikeuskulttuurien) tietyt niille ominaiset oikeudelliset ajattelu- ja toimintatavat tulevat säilyttämään nämä tyypilliset erityispiirteensä myös tulevaisuudessa ja ehkä myös laajenemaan muihin oikeusjärjestyksiin. Heikkenevään oikeuskulttuuripiiriin kuuluvat oikeusjärjestykset ovat sellaisia, että niiden tyypilliset erikoispiirteet tulevat todennäköisesti tulevaisuudessa heikkenemään. Niiden ominaispiirteet eivät tule polveutumaan muihin oikeusjärjestyksiin, vaan pikemminkin ne tulevat olemaan pitkällä tähtäimellä vastaanottavana osapuolena.

Toinen jakolinja kulkee erilaisten kulttuuripiirien välillä, joita erotetaan kolmea eri tyyppiä. Yhtä kulttuuripiiriä voidaan kutsua läntiseksi ja sen historia liittyy erityisesti eurooppalaiseen oikeusajatteluun. Toista kulttuuripiiriä voidaan kutsua ei-länsimaiseksi. (Vrt. Malmström 1969 s. 145–148) Siihen sisältyvät suuret ei-läntiset oikeuskulttuurit. Kolmas jakolinja

---

[9] Tämä jakso on edelleen kehitetty ja työstetty versio kirjani (1998 s. 131–146) esityksen pohjalta.

[10] Oikeusperheryhmittelyitä vastaan suunnattu kritiikki ei ole aina ollut kovinkaan ymmärtäväinen näille ideaalityyppisille lähtökohdille. Erityisesti uudet oikeussosiologisesti orientoituneet ajattelutavat ovat korostaneet perheryhmittelyiden tieteellistä epätarkkuutta. Ks. esim. Gessner at al. 1996 s. 254–256. Omasta puolestani pitäisin ryhmittelyjen ongelmana sitä, että ne kytkeytyvät valtiollisiin järjestelmiin, jolloin muut niiden kanssa kilpailevat ja niitä täydentävät järjestelmät (esim. kulttuuri) jäävät sivuun (vrt. Ewan 1990 s. 136).

kulkee läntisten ja ei-läntisten sekä hybridijärjestelmien välillä. Hybridijärjestelmät voivat olla (tässä) perusluonteeltaan joko länsimaisia tai ei-länsimaisia[11]. Niiden oikeusperheluokittelussa keskeisesti vaikuttava erikoispiirre on se, että niissä yhdistyvät eri oikeusperheiden ominaispiirteet, puhtaista tyypeistä poikkeavina yhdistelminä. Hybridijärjestelmissä ei voida erottaa yhtä hallitsevaa tai määräävää oikeuskulttuurista ominaisuutta[12].

3.1 Voimistuvat oikeuskulttuuripiirit

Länsimainen oikeuskulttuuri. Ryhmä jakaantuu kahteen pääalueeseen, jotka ovat romaanis-germaaninen oikeusperhe ja common law. Nämä eroavat lähinnä oikeusteknisin kriteerein siten, että oikeusnormien kodifiointi- ja abstraktisuusaste sekä oikeuslähdekäsitys poikkeavat toisistaan. Tätä nykyä nämä oikeusperheet ovat lähentymässä toisiaan, koska Iso-Britanniassa ja Yhdysvalloissa säädännäisen oikeuden merkitys ja ala kasvaa sekä Manner-Euroopassa vastaavasti case law'n merkitys on noussussa.

Kumpaakin oikeusperhettä voidaan pitää erityispiirteiltään elinvoimaisena ja kolmansien maiden sekä entisten sosialistimaiden kannalta sääntelymallien lähdeoikeusperheinä. Tätä kautta romaanis-germaanista oikeutta ja common law'ta voidaan pitää maailman johtavina oikeuskulttuureina (vrt. Mattila *ElF* p. 618). Historiallisesti länsimaisen oikeuden kehto sijaitsee Euroopassa, jossa oikeuskäsitykset ovat olleet suurten linjojen osalta yhteneväisiä. Koska juuriltaan eurooppalainen oikeusajattelu on levinnyt alkuperäisten maantieteellisten rajojensa ylitse, voidaan puhua laajemmasta länsimaisesta oikeuskulttuurista, jonka keskeisiä ytimiä ovat rule of law -periaate, ihmis- ja perusoikeudet sekä eriytynyt juristiprofessio. Tällaisen oikeuskulttuurin varjopuolena on legalismi ja eri yhteiskunnallisten alojen yhä vahvempi oikeudellistuminen.

---

[11] Pidän tarpeellisena irrottautua siitä klassisesta suppeasta käsityksestä, jonka mukaan hybridit ovat järjestelmiä, joissa romaanis-germaaninen oikeus sekoittuu anglo-amerikkalaiseen. Hybridit voivat olla modernin käsityksen mukaan hyvinkin erilaisia, eikä niiden tarvitse sisältää vain läntisen oikeuden elementtejä. Tähän liittyvästä keskustelusta ks. Ôrücu et al (eds.). 1996.

[12] Paljolti saman tyyppinen tuore makrovertaileva ryhmittely on Hoecken ja Warringtonin (1998 s. 502–508) esittämä. Se ei kuitenkaan anna näin suurta painoa hybrideille eikä muuttuvuusaspektille. Hoecke ja Warrington erottavat perusryhminä läntisen ja eiläntisen oikeuden. Jälkimmäisen alaryhmiä ovat aasialainen, islamilainen ja afrikkalainen oikeus. Hoecke ja Warrington painottavat läntisen ja ei-läntisen oikeuden fundamentaalista eroavaisuutta (emt. 535) tavalla, joka vaikuttaa hieman vanhakantaiselta.

Ei-länsimainen oikeuskulttuuri. Länsimaisten oikeuskulttuurien perusratkaisut ovat viime vuosikymmeninä osoittautuneet voimistuviksi ja laajenemiskykyisiksi. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että ei-läntisen kulttuuripiirin oikeusjärjestykset olisivat alkaneet täydellisesti muistuttaa länsimaisia. On löydettävissä ainakin kaksi ei-länsimaista oikeusperhettä tai pikemminkin oikeuskulttuuria, joita voi pitää elinvoimaisina. Nämä ovat islamilainen oikeus ja hinduoikeus. Ensin mainittu on elinvoimaisuuden lisäksi luonteeltaan vahvasti laajenevaa, kuten on monissa entisen Neuvostoliiton Keski-Aasian osissa nähty, kun näissä maissa suuri muslimienemmistö on muuttanut oikeus- ja yhteiskuntajärjestyksen perusteita sosialismista kohti islamilaisia oikeusperiaatteita.

Keskeinen ero maallistuneen eurooppalaisperäisen oikeuden ja uskonnollisperäisten oikeuskulttuurien välillä on kirkko-oikeuden ja maallisen oikeuden jo keskiajalla tapahtunut erottaminen. Siinä missä esimerkiksi islamilaisessa ja juutalaisessa oikeudessa tulkinta ja systematisointi pysyi mullahien ja rabbien käsissä, syntyi Eurooppaan yliopistokoulutettu juristikunta. Euroopassa uskonnollinen oikeus ja sen sfääri erottui maallisesta oikeudesta, edellisen hiouutuessa kanoniseksi oikeudeksi jälkimmäisen rakentuessa roomalaisen siviilioikeuden tradition varaan. Nyttemmin useimmat uskonnollisperäiset järjestelmät (esim. Iranissa, Israelissa ja Intiassa) ovat alkaneet osoittaa maallistumistendenssejä sekä oikeuden jakautumista maallisen ja uskonnollisen erillisiin lohkoihin (siis professionaalistumista).

Hybridioikeuskulttuuri. Joidenkin järjestelmien suhteesta erilaisiin oikeuskulttuureihin ja niihin kuulumisesta on vaikea päättää, koska tietyissä maissa oikeusjärjestysten perustavaa laatua olevat ominaispiirteet ovat peräisin kahden (tai vieläkin useamman) eri oikeusperheen alueelta. Mikäli tällainen järjestelmä sijoitettaisiin vain yhteen ryhmään, jätettäisiin huomioimatta tällaisten järjestelmien "sekaoikeudellinen" luonne. Esimerkiksi Filippiineillä maan oikeusjärjestyksen perusteet ovat lähtöisin Espanjasta pitkän siirtomaavallan ajoilta, mutta jo pitkään jatkunut yhdysvaltalaisen oikeuden vaikutus on muuttanut maan oikeusjärjestelmää ja sitä voi pitää tässä mielessä yhdistelmänä eli hybridinä kahdesta eri oikeusperheestä.[13]

EY-oikeus sisältää myös hybridioikeuden piirteitä. Yhteisöjen tuomioistuinten organisaatio, toimintamalli ja kulttuuri ovat peräisin ranskalaisen oikeus-

[13] Samanlaisia piirteitä löytyy mm. Skotlannista, Israelista, Puerto Ricosta, Kreikasta, Etelä-Afrikasta, Kamerunista, Namibiasta, Zimbabvesta sekä sellaisista saarivaltioista, kuten Sri Lanka, Mauritius ja Seychelles.

järjestelmän piiristä. Esimerkiksi julkisasiamies -orgaanin malli löytyy ranskalaisten ylimpien tuomioistuinten toiminnasta. Tuomioistuimen tapa nojautua ja sitoutua aiempiin päätöksiinsä on saanut vaikutteita brittiläisestä *stare decisis* -doktriinista, kuten myös tuomioistuimen menettelyn muuttuminen case law'n tapaan yhä enemmän suulliseksi. Saksalaisesta hallinto-oikeudesta on omaksuttu esimerkiksi suhteellisuusperiaate, jonka mukaan hallintotointen tulee olla kohtuullisessa suhteessa siihen, mitä toimella tavoitellaan. Skandinaavisen oikeuden instituuteista on adoptoitu oikeusasiamiesinstituutio.

Hybridioikeusjärjestykset ovat osoitus oikeusperheiden luokittelun vaikeudesta, sillä luokittelun kohteet ovat jatkuvassa, muita oikeuskulttuureja ilmeisemmässä, muutostilassa. Monet oikeusjärjestykset ovat jatkuvassa kulttuurisessa liikkeessä eli ne ovat kehittymässä tai muuttumassa kohti jotain toista oikeusperhettä. Mattei (1997 s. 14) sanoo osuvasti: "...legal systems never are. They always become." Vertailijan kannalta hybridijärjestelmät ovat ongelmallisia, koska niissä vallitsee oikeussääntöjen ja oikeuskulttuurien pluralismi, joten määräävää ominaisuutta on hankala löytää. Esimerkkinä vahvoista hybridioikeusjärjestelmistä mainittakoon Israelin, Kanadan Quebecin ja Etelä-Afrikan oikeus.

3.2 Heikkenevät oikeuskulttuuripiirit

Länsimainen oikeuskulttuuri. Monet läntiseen oikeuspiiriin kuuluvat keskeiset oikeusjärjestelmät (esim. USA, Iso-Britannia, Ranska ja Saksa) ovat luonteeltaan laajenevia ja niissä omaksutut ratkaisut ovat sääntelyratkaisujen mallina monissa oikeusjärjestyksiään uudistavissa tai kokonaan muuttavissa valtioissa niin Aasiassa kuin Afrikassa sekä Itä-Euroopassa. Eräs merkittävä poikkeus tähän ryhmään on ennen oikeusperheluokittelun yhtenä perusjäsenenä esitetty sosialistinen oikeus. Se on menettämässä otettaan myös niissä maissa, jotka eivät nimenomaisesti luopuneet sosialistisesta oikeudesta Itä-Euroopan murroksen jälkeen (Kiina, Vietnam, Kuuba, Pohjois-Korea). Vaikka tällaiset maat ovatkin ei-eurooppalaisia, on laajemmassa oikeuspiirijaottelussa selvää, että sosialistinen oikeus on kulttuurisesti eurooppalainen innovaatio, jonka elinkaari oli kohokohdassa toisen maailmansodan jälkeen, mutta hiipui 1980-luvun loppuun mennessä. Sosialistinen oikeus on eurooppalaisen marxilaisuuden hedelmä ja tässä mielessä sosialistinen oikeus kuuluu länsimaisen oikeuskulttuurin piiriin, vaikkei se olekaan professionaalinen Mattein tarkoittamalla tavalla (ks. myös Glenn 2000 s. 307).

Ei-länsimainen oikeuskulttuuri. Useat ei-länsimaiseen oikeuskulttuuriin kuuluvat maat ovat saattaneet muodollisesti voimaan länsimaisen oikeuden keskeisiä oikeudellisia ratkaisumalleja sekä instituutioita. Aikaisemmin mallit olivat peräisin romaanis-germaanisesta, common law'sta ja sosialistisesta oikeudesta, mutta tätä nykyä vain kaksi ensinmainittua ovat luonteeltaan elinvoimaisia ja laajenevia "reseptiovarantoja". Länsimaisen oikeuden omaksuminen on ollut suhteellisen ongelmatonta sellaisissa maissa, joiden oma kulttuuriperinne liittyy eurooppalaiseen kulttuuriin silloin, kun alkuperäisväestön oma oikeus ei ole kyennyt kamppailemaan uuden kanssa. Esimerkiksi Amerikan mantereella alkuperäisväestön oikeustraditiolla ei ole ollut suurtakaan merkitystä eri valtioiden oikeusjärjestyksille.

Afrikassa ja Aasiassa omat oikeustraditiot ovat kyenneet paremmin säilyttämään asemansa, vaikka länsimaista oikeutta on näilläkin alueilla omaksuttu voimakkaasti. Aasiassa ja Afrikassa on monin paikoin kuitenkin ollut kyse siitä, että uudet ulkopuolelta tulleet oikeusvaikutteet (esim. saksalainen oikeus Japanissa, sosialistinen oikeus Kiinassa) ovat sopeutuneet vanhoihin järjestelmiin. Vanhat oikeustraditiot vaikuttavat oikeuden pinnan eli kirjoitetun oikeuden tason alapuolella oikeudellisena syvärakenteena. Yleisenä kehityspiirteenä voidaan pitää primitiivisiksi kutsuttujen järjestelmien muuttumista moderneiksi erilaisten siirtymävaiheiden kautta.

Hybridioikeuskulttuurit. Käytännössä suurin osa sekaoikeudellisista järjestelmistä on luonteeltaan kuihtuvia, koska – syystä tai toisesta – vahvemmat oikeustraditiot ovat työntämässä syrjään oikeusjärjestyksen vanhempaa osaa, joka väistyy uudemman ja alunperin toiseen oikeusjärjestelmään tai -kulttuuriin kuuluneen aineksen tieltä. Kyse on hyvin monisyisestä ja kompleksisesta prosessista, joka vaihtelee oikeudenaloittain ja on jatkuvassa liiketilassa erilaisten ainesosien sekoittuessa ja muodostaessa täysin uusia yhdistelmiä. Tästä syystä vanhemman aineksen väistyminen uudemman tieltä on kuvattavissa ja hallittavissa vain karkein linjanvedoin. Väistyvistä hybridijärjestelmistä mainittakoon esimerkkeinä Iso-Britanniaan kuuluvan Skotlannin ja USA:han kuuluvan Louisianan hybridioikeusjärjestykset. Näiden alueiden hybridisyys on luonteeltaan vähenevää, koska vahvempi oikeuskulttuuri työntää väistyvää osaa traditiosta syrjään (molemmat ainesosat ovat näissä tapauksissa länsimaisen oikeuden edustajia). Skotlannilla kuitenkin lienee paremmat mahdollisuudet (mm. lisääntynyt itsehallinto ja oman oikeusajattelun elävä traditio) puolustaa omaa oikeusperintöään common law'n vaikutukselta kuin Louisianalla.

TAULUKKO: Nykytilanteen mukainen muuttuvuuteen perustuva oikeusjärjestysten ryhmittely

	VOIMISTUVAT/VAKIINTUNEET	HEIKKENEVÄT/VAKIINTUMATTOMAT
Länsimainen	Romaanis-germaaninen oikeus Common law	Sosialistinen oikeusperhe
Ei-länsimainen	Islamilainen oikeus Hindulainen oikeus	Afrikkalainen heimo-oikeus Kauko-Idän oikeus
Hybridit	esim. Israelin oikeus esim. Quebecin oikeus	esim. Skotlannin oikeus esim. Louisianan oikeus

4 Pohdinta

Käsiteltyjä ryhmittelyitä yhdistää se, että ne ovat dynaamisia ja mahdollistavat ryhmittelyiden sisällöllisen muuttumisen, eivätkä ne ole riippuvaisia maantieteellisestä sijainnista. Niitä yhdistää myös se, että kumpikaan ryhmittely ei (kuitenkaan) oikein pääse irti vanhoista ehdotuksista, vaan pikemminkin inkorporoi vanhoja oikeusperheitä osaksi omaa systematiikkaansa. Tämä on hyvä asia siksi, että näin voidaan antaa ajanmukainen uudelleentulkinta vanhoille pääoikeusperheille. Huonoa tässä on taas se, että näin tullaan ikään kuin uusintaneeksi vanhojen luokitusten olemassaolo ilman, että mitenkään kyseenalaistetaan vanhoihin ryhmittelyihin sisältyvät käsitykset. Tämä merkitsee muun muassa sitä, että länsikeskeisyys tulee mukaan mikrotasolta, vaikka se on karkotettu makrotasolta. Maailmassa, jossa islamilaisen oikeuden merkitys on jatkuvassa kasvussa, tämä voi osoittautua pahaksi ongelmaksi makro-oikeusvertailulle. Toisaalta on myös huomattava, että kumpikin ehdotelma on korostetun ideaalityyppinen, eikä siis täysin kykene vangitsemaan maailman oikeusjärjestysten todellisuutta (vrt. Husa 2001). Toinen asia on, pystyykö tähän mikään ryhmittely (vrt. Hoecke & Warrington 1998 s. 502).

Verrattaessa läpikäytyjä ehdotuksia voidaan todeta, että Mattein ehdotus on sikäli parempi, että pääluokat ovat jo itsessään kuvaavia. Professionaalinen, poliittinen tai traditionaalinen ilmaisevat suoraan jotain järjestelmien sisällöstä. Muuttuvuuteen huomionsa kiinnittävä ehdotus on luonteeltaan neutraalimpi, mutta toisaalta sen käyttämä ryhmittely ei ole läheskään niin informatiivinen kuin Mattein taksonomia. Taksonomia-ehdotuksessa käytetty ryhmittelyta-

pa ei kuitenkaan huomioi lähtökohtaisesti hybridisiä järjestelmiä[14]. Molempien ehdotusten sisällöt ovat toisaalta varsin samankaltaisia, vaikkei niillä olekaan mitään asiallista yhteyttä toisiinsa. Ne eivät sulje toisiaan pois, joten on myös mahdollista, että ne voitaisiin tietyiltä keskeisideoiltaan jopa yhdistää.

Vahvuutena molemmissa ehdotuksissa on niiden kyky hallita muutosta; molemmat mahdollistavat muutokset ja siirtymisen ryhmittelyn eri oikeusperheestä toiseen. Maantieteeseen tai kansallisvaltioihin kiinnittyvät luokittelut eivät tällaista mahdollista. Olipa tällaisista ryhmittelyistä mitä mieltä hyvänsä, niin ne ovat suomalaisestakin perspektiivistä mielenkiintoisia. Euroopan integraation seurauksena saattaa olla, että niin Suomen kuin muidenkin EU-maiden oikeusjärjestykset voidaan luokitella tulevaisuudessa nykyisestä poikkeavalla tavalla. Unionin jäsenvaltioiden oikeusjärjestykset saavat yhä enemmän hybridisiä piirteitä (common law'n ja mannermaisen oikeuden sekoittuminen).

Keskustelu erilaista oikeuskulttuureista ja oikeusperheistä sekä -ryhmistä on omalla tavallaan osoitus siitä, että vertailevan oikeustieteen yksi klassinen alue on nousemassa uudelleen mielenkiinnon kohteeksi. Selitys tähän on yksinkertainen: 1990-luvulla tapahtuneet muutokset (reaalisosialismin murentuminen, islamin nousu, Euroopan integraatio, oikeuden globalisaatio) ovat tuoneet niin paljon repeämiä vanhaan ryhmittelyyn, että maailman oikeusjärjestysten tiedollinen yleishallinta vaatii uusia ei-staattisia ryhmittelyitä. Yhä suuremman joukon maailman oikeusjärjestyksiä siirryttyä selvemmin ei-kansallisvaltiollisen dynaamisuuden aikaan, on viimeistään 2000-luvulla tullut aika karistaa viimeisetkin staattisuuden rippeet oikeusperhe- ja oikeuskulttuuriryhmittelyn yltä. Kansallisvaltiolliseen ajattelutapaan sitoutuneisuus lienee myös yhä heikommilla, jos pohditaan sitä, miten ja mihin juridiikan opetusta tulisi tulevaisuudessa oikein suunnata.

[14] Monet järjestelmät ovat perusluonteeltaan vahvasti hybridisiä siten, että niitä on vaikea luokitella vain yhteen ryhmään kuuluvaksi. Esimerkkejä: Jordania (mannermainen oikeus, common law ja islamilainen oikeus), Kenia (mannermainen oikeus, common law, heimo-oikeus, islamilainen oikeus), Zimbabwe (mannermainen oikeus, common law, heimo-oikeus) ja Israel (juutalainen oikeus, mannermainen oikeus, common law) sekä Algeria (islamilainen oikeus, romaaninen oikeus). Erityisen kiinnostava on Etelä-Afrikka, jonka oikeusjärjestelmässä on piirteitä romaanis-germaanisesta oikeudesta, common law'sta ja afrikkalaisesta heimo-oikeudesta. 1990-luvun kehitys on vaikuttanut siihen, että järjestelmä on lisäksi vahvassa muutostilassa, joten sitä voidaan kuvata myös "transitiojärjestelmäksi" (vrt. entiset sosialistivaltiot).

Lähteet

Arminjon, Pierre & Nolde, Boris & Wolff, Martin (1950). *Traité de droit comparé vol I. Librairie générale de droit et jurisprudence*, Paris.

Bogdan, Michael (1994). *Comparative Law*. Kluwer/Norstedts/Tano, Göteborg.

de Cruz, Peter (1995). *Comparative Law in a Changing World*. Cavendish, London.

David, René & Jauffret-Spinosi, Camille (1982). *Maailman suuret oikeusjärjestykset I* (suom. Heikki E.S. Mattila). Lakimiesliiton kustannus, Helsinki.

Ewan, William M. (1990). *Social Structure and Law*. Sage Publications, California.

Frankenberg, Gunter (1985). "Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law". *Harvard Int. L.J.* vol 26 s. 411-455.

Gessner, Volkmar & Hoeland, Armin & Varga, Csaba (1996). "On the Methodology of Comparing Legal Phenomena". Teoksessa *European Legal Cultures* s. 245–269. Dartmouth, Cambridge.

Glenn, Patrick H. (2000). *Legal Traditions of the World*. Oxford University Press, Oxford.

Grossfeld, Bernhard (1990). *The Strength and Weakness of Comparative Law*. Clarendon Press, Oxford.

van Hoecke, Mark & Warrington, Mark (1998). "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Dogmatics: Towards a New Model for Comparative Law". *Int.&Comp.L.J.* vol 47 s. 495–536.

Husa, Jaakko (1998). *Johdatus oikeusvertailuun*. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki.

Husa, Jaakko (2001). "Legal Families in Comparative Law". *Retfærd* (julkaistaan).

Malmström, Åke (1969). "The System of Legal Systems". *Scan. Stud. in Law* vol 13 s. 129–149.

Mattei, Ugo (1997). "Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems". *Am.J.Comp.L.* vol 45 s. 5–44.

Mattila, Heikki E.S. (1998). "Maailman oikeusjärjestelmät". *Encyclopaedia Iuridica Fennica VI Kansainväliset suhteet*, palstat 618–624. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki.

(ed.) Rheinstein, Max (1954). "Max Weber on Law in Economy and Society". *Harvard University Press*, Cambridge, MA.

Schnitzer, Adolf F. (1961). *Vergleichende Rechtslehre. Band I*. Verlag für Recht und Gesellschaft, Basel.

Zweigert, Konrad & Kötz, Hein (1998). *An Introduction to Comparative Law*. Oxford University Press, Oxford.

(eds.) Örücu, E. & E. Attwooll & S. Coyle (1996). *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*. Kluwer Law International, Hague/London.

Ari Hirvonen

4 Nautintaoikeus

Sananvapaus ja sensuuri psykoanalyyttisen lainopin tarkastelussa

1 Sensuurin legitimaatio

Oliver Wendell Holmes katsoi vaaralliseksi sen, että oikeustieteilijät asettuvat taiteen korkeimmiksi arvostelijoiksi. Hänen mielestään oli perustellusti syytä epäillä, että esimerkiksi Goyan tai Manetin työt eivät olisi aikoinaan saaneet perustuslain suojaa, jos lainoppineet olisivat asian ratkaisseet.[1] Onko tuomari viimekätinen taidekriitikko? Tätä kysymystä voidaan jatkaa kysymällä mitä ja minkälaista sanomista sananvapaus suojelee, mihin lainsäätäjä tai lainkäyttäjä paaluttaa sananvapauden rajat, miten sananvapauden rajoitukset ovat oikeutettavissa demokraattisessa oikeusvaltiossa? Alustavasti voidaan erottaa toisistaan filosofis-poliittinen sensuuri sekä rivouden ja epäsiveellisyyden sensuuri.[2]

Ensin mainittu kohdistuu sellaisiin sisällöllisiin teksteihin, jotka arvostelevat yleisesti hyväksyttyjä arvoja, vallitsevaa yhteiskuntajärjestelmää, hallitsevaa poliittista tai uskonnollista doktriinia, harjoitettavaa politiikkaa tai oikeudenkäyttöä. Tämänkaltaisen ennakkosensuurin oikeuttaminen on äärimmäisen ongelmallista. Voidaan jopa argumentoida, ettei kyseisen kaltainen ennakkosensuuri kuulu demokraattiseen oikeusvaltioon laisinkaan. Jälkikäteen voidaan kyllä puuttua sananvapauden käyttämiseen, jos se täyttää jonkin rikoksen tunnusmerkistön. Tällaisina rikoksina saattaa tulla kyseeseen esimerkiksi rikoslain seuraavat säännökset: RL 11:8 kiihottaminen kansanryhmää vastaan, RL 12:2 sotaan yllyttäminen, RL 12:7 turvallisuus-

[1] Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. (1903). Ks. Adler, "Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law", s. 1374.

[2] Erottelusta ks. Burt, "An Immoderate Taste for Truth".

salaisuuden paljastaminen, RL 17:1 julkinen kehottaminen rikokseen, RL 17:10 uskonrauhan rikkominen, RL 24:8 yksityiselämää loukkaavan tiedon levittäminen, RL 38:1 salassapitorikos, RL 49:1 tekijänoikeusrikos. Myös painovapauslain säännökset saattavat tulla kyseeseen.

Jälkimmäinen sensuuri kohdistuu sellaiseen kielenkäyttöön tai kuvalliseen ilmaisuun, jota ei pidetä taidetta tai tietoa tuottavana vaan itsetarkoituksellisesti epäsiveellisenä. Rivouden sensuuri on huomattavasti helpommin oikeutettavissa kuin filosofis-poliittinen. Legitimaatiota sille voidaan hakea esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen sananvapautta koskevasta 10 artiklasta, jonka mukaan sananvapaus voidaan asettaa sellaisten muodollisuuksien, ehtojen, rajoitusten ja rangaistusten alaiseksi, joista on laissa säädetty. Lisäedellytyksenä on, että nämä säännökset ovat välttämättömiä "demokraattisessa yhteiskunnassa kansalaisten turvallisuuden,[...] tai yleisen turvallisuuden vuoksi tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalin suojaamiseksi[...]". Vastaavasti Suomen perustuslain 12 §:n mukaan tarkempia säännöksiä sananvapauden käyttämisestä annetaan lailla, ja lailla voidaan säätää kuvaohjelmia koskevia lasten suojelemiseksi välttämättömiä rajoituksia.

Vuoden 2001 alussa voimaan tullut laki kuvaohjelmien tarkastamisesta kumoaa elokuvien ja video-ohjelmien yleisen ennakkotarkastuksen ja rajaa sen koskemaan kuvaohjelman julkista esittämistä ja levittämistä alaikäisille. Jos kuvaohjelmaa halutaan julkisesti esittää ja levittää alle 18 vuotiaille, niin se on tullut tarkastuttaa ja hyväksyttää Valtion elokuvatarkastamossa, joka voi määrätä sille 15, 11 tai 7 vuoden ikärajan tai sallia sen esittämisen kaiken ikäisille. Kuvaohjelmaa ei saa kuitenkaan esittää ja levittää julkisesti 18 vuotta nuoremmille, jos ohjelma väkivaltaisuutensa tai seksuaalisen sisältönsä vuoksi tai kauhua herättämällä taikka muulla näihin rinnastettavalla tavalla on omiaan vaikuttamaan haitallisesti lasten kehitykseen. Arvioinnissa on otettava huomioon se, millaisessa yhteydessä ja miten tapahtumat ohjelmassa kuvataan. Lain 23 §:ssä kriminalisoidaan kuvaohjelmien tarkastamisesta annettujen säännösten rikkominen.

Jälkikäteisenä "sensuurina" saattaa tulla kyseeseen myös rikoslain säännökset kuten RL 17:17.1 väkivaltakuvauksen levittäminen sekä RL 17:18 sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan kuvan levittäminen, RL 17:18a kuvaohjelman laiton esittäminen tai levittäminen alaikäiselle ja RL 17:20 sukupuolisiveellisyyttä loukkaava markkinointi. RL 17:17.2 käy rajaa sananvapauden ja jälkikäteisen sensuurin yhteydessä. Sen mukaan raa'an väkivallan esittämistä koskevaa 1 momenttia ei sovelleta, jos väkivallan esittämis-

tä on elokuvan tai tallenteen tiedonvälitystä palvelevan luonteen taikka ilmeisen taiteellisen arvon vuoksi pidettävä perusteltuna. Myöskään 1 momenttia ei sovelleta, jos elokuva tai tallenne on tarkastettu ja hyväksytty esitettäväksi tai levitettäväksi. Tämä soveltuu myös RL 17:20:een.

Sananvapauden rajankäynnin päälinjauksen voidaan katsoa tapahtuvan näiden kahden sensuurin välillä, ja tarkemmin sananvapauden rajat paalutetaan rivouden sensuurin sisällä. Rivouden ja sananvapauden suhdetta on punnittu erityisesti Yhdysvaltain korkeimman oikeuden ratkaisuissa. Vuoden 1957 *Roth v. USA* ratkaisussaan korkein oikeus katsoi, että rivous jäi perustuslain ensimmäisen lisäyksen takaamaan sananvapauden perustuslaillisen suojan ulkopuolelle. Ratkaisussa ei kuitenkaan määritelty, mitä rivoudella tarkoitetaan. Vasta vuonna 1973 tapauksessa *Miller v. Kalifornia* (henkilö oli syytteessä siitä, että oli postittanut mainoksia seksikirjoista) korkein oikeus tarkensi rajanvetoa rivouden ja perustuslaillisesti suojatun ilmaisun välillä. Ratkaisu asetti kolmiportaisen testin, jonka perusteella voitiin määrittää oliko kyseessä rivous: (1) katsoiko keskiverto ihminen, joka sovelsi yhteisön standardeja, että taideteos kokonaisuutena vetosi himokkaaseen kiinnostukseen; (2) kuvailiko tai hahmottiko teos ilmeisen hävyttömällä tavalla osavaltion lakien määrittämää seksuaalista toimintaa;[3] (3) puuttuiko teokselta kokonaisuutena katsoen merkittävä kirjallinen, taiteellinen, poliittinen tai tieteellinen arvo. Näiden yhteisöllisten (1 ja 2) ja objektiivisten (3) kriteerien täyttyessä teoksen katsottiin sulkeutuvan sananvapauden suojan ulkopuolelle. Vuonna 1987 tapauksessa *Pope v. Illinois* korkein oikeus täsmensi kolmatta kohtaan katsomalla, että on kysyttävä näkikö järkevästi ajatteleva henkilö merkittävää arvoa teoksessa. Näin oikeus entistä selvemmin teki kolmannesta kohdasta objektiivisin eikä yhteisöllisin kriteerein arvioitavan.[4]

---

[3] Tätä kriteeriä on käytetty sensuroimaan AIDS:iin liittyvän poliittisen taiteen seksuaalista kuvakieltä.

[4] Ami M. Adler katsoo, että korkein oikeus perustaa ratkaisunsa modernistiseen taidekäsitykseen, jonka kulmakivenä on erottelu hyvän ja huonon taiteen välillä sekä mahdollisuus objektiivisesti arvioida taiteen arvoa. Mutta post-moderni taide kyseenalaistaa juuri tämän modernistisen taidekäsityksen ironiallaan, kitschimäisyydellään, huumorillaan, epäpuhtaudellaan, leikillään ja ei-merkittävyydellään imitoimalla taiteen traditiota, jonka vuoksi suuri osa post-modernia taidetta ei täytä merkittävyys-vaatimusta. Itse asiassa se kyseenalaistaa kaikki arvostelun normit ja standardit. Adler, "Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law", s. 1364-1368.

2 Tapaus *Baise-Moi*

Rivouden sensuuria ja sen legitimaatiota kuvaa hyvin tapaus *Baise-moi*. Virginie Despentesin ja Coralie Trinh Thin elokuva *Baise-moi* (*Pane mua*) sai ensi-iltansa Cannesin elokuvafestivaaleilla vuonna 2000. Elokuva perustuu Despentesin vuonna 1996 julkaistuun samannimiseen esikoisromaaniin, joka edustaa ranskalaisen naiskirjallisuuuden uutta aaltoa, johon kuuluvat myös mm. Alina Reyesin *Lihanleikkaaja* ja Marie Darrieussecqin *Sikatotta*.[5]

Elokuva kertoo kahdesta nuoresta naisesta Manusta ja Nadinesta, joiden elämässä omaehtoisuus, selviytyminen, kasvojen säilyttäminen ja kovuus on tärkeintä. Elokuvan alussa joukko miehiä kaappaa Manun ja tämän ystävän Karlan autoonsa, vievät heidät hylättyyn teollisuushalliin, jossa miehet raiskaavat heidät. Manu paljastaa raiskauksen veljelleen, joka raivostuu asiasta. Syntyy riita ja Manu ampuu veljensä tämän omalla aseella. Nadine jakaa asunnon Séverinen kanssa, joka ei siedä Nadinen elämäntapaa, koska tämä ei kunnioita yhteisasumisen sääntöjä. Syntyy riita, jonka päätteeksi Nadine kuristaa Séverinen. Naiset kohtaavat toisensa. Tästä alkaa heidän yhteinen verinen matkansa läpi Ranskan, jona aikana he kokeilevat miten pitkälle pahuus voi ihmisessä mennä. Matkallaan he ryöstävät ja tappavat lukuisia ihmisiä, iskevät miehiä ja surmaavat heidät, ampuvat kaksi heidät pysäyttänyttä poliisia ja teloittavat parikymmentä eroottisessa yksityisklubissa ollutta. Ehtivät he kuitenkin tutustua pariskuntaan, joka pyytää heitä ryöstämään erään miehen. Sen he tekevät ja tappavat miehen lopuksi. Matkan aikana heidän välilleen kehkeytyy syvä ystävyys. Ryöstäessään erästä liikettä sen pitäjä onnistuu ampumaan Manua kuolettavasti ennen kuin itse menehtyy. Nadinenkin matka on tullut päätökseen. Järven rannalla hän on surmaamassa itseään, mutta poliisit iskevät ennen aikojaan. Nadine pidätetään. "Näin piti käydä. Vaikka luulee, että sitä voisi paeta."[6]

Elokuva ei paljoa peittele. Se on aggressiivis-eroottinen matka yleisten moraalikäsitysten tuolle puolen. Tämä painostavan brutaali *road-movie* astuu siekailemattoman väkivaltaviihteen ja kaiken paljastavan kovan pornon alueille olematta kumpaakaan niistä. Elokuva ei myöskään selitä. Vä-

---

[5] Suomessa Cinema Mondon levittämän elokuvan ensi-ilta oli syyskuussa 2000 Rakkautta & anarkiaa elokuvafestivaaleilla.

[6] Despentes, *Pane mua*, s. 160.

kivallan ja erotiikan matkassa on kyse vain Manun ja Nadinen halusta, joka kuljettaa heidät vääjäämättä kohti ei mitään. Matkalla ollaan kohti kuolemaa. Elokuva on kaikista estoista vapautunutta rivoutta ja raakuutta, joten sen oikeudenmukainen kohtalo on tulla sensuroiduksi. Juuri tällaisen elokuvan raaistavia vaikutuksia vastaan valistunut lainsäätäjä tai lainkäyttäjä asettaa sensuurin. Tällaiset tekeleet on lain voimalla karsittava ulos harmonista kudelmaa tavoittelevasta valtiosta.

Näin Ranskassa kävikin. Jos elokuvan haluaa saattaa levitykseen Ranskassa normaaleissa elokuvateattereissa, niin se on tarkastettava ennakkoon Ranskan valtion elokuvatarkastamossa, joka asettaa sille ikärajan. Ilman ennakkotarkastusta elokuvia saa kyllä esittää Ranskassa X-luokituksella varustettuina vain huoneistoissa, jotka on tarkoitettu pornografian esittämistä varten. *Baise-moi* sai ensi-iltansa Ranskassa alunperin K-16 ikärajalla varustettuna. Kahdensadan jäsenen kokoinen äärioikeistolainen perhearvoja ylistävä järjestö *Promouvoir* hyökkäsi elokuvaa vastaan ja sai sensuurivaatimuksillaan aikaan sen, että Ranskan korkein hallinto-oikeus kumosi kesäkuussa 2000 elokuvatarkastamon asettaman ikärajan. Ratkaisuaan se perusteli leimaamalla elokuvan pornografiaksi – "sisältää paljastavia, eisimuloituja seksikohtauksia" – ja vetoamalla alaikäisten moraalin suojelemiseen. Asetettu ikäraja ei suojellut 16–17 vuotiaita eikä Ranskassa ollut käytössä K-18 ikärajaa, joten elokuva sai X-luokituksen eikä sitä siten saanut esittää muualla kuin erityisissä pornoelokuvateattereissa. Suurin osa elokuvateattereista poisti elokuvan ohjelmistosta, mutta muutamat teatterit esittivät sitä itse asettamallaan K-18 ikärajalla. Lainvastaisen käytäntönsä perusteeksi nämä vetosivat sananvapauteen. Kulttuuriministeri ryhtyi valmistelemaan ja ajamaan läpi lakiesitystä, joka mahdollistaisi K-18 ikärajan normaaleissa elokuvateattereissa esitettäville elokuville. Tämä lakiesitys hyväksyttiin sittemmin.

Mutta skandaali oli valmis. Kaksi ranskalaisille pyhää arvoa – sananvapaus ja elokuva – olivat joutuneet sensuurin kohteeksi. Vaikka elokuvan esittämistä ei sinällään kielletty, mikä ei olisi ollutkaan mahdollista lainsäädännön puitteissa, niin sen esittämisen rajaaminen pornoelokuvateattereihin merkitsi käytännössä elokuvan sensurointia. Ranskan intellektuellit, kulttuurivaikuttajat, sananvapautta puolustavat juristit, käsikirjoittajien liitto SADC ja Human Rights League ilmaisivat järkytyksensä korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisua vastaan: alaikäisten suojeluperiaatteeseen perustuva sensuurilainsäädäntö ja siihen ratkaisunsa perustanut korkein hallinto-oikeus olivat loukanneet Ranskan perustuslaissa ja Euroopan ihmis-

oikeussopimuksessa säädettyä sananvapauden periaatetta. Sanomalehti *Liberation* julkaisi aukeaman juttukoosteen otsikolla "Tous derriere *Baise-moi*", "Kaikki puolustamaan *Baise-moita*", jossa julkaistiin myös vetoomus, jonka olivat allekirjoittaneet mm. Jean-Luc Godard, Claude Berri, Catherine Breillat, Patrice Chereau ja Pascal Bonitzer. Vetoomuksessa korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisua syytettiin paternalismista.[7] Vastaavasti Ranskan elokuvatyöntekijöiden liitto SFR totesi julkilausumassaan korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun olevan skandaali ja edustavan moralistista sensuuria.[8]

Tapauksessa vastakkain olleiden periaatteiden punninnan olisi arvostelijoiden mukaan tullut johtaa sananvapauden ensisijaistamiseen eikä elokuvan sensurointiin suojeluperiaatteeseen vedoten. Juridisesti tapausta tarkastellen tämä kritiikki vaikuttaa perustellulta semminkin, jos noudatetaan perus- ja ihmisoikeusmyönteistä tulkintaa. Sananvapaus on suojeltu kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa ja perustuslaissa ja kyseessä on eräs perustavia oikeuksia, jonka vuoksi lakia tulee soveltaa sitä kunnioittaen.

Toisaalta sensuuria voidaan myös puolustaa vetoamalla suojeluperiaatteeseen. Voidaan argumentoida, että kyseisen kaltaisilla elokuvilla on raaistava vaikutus etenkin alaikäisiin katsojiin, minkä vuoksi sensuurilainsäädäntö ja sen soveltaminen on oikeutettua yleisen turvallisuuden suojaamiseksi ja rikollisuuden estämiseksi. Mutta vielä yksinkertaisempaa on vedota moraalin suojaamiseen, sillä kiistämättä *Baise-moi* loukkaa yleisenä pidettyjä moraaliarvoja.

Tapaus *Baise-moin* oikeudellinen ratkaiseminen edellyttää siis punnintaa sananvapauden ja yleisen turvallisuuden ja/tai moraalin välillä. En pyri tässä yhteydessä painottamaan oikeuden vaakaa kumpaakaan suuntaan. Totean ainoastaan, että perus- ja ihmisoikeuksien rajoittaminen yleiseen järjestykseen, turvallisuuteen tai moraaliin vetoavin perustein johtaa ennen pitkään kyseisten oikeuksien latistamiseen ja vesittämiseen. Vapausoikeuksien juridisoinnin vaarana onkin se, että tullessaan osaksi säädännäistä oikeusjärjestystä niitä voidaan myös rajoittaa lainsäädännöllisin tai vastakkaisten periaatteiden punninnan keinoin, jolloin kollektiiviset hyvät jyräävät alleen yksilölliset hyvät.

Sananvapauden rajoja paaluttaa siis yleisen järjestyksen, turvallisuuden ja moraalin suojelun periaatteet, joihin vedoten saatetaan katsoa oikeutetuksi

---

[7] Breillant, "Excès de pouvoir..."

[8] Seguret, "Tous derriere 'Baise-Moi'", s. 32.

sensuroida elokuva *Baise-moi*. Mutta mistä demokraattisen oikeusvaltion harjoittamassa ja legitimoimassa sensuurissa todella on kyse? Puhtaan lainopillisen tarkastelun tasolla, jolla olen pysytellyt tähän saakka, ei tähän kysymykseen kyetä vastaamaan perustavalla tavalla. Siksi on edettävä lain kirjaimen tuolle puolen tai tarkemmin sanottuna lain kirjaimeen itseensä. Tämän vuoksi pyrin esittämään sananvapauden rajojen ja sensuurin olemuksen psykoanalyyttisen tulkinnan, joka saattaa tuoda esiin sen tiedostamattoman perustan, johon sensuurilainsäädäntö perustuu modernissa humanistisessa oikeusvaltiossa. Lain (sensuurin) ja sen transgression (rikos, rivous) teemat nousevat esiin olennaisella tavalla ranskalaisen psykoanalyytikko Jacques Lacanin ajattelussa. Jos psykoanalyysilla on mitään sanottavaa etiikasta, niin se johtuu Lacanin mukaan siitä, että psykoanalyysin jokapäiväinen kokemus asettaa sen kosketuksiin transgression universumin kanssa. Psykoanalyysin kautta syväluotaan *sensuurinhalua* eli sitä, mikä ennen kaikkea saa aikaan halun sensuroida niin lainsäädännön kuin lainkäytön alueella. Lähestymistapaani perus- ja ihmisoikeuksiin ja niiden rajoituksiin kutsuttakoon *psykoanalyyttiseksi lainopiksi*.

3 Tapaus Kansalainen Sade

Palaan vielä *Baise-moin* psykoanalyyttis-juridiseen tulkintaan, mutta sitä ennen vierailen valistuksen projektin, porvarillisen kansallishumanismin, ihmisoikeuksien ja demokraattisen oikeusvaltion alkujuurilla. Ranskan vallankumouksen pyörteissä kohtaamme vallankumoukseen itsensä samaistaneen kirjailijan; kirjailijan, jonka teokset ovat aina joutuneet sensuurin kohteeksi; kirjailijan, jonka vapaus lukitsi vankilaan vapautettuaan hänet sieltä; kirjailijan, jota pidetään ensimmäisenä modernina *écrivains mauditsina* eli kirottuna kirjailijana: Donation Alphonse François Sade (1740–1814).

Heinäkuun 14 päivänä 1789 eli muutamaa päivää ennen kuin väkijoukko miehitti Bastillen, jossa Markiisi de Sade oli kirjoittanut kuuluisimman teoksensa *Justinen* vuonna 1787, Sade oli huutanut vankilan ikkunasta: "He teloittavat vankeja, teidän on tultava ja vapautettava heidät". Vuonna 1791, vuosi sen jälkeen kun Ranskan vallankumoushallitus oli vapauttanut Saden, hän kirjoitti teoksestaan ystävälleen juristi Reinaudille, että hänen romaaninsa on liian moraaliton lähetettäväksi niin hyveelliselle henkilölle kuin hänelle, sillä teos on omiaan ärsyttämään paholaista. Kehottaapa Sade Reinaudia polttamaan koko teoksen. Vuonna 1792 Sadesta tuli Les Piquesin vallankumousosaston sihteeri, ja hän ylisti useissa puheissaan vallanku-

mousta. Hän joutui kuitenkin vaikeuksiin Terrorin kaudella ja onnistui pakenemaan sattumalta giljotiinia päivää ennen kuin vallankumousjohtaja Robespierre syrjäytettiin vallasta. Maaliskuussa 1801 Sade pidätettiin ja vietiin ensin Sainte-Pélagien vankilaan ja sitten Charentonin mielisairaalaan, jossa hän vietti elämänsä loppuun. Charentonin mielisairaalassa hän onnistui esittämään useita näytelmiään potilaiden toimiessa näyttelijöinä. Testamentissaan hän määräsi, että hänen hautansa jäljet katoaisivat maanpäältä tuudittautuneena siihen uskoon, että hänen muistonsa pyyhkiytyisi ihmisten mielistä. Hänen jäännöksensä siroteltiinkin ympäriinsä eikä hänestä jäänyt jäljelle edes muotokuvaa.

Saden teosten sensurointi ja hänen sulkemisensa vankilaan ei ole mitenkään merkillistä, sillä George Bataillen mukaan mikään yhteiskunta ei voisi hyväksyä Saden ajatuksia, jos ne otettaisiin vakavasti. Tästä huolimatta – tai juuri siksi – Bataille ylistää Saden käyttöarvoa: Saden tarinat piinasta ja tuskasta todistavat sellaisista alkuperäisistä impulsseista, joita yleisesti kutsutaan pahoiksi ja julmiksi ja jotka psykiatria luokittele perversioiksi. Bataillen mukaan oli aika valita: ihminen joko pelkäsi omaa ylijäämäänsä ja päihtymistään tai oli rohkea vaatien raivoisan vallankumouksen jälkeen sellaisten järjestelmien ja käytäntöjen luomista, joiden päämääränä on ekstaasi ja vimma. Sade valitsi jälkimmäisen.[9]

Kansalainen Sade, jonka kirjoituksessa absoluuttinen vapaus lain, luonnon, Jumalan ja toisten totaalisena negaationa toteutui, oli Maurice Blanchot'lle kirjailija *par excellence*. Sade ymmärsi vapauden parhaiten, koska hän käsitti sen hetkiksi, jolloin kaikkein poikkeavimmat intohimot muuttuvat poliittiseksi todellisuudeksi. Niillä on oikeus tulla nähdyksi – itse asiassa niistä tulee Sadella laki. Kirjallisuudesta tulee nyt absoluuttisen suvereenin juhlaa, joka kieltää todellisuuden ja asettaa sen tilalle fantasoidun todellisuuden.[10]

Mikä on siis kirjallisuuden varsinainen kysymys, jos Sade on kirjailija *par excellence*? Blanchot tuo esiin vallankumouksen ja terrorin teemat pohtiessaan Hegelin *Hengen fenomenologiaa* imitoiden sitä, mikä on kirjailijan perimmäinen houkutus. Kirjailijan omaksumia ajattelutapoja ovat stoalaisuus hetkel-

---

[9] Bataille, "The Use Value of D.A.F. de Sade".

[10] Blanchot, *The Gaze of Orpheus*, s. 40. Sade aloittikin kirjoittamisen vankeuden yksinäisyydessä korvatakseen sen puutteen, joka todellisuudessa vallitsi. Kirjailijan yksinäisyydessä hän rinnastuu suureen tunnustajaan, Jean-Jacques Rousseauhon ja vankilakirjailija Jean Genet'hen, joille kirjoittamisesta tuli seksuaalisen tyydytyksen korvike. Ks. Critchley, *Very Little... Almost Nothing*, s. 52.

lisen universaalin vapauden harjoittamisena, skeptisismi nihilisminä ja kaiken täydellisenä kieltämisenä sekä onneton tietoisuus kirjailijan jakautuessa nerouden inspiraation ja sen kieltävän työn yhteensovittamattomiin hetkiin. Mutta on vielä yksi houkutus. Kirjailija ei välttämättä tyydy esteettiseen nautintoon manipuloidessaan sanojaan vaan pyrkii kohti julkista olemassaoloa. Nyt kaiken kieltämiselle ei riitä se epätodellisuus, jossa se vaikuttaa, vaan kirjailija haluaa panna kirjallisuuden täytäntöön maailmassa kieltämällä lain, valtion, instituutiot ja uskonnon. Kirjoittaminen havaitsee itsensä vallankumouksen peilistä vallankumouksen merkitessä sekä aiemman todellisuuden absoluuttista kieltoa että absoluuttisen vapauden harjoittamista. Vallankumouksen hetkessä kaikki on mahdollista, ja kirjailija antautuu houkutukselle tulla vallankumoukselliseksi ja terroristiksi: "Vallankumous tai kuolema!" Vapaus kuitenkin identifioituu kuolemaan, jolloin absoluuttinen vapaus onkin oikeus kuolemaan, sillä kuolemasta tulee oman vapauden ilmaus ja toteutuminen. Kun giljotiinin terä leikkasi Ranskan vallankumouksessa Saint-Justin ja Robespierren kaulan, vapauden universaalisuus kielsi heidän elämänsä partikulaarisen todellisuuden. Tämä tarkoittaa sitä, että absoluuttisen vapauden halussaan vallankumoukselliset toimivat puhtaina universaaleina ajatuksina ja abstraktioina tuomiten ja päättäen historian nimissä. Itse asiassa kyse on oman kuoleman halusta, sillä yksilön kuolemalla ei enää ole merkitystä. Blanchot mainitsee Hegelin kuuluisan lauseen tämän puhuessa Ranskan vallankumouksen Terrorin ajasta: "Se on kuolemista kylmin ja ilkein eikä sillä ole sen enempää merkitystä kuin kaalin leikkaamisella tai vesikulauksellisen nielaisemisella kurkusta alas."[11] Se mitä Sade näin paljastaa on Ranskan vallankumouksen ihmisoikeusjulistuksen ja terrorin yhteenkytkeytymisen, jolta valistus nimenomaan haluaa sulkea silmänsä: vallankumous syö omat lapsensa, koska se päästää valloilleen kuolemanvietin.

Bataillelle ja Blanchot'lle Sade on radikaalilla tavalla lakia rikkova kirjailija. Samoin asian näkee Saden ranskalainen kustantaja Jean-Jacques Pauvert, joka ollessaan syytteessä Pariisin alioikeudessa Saden kirjojen julkaisemisesta vuonna 1957 katsoi Saden tuoneen ensi kertaa esille ihmisen seksuaalisuuden

[11] Blanchot katsoo, että Hegelin dialektiikka on käsitteellistä Saden sadismia, joka kieltää asiat itsessään, jotta ne syntyisivät uusina tietoisuuden objekteina. Kieli on dialektiikan ja kirjallisuuden murha-ase, sillä kielen elämä on asioiden itsessään kuolema. Kun me puhumme ja nimeämme asioita, niin me kontrolloimme ja surmaamme ne riistämällä niiltä niiden olemuksen. Blanchot sanookin, että kun puhun, kuolema puhuu minussa. Siten negaatio on kielen varsinaista työtä. Näin kirjallisuuden oikeus kuolemaan on hegeliläis-sadelainen oikeus todellisuuden täydelliseen negaatioon kielessä ja kielenä, "outo oikeus". Blanchot, *The Gaze of Orpheus*, s. 42.

kaikessa hirvittävyydessään. Hänen mukaansa 1800- ja 1900-luvun filosofia, erityisesti Friedrich Nietzsche ja Sigmund Freud, ainoastaan jatkoivat vulgarisoiden Saden perintöä. Myös tuomioistuin totesi päätöksessään, että Saden ainutlaatuisuutta ja sen vaikutusta psykoterapian tutkimukseen ei voida väheksyä.[12]

Mutta mistä sananvapauden käyttämisestä vankilaan tuomitun kirjailijan suorittamassa lain rajojen ylityksessä eli sen transgressiossa on tarkemmin kyse? Jacques Lacanin mukaan Saden kirjoitus hyökkää meidän tuntemis- ja ymmärryskykyämme vastaan. Vaikutus on tainnuttava, sillä kukaan ei ole niin syvästi loukannut ihmiskunnan tunteita ja ajattelua kuin Sade. Me menetämme asemamme, tukipintamme ja suuntamme tässä kohtaamisessa ja lähestymme absoluuttista nollapistettä, joka on ruumiillisesti sietämätön. Saden kirja peräti tippuu käsistämme sen kirjallisen surkeuden (*mauvaisité*) takia, mutta juuri siksi se kuuluu kokeelliseen kirjallisuuteen. "Taideteos on tässä tapauksessa kokeilu, joka toimintansa kautta katkaisee subjektin irti hänen psykososiaalisista kiinnitysrenkaistaan[...] kaikista ylevöittämisen psykososiaalisista arvostuksista."[13]

4 Kant Saden kanssa ihmisoikeusjulistuksen alkuperillä

Parodisoiden, mutta hyvin vakavasti, Lacan katsoo Saden olleen yhdessä Immanuel Kantin kanssa ihmisoikeuksien julistuksen edeltäjä ja ihmisoikeuksien seuraus. Eikö kuitenkin ole hirvittävän julkeata ja skandaalimaista yhdistää rivo Sade puhtaan velvollisuuden Kantiin? Jo tämä yhdistäminen ja Saden tarkasteleminen ihmisoikeuksien julistajana herättää varmasti sensuurinhalun jokaisessa Sadea lukeneessa. Kuka tahansa voisi jättää huoletta lapsensa Kantin hoitoon vaan ei Saden.[14] Ajallisesti näiden kahden moraalifilosofiset teokset ainakin limittyvät. Vuonna 1788 ilmestyi Kantin *Kritik der praktischen Vernunft* (*Käytännöllisen järjen kritiikki*), vuonna 1795 Saden *La philosohie dans le boudoir* (*Makuuhuonefilosofia*) ja vuonna 1797 Kantin *Die Metaphysik der Sitten* (*Tapojen metafysiikka*). Sade on siten vähintään kahden Kantin välissä. Sadea voisi myös lukea Kantin radikaalin pahan käsitteen kautta, jonka Kant esittää vuonna 1793 ilmestyneessä *Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft* (*Uskonto pelkän järjen rajoissa*). Nimittäin Saden kirjoituk-

[12] Garçon, *L'affaire Sade*, s. 48–49, s. 122.

[13] Lacan, *The Ethics of Psychoanalysis*, s. 201

[14] Miller, "A Discussion of Lacan's 'Kant with Sade'", s. 231.

sissa paha ei liity niinkään tavoiteltuihin hyötyihin, hyviin tai objekteihin vaan pikemminkin kyseessä on puhdas paha, paha pahan itsensä takia, onnellisuutta pahassa itsessään eli eräänlaista pyhimysmäistä pahaa, joka teema toistuu niin Lordi Byronin kuin Charles Baudelairen tuotannossa.

Kantin mukaan ihmisen luonnolliset halut, tarpeet ja taipumukset eivät voi tarjota moraalisesti oikean universaalia, yleispätevää ja kaikille yhteistä mittaa, kriteeriä tai sääntöä. Tämän seurauksena Kant pyyhkii yli kaiken patologisen eli kaiken *pathoksen*, kaikki tunteet, aisti- ja makunautinnot, kaikki mielihyvät ja onnellisuuden itsensä. Mielihyväperiaatteen hyvän täytyi syntyä uudelleen *das Gutena*, hyvänä, joka on moraalilain kohde. Kantille ihminen on autonominen ainoastaan, jos hän toteuttaa tahdon vapauttaan säätäessään itselleen moraalilain, siten että hän muodostaa itselleen tilannekohtaisen maksiimin eli toimintaohjeen, jota hän arvioi kategorisen imperatiivin eli käskyn näkökulmasta. Moraalilain säätäminen ja sen noudattaminen muodostavat ihmisen vapauden. Kant muotoilee kategorisen imperatiivinsa kolmella eri tavalla: (1) Toimi ainoastaan sellaisen maksiimin mukaisesti, jonka voit tahtoa muodostuvan yleiseksi laiksi. (2) Toimi aina ikään kuin toimintasi maksiimista tulisi tahtomanasi yleinen luonnonlaki. (3) Toimi aina niin, ettet kohtele ihmisyyttä omassa ja toisen persoonassa pelkästään välineinä vaan aina myös päämääränä.[15] Toisin sanoen kuunnellessaan yleisen kategorisen imperatiivin käskyä eli kokiessaan moraalilain ihmisen täytyy sulkea ulos kaikki objekteihin kohdistuvat intressinsä ja halunsa. Se mitä subjekti kuuntelee on oman omantunnon ääntään, joka on persoonaton siinä mielessä, että jokaisen oletetaan kuulevan sen.

Saden rajoja ylittävä ja kohtuuton halu vaikuttaa kantilaisen moraalilain parodialta, mutta sellaisenakin se liittyy siihen läheisesti. Saden perversio kytkeytyy nautintoon, *jouissanceen*, joka merkitsee niin juridista nautintaoikeutta kuin nautintoa. *Jouissance* tarkoittaa oikeutta jonkin asian tai objektin tuottamiin etuuksiin tai tuotoksiin, mutta ei oikeutta omistaa tuota asiaa tai objektia. *Makuuhuonefilosofiassa* Sade julistaa oikeudekseen nauttia toisesta ihmisestä.[16] Lacan katsoo Saden esittävän tässä yhteydessä Kantin kategorisen imperatiivin universaalin lain, luonnonlain ja humaanisuuden muotoilujen oheen muotoilun, joka säätää mielihyvästä eroavan *jouissancen*, nautinnon, universaalin säännön. Lacan löytää nautinnon imperatiivin Saden teoksesta *Juliette*. Se kuuluu: "Kuka tahansa saattaa sanoa minulle, että minulla on oikeus nauttia

[15] Ks. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, s. 519–522.

[16] Sade, *La philosohie dans le boudoir*, s. 221–222, av. 1.

(*le droit de jouir*) sinun ruumiistasi, ja minä käytän tätä oikeuttani ilman mitään rajoja, jotka pysäyttäisivät minut kohtuuttomissa vaatimuksissani, joita saatan haluta tyydyttää."[17]

Eikö tämä perversiivisen nautinnon imperatiivi johda toisten herruuttamiseen, alistamiseen ja uhraamiseen oman nautinnon alttarilla? Eikö tämä johda luonnollisten halujen täydelliseen vapautumiseen, jolloin Kantin ajatukset tahdon autonomian, vapauden, vastuun ja moraalilain subjektista vesittyvät? Tuon esiin neljä argumenttia, jotka ovat vastarinnassa liian hätäistä humanistis-juridista pyrkimystämme sensuroida Saden moraalilaki.

(1) Kyse ei ole jonkun laista vapautuneen suvereenin itsen, Saden, ylivaltaan ja herruuteen perustuvien mielihalujen oikeutuksesta vaan universaalista periaatteesta – "*kuka tahansa*" –, joka antaa *kenelle tahansa* oikeuden nauttia omaisuudestaan ja ruumiistaan.

(2) *Jouissance* tarkoittaa nautintaoikeutta vaan ei omistusoikeutta, joten subjektilla on oikeus nauttia toisesta, mutta ei koskaan oikeutta omistaa toista. Kyseessä oleva oikeus nautintoon on ihmisoikeus, johon kuuluu se, ettei kenelläkään ole koskaan oikeutta omistaa toista ihmistä, joka on syntynyt vapaaksi ja tasa-arvoiseksi. Tässä Saden imperatiivi on yhteneväinen Kantin imperatiivin humaanisuusmuotoilun kanssa.

(3) Jacques-Alain Miller kuvittelee, että jos Sade hakisi viisumia Yhdysvaltoihin ja häneltä tivattaisiin käyttäytymistään ohjaavaa periaatetta, niin hän esittäisi kategorisen imperatiivinsa. Häneltä evättäisiin viisumi, sillä olisi hirveää, jos kuka tahansa voisi nauttia toisista ilman rajoituksia, mitäpä tapahtuisi tällöin vaikkapa strategiselle ilmapuolustukselle. Saden juristiksi asettuisi Lacan. Hän vetoaisi siihen, että maahanmuuttoviranomaiset eivät toimi Kantin tasolla, sillä Kant ei huomioi moraalilain seuraamisen mahdollisia patologisia seurauksia. Sade ei tee muuta kuin Kantia seuraten väittää: hävitköön maailma kunhan perustava laki säilyy. Siksi, Lacan jatkaisi, mahdollisia patologisia seurauksia ei voida käyttää hänen asiakastaan vastaan.[18]

(4) Sade itse sanoo taasen *Justinesta*, että on käytettävä "julkeimpia kohtauksia, erikoisimpia tilanteita, kauhistuttavimpia periaatteita, voimakkaimpia siveltimenvetoja vain siksi, että tällä kaikella luotaisiin eräs jaloim-

---

[17] Lacan, "Kant with Sade", s. 58. Sade, *Historie de Juliette*, s. 63–64. Lacanin käyttämä verbi *jouir*, joka viittaa myös orgasmiin ja sellaiseen jännitteen piinan kokemukseen, joka aiheuttaa hetkellisen tajunnan menetyksen, on aina ilman objektia. Ks. myös Lacan, *The Ethics of Psychoanalysis*, s. 79.

[18] Miller, "A Discussion of Lacan's 'Kant with Sade'", s. 231–234.

mista moraalin oppitunneista, mitä ihminen koskaan on saanut."[19] Ja teoksen ensimmäisen laitoksen otsikkolehdelle oli kuvattu Hyve Irstauden ja Jumalattomuuden välissä. Tässä suunnassa Sadea lukee Pierre Klossowski, jonka mukaan Sade kasvoi yhteiskunnassa, joka perustui mielivaltaan: repression ja sensuurin mielivaltaan, äärimmäiseen kyynisyyteen, ateismiin, kapinaan kaikkia lakeja ja instituutioita kohtaan. Sade näki aikansa todellisuuden moraalittomuuden jatkuvana tilana ja esitti sen kirjoissaan pahan utopiana. Hän myös kuvasi omantunnon omaavan ihmisen muuttumista ateistiksi ja epäsosiaaliseksi luonnonfilosofiksi. Sade asettaa ateistia vastaan libertiinin sadistin, joka edustaa Saden oman omantunnon hetkeä, joka pyrkii skandaaleilla ja provokaatioilla pakottamaan poissaolevan Jumalan ilmoittamaan olemassaolonsa. Jos ateisti kieltää rikoksen, niin sadisti myöntää rikoksen; jos ateisti hylkää moraaliset kategoriat, niin sadisti turvautuu niihin; jos ateisti hylkää Jumalan, niin sadisti pitää Jumalaa syyllisenä osapuolena, joka on rikkonut sopimuksensa ihmisten kanssa. Piinasta ja kärsimyksestä tulee vaihdantaa Jumalan kanssa: paha, jonka teen toisille, saa minut onnelliseksi kuten Jumala on onnellinen pahasta, jonka hän aiheuttaa minulle. Edelleen toisin kuin ateisti sadisti ei kiellä Jumalaa ja lähimmäistään vaan on pakkomielteenomaisesti kiinnostunut kuolemasta ja lähimmäisestä uhrina. Saden kirjoitukset saattavat siten ulkoistaa hänen sisäisen oikeudenkäyntinsä, jota hänen omatuntonsa käy.[20] Emme ole kaukana Kantin ajatuksesta ihmisluontoon kuuluvasta radikaalista, välttämättömästä ja rakenteellisesta pahuudesta.[21] Sade puhuu Klossowskin mukaan moraalisen skeptisismin kieltä kamppaillakseen moraalista skeptisismiä vastaan ja paljastaa pahan olevan vapaan tahdon luonnollinen lopputulos, jonka seurauksena jatkuvasti vallitsee uhka siitä, että paha purkautuu esiin. Sade tuo siten fantasiassaan esiin vapaan ja vallankumouksellisen massan salaisen impulssin.[22] Lacanin kautta voidaan sanoa, että Saden libertiinillä on siten suhde Jumalaan. Hän ei voi ottaa askeltakaan ilman viittausta tähän ylimpään pahaan. Sanalla sanoen hän toteuttaa Jumalan nautinnon.[23]

---

[19] Sade, *Justine*, s. 10.

[20] Klossowski, *Sade My Neighbour*, s. 78–79.

[21] Kant, "Pahan ja hyvän periaatteiden rinnakkaisuudesta", s. 13.

[22] Ks. Klossowski, "The Marquis de Sade and the Revolution".

[23] Ks. Rabaté, *Jacques Lacan*, s. 100–101.

5 Nautinto ihmisoikeutena

Mikä Saden sensuurin kohteeksi joutuva nautinto sitten on? Nautinnon ja mielihyvän erottelu liittyy Lacanilla Asian (*das Ding, la Chose*) ja ison Toisen (*Autre*) erotteluun. Toinen eli symbolinen järjestys on kielen, kulttuurin, yhteiskunnan, lain ja sosiaalisten suhteiden maailma, jossa subjekti[24] konstituoituu Oidipus-kompleksin, kastraation, insesti-tabun merkitsemänä. Paternaalinen metafora eli Isän-nimi on kaiken symbolisen lainsäädännön toteeminen napa. Subjektin subjektivoitumisprosessi merkitsee sitä, että subjekti (väärin)tunnistaa Toisen halun omana halunaan, jolloin myös tiedostamaton muodostuu. Subjektiksi tuleminen voi tapahtua ainoastaan sellaisella hämärällä kynnyksellä, joka on ei-merkityksen alue. Tämä on vieraantumisen piste, jonka seurauksena subjekti sekä muodostuu että tulee kykenemättömäksi täysin representoimaan omaa itseään.

Lacanin mukaan Toinen ei eksistoi. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, ettei Toinen toimisi vaan päinvastoin se eksistoi toimintansa vaikutuksina, joista eräs keskeinen on nautinnon kielto: subjektin on tullut luopua nautinnosta astuessaan symboliseen järjestykseen, jonka vuoksi nautinto sellaisenaan on kielletty lain ja kielen puhuvalle subjektille.[25] Toinen ei ole mikään valmiina annettu tai luonnollinen järjestys vaan inhimillinen luomus. Se ei ole pelkästään meille ulkopuolinen vaan yhteiskunnan jäseninä olemme osaltamme vastuussa sen luomisesta. Jokainen valitsee alistumisensa Toiselle, joskin valinnassa on kyse Slavoj Žižekin sanoin pakotetusta valinnasta. Toinen on siten symbolisen instituution ulottuvuus, joka eksistoi vain siinä määrin kuin subjektit uskovat siihen tai toimivat *aivan kuin* he uskoisivat siihen.[26]

Puutteen merkitsemä subjekti pyrkii jatkuvasti etsimään sitä, mitä Toinen haluaa eli Toisen halua ollakseen se, mitä Toinen haluaa eli fallos, mutta turhaan. Jos halu tulee Toisesta ja jos siihen kuuluu oleminen merkitsijän mukaisesti symbolisessa järjestyksessä, niin nautinto ilmenee Asian ääressä. Asia on se keskus, jonka ympärille tiedostamattoman subjektiivinen maailma organisoituu merkityksenmuodostuksen sarjoina. Asia on jotakin outoa ja vierasta minulle, vaikka se

---

[24] Subjekti eroaa egosta, joka muodostuu peili-vaiheessa ja on imaginaarisesti rakennettu ykseys ja jota leimaa fasinoituminen kuvaan eli toiseen. Subjektin halun maailma tulee luoduksi kielen kautta, joka muuttaa reaalisen tarpeen symboliseksi haluksi vastauksena tyydyttämättömään äidin, eli toisen, imaginääriseen vaateeseen.

[25] Ks. Lacan, *Four Fundamental Concepts of Psychoanalysis*, s. 210.

[26] Žižek, *The Art of the Ridiculous Sublime*, s. 26; Žižek, *For They Know Not What They Do*, s. 146–149; Schroeder, "The Hysterical Attorney", s. 199.

on minun ytimessäni jonakin ulkopuolisena. Siksi subjekti ei koskaan kykene näkemään itseään täysin sellaisena kuin se on, vaan se on jatkuvasti pakotettu kohtaamaan kysymyksen *"che vuoi?"*, "mitä sinä todella haluat?".[27]

Asian kohtaamiseen liittyvä nautinnon kokemus sijaitsee reaalisessa, joka on erotettava symbolisen järjestyksen ohella imaginaarisesta järjestyksestä (niiden mielikuvien alue, joihin me samastumme ja jotka vangitsevat huomiomme).[28] Reaalinen eroaa myös todellisuudesta, arkipäivän realiteeteista ja freudilaisesta todellisuusperiaatteesta, joka määrittää sitä, mitä voidaan kokea mahdolliseksi symbolisesti muodostetussa sosiaalisessa tila-ajassa. Reaalinen on olemassaolomme ja todellisuudentajumme kätketty ja traumaattinen puoli, jonka sekoittavat ja järkyttävät vaikutukset saatamme tuntea oudoissa ja odottamattomissa paikoissa sekä äärimmäisissä tilanteissa. Lacanilla näissä tilanteissa ja paikoissa on kyse ylevästä, jossa jossain arkipäivän objektissa koetaan reaalisen esittämisen pysyvä epäonnistuminen. Kun sitten objekti ottaa Asian paikan, niin se ylevöityy ja siitä tulee ylevä objekti.

Toisin sanoen Asian rinnalla oleva nautinnon kokemus ei ole jonkin objektin tai hyvän tuottamaa mielihyvää tai onnellisuutta, vaan se on pikemminkin nautintoa olemisesta. Mielihyväperiaate kuitenkin kieltää nautinnon: "Nauti mahdollisimman vähän!". Miksi emme saisi nauttia olemisen kokemuksesta? Ensinnäkin siksi, että nautinto on maailman ja minän ulkopuolella toisin kuin halu, mielihyvä ja onnellisuus eli se johtaa maailman ja minän transgressioon. Toiseksi

---

[27] Lacan, *Ecrits*, 313. *"Che vuoi?"* on lainaus Jacques Cazotten romaanista *Le Diable amoureux* (1772), jossa paholainen kysyy tämän kysymyksen tarinan sankarilta, Alvarelta. Paholainen ruumiillistaa sen halun, jota Alvare ei vielä ole tunnistanut omana halunaan. Tarinan loppupuolella paholainen ilmestyy naisena pyytäen tätä antautumaan hänelle täysin sekä kutsumaan itseään oikealla nimellään Beelzebub. Näin Alvaren tunnistamaton halu on johdattanut hänet mielihyvän tuolle puolen tuhoavan nautinnon rajoille, jolloin hän kavahtaen vetäytyy.

[28] Reaalinen on Lacanilla perin hankala käsite. Alun perin reaalinen oli Lacanille symbolista järjestystä edeltävä esisymbolinen todellisuus ja välitön olemisen alue, joka ei ilmene itsenään vaan ainoastaan imaginaaris-symbolisten esitysten välityksellä. Se on siten esidiskursiivinen todellisuus, täyteys, joka on aina jo kadotettu, kun sitä pyritään esittämään. Myöhemmin se tuli merkitsemään puutetta tai tyhjyyttä symbolisessa järjestyksessä. Se on siten symbolisen vaikutus, tuote tai lisäarvo, joka tulee olevaksi symbolisaation operaation suljettua sen ulos. Nyt se ei ole esilingvistinen vaan jälkisymbolinen. Kiitän Hannu Siveniusta tästä huomiosta. Ks. myös Shepherdson, *Vital Signs*. François Roustangin mukaan Lacan määritteli aluksi reaalisen psykoottisen kyvyttömyydeksi symbolisoida ja sittemmin kaikeksi siksi, mikä vastustaa symbolisointia (puute, aukko, kuilu, tyhjiö, este, jne.). Vaikka Lacan pyrki erottamaan reaalisen symbolisesta ei hän tässä Roustangin mukaan koskaan täysin onnistunut. Ks. Roustang, *Lacan*.

nautinto on negatiivisuuden ja Asian puutteen leimaamaa toisin kuin positiivinen mielihyvä, joka säilyttää minän symbolis-imaginaarisen maailman koskemattomuuden. Kun nautinto virittäytyy kohti subjektin ytimessä olevaa Asiaan liittyvää puutetta ja tyhjää, niin siinä on kyse kuolemanvietistä. Kuolemanvietti ei kuitenkaan ole niinkään pyrkimystä fyysiseen kuolemaan vaan toiseen kuolemaan, joka tarkoittaa sitä, että subjektissa oleva olennainen puute ja kastraatio tulevat läsnäolevaksi. Kolmanneksi subjekti kestää ainoastaan tietyn määrän mielihyvän ylittävää nautintoa, sillä nautinto on ylenpalttista jännitettä, tuskallista nautintoa, olemassaolon tuskaa.[29]

Vaikka symbolinen lainsäädäntö kieltää nautinnon, niin pohjimmiltaan se puhuu nautinnosta, aivan samoin kuin rikosoikeus, joka kieltää rangaistuksen uhalla rikoksiksi määritellyt teot, ei puhu muusta kuin rikoksesta. Olemuksensa mukaisesti laki jakaa ja lohkoo kaiken, mitä pidetään nautintona.[30] Mutta laki kieltää sen, mikä on aina jo ollut mahdoton Asia, joka on kyllä halun objekti, mutta toisin kuin muut halun objektit Asia on jatkuvasti uudelleen löytämistä edellyttävä aina jo kadotettu reaalinen objekti. Symbolisen järjestyksen lain kielto pitää kuitenkin yllä illuusiota Asian mahdollisuudesta. Juuri kielto luo halun ylittää laki, joten nautinto on aina jo lain säännöstelemää. Tämän seurauksena sadelaisessa perversiossa ja *jouissancessa* ei ole kyse halun luonnollisesta vapauttamisesta, joten emme myöskään päädy jonkinlaiseen naturalistiseen moraaliteoriaan. Subjekti ei yksinkertaisesti kykene pakenemaan Toista rajana.[31]

Subjektin subjektiivisuus kykynä puhua riippuukin täysin kielen ja lain symbolisesta järjestyksestä. Isän-nimi avaa maailman sekä tarjoaa symbolisen koherenttiuden ja kiinteyden fiktion kaoottisuutta ja fragmentoitumista vastaan. Lain ulossulkeminen merkitsee maailman aukenemattomuutta ja symbolisen järjestyksen pyyhkiytymistä pois. Ainoastaan psykootikko saattaa olla symbolisen järjestyksen ulkopuolella (siis ainoa todellinen vallankumouksellinen?). Edelleen juuri Toinen on se, josta käsin Saden imperatiivin käsky asettaa vaatimuksensa meille. Mutta toisaalta subjekti ei ole palautumattomasti alisteinen symboliselle järjestykselle, sillä subjektin oma jatkuva nautinnon valitseminen kumoaa ja hyödyntää hänen vieraantumistaan Toiseen.

---

[29] Ks. nautinnon ja Asian suhteesta Sivenius, "Lacan ja minä", s. 210–212, s. 229–230.

[30] Lacanilla kieli on symbolisen universumin laki. Positiivista oikeutta voidaankin pitää esimerkkinä tai metaforana kielen eli symbolisen järjestyksen, jossa subjekti konstituoituu, lainkaltaisesta luonteesta. Ks. Caudill, "Law Does not Ignore the Bed", s. 244–245.

[31] Lacan, *Encore*, s. 2–9; Lacan, *The Ethics of Psychoanalysis*, s. 3.

Subjekti on siten reaalisessa sijaitsevan mahdottoman Asian eli nautinnon traumaattisen ytimen ympärillä kiertämistä. Äärellinen subjekti ei koe täyttymystä tai täyteyttä vaan toistopakon kuljettamana kiertää puutetta, jossa viime kädessä on kyse kuolemasta absoluuttisena tyhjyytenä, jota symbolinen järjestys pitää loitolla, vaikka kuolema on aina jo kiinnittynyt kieleen.

Kansalainen Sade ei ollut psykootikko vaan lain ja kielen subjekti, joka kirjoittaa transgressiivisesta nautinnosta ollen siten suhteessa mahdottomaan Asiaan. Saden kirjoituksessa ja kuvastossa reaalinen välittyy kuitenkin imaginaaris-symbolisen kautta. Lacanin mukaan Saden kirjoituksissa onkin kyse fundamentaalista fantasiasta eli sellaisesta absoluuttisen *jouissancen* ja reaalisen Toisen, äidin, fantasiasta, joka pyrkii täydellistämään imaginaarisella näyttämöllä epätäydellisen symbolisen Toisen.[32] Fantasia on eräänlainen verho tai valkokangas, joka kätkee objekti a:n, joka Lacanilla liittyy nautintoon: se on nimittäin nautinnon ylijäämä (*plus de jouir*). Objekti a on aina jo kadotettu. Se on aukko tiedossa ollen siten myös halun syy. Itse asiassa se syntyy itse Asiasta, jonka seurauksena sillä ei ole mitään diskurssia eikä kuvitusta. Kuitenkin fantasia viittaa imaginaarisella tavalla poissaolevaan objekti a:han, jolloin subjekti saattaa fantasiassa tulla yhteyteen sen kanssa, josta subjekti on erotettu astuessaan symboliseen järjestykseen. Fantasia toimii sen todellisuuden tukena, jonka kätkettynä ja traumaattisena tuonpuoleisena on reaalinen.

Saden fantasian ylevänä objektina on libertiinien ikuisesti kauniiden uhrien joukko, joiden loputon kärsimys jatkuu fyysisen kuoleman tuolle puolen. Tällöin uhrin kauneuden voidaan sanoa olevan se varjostin, johon toinen kuolema heijastetaan Saden fantasiassa, joka käy ensimmäisen kuoleman tuolle puolen toiseen kuolemaan. Kun uhri ottaa Asian paikan, niin Saden libertiinit saattavat fantasmaattisesti uskoa absoluuttisen nautinnon mahdollisuuteen ja sellaiseen täyteen maskuliiniseen subjektiin, jota puute ja ei-mikään ei leimaa. Tavallaan Saden fantasia suojaa todellisuutta reaaliselta, joka kuitenkin tunkeutuu Saden tekstien päähenkilöiden elämään äärimmäisissä tilanteissa. Nautinnon reaalinen tunkeutuu siten esiin, kun me kohtaamme ylevän objektin, joka on struktuuraalinen paikka; se paikka, jossa libertiinien uhrit ottavat nautinnon kielletyn paikan. Fantasia onkin suhteessa reaaliseen siten, että reaalinen tukee fantasiaa fantasian suojellessa reaaliselta.[33] Lacanilainen Sade-luenta on näin yhdistänyt toisiinsa representaatiota välttävät objekti a:n, naisen ja kauneuden, ja nyt Sa-

[32] Lacan, "Kant with Sade", s. 66.

[33] Vrt. Žižek, *The Sublime Object of Ideology*, s. 194.

den fantasia paljastaa sen, että reaalisen seurauksena subjekti ei niinkään ole oleva vaan puute-olla.

Žižekin mukaan fundamentaalinen fantasia on se absoluuttisesti ainutlaatuinen tapa, jolla jokainen meistä luonnostaa ja muodostaa mahdotonta suhdettaan traumaattiseen Asiaan. Fundamentaalin fantasian paradoksi on siinä, että samalla kun Asia on subjektin ydin niin se on subjektin tavoittamattomissa. Sillä hetkellä, kun subjekti lähestyy sitä liiaksi, niin hänen subjektiivisuutensa hajoaa. Näin ollen Saden fundamentaalin fantasian oikeus nautintoon horjuttaa universaalit ihmisoikeudet tasapainosta, sillä nautinnon ja reaalisessa sijaitsevan Asian takia subjekti vastustaa universalisointiaan eikä sitä ole mahdollista palauttaa symbolisessa järjestyksessä olevaksi pysyväksi ja kiinteäksi paikaksi.[34]

6 Moraalilain jaloin oppitunti

Ja juuri tässä kohtaamme Saden parodian Kantin moraalilaista. Saden kirjoitus ei olekaan transgressiivista sen sisällön – jossa julmuuksien kuvaukset ja libertiinien filosofiset legitimaatioyritykset vaihtelevat – vaan nautinnon kategorisen imperatiivin johdosta. Tämä imperatiivi pakottaa subjektin vastaamaan kysymykseen *"che vuoi?"*. Tällöin paljastuu se, että Toinen eli symbolinen järjestys ei ole täydellinen täyteys vaan se rakentuu perustavan mahdottomuuden, traumaattisen ytimen, keskeisen puutteen ympärille. Puute on reaalinen, jota subjekti ei kykene symbolisoimaan tai omaksumaan. Koska Toinen itsessään on puutteellinen, niin symbolinen lainsäädäntö ei koskaan voi täysin kiinnittää ja asettaa halun subjektia, joka nautinnon kategorista imperatiivia seuratessaan nyrjähtää joka hetki juridisista ja sosiaalisista asetuksistaan, rooleistaan ja identiteeteistään. Lacanin mukaan moraalilaki artikuloituu suhteessa reaaliseen siinä määrin kuin se on Asian takaaja.[35]

Saden "jaloin moraalin oppitunti" merkitsee radikaalia murrosta etiikan traditiossa, mutta murtumassa hän seuraa pelkästään Kantia. Nimittäin jo Kantin moraalilaki merkitsee katkosta antiikista saakka vaikuttaneeseen eettiseen ajatteluun, sillä Kant ei anna sisältöä moraalilaille eikä säädä mitään siitä, miten moraalilaki tulisi toteuttaa, mitä hyvä elämä on, miten pitäisi toimia eri tilanteissa tai mikä korkeimman hyvän, oikean ja oikeudenmukaisuuden idea on. Kantin etiikka merkitsikin radikaalia ja tuhoavaa terroria, koska se merkitsee

[34] Žižek, *Looking Awry*, s. 167–169.

[35] Lacan, *The Ethics of Psychoanalysis*, s. 76.

maailman häviämistä: itse, perhe, lähimmäinen, toinen, oliot, objektit katoavat, sillä on vain muodollinen moraalilaki, joka ei kuvaa yksityiskohtaisesti objektiaan. Kant pyyhkii kaiken tämän yli jättäen jälkeensä tyhjän maan. Kant tuo esille tyhjiön.[36] Kant raivaa siten etiikan maaperän puhtaaksi, ja Sade jatkaa tätä raivaustyötä, jossa myös kohtaamme puutteen nautinnon etiikan perustana. Nyt voimme sanoa, että *jouissancessa* on kyse transgression nautinnosta ja nautinnosta transgressiona. Transgression nautinto tuo yhteen Toisen, Asian, symbolisen, reaalisen, lain ja nautinnon, joiden suhteeseen Saden etiikka perustuu.

Saden kautta on näin paljastunut jotain, jolta valistuksen projektiin nojaava oikeusvaltio ja humanistinen etiikka on pyrkinyt sulkemaan silmänsä tai minkä se on sensuroinut sananvapauden piiristä. Onnellisuus pahassa eli nautinto piinassa, joka tuo esiin tiedostamattoman, aggression aggression itsensä vuoksi, kuolemanvietin ja Freudin yliminän, on niin yhteiskunnallis-juridisen kuin yksilöllis-psyykkisen sensuurin kohteena kulttuurissamme. Mutta juuri tässä tiedostamattoman puheen sananvapauden sensuurissa päädymme vääjäämättä äärimmäisen outoon ja vaikeasti sulatettavaan päätelmään: valistunut sensuuri sensuroi valistajan. Eli sensuuri ei suinkaan sensuroi ainoastaan Saden kirjoituksia niiden sadismin ja irstauden vuoksi, vaan sensuuri kohdistuu ennen kaikkea valistuksen keskeiseen taustahahmoon, Kantiin ja erityisesti hänen radikaaliin moraalifilosofiaansa. Näin koska nautinto piinassa, joka räväyttää sensuuriviranomaisten silmät auki, ei tule esiin vain ja vasta Saden kirjoituksissa. Se saa alkunsa Kantista. Kantin moraalilain seuraaminen ei merkitse mielihyvän ja onnellisuuden tavoittelemista tai harmin välttämistä vaan piinallista ja tuskallista kuuliaisuutta moraalilaille. Kant katsookin, että moraalilain puhtautta vastaa yksi tunne, joka on piina.[37] Minun on seurattava moraalilakia, vaikka se johtaisi mihin kärsimyksiin ja jopa kuolemaan saakka. Nimenomaan tätä ajatusta Sade vie äärimmäisyyteen saakka nautintaoikeuden imperatiivissaan ja paljastaa siten Kantin moraalifilosofian ytimen. Saden libertiinien uhrien piina ja kärsimät nöyryytykset merkitsevät alistumista sadelaiselle kategoriselle imperatiiville, ja juuri tämä on mitä kantilaisinta.

Toinen seikka, joka on syytä huomata, on Kantin korostama persoonaton omantunnon ääni. Se ilmenee kategorisen imperatiivin muotoiluna, joka saa

---

[36] Lacan, "Kant with Sade", s. 56–57; ks. myös Miller, "A Discussion of Lacan's 'Kant with Sade'", s. 225.

[37] Lacan, *The Ethics of Psychoanalysis*, s. 80.

objektin katoamaan. Omantunnon ääni käskee subjektia, ja tässä äänessä subjekti palaa itseensä, sillä se on subjektin itsevaikutus. Kantilla lausujana on oma sisäinen ääni, joten subjektin ja äänen välillä ei ole eroa. Sade ei tee muuta kuin täydentää Kantin omantunnon käskevän äänen. Palautetaan mieliin Saden imperatiivi. Siinähän ei ollut kyse *minun* oikeudestani vaan toisen oikeudesta ja vapaudesta: "*kuka tahansa* saattaa sanoa minulle". Niinpä Sadella omantunnon äänessä, joka muotoilee imperatiivin, ei kyse ole subjektin itsetoteutuksesta. Pikemminkin Sadella subjekti asettautuu toisen lain alaiseksi: toisella on oikeus tehdä minulle mitä hän haluaa. Siksi Sadella itse ja toinen eroavat toisistaan, siten että lausuman subjekti on minä, mutta itse lausumisen subjekti on toinen, "kuka tahansa". Sade paljastaa tässä myös sen, että subjekti itsessään on aina jo jakaantunut kahteen asemaan eikä koskaan muodosta itseriittoista ykseyttä. Saden psyykkisessä ekonomiassa omantunnon ääni paljastuu loppujen lopuksi sadistisen yliminän ääneksi. Niinpä Sadella fantasia sekä Toisen nautinto ja laki kytkeytyvät toisiinsa: se on julma Toinen, joka käskee nautintoon ja pakottaa subjektin etenemään mielihyvän ja egon rajojen tuolle puolen. Näin fantasian perverssi ja täysi subjekti paljastuu Sadella Toisen nautinnolle ja laille alisteisena puutteen subjektina, mahdottoman nautinnon imperatiivin subjektina. Saden kirjoitus ei olekaan vain fantasiaa vaan fantasian toiminnan ja rakenteen paljastamista. Kaiken kaikkiaan Saden yleinen laki vaatii olemaan ryhdikäs suhteessa haluun. Juuri tämä laki on sensuurin kohde, mutta Lacanin mukaan nimenomaan tässä lepää psykoanalyysin mahdollisuuden ehto.[38]

7 Manun ja Nadinen laki

Ranskan vallankumouksen pyörteistä voimme palata omaan aikaamme sekä Manun ja Nadinen psykoanalyyttis-juridiseen luentaan, jota jo aloittelimme. Saden kirjojen tavoin *Baise-moin* katsominen ei tuota mielihyvää, vaan pikemminkin katsomiskokemus kuljettaa sen tuolle puolen, kohti mahdotonta Asiaa ja nautinnon hirvittävää lupausta. Lacanin mukaan Nainen ei eksistoi. Sen sijaan että Lacanin aformismi olisi sovinistinen ja patriarkaalista järjestystä vahvistava, niin se pitää sisällään sen radikaalin ulottuvuuden, että nainen pakenee ja vastustaa diskurssia miehen ollessa pelkästään merkitsijä. Nainen on itse Asia, objekti a, puute ja aukko symbolisessa Toisessa, *jouissancen* paikka. Objekti a, joka pakenee imaginaarista ja symbolista on ei-mitään, jollaisena se kohtaa Asian. Tämä kohtaaminen johtaa taasen nautintoon.

[38] Lacan, "Kant with Sade", s. 55, s. 65.

Manu ja Nadine käyvätkin fallisen nautinnon (jossa fallos asetetaan merkitsijäksi ja jollaisena se signifioi perustavaa puutetta subjektin olemisessa) tuolle puolen feminiiniseen nautintoon. Jos toisella puolen on subjekti, halu sekä symbolinen Toinen ja toisella nautinto sekä Asia, reaalinen Toinen, niin Manu ja Nadine kuuluvat jälkimmäiseen puoleen. He ovat symbolisessa järjestyksessä oleva puute, aukko ja poissaolo. Toinen tulee Asiaksi, ja Toinen on tulkittavissa, Lacania seuraten, Jumalan kasvoiksi, jota feminiininen nautinto tukee. Lacan kytkeekin toisiinsa nautinnon, ekstaasin, feminiinisyyden ja hysterian, jotka räjähtävät verkkokalvoillemme *Baise-moissa.* Manu ja Nadine ovat elokuvassa kuin Berninin Pyhän Teresan kasvot tyydytyksen hetkellä, jolloin Teresa on täysin kykenemätön lausumaan sanaakaan. Pyhä Teresa onkin Lacanille nautinnon ikoni, joka kuvaa *jouissancen* käsitettä. Siksi Lacan valitsikin kuvan Teresan kasvoista naisen seksuaalisuutta käsittelevän seminaarinsa *Encore* kansikuvaksi: "*Baise-moi encore.*"[39] Manun ja Nadinen nautinto merkitsee kuoleman halaamista, halua kuolla, joka samalla on halua elää yhä suuremmalla intensiteetillä mahdollisen ja mahdottoman raja-alueella. Se on halua elää samalla kun lakkaa kuolemasta tai kuolee lakkaamatta elämästä.[40] Toisin kuin Alvare Manu ja Nadine eivät vetäydy mielihyvän rajoilla takaisin hyvän järjestykseen. Nautinnossaan he pakenevat diskurssia ja symbolisointia lähestyen lain ja kielen rajoja. Desentralisoituineina nautinnon subjekteina he ovat Julietten ja Justinen sisaruksia.

Manun ja Nadinen *road movie* on itse asiassa mahdottoman Asian ympärillä kiertelemistä. Heidän nautintonsa tavoittelee halun täydellistä toteutumista, mutta juuri silloin kun subjekti kokee absoluuttisen täyteyden, se ilmenee absoluuttisena puutteena, ei-minään. Yksinkertaisesti Manu ja Nadine pyrkivät käymään lain, hyvän järjestyksen ja mielihyväperiaatteen tuolle puolen nautinnossaan. Suhde valkokankaan tuolla puolen sijaitsevaan mahdottomaan Asiaan piirtää heidät valkokankaalle. Ylevinä objekteina heissä tulee kirjoitetuksi absoluuttisen vapauden ja toisen kuoleman identifikaatio. Voimme nyt nähdä Manun ja Nadinen toteuttavan, tai itse asiassa radikalisoivan Saden kategorista imperatiivia. Manun ja Nadinen tuhoisa oleminen kohti kuolemaa vie heidät mielihyväperiaatteen tuolle puolen. Millään objektilla tai hyvällä ei ole mitään merkitystä heidän kiertäessään mahdotonta Asiaa, kun heidän halunsa suuntautuu mielihyvän lain ja hyvän järjestyksen tuolle puolen tuskalli-

---

[39] Lacan, *Encore*, s. 34, s. 70.

[40] Ks. Bataille, *L'érotisme*.

seen nautintoon. Mikään maailmassa oleva tai heille tarjottu hyvä ei muodostu heille kiinnekohdaksi, pisteeksi, johon halu voisi kiinnittyä. Asian kiertäminen itsessään on se matka, joka tekee Manusta ja Nadinesta Manun ja Nadinen.

Despentes itse on sanonut olosuhteiden – itse sanoisin nautinnon – työntävän heidät hyvän ja pahan, mahdollisen ja mahdottoman rajojen tuolle puolen. Juuri tämä panee heidät panemaan matalaksi kaiken, mikä kuuluu lain, hyvän ja objektien järjestykseen. Despentes oivaltaa tämän sanomalla, että elokuvan musiikki, väkivalta, seksi, tie, itse asiassa adrenaliini, mahdollistaa kurjimman kohtalon välttämisen, joka on apaattinen tottelevaisuus ja alistuminen mielihyväperiaatteen ja lain symboliseen järjestykseen.[41]

8 Sensuurinhalu

Mutta tämä on tietenkin mahdotonta kahdessa mielessä. Ensinnäkin Manun ja Nadinen rajanylitys on mahdoton tai mahdollinen ainoastaan kuolemana ja kuolemassa. Kuitenkin Saden kirjoitusten tavoin (joskin eri tavalla) *Baise-moissa* piirtyy esiin nautinnon kategorinen imperatiivi, joka johtaa vääjäämättä symbolisessa järjestyksessä olevan puutteen, reaalisen Asian ääreen ja siten mielihyväperiaatteen tuolle puolen. Tässä mielessä he myös toteuttavat Kantista alkunsa saavan moraalilain. Elokuva on siten radikaalilla tavalla lain transgressio, joka on kuitenkin mahdollista ainoastaan lain vuoksi tai lain vaikutuksesta.

Toiseksi juuri tämä transgressiivinen fantasia on mahdoton sensuurin silmissä. Aivan kuten Sadelle kävi, niin kävi myös *Baise-moille*: mielihyväperiaatteen, hyvän ja lain järjestyksen vartijana toimiva sensuuri ei voi hyväksyä nautinnon esittämistä. Sananvapauden rajana ei ole filosofis-poliittinen sensuuri, mikä lienee tullut selväksi, vaan ennen kaikkea ja ensi sijassa rivouden sensuuri. Onhan se myös humanismin periaatteita kunnioittavassa oikeusvaltiollisessa demokratiassa helpommin legitimoitavissa kuin filosofis-poliittinen sensuuri.

Pääsemme lopulta kysymykseen siitä, mihin sensuurinhalu kohdistuu Sadessa ja *Baise-moissa*?

Baise-moi ei järkytä ja herätä sensuurinhalua sanomansa takia vaan ennen kaikkea paljaan rivoutensa johdosta, sillä siitä puuttuu sisällöllinen moraalinen kehikko tai konteksti, joka asettaisi sen hyvän ja pahan järjestykseen ja suhteeseen mielihyväperiaatteen kanssa. Sensuuri etsii vimmaisesti väkivallan syitä

[41] Despentes, Production notes.

niin kertomuksesta kuin sen henkilöistäkin. Kun tarinan/henkilöiden sisäistä totuutta ei löydy, kun elokuva ei tarjoa minkäänlaista hyväksyttävää moraalista selitystä, niin sensuuri ei voi sietää elokuvaa ja leimaa sen rivoksi.

Elokuva olisi helppo katsoa ja ymmärtää, jos se antaisi meille syyn Manun ja Nadinen tuhoavalle ja itsetuhoiselle matkalle, jos Manu ja Nadine avautuisivat katsojalle. Valistunut katsoja saattaakin pyrkiä sensuroivaan katsomiskokemukseen, joka asettaa elokuvan tapahtumat jo olemassaoleviin raameihin ja joka antaa oikeutuksen elokuvalle. Tällainen humanistinen katsonta saattaa kokea elokuvassa tyttöenergiaa äärimmilleen vietynä. Se voi myös nähdä Manun ja Nadinen kostajittarina, jotka kostavat kokemansa vääryydet kääntämällä itseensä kohdistuneen alistamisen ja väkivallan yhteiskuntaa ja toisia ihmisiä vastaan. Voisimme myös alkaa analysoida elokuvan sisältöä, sen taiteellista tai intellektuaalista antia tai sen päähenkilöiden psyykettä tai vaikkapa esittää kriminologisia – olivatpa ne sitten psykologisia, sosiologisia tai biokemiallisia – selitysmalleja Manun ja Nadinen rikollisuudelle. Helpotusta löytyy myös, jos elokuvan ymmärretään jatkavan Ridley Scottin elokuvasta *Thelma & Louis* alkanutta naismatka-elokuvan *genreä*. Mutta kyseessä ei ole mikään *Thelman & Louisin* äärimmäisyyksiin viety versio, sillä nämä kaksi elokuvaa ovat näennäisestä samankaltaisuudestaan huolimatta olennaisesti erilaiset. Toisessa olemme hyvän järjestyksessä, toisessa emme. Toisessa olemme moraalidiskurssin sisällä, toisessa koettelemme sen rajoja. Toinen on hollywoodlaistuneen katsojan silmissä emansipatorista, toista ei tulla koskaan esittämään Hollywoodissa. Muutkaan asetusyritykset eivät kykene kesyttämään elokuvan radikaalia vulgaarisuutta ja brutaalisuutta. Rationaalisia syitä ja selityksiä eikä siten oikeutusta päähenkilöille eikä koko elokuvalle nimittäin ole. Elokuva on kesyttämätön samoin kuin Manu ja Nadine. Nadinella ei ole asiaa edes kulttuuripiireihin. Manu: "Etsä käy leffassa? Et sä kato ikinä telkkaria?" Nadine: "En. Paitsi pornoleffoja. Kaikki muu rasittaa mua. Mä näin *Gone with the Windin* skidinä, mä en tietääkseni oo nähny muita leffoja alusta loppuun."[42]

Manu ja Nadine kuten "luonnollisen ja hyvin rohkean mielen" omaava Justine (tai Saden muut "viattomat uhrit")[43] ovat yleviä objekteja, sillä nautinnossaan he eivät ole pelkästään sosiaalisia ja juridisia identiteettejä, vaan he ottavat Asian paikan. Symbolisointia pakeneva reaalinen Asia johtaa siihen, ettei lain ja kielen symbolista järjestystä voida koskaan sulkea puutteettomaksi täyteydeksi. Voimme pitää humanismia ja/tai valistusta ideologisena isona Toisena, joka on nyt paljastunut sellaiseksi mikä ei eksistoi. Subjektit käyttäytyvät *aivan kuin* se eksistoisi,

[42] Despentes, *Pane mua*, s. 67.

[43] Sade, *Justine*, s. 10.

mutta Saden kirjoituksissa ja *Baise-moissa* toteutuva nautinnon kategorinen imperatiivi kyseenalaistaa "*aivan kuin*" eli koko symbolisen järjestyksen – siis humanismin ideologisena isona Toisena – olemassaolon. Ernesto Laclaun ja Chantal Mouffen termein sanottuna se, mikä paljastuu on yhteiskunnan sisäinen epätäydellisyys, ristiriitaisuus, muuttuvaisuus, oikukkuus ja epäjohdonmukaisuus, jonka seurauksena yhteiskunnalla ei ole mitään ontologista olemusta. Lisäksi yhteiskunnassa vallitseva antagonismi on sellainen kelluva merkitsijä, joka asettaa rajan kaikille kiinteille sosiaalisille identiteeteille. Kaiken kaikkiaan yhteiskunta ei eksistoi, sillä se on mahdoton saumaus.[44] Ja tässä kohdataan sensuurinhalu: Laclaun ja Mouffen mukaan jokainen yhteiskunta muodostuu sen läpäisevän mahdottomuuden tietoisuuden repressiona.[45]

Saden ja *Baise-moin* psykoanalyyttisen luennan kautta olemme onnistuneet nyt kohtaamaan symbolisen järjestyksen sensuurinhalun, joka kohdistuu siinä itsessään olevaan ja sen läpäisevään reaaliseen. Sensuuri kätkee symbolisoimattoman ja symbolisaatiota välttävän puutteen, aukon, tyhjiön, jonka ympärille koko kielen ja lain järjestys kuitenkin artikuloituu. Samalla on pidettävä mielessä, että reaalinen ei itsessään ole mitään, sillä symbolinen järjestys tuottaa sen retroaktiivisesti puutteena, joka pakenee symbolisointia. Puutteen seurauksena symbolinen järjestys on mahdoton ommel. Siten myös oikeusjärjestelmä on välttämättä epätäydellinen, epäjatkuva ja ristiriitainen merkityksenmuodostusjärjestelmä. Oikeusjärjestelmä ei eksistoi, mutta juuri tämän realiteetin sensuurilainsäädäntö ja -lainkäyttö repressoi. Oikeus edellyttää, että oikeussubjektit toimivat *aivan kuin* koherentti oikeusjärjestelmä eksistoisi. Asian ja reaalisen kautta tämä on osoittautunut juridiseksi fiktioksi. Asian negatiivisuus tekee mahdottomaksi sen, että subjekti asetettaisiin kiinteäksi identiteetiksi, itsetietoisuudeksi, sulkeumaksi, ykseydeksi ja itseriittoiseksi narsistiseksi egoksi. Puute ei rajaa ihmisen vapautta vaan mahdollistaa vapauden avautumisena omaan palautumattomasti kiinnittämättömään olemukseen. Nautintaoikeudessa on näin paljastunut subjektin vapauden olemus ja edellytys, joka yhtäältä karttaa sekä egon että yhteiskunnan hallintayrityksiä, toisaalta sietää erilaisuutta ja avoimuutta.

Tapaukset Kansalainen Sade ja *Baise-moi* osoittavat, että sensuuri ei ole äärimmäinen poikkeus sananvapauden yleiseen periaatteeseen tai sen poikkeustilassa syrjäyttävä välttämättömyys vaan olennainen osa modernia länsimaista demokraattista oikeusjärjestystä, joka on ankkuroitunut valistuksen ja

[44] Laclau ja Mouffe, *Hegemony and Socialist Strategy*, s. 96–97.

[45] Laclau ja Mouffe, *Hegemony and Socialist Strategy*, s. 125.

humanismin projektiin, arvoihin, arvostuksiin ja periaatteisiin. Sensuuri ei vain läpäise modernia oikeutta vaan vaikuttaa sen humanistisessa perustassa. Tämän on havainnut Peter Sloterdijk puhuessaan osuvasti ihmistarhauksen säännöistä. Hänen mukaansa Ranskan vallankumouksessa alkunsa saava kansallishumanismi piti viattomana tehtävänään ihmisen kasvatusta ja kesyttämistä keskellä kesyttävien ja raaistavien voimien kamppailua, mutta tämän valistuksen valoisan puolen takana sillä on tummempi ulottuvuus, jolta humanismi on sulkenut silmänsä. Tämän ulottuvuuden havaitsi Nietzsche, jonka mukaan kyse on taistelusta ihmisjalostuksen suuntauksista. Eri ihmistekniikoiden kautta humanismi on jalostanut ihmisen tahtomaan sitä, että heistä kasvatetaan harmittomia ja pieniä: pienten talojen ihmisistä vain harvat tahtovat, useimmat ovat vain tahdottuja. Kansallishumanismin ja sensuurilainsäädännön harjoittama ihmisen paimentamisen ja jalostuksen teema on Sloterdijkin mukaan löydettävissä jo Platonilta. Hänen teoksensa *Valtiomies* muodostaa eurooppalaisen paimentologian *Magna Chartan*. Siinä kaksi jalostajaa, elealainen vieras ja nuorempi Sokrates, keskustelevat saattaakseen valtiollisen paimentaidon läpinäkyvien rationaalisten sääntöjen alaisuuteen. Hallitsijan legitimiteettiperusta ei ole Platonin mielestä demokratiassa vaan jalostusta koskevassa tiedossa. Valtiomiehen on nimittäin kyettävä punomaan toisiinsa valtion kokonaisuuden kannalta suotuisia ominaisuuksia omaavia vapaaehtoisesti ohjattuja ihmisiä. Hänen on karsittava pois sopimattomat luonteet ennen kuin hän ryhtyy kutomaan sopivaa valtiota. Platon esittää näin ohjelman humanistiselle yhteiskunnalle, joka ruumiillistuu ainoassa täyshumanistissa, joka on paimentaidon hallitsija. Länsimaisen ajattelun poliittis-oikeudellisten perusteosten *Valtiomiehen* ja *Valtion* jälkeen ihmisyhteisöstä puhutaan kuin eläintarhasta, joka on samalla teemapuisto. Niinpä politiikan ja oikeuden rationaalinen pohtiminen on todellisuudessa ihmistarhauksen sääntöjen luonnostelemista.[46]

Sulkeutuessaan kuvitelluksi ompeleeksi tai kokonaisuudeksi kansallishumanismiin perustuva oikeusvaltio ei ole vain ja ainoastaan *homo humanuksen* varjelemista raaistavilta voimilta vaan se muodostuu sellaiseksi lain ideologiseksi apparaatiksi, joka latistaa *homo humanuksen* rationaalisen subjektin fiktioksi hyvän järjestyksessä. Tästä humanismin ominaisuudesta Sade muistuttaa kansallishumanismin alkulähteillä ja *Baise-moi* sen päätepisteessä.

---

[46] Sloterdijk, "Sääntöjä ihmistarhalle".

9 Vastarintoja

Oikeusvaltioon olennaisesti kuuluva sensuuri osoittautuu sekä puutteelliseksi että liian tukahduttavaksi. Se ei koskaan kykene täysin takaamaan lain järjestyksen yhtenäisyyttä, sillä Asian paikan ottava ylevä objekti (Manu, Nadine, Justine, Juliette) merkitsee vastarintaa kaikkia totalisoivia ideologioita vastaan. Ylevässä objektissa kohtaamme nimittäin puutteen, mahdottoman, sen mitä emme kykene symbolisoimaan. Asia on siten se, mikä ei anna periksi todellisuudelle vaan on vastarinnassa yhteisesti jaetun arkipäiväisyyden ja juridisuuden todellisuusperiaatteen kanssa. Manun, Nadinen tai Saden sankarittarien tekoja voidaan hahmottaa eettisinä tekoina, jotka eivät ainoastaan mene todellisuusperiaatteen tuolle puolen vaan muuttavat todellisuusperiaatteen koordinaatteja, kuten Žižek sanoo. Asettuessaan sosiaalista todellisuutta vastaan he tekevät mahdottoman muuttaen näin mahdollisen koordinaatteja. Kyse ei ole pelkästään hyvän tuolle puolen menemisestä vaan hyvän uudesta määrityksestä.[47]

Vastarinnan teossa lain järjestyksen imaginaarinen ommel ja saumaus ratkeaa. Psykoanalyyttinen tapa kohdata tapaukset Kansalainen Sade ja *Baise-moi* mahdollistavat myös valistuksen projektin ja siitä kohoavan modernin oikeusvaltion dekonstruktion sillä hetkellä, kun kyseisissä tapauksissa juridis-sosiaalisen representaation valmis ja yhtenäinen subjekti purkautuu ja rakentuu nautinnon, puutteen, epäyhtenäisyyden ja kiinnittämättömyyden subjektina. Psykoanalyysi on tässä mielessä vastarintaa sensuurille, joka pyrkii vakuuttamaan siitä, että yksilö perustuu tietoisuuden vankalle perustalle. Itse asiassa psykoanalyysi on vastarintaa egon vastarinnalle, joka pyrkii sensuroimaan egosentrisen yksilön jatkuvan dekonstruoitumisen puutteen merkitsemäksi subjektiksi.

Jos siis psykoanalyysi on vastarintaa valistuksen, kansallishumanismin ja oikeusvaltion totalisoivia piirteitä kohtaan, niin ne ovat vastaavasti vastarintaa psykoanalyysia vastaan. Pauvertin ja Pariisin alioikeuden tavoin Lacan katsoo, että Sade oli välttämättön edellytys Freudille ja psykoanalyysille, sillä hän eteni yhteiskunnan hyväksyttyjen arvojen tasolta ihmisyyden kätkettyihin syvyyksiin.[48] Viime kädessä tapaus Kansalainen Sade ja tapaus *Baise-moi* paljastavatkin sensuurin kohdistuvan psykoanalyysiin itseensä.

Sensuuri ilmenee aikanamme myös niissä puheenvuoroissa, joissa psykoanalyysin katsotaan tulleen loppuunsa ja joissa sen tilalle tarjotaan erilaisia ly-

---

[47] Žižek, *Did Somebody Say Totalitarianism?*, s. 167.

[48] Lacan, "Kant with Sade", s. 55.

hytterapian muotoja sekä täsmälääkkeitä. Vastaavalla tavalla rikollisen teko pyritään palauttamaan neurokemiallisiin prosesseihin tai erilaisiin riippuvuuksiin ja psyykkisiin ongelmiin, jotka voidaan hoidon kautta parantaa, jolloin hyvää tarkoittavasta rikosoikeudellisesta vastuusta vapauttamisesta tulee rikollisen vastuullisuuden ja teon *tekona* mitätöimistä. Tämä psykiatris-juridinen sensuroiva diskurssi pyrkii palauttamaan tiedostamattoman subjektin moninaisuuden hallittavissa ja hallinnoitavissa olevaksi kiinteäksi ja läpikotaisin tiedostavaksi egoksi, joka oman onnellisuutensa ja hyvinvointinsa turvaamiseksi suostutellaan sopeutumaan lain ja mielihyvän järjestykseen. Tämän sensuurin vaaroja ei voi vähätellä, sillä se pyrkii repressoimaan tiedostamattoman, joka on perustavalla tavalla eettinen, ja jonka liikkeitä olemme hahmotelleet tapauksissa Sade ja *Baise-moi*.

Väitän myös porvarillis-humanistisen sensuurin epäonnistuneen projektissaan. Tukea väitteelle löytyy Sloterdijkin analyysista, jonka mukaan Ranskan vallankumouksesta toisen maailmansodan päättymiseen kukoistanut kansallishumanismi, joka pyrki tuomaan ihmisen pois barbariasta ja luomaan lukeneiden yhteisön, on tullut loppuunsa. Näin koska se ei ole kyennyt hallitsemaan ihmisen raaistumistaipumusta, joka on aikanamme vain lisääntynyt niin todellisuudessa kuin massakulttuurissa. Tämä raaistuminen on aina alkanut suuresta vallan keskittymisestä, joka voi olla sotilaallista, imperiaalista, taloudellista, poliittista, jne. karkeutta tai ihmisen jokapäiväistä petomaisuutta median tarjoamassa kaikista estoista vapautuneessa viihteessä. Roomalaiset antoivat tämän mallin tulevalle eurooppalaisuudelle: kaikkialle tunkeutuva militaarisuus ja sirkuksen veriset näytännöt ovat toistuneet läpi Euroopan historian.[49] Kesyttävä ja jalostava sensuuri haluaa kyllä varjella meitä raaistavilta voimilta. Mutta liiallisessa varjelussaan se itse asiassa vain patoaa raaistavia voimia, jotka voivat sitten purkautua järjettömänä väkivaltana, hirmutekoina, terrorina, vainona ja kansanmurhana aivan kuten Sade Klossowskin mukaan pelkäsi. Siten humanismi ei kykene asettumaan tehokkaasti vastarintaan pahuutta vastaan, josta Ranskan vallankumouksen jälkeinen Euroopan historia itsessään on todiste. Humanismin käydessä loppuaan ei sen jatkajaa tule niinkään hakea laista ja kansallisvaltiollisesta demokratiasta vapautuneesta absoluuttisesta suvereniteetista, joka saa eri muotoja: Euroopan unioni, kansainvälinen kapitalismi, tietotekniikka, bioteknologia, globalisoituva riskien hallinta, vaan *psykoanalyysin imperatiivista*, joka velvoittaa subjektin kohtaamaan omat halunsa. Niiden tiedostaminen, läpikäyminen ja esilletuominen

[49] Sloterdijk väittää geeniteknologian vain jatkavan päätepisteeseensä tulleen humanismin tehtäviä. Sloterdijk, "Sääntöjä ihmistarhalle", s. 13–16.

yksilön partikulaarisella ja yhteiskunnan kollektiivisella tasolla saattaa nimittäin olla tehokkain vastarinta raaistavien voimien tuhoavia purkauksia vastaan.

10 Psykoanalyyttiseen lainoppiin

Päätän kirjoitukseni avaamalla sananvapauden ja sensuurin suhdetta määrittävän humanistisen etiikan rinnalle vastarinnan etiikan. Humanistisella etiikalla tarkoitan tässä sitä, mitä Lacanin mukaan moraalifilosofit (*éthiciens*) ovat aina antiikin kreikkalaisista lähtien harjoittaneet ilmaistessaan moraalin sääntöinä ja periaatteina. Tämä etiikka on ymmärrettävissä myös Sloterdijkin termein ihmistarhauksen sääntöjen muodostamisena. Filosofinen moraaliajattelu on perustunut mielihyvän ja objektin etsimiseen. Se on edennyt sellaisen hedonismin tiellä, joka on luonut vastaavuuden subjektin mielihyvän ja sen objektin välille. Objekti on tässä ajattelussa libidon luonnollinen kohde ja mielihyvä osa subjektin tavoittelemia hyviä, jopa suvereeni hyvä. Lacanille Aristoteles tarjoaa esimerkin tästä herruuden etiikasta, jossa mielihyvä kytketään nimenomaan hyvään.[50] Seminaarissaan halusta ja sen tulkinnasta Lacan nostaa esiin Spinozan, jota hän pitää Kantin ja Saden tavoin Freudin edeltäjänä. Spinoza kirjoittaa hyvin sadelaisesti *Etiikan* kolmannen kirjan lopussa: "Halu on ihmisen todellinen olemus".[51]

Lacan asettaa psykoanalyysin etiikan filosofis-normatiivista etiikkaa vastaan. Psykoanalyysin etiikan kysymys kuuluu: "Oletko toiminut sinussa olevan halun mukaisesti?" Jos filosofinen etiikka on kiinnostunut hyvästä, niin psykoanalyyttinen etiikka näkee hyvän halun tiellä olevaksi esteeksi. Jos edellinen on hyvien palveluksessa vaatien halujen lykkäämistä, niin jälkimmäinen vaatii niiden välitöntä kohtaamista.[52] Lacan kääntää Freudin kuuluisan eettiseen säännön "*Wo Es war, soll Ich werden*" seuraavasti: "missä se oli, siihen minun velvollisuuteni on tulla olemaan". Tässä säännössä perustava etiikan laki löytää tiensä tiedostamattoman repressoiduimpien ainesten ("missä se oli") ja kaikista puolustuksellisista tekijöistä vapaan subjektin ("siihen minun velvollisuuteni on tulla") välillä.[53] Miller muotoilee Lacanin asettaman psykoanalyysin kategorisen imperatiivin seuraavasti: "Puhu aina niin, ettei puhettasi määrää mikään sääntö".[54]

---

[50] Lacan, *Desire and Its Interpretation*, s. 4–5.

[51] Lacan, *Desire and Its Interpretation*, s. 5.

[52] Lacan, *The Ethics of Psychoanalysis*, s. 314.

[53] Lacan, *Ecrits*, s. 128. Tämä tarkoittaa myös sitä, että toisin kuin amerikkalaisessa ego-psykoanalyysissa lacanilaisen psykoanalyysin "päättyessä" egon suojavarustus ja narsististen illuusioiden linnake ja lasihäkki ovat murtuneet.

[54] Miller, "A Discussion of Lacan's 'Kant with Sade'", s. 223.

Tällaisen psykoanalyysin etiikan "perustuslain", joka voidaan rinnastaa nautinnon kategoriseen imperatiiviin, vakavasti ottaminen johtaisi sananvapauden ja sensuurin välisen suhteen uudelleen ajattelemiseen antiessentialistisesta ja antitotalisoivasta näkökulmasta. Psykoanalyyttinen lainoppi, joka ponnistaa tästä etiikasta, avaa kysymyksen perus- ja ihmisoikeuksista uudesta näkökulmasta, joka saattaa välttää oikeuksien legalisointiin liittyvät ongelmat. Nautintaoikeus, joka Saden ja *Baise-moin* psykoanalyyttis-juridisen tulkinnan kautta on tullut esiin, ei vain dekonstruoi oikeusjärjestyksen ja oikeussubjektin imaginääristä ykseyttä vaan tuo myös esiin subjektin oikeudellisen ja eettisen vastuun suhteessa toiseen ja Toiseen, mitä ei voi palauttaa oikeuksien ja velvollisuuden vastavuoroisuuteen.

Kirjallisuus

Adler, Amy M., "Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law". *The Yale Law Journal*, vol. 99, 1990, s. 1359–1378.

Bataille, Georges, *L'érotisme*. Minuit, Paris, 1982.

Bataille, Georges, "The Use Value of D.A.F. de Sade". *Visions of Excess: Selected Writings 1927–1939*. Käännös Allan Stoekl, Carl Lovitt ja Donald Leslie. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1985.

Blanchot, Maurice, *The Gaze of Orpheus*. Käännös Lydia Davis. Station Hill, New York, 1981.

Breillant, Catherine, "Excès de pouvoir...". *Liberation*, 5.7.2000, s. 32–33.

Burt, E.S., "An Immoderate Taste for Truth". *Diacritics*, vol. 27, 1997, s. 19–43.

Caudill, David S., "Law Does not Ignore the Bed" and Other Aphorisms. *International Journal for the Semiotics of Law. Special Issue: Law, Society and Lacan: Commentary on a Psychoanalytic Semiotics of Law*, vol. 13, 2000, s. 243–250.

Critchley, Simon, *Very Little... Almost Nothing. Death, Philosophy, Literature*. Routledge, London, 1997.

Despentes, Virginie, *Pane mua*. Suomennos Kristina Haataja. Like, Helsinki, 1999.

Despentes, Virginie, Production notes. Lehdistötiedote. Cinema Mondo, Helsinki, 2000.

Garçon, Maurice, *L'affaire Sade*. Pauvert, Paris, 1957.

Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991.

Kant, Immanuel, "Pahan ja hyvän periaatteiden rinnakkaisuudesta eli ihmisluonnon radikaalista pahuudesta". Suomennos Markku Lehtinen. *Nuori Voima*, no. 2, 2001, s. 12–17.

Klossowski, Pierre, *Sade My Neighbour*. Käännös Alphonso Lingis. Quartet Books, London, 1992.

Klossowski, Pierre, "The Marquis de Sade and the Revolution". Käännös Betsy Wing. Teoksessa Hollier, Dennis (toim.), *The College of Sociology*. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1988, s. 220–230.

Lacan, Jacques, *The Psychoses. Seminar III, Seminar, 1955–1956*. Käännös Russel Grigg. Routledge, London, 1993.

Lacan, Jacques, *Desire and Its Interpretation. Seminar VI, 1958–1959.* Käännös Cormac Gallagher. Julkaisematon, s. 4–5.

Lacan, Jacques, *The Ethics of Psychoanalysis. Seminar VII, 1959–1960.* Routledge, London, 1993.

Lacan, Jacques, *Four Fundamental Concepts of Psychoanalysis. Seminar XI, 1964.* Käännös Alan Sheridan. Norton, New York, 1977.

Lacan, Jacques, *Encore. Le séminaire XX, 1972–1973.* Seuil, Paris, 1975.

Lacan, Jacques, *Ecrits. A Selection.* Käännös Alan Sheridan. Tavistock, London, 1977.

Lacan, Jacques, "Kant with Sade". Käännös James B. Swenson, Jr. *October*, no. 51, 1989, s. 55–104.

Laclau, Ernesto ja Mouffe, Chantal, *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics.* Verso, London, 1985.

Miller, Jacques-Alain, "A Discussion of Lacan's 'Kant with Sade' ". Teoksessa Feldstein, Richard, Fink, Bruce ja Jaanus, Maire (toim.), *Reading Seminars I and II. Lacan's Return to Freud.* State University of New York Press, Albany, 1996, s. 211–237.

Rabaté, Jean-Michel, *Jacques Lacan. Psychoanalysis and the Subject of Literature.* Palgrave, Houndmills & New York, 2001.

Roustang, François, *Lacan, de l'équivoque à l'impasse.* Minuit, Paris, 1986.

Sade, Markiisi de, *La philosohie dans le boudoir.* Gallimard, Paris, 1976.

Sade, Markiisi de, *Historie de Juliette. Ouvres complètes 8.* Pauvert, Paris, 1987.

Sade, Markiisi de, *Justine. Hyveellisen neidon kovat kokemukset.* Suomennos Heikki Kaskimies. Gummerus, Helsinki, 1987.

Schroeder, Jeanne L., "The Hysterical Attorney. The Legal Advocate Within Lacanian Discourse Theory". *International Journal for the Semiotics of Law. Special Issue: Law, Society and Lacan: Commentary on a Psychoanalytic Semiotics of Law*, vol. 13, 2000, s. 181–213.

Seguret, Olivier, "Tous derriere 'Baise-moi' ". *Liberation*, 5.7.2000, s. 32.

Shepherdson, Charles, *Vital Signs: Nature, Culture, Psychoanalysis.* Routledge, London, 2000.

Sivenius, Hannu, "L'Effet C'Est Moi. Lacan ja minä". Teoksessa Niiniluoto, Ilkka & Stenman, Petri, *Minä.* Suomen filosofinen yhdistys, Helsinki, 1988, s. 197–244.

Sloterdijk, Peter, "Sääntöjä ihmistarhalle. Vastauskirjoitus Kirjeeseen 'humanismista' ". Suomennos Markku Lehtinen. *Nuori Voima*, no. 1, 2000, s. 7–16.

Žižek, Slavoj, *The Sublime Object of Ideology.* Verso, London, 1989.

Žižek, Slavoj, *Looking Awry. An Introduction to Jacques Lacan through Popular Culture.* The MIT Press, Cambridge, Mass., 1991.

Žižek, Slavoj, *For They Know Not What They Do: Enjoyment as a Political Factor.* Verso, London, 1991.

Žižek, Slavoj, *The Art of the Ridiculous Sublime. On David Lynch's Lost Highway.* Walter Chapin Simpson Center for the Humanities, University of Washington, Seattle, 2000.

Žižek, Slavoj, *Did Somebody Say Totalitarianism? Five Interventions in the (Mis)use of a Notion.* Verso, London, 2001.

Johanna Niemi-Kiesiläinen

5 Seksuaalirikosten muutokset ja sukupuolittunut subjekti

1 Johdanto*

Seksuaalirikosten sääntely heijastaa aikaansa ja vallitsevia käsityksiä seksuaalisuudesta, seksuaalisuuden sosiaalisesta merkityksestä, itsemääräämisoikeudesta, ihmisen suhteesta omaan kehoonsa ja sukupuolten välisistä suhteista (Niemi-Kiesiläinen 1998, 4–5). Käsitykset seksuaalisuuden sääntelemisen syistä ja tavoitteista muuttuvat yleensä hitaasti. Pohdin tässä artikkelissa sitä, millaisia käsityksiä seksuaalirikoksia koskeva lainsäädäntömme edustaa. Aiheen tekee ajankohtaiseksi vuoden 1999 alussa voimaan tullut rikoslain uudistus, jolla seksuaalirikoksia koskevat säännökset uudistettiin kokonaisuudessaan.[1]

Lainvalmistelutöissä otettiin selkeästi kantaa siihen, miten seksuaalirikosten suojaama oikeushyvä tulee ymmärtää. Seksuaalirikosten tavoitteena on suojata seksuaalista itsemääräämisoikeutta. Samalla todettiin, että lainsäädännöllä ei ole tarkoituksenmukaista ohjata tai suojata yleistä seksuaalimoraalia, mikä käsitys oli aikaisemmin ollut seksuaalirikosten sääntelyn taustalla. Uuden lainsäädännön tuli olla neutraalia sen suhteen, mil-

*Artikkelin aikaisempi versio Mitä seksuaalirikoslailla halutaan suojella? on ilmestynyt teoksessa Honkatukia, Niemi-Kiesiläinen & Näre, Lähentelyistä raiskauksiin. Tyttöjen kokemuksia häirinnästä ja seksuaalisesta väkivallasta. Nuorisotutkimusverkosto 13/2000. Kiitän professoreita Kevät Nousiainen ja Kimmo Nuotio sekä OTL Kaijus Ervastia sekä tutkimushankkeen Violence in the Shadow of Equality tutkijoita kommenteista ja kritiikistä. Vastuu esittämistäni tulkinnoista on kuitenkin yksin minun. Kevät Nousiaista kiitän myös siitä, että hänen toistaiseksi julkaisematon käsikirjoituksensa Väkivalta ja naisminä on osaltaan johdattanut minut pohtimaan seksuaalirikoksia artikkelin lopussa esitellyistä näkökulmista.

[1] Rikoslain (RL) 20 luku Seksuaalirikokset (24.7.1998/563). Jatkossa lyhenteellä RL (ilman vuosilukua) viittaan voimassa olevaan rikoslain 20 lukuun. Aikaisempiin ja nyttemmin kumottuihin rikoslain säännöksiin viitatessani mainitsen vuosiluvun.

laisen ilmauksen ihmiset haluavat seksuaalisuudelleen antaa. Samoin sen tuli olla sukupuolineutraalia.

Tarkastellessani uuden lainsäädännön yksityiskohtia sen sukupuolineutraali lähtökohta alkoi vaikuttaa enenevässä määrin ongelmalliselta (Niemi-Kiesiläinen 1998). Tässä artikkelissa pohdin lainsäädännön liberaalia ihmiskuvaa ja sen käsitystä seksuaalisuudesta ja sen sääntelystä esimerkkien valossa. Omaksuttu liberaali lähtökohta näyttää rajaavan keskustelua seksuaalisuuden sääntelystä tavalla, joka tekee keskustelun monista keskeisistä sääntelyn alueista, esimerkiksi prostituutiosta ja seksuaalisesta häirinnästä, yksipuoliseksi ja rajoittuneeksi. Nämä esimerkit korostavat sitä, että seksuaalisuudella on sosiaalinen ja taloudellinen kontekstinsa, joka jää liberalistisista lähtökohdista käytävän keskustelun ulkopuolelle.

Havainnollistaakseni sitä, miten eri tavoin seksuaalisuuden sääntelyyn on voitu suhtautua ja miten sääntelyn taustalla olevat käsitykset heijastuvat itse lainsäädäntöön, aloitan tarkastelun historiallisella katsauksella seksuaalilainsäädännön kehitykseen.

Keskustelu siitä, millaista käsitystä seksuaalisuudesta ja subjektiviteetista seksuaalirikoksia koskevat säännökset heijastavat, on yleensä käyty keskeisimmän eli raiskausrikoksen tiimoilta (Naffine 1997, 99; Andersson 2001). Muuttuvat käsitykset ovat heijastuneet myös raiskaussäännöksiin. Kuitenkin raiskaus on aina ollut erittäin ankarasti rangaistu rikos, josta vuoteen 1779 asti oli säädetty kuolemanrangaistus. Tässä artikkelissa tarkastelen myös muita seksuaalirikoksia koskevia säännöksiä, erityisesti nuorten suojelua, avioliiton ulkopuolisen seksuaalisen kanssakäymisen sääntelyä ja prostituutiota, joiden sääntelyyn muutokset taustalla olevissa käsityksissä ovat vaikuttaneet voimakkaammin.

Sääntelyn taustalta voidaan erottaa se arvokokonaisuus, jota sääntelyllä pääasiallisesti on suojattu, ja yksinkertaisuuden vuoksi käytän siitä oikeushyvän käsitettä. Jaan kehityksen (1) sukuyhteisön oikeuteen, jossa ensisijaisena suojelutavoitteena voidaan pitää sukujen välisiin omaisuusjärjestelyihin ja naisen reproduktiiviseen kykyyn liittyviä taloudellisia arvoja, (2) kirkon ajaman absoluuttisen seksuaalimoraalin kauteen, jossa pyrittiin rajoittamaan seksuaalinen kanssakäyminen avioliittoon, ja (3) 1800-luvun seksuaalimoraalin kauteen, jolloin avioliiton suojelu oli edelleen tärkeää, mutta tosiasiassa sääntely ylläpiti kaksinaismoralistista järjestelmää. Viime vuosisadalla yhtenäisen seksuaalimoraalin korostaminen tarve on vähin erin väistynyt, mikä heijastuu sekä vuosisadan alkupuolen osittaisuudistuksissa että myöhemmissä kokonaisuudistuksissa

(1971 ja 1998) ja seksuaalirikossäännösten päätavoitteeksi on noussut (4) liberaali seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojaaminen. Konkreettisiin lakeihin sisältyy usein aineksia eri aikakausilta, ja niillä pyritään suojamaan erilaisiakin arvoja. Kuitenkin keskeisiä tarkastelun kohteena olevia säännöksiä voidaan jäsentää yllättävänkin yhtenäisten arvoperustojen kautta, ja muutos arvoperustassa heijastuu säännöksiin.

Artikkelin keskeiset tulokset on koottu taulukkoon 1. Taulukossa seksuaalirikoksia koskevan ideologian kehitystä tarkastellaan kolmen mallin avulla. Niistä arkaainen sääntelymalli liittyy sukuyhteisön oikeuteen (edellä 1), perinteisen sääntelyn malli kuvaa absoluuttisen seksuaalimoraalin kautta (edellä 2 ja 3) ja moderni sääntely liberaalia oikeutta, joka viittaa 1900-luvulla toteutettuihin uudistuksiin ja siis nykyisin voimassa olevaan lainsäädäntöön. Neljäs malli jäsentää seksuaalirikoksia artikkelin lopussa ehdotetusta uudesta tarkastelukulmasta, jossa seksuaalisen itsemääräämisoikeuden rinnalle nostetaan seksuaalisuus ja sukupuoli suhteena, ei pelkästään kategoriana. Tämä antaa uusia välineitä seksuaalirikosten sääntelyn ymmärtämiseen. Tarkasteltaessa seksuaalisuutta suhteena voidaan käsitteellistää seksuaalirikoksiin liittyvä vallankäyttöulottuvuus. Sitä kautta voidaan myös ottaa paremmin huomioon uhrin asema. Uhrin suojelun tarvetta on arvioitava suhteessa muihin, erityisesti tekijään.

Taulukko 1: Seksuaalirikossäännösten taustaideologia ja suojeluobjekti.

	ARKAAINEN	PERINTEINEN	MODERNI	POSTMODERNI
Ideologia	sukuyhteisö	patriarkaatti	liberaali individualismi	yhteisöllisyys, feminismi
Oikeushyvä	omaisuus	seksuaali-moraali	seksuaalinen itsemääräämis-oikeus	turvallisuus, integriteetti
Subjekti	suku	mies	tekijä	tekijä, uhri
Seksuaalisuus	omaisuus	status	teko	suhde
Konteksti	suku	avioliitto	yksilön vapaus	vallankäyttö

2 Seksuaalirikosten sääntely sukuyhteisössä

Sukuyhteisöissä seksuaalisten suhteiden sääntely liittyi suurelta osin sukujen välisten taloudellisten suhteiden järjestelyyn. Avioliittojen kautta omaisuus ja työvoima siirtyivät suvulta toiselle (Pylkkänen 1990, 91). Avioliiton omaisuusjärjestelyillä saattoi olla osittain sosiaaliturvan luonne. Avioliitossa vastuu tyttärestä siirtyi miehen suvulle. Joskus tyttären taloudellista asemaa haluttiin suojata miehen kuoleman varalta esimerkiksi huomenlahjalla (Ylikangas 1967a ja 1967b, 183). Seksuaalisuutta koskevan sääntelyn tärkeä tavoite oli turvata lasten aviollinen syntyperä.

Seksuaalisuutta koskeva sääntely tapahtui pääasiassa avioliiton solmimista ja aviovarallisuutta koskevien säännösten kautta. Rikosoikeudella oli vähäisempi merkitys (Aalto 1996, 92). Kuitenkin neidonloukkaussäännöstö oli keskeinen rikosoikeudellinen instituutio, jolla suojattiin naittajan valtaa. Neidonloukkaukseen syyllistyi mies, joka vastoin naittajan mielipidettä houkutteli neidon esiaviolliseen suhteeseen. Kristofferin maanlain (1442) Naimiskaaren (NK 3.1) mukaan:

> Joka viettelee ja makaa miehen tyttären, ja tämä on neito ja miehen laillisesta aviosta, maksakoon sakkoa neljäkymmentä markkaa kolmijakoon isälle, kuninkaalle ja kihlakunnalle; mutta jos hän ottaa naisen aviovaimokseen, olkoot hänen kolmijakoon menevät sakkonsa puolta pienemmät. Jos nainen on avioton lapsi ja neito, maksakoon se, joka hänet vietteli, sakkoa kaksikymmentä markkaa. Jos mies ottaa hänet aviovaimokseen, jääköön rankaisematta.

Naimiskaaressa oli myös säännelty naittajainstituutio, jonka mukaan neidon naittamisesta olivat vastuussa miespuoliset sukulaiset (NK 1.1; Ylikangas 1967b, 53). He myös olivat neidonloukkauksessa se osapuoli, jonka oikeutta oli loukattu. Naista ei suhteesta rangaistu (Pylkkänen 1990, 83, 105, Aalto 1996, 91).

Sukuyhteisössä avioitumista tarkasteltiin lähinnä sukujen välisenä sopimuksena. Eroa muodollisen avioliiton ja tosiasiallisen yhteiselämän välillä ei tehty samoilla kriteereillä kuin myöhempinä vuosisatoina. Niinpä neidonloukkauksenkin rankaisemisessa oleellista oli se, oliko makaaminen tapahtunut suvun tosiasiallisella suostumuksella. Avioliitto joko poisti rangaistavuuden kokonaan tai ainakin oleellisesti lievensi rangaistusta. Esiaviolliset suhteet olivat yleisiä ja niitä säänneltiin yhteisön tapaoikeudessa. Suhteen tavoitteena tuli olla avioliiton solmiminen, sen tuli olla suvun hyväksymä ja ainakaan naisella ei saanut olla muita kumppaneita (Aalto

1996, 36, 189). Sääntelyllä pyrittiin varmistamaan naittajan valtaa ja syntyvän lapsen isyys ja elatus (Aalto 1996, 184–186). Tähän liittyi myös kihlauksen suhteellisen yksityiskohtainen sääntely.

Vastaavasti oli tärkeää varmistaa avioliitossa syntyvän lapsen isyys. Näin ollen naisen avioliiton ulkopuolisten suhteiden estäminen oli tärkeää. Vaimon uskottomuus oli rangaistavaa (Magnus Erikssonin kaupunginlaki; Utriainen 1994, 124) tai hän ainakin menetti huomenlahjansa ja kaikki avioliittoon liittyvät taloudelliset edut, jotka annettiin hänen miehelleen (Kristofferin maanlain (1442) NK 11).

Miehen avioliiton ulkopuolisia suhteita ei tapaoikeudessa, maakuntalaeissa eikä maanlaeissa kielletty. Historiantutkijoiden mukaan ne ovat olleet varsin yleisiä. Varakkailla isännillä oli tapana maata piikojen, palvelijoiden ja köyhien naisten kanssa tai solmia pitkäaikaisempi suhde ns. jalkavaimon kanssa (Aalto 1996, 181).

Sukuyhteisön seksuaalisuuden sääntely oli miesten oikeutta. Monet tutkijat käsittelevät tämän aikakauden sukupuolijärjestelmää omistusoikeuden käsitteen avulla (taulukko 1). Paitsi että rikoksentekijät olivat eksplisiittisesti miehiä, myös suojelu kohdistui miehiin naisen seksuaalisuuden omistajina (Brownmiller 1975). Raiskausrikos kohdistui aviomieheen tai naittajaan (Utriainen 1994, 124). Rangaistavuuden tärkeä kriteeri oli naisen status eli arvo, asema ja siveellisyys (neidot ja aviovaimot ovat arvokkaampaa omaisuutta kuin muut naiset). Edellä siteeratun Naimakaaren säännöksen mukaan erottelu tehtiin sen mukaan, oliko nainen aviollista vai aviotonta syntyperää. Jotta nainen voi saada rikosoikeudellista suojaa, hänen täytyi olla jonkun miehen – naittajan tai aviomiehen – suojelun alainen. Suojelu oli sitä tehokkaampaa, mitä vahvemmassa yhteiskunnallisessa asemassa suku oli. Alempiin kansanosiin kuuluva tai yksinäinen nainen ei voinut käytännössä odottaa rikoslailta kovinkaan tehokasta suojaa. Sekä käytännössä että lain mukaan (miehen huoruus ei ollut kiellettyä) alhaisessa sosiaalisessa asemassa olleet naiset olivat jokseenkin suojattomia isäntänsä seksuaalista lähentelyä ja hyväksikäyttöä vastaan.

3 Kirkon taistelu seksuaalimoraalista

Keskusvallan synty, kirkon vaikutusvallan kasvu ja uskonpuhdistus antoivat leimaa 1500- ja 1600-lukujen kehitykselle Ruotsi-Suomessa. Seksuaalitapojen ja lainsäädännön kehityksessä noita vuosisatoja kuvataan kirkon ja talonpoikaisyhteisön väliseksi valtataisteluksi. Kirkko pyrki vakiinnut-

tamaan seksuaalimoraalia, jonka mukaan seksuaalinen kanssakäyminen kuului vain kirkon siunaamaan avioliittoon (taulukko 1, Perinteinen sääntelymalli). Maallinen keskusvalta puolestaan pyrki saamaan seksuaalirikosten käsittelyn maallisiin tuomioistuimiin, pois kirkon tuomiovallasta ja pois talonpoikaisyhteisön omasta kontrollista. Talonpoikaisyhteisö ei ollut halukas muuttamaan perinnäisiä tapojaan ja suvaitseva suhtautuminen varsinkin esiaviollisiin suhteisiin jatkui erityisesti maaseudulla pitkään (Aalto 1996, Nieminen 1951, 76).

Kirkon seksuaalimoraalin toteuttamisessa oli kaksi keskeistä juonnetta: Salavuoteuden eli naimattomien miehen ja naisen välisen seksuaalisuhteen sekä huoruuden eli avioliiton ulkopuolisten suhteiden kieltäminen. Kumpikin tavoite toteutui eri säännöksillä 1500- ja 1600-lukujen aikana ja sääntely vakiintui vuoden 1734 laissa.

Salavuoteus oli aikaisemmin ollut vain miehen osalta rangaistavaa neidonloukkauksena. Useilla eri määräyksillä ja kuninkaallisilla selityksillä se vähitellen tuli rangaistavaksi myös naisen osalta (Nieminen 1951, 78–81). Sakko oli naiselle kuitenkin alhaisempi kuin miehelle, yleensä puolet miehen sakosta (vuoden 1734 lain Rikoskaari 53.1). Sakot salavuoteudesta olivat korkeita. Sakon maksamiseen saattoi mennä rengin tai piian vuosipalkka, ja köyhät naiset joutuivat usein sovittamaan rikoksensa häpeärangaistuksena (Aalto 1996, 121–123, Telste 1994, 135).

Huoruuden kriminalisointi toteutui nopeammin ja tehokkaammin. Erityisesti vetoaminen Mooseksen lakiin 1500-luvun puolessa välissä oli omiaan muuttamaan suhtautumista huoruuteen. Aikaisemmin rankaisemattomasta teosta tuli mitä vakavin rikos, josta rangaistiin jopa kuolemalla (Aalto 1996, 95–97, 103). Vielä vuoden 1734 laissa kaksinkertaisesta huoruudesta (molemmat osapuolet naimisissa, mutta eivät keskenään) oli rangaistuksena kuolema. Käytännössä rangaistukset olivat lievempiä (Aalto 1996, 99–101).

Raiskaus oli erittäin ankarasti rangaistu rikos. Siitä voi seurata kuolemanrangaistus (1734 vuoden lain Rikoskaaren Naisrauharikos XXII:1–3). Käytännössä rangaistusvastuun toteutumista rajoittivat todisteluvaikeudet. Ensinnäkin naisen edellytettiin ilmoittavan rikoksesta heti ja nostavan kanteen seuraavilla käräjillä. Toiseksi rikoksen todistamiseksi edellytettiin jonkun vahvistavan valalla naisen väitteen. Vaatimus oli johdonmukainen aikakauden legaalisen todistusteorian kanssa, mutta käytännössä se teki raiskauksen toteennäyttämisen äärimmäisen vaikeaksi.

Vuoden 1734 laissa kirkko oli suurelta osin saavuttanut tavoitteenaan

olleen absoluuttisen seksuaalimoraalin. Käytännössä absoluuttista seksuaalimoraalia ei koskaan pystytty toteuttamaan, vaan esiaviollisten suhteiden yhteisöllinen sääntely jatkui vielä seuraavillakin vuosisadoilla. Vaikka seksuaalimoraalin kohottaminen oli kirkon keskeinen tavoite, säännöksissä tapahtunutta muutosta voi tarkastella muistakin näkökulmista. Sekä sukuyhteisön oikeuden että kirkon moraaliopin tavoitteena oli säännellä suhteista syntyneiden lasten asemaa ja elatusta. Sukuyhteisön keinoin pystyttiin ohjaamaan korkeasukuisten nuorten keskinäisiä suhteita ja naimakauppoja. Sen sijaan alempiin sosiaaliryhmiin kuuluvien naisten aviottomien lasten ongelmaan sääntely tuskin tarjosi ratkaisua. Ilmeisesti myös miesten osallistuminen 1600-luvun sotiin oli vielä omiaan kasvattamaan aviottomien lasten ongelman mittasuhteita. Näiden lasten isät olivat usein naimisissa ja yleensä sosiaalisesti aviottomia äitejä korkeammassa asemassa. Kirkon yritystä saada nämä suhteet kuriin ja niihin liittyvät elatukset järjestykseen huoruusrikoksen ankaran kohtelun avulla voidaan pitää varsin radikaalina tavoitteena. Ajatus siitä, että molempien sukupuolten huoruusrikokseen tulee suhtautua samalla tavalla kohtasikin vastustusta.

Naisten aseman kannalta uusi sääntely ei ollut vailla ongelmia ja usein se merkitsi kontrollin kovenemista. Sukuyhteisön oikeus perustui siihen, että suku suojeli naista. Suvun suojelu heikkeni keskusvallan kontrollin kasvaessa. Naisen rankaisemista laittomasta suhteesta ei oltu aikaisemmin pidetty senkään vuoksi välttämättömänä, että suhde tuli hänen osaltaan julki raskauden perusteella. Lapsenmurhan kriminalisointi oli tässä suhteessa tärkeä naisten moraalia kontrolloiva säännös (Pylkkänen 1990, 108, Telste 1994, 128). Kuten Aalto (1996, 105) on todennut, erityisesti ankaroitui sellaisen naimattoman naisen kohtelu, joka oli ollut sukupuolisuhteessa naimisissa olleen miehen kanssa. Aikaisemman sääntelyn mukaan nainen – tai oikeammin hänen naittajansa – oli neidonloukkausrikoksen asianomistaja. Uuden sääntelyn mukaan nainen syyllistyi yksinkertaiseen huoruuteen, ankarasti rangaistavaan rikokseen.

4 Seksuaalimoraalin varjelu 1800-luvulla

Valistuksen ajatukset uudenlaisesta rikosoikeudesta saivat jalansijaa Ruotsi-Suomen rikosoikeudessa Kustaa III:n valtakaudella. Rangaistusten lieveneminen näkyi ensiksi oikeuskäytännössä, jossa ylemmät oikeusasteet systemaattisesti lievensivät alempien tuomioistuimien tuomitsemia kuoleman-

rangaistuksia (Anners 1965, 150). Kustaa III:n toimesta vuonna 1779 poistettiin kuolemanrangaistus mm. raiskauksesta, kaksinnaimisesta ja huoruudesta. Eniten keskustelua käytiin lapsenmurhan rankaisemisesta johtuen aviottomien lasten ja lastenmurhien määrän kasvusta. Yhteiskunta oli muuttunut. Kirkon suhtautuminen aviottomia äitejä kohtaan kuitenkin pysyi ankarana, mitä pidettiin merkittävänä syynä lapsenmurhan yleistymiseen. Kuolemanrangaistusta lapsenmurhasta ei kuitenkaan 1779 poistettu, mutta sen käyttö rajoitettiin tapauksiin, joissa tahallisuus oli näytetty toteen (Anners 1965, 1, 166, Blomstedt 1964).

Suomessa lainsäädäntötyö tunnetusti keskeytyi useaksi vuosikymmeneksi ja vuoden 1734 lain säännökset olivat pääosin muuttumattomina voimassa vuoden 1889 rikoslain voimaan tuloon asti. Vuoden 1889 rikoslaissa rangaistuksia mm. seksuaalirikoksista lievennettiin merkittävästi.

Seksuaalirikosten sääntelyä ohjasi 1800-luvulla absoluuttiseksi luonnehdittu käsitys seksuaalimoraalista. Sen mukaan seksuaalinen kanssakäyminen kuului vain avioliittoon, jossa seksuaalinen kanssakäyminen lisääntymistarkoituksessa oli puolisoiden velvollisuus. Aviovaimon katsottiin antaneen pysyvän suostumuksen sukupuoliyhteyteen miehensä kanssa eikä raiskauksen avioliitossa siten voitu ajatella olevan rikollinen teko.[2]

Absoluuttisen seksuaalimoraalin sääntelyn painopiste muuttui vuoden 1889 rikoslaissa. Avioliiton ulkopuolisten suhteiden sääntelyn rinnalla korostui seksuaalisuuden toteuttamistapojen sääntely.

Salavuoteuden dekriminalisoinnista naisen osalta, kuten Ruotsissa oli tapahtunut jo vuonna 1810, keskusteltiin lain säätämisvaiheissa, mutta hieman ristiriitaisin perustein sitä ei katsottu voitavan toteuttaa. Toisaalta dekriminalisoinnin ajateltiin kiistävän käsityksen naisen vapaasta tahdosta, toisaalta sen säilyttämistä pidettiin välttämättömänä, koska perheen säädyllisyys riippui naisesta ja yhteiskunnan hyvinvointi taas perheestä (Forsman II 1917, 50). Naisella siis katsottiin olevan vapaa tahto, jota hänellä oli oikeus käyttää niin kauan kuin hän käytti sitä perheen ja yhteiskunnan edun mukaisesti.

Salavuoteus siis pysyi rangaistavana (1889 RL 20:9). Avioliiton merkitys korostui edelleen siinä, että rangaistukselta saattoi välttyä siten, että

---

[2] Aviovaimon raiskauksen kriminalisoimatta jättäminen tapahtui lakiteknisesti hyvin elegantisti: Alunperin säännöksessä puhuttiin pakottamisesta salavuoteuteen (1889 RL 25:4). Myöhemminkin rangaistavaa oli naisen pakottaminen *luvattomaan* sekaannukseen, jota seksuaalinen kanssakäyminen avioliitossa ei tietenkään ollut.

teon osapuolet avioituivat keskenään. Salavuoteutta ankarammin rangaistavaa oli huoruus. Yksinkertaisessa huoruudessa (toinen osapuolista naimisissa) kumpikin osallisista syyllistyi rikokseen. Ankarammin rangaistiin kaksinkertainen huoruus eli tilanne, jossa molemmat olivat naimisissa, mutta eivät keskenään (1889 RL 19:1–2). Absoluuttisen seksuaalimoraalin otteen heikkenemistä osoittanee puolestaan se, että rangaistukset olivat aikaisempaan verrattuna lieviä (maksimi vuosi vankeutta).

Aikakauden seksuaalimoraali edellytti, että muut seksuaalisuuden ilmentymät kuin parisuhteeseen kuuluva heteroseksuaalisuus tuomittiin. Vuoden 1889 rikoslain 20 luku Luvattomasta sekaannuksesta ja muusta haureudesta sisälsi yksityiskohtaiset säännökset, joissa tätä periaatetta korostettiin erilaisten seksuaalisuuden ilmenemismuotojen kohdalla. Luku sisälsi useita säännöksiä siitä, keiden lähisukulaisten välinen seksuaalisuus oli kiellettyä ja kuinka ankarasti mistäkin suhteesta tuli rangaista. Homoseksuaaliset suhteet ja eläimiin sekaantuminen olivat rangaistavia tekoja.

Periaatteessa siis edelleen kannatettiin absoluuttista seksuaalimoraalia, jonka mukaan sallittua on vain aviollinen heteroseksi. Käytännössä kaupungeissa noudatettiin kaksoisstandardia, jonka mukaan miesten ja naisten seksuaalisuutta sääntelivät erilaiset sosiaaliset normit. Miesten esiaviollisia ja avioliiton ulkopuolisia suhteita suvaittiin, mutta naisilta edellytettiin esiaviollista pidättyvyyttä ja avioliitossa uskollisuutta. Tämä yhtälö ei tietenkään ole mahdollinen, vaan se edellyttää naisten jakautuvan kahdenlaisiin naisiin, siveellisiin ja langenneisiin (Nieminen 1951, 91).

Vaikka vuoden 1889 rikoslainsäännökset olivat suurelta osin sukupuolineutraaleja, kaksinaismoralistinen asennoituminen tulee säännöksissä yllättävänkin selvästi esiin. Eräät säännökset nimittäin asettavat eksplisiittisesti erilaisia standardeja naisille ja miehille tai hyville ja huonoille naisille. Sääntelyn kohteena on naisen seksuaalisuus ja oleellista on naisen status aviovaimona tai naimakelpoisena tyttärenä erotukseksi langenneisiin naisiin. Myös sinänsä sukupuolineutraalit säännökset kohdistuivat eri tavoin naisiin ja miehiin erilaisen sosiaalisen aseman ja sosiaalisten normien vuoksi.

Jako kahdenlaisiin naisiin tulee esiin muun muassa raiskaussäännöksen tulkinnassa. Varhaisessa ruotsalaisessa oikeustieteessä oli esitetty käsitys, jonka mukaan kunniansa jo menettäneen naisen raiskauksesta ei voitaisi tuomita väkisinmakaamissäännöksen nojalla. Tästä käsityksestä oli oikeustieteessä luovuttu, mutta vielä 1900-luvulla on katsottu, että väkisinmaatun naisen laatu luonnollisesti vaikuttaa rangaistuksen mittaamiseen (Fors-

man I 1917, 121–122, 124). Piilorikollisuus ilmeisesti oli suurta, seksuaalirikokset kohdistuivat alempien yhteiskuntaluokkien naisiin kuin mistä tekijät valikoituivat, ja esimerkiksi isäntien ja sukulaismiesten piikatyttöihin kohdistuneet rikokset eivät ylipäänsä johtaneet käräjille (Aalto 1998).

Kaksinaismoraali käytännöllisesti katsoen edellytti institutionalisoitua prostituutiota (Häkkinen 1995, 226 yhdistää prostituution mm. ankaraan seksuaalimoraaliin). Prostituutio oli nimenomaisesti kielletty (1889 RL 20:9). Rangaistavaa oli nimenomaan naisen prostituutio, miehen vastaavaa toimintaa ei osattu kaiketi edes kuvitella. Sitä vastoin useat säännökset sisälsivät rangaistuksia niiden tilanteiden varalle, joissa joku syyllistyi naisen tai tytön houkuttelemiseen, viettelemiseen tai pakottamiseen prostituutioon tai vastaavaan haureuteen (1889 RL 20:10–11, 25:7–8). Asiakkuuden kieltävää säännöstä rikoslakiin ei sisältynyt, mutta asiakkaan teko täytti joko salavuoteus- tai huoruusrikoksen tunnusmerkistön. Käytännössä asiakkaita ei rangaistu (Häkkinen 1995, 101–103).

Prostituutio oli 1800-luvulla kaupunkien seksuaalikulttuuria oleellisesti määrittävä tekijä. Eri muotoinen prostituutio (bordellit, kaduilla liikkuvat prostituoidut ja ylläpidetyt naiset) oli yleistä. Eri yhteiskuntaluokkien miehillä, erityisesti kuitenkin opiskelijoilla ja ylemmän luokan miehillä, oli kokemuksia asiakkuudesta (Häkkinen 1995, 78–85). Prostituutiota myös säänneltiin hallinnollisin määräyksin, ja 1800-luvun puolesta välistä alkaen ammatinharjoittajilta edellytettiin lupakirjoja ja säännöllisiä terveystarkastuksia (Häkkinen 1995, 163–166, Järvinen 1990, 71). Kontrolli kohdistui prostituoituihin, ei juurikaan asiakkaisiin (Rossi 1993, 93). Tavoitteet liittyivät terveydenhoitoon eli sukupuolitautien leviämisen estämiseen pikemminkin kuin moraalin ylläpitoon (Forsman II 73, Häkkinen 1995, 166, Järvinen 1990, 72), ja sairastuneet prostituoidut joutuivat pakkohoitoon.

Kaksinaismoraali, joka asettaa miehille ja naisille erilaiset standardit ja kohdistuu eri tavoin hyviin ja huonoihin naisiin, heijastui myös suojaikärajasäännöksiin. Suojaikärajojen säätäminen oli uutta. Aikaisemmin sukupuoliyhteys alle 12-vuotiaan kanssa rangaistiin raiskauksena (1734 vuoden laki XXII:1,1). Raiskaus oli sekä vuoden 1734 lain että vuoden 1889 rikoslain mukaan rauhanrikos. Edellisessä siitä säädettiin Naisrauhaa koskevassa XXII luvussa ja jälkimmäisessä 25 luvussa Rikoksista toisen vapautta vastaan. Rikoslaissa suojaikärajoja ei säädelty osana raiskausrikosta, vaan alaikäiseen sekaantuminen kuului siveettömiä tekoja koskeneeseen 20 lukuun Luvattomasta sekaannuksesta ja muusta haureudesta. Rangaistukset olivat myös lievempiä.

Absoluuttinen suojaikäraja oli vuoden 1889 rikoslainkin mukaan 12 vuotta. Sen lisäksi lakiin tuli kaksi uutta ikärajaa, 15 ja 17 vuotta. Näiden ikärajojen mukaan tyttöä suojattiin sillä edellytyksellä, että häntä ei ollut aikaisemmin maattu (1889 RL 20:7). Kun tytöllä oli seksuaalinen kokemus, ja hän oli näin siirtynyt pois siveellisyyden tieltä, ei siveellisyyttä (lue neitsyyttä) enää hänen kohdallaan voitu suojata. Sen sijaan hän kyllä saattoi joutua vastuuseen prostituutiosta, joka tässä tilanteessa saattoikin osoittautua ainoaksi tavaksi hankkia elanto. Suojaikärajojen säätämisen tavoitteena oli epäilemättä nuorten suojeleminen (Utriainen 1994, 126–127), mutta tyttöjen luokitteleminen suojaa ansaitseviin ja langenneisiin on meidän näkökulmastamme häkellyttävän suoraviivaista.

Myös muodollisesti sukupuolineutraalit huoruus- ja salavuoteussäännökset vahvistivat käytännössä kaksinaismoraalia, sillä näistä rikoksista jäätiin kiinni vain raskauden ilmetessä. Salavuoteussäännösten yksi tavoite olikin saattaa vastuuseen mies, joka ei vastuutaan tunnustanut. Käytännössä kontrolli kohdistui naisiin, kuten tuli esiin keskustelussa salavuoteuden dekriminalisoinnista naisten osalta. Forsmanin mukaan syytteeseen salavuoteudesta joutuivat käytännössä hädänalaisessa asemassa olevat naiset, jotka joutuivat tuomioistuinteitse vaatimaan lapsen isältä elatusmaksuja. Mm. Forsman piti tällaista lisärangaistusta kohtuuttomana.[3]

Huoruusrikoksella suojeltiin avioliittoa. Vaikka säännös oli olemassa yleisen edun vuoksi, huoruus oli asianomistajarikos. Puolisolle haluttiin tarjota mahdollisuus antaa anteeksi ja pelastaa näin avioliitto (Forsman II 1917, 37–39, Alamaiset ehdotukset 1884, 176). Säännös oli sukupuolineutraali, mutta sen merkitys vaimolle ja miehelle oli luonnollisesti aivan erilainen yhteiskunnassa, jossa taloudelliset oikeudet olivat miehellä ja jossa miehen avioliiton ulkopuolisia suhteita suvaittiin. Erityisen kovalta huorin tehnyttä naista kohtaan vaikuttaa säännös, jonka mukaan huoruus tuli yleisen syytteen alaiseksi, jos teko oli johtanut avioeroon. Jos siis aviomies hylkäsi naisen, yleinen syyttäjä huolehti siitä, että asiasta seurasi myös julkinen tuomio.

---

[3] Forsman II 1917, 49. Rikoslakiehdotusta tarkastanut komitea esitti salavuoteusrikoksen kumoamista kokonaan (Alamaiset ehdotukset 1884, 177). Tällöin Forsman kannatti dekriminalisointia vain ensikertalaisen naisen osalta, joka "useammasti on viettelijän viettelemä" Eriävä mielipide, Alamaiset ehdotukset 1884, 207. Valtiopäiville annettuun ehdotukseen kaikki salavuoteustapaukset kattava kriminalisointi sisältyi ja se hyväksyttiin.

Yleinen seksuaalimoraalin suojelu osoittautui pitkälti järjestelmäksi, jolla kontrolloitiin naisen seksuaalisuutta ikäraja-, prostituutio-, huoruus- ja salavuoteussäännösten avulla. Miehen seksuaalisuuteen ei joko haluttu kohdistaa kontrollia (asiakkuutta ei haluttu kriminalisoida, ikärajat eivät koskeneet miehiä) tai sitten säännöksiä ei käytännössä sovellettu miesten kohdalla (huoruus ja salavuoteus). Sen sijaan miesten toimintaan naisten prostituution organisaattoreina kohdistui rikosoikeudellista kontrollia. Järjestelmä perustuu siihen, että on olemassa kahdenlaisia naisia: Kunniallisia naisia suojeltiin avioliiton kautta tai siveellisinä naimakelpoisina tyttärinä – neidonloukkaus-tyyppinen viettelysäännös säilyi vielä vuoden 1889 rikoslaissa (1889 RL 25:8). Langenneiden naisten taas ei juuri kannattanut odottaa rikoslailta suojelua. Sen sijaan he saattoivat joutua vastuuseen prostituutiosta.

5 Seksuaalinen itsemääräämisoikeus

Absoluuttisesta sukupuolimoraalista on vähin erin luovuttu viime vuosisadalla. Salavuoteus dekriminalisoitiin vuonna 1926 (5.2.1926/24) ja huoruus vuonna 1948 (23.9.1948/683). Seksuaalirikossäännösten kokonaisuudistus sai kuitenkin odottaa vuoteen 1971 (15.1.1971/16), jolloin elettiin seksuaalisen vapautumisen aikaa. Lain uudistamisen tavoitteeksi asetettiin yksilön oikeusturva (HE 52/1970, 1) ja seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojaaminen (LaVM 11/1970, 2). Rikoslainsäädännöllä ei enää katsottu voitavan ohjata sukupuolimoraalia (HE 52/1970, 1).

Aika ei kuitenkaan ollut poliittisesti kypsä näin radikaaliin uudistukseen. Eduskunta halusi edelleen korostaa avioliiton merkitystä seksuaalisuuden tyyssijana, mikä ilmeni siten, että aviovaimon väkisinmakaaminen säilyi edelleen kriminalisoinnin ulkopuolella.[4] Vaimolle annettiin seksuaalinen itsemääräämisoikeus avioliitossa vasta vuonna 1994 (316/29.4.1994). Vuoden 1971 uudistuksessa seksuaalisuuden eri ilmenemismuotojen kontrollia vähennettiin. Homoseksuaalisuuden dekriminalisointi herätti paljon keskustelua. Dekriminalisointi toteutettiin, mutta nuorison suojelun vuok-

[4] Väkisinmakaaminen kriminalisoitiin sellaisissa tilanteissa, joissa puolisot tosiasiallisesti asuvat erillään (1971 RL 20:10,1). Käytännöllistä tarvetta aviopuolison raiskauksen kriminalisoinnille ei katsottu olevan (HE 52/1970, 2 ja LaVM 11/1970, 6). Lakivaliokunnassa yhdeksän vähemmistöön jäänyttä jäsentä ehdotti kriminalisointia. – Teosta voitiin toki rangaista sikäli kuin se täytti pahoinpitelyn tai pakottamisen tunnusmerkistön (Rautio 1999, 382).

si homoseksuaalisten tekojen suojaikärajaksi tuli 18 vuotta, kun se heteroseksuaalisten tekojen osalta laskettiin 16 vuoteen. Sen lisäksi lainsäädäntöön tuli ns. kehotuskielto (1971 RL 20:9,2), jonka mukaan julkinen kehottaminen samaa sukupuolta olevien väliseen haureuden harjoittamiseen tuli rangaistavaksi (Hiltunen 1998). Prostituutio oli dekriminalisoitu jo aikaisemmin (1936), mutta prostituution kontrolli jatkui irtolaislain (57/17.1.1936) mukaisilla toimenpiteillä aina vuoteen 1986 asti.

Seksuaalirikokset uudistettiin kokonaisuudessaan vuonna 1998. Uudistuksessa modernisoitiin sekä sisällöltään että kielenkäytöltään vanhanaikaisia säännöksiä. Lisäksi siinä merkittävällä tavalla arvioitiin uudelleen rangaistavien tekojen alaa. Raiskausrikos jaettiin teon törkeyden perusteella kolmeen luokkaan, kuten on tehty useiden muidenkin rikoslajien kohdalla rikoslain kokonaisuudistuksen eri vaiheissa. Yksi olennaisista sisällöllisiä muutoksia oli se, että myös muunlaista pakkoa kuin väkivaltaa käyttäen tapahtuva pakottaminen sukupuoliyhteyteen tuli selkeästi rangaistavaksi (pakottaminen sukupuoliyhteyteen).[5] Laissa myös ensimmäisen kerran määriteltiin keskeiset tunnusmerkistöön kuuluvat teot, sukupuoliyhteys ja seksuaalinen teko (RL 20:10). Merkittävä uudistus oli myös se, että seksin ostaminen alle 18-vuotiaalta nuorelta tuli rangaistavaksi (RL 20:8). Homoseksuaaleja koskeneet kehotuskielto ja korotettu ikäraja kumottiin.

Uudistuksen perusteluissa korostettiin seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojaamista sääntelyn keskeisenä tavoitteena (HE 6/1997, 2, 161 ja 170). Tavallaan uudistuksella saatettiin loppuun vuonna 1971 kesken jäänyt projekti (Anttila 1994, 16–17, Kimpimäki 1998, 21). Lain esitöissä otetaan selkeästi kantaa sekä siihen, mitä oikeushyvää uudella lainsäädännöllä suojataan (itsemääräämisoikeus), että siihen, millaisesta oikeushyväajattelusta halutaan irrottautua (seksuaalimoraalin suojaaminen). Ehdotuksen mukaan enää ei pidetä tarpeellisena vaikuttaa ihmisten seksuaalisuuden sisältöön ja seksuaaliseen suuntautumiseen seksuaalirikoksia koskevalla

---

[5] Uusi RL 20:3. Myös aikaisemman lainsäädännön mukaan muulla kuin väkivallalla tapahtunut uhkaaminen saattoi tulla rangaistavaksi vapautta loukkaavana haureutena (RL 20:2, 15.1.1971, nyttemmin kumottu; ks. myös HE 52/1970, 3). Säännöksen soveltaminen käytännössä oli kuitenkin harvinaista. Esimerkiksi hovioikeuskäytännöstä löytyy tapauksia, joissa väkisinmakaamissyyte tuli hylätyksi, eikä syyttäjä ollut edes toissijaisesti vaatinut rangaistusta vapautta loukkaavasta haureudesta (HHO 17.11.1992 R 92/135). Säännöksen sanamuoto oli siinä määrin epämääräinen, että sen soveltaminen muuhun kuin väkivallalla pakottamiseen olikin legaliteettiperiaatteen kannalta ongelmallista. Ks. kuitenkin KKO 1998:151.

lainsäädännöllä, vaan näistä asioista päättäminen jätetään kunkin yksilön seksuaalisen itsemääräämisoikeuden piiriin (HE 6/1997, 163–164, Rautio 1999, 383). Lailla halutaan suojata "oikeutta päättää itse seksuaalisesta käyttäytymisestään" (HE 6/1997, 161) riippumatta siitä, minkä konkreettisen sisällön seksuaalisuuden ilmaus saa, niin kauan kuin se ei loukkaa muiden seksuaalista itsemääräämisoikeutta. Myös se, että säännökset kirjoitettiin sukupuolineutraaleiksi, oli omiaan korostamaan lain neutraalia suhtautumista seksuaalisuuden eri ilmenemismuotoihin.

Seksuaalinen itsemääräämisoikeus on yksi yksilön autonomian ulottuvuus. Yksilön autonomia on keskeinen lähtökohta sekä modernin yhteiskuntateorian että oikeusjärjestelmän ihmiskuvassa. Toisaalta yhteiskuntateoreetikot Hobbesista alkaen ovat painottaneet yhteiskuntajärjestyksen merkitystä fyysisen turvallisuuden takaajana. Valtion takaama fyysisen turvallisuuden suoja lieneekin oleellinen autonomisen subjektin edellytys. Yksilön fyysisen koskemattomuuden suojaa on perinteisesti turvattu rikoslain säännöksin, mikä tulee esiin myös seksuaalirikosten sääntelyssä. Erityisesti raiskausrikos, jonka tunnusmerkistöön kuuluu fyysisen väkivallan käyttö, on luokiteltu milloin väkivaltarikoksiin, milloin vapauteen kohdistuviin rikoksiin, milloin seksuaalirikoksiin. Feministisesti suuntautuneet rikosoikeustutkijat ovat käyneet pitkän keskustelun siitä, onko raiskaus väkivalta- vai seksuaalirikos. Uudessa seksuaalilainsäädännössä yhteys väkivaltarikoksiin on ilmeinen, sillä raiskauksen ja pahoinpitelyn törkeyskvalifioinnissa on käytetty samoja perusteita.

Seksuaalirikoksiin sisältyy kuitenkin elementti, jota pahoinpitelysäännökset eivät tavoita: seksuaalisen integriteetin loukkaus. Sari Näre kuvaa tätä seksuaalisen väkivallan vaikutusta siten, että se "...uhkaa omalle identiteetille herkkää fantasioiden ja mielikuvien, toiveiden ja odotusten aluetta, mielen transitionaalitilaa..." (Näre 2000, 3). Keskustelu seksuaalirikosten sääntelystä jää väistämättä puutteelliseksi, ellei siinä edes yritetä tavoittaa tavoittamatonta eli pohtia sitä, miten säännöksillä pystytään suojaamaan seksuaalisen integriteetin aluetta.

Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden ja fyysisen ja psyykkisen integriteetin käsitteet eivät ole vastakkaisia. Ne eroavat toisistaan enemmän painotuksen ja näkökulman kuin sisällön suhteen. Väitän kuitenkin, että painotuserolla on sekä lainsäädännön sisällön että sen tulkinnan kannalta merkitystä. Uusien seksuaalirikosten valmistelussa valittu, seksuaalista itsemääräämistä yksipuolisesti korostava painotus on määrittänyt sitä näkökulmaa, josta lähtien kriminalisointeja on laadittu. Myös nykyisiä säännöksiä voidaan ym-

märtää paremmin ja tulkita viisaammin, jos niiden merkitys fyysisen ja psyykkisen integriteetin suojaamisessa tuodaan selkeämmin esiin kuin mitä lainvalmistelussa on tehty. Valaisen tätä seuraavassa muutamin esimerkein.

Raiskausrikoksen törkeysporrastusta voidaan perustella sillä, että mitä voimakkaammin rikoksella puututaan seksuaaliseen itsemääräämisoikeuteen, sitä ankarammin siitä on aiheellista rangaista (HE 6/1997, 164). Voidaan kuitenkin kysyä, onko seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkaaminen suurempi, jos sukupuoliyhteyteen pakotetaan veitsi kurkulla kuin jos siihen pakotetaan työpaikan menetyksellä. Voidaan esittää hyviä perusteita sille, että edellisestä rangaistaan törkeänä raiskauksena (maksimirangaistus 10 vuotta vankeutta) ja jälkimmäisestä lievemmin pakottamisena sukupuoliyhteyteen (maksimirangaistus 3 vuotta vankeutta), mutta kuuluuko seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksen voimakkuus näihin perusteisiin? Eikö seksuaalisen itsemääräämisoikeuden kannalta lopputulos ole kummassakin tapauksessa jokseenkin sama? Työpaikan menetyksellä uhkaamiseen sisältyvä seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkaus voi olla tavallaan jopa voimakkaampi kuin väkivaltaisessa puskaraiskauksessa, sillä edellisessä tapauksessa tilanne jatkuu ja loukkauksen toistumisen uhka voi rajoittaa seksuaalista itsemääräämisoikeutta jatkuvasti. Fyysisen integriteetin suojelun näkökulmasta asia on yksinkertaisempi: Rikoksen törkeät tekomuodot loukkaavat fyysistä integriteettiä vakavammin kuin sukupuoliyhteyteen pakottamisen tekomuodot.

Hallituksen esityksessäkin tunnustetaan suojaikärajojen ongelmallisuus itsemääräämisoikeuden näkökulmasta (HE 6/1997, 162). Ikärajoillahan paradoksaalisesti rajoitetaan nuorten mahdollisuutta seksuaaliseen kanssakäymiseen ja siten välillisesti oikeutta itsemääräämiseen, vaikka rangaistusuhka kohdistuukin aikuiseen osapuoleen, ei lapseen.

Lapsen seksuaalisen hyväksikäytön kiellon johtaminen lapsen seksuaalisen itsemääräämisen tai sen kehityksen suojaamisesta on mahdollista, mutta se edellyttää kehityspsykologista käsitystä ja tietoa siitä, että määrätyt teot vahingoittavat lapsen kehitystä. Esimerkiksi RL 20:6:n mukaan seksuaalisen teon tulee olla omiaan vahingoittamaan lapsen kehitystä, jotta se olisi rangaistava lapsen seksuaalisena hyväksikäyttönä. Eikö lapsen seksuaalista koskemattomuutta loukkaavan teon tulisi olla rangaistava riippumatta sen vaikutuksista? Tarkoituksena ei ole, että aivan pieneen lapseen kohdistuvat teot rangaistaisiin lievemmin, vaikka psykiatria ei pystyisi osoittamaan niiden vahingollisuutta.

Samalla tavoin seksuaalisen itsemääräämisen näkökulmasta ongelmallisia ovat säännökset, joilla pyritään suojaamaan erityisessä riippuvuussuhteessa tai suojelun tarpeessa olevia henkilöitä. Erityissäännökset suojaavat alle 18-vuotiasta oppilasta, sairaala- ja laitoshoidokkia ja muussa erityisessä riippuvuusasemassa olevaa henkilöä seksuaalisuhteilta niiden henkilöiden kanssa, joista he ovat riippuvaisia. Lisäksi suojataan nuorta, alle 18-vuotiasta, kypsymätöntä henkilöä seksuaalista hyväksikäyttöä vastaan (RL 20:5, (LaVM 3/1998, 22).[6] Mainittujen ryhmien erityissuojeluun löytyy jälleen perusteita, mutta seksuaalisen itsemääräämisoikeuden näkökulmasta sääntelyä on vaikeaa perustella. Esimerkiksi romanttinen ja seksuaalinen suhde opettajaan voi olla nimenomaan se, mitä oppilas tavoittelee ja haluaa. Sen kieltäminen voi rajoittaa epäsuorasti hänen itsemääräämisoikeuttaan, vaikka rangaistusseuraamus kohdistuu opettajaan, ei oppilaaseen. Kiellon peruste on se, että opettajalla on valta-asemansa perusteella mahdollisuus kohdistaa oppilaaseen seuraamuksia, jos asiat eivät etene opettajan toivomalla tavalla. Tällaiseen tilanteeseen varautumiseen oppilaalla ei ole edellytyksiä. Sen sijaan opettajalta voidaan edellyttää tietoisuutta tällaisista riskeistä. Näistä syistä suojelusäännös on perusteltu siihen sisältyvästä holhoavasta ja itsemääräämisoikeutta rajoittavasta elementistä huolimatta.

Suurimmat ongelmat liberaali ajattelija kohtaa prostituution kohdalla. Hallituksen esityksessä myös prostituution sääntelyä käsiteltiin itsemääräämisoikeuden näkökulmasta, jolloin sääntely osoittautuikin ongelmalliseksi (HE 6/1997, 168). Jos prostituutiota tarkastellaan kahden aikuisen välisenä taloudellisena transaktiona, jossa disponoidaan seksuaalisen itsemääräämisoikeuden käytöstä, siitä on vaikeaa löytää huomauttamista. Kuitenkin yhtenä prostituutiolle tyypillisenä piirteenä pidetään sitä, että prostituoidulla on vain rajoitetusti mahdollisuus valita asiakkaansa (Järvinen 1990, 26) eli että hänen seksuaalinen itsemääräämisoikeutensa on tosiasiallisesti rajoitettu (näin myös HE 6/1997, 168). Ehkä juuri tästä syystä seksuaalisuuden tarkastelu kulutushyödykkeenä on monien ihmisten mielestä loukkaavaa. Ihmisen ruumiin käsittelemistä kauppatavarana voi jo sinänsä pitää ihmisarvon vastaisena. Seksuaalisuuteen liittyy sen lisäksi erityinen henkilökohtaisen integriteetin ulottuvuus, jota ruumiin käyttäminen kaup-

[6] Tällä säännöksellä ilmeisesti pyrittiin kompensoimaan homoseksuaaleja koskeneen korkeamman suojaikärajan poistamisesta mahdollisesti aiheutuvia ongelmia. Rautio 1999, 383.

patavarana loukkaa, mutta jonka käsitteellistämiseen on vaikeaa löytää välineitä. Prostituutio ei olekaan kovin suosittu ammatti, vaan siihen rekrytoituu yhteiskunnan heikoimmin kohdeltuja, taloudellisesti ja sosiaalisesti syrjäytyneitä jäseniä (Häkkinen 1995, 210–211), joiden kohdalla kaikki yhteiskunnan turvaverkot ovat pettäneet (Järvinen 1990, 52). On vaikeaa sanoa, kumpi on syy ja kumpi seuraus, mutta seksikauppa on kietoutunut muuhun organisoituun rikollisuuteen, huumeiden käyttöön, kiristykseen ja väkivaltaan.

Seksuaaliseen itsemääräämisoikeuteen sitoutuneissa lainsäädäntöasiakirjoissa jäi mainitsematta se, että merkittävä argumentti prostituution kriminalisointia vastaan on ollut se, että kriminalisoinnit ja erityisesti tuomitut rangaistukset ovat voittopuolisesti kohdistuneet prostituoituihin naisiin, jotka jo muutenkin ovat sosiaalisesti syrjäytyneitä. Vaikka hallituksen esityksessä ja lakivaliokunnan mietinnössä tarkastellaan sekä prostituoidun että asiakkaan toiminnan kriminalisointia, niissä ei arvioida erikseen osapuolten toiminnan kriminalisoinnin merkitystä. Kriminalisointiin liittyvät epäkohdat luetellaan huolellisesti (parittajan vallan, väkivallan ja sukupuolitautien riskin kasvu, LaVM 3/1998, 8–9), mutta ne liittyvät lähinnä prostituoidun toiminnan kriminalisointiin, ei niinkään asiakkaan. Lailla ei ilmeisestikään haluta rajoittaa miesten seksuaalista itsemääräämisoikeutta ostaa seksiä. Jos lähtökohtana olisi ollut sosiaalisesti ja taloudellisesti syrjäytyneiden naisten seksuaalisen itsemääräämisoikeuden vahvistaminen, keskustelu olisi saanut varmasti toisen sävyn. Tällöin olisi voitu vakavasti pohtia Ruotsissa samaan aikaan toteutettua uudistusta, jossa prostituoidun asiakkuus kriminalisoitiin, mutta ei prostituoidun toimintaa.

Seksuaalirikosten säätämisen yhteydessä otettiin nimenomainen kanta, jonka mukaan rikoslain käyttäminen suojaamiseen seksuaaliselta häirinnältä ei ole tarkoituksenmukaista (HE 6/1997, 162).[7] Esityksessä tarkasteltiin myös seksuaalista häirintää seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksena. Epäilemättä näin voidaan tehdä. Jokaisella pitäisi olla oikeus määrätä siitä, kuka ja missä koskettelee hänen ruumistaan tai ettei häntä puhutella seksuaaliväritteisillä nimityksillä. Mutta eikö tämä ole kaukaa haettua ja uhriuttavaa? Kyllä useimmat suomalaiset naiset pystyvät karkeastakin nimittelystä huolimatta säilyttämään seksuaalisen itsemääräämisoikeutensa ja päättämään seksuaalisesta käyttäytymisestään. Siitä huolimatta mo-

[7] Häirintä voi kuitenkin joissakin tapauksissa olla rangaistavaa seksuaaliseen tekoon pakottamisena (RL 20:4).

net kokevat huorittelun ja vastaavan verbaalisen kommunikaation vakavaksi integriteetin loukkaukseksi.

6 Seksuaalisuus suhteena ja integriteetin suojaaminen

Seksuaalinen itsemääräämisoikeus osoittautuu siis ongelmalliseksi useiden seksuaalirikosten sääntelyn alaan kuuluvien ilmiöiden käsittelyssä (sen yksipuolisuudesta myös Utriainen 1996, 225–226). Itse käsitteen ongelmallisuutta voidaan purkaa sen kahden ulottuvuuden osalta: toisaalta siihen sisältyvän subjektin käsitteen, toisaalta seksuaalisuuden käsitteen osalta.

Moderni subjekti käsitetään itseään hallitsevaksi, autonomiseen päätöksentekoon kykeneväksi, itsenäiseksi, riippumattomaksi ja rationaaliseksi entiteetiksi. Autonominen subjektikäsite on myös yksi modernin oikeuden peruskäsitteitä (Tuori 1997, 321). Oikeusjärjestyksen mukaan oikeussubjektilla ovat keskeiset oikeusjärjestelmän takaamat oikeudet, kuten oikeus omistaa, tehdä sopimuksia, päättää työpanoksensa käytöstä, oikeus mielipiteisiin ja vakaumuksiin, oikeus ilmaista niitä jne. Yksi oikeusjärjestyksen keskeisistä tavoitteista on suojata subjektin autonomiaa ja riippumattomuutta asiaankuulumattomalta puuttumiselta subjektin vapauspiiriin. Liberalistinen ajattelu näkee ensisijaisena prioriteettina suojan valtion taholta tulevia rajoituksia vastaan. Hyvinvointivaltiollisessa ajattelussa korostuu taloudellisesti ja sosiaalisesti heikossa asemassa olevien yksilöiden autonomian vahvistaminen (emansipaatio), tasavertaisten lähtökohtien luominen.

Oikeus hallita omaa ruumista on yksi autonomian tärkeitä ulottuvuuksia. Sitä pidetään niin oleellisena osana subjektin käsitettä, että ei voida ajatella, että olisi olemassa oikeus disponoida ruumiistaan myymällä se orjuuteen. Koska orjuus mitätöisi autonomisen subjektin, sitä ei voida hyväksyä. Paradoksaalista kyllä, ruumiin myyminen seksiin on mahdollista (Pateman 1988, 207–208, Nousiainen 1996, julkaisematon käsikirjoitus).

Uudempi filosofinen ja psykoanalyyttinen tutkimus on asettanut modernin subjektikäsitteen kriittisen analyysin kohteeksi (Benhabib 1992, Benhabib, Butler, Cornell & Frazer 1995, Irigaray 1996). Tässä kritiikissä subjektia tarkastellaan sen yhteydessä muihin ihmisiin ja ympäristöönsä. Kun psykoanalyyttinen teoria on perinteisesti tarkastellut ihmisen kehitystä kertomuksena kohti yhä suurempaa itsenäisyyttä ja irrottautumisena varhaislapsuuden riippuvuussuhteista, feministisessä psykoanalyyttisessa teoriassa tarkastellaan subjektin muodostumista ihmisten välisenä vuorovaikutuksena, jossa on mukana sekä pyrkimys autonomiaan että sosiaalinen vuoro-

vaikutus (Chodorow 1989, Benjamin 1988). Subjektin nähdään tällöin paitsi kehittyvän vuorovaikutuksessa ja suhteessa toiseen, myös olevan olemassa suhteessa toiseen. Ihmisen kehitystä ei nähdä enää kertomuksena kohti täydellistä autonomiaa ja riippumattomuutta toisesta (Gilligan 1983).

Uudemmassa psykoanalyyttisessa teoriassa näkyy feministisen teorian vaikutus. Feministisen kritiikin mukaan 1700- ja 1800-luvun poliittisen teorian kehittämä subjektikäsite on sukupuolittunut. Autonominen, riippumaton, erillinen ja itseään hallitseva subjekti tarkoitti 1800-luvulla miessubjektia eikä näitä ominaisuuksia ajateltu olevan naisilla. Naisten subjektius rakentui toisin: he olivat riippuvaisia miehistä, heidän asemaansa ja identiteettiään määritti huolenpito miehistä, lapsista ja kodista, heidän ei ollut tarkoitus muodostaa itsenäisiä poliittisia mielipiteitä eikä hallita omaisuuttaan tai ruumistaan (yhteiskuntasopimuksesta miesten sopimuksena Nousiainen 1990, 18–20). Tärkeää on lisäksi huomata, että miesten subjektin autonomia perustui siihen, että heillä oli yksityinen piiri, joka huolehti sekä subjektin autonomiselle yhteiskunnalliseen elämään osallistumiselle välttämättömistä käytännön toimista että subjektiviteetin uusiutumiselle välttämättömän kulttuurisen perinteen välittämisestä eli lasten kasvatuksesta. Toisin sanoen modernin subjektin konstruktio edellytti toista, naissubjektia, jolla ei vastaavia ominaisuuksia ollut. Naissubjekti ei ollut riippumaton, autonominen, ei omistanut ruumistaan eikä toiminut julkisessa sfäärissä, jossa se olisi tarvinnut poliittisia oikeuksia.

Koska naiset ovat 1900-luvulla saaneet poliittiset ja taloudelliset oikeudet, heiltä edellytetään periaatteessa samaa subjektiivista autonomiaa kuin miehiltä. Tällöin jää havaitsematta kaksi asiaa. Ensinnäkin naisen asema nyt on toinen kuin porvarismiehen 1800-luvulla – naisella ei vieläkään ole vaimoa, joka huolehtii yksityisen piiriin kuuluvasta uusintamisesta. Toiseksi 1800-luvun poliittisen teorian ja filosofian subjektikäsite perustui komplementaarisuuteen. Jos naisen subjektiviteetti muuttuu, myös miehen subjektiviteetti on ajateltava uudestaan.

Modernin kritiikki on johtanut uuteen tapaan tarkastella sosiaalista todellisuutta. Tarkastelun keskipisteessä ei enää ole irrallinen subjekti vaan subjekti suhteessa toiseen. Modernin subjektikäsite osoittautuu sekä sosiaaliseksi ja poliittiseksi konstruktioksi että sukupuolittuneeksi. Subjektius muodostuu sosiaalisessa yhteydessä muihin ihmisiin ja subjektiviteetti ymmärretään entiteettinä, joka muodostuu ja uusiutuu suhteissa muihin. Myös sukupuoli voidaan ymmärtää suhteena, ennalta annetun kategorian

sijasta (O'Donovan 1997, 62, Heinämaa 1996, Svensson 1997). Näin ollen oikeudenkin subjektikonstruktio on yksipuolinen, kukaan ei ole sillä tavoin erillinen kuin miessubjektin on ajateltu olevan.

Seksuaalirikosten tarkastelussa tulisi kääntää huomio autonomisista subjekteista subjektien väliseen suhteeseen. Tarkastelukulma on siinä mielessä luonteva, että seksuaalisuus on luonteeltaan intersubjektiivista. Seksuaalisuus muista ihmisistä erillisenä ja eristettynä ominaisuutena voi kattaa vain hyvin kapean osan sitä, mitä seksuaalisuudella yleensä tarkoitetaan. Seksuaalisuus on jo sinänsä sosiaalista, mutta erityisesti seksuaalisuuden ilmaiseminen on mahdollista vain sosiaalisessa vuorovaikutuksessa.

Feministisesti suuntautunut juristi suhtautuu seksuaalisuuden ymmärtämiseen suhteena vaistomaisesti epäluuloisesti. Uhrin ja tekijän välinen suhde on jatkuvasti ollut peruste, jolla seksuaalirikoksiin on suhtauduttu vähättelevästi. Aviosuhteessa ei ole voinut syyllistyä raiskaukseen, uhrin ja tekijän tekoa edeltänyttä kanssakäymistä on käytetty uhrin syyllistämiseen ja tekijän teon vähättelyyn jne. Myös uuden seksuaalirikoslainsäädännön perusteluista löytyy tähän viittaavia mainintoja. Vaikka sen mukaan "...tekijän ja kohteen välistä suhdetta ei mainittaisi yhtenä lieventävänä perusteena...", kuitenkin ja edellisen kanssa ristiriitaisesti "...rikosta edeltänyt tekijän ja uhrin välinen kanssakäyminen yhdessä muiden teko-olosuhteiden kanssa..." saattaisi esitöiden mukaan olla lieventävä peruste (HE 6/1997, 175).

Näre on tarkastellut seksuaalirikosten vaikutuksia ja eritellyt niitä tekijän ja uhrin väliseen suhteeseen liittyvien luottamuksen ja tunnetalouden käsitteiden avulla. Näreen mukaan seksuaalisen väkivallan seuraukset näyttävät olevan sitä vakavampia, mitä vahvempi tekijän ja uhrin välinen tunnetalouden side on ja mitä voimakkaampi luottamussuhteen loukkaus tekoon sisältyy (Näre 2000, 6). Uhrin kokeman loukkauksen vaikutusten mukaan arvioiden teon vakavuuden ja uhri/tekijä -suhteen välinen korrelaatio näyttää siis päinvastaiselta kuin mitä oikeudellisessa analyysissa on tähän asti ajateltu.

Rikosoikeudessa tekoa tarkastellaankin tekijän näkökulmasta. Tekijän, seksuaalirikoksissa miltei aina miehen, näkökulmasta seksuaalisen loukkauksen vakavuus voi olla vähäisempi, jos se kohdistuu henkilöön, jonka kanssa hän katsoo olevansa oikeutettu seksiin – puolisona, seurustelukumppanina, saatille lähteneenä, prostituoidun asiakkaana jne. Toisin sanoen, mies tekijänä katsoo uhrin aseman antavan hänelle oikeutuksen seksiin ilman että hänen tarvitsee välittää uhrin henkilökohtaisesta mielipi-

teestä. Jos teon sijasta tarkastelun lähtökohdaksi otetaan suhde, voidaan purkaa yksinapainen tekijänäkökulma ja on helpompaa tarkastella myös uhria subjektina.

Lähtökohtana on, että seksuaalisuhde edellyttää osapuolilta autonomista suostumusta. Pakottaminen on kiellettyä, koska pakotetun suostumukselle ei siinä anneta merkitystä. Entä muut tilanteet, joissa suostumusta ei ole? Nykyisissä raiskaussäännöksissä suostumukselle ei anneta itsenäistä, pakon käsitteen ulkopuolelle menevää merkitystä. Ongelmallisimpia raiskaussäännösten soveltamisen kannalta ovat tilanteet, joissa ei ole käytetty väkivaltaa tai eksplisiittisesti uhattu väkivallalla. Tätä ongelmaa on RL 20:2:ssa lähestytty siten, että raiskauksesta tuomitaan henkilö, joka on saattanut toisen tiedottomaksi, pelkotilaan tai muuhun sellaiseen tilaan, jossa tämä on kykenemätön puolustamaan itseään, ja on puolustuskyvyttömyyttä hyväksi käyttäen sukupuoliyhteydessä tämän kanssa. Koska lain esitöissä nimenomaan pyritään siihen, että uhrilta ei enää vaadittaisi puolustautumista kaikin käytettävissä olevin keinoin (HE 6/1997, 172 aikaisemmasta vaatimuksesta ks. Honkasalo 1970, 100, Rautio 1999, 385), tässä tuskin on tarkoitus vaatia uhrilta puolustautumista, jos hänen kykynsä siihen on voimakkaasti heikentynyt (mutta ei kuitenkaan kokonaan poistunut). Ymmärtääkseni säännöksellä tarkoitetaan tilanteita, joissa tekijä – tai tekijät[8] – antaa uhrin ymmärtää, että hänen mielipiteellään tapahtumiin ei ole mitään merkitystä. Maininta pelkotilasta viittaa käsittääkseni siihen, että nimenomaan uhrin tulkinta tilanteesta on merkityksellinen (toki ulkoisten tosiseikkojen ohella). Säännöksessä ei kuitenkaan mainita uhrin suostumusta, vaan hänen puolustuskyvyttömyytensä.[9]

Subjektiviteetin kannalta kiintoisaa on, että viimeksi mainitussa säännöksessä (sanamuodon mukaan) uhrin edellytetään olevan puolustuskyvytön. Vastaavasti itse aiheutetun päihtymyksen ja mielisairauden hyväksi-

[8] Yksi mahdollinen tilanne, jossa ei ole käytetty väkivaltaa eikä sillä ole edes nimenomaisesti uhattu, mutta uhri ei myöskään ole vastustanut, ovat usean tekijän tapaukset.

[9] Puolustuskyvyttömyyttä edellytetään myös erityisessä suojelussäännöksessä, jossa potilasta ja laitoshoidokkia suojataan seksuaaliselta hyväksikäytöltä hoitajaa tmv. vastaan (RL 20:5,3). Sen lisäksi tunnusmerkistöön kuuluu, että hyväksikäyttäjä on asemaansa hyväksi käyttäen taivuttanut potilaan tai vastaavan sukupuoliyhteyteen tai seksuaaliseen tekoon. Erityinen suojelun tarve näissä tilanteissa syntyy (valta-)asemaan perustuvasta väärinkäytön mahdollisuudesta. Edellyttämällä sekä taivuttamista että puolustuskyvyttömyyttä rangaistavien tekojen ala tuntuu määrittyvän kovin kapeaksi. Sekä taivuttamista että puolustuskyvyttömyyttä tulkittaessa olisi syytä ottaa huomioon potilaan ym. riippuvainen asema.

käyttöä koskevassa lainkohdassa (RL 20:5,2) edellytetään, että uhri on kykenemätön puolustamaan itseään taikka muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan. Subjektiviteetti nähdään näissä säännöksissä ikään kuin joko/tai-tilana. Kuitenkin niin päihtymys, mielisairaus kuin muukin heikkouden tila useimmissa tapauksissa pikemminkin heikentää puolustuskykyä ja tahdonmuodostusta kuin poistaa sen, ja juuri tilan (oleellinen) heikentyminen tekee hyväksikäytön mahdolliseksi.

Nämä säännökset ovat kiinnostavia, sillä ne paljastavat taustalla olevan käsityksen seksuaalisuudesta, jonka mukaan naiselta edellytetään fyysistä puolustautumista seksuaalista hyökkäystä vastaan. Miksi rangaistavuuden poistaa vain se, että toinen on *kykenemätön* puolustautumaan tai ilmaisemaan tahtoaan. Eikö sen pitäisi riittää, että toinen ei ole ilmaissut tahtoaan seksuaaliseen kanssakäymiseen? Eikö vieläkään ole päästy siihen, että naisen sanaa pitäisi uskoa? Onko sellainen käsitys seksuaalisuudesta, jonka mukaan ennen seksuaaliseen tekoon ryhtymistä jokaisen tulisi selvittää toisen osapuolen suostumus ja kyky antaa suostumus siihen, aivan liian radikaali tasa-arvoisen Suomen seksuaalilainsäädännön perustaksi? Kuten Nousiainen huomauttaa, raiskausrikoksen uudelleen sääntelyn yhteydessä ei edes keskusteltu siitä, kuinka suurta huolellisuutta tässä suhteessa tulisi edellyttää (Nousiainen 1999, 20).

Tekijän ja uhrin suhde voidaan nähdä seksuaalirikoksissa valtasuhteena (MacKinnon 1987, 50, 88). Seksuaalirikoksissa on kysymys vallan käytöstä. Esimerkiksi raiskauksessa tekijä käyttää väki*valtaa* tai muuhun (esimerkiksi työnantajan) valtaan perustuvaa mahdollisuutta uhata pakottaakseen uhrin kanssaan sukupuoliyhteyteen. Erityisen suojelun tarpeessa olevia suojataan rikossäännöksillä niitä vastaan, joilla on asemansa perusteella mahdollisuus käyttää tässä suhteessa valtaa. Nuoria suojataan aikuisten vallankäyttöä vastaan. Tämä tulee hyvin esiin nykyisessä suojaikärajan sääntelyssä. Suojaikäraja on 16 vuotta eli rangaistavaa on sukupuoliyhteys ja seksuaalinen teko alle 16 vuotiaan kanssa. Nuoren kannalta vahingollista valta-asetelmaa ei sisälly nuorten keskinäiseen seurusteluun ja sen vuoksi teko ei ole rangaistava, jos osapuolten iässä ei ole suurta eroa. Teko ei myöskään ole rangaistava, jos osapuolten henkisessä ja ruumiillisessa kypsyydessä ei ole suurta eroa. Ajatuksena on, että vahingollista valta-asemaa ei tällöinkään synny. Voidaan kuitenkin kysyä, mikseivät rikosoikeuden yleisiin oppeihin sisältyvät rangaistavuutta poistavat ja lieventävät tekijät (esim. syyntakeettomuus ja vähentynyt syyntakeisuus) yhtäkkiä riitäkään seksuaalirikosten kohdalla. Epäkypsän aikuisen ja epäkypsän nuoren

välinen suhde vahingoittaa todennäköisesti nuorta – riippumatta siitä, ovatko nämä kaksi samalla tasolla vai eivät.

Monet feministit ovat nojautuneet Foucault'n valtakäsitykseen ja liittäneet siihen analyysin vallan jakautumisesta yhteiskunnassa sukupuolten välillä. Seksuaalirikokset nähdään eräissä feministisissä analyyseissa tuon vallanjaon ilmentyminä ja samalla sen uusintajina (Brownmiller 1974, MacKinnon 1987, 50). Vaikka pohjoismaisen tasa-arvoisen yhteiskunnan näkökulmasta tämä radikaalifeministinen analyysi vaikuttaa yksinkertaistavalta, seksuaalinen väkivalta saa meilläkin tukea joistakin kulttuurisista rakenteista ja – kuten tunnettua – se on varsin yksipuolisesti miesten naisiin kohdistamaa väkivaltaa. Seksuaalinen häirintä on yksi näistä kulttuurisista käytännöistä. Yli puolet naisista on kokenut nimittelyä, koskettelua, naisellisten ruumiinosiensa kommentointia ja muuta seksuaalista häirintää (Heiskanen & Piispa 1998, 54), ja Honkatukian mukaan myös nuoret tytöt kokevat sitä jatkuvasti. Miehet ja pojat voivat harrastaa tällaista käyttäytymistä ilman, että siitä yleensä seuraisi mitään sosiaalisia sanktioita.

Näreen ja Honkatukian tutkimuksissa tulee esiin suomalaisen sukupuolikulttuurin positiivinen puoli. Nuoret naiset kokivat pystyvänsä neuvottelemaan seksuaalisen kanssakäymisen ehdoista. Kuitenkin tähän oikeuteen liittyi Honkatukian mukaan se, että jo hyvin nuoret tytöt ovat sosiaalistuneet olemaan vastuussa siitä, että poikien ja miesten tekemä häirintä hoidetaan huomaamatta pois päiväjärjestyksestä. Nuorten naisten tulee ylläpitää sukupuolijärjestelmää. Jos he eivät näin tee, heitä voidaan pitää poikkeavasti käyttäytyvinä ja he ovat vaarassa joutua eristetyksi, leimatuksi, nimitellyksi jne. (Honkatukia 1998).

Häirinnän mahdollista kriminalisointia on vaikeaa lähestyä tekokeskeisesti. Yksittäinen teko voi olla lievä ja sellaisten sanktiointi saattaisi johtaa tarpeettomaan kontrollin laajenemiseen. Vasta tekojen tarkasteleminen niiden kontekstissa – niiden toistuminen, tapahtuminen työ-, koulu- tai laitostilanteessa, osapuolten välinen valta-ero – paljastaa niiden todellisen merkityksen. Seksuaalirikosten säätämisen yhteydessä omaksuttiin käsitys, jonka mukaan häiritsevä, seksuaalisesti latautunut käyttäytyminen on rikos yleistä järjestystä vastaan (HE 6/97, 162) ja on rangaistava, kun se tapahtuu julkisesti. Näkemys sivuuttaa sen, että häirintä on valtaosaltaan miesten naisiin kohdistamaa käyttäytymistä eikä tapahdu julkisesti, kuten kriminalisointi (RL 17:21) edellyttää. Teot eivät yleensä ole varsinaisesti sukupuolisiveellisyyttä loukkaavia (poikkeuksena itsensäpaljastaminen),

vaan ne voivat olla aika tavanomaisia, kuten taputtelua ja seksuaalisesti latautunutta puhetta.

Teon kontekstin huomioon ottamista rikosoikeudessa on aina tarkoin harkittava, sillä rikosoikeuden legaliteettiperiaate edellyttää, että teko, josta rangaistaan, on riittävän täsmällisesti määritelty laissa. Teon kontekstin huomioon ottaminen ei kuitenkaan ole uusi ajatus. Nuotio (1998) on vaarantamisrikoksia koskevassa väitöskirjassaan kiinnittänyt huomiota siihen, että tietyn käyttäytymisen huolellisuuden rikosoikeudellinen arviointi voi edellyttää toiminnan kontekstin huomioon ottamista. Ruotsissa perheväkivallan kontekstisidonnaisuus on otettu huomioon uudessa naisrauharikoksessa (Nordborg & Niemi-Kiesiläinen 2001). Teon konstekstisidonnaisuuden huomioon ottaminen on merkittävä haaste tulevaisuuden rikosoikeustutkimukselle.

7 Johtopäätös

Seksuaalirikoksia koskeva 1990-luvun lainsäädäntö perustuu 1800-luvun filosofiaan, 1960- ja 1970-luvun seksuaalisen vapautumisen käsitykseen seksuaalisuudesta ja feminismin ensimmäisen aallon mukaiseen käsitykseen sukupuolten välisestä tasa-arvosta (Smart 1998). Tällä vuosikymmenellä me tiedämme paljon enemmän seksin riskeistä, seksuaalisen riiston ja hyväksikäytön muodoista, väkivallan sukupuolistuneesta luonteesta ja siitä, että muodollinen tasa-arvo ei ole tuonut todellista tasa-arvoa. Tieto on epäilemättä lisännyt tuskaa.

Tässä artikkelissa on hahmotettu uutta seksuaalirikoksia koskevaa mallia (mallin käsitteestä Pöyhönen 1988, 80). Malli on väline, jonka avulla oikeuden peruskäsitteiden ja pintatason ilmiöitä pystytään paremmin ymmärtämään ja systematisoimaan. Rikosoikeuden yleisiin oppeihin kuuluva malli on sidoksissa rikosten suojeluobjektin käsitteeseen. Tässä ehdotetaan nimenomaan muutosta siihen, miten seksuaalirikosten suojeluobjekti määritellään. Seksuaalisen itsemääräämisoikeuden rinnalle (ja ehkä sen ohikin) halutaan nostaa fyysisen ja psyykkisen integriteetin suojelu. Rikosoikeuden yleisiin oppeihin liittyen ehdotetaan, että tekokeskeistä rikosoikeutta avattaisiin (seksuaalirikosten kohdalla) tekijän ja uhrin välisen suhteen huomioon ottamisen suuntaan ja että rikosoikeuden tekijäkeskeisen tarkastelutavan lisäksi myös uhrin tulkinnalle tilanteesta annettaisiin enemmän merkitystä. Uhrin näkökulma pitäisi tunnistaa lain säännösten tasolla (esimerkiksi seksuaalisen teon määrittelyssä, Niemi-Kiesiläinen 1998, 10, 18),

eikä pelkästään konkreettisissa soveltamistilanteissa, joissa uhrin näkökulmaa on toistaiseksi käytetty lähinnä uhrin syyllistämiseen tapahtuneesta. Tämä edellyttää seksuaalirikoksiin liittyvän vallankäyttöaspektin tunnistamista.

Seksuaalirikosmallin muutos muuttaisi lainsäädäntöä ja oikeuskäytäntöä, mutta tuskin kovin radikaalisti. Olen edellä analysoinut eräitä säännöksiä, joiden muotoilu epäilemättä olisi hiukan toisenlainen, jos niiden valmistelussa olisi kiinnitetty enemmän huomiota uhrin fyysisen ja psyykkisen integriteetin suojaamiseen seksuaalisen autonomian ohella. Oleellista on kuitenkin se, että seksuaalirikosten sukupuolistunut luonne tulisi oivaltaa. Feministinen tutkimus on viimeisten kolmen kymmenen vuoden aikana nostanut esiin seksuaalirikokset uudesta näkökulmasta. Olisiko viimeinkin aika hyväksyä se, että naisen ääni on merkityksellinen sekä silloin, kun hän sanoo ei, että silloin, kun määritellään seksuaalirikoksia?

Kirjallisuus

Aalto Jari, *Tager man qvinno med våld. Naisiin kohdistunut seksuaalinen väkivalta 1840–64 Turun ja Vaasan hovioikeuspiirien oikeustapauksissa.* Suomen ja Skandinavian historian tutkielma. Julkaisematon. Helsingin yliopisto 1998.

Aalto Seppo, *Kirkko ja kruunu siveellisyyden vartijoina. Seksuaalirikollisuus, esivalta ja yhteisö Porvoon kihlakunnassa 1621–1700.* Suomen historiallinen seura, Helsinki 1996.

Alamaiset ehdotukset Suomen Suuriruhtinaanmaan Rikoslaiksi. Komitea, määrätty tarkastamaan vuonna 1875 painettuja alamaisia ehdotuksia. Suomalaisen Kirjallisuuden Seura, Helsinki 1884.

Andersson Ulrika, "The Unbounded Body of the Law of Rape: The Intrusive Criterion of Non–Consent". In Nousiainen K., Gunnarsson Å., Lundström K. & Niemi-Kiesiläinen J. (eds), *The Responsible Selves. Women in Nordic Legal Culture.* Ashgate, London 2001, p.

Anners Erik, *Humanitet och rationalism. Studier i upplysningstidens strafflagsreformer – särskilt med hänsyn till Gustav III:s reformlagstiftning.* Rättshistorisk Bibliotek 10, Stockholm 1965.

Anttila Inkeri, "Två reformer av lagstiftningen om sexualbrott". *Nordisk Tidsskrift för Kriminalvidenskab* 1994 s. 15–24.

Benhabib Sheyla, Butler Judith, Cornell Drucilla & Frazer Nancy, *Feminist Contentions. A Philosophical Exchange.* Routledge, NY 1995.

Benhabib Sheyla, *Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism.* Polity Press, London 1992.

Benjamin Jessica, *The Bonds of Love. Psychoanalysis, Feminism and the Problem of Domination.* Pantheon Books, New York 1988.

Berger Peter L. & Luckmann Thomas *Todellisuuden sosiaalinen rakentuminen: tiedonsosiologinen tutkielma*. Gaudeamus, Helsinki 1994.

Blomstedt Yrjö, "Rikoslakireformin ensimmäiset vaiheet vuoden 1866 osittaisuudistuksiin saakka". *Historiallinen arkisto* 59/1964 s. 421–518.

Brownmiller Susan, *Against Our Will*. Simon & Schuster, New York 1974.

Chodorow Nancy, *Feminism and Psychoanalytic Theory*. Yale University Press, New Haven 1989.

Duncan Sheila, "The Mirror Tells: Constructions of Gender in Criminal Law". Teoksessa Bottomley Anne (toim.), *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law*. London: Cavendish 1996, 173

Forsman Jaakko (I), *De särskilda brotten enligt strafflagen af den 19 december 1889, Anteckningar enligt föreläsningar. Första afdelningen: Brotten mot individens rättsgebit*. 2–3 uppl. Juridiska studentfakultetens förlag, Helsingfors 1917.

Forsman Jaakko (II), *De särskilda brotten enligt strafflagen af den 19 december 1889, Anteckningar enligt föreläsningar. Andra afdelningen: Brotten mot det medborgerliga samhällets rättigheter*. 2–3 uppl. Juridiska studentfakultetens förlag, Helsingfors 1917.

Foucault Michel, *Seksuaalisuuden historia : tiedontahto, nautintojen käyttö, huoli itsestä*. 2. p. Gaudeamus, Helsinki 1998.

HE 50/1970 Hallituksen esitys Eduskunnalle siveellisyyteen kohdistuvien rikosten rankaisemista koskevan lainsäädännön uudistamisesta.

HE 6/1997 Hallituksen esitys oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.

Heinämaa Sara, *Ele, tyyli ja sukupuoli: Merleau-Pontyn ja Beauvoirin ruumiinfenomenologia ja sen merkitys sukupuolikysymykselle*. Gaudeamus, Helsinki 1996.

Heiskanen Markku & Piispa Minna, *Usko, toivo hakkaus. Kyselytutkimus miesten naisille tekemästä väkivallasta*. Tilastokeskus Oikeus 1998:12.

Hiltunen Rainer, "Rikoksesta kohti tasa-arvoa. Homoseksuaalien oikeudellisen aseman tarkastelua". *Oikeus* 1998 s. 51–64.

Honkasalo Brynolf, *Suomen Rikosoikeus. Erityinen osa I 1. Henkilöön kohdistuvat rikokset*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja B:107. Helsinki 1970.

Honkatukia Päivi, "'Lähentelijöitä riittää' – tyttöjen kokemuksia sukupuolisesta ahdistelusta". Teoksessa: *Lähentelyistä raiskauksiin. Tyttöjen kokemuksia häirinnästä ja seksuaalisesta väkivallasta*. Nuorisotutkimusverkosto, Helsinki 13/2000 s. 13–76.

Honkatukia Päivi, *Sopeutuvat tytöt? Sukupuoli, sosiaalinen kontrolli ja rikokset*. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 152. Helsinki 1998.

Häkkinen Antti, *Rahasta – vaan ei rakkaudesta. Prostituutio Helsingissä 1867–1939*. Otava, Helsinki 1995.

Irigaray Luce, *Sukupuolieron etiikka*. Gaudeamus, Helsinki 1996.

Järvinen Margaretha, *Prostitution i Helsingfors : en studie i kvinnokontroll*. Åbo Akademis förlag, Åbo 1990.

Kimpimäki Minna, "Seksuaalinen itsemääräämisoikeus, oikeushyväajattelu ja moraalisen närkästyksen aika". *Oikeus* 1998 s. 20–29.

LaVM 50/1970 Lakivaliokunnan mietintö n:o 11 Esitys 50/1970 hallituksen esityksen johdosta siveellisyyteen kohdistuvien rikosten rankaisemista koskevan lainsäädännön uudistamisesta.

LaVM 3/1998 Lakivaliokunnan mietintö 3/1998 Hallituksen esitys oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.

MacKinnon Catharine, "Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law". *Harvard University Press*, Cambridge MA 1987.

Naffine Ngaire, *Feminism and Criminology*. 1997.

Niemi-Kiesiläinen Johanna, "Naisia, miehiä vai henkilöitä: Seksuaalirikokset ja sukupuoli". *Oikeus* 1998 s. 4–19.

Nieminen Armas, *Taistelu sukupuolimoraalista. Avioliitto- ja seksuaalikysymyksiä suomalaisen hengenelämän ja yhteiskunnan murroksessa sääty-yhteiskunnan ajoilta 1910-luvulle*. Helsinki 1951.

Gudrun Nordborg & J. Niemi-Kiesiläinen, "Women's Peace: A Criminal Law Reform in Sweden". In Nousiainen K., Gunnarsson Å., Lundström K. & Niemi-Kiesiläinen J. (eds), *The Responsible Selves. Women in Nordic Legal Culture*. Ashgate, London 2001, s. 345–365.

Nousiainen Kevät, "Equalizing Images? Gendered Imagery in Criminal Law". 24 *Suomen Antropologi* 1999, s. 7–24.

Nousiainen Kevät, "Miten vapauden poluilla kompastutaan : naisista ja eräistä vapauteen liittyvistä yhteiskuntateoreettisista näkemyksistä". *Oikeus* 1990 s. 11–28.

Nuotio Kimmo, *Teko, vaara, seuraus : rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1998.

Näre Sari, "Nuorten tyttöjen kohtaama seksuaalinen väkivalta ja loukattu luottamus tunnetaloudessa". Teoksessa: *Lähentelyistä raiskauksiin. Tyttöjen kokemuksia häirinnästä ja seksuaalisesta väkivallasta*. Nuorisotutkimusverkosto, Helsinki 13/2000 s. 77–136.

O'Donovan Katherine, "With sense, consent, or just a con? Legal subjects in the discourse of autonomy". Teoksessa: Naffine N. & Owens R. (eds.), *Sexing the Subject of Law*. Sweet & Maxwell, London etc. 1997.

Pateman Carol, *The Sexual Contract*. Stanford University Press, CA 1988.

Pylkkänen Anu, *Puoli vuodetta, lukot ja avaimet. Nainen ja maalaistalous oikeuskäytännön valossa 1660–1710*. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1990.

Pöyhönen Juha, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 1988.

Rautio Ilkka, "Seksuaalirikokset". Teoksessa: *Rikosoikeus*. WSLT, Helsinki 1999 s. 381–410.

Rossi Leena-Maija, "P:n tarina. Miten suomalaista 'irtonaista' valvottiin noin vuonna 1907 eli He saivat roolin joka kestää." Teoksessa: Mika Ripatti (toim.), *P:n tarina ja herra silinterissä*. Valokuvataiteen seura, Helsinki 1993 s. 87–102.

Smart Carol, "The Woman of Legal Discourse". Teoksessa Daly & Mahler (toim.) *Criminology at Crossroads. Feminist Readings in Crime and Justice*. Oxford Univ. Press. 1998.

Svensson Eva-Maria, *Genus och rätt. En problematisering av föreställningen om rätten*. Iustus, Uppsala 1997.

Telste Kari, "'Hun torde icke aabenbare det...' Seksualitet, kjønn og kropp i norsk rettsmateriale på 1600- og 1700-tallet". Teoksessa Liljeström, Markkola & Mäenpää (red.), *Kvinnohistoriens nya utmaningar: Från sexualitet till världshistoria*. Tampereen yliopisto, Historiatieteen laitoksen julkaisuja 17/1994.

Tuori Kaarlo, "Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin". Teoksessa: J. Häyhä (toim.), *Minun metodini*. WSLT, Helsinki 1997 s. 311–329.

Utriainen Terttu, "Hur har sexualbrottens normer förändrats i Finland?" *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab* 1994 s. 122–129.

Utriainen Terttu, "Inkeri Anttila ja seksuaalipolitiikka". Teoksessa: Raimo Lahti (toim.), *Kohti rationaalista ja humaania kriminaalipolitiikkaa*. Helsingin yliopisto, Helsinki 1996. s. 222–226.

Ylikangas Heikki, "Huomenlahja Ruotsin keskiaikaisten lakien valossa". *Historiallinen Aikakauskirja* 1967 s. 14–39.

Ylikangas Heikki, *Suomalaisen Sven Leijonmarckin osuus vuoden 1734 lain naimiskaaren laadinnassa*. Historiallisia tutkimuksia 71, Helsinki 1967.

Lars D. Eriksson

6 En legalstrategi för 2000-talet

Jag har en viktig idé som jag vill utveckla i denna artikel – Jag vill göra det genom att först diskutera distinktionen mellan rättigheter och syften eller policies och sedan diskutera distinktionen mellan rättigheter och rättsgoda eller kollektiva intressen som jag föredrar att kalla dem.

Mitt egentliga budskap är följande. Det är hög tid att ifrågasätta den traditionella juristutbildningen, som ensidigt utgår från domarperspektivet. Juridiken i dess traditionella form är domarjuridik och de juridiska fakulteterna är domarskolor. Jag skall försöka visa på vilket sätt detta har haft konsekvenser för vårt sätt att se på grundrättigheterna och de mänskliga rättigheterna och vill samtidigt visa att det ensidiga domarperspektivet inte kan fungera som ett tillfredställade perspektiv för 2000-talet.

Då vi ser på grund- och människorättigheterna ur ett domarperspektiv, uppfattar vi dem å ena sidan som *regler* och å andra sidan som *principer*. Det finns föralldel de som påstår att grundrättigheterna enbart är principer, men det behöver vi kanske inte ta så allvarligt. Det finns alltid de som inte riktigt hinner med i rättsutvecklingen. Regler kan alltid tolkas och de kan innehållsbestämmas via de vanliga tolkningsstandarderna. De är på sätt och vis det grundläggande råmaterial som varje jurist måste kunna hantera. Principerna skiljer sig från reglerna därigenom att de inte skall tolkas utan de skall optimeras, dvs. avvägas mot varandra. Vi tolkar alltså inte principerna på samma sätt som vi tolkar reglerna. Reglerna gäller eller gäller inte, dvs. de skall antingen tillämpas eller inte. Med principerna förhåller det sig på ett annat sätt. Ofta existerar det helt motstridiga principer, men detta betyder inte att det enbart är den ena av dem som skall tillämpas. Två motstridiga principer kan i stället vara tillämpbara på samma fall. Den ena principen utesluter inte den andra. I stället strävar vi till att i det enskilda fallet optimera båda. Vi väger dem mot varandra och strävar till att så långt det är möjligt tillgodose båda.

Det verkligt viktiga i dagens finländska grundrättighetsjuridik är i mitt tycke just detta att avvägningsproblematiken så starkt betonas. Här skiljer sig modern finländsk grundrättighetsjuridik till sin fördel t.ex. från den amerikanska, där det finns en stark tendens att betona de enskilda grundrättigheternas absoluta karaktär. Varje grundrättighet antas ofta i amerikansk rättstillämpning vara mer eller mindre absolut och så att säga stå enbart på egna ben.

Så länge vi uppfattar grundrättigheterna som enbart bestående av regler och principer är de lätta att hantera för oss jurister. Men tyvärr omfattar grund- och människorättigheterna ibland också syften och mål, det som jag här kallar policies. Jurister har tillvidare inte haft något större intresse av att befatta sig med dem. Antagligen därför att de inte kan ges ett klart rättsligt innehåll via traditionella juridiska metoder.

Som exempel på grundrättighetsstadganden i grundlagen, som innefattar policies nämner jag här:

a) 18 §, 2 momentets stadgande, i vilket det sägs att "det allmänna skall främja sysselsättningen och verka för att alla tillförsäkras rätt till arbete";

b) 19 §, 3 momentets stadgande, i vilket det sägs att "det allmänna skall, enligt vad som närmare bestäms genom lag, tillförsäkra var och en tillräckliga social-, hälsovårds- och sjukvårdstjänster samt befrämja befolkningens hälsa" samt

c) stadgandet i 20 §,1 momentet, enligt vilket "var och en bär ansvar för naturen och dess mångfald samt för miljön och kulturarvet" jämte samma stadgandes 2 moment, som säger att

"det allmänna skall verka för att alla tillförsäkras en sund miljö och att var och en har möjlighet att påverka beslut i frågor som gäller den egna livsmiljön".

I praktiken har ingen jurist tillsvidare på allvar tagit itu med att försöka operationalisera dessa policies. I allmänhet nöjer man sig med att säga att de är "riktningsgivande" eller att de understryker rättighetens betydelse och så vidare. Nu måste man naturligtvis fråga sig vad detta beror på. Jag tror att svaret egentligen är ganska enkelt. Jurister är specialiserade på att lösa konflikter via a) tolkning av regler och b) via avvägning av principer. Men jurister har inte några speciella färdigheter att hantera frågor som gäller uppställda mål, syften, policies. Ifråga om dem gäller det ju inte att lösa konflikter utan att formulera strategier för att uppnå de fastställda målen.

De centrala frågorna då det gäller policies hänger samman med valet av de lämpligaste, mest effektiva och mest ändamålsenliga *medlen* för att upp-

nå de fastställda målen. Målen, syftena, förutsätter en mål-medelargumentering som är tämligen främmande för jurister. Jurister klarar helt enkelt inte av det som jag här kallar pragmatisk argumentering. Det är en argumentering som vi inom juridiken tillsvidare brukat hänföra till politiken eller till samhällsplaneringen. I den pragmatiska argumenteringen strävar vi inte efter att lösa konflikter genom en rättslig tolkning av rättsregler eller genom att avväga principer mot varandra, utan vi försöker som sagt i stället motivera valet av de lämpligaste medlen för att uppnå det eftersträvade målet.

Den fråga som jag ställer mig här är varför juristerna diskvalificerat sig själva just beträffande dessa "pragmatiska" frågor. Beror det bara på att juridiken i så fall skulle bli något helt annat än den traditionella domarjuridiken? En domare skall ju inte ägna sig åt mål-medelargumentering.

För mig förefaller det som om dagens jurister skulle lämna juridiken på hälft just genom att inte ta sig an även policyargumenteringen. Vi kommer nämligen inte från det faktum att en allt större del av vår lagstiftning med tiden blivit allmer instrumentell, dvs. målinriktad. Medan lagstiftningen tidigare ofta nöjde sig med att slå fast laglighetens gränser, har den idag i allt högre utsträckning börjat formulera målsättningar och eftersträvade mål.

1 Rättigheter och policies. Miljörättigheterna som exempel

Miljörättigheterna är typiska policyrättigheter. För det första slår de fast ett kollektivt ansvar för naturen och dess mångfald samt för miljön och kulturarvet. För det andra är rättigheternas syfte att trygga en sund miljö och för det tredje att stärka de enskildas påverkningsmöjligheter i beslutsfattandet. Något klart, juridiskt bestämt eller ens bestämbart innehåll har rättigheterna inte. Det är svårt, för att inte säga omöjligt, att se miljörättighetsstadgandet som ett uttryck för rättsregler. Det är möjligt att uppfatta det som ett uttryck för principer och det är naturligt att uppfatta det som (också) ett uttryck för målsättningar och policies.

Det är därför lätt för mycket traditionella jurister att påstå att miljörättigheterna enbart är programmatiska, dvs. som mer eller mindre nonchalerbara rättigheter. Inom miljörätten har den tillsvidare närmast uppfattats som ett uttryck för grundrättighetsförankrade principer. (Vihervuori, Kuusiniemi t.ex.). Personligen tror jag att de bör betraktas både som principer och som i grundlagen fastslagna mål, dvs. som en policynorm.

Det verkligt problematiska med miljörättigheterna är att de saknar ett preciserbart materiellt innehåll. Om vi faktiskt vill ta dem på allvar, måste vi alltså försöka precisera dem. Och det är inte alls en omöjlighet. Jag utgår från att grundlagens grundrättigheter inte får försvagas (det så kallade försvagningsförbudet). Det betyder bl.a. att den miljölagstiftning som var i kraft, då det nya miljörättighetsstadgandet godkändes eller som därefter godkänts, inte får ändras så att skyddet för naturen och miljön blir svagare än det var då den nya grundrättigheten blev tillämpbar. Vi måste ju utgå från att miljörättigheten förstärkte – och inte försvagade – det miljöskydd som gällde då rättigheten blev en del av hela det finska grundrättighetssystemet.

Miljörättighetens materiella innehåll kan vi därför åtminstone delvis hämta från gällande miljölagstiftning. 1996 års miljövårdslag slår t.ex. fast att syftet med lagen är att:

1. bevara naturens mångfald,
2. vårda naturens skönhet och landskapets värde,
3. stöda hållbart nyttjande av naturtillgångarna och av naturmiljön,
4. öka kännedomen om och intresset för naturen samt
5. främja naturforskningen.

De enskilda miljölagarna (miljövårdslagen är bara en av ett stort antal) uppställer mål som de facto ger grundlagens miljörättigheter ett lite mera konkret rättsligt innehåll. Det som är viktigt att observera i detta sammanhang är likväl att också miljölagarnas målsättningar är mycket allmänna och att de varken är regler eller entydigt principer. De är, för att uttrycka det förenklat, primärt mål, syften och policies.

Den traditionella juristen förhåller sig till dessa miljölagarnas målsättningsstadganden på traditionellt sätt. Han eller hon använder dem som *programmatiska riktlinjer* eller *utgångspunkter*, då lagen tillämpas i konkreta situationer. Målsättningsstadgandena fungerar som ett slags obestämda värdepostulat vid rättstillämpningen och ingenting annat. Också miljöhänsynen måste beaktas!

Det är detta begränsade perspektiv som jag vill ifrågasätta.

De flesta miljölagar tillämpas på ett sådant sätt att det ofta, kanske oftast, uppstår något som jag kallar ett genomförandeunderskott. Det betyder att de inte tilllämpas på ett sådant sätt att deras syften förverkligas i full utsträckning.

Den legalstrategi för 2000-talet som jag förespråkar utgår från att också juristerna bär ansvar för att lagstiftningens – och i synnerhet grundrättigheternas – syften i verkligheten också uppnås. Men det kan enbart ske om vi överger domarjuridiken.

Det jag menar är följande. Eftersom alla målformuleringar i sista hand hänger samman med valet av de lämpligaste medlen för att uppnå det fastslagna målet, så måste juristerna såsmåningom börja ägna sig åt analyser av mer eller mindre empirisk art. Utan empirisk kunskap kan vi nämligen inte veta via vilka medel de eftersträvade målen bäst kan uppnås. Juristerna måste med andra ord lära sig ställa frågar av bl.a. följande slag: a) Vilka är de faktiska hinder som omöjliggör ett fullt förverkligande av de uppställda målen (hindren kan vara ekonomiska, politiska, administrativa men också rent rättsliga). Det finns kanske kontraproduktiva rättsregler inom något annat rättsområde (t.ex. inom civilrätten). b) Vilka strategier bör utvecklas för att grundrättighetens eller lagens syften verkligen skall realiseras? Dessa strategier kan ta sikte på att ändra lagstiftningen på ett sådant sätt att målen också de facto uppnås, men de kan också ta sikte på att förändra olika slag av faktiska omständigheter, ekonomiska, administrativa eller politiska, som gör det omöjligt att uppnå de uppställda syftena.

Detta betyder i sin tur att juristerna måste gå ut ur de juridiska fakulteterna och börja samarbeta med t.ex. miljöforskare och miljöaktivister, med samhällsplanerare, ingenjörer och läkare men också med grupper och organisationer som är engagerade i de problem som skall lösas. Juridiken måste helt enkelt bli mer problem- och samhällsorienterad.

För juristutbildningen skulle en dylik nyorientering ha viktiga konsekvenser. I den meningen skulle juristutbildningen avprofessionaliseras att den inte mera ensidigt skulle ta sikte på domarjuridiken utan i stället fästa större uppmärksamhet vid hur de mål som rättsordningen uppställer i verkligheten skall förverkligas. Juristerna skulle inte mera bara nöja sig med att tolka lagen utan också aktivt bidra till att förändra både lagarna och den omgivning i vilken de verkar.

Men för att den utopin skall bli verklighet måste vi som jurister inse att juridiken inte bara har att göra med regler och principer, utan att den i lika hög grad har att göra med mål och syften.

I vilket fall som helst kommer de policyorienterade grund- och människorättigheterna förr eller senare att tvinga grund- och människorättighetsjuristerna ut ur de juridiska fakulteternas domarfängelse. Personligen upplever jag denna utbrytning ur domarfängelset som en fråga om vårt *ansvar*

för rättsutvecklingen. Vi kan inte fortsätta med att bara vara paragrafuttolkare. Juridik är någonting betydligt mer än enbart tolkning.

2 Rättigheter och kollektiva intressen

Jag tar här upp en problematik som ansluter sig till det föregående resonemanget. Medan jag i det föregående avsnittet behandlade frågan om relationen mellan grundrättigheter och policies, skall jag här diskutera relationen mellan grundrättigheter och kollektiva intressen. Det är en problematik som kommit på dagordningen framförallt på grund av Ari-Matti Nuutilas, Kimmo Nuotios och Pekka Länsinevas skriverier under de senaste åren.

Frågan gäller i korthet följande. Grund- och människorättigheterna syftar primärt till att skydda den enskilde individen gentemot otillbörliga ingrepp från det allmännas sida (rättigheternas vertikala verkan) eller, alternativt, gentemot otillbörliga ingrepp från andra individers sida (rättigheternas horisontala verkan). Rättigheterna är likväl inte absoluta i den meningen att de inte skulle kunna begränsas inom vissa bestämda gränser. Rättighetsbegränsningar kan bl.a. motiveras med hänvisning till kollektiva intressen. Den rättsligt intressanta frågan här är naturligtvis hur vi som jurister skall uppfatta begreppet "kollektiva intressen". Är de kollektiva intressena överhuvudtaget juridiskt gripbara i någon seriös mening eller borde de uppfattas som semirättsliga eller rentav som politiska intressen?

Jag tar min utgångspunkt i artikel 8 i Europarådets människorättskonvention:

> 1. Envar har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
>
> 2. Offentlig myndighet må icke störa åtnjutandet av denna rättighet med undantag för vad som är stadgat i lag och i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till landets yttre säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välstånd, förebyggandet av oordning eller brott, hälsovården, skyddandet av sedligheten eller andra personers fri- och rättigheter.

I första stycket är det fråga om en människorättighet, medan det i andra stycket främst är fråga om kollektiva intressen i vars namn begränsningar i rättigheten kan göras. Själva rättigheten kan vi uppfatta både som en regel och som en princip. Vi kan via våra vanliga juridiska metoder ge den ett bestämt rättsligt innehåll och vi kan avväga den gentemot andra rättigheter som den eventuellt står i konflikt med. Men de kollektiva intressen som

nämns i andra stycket kan vi inte på samma sätt innehållsbestämma via tolkning eller optimering.

I våra grundrättigheter ingår inte dylika begränsningsklausuler. I vår grundrättighetsjuridik laborerar vi ju i stället med begrepp såsom "godtagbar grund", "vägande allmänt intresse" och proportionalitet som centrala begränsningskriterier. Grundtanken i vårt grundrättighetssystem är likväl att vi bör laborera med begränsningskriterier som motsvarar – och helst är strängare än – dem som ingår i de centrala människorättskonventionerna.

Den verkligt svåra frågan är att avgöra hur vi juridiskt skall uppfatta begränsningskriterierna. Den idag allmänt omfattade uppfattningen är att också de begränsningskriterier som jag här kallar kollektiva intressen (t.ex. landets yttre säkerhet, den allmänna säkerheten, förebyggande av oordning osv.) bör ses som rättsligt preciserbara begrepp. Detta betyder i praktiken att vi t.ex. vid den rättsliga bedömningen av huruvida en begränsning av privatlivets helgd är berättigad eller ej lugnt kan utgå från att "den allmänna säkerheten" i vissa fall ger oss en rätt att begränsa rättigheten till privatliv. Tankegången är följande: vi bör vid en konflikt mellan rättigheten till privatliv avväga denna rättighet gentemot det kollektiva intresset av allmän säkerhet. Implicit i denna tanke är föreställningen att vi här har att göra med två mot varandra stående principer.

Jag är inte alls så säker på att detta är en helt riktig uppfattning. En rättighet är något jag *har*, något jag kan göra anspråk på. Och om en rättighet hamnar i konflikt med en annan rättighet, kan jag via en optimering av båda rättigheterna nå ett resultat som bibehåller båda rättigheterna. Om exempelvis rätten till privat- och familjeliv hamnar i konflikt med yttrandefriheten, kan det mycket väl hända att yttrandefriheten i en viss utsträckning måste ge vika för tryggandet av privat- och familjelivet utan att för den skull omintetgöras.

Ifråga om de kollektiva intressena är läget däremot något annorlunda. Jag har inte några kollektiva intressen. De är inte några rättigheter som tillkommer mig. Jag kan däremot förvänta mig att det allmänna, staten, kommunerna, myndigheterna och domstolarna, respekterar och befordrar dem. De kollektiva intressena är faktiskt till sin natur kollektiva och inte individuella.

Jag har därför svårt att se att vi kan tala om en avvägning i detta sammanhang. Vid en avvägning väger man i princip jämförbara ting mot varandra. Men här är det fråga om någonting annat. Individuella rättigheter och kollektiva intressen gäller olika saker. Är det i så fall fråga om en ren

intresseavvägning? Också här ställer jag mig tvekande, för rättigheterna är ju egentligen inte några intressen. De är rättsliga värden som vi vid konfliktsituationer kan optimera. Men vid en kollision mellan en rättighet och kollektiva intressen ter sig, åtminstone för mig, en optimering såsom en absurditet. Det ord som jag närmast kommer att tänka på som en lämplig ersättning till avvägning är *jämkning*.

Jag skall försöka förtydliga mig. Då vi talar om en konflikt mellan privatlivets helgd och yttrandefriheten, vet vi som jurister för det mesta vad vi talar om. Vi vet åtminstone i stora drag vad som innefattas i dessa rättigheter. Men om vi övergår till att tala om en konflikt mellan exempelvis yttrandefriheten och den allmänna säkerheten eller landets yttre säkerhet hamnar vi inför en annan typ av frågor. Vi måste i sista hand empiriskt eller på något annat liknande sätt försöka visa att en begränsning av yttrandefriheten de facto är nödvändig för att säkra den allmänna säkerheten eller landets yttre säkerhet. Här måste vi alltså först göra klart för oss vad dessa två säkerhetsbegrepp egentligen betyder. Och det är inte en fråga som det går att svara på via någon sedvanlig tolkningsexercis. Vi måste ta redan på hur polis- och försvarsmakten ser på begreppen; vi måste göra sannolikhetsbedömningar vid sidan av de mera traditionella bedömningarna av ingreppens styrka, avgränsning och liknande.

Vid en konflikt mellan rättigheter och kollektiva intressen måste vi alltså gå längre i vår analys av konflikten än vid konflikter mellan olika rättigheter, där vi kan nöja oss med en avvägning av principer. De kollektiva intressena är nämligen inte några principer.

Så länge vi vägrar erkänna att det finns en skillnad mellan principer och kollektiva intressen kan vi fortsätta med att behandla de kollektiva intressena *som om* de vore principer. Men då når vi också resultat som varken teoretiskt eller praktiskt är hållbara.

Det jag här velat understryka är att de kollektiva intressena på samma sätt som målsättningarna och policies tillhör ett område inom juridiken som inte går att inordna i de traditionella begreppsschemata som vi är vana vid. Med detta vill jag ingalunda säga att juristerna skall lämna dem åt politikerna, en uppfattning som förespråkas av renodlade rättspositivister.

Det jag i stället vill hävda är att också juristerna kan använda dessa begrepp men i så fall i fullt medvetande om att de inte kan innehållsbestämmas via de sedvanliga juridiska tolkningsteknikerna. Juristerna måste börja inse att juridiken idag är något mer än den var igår.

3 Några ord om kriminaliseringsgrunderna

Frågan om kriminaliseringsgrunderna har fått förnyad aktualitet i vårt land i samband med 1995 års grundrättighetsreform. Debatten är viktig också utifrån de synpunkter som jag ovan försökt utveckla. Jag skall därför helt kort diskutera några av de problem jag menar vara värda en viss fördjupning. Framförallt Ari Matti Nuutila har förfäktat uppfattningen att grundrättigheterna kan fungera som kriminaliseringsgrunder.

Intuitivt förefaller uppfattningen naturligtvis rimlig. Personligen ser jag den likväl som åtminstone i högsta grad problematisk. Och detta av följande skäl. Grundrättigheternas syfte är att skydda de enskilda individerna gentemot staten och inte att beröva dem detta skydd. Men straffrätten innebär ofta till sin verkningar att individens rättigheter begränsas, ofta till och med mycket kännbart.

Att grundrättigheterna t.ex. utgör ett skydd för den enskildes liv, hemfrid, egendom och personliga integritet betyder givetvis att detta skydd också måste sanktioneras. Detta står helt klart. Men härifrån är steget faktiskt långt till att även motivera kriminaliseringarna med enbart grundrättighetsmotiv.

I varje fall för mig är det svårt att förstå att t.ex. rätten till personlig frihet i rättsligt avseende både skulle kunna användas för att trygga den enskilde individens frihet och för att beröva en annan individ hans frihet. Jag tror därför att det är nödvändigt att införa några distinktioner för att klargöra begreppen.

Grundrättigheterna tillkommer de enskilda individerna, de är individuella rättigheter. Men dessa rättigheter måste åtminstone analytiskt hållas åtskiljs från de allmänna kollektiva kraven på stabilitet och allmän ordning i samhället. Stöld kriminaliseras därför att det är ett brott mot äganderättsinstitutet och inte därför att det är ett brott mot den enskildes äganderätt. Rattfylleri kriminaliseras därför att det är ett brott mot den allmänna säkerheten och inte därför att det kränker någon enskilds rättigheter. Familjelivet skyddas därför att familjen är en av de centralaste samhälleliga institutionerna osv., osv.

Kriminaliseringarna bör därför motiveras utifrån kollektiva intressen och inte utifrån individuella rättigheter. Men vad är i så fall skillnaden mellan de olika motiveringsgrunderna? Jag tror att skillnaden är stor. Om vi exempelvis motiverar strafflagens stöldstadganden med hänvisning till egendomsskyddet, kan vi lätt med rent juridiska argument finna lämpliga lös-

ningar. Lagberedarna och experterna i riksdagens specialutskott kan begränsas till de juridiska fakulteternas straffrättsexperter. Kriminalpolitiken blir straffrätts- och grundrättighetsjuridik. I verkligheten är däremot egendomsbrotten i grund och botten mera en samhälls- och kriminalpolitiska fråga än en juridisk. Kriminaliseringsgrunderna måste därför vara kriminalpolitiska och samhällspolitiska. Grundrättigheterna finns förstås med som ett nödvändigt element i den debatten, men det är svårt att acceptera att de skulle utgöra själva basen för de kriminalpolitiska övervägandena.

Är det så, att vårt samhälle blivit så extremt individualistiskt att vi inte mera uppfattar betydelsen och vikten av kollektiva intressen? Och är det så, att just juristerna blivit denna individualisms överstepräster?

De kollektiva intressen som kriminaliseringarna enligt min mening bör grunda sig på är – eller borde åtminstone vara – åtkomliga också för jurister. Det som gjort dem så motbjudande för juristkåren idag är att de förutsätter kännedom om allmänt omfattande värderingar i samhället (och inte bara om grundrättigheterna); att de förutsätter konsekvensorienterade bedömningar; att de bygger på sannolikhetsöverväganden samt olika typer av mer eller mindre obestämda skälighets-, rimlighets- och rättvisebedömningar.

I den bästa av världar, dvs. inom de närmaste decennierna, kommer juristerna förhoppningsvis att lära sig hantera också denna typ av frågor. Men då har juristutbildningen redan förändrats.

4 Vad lär vi oss av detta?

I bästa fall lär vi oss att det domarperspektiv som den nuvarande juristutbildningen tar som sin naturliga utgångspunkt inte mera är i samklang med tiden. Det finns därför kanske en viss logik i förslaget att grunda en särskild domarutbildningsanstalt. Men å andra sidan kommer detta att betyda att domarna även i framtiden kommer att hålla fast vid ett tankemönster som inte mera motsvarar dagens krav.

Jag har i denna artikel tagit fast på tre saker som jag tycker att borde diskuteras bland dem som vill se verkligheten i vitögat. För det första: vilka konsekvenser har det för juristutbildningen och för juristerna i allmänhet att vår rättsordning i allt större utsträckning blivit målorienterad, dvs. orienterat sig bort från den gamla legalistiska modellen, där alla frågor gällde lagligt eller icke-lagligt? För det andra: på vilket sätt kan vi i den kommande juristutbildningen få juristerna att även lära sig hantera frågor

som har att göra med å ena sidan policies och å andra sidan kollektiva intressen? Och för det tredje: hur kan vi via den kommande juristutbildningen få juristerna att på ett aktivt sätt engagera sig för konkreta samhällsförändringar tillsammans med andra närstående grupper – utanför domstolssystemet?

En av mina utgångspunkter har varit att vår rättsordning är ett relativt öppet system. (Därom råder, som alla vet, likväl olika uppfattningar.) Den öppnar sig enligt mitt sätt att se både mot moralen och politiken. Rättsprinciperna är inte enbart rättsliga principer; i varje central rättsprincip finner vi också moraliska element. De rättsliga målsättningarna lika väl som de kollektiva intressena öppnar för sin del rätten mot politiken. Det finns alltså inte ett helt autonomt rättssystem.

Men många, kanske de flesta, anser att rätten och juridiken borde bibehållas intakta, dvs. att både moralen och politiken borde hållas på avstånd. Personligen anser jag att det är just denna rigida uppfattning om rätten som lett till den återvändsgränd som rätten idag befinner sig i.

Den legalstrategi för 2000-talet som jag här försökt teckna konturerna till innebär egentligen inte något annat än att även juristerna bör lära sig handskas med rättsliga målsättningar (policies) och kollektiva intressen på ett realistiskt sätt.

Det innebär – förmodar jag – att juristerna måste finna en ny identitet. Juridiken är inte mera bara juridik, dvs. lagtolkning och normkunskap, utan juridiken är ett av de kunskapsområden vid sidan av flera andra som bidrar till samhälleliga förändringar.

Lagboken, prejudikaten och lärobäckerna räcker inte mera.

Det gäller i stället att ta rätten för vad den är: ett ofta rätt grumligt system som å ena sidan bidrar till att lösa konflikter men som å andra sidan också bidrar till att sätta förändringsprocesser igång. Om 2000-talets jurister inser att rätten också kan brukas på ett dynamiskt och nyskapande sätt, har en ny juristidentitet skapats. Då är juristerna inte mera tekniker utan påverkare i ordets sanna mening.

Litteratur av vikt för det här behandlade ämnet:

Pekka Länsineva, Veli-Pekka Viljanen (toim.): *Perusoikeuspuheenvuoroja.* Turku 1998.
Nuutila, Ari-Matti: *Rikosoikeudellinen huolimattomuus.* Helsinki 1996.
Viljanen, Veli-Pekka: *Perusoikeuksien rajoitusedellytykset.* Vantaa 2001.

Mikael Hidén

7 Havaintoja hallinnollisten säädösten antovallan puitteista uuden perustuslain järjestelmässä

> *Voipi sanoa, että eroitus sen lainsäädännön, joka sittemmin on kutsuttu kuninkaan taloudelliseksi lain säädännöksi, ja sen lainlaatimuksen välillä, johon tarvittiin kansan suostumusta, kulkee punaisena lankana lainsäädäntömme historian läpi siitä asti kuin nykyinen yhteiskunnallinen järjestys meillä alkoi kotiintua meidän päiviin asti.*
> Jaakko Forsman: Suomen lainsäädännön historia, 1896.

> *Lainsäädäntövallan siirtämistä ja asetuksen antamista koskevan sääntelyn perusteet muuttuvat kokonaisuudessaan uuden perustuslain tullessa voimaan.*
> Lainlaatijan perustuslakiopas. Oikeusministeriön suosituksia. Helmikuu 2000.

Eräs valtiosäännön pysyviä keskeisiä asioita on kysymys oikeussääntöjen antamista koskevasta toimivallanjaosta ja erityisesti kysymys siitä, mitä oikeussääntöjä voi antaa vain varsinainen lainsäätäjä/kansanedustuslaitos ja millä edellytyksillä oikeussääntöjä voivat antaa myös hallitusvallan elimet. Tähän kysymykseen liittyvät painotukset ovat aikojen kuluessa ymmärrettävästi vaihdelleet. Tässä voidaan tyytyä viittaamaan vain erääseen kehitykseen. *Forsmanin* kirjoittaessa lainsäädännön historiaansa oli kysymyksen painopiste siinä, mitä tai mistä hallitsija saattoi säätää säätyjä kuulematta. Valtionpäämiehen itsenäisellä suoraan perustuslakiin nojaavalla säädösten antovallalla oli vielä selvästi merkitystä vuoden 1919 Hallitusmuodon järjestelmässä. Tämän itsenäisen vallan merkitys väheni kuitenkin ajan myötä ja viime vuosikymmenien käytännössä oli jo oleellisesti enemmän relevanssia kysymyksellä siitä, missä rajoissa eduskunta saattoi tavallisella lailla siirtää oikeussääntöjen antamisvaltaa hallitukselle. Uuden perustuslain järjestelmässä tämä kysymys on ko. toimivallanjaossa jo täysin keskeinen.

Tarkastelen seuraavassa niitä normistoja, jotka uudessa perustuslaissa koskevat hallinnollisten säädösten antamistoimivaltaa. Uutta perustuslakia on nyt sovellettu – tai tulossa olleen perustuslain säännöksiin sovittauduttu – perustuslakivaliokunnassa noin kahden vuoden ajan. Pyrin ottamaan huomioon tämän käytännön, jolla ymmärrettävästi on oleellinen merkitys ko. normien tosiasiassa saaman sisällön määräytymisessä. – Otsakkeessa ja hajanaisesti muuallakin kirjoituksessa käytetty ilmaus hallinnolliset säädökset ei ole oikein onnistunut. Se ei määrittele ko. säädösten alaa ja toisaalta se voi antaa turhaa tukea ajatukselle, että kyseessä olevien säädösten normit olisivat jotenkin vain hallinnollisia ja siis vähemmän oikeudellisia kuin laissa osoitetut normit. Perustellumpaa voisi olla puhua lakia alemmantasoisten säädösten antamisesta. Olen kuitenkin tyytynyt tässä käyttämään nimikettä hallinnolliset säädökset osaksi jo sen vuoksi että tällaisen nimikkeen käyttö on ollut varsin tavanomaista. Osasyynä on myös se, että lain tason alapuolella on myös säädöksiä, jotka on jätetty tämän tarkastelun ulkopuolelle ja joita ei toisaalta ole syytäkään kutsua hallinnollisiksi säädöksiksi. Tällainen säädös on erityisesti eduskunnan työjärjestys ja sellaisina voidaan pitää myös Ahvenanmaan maakuntalakeja. Aiheen rajaamisen kannalta on tässä riittävää todeta, että tarkastelen lähinnä kysymyksiä, jotka liittyvät PL 80 §:n 1 ja 2 momentin soveltamiseen, siis noissa säännöksissä tarkoitettujen asetus-nimisten säädösten ja muiden viranomaisten antamien säädösten antamisvaltaan.

Hallinnollisen säädösvallan kokonaisuutta ajatellen on eräs tarkastelun rajaamiseen liittyvä kommentti vielä paikallaan. Perustuslakivaliokunta on joissain kannanotoissaan viitannut siihen, että valtioneuvostolla saattaa sille hallitus- ja hallintoasioissa kuuluvan yleistoimivallan nojalla myös olla valta antaa yleisiä määräyksiä ja että valtion tulo- ja menoarvion soveltamiskäytäntöön on kuulunut, että valtioneuvosto on antanut budjetin määrärahoja täydentäviä määräyksiä. Tällaisiin mahdollisuuksiin viitataan, tosin kannanottoja vältellen, lausunnossa pevl 3/89 vp. Käsitellessään vuoden 1994 valtiopäivillä ylimpien valtioelinten valtaoikeuksien muuttamista koskevaa ehdotusta valiokunta otti varsin selvän myönteisen kannan tällaisten valtuuksien olemassaoloon (pevm 16/94 vp):

> "Nykyisin valtioneuvostolla on myös sellaista norminantovaltaa, jonka käyttämisen ei tavanomaisoikeudellisesti ole katsottu vaativan nimenomaisesti annettua valtuutusta. Tällaisen norminantovallan viimekätisenä valtiosääntöisenä perustana on valtioneuvostolle hallitusmuodon 2 §:n 3 momentin ja 40 §:n 1 momentin nojalla kuuluva yleistoimivalta hallitus-

ja hallintoasioissa (PeVL 3/89 vp). Tällä norminantovallalla on ollut merkitystä erityisesti valtion talousarvion soveltamismenettelyssä, kun valtioneuvosto – yleisistunto tai ministeriö – on antanut budjetin määrärahanormeja täydentäviä normipäätöksiä. Valiokunnan käsityksen mukaan asetuksenantovaltaa koskeva sääntelyn uusiminen esityksessä ehdotetulla tavalla ei vaikuta tässä tarkoitetun kaltaiseen valtioneuvoston normiantovaltaan, jota siten edelleenkin on mahdollista käyttää valtioneuvoston (ministeriön) päätöksin."

Mahdollisuuteen käyttää hallinnollista toimeenpanovaltaa myös määräysten muodossa viitataan lyhyesti myös lausunnossa pevl 12/96 vp. Esityksessä uudeksi perustuslaiksi hallitus näyttää seuraavan valiokunnan vuoden 1994 kannanoton ajatuskulkuja (viitattu mietinnön numero tosin on virheellinen), mutta vain talousarvion soveltamismenettelyyn liittyvän norminantovallan osalta (HE 1/98 vp, s. 132). Hallitus myös toteaa, että ehdotetulla asetuksenantovaltaa koskevan säätelyn uudistamisella ei ole tarkoitus vaikuttaa valtioneuvoston tällaiseen norminantovaltaan. Perustuslakivaliokunta ei mietinnössään (pevm 10/98 vp) kajonnut tähän kysymykseen.

Tässä tarkoitettua norminantovaltaa voidaan mm. rajanvetokysymysten kannalta pitää varsin ongelmallisena kategoriana tilanteessa, jossa on annettu uusi perustuslaki ja siinä uudensisältöinen säännös hallinnollisten säädösten antamisesta. Tällaiseen norminantovaltaan liittyviä kysymyksiä ei seuraavassa kuitenkaan käsitellä.

1 Huomioita vuoden 1919 Hallitusmuodon järjestelmästä

Kuten alussa viitatuissa oikeusministeriön suosituksissa todetaan, ovat asetusten antamista koskevan sääntelyn perusteet kokonaisuudessaan muuttuneet uuden perustuslain myötä. Yhtä lailla pitää kuitenkin paikkansa myös se, että asetuksenantovallan rajojen suhteen käytännössä erityisesti 1990-luvulla muotoutuneet lähtökohdat "säilyvät samanlaisina uuden perustuslain 80 §:ssä" (pevl 11/99 vp). Uusista piirteistä huolimatta on uuden perustuslain säännöksessä tässä merkittävästi kysymys myös jatkuvuudesta ja vastaavasti on säännöstaustan tuntemisesta apua uuden säännöksen sijoittamisessa yhteyksiinsä.

Vuoden 1919 Hallitusmuodon tässä kohden keskeinen säännös oli 28 §:n 1 momentti, joka säilyi alkuperäisessä asussaan aina perustuslakiuudistukseen saakka. Säännös kuului:

> "Presidentillä on oikeus, mikäli ei tässä hallitusmuodossa toisin säädetä taikka sitä oikeutta ole valtioneuvostolle uskottu, antaa asetuksia asioista, jotka ennestään ovat hallinnollisilla säännöksillä järjestetyt, niin myös asetuksella tarkempia määräyksiä lakien täytäntöönpanosta, valtion omaisuuden hoidosta sekä hallintovirastojen ja yleisten laitosten järjestysmuodosta ja toiminnasta. Asetukseen älköön otettako säännöstä, joka sisältäisi lain muutoksen."

Säännöksen taustasta ja siitä, miten säännöstä Hallitusmuodon soveltamisen alkuaikoina lähestyttiin, saa kohtuullisen hyvän kuvan *Hakkilan* perustuslakikommentaarista (ss. 113-123). Presidentin asetuksenantovalta jakautui säännöksen mukaan neljään ryhmään. Niistä ensimmäinen – asiat, jotka ennestään ovat hallinnollisilla säännöksillä järjestetyt – liittyi suoraan vanhaan, hallitsijan taloudellista lainsäädäntövaltaa koskevaan perinteeseen ja oli uudessa tasavaltaisessa valtiosäännössä selitettävissä ehkä lähinnä vain historiallisin ja siirtymävaihetta koskevin perustein. Muut kolme koskivat säännöksen mukaan "tarkempia" määräyksiä ja edellyttivät siten periaatteessa, että ko. asioista oli jotain jo määrättynä muualla, siis lähinnä laissa. Tämän edellytyksen rajoittava merkitys ei kuitenkaan valtion omaisuuden hoidon ja hallintovirastojen ja yleisten laitosten järjestysmuodon ja toiminnan kohdalla ollut välttämättä kovin suuri – *Hakkila* (s.122) esim. viittaa siihen, että "sellaisista laajoista ja kansantaloudellisesti merkityksellisistä toimialoista kuin metsähallinnosta ja valtionrautateistä on voitu antaa asetuksia".

Em. ryhmistä tai kategorioista ensimmäistä voidaan kuvata presidentin itsenäiseksi asetuksenantovallaksi sikäli, että presidentti oli suoraan perustuslain nojalla oikeutettu antamaan ko. asioista asetuksia tarvitsematta mitään lainsäätäjän edeltävää toimenpidettä. "Tarkempia"-sanasta huolimatta saattoivat kaksi viimeistä ryhmää tulla tämän itsenäisyyden kannalta tosiasiassa lähelle ensimmäistä ryhmää. Kaikille näille ryhmille oli toisaalta yhteistä se, että ne eivät lähtökohtaisesti edellyttäneet, että laissa olisi erikseen maininta presidentin vallasta antaa asetus. Lainsäätäjän valtuuttava lausuma ei ts. ollut tarpeen, vaan valtuusperuste oli jo perustuslain säännöksessä.

Perustuslain säännöstekstin mukainen valta modifioitui kuitenkin käytännössä monellakin tapaa. Merkittävä tekijä oli lain tasolla tapahtuvan säätelyn volyymin kasvu ja yksityiskohtaistuminen ja sitä kautta tapahtuva asetuksenantajan liikkumatilan supistuminen. Merkittävää oli myös sen tavan vakiintuminen, että lakitekstiin otettiin säännöksiä täytäntöönpanossa tarvittavien säännösten antamisesta. Ehkä merkittävin – ja myös äsken

mainittujen muutosten taustalla vaikuttanut – tekijä oli kuitenkin asennoitumisten ja katsomusten muuttuminen. Jo *Hakkila* viittaa 1939 ilmestyneessä kommentaarissaan (s. 121) siihen, että taloudellisen lainsäädännön piiri tulee "nykyaikaista oikeuskäsitystä vastaavan kehityksen seurauksena" epäilemättä aikaa myöten supistumaan. Käsitykset siitä, mistä kaikesta on säädettävä jo laissa ja mitä voidaan jättää asetuksen tasolle, ovat muuttuneet laissa säätämisen merkitystä korostavaan suuntaan. Tämä on tullut erityisesti näkyviin perusoikeuksia koskevan säätelyn yhteydessä tai sellaisissa erityiskysymyksissä kuin verosta säätämisessä, mutta se on vaikuttanut yleisestikin. Säännössisältöihin liittyvien seikkojen – esim. perusoikeuksien turvaamisen – lisäksi tähän kehitykseen on ehkä taustalla vaikuttanut myös valtioelinten rooleja yleensä koskevissa käsityksissä tapahtunut, eduskunnan asemaa ja parlamentarismia korostanut kehitys. Kärjistäen voisi sanoa, että Hallitusmuodon voimassaolon loppuvuosina noudatettiin suhtautumisessa asetuksen tasolle siirtämisen sisällöllisiin edellytyksiin käytännössä jo suunnilleen samoja periaatteita kuin nyt PL 80 §:n soveltamisessa.

Yleisvaltuus asetusten antamiseen oli HM 28 §:n mukaan vain tasavallan presidentillä. Valtioneuvostolla voi myös olla valta antaa hallinnollisia säädöksiä, mutta tämä edellytti aina "uskomista", ts. erillistä valtuutusta. Tätä kysymystä järjestettiin vuonna 1922 perustuslainsäätämisjärjestyksessä säädetyssä ns. Valtioneuvoston ratkaisulaissa, jonka mukaan tällainen valtuutus voitiin antaa Hallitusmuodossa, laissa taikka asetuksessa ja näitä valtioneuvoston annettavia "asetuksia" oli kutsuttava valtioneuvoston päätöksiksi. Vuoden 1922 laki kumottiin valtioneuvoston ratkaisutoimintaa koskevassa vuonna 1993 säädetyssä uudistuksessa, jossa vastaava säännös valtioneuvoston norminantovallasta sisällytettiin lakiin valtioneuvostosta.

Hallitusmuotoon ei sisältynyt säännöstä ministeriölle kuuluvasta tai annettavasta säädösten antamisvallasta. Käytännössä kuitenkin laeissa melko usein uskottiin täytäntöönpanoa koskevien tarkempien säännösten antamisvaltaa ministeriölle. Käytäntö oli hyvin vakaa eikä sellaisenaan vastoin mitään perustuslain nimenomaista säännöstä. Tällaista norminanto-oikeuden ministeriölle uskomismahdollisuutta voitiin siten pitää tavanomaiseen oikeuteen perustuvana osa valtiosääntöä. Ministeriön oikeuden antaa normipäätöksiä lain täytäntöönpanosta oli aina perustuttava laissa olevaan nimenomaiseen valtuutukseen. Käytännössä toisaalta katsottiin, että asetuksella voitiin antaa ministeriölle valtuus antaa määräyksiä asetuksen soveltamisesta (ks. esim. pevl 3/89 vp).

Edellämainittujen säädösten katsottiin joitakin erityiskysymyksiä ehkä lukuunottamatta olevan toisiinsa normihierarkkisessa suhteessa niin, että asetus oli valtioneuvoston päätöstä ylempi ja tämä taas ministeriön päätöstä ylempi normi.

Hallitusmuoto ei sisältänyt (nimenomaisia) säännöksiä muille kuin edellämainituille elimille kuuluvasta tai uskottavissa olevasta säädösten antovallasta. Tällaista norminantovaltaa ymmärrettävästi kuitenkin esiintyi, yleensä niin, että siihen oli annettu valtuutus laissa. Olen Säädösvalvonta Suomessa -teoksessani vuodelta 1974 lyhyesti kuvannut erilaisia säädöksiä (ss. 11-20) ja siinä maininnut esimerkkeinä mm. norminantokompetensseja, joita oli lääninhallituksella, verohallituksella, elinkeinohallituksella, Suomen Pankilla, Korkeimmalla oikeudella sekä itsehallinnon merkeissä kunnanvaltuustolla, kirkkohallituksella ja Helsingin yliopiston konsistorilla. Tällaisiin säätämiskompetensseihin enempää menemättä voidaan todeta, että yleensä kyseessä olivat rajoitettua kysymysryhmää tai hallinnon osaa koskevat yksityiskohtaiset sääntelyt taikka itsehallintoon nojaavat kompetenssijärjestelyt. Tällaisten säädöskompetenssien järjestämiseen ei liittynyt mitään yhtenäistä doktriinia, vaan niissä näyttää etupäässä olleen kysymys käytännöllisistä tai historiallisesti selittyvistä yksittäisistä ratkaisuista.

Täysin kasuistiseksi tällaiset kompetenssijärjestelyt eivät kuitenkaan jääneet Hallitusmuodonkaan soveltamisaikana, vaan jonkinlaista "oppia" tai ainakin näkemystä alkoi vähitellen kehittyä käytännön tietä. Jo vuoden 1957 valtiopäivillä perustuslakivaliokunta tarkasteli rahalaitosten kassavarannon väliaikaista määräämistä koskevan esityksen yhteydessä lyhyesti mahdollisuutta uskoa oikeudellisten normien antovaltaa viranomaisille (pevl 4/57 vp). Valiokunta katsoi olevan epäselvää, miten pitkälle tässä suhteessa voidaan Hallitusmuodon mukaan mennä, mutta totesi sitten ilman mitään enempiä perusteluja, että "Suomen Pankki joka tapauksessa jää niiden hallintoviranomaisten piirin ulkopuolelle, joille hallitusmuodon periaatteiden mukaan aineellista lainsäädäntövaltaa voidaan luovuttaa." Tähän kantaansa valiokunta viittasi Kirkkolain muutoksen käsittelyn yhteydessä vuoden 1984 valtiopäivillä (pevl 1/84 vp) ja totesi vanhan kannanottonsa sisällöksi sen, että "soveltamismääräysten uskomisessa muille kuin tasavallan presidentille, valtioneuvostolle ja ministeriölle tulisi olla hyvin varovainen". Esittämillään perusteilla valiokunta hyväksyi piispainkokoukselle ehdotetun vallan antaa tarkempia määräyksiä lain erään säännöksen soveltamisesta.

Delegointimahdollisuuden kannalta lähinnä vain näihin aikaisempiin kantoihinsa viitaten valiokunta torjui jälleen vuoden 1993 valtiopäivillä Suomen Pankille annettavan norminantovallan tilanteessa, jossa oli kysymys Suomen Pankin oikeudesta määrätä tietyille rahalaitoksille velvollisuus pitää Suomen Pankissa korotonta vähimmäisvarantoa (pevl 11/93 vp). Kun Kirkkolaki 1990-luvun alussa uudistettiin ja kirkolliskokous sai siinä laajan vallan säätää kirkon hallinnosta tarkemmin kirkkojärjestyksessä, tyytyi valiokunta lyhyesti toteamaan, että "kirkon valtiosäännön mukainen erityisasema on tässä tapauksessa peruste sille, että kirkolliskokous saa ehdotetunlaisen laaja-alaisen norminantovallan tämän itsehallintoyhteisön hallintoa ja toimintaa koskevissa asioissa" (pevl 20/93 vp). Itsehallintoisuudelle annettu merkitys näkyi myös kannanotossa, joka koski varsin suppeassa uudessa yliopistolaissa yliopistoille annettavaa valtaa antaa johtosäännöllä määräyksiä omasta hallinnostaan (pevl 3/97 vp). Vuoden 1993 lausuntoonsa viitaten valiokunta totesi lyhyesti, että "perustuslaista sinänsä ei johdu estettä sille, että itsehallinnollisiksi yhteisöiksi järjestetyille yliopistoille uskotaan norminantovaltaa niiden hallintoa ja toimintaa koskevissa asioissa".

Sama pidättyväinen linja Suomen Pankin norminantovallan suhteen jatkui myös vuoden 1996 valtiopäivillä. Lausunnossa pevl 12/96 vp valiokunta nähtävästi ensimmäistä kertaa tarkasteli myös tasavallan presidentin, valtioneuvoston ja ministeriöiden piirin ulkopuolelle tapahtuvan norminantovallan siirron periaatteellista taustaa. Valiokunta totesi:

> "Kysymyksenasettelun taustalla on näkemys, jonka mukaan näiden mainittujen, eräänlaisten varsinaisten säädösvallan käyttäjien piirissä säädösvalta on tavalla tai toisella parlamentaarisen vastuukatteen alaista, kun taas muiden eli ministeriöiden alaisten ja kokonaan ministeriöhallinnon ulkopuolisten toimielinten norminanto on sen ulottumattomissa."

Tähän lausuntoon viitattiin ja sen linjaa seurattiin myös lausunnoissa pevl 13/96 vp ja pevl 19/96 vp, joissa oli kyse rahoitustarkastuksen norminantovallasta. Näihin kolmeen lausuntoon viitaten valiokunta hyväksyi lausunnossa pevl 40/96 vp Suomen Arvopaperikeskus Oy:lle tiettyä tietoteknisiä seikkoja ja toiminnan kehittämistä koskevaa norminantovaltaa, johon liittyi myös se "varmistus", että ko. määräyksille oli saatava valtioneuvoston vahvistus. Viranomaisten norminantovalta tuli ennen perustuslakiuudistusta esille vielä lausunnossa pevl 7/98 vp. Siinä valiokunta katsoi, että Suomen Pankin valtuudessa antaa rahalaitoksille ja vastaaville yhteisöille

rahan käsittelyä koskevia määräyksiä ja ohjeita oli kyseessä "rajattuun kohdejoukkoon suuntautuva, tavoitteiltaan hyvin käytännöllinen ja luonteeltaan tekninen norminantovalta, eikä sillä ole sellaista aineellista ulottuvuutta, joka antaisi aiheen valtiosääntöoikeudelliseen huomautukseen".

2 Uuden perustuslain säännöksistä

Aiheen kannalta keskeiset säännökset uudessa perustuslaissa ovat sen 80 §:n 1 ja 2 momentissa, jotka kuuluvat seuraavasti:

> "Tasavallan presidentti, valtioneuvosto ja ministeriö voivat antaa asetuksia tässä perustuslaissa tai muussa laissa säädetyn valtuuden nojalla. Lailla on kuitenkin säädettävä yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista sekä asioista, jotka perustuslain mukaan kuuluvat lain alaan. Jos asetuksen antajasta ei ole erikseen säädetty, asetuksen antaa valtioneuvosto.
>
> Myös muu viranomainen voidaan lailla valtuuttaa antamaan oikeussääntöjä määrätyistä asioista, jos siihen on sääntelyn kohteeseen liittyviä erityisiä syitä eikä sääntelyn asiallinen merkitys edellytä, että asiasta säädetään lailla tai asetuksella. Tällaisen valtuutuksen tulee olla soveltamisalaltaan täsmällisesti rajattu."

Em. säännöksiä ja niissä järjestettyjä kysymyksiä tarkastellaan varsin laajasti ko. esityksen perusteluissa (HE 1/98 vp, ss. 130-133). Uuden säännöksen taustassa huomionarvoinen on muutamaa vuotta aikaisemmin eduskunnalle tehty esitys ylimpien valtioelinten eräitä valtaoikeuksia koskevaksi lainsäädännöksi ja siitä annettu perustuslakivaliokunnan mietintö (pevm 16/HE 285/94 vp). Tuohon ehdotukseen, joka sittemmin hylättiin vaalien jälkeisillä valtiopäivillä (pevm 6/95 vp), sisältyi myös joissain kohdin ko. 80 §:n säännöstä vastaava ehdotus (21 §) asetuksenantovallasta. Perustuslakiesityksestä antamassaan mietinnössä (pevm 10/98 vp, s. 23) perustuslakivaliokunta toi esille lähinnä vain pidättyvän suhtautumisensa norminantovallan osoittamiseen ministeriötason alapuolelle sekä täysin torjuvan suhtautumisensa asetuksenantajan mahdollisuuteen siirtää säädösvaltaansa edelleen (subdelegaatio), "ellei tällaisesta valtuudesta ole asianomaisella lailla nimenomaisesti säädetty."

Palaan säännösten yksityiskohtiin ja niihin liittyvään käytäntöön myöhempänä. Sitä ennen on kuitenkin aiheellista esittää joitakin yleisempiä, perustuslakiin liittyviä kommentteja. Perustuslain 80 § ei ole lähellekään ainut perustuslain säännös, joka vaikuttaa asetusten tai muiden hallinnollisten sää-

dösten käyttämismahdollisuuteen. Perustuslakiin sisältyy joitakin konkreettisia säännöksiä jonkin asian hoitamisesta asetuksella. Tällaisia säännöksiä ovat PL 95,1 §, jonka mukaan kansainväliset velvoitteet saatetaan muilta kuin lainsäädännön alaan kuuluvilta osin voimaan tasavallan presidentin asetuksella, PL 68,3 §, jonka mukaan ministeriöiden toimialasta ja asioiden jaosta niiden kesken sekä valtioneuvoston muusta järjestysmuodosta säädetään lailla tai valtioneuvoston asetuksella sekä PL 119,2 §, jonka mukaan valtionhallinnon organisaation erikseen mainituista asioista on säädettävä lailla, mutta valtionhallinnon yksiköistä voidaan "muutoin" säätää asetuksella.

Äskenmainittua tärkeämpää on, että Perustuslaissa on lukuisasti säännöksiä, jotka edellyttävät tietystä asiasta säädettäväksi lailla. Tällaisissa tilanteissa ei (tavallisessa) laissa voida antaa PL 80 §:ssä tarkoitetulla tavalla valtuutta asetuksen – tai viranomaisen antamien oikeussääntöjen – antamiseen. Lailla säätämisen vaatimus on tyypillistä, oleellista ja vakiintunutta perusoikeussäännösten yhteydessä. Perusoikeusluvun säännösten lisäksi Perustuslakiin sisältyy 70 tällaista nimenomaista lakivarausta yhteensä 40 eri pykälässä (Varaukset on listattu esim. alussa mainitun Lainlaatijan perustuslakioppaan liitteessä). Lakivarausten näin huomattavaa määrää voidaan pitää osoituksena halusta varmistaa, että tärkeinä pidetyissä asioissa kautta linjan kaikki merkittävä säätely pysyy aina lainsäätäjän/kansanedustuslaitoksen käsissä eikä voi liukua hallitusvallan päätettäväksi.

Lailla säätämisen vaatimukseen liittyy eräs perusoikeussäännösten ja PL 80 §:n suhdetta koskeva näkökohta, joka on syytä erikseen mainita. Perustuslain 80 §:n säännöksessä edellytetään lailla säädettäväksi yhtäältä mm. yksilön oikeuksien "perusteista" ja toisaalta asioista, jotka perustuslain mukaan muuten kuuluvat "lain alaan". Maininnalla lain alasta viitataan perustuslain säätämiseen johtaneen esityksen perustelujen mukaan "muun muassa perusoikeuksia ja verotusta koskeviin perustuslain säännöksiin..." (HE 1/98 vp, s. 132). Säännöksen näistä kohdista muodostuvaa asetelmaa ei minusta voida tulkita niin, että viittausta velvollisuuteen säätää yksilön oikeuksien (pelkistä) "perusteista" lailla käytettäisiin jotenkin lieventämään sitä lailla säätämisvaatimusta, joka perusoikeussäännöksissä on ilmaistu rajoittamatta vaatimusta vain oikeuden perusteisiin. Perusoikeutta koskevat säännökset lailla säätämisvaatimuksineen ovat tässä tarkastelussa ts. erityissäännöksiä verrattuna PL 80 §:n "perusteista" säätämistä koskevaan yleissäännökseen. Oikeuksien perusteista säätämistä koskevan kohdan voidaankin ajatella saavan merkitystä lähinnä tilanteissa, joissa on kysymys sellaisista oikeuksista, joita ei voida pitää perusoikeuksina.

3 Pari sanaa soveltamiskäytännöstä

Uuden perustuslain säännöksiä on perustuslakivaliokunnassa sovellettu tai niiden mukaan on orientoiduttu jo vuoden 1999 valtiopäivistä alkaen. (Uuden perustuslain teksti hyväksyttiin eduskunnassa ennen vuoden 1999 vaaleja 12.2.1999 ja vaalien jälkeen lopullisesti 4.6.1999 ja laki vahvistettiin 11.6.1999.) Perustuslakivaliokunta on vaalien jälkeisillä valtiopäivillä (1999, 2000 ja 2001) antanut lausuntoon pevl 29/01 vp (19.6.2001) mennessä yhteensä 91 lausuntoa. Näistä lausunnoista on havaitakseni yhteensä 32:ssa käsitelty hallinnollisten säännösten tasolle tapahtuvan norminantovallan delegoinnin rajoja.

Näiden lausuntojen määrää ja osuutta kaikista lausunnoista (32/91) voidaan pitää korkeana. Sen voidaan ajatella heijastelevan ko. kysymysten periaatteellista, eduskunnan vaikutusvallan säilyttämiseen liittyvää merkitystä valtiollisessa järjestelmässä. Ko. lukumääriin on luonnollisesti vaikuttanut se, että PL 80 §:ssä on asiasta sellainen uusi säännös, jolla on tuotu perustuslain tasoon merkittävällä tavalla uusia normeja. Lukuun vaikuttaa oletettavasti kuitenkin myös se, että vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen jälkeen on usein ja vakiintuvin linjauksin kiinnitetty huomiota siihen, että perusoikeuksia koskevassa säätelyssä on merkittävät kysymykset riittävän tarkoin säädettävä jo laissa. Perustuslain 80 §:n säännöksen säätäminen ei siten ole välttämättä merkinnyt mitään aikaisemmasta oleellisesti poikkeavaa tai täysin uutta tulkintatehtävää valiokunnalle, vaan ehkä enemmänkin jo tuttujen tulkintalähtökohtien vahvistumista ja konkreettisia uudistuksia hienosäädöissä.

4 Kenelle asetuksenantovalta?

Perustuslain 80 §:n alussa esitetään asetuksenantovallan saajatahoina täysin rinnasteisesti tasavallan presidentti, valtioneuvosto ja ministeriö. Jos sivuutetaan ne perustuslain yksittäiset säännökset, joissa asetuksenantajaelin on erikseen määrätty (PL 95,1 §, 68,3 § ja 119,2 §), on perustuslain sanamuodon mukaan siten lainsäätäjän vapaassa harkinnassa se, mille elimelle asetuksenantovaltuus uskotaan. Vaikka valtuuden kohdentaminen onkin näin harkittavissa, on jo säännöstä säädettäessä ymmärrettävästi pidetty silmällä tiettyjä lähtökohtia, jotka sitten ovat saaneet vahvistusta myös käytännössä.

Jonkinlainen viite voidaan nähdä jo siinä, että PL 80,1 §:n lopun mukaan asetuksen antaa valtioneuvosto, jos sen antajasta ei ole erikseen säädetty. Valtioneuvostolle tässä ajateltu keskeinen asema näkyy myös pe-

rustuslakiuudistukseen johtaneen esityksen perusteluissa. Niiden mukaan (HE 1/98 vp, s. 132) "(a)setuksenantovallan säätäminen presidentille on perusteltua lähinnä sellaisissa tapauksissa, joissa asetuksenantovalta liittyy presidentin erityisiin toimivaltuuksiin tai hänen asemaansa valtion päämiehenä." Valtioneuvoston ja ministeriön välisen "valinnan " osalta pidettiin lähtökohtana sitä, että valtioneuvoston yleisistunto antaa asetuksen "laajakantoisista ja periaatteellisesti tärkeistä asioista sekä niistä muista asioista, joiden merkitys sitä vaatii", kun taas ministeriölle voitaisiin osoittaa asetuksenantovaltaa "teknisluonteisemmissa ja yhteiskunnalliselta ja poliittiselta merkitykseltään vähäisemmissä asioissa." Siteerattujen kohtien ajattelua voisi ehkä kuvata myös niin, että asetuksenantajan valinnassa ei presidentin ja valtioneuvoston välillä ratkaisevaa ole asian merkitys, vaan asiatyyppi (liittyvyys presidentin asemaan), kun taas valinnassa valtioneuvoston ja ministeriön välillä oleellinen kriteeri on asian merkitys eikä niinkään asiatyyppi. Em. valintatilanteissa on ehkä myös se ero, että merkitykseltään vähäisten asioiden osoittamista ministeriön sijasta valtioneuvoston säädeltäviksi jarruttavat vain tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat, kun sen sijaan myös periaatteellisia näkökohtia voi olla sitä vastaan, että tasavallan presidentin asemaan läheisesti liittyviä asioita osoitettaisiin valtioneuvoston säädeltäviksi.

Perustuslakiuudistuksen johtaneen esityksen perusteluissa (HE 1/98 vp, s. 132) todettiin erikseen, että valtioneuvoston asetusten antaminen kuuluu valtioneuvoston yleisistunnolle (eikä siis ole siirrettävissä ministeriön päätettäväksi) ja että vastaavasti ministeriön asetusten antaminen kuuluu ministerille eikä ole osoitettavissa ministeriön virkamiehelle.

Tämä on asiallisesti välttämätöntä järjestelmän selkeyden ja parlamentaarisen vastuun kannalta. Kysymyksen juridisten aspektien kannalta on merkittävää myös se, että päätösvallan käyttöä – ja sen delegointimahdollisuuksia – valtioneuvostossa säätelevä PL 67 § koskee sitä, miten "asiat ratkaistaan", ts. yksittäisten asioiden ratkaisemista, ei sen sijaan säädösvallan käyttöä.

Asetuksenantovallan kohdentamisesta ei ole paljon perustuslakivaliokunnan kannanottoja. Useissa kannanotoissa on kyllä käsitelty sitä, mitä voidaan jättää asetuksella säädettäväksi, mutta yleensä eri asetuksia erittelemättä. Siten ei aina ole täysin selvää, missä määrin esitetyn kritiikin kärki on kohdistunut asetuksen tasolla säätämiseen yleensä, missä määrin juuri ministeriön asetuksen tasolla säätämiseen (esim. pevl 13/00 vp: "Ministeriölle ei voida antaa yleistä sääntelyvaltuutta...") eikä vastaavasti ole selvää, tarkoittavatko ehdotetun valtioneuvoston asetuksen tasolla säätelyn

hyväksymistä koskevat lausumat (nimenomaisesti) vain valtioneuvoston asetuksen tasoa vai ehkä asetuksia yleensä (ja siis myös ministeriön asetusta). Myöskään silloin kun valiokunta nimenomaan viittaa siihen, että ministeriön asetuksia voidaan lähinnä antaa vain teknisluontoisissa, vähämerkityksisissä asioissa, ei kannanotossa välttämättä tule esille mitään konkreettista valtioneuvoston asetuksen ja ministeriön asetuksen eroista tässä suhteessa (pevl 34/00 vp).

Pari kannanottoa voidaan tässä kuitenkin erikseen mainita. Ydinaseiden leviämisen estämistä koskevan sopimuksen ja ydinenergialain muutoksen yhteydessä valiokunta totesi, että valtiosopimuksen voimaansaattamislain voimaantuloa koskevan asetuksen antaminen oli "asianmukaista" osoittaa tasavallan presidentin tehtäväksi (pevl 11/00 vp). Samassa yhteydessä valiokunta katsoi, että ydinenergialain muutoksen liittymistä kansainvälisiin velvoitteisiin voitiin pitää erityisenä syynä lain voimaantuloajan määräämiseen asetuksella ja "samasta syystä" oli perusteltua, että asetuksen antoi tasavallan presidentti. Lausunnossa pevl 12/00 vp valiokunta piti samoin pyrkimystä Pohjoismaiden yhtenäiseen voimaantulojärjestelyyn erityisenä syynä merilain muutoksen voimaantuloajan määräämiselle asetuksessa, mutta kun kyseessä oli kansallisen lain voimaantulon ajankohta oli perusteltua, että asetuksen antoi valtioneuvosto. Lausunnossa pevl 43/00 vp valiokunta piti ongelmallisena järjestelyä, jossa valtioneuvoston ja ministeriön asetuksenantovalta oli rinnastettu niin, ettei ollut osoitettu, miten toimivalta jakautuu näiden kahden välillä. Ehdotukseen sisältyi myös säännöksiä, joiden mukaan valtioneuvosto voi antaa tarkempia säännöksiä ja näitä voitiin edelleen tarkentaa ministeriön asetuksella. Valiokunnan mukaan "näiden säännösten ongelmana on, että niiden mukaan ministeriön asetuksenantovallan edellytykseksi muodostuu valtioneuvoston asetuksen olemassaolo". Mitä tällä "ongelmalla" oikein tarkoitettiin (tuskin tällaisen porrastetun järjestelyn kieltämistä), jää epäselväksi. Valiokunta piti joka tapauksessa aiheellisena sääntelyn selventämistä. Vaikka PL 80 §:n sanamuoto tavallaan "hoitaakin" asian, on valiokunta useissa lausunnoissa (pevl 15/99 vp ja esim. pevl 23/00 vp) pitänyt "perusteltuna sellaisen käytännön omaksumista, että valtioneuvosto mainitaan lakien valtuussäännöksissä asetuksen antajana, silloin kun tätä tarkoitetaan."

Valtuuden kohdentamista – nähtävästi myös sen muita edellytyksiä – koskevana kannanottona voidaan vielä viitata lausunnossa pevl 26/01 vp olevaan lausumaan. Sen mukaan muotoilu, jonka mukaan radiolaitteiden oli täytettävä säännöksessä tarkoitetut olennaiset vaatimukset "siten kuin

niistä erikseen säädetään" ei ollut sellainen PL 80 §:ssä tarkoitettu valtuutus, jonka nojalla olisi mahdollista antaa säännöksiä asetuksella tai viranomaisen määräyksellä.

5 Asetusten hierarkia

Käsitellessään vuoden 1994 valtiopäivillä ylimpien valtioelinten eräitä valtaoikeuksia koskenutta hallituksen esitystä, johon sisältyi myös PL 80 §:n säännöksen kaltainen ehdotus, perustuslakivaliokunta totesi mm. (pevm 16/94 vp, s.2):

> "Esityksessä jää avoimeksi, mikä mahdollisessa ristiriitaisen sääntelyn tilanteessa on eri asetusten keskinäinen suhde. Valiokunnan käsityksen mukaan etusijajärjestys ei voi perustua siihen, mikä asetus on annettu myöhemmin. Asetusten välillä tulee vallita hierarkia, joka perustuslain yleisten kompetenssijärjestelyjen mukaan on: tasavallan presidentin asetus, valtioneuvoston asetus ja ministeriön asetus."

Tähän kannanottoon viitaten todettiin perustuslakiuudistukseen johtaneessa esityksessä (HE 1/98 vp s.133), että ristiriitaisen sääntelyn tilanteessa vallitsee tämä "perustuslain säännöksen sanamuodon osoittama hierarkia". Samalla kuitenkin todettiin, että ristiriitatilanteessa on "kuitenkin ensi vaiheessa arvioitava se, ovatko asetuksen antajat pysyneet laissa säädettyjen asetuksenantovaltuuksien puitteissa" ja ratkaisu olisi perustettava hierarkiaan, jollei ristiriitaa voida ratkaista "valtuussäännösten arvioinnin perusteella".

Mainittua hierarkiakäsitystä voidaan pitää lähtökohdaltaan varsin riidattomana: sitä puoltaa perustuslaissa ilmenevän kompetenssijärjestelyn ja säätämisvaiheen edellä viitattujen kannanottojen lisäksi ministeriön asetusten osalta selvästi se, mitä säätämisvaiheessa ja osaksi myös myöhemmissä tulkinnoissa on lausuttu ministeriön asetusten alasta suhteessa muihin asetuksiin. Tätä lähtökohtaoletusta voidaan pitää hyvin vahvana. Joissain erityistilanteissa voidaan kuitenkin, kuten esityksen em. kohdassa viitataan, poikkeuksellisesti joutua lainsäätäjän konkreettisten tahdonilmaisujen vuoksi arvioimaan asetelma toisin. Kuviteltu tällainen asetelma voisi syntyä esim. tilanteessa, jossa laissa annetaan valtioneuvostolle yleisvaltuus antaa tarkempia säännöksiä ja samalla annetaan esim. oikeus- tai ympäristöministeriölle valta antaa tarkempia määräyksiä tietyissä rajatuissa, mutta yksilön oikeusaseman kannalta merkitsevissä kysymyksissä.

6 Mitä voidaan jättää asetukselle?

Kuten alussa on viitattu, vaatimus (rajoitusten) lailla säätämisestä on hyvin oleellinen perusoikeuksia koskevassa sääntelyssä ja perustuslaissa on lisäksi huomattava joukko säännöksiä, joissa edellytetään jostakin kysymyksestä säädettäväksi laissa. Perusoikeussäännösten piirin ulkopuolellakin tapahtuva yksilön asemaa koskeva säätely on otettu huomioon PL 80,1 §:ssä sikäli, että siinä edellytetään yleisesti yksilön oikeuksien perusteista ja myös yksilön velvollisuuksien perusteista säädettäväksi lailla. Tällä "perusteista" säätämistä koskevalla kohdalla näyttää myös käytännössä olleen itsenäistä (perusoikeussäännöksistä riippumatonta) merkitystä, vaikka aina ei olekaan selvää, mitä perustuslakivaliokunta on pitänyt perusoikeussäännöksiin sisältyvänä tai niihin palautuvana. Valiokunta on siten mm. todennut, että "oikeus kuljettaa matkatavaroita on perustuslain 80 §:n 1 momentin näkökulmasta yksilön oikeus" (pevl 43/00 vp), edellyttänyt sotilasvirkaan nimitetyn uudelleen kouluttautumisen tukemista merkitsevien etuuksien perusteista säädettäväksi lailla (pevl 13/01 vp), katsonut, että asetuksella säädettäväksi ei voida jättää sitä, missä tapauksissa vieraan maan kansalaisuus rinnastetaan virallistetuista parisuhteista annetun lain mielessä Suomen kansalaisuuteen (pevl 15/01 vp) ja todennut yksityisten turvallisuuspalvelujen yhteydessä, ettei asetuksella voida kohdistaa hakijaan selvittämisvelvollisuutta, jonka sisältönä voisi olla (mm.) selvitys omasta päihteiden käytöstä (pevl 28/01 vp).

Mikä kuuluu "perusteista" säätämiseen, mikä taas on sellaista muuta (tarkempaa, vähämerkityksistä) säätämistä, joka voidaan jättää asetukseen, jää väistämättä riippumaan harkinnasta. Samansukuista harkintaa tarvitaan myös muissa tilanteissa. Kun perustuslain mukaan jostakin asiasta on säädettävä lailla, ei välttämättä ole kyse siitä, että asiasta ei voida mitään säätää lain tason alapuolella, vaan ehkä vain siitä, että kaikki merkittävät seikat pitää määrätä laissa. Myös perusoikeuksien kohdalla voi asetuksella tapahtuva tarkempi säätely olla mahdollista, kunhan kaikki oleelliset asiat sidotaan jo laissa. Asetuksiin jätettävissä olevia kysymyksiä koskevassa harkinnassa joudutaan arvioimaan säätelyn yksityiskohtien periaatteellista ja tosiasiallista merkitystä ja sitä, minkälainen tämä merkitys on juuri ko. lain tai säätelyn kokonaisuudessa. Riippuvuus tapauskokonaisuudesta merkitsee myös käytännön jonkinmääräistä tapauskohtaisuutta – ei niin, että kysymys olisi epäjohdonmukaisuuden ja kertakäyttöargumentoinnin sallimisesta, vaan lähinnä niin, että ei ole olemassa/osoitettavissa yksityiskohtaista linjaa.

Tähän harkinnanvaraisuuteen liittyy vielä eräs merkittävä tekijä. Kysymykseen lain alan ja asetuksen alan rajankäynnistä liittyy välttämättä kysymys tarkoituksenmukaisuudesta ja joustavuudesta. "Mahdollisimman paljon lain tasolle" ei välttämättä sovi tavoitteeksi – hyvin yksityiskohtaiset, muuttumisalttiit, tekniset tai asiantuntemukseen kytkeytyvät normit saattaa jo eduskuntatyönkin intressien kannalta olla perusteltua jättää asetukseen.

Näiden erityyppisten legitiimien intressien huomioon ottamiseksi perustuslakivaliokunta näyttää verraten usein turvautuvan menettelyyn, joka on perusteltu, mutta ei välttämättä ongelmaton. Lyhyesti kuvattuna kysymys on siitä, että valiokunta toteaa tietyn asetuksenantovaltuuden (muotoilun) PL 80 §:n kannalta väljäksi tai arveluttavaksi, mutta toteaa samalla, että se voidaan ymmärtää myös tietyllä, PL 80 §:ään soveltuvalla tavalla ja hyväksyy säännöksen sitten näin ymmärrettynä.

> Lausunnossa pevl 5/99 vp valiokunta tarkasteli sisäasiainministeriölle uskottavaa valtaa antaa tarkempia määräyksiä, jotka koskivat mm. poliisin epäsovinnaisia toimivaltuuksia ja totesi: "Lainsäädäntövallan delegointia koskevien vakiintuneiden käsitysten valossa on selvää, ettei ministeriölle saada siirtää näiden toimivaltuuksien perusteiden määrittelyä. Ehdotuksessa tarkoitetun ministeriön säännöstämisvallan onkin ymmärrettävä koskevan vain sääntelyn sellaisia teknisiä yksityiskohtia, joilla on vaikutusta poliisihallinnossa eikä suhteissa yksityisiin. Kun perusteluissa viitataan määräysten mahdolliseen salassapitotarpeeseen, on huomattava, että salassapidon pitää myös näissä tapauksissa perustua suoraan lakiin."
>
> Lausunnossa pevl 25/00 vp valiokunta piti vakuutusvalvontavirastolle ehdotettua valtuutta antaa tarkempia määräyksiä vakuutusyhtiön sisäisestä valvonnasta ja riskienhallintajärjestelmistä väljinä. Valiokunta kuitenkin katsoi, että ehdotetun "valtuuden nojalla on tarkoitus antaa vakuutusyhtiöille määräyksiä lähinnä niiden sisäisen valvonnan ja riskienhallinnan järjestämiseen liittyvistä menettelyllisistä ja teknisluonteisista yksityiskohdista. Näin sovellettuna valtuutus ei ole perustuslain kannalta ongelmallinen."
>
> Lausunnossa pevl 36/00 vp valiokunta tarkasteli mm. liikaa maksetun opintotuen takaisinmaksuun liittyvää korotusjärjestelyä ja totesi PL 80 §:n säännökseen viitattuaan mm.: "On toisaalta selvää, ettei korotusta voida asetuksella mitoittaa tässä suhteessa yksilöimättömän valtuuden nojalla kuinka suureksi tahansa. Tämänkaltaiseen valtuutukseen sisältyy valiokunnan käsityksen mukaan itsestään selvästi rajoitus siitä, että korotus on kohtuullisuuden näkökulmasta oikeasuhtainen takaisin perittävään summaan nähden. Näin ymmärrettynä ja tulkittuna lain nykyinen valtuutus-

säännös ja sen nojalla suunniteltu uusi korotuksen taso eivät ole valtiosääntöoikeudellisesti ongelmallisia. Asianmukaisempaa kuitenkin on osoittaa valtuutuksessa asetuksella säädettävä korotuksen enimmäistaso tai korotuksen asemesta järjestää asia vuotuiseen korkoon perustuvaksi."

Lausunnossa pevl 37/00 vp valiokunta käsitteli mm. ehdotettua valtuutusta, jonka mukaan ministeriön asetuksella annettiin tarvittaessa säännöksiä tahdosta riippumattoman hoidon järjestämisestä. Valiokunta totesi mm.: "Yleensäkin asetusten sallittua sisältöä ja vastaavasti myös valtuutussäännösten tulkintaa rajoittaa suoraan perustuslain 80 §:n 1 momentin se säännös, jonka mukaan lailla on säädettävä.... Jokaisen oikeus henkilökohtaiseen koskemattomuuteen on turvattu perustuslain 7 §:ssä..... Näistä syistä on kiistatonta, että ministeriön asetuksella voidaan antaa tahdosta riippumattoman hoidon järjestämisestä vain sellaisia lähinnä teknisluonteisia säännöksiä, jotka eivät merkitse lakiin nähden uutta perustetta näiden perusoikeuksien rajoittamiseen tai lakitasoisen sääntelyn sellaista täydentämistä, mikä perusoikeuden kysymyksessä ollen on mahdollista vain lailla."

Valiokunnan toteamus, jonka mukaan PL 80,1 §:n säännös "suoraan rajoittaa annettavien asetusten sallittua sisältöä ja vastaavasti myös valtuutussäännösten tulkintaa" (näin myös pevl 2/01 vp), pitää tietysti sellaisenaan paikkansa. Tämä ei kuitenkaan vielä sano paljoakaan siitä, kuinka tiukan tai löysän tai mahdollisesti puuttuvan ohjauksen varaan valiokunnan on syytä jättää se, että esim. PL 80 §:n säännöstä viranomaiskäytännössä tulkitaan valiokunnan oikeaksi katsomalla tavalla. Vaikka pehmeiden ohjauskeinojen – esim. tulkintaa koskevien toteamusten – käyttäminen voi usein olla paikallaan, valiokunta ei esim. perusoikeuskäytännössään yleensä tyydy luottamaan siihen, että ehdotettuja väljiä säännöksiä käytännössä sovelletaan perusoikeussuojan edellyttämällä tavalla suppeasti, vaan valiokunta edellyttää säännöksiin täsmennyksiä. En tiedä, mikä muu syy kuin ehkä pyrkimys joustavuuteen puoltaisi suurempaa luottavaisuutta PL 80 §:n säännöksen kohdalla. Kuten em. lausunnosta pevl 36/00 vp ilmenee, lain kirjoittaminen täsmällisemmäksi voi olla aivan käypä ja käytännössäkin toimiva vaihtoehto väljän valtuutuksen hyväksymiselle. Väljien valtuutusten hyväksyminen merkitsee myös sitä, että perustuslain säännöksen noudattamisessa siirretään painopistettä jonkin verran lain soveltamisvaiheen suuntaan – käytännössä ei ilmeisesti ole yhdentekevää, valvovatko valmisteleva ministeriö ja oikeuskanslerinvirasto (myös) konkreettiseksi kirjoitetun valtuutussäännöksen noudattamista vai (pelkästään) sitä, että PL 80 §:n periaatteita noudatetaan sovellettaessa väljiä valtuutussäännöksiä.

Kuten edellä on viitattu, ei valiokunnan käytännöstä tässä oikein voida vakuuttavasti tiivistää mitään yksityiskohtaista tulkintalinjaa. Esitän kuitenkin edellä jo siteerattujen kannanottojen lisäksi joitakin valiokunnan lausumia, jotka nähdäkseni auttavat hahmottamaan valiokunnan näkemyksiä sekä periaatteiden että niiden soveltamistiukkuuden osalta.

Lausunnossa pevl 5/99 vp valiokunta piti selvänä, ettei ministeriön asetuksille saada siirtää poliisin epäsovinnaisten toimivaltuuksien perusteiden määrittelyä.

Lausunnossa pevl 8/99 vp valiokunta katsoi, ettei sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksujen maksukattoa voitu jättää säädettäväksi asetuksella. Perusteluna valiokunta viittasi lähinnä kuntien maksutulojen merkitykseen kuntien itsehallinnon kannalta ja lisäksi myös perusoikeuskytkentöihin.

Lausunto pevl 11/99 vp koski ympäristö- ja vesilainsäädännön uudistamista. Valiokunta käsitteli laajahkosti asetuksenantovaltuuksia ja mm. sitä, tulevatko väljiksi muotoillut valtuudet riittävän rajatuiksi yleisten tarkoitussäännösten tai Euroopan yhteisön säädöksiin liittymisen kautta. Valiokunta piti terveys- ja ympäristöhaittoihin liittyviä kieltämisvaltuuksia liian väljiksi muotoiltuina ja hyväksyi toisaalta perustellen asetuksenantajalle tulevan valtuuden määritellä ympäristön pilaantumisen vaaran vuoksi lupaa vaativat toiminnat.

Lausunnossa pevl 4/00 vp valiokunta ei pitänyt asianmukaisena säännöstä, jonka mukaan maakaasumarkkinalain säännöksistä voitiin puolustushallinnon maakaasuverkkojen osalta poiketa siten kuin asetuksella säädetään. Valiokunnan mielestä kysymys oli lain soveltamisalasta, josta oli asianmukaista säätää itse laissa eikä asetuksella.

Lausunnossa pevl 11/00 vp valiokunta puuttui samankaltaiseen soveltamisalan määrittelyyn eikä pitänyt asianmukaisena sitä, että Säteilyturvakeskuksen valvontaoikeuden säädettiin ulottuvan myös lainkohdassa tarkoitettuun tutkimustoimintaan "asetuksella säädettävissä tapauksissa".

Lausunnossa pevl 12/00 vp valiokunta otti kantaa ehdotukseen, jonka mukaan asetuksella voitiin muuttaa merilaissa säädettyjä vastuurajoja siltä osin kuin muutokset perustuivat kansainvälisen yleissopimuksen muutospöytäkirjan tarkoittamassa menettelyssä tehtyihin vastuurajojen muutoksiin. Valiokunnan mielestä ehdotus oli ristiriidassa PL 80 §:n kanssa, koska se merkitsi yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteisiin keskeisesti vaikuttavien säännösten antamista asetuksella.

Lausunnossa pevl 13/00 vp valiokunta tarkasteli mm. säännöstä, jonka mukaan potilasasiakirjat oli laadittava ja säilytettävä siten kuin ministeriön asetuksella tarkemmin säädettiin. Valiokunnan mukaan säännöstä

oli välttämättä täsmennettävä niin, että lakiin tuli perussäännökset potilasasiakirjojen laatimisesta ja säilyttämisestä, jolloin täsmentävien säännösten antaminen voitiin uskoa ministeriölle.

Lausunnossa pevl 23/00 vp valiokunta totesi arpajaislaista mm.: "Koska elinkeinovapauteen liittyvän oikeuden perusteista tulee perustuslain 18 §:n 1 momentin ja 80 §:n 1 momentin mukaan säätää lailla, ei ilman lupaa järjestettävien pienarpajaisten ylintä sallittua kokonaismyyntihintaa voida jättää ehdotetulla tavalla asetuksella säänneltäväksi." Valiokunta myös totesi lausunnossa, että "asetuksella ei tule voida säätää esimerkiksi siitä, mistä asioista arvauskilpailuja voidaan järjestää."

Lausunnossa pevl 24/00 vp oli kysymys kiinteistönvälityksestä ja mm. säännöksestä, jonka mukaan välitysliikkeen oli pidettävä toimeksiannoista päiväkirjaa ja päiväkirjasta ja siihen liittyvien asiakirjojen säilyttämisestä säädettiin valtioneuvoston asetuksella. Koska päiväkirjassa ja siihen liittyvissä asiakirjoissa saattoi olla kysymys asiakkaan henkilöön liittyvistä tiedoista, oli lakia täydennettävä ainakin niin, että siitä ilmeni, mitä tietoja päiväkirjaan otetaan tai liitetään ja kuinka kauan niitä säilytetään.

Lausunnossa pevl 28/00 vp valiokunta piti tarpeettoman avoimena säännöstä, jonka mukaan valtioneuvosto antoi tarkempia säännöksiä postipalveluiden saatavuudesta. Valtuutta oli aiheellista täsmentää esim. niin, että siinä yksilöitiin ko. palveluiden saatavuuteen liittyvät asiat "pykäläotsikoiden tarkkuudella tai muuten riittävän täsmällisesti".

Lausunnossa pevl 43/00 vp valiokunta katsoi aikaisempiin lausuntoihinsa viitaten, ettei ollut asianmukaista (vaikka olikin PL 68,3 §:n mukaan mahdollista), että asetuksella poikettaisiin ministeriöiden toimialajaosta lailla annetuista nimenomaisista säännöksistä.

Lausunto pevl 11/01 vp koski poliisilain muuttamista. Valiokunta totesi, että luonteeltaan hallinnollisina määräyksinä pidettäviä liikkumis- ja oleskelurajoituksia maantieteellisesti rajatuilla alueilla voitiin asettaa viranomaisen päätöksellä ja ettei toisaalta ollut estettä säätää valtuudesta, jonka nojalla ministeriö voi antaa tavanomaisia poliisimääräyksiä ministeriön asetuksella.

Lausunnossa pevl 17/01 vp valiokunta käsitteli mm. ulkomaalaislakiin ehdotettua säännöstä, jonka mukaan valtioneuvoston asetuksella voitiin antaa tarkempia määräyksiä turvapaikkahakemuksen käsittelyn keskeyttämisestä. Valiokunta katsoi, että PL 80 §:n vuoksi asetuksella ei voida antaa "lain alaan kuuluvia säännöksiä esimerkiksi hakemuksen käsittelyn keskeyttämisen perusteista eikä keskeyttämisessä noudatettavasta menettelystä" ja säätelyä laissa oli sen vuoksi täsmennettävä.

Lausunto pevl 19/01 vp koski lakiehdotusta korkeimpien oikeuksien tuomarien palkkauksesta. Valiokunta totesi mm., ettei ehdotettu säänte-

ly, jonka mukaan ministeriöllä oli valta päättää kyseisten tuomareiden palkkauksesta ja muista palvelussuhteen ehdoista, selvästikään vastannut PL 103,3 §:n säännöksestä johtuvaa lailla säätämisen vaatimusta.

7 Muiden viranomaisten antamat säädökset

Viranomaiselle annettava säätelyvaltuus leimattiin perustuslakiin johtaneessa esityksessä poikkeukselliseksi (HE 1/98 vp, s.133). Valtuus haluttiin antaa, koska "(k)äytännössä on kuitenkin esiintynyt tilanteita, jolloin on ollut tarpeen valtuuttaa ministeriötä alempi viranomainen antamaan oikeussäännöiksi luonnehdittavia yleisiä määräyksiä joistakin sääntelyn kokonaisuuden kannalta vähäisistä yksityiskohdista." Valtuuden laajuutta pyrittiin kuitenkin eri tavoin rajoittamaan. Valtuuden tulee säännöksen mukaan koskea vain määrättyjä asioita, siihen pitää olla sääntelyn kohteeseen liittyviä erityisiä syitä eikä sen asiallinen merkitys saa edellyttää lailla tai asetuksella säätämistä. Viimeksimainittu edellytys on sellaisenaan oikeastaan tyhjä – ei saa säätää viranomaisen päätöksellä, jos sisältö edellyttää vähintään asetusta. Perustuslain tulkintakäytännöt huomioon ottaen kohta ei kuitenkaan ole mitenkään merkityksetön. Esityksen perustelujen mukaan olisi kriteeriksi asetettu erityinen syy käsillä lähinnä silloin "kun kysymyksessä on tekninen ja vähäisiä yksityiskohtia koskeva sääntely, johon ei liity merkittävää harkintavallan käyttöä."

Perustuslainkohtaan sisältyvien kriteerien joustavuus korostaa käytännön merkitystä säännöksen sisällön määräytymisessä. Pääpiirteisen kuvan saamiseksi siitä, miten perustuslakivaliokunta on säännöstä soveltanut, esitän lyhyesti valiokunnan lähetysmistapaa osoittavia keskeisiä lausumia valiokunnan säännöstä koskevista kannanotoista. Itsehallinnollisiin järjestelyihin liittyvien erityispiirteiden vuoksi tarkastelen niitä koskevia näkökohtia lopuksi erikseen.

Lausunnossa pevl 9/00 vp oli kysymys opetustointa koskevien lakien muuttamisesta ja mm. säännöksestä, jonka mukaan rehtorin ja opettajien kelpoisuusvaatimuksista oli voimassa, mitä niistä asetuksella säädetään ja opetushallitus määrää. Valiokunta ei pitänyt tällaista asetuksenantovallan ja viranomaisten määräystenantovallan erittelemätöntä rinnastamista asianmukaisena ja katsoi, että "(v)altuussäännökset on syytä eriyttää ja muotoilla siten, että opetushallitukselle osoitetaan toimivalta antaa asiasta vain asetuksella annettavien säännösten täydentämiseksi mahdollisesti tarvittavia tarkempia määräyksiä".

Lausunto pevl 19/00 vp koski valtiontalouden tarkastusvirastosta säädettävää lakia. Valiokunta katsoi virastolle ehdotetun työjärjestyksen antamisvallan valtiosäännön kannalta ongelmattomaksi kun se koski vain "viraston työjärjestykselle ominaisia lain rajoissa pitäytyviä hallinnon sisäisiä määräyksiä". Valiokunnan mielestä kuitenkin menettelystä työjärjestystä annettaessa oli syytä säätää lailla. Sen sijaan virastolle ehdotettua valtuutta antaa määräyksiä tarkastuksissa noudatettavasta menettelystä valiokunta piti tarpeettoman avoimena. "Valtuus on syytä rajata koskemaan esimerkiksi tarkastuksissa noudatettavaa hyvää tarkastustapaa sen selventämiseksi, ettei virastolla ole oikeutta antaa tarkastuksissa noudatettavista menettelytavoista yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteita koskevia eikä muita lain alaan kuuluvia määräyksiä."

Lausunnossa pevl 25/00 vp valiokunta otti kantaa mm. vakuutusvalvontavirastolle ehdotettuihin määräystenantovaltuuksiin. Valiokunnan mukaan "sääntelyn kohteena olevaan vakuutustoimintaan voidaan yleisesti katsoa liittyvän sellaisia ammatillisiksi luonnehdittavia erityispiirteitä, joiden vuoksen säännöstämisvaltaa voidaan antaa myös alan valvonnasta vastaavalle asiantuntijaviranomaiselle". Kun virastolle ehdotettiin valtaa antaa määräyksiä periaatteista, joita sen oli noudatettava päättäessään laissa osoitetuin edellytyksin tietystä lain soveltamispiirin yksityiskohdasta, valiokunta katsoi olevan "asianmukaisempaa, että vakuutusvalvontaviraston yksittäistapauksellista päätöksentekoa ohjaavat yleiset periaatteet lain tällaisesta soveltamisesta antaa ministeriö."

Lausunnossa pevl 34/00 vp valiokunta esitti yleisiä näkökohtia viranomaiselle annettavista norminantovaltuuksista ja totesi mm.: "Perustuslaista johtuu tällaisiin norminantovaltuuksiin valtuutuksen yleistä tarkkarajaisuutta koskeva, asetuksenantovaltuuksiin verrattuna pidemmälle menevä vaatimus, jonka mukaan valtuuden kattamat asia on määriteltävä tarkasti laissa."

Lausunnossa pevl 43/00 vp valiokunta katsoi, että merenkulkulaitokselle ja ilmailulaitokselle ehdotetussa norminantovallassa "harkintavalta määräysten sisällöstä olisi vähäistä, ja ne olisivat suureksi osaksi teknisluonteisia. Näiden laitosten norminanto kohdistuisi lisäksi suppeisiin erityisryhmiin". Yleiset edellytykset viranomaisen norminantovaltaan olivat siten käsillä ja erikseen oli tutkittava, täyttyikö korostettu täsmällisyysvaatimus. Ilmailulaitoksen valta määrätä, milloin vaarallisten aineiden ilmakuljetukseen vaadittiin lupa, koski kuitenkin yksilön oikeuksia ja velvollisuuksia PL 80 §:ssä tarkoitetussa mielessä, ja oli siten ristiriidassa perustuslain kanssa.

Lausunnossa pevl 5/01 vp valiokunta totesi mm. muutosehdotuksen johtavan siihen, "että asetuksella ei anneta lakia täsmentäviä säännöksiä siitä, mitä Telehallintokeskuksen on otettava huomioon sen määrätessä pakollisen

verkkovierailun ehtoja. Mahdollisten täsmentävien määräysten antaminen jää näin ollen tälle pakollisesta verkkovierailusta yksittäisiä ratkaisuja tekevälle viranomaiselle. Valiokunnan käsityksen mukaan tällaisia toimivaltajärjestelyjä on mahdollisuuksien mukaan yleensä syytä välttää."

Lausunnossa pevl 26/01 vo valiokunta totesi viestintäviraston määräyksenantovaltuuksien koskevan pääasiassa "sääntelyn kohteen kannalta tyypillisiä radioteknisiä ja -hallinnollisia seikkoja" eikä niiden antamiseen liittynyt "sanottavasti tarkoituksenmukaisuusharkintaa". Valiokunta kiinnitti kuitenkin eräissä yksityiskohdissa huomiota sanontojen väljyyteen ja siihen, että perusteluissa ilmaistut rajaukset eivät aina näkyneet lain tekstissä.

Lausumista hahmottuvia piirteitä voidaan lyhyesti ehkä kuvata niin, että teknisiä, asiantuntemukseen liittyviä tai vain viranomaisen sisäisesti vaikuttavia yksityiskohtasäännöksiä, joiden antamiseen ei liity huomattavaa harkintavaltaa, voidaan antaa viranomaisen päätöksin. Tällaisen valtuuden antamista vastaan taas puhuu voimakkaasti se, että ko. oikeussäännöillä tulisi olemaan vaikutusta (ulkopuolisten) yksilöiden oikeuksiin tai velvollisuuksiin. Lausunnossa pevl 34/00 vp (myös pevl 43/00 vp) esitettyä vaatimusta, jonka mukaan laissa annettavan valtuutuksen tarkkarajaisuutta koskeva vaatimus menee viranomaisten norminantovallan kohdalla pitemmälle kuin asetuksenantovallan kohdalla, voidaan pitää perusteltuna. Toisaalta on ehkä ymmärrettävää, että tulkintakäytännössä ei ole juuri konkretisoitu tämän tarkemmuusvaatimuksen sisältöä tai ylipäänsä (ministeriön) asetuksille uskottavien asioiden ja viranomaisen säädöksille uskottavien asioiden välistä rajanvetoa.

Itsehallintoyhdyskunnille uskottava säädösvalta otettiin perustuslain säätämiseen johtaneen esityksen perusteluissa esille vain kuntien osalta (HE 1/98 vp, s. 133). Siinäkin hallitus vain viittasi kunnille vanhastaan osoitettuun säädösvaltaan lähinnä yleisen järjestyksen ja turvallisuuden sekä kaavoituksen alalla ja totesi, että "nykyistä oikeustilaa ei ole tarkoitus tältä osin olennaisesti muuttaa." Ehkä lähinnä varmistukseksi todettiin samassa yhteydessä, että uuden perustuslainkohdan periaatteita olisi kuitenkin noudatettava myös osoitettaessa säädösvaltaa kunnille. Mikään esityksen perusteluissa ei näytä viittaavan siihen, että ehdotetulla PL 80 §:n säännöksellä olisi tavoiteltu joitain muutoksia siihen itsehallintoon perustuvaan sisäiseen säädösvaltaan, joka edellä viitatussa Hallitusmuodon aikaisessa perustuslakivaliokunnan käytännössä oli hyväksytty Evankelis-luterilaisen kirkon ja yliopistojen kohdalla. Kuntien, evankelis-luterilaisen

kirkon ja yliopistojen itsehallintoon liittyvien, käytännössä ainakin jotenkin vakiintuneiden säätelyvaltuuksien hyväksyminen PL 80 §:n järjestelmässä merkitsee toisaalta sitä, että näiden säädösten kohdalla suhtaudutaan hyvin joustavasti PL 80,2 §:ssä olevaan rajaukseen "määrätyistä asioista".

Perustuslakivaliokunta ei havaitakseni ole PL 80 §:n soveltamistilanteissa ottanut kantaa muihin kuin kuntia koskeviin itsehallinnollisiin järjestelyihin.

Lausunnossa pevl 11/99 vp oli kyse ympäristönsuojelu- ja vesilainsäädännön uudistamisesta. Liittyen ajatuksiin, joita valiokunta oli vuotta aikaisemmin rakennuslainsäädännön uudistamisen yhteydessä esittänyt lähinnä perusoikeussuojan kannalta (pevl 38/98 vp), valiokunta esitti mm. seuraavaa. Kunnallisten ympäristönsuojelumääräysten antaminen on rajoitettu paikallisiin tarpeisiin kunnassa ja ne voivat koskea muuta kuin luvanvaraista toimintaa. PL 80 §:ssä tarkoitetut erityiset syyt ovat siten käsillä eikä sääntelyn asiallinen merkitys vaadi lain tai asetuksen käyttämistä. Ympäristönsuojelumääräysten sääntelyala ei lain nojalla muodostu sinänsä kovin tarkkarajaiseksi, mutta määräysten antopäätös on saatettavissa tuomioistuimen tutkittavaksi ja näiden joustavien normien sisältö voi siten vakiintua oikeuskäytännössä, viime kädessä KHO:n tulkintakäytännössä. Näiden näkökohtien voitiin valiokunnan mielestä katsoa oikeuttavan sen, että ympäristönsuojelua koskevat säännökset laissa jäävät "jonkin verran sitä tasoa yleisluonteisemmiksi, jota perusoikeuksia koskevan sääntelyn tarkkuudelta on vaadittu etenkin perusoikeusuudistuksen jälkeen."

Lausunto pevl 3/00 vp koski kuntien virkasääntöjä koskevien kuntalain säännösten muuttamista vastaamaan uutta perustuslakia. Viitattuaan virkasääntöjen antamisen yhteyteen kunnalliseen itsehallintoon valiokunta katsoi, "että lailla voidaan osoittaa kunnille virkasääntöjen antamisvaltaa jossain määrin laajemmalti kuin perustuslain 80 §:n 2 momentin perusteella on mahdollista uskoa valtion viranomaisille norminasettamisvaltaa." Se, että valiokunta ei tässä tarkoittanut itsehallinnon merkitsevän mitään avointa valtakirjaa, ilmenee siitä, että valiokunta katsoi ehdotetun säännöstämisvaltuuden uskomisen virkasäännön tasoon olevan ristiriidassa PL 80 §:n rajoitusten kanssa.

Lausunnossa pevl 23/01 vp oli esillä mm. kuntalain muutos, jonka mukaan valtuuston työjärjestyksessä voitiin antaa määräyksiä puheoikeuden käyttämisestä ja puheenvuorojen pituuden rajoittamisesta. Valiokunta katsoi, että puheoikeutta voitiin kyllä demokratiaperiaatteen nojalla rajoittaa, mutta sääntelyn piti tapahtua lailla.

Lausunnoista ehkä vain pevl 11/99 vp ansaitsee tässä jonkin kommentin. Painavat tarkoituksenmukaisuussyyt, itsehallintoon liittyvät näkökohdat ja pitkät perinteet kyllä puoltavat sitä, että kaavat ja rakennusjärjestykset (pevl 38/98 vp) ja paikalliset ympäristönsuojelumääräykset kuuluvat kunnan kompetenssiin. Perustuslain 80 §:n kokonaisuudessa merkitsevät asetukset kuitenkin pääsääntöä ja 2 momentin mukaiset oikeussäännöt poikkeuksellista ja alaltaan asetuksia suppeampaa ja vähämerkityksisempää sääntelyä. Valiokunta on itsekin – tosin vähän myöhemmin (pevl 34/00vp) – todennut viranomaisille annettavista norminantovaltuuksista, että niitä koskevaan valtuutukseen kohdistuu "asetuksenantovaltuuksiin verrattuna pidemmälle menevä" tarkkarajaisuusvaatimus. Perustuslainkohdan periaatteita on sovellettava myös kunnallisen norminantovallan järjestelyihin. Tähän asetelmaan ei kunnolla sovi, että jopa perusoikeuksia koskevan säätelyn tarkkuusvaatimuksista jonkin verran tingitään juuri 2 momentissa tarkoitettujen oikeussääntöjen kohdalla. Nojautuminen siihen, että joustavien normien sisältö vakiintuu tuomioistuinkäytännössä, merkitsee kaikesta paikkansapitävyydestään huolimatta tässä uuden elementin tuomista PL 80 §:n tulkintaan. Kun PL 80,2 §:ssä edellytetään lailla tapahtuvaa valtuuttamista ja sitä, että valtuutus on soveltamisalaltaan "täsmällisesti rajattu", on ainakin lähtökohtana se, että vaadittu tarkkuus on lainsäätäjän ratkaisussa eikä siinä, mitä oikeuskäytäntö sitten ehkä kehittää. Nojautuminen perusteluna tuomioistuinkäytäntöön avaa myös kysymystä siitä, missä muussa PL 80 §:n tulkitsemistilanteessa ehkä voitaisiin nojata – ja kuinka pitkälle – siihen, miten oikeuskäytäntö myöhemmin rajoittaa tai vakiinnuttaa ko. normien sisältöä.

Olli Mäenpää

8 Hyvä hallinto – aito perusoikeus?

Hyvä hallinto on parhaillaan laajan kiinnostuksen kohteena useimmissa EU-maissa ja myös monessa kansainvälisessä järjestössä. Sekä kansallisvaltioiden julkishallintoja että ylikansallisten elinten ja järjestöjen (esimerkiksi EU, WTO, OECD, Maailmanpankki) hallintojen toimintaa pyritään kohentamaan parempaan suuntaan. Näiden hallinnollisten reformien ja hallintotoiminnan uudistamisen tavoitteeksi on tavallisesti määritelty juuri hyvä hallinto.

1 Parempi hallinto tavoitteena

Parempaa hallintoa tavoitellaan useista eri syistä. Yhtenä hyvään hallintoon pyrkimisen pontimena on epäilemättä hallinnon legitimiteettivaje. Useissa kehittyneissä länsimaissa ja EU:ssa luottamus viranomaisten toimintaan ja samalla hallinnon uskottavuus ovat selvästi heikentyneet. Tämän vajeen täyttämiseksi hallintoa pyritään parantamaan lisäämällä muun muassa sen avoimuutta, tehokkuutta ja lähestyttävyyttä sekä mahdollisuuksia vaikuttaa viranomaisten toimintaan. Toisaalta julkishallintoon kohdistuu uudenlaisia laadullis-sisällöllisiä odotuksia ja vaatimuksia myös sosiaalisen oikeusvaltion mallin mukaan vakiintuneesti toimivilla hallintotoiminnan aloilla. Pelkästään lainmukainen hallintotoiminta tai hyvinvointivaltiollisten etujen ja palvelujen saaminen ei ihmisille enää riitä, vaan viranomaisilta vaaditaan laadullisesti enemmän ja parempaa.

Kun julkishallinnon toiminta vaikuttaa jokaisen elämään ja yritysten toimintaan monin eri tavoin, on tärkeää varmistaa, että viranomaiset toimivat asianmukaisesti ja laillisesti samoin kuin se, että yksilön oikeudet toteutuvat täysimääräisesti. Lisäksi julkisten monopolien purkaminen merkitsee, että kilpailuasemassa toimivilta julkisilta elimiltä edellytetään vähintään yhtä hyvää palvelua kuin yksityisiltä palvelun tuottajilta.

Hyvään hallintoon kuuluu myös viranomaisten ennakoitava ja objektiivinen toiminta, joka on jo perinteisesti havaittu myös toimivien markkinoiden edellytykseksi.[1] Tämän vuoksi muun muassa markkinatalouteen siirtyvien ja/tai EU:n jäsenyyteen pyrkivien valtioiden julkishallinnoille pyritään kansainvälisissä järjestöissä määrittelemään laadullisia hallinnon asianmukaista toimintaa varmistavia minimivaatimuksia. Niidenkin yhteisenä nimikkeenä on hyvä hallinto tai eurooppalainen hallintotapa. Lähtökohdasta riippuen hyvä hallinto saattaa tarkoittaa myös pelkästään toiminnan tehon lisäämiseen, toimintakulujen karsimiseen ja hallinnon koon minimointiin tähtääviä tavoitteita.

Tavoitteiden ja taustojen erilaisuudesta huolimatta pyrkimys hyvään ja vielä parempaan hallintoon on ajankohtainen ja jopa globaali tendenssi. Hyvän hallinnon dimensioita on kuitenkin mahdotonta ja ehkä tarpeetontakin pyrkiä erittelemään kattavasti. Tämän esityksen painopiste sijoittuu hyvän hallinnon oikeudellisten ja erityisesti valtiosääntöisten kiinnekohtien selvittelyyn, koska ne kuuluvat tämän termin uusimpiin ja samalla kiinnostavimpiin kehityspiirteisiin.

2 Hyvän hallinnon merkityksiä

Hyvä hallinto on varsin väljä termi. Sen merkitys voidaan täysin perustellusti ymmärtää usealla eri tavalla. Samoin hyvän hallinnon vaatimukset vaihtelevat näkökulmasta riippuen. Hyvällä hallinnolla on varsin laaja sisältö eivätkä tämän käsitteen kaikki merkitykset edes ole yhteensopivia yhteismitallisuudesta puhumattakaan.

Olennainen erojen syy on se, että pyrittäessä parantamaan hallintoa tavoitteet ja näkökulmat eroavat todellisuudessa toisistaan. Hyvään hallintoon pyritään eri syistä: siksi, että hallinto toimii kohtuuttoman byrokraattisesti ja kalliisti tai siksi, että ihmiset ovat menettäneet luottamuksensa hallintoon sen virkavaltaisuuden, etäisyyden taikka korruption vuoksi. Hyvä hallinto voi olla myös laadullinen tavoite sinänsä. Toisaalta myös näkökulma hyvään hallintoon vaihtelee: ekonomistin, management-konsultin ja juristin silmin katsottuna hyvään hallintoon kuuluu hyvin erilaisia elementtejä. Hyvyyden mittapuut eroavat toisistaan myös riippuen siitä, arvioidaanko hallintoa sen ulkopuolelta vai sisäpuolelta.

---

[1] Ks. tästä (neo-)institutionaalisen talousteorian keskeisestä teesistä erityisesti Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge 1993.

Hyvän hallinnon käsitteen eroavuudet johtuvat myös kielellis-käsitteellisistä tekijöistä: hyvällä on sinänsä erilaisia ulottuvuuksia ja hallinnollakin voidaan tarkoittaa erilaisia ilmiöitä. Suomenkielinen termi *hyvä hallinto* kattaa niinkin erisisältöiset ja -taustaiset englanninkieliset käsitteet kuin good management, good governance ja good administration.

Näillä käsitteillä on yhteisiä piirteitä mutta myös merkittäviä ja merkityksellisiä eroja. Management-näkökulma liittyy yleensä hallinnon sisäisen toiminnan tehokkuuteen ja viraston/viranomaisen omaan hallintoon, joten siinä ovat keskeisellä sijalla etenkin henkilöstö- ja taloushallintoon liittyvät hyvän hallinnon kriteerit. Sen sijaan governance on merkitykseltään väljempi käsite. Siihen sisältyvät sekä julkishallinnon sisäiset laatukriteerit että hallinnon ja yksityisen välisen suhteen vaatimukset. Good administration kohdistuu puolestaan ensisijaisesti asiakkaan ja hallinnon välisiin suhteisiin.

Koska hallinnon sisäiset toiminnot ja järjestelyt vaikuttavat hallinnon ulkoisiinkin suhteisiin, on ilmeistä, että nämä kolme näkökulmaa myös täydentävät toisiaan, vaikka niihin niin ikään sisältyy selvästi ristiriitaisia elementtejä. Esimerkiksi management-näkökulmasta arvioiden hyvin johdettu ja kustannustehokas hallinto pystyy luomaan perusteita myös hyvälle hallintotavalle (governance) ja se mahdollistaa myös hyvän hallinnon (good administration) kriteerien toteuttamisen. Sen sijaan manageriaalisesti kaikkein tehokkain ja kustannuksiltaan halvin hallinto todennäköisesti murentaa hyvän hallintotavan edellytyksiä ja jopa estää hyvän hallinnon kriteerien toteuttamisen.

3 Management, governance ja administration

Hyvän hallinnon perusulottuvuuksina voidaan pitää edellä pääpiirteissään luonnehdittuja kolmea näkökulmaa. Ne korostavat jossain määrin erilaisia asioita ja liittyvät myös hallinnon eri puoliin. Myös hyvyyden arviointiperusteet ovat niissä erilaiset.

Management-näkökulmasta hyvän hallinnon ideaalina on lähinnä tehokas ja toimiva hallintotoiminta ja -menettely. Management on ensisijaisesti hallinnon hallintoa ja vastuu siitä on hallinnon managereilla. Esimerkiksi EU:n taloushallinnon uudistamiseen tähtäävässä SEM-projektissa tavoitteena on *sound and effective management.* Tällainen hallinto toimii kustannustehokkaasti ja sujuvasti; hyviä toimintamalleja haetaan myös liikeyritysten (talous)hallinnosta ja corporate management -opeista. Komission

yleishallinnon uudistamisessa on pyritty myös päätösvallan hajauttamiseen sekä hallinnon rationalisointiin ja modernisointiin.[2] Hyvä management korostaa hallinnon tehokasta ja tuloksellista toimintaa.

Yleisessä governance-näkökulmassa puolestaan korostuvat muun muassa hallinnon luotettavuus, puolueettomuus ja korruptoitumattomuus. Etenkin OECD:n toiminnassa on pyritty määrittelemään — OECD:n laajan jäsenkentän eroavuudet huomioon ottaen — varsin yleisiä hyvän hallinnon minimivaatimuksia. Ne korostavat muun muassa julkisen hallinnon eettisiä perusarvoja, julkisen sääntelyn uudistamista (regulatory reform), virkamiesten toiminnan objektiivisuutta ja tehokkuutta sekä henkilöstöhallinnon laatua.[3] Periaatteessa good governance siis voi sisältää sekä viranomaiskoneiston sisäisiä laatuvaatimuksia ja virkamiesten toiminnan kriteereitä että yksilön ja hallinnon väliseen suhteeseen vaikuttavia hyvän hallinnon elementtejä. Tässä suhteessa sillä on joitakin yhtymäkohtia myös corporate governance -termin käyttöyhteyksiin ja sovellutuksiin,[4] vaikka corporate governance -suositukset yleensä keskittyvät suppeampien, share- ja stakeholder -tahojen intressien suojaamiseen.

Euroopan unionin toiminnan ja EU-hallinnon viimeaikaisen uudistamisen yhteydessä good governance -vaatimus on selvästi aikaisempaa enemmän kytketty nimenomaan Euroopan kansalaisten ja unionin välisiin suhteisiin. Edellyttämällä EU:n toiminnassa noudatettavaksi good governance -kriteereitä pyritään lisäämään yleisön luottamusta EU:n instituutioihin, niiden toiminnan avoimuutta ja legitimiteettiä. Tuorein ilmaus good governance -ajattelusta tässä mielessä on eurooppalaista hallintotapaa (European Governance) koskeva EU:n valkoinen kirja.[5] Siinä "hyvän hallintotavan" keskeisiksi

---

[2] Seppo Tiihonen, *Komission hallinnon uudistaminen*. Valtiovarainministeriö. Helsinki 1998; White Paper, *Reforming the Commission* COM (2000).

[3] Ks. näistä vaatimuksista yleisesti http://www.oecd.org/puma/.

[4] Ks. esimerkiksi OECD:n 27.5.1999 hyväksymät *OECD Principles of Corporate Governance* (http://www.oecd.org/daf/governance/principles.pdf) ja KTM:n suositus (13.11. 2000) *Corporate Governance –kysymysten käsittelystä valtion yhtiöissä ja valtion osakkuusyrityksissä.* Ks. yleisesti myös Pekka Timonen, *Corporate Governance. Instituutiot ja lainsäädännön merkitys*. Helsinki 2000.

[5] *Eurooppalainen hallintotapa:* Valkoinen kirja. KOM(2001) 428 lopullinen (White Paper on European Governance 25.7.2001) http://europa.eu.int/eur-lex/fi/com/cnc/2001/com2001_0428fi01.pdf. Ks. eurooppalaisesta hallinnosta myös *Governance in the European Union* (de Schutter, O., Lebessis, N. & Paterson, J., eds.). European Commission. Luxembourg 2001. (Myös verkkojulkaisuna: http://europa.eu.int/comm/cdp/cahiers/resume/gouvernance_en.pdf.)

viideksi periaatteeksi ovat valikoituneet avoimuus, osallistuminen, vastuun selkeys, tehokkuus ja johdonmukaisuus. Jokainen niistä liittyy varsin selvästi EU:n toiminnan epäkohtiin kohdistuvaan kritiikkiin. Valkoisen kirjan mukaan ne ovat kaikki välttämättömiä, kun pyritään kehittämään demokraattisempaa hallintotapaa.

Management- ja governance-näkökulmat ovat korostetusti hallinnon uudistajan ja kehittäjän näkökulmia. Niissä tulee esiin hallintokoneiston pyrkimys kohentaa toimintaansa omista lähtökohdistaan käsin ottaen samalla huomioon hallinnon epäkohdat ja siihen mahdollisesti kohdistettu kritiikki. Tavoitteena on muun muassa tehostaa hallintoa, vähentää sen kustannuksia sekä lisätä hallinnon toimivuutta ja hyväksyttävyyttä.

Näitä näkökulmia täydentää kolmas hyvän hallinnon ulottuvuus, joka on korostetusti oikeudellinen sävyltään ja muotoilultaan. Hyvä hallinto (good administration) voi merkitä myös hallinnon ulkopuolisen — kansalaisen, asiakkaan, yrityksen tai muun yksityisen tahon — oikeutta saada hyvää hallintoa. Hallintoelinten ja virkamiesten tulee tämän näkökulman mukaan noudattaa hyvää hallintotapaa ja hyviä hallinnollisia käytäntöjä paitsi siksi, että se vahvistaa hyvää hallintoa management- ja governance-merkityksessä myös siksi että yksityisellä on oikeus hyvään hallintoon ja hallinnolla vastaavasti juridinen velvollisuus toteuttaa hyvää hallintoa.

Samoin kuin management- ja governance-näkökulmat myös oikeudellisesti määritelty hyvä hallinto korostaa omalta osaltaan hallinnon laatua, uskottavuutta, asianmukaista menettelyä ja hyviä hallinnon arvoja. Tämän lisäksi se perustaa yksityiselle oikeuden edellyttää ja yksittäistapauksessa vaatia, että näitä laatukriteereitä noudatetaan.

Perusoikeudeksi määritelty hyvä hallinto sisältääkin useita omintakeisia piirteitä, jotka erottavat sen management- ja governance-pohjaisista hyvän hallinnon määritelmistä. Näistä erityispiirteistä ehkä keskeisimpinä voidaan pitää hyvän hallinnon yksilöllisyyttä ja velvoittavuutta. Jokaisella on ainakin omassa asiassaan mahdollisuus oikeudellisesti tehokkaalla tavalla vedota hyvään hallintoon ja myös edellyttää sen keskeisten piirteiden toteuttamista käytännön hallintotoiminnassa. Suomessa hyvän hallinnon keskeiset laatu- ja vähimmäiskriteerit on lisäksi normatiivisesti — joskin suhteellisen yleispiirteisesti — määritelty perustuslain tasolla.

4 Perusoikeus hyvään hallintoon

Perusoikeutena oikeus hyvään hallintoon on varsin tuore, myös kansainvälisesti arvioiden. Suomen hallitusmuotoon se kirjattiin perusoikeusuudistuksen yhteydessä vuonna 1995 ja hyvää hallintoa edellyttävä perusoikeussäännös on samansisältöisenä sisällytetty myös uuteen perustuslakiin (1999). Yksilön oikeusturvan yleisiä perusteita määrittelevän perustuslain 21 §:n tarkoituksena on turvata jokaiselle myös yksilöllinen oikeus hyvään hallintoon samoin kuin oikeus saada oikeusturvaa hallintoasioissa.[6]

Säännöksen 1 momentin mukaan jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa viranomaisessa. Säännöksen 2 momentissa määritellään tarkemmin hyvän hallinnon osatekijöitä. Niihin kuuluvat erikseen mainittuina käsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea päätökseen muutosta. Lisäksi säännöksen mukaan muutkin oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla. Tämä perusoikeussäännöksen sisältämä menettelykriteerien luettelo ei siis ole tarkoitettu tyhjentäväksi, vaan myös muut hyvän hallinnon takeet turvataan lailla.[7] Tällaisiin muihin hyvän hallinnon takeisiin kuuluvat muun muassa asiakkaiden tasapuolinen kohtelu, yksilön kielellisten perusoikeuksien toteuttaminen ja toimivat vastuujärjestelyt.

Hyvään hallinnon takeisiin voidaan lukea myös perusoikeutena määritelty hallinnon avoimuus sekä perustuslain edellyttämä vastuu virkatoimista ja julkisen tehtävän hoitamisesta. Perustuslain 12 §:n 2 momentin mukaan viranomaisen asiakirjat ja muut tallenteet ovatkin yleensä julkisia ja jokaisella on oikeus saada tieto julkisesta asiakirjasta. Virkavastuun perusteita sääntelevän perustuslain 118 §:n mukaan virkamies on vastuussa virkatoimiensa lainmukaisuudesta. Lisäksi jokaisella on oikeus vaatia rangaistusta virkamiehelle sekä vahingonkorvausta julkisyhteisöltä, virkamieheltä tai muulta julkista tehtävää hoitavalta, mikäli tämän lainvastainen toimenpide tai laiminlyönti on aiheuttanut vaatijalle oikeudenloukkauksen tai vahinkoa. Oikeusturvakeinoillakin pyritään viime kädessä turvaamaan

---

[6] Ks. hyvän hallinnon vaatimuksista ks. Heikki Kulla, "Asianmukaisen käsittelyn vaatimus hallintomenettelyssä", *Lakimies* 1998, 1144 ss.; Kirsi Kuusikko, *Neuvonta hallinnossa*. Helsinki 2000, 77 ss.; Eija Mäkinen, *Maankäyttösopimus ja hyvä hallinto*. Jyväskylä 2000, 106 ss.

[7] Lainsäädännön kehittämistarpeista ks. *Hallintomenettelylaista hallintolakiin. Muutostarpeita*. Oikeusministeriö. Lainvalmisteluosaston julkaisu 2/2000. Helsinki 2000.

laadultaan ja sisällöltään hyvää hallintoa, vaikka niiden ensisijainen tarkoitus on yksilön oikeuksien suojaaminen.[8]

Säädännäisten takeiden lisäksi hallinnon oikeusperiaatteet määrittelevät sekä muodollisia että sisällöllisiä takeita hyvän hallinnon toteutumiselle. Viranomaisen toimivallan on oikeusvaltiossa perustuttava lakiin ja tämän lainalaisuusperiaatteen noudattaminen kuuluu myös hyvän hallinnon perustekijöihin. Erityisesti viranomaisen harkintavallan käyttöä määrittävät hallinto-oikeudelliset periaatteet tukevat hyvää hallintoa. Viranomaisen toiminnan on niiden mukaan oltava oikeasuhtaista (suhteellisuusperiaate) ja johdonmukaista (yhdenvertaisuusperiaate). Hyvä hallinto edellyttää myös toiminnan puolueettomuutta ja asian käsittelyn objektiivisuutta (objektiivisuusperiaate). Viranomaisen toiminnassa on lisäksi otettava huomioon yksilön perustellut odotukset (luottamuksensuojaperiaatteet).

Hyvän hallinnon perusoikeustatus merkitsee, kuten edellä on todettu, mahdollisuutta vedota hyvän hallinnon kriteereihin suhteessa viranomaisiin ja näiden kriteerien toteuttamiskelpoisuutta käytännössä. Perusoikeusasema tuo mukanaan perusoikeuksiin muutenkin liittyvät erityispiirteet. Näitä ovat muun muassa viranomaisen yleinen velvollisuus turvata perusoikeuksien, siis myös hyvän hallinnon toteutuminen perustuslain 22 §:n mukaisesti.[9] Kuten muillakin perusoikeuksilla, hyvän hallinnon kriteereillä on etusija suhteessa muuhun lainsäädäntöön perustuslain 106 ja 107 §:n mukaisesti.[10] Hyvän hallinnon osatekijöitä on valtiosääntökäytännössä vakiintuneella tavalla tulkittava perusoikeusmyönteisesti.[11] Niin ikään perusoikeuksien rajoittamisen yleiset edellytykset koskevat myös hyvän hallinnon takeita.[12] Siten esimerkiksi vain täsmällisesti ja tarkkarajaisesti määritellyt hyvän hallinnon rajoitukset ovat mahdollisia, mikäli tällaiselle rajoitukselle on riittävän painavia perusteita eikä vaihtoehtoista keinoa ole käytettävissä.

---

[8] Ks. Pekka Hallberg, "Oikeusturva (PL 21 §)". Pekka Hallberg ym., *Perusoikeudet*. Juva 1999, 651.

[9] Ks. tästä velvollisuudesta lähinnä sosiaalisten perusoikeuksien kannalta Maija Sakslin, "Sosiaaliset oikeudet ja perustuslaki". *Perusoikeudet Suomessa* (Nieminen, L., toim.). Helsinki 1999, 221 ss.

[10] Ks. Heikki Karapuu, "Perusoikeudet kansallisten normien hierarkiassa". *Lakimies* 1999, 867 ss.

[11] Perusoikeusmyönteisestä tulkinnasta hallintoviranomaisen harkinnassa ks. Paula Ilveskivi, "Perusoikeudet sosiaaliturvalainsäädännön toimeenpanossa". Kela. Sosiaali- ja terveysturvan tutkimuksia 57. Helsinki 2000, 104 ss.

[12] Ks. perusoikeuksien rajoittamisen rajoituksista kokoavasti Veli-Pekka Viljanen, *Perusoikeuksien rajoitusedellytykset*. Vantaa 2001.

Perustuslain 124 §:n mukaan myöskään hallintotehtävän antaminen hallinnon ulkopuolelle (ja sen hoitaminen viranomaiskoneiston ulkopuolella) ei saa vaarantaa perusoikeuksia, oikeusturvaa sen paremmin kuin *muita hyvän hallinnon vaatimuksia.* Tämä edellytys korostaa myös tehtävää hoitavien henkilöiden koulutuksen ja asiantuntemuksen merkitystä sekä riittävää julkista valvontaa. Yleisenä edellytyksenä on, että tehtävän hoitamisessa voidaan turvata muun muassa yhdenvertaisuus, yksilön menettelylliset oikeudet, muutoksenhakumahdollisuus sekä toimivat vastuujärjestelyt.

Muodollisesti hyvän hallinnon vaatimuksilla perustuslain 124 §:ssä tarkoitetaan myös asian tasapuolista käsittelyä, kielellisten perusoikeuksien toteuttamista sekä oikeutta tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta.[13] Myös perustuslain 21.2 §:ssä erikseen luetellut hyvän hallinnon takeet kuuluvat luonnollisesti näihin vaatimuksiin. Perustuslakivaliokunnan käytännössä onkin todettu, että hoidettaessa hallintotehtävää hallintokoneiston ulkopuolella ainakin hallintomenettelystä, viranomaisten toiminnan julkisuudesta sekä viranomaisessa käytettävästä kielestä annettuja yleisiä säännöksiä on noudatettava ja näiden säädösten soveltaminen on myös säädännäisesti turvattava, jos hallintotehtävä annetaan muulle kuin viranomaiselle.[14] Tällaiseen toimintaan kohdistuu myös virkavastuu, jonka säädännäinen maininta voi selvyyden vuoksi olla tarpeen.[15]

5 Hyvä hallinto EU-oikeudessa

Hyvän hallinnon perusoikeusasemaa vahvistaa, että myös EU:n perusoikeuskirja (2000) takaa oikeuden hyvään hallintoon. Jokaisella on perusoikeuskirjan 41 artiklan mukaan oikeus siihen, että unionin toimielimet ja laitokset käsittelevät hänen asiansa puolueettomasti, oikeudenmukaisesti ja kohtuullisessa ajassa. Vaikka perusoikeuskirja ei olekaan muodollisesti – ainakaan vielä – sitova oikeuslähde,[16] hyvän hallinnon vaatimuksen voidaan katsoa kuuluvan myös eurooppalaisen hallinto-oikeuden sisältöön.

---

[13] Hallituksen esitys 1/1998 valtiopäivät, 179.

[14] Perustuslakivaliokunnan lausunto 23/2000 vp. Ks. perustuslain 124 §:n hyvälle hallinnolle asettamista vaatimuksista myös perustuslakivaliokunnan lausunnot 4 ja 25/2000 vp sekä 2, 17 ja 28/2001 vp.

[15] Perustuslakivaliokunnan lausunto 24/2000 vp. Ks. myös lausunto 14/1999 vp.

[16] Perusoikeuskirjan sitovuuteen liittyvistä näkökohdista ks. esimerkiksi Bruno de Witte, "The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Issue". *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2001:1, 81.

Perusoikeuskirjan 41 artiklan tarkoittamaan hyvään hallintoon kuuluu lisäksi asianosaisen oikeus tulla kuulluksi ja oikeus saada tutustua häntä koskeviin asiakirjoihin sekä hallintoelinten velvollisuus perustella päätöksensä ja korvata vahingot, joita ne aiheuttavat tehtäviään suorittaessaan. Hyvää hallintoa tukevana voidaan pitää myös perusoikeuskirjan asiakirjajulkisuutta koskevaa 42 artiklaa. Sen mukaan unionin kansalaisilla "on oikeus tutustua Euroopan parlamentin, neuvoston ja komission asiakirjoihin."

Avoimuudella on tosin EU-oikeudessa perusoikeuskirjaa vahvemminkin määritelty asema.[17] EY-sopimukseen Amsterdamin sopimuksella lisätty uusi 255 artikla sisältää kaikille unionin kansalaisille samoin kuin jokaisella jäsenvaltiossa asuvalle henkilölle kuuluvan perusoikeuden saada tietoja näiden keskeisten toimielinten asiakirjoista. EY 255(1) artiklan mukaan "[k]aikilla unionin kansalaisilla sekä kaikilla luonnollisilla henkilöillä, jotka asuvat jossain jäsenvaltiossa, tai kaikilla oikeushenkilöillä, joilla on sääntömääräinen kotipaikka jossain jäsenvaltiossa, on oikeus tutustua Euroopan parlamentin, neuvoston ja komission asiakirjoihin jäljempänä 2 ja 3 kohdan mukaisesti määriteltyjen periaatteiden ja edellytysten mukaisesti".

Verrattaessa Suomen perustuslain ja EU:n perusoikeuskirjan hyvää hallintoa koskevia säännöksiä, niiden samankaltaisuus on ilmeinen. EU:n perusoikeuskirjaan hyvää hallintoa koskeva säännös tulikin keskeisesti juuri suomalaisten valmistelijoiden aktiivisuuden tuloksena.[18]

HYVÄN HALLINNON PERUSTEKIJÖITÄ

Suomen perustuslain 21 §	*EU:n perusoikeuskirjan 41 art.*
• asian käsittely asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä	• asian käsittely puolueettomasti, oikeudenmukaisesti ja kohtuullisessa ajassa
• käsittelyn julkisuus	—
• oikeus tulla kuulluksi	• oikeus tulla kuulluksi ja asianosaisjulkisuus
• oikeus saada perusteltu päätös	• hallintoelinten velvollisuus perustella päätöksensä
• virkavastuu (PL 118 §)	• hallinnon vahingonkorvausvelvollisuus
• asiakirjojen julkisuus (PL 12.2 §)	• asiakirjojen julkisuus (42 art.)

[17] Samoin päätösten perusteluvelvollisuus perustuu osittain jo EY 253 artiklaan, jonka mukaan neuvoston ja komission on perusteltava päätöksensä. Lisäksi oikeus saada korvaus unionin toimielinten aiheuttamista vahingoista perustuu myös EY 288 artiklaan.

[18] Ks. esimerkiksi valmisteluryhmän puheenjohtajan, oikeuskansleri Paavo Nikulan haastattelu, *Lakimiesuutiset* 10/2000, 38 ss.

Perusoikeuskirjan määräykset koskevat sen 51(1) artiklan mukaan yleensä myös jäsenvaltioita, "kun ne soveltavat unionin oikeutta". Hyvää hallintoa koskeva perusoikeuskirjan 41 artiklan säännös sen sijaan velvoittaa poikkeuksellisesti vain unionin toimielimiä ja laitoksia. Säännöksessä mainituilla hyvän hallinnon vaatimuksilla on käytännössä kuitenkin myös kansallisia hallintomenettelyjä tosiasiallisesti yhtenäistävä esimerkkivaikutus. Lisäksi EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä on jo pääosin vahvistettu hyvän hallinnon peruskriteerien kuuluvan EU-oikeuteen, joka sitoo myös kansallisia viranomaisia. Oikeus hyvään hallintoon kuuluu siten eurooppalaiseen menettelyoikeuteen ja myös kansallisten viranomaisten tulee ottaa sen perusvaatimukset huomioon EU-oikeudellisesti relevantissa hallinnollisessa toimeenpanossa.[19]

Komissio on lisäksi Euroopan oikeusasiamiehen suosituksesta[20] hyväksynyt 13.9.2000 hyvää hallintotapaa koskevat toimintasäännöt, joiden kohteena on komission henkilöstön menettely. Myös muut keskeiset toimielimet ovat hyväksyneet vastaavanlaiset säännöstöt toiminnassaan noudatettaviksi.

Toimintasäännöt hyvästä hallintotavasta Euroopan komission henkilöstölle suhteessa yleisöön[21] velvoittaa nimensä mukaisesti vain komission henkilökuntaa. Toimintasäännöissä on määritelty hyvän hallinnon periaatteina lainmukaisuus, syrjimättömyys ja yhdenvertaisuus, suhteellisuus ja johdonmukaisuus. Hyvään hallintoon kuuluvat toimintasääntöjen mukaan myös objektiivisuus, puolueettomuus ja menettelystä informointi. Asianosaisia on kuultava ennen päätöksentekoa, päätökset on perusteltava ja niihin on liitettävä muutoksenhakuohjaus. Toimintasäännöt määrittelevät myös tapaa, jolla komissiolle osoitettuja kyselyjä ja luottamuksellista tietoa on käsiteltävä.

Sekä perusoikeuskirjan määrittelemä oikeus hyvään hallintoon että hyvää hallintotapaa koskevat EU-säännöstöt kohdistuvat välittömästi vain EU:n toimielimiin. Niiden tarkoituksena ei myöskään ole harmonisoida kansallisen menettelyoikeuden lähtökohtia eikä EU:lla edes olisi tällaista toimivaltaa. Hyvän hallinnon vaatimus ei silti ole merkityksetön kansallisen menettelyoikeuden kannalta.

---

[19] Eurooppalaisesta menettelyoikeudesta ks. Olli Mäenpää, *Eurooppalainen hallinto-oikeus*. Helsinki 2001, 250 ss.

[20] Euroopan oikeusasiamies esitti 28.7.1999 suosituksen EU:n toimielimille hyvän hallintotavan säännöstön elinkohtaisesta hyväksymisestä (www.euro-ombudsman.eu.int).

[21] http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/code/index_fi.htm.

EU:n perusoikeuskirjan määrittelemänä perusoikeutena hyvä hallinto koskee myös kansallista hallintomenettelyä, kun jäsenvaltion viranomaiset soveltavat unionin oikeutta. Selvät poikkeamat hyvän hallinnon peruselementeistä eivät siten ole tältä osin mahdollisia kansallisessa menettelyoikeudessa, vaikka perusoikeuskirja sinänsä ei edellytäkään kansallisen menettelyn yhtenäistämistä. Vaikka jäsenvaltion hallinto-oikeus ei sitä edellyttäisikään, EU-oikeutta soveltavan kansallisen viranomaisen on siten muun muassa varattava asianosaiselle oikeus tulla kuulluksi ja tutustua häntä koskeviin asiakirjoihin ennen EU-oikeutta soveltavan perustellun päätöksen tekemistä. Näiden hyvään hallintoon kuuluvien velvoitteiden laiminlyömistä voidaan pitää menettelyvirheenä ja päätöksen pätemättömyysperusteena sekä EU-oikeuden että kansallisen oikeuden kannalta arvioituna.

Hyvään hallintoon sisältyviä vaatimuksia on perusteltua pitää myös EU:n jäsenvaltion hallintomenettelyn laadullisena minimitasona. Vaatimukset toimivat tämän vuoksi myös tulkinnallisena ohjeena sovellettaessa kansallista menettelysääntelyä. Esimerkiksi Hyvän hallintotavan säännöstöön kuuluvia periaatteita (muun muassa suhteellisuus, vallan väärinkäytöstä pidättäytyminen, objektiivisuus ja johdonmukaisuus) voidaan tämän vuoksi pitää myös kansalliseen hallintomenettelyyn kuuluvina tulkintaelementteinä, kun kysymys on EU-oikeudellisesti relevantista toimeenpanosta.

6 Toteutuuko hyvä hallinto?

Yksilöllisiä oikeuksia perustavat perusoikeudet eivät yleensä toteudu itsestään, vaan ne edellyttävät myös aktiivisia toimia. Tämä koskee myös hyvää hallintoa. Hyvän hallinnon takeiden turvaaminen lailla on välttämätöntä, mutta yhtä olennaista on, että hallinto myös toimii hyvin. Vastuu hyvästä hallinnosta on ensisijaisesti valtion viranomaisilla ja kuntien toimielimillä sekä tuomioistuimilla. Perusoikeuksien yleinen turvaamisvelvoite perustuslain 22 §:ssä ulottaa vastuun yleisemmin julkiseen valtaan. Lisäksi perustuslain 124 §:n nojalla hyvän hallinnon toteuttamisesta ovat vastuussa myös julkista hallintotehtävää viranomaiskoneiston ulkopuolella hoitavat yhteisöt ja henkilöt. Käytännössä hyvän hallinnon toteuttamisvastuu on näiden toimielinten palveluksessa olevalla henkilöstöllä sen palvelussuhteen luonteesta riippumatta.

Hyvän hallinnon takeita määrittelevän lainsäädännön noudattaminen on hyvän hallinnon vaatimusten toteuttamisen lähtökohta. Perustuslain ohella keskeistä hyvää hallintoa määrittelevää lainsäädäntöä ovat hallintome-

nettelylaki ja julkisuuslaki sekä sosiaali- ja terveyshuollon palveluja määrittelevät asiakaslait.[22] Oikeuskäytäntö ja laillisuusvalvojien (eduskunnan oikeusasiamies, valtioneuvoston oikeuskansleri) valvontakäytäntö määrittelevät myös konkreettisesti hyvän hallinnon sisältöä. Niin ikään hallinnon oikeusperiaatteiden asianmukainen huomioon ottaminen kuuluu hyvän hallinnon noudattamiseen.

Näiden normatiivis-virallisten lähteiden lisäksi hyvään hallintoon kuuluu kuitenkin myös pehmeämpiä ja epävirallisia elementtejä. Tässä suhteessa keskeisiä ovat muun muassa hallinnon toimintatavat, viranomaisten hallintokulttuuri ja hallinnolliset käytännöt. Niiden laatu määrittää hyvin keskeisesti hyvän hallinnon todellista sisältöä. Näitä hyvän hallinnon käytäntöä määrittäviä osatekijöitä ei tietysti voida määritellä normatiivisesti, mutta niihin voidaan vaikuttaa muun muassa koulutuksella, organisatorisilla järjestelyillä, palvelusitoumuksilla ja ehkä jossain määrin ohjeistuksellakin. Pyrkimys hyvään hallintoon, toiminnallinen sujuvuus, menettelyllinen helppous ja ennakoitavuus, sisällöllinen asian- ja lainmukaisuus, toiminnan rakenteellinen selkeys ja joustavuus sekä vastuujärjestelmien toimivuus ovat niin ikään hyvän hallinnon edellytyksiä. Lisäksi toiminnan arvopohja ja hallinnon ulkoinen kuva vaikuttavat epäsuorasti mutta hyvin vahvasti siihen, koetaanko viranomaisen noudattavan hyvää hallintoa.

Aito perusoikeus edellyttää tehokkaita oikeusturvakeinoja, joilla perusoikeuden subjekti voi tarvittaessa toteuttaa oikeutensa tai ainakin pyrkiä osoittamaan sen olemassaolon. Hyvä hallinto ei tämän vaatimuksen suhteen ole poikkeus, mutta sen toteuttamiseksi käytettävissä olevat oikeusturvakeinot ovat vielä kehittymättömiä ja puutteellisia. Hyvän hallinnon lainsäädännöllisten takeiden noudattaminen voidaan kyllä yleensä saattaa hallintotuomioistuimen arvioitavaksi hallintopäätöstä koskevan valituksen yhteydessä. Valituksen kohteena voi siten olla esimerkiksi se, että asianosaista ei ole kuultu päätöstä valmisteltaessa tai että päätöksen perustelut ovat puutteelliset.

Menettelyyn liittyvät seikat sellaisenaan eivät kuitenkaan voi olla valituksen kohteena. Esimerkiksi asianmukaisen käsittelyn vaatimuksen vastainen menettely tai käsittelyn aiheeton viivytys eivät voi olla valituksen kohteena, vaikka nämä hyvän hallinnon laatutakeet nimenomaisesti taataan perustuslain 21.1 §:n mukaan jokaiselle. Sama koskee hyvän menettelyn takeisiin kuuluvien perustuslain 17 §:ssä määriteltyjen kielellisten perus-

[22] Valmisteilla on parhaillaan hallintolaki, joka sisältäisi keskeisimmät hyvän hallinnon menettelytakeet yhtenäisessä säädöksessä. Ks. sen valmistelun taustasta edellä alaviite 7.

oikeuksien noudattamista. Julkisen palvelun huonosta sisällöstä ei myöskään voi tehdä valitusta hallintotuomioistuimeen, vaan oikeusturvakeinona on käytettävissä lähinnä hallintokantelu. On tosin selvää, että kaikki hallinnon laadun osatekijät eivät luontevasti kuulu tuomioistuimen arvioitavaksi ja hallintokantelukin toimii osaltaan tehokkaasti hyvän hallinnon edistäjänä. Silti hyvän hallinnon takeissa näyttää vielä olevan kehitettävää ennen kuin hyvän hallinnon perusoikeusaseman edellyttämät oikeusturvatakeet on kunnolla järjestetty.

Juha Pöyhönen

9 Kohti uuden talouden juridiikkaa

1 Kertomus oikeusajattelun historiasta: Saksan siviililaki ja puhelin

Saksan siviililakia eli *Bürgerliches Gesetzbuchia* (BGB) oli 1800-luvun lopulla valmisteltu laajasti ja perusteellisesti toistakymmentä vuotta, kun valmistelijoita kohtasi ikävä yllätys. Eräs nuorempi tekniikasta innostunut mutta valmistelun ulkopuolelle jätetty oikeustieteilijä väitti, että koko valmistelutyö oli mennyt hukkaan. Tekniikka oli ajanut roomalaiseen oikeuteen pohjautuvan juridiikan ohitse ja tehnyt ehdotetuista yksityisoikeuden perustavista normeista vanhentuneita jo ennen säätämistään.

Konkreettisesti oli kysymys puhelimen keksimisestä ja käyttöönotosta. Kritiikin mukaan tällä oli kohtalokkaat seuraukset siviililain sopimusten syntyä koskevien normien systematiikalle. Tämän systematiikan oli suunniteltu rakentuvan kahtiajaolle *inter presentes / inter absentes.*

Inter presentes -tilanteella tarkoitettiin tilannetta, jossa sopimus syntyy kahden läsnäolevan kesken. Läsnäolo ymmärrettiin samassa tilassa olemiseksi. Koska osapuolet olivat samassa tilassa, lähdettiin oletuksesta, että heidän välinen kommunikaationsa tapahtui välittömin viestein. Normaalina ja siten inter presentes -tilannetta sääntelevien oikeudellisten normien lähtökohtana pidettiin sitä, että viestintä läsnäolevien kesken oli suullista.

Inter absentes -tilanteella taas viitattiin esimerkiksi kirjeitse tai lähettien toimittamien viestien pohjalta syntyviin sopimuksiin. Niissä oli kysymys poissaolevien välille muodostuvista sopimuksista. Koska henkilöt eivät olleet toistensa välittömässä läheisyydessä, tapahtui viestintä kirjallisesti. Normaalisti osapuolet kävivät kirjeenvaihtoa, jossa puolin ja toisin vastattiin vastapuolen viesteihin. Siksi inter absentes -tilannetta sääntelevien oikeusnormien lähtökohtana oli välittömyyden sijasta ajatus käytetyn viesti-

kanavan mukaisesta rytmistä. Esimerkiksi kirjeen saapumiseen ja lukemiseen kului aina aikaa eikä sopimusta solmivien osapuolten kommunikaatiolta siksi voitu edellyttää välittömyyttä.

> Erottelu inter presentes / inter absentes näkyy havainnollisesti BGB:n § 147:ssä, jossa erotellaan läsnäolevalle tehty tarjous (der einem Anwesenden gemachte Antrag) ja poissaolevalle tehty tarjous (der einem Abwesenden gemachte Antrag). Läsnäolevalle tehty tarjous voidaan hyväksyä vain välittömästi (kann nur sofort angenommen werden), kun taas poissaolevalle tehty tarjous voidaan hyväksyä koko sen ajan minkä normaalisti voidaan olettaa kuluvan vastauksen antamiseen (kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf). Samantapainen säännös sisältyy myös oikeustoimilain 3 §:ään.

Nuoren saksalaiskriitikon mukaan puhelimitse tehtävät sopimukset eivät sovi kumpaankaan luokkaan. Puhelimessa toistensa kanssa puhuvat henkilöt eivät ole samassa tilassa. Puhelinta tarvitaan juuri sen vuoksi, että poissaolevat voisivat keskustella keskenään. Siviililakiin ehdotetut poissaolevien välille tarkoitetut normit eivät kuitenkaan sovellu puhelimitse tehtäviin sopimuksiin. Viestintä puhelimessa on suullista, ja lausumiin vastataan välittömästi. Puhelimitse tehtävät sopimukset näyttävät siksi putoavan kahden luokan, inter presentes ja inter absentes, väliin.

Kriitikon mielestä tilanne oli kuitenkin paljon vakavampi. Luokittelu ei ollut käymässä hyödyttömäksi minkä tahansa syyn takia. Hänen mukaansa kysymys oli uuden toiminnoiltaan vilkastuvan yhteiskunnan yhdestä keskeisestä elementistä. Puhelin oli pian kaikkien ulottuvilla, ja siitä oli muodostumassa osa arkipäivää niin liike-elämässä kuin yksityisten ihmistenkin välisissä suhteissa. Pitkäikäiseksi tarkoitetun siviililain normien ote todellisuudesta kirposi neitsytkokeessaan. Jos näin kävi heti ensimmäisen merkittävän kommunikaatio-teknisen keksinnön, puhelimen, suhteen, haaveet pitkäikäisyydestä oli syytä unohtaa. Tekniikka tulisi kehittämään vielä paljon puhelinta tehokkaampia viestintävälineitä. Siviililain normien vika oli niiden sisältämässä vanhentuneessa yhteiskuntamallissa itsessään.

Nuorille kriitikoille käy harvoin hyvin, ainakaan omana aikanaan. Tälläkin kertaa kriitikkoa vastassa oli koko asemansa vakiinnuttanut juristien ammattikunta. Pelissä oli juridisen osaamisen itsenäisyys ja uskottavuus. Monilla kritiikin kohteeksi joutuneella oli kysymys myös ammattiylpeydestä. Siksi vastaisku oli tarpeellinen. Vastaiskun täytyi kuitenkin olla myös uskottava. Ongelman vähättely ei tullut kysymykseen.

Kritiikin ydin oli väite siitä, että luokittelu ei sovellu. Paras vastaus olisi siksi ollut, että luokittelun sittenkin osoitetaan soveltuvan. Tämä ei kuitenkaan ollut mahdollista, koska ajatus läsnäolevuuden oikeudellisesta määrittelystä samassa tilassa olemisena oli normien perustelujen kautta tullut lyödyksi lukkoon. Osapuolen esittämän tahdonilmaisun ymmärtäminen oli erehdysnormiston perusteluissa kytketty ilmaisun antajan ilmeisiin ja eleisiin. Oli esimerkiksi luotu pohja kuuluisalle ongelmalle siitä, tuleeko henkilö sidotuksi huutokaupassa ostamaan huutokaupattavan esineen, jos hän tilannetta tajuamatta kesken nousevien huutojen nostaa kätensä vain tervehtiäkseen ystäväänsä. Tämäntyyppiset esityölausumat olivat mielekkäitä esimerkkejä vain, jos henkilöillä oli näköyhteys toisiinsa. Olennainen osa valmisteluaineistoa uhkasi käydä merkityksettömäksi, jos samassa tilassa olemisen tunnusmerkistä täydellisesti luovuttaisiin.

Kun paras vastaustapa ei ollut käytettävissä, täytyi valmistelijoiden valita toiseksi paras. Mutta miten perustavanlaatuiseksi tarkoitetun kahtiajaon väliin putoava ilmiö saadaan oikeussysteemin hallintaan? Jos nuori kriitikko olisi oikeassa uskossaan tekniikan edistymiseen, tällainen hallintaan saaminen olisi sitä paitsi jatkuvasti tarpeellista tulevaisuudessakin. Hallintaan saaminen pitäisi siksi tehdä kestävällä tavalla, joka olisi toistettavissa myöhemminkin, tulevaisuuden teknisten keksintöjen suhteen.

Ratkaisu oli yksinkertainen: tehtiin *poikkeus pääsäännöstä*. Saksan siviililain BGB:n edelleenkin voimassa oleva säännös kuuluukin kokonaisuudessaan eli vuonna 1900 voimaan tulleessa muodossaan:

> § 147. (1) Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. *Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrage.* (2) Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. (korostus JP)

Säännöksessä puhelimitse toistensa kanssa kommunikoivien henkilöiden katsotaan poikkeuksellisesti olevan läsnäolevia, vaikka he eivät olekaan samassa tilassa. Siksi puhelimitse tehty tarjous täytyy hyväksyä välittömästi, jos sopimus halutaan saada aikaan. Ongelma näyttää tulleen hoidetuksi ja systeemin peruserottelu pelastettua. "Kolme sanaa lainsäätäjältä" palautti asiat päiväjärjestykseen ja kritiikki voitiin unohtaa.

Mutta olivatko "tekniset roskat" sittenkin vain tulleet lakaistuksi "juridisen maton" alle?

2 Tekniseltä näyttävän ongelman taustalla ovatkin sosiaalisen vuorovaikutuksen uudet muodot

Pohdittaessa sitä, saatiinko "puhelinongelma" poikkeusnormilla todella kestävästi hallintaan, kannattaa aluksi kiinnittää huomiota kielellisiin seikkoihin eli siihen, miten poikkeukset ylipäänsä voidaan *kielellisesti* ilmaista? Eurooppalaisten laaja-alaisten lakikodifikaatioiden lähtökohtia oli ja on pyrkimys yleisiin sääntöihin. Jos lain säännösten halutaan kattavan koko sääntelyalansa, yksittäisten säännösten sisältämien termien ja ilmausten tulisi olla yleisiä. Muutoin joudutaan Preussin vuodelta 1794 peräisin olevan, vanhakantaisena pidetyn maanlain tapaan aina kulloinkin erikseen toteamaan oikeussääntöjen soveltuminen. Itseään modernina pitävänä aikakautena olisi ollut kauhistus, jos vieläkin olisi jouduttu kirjoittamaan sentyyppisiä maanlaissa tavanomaisia pykäliä kuin, että "lauta-aitaa koskevat säännökset soveltuvat myös risuaitaan"!

Mutta poikkeussäännöksessä siitä, että puhelimitse tehtyä tarjousta on pidettävä läsnäolevien kesken tehtynä, jouduttiin ottamaan askel tuohon suuntaan. Elegantimpi ratkaisu olisi ollut jättää asia oikeuskäytännön varaan. Oikeuskäytännössä puhelintilanteet olisi sijoitettu joko läsnäolevia tai poissaolevia varten annettujen säännösten alle sen mukaan, kummalle normistolle kulloinkin olisi ollut paremmat perustelut. Kun puhelin on erikseen mainittu säännöksessä, avautuu tulkinnallinen riski siitä, mitkä tekniset laitteet rinnastuisivat poikkeuksessa mainittuun puhelimeen. Jos esimerkiksi olisi ensin kehitetty näköpuhelin ilman ääntä, olisiko sekin sisältynyt poikkeukseen? Ja entäpä jos tieteiskirjojen mukaisesti ihmiset olisivat oppineet toimivia telepatian muotoja?

Jatkuvasti muodostuvat uudet poikkeukset ovat hankala systeemiongelma. Jokaisessa oikeussysteemissä vallitsee sisäinen tulkintaperiaate, jonka mukaan poikkeussääntöjä on tulkittava suppeasti. Kun on tehty poikkeus siitä legaalimääritelmästä, että läsnäolevia ovat samassa tilassa olevat henkilöt, jokainen uusi poikkeus on ylimääräisen kynnyksen takana. Lähtökohtaisesti sitä, mitä on säädetty (ääni)puhelimesta, ei tulisi soveltaa (pelkkään) näköpuhelimeen ja telepatiaan. Jos puhelin ei jää ihmiskunnan viimeiseksi teknisen kehityksen tuomaksi laitteeksi, on poikkeuksen varaan tehty ratkaisu vaarassa sittenkin johtaa siihen, että juridiikka ajautuu "tekniseen paitsioon". Mitä tahansa tekniikassa kehitetäänkin, sille ei ole lähtökohtaista paikkaa juridisessa sääntelyssä. Poikkeuksien varaan rakentuvan sääntely näyttäisi vähitellen väistämättä etääntyvän ja lopulta irtaantuvan jatkuvasti muuttuvasta todellisuudesta.

Tosiasiassa ongelma on tätäkin suurempi. Pohjimmiltaan se ei ole vain juridiikan ja tekniikan välinen pulma. Läsnäolo ja poissaolo ovat inhimillisen vuorovaikutuksen ominaisuuksia. Kun inhimillistä vuorovaikutusta kuvataan kielen avulla, on aivan ymmärrettävä ilmaisu: "hän oli läsnä poissaolevana" tai "hän loistaa poissaolollaan". Ymmärrämme vaivatta, mistä oli kysymys, kun jonkun henkilön kerrotaan olleen seurassa poissaoleva, vaikka olikin paikalla. Läsnäoloa ja poissaoloa ei voidakaan inhimillisen vuorovaikutuksen muotoina vangita pelkkiin fyysistä olotilaa koskeviin määritelmiin. Poissaoloa ja läsnäoloa on aktiivista ja passiivista lajia, ja sen päätteleminen, kummasta on kysymys, edellyttää tilanteen taustalla vaikuttavien sosiaalisten vuorovaikutussuhteiden tuntemista. Poissaolon määrittää aktiiviseksi jokin aiempi tapahtumainkulku, jonka pohjalta henkilön läsnäoloon on jo etukäteen kiinnittynyt sosiaalisia merkityksiä. Nämä merkitykset aktivoituvat tilanteessa riippumatta siitä, tuleeko henkilö paikalle vai ei. Marcel Proustin "Kadonnutta aikaa etsimässä" on aarreaitta sellaiselle, joka haluaa tarkemmin perehtyä tähän sosiaaliseen dynamiikkaan.

Kun oikeusnormistossa käytetään läsnäoleva / poissaoleva -erottelua, liikutaan juuri sosiaalisten merkitysten maailmassa. Tämä on luonnollista, sillä eihän sopimuskaan ole samastettavissa siihen fyysiseen alustaan, jolle sopimusehdot kiinnittyvät. Kauppakirja paperinpalana on eri asia kuin kaupan oikeudellisesti muodostavat myyjän ja ostajan väliset oikeussuhteet. Velkakirja fyysisenä asiakirjana on eri asia kuin velkojan ja velallisen välille muodostuva oikeudellinen velkasuhde. Tämän eron ymmärtämiseksi riittää havaita, että kauppa tai velka oikeudellisina suhteina eivät lakkaa, vaikka kauppakirja tai velkakirja fyysisinä asiakirjoina häviäisivät.

Puhelin kommunikaatiovälineenä ei sekään ole sosiaalinen vuorovaikutussuhde. Puhelin on fyysisen maailman tekninen väline, jolla ihmiset voivat kommunikoida keskenään. Oikeussäännös, jossa kirjoitetaan rinnakkain läsnäolosta ja puhelimesta, viittaisi siten säännöksen laatijoilla olleeseen "esineellistävään virhepäätelmään". Juuri esineellistävästä virhepäätelmästä on kysymys, jos sopimus samastetaan sopimusasiakirjaan tai läsnäolo / poissaolo -erottelu ihmisten fyysiseen sijaintiin toisiinsa nähden. Tapa, jolla Saksassa "puhelinkritiikkiin" reagoitiin, tuo näkyviin sen, että Saksan siviililakikirjan oikeussääntöjä on mahdollista lukea esineellistävästi. Tämä ei kuitenkaan ole tuon lakikirjan "hengen" mukainen lukutapa, sillä sen laatijat olivat hyvin selvillä oikeussuhteiden erosta fyysisestä reaalimaailmasta.

Jos Saksan siviililain laatijat eivät syyllistyneet esineellistävään virhepäätelmään, puhelintilanne luokiteltiin läsnäolevien väliseksi jollakin muulla perusteella kuin vain päättämällä, että puhelimessa puhuvat henkilöt ovat fyysisesti läsnäolevia. Kun meidän modernin oikeuden aikakautemme oikeuskäsitys on tavoitteellinen, ei liene yllättävää hakea tuota muuta, varsinaista perustetta säännöksen tarkoituksesta.

Säännöksellä, jossa edellytetään, että läsnäolevien välillä tehtyyn tarjoukseen annetaan heti vastaus, on luonnollinen taustansa ja tarkoituksensa. Tarkoituksiksi voidaan olettaa varallisuusoikeudellisen normiston yleiset tarkoitukset kuten ennakoitavuus ja selkeys. Näitä tavoitteita palvelee sääntö, joka ei jätä epäselväksi, kummat normit, läsnäolevien vai poissaolevien välille asetetut, tilanteessa kulloinkin ovat voimassa. Kun suupuheiden varassa käydystä keskustelusta myöhemmin usein esitetään monia tulkintoja, selkeyttää tilannetta se, että sitovia sopimuksia voi syntyä vain heti annettujen vastausten varassa. Jos taas toimitaan kirjallisesti, jää kirjeenvaihto dokumenteiksi esimerkiksi myöhempää todistelua varten.

Tällainen perustelu olikin ymmärrettävä ja järkevä ratkaisu "puhelinongelmaan" oloissa, joissa nauhuria ei vielä ollut keksitty. Puhelinkeskusteluja ei voitu fyysisesti kiinnittää mihinkään alustalle, vaan ne katosivat kirjaimellisesti "eetteriin". Mutta jos tuo viestinnän katoavuus oli varsinainen peruste sijoittaa puhelintilanteet läsnäolevien välisiksi, miten olisi tuon perusteen valossa suhtauduttava esimerkiksi tekstiviestein syntyvään sopimukseen. Sellainenhan tehdään (matka)puhelimella, mutta tilanteessa on mahdollisuus säilyttää dokumentaatiota. Toisaalta puhelinten muistitila ei (vielä) riitä täysimittaisen kirjeenvaihdon mapittamista vastaavaan tallentamiseen. Olisiko tekstiviestitarjousta pidettävä läsnäolevien vai poissaolevien välillä tehtynä?

Jos selkeyttämistavoitteen saavuttamisen perusteena edellä esitetyn mukaisesti on todistelumahdollisuuksien silmällä pitäminen, ovat kummatkin vastaukset tekstiviestitarjouksen ongelmaan huonoja. Jos tekstiviestejä pidetään läsnäolevien välisenä "kirjoitettuna puheena" sillä perusteella, että puhelinten muistitila on rajallinen verrattuna paperin rajattomiin varastoimismahdollisuuksiin, jää juridinen merkitys ennakoimattomalla tavalla riippumaan käytettyjen laitteiden teknisistä ominaisuuksista. Jos taas katsotaan tekstin vain kiinnittyvän paperin sijasta magneettisesti toimiville alustoille, ja tekstiviestitarjousta pidetään siksi poissaolevien välillä tehtynä, joudutaan erottamaan puhelimen erilaisia käyttömuotoja toisistaan. Kun samalla puhelimella kommunikoidaan ääniviestein, sovellettaisiin toisia normeja kuin jos

kommunikaatio tapahtuisi tekstiviestein – vaikka viestien sisältö olisi sanasta sanaan sama. Ja miten olisi sitten oikeudellisesti arvioitava tilannetta, jossa on käytetty hyväksi erilaisia teksti <-> puhe syntetisaattoreita, joilla voidaan kirjoitettu teksti muuttaa puheeksi ja päinvastoin?

Selkeyden sijasta saadaan *kumman tahansa vaihtoehdon valinnalla*, läsnäolevia koskevien normien ja poissaolevia koskevien normien valinnalla, aikaan epävarmuutta ja ennakoimattomuutta. On vaikeaa tai jopa mahdotonta ennakolta päätellä, minkä linjan mukaisesti ratkaisut tultaisiin antamaan. Tämä viittaa siihen, että peruspulma on pintaa syvemmällä.

Ongelman ytimessä ei olekaan itse tekninen laite, vaan se, mitä nykyisin kutsutaan käyttöliittymäksi. Puhelimessa on merkityksellistä se tapa, jolla ihmiset voivat käyttää sitä oman aikakautensa kommunikaatiossa. Samaan tapaan kuin höyrykone keksittiin jo Antiikissa eli "ennen aikojaan", puhelimen etäisyyksiä poistava pikaisuus ei olisi ollut sopusoinnussa aikaisempien aikakausien ihmisten elämänrytmin kanssa. Puhelimen suosio nykyaikana perustuu sen käytössä ilmeneviin ja sen käytön luomiin sosiaalisen vuorovaikutuksen muotoihin. "Puhelinongelman" erittelyssä keskeistä on pystyä kohtaamaan sentyyppinen yllätyksellisyys, minkä tekstiviestien suosio sai aikaan mobiiliteknologiaa suunnittelevien insinöörien ja ekonomien keskuudessa.

Siksi tapa paikata oikeussysteemiä poikkeuksilla johtaa sosiaalisen irrallisuuden vaaraan. Oikeussäännöt pakottavat individualisoimaan ja atomisoimaan ihmisten sosiaalisen vuorovaikutuksen varaan muodostuvan yhteiskunnan. Sellaisen juridiikan avulla ei enää saada otetta maailman menosta. Pelkästään oikeussääntöjen ulkoasu ei kaipaa remonttia, vaan myös niiden perusta olisi päivitettävä. Oikeusnormeihin sisältyvien sääntelykohteiden tulkintaskeemojen olisi jatkuvasti oltava relevantteja ja kuvastettava asianmukaisesti eri tilanteita. Kun systeemin luokitteluongelmien paikkaaminen on aloitettu poikkeuksin, joudutaan jatkamaan "paikka paikan päälle" linjalla.

Luokittelun ongelmaksi paljastuu itse luokittelevuus, jossa todellisuudelle joudutaan tekemään väkivaltaa. Todellisuus ei ole luokitteluidean mukaisesti kaksijakoinen vaan asteikollinen. Kaksijakoiset luokittelut puhe / kirjoitus; läsnäoleva / poissaoleva; heti annettu vastaus / myöhemmin annettu vastaus ovatkin muuttuneet asteikolliseksi ja voivat muuntua toisikseen. Modernin aikakauden sosiaalisen vuorovaikutuksen tarpeet ovat purkaneet luokittelun eri ulottuvuuksiksi.

Erottelu läsnäolevat / poissaolevat on vain yksi Saksan siviililakikirjan peruserotteluista. Se on kuitenkin edustava juuri kaksijakoisuudessaan.

Siviililakikirjaan sisältyvä ajattelu kuvastaa kokonaisuudessaan ajatusta siitä, että selkeys saavutetaan vahvistamalla juridisesti tietyt asiat joko - tai -asioiksi. Tämä pätee erityisesti sellaiseen perustavaan asiaan kuin sopimus. Normit on kirjoitettu täsmällisesti määrittelemään, onko sopimusta syntynyt, milloin se on syntynyt ja milloin se lakkaa. Jos osapuolet tarvitsevat joustavuutta, joustavuus on haettava muista asioista kuten sopimusten sisällöstä tai sopimuskumppanin valinnasta.

Jos kuitenkin sosiaalinen vuorovaikutus synnyttää pikemminkin ulottuvuuksia kuin kaksijakoisuuksia, korostuu riski siitä, että juridiikka ajaa toimintoja vanhoihin kaavoihin. Uusi elävä todellisuus karkaa juridiikan käsistä, koska uuden talouden peruskuvio ei enää ole kahden erillisen osapuolen välinen yksittäinen sopimus. Uusi perustilanne on useiden toimijoiden verkottunut kokonaisjärjestely. Erilaisista verkostoista on monesti vaikea sanoa, miten laajalle ne ulottuvat. Eri verkostot vaikuttavat dynaamisesti toisiinsa, ja kunkin toimijan toimintamahdollisuudet määrittyvät tässä verkostojen vuorovaikutuksessa. Jotta sopimus voisi toimia tällaisessa ympäristössä, on sopimus perustaltaan hahmotettava toisin kuin perinteisesti. Tarvitaan uusi sopimuskäsite.

3 Uusi talous tarvitsee tuekseen uutta juridiikkaa: jäykästä sopimuksesta ketterään sopimukseen (*agile contract*)

Perinteisillä luokittelevuuteen perustuvilla oikeussäännöillä koetettiin lyödä lukkoon joustamattomat raamit ja jättää jousto osapuolten päätettävissä olevan sisällön varaan. Sopimuksesta tehtiin oikeudellisena instrumenttina puitteiltaan jäykkä, jotta voitiin turvata näiden puitteiden varassa tehtyjen sopimusten sitovuus. Joustavuus puolestaan sijoitettiin, kaksijakoisen luokitteluidean mukaisesti, täydellisesti sopimusten sisältöön. Sopimuksen idea oli näin jäykänjoustava. Jäykkyys oli sopimuksen muodon piirre, joustavuus taas sisällön.

Verkostoissa toimiminen perustuu joustavuuteen. Siksi myös toimintaraamien joustavuus on nähtävä perustilanteeksi. Vastaavasti sisältöä ei voida enää jättää täysin määrittämättä, vaan myös sisällöllisesti on tiettyjä kiinni lyötyjä ulottuvuuksia. On siirryttävä jäykästä sopimuksesta ketterään sopimukseen. Ketterä sopimus on joustavanjäykkä. Siinä joustavuus on (myös) sopimuksen muodon piirre, ja vastaavasti jäykkyys (myös) sopimuksen sisällön piirre. Ketterä sopimus edustaa siten toisenlaista sääntelyarkkitehtuuria kuin perinteinen sopimus.

Puitteiden eli sopimusinstrumentin muodon joustavoittaminen tapahtuu omaksumalla sopimuksen pistekäsityksen sijaan sopimuksen prosessikäsitys. Prosessikäsityksessä sopimusta ei enää yritetä jäykistävästi raamittaa on/ei -logiikalla toimiviin normeihin siitä, milloin sopimus vallitsee, ketkä ovat sopimuskumppanit ja milloin sisältö on tullut osapuolia sitovaksi. Näiden sijasta sopimuspuitteita joustavoitetaan ajallisessa, henkilöllisessä ja asiallisessa suhteessa. Toiminnat jäsentyvät sopimukselliseen suuntaan sekä ennen "varsinaista" sopimusta että sopimussuhteen muodollisen päättymisen jälkeen. Sopimusta pidetään eräänlaisena kytkeytymisalustana, johon voi jatkuvasti tulla uusia osapuolia ja josta aikaisemmat osapuolet voivat jatkuvasti irtaantua. Sopimuksen velvoittavuus on omaksutussa kokonaisjärjestelyssä muodostuneiden vastavuoroisten riskipositioiden kunnioittamista ja ylläpitämistä. (Ks. tarkemmin Pöyhönen, *Uusi varallisuusoikeus*, 4. luku.)

Sisällön jäykistäminen puolestaan tapahtuu vahvalla yhteydellä varallisuusoikeuden kantaviin periaatteisiin. Sopimuksen sisällön määrittämisessä keskeisen pohjan muodostavat varallisuusoikeuden sisäiset *ordre public intern* -instituutit kuten oikeuden väärinkäytön kielto, hyvän tavan vastaisuuden kielto ja kohtuuttomien oikeussuhteiden voimaansaattamisen kielto. Näiden instituuttien vahva mukana olo antaa pelkkää sopimusvapausideaa sidotumman suuntiman sopimuspuolten järjestelyjen sisällölle. Niistä ei kuitenkaan tule korviketta sille, että osapuolet lopulta omalla toiminnallaan valitsevat yhteistyönsä tarkat toteutustavat.

Ketterän sopimuksen keskeiset erot perinteiseen sopimuskäsitteeseen voidaan tiivistää seuraavaan taulukkoon.

OMINAISUUS	PERINTEINEN SOPIMUS	KETTERÄ SOPIMUS
Tarkastelun perspektiivi	Ex post	Ex ante
Arvioinnin fokus	Häiriösuuntautunut	Menestyssuuntautunut
Arvioinnin juridinen kiinnityskohta itse toimintaan	Yksittäiset toimenpiteet; valmiit ja täydelliset oikeudet ja velvollisuudet	Hallintajärjestelmät; välttämättä epätäydellisiksi jäävät riskipositiot
Toiminnan logistisen muodon kiinnekohta	Dokumentit	Oliot
Joukkomittaisesti tehtävien sopimusten hallinnan tapa	Vakioehdot	Käyttäjäkohtainen profilointi

3.A. Perspektiivi: jälkikäteisyydestä etukäteisyyteen

Perinteisen sopimusjuridiikan normit on hahmotettu silmällä pitäen sitä, miten osapuolten välille muodostunut riita saadaan ratkaistuksi. Normit on tehty riitakysymystä ratkaisevaa puolueetonta kolmatta tahoa varten. Perspektiivi on tilannetta ratkaisuhetkellä taaksepäin (*ex post*) tarkastelevan tuomarin näkökulma. Sopimusta tarvitaan sen vuoksi, ettei sopimuspuoli sopimuksen solmimisen jälkeen pysty välttämään sopimuksen asettamia rasitteita. Ajatus on, että solmimalla sopimuksen osapuoli rajoittaa toimintamahdollisuuksiaan.

Ketterän sopimuksen idea on, että sopimuksilla osapuolet luovat ja realisoivat toimintamahdollisuuksia. Sopimukseen sitoutumisen tarkoitus on suunnitelmallinen yhteisen tavoitteen saavuttaminen. Koska olosuhteet muuttuvat jatkuvasti, sopimuksen tehtävä on antaa suuntaviivoja konkreettisille toimenpiteille, joiden avulla yhteinen tavoite voidaan saavuttaa muuttuneissa olosuhteissa. Perspektiivi on toimenpidettä harkitsevan sopimuspuolen näkökulma, ja perspektiivin suunta on eteenpäin (*ex ante*). Sopimusoikeuden normit on muodostettu sopimuspuolia varten. Sopimusta tarvitaan siksi, että sopimuspuolet pystyvät valitsemaan erilaisista toimintavaihtoehdoista yhteisen tavoitteen saavuttamista parhaiten palvelevat mahdollisuudet.

3. B. Arvioinnin fokus: rankaisevista palkitseviin sanktioihin

Perinteisen sopimusjuridiikan normit sisältävät julkilausumattomana oletuksenaan, että oikeudellisesti sopimus voidaan täyttää vain yhdellä tavalla oikein, mutta monin eri tavoin vajaasti. Jos sopimuspuoli täyttää sopimuksen sovittua paremmin, tämä on itse asiassa usein ongelma. On keskusteltu esimerkiksi siitä, onko osapuolella lainkaan velvollisuutta ottaa vastaan "liian aikaisin" tehtyä suoritusta silloinkin, kun saava osapuoli itsekin hyötyy siitä. Oikeustaloustieteellisesti virittyneessä keskustelussa on muodostettu erityinen ns. tehokkaan sopimusrikkomuksen ongelma kuvaamaan niitä tilanteita, joissa osapuoli pystyy sekä hyvittämään sopimuskumppaninsa että hyötymään itse jättämällä sopimuksen osaksi tai kokonaan täyttämättä. Se, että tehokkaan sopimusrikkomuksen tilanteesta tulee ongelma, aiheutuu osaksi siitä, että perinteisen sopimuskäsitteen mukaisessa järjestelmässä pidetään annettuna, ettei suoritukseen oikeutettu sopimuspuoli ole velvollinen kanavoimaan "liian hyvästä" suorituksesta saamaansa "ylimääräistä" etua edes osaksi suorittavalle sopimuspuolelle. Suo-

rittavaan sopimuspuoleen kohdistettu positiivinen sanktio eli palkinto olisi tapa toimia kummankin sopimuspuolen riskipositioiden mukaisesti. Perinteisen sopimusjuridiikan normit eivät kuitenkaan tällaista mahdollisuutta tunne.

Kun ketterän sopimuksen perusidea on, että sopimuksen mukainen yhteistoiminta luo erilaisia mahdollisuuksia yhteiselle menestykselle, on luonnollista, että sopimus voidaan myös täyttää oikein monella tavalla. Tehokkaan sopimusrikkomuksen ongelma poistuu, koska tehokas sopimusrikkomus jäsentyy vain yhdeksi sopimuksen vaihtoehtoiseksi täyttötavaksi. Kysymystä osapuolen toimintamahdollisuuksien käytöstä ei voida ratkaista taloudellisella laskelmalla sen edullisuudesta yksittäiselle sopimuspuolelle, vaan selvittämällä, millä tavoin tehokkaan sopimusrikkomuksen aikaan saava toimenpide toteuttaa yhteisen tavoitteen saavuttamiseksi asetettuja suuntaviivoja. Esimerkiksi projektitoiminnassa saatetaan tietyn toiminnan toteuttamiseksi löytää projektin tavoitteiden toteutumista paremmin varmistava toimintatapa, joka kuitenkin lisäävät yhden projektin osapuolen panostuksen tarvetta alun perin arvioidusta. Projektissa muodostuvat riskipositiot sisältävät suuntaviivana tällöin sen, että tämä osapuoli saa myös palkinnoksi alun perin kaavailtua isomman osan kokonaishyödystä. Kun osapuolen "*down side*" kasvaa, kasvaa myös "*up side*".

3. C. Tilannearvioinnin juridinen kiinnityskohta

Perinteinen sopimuskäsite tukeutui ajatukseen siitä, että sopimuksen täyttäminen on yksittäisten velvoitteiden noudattamisen summa. Juridista arviointia varten sopimus ikään kuin purettiin osiin, joita jokaista tarkasteltiin erikseen. Näitä osia luokiteltiin ao. sopimustyypille olennaisiin, luonnollisiin ja satunnaisiin ainesosiin. Esimerkiksi kaupalle pidettiin olennaisina ainesosina kaupan osapuolia ja kaupan kohdetta, luonnollisena ainesosana hintaa ja satunnaisena ainesosana vaikkapa toimitustapaa. Koko sopimus muodostui eri ainesosien aritmeettisena summana. Kun sopimusvelvoitteita haluttiin määrittää, oli aina valmiina eräänlainen juridinen luettelo, joka vain käytiin läpi kohta kohdalta.

Perinteisessä käsityksessä ideaalityyppisenä sopimusehtona oli velvoite, jossa A tekee jotakin määrättyä B:lle tiettynä ajankohtana. Sen selvittäminen, oliko sopimus täytetty oikein, oli tehtävissä kysymällä, oliko A tehnyt tuon määrätyn asian ao. ajankohtana. Velvoitteet tulivat näin täydellisesti päätetyiksi sopimuksen solmimishetkellä, ja sopimuksen merkitys

pelkistyi eräänlaiseksi toiminnan muistilistaksi. Kun tätä muistilistaa noudatettiin kohta kohdalta, sopimus tuli täytetyksi.

Perinteisen käsityksen ongelmia on näin yksinkertainen kiinnittyminen toiminnan yksittäisiin ilmenemismuotoihin. Kun olosuhteiden muuttuminen on tullut normaaliksi, johtaa sopimussitovuuden palauttaminen "ehto ehdolta" sitovuudeksi monesti ilmiselvästi huonosti perusteltuihin lopputuloksiin. Esimerkiksi pitkäaikaisissa toimitussopimuksissa käy usein niin, että olennaisissa osissa toiminnan puitteita tapahtuu muutoksia. Jos sopimuksen juridinen lukemistapa ei pysty antamaan niille merkitystä, voi sopimuksen "kirjaimellisella noudattamisella" olla osapuolten riskipositioiden kannalta hyvin epätasapainoisia seurauksia. Viime aikojen esimerkkinä voi viitata siihen, että osa suomalaisista liiketoimintakumppaneista halusi maksaa pitkäaikaisiin toimitussopimuksiin perustuvia tavaraeriä ruplamääräisin suorituksin venäläiselle toimittajalleen senkin jälkeen, kun ruplan arvo entisen Neuvostoliiton alueella tapahtuneiden mullistusten jälkeen oli romahtanut. Muuttuneissa olosuhteissa tämä olisi kuitenkin johtanut hyötyjen ja haittojen satunnaiseen kohdistumiseen yhteistoimintakumppanien kesken eikä olisi ollut alun perin muodostuneiden riskipositioiden mukaista.

Jos olosuhteiden muuttuminen on normaalia, tämän tulee näkyä myös sopimuskäsitteessä. Sopimuskäsitteen sisäisen tunnusmerkistön on sisällettävä elementtejä, jotka auttavat tunnistamaan merkityksellisiä muutoksia sekä ohjaavat antamaan niille asiaan kuuluvat vaikutukset sopimuksen sisällössä. Yksittäisten velvoitteiden tunnistamisen sijasta keskeisiksi tulevat ne osapuolten yhteisestä toiminnasta muodostuvat prosessit, joilla yhteisen tavoitteen toteutumista hallinnoidaan (*governance*). Tällaisia prosesseja ovat erilaiset hallintajärjestelmät, joista voi mainita esimerkkeinä toiminnan hallinnan, informaation hallinnan ja häiriön hallinnan.

Toiminnan hallinta ilmenee verkottuneessa projektityyppisessä yhteistoiminnassa omaksuttuna logistisena järjestelmänä. Kysyttäessä tietyn toimenpiteen oikeudellista merkitystä se on sijoitettava osaksi tuota järjestelmää. Kun uuden talouden logistisille järjestelmille on tyypillistä jatkuva kehittyminen ja muuttuminen, on tästä seurauksena, että sama toimenpide voi saada eri aikoina erilaisia "logistisia" arvoja. Siksi esimerkiksi sen päätteleminen, mitä on juridisesti pidettävä asianmukaisena sopimuksen täyttämisenä, voi vaihdella sopimusprosessin eri vaiheissa. Myös oikeudellinen asianmukaisuus muuttuu toimenpiteen logistisen arvon muuttuessa.

Keskeisimpiä muutoksia perinteisestä ketterään sopimuskäsitteeseen tapahtuu informaation asemassa. Perinteisessä sopimuksessa sopimuksen

kohteen esikuva, paradigma, on fyysinen esine kuten irtain tavara tai maa. Siksi informaation merkitys pelkistyy tätä fyysistä esinettä koskeviksi erityisiksi tiedonannoiksi. Informaatio jää sopimuksen sisällön kannalta ulkoiseksi, ja tiedonantovelvollisuus vain yhdeksi sopimuksen olennaisia ja luonnollisia ainesosia koskevien päävelvoitteiden täyttämistä tukevaksi sivuvelvoitteeksi. Sen sijaan uuteen talouteen sopivassa sopimuskäsitteessä informaatio sisäistetään osaksi kaikkia sopimuksia. Informaatio on aina olennainen osa sopimuksen kohdetta, ja tapa, jolla informaatiotilannetta hallinnoidaan, keskeisiä sopimuksen piirteitä.

Perinteisen sopimuskäsitteen mukainen esikuvanomainen häiriönhallintajärjestelmä on ulkopuolisen jälkikäteen tekemä riidan ratkaisu. Ketterä sopimus puolestaan painottaa etukäteisten suunnitelmallisten riskienhallintakeinojen asemaa. Häiriönhallintajärjestelmä ei ole enää sopimuksen kannalta jokin ylimääräinen lisä, vaan sekin on olennainen osa sopimusta. Erilaiset häiriöt muuttuvat sopimuksen täyttämistä uhkaavista kriiseistä normaaliksi ja etukäteen suunnitelmallisella tavalla käytettäväksi tavoitteen saavuttamistapojen jatkuvan kehittämisen välineeksi.

3.D. Juridiikan kiinnittymiskohta toiminnan logistiseen muotoon

Perinteinen sopimuskäsitys ei, edellä kuvatulla tavalla, sisältänyt "esineellistä virhepäätelmää", jossa fyysisen tason ilmiöt kuten asiakirja olisi suoraan samastettu oikeudellisen tason ilmiöihin kuten sopimuksen kaltaiseen juridiseen instrumenttiin. Tästä huolimatta perinteistä juridista tarkastelua hallitsi eräänlainen epäsuora asiakirjasidonnaisuus. Perinteisen sopimuksen sisällön määrittämisen lähtökohdaksi oli tapana asettaa sopimusasiakirja ja sen ehdot. Vaikka itse asiakirjaa ei samastettu sopimussuhteeseen, sopimukseen perustuvien oikeuksien ja velvollisuuksien päättelemisen ensisijaiseksi oikeudellisena lähteeksi määriteltiin asiakirjaan sisältyvä teksti.

Tämä sopimuksen sisällön määrittämisen oikeuslähdeoppi johti siihen, että erilaisten projektityyppisten kokonaisjärjestelyjen kuten esimerkiksi laajojen rakennushankkeiden tai pitkäaikaisten tuotekehittelyprojektien juridinen arviointi tehtiin asiakirjasuuntautuneesti. Tärkeäksi tuli muodostaa arviointi kulloinkin asianmukaisena pidetyn dokumenttiin sisältyvän tekstin varaan. Erityisen korostuneena tämä tendenssi vaikuttaa anglo-amerikkalaisessa sopimusoikeudessa, jossa eri toimintojen mallisopimukset ovat usein kymmenien sivujen mittaisia siinä missä pohjoismaissa selvitään muutamalla sivulla. Jos tällaista laajaa tekstimassaa eritellään sisällöllisesti

havaitaan, että pääosin on kysymys erilaisista varmistusilmaisuista (*representations and warranties*) sekä erilaisia varsin epätodennäköisiä tilanteita koskevista vastuunrajoituksista (*disclaimers*). Syynä tällaisten kirjaamiseen on mahdollisuus myöhemmässä mahdollisessa häiriötilanteessa joko vedota ao. tekstiosuuteen tai sen puuttumiseen, aina sen mukaan mikä on oman aseman kannalta edullisinta.

Uuden talouden toimintojen suunnitellaan säännönmukaisesti erilaisia oliopohjaisia malliajattelutapoja käyttäen. Toiminnoista määritetään niiden ydinelementit (*core components*) ja kunkin ydinelementin koko toiminta-konseptissa tarvitsemat protokollat. Usein tavoitteena on päästä sellaiseen toiminnan jäsentämiseen, josta voisi tulla ao. alan standardi. Milloin standardeja jo on vahvistettu, on tärkeää käyttää niitä. Joustavan sopimuskäsitteen jatkokehittelyn haasteita onkin pystyä muodostamaan sopimuskäsite siten, että siinä on kiinnittymiskohdat tällaiselle oliopohjaiselle ajattelutavalle. Yksi vielä jatkokehittelyä vaativa alku voisi olla siinä, että projektityyppisten kokonaisjärjestelyjen oikeudellisesti relevantiksi tavoitteeksi katsotaan tietyn palvelukonseptin ylläpitäminen. Tällöin yhteisesti hyväksytyksi kriteeriksi tavoitteen saavuttamiselle tulee esimerkiksi loppukäyttäjän tyytyväisyys saamaansa palveluun.

3.E. Joukkomittaisesti tehtävien sopimusten hallinnan tapa: vakioehdoista käyttäjäkohtaiseen profilointiin

Yhtenä konkreettisena ongelmana, johon perinteisen sopimuskäsitteen varassa jouduttiin antamaan poikkeukseen perustuva ratkaisu, voidaan mainita joukkomittaisesti tehtävien sopimusten hallinnan pulma. Perinteinen käsitys piti normaalina yksilöllisesti neuvoteltua sopimusta, ja vakioehdoista katsottiin tulevan sopimuksen osia vain erityisehtojen täyttyessä. Vakioehdot olivat muodostumisaikanaan vuosisata sitten tapa välttää liian korkeiksi muodostuvat sopimuksen neuvottelu- ja hallinnointikustannukset. Jos jokaisen joukkomittaisesti valmistetun ja samanlaiseen kulutukseen tarkoitetun hyödykkeen ostajan kanssa olisi jouduttu neuvottelemaan yksilöllisesti, olisivat nämä sopimuskontaktikustannukset nousseet korkeiksi monien hyödykkeiden arvoon nähden. Vakioehtojen hyväksyminen oli kuitenkin poikkeus, koska ostajataho ei voinut vaikuttaa niiden sisältöön eikä monesti edes tutustunut niihin.

Kun sopimusjuridiikka kuitenkin tunnusti sitovan vaikutuksen myös vakioehdoille, tuli niistä yritysten laajalti käyttämä sopimuskannan hallin-

tatapa, siis tapa oikeudellisesti hallinnoida yrityksen tekemiä kaikkia sopimuksia. Vakioehtoja käytettiin niin yritysten välisissä sopimuksissa kuin kuluttajasopimuksissakin. Yrityksille tuli näin omaksutun hallintajärjestelmän vuoksi tärkeäksi huolehtia siitä, että juuri niiden omat vakioehdot omaksuttiin mahdollisimman laajasti niiden solmimissa sopimuksissa. Tämä puolestaan johti ns. *battle of forms* -ongelmana tunnettuun kysymykseen siitä, kumman osapuolen vakioehdot tulivat sopimuksen osaksi tilanteessa, jossa molemmat olivat tehneet viittauksia omiin ehtoihinsa.

Vakioehtojen käyttämisen aloittamisen taustana olivat tiettyjen kommunikaatiotapojen käyttämisestä aiheutuneet kustannukset. Sopimustoiminnan ideaalityyppinä oli vielä sata vuotta sitten torikaupassa tyypillinen myytävien tuotteiden laadun tutkiminen ja hinnasta tinkiminen. Sopimuspuolten noudattama kommunikaatiotapa oli välitön suullinen kommunikaatio. Informaatioyhteiskunnassa uutta ovat nimenomaan kehittyneet kommunikaatiomuodot. Ne ovat tehneet mahdolliseksi yhtälön, joka vielä sata vuotta sitten oli mahdottomuus:

Sopimuskommunikaatio voi olla yksilöllistä samaan aikaan kun sitä pystytään taloudellisesti järkevin panoksin hallinnoimaan.

Yksinkertainen esimerkki sähköisen kaupankäynnin liiketoimintamalleista on paljastava: nettikirjakauppa Amazon.com käyttää järjestelmää, jossa vakioasiakkailla on mahdollisuus tehdä tilauksensa yhdellä käyttöliittymän komentojärjestelmän näpäytyksellä (ns. *one click* -malli). Sen selvittäminen, onko käyttäjä vakioasiakas, voidaan helposti tehdä selvittämällä saman asiakkaan aikaisemmat ostokset. *One click* -malli on yksinkertainen prototyyppi ketterän sopimuskäsitteen tarkoittamasta uudenlaisesta sopimuskannan hallintamenetelmästä, jota voidaan kutsua profiloinniksi. On mahdollista vakioehtojen sijasta antaa sopimuksen muodostua erilaiseksi kunkin käyttäjän käyttöhistorian mukaisesti, mutta silti pystyä hallinnoimaan koko sopimuskantaan sisältyviä vastuu- ja muita riskejä.

On totta, että tietoverkoissa tapahtuvan kaupankäynnin pohjaksi on kauppapaikan muodostavilla sivustoilla tarjolla vakioehtoja. Allekirjoituksen sijasta niiden on tarkoitus tulla sopimuksen osaksi erilaisilla klikkauksilla. Tietoverkkoihin perustuvan "pehmeän" käyttöliittymän sopimusjuridinen arkkitehtuuri on siten perinteisen sopimuskäsitteen mukainen. Tälle toimintatavalle ei kuitenkaan ole enää sen hyväksymistä aikanaan tukeneita reaalisia näkökohtia taustanaan. Siksi tällaisella "*disclaimer* -arkkitehtuurilla" itse asiassa luodaan ja jätetään avoimeksi sopimuksista aiheutuvia riskejä sen sijaan että niitä pystyttäisiin suunnitelmallisesti hallinnoi-

maan. Tekemättä jätetty asianmukainen käyttäjäkohtainen profilointi on ketterän sopimuskäsitteen valossa sähköistä kauppapaikkaa ylläpitävien tahojen laiminlyönti, jonka johdosta niille ei tule antaa juridisia etuja esimerkiksi tehokkaiden vastuunrajoitusten pohjalta. Mitä tarkemmin voidaan tarkoittaa profiloinnin asianmukaisuudella, jää riippumaan tietoverkoissa tapahtuvassa toiminnassa vakiintuvista toimintatavoista. Kysymys on laadultaan saman tyyppisestä ongelmasta kuin ongelmassa siitä, milloin vakioehtojen sisältämälle toimintatavalle on olemassa toiminnan luonteesta johtuvat asialliset perusteet.

4 Lopuksi

Oikeusjärjestelmään sisällytettävää sopimuskäsitettä ei voi vaihtaa siten, että ensin täysin puhdistettaisiin oikeusnormit perinteisestä käsitteestä ja sitten vaihdettaisiin uusi käsite entisen tilalle. Muutoksen pohja on löydettävä perinteisen käsitteen sisältä. Tässä kirjoituksessa tällaisen sisältä lähtevän murtumakohdan ovat tarjonneet kaksijakoiset luokittelut, jotka on muutettu ulottuvuuksiksi. Yhtenä uuden sopimuskäsitteen pohjana ovat myös ne oikeudelliset periaatteet, jotka perinteisen sopimusajattelun puitteissa on kehitetty ns. muuttuneiden olosuhteiden ongelman ratkaisuiksi. Kolmantena perinteisen käsityksen sisältä lähtevänä kosketuskohtana ovat ns. *ordre public intern* -instituutiot eli oikeuden väärinkäytön, hyvän tavan vastaisuuden ja kohtuuttomien oikeussuhteiden voimaansaattamisen kieltonormistot.

Mikään mainituista kolmesta lähtökohdasta ei kuitenkaan ole valmis resepti. Niihin sisältyvän kehitysresurssin hyödyntäminen vaatii jatkuvaa sovittamista käytännön sopimustoiminnan muuttuviin toimintarakenteisiin. Tämän sovitustyön onnistuminen taas edellyttää vuoropuhelua sopimusjuridiikan käytännön ja yliopistollisten ammattilaisten välillä.

Heikki Toiviainen

10 Osakkeenomistajan oikeudesta osallistua yhtiökokoukseen

1 Johdanto

1.1 *Taustaksi. Osake* määritellään nykyisin oikeuskirjallisuudessa tavallisesti osuudeksi osakeyhtiössä tai *yhtiöosuudeksi*[1]. Tässä merkityksessään[2] osakkeen sanotaan yhtiöoikeuden näkökulmasta tuottavan yhtiössä niin sanotun osakeoikeuden.[3] Se koostuu yhtäältä *omistajan vallan käyttämiseen* yhtiösuhteessa kuuluvista niin sanotuista *hallinnoimisoikeuksista* ja toisaalta osakkeenomistajan yhtiösuhteeseen perustuvia taloudellisia odotuksia turvaavista niin sanotuista *varallisuuspitoisista oikeuksista*. Osakkaan hallinnoimisoikeuksista keskeisin on *äänioikeus yhtiökokouksessa* sekä siihen liittyvät ja sen käyttämisen mahdolliseksi tekevät muut oikeutukset kuten *oikeus osallistua* yhtiökokoukseen. Osakkeeseen voi OYL 3:1.5:n mukaan kuulua myös *taloudellisia velvollisuuksia*, mikäli yhtiöjärjestyksessä on niistä määrätty.[4] Käytännössä tällainen yhtiöjärjestysmää-

[1] Ks. esimerkiksi Rissanen, *Juhlajulkaisu Ylöstalo* 1987, s. 317, Koski – af Schultén, *Osakeyhtiölaki I* 1998, s. 130 ja J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 177.

[2] Erityisesti saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa korostetaan sitä, että ilmaisu "osake" voi merkitä muutakin kuin "yhtiöosuutta". Sillä voidaan tarkoittaa myös *osakepääoman murto-osaa* taikka arvopaperin luonteista asiakirjaa eli *osakekirjaa*. Lukijan tai kuulijan edellytetään yleensä asiayhteydestä havaitsevan sen, missä merkityksessä sanaa käytetään. Ks. termin "osake" kolmesta eri merkityssisällöstä saksalaisesta kirjallisuudesta esimerkiksi Hueck 1991, s. 187–189, sekä samalla tavalla vanhassa kotimaisessa doktriinissa muun muassa Olsson 1949, s. 14 ja Havansi, *Panttioikeus I* 1979, s. 4–5.

[3] Ks. esimerkiksi Koski – af Schultén, *Osakeyhtiölaki I* 1998, s. 130. Ks. myös Havansi, *Panttioikeus I* 1979, s. 4, joka toteaa osuvasti, että "[O]sake abstraktina yhtiöosuutta ja sen tuottamaa oikeusasemaa kuvaavana käsitteenä on luonnollisesti vain kokoava nimike tietynsisältöiselle yhtiöliitännäiselle oikeussuhdeverkostolle".

[4] Ks. osakkeenomistajan velvollisuuksista yleisesti oikeuskirjallisuudesta J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 180–183 ja Havansi, *Panttioikeus I* 1979, s. 15–19.

räykseen perustuva niin sanottu *lisämaksuvelvollisuus* on harvinainen muissa kuin niin sanotuissa keskinäisissä tai osuustoiminnallisissa osakeyhtiöissä.[5]

Osake on toisaalta myös *omistuksen kohde* ja siinä mielessä esine.[6] Se tuottaa omistajalle laissa säännellyllä tavalla oikeuden yhtäältä käyttää osaketta haluamallaan tavalla ja toisaalta vaatia toista luopumaan sellaisista toimista, jotka rajoittavat tai estävät häntä käyttämästä omistajalle kuuluvia oikeuksia.[7]

1.2 *Tutkimustehtävä ja rajaukset.* OYL 9:1.1:n mukaan osakkeenomistajat käyttävät pääsääntöisesti[8] päättämisvaltaansa yhtiön asioissa yhtiökokouksessa. Yhtiökokousta koskevia lain säännöksiä uudistettaessa ainakin yhte-

---

[5] Ks. *osakkeesta yhtiöoikeudellisena yhtiöosuutena* suomalaisesta kirjallisuudesta yleisesti analyyttisimmin Havansi, *Panttioikeus I* 1979, s. 6–21. Ks. tässä yhteydessä hyvänä *oikeudellisena esityksenä* osakkeesta yhtiöosuutena myös J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 177–183. Vrt. Airaksinen – Jauhiainen 1997, s. 316–319, missä osaketta yhtiöosuutena käsitellään yksipuolisesti *ainoastaan yhtiön rahoituksen* (*ibid.* osa IV: Rahoitus, s. 305 ss.) *näkökulmasta.* Ks. myös Rissanen, *Juhlajulkaisu Ylöstalo* 1987, s. 317, missä kirjoittaja yhtäältä toteaa vain "tyhjästi", että yleensä osake määritellään yhtiöosuudeksi, ja toisaalta jatkaa sitten esitystään mainitsemalla lyhyesti, että määritelmän jälkeen tavallisesti esitetään niitä oikeuksia ja velvollisuuksia, joita osake yhtiössä tuottaa. Vrt. tekstissä esittämästäni näkökulmasta erityisesti Timonen 1997, s. 244–245, joka määräysvaltaa osakeyhtiössä koskevassa väitöskirjassaan (XLVIII + 359 s. + summary) päätyy vasta s. 244 tarkastelemaan sitä, mitä *osake yhtiöosuutena* oikeudellisesti merkitsee, siteeraa suoraan *Havansin* teosta Havansi, *Panttioikeus I* 1979, ja "tyytyy" *ibid.* s. 245 ainoastaan toteamukseen, että "[S]ivuutan näiden "osakkeenomistajan perusoikeuksien täsmällisemmän analyysin ja totean vain muutaman ... keskeisen seikan ... "!

[6] Kirjallisuudessa on toisinaan pohdittu kysymystä siitä, mitä osakkeenomistaja omistaa, mikä osakkeenomistajan omistuksen kohde on. Ks. tästä tematiikasta yleisesti esimerkiksi Kartio, *Juhlajulkaisu Kyläkallio* 1990, s. 54–60, jonka mukaan omistusoikeus yhtiöoikeudessa eroaa monella tavalla perinteisestä esineoikeudellisesta omistamisesta muun muassa siitä syystä, että osake on aineeton hyödyke eikä tuota oikeudellisesti omistusoikeutta yhtiön varallisuuteen.

[7] Ks. yleisesti esimerkiksi Havansi, *Panttioikeus I* 1979, s. 30–35 ja Kartio, *Juhlajulkaisu Kyläkallio* 1990, s. 53–62.

[8] Joulukuun 15 päivänä 2000 annetulla ja 1.4.2001 voimaan tulleella lailla (L 1097/00) OYL:iin lisättiin uusi OYL 9:1a, missä osakkeenomistajille on tehty mahdolliseksi lainkohdassa mainituilla edellytyksillä sopia yhtiökokouksen päätettäviksi kuuluvista asioista, ja tämän lainkohdan perusteluista *HE 69/00*, s. 11–12 ja s. 14 s. Käytännössä osakkeenomistajien yksimielinen asioiden ratkaiseminen "virallista" yhtiökokousta pitämättä lienee ollut pienissä yhtiöissä tavallista jo ennen lainmuutosta, vaikka muodollinen yhtiökokouspöytäkirja onkin "päätöksistä" pitänyt laatia, eikä uudistus tässä mielessä merkitse suurta muutosta vallitsevaan käytäntöön; asiallisesti sillä vain "palautettiin" se

nä tavoitteena on lähes poikkeuksetta ollut *parantaa osakkaan mahdollisuuksia osallistua päätöksentekoon yhtiökokouksessa.*[9]

Tarkastelen tässä kirjoituksessa *OYL 9:1.2:ssa tarkoitettua osakkeenomistajan oikeutta osallistua yhtiökokoukseen.* Artikkeli koskee sekä sellaisia osakeyhtiöitä, joiden osakkeet on liitetty arvo-osuusjärjestelmään, että sellaisia yhtiöitä, joiden osakkeita ei ole liitetty arvo-osuusjärjestelmään. Tutkielma kohdistuu sekä julkisiin että yksityisiin osakeyhtiöihin. Tarkastelen artikkelissa vain "ulkopuolisen" osakkeenomistajan oikeutta osallistua yhtiökokoukseen, joten en käsittele OYL 9:1.3:n problematiikkaa yhtiön tai sen lähipiiriin kuuluvan henkilön hallussa oleviin osakkeisiin liittyvistä oikeuksista.[10] Yhtiökokoukseen liittyvät prosessuaaliset kysymykset kuten kokouskutsun toimittamista tai kokousmenettelyä koskevat oikeusohjeet jäävät niin ikään kirjoituksen ulkopuolelle.

OYL 9:1.2:n *pääsäännön mukaan jokaisella osakkeenomistajalla on oikeus osallistua yhtiökokoukseen.* Osakeyhtiölain vuoden 1997 uudistuksen (L 14.2.1997/145) yhteydessä Suomen oikeuteen otettiin määräyksiä erityisestä osakelajista, jolle on luonteenomaista se, että *osake tuottaa normaalisti äänioikeuden ja muut sen käyttämisen edellytyksinä olevat hallinnoimisoikeudet vain määrätyissä asioissa.* Periaatteessa *en käsittele näitä* niin sanottuja *etuosakkeita.* Silloin kun etuosake tuottaa äänioikeuden yhtiökokouksessa kirjoituksen kannanotot soveltuvat näihinkin osakkeisiin ja niiden omistajiin.[11]

---

sopimusoikeudelliseen ajatteluun perustunut osakkaiden mahdollisuus päättää yhtiön asioista sopimalla niistä erityistä yhtiökokousta pitämättä, mikäli kaikki osakkaat ovat yksimielisiä, mikä sisältyi jo VOYL 23 §:ään, ks. oikeuskirjallisuudesta OYL:n säätämisen jälkeen ennen OYL 9:1a §:n lisäämistä lakiin Huttunen 1984, s. 12–18. Muutos on yksi – onnistunut – esimerkki siitä parin viime vuoden aikana esiintyneestä – valitettavasta – pyrkimyksestä lisätä sopimusoikeuden merkitystä osakeyhtiöoikeudessa yleisestikin ja siten asiallisesti siirtää osakeyhtiöoikeutta takaisin 1800-luvulle, ks. tästä kehityksestä lyhyesti Villa 2001, s. 1 ja siinä av. 1.

[9] Ks. OYL:n säätämisen yhteydessä *HE 27/77*, s. 58, vuoden 1997 OYL-uudistuksen perusteluista *HE 89/96*, s. 38 s. ja vuoden 2001 alusta voimaan tulleiden uudistusten osalta *HE 186/00*, s. 1 ja s. 3–6.

[10] OYL 9:1.3:n mukaan yhtiölle, sen tytäryhteisölle tai niiden määräämisvallassa olevalle säätiölle kuuluvan osakkeen nojalla ei saa osallistua yhtiökokoukseen, ks. Airaksinen – Jauhiainen 2000, s. 220.

[11] Ks. etuosakkeista OYL 3:1a.2 ja OYL 3:1b–c, kirjallisuudesta Airaksinen – Jauhiainen 1997, s. 339–357, Koski – af Schultén, *Osakeyhtiölaki I* 1998, s. 139–150 ja J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 225–236, sekä lainvalmisteluaineistosta *HE 89/96*, s. 60–65 ja *KomMiet 32/92*, s. 247 ja s. 412–422.

2 Yhtiökokoukseen osallistumisoikeuden edellytykset yleensä

2.1 *Yleisiä näkökohtia.* Osakkeenomistajan yhtiökokoukseen osallistumisoikeuden sääntelyn lähtökohdat ovat perinteisesti olleet kahtalaiset. Yhtäältä on pidetty tärkeänä pyrkiä luomaan sellainen säännöstö, joka antaa osakkeenomistajalle tilaisuuden halutessaan osallistua yhtiökokoukseen mahdollisimman helposti. Toisaalta on yritetty turvata se, että *muu henkilö kuin osakkeen omistaja* ei voisi käyttää osakkaalle kuuluvia oikeuksia vastoin hänen tahtoaan esimerkiksi osallistumalla yhtiökokoukseen.

Pääsääntöisesti jokaisella osakkeenomistajalla on OYL 9:1.2:n mukaan oikeus osallistua yhtiökokoukseen ja käyttää siellä niitä oikeuksia, jotka lain ja yhtiöjärjestyksen mukaan kuuluvat osakkeenomistajalle yhtiökokouksessa. Edes se seikka, että osakkeenomistaja olisi OYL 9:3.2:ssa säädetyllä tavalla *esteellinen*, ei estä häntä *osallistumasta kokoukseen*: osakkeenomistajan esteellisyys merkitsee ainoastaan *kieltoa äänestää* siinä asiassa, jossa osakas on jäävi.[12]

Voidakseen osallistua yhtiökokoukseen *osakkeenomistajan on lain mukaan oltava sekä muodollisesti legitimoitu* osakas *että aineellisoikeudellisesti sen osakkeen/niiden osakkeiden omistaja*, jolla/joilla hän yhtiökokoukseen osallistuu. *Yhtiöjärjestyksessä* osakkeenomistajan oikeutta osallistua yhtiökokoukseen voidaan lisäksi rajoittaa asettamalla osallistumisoikeuden ehdoksi *ilmoittautuminen ennakolta kokoukseen.*[13]

2.2 *Edellytykset osakkeenomistajan oikeudelle osallistua yhtiökokoukseen. Muodollinen legitimaatio* osallistumiselle yhtiökokoukseen syntyy OYL 3:13.1:n nojalla *osakeluetteloon merkitsemisellä.*[14] Saadakseen osallistua yhtiökokoukseen osakkaan on oltava rekisteröity osakkeenomistajana *yhtiön osakeluetteloon.* Osakkeenomistajalla, joka pyytää saantonsa rekisteröimistä ja esittää rekisteröimistä varten tarvittavan ja riittävän selvityksen niin myöhään, esimerkiksi vasta yhtiökokouksessa, että häntä ei

---

[12] Ks. osakkeenomistajan esteellisyydestä esimerkiksi Taxell 1988, s. 30–32, Huttunen 1984, s. 191–212 ja Toiviainen 1988, s. 159–169.

[13] Ks. Taxell 1988, s. 25–27.

[14] OYL 3:10:n mukaan yhtiön on pidettävä kahta julkista rekisteriä. *Osakeluettelo* käsittää laissa määrätyt tiedot yhtiön osakkeista. *Osakasluettelossa* ovat tiedot yhtiön osakkeenomistajista. Luettelot sisältävät samat tiedot eri perusteella systematisoituina. Mikäli luettelojen tiedot poikkeavat toisistaan, pidetään *osakeluetteloa* oikeana. Ks. osake- ja osakasluetteloista OYL 3:10–12, sekä kirjallisuudesta J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 261–274 ja Koski – af Schultén, *Osakeyhtiölaki I* 1998, s. 197–207.

ehditä tai ei ole ehditty rekisteröidä osakkeenomistajaksi osakeluetteloon ennen yhtiökokousta, on kuitenkin oikeus osallistua kokoukseen.[15]

Aineellisoikeudellisesti oikeus osallistua yhtiökokoukseen edellyttää sitä, että henkilö *omistaa yhtiökokouksen pitohetkellä ne osakkeet, joiden perusteella hän haluaa osallistua kokoukseen.* Kun OYL 9:1.1:n nojalla *osakkeenomistajat* käyttävät päätäntävaltaansa yhtiön asioissa yhtiökokouksessa[16], sellainen henkilö, jolla ei vielä tai ei enää yhtiökokouksen ajankohtana ole *omistusoikeutta* niihin osakkeisiin, joiden perusteella hän haluaa osallistua kokoukseen, ei voi sitä tehdä. Tästä syystä oikeus osallistua yhtiökokoukseen edellyttää sekä muodollisen legitimaation olemassa oloa että aineellisoikeudellista omistusoikeutta. Ratkaisussa *KKO 1989:35* korkein oikeus katsoi, että A, joka ei ollut osallistunut asunto-osakeyhtiön yhtiökokoukseen, ei enää sen jälkeen, kun hän oli luovuttanut osakkeensa B:lle ja siten menettänyt omistusoikeutensa osakkeisiin, voinut pätevästi antaa suostumustaan sellaiseen yhtiökokouksessa päätettyyn yhtiöjärjestyksen muutokseen, joka edellytti kaikkien osakkeenomistajien suostumusta. Toisaalta B:llä katsottiin olevan oikeus ajaa kannetta mainitun yhtiökokouspäätöksen kumoamiseksi.[17]

Erityisesti sellaisissa suurissa yhtiöissä, joissa on paljon osakkeenomistajia, kokouksen käytännön järjestelyt saattavat osoittautua hankaliksi, ellei ennakolta suurin piirtein tiedetä, kuinka moni osakas aikoo saapua yhtiökokoukseen. Tästä syystä *yhtiöjärjestyksessä voidaan* OYL 9:1.2:n mukaan *määrätä*, että voidakseen osallistua kokoukseen *osakkeenomistajan tulee ilmoittautua sitä varten ennakolta viimeistään kokouskutsussa mainittuna päivänä.* Alun perin OYL:n tarkoittama viimeinen ennakkoilmoittautumispäivä sai olla aikaisintaan viisi päivää ennen yhtiökokousta.[18] Osakeyhtiölain muuttamisesta 21.12.2000 annetulla lailla (L 1158/00), joka tuli voi-

---

[15] Ks. esimerkiksi Huttunen 1984, s. 85–87 ja Taxell 1988, s. 25–26, sekä VOYL:n ajalta Olsson 1949, s. 62–68. Ratkaisusta *KKO 1999:23* ilmenee, että osakkeenomistajalla on oikeus moittia yhtiökokouksessa tehtyjä päätöksiä, mikäli hallitus perusteettomasti kieltäytyy rekisteröimästä saantoa OYL 3:11:ssä säädetyllä tavalla eikä osakkeenomistajan sallita osallistua yhtiökokoukseen.

[16] Vrt. edellä av. 8.

[17] Ks. Taxell 1988, s. 26–27, Koski – af Schultén, *Osakeyhtiölaki II* 2000, s. 9 ja Huttunen 1984, s. 87, sekä vanhasta kirjallisuudesta Taxell 1959, s. 29–35.

[18] Ks. OYL 9:1.2:n perusteluista lain esitöistä *HE 27/77*, s. 59, missä on erikseen todettu, että muita osallistumisoikeuden rajoituksia kuten tiettyä karenssiaikaa, joka henkilön tulisi olla omistanut osakkeet ennen kuin hän saisi osallistua yhtiökokoukseen, ei voida yhtiöjärjestyksessäkään määrätä, sekä kirjallisuudesta esimerkiksi Airaksinen – Jauhiainen 1997, s. 148 ja J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 698–700.

maan 1.1.2001, OYL 9:1.2:a muutettiin siten, että viimeinen ennakkoilmoittautumispäivä saa olla aikaisintaan *kymmenen päivää ennen kokousta*.[19] Kun osakeyhtiölainsäädännön tavoitteena on turvata osakkeenomistajan vaivaton osallistuminen yhtiökokoukseen, OYL 9:1.2:n säännöstä on kirjallisuudessa yleensä tulkittu niin, että yhtiöjärjestyksessä ei voida asettaa mitään muotovaatimusta ennakkoilmoittautumiselle.[20] Ilmoittautumisvaatimuksen sisältyminen yhtiöjärjestykseen johtaa osakkeenomistajan osallistumisoikeuden rajoittumiseen siten, että *vain henkilö, joka on määrätyssä ajassa ennen kokousta ilmoittanut aikomuksestaan osallistua yhtiökokoukseen*, voi sinne tulla. Toisaalta hänellä ei ole siihen velvollisuutta. Vaikka oikeus osallistua yhtiökokoukseen on vain ennakkoon tahtonsa ilmaisseella osakkaalla, hänen on lisäksi yhtiökokouksen pitämisajankohtana oltava sekä muodollisesti legitimoitu että aineellisoikeudellisesti osakkeen omistaja, jotta hän saisi osallistua kokoukseen. Huomioon ottaen säännöstön tarkoitus lakia lienee tulkittava niin, että *ennakkoon kokoukseen ilmoittautuvan henkilön ei vielä ilmoituksen tekohetkellä tarvitse olla muodollisesti legitimoitu eikä aineellisoikeudellisesti oikeutettu osallistumaan yhtiökokoukseen*. Tekemällä asianmukaisen ennakkoilmoituksen henkilö vain varaa itselleen oikeuden osallistua yhtiökokoukseen sillä osakemäärällä, joka hänellä yhtiökokoushetkellä on omistuksessaan ja joka on OYL 3:11:ssä ja 3:13.1:ssa edellytetyllä tavalla selvitetty yhtiölle.[21]

3 Yhtiökokoukseen osallistuminen arvo-osuusjärjestelmässä

3.1 *Yleisiä näkökohtia*. Pörssiyhtiöissä ja muissa sellaisissa julkisissa tai yksityisissä osakeyhtiöissä, joissa on luovuttu fyysisistä arvopapereista – osakekirjoista[22] – liittämällä osakkeet niin sanottuun arvo-osuusjärjestel-

---

[19] Ks. muutoksen perusteluista *HE 186/00*, s. 6–7, missä on nimenomaisesti mainittu viimeisen ennakkoilmoittautumispäivän aikaistamisella pyrittävän helpottamaan yhtiökokousten käytännön järjestelyjä.

[20] Ks. esimerkiksi Taxell 1988, s. 27. Vrt. kuitenkin J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 699, jotka katsovat, että yhtiöjärjestyksessä olisi mahdollista määrätä ilmoittautuminen tapahtumaan esimerkiksi kirjallisesti.

[21] Ks. J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 698–700. Ks. myös Koski – af Schultén, *Osakeyhtiölaki II* 2000, s. 12–13, jotka *ibid.* s. 12 katsovat, että yhtiökokous voi päätöksellään antaa oikeuden osallistua yhtiökokoukseen myös sellaiselle osakkeenomistajalle, joka ei ole ilmoittautunut siihen asianmukaisesti ennakolta.

[22] Ks. termin "osake" eri merkityssisällöistä edellä av. 2.

mään[23], osakkeenomistajan oikeus osallistua yhtiökokoukseen määräytyy lähtökohtaisesti samojen sääntöjen mukaan kuin muissakin osakeyhtiöissä, sillä osakkeiden liittäminen arvo-osuusjärjestelmään ei pääsääntöisesti vaikuta OYL:n soveltuvuuteen. Siitä syystä, että fyysisiä osakkeita ei ole ja Suomen Arvopaperikeskus Oy pitää osakkeet korvaavista arvo-osuuksista arvo-osuusrekisteriä, yhtiön omistajista yhtiön puolesta osakasluetteloa samoin kuin eräitä muita luetteloita[24], fyysisten arvopaperien korvautuminen arvo-osuustileillä ja laissa säädetyillä luetteloilla johtaa eräisiin poikkeamiin "tavalliseen osakeyhtiöön" verrattuna.[25]

Lähtökohta arvo-osuusjärjestelmässä on kuitenkin sama kuin yhtiössä, jonka osakkeita ei ole liitetty arvo-osuusjärjestelmään: oikeus osallistua yhtiökokoukseen kuuluu vain osakkaalle, joka on omistajana merkitty yhtiön puolesta pidettyyn osakasluetteloon. Siitä lähtien kun arvo-osuusjärjestelmä tuli AOJLVpL:n mukaan voimaan 1.8.1991, osakkeenomistajan oikeus osallistua yhtiökokoukseen on määräytynyt eräitä käytännöllisiä ja/tai teknisiä poikkeuksia lukuun ottamatta suureksi osaksi samalla tavalla riippumatta siitä, ovatko osakkeet olleet liitetyt arvo-osuusjärjestelmään vai eivät. Osakeyhtiölain muuttamisesta 21.12.2000 annetulla lailla (L 1158/00), joka tuli voimaan 1.1.2001, näitä säännöksiä kuitenkin muutettiin eräissä merkityksellisissä suhteissa. Lain muutoksen seurauksena osakkeenomistajan oikeus osallistua yhtiökokoukseen on vuoden 2001 alusta sekä teoreettiselta että perustuslailliselta kannalta säännelty joiltakin osiltaan hyvin kyseenalaisella tavalla. Mainituista syistä käsittelen tässä jaksossa osakkeenomistajan oikeutta osallistua yhtiökokoukseen arvo-osuusjärjestelmään liittyneessä yhtiössä erikseen yhtäältä niiden säännösten nojalla, jotka olivat voimassa ennen vuoden 2001 alusta voimaan tullutta lainmuutosta, ja toisaalta niiden muutosten jälkeen, jotka OYL:iin tehtiin 21.12.2000 annetulla lailla (L 1158/00).[26]

---

[23] AOJL 25.1 §:n mukaan sellaisen suomalaisen osakeyhtiön, jonka osake on otettu arvopaperimarkkinalaissa tarkoitetun julkisen kaupankäynnin kohteeksi, on liitettävä osakkeensa arvo-osuusjärjestelmään, ellei rahoitustarkastus erityisestä syystä myönnä tästä poikkeusta. Muiden osakeyhtiöiden osalta osakkeen liittäminen arvo-osuusjärjestelmään on vapaaehtoista ja tapahtuu OYL 3a-luvun säännösten mukaisesti.

[24] Ks. AOJL 1–2 luku sellaisina kuin ne ovat voimassa muutettuina viimeksi 15.9.2000 annetulla lailla (L 795/00). Ks. arvo-osuusjärjestelmään liittyvistä erilaisista luetteloista laajana esityksenä ennen 15.9.2000 annetun lain (L 795/00) aiheuttamia muutoksia J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 291–300.

[25] Ks. arvo-osuusjärjestelmästä yleisesti esimerkiksi J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 275–277 ja Koski – af Schultén, *Osakeyhtiölaki I* 1998, s. 216–220.

[26] En käsittele seuraavassa esityksessä niitä poikkeuksia osakasoikeuksien käyttämiseen, jotka tulevat esille sinä siirtymäaikana, jona yhtiön osakkeet liitetään arvo-osuusjärjestelmään.

3.2 *Saannon rekisteröinti arvo-osuusjärjestelmässä.* Arvo-osuusjärjestelmä on yleisesti luonnehdittuna kirjaamisjärjestelmä, jossa arvo-osuuksien omistussuhteet ja niiden muutokset merkitään automaattisesti arvo-osuuksien omistajista pidettävään luetteloon ja arvo-osuuden omistajan arvo-osuustilille. Osakkeenomistajan oikeudet yhtiössä määräytyvät näiden kirjausten perusteella.[27] Suomalainen osakkeenomistaja, joka ei halua käyttää yhtiössä osakkeenomistajalle kuuluvia hallinnoimis- ja/tai varallisuuspitoisia oikeuksia, ei voi arvo-osuusjärjestelmässä pysyä anonyymina jättämällä saantonsa ilmoittamatta rekisteriin.[28]

Toisin kuin suomalainen osakas *ulkomaalainen osakkeenomistaja voi AOJL 28.1 §:n verr. AOTiliL 5a ja 16 §:n*[29] *nojalla pysyä tuntemattomana antamalla hallintarekisteröidä osakkeensa.*[30]

3.3 *Osallistumisoikeus yhtiökokoukseen ennen 1.1.2001 voimassa olleen oikeuden mukaan.* Ennen 1.1.2001 voimaan tulleita muutoksia (L 1158/00) arvo-osuusjärjestelmään liitettyjen osakkeiden omistajien oikeus osallistua yhtiökokoukseen määräytyi OYL 3a:9:n nojalla suurin piirtein samalla tavalla kuin järjestelmän ulkopuolella olevissa yhtiöissä. Kun näissä yhtiöissä tavallisesti on kymmeniä tai satoja tuhansia osakkeenomistajia, oli OYL 3a:11.1:ssä ääniluettelon laatimisen helpottamiseksi säännös, jonka mukaan *muodollinen legitimaatio* osallistua yhtiökokoukseen oli vain henkilöllä, joka oli *vähintään viisi päivää ennen yhtiökokousta* merkitty *osakkeenomistajaksi Suomen Arvopaperikeskus Oy:n yhtiön puolesta pitämään osakasluetteloon.*[31] Osakkaalla, joka ei mainittuna päivänä ollut merkitty-

---

[27] Ks. esimerkiksi Airaksinen – Jauhiainen 1997, s. 77.

[28] Ks. esimerkiksi J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 291–292 ja s. 299–300 ja Toiviainen 1998, s. 75–76.

[29] Sellaisina kuin lainkohdat ovat muutettuina 15.9.2000 annetulla lailla (L 796/00), joka tuli voimaan 16.10.2000; muutokset eivät vaikuttaneet tekstissä käsiteltyyn kysymykseen vaan koskivat arvo-osuusjärjestelmän luetteloiden hoitamisen uudelleen järjestelemistä.

[30] Ks. yleisesti J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 296–297 ja Toiviainen 1998, s. 76.

[31] Teknisesti lain säännökset osake- ja osakasluetteloista ovat jossakin määrin sekavat. OYL 3:13.1:n nojalla osakkeenomistajan oikeus osallistua yhtiökokoukseen edellyttää sitä, että hänet on merkitty *osakeluetteloon*. OYL 3a:11.1:n mukaan arvo-osuusjärjestelmässä osakkeenomistajan oikeus osallistua yhtiökokoukseen on sidottu *osakasluettelomerkintään*. Yhtiökokouksessa on OYL 9:11.2:n mukaan oltava *osakasluettelo*, jonka perusteella laaditaan ääniluettelo. Mikäli *osake- ja osakasluettelot ovat keskenään ristiriidassa*, osakeluetteloa pidetään kuitenkin oikeana, ks. edellä av. 14.

nä osakasluetteloon, ei ollut oikeutta osallistua kokoukseen, vaikka hänestä olisi tuona "karenssiaikana" tullut osakkeenomistaja.[32]

Sen lisäksi, että oikeus osallistua yhtiökokoukseen oli vain henkilöllä, joka oli *muodollisesti legitimoitu* viisi päivää ennen yhtiökokousta, yhtiöjärjestyksen osallistumisoikeutta rajoittava määräys *ennakkoilmoittautumisesta* ehtona oikeudelle osallistua yhtiökokoukseen tuli sovellettavaksi samalla tavalla kuin arvo-osuusjärjestelmän ulkopuolella olevissa yhtiöissä.[33]

Suomalaisen osakkeenomistajan osalta edellä mainitut säännökset merkitsivät siten sitä, että saadakseen osallistua yhtiökokoukseen osakkeenomistajan tuli olla *merkitty osakasluetteloon osakkeenomistajaksi viisi päivää ennen yhtiökokousta*. Mikäli kokoukseen osallistuminen edellytti yhtiöjärjestyksen mukaan *ennakkoilmoittautumista*, osakkeenomistajan tuli myös ajoissa ilmoittaa aikomuksestaan osallistua kokoukseen. *Asiallisesti* osakkaan tuli lisäksi yhtiökokouksen pitohetkellä omistaa ne osakkeet, joilla hän osallistui yhtiökokoukseen. Hän ei kuitenkaan saanut osallistua kokoukseen sellaisilla osakkeilla, jotka hän oli hankkinut mainitun viiden päivän "karenssiajan" sisällä.[34]

Ulkomaista osakkeenomistajaa, joka oli antanut merkitä itsensä osakasluetteloon osakkeiden omistajaksi, koskivat samat säännöt osallistumisesta yhtiökokoukseen kuin suomalaista osakasta. *Mikäli ulkomainen osakkeenomistaja oli hallintarekisteröinyt osakkeensa*, hänellä ei ollut oikeutta osallistua yhtiökokoukseen. Häneltä puuttui *muodollinen legitimaatio*, sillä hän ei ollut osakasluettelossa omistajana. Toisaalta osakasluetteloon ulkomaisen omistajan sijasta merkitty hallintarekisteröinnin hoitaja ei myöskään voinut osallistua yhtiökokoukseen siitä syystä, että hän ei ollut *osakkeiden omistaja*.[35]

3.4 *Vuoden 2001 alusta voimaan tulleet muutokset.* Vuoden 2001 alusta OYL:n säännöksiä osakkeenomistajan oikeudesta osallistua yhtiöko-

---

[32] Ks. esimerkiksi Koski – af Schultén, Osakeyhtiölaki I 1998, s. 245, J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 697 ja Toiviainen 1998, s. 72–73. Ks. myös *HE 89/96*, s. 69, josta ilmenee, että ennen vuoden 1997 OYL-uudistusta "karenssiaika" oli kymmenen päivää.

[33] Ks. J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 698.

[34] Ks. yleisesti Koski – af Schultén, *Osakeyhtiölaki I* 1998, s. 245 ja J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 304–305.

[35] Ks. hallintarekisteröinnistä yhtiökokoukseen osallistumisen näkökulmasta OYL 3a:11 verr. AOJL 28.2 §, ja kirjallisuudesta J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 304, sekä lainvalmisteluaineistosta *HE 89/96*, s. 69.

koukseen sellaisessa yhtiössä, jonka osakkeet on liitetty arvo-osuusjärjestelmään, muutettiin kolmella tavalla. Yhtäältä OYL 3a:11.1:iin otettiin jo ennen 1997 OYL-uudistusta laissa ollut säännös siitä, että oikeus osallistua yhtiökokoukseen määräytyy niiden omistussuhteiden perusteella, jotka ovat voimassa *kymmenen päivää ennen yhtiökokousta*. Muutosta perusteltiin yhtiön tarpeella voida huolehtia yhtiökokouksen käytännön järjestelyistä, mihin aiemman lain mukaista viiden päivän aikarajaa ei suurissa yhtiöissä pidetty enää riittävänä. Määräajan pidentäminen vaikuttaa sinänsä perustellulta, vaikka se kaventaa osakkeenomistajan oikeutta osallistua yhtiökokoukseen, mikäli hän hankkii yhtiön osakkeita tänä kaikitenkin varsin pitkäksi katsottavana "karenssiaikana".[36]

Toinen vuoden 2001 alusta voimaan tullut muutos, jonka tarpeellisuus voidaan asettaa kyseenalaiseksi, koskee *osallistumista yhtiökokoukseen hallintarekisteröidyn osakkeen perusteella*. OYL 3a lukuun lisättiin uusi 11a §, jonka mukaan hallintarekisteröidyn osakkeen omistaja voidaan pyynnöstä merkitä yhtiökokousta varten tilapäisesti osakasluetteloon OYL 3a:11.1:ssa tarkoitettuna päivänä siten, että tieto omistajasta poistuu automaattisesti tämän päivän jälkeen. Uutta säännöstä perusteltiin lain valmistelutöissä ulkomaisen omistajan tarpeella päästä osallistumaan yhtiökokoukseen, vallinneesta järjestelmästä yhtiölle ja hallintarekisteröinnin hoitajalle aiheutuvilla työllä ja kustannuksilla, henkilökohtaisen arvo-osuustilin avaamisesta ja sulkemisesta (!) ulkomaiselle omistajalle aiheutuvilla kustannuksilla[37] ja sillä, että tämä menettely pidentää sitä aikaa, jona ulkomaalaisen osakkeenomistajan osakkeilla ei voida käytännössä käydä kauppaa, sekä eräillä muilla yhtä käsittämättömillä argumenteilla. Perusteluissa viitattiin myös siihen, että muun muassa Ruotsin oikeudessa ehdotetun kaltainen sääntö on ollut voimassa jo 25 vuotta – siinä ei kuitenkaan millään tavalla selvitetty sitä, mikä säännöksen tosiasiallinen merkitys Ruotsissa käytännössä on ollut.[38] Pidän säännöstä huonona yhtäältä siitä syystä, että se eräänlaisena "uppopallo"-mekanismina mahdollistaa ulkomaisen hallintarekisteröidyn osakkeenomistajan "keinottelun" yhtiö(kokoukse)n päätöksentekoon osallistumismahdol-

---

[36] Samassa yhteydessä muutettiin OYL 9:1.2:n säännös ennakkoilmoittautumisesta siten, että viimeinen ennakkoilmoittautumispäivä saa olla aikaisintaan kymmenen päivää ennen yhtiökokousta, kun se ennen lainmuutosta oli viisi päivää. Ks. mainituista kysymyksistä *HE 186/00*, s. 1, s. 3, s. 4, s. 9 ja s. 10 verr. *HE 89/96*, s. 69.

[37] Hallintarekisteröinnin hoitajakaan tuskin toimii ilmaiseksi.

[38] Ks. tekstissä mainituista erikoislaatuisista yleisperusteluista *HE 186/00*, s. 4–5 ja s. 7, sekä OYL 3a:11a:n yksityiskohtaisista perusteluista *HE 186/00*, s. 10.

lisuudella. Toisaalta säännös on tarpeeton siinäkin mielessä, että sellainen ulkomainen sijoittaja, joka on todella kiinnostunut vallan käyttämisestä yhtiökokouksessa, tuskin edes käyttää hyväkseen mahdollisuutta osakkeiden hallintarekisteröimiseen.

Kolmas muutos, joka tuli voimaan 1.1.2001, on kaikista arveluttavin. Kun aikaisemmin arvo-osuusjärjestelmään osakkeensa liittäneissä yhtiöissä oli samalla tavalla kuin muissakin yhtiöissä voimassa sääntö, että *yhtiökokoukseen osallistujan piti olla kokoushetkellä osakkeen omistaja*, tästä *materiaalisesta omistusoikeusvaatimuksesta luovuttiin*: OYL 3a:11.1:ssa on nyt säädetty, että *kymmenen päivää ennen yhtiökokousta täsmäytetty osakasluettelo määrää tyhjentävästi ja lopullisesti oikeuden osallistua yhtiökokoukseen.*[39] Järjestyksen säilymiseksi voidaan pitää hyväksyttävänä sitä, että osakkeen *omistaja*, joka on hankkinut osakkeensa hyvin lähellä yhtiökokouksen pitämisajankohtaa, ei voi näillä osakkeillaan osallistua kokoukseen. Sen sijaan se, että *joku muu henkilö kuin omistaja*, kuten muutetun OYL 3a:11.1:n mukaan on mahdollista ja luvallista mikäli 10 päivää ennen yhtiökokousta osakasluettelossa omistajana esiintyvä henkilö esimerkiksi myy osakkeensa pari päivää ennen kokousta, saa *omistajaa sitovalla tavalla käyttää osakkeeseen kuuluvia oikeuksia siitä huolimatta, että hän on omistusoikeuden menetettyään ulkopuolisen tai sivullisen asemassa*, on vastoin PerL 15.1 §:ssa turvattua omaisuuden perustuslainsuojaa. Mikäli säännökselle ylipäänsä on esitettävissä hyväksyttäviä syitä, muutos olisi pitänyt toteuttaa perustuslain säätämisjärjestyksessä annetulla lailla. Onkin mielenkiintoista nähdä, tuleeko suomalainen tuomioistuinlaitos jossakin yhteydessä käyttämään PerL 106 §:n mukaista oikeuttaan (velvollisuuttaan) syrjäyttää perustuslain (tässä PerL 15.1 §) kanssa ilmeisessä ristiriidassa oleva tavallisen lain (tässä OYL 3a:11.1) säännös ja antaa etusija perustuslaille.

4 Yhtiökokoukseen osallistumisen toteutuminen käytännössä

Erityisesti suurissa yhtiöissä kuten pörssiyhtiöissä, joissa omistus on hajautunut, osakkeenomistajat eivät usein osallistu yhtiökokouksiin.[40] Passii-

[39] Ks. muutoksen perusteluista *HE 186/00*, s. 9.

[40] Ks. tässä yhteydessä Dahlgren – Moberg 1990, s. 61, jotka toteavat, että yhtäältä on tunnettua, että suurissa yhtiöissä osakkeenomistajien osallistumisaktiivisuus yhtiökokouksiin on melko vähäinen, ja että toisaalta tiedetään myös, että sellaisissa yhtiökokouksissa, joissa on jonkinlaista tarjoilua, osallistumisaktiivisuus on tavallista suurempi.

visuuteen voi olla useita syitä: osakas kokee vaikutusmahdollisuutensa tai asiantuntemuksensa vähäisiksi, kokous pidetään kaukana, osakkeenomistaja on sairas tai muuta vastaavaa.[41] Lainsäädännössä on pyritty siihen, että edellä jaksoissa 2 ja 3 kerrotulla tavalla osallistumaan oikeutetun osakkeenomistajan "kynnys" olla läsnä yhtiökokouksessa olisi mahdollisimman pieni.[42]

Yksi keino helpottaa osakkeenomistajan mahdollisuuksia vaikuttaa päätöksentekoon yhtiökokouksessa on se, että osakkaan ei tarvitse saapua kokoukseen henkilökohtaisesti. Hänellä *on* OYL 9:2.1:n mukaan *aina oikeus käyttää asiamiestä yhtiökokouksessa*. Tätä oikeutta ei voida rajoittaa edes yhtiöjärjestyksessä. Yleensä kirjallisuudessa on katsottu, että osakas ei voisi käyttää useampia kuin yhtä asiamiestä. Itse en kuitenkaan löydä perusteita tällaiselle tulkinnalle.[43] Kelpoisuutensa osoittamiseksi asiamiehellä tuli vuoden 2000 loppuun asti voimassa olleen oikeuden mukaan aina olla päivätty valtakirja, joka koski yhtä kokousta, ellei siitä muuta ilmennyt. Se oli kuitenkin voimassa enintään kolme vuotta sen antamisesta.[44] Myös avoin valtakirja hyväksyttiin.[45]

Vuoden 2001 alusta voimaan tulleella muutoksella OYL 9:2.1:iin lisättiin säännös, jonka mukaan asiamiehellä ei enää välttämättä tarvitse olla päivättyä valtakirjaa, kunhan *hän muulla luotettavalla tavalla kyke-*

---

[41] Ks. osallistumisaktiivisuuden puuttumisesta ruotsalaisten yhtiöiden yhtiökokouksissa Dahlgren – Moberg 1987, s. 101–105.

[42] Ks. esimerkiksi *HE 27/77*, s. 59. Ks. tässä yhteydessä myös ruotsalaisesta kirjallisuudesta Dahlgren – Moberg 1987, s. 106–131, jotka suorittamansa haastattelututkimuksen perusteella katsovat, että yhtiökokouksiin osallistumisaktiivisuus voisi lisääntyä jo sillä, että hallituksen puheenjohtaja ei toimisi yhtiökokouksen puheenjohtajana, tilintarkastajat olisivat kokouksissa aktiivisempia, osakkaat itse käyttäisivät kyselyoikeuttaan muuhunkin kuin leikinlaskuun, ja kokoukseen liittyvät "viihdykkeet" tähtäisivät osakkaiden huvittamisen sijasta nimenomaan osallistujien aktiivisuuden lisäämiseen jakamalla heille ennen yhtiökokouksen alkamista tietoa yhtiöstä esitelmillä, tehdaskäynneillä ja muilla vastaavanlaisilla tavoilla.

[43] Ks. Toiviainen 1998, s. 62–63.

[44] Valtakirjan voimassa oloa koskevien rajoitusten tarkoitus on estää se, että äänioikeus käytännössä siirtyisi asiamiehelle, ks. *HE 27/77*, s. 59–60.

[45] Oikeuskäytännössä korkein oikeus katsoi ratkaisussaan *KKO 1985 II 124*, että avointa valtakirjaa, jonka antamisesta ei ollut kulunut kolmea vuotta jo jota ei ollut käytetty aiemmin, voitiin käyttää myöhemmässäkin kuin sen antamista lähinnä seuranneessa yhtiökokouksessa. Ks. osakkaan oikeudesta asiamiehen käyttämiseen kirjallisuudesta esimerkiksi Koski – af Schultén, *Osakeyhtiölaki II* 2000, s. 15–19, J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 710–712, Huttunen 1984, s. 88–90 ja Toiviainen 1998, s. 56–69.

nee osoittamaan, että hän on oikeutettu edustamaan osakkeenomistajaa.[46]

Vuoden 1997 OYL-uudistuksen (L 14.2.1997/145) yhteydessä lakiin otettiin säännökset niin sanotusta *valtakirjaäänestyksestä*. OYL 9:2a:ssä säädetään, että yhtiöjärjestyksessä voidaan määrätä, että siinä luetelluissa yhtiökokouksessa päätettävissä asioissa osakkaalla on *oikeus antaa valtuutus myös yhtiölle (yhtiön hallitukselle)*.[47]

Yksi syy toisinaan "laimeaan" yhtiökokoukseen osallistumisaktiivisuuteen lienee myös se, että osakkeenomistaja asuu kaukana siitä paikasta, jossa kokous pidetään. Tähän asti lainsäädäntö on edellyttänyt sitä, että osakkeenomistajat ovat itse tai asiamiehen edustamina fyysisesti läsnä kokouksen pitopaikalla. Nykyaikainen tietotekniikka antaa kuitenkin mahdollisuuden muunkinlaisiin järjestelyihin. OYL 9:4:ään lisättiin edellä jo useaan kertaan mainitulla lailla (L 1158/00) uusi 2 momentti, jonka mukaan yhtiön hallitus voi päättää, että yhtiökokoukseen voidaan osallistua myös teknisen apuvälineen avulla. Edellytyksenä kuitenkin on, että osallistumisoikeus ja äänten laskennan oikeellisuus voidaan selvittää tavallisessa yhtiökokouksessa noudatettaviin menettelyihin verrattavalla tavalla. Säännös avaa uusia mahdollisuuksia yhtiökokousten käytännölliseen järjestämiseen esimerkiksi siten, että osallistuminen olisi mahdollista tapahtua useissa paikoissa jopa ympäri maailman reaaliaikaisen kuva- ja ääniyhteyden välityksellä, mitä menettelyä on jo aiemmin käytetty yhdistämään kokouspaikan eri tilat tai huoneet. Säännöksen ongelmaksi osakkeenomistajan kannalta saattaa kuitenkin osoittautua se, että hänen mahdollisuutensa saada tietoja käsiteltävistä asioista tai muuten seurata kokouksen kulkua heikkenee. Huolimatta siitä, että OYL 9:16:n yleissäännös antaa yleistä suojaa osakkaiden yhdenvertaisuudelle, osakkeenomistajan voi olla vaikea vedota teknisen apuvälineen käytöstä johtuviin kokouksen kulun seuraamiseen liittyviin vaikeuksiin, kun OYL 9:4.2 asettaa teknisen apuvälineen käyttämiselle edellytykseksi *ainoastaan osallistumisoikeuden ja äänten-*

---

[46] Ks. OYL 9:2.1 sellaisena kuin se on voimassa muutettuna 21.12.2000 annetulla lailla (L 1158/2000), ja sen muutoksen perusteluista, jonka mukaan vuoden 2001 alusta asiamieheltä ei enää ehdottomasti vaadita päivättyä valtakirjaa, *HE 186/00*, s. 10–11.

[47] Ks. tekstissä mainitusta valtakirjaäänestyksestä OYL 9:2a–c, sekä kirjallisuudesta Toiviainen 1998, s. 64–65 ja Koski – af Schultén, *Osakeyhtiölaki II* 2000, s. 21–31. Ks. myös J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000, s. 713–721, jotka tosin käyttävät harhaan johtavaa nimitystä "postiäänestys".

laskennan oikeellisuuden luotettavan selvittämisen.[48] Mielenkiinnolla kannattanee kyllä seurata sitä, millä tavalla ja kuinka laajasti tämän säännöksen tarjoamia mahdollisuuksia aletaan käyttää.

Lähteet

Airaksinen, Manne – Jauhiainen, Jyrki: *Osakeyhtiölaki*. Porvoo 1997 (Airaksinen – Jauhiainen 1997).

Airaksinen, Manne – Jauhiainen, Jyrki: *Suomen yhtiöoikeus*. Vantaa 2000 (Airaksinen – Jauhiainen 2000).

Dahlgren, Bo – Moberg, Krister: *Nyckeln till styrelserummet. Praktik och juridik för bolagsstyrelsen*. Andra upplagan. Göteborg 1990 (Dahlgren – Moberg 1990).

Dahlgren, Bo – Moberg, Krister: *Rösten på stämman. Aktieägare på bolagsstämma*. Gotab 1987 (Dahlgren – Moberg 1987).

Hallituksen esitys n:o 27 Eduskunnalle (1977 vp.) uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi (*HE 27/77*).

Hallituksen esitys n:o 89 Eduskunnalle (1996 vp) laiksi osakeyhtiölain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta (*HE 89/96*).

Hallituksen esitys n:o 69 Eduskunnalle (2000 vp) laiksi osakeyhtiölain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (*HE 69/00*).

Hallituksen esitys n:o 186 Eduskunnalle (2000 vp) laeiksi osakeyhtiölain ja vakuutusyhtiölain 8 luvun 1a §:n muuttamisesta (*HE 186/00*).

Havansi, Erkki: *Panttioikeus osakkeeseen. Ensimmäinen osa*. Vammala 1979 (Havansi, *Panttioikeus I* 1979).

Hueck, Alfred: *Gesellschaftsrecht. Ein Studienbuch von Götz Hueck*. 19., völlig neubearbeitete Auflage des von *Alfred Hueck* begründeten Werkes. München 1991 (Hueck 1991).

Huttunen, Allan: *Osakeyhtiön yhtiökokouksesta*. Vaasa 1984 (*Huttunen* 1984).

Kartio, Leena: "Omistusoikeudesta osakeyhtiöoikeudessa". Teoksessa *Juhlajulkaisu Juhani Kyläkallio 1930 – 14/3 – 1990*. Toimituskunta Allan Huttunen, Ari Saarnilehto (toimittaja), Jarmo Tuomisto (toimittaja). Turku 1990, s. 53–62 (Kartio, *Juhlajulkaisu Kyläkallio* 1990).

Komiteanmietintö 1992:32: Osakeyhtiölakitoimikunta 1990:n mietintö. Helsinki 1990 (*KomMiet 32/92*).

Koski, Pauli – af Schultén, Gerhard: *Osakeyhtiölaki selityksin I. Luvut 1–8 sekä voimaanpanosäännökset*. Neljäs, uudistettu painos. *Rauno Vanhasen* avustuksella. Jyväskylä 1998 (Koski – af Schultén, Osakeyhtiölaki I 1998).

Koski, Pauli – af Schultén, Gerhard: *Osakeyhtiölaki selityksin II. Luvut 9–17*. Neljäs, uudistettu painos. *Seppo Villan* avustuksella. Jyväskylä 2000 (Koski – af Schultén, *Osakeyhtiölaki II* 2000).

[48] Ks. lainkohdan perusteluista lain esitöistä *HE 186/00*, s. 7–8 ja s. 11, missä on mainittu myös niiden häiriöiden aiheuttamista ongelmista, joita voi johtua esimerkiksi yhteyksien katkeamisen takia.

Kyläkallio, Juhani – Iirola, Olli – Kyläkallio, Kalle: *Osakeyhtiö*. Helsinki 2000 (J. Kyläkallio – O. Iirola – K. Kyläkallio 2000).

Olsson, Curt: *Aktieförvärvares rätt i förhållande till bolaget*. Helsingfors 1949 (Olsson 1949).

Rissanen, Kirsti: "Osuus osakeyhtiössä". Teoksessa *Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo 1917 * 4/2 * 1987*. Toimituskunta Juhani Wirilander, Matti L. Aho, Pirkko–Liisa Aro, Timo Esko (toimittaja), Leena Kartio, Erkki-Juhani Taipale, Olli Tarkka. Vammala 1987, s. 317–334 (Rissanen, *Juhlajulkaisu Ylöstalo* 1987).

Taxell, Lars Erik: *Aktiebolagets organisation*. Åbo 1988 (Taxell 1988).

Taxell, Lars Erik: *Om aktierätt vid bolagsstämma*. Åbo 1959 (Taxell 1959).

Timonen, Pekka: *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely*. Jyväskylä 1997 (Timonen 1997).

Toiviainen, Heikki: *Osakeyhtiön hallituksesta syyskuun 29 päivänä 1978 annetun osakeyhtiölain (734/78) valossa. Käsikirja. Oppikirja. Tutkimus*. Mänttä 1988 (Toiviainen 1988).

Toiviainen, Heikki: *Ownership and Control in Companies Limited by Shares in Finland*. Helsinki 1998 (Toiviainen 1998).

Villa, Seppo: *Osakeyhtiölain mukaiset rahoitusvälineet*. Jyväskylä 2001 (Villa 2001).

Lyhenteet

AOJL	L arvo-osuusjärjestelmästä 17.5.1991/826
AOJLVpL	L arvo-osuusjärjestelmästä annetun lain sekä siihen liittyvän lainsäädännön voimaantulosta 22.7.1991/1069
AOTiliL	L arvo-osuustileistä 17.5.1991/827
av.	Alaviite
HE	Hallituksen esitys (Eduskunnalle)
KKO	Korkein oikeus
KomMiet	Komiteanmietintö
L	Laki
OYL	Osakeyhtiölaki 29.9.1978/734
PerL	Suomen perustuslaki 11.6.1999/731
VOYL	Laki osakeyhtiöistä 2.5.1895/22
vp. (myös vp)	Valtiopäivät

Marcus Norrgård

11 Anspråk och säkringsåtgärd

1 Den allmänna säkringsåtgärden

Civilprocessreformen trädde ikraft 1.12.1993. Som en del av denna reform tillkom den allmänna säkringsåtgärden. Före reformen var det endast möjligt att meddela kvarstad till säkerhet för en fordran eller en s.k. bättre rätt. I och med reformen infördes i rättegångsbalkens 7 kapitel 3 § en s.k. allmän säkringsåtgärd, som lyder på följande sätt:

> Om sökanden visar sannolika skäl för att han har någon annan rätt gentemot motparten än vad som nämns i 1 eller 2 § och den kan styrkas genom ett avgörande enligt 3 kap. 1 § 1 mom. utsökningslagen, och om det är fara för att motparten genom att göra, påbörja eller underlåta något eller på något annat sätt förhindrar eller försvagar sökandens möjligheter att göra sin rätt gällande eller väsentligen minskar dess värde eller betydelse, får domstolen
> 1) vid vite förbjuda motparten att göra eller påbörja något,
> 2) vid vite förelägga motparten att göra något,
> 3) bestämma att motparten tillhörig egendom skall överlämnas i en sysslomans besittning och förvaltning, eller
> 4) bestämma om andra åtgärder som behövs för att trygga sökandens rätt.
>
> När domstolen beslutar om att meddela ett sådant förbud eller en sådan föreskrift som avses i 1 mom. skall den fästa uppmärksamhet vid att motparten inte orsakas oskäligt men i förhållande till det intresse som skall tryggas.

Som det framgår av ordalydelsen är den allmänna säkringsåtgärden ett mycket mångsidigt instrument. Domstolen kan i princip vidta vilka som helst åtgärder som behövs för att trygga sökandens rätt. Den tioåriga jubilaren till ära skall jag i denna artikel undersöka vilka anspråk som kan säkras med stöd av den nästan jämnåriga allmänna säkringsåtgärden och vilket beviskrav som gäller för anspråket.

2 Säkringsbara anspråk

Utgångspunkten är att alla andra rättigheter omfattas av den allmänna säkringsåtgärden än de som omfattas av RB 7:1 eller RB 7:2. Sökanden bör visa sannolika skäl för att han har en fordran (1 §) eller s.k. bättre rätt till ett föremål eller annan viss egendom som är i motpartens besittning (2 §).

Med fordran enligt 1 § avses i första hand penningfordran, men begreppet omfattar också varufordran, dvs. en skyldighet att erlägga betalning av en skuld i form av genusföremål.[1] Med penningfordran avses alla förpliktelser som är bestämda i pengar och alla förpliktelser som kan omvandlas till pengar.[2] Förutom egentliga fordringar som skall erläggas i pengar kan det t.ex. handla om ett entreprenad- eller annat kontrakt, som sannolikt inte kommer att uppfyllas, varför skadestånds- och avtalsvitespåföljder aktualiseras.[3] Kvarstad kan meddelas för att trygga betalningen av skadeståndet eller avtalsvitet eller båda. *"Bättre rätt"* som avses i 2 § innebär att sökanden har starkare rätt till egendomen ifråga än motparten.[4] Bättre rätt kan omfatta många olika situationer. För att exemplifiera omfattningen kan några av de i litteraturen presenterade typfallen kort presenteras.[5] 1. V har innehaft ett föremål i sin besittning på basen av t.ex. förpantning, hyra eller lån, men vägrar att återlämna saken till H när rätten att besitta föremålet upphört. H har härvid bättre rätt till föremålet. 2. H har sålt och överlåtit ett föremål till V, men överlåtelseavtalet är ogiltigt. H har bättre rätt till föremålet. Kvarstad kan beviljas för att hindra överlåtelse av föremålet till tredje man. 3. Om t.ex. maken äger det gemensamma hemmet ensam får denne inte sälja det utan makans samtycke (äktenskapslagen 38 §). Ifall maken trots det har för avsikt att göra det kan makan beviljas kvarstad till säkerhet för bättre rätt. Bättre rätt omfattar således betydligt mer än enbart

---

[1] I RP 179/90 rd, 12 anges att den tidigare gällande kvarstadsbestämmelsen i UL 7:1 omfattade såväl penning- som varufordran, och att ändring i sak inte har avsetts.

[2] Havansi 1994, 18.

[3] Havansi 1994, 18.

[4] Havansi 1994, 44. RP 179/90 rd, 13: "Den rättighet som enligt detta lagrum skyddas är oftast äganderätt. Det kan dock även bli fråga om andra rättigheter eller anspråk som hänför sig till föremål, som t.ex. en hyresrätt eller någon annan nyttjanderätt eller en panträtt eller annan realsäkerhet. Sökandens rättighet behöver inte ha ett s.k. sakrättsligt skydd i förhållande till tredje man". Se också Havansi 1975, 393 ff om diskussionen under den tidigare lagens tid om huruvida också andra rättigheter än äganderätt kan omfattas av kvarstad till säkerhet för bättre rätt.

[5] Se Havansi 1994, 44–50 och Havansi 1975, 555–724.

äganderätten till viss egendom.[6] Förutom lösa konkreta saker kan också fastigheter, aktier, värdeandelar, fordringar eller immateriella rättigheter vara föremål för kvarstad enligt 2 §.

Förhållandet mellan 3 § och 1 § kan exemplifieras med ett fall från Rovaniemi hovrätt (S 98/321 28.1.1999, RHO:1999:3), i vilket domstolen hade att ta ställning till huruvida det var möjligt att meddela en säkringsåtgärd enligt 3 § för att säkra en utjämningsfordran som uppstår först vid avvittring i samband med äktenskapsskillnad och som vid säkringstidpunkten ännu inte hade uppkommit. Såväl tingsrätten som hovrätten biföll ansökan. En kvarstadsansökan enligt 1 § torde ha förkastats i och med att 1 § förutsätter att fordran existerar.[7]

I Sverige har en lagändring av rättegångsbalken 15 kap. 3 §, som motsvarar vår 7:3, gjorts. I och med lagändringen 1982 ändrades 15:3 till att vara tillämplig endast "i annat fall än som avses i 1 eller 2 §". Högsta domstolen har i ett fall (NJA 1987 s. 829) ansett att en person som fört talan mot ett bolag angående rätten till vissa aktier inte kunnat ges tillfällig rätt att utöva aktieägarens rösträtt eftersom frågan gällde bättre rätt som avses i 15:2. Enda åtgärden som kan meddelas med stöd av 15:2 är kvarstad. Detta problem har åtgärdats genom en ändring av första stycket 15 kap 3 § rättegångsbalken som f.n. lyder på följande sätt[8]:

> 3 §. Om någon visar sannolika skäl för att han mot någon annan har *ett anspråk, som är eller kan antas bli föremål för rättegång eller prövning i annan liknande ordning*, och det skäligen kan befaras att motparten genom att utöva viss verksamhet eller företa eller underlåta viss handling eller på annat sätt hindrar eller försvårar utövningen av sökandens rätt eller väsentligt förringar dess värde, får domstol förordna om lämplig åtgärd för att säkerställa sökandens rätt.[9]

Eftersom vår 7:3 är utformad med gamla formen som förebild är det i princip tänkbart att samma problem aktualiseras hos oss. Frågan har dock inte behandlats av de högre domstolarna eller i doktrinen.

Tillämpningsområdet för 3 § begränsas förutom av 1 § och 2 § också av kravet på att ovannämnda rätt bör kunna styrkas genom ett avgörande enligt

---

[6] Havansi 1994, 44.

[7] Se också Havansi 1994, 18.

[8] Ändringen (SFS 2000:172) trädde ikraft 1.7.2000. Ändringen grundar sig på proposition 1999/2000:26.

[9] Kurs. MN.

UL 3:1.1, som anger vilka avgöranden som är verkställbara i utsökningsrättslig bemärkelse. Den förteckning av verkställbara avgöranden som ingår i UL 3:1.1 är mycket omfattande. Av omedelbar relevans torde vara domstols dom eller utslag i tvistemål (p 1).[10] Också skiljedom (p 4), beslut av förvaltningsdomstol (p 6) och förvaltningsmyndighet (p 6 och 7) omfattas.

Det är viktigt att observera att man med den allmänna säkringsåtgärden inte kan uppnå *mer* än man kan uppnå med huvudsaksprocessen. Syftet med en säkringsåtgärd anges i litteraturen vara bibehållandet av det reella värdet och betydelsen av sökandens rättighet, och därigenom säkerställandet av det framtida reella förverkligandet av sökandens rättighet.[11] Med andra ord är *säkerställandet*, inte verkställandet, av rättigheten det som åsyftas. Det betyder att en säkringsåtgärd enligt huvudregeln bör vara något mindre än full prestation av den aktuella rättigheten. Detta är naturligt eftersom ett säkerställande av rättigheten vanligtvis inte förutsätter verkställighet av rättigheten i fråga. Skillnaden mellan säkerställande och verkställande framgår när man tänker på kvarstadsinstitutet. Kvarstad innebär att motpartens möjligheter att äventyra indrivningen av fordran minimeras. Kvarstad innebär däremot inte att fordran i fråga indrivs, dvs. verkställs. Gällande den allmänna säkringsåtgärden är situationen mer komplicerad. Det kan finnas situationer när säkerställande och verkställande sammanfaller. Med andra ord finns det situationer i vilka säkerställandet av rättigheten inte lyckas utan att sökandens rättighet verkställs tillfälligt.

I HD 1999:53 hade HD att ta ställning till om en arbetstagares ansökan om att arbetsgivaren vid vite måtte förbjudas att häva arbetsavtalet var ett anspråk som kunde säkras med stöd av RB 7:3. HD förkastade ansökan med hänvisning till att inte ens i en huvudsaksprocess kan en arbetsgivare förbjudas att säga upp ett arbetsavtal (HD 1977 II 113 och 1981 II 161). För jämförelsens skull kan nämnas att detta krav t.ex. inom immaterialrätten innebär att möjligheten att utverka interimistiskt förbud mot intrång i sökandens immaterialrätt är bunden till möjligheten att utverka förbudsdom. Inom bland annat patenträtten och varumärkesrätten är detta inget problem, eftersom det stadgas om förbudsdom i patentlagen 57.1 § respektive varumärkeslagen 38.1 §.

---

[10] I den finska versionen talas om "tuomio ja päätös", vilket torde innebära att det föråldrade begreppet "utslag" i modern tolkning bör kunna omfatta domstolens beslut, dvs. avgöranden i andra frågor än huvudsaken.

[11] Havansi 1994, 6.

Den allmänna säkringsåtgärdens tillämpningsområde kringskärs ytterligare av att det finns en mångfald av bestämmelser om interimistiska åtgärder i andra lagar. T.ex. stadgar 17 § lagen angående vårdnad om barn och umgängesrätt bl.a. att då ärende som gäller vårdnaden om barn eller umgängesrätt är anhängigt vid domstol kan domstolen interimistiskt bestämma hos vem barnet skall bo och om umgängesrätten samt om villkoren härvid. Det är oklart om denna bestämmelse är lex specialis i förhållande till den allmänna säkringsåtgärden. Ifall den är så kan den allmänna säkringsåtgärden – vars tillämpningsområde är allmänt, och som därmed i princip också är tillämplig i vårdnads- och umgängesfrågor – inte tillämpas i vårdnads- och umgängesärenden. Högsta domstolen har inte tagit ställning till frågan, men i litteraturen har det ansetts att barnets bästa kräver att den allmänna säkringsåtgärden och interimistiskt förordnande enligt 17 § är alternativa åtgärder (dvs. att 17 § inte är lex specialis), eftersom ett interimistiskt förordnande enligt 17 § inte kan meddelas *före* rättegång.[12] Samma argumentation har använts bl.a. gällande patentlagen 68 § som stadgar om interimistiskt förbud i fall av patentintrång.[13] Huruvida den allmänna säkringsåtgärden åsidosätts av specialbestämmelserna bör bedömas utgående från effektivitetshänsyn å ena sidan, skydds-, proportionalitets- och liknande hänsyn å andra sidan. Ifall det anses att den allmänna säkringsåtgärden åsidosätts av specialstadganden som är tillämpliga endast under rättegång och inte alls före rättegång uppstår en ur effektivitetssynvinkeln otillfredsställande situation. T.ex. försätts barn- och patentärenden i en sämre situation än andra rättsområden som saknar specialstadgande, eftersom den allmänna säkringsåtgärden är tillämplig före rättegång inom de andra rättsområdena, men däremot inte inom rättsområden som har specialstadgande. Eftersom lagstiftaren inte tagit ställning till dessa frågor, och då skyddet av motparten eller proportionalitetshänsyn inte kräver annat, bör den allmänna säkringsåtgärden vara tillämplig alltid i de fall specialbestämmelserna inte erbjuder lika gott rättsskydd.

Sammanfattningsvis kan sägas att tillämpningsområdet för 3 § är som utgångspunkt allmänt. Tillämpningsområdet kringskärs redan på basen av lagens ordalydelsen av RB 7:1, 7:2 och av hänvisningen till UL 3:1.1. Ett spörsmål som HD har behandlat, och som inte framgår av ordalydelsen, gäller s.k. fullgörelseärenden. Det konstaterades att säkring genom full-

[12] Havansi 1994, 64 hänvisar till kravet på att barnets bästa bör beaktas.

[13] Havansi 1994, 59–60.

görelse är möjlig endast om det i huvudsaksprocessen är möjligt att uppnå samma form av fullgörelse.

Tillämpningsområdet kan också påverkas av andra stadganden gällande interimistiska åtgärder, om dessa anses utgör lex specialis i förhållande till RB 7:3. Det anfördes att effektivitetshänsyn bör därvid tillmätas betydelse, och att endast åtgärder som är minst lika effektiva kan medföra att RB 7:3 inte blir tillämplig.

3 Beviskravet

Det har ovan undersökts vilka anspråk som kan säkras med stöd av den allmänna säkringsåtgärden. Nedan undersöks hur stark bevisning som krävs för att det aktuella anspråket skall kunna säkras. Domstolen är tvungen att fatta beslut trots att den inte med säkerhet vet vilket alternativ – sökandens eller motpartens – som skall läggas till grund för avgörandet. Osäkerheten är vanligtvis större i säkringsåtgärdsärenden än i huvudsaksprocessen, eftersom säkringsåtgärdsprocessen är snabbare och faktaunderlaget tunnare[14] än i huvudsaksprocessen och prövningen av saken är summarisk. Denna osäkerhet har avspeglat sig i Högsta domstolens tolkning av beviskravet gällande säkringsåtgärder.

Med tanke på beviskravets höjd har det i Högsta domstolens praxis utkristalliserats två olika typer av säkringsåtgärder. Den ena typen har hittills i Högsta domstolens praxis endast omfattat åtgärder enligt RB 7:1, dvs. kvarstad till säkerhet för fordran. Denna typ av åtgärd innebär att sökandens anspråk säkras på ett sätt som innebär någonting annat och mindre än full verkställighet av anspråket i fråga. T.ex. vid kvarstad tryggas verkställigheten av sökandens anspråk genom att motpartens egendom försätts i kvarstad. Motpartens skuld till sökanden, som utgör grunden för kvarstadsansökan, verkställs däremot inte, dvs. motparten förpliktas inte att betala skulden till sökanden. Verkställighet av fordran sker först i och med att domstolen i *huvudsaksprocessen* förpliktar motparten att betala skulden.

[14] Robustheten är med andra ord mindre i summarisk process. Se t.ex. Lindell 1998, 432: "Med denna term [robusthet, MN] menas att ett sannolikhetsomdöme kan vara mer eller mindre säkert beroende på hur grundliga undersökningar som gjorts." Lindell fortsätter (432): "Det bör understrykas att begreppet robusthet har med utredningen att göra och rör en systemegenskap. Med detta menar jag att rättssystemet är uppbyggt på ett sådant sätt att knapp utredning ibland måste accepteras, till exempel vid kvarstad, inhibition och interimistiska beslut. I andra fall förutsätter däremot rättegångssystemet att det görs utförliga utredningar ..."

Den andra typen – som omfattat åtgärder enligt RB 7:3 – innebär att sökanden redan före ett laga kraft vunnet huvudsaksavgörande får det han yrkar i huvudsaksprocessen. Denna typ kan kallas fullgörelseåtgärd. Det anmärkningsvärda är att domstolen till skillnad från den första typen *tryggar sökandens anspråk genom verkställighet.* Ett exempel på en fullgörelseåtgärd är HD 1998:143, i vilket en idrottsman, som meddelats tävlingsförbud av sitt idrottsförbund på grund av positivt dopingtest, yrkade att domstolen skulle upphäva tävlingsförbudet. I detta fall utgörs sökandens anspråk såväl i säkringsåtgärdsprocessen som i huvudsaksprocessen av ett krav på upphävande av tävlingsförbudet. Följaktligen är åtgärden en fullgörelseåtgärd.

Domstolens beslutsfattande påverkas av vilken typ av åtgärd som avses. Skillnaden mellan kvarstad och fullgörelseåtgärd är i *beviskravet.* Beviskravet för fullgörelseåtgärd är *betydligt högre* än för kvarstad. Man torde kunna tolka denna linje så att beviskravet är lägre för åtgärder som leder till något mindre än fullgörelse av sökandens anspråk oberoende av om åtgärden i fråga är kvarstad eller något annat (t.ex. överlämnande av egendom i sysslomans besittning).

Beviskravet gällande anspråket uttrycks i RB 7:3 som ett krav på att sökanden skall visa *sannolika skäl* för att han har ett anspråk mot motparten. Högsta domstolen har gett beviskravet sannolika skäl varierande innehåll beroende på vilket av de två typerna ärendet gällt. För att använda bevisteoretisk terminologi har beviskravet således ansetts vara flexibelt i motsats till fast. Beviskravet för yrkande med mindre än full prestation fastslogs i HD 1994:132 och HD 1994:133, vilka båda gällde kvarstad enligt 1 § till säkerhet för en skadeståndsfordran.[15]

I fallet HD 1994:132 yrkade en bank (SSP) att motparternas (bankens direktionsmedlemmar Reijo M, Juha S och Matti R) egendom skulle försättas i kvarstad på grund av en sannolik skadeståndsfordran, som motparterna svarade för solidariskt. Fordran grundade sig enligt SSP på att direktionsmedlemmarna varit vårdslösa och begått försummelser i samband med kreditgivning. SSP ansåg också att det förelåg fara för skingring. Tingsrätten och hovrätten förkastade ansökan, men HD biföll den. HD fastslog följande i HD 1994:132:

---

[15] Se också HD 1995:41, i vilket HD konstaterade att sökandens anspråk inte individualiserats med tillräcklig noggrannhet, vilket ledde till att ansökan förkastades.

> Kravet på att sökanden skulle visa sannolika skäl för sin fordran ansågs uppfyllt genom att gärningen, skadan och ansvarsgrunden hade *individualiserats så, att fordran i ljuset av den företedda bevisningen eller rättsligt inte kunde anses uppenbart ogrundad.* Kravet på att fara för skingring skulle föreligga ansågs uppfyllt då faran inte var synnerligen osannolik.

I HD 1994:133, som också gällde skadeståndsfordran i ett motsvarande bankfall, fastslogs i sak likalydande:

> Kravet på att sökanden skulle visa sannolika skäl för sin fordran ansågs uppfyllt förutom genom att *fordran individualiserats, genom att fordran inte i ljuset av den företedda bevisningen eller rättsligt kunde anses uppenbart ogrundad.* De gjorda invändningarna, som skulle granskas närmare först i skadeståndsrättegången, visade inte att fordran var uppenbart ogrundad.

HD motiverade det låga beviskravet – "inte uppenbart ogrundat" – med följande argument. (a) Ärendet är brådskande, och bör avgöras i brådskande ordning ("kiireellisyysvaatimus"), (b) kvarstadsbeslutet är inte slutgiltigt, utan det och dess verkställighet kan återkallas, (c) sökanden är enligt huvudregeln skyldig att ställa säkerhet, (d) sökanden har ett strikt skadeståndsansvar för den skada som uppkommer ifall kvarstad sökts utan grund. Förutom dessa sakskäl hänvisade man också till att det i regeringspropositionen anförs att kvarstad också efter lagändringen 1993 skulle sakligt sett ha samma innehåll som före reformen.

Till skillnad från dessa fall har HD i fallen 1998:143 och 2000:94 slagit fast att beviskravet gällande fullgörelseåtgärder är betydligt högre. I HD 1998:143 ansökte en idrottsman S som fått tävlingsförbud på grund av positivt dopingtest om att det av Finlands båtförbund meddelade tävlingsförbudets verkställighet skulle förhindras. HD, som visserligen förkastade ansökan, upptog den dock till behandling, eftersom spörsmålet föll inom tillämpningsområdet för RB 7:3. HD anförde att de argument som använts till stöd för beviskravet gällande 1 § (bl.a. brådskande karaktär) också har betydelse vid bestämmandet av beviskravet gällande 3 §. HD fortsatte med följande konstaterande:[16]

> Beviljandet av den av S ansökta säkringsåtgärden skulle betyda att han redan under rättegången skulle komma i åtnjutande av hela den rättighet som han yrkar på med sin talan. Det bör ställas *betydligt större krav*

[16] Övers. MN.

på sannolikheten för sökandens rättighet vid bedömningen av om säkringsåtgärd skall beviljas i ett dylikt fall än som ställs på sannolikheten för en fordran i ett kvarstadsärende. För bifallandet av ansökan räcker således inte enbart att sökandens rättighet i ljuset av den företedda bevisningen eller rättsligt inte är uppenbart ogrundad.

S har 6.9.1996 i Frankrike deltagit i motorbåtstävlingar varefter han dopingtestats. Det internationella motorbåtsförbundet har 22.10.1996 meddelat att i S prov har det funnits förbjudna ämnen, som framgår av hovrättens dom. S har hävdat bland annat att testet inte utförts sakenligt, eftersom provflaskorna inte försetts med sigill och för att han inte fått vara närvarande vid undersökningen av det så kallade B-provet, utan provet hade förstörts redan innan han meddelats om den första undersökningens resultat. S invändning om testförfarandets felaktighet eller utredningen gällande den hälsoundersökning som utförts före tävlingarna 10.6.1996 och sedermera i maj 1997 utförda drogtestet, i vilka tecken på användning av droger eller förbjudna ämnen inte konstaterats, visar dock inte med tillräcklig sannolikhet att S skulle ha en rättighet att få tävlingsförbudet upphävt. Förutsättningar för beviljandet av säkringsåtgärd finns således inte.

Högsta domstolen ansåg således att det vid fullgörelse bör ställas "betydligt större krav på sannolikheten" än vid kvarstad. Detta synnerligen oklara beviskrav preciserades i fallet HD 2000:94, i vilket Finlands Sjömans-Union r.f. hade verkställt en blockad som gällde ett estniskt handelsfartyg MV Rakvere.[17] Rederiet ESCO som ägde Rakvere ansökte bland annat om att domstolen skulle förbjuda Sjömans-Unionen att fortsätta blockaden. Högsta domstolen anförde att upphävandet av blockaden i princip är möjligt enligt RB 7:3, och att ett bifall av ansökan förutsätter att ESCO visar sannolika skäl för att blockaden är rättsstridig. Eftersom den begärda åtgärden skulle innebära fullgörelse utgick HD ifrån det i HD 1998:143 fastslagna beviskravet, dvs. att beviskravet är betydligt högre vid fullgörelseåtgärd än vid kvarstad.

HD anförde att bedömningen av rättsstridigheten grundar sig på en summarisk prövning. HD ansåg att ett förbjudande av blockaden i första hand är möjligt när åtgärden uttryckligen förbjudits i nationell rätt eller i EG-rätten. Åtgärden kunde anses för sannolikt rättsstridig också om motsvarande kampåtgärd i rättspraxis av hävd ansetts vara rättsstridig eller i strid

[17] Jfr Wetterstein 2001, 375 som anser att det inte är meningsfullt att bevilja besvärstillstånd om argumenteringen är på den låga nivå den var i HD 2000:94. Wetterstein avser därvid den bristfälliga argumenteringen gällande frågan huruvida åtgärden var rättsstridig. Min tolkning är dock att HD avsett att precisera beviskravet sannolika skäl i RB 7:3, vilket också gjordes.

med god sed eller oskälig. HD fann att dessa krav inte uppfylldes, och förkastade ansökan.

HD hade i fallet endast att ta ställning till *rättsfrågan*, sakfrågan har inte i avgörandet problematiserats. Det anmärkningsvärda är att HD ansåg kravet på sannolika skäl också gälla rättsfrågan, inte enbart sakfrågan. Högsta domstolens syn på vad som är summarisk prövning innebär alltså i detta fall, som primärt gällde den rättsliga bedömningen av blockadens laglighet att *rättsläget* bör vara *klart*. Det framgår av att det bör finnas uttryckliga förbud i lagen eller EG-rätten eller att det finns en stadgad linje i rättspraxis. I och med att också blockadfallet är ett publicerat avgörande har HD velat markera att fullgörelse är möjlig endast i rättsligt sett klara fall. Eftersom HD inte explicit ställde ett klarhetskrav på sakfrågan gäller den tidigare definitionen på sannolika skäl som – något omskrivet – är att sökanden skall föreligga betydligt större sannolikhet än uppenbart ogrundat. Detta beviskrav lämnar utrymme för tolkning, vilket i princip kan innebära att HD tolkar beviskravet gällande sakfrågan på ett annat sätt än gällande rättsfrågan.

Högsta domstolens tolkningslinje påminner starkt om situationen i Tyskland. Också i Tyskland har det ansetts att det är möjligt att utverka fullgörelse med hjälp av säkringsåtgärd. Utöver de traditionella Sicherungs- och Regelungsverfügung har det i rättspraxis utvecklats en tredje grupp av åtgärder som kallas *Leistungsverfügung*.[18] Syftet med denna typ är att gäldenären åläggs att interimistiskt utföra sin prestation.[19] Det ställs strängare krav i de fall det handlar om Leistungsverfügung, eftersom sökanden beviljas det han skulle uppnå med huvudsaksprocessen. I det fall att den åtgärd som begärs är ett förbud bör sakförhållandena vara *ostridiga*.[20]

---

[18] Zöller m.fl. 1997, 2215 [§ 935 Rn 1]. Baumbach m.fl. 1999, 2149 f [Grdz § 916 Rn 6 ff]: "Trotz dieses vorläufigen Charakters auch der einstweiligen Verfügung hat die Rechtsprechung aus der praktischen Notwendigkeit heraus [...] ausnahmsweise die vorläufige Regelung der Befriedigung des Gläubigers zugelassen, also ein summarisches Erkenntnisverfahren." Ebmeier & Schöne 1997, 40: "Neben der Sicherungs- und der Regelungsverfügung ist heute die sog. Leistungs- oder Befriedigungsverfügung als Institut des vorläufigen Rechtsschutzes im Zivilprozess allgemein anerkannt."

[19] Ebmeier & Schöne 1997, 40: "Die Besonderheit dieser Verfügungsart liegt darin, daß der Antragsteller im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zumindest vorläufig befriedigt wird."

[20] Stein m.fl. 1996, 489 [vor § 935 IV Rn 49]: "Entscheidend ist vielmehr zum einen, daß der Sachverhalt häufig unstreitig ist [...]."

Denna linje är förståelig om man enbart fokuserar på den materiella rättighetens existens. Det förefaller naturligt att beviskravet är högt i de fall fullgörelse sker före eller under rättegång; sökanden får ju allt han vill ha utan rättegång i egentlig mening![21] Ett alternativ till denna kraftiga fokusering enbart på det materiella berättigandet är att på ett mer nyanserat sätt beakta konsekvenserna av domstolens beslut att bifalla respektive förkasta ansökan. Den nu gällande ordningen innebär att sökanden alltid bär hela risken för att anspråket inte är tillräckligt klart i rättsligt och sakligt hänseende. Det kan trots allt finnas situationer i vilka konsekvenserna för sökanden av ett förkastande beslut är väsentligen större än konsekvenserna för motparten av ett bifallande beslut. I rättsligt och sakligt komplicerade fall skulle en konsekvensbedömning vara lämpligare. RB 7:3.2 förutsätter trots allt att domstolen beaktar beslutskonsekvenserna. Denna intresseavvägning tycks för det första inte ha beaktats explicit av Högsta domstolen. För det andra har stadgandet i litteraturen tolkats så att en intresseavvägning endast kan göra det svårare – inte lättare som här föreslås – för sökanden att utverka en åtgärd.[22]

I detta sammanhang kan en omfattande argumentation till stöd för konsekvensbedömningen inte göras. Det bör dock observeras att prövningen i engelsk rätt nästan uteslutande bygger på en konsekvensbedömning.[23] Också i rättsekonomisk litteratur har det anförts att en konsekvensbedömning bör utföras.[24] Den tyska synen om sakförhållandenas klarhet har också kritiserats med stöd av konsekvensargument.[25] Ett beaktande av konsekvenserna av domstolens avgörande vore således önskvärt.

---

[21] I litteraturen har Wetterstein 2001, 373 hållit med Högsta domstolen och ansett att beviskravet för rättsstridigheten bör vara betydligt högre vid fullgörelseåtgärd än vid kvarstad.

[22] Havansi 1994, 80: "Punninnan tuloksena turvaamiskynnys voi siis in casu muuttua V:n eduksi eli nousta (vaan ei laskea, siis niin että 'poikkeuksellisen heikon' H:n hakemus saataisiin hyväksyä vaikka se ei 'aivan' täyttäisi 7:3 1 momentin normaaliedellytyksiä)."

[23] *American Cyanamid v. Ethicon* [1975] 1 All E.R. 504. Denna linje har i viss mån modifierats av *Series 5 Software v. Clarke* [1996] 1 All E.R. 853.

[24] Se t.ex. Leubsdorf 1978, 525 ff.

[25] Se t.ex. Leipold 1971 och Stein m.fl. 1996, 489 [vor § 935 IV Rn 49]: "Ergeht die einstweilige Verfügung nicht, so ist sein Anspruch für die Zeit bis zum Erlass eines vorläufig vollstreckbaren Urteils endgültig vereitelt. Dies spricht entscheidend dafür, in einem Eilverfahren eine Entscheidung zu treffen, die sich mit bloßer Wahrscheinlichkeit begnügt. *Auf diese Art tragen beide Parteien ein gleich großes Risiko, daß ihr Recht durch eine Fehlentscheidung endgültig vereitelt worden ist.*"

4 Konklusion

I denna artikel har två saker undersökts; vilka anspråk som kan säkras med stöd av den allmänna säkringsåtgärden, och vilket beviskrav som gäller för anspråket i ljuset av Högsta domstolens rättspraxis. Det anmärkningsvärda är att gruppen av säkringsbara anspråk är synnerligen omfattande. Begränsningarna av tillämpningsområdet torde i de flesta fall inte sätta käppar i hjulet för ett tryggande av verkställigheten av sökandens anspråk. Det som däremot i betydande mån begränsar tillämpningen av den allmänna säkringsåtgärden är Högsta domstolens synnerligen strikta syn på beviskravet gällande fullgörelseåtgärder. Trots att lagstiftaren gett domstolarna ett så pass flexibelt instrument som den allmänna säkringsåtgärden har HD ansett att den skall i fall av fullgörelse förbehållas klara fall. Denna linje beaktar inte konsekvenserna av beslutsfattandet.

Källor

Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers & Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung*, München 1999.

Marie-Theres Ebmeier & Sigrid Schöne, *Der einstweilige Rechtsschutz*, Düsseldorf 1997.

Erkki Havansi, *Takavarikko ja hukkaamiskielto I*, Vammala 1975.

Erkki Havansi, *Uusi turvaamistoimilainsäädäntö selityksineen*. Helsinki 1994.

Dieter Leipold, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*. München 1971.

John Leubsdorf, "The Standard for Preliminary Injunctions", *Harvard Law Review*, 91 (1978), 525 ff.

Bengt Lindell, *Civilprocessen*, Uppsala 1998.

Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till revidering av lagstiftningen om säkringsåtgärder 1990 rd. – RP nr 179.

Friedrich Stein, Martin Jonas, Reinhard Bork, Wolfgang Brehm, Wolfgang Grunsky, Dieter Leipold, Wolfgang Münzberg, Herbert Roth, Peter Schlosser & Ekkehard Schumann, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. Auflage, Tübingen 1996.

Peter Wetterstein, "Säkringsåtgärder och fartygsblockader – HD:s avgörande 2000:94", *JFT* 4/2001 s. 357–375.

Richard Zöller, Reinhold Geimer, Reinhard Greger, Peter Gummer, Kurt Herget, Peter Philippi & Kurt Stöber, *Zivilprozessordnung*, 20. neuarbeitete Auflage, Köln 1997.

DEN JURIDISKA UTBILDNINGEN

Johan Bärlund

12 Pedagogiska utmaningar för juristutbildningen

1 Inledning

Det är billigt att utbilda jurister vid Helsingfors universitet, om man jämför juristutbildningen med andra utbildningar: Undervisningen domineras av katederbaserad undervisning i formen av s.k. massföreläsningar och studiegången baseras i hög grad på att studenterna avlägger skriftliga tentamina. Studenternas aktiviteter inom ramen för sina studier kretsar primärt kring frågan hur de skall klara sina tentamina och hur de skall samla ihop behövligt antal studieveckor för att bl.a. få studiestöd. Tentamina är i hög grad utformade så att studenterna skall läsa och lära sig kurslitteraturen. Ju bättre kurslitteraturen kan memoreras och ju noggrannare den kan upprepas ur minnet i tentamen, desto bättre är framgången i regel i tentamen. Föreläsningarna har som funktion att göra det lättare för studenterna att klara sig i tentamen, eftersom en avklarad föreläsningsserie antingen ersätter en bok eller ger bonuspoäng i tentamen.

Pedagogisk forskning och internationella jämförelser har dock entydigt visat att kritik kan riktas mot denna syn på undervisningen och studierna på universitetsnivå.[1] Min uppfattning är även att spörsmålet om vad studenterna egentligen lär sig under sin studiegång ofta har skjutits i bakgrunden. Vad vet vi egentligen om hur väl den nuvarande uppbyggnaden av de juridiska studierna garanterar en kvalitativt högtstående yrkeskunskap hos de jurister som utexamineras? Den nuvarande studiegången har byggt på en utbredd uppfattning bland lärarkåren om att studenterna nog blir goda

[1] Se Jukka Koro, "Korkeakouluopiskelija – aikuinen myös oppijana", s. 101, i verket Juhani Aaltola & Markku Suortamo (red.) *Yliopisto-opetus – Korkeakoulupedagogiikan haasteita*, Juva 1995, s. 98–117.

jurister i takt med att de klarar av sina tentamina och skriver sin avhandling. Är det faktiskt så?

Under den allra senaste tiden har en markant förändring skett i den allmänna uppfattningen om studiernas mål och undervisningens roll åtminstone inom ledningen för Helsingfors universitet.[2] I maj 2000 har konsistoriet för universitetet slagit fast ett program för utveckling av undervisningen och studierna vid Helsingfors universitet 2001–2003 som ett svar på de allt mer kritiska röster som höjts mot de traditionella, lärarcentrerade undervisningsformerna inom den finska högskolevärlden. I programmet konstateras att målet med utvecklingen av studierna skall vara att tyngdpunkten förskjuts mot studie- och undervisningsformer där studenternas eget ansvar för sin inlärning står i fokus.[3]

Även vid juridiska fakulteten har en strategi utarbetats om hur undervisningen skall utvecklas. Andan i fakultetens strategi är densamma som i universitetets program, även om en viss försiktighet kan skönjas i fakultetens strategi. Dock framgår det klart att det nuvarande undervisnings- och studiesystemet inte kan anses optimalt.[4]

För att de uppställda målen i program och strategier skall kunna nås krävs det en klar attitydförändring bland både lärare och studenter. Universitetslärarnas attityder påverkas bäst genom att bl.a. lärarnas pedagogiska färdigheter lyfts fram och stärks. Som ett led i denna strävan har universitetet börjat ordna kurser i universitetspedagogik för lärarna. Själv har jag läsåret 2000–2001 deltagit i en svenskspråkig, fyra studieveckors kurs i universitetspedagogik och denna kurs har gett mig inspiration att skriva föreliggande artikel.

I min artikel kommer jag å ena sidan att presentera den ämnesdidaktiska studie som jag gjort som ett led i kursen i universitetspedagogik. Målet med min ämnesdidaktiska studie har varit att undersöka hur juridiska fakultetens och främst de(n) ansvariga professor(er)n(a)s syn på kursinnehållet och undervisningen har förändrats under de 90 år som förflutit mellan två undersökta läsår, dvs. 1910–11 och 2000–01. Mitt perspektiv är således

---

[2] En orsak till universitetets aktivitet är att det enligt UniversitetsL 5 § krävs att universiteten skall utvärdera sin utbildning.

[3] *Helsingin yliopiston opetuksen ja opintojen kehittämisohjelma – Program för utveckling av undervisningen och studierna vid Helsingfors universitet – Programme for Development of Teaching and Studies at the University of Helsinki 2001–2003*, Helsingfors 2000.

[4] Se *Oikeustieteellinen tiedekunta – Opetuksen kehittämisstrategia 2000*, http://www.helsinki.fi/oik/tdk/tdk/opetusstrategia2000.html (27.6.2001).

till denna del bakåtblickande i denna artikel. Slutresultatet av studien kan te sig något förvånande, eftersom min konklusion är att undervisnings- och studieformerna läsåret 1910–11 till en del kan hävdas ha stått närmare de ideal som modern pedagogisk forskning rekommenderar än vad undervisnings- och studieformerna läsåret 2000–01 gjorde!

För det andra är min avsikt i denna artikel att kort presentera min egen syn på hur undervisningen och studierna i juridik borde ändras i en nära framtid. Till denna del är min artikel framåtblickande.

2 Undervisningen och studierna i civilrätt läsåret 1910–1911 och 2000–01

2.1 Syftet med studien

Det torde vara notoriskt känt att normmaterialet, dvs. antalet lagar, förordningar och författningar på lägre nivå, under tiden mellan de två undersökta läsåren 1910–11 och 2000–01 har vuxit exponentiellt.[5] Dels har allt fler livsområden underkastats reglering, dels har det krävts en allt mer specialiserad reglering pga. att utvecklingen i samhället gått mot allt mer diversifierade företeelser. Hur har denna samhällsutveckling avspeglat sig på uppfattningen om vad studenterna skall lära sig? Vilka anvisningar ges studenterna om hur de skall inhämta kunskapen? Hur är tentamina utformade? Hur är undervisningen i övrigt utformad? Dessa frågor skall jag i det följande försöka besvara separat för de två undersökta läsårens 1910–11 och 2000–01 del. Studien har jag begränsat till en jämförelse av kursfordringarna och undervisningen i ämnet civilrätt. Läsåret 1910–11 har jag beaktat ämnet civilrätt inom ramen för den s.k. rättsexamen, som läsåret 2000–01 närmast motsvaras av juris kandidatexamen.

Det som något försvårar jämförelsen mellan de två läsåren och som visar en tydlig utvecklingstrend är att civilrätten läsåret 1910–11 utgjorde ett enda ämne inom rättsexamen,[6] medan civilrätten läsåret 2000–01 och även i den närmaste framtiden består av tre ämnen, dvs. civilrätt (egentligen obligationsrätt), sakrätt samt familje- och arvsrätt. Ett ämne har blivit tre.

---

[5] År 1910 omfattade Finlands författningssamling 141 författningar, år 2000 var antalet 1307 författningar. Ökningen har varit markant.

[6] Kursfordringarna för läsåret 1910–11 är hämtade ur *Studier och Examina i juridiska fakulteten*. Helsingfors 1910, s. 11–12.

2.2 Studierna i civilrätt läsåret 1910–11

Kursfordringarna läsåret 1910–11 bestod av ett tiotal böcker på sammanlagt ca 3000 sidor. Antalet författningar som skulle studeras var inte stort. Förutom 1734 års lag jämte ändringar och kompletteringar av den var normmaterialet sparsamt. Ett par andra lagar nämns i litteraturlistan, i vilken det i övrigt ingick verk dels av rättspositivistisk natur, dels av rättshistorisk och rättsteoretisk natur. Ämnets professor torde helt självständigt ha valt litteraturen. I studiehandboken betonades att studenterna å ena sidan skulle studera 1734 års lag i sin ursprungliga form och å andra sidan i sin gällande form.[7] Lagstiftningen skulle sättas in i ett historiskt perspektiv.

Föreläsningarna verkar ha utgjort ett viktigt stöd för inlärningen. Av studiehandboken framgår att föreläsningarna åtminstone officiellt uppfattades som en oskiljaktig del av studierna. Studenterna uppmanades att

> "före hvarje föreläsning göra sig förtrogna med den l a g t e x t, som föreläsningen kommer att beröra, samt, om möjligt, med hjälp af tillgänglig litteratur eller förut gjorda anteckningar b e r e d a s i g på det, som kommer att föredragas."[8]

I studiehandboken betonades det att det talade ordet gjorde det lättare för studenterna att inhämta kunskapen än genom att bara läsa tentamenslitteraturen. Eftersom det totala antalet närvarande studenter vid fakulteten den 5 oktober 1910 var 554, är det förståeligt att professorerna i princip hade en bättre överblick över studenterna än vad läget är i dag, särskilt när även tentamina var muntliga. Studenterna rekommenderades att regelbundet besöka lärarna i fråga för att få personlig handledning.[9]

Läsåret 1910–11 hade fakultetens dekanus, prof. Jakob Wilhelm Chydenius huvudansvaret för föreläsningarna i civilrätt. Han föreläste kontinuerligt över hela läsåret fyra timmar i veckan, dvs. en timme måndag, tisdag, torsdag och fredag. Hösten 1910 fortsatte han en kurs "öfver de särskilda förmögenhetsrättsliga kontrakten" som han påbörjat redan föregående läsår och våren 1911 föreläste han om sakrätt.[10] Det var således inte fråga om

---

[7] *Studier och Examina i juridiska fakulteten.* Helsingfors 1910, s. 3.

[8] *Studier och Examina i juridiska fakulteten.* Helsingfors 1910, s. 6.

[9] *Studier och Examina i juridiska fakulteten.* Helsingfors 1910, s. 4.

[10] *Kejserliga Alexanders-universitetet i Finland. Program för läsåret 1910–11.* Helsingfors 1910, s. 7–9. Chydenius höll sina föreläsningar planenligt fram till maj 1911 då han emellertid var sjukledig till terminens slut. Se *Redogörelse för Kejserliga Alexanders-universitetet i Finland under läsåren 1908–11.* Helsingfors 1911, s. 4–5.

någon periodundervisning, utan studenterna följde föreläsningarna en längre tid tills tentamen var godkänd. Även temat för föreläsningarna var vidsträckt.

Ur fakultetens protokoll är det svårt att närmare få någon uppfattning om hurdant sättet var på vilket Chydenius föreläste, men de memoarer som finns att tillgå kan ge en levande skildring av professorernas undervisning. Chydenius uppfattades som en fängslande föreläsare. Hans föreläsningar beskrivs som

> "enastående nöjestillställningar till vilka man kom inte för att lära sig något, utan för att de var så omåttligt roliga."[11]

Även tentamina, som var muntliga, kan karakteriseras som undervisningssituationer. Professorerna tog emot studenterna i sitt hem och examinationen skedde ofta med en mindre grupp studenter samtidigt. På detta sätt kunde en dialog uppstå mellan läraren och studenterna. Studenterna tilläts inte ha hjälpmedel med sig vid tentamen, utan det förutsattes att studenterna kunde återge de juridiska normerna ur sitt minne. Om Chydenius berättas att tentamina hos honom var "förtjusande tillställningar" där det bjöds på förfriskningar. Samspråk om annat än juridik var även tillåtet. Ibland fick studenterna besöka professorn tre dagar i följd innan han kunde besluta vem som kunde godkännas och med vilket betyg.[12]

Visst kan memoarer skrivna decennier efter att författaren i fråga studerat ge en romantiserad bild av hur studierna i praktiken framskred och vad studenterna i fråga lärde sig, men det oaktat ger de en fingervisning om att åtminstone de föreläsningar som Chydenius höll var annorlunda än dagens föreläsningar.[13] Är det så att något positivt som kunde förknippas med den studieform som existerade läsåret 1910–11 har gått förlorat under de följande 90 åren?

---

[11] Min översättning. Honkasalo, Brynolf: *Elämä antaa ja ottaa*. Tavastehus 1967, s. 109–110. Honkasalo studerade för rättsexamen åren 1908–11 och blev sedermera professor i straffrätt.

[12] Honkasalo, Brynolf: *Elämä antaa ja ottaa*. Tavastehus 1967, s. 107–108.

[13] Föreläsningarnas karaktär berodde naturligtvis mycket på lärarens person. Av Serlachius, Allan: "Lainopilliset opintomme". *Lakimies* 1905, s. 75–76, får man dock en mycket negativ bild av undervisningen i juridik vid fakulteten. Serlachius beskriver föreläsningarna som bortkastad tid för studenterna. Även Kangas, Urpo (red.): *Oikeustiede Suomessa 1900–2000*, Juva 1998, s. 30–31 och Pihlajamäki, Heikki & Lindblom-Ylänne, Sari: "Langdellin ja Deweyn ongelmat: oikeustieteen opetuksen uudet haasteet", *Oikeus* 2001, s. 173–174, beskriver nivån på den juridiska undervisningen som låg i början av 1900-talet.

2.3 Studierna i civilrätt i vidsträckt bemärkelse läsåret 2000–01

Hur skiljer sig situationen läsåret 1910–11 från dagens läge?[14] När det gäller tentamenslitteraturen krävs det fortfarande att studenterna läser de böcker som angetts i litteraturlistan. Visserligen kan studentföreningarna årligen framföra önskemål angående tentamenslitteraturen, men i sista hand är det ämnets lärare som i praktiken bestämmer vad som skall läsas. En av de tre tentamina som numera bildar civilrätten är en s.k. lagbokstentamen, vilket betyder att studenterna vid tentamen i sakrätt får ta med sig lagböckerna till den skriftliga tentamen. Detta innebär att studenten inför en sådan tentamen lär sig var de relevanta normerna hittas i lagböckerna samt försöker memorera det stoff som finns i kursböckerna men som saknas i lagböckerna. I de två övriga tentamina är lagboken inte tillåten, varför studenterna helt måste lita på sitt goda minne i tentamen.

När de tre tentamina betraktas separat har antalet sidor som skall läsas inför en tentamen minskat (1800 sidor, 1300 sidor respektive 1100 sidor), medan det sammanlagda antalet sidor har ökat från ca 3000 läsåret 1910–11 till 4200 sidor läsåret 2000–01, dvs en ökning med 40 %. De lagar och förordningar som studenterna måste memorera inför tentamen i civilrätt och familje- och arvsrätt är sammanlagt 43 stycken. Även här har det skett en klar ökning jämfört med 90 år tidigare. Materialet är numera enbart rättspositivistiskt, dvs. studenterna behöver inte längre studera historiskt material.[15]

Föreläsningarnas betydelse som en del av studierna har minskat. Enligt studiehandboken är minimikravet för en student att han *under hela sin studietid* följer minst *fem* föreläsningsserier på 24 timmar inom ramen för de obligatoriska ämnesstudierna. Familje- och arvsrätten är på så sätt i särställning att man föreskrivit att en föreläsningsserie i ämnet är obligatorisk för studenterna. När det gäller civilrätten och sakrätten är det däremot möjligt att gå upp i den skriftliga tentamen utan åhörda föreläsningar. I de tre ämnena erbjöds läsåret 2000–01 sammanlagt 12 föreläsningsserier av åtta lärare.

Min uppfattning är att det är en regel att studenterna kommer helt oförberedda till föreläsningarna. I studiehandboken läsåret 2000–01 fanns likväl

---

[14] Uppgifterna bygger på Juridiska fakultetens studiehandbok 2000–2001 samt sådan information som jag besitter som lärare vid fakulteten.

[15] Numera finns en särskild tentamen i rättshistoria, där dock civilrättens historia utgör en försvinnande liten del.

inte någon anvisning om att studenten skulle eller borde förbereda sig inför en föreläsning. Föreläsningarna hålls som periodundervisning, normalt under ett par–tre veckors tid. Eftersom föreläsningsserier ordnas en eller två gånger per läsår, är det ofta så att studenterna i god tid före tentamen deltar i föreläsningsserien. Nackdelen med detta är att studenten håller på och förbereder sig för en annan tentamen medan han eller hon deltar i föreläsningsserien. På detta sätt stöder föreläsningarna inte tentamensläsandet.

Många föreläsningsserier avslutas med ett skriftligt förhör på basis av vilket betyget i föreläsningsserien fastställs. För att studenterna skall sporras att åhöra föreläsningar ger en avklarad föreläsningsserie antingen rätt att kompensera en bok i tentamen eller rätt till bonuspoäng. Studenterna åhör föreläsningarna krasst sagt – inte för att lära sig – utan för att klara sig lättare i tentamen.

Dagens tentamina är enbart skriftliga i de tre ämnena. Detta beror på att antalet studenter vid fakulteten är drygt 2000. I tentamina är det viktigt att studenterna kan återge innehållet i normerna rätt – i tentamen i civilrätt och familje- och arvsrätt – ur minnet eller – i tentamen i sakrätt – med hjälp av lagböckerna. Bland lärarna upplevs lösning av s.k. rättsfall, där det krävs att studenterna kan tillämpa normerna på sådana fakta som angetts i fallet, som en av grunderna för att det juridiska tänkandet skall utvecklas. Därför föredras rättsfallen framför essäfrågor i tentamina.

Tentamina är masstillställningar med 50–150 studenter i samma sal och de pågår 5 timmar. En tentamen är en helt individuell prestation för studenterna och de övervakas strängt så att fusk inte blir möjligt i tentamen. En student som klarar tentamen bryr sig sällan om att närmare ta reda på vad han eller hon fått poäng för.

Efter att systemet med påteckning för en avklarad tentamen slopades för ett tiotal år sedan, kan det hända att en student godkänns i en tentamen i ett ämne utan att han eller hon har talat med eller träffat en enda lärare i ämnet. Studiehandledningen på ämnesstudienivå är numera i praktiken koncentrerad till en särskild studiesekreterare och särskilda studiehandledare.

2.4 Utvärdering

Pedagogiskt sett ter det sig som om det skulle ha skett en tillbakagång under de 90 åren från 1910–11 till 2000–01. I takt med att normmaterialet vuxit har den grundläggande synen på vad studenterna skall lära sig inte

ändrats. Fortsättningsvis skall studenterna täcka hela det civilrättsliga fältet. Detta har lett till ett uppenbart *förytligande* av studenternas kunskaper i och med att ett mycket mer omfattande område skall behärskas. Det *historiska* perspektivet har också försvunnit. Även detta torde bidra till att studenterna inte uppnår samma förståelse av rätten som för 90 år sedan.

Den *personliga kontakten* och *växelverkan* mellan lärare och studenter har minskat, eftersom det i dagens läge är möjligt att klara av ämnesstudierna mer eller mindre anonymt. Till följd av de korta föreläsningsserierna har möjligheterna till en djupare växelverkan mellan lärare och studenter ytterligare minskat. Det är även uppenbart att studierna blivit mer *anonyma* i förhållandet mellan studenterna, eftersom en skriftlig examination hindrar att studenten tar del av vad hans studiekamrater kan.

Föreläsningarna utgör inte längre det naturliga led i inhämtandet av kunskap, utan syftet med dem är att skaffa studenterna vissa *fördelar i tentamen*.

Då ämnena blivit fler har studenternas förmåga att behärska *större helheter* blivit sämre. Man kunde tala om en fragmentarisering av studenternas kunskaper. De många tentamina torde ha lett till att studenterna "tankar" information strax före tentamen. Information som lagras i korttidsminnet har en tendens att även försvinna snabbt ur minnet.

Det kan låta märkligt, men en återgång till en del av de undervisningsformer som iakttogs i början av 1900-talet – såsom kontinuerliga föreläsningar och muntliga tentamina – skulle pedagogiskt sett leda till mer motiverade inlärnings- och undervisningsformer. Visst kan undervisningen läsåret 1910–11 kritiseras för att studentperspektivet inte togs på allvar, eftersom studenterna säkerligen långtgående uppfattades som objekt i undervisningen, men ändå verkar det som om den tidens undervisning skulle ha stått närmare dagens ideal än vad en stor del av dagens undervisning på juridiska fakulteten gör.

3 Hur borde studierna utvecklas?

En av de grundläggande principerna för effektiv inlärning betonar att kunskap byggs upp genom att ny information så att säga förankras i personens tidigare kunskapsstrukturer. En effektiv inlärning förutsätter därför att utgångspunkten vid inlärningen är det som studenterna redan kan.[16] Eftersom

[16] Se Marton, Ferenc: "Mot en medvetandets pedagogik", s. 99 i verket Uljens, Michael (red.): *Didaktik – teori, reflektion och praktik*, Lund 1997, s. 98–119.

rätten trots allt kan uppfattas som ett system bestående av delar som står i logisk relation till varandra, är det nödvändigt att en viss vikt läggs på den ordning i vilken studenterna skall lära sig de olika rättsområdena. Det är ett faktum att det är svårt att förstå sig på skatterätt utan kunskaper i t.ex. civilrätt, sakrätt, bolagsrätt och bokföring, varför det inte kan vara möjligt att låta studenterna välja fritt i vilken ordning de olika rättsområdena läses.

En annan insikt har blivit aktuell till följd av normmaterialets exponentiella ökning. Vi måste öppet medge att det inte längre kan krävas att studenterna behärskar t.ex. hela det civilrättsliga området på samma sätt som en jurist gjorde för 90 år sedan. Samma kunskapsbredd inom det civilrättsliga område i dag som för 90 år sedan leder lätt till att kunskapen blir mycket ytligare. I viss mån har utvecklingen här gått i rätt riktning, då man i samband med 1996 års examensreform minskade på omfattningen av de obligatoriska ämnesstudierna, som tidigare således var ännu mer omfattande. I samband med examensreformen skapades de kompletterande studierna, som visserligen ger studenterna en viss valfrihet i fråga om vad de vill fördjupa sig i. Det problematiska är dock att studenterna även ges en fullständig frihet att välja tidpunkten för när de tar en kompletterande kurs efter den obligatoriska ämnesstudietentamen. Den kompletterande kursen borde följa i regel direkt på de obligatoriska ämnesstudierna för att ge studenterna en fördjupad förståelse av rättsområdet. Vid en kommande reform av studierna borde därför en viss återgång ske till större helheter inom ramen för studierna.

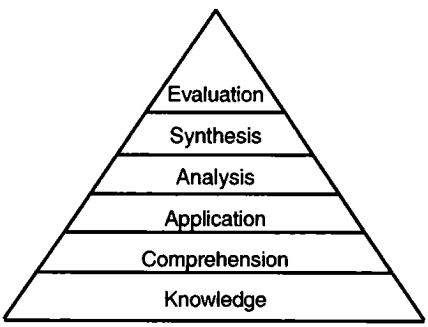
Om målet för juristutbildningen är att studenterna skall inhämta långvariga kunskaper på en djup nivå, är det klart att studierna inte kan vara utformade så att studenterna sporras att på en kort tid inför en tentamen lära sig utantill större mängder textbaserad information. Det sätt på vilket studenterna förbereder sig inför en tentamen vid juridiska fakulteten leder lätt till att studenterna inhämtar sådan faktakunskap om rätten att de åtminstone under och en kort tid efter tentamen mekaniskt kan upprepa vad som ingår i ett visst lagrum. Man kan fråga sig – med utgångspunkt i *Blooms taxonomi* – om det nuvarande sättet för examination garanterar att studenterna inhämtar även sådan kunskap om rätten 1) som innebär *förståelse* av rätten, 2) som ger färdigheter att *tillämpa* kunskapen på nya situationer, 3) som ger redskap att *analysera* rättsliga situationer, 4) som ger en förutsättning för självständig *syntes* i fråga om rättsliga spörsmål samt 5) som lägger grund för en *värdering* av det rätts-

liga materialet.[17] Jag hävdar att systemet med enbart skriftliga tentamina som examinationsform inte är det optimala sättet för att uppnå även de högsta formerna av kunskap i Blooms taxonomi. Examinationsformerna inom ramen för ämnesstudierna borde därför reformeras så att det traditionella sättet att "tanka" kunskap inför en tentamen inte längre är ändamålsenligt. Andra typer av examination än skriftliga tentamina när det gäller de obligatoriska ämnesstudierna har dock låtit vänta på sig vid fakulteten och med hänvisning till resursbrist uppfattas de skriftliga tentamina som de enda som i praktiken kan genomföras.[18] Här önskar jag mer mod av lärarna att öppet söka efter alternativa sätt för examinationen.

Läser man universitetets program för utveckling av undervisningen, står det klart att de nuvarande undervisningsformerna vid juridiska fakulteten inte på långt när uppfyller målet att undervisningen skall bygga på elevcentrerat lärande. Passiverande föreläsningar får inte längre utgöra lejonparten av undervisningen vid fakulteten. I stället måste nya undervisningsformer tas i bruk. Aktiverande undervisningssätt är t.ex. case-baserad undervisning, upptäcktsbaserad inlärning, problemcentrerad och problembaserad inlärning, simulering och spel samt olika former av rollspel.[19] Många av dessa undervisningsformer kräver av läraren en helt annan attityd till undervisningen. Vid t.ex. problembaserad inlärning är det studenterna som är aktiva och själva tar ansvar för sin inlärning. Läraren fungerar snarare som en tutor då han genom

---

[17] Se Bloom, Benjamin S. & Hastings, J. Thomas & Madaus, George F.: *Handbook on Formative and Summative Evaluation of Student Leraning*, s.l. 1971, s. 271–273. Enligt Blooms taxonomi kan den kunskap som en student skall inhämta rangordnas utgående från målsättningen med kunskapen. En högre nivå innehåller alltid de lägre nivåernas kvaliteter. Kunskapsmålen är faktakunskap, förmåga att förstå, förmåga att tillämpa, förmåga att analysera, förmåga att skapa syntes samt förmåga att ge värdeomdömen. Blooms taxonomi brukas avbildas som en triangel indelad i horisontella segment med faktakunskapen i botten och värdeomdömena i toppen.



[18] Se *Oikeustieteellinen tiedekunta – Opetuksen kehittämisstrategia*, http://www.helsinki.fi/oik/tdk/tdk/opetusstrategia2000.html (27.6.2001).

[19] Se en god översikt över vad dessa begrepp innebär dels ur studentens, dels ur lärarens perspektiv, *What Is The Relationship Between Problem-Based Learning And Other Instructional Approaches?* http://www.imsa.edu/team/cpbl/intro/matrix/matrix2.html (25.6.2001). Se även temanumret om undervisning i juridik, *Oikeus* 2001, s. 167–256.

att kommentera eller ställa frågor styr studenternas diskussion och försöker se till att alla studenter är aktiva.[20] För en lärare som tidigare så gott som ensam talat i undervisningssituationen kan en omställning till nya undervisningsformer kännas svår. Också studenternas reserverade inställning till nyheter måste beaktas.

I motsats till vad som anförs i juridiska fakultetens program för utvecklingen av undervisningen 2000, borde dessa nya undervisningsformer enligt min mening tas i bruk särskilt på ämnesstudienivå och inte enbart inom ramen för de kompletterande och fördjupande studierna. Ämnesstudieskedet utgör nämligen en så betydande del av de juridiska studierna att en reform av undervisningen just på denna nivå är av särskild vikt. Likväl måste erkänsla ges åt de lärare på fakulteten som redan prövat på nya undervisningsformer. Experiment med problembaserad inlärning har skett och ett mycket omtyckt alternativt undervisningssätt är det företagsspel som redan under flera års tid ordnats vid fakulteten.

En av mina konklusioner i min studie var att växelverkan och kontakterna mellan studenterna å ena sidan och lärarna å andra sidan är sparsamma i dagens läge. Denna iakttagelse gäller främst de studenter som studerar i Helsingfors. För de studenter som inleder sina studier i juridik i Vasa är situationen mycket bättre. Till följd av att årskullen består av knappt 20 studenter som förutsätts studera i någorlunda samma takt under ledning av den professor som ansvarar för koordineringen av undervisningen i Vasa, uppstår här ett förhållande mellan läraren och studenterna som inte har någon motsvarighet i Helsingfors. Studiemiljön i Vasa är onekligen tryggare än studiemiljön i Helsingfors, eftersom tröskeln att diskutera studiefrågor och studiesociala frågor med den ansvariga läraren i Vasa är klart lägre än vad tröskeln är för en student i Helsingfors att i samma problem vända sig till en lärare. En reform av studierna och särskilt undervisningen skulle säkerligen öka växelverkan och kontakterna mellan studenterna och lärarna.

Som avslutning vill jag lyfta fram tanken på att vi i Helsingfors borde ta lärdom av hur utbildningen i Vasa utfallit och till vissa delar införa en motsvarande studiegång som i Vasa. Det som varit mest lyckat i Vasa är att en mindre grupp studenter följer ett studieprogram där det i förväg är fastslaget vilka studieperioder som avläggs och i vilken ordning.[21] Jag kastar

---

[20] En god introduktion till metoden ger Egidius, Henry: *Problembaserad inlärning – en introduktion*, Lund 1991.

[21] En annan fördel med utbildningen i Vasa är naturligtvis den fungerande tvåspråkigheten.

därför fram tanken att de som klarat det svenskspråkiga urvalsprovet i Helsingfors i framtiden skulle studera enligt en särskild svenskspråkig studielinje, där studiegången i förväg skulle vara klarare utstakad av oss lärare, där undervisningen till ringa del skulle bygga på traditionell katederundervisning och där examinationen inte längre skulle domineras av skriftliga tentamina i ämnesstudieskedet. Nackdelen med en dylik ordning för studenterna skulle likväl vara att den akademiska friheten skulle begränsas. Men är inte detta ett skäligt pris för att få pedagogiskt sett mer ändamålsenliga studier?

Thomas Wilhelmsson

13 Behövs det en ny examensreform – juridik i småbitar eller som helheter?

1 Utvärderingen av undervisningen

Vid Helsingfors universitet pågår för tillfället en brett upplagd process för en utvärdering av den undervisning och de examina som erbjuds vid universitetet. Genom utvärderingen, som utförs av internationella expertpaneler, följer man upp den utvärdering av universitetets forskningsverksamhet som genomfördes för ett par år sedan. Målet med utvärderingen av undervisningen är inte blott att positionera Helsingfors universitet i den tilltagande internationella konkurrensen på utbildningsmarknaden, utan även, och framför allt, att skapa ett underlag för en utveckling och förbättring av vår undervisning och våra examina.

Som en led i utvärderingsprocessen har fakulteterna ombetts utföra självvärderingar av den egna undervisningen. Juridiska fakulteten har, bl.a. efter en diskussion på vårens fakultetsdagar, vid slutet av vårterminen 2001 fastställt en självvärderingsrapport i enlighet med de direktiv som givits. Självvärderingsrapporten innehåller mycket intressant läsning. Den är välgjord och skyggar inte för självkritik.

I självvärderingsrapporten diskuterar man främst undervisningens uppläggning och metoder, inom ramen för rådande curriculum. Däremot berör man mer i korthet – som en utmaning för framtiden (sjävvärderingsrapporten p. 4.2) – det eventuella behovet att utveckla själva examensstrukturen. Jag tror emellertid att just den existerande strukturen till vissa delar försvårar utvecklingen av en modern pedagogiskt upplagd undervisning. Detta gäller särskilt de obligatoriska ämnesstudierna, som ju i dag representerar cirka hälften av examen.

Jag vill därför här dra en lans för en ny uppläggning av de obligatoriska ämnesstudierna, i vilken man skulle överge den splittring i hela 19 osam-

manhängande småbitar om 2–7 studieveckor som i dag karaktäriserar denna del av studierna, till förmån för några större, mer koncentrerade helheter. Det är trevligt att kunna göra ett sådant inlägg just i festskriften till Justus, då fakultetens Vasaenhet ju i många avseenden kan ses som en pedagogisk föregångare och ett experimentfält.

2 Erfarenheter från Sverige

Högskoleverket lät år 1999–2000 utföra en utvärdering av alla Sveriges juristutbildningar (Rätt juristutbildning? Utvärdering av juristutbildningen, Högskoleverkets rapportserie 2000:1 R, kan även läsas via Högskoleverkets hemsida www.hsv.se). Jag hade uppdraget att fungera som ordförande för den bedömargrupp som utförde utvärderingen. Processen gav en helhetsbild av den svenska juristutbildningen, som är av betydande intresse då vi ser på behovet att utveckla vår egen examen.

Jag vill ingalunda hävda att allt är så mycket bättre i Sverige och att vi borde ta efter allt som görs där. Det finns också gott om utrymme för kritik – t.ex. mot den mycket traditionella domarcentrerade bild av juridiken som råder vid vissa (men inte alla) lärosäten. Likväl tror jag att man satsar mer på utbildningen vid de svenska fakulteterna än hos oss (vår forskning är i gengäld mycket högklassig). Därför finns det anledning att notera ett antal iakttagelser som jag kunnat göra i anslutning till utvärderingen.

Vid flera lärosäten i Sverige bygger utbildningen på en genomtänkt pedagogik. Särskilt imponerande är den konsekventa övergången till olika varianter av PBI (problembaserad inlärning) i Uppsala och Göteborg. Man betonar också vid alla utbildningsinstitutioner vikten av pedagogisk diskussion och utbildning.

Frågor av detta slag berörs också på ett förtjänstfullt sätt i utvärderingen av undervisningen vid vår fakultet. Utvärderingsprocessen, i kombination med den allmänna strävan att betona vikten av undervisningen vid universitetet, kan förhoppningsvis leda till förbättringar också hos oss i dessa avseenden. Jag skall emellertid inte här beröra denna fråga närmare. Jag vill i stället notera ett antal iakttagelser som direkt anknyter till examensstrukturen:

- Studiegången vid de svenska lärosätena är långt starkare bunden än hos oss. Detta betyder att man kunnat strukturera den så att man i senare delar kan bygga på vad man tidigare lärt sig. Åtminstone i princip fördjupas inlärningen fortgående.
- Undervisningen är strukturerad i större helheter än hos oss. Kurserna är

huvudsakligen 10- och 20-poängskurser, vilket hos oss skulle motsvara 10–20 studieveckor. Endast vissa specialkurser är fempoängskurser, men de representerar endast en liten del av examen. Detta innebär inte, att man nödvändigtvis har 20 studieveckors megatentamina. En kurs kan bestå av flera tentamina, skriftliga arbeten, seminarier, föreläsningar m.m. De olika delarna kan emellertid fogas samman så att de kompletterar och stöder varandra. Andelen skriftliga arbeten, som på detta sätt på ett naturligt sätt kan integreras i undervisningen, förefaller också på de flesta ställen i Sverige vara långt större än hos oss.

- Denna struktur förutsätter och medför ett närmare samarbete mellan lärarna än vad vi är vana vid hos oss, där varje lärare mer eller mindre autonomt utformar sitt eget undervisningsutbud. I kurserna deltar flera lärare, vilkas insatser koordineras till en helhet. För varje kurs finns en kursansvarig som ser till att samspelet fungerar.
- Då kurshelheterna är större är det också lättare att få till stånd en fungerande feedback-mekanism och en fortgående utveckling. Varje kurs utvärderas regelmässigt av studenterna efter kursen, och man beaktar i mån av möjlighet erfarenheterna då nästa kurs planeras.

En strukturerad studiegång, som möjliggör att kunskapen fördjupas, större och mer genomtänkta helheter, ett närmare samarbete både mellan lärarna och mellan lärare och studenter inom ramen för sådana helheter – dessa drag i "den svenska modellen" förefaller det vara all anledning att hålla i minnet då man överväger, hur vår egen modell kunde utvecklas.

3 Vår egen självkritik

I den självkritik som kommer till uttryck i den juridiska fakultetens självvärderingsrapport pekar man på ett flertal problem. Många av dessa problem hänför sig till ämnesstudierna:

- Man framhäver att fakultetens målsättningar med utbildningen – bl.a. förmåga att tillämpa den inhämtade kunskapen i en juridisk argumentation och att se de värden, intressen och verkningar som ansluter sig till olika lösningsalternativ (självvärderingsrapporten p. 1.1) – inte förverkligas fullt ut. Särskilt i ämnesstudierna lämnas föga utrymme för utvecklingen av det vetenskapliga och rättsliga tänkandet (p. 1.3).
- Detta konstaterande är på ett intressant sätt förbundet med studerandenas kritik av ämnesstudierna. Studerandena upplever att växelverkan mellan studenter och lärare är svag och att studerandena har mycket små

möjligheter att påverka undervisningen under detta skede (p. 2.3.2).
- Man noterar också som en utmaning att examen i dag är mer omfattande än motsvarande examina i de flesta av EU:s medlemsländer. Tiden för avläggande av examen borde förkortas (p. 4.2). Trycket mot en förkortning riktar sig uppenbart främst mot de obligatoriska ämnesstudierna som upptar en betydande del av den tid som studerandena använder för examen.
- Också bedömningen att man borde anknyta föreläsningar, seminarier och tentamina närmare till varandra så att inlärningen skulle bli mer effektiv (p. 4.2) är mest akut vad avser de obligatoriska ämnesstudierna.

Tillspetsat kunde man sammanfatta kritiken av de obligatoriska ämnesstudierna – som alltså är baserad på fakultetens egen självkritik – i påståendet att de framstår som ett fortgående överlångt grundkursskede, där man utan närmare samverkan mellan lärare och elever och utan planmässighet inhämtar ytliga baskunskaper utan att egentligen lära sig tillämpa dem. Jag vill genast, för att undvika sårade, men motiverade motreaktioner, poängtera att detta är en ensidig bild och endast en helhetsbild. Inom många ämnen förekommer punktvis goda undervisningsåtgärder och gott undervisningsmaterial, som är värda allt beröm. Likväl tror jag att man som helhet kan se de obligatoriska ämnesstudierna som en passiverande del av studierna, som är mer inriktad på informationsinhämtning än på förståelse och tillämpning. De kompletterande och särskilt de fördjupande studierna ger mycket mer av riktig inlärning.

Inom ramen för de obligatoriska ämnesstudierna som de ser ut i dag har man heller inte kunnat i tillräcklig mån integrera den samverkan mellan nationellt och internationellt som är allt viktigare för dagens jurist. I detta skede av studierna är antalet inslag på främmande språk i kursfordringarna minimalt (liksom tyvärr också antalet inslag på svenska, något som jag förbigår i detta sammanhang). Juristutbildningen skiljer sig här från flertalet andra akademiska utbildningar, vilket kontrasterar starkt mot (eller kanske förklarar?) det faktum att jurisstuderandena hör till de mest aktiva nyttjarna av universitetets internationella utbytesprogram.

Något borde alltså göras när det gäller de obligatoriska ämnesstudierna. Jag tror att en tillräcklig utveckling är svår att åstadkomma inom ramen för den nuvarande examensstrukturen. Inte blott undervisningsmetoderna och -materialet, utan även uppbyggnaden av helheten borde utvecklas. Då man överväger detta kan också erfarenheterna från Sverige erbjuda argument.

4 Ett förslag

Dagens obligatoriska ämnesstudier lider m.a.o. av splittring, ytlighet, brist på pedagogisk växelverkan och alltför stor omfattning. Man borde eftersträva en koncentrering och fördjupning. Som jag ser det kan man inte åstadkomma detta i en modell, där man särskilt, och i valfri ordning, avlägger studieprestationer i 19 ämnen. I flertalet fall medger denna splittrade tidsresurs ingen fördjupning och koordinering.

Jag tror m.a.o. att man i de obligatoriska ämnesstudierna borde eftersträva större, gärna terminslånga helheter på 10–20 studieveckor. Inom varje sådan helhet skulle de olika delmomenten koordineras så att de stöder varandra och medger en fortgående fördjupning av inlärningen. För helheten skulle ges ett gemensamt vitsord, som skulle knyta samman studentens tentamens- och andra prestationer inom helheten. Dessa prestationer skulle naturligtvis vara lämpligt fördelade över den tid kursen varar; min tanke är inte att man skulle mäta inlärningen med en enda stor sluttentamen vid slutet av varje kurs. Studenterna skulle dock alltid vid hela kursens slut ges möjlighet att utvärdera helheten.

Sådana större helheter skulle göra det möjligt att också inom ramen för de obligatoriska ämnesstudierna förverkliga en sådan ökning av tvärvetenskapligheten och samarbetet mellan de olika läroämnena som fakulteten i sin självvärderingsrapport ser som en av de centrala nya möjligheterna för framtiden (p. 4.4).

Man borde också överväga i vilken mån ordningsföljden, i vilken helheterna avläggs borde fastställas på ett tvingande sätt. Åtminstone till någon del förefaller det vara en förutsättning för en undervisning som leder djupare att man kan bygga på kunskaper från tidigare skeden.

I en sådan modell kunde de obligatoriska ämnesstudierna bestå av tre–fyra större helheter om 10–20 studieveckor var. Den ordningsföljd i vilken man avlägger helheterna kunde vid behov vara till någon del bunden.

En sådan struktur skulle naturligtvis i någon mån minska studerandenas valfrihet. Jag tror emellertid att kraven på såväl en effektiv resursanvändning som en utvecklande pedagogik förutsätter att vi i rimlig grad överger den mer eller mindre totalt anarkistiska modell som vi följer i dag. Genom att möjliggöra flexibla kompletteringar m.m. kan man säkert också lindra de problem som en mera inrutad studiegång för med sig. I varje händelse ser jag det som otänkbart att man kan utveckla en god examen utgående från premissen att flertalet studeranden heltidsarbetar och därmed avlägger

studierna som bisyssla.

Kritikern invänder nu att förslaget att skapa större helheter visserligen kan möjliggöra en bättre koordinering av undervisningsinsatserna så att de i högre grad stöder varandra – vilket ju redan i sig skulle vara ett viktigt resultat! – men att det inte har någon effekt vad avser problemet att de obligatoriska ämnesstudierna tar för lång tid i anspråk. Tvärtom skulle ju kravet på en fördjupning redan i detta skede leda till en ytterligare förlängning.

Svaret på detta ligger i det krav på koncentration som jag också nämnde. Jag tror helt enkelt inte att vi kan fortsätta att ge studenterna en halvt grundkursmässig översikt över så många delar av rättsordningen som möjligt (alla delar får vi aldrig med, hur vi än försöker). Det är viktigare att man på ett djupare sätt kan analysera vissa sådana delar av rätten som generellt påverkar det rättsliga tänkandet än att kunna täcka så mycket som möjligt. Hellre en mer ingående förståelse t.ex. av kontrakts-, skadestånds- och sakrättens allmänna principer, de mänskliga rättigheterna, förvaltningens allmänna principer, straffrättens allmänna del och det juridiska förfarandet, än en genomgång av ett stort normmaterial på en nivå, som är mer detaljerad än vad som behövs för en översikt av rättsordningen, men mindre ingående än vad som är av nöden för att kunskapen verkligen skulle kunna tillämpas.

Jag har hittills inte nämnt exempel på vad man kunde lämna bort – och det är också med stor motvilja som jag ovan uppräknat exempel på vad man eventuellt borde ta med – därför att detta utan undantag brukar leda till starkt emotionella negativa reaktioner bland dem som anser att "deras" ämne på något sätt nedvärderas. Men med handen på hjärtat: tror vi verkligen att den omständigheten, att en student cirka två gånger läst en lärobok rörande ett visst ämne och sedan i tentamen erhållit några poäng för sitt svar på frågan från denna bok, gör honom mycket bättre utrustad än den som blir tvungen att stifta närmare bekantskap med just detta ämne först som jurist, men som i stället har en djupare allmän kunskap i juridisk argumentation och rättsliga principer?

En komparativ utblick visar också att många sådana områden som vi ser som omistliga delar av våra obligatoriska studier i andra länder kan vara frivilliga kompletterande ämnen. Jag tror inte att man på denna grund kan utgå från att juristerna från dessa länder kan betraktas som mindre kompetenta. Förteckningen över sådana ämnen kan göras lång: någonstans är konsumenträtten frivillig, någon annanstans associationsrätten eller imma-

terialrätten (jag nämner dessa först, inte för att jag tror att man primärt bör skära bort dem, utan för att de hör till "mina" ämnen och jag alltså vill undvika den emotionella reaktionen att jag nedvärderar "de andra"); delar av miljö- och arbetsrätten och av skatterätten är andra exempel. Jag betonar igen: i detta skede vill jag inte utpeka något enskilt ämne, utan snarare plädera för en förutsättningslös diskussion om vad som verkligen är nödvändigt att ta med i de obligatoriska ämnesstudierna.

Hur vi än vänder oss, måste vi nämligen på sikt göra något med de obligatoriska ämnesstudierna. I dag ser vi en yrkeshögskolesektor på snabb frammarsch. I denna kontext har man definierat skillnaden mellan universiteten och yrkeshögskolorna så att de förstnämnda ger en på forskning baserad undervisning. Detta innebär inte blott att undervisningen bör bygga på egen forskning. Det implicerar också att undervisningen bibringar studerandena ett vetenskapligt förhållningssätt, en förmåga att kritiskt utvärdera kunskap och att producera egen kunskap. De obligatoriska ämnesstudierna, som fyller en mycket betydande del av hela innehållet i den juridiska examen, fyller i ringa grad dessa krav på akademisk utbildning. Om vi på ett övertygande sätt vill kunna motivera, varför juristutbildningen bör kvarstå som ett monopol för universiteten, måste de obligatoriska ämnesstudierna reformeras.

Dan Frände

14 Om sätten att utbilda jurister

Även år 2001 har en rad personer ägnat hela våren åt att mer eller mindre utantill lära sig juridiska texter. Syftet med minnesövningarna har varit att ta sig in till någon av landets juridiska utbildningslinjer. Urvalsprovet är ett *conditio sine qua non* för juridikstudier i Finland. Detta krav gäller inte bara i Helsingfors utan även i Åbo och Rovaniemi. För de som blir antagna väntar sedan studier av ett ganska speciellt slag. Trots olikheter mellan de olika studieorterna är ett gemensamt drag helt entydigt, dvs. det förutsätts att studerandena klarar av förhållandevis stora enheter, s.k. ämnesstudietenter. Och för att detta skall vara möjligt måste mycken tid tillbringas med kursböckerna som enda egentligt sällskap.

Det är knappast ägnat att förvåna att det finska sättet att utbilda jurister med jämna mellanrum utsätts för kritik. Jag skall här något diskutera två drag i den finska juristutbildningen, dvs. urvalsprovet och studenternas stora valfrihet. Alternativen hämtar jag från det svenska och det tyska utbildningssystemet. Eftersom jag endast sitter inne med tillräckligt pålitliga kunskaper om studierna vid Helsingfors universitet underlåter jag att dra in landets andra juristutbildningar i diskussionen.

Urvalsprovet har vissa uppenbara svagheter. Den kanske mest graverande ur rättvisesynpunkt har sedan något år varit föremål för medvetna åtgärder. Jag avser här frågan om urvalslitteraturen. I dag strävar juridiska fakulteten efter att byta litteratur varje år för att ge årets studenter en rimlig chans att tävla med de personer som har haft längre tid att satsa på inträdesförhöret. I sig kunde man gynna årets studenter med tilläggspoäng. Eftersom det är möjligt att avlägga de olika till studentexamen hörande delarna under flera terminer har detta sedan några år inte längre tillämpats.

Urvalsprovets grundläggande fråga lyder: Vad skall man testa i urvalsprovet? Vid inträde till t.ex. tekniska utbildningar är det naturligt att mäta

kunskapen i matematik och fysik. Sedan kan studierna så att säga starta från en viss nivå. Det är dock rätt tvivelaktigt om man kan se den juridiska litteratur som inpräntas för urvalsprovet som en förutsättning för fortsatta juridikstudier. Helt uteslutet är det givetvis inte, men som grund för hela systemet räcker argumentet däremot inte.

När man spanar efter en hållbar grund för urvalsprovet är det skäl att först diskutera det enda rationella alternativet, dvs. att välja nya studeranden på basis av sökandens student- eller andra skolbetyg. Modellens *ratio* är uppenbar: Den som har ett utmärkt studentbetyg borde knappast har några svårigheter med civilrätt, straffrätt och andra juridiska discipliner.

I Sverige och Tyskland sker antagningen till de juridiska fakulteterna utan urvalsprov. Det tyska systemet fungerar så att intresserade skall sända in sin ansökan till "Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen" som befinner sig i Dortmund. I ansökan skall anges den studieort man helst vill studera vid. Av 40 studieorter med inriktning på juridisk "Staatsexamen" kunde cirka hälften för vinterterminen 2000/2001 ta emot alla de som valde orten ifråga. Valet av studerande till orter med mera studerande än platser sker så att en femtedel av platserna fördelas utgående från betygen och resten utgående från sociala kriterier (handikapp, familjeband, bostad etc.). Vi ser att byte av ort ger envar som uppfyller de formella kriterierna på avlagd studentexamen möjlighet att inleda juridikstudier i Tyskland.

För svensk del kan konstateras att även här sker intagningen utan något urvalsprov. Grunderna för antagningen utgörs av skolbetyg och det s.k. högskoleprovet. Det krävs mycket goda betyg och alla intresserade har inte kunnat beredas studieplats. Det totala antalet antagna till de utbildningsprogram som leder till juris kandidat-examen har under de senare åren uppgått till ca 1.300 personer.

Man frågar sig om det i dag är möjligt att i Finland genomföra ett urval på basis av student- och andra typer av skolbetyg? Utgående från dagens situation låter sig detta inte gärna genomföras. Till urvalsprovet för Helsingfors juridiska fakultet anmälde sig sommaren 2001 sammanlagt 1.527 personer av vilka 1.237 deltog i urvalsprovet. Av dessa antogs 231 personer (och cirka 40 personer efter ett rättelseförfarande). En intagning enbart på basis av studentbetyg skulle leda till i det närmaste olösliga praktiska problem eftersom antalet personer med högsta studentbetyg inte fyller kvoten och alla övriga kriterier skapar gränsdragningar som svårligen klarar rättvisans krav. Ett avstående från urvalsprov jämte bibehållandet av sam-

ma antal studieplatser kan enbart ske när studentexamen genomgått en kraftig reform och samtliga övergångsproblem har blivit lösta.

Ytterligare måste ett problem med betygsintagning lösas. Det gäller avbrutna studier. Det torde vara så att de bästa studenterna kan välja mellan alternativa utbildningar, varvid juridiska fakulteten varje år skulle förlora ett betydande antal studenter. Problemet är så till vida allvarligt eftersom statens ekonomiska bidrag till universitetsutbildningen är starkt beroende av antalet utexaminerade jurister. Ett för stort antal "avhoppade" studenter skulle hota fakultetens existens. Man kan här konstatera att det finska systemet med ett separat urvalsprov som kräver en betydande arbetsinsats för den normala studenten verkar rätt långt eliminera lusten att avbryta juridikstudierna.

Skulle betygsintagning införas samtidigt som nuvarande finansieringsmodell tillämpas måste avhoppens negativa verkningar elimineras genom ett ökat antal studenter. En sådan åtgärd kan leda till överutbud av jurister. Men den behöver inte göra det. Om man t.ex. ställer antalet nya studieplatser i Sverige och Finland mot ländernas befolkningsmängd är antalet platser klart högre i Sverige. I Finland inleder varje år ca 450 personer juridikstudier. Skulle intagningen vara på samma nivå i Sverige borde intagningen röra sig om ca 650 personer. Antalet arbetslösa jurister är även rätt lika; i Finland var under år 2000 ca 3% av juristkåren utan arbete medan motsvarande siffra från Sverige var 5%.

Jag underlåter här att närmare gå in på effekterna av ett överutbud av jurister. Klart är dock att även universitetsutbildningen påverkas. I den hårda konkurrensen om tillbudsstående arbetsplatser skulle vitsorden i juristbetyget få ökad vikt. Med detta erhåller vi en betygshets som i dag är okänd vid Helsingfors universitets juridiska fakultet. Den fria intagningens Tyskland utgör ett slags extremexempel på detta. För det första är det inte lätt att bli godkänd i både första och andra "Staatsexamen". Två försök står till förfogande och allt material gås igenom på ca två veckor. Men fastän examen avläggs är detta ingen garanti för arbete. Det krävs ytterligare att betygen är tillräckligt höga.

När man ytterligare beaktar att urvalsprov förutsätts för de flesta universitetsutbildningar i Finland talar allt för att även kommande finska juristgenerationer genomgår eldprovet innan studierna ens har börjat.

Prima facie kunde man anta att den genom urvalsprovet framdestillerade lilla grupp av studenter ges en mycket personlig och till alla delar skräddarsydd utbildning, under mottot "Endast det bästa duger".

Så är dock inte fallet vid Helsingfors universitet. I dag får varje ny studerande rätt långt välja sin egen tågordning för hur de till examen hörande delarna skall avläggas. Den som genast vill avlägga straffrätt möter inga hinder i form av krav på tidigare studier i t.ex. civilrätt. Han eller hon kan försöka sex gånger under året, fem under läsåret och en under sommaren. Han eller hon kan åhöra föreläsningar, men något krav är detta mycket sällan. Under föreläsningarna förutsätts i regel ingen aktivitet från åhörarnas sida. Det räcker med att lyssna och skriva. Till vissa föreläsningar hör ett slutförhör som kan kompensera en bok i själva ämnesstudietentamen. Andra föreläsningar ger efter avklarat slutförhör tilläggspoäng. Dessa "morötter" leder dock till att de flesta studenter åhör föreläsningar. Problemet är bara att man också går på föreläsningar som inget har med den tentamen man just då förebereder sig för. Föreläsaren kan t.ex. inte börja en föreläsning i straffrätt på följande sätt: "Till frågan om utsträckningen av ansvaret för oäkta underlåtenhetsbrott hör vissa intrikta men ytterst intressanta problem vilka alla koncentreras till bedrägeribrotten. Låt oss ägna dessa morgontimmar åt denna skimrande pärla i den straffrättsdogmatiska tankevärlden." Eftersom minst hälften av åhörarna ännu inte läst annat brottsligt än deckare måste föreläsaren i stället börja: "Riksdagen riktar inte bara straffhot mot den som aktivt åstadkommer något utan även mot den som underlåter att företa en viss handling."

Endast under övningsseminarierna och slutarbetet tvingas studerandena till aktivitet och närmare kontakt med lärarkåren.

Man frågar sig nu om denna frihetens ordning är en nödvändighet som styrs av systemets inbyggda strukturer? I det tyska systemet med fri intagning ligger det nära till hands att hävda att föreläsningar inför storpublik är det enda realistiska alternativet. Men i Finland är ju läget ett helt annat. Vad jag kan se vore det möjligt att vid Helsingfors universitet införa en helt kursbunden studieordning. En fungerande modell hittas t.ex. i Uppsala. Man kunde bl.a. integrera straff- och processrätt till att omfatta hela vårterminen. Förutom ett sluttentamenstillfälle i början på juni (och omtagning före midsommar) skulle terminen bestå av korta introducerande föreläsningar, rättsfallslösningar i mindre grupper, rättegångsspel samt skriftliga arbeten (t.ex. analyser av HD-fall och rättsdogmatiska texter). Rätten att delta i sluttentamen skulle förutsätta att alla terminens delar genomförs på ett godkänt sätt. Åtminstone de ämnen som gäller den positiva rätten skulle avläggas på detta mer eller mindre problembaserade sätt.

Modellen är tyvärr bara en utopi i dag. Den förutsätter förutom ökade ekonomiska resurser en mycket radikal kursändring hos både lärare och elever. För lärarna skulle rätten att fritt välja tidpunkt för och innehållet i föreläsningarna rätt långt försvinna. Direktkontakten med studenterna skulle öka, likaså genomgången av skriftliga arbeten. Studenternas möjligheter att välja studietakt skulle kraftigt kringskäras, varvid arbete vid sidan om inte längre skulle vara så enkelt. Även statsmaktens insats är av nöden. Förutom ökade resurser för själva smågruppsundervisningen krävs tillräckliga utrymmen för arbete och undervisning i smågrupper.

Jag är övertygad om att en sådan lärar-elevintensiv undervisning skapar bättre jurister än vad dagens autonoma modell gör. Tröskeln är dock så hög att jag antar att kursändringen kommer först när juristexamen inte längre kan hävda sig i konkurrensen med andra utbildningar.

Johan Boucht

15 Den juridiska utbildningen – ett genmäle*

> *Det lekande barnet, vilden, fångas in, från en tillvaro i lättja och självsvåld, till skolgång, för att bli ett Gudi behagligt ämbetsfolk med bärgning in i ålderdomen.*
> Gustav Vasa i ett plakat till allmoge 1541

I Preludium

Juristutbildningen har i föreliggande verk, Justus r.f.:s festskrift, behandlats i artiklar av professorerna Thomas Wilhelmsson och Dan Frände, samt av överassistenten Johan Bärlund. Jag hade fördelen att ta del av uppsatserna i förväg och föreliggande bidrag är, såsom framgår av rubriken, en kommentar till dessa texter.[1] Till vissa delar är framställningen kritisk, till vissa delar instämmes i vad som tidigare har sagts; i det sistnämnda fallet bidrar exposén med kompletterande synpunkter på den anförda problematiken. I avsnitt II avhandlas inträdeskriterierna till juridiska fakulteten utifrån Frändes synpunkter, och i avsnitt III diskuteras Frändes, men även Wilhelmssons synpunkter gällande reformerandet av den juridiska utbildningen vid Helsingfors universitetet. Framställningen i avsnitt III mynnar ut i ett kort för-

---

* Jag är professorn Thomas Wilhelmsson, juris kandidaten Björn Boucht samt den övriga redaktionen tacksam för kommentarer och synpunkter till tidigare utkast av denna text. Den vanliga ansvarsfrihetsklausulen tillämpas. Det bör poängteras att författandet av uppsatsen är helt separerat från författarens egenskap som redaktör för föreliggande festskrift. De synpunkter som framförts representerar sålunda endast författarens personliga åsikter och bör *inte* tillskrivas redaktionen som ett kollektiv.

[1] Emedan överassistent Bärlund dock inte förefaller dryfta reformen av juristutbildningen vad gäller den egentliga examensstrukturen, i.e. det som främst diskuteras i föreliggande inlägg, och jag dessutom instämmer med hans synpunkter till de delar där inte motsatsen framkommer nedan, avhandlas inte hans artikel närmare här.

slag (III.i.) till hur den juridiska utbildningen kunde reformeras.

Förhoppningsvis kommer de synpunkter som framförs i de tre artiklarna samt i förestående kommentar att förse läsaren med tillräcklig intellektuell stimuli för att han skall förmå att forma sin egen ståndpunkt i saken och således möjliggöra nödvändig diskussion i saken. Även i föreliggande inlägg begränsas synpunkterna till utbildningen vid Helsingfors universitets juridiska fakultet, eftersom jag bedömer mig besitta tillräckligt pålitliga kunskaper endast om utbildningen vid detta lärosäte. Bedömningen av kommentarens eventuella tillämplighet på övriga utbildningar överlåtes åt läsaren.

II Om inträdeskriterierna

Frände förefaller, visserligen utan att *expressis verbis* så proklamera, sympatisera med den metod enligt vilken nya studenter väljs till den juridiska utbildningen på basis av betyg, en metod som han förklarar att utgör "det enda rationella alternativet" till urvalsprov (258). Han påtalar problemen med urvalsproven *à la finlandaise* och utnyttjar som referensmaterial systemen i Tyskland och Sverige, två länder som valt att utföra studentintagningar utan urvalsprov. Efter att kort ha redogjort för hur systemen fungerar övergår han till att fråga sig huruvida det vore möjligt att genomföra ett intagningssystem baserat på student- eller andra skolbetyg i Finland, men konstaterar att det i dagens läge inte lätt låter sig genomföras på grund av dels svårigheter att fylla kvoterna, dels ekonomiska trångmål med anledning av avbrutna studier. Avslutningsvis, och inte helt utan uppgivenhet, sammanfattas att allt talar för att urvalsprovet även i framtiden kommer att bestå (259).

Jag delar inte Frändes sympatier med en s.k. betygsmodell och förhåller mig skeptisk till eventuella fördelar med densamma.[2] Det föreligger enligt min uppfattning talrika anledningar att bibehålla urvalsprovet som det

[2] Den tyska modellen, som Frände visserligen berör (258) men egentligen inte förefaller hålla som en potentiell valmöjlighet, och enligt vilken i princip alla intresserade har möjlighet att inleda juridiska universitetsstudier förbigås här endast med detta omnämnande. Modellen ter sig i grunden så främmande för våra förhållanden att den knappast kan anses utgöra ett godtagbart faktiskt alternativ. Dessutom kan modellen resultera i flertalet icke-önskvärda konsekvenser för studenterna, något som också inträffat i Tyskland. *Inter alia*: Särskilt de inledande årskullarna är stora och undervisningen blir, åtminstone under de första åren, egentligen inte annat än massundervisning, både gällande föreläsningar och seminarier (som regelbundet hålls). Studentpopulationen gallras främst i samband med de två obligatoriska "Staatsexam", den första efter ca fem år och den

huvudsakliga medlet för att välja studenter till de juridiska utbildningarna. Men det bör poängteras att det sagda inte betyder att den urvalsmodell som valts vid Helsingfors universitet här automatiskt skulle heligförklaras såsom varande helt utan brister. Härför redogörs dock nedan.

Frände påpekar två svagheter med urvalsprovet: *i)* urvalslitteraturen, med andra ord huruvida det inpräntande av juridisk litteratur som förutsätts verkligen är nödvändigt, samt *ii)* vad/vilka kunskaper som skall testas i själva provet (257–258). Jag håller här med om nackdelen med att bibehålla samma inträdeslitteratur flera år i sträck på grund av dess uppenbara gynnande av fleråriga sökanden. Nämnda brydsamhet kan dock svårligen vara en grund för övergivande av inträdesförhören *in toto*. (Saken har f.ö. åtminstone delvis åtgärdats inom fakulteten genom att inträdeslitteraturen byts varje år.) Istället tror jag att kravet på inlärning av juridiska texter och avklarande av ett därtill hörande krävande skriftligt förhör som kriterium för inträde fyller viktiga funktioner.

Primo. Det totala utbudet av studieplatser på universitetsnivå i dag är mycket omfattande, något som i sin tur medför givna svårigheter för blivande universitetsstudenter att välja den inriktning som de verkligen hyser intresse för och har kapacitet att klara av. Bevarande av inträdesprov ger sökandena en möjlighet att bekanta sig med den juridiska världen på ett seriöst sätt, samtidigt som de introduceras till de studier som de, i fall av inträde, kommer att bedriva samt den med studierna associerade studiemetoden. Genom uppställande av krävande litteratur med påföljande krävande förhör gallras redan i ett tidigt skede sådana sökanden bort som antingen konstaterar att de egentligen inte alls är intresserade av juridik på den förutsatta nivån, eller att de helt enkelt inte har kapacitet till det. På det sättet undviker man att juridiska fakulteten blir en uppsamlingsplats för en samling oseriösa studenter (såsom ju redan skett inom vissa utbildningar), som i sin tur både uppslukar resurser och påverkar atmosfären inom fakulteten. Med andra ord något av tankegången "åt var och en efter hans för-

---

andra efter den påföljande 2 ½ års praktikperioden, men även under själva utbildningens gång faller studenter av i tämligen stor omfattning (drop-out procenten under utbildningens gång är ca 40–50%; i den första "Staatsexam" underkänns ca 1/3 av den återstående 50–60% av den ursprungliga studentpopulationen som avlägger examen; i den andra "Staatsexam" underkänns endast ca 10–15%). Följaktligen förbrukas tämligen omfattande resurser på att under flera år utbilda studenter, som i slutändan ändå inte kvalificerar till jurister. Gallringen kan vidare resultera i att det mellan studenterna uppstår, och *de facto* ofta gör det, en betydande negativ konkurrens; i de värsta fallen bland annat så att böcker uppsåtligen placeras på fel hyllor i biblioteket så att endast "flyttaren" vet var den hittas, eller att sidor i böcker utrivs för att andra inte skall få möjlighet att ta del av viktiga avsnitt.

tjänst", så att de som erhållit studieplats i stället ges möjlighet att bedriva sina studier i en "resursmaximerande" och seriös miljö.

Vid fri- eller betygsintagning föreligger vidare en uppenbar risk för att någon form av (indirekt) gallring av studenterna är av nöden under studieperioden (ofta under första eller andra året). En sådan gallring av studenterna kan dock ha högst negativa verkningar för studieatmosfären, *inter alia* i form av negativ konkurrens och församrad kohesion studenterna emellan (något som kan skönjas e.g. både i Tyskland och i Sverige). Såsom konstaterat av Frände skulle detta sannolikt resultera i en även icke-önskvärd förskjutning mot ökad betydelse av betyg med påföljande betygshets bland studenterna. Med stränga inträdesfordringar sker gallringen innan studierna påbörjats och studenterna kan således studera i en lugn och trygg atmosfär.

Secundo. Även rättvisesynpunkter talar mot en betygsintagning. Ett inträdesförhör ger lika grunder att stå på för samtliga sökanden. Det går nämligen inte att bortse från att många har en tendens att ta mer lättsinnigt på den skolgång som då utgjorde grunden för intagningen, ofta helt enkelt för att de ännu inte blickat så långt som på deras kommande studiemöjligheter, och således graduerar med låga betyg, vilket i sin tur utesluter dem från vissa utbildningar. Genom att stirra sig blind på skolbetyg kan alltså universitetet gå miste om mycket gott juristmaterial. Samtidigt behöver höga betyg från skoltiden inte betyda att personen är lämpad för juridiska studier.

Genom inträdesförhör, *och* bevarande av den s.k. fria kvoten, i.e. intagning helt utan beaktande av betyg, ges dessa en möjlighet att på lika villkor, och till och med låga betyg till trots, söka och erhålla studieplats vid juridisk fakultet. Alla bedöms alltså utifrån en skala. Visst kan det invändas att bedömningen kan variera mellan de olika bedömarna, men denna deviation är i vilket fall som helst högst minimal. Snarare, då varje fråga handhas av olika bedömare garanteras en betydande "objektivitet" vad gäller helhetsbedömningen. Här kan nämligen inte förbises att bedömningen från olika skolor *de facto* kan variera på olika grunder, varigenom många kunde försättas i orättvisa utgångslägen.[3] Om skolbetygen endast kan ge vissa tilläggspoäng, en metod som förespråkas här, påverkar denna variation inte i nämnvärd grad.

Tertio. Inte heller i frågan om vad som skall testas i urvalsprovet, delar jag Frändes skepticism till och ifrågasättande av nödvändigheten att läsa en större

[3] Detta gäller dock huvudsakligen endast om både studentbetyg och skolbetyg räknas, eftersom studentbetyget i slutändan baseras på en enhetlig "centraliserad" bedömning.

mängd juridisk litteratur. Han jämför med urvalsprov till e.g. teknisk läroinrättning i vilka en granskning av kunskaperna i matematik och fysik är naturlig. För mig ter sig dock även "kunskapstestande" för inträde till juridisk fakultet genom ett juridiskt urvalsprov naturligt. Att endast utgå från att goda vitsord i studentexamen eller motsvarande automatiskt innebär att personen i fråga är lämplig att bedriva juridiska studier, och framförallt har potential att bli en god jurist, är inte approbabelt. Gymnasie- eller övrig liknande skolgång är nämligen inte över huvud jämställbar med universitetsstudier, varken till omfång eller nivå. De två studietyperna tillhör snarast två olika kognitiva universer. Insikt i det ena garanterar därför inte alls insikt i det andra.

Det är klart att man inte med samma exakthet som inom aritmetiken eller naturvetenskaperna kan testa kunskaper om e.g. e viss matematisk formel eller ett visst fysiskt händelseförlopp, men å andra sidan är det kanske just det som är poängen. Vad som istället undersöks är förmågan att *förstå* och *tillämpa* abstrakt juridiskt material samt att kunna svälja större textmassor och *identifiera* de centrala elementen materialet. Endast ett testande av minneskunskap önskas inte. Om utgångspunkten således är att vissa exakta förhållanden bör kunna granskas, håller jag med om att grunden för behållande av inträdesförhör vacklar. Men om utgångspunkten istället ändras till att vara det som nämns ovan, förändras situationen och inträdesförhörets justifikation blir uppenbarare. Genom studium av juridisk inträdeslitteratur ges studenten samtidigt en introduktion till den "ytliga" rätten som är/kan vara av utomordentligt värde i hans fortsatta studier.

På denna punkt kan emellertid riktas kritik mot den rådande gestaltningen av inträdesprovet. Om man som utgångspunkt tar att testande av kandidatens förmåga att förstå abstrakt textmaterial och identifiera centrala element i större textmassor är önskvärt, kan över huvud bruket av essäfrågor i provet, ifrågasättas. Essäfrågor testar egentligen ingenting annat än sökandens minneskunskaper. Frågornas begränsade omfattning leder till att om intressenten i fråga råkat läsa och memorerat just det stycke som frågan berör kan höga poäng i frågan erhållas. I annat fall erhålls låga eller inga poäng. En ytterligare problematik är den 'approach' till studiematerialet som sökanden kan drivas till genom essäfrågorna. Genom den typ av detaljkunskap som förväntas av tentanden förvrängs inlärningen av inträdeslitteraturen till att bli mekanisk, eller helt enkelt, i större eller mindre utsträckning, utantillärning, där det verkliga *förståendet* av grundprinciperna i materialet kommer i andra hand (sökanden ges med rådande utformning av förhöret också den icke-önskvärda möjligheten att taktikera och endast chansa på essäfrågor). Detta kan knappast vara syftet med ett inträ-

desförhör. Förhöret kunde snarare, i sin helhet eller till största delen, bestå av rättsfall. Sådana är nämligen utomordentligt användbara för att avsyna just sådana kunskaper som ovan angivits vara önskvärda att kontrollera i ett juridiskt inträdesförhör. I ett rättsfall behövs sällan omfattande detaljkunskap, utan vad som snarare förutsätts är *förståelse* av de centrala principerna (principer som kanske inte framkommer *expressis verbis* i texterna, utan för vars identifiering krävs ovan nämnda *förståelse*), samt förmåga att *tillämpa* dessa i ett konkret fall. Genom att inväva olika element i ett rättsfall kan sökandens helhetsförståelse av materialet, och personens förmåga att bedriva juridiska studier, på ett tillfredsställande sätt kontrolleras. Rättsfallen kunde även kompletteras med ett s.k. materialprov, där sökanden ges en text att läsa under en viss tid. Härefter plockas texten bort och sökanden ombeds besvara ett antal frågor relaterade till det lästa materialet.

III Om utbildningsstrukturen

Såsom anförs, särskilt av Wilhelmsson, belastas dagens juristutbildning av brister vad gäller, *inter alia*, splittringen av studierna, "detaljhysterin" i inlärningen titt som oftast framom ett grundligt förstående av de allmänna principerna, de ringa möjligheterna till utveckling av det rättsliga och vetenskapliga tänkandet inom utbildningsstrukturen, avsaknaden av pedagogisk växelverkan och avsaknaden av integrering mellan nationellt och internationellt. (252) Både Frände och Wilhelmsson förespråkar som en möjlig lösning en studiestruktur baserad på större studiehelheter. Frände dryftar saken på ett allmänt plan och framhåller såsom helt möjligt att vid Helsingfors universitet införa en helt kursbunden studieordning *à l´uppsalienne,* med kurser omfattande hela terminer innehållande föreläsningar, skriftliga arbeten etc. och sluttentamenstillfälle i juni (260). Wilhelmsson är till viss del inne på samma linje och drar "en lans" för en ny uppläggning av de obligatoriska ämnesstudierna i större, gärna terminslånga helheter på 10–20 studieveckor som avläggs i en fastställd ordningsföljd (253).

Trots att jag håller med om vad som sägs om defekterna och otillräckligheterna i dagens juridiska utbildning, föreligger vissa meningsskiljaktigheter gällande fördelarna med det omtalade genomförandet av större helheter.[4] Jag förstår egentligen inte varför sådana helheter vore av nöden.

[4] Wilhelmssons modell kan dock inte anses falla under ett sådant "rent" terminskurssystem som i huvudsak diskuteras nedan. Den av honom advocerade strukturen omfattas därför inte helt av den följande kritiken.

Mina personliga erfarenheter av det engelska universitetssystemet, samt resonemang i saken med svenska, franska och tyska studenter, gör att jag bedömer utbildningsstrukturen inom Helsingfors universitet med just uppdelningen av studierna i dels obligatoriska ämnesstudier med påföljande kortare tentamensenheter och möjlighet till kompletterande studier, dels fördjupade studier som 'slutskede', såsom varande en mycket konkurrenskraftig utbildningsmetod ur ett europeiskt perspektiv. Fördelen här är nämligen möjligheten att, åtminstone i viss utsträckning, själv kunna skräddarsy sin utbildning genom att välja just de kompletterande kurser man önskar efter att den introducerande obligatoriska ämnesstudiehelheten har avklarats. Man kan alltså själv välja i vilka ämnen man endast önskar avlägga en grundkurs, och i vilka ämnen man önskar kompletterande insikter. Modellen möjliggör dessutom en ovanlig flexibilitet vad gäller möjligheten till snabbt avklarade eller mer långvariga studier, beroende på studentens egna preferenser (behovet att snabbare kunna avlägga studierna varierar, men kan vara av särskild betydelse *inter alia* för studenter som står i beråd att grunda familj eller för äldre studenter). Ju större helheter som skapas, desto mer av denna tidsmässiga flexibilitet fråntas studenterna.[5] Vårt förefintliga system, som visserligen knappast är perfekt, men som i grunden

[5] Såsom framkommer i Wilhelmssons artikel konstateras i den juridiska fakultetens självvärderingsrapport att studierna är mer omfattande än i de flesta EU-länder och att tiden för avläggande av examen borde förkortas. Härom kan några kommentarer på ett allmänt plan göras. Två delfrågor bör identifieras, å ena sidan omfattningen av examenskraven, å andra sidan den individuella studentens möjligheter att studera kortare eller längre (den s.k. Mustajoki-arbetsgruppen). Vad gäller den första delfrågan håller jag helt med om att kraven till vissa delar, särskilt gällande detaljinlärningen, kan bantas ner utan att i avsevärd grad påverka utbildningen kvalitativt negativt (genom att e.g. överföra en del av de obligatoriska ämnesstudiekraven till de kompletterande studierna, och därmed göra dem valbara). Till många delar fyller nämligen den ibland hysteriska detaljinlärningen inte någon egentlig funktion ur ett längre pedagogiskt perspektiv.

Vad å andra sidan gäller den andra delfrågan förhåller jag mig betydligt mer reserverad till fakultetens rapport. Jag vidhåller och försvarar en liberal syn på akademiska studier och den tid de förväntas ta. Det förefaller svårt att undgå att inse att förkortandet av studietiden knappast kan motiveras av några utbildningsmässigt kvalitativa överväganden. En kortare utbildning ger knappast kvalitativt bättre jurister. En mer trolig *ratio* ter sig snarare vara av typen "kostnadsrationalitet". Intresset att avkorta studietiden verkar nämligen korrelera anmärkningsvärt väl med begivenheten att erhålla högre statsbidrag enligt statsmaktens system för fördelande av resurser till universiteten, i.e. den så kallade resultatstyrningen. Genom att förkorta studietiden lyckas universitetet 'producera' fler examina och således erhålla ett högre ekonomiskt statsbidrag. Det sagda ter sig även vara en oundviklig politik i relation till de höjningar i studentpopulationen som statsmakten åstadkommit under de senaste åren (som sammanhänger med idén om att alla bör ha hög utbildning), eftersom det

fungerar på 'frihet under ansvar-principen', där varje student är fri att bedriva sina studier i den takt och, i viss utsträckning, med det innehåll han själv önskar uppdelat i mindre enheter, är betydligt mer motiverande och stimulerande för studenterna än en centraliserad uppbyggnad där tempo, innehåll och kursordning är bestämda av administrationen till stora enheter och där studentens frihet begränsas till att välja mellan kurserna *x* och *y*, dock utan att kunna påverka *x:s* eller *y:s* innehåll. Den rådande modellens möjligheter ter sig vara rätt unika och föreligger varken i Sverige eller på kontinenten i samma utsträckning (något som utländska studenter som hört om vårt systems möjligheter beklagat). Dessa skulle lätt försvinna genom införande av ett terminssystem. Detta får inte ske.

Det är alltså så att ett längre kurssystem, termins eller helårs, *inte* är till fördel för studenterna, utan snarare medför flera nackdelar. Systemet kan fungera väl i teorin, men inte i praktiken. En av brydsamheterna är att undervisningen blir såväl fragmenterad som ytlig under kursens gång (trots att motsatsen kanske eftertraktas), eftersom undervisningen utsprids under en hel termin eller ett helt år. Följden härav kan i sin tur vara att studenten svårligen erhåller någon egentlig helhetsbild av kursen förrän i dess slutskede då *allt* material måste stormläsas för sluttentamen. Det är helt enkelt så att man under den senare delen av kursen endast vagt eller inte alls ihågkommer vad som diskuterades i början. För det andra medför omfattningen av sluttentamen lätt en avsevärd negativ stress för studenterna, vilket sedan lätt kan åstadkomma en negativ, och i värsta fall kaotisk, studieatmosfär inom fakulteten. Detta kan uppkomma även om sluttentamen 'av-

---

annars helt enkelt inte finns plats för den stora mängden studenter. Det som dock glöms bort är dylika prioriteringar är ekvivalenta med att "bita sig själv i svansen" och att det otvetydigt kommer att straffa sig ur ett längre tidsperspektiv. Trots att statsmakten, och universitetsadministrationen, så förefaller önska, kan nämligen kvaliteten och nivån av faktisk kunskap inte kvalitetsbestämmas utifrån snabbheten i studierna, särskilt inte vid en juridisk utbildning. Kunskap, i.e. inte enbart memorerande av vissa forskningsteser, utan även förståelsen av och förmågan att tillämpa desamma, uppnås inte mekaniskt och enbart tenterande av vissa läroböcker på viss tid är ingen garant för att den verkligen uppkommer. Dessutom bör ihågkommas att studierna endast är en liten, om än formell, del av en individs totala utbildning (en utbildning som kontinuerligt pågår, också vid sidan av studierna) och bör därför inte få karaktären av att vara den enda egentliga. En student som önskar studera 6–7 år för sin examen är alltså inte och skall inte anses vara en kvalitativt lägre stående jurist än en som avklarar sin examen på 4 år.

Av dessa anledningar är allt tal om begränsning av studietiden m.m. (i vilket fack argumentet om önskvärdheten av fixerad ordning av längre kurser verkar passa fint) helt enkelt gallimatias. Se f.ö. härom i Johan Boucht, "Kunskapssynen är förvriden. Kvantitet går nu före kvalitet". *Hufvudstadsbladet* 25.9.2001, 15.

lastas', e.g. som i många engelska universitet, genom skrivande av essäer eller deltenteringar under terminens gång. För det tredje ges studenterna en högst begränsad valfrihet.

Det kan dock vara möjligt att undvika en del av de negativa konsekvenserna med ett 'rent' terminssystem om man lyckas separera de olika delmomenten i kursen så att man i tentamen *de facto* endast avlägger en mindre specifik del av kursen och de andra delarna avläggs genom essäer eller motsvarande.[6]

Problemet är att ett dylikt system långt bygger på och kräver för att funktionera idealistiska, och *de facto* orealiserbara premisser. För att det effektivt skall funktionera på ett önskvärt sätt förutsätts nämligen att studenterna under terminens gång konsekvent repeterar kursmaterialet (i.e. föreläsningsanteckningar, utdelade texter, läser givna läskrav m.m.). Om så inte görs kan konsekvensen lätt bli de olägenheter som ovan redogjorts för. Det som administrationen emellertid (medvetet?) glömmer bort i sin iver att "rationalisera" och vara "effektivt organiserad" är realiteter och hur majoriteten av studenterna i regel opererar. Redan endast en begränsad insikt i universell studentpsykologi ger vid handen att de förutsatta premisserna inte är realistiska, eftersom studenter *de facto* inte presterar på ett så konsekvent sätt som modellen förutsätter, vare sig det är i Finland, Sverige, England, Tyskland eller Frankrike. Att förutsätta annat är en utopi. Och då så är fallet kan med fog ifrågasättas *ration* bakom övergången från en fungerande modell vars förtjänstfullhet tills största endast föreligger i teorin. Kanske är motivet att ett termins- eller årssystem säkert medför betydliga administrativa fördelar 'på pappret' för fakulteten.

En annan sak är sedan att de obligatoriska ämnesstudierna så som de ser ut i dag inte är substantiellt tillfredställande. Jag håller därför helt med Wilhelmsson om att de lämnar föga utrymme för utvecklingen av studentens vetenskapliga och rättsliga tänkande. Ämnesstudierna bör alltså ses över,

---

[6] Med Wilhelmssons modell, som bibehåller det separata kompletterande skedet och inte tycks förutsätta en omfattande sluttentamen av den obligatoriska delen, kan flera av nackdelarna med ett 'rent' terminssystem så undvikas. Jag instämmer i de bakomliggande syften som anges såsom motiv, men ställer mig ändå något frågande till varför större helheter på uttalat sätt egentligen behövs och vilka fördelar man härmes skulle uppnå. Detta särskilt som, om jag har förstått Wilhelmsson rätt, de kompletterande studierna ändå skulle bibehållas. En av svårigheterna med modellen är också hur de stora studiehelheter som den medför framgångsrikt skall genomföras utan att ovan omtalade konsekvenser uppstår.

men inom ramen för existerande struktur, så att e.g. vissa ämnen eller delar av ämnen överförs från de obligatoriska ämnesstudierna till de kompletterande studierna, utformningen av tentamina revideras, muntliga tentamina eventuellt partiellt introduceras, mängden skrivna arbeten ökas, inklusive bokrecensioner[7] (e.g. genom att minska på mängden boktentamina i de kompletterande studierna och minska det rådande låga kravet på antalet skrivna arbeten, samt som komplement till den skriftliga tentamen).[8] Men det som här måste inses är att många av de förlägenheter och brister som påtalas inte har något att göra med utbildningsstrukturen *per se*, oberoende av form, utan beror långt på de attityder, *inter alia*, till undervisningen och till student – lärarrelationen, som är förhärskande inom fakulteten.

Både Frände och Wilhelmsson dryftar den tågordning i vilken de till examen hörande delarna skall avläggas och frågar sig om inte en kursbunden studieordning kunde införas. Frände diskuterar även hur detta påverkar föreläsningarnas karaktär. Jag instämmer här i ifrågasättandet av den fria studieordningen samt i vad som framhålls om fördelarna med att få en fixerad studieordning, förutsatt att man med kursordning avser en fixerad *tentamensordning*. En kursordning i betydelsen hel- eller halvårskurser (terminskurser) röner nämligen, såsom ovan konstaterats, inte något understöd från mitt håll.

En fixerad tentamensordning[9] vore fördelaktig i det avseendet att ordningen då skulle fixeras så att varje kurs (tentamen) byggde på varandra. Metoden skulle därmed möjliggöra en fortlöpande utveckling av studenternas juridiska kunskaper genom att varje tentamen utgjorde en grund för följande tentamen. Påbyggnadsinlärning med utnyttjande av tidigare kunskap är central vid effektiverande av inlärningen. Den rådande modellen

---

[7] Den låga mängden skrivna arbeten inom den juridiska utbildningen, med följden att skrivkunnigheten hos många studenter är beklämmande låg, borde nödvändigtvis åtgärdas. Skriftliga arbeten utvecklar skrivförmågan, avdramatiserar uppsatsskrivandet, samt ger viktig förberedelse för avhandlingsförfattandet. Som ett jämförande exempel kan nämnas mina personliga erfarenheter från det akademiska året 2000–2001 som 'visiting student' vid University of Warwick i England, under vilket jag, som en del av de vanliga kursfordringarna, förväntades skriva åtta juridiska essäer, både rättsfallslösningar och dogmatiska utredningar, varierande i längd från 1 250 till 3 000 ord.

[8] Utvecklingen av studierna diskuteras också av Johan Bärlund ovan i detta verk ("Pedagogiska utmaningar för juristutbildningen", 237–248).

[9] Här gäller dock det vanliga förbehållet för alla typer av "fasta" begrepp (fixerad, absolut etc.) om att inget någonsin är helt fixerat eller absolut, utan att undantag alltid kan föreligga i vissa fall.

med helt fria studier befrämjar knappast studentens inlärning på grund av avsaknaden av egentlig påbyggnadseffekt (den ger generellt ett visst kaotiskt intryck). Till exempel: att läsa rättsteori eller rättssociologi under det första året är knappast vettigt, eftersom förmågan att *förstå* vad som menas i respektive kurser kräver viss insikt i juridiken i ett större perspektiv.

I detta sammanhang uppkommer också frågan om de kompletterande studiernas position inom examen. Såsom konstaterats ovan ger de kompletterande studierna en ur europeisk synvinkel unik möjlighet till en åtminstone till viss del individuellt skräddarsydd utbildning och bör därför bevaras. Ett bekymmer som uppmärksammats är emellertid den fullständiga frihet som studenterna givits att bestämma tidpunkten för de kompletterande studierna i relation till ämnesstudien.[10] Härvid uppstår lätt risken att studenten inte egentligen kompletterar kunskapen från ämnesstudien, utan att den kompletterande studien helt enkelt blir en separat tentamen utan annan än formell anknytning till ämnesstudien (så e.g. om de kompletterande studierna i arvsrätt läses tre år efter att ämnesstudien i familje- och kvarlåtenskapsrätt avlagts). Av central betydelse här är emellertid att inte bunta ihop ämnesstudierna med de kompletterande studierna, eftersom den värdefulla valfriheten då försvinner. De kompletterande studierna och ämnesstudierna bör alltså förbli separata studieelement. En möjlighet att åtgärda olägenheten vore att uppställa en tidsgräns inom vilken de kompletterande studierna till ifrågavarande ämnesstudie skall avläggas; om studenten önskar avlägga flera kompletterade studieenheter till en viss ämnesstudie kan fristen avbrytas med avläggande av den första studieenheten, varefter kan uppställas en ny tidsgräns för ytterligare enheter. Dessutom borde det traditionella betonandet av ämnesstudier som den egentliga studieprestationen överges (så att studenterna också "vågar" avlägga kompletterande studier redan i ett tidigt skede av studierna). På så sätt kunde de två olika elementen sammanknytas till en i princip "löst sammanhängande större helhet". Utbudet av kompletterande studieenheter bör även ökas betydligt.

En fixerad tentamensordning skulle även möjliggöra en utveckling av föreläsningarna. Som Frände poängterade, går många studenter inom den rådande modellen på föreläsningsserier helt slumpvis oberoende av den tentamen de för närvarande förbereder sig för. Detta är problematiskt.

---

[10] Så e.g. Johan Bärlund, i samma verk, 245.

Med en fixerad tågordning kunde föreläsningsserierna arrangeras under vissa i relation till tentamen bestämda tidpunkter. Samtidigt skulle föreläsarnas arbetsbörda koncentreras till vissa tidpunkter, varigenom flera föreläsningsserier i samma ämne kunde hållas simultant för att på så sätt undvika stora åhörargrupper. Här blir även föreläsningarnas karaktär och innehåll relevant. Vilken typ av undervisning är intressant och givande? Största delen av undervisningen är strikt dogmatisk och fokuserar vanligtvis på något delområde inom en viss 'rätt', e.g. arbetstidslagen inom arbetslagstiftningen, eller någon form av dogmatisk helhetspresentation av en viss 'rätt'. Vad det alltså i grunden är fråga om är en upprepning av det som sägs i textböckerna. Visst, det talade ordet underlättar till viss del inlärningen jämfört med endast litteraturstudier, men trots detta är endast upprepningar av detaljer knappast förstummande intressanta. Det är här frågan om undervisningens karaktär och framförallt dess syften kommer in i bilden.

Om systemet med ersättande föreläsningar bevaras, i.e. föreläsningar med vilka en bok i tentamensfordringarna ersätts, och undervisningen behåller sin dogmatiska prägel, är antagligen sådana upprepande föreläsningar (delvis) oundvikliga. Men detta utesluter inte andra möjligheter. Vad som undervisningsmässigt är verkligt intressant och stimulerande är föreläsningar av en allmän problematiserande och kontextualiserande karaktär där föreläsaren utnyttjar sin beläsenhet till att sammanfatta centrala principer m.m. underliggande hela rättsområdet, som studenten med sin begränsade beläsenhet svårligen själv kan identifiera, och som ger honom en viktig grund, *vorverständnis,* att stå på under tentamensförberedelsen. Dessutom, föreläsningar där reflexion är en central undervisningsform och där man inte endast strävar efter att återge rättsområdets *varande*, utan istället, så att säga, dess *icke-varande*, kritik med andra ord, är i sanning spännande och intellektuellt berikande. Här eftersträvas studentens självreflexion över ämnet baserad på lärarens, eller tutorns, incitament. Inlärningen bygger sålunda inte endast på läsande och inlärande av vad andra säger och tycker. En sådan typ av undervisning är minst lika viktig, om inte viktigare, än strikt dogmatiska föreläsningar. Samtidigt kräver de dock mycket av föreläsaren.[11]

[11] För något härom, se Johan Boucht, "Teaching Legal Theory in Universities of Helsinki and Warwick – A Comparative Reflection", *Oikeus* 2001, 241–250.

Vad gäller den beklagligt begränsade närmare kontakten mellan studenter och lärarkåren, påtalad av både Frände och Wilhelmsson,[12] kunde det säkert långt rättas till genom införande av vissa alternativa undervisningsmetoder. Följaktligen kunde fakulteten, och universitetet *in toto*, med fördel införa systemet med personliga tutorer, något som är vanligt e.g. i engelska universitet. Implikationen härav vore att det för varje student utsågs en medlem av lärarkåren som studentens 'förtrogne' under hans akademiska period, som verkade som rådgivare, hjälp vid problem m.m. Kort sagt, tutorn skulle stå för en stor del av de kontakter som studenten har eller kan behöva till lärarkåren. En av de uppenbara fördelarna härmed, ur bådas perspektiv, är att det under årens lopp, åtminstone i teorin, uppstår en mer personlig relation mellan tutorn och studenten, något som naturligt underlättar kontakten parterna emellan.[13] Även seminarier (av något annan typ än dem man för närvarande använder) där man med jämna mellanrum i en mindre grupp under ledning av en lärare skulle idka problemlösning och mera konkret tillämpning av insikterna från den dogmatiska, men även kritiska, övriga undervisningen, kunde med fördel introduceras i samband med studierna till en viss tentamen. Men klart är fortsättningsvis att utan den ovan nämnda attitydförändringen kommer effekten av varje åtgärd i vilket fall som helst att vara både *begränsad* och *kortvarig*.

---

[12] Detta berörs även av Bärlund (i samma verk), som efter en jämförelse mellan studierna i civilrätt läsåret 1910-11 och 2000–01 kommer fram till den *prima facie* förvånande, men vid närmare eftertanke förståeliga slutsatsen att "[d]en personliga kontakten och växelverkan mellan lärare och studenter har minskat, eftersom det i dagens läge är möjligt att klara av ämnesstudierna mer eller mindre anonymt", (244).

[13] Det bör här poängteras att en tutor inte endast är en 'handledare' i professionell mening, utan att hans verksamhet, i idealfallet, snarare närmar sig en *mentors*. Ulla Lindgren från Umeå universitetet behandlade mentorskap i sin doktorsavhandling (2000) och distingerade där mellan handledning såsom varande en beroende (professionell) relation, och mentorskap såsom varande en *oberoende (personlig) relation* [35]; för närmare om teorier m.m. kring mentorskap, se Ulla Lindgren, *En empirisk studie av mentorskap i de högre utbildningarna i Sverige* (Vasa: Åbo Akademis Förlag 2000), särskilt 13–97.

Tutoreringen bör alltså inte vila enbart på en sådan beroende och professionell basis, eftersom studenten då sannolikt inte kan erfara den lättnad och komfort i tutor – studentrelationen, som är nödvändig för en framgångsrik samfärdsel dem emellan. Men, ånyo, för att uppnå detta krävs en många gånger omfattande attitydförändring hos lärarkåren, bland annat just i den tidigare påtalade uppfattningen om förhållandet mellan student och lärare.

III.i Ett kort förslag

I avsnitt III har i viss längd dryftats reformerandet den juridiska utbildningens struktur och bland annat fördelarna och nackdelarna med större studiehelheter. Det sagda kan summeras i följande korta förslag.

Studiestrukturen förblir uppdelad i obligatoriska ämnesstudier, kompletterande studier och fördjupade studier. De obligatoriska studierna bantas ner gällande både omfattning och substans, så att, såsom också framfört av Wilhelmsson, vissa delområden inom (de rådande) studieenheterna överflyttas till de kompletterande studierna, samtidigt som tonvikten av studieenheten läggs på de allmänna lärorna och principerna, etc.; betoningen av detaljkunskap överges följaktligen till stor del i detta skede. Eftersom betoningen i det här skedet egentligen bildar grunden för de kompletterande och fördjupade studierna, kan examineringssättet fortsättningsvis (till huvuddelen) vara tentamen, e.g. delvis skriftlig, delvis muntlig, eller möjligtvis innehållande en kortare essä.

Då omfattningen av ämnesstudierna bantas ner, uppkommer ett större utrymme för de kompletterande studierna, som utgör studiernas fördjupningsskede innehållande högre detaljrikedom. Utbudet kompletterande studier bör kraftigt ökas, men kurserna bör, såsom nu, vara mindre till omfånget, så att studenten själv kan välja just de kurser som intresserar honom. De kompletterande studierna tidsbestäms på ett klarare sätt i relation till ämnesstudierna, men avläggs ännu separat, så att de två enheterna tillsammans bildar en "löst sammanhängande större helhet".[14] Examineringsformen är antingen inte alls eller endast till begränsad del tentamen, och består istället av skriftliga arbeten, bokrecensioner, 'intimare' seminarieverksamhet, rättsfallslöningar, domstolsspel etc.

Strukturen kompletteras genom att den enskilda studenten stöds under sin akademiska period av en till personalen hörande personlig tutor.

Det förhandenvarande förslaget är *ett* exempel på hur juristutbildningen kan bekommas dels mer individualiserad, så att den enskilda studentens önskemål till större del beaktas kombinerad med dennes bevarade valfrihet, dels mer fördjupad till substansen och systematisk i uppbyggnaden, så att senare kunskap bygger på tidigare kunskap.

---

[14] Här menas att studierna bestäms så att den kronologiska ordningen fastställs, snarare än att tidsramen inom vilka dessa skall avläggas fixeras. Se *supra* not 5.

IV Sammanfattande synpunkter

En utbildningsmodell, både till form och substans, är aldrig fulländad och diskussion om förbättringar behövs alltid. Därför är Frändes och Wilhelmssons inlägg välkomna. Men gräset är inte alltid grönare på andra sidan och metoder valda i andra länder behöver inte alltid vara bättre än de man redan tillämpar i det egna landet. Så är det i detta fall. Trots uppenbara brister i både intagningssystem och utbildningsstruktur, är strukturen *per se* till största delen helt tillfredsställande i mina ögon. Inträdesförhöret behöver visst tillsyn vad gäller valet av litteratur och typen av frågor, men förhöret i sig fyller klart sin funktion; den juridiska utbildningsstrukturen behöver likaså en revision, men själva ramverket fungerar och är förtjänstfullt. En förändring behöver inte alltid vara av antingen-eller-karaktär, utan kan också, om så är motiverat, ske på redan existerande fundament.

Summa summarum: Den metod för intagning till juris kandidatprogram och den grundläggande struktur för den juridiska utbildningen som Helsingfors universitets juridiska fakultet har valt är, med vederbörliga reservationer (se *III.i.*), tillfredställande och i grunden fördelaktig för studenterna. En övergång till betygsintagning och fixerad terminskursordning är således inte önskvärd.

Katriina Kuusniemi – Sanna-Maria Jokinen

16 Justus r.f. 10 år – Justus ry. 10 vuotta

1 Inledning[1]

Vid tio års ålder närmar sig Justus r.f. tonåldern. En tioåring anses visserligen ännu vara ett barn, men under föreningens korta liv har så mycket hunnit hända och ske att Justus med fog kan påstås vara mogen för sin ålder. Juristutbildningen i Vasa har under hela sin livstid varit mer eller mindre omdiskuterad och bland annat erhållit mycket publicitet i den lokala pressen. Vid en liten utbildningsenhet är samarbetet administrationen och studenterna emellan av stor vikt och de centrala delarna av Justus verksamhet är således anknutna till frågor rörande själva utbildningen. Följande redogörelse över Justus verksamhet och utveckling har därför många anknytningspunkter med själva utbildningens utveckling. Presentationen strävar efter att ge en allmän bild av verksamhetens utformning, men det bör samtidigt poängteras att infallsvinkeln och åsikterna representerar skribenternas personliga syn på utvecklingsförloppet.

2 Vaasan koulutuksen taustat ja perustaminen

Vaasan hovioikeudella oli merkittävä rooli Vaasan juristikoulutuksen perustamisessa. Hovioikeus oli huolestunut juristipulasta ns. Väli-Suomessa. Pulaa oli sekä alioikeuteen nimitettävistä auskultanteista että vakinaisen viran hoitajista. Pahiten juristipula uhkasi oikeudenhoitoa ruotsinkielisel-

[1] Vi tackar alla som gett oss goda råd och hjälpt till vid insamlandet av material. Speciellt vill vi tacka hovrättspresidenten Erkki Rintala, avdelningssekreteraren Marja-Riitta Hakala, professorerna Dan Frände och Kimmo Nuotio och de f.d. justusaktiva juris kandidaten Teresa Laine-Puhakainen, vicehäradshövdingarna Marcus Norrgård, Olav Hermanson, Casper Herler, samt juris studerandena Merja Berglund och Johan Boucht.

lä Pohjanmaalla ja etenkin Vaasan hovioikeudessa oltiin huolestuneita ruotsinkielentaitoisten viranhaltijoiden kasvavasta puutteesta.

Juristikoulutuksen tarvetta pohdittiin opetusministeriön asettamassa työryhmässä, joka päätyi suosittelemaan koulutuksesta kaksikielistä. Suunnitelmista sijoittaa juristikoulutus Väli-Suomeen keskusteltiin laajasti sekä lehdistössä että yliopistomaailman sisällä. Åbo Akademi oli vahva ehdokas koulutuksen järjestäjäksi. Tätä suunnitelmaa varjosti kuitenkin Vaasan hovioikeuspiirin tilanteesta huolestuneiden pelko siitä, että koulutus sijoitettaisiin Vaasan sijasta Turkuun, eikä Pohjanmaalle riittäisi tarpeeksi halukkaita muuttajia valmistuneiden joukosta. Oikeustieteellisen koulutuksen sijoittamisen Vaasaan katsottiin todennäköisesti kasvattavan Väli-Suomesta ja etenkin ruotsinkieliseltä Pohjanmaalta kotoisin olevien opiskelijoiden osuutta. Lisäksi olisi todennäköisempää, että he valmistuttuaan niin ikään sijoittautuisivat työelämään opiskelupaikkakunnan läheisyyteen. Esillä oli myös ajatus perustaa Vaasan yliopistoon oikeustieteellinen tiedekunta, mutta tästä kuitenkin luovuttiin.

12.2.1990 päivätyssä kirjeessä Vaasan hovioikeuden presidentti *Erkki Rintala* pyysi Helsingin yliopiston oikeustieteelliseltä tiedekunnalta, että se selvittäisi mahdollisuutensa järjestää kaksikielinen oikeustieteen koulutus Vaasassa. Tiedekunnan silloinen dekaani *Mikael Hidén* suhtautui pyyntöön myönteisesti ja näin käynnistyivät suunnitelmat juristikoulutuksen järjestämisestä Vaasassa.

Tiedekunta asetti jo 15.3.1990 työryhmän selvittämään asiaa. Helsingin yliopiston mielipide oli alusta alkaen se, että vain Vaasa sijoituspaikkana kykenisi turvaamaan pohjanmaalaisten riittävän hakeutumisen koulutukseen. Lakimiesliitto antoi asiasta lausuntonsa, jossa suhtauduttiin kuitenkin varauksellisesti kaksikielisen koulutuksen aloittamiseen Vaasassa. Lausunnosta huolimatta asiat etenivät ripeästi ja koulutuksen mallista ja yhteistyökumppaneista päästiin sopimukseen. Opetusministeriö myönsi tuntiopetusvaroja Helsingin yliopistolle Vaasassa tapahtuvaa koulutusta varten.

Koulutus toteutetaan Helsingin yliopiston, Vaasan yliopiston ja Svenska handelshögskolanin Vaasan yksikön välisen yhteistyösopimuksen perusteella. Rehtoritasoinen yhteistyösopimus, jonka laati Mikael Hidén, allekirjoitettiin Vaasassa 20.6.1991. Sopimuksen allekirjoittivat kolmen yh-

[2] Päiviö Tommila, Helsingin yliopisto, Alf-Erik Lerviks, Svenska handelshögskolan ja Ilkka Virtanen, Vaasan yliopisto.

teistyössä olevan korkeakoulun silloiset rehtorit[2]. Syksyllä 1991 aloittivat ensimmäiset 22 opiskelijaa oikeustieteen opinnot Vaasan yliopiston Fabriikin tiloissa.

Käytännön toimintaa tuli käynnistämään erikoissuunnittelija *Dan Frände*. Vuonna 1994 hänet nimitettiin apulaisprofessoriksi[3] Vaasan kaupungin lahjoitettua virkaan varat viideksi vuodeksi. Tätä seurasi vielä toinen, edellistäkin tuntuvampi lahjoitus vuosiksi 1999–2004.

3 Justus r.f./ry.

3.1 Grundandet av Justus r.f./ry.

Genast då den första årskullen av juris studerande inledde sina studier i Vasa hösten 1991 blev det uppenbart att ett snabbt grundande av en ämnesförening för studenterna var nödvändigt. En av anledningarna härtill var behovet av att ingångsätta preparationskursverksamheten i Vasa och därigenom öka antalet österbottniska sökanden till juridiska fakulteten och Vasautbildningen. Andra centrala orsaker var behovet att i gemensamt namn verka för studenternas bästa samt behovet att forma ett gemensamt ansikte utåt.

För inledande av föreningsverksamhet är ekonomiska bidrag av stor betydelse, men en förutsättning för erhållande av sådana är att den sökande föreningen är formellt registrerad. Således bildade en grupp studenter ett så kallat beredningsutskott och deras arbete resulterade den 24 september 1991 i ett konstituerande möte[4]. Av flertalet namnförslag, bland annat Legista, Regula, Veritas och Justus, framröstades Legis inledningsvis till föreningens namn. Ordet *legis* är genitivformen av det latinska *lex*, det vill säga lag. Innan föreningen anmäldes till föreningsregistret under namnet Legis uppstod dock en ny diskussion om namnet; namnet Legis skulle an-

---

[3] Vaasan juristikoulutuksen vastaavina professoreina ovat olleet Dan Frände (1991–tammikuu 1994, sekä kesä 1994), Kjell Sevón (kevät 1994), Ari-Matti Nuutila (syksy 1994–kevät 1996). Kimmo Nuotio on toiminut juristikoulutuksen vastaavana professorina syksystä 1996 lähtien, lukuunottamatta syksyn 2000 ja vuoden 2001 helmikuun välistä aikaa, jolloin professuuria hoiti Johanna Niemi-Kiesiläinen.

[4] Närvarande vid det konstituerande mötet var: Marina Ek, Anna-Maria Fahlgren, Monica Gullans, Olav Hermanson, Karin Kainlauri, Ann-Cathrine Koski, Veli Lahti, Teresa Laine, Reima Letto, Marcus Norrgård, Ville Nurmi, Saana Nurminen, Michael Nylund, Harri Puhakainen, Ari Ranto, Kaj Storbacka, Petra Sund, Merja Sutinen, Tarja Venäläinen och Marko Vuorinen.

tagligen allmänt uttalas och uttalades redan av vissa uppsåtligen fel så att det blev Lekis, det vill säga lekskola. För en seriös förening ansågs detta inte lämpligt och man fann det nödvändigt att tänka om. Ett strax därefter sammankallat föreningsmöte var så gott som enigt om namnbytet till Justus, som kommer från det latinska maskulina adjektivet *iustus* och står för rättvisa, rättsenlighet och skälighet. Femininformen av ordet är *iusta.* Vid det konstituerande mötet godkändes också föreningens stadgar enligt vilka föreningen är en obunden ämnesförening för juris studeranden som studerar i Vasa, vars syften är att gynna och utveckla Helsingfors universitets juridiska utbildning i Vasa, att övervaka studenternas rättigheter samt att verka som en förbindelselänk studenterna emellan under studietiden, såväl i frågor gällande studier som i studiesocial verksamhet. Föreningens officiella språk fastställdes att vara finska och svenska. Vidare valdes vid mötet en styrelse för verksamhetsperioden 24.9–31.12.1991. Mandattiden för kommande styrelser fastställdes att vara 1.1–31.12.

Efter det formella grundandet av föreningen kom verksamheten snabbt i gång, något som föranleddes av det naturliga starka intresset hos en nygrundad förening att "märka reviret". Verksamhetsplanen för den första hösten var ambitiös och man gick aktivt in för att verka för studiesituationen. Föreningen genomförde en enkätundersökning bland studenterna och ansökte om bidrag, samtidigt som möjligheterna till egna klubbutrymmen utreddes och lagböcker och "studiehalare" anskaffades. Även studiebesök och kontaktknytande stod på agendan. Planen förverkligades väl och på våren 1992 kunde föreningen bland annat ordna sin första preparationskurs för sökanden till juridiska fakulteten.

3.2 Justus r.f./ry.:s verksamhet

3.2.1 Intressebevakning

Intressebevakning för studentmedlemmarna är en av de viktigaste uppgifterna en ämnesförening har. För en liten och nygrundad förening kan detta dock ibland vara problematiskt, eftersom dess inflytande är begränsat och den inte har tillräckliga personresurser för att vara representerad i alla de organ som rör föreningens intressesfär. Justus har dock numera markerat sin ställning väl och bevakar i dag sina medlemmars intressen genom representation såväl inom diverse organ vid Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet och Finlands Juristförbund r.f., som i Studentkåren vid

Helsingfors universitet (HUS) och mer informellt i Vaasan yliopiston yliopilaskunta (VYY).

Ur gamla protokoll framkommer att det till en början ansågs att Justus intressen i fakultetsråd och institutioners ledningsgrupper kunde tillvaratas via storasystrarna *Pykälä ry.* och *Juristklubben Codex r.f.*. Detta visade sig emellertid vara mindre lyckat, eftersom det under tidens gång framkom att informationsflödet från storasystrarna till Vasa var högst begränsat. Efterhand lyckades Justus dock etablera sig som en jämbördig förening, och man kunde därför med de övriga studentföreningarna förhandla sig fram till en suppleantplats i fakultetsrådet. Från och med 1.8.1998 har Justus haft denna, på en informell överenskommelse baserade representation, medan de ordinarie mandaten för studentrepresentanter i praktiken är delade mellan föreningarna Pykälä och Codex.

Vad gäller representationen i Finlands Juristförbund r.f. hade Justus r.f. inledningsvis vissa svårigheter att etablera sig. Föreningens ansökan om medlemsskap var anhängig i förbundet under nio månader innan medlemskap beviljdes och när medlemsskap en gång hade beviljats uppstod besvärligheter då man från föreningens sida visade intresse för verksamheten i förbundets studerandeutskott. De andra studentföreningarna, som redan hade en tryggad ställning i utskottet, reagerade nämligen, anmärkningsvärt nog, närmast fientligt när Justus ville delta i utskottets överläggningar. Det är således genom hårda förhandlingar som man åstadkommit att också Justus numera har sin plats vid bordet då utskottet sammanträder till möte[5].

Juristutbildningen i Vasa har under sina tio livsår flera gånger varit föremål för allvarlig diskussion och en gång till och med varit nedläggningshotad på grund av fakultetens ekonomiska svårigheter. Justus har i dessa situationer starkt engagerat sig i polemiken och tillsammans med diverse "pro-Vasa" personer[6] framgångsrikt kämpat för utbildningen.

---

[5] Justus r.f. beviljades medlemskap i Finlands Juristförbund r.f. 19.11.1992 och närvarorätt i studerandeutskottet 14.9.1993. Numera har Justus också rösträtt i studerandeutskottet.

[6] Av dessa "pro-Vasa" personer bör åtminstone vicehäradshövdingen Staffan Teir nämnas. Han hade en aktiv roll då ekonomiska medel för juristutbildningen i Vasa insamlades i samband med att utbildningsenheten våren 1999 var nedläggningshotad på grund av fakultetens ekonomiska svårigheter.

3.2.2 Valmennuskurssi

Valmennuskurssi on tärkeä osa Justuksen toimintaa. Jokakeväinen voimannäyte tekee ainejärjestöä tunnetuksi ja lisäksi sillä toivotaan olevan vaikutus hakijoiden opiskelupaikkavalintaan. Vaikka asiasta ei ole tarkemmin tehty tutkimuksia, on moni justuslainen sanonut saaneensa kipinän hakea Vaasaan juuri valmennuskurssilta.

Ensimmäinen valmennuskurssi saatiin aikaan omin voimin jo Justuksen ensimmäisenä keväänä vuonna 1992. Codexin kanssa neuvoteltiin yhteisen valmennuskurssimateriaalin käytöstä, mutta tämä kaatui erimielisyyksiin voitonjaosta. Justuslaiset päätyivät pitämään preppauskurssit ensimmäisestä kurssista lähtien omin voimin. Valmennuskurssi järjestettiin ensimmäiset kerrat vain ruotsinkielisenä. Vuodesta 1995 lähtien kurssit on järjestetty sekä suomeksi että ruotsiksi. Valintakoekirjojen välitys alkoi Justuksessa vuonna 1996.

Valmennuskurssit vaativat vastuuhenkilöiltä ja järjestävältä hallitukselta paljon. Pienellä yhdistyksellä ei ole varaa maksaa erikseen palkkoja edes valmennuskurssivastaaville. Kaikki toiminta perustuu jäsenten *allamed*-henkeen ja haluun edistää yhdistyksen asiaa. Jopa luennoitsijoina toimivat alan ammattilaiset saavat työstään lähinnä symbolisen palkkion.

Valmennuskursseilla on toinenkin tarkoitus, nimittäin varainkeruu yhdistyksen toimintaa varten. Justuksen liittymismaksu on ns. ainaisjäsenmaksu eli se kattaa koko opiskeluajan. 50 markan jäsenmaksulla tultiin toimeen vuoteen 2000, jolloin ensimmäisen kerran päätettiin korottaa jäsenmaksua, tällöin sadalla markalla. Jäsenmaksun kerääminen on ollut nimellistä ja muodostanut vain murto-osan yhdistyksen tuloista. Koska jäsenmaksu on haluttu pitää mahdollisimman alhaisena, on varainkeruu tärkeä osa yhdistyksen ja Justuksen hallituksen työtä.

Ensimmäinen rahankeruutempaus, jonka kanssa uudet opiskelijat tulevat tutuiksi, on haalarisponsorien hankinta. Kuten kaikilla sisarainejärjestöillään, on Justuksellakin viininpunainen haalari. Tämä oli alun perin silkka sattuma. Kun ensimmäisenä syksynä 1991 alettiin jo muualla opiskelleiden aloitteesta hankkia haalareita, eivät justuslaiset tienneet perinteisen värin olevan juuri viininpunainen. Väreiksi suunniteltiin joko viininpunaista tai vihreää suomen- ja ruotsinkielisten lakikirjojen kansien värien mukaan. Näistä kahdesta viininpunainen voitti äänestyksessä. Selkämerkinkin haluttiin kertovan haalareiden omistajien opintosuuntautumisesta. Koska haalarit ymmärrettävästi haluttiin mahdollisimman pian käyttöön eikä tä-

ten merkkiä ehditty tarkemmin miettiä, kysyttiin tiedekunnalta lupa laittaa tiedekunnan logo haalarin selkään. Lupa saatiin, mutta jälkeenpäin kuultiin kriittisiäkin kannanottoja siitä, että tiedekunnan virallinen logo oli laitettu juhlivan haalarinuorison selkään.

3.2.3 Julkaisutoiminta

Ex Nunc, Justuksen jäsenlehti, ilmestyi ensimmäisen kerran 14.8.1996 ja sen tarkoituksena oli tuolloin toimia sekä kausijulkaisuna että tutor-materiaalina. Nimi on latinaa ja tarkoittaa vapaasti käännettynä "tästä lähtien" tai "eteenpäin" ja kuvastaa näin jäsenistön suuntautumista tulevaisuuteen. Ensimmäisen numeron tarkoitus oli opastaa uudet opiskelijat Justuksen ja Vaasan koulutuksen saloihin. Linja on siitä lähtien ollut suhteellisen vakiintunut. Se on ollut opiskelijalähtöinen, aina enemmän tai vähemmän päätoimittajansa[7] näköinen lehti, joka perustamisestaan lähtien on ilmestynyt säännöllisesti kaksi kertaa vuodessa. Kevään numero noudattaa perinteitä siinä mielessä, että se edelleen toimii osana tutor-materiaalia ja on tulevan justuslaisen ensimmäisiä kosketuksia ainejärjestöön.

Kuten suurin osa ainejärjestöjen jäsenlehdistä, sisältää Ex Nunc eli "nuncci" suurelta osin omien opiskelijoiden raportteja sekä Justuksen että muiden ainejärjestöjen tapahtumista ja ajankohtaisista asioista. Nuncci, kuten sitä suuri osa jäsenistöstä kutsuu, erottuu kuitenkin muista ainejärjestölehdistä kaksikielisyydellään. Palstatilaa on myös jaettu Elsa-Wasa:n (European Law Students' Associationin paikallisjärjestö) kanssa. Koulutuksen vastaavan professorin tervehdys kuuluu lehden vakioaineistoon, kevyemmällä puolella ehkä erilaiset kuvat jäsenistön tempauksista. Nuncci ei ole kuitenkaan tyytynyt vain juhlista raportoijan asemaan, vaan on ottanut kantaa ajankohtaisiin, opiskelijaa kiinnostaviin asioihin. Vanhemmat justuslaiset tieteenharjoittajat ovat osaltaan antaneet arvokkaan panoksensa lehden linjaan, joten Helsingin pään kuulumisia ja koulutusta käsitteleviä asioita on käsitelty justuslaisesta näkökulmasta.

Ilahduttavinta Nuncissa on juuri ollutkin sen monipuolisuus, joka hyvin kuvastaa juuri ainejärjestöä ja sen tehtäviä. Samasta lehdestä löytyy sekä painavaa asiaa koulutuksesta, että kuvia unohtumattomista juhlista. Lehden tavoitteena on ollut tiedottaa Justuksen olemassaolosta ja toiminnasta

[7] Lehden päätoimittajana ovat toimineet Jannica Kjerulf (1996), Jonna Hietanen (1997), Anne Korpi-Filppula (1998), Jari Holopainen (1999), Mathias Lindström (2000) ja Thomas Sundell (2001).

sekä ulospäin että omille jäsenille, joskin ainejärjestölehdelle tyypilliseen tapaan se palvelee eniten jäsenistön tarpeita. Vuonnå 2000 Ex Nunc siirtyi Internet-aikaan ja lehti alkoi ilmestyä paperiversion lisäksi myös kotisivujen yhteydessä.

Yhdistys sai omat kotisivut vuonna 1995. Pääasiallisena sisältönä Justuksen kotisivuilla on Vaasan koulutuksesta informoiva materiaali ja tiedotteet ajankohtaisista tapahtumista. Sekä kotisivujen toimittajana ja ylläpitäjänä että Ex Nuncin päätoimittajana on yhdistyksen PR-vastaavalla ollut suuri vaikutus Justuksen ulkoasuun.

3.2.4 Vuosijuhlat

Ensimmäiset vuosijuhlat järjestettiin jo lokakuussa 1992 Svenska Klubbenilla, vuosi perustamisen jälkeen. Juhlien ajankohdaksi on tämän jälkeen vakiintunut marraskuun toinen viikonloppu. Ensimmäisissä vuosijuhlissa juhlapuhujana oli silloinen hovioikeudenneuvos Matti Kuusimäki, joka suostui samaan tehtävään vuonna 1997 tultuaan juuri nimitetyksi valtakunnansyyttäjän tehtävään. Vuosien varrella on juhlapuhujiksi saatu hovioikeuden presidentti *Erkki Rintala*, silloinen liikenneministeri *Ole Norrback*, Vaasan kaupungin yleinen oikeusavustaja ja virkaholhooja *Raija Kujanpää*, edesmennyt vankeinhoidon ylijohtaja *K.J. Lång*, silloinen vesiylituomari, nykyinen hallintoylituomari *Pekka Kainlauri*, oikeusministeri *Johannes Koskinen* ja nykyinen Vaasan hovioikeuden presidentti *Ingvar Krook.*

Vuosijuhla on akateemisine juhlallisuuksineen opiskelijoille yksi vuoden kohokohdista. Yhdistys järjestää jäsenistölle ennen vuosijuhlia etiketti- ja tanssikurssit ja kursseille on osallistuttu ahkerasti joka vuosi. Tämä kertoo ainakin vakavamielisestä valmistautumisesta juhliin, menivät kurssien opit perille tai eivät. Vuosijuhlien yhteyteen on kehkeytynyt erikoisiakin tapoja, näistä mainittakoon "salaseura" Mjölkordenin (tai yleinen harhaluulo nimestä: mjölkgårdenin) jäsenen valinta. Mjölkorden eli Fractis Lactis -seura perustettiin vuonna 1997 ja se palkitsee vuosittain aktiivisesti yhdistyksen hyväksi toimineen miespuolisen justuslaisen.[8] Perinteisiin on myös kuulunut lehdistön ihannetytön valinta vuodesta 1997 lähtien. Lehdistön ihannetytön si-

[8] Mjölkordenin eli Fractis Lactiksen perustajat ja jäsenet: Casper Herler ja Kimmo Norrena (perustajajäsenet), Nicklas Thibblin ja Tuomas Koskinen (1997), Johan Boucht ja Kimmo Karvinen (1998), Mikael Luukko ja Kim Åstrand (1999), Simon Andberg, Jukka Ihanus ja Jyrki-Veikko Peisa (2000).

jasta palkittiin vuonna 2000 vuoden fuksi.[9] Myös Justus-pupu valitaan vuosijuhlien yhteydessä, kriteerinä on aktiivinen sosiaalinen toiminta yhdistyksessä. Pupu on kruunattu perinteisesti kiertopalkintona kulkevilla korvilla vuodesta 1996 lähtien.[10] Tuolloin sai pupu myös mitalin, mutta tapa unohtui parin vuoden jälkeen. Justus-mitalilla palkittiin yhdistyksen puolesta tehdystä työstä ensimmäisen kerran vuonna 1999 yhdistyksen 8-vuotisjuhlissa.[11]

Vuonna 1996 järjestettiin Justuksen ensimmäinen vuosijuhlia edeltänyt juhlaviikko, ns. mini-viikko tai programveckan. Vuosijuhlaviikko virittää vieraat ja jäsenet vuosijuhlan odotukseen. Tässä yhteydessä järjestetään tutustumiskäyntejä paikkakunnan mielenkiintoisiin kohteisiin ja ohjelmaan on perinteisesti kuulunut tutustumiskäynti Vaasan hovioikeudessa. Luonnollisesti myös erilaiset illanvietot sitseistä risteilyihin kuuluvat ohjelmaan.

Justus-nauhaa[12] käytettiin ensimmäistä kertaa vuoden 1996 juhlissa. Väreiksi valittiin viininpunainen ja kulta, joskin tämä oli kompromissiratkaisu. Muita vaihtoehtoja oli mm. ruotsinkielisen pohjanmaan värit punainen ja keltainen ja eteläpohjalaiset värit sininen ja valkoinen raitoina viininpunaisella taustalla. Koska Vaasan kaupungin vaakunan värit ovat punainen ja keltainen, sopii juridiikan värinä yleisesti esiintyvä viininpunainen ja sen seurana kulta nauhan väreiksi. Noudattaahan nykyinen Justuslogo Vaasan kaupungin vaakunasta tuttua symboliikkaa. Alunperin[13] Justus-merkki oli mustavalkoinen ja sen keskellä oli siivillä varustettu sauva, johon vaakakupit nojasivat. Syksyllä 1996 merkkiä muutettiin siten, että Justuslogon keskelle vaihdettiin sauvan tilalle Vaasan lyhde. Lyhteeseen liitettiin jo logon aiemmassa versiossa esiintyneet vaakakupit ja kuviota kiertämään lisättiin ympyrän muodossa kaartuvat lehvänoksat. Merkki päädyttiin kirjailemaan painatuksen sijasta viininpunaiselle pohjalle kullanvärisellä langalla, yhteneväisesti nauhan värien mukaan.

---

[9] Lehdistön ihannetyttöjä ovat olleet: Salla Holma (1997), Satu Ruutiainen (1998), Ida Staffans (1999) ja vuoden fuksi Heli Aaltonen (2000).

[10] Justus-pupuiksi on valittu Karoliina Nurmi (1996), Kimmo Karvinen (1997), Johanna Keski-Koukkari (1998), Maria Johansson (1999) ja Sanna-Maria Jokinen (2000).

[11] Mitalilla palkittiin Salla Holma. Vuonna 2000 Justus-mitaleilla palkittiin Katriina Kuusniemi ja Hanna Salonen. Tätä ennen oltiin aktiivijäseniä palkittu erilaisilla muistolahjoilla, esimerkiksi vuonna 1998 saivat Kimmo Norrena ja Merja Berglund yhdistyksen puolesta hopeoidut taskumatit, vuonna 1993 palkittiin muistolahjoilla Teresa Laine ja Saana Nurminen.

[12] Nauhan, samoin kuin nykyisen justuslogon, suunnitteli Casper Herler.

[13] Alkuperäisen Justus-merkin suunnitteli Aatos Lehtola.

3.2.5 Tuomioistuinpeli

Historian aikakirjoihin on myöskin jäänyt tuomioistuinpelin järjestäminen. Alkuvuosista lähtien järjesti Justus jäsenistölleen, yhteistyössä hovioikeuden kanssa, simuloituja oikeudenkäyntejä aitojen juttujen pohjalta. Tästä syntyi myös ajatus samanlaisesta, opiskelupainotteisesta yhteistyöstä muiden ainejärjestöjen kanssa. Vuonna 1995 suunnitelmissa päästiin niin pitkälle, että oltiin jo järjestämässä ainejärjestöjen välistä "turnausta" nimellä Forum Iuris[14]. Valitettavasti tämä jäi vain hyväksi yritykseksi, sillä muut osallistujat peruivat tulonsa viime hetkillä. Myöskin jäsenistön kesken järjestettävät pelit loppuivat syksyllä 1995. Olisiko tässä jo elvyttämisen arvoista perinnettä?

3.3 Kontakterna till andra studentföreningar

3.3.1 Studentföreningar i Vasa

Justus verksamhet över språk- och högskolegränserna har under dess tio verksamhetsår varit aktiv. Till en början var tyngdpunkten lokal; goda relationer till Åbo Akademis Kåravdelning i Vasa (KAV) och Studentkåren vid Svenska Handelshögskolan i Vasa (SSHV) etablerades snabbt och samarbete i olika evenemang påbörjades. Inledningsvis begränsades verksamheten till att justusiterna infann sig på de andra föreningarnas sociala tillställningar, men efterhand kunde den nya föreningen bjuda in de andra föreningarna till egna evenemang. Samarbetet med *Politivas*, ämnesföreningen vid Institutionen för samhällsvetenskaper i Vasa, inleddes hösten 1991 när Justus för första gången hyrde Serenia, Politivas lokaliteter, för organiserandet av sin första julfest. Några år senare började föreningarna bistå varandra vid arrangerandet av bland annat årsfester. Eftersom samarbetet fungerade väl började man ordna också övriga gemensammma tillställningar[15].

Samarbetet med de finskspråkiga studentföreningarna i Vasa inlededdes också snart efter att Justus grundats. Tillsammans med VYY:s *Tutti*, *Comedia* och *Hallinnoijat* hade man gemensamma gymnastiksalsturer och Justus

[14] Peik Strömsholm ja Nicklas Finne vastasivat Forum Iuriksen suunnittelusta ja toteutuksesta. Kerätty aineisto säilytettiin tulevia Justus-vuosikursseja varten.

[15] Av de gemensamma tillställningarna kan nämnas den så kallade Lilla Wappen-sitzen i slutet av september, vilken redan kan anses vara tradition.

organiserade årligen en innebandyturnering tillsammans med ovannämnda föreningar. På senhösten 1993 började Justus medlemmar motionera under en egen gymnastiksalstur, men också efter detta har Justus flera gånger deltagit i innebandyturneringen. Under senare år har Justus utvidgat samarbetet med de finskspråkiga studentföreningarna också på andra studentikosa fronter[16].

3.3.2 HUS och VYY

Studentkåren vid Helsingfors universitet (HUS) betalar årligen 20.000 mark åt Vaasan yliopiston ylioppilaskunta (VYY) för att kåren skall erbjuda justusiterna samma tjänster och förmåner som för de egna medlemmarna. Inledningsvis början grundade sig arrangemanget på en informell överenskommelse, men eftersom erbjudandet av tjänsterna inte var aktivt resulterade detta i att rätten till tjänster och förmåner förblev okänd bland flertalet justusiter. År 1997 blev den första Justus-representanten invald i HUS:s delegation[17] och först efter detta kunde man åstadkomma ett skriftligt avtal om tjänsterna. Under de förhandlingar som föregick det skriftliga avtalet år 1998 kom HUS och VYY överens om när, i vilken utsträckning och hur tjänsterna skulle erbjudas. Justus var en aktiv part i förhandlingarna och processen resulterade i en närmare relation mellan Justus och VYY. Härefter har aktiva justusiter flera gånger varit verksamma i VYY:s olika utskott, bland annat utrikesutskottet och utskottet för utbildningspolitik. Några justusaktörer har också verkat som VYY:s internationella tutorer och då och då hämtat med sig något mer "exotiska förstärkningar" till Justus, kanske till tröst för att inga internationella studenter sökt sig till den egna utbildningsenheten. Justus egna tutorer deltog tidigare i HUS:s tutorskolning, men eftersom den egentliga tutoreringen sker i Vasa ansågs det vara till mer nytta att Justus tutorer skolas tillsammans med VYY:s tutorer. Således har föreningens tutorer sedan år 1999 deltagit i VYY:s tutorskolning.[18]

Vid HUS är Justus starkt representerad i delegationen[19] och mer informellt i olika utskott, till exempel det utbildningspolitiska utskottet.

---

[16] Till exempel den i tre omgångar ordnande Pre Wappen-sitzen tillsammans med "Hallinnoijat" har visat sig vara välbesökt och början på ett lukrativt samarbete.

[17] Justus hade flera gånger nominerat kandidater vid HUS:s delegationsval. Den första invalda representanten var Merja Berglund, som inledde delegationsarbetet 1.12.1997.

[18] Justus tutorer deltar också i den tutorskolning som ordnas av juridiska fakulteten.

[19] Sedan 1.12.1999 har Justus representant i delegationen varit Jukka Ihanus. Justusiterna Johan Boucht och Merja Berglund innehar också suppleantplatser i delegationen, men är inte invalda som föreningens representanter.

3.3.3 Systerämnesföreningarna

Systerämnesföreningarna *Artikla ry.*, Codex r.f., *Lex ry.* och Pykälä ry. var förebilder för Justus när föreningen grundades och trots att storasystrarna inledningsvis hade vissa svårigheter att godta den nya familjemedlemmen kunde kontakterna så småningom utvecklas. Justus närmaste kamrat under "tiden i sandlådan" kom att bli den yngsta av dem, Artikla ry., på vars årsfest Justus var företrädd redan den första hösten. Efteråt, i varje fall under den senare halvan av det gångna decenniet, har Justus varit väl representerad vid systerämnes- och andra samarbetsföreningars akademiska årsfestveckor. Också Justus egen årsfest har varit välbesökt; förutom representanter för systerämnesföreningarna och de lokala samarbetsföreningarna har årsfesten åren 1996 och 1999 besökts av studenter från Umeå universitets juridiska institution. Under senare år har Justus även knytit kontakter till andra nordiska föreningar för juris studerande och varit representerad på nordiska årsfester bland annat i Uppsala och Lund.

Samarbetet med systerämnesföreningarna har rätt långt grundat sig på verksamheten i Finlands Juristförbunds studerandeutskott, men har även förekommit i andra sammanhang, bland annat i form av besök hos systerämnesföreningarna[20] och samarbete i utbildningspolitiska ärenden. Som exempel på samarbete i utbildningsärenden kan nämnas det år 1999 uppgjorda, för Artikla, Justus, Lex och Pykälä gemensamma informationshäftet om juridikstudier, vilket riktades till gymnasister och andra potentiella inträdessökanden.

3.4 Tvåspråkighet

Justus karaktäriseras ofta som den minsta, men mest tvåspråkiga föreningen bland sina systrar. Påståendet motsvarar rätt långt verkligheten och tvåspråkigheten i föreläsningssalen, i Justus kontorsrum, det så kallade "Justus-rummet", på stamcaféet Cotton Club och på övriga ställen där justusiterna rör sig är faktiskt fungerande. Det händer inte sällan att det vid kaffe- eller lunchbordet förs diskussioner där en svenskspråkig student talar svenska med en finskspråkig studiekamrat som svarar på finska. Det samma gäller Justus förenings- och styrelsemöten, samt diskussionerna under föreläsningarna. Innan fakulteten år 1998 fastställde språkkvoterna för de

[20] Till exempel åren 1993, 1996 och 2001 företog Justus exkursioner till Helsingfors och systerämnesföreningen Codex och år 1994 en exkursion till Rovaniemi och systerämnesföreningen Artikla.

till utbildningen antagna att vara 8–10 studenter per språkkvot hände det att något av språken var mer representerat bland de till utbildningen godkända studenterna. Detta var fallet till exempel år 1997 då enbart 3 av de 18 antagna var svenskspråkiga till modersmålet. Den ojämna fördelningen mellan kvoterna väckte farhågor om att tvåspråkigheten skulle lida, men fenomenet visade sig vara en engångsföreteelse och språkfördelningen både året innan (1996) och året efter (1998) var betydligt mer jämn. Den fungerande tvåspråkigheten är värdefull och tryggar inte bara de båda språkgruppernas rätt att använda sitt modersmål, utan bidrar också till att färdigheterna i det andra inhemska språket utvecklas bland studenterna.

3.5 Studierna

De formella ramarna för studierna i Vasa är identiska med dem i Helsingfors. Fakultetsrådet fastställer dock årligen en egen plan för juristutbildningen i Vasa vad gäller kursutbud, föreläsningar, seminarier etc. Förslaget till planen utarbetas gemensamt av den ansvariga professorn, avdelningssekreteraren och studenterna inom ramen för *studiearbetsgruppen*, som inledde sitt arbete som en examensarbetsgrupp år 1995, då den senaste examensreformen var aktuell. Studenternas betydande påverkningsmöjlighet beträffande kurser, tidpunkter för kurserna och önskade föreläsare är en fördel med Vasautbildningen och studenterna har ända sedan utbildningen inleddes aktivt gett "feedback" samt deltagit i utformandet av följande läseårs studieutbud. Studenterna bidrar dessutom med förslag till nya former av studier och medverkar därigenom avsevärt till utvecklingen av studierna också på längre sikt. Bland annat initiativet till den tre studieveckor omfattande praktikperioden i Vasa hovrätt (kompletterande studier i straff- och processrätt) togs av studerande. Kursen innehåller en 100 timmar lång, lönefri praktikperiod vid Vasa hovrätt där studenten bistår en hovrättsfiskal och hovrättsfiskalen fungerar som praktikantens individuella handledare. Goda erfarenheter av kursen ledde till att också förvaltningsdomstolen i Vasa visade intresse för samarbetet (kompletterande studier i förvaltningsrätt) och numera kan studenterna avlägga kompletterande studier enligt ovannämnda modell vid de båda domstolarna[21].

Förutom påverkningsmöjligheterna angående kursutbudet skiljer sig studierna i Vasa från studierna i Helsingfors genom förekomsten av små

[21] Den praktiska kursen vid hovrätten inleddes hösten 1998 och den praktiska kursen vid förvaltningsdomstolen hösten 2000.

undervisningsgrupper och den jämna fördelningen av kurserna på de båda inhemska språken[22]. Mindre föreläsningsgrupper där deltagarna känner varandra innebär aktiva, ibland till och med smått hetsiga diskussioner, och därigenom aktivt lärande. I Vasa är studenterna inte enbart passiva åhörare utan deltar aktivt i undervisningen, något som då och då överraskat den gästande föreläsaren. Trots att den planerade föreläsningsplanen därför kanske inte hinner tillryggaläggas i sin helhet, är denna typ av seminarieliknande undervisning högst givande för studenterna.

Eftersom föreläsningsgrupperna överlag är små finns det naturligtvis en risk för att deltagandet i någon föreläsningsserie på grund av tidpunkten eller andra omständigheter inte blir aktivt. Med anledning härav togs det år 1999 för andra gången i bruk ett förfarande där studenterna i de flesta ämnen i Vasa bör avlägga en föreläsningsserie i ifrågavarande ämne före avläggandet av ämnesstudietentamen. Föreläsningsserierna kan på grund av knappa resurser inte erbjudas lika ofta som vid större utbildningsenheter. Detta medför att de studenter som har planerat att avlägga tentamen i ämnet inom en snar framtid deltar i föreläsningarna då ifrågavarande föreläsningsserie ordnas. Således kan utnyttjandet av de knappa resurserna maximeras. Förfarandet har visserligen lett till en försvagning av den akademiska friheten, men samtidigt inneburit att studenterna mer effektivt planerar sina studier. Efter att studenterna vid Vasautbildningen har avlagt cirka hälften av studierna flyttar de över till Helsingfors för att avlägga den resterande delen av examen.

4 "Visiot"

Justuksen juhlavuoden kunniaksi on toteutettu kaksi suurta projektia, vuosijuhla vastaanottoineen ja juhlakirja. Tämän lisäksi on jo valmistuneille jäsenille lähetetty valmistumisen jälkeistä työelämää koskeva kysely. Syksyyn 2001 mennessä tutkinnon on suorittanut 105 henkilöä eli vajaa puolet Vaasassa aloittaneista opiskelijoista. Vastausprosentti kyselyssä oli n. 72 % ja jäseniltä kyseltiin työpaikkakunnan lisäksi mm. mielipidettä koulutuksen kaksikielisyydestä.

Kukaan vastaajista ei ollut kokenut koulutuksen kaksikielisyyttä haittana, pikemminkin päinvastoin. Etenkin suomenkieliset justuslaiset olivat pää-

[22] I de allmänna bestämmelserna för Vasautbildningen stadgas att undervisningen ges antingen på finska eller svenska och att den ordnas så att det råder jämvikt mellan de två inhemska språken. Även något annat språk kan vara undervisningsspråk.

sääntöisesti kokeneet hyödyn olleen merkittävä sekä työelämässä että työnhaussa, joskin pari vastaajaa oli eri mieltä. Ruotsinkielisten kommentteja leimasi se, että moni oli syntyjään kaksikielinen. Täten kaksikielisen koulutuksen merkitystä oli vaikeampaa huomata konkreettisesti omalla kohdalla. Mitä yksikielisemmästä ympäristöstä tultiin, sitä positiivisemmaksi vaikutus katsottiin. Justuksen ja Vaasan koulutuksen kaksikielisyyden parasta antia on kuitenkin se, kun ummikko suomenkielinen Karjalasta ja ruotsinkielinen kivikkoisten Pohjanmaan rannikkoseutujen kasvatti joutuvat tekemisiin toistensa kanssa ja molemmat huomaavat ymmärtävänsä toisiaan (joskin vasta jouluun mennessä). Koulutuksen ensisijaisena tavoitteena ei varmaankaan ole ollut toimia asennekasvattajana, mutta kyselyn perusteella valmistuneet justuslaiset suhtautuvat todella positiivisesti kaksikielisyyteen.

Miten hyvin sitten ollaan alkuperäisiä tavoitteita saavutettu koulutuksen suhteen? Tyhjentävästi tähän on vaikea vastata kymmenen vuoden perspektiivillä ja yhden kyselyn avulla, mutta suuntaa-antavanakin tulokset ovat rohkaisevia. Auskultoinnin Pohjanmaalla on suorittanut tähän mennessä yhteensä 24 vastaajaa, joista 11 on ruotsinkielistä. Nykyisellään Vaasaan tai maakunnan alueelle on palannut työelämään 22 henkilöä, tasaisesti molemmista kieliryhmistä. Onpa hovioikeus saanut tavallaan oman lehmänsäkin jo osittain ojasta; hovioikeusharjoittelun suorittaneet ovat saattaneet olla vanhojen justuslaisten ohjattavina. Ja kun kysyttiin, voiko vastaaja harkita tulevaisuudessa työpaikkaa Pohjanmaalla, oli 73:sta vastaajasta 50 vastannut "täysin mahdollista".

Av stor betydelse i Justus verksamhet är de aktiva justusiternas engagemang i verksamheten för studenternas gemensamma bästa. Eftersom studenterna i medeltal spenderar mellan två och tre av sina första studieår i Vasa är de aktiva personerna oftast initiativrika och företagsamma. Detta är gynnsamt för utvecklingen, men ställer samtidigt stora krav på bibehållandet av traditioner, och ibland kan det vara svårt att föra vidare seder som förtjänar att bevaras. Liksom Vasautbildningen har varierat till karaktären beroende på den ansvariga professorns betoningar har också betoningarna i Justus föreningsarbete bestämts av aktörernas intressen. Justus och studietiden i Vasa är dock oförglömliga för de flesta justusiter och det är inte svårt att upprätthålla en diskussion mellan gamla och nya aktiva medlemmar. På detta sätt garanteras såväl att nya idéer uppkommer som att de gamla traditionerna består. Efter att nästa tio år förflutit får man således förhoppningsvis läsa om en bestående juristutbildning i Vasa och om en förening som redan har egna klubbutrymmen och en egen riktig sångbok.

Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan Vaasan koulutusyksikössä aloittaneet opiskelijat vuosina 1991–2001

* = suorittanut OTK-tutkinnon

1991

Ek, Marina*	Kovjoki
Fahlgren, Anna-Maria	Hyvinge
Gullans, Monica*	Kristinestad
Haaranen, Merja*	Helsinki
Heikkinen, Juha*	Helsinki
Hermanson, Olav*	Kovjoki
Kaarniemi, Tapio*	Laihia
Kainlauri, Karin*	Korsholm
Koski, Ann-Cathrine*	Petalax
Lahti, Veli*	Kauhava
Laine-Puhakainen, Teresa* (ent. Laine)	Vaasa
Letto, Reima*	Vaasa
Miettinen, Olli*	Espoo
Norrgård, Marcus*	Vasa
Nurmi, Ville *	Kerava
Nurminen, Saana*	Korsholm
Nylund, Michael*	Nykarleby
Puhakainen, Harri	Vaasa
Ranto, Ari	Helsinki
Ruisaho, Petri*	Kaustinen
Storbacka, Kaj*	Terjärv
Sund-Norrgård, Petra* (t. Sund)	Vasa
Särs, Kim*	Jakobstad
Tarkiainen, Tarja* (ent. Venäläinen)	Pieksämäki
Vuorinen, Marko*	Koskenkorva

1992

Airaksinen, Tuukka*	Kauniainen
Aspelin, Caritha*	Norra Peipis
Blomqvist, Ylva*	Helsingfors
Grönlund, Lilian*	Vasa
Hiltunen, Ritva*	Joensuu
Homén, Susanne*	Esbo
Jägerhorn, Sebastian*	Helsingfors
Kytölä, Jukka*	Mustasaari
Lehtonen-Virta, Marjo*	Vaasa
Malkamäki, Raimo*	Hellanmaa
Mäkinen, Ilmari*	Riihimäki
Nyrhinen, Jaana*	Kauhava
Oksava, Peppi*	Joensuu
Palmroth, Jussi*	Tampere
Passi, Leena*	Vaasa
Puttonen, Riikka*	Hollola
Pölönen, Pasi*	Joensuu
Rantala, Jyrki*	Hirvas
Salvesen, Maren*	Helsingfors
Sandström, Camilla*	Borgå
Strömsholm, Peik*	Vasa
Wiklund, Stefan*	Jakobstad

1993

Ahlskog, Christel*	Vasa
Alkio, Mikko*	Vesilahti
Backholm, Siru*	Vasa
Finne, Niklas	Vasa
Karlsson, Päivi	Kokkola
Kultakallio, Sari (ent. Väisänen)	Espoo
Lassus Kenneth*	Oravais
Lindberg, Robin	Voolahti
Linden, Jukka	Vaasa
Lumme, Jere	Espoo
Oikarinen, Esa*	Kajaani
Olsson, Sten*	Grankulla
Riikonen, Teija*	Espoo
Snellman, Christina*	Vaasa
Stark, Kirsi*	Vaasa
Stenholm, Patrik*	Helsingfors
Sthålberg, Christian*	Vasa
Tverin, Marica*	Helsingfors
Udd, Henry*	Nurmes
Valkeinen, Sami	Vasa
Vauhkonen, Heikki*	Vihtasuo
Viitamäki, Janne*	Vaasa
Widjeskog, Jan*	Terjärvi

1994

Bernas, Anna-Lena	Åbo
Boucht, Björn*	Vasa
Herler, Casper*	Vasa
Högfors, Thomas*	Åbo
Kjerulf, Jannica*	Korsholm
Korpinen, Riina*	Alavus
Koskinen, Tuomas*	Vaasa
Kåla, Carina	Karleby
Lantto, Eeva*	Vaasa
Londen, Matias*	Helsingfors
Lähdesmäki, Saara*	Vaasa

Moilanen, Marjo*	Kuluntalahti
Mukkala, Mika*	Seinäjoki
Peltosaari, Rami*	Järvenpää
Schauman, Lars-Christian*	Vääksy
Stenholm, Markus*	Helsingfors
Strömberg, Minna	Helsinki
Strömsholm, Yvonne (t. Rönnskog)*	Vikby
Tarkkanen, Olli*	Jukaja
Träsk, Ulla-Maj*	Helsingby
Voima, Petri*	Helsingfors
Vuolle, Ulla*	Helsinki
Östman, Susanna (t. Södergård)	Vasa

1995

Airas, Sakari	Lahti
Backholm, Lotta*	Vasa
Heimbürger, Marianna	Helsinki
Hämäläinen, Markus*	Espoo
Häyry, Tomas*	Vasa
Karvinen, Kimmo*	Espoo
Korhonen, Jari	Vaasa
Korhonen, Nella* (ent. Sirén)	Rovaniemi
Koski, Mia	Närpes
Leppänen, Riikka*	Hämeenkyrö
Lindholm, Andreas*	Borgå
Nieminen, Nina	Helsingfors
Nurmi, Karoliina	Kerava
Puuronen, Lauri*	Vaasa
Ryynänen, Heikki*	Ilmajoki
Saari, Aki	Yläne
Sahlström, Patrick	Solf
Thibblin, Niklas*	Esbo
Vepsäläinen, Mikko*	Suonenjoki
West, Susanne	Solf
Välimäki, Kaj*	Vaasa
Åstrand, Kim*	Lappfjärd

1996

Berglund, Merja	Kerava
Boucht, Johan	Vasa
Candolin, Adrian*	Esbo
Enges, Peter-Johan	Vasa
Hamro-Drotz, Markus	Grankulla
Harjunen, Ullastiina*	Vaasa
Hietanen, Jonna	Vantaa
Keski-Koukkari, Johanna	Helsinki
Kosonen, Jukka*	Helsinki
Kujala, Mikael*	Helsinki
Myllylä, Marja	Espoo
Markelin, Filip*	Grankulla
Mäki, Riikka	Laihia
Mäkäräinen, Juha*	Hollola
Norrena, Kimmo*	Vasa
Orrenmaa, Marjo*	Vaasa
Paasonen, Mirka	Espoo
Pyykkö, Hanne*	Vaasa
Pohjanpalo, Maria	Kaarina
Salo, Jan Erik	Kronoby
Sippel, Jan	Tuusula
Strömman, Linda*	Vasa
Tuomola, Heli*	Helsinki
Vanne, Ira	Helsingfors
Wahlbeck, Annina*	Vaasa
Örnberg, Johnny	Karleby

1997

Ahonen, Juha*	Järvenpää
Bexar, Patrik	Vasa
Harjunpää, Lotta	Karvia
Holma, Salla	Helsinki
Ihanus, Jukka	Lohtaja
Johansson, Maria	Vasa
Juth, Kristina	Vasa (Korsholm)
von Konow, Jan	Rovaniemi
Kytöniemi, Mikko	Helsinki
Korpi-Filppula, Anne	Kauhajoki
Laiho, Miia	Riihimäki
Luukko, Mikael	Helsinki
Nieminen, Hanna	Vaasa
Nyman, Juha	Vaasa
Setälä, Antti	Kauhajoki
Silomäki, Päivi	Parkano
Simpanen, Markus	Karleby
Vesama, Anssi-Pekka	Riihimäki

1998

Andberg, Simon	Jakobstad
Friis, Anna-Karin	Borgå
Holopainen, Jari	Helsinki
Huuskonen, Jussi	Toivala
Jokinen, Sanna-Maria	Vähäkyrö
Kapiala, Reeta-Kaisa	Korsholm
Ketonen, Elina	Tuusula
Koskinen, Janne	Vasa
Kuusniemi, M. Katriina	Helsingfors
Laasanen, Jari	Vähäkyrö
Mehtonen, Susanna	Kangasala

Norrback, Mathias	Sideby
Näse, Selinda	Esbo
Pursiainen, Mika	Helsinki
Ruutiainen, Satu	Leppävirta
Salonen, M. Hanna	Helsinki
Taivassalo, Linda	Nedervetil
Ukskoski, Heidi	Vaasa
Veistämö, Anne	Lahti

1999

Abdoune, Pirjo-Leena	Vaasa
Furuhjelm, Marina	Helsingfors
Ingerström, Maria	Jakobstad
Laakso, Hanna	Vuorentausta
Lindholm, Johanna	Solf
Lindström, Mathias	Vasa
Mikkola, Tiina	Oulainen
Nyström, Jennifer	Vasa
Mäkinen, Matti	Seinäjoki
Peisa, Jyrki-Veikko	Ranua
Staffans, Ida	Korsholm
Sundell, Thomas	Vasa
Rimppi, Elina	Nurmes
Talus, Anu	Vaasa
Talus, Kim	Vaasa
Varstala, Pia	Petalax
Viitikko, Merja	Vaasa
Rintala, Karita	Vaasa
Åstrand, Linda-Maria (t. Lindström)	Vasa

2000

Aaltonen, Heli	Helsinki
Frände, Joakim	Helsingfors
Kangas, Johanna	Vaasa
Korkea-Aho, Emilia	Helsinki
Koskenniemi, Jan	Vasa
Kärkinen, Mia	Vasa
Laankoski, Varpu	Helsinki
Lehtimäki, Hanna-Leena	Seinäjoki
Niemi, Jesse	Nastola
Nyholm, Evelina	Högbacka
Nyman, Laura	Helsingfors
Rahikka, Maisa	Kauhajoki
Salo, Markku	Seinäjoki
Suves, Miika	Vasa
Tiainen, Suvi	Helsinki
Träskbäck, Nina	Åbo
Tuuf, Victoria	Sundom
Uthardt, Andreas	Övermalax
Weijola, N. Emilia	Vasa
Virkkala, Sirpa	Vaasa
Väyrynen, Pekka	Kerava

2001

Eklund, Wilhelm	Vasa
Hellen, Anna	Helsinki
Hirvonen, Reetta	Vaasa
Kapanen, Ritva	Helsingfors
Keski-Koukkari, Juha	Helsinki
Kivelä, K. Petteri	Vaasa
Koivistoinen, Pavel	Helsinki
Kostet, Karoliina	Helsinki
Koto, Lassi	Helsinki
Lehtiö, Nadja	Vaasa
Lillås, Hanna	Närpes
Nyman, Johanna	Närpes
Peltonen, Laura	Helsingfors
Pöyry, Milla	Tampere
Riski, Lasse	Vaasa
Rönnlund, E. Sebastian	Korsholm
Sandbacka, Anna	Närpes
Strand, J. Joakim	Vasa
Svarvars, Victor	Korsholm
Vuorenmaa, N. Jessica	Vaasa

Yhteensä 238 opiskelijaa oli elokuuhun 2001 mennessä hyväksytty koulutusyksikköön. Vaasassa aloittaneista opiskelijoista 105 on suorittanut OTK-tutkinnon syyskuun loppuun 2001 mennessä. Tutkinnon suorittaneet merkitty tähdellä *. Lisäksi mainittu kotipaikkakunta koulutukseen hyväksyttäessä, hemkommun vid tidpunkten för intagningen.

Justus r.f.:s styrelser åren 1991–2001

1991

Olav Hermanson	ordförande
Teresa Laine	viceordförande
Monica Gullans	sekreterare
Saana Nurminen	kassör
Marcus Norrgård	medlem
Ville Nurmi	medlem
Michael Nylund	medlem

1992

Teresa Laine	ordförande
Anna-Maria Fahlgren	viceordförande
Saana Nurminen	sekreterare
Harri Puhakainen	kassör
Veli Lahti	medlem
Tarja Venäläinen	medlem

1993

Riikka Puttonen	ordförande
Marcus Norrgård	viceordförande
Camilla Sandström	sekreterare
Stefan Wiklund	kassör
Marjo Lehtonen-Virta	medlem
Ville Nurmi	medlem
Kim Särs	medlem

1994

Niklas Finne	ordförande
Riikka Puttonen	viceordförande
Siru Backholm	sekreterare
Christian Ståhlberg	kassör
Teija Riikonen	medlem
Päivi Karlsson	medlem
Esa Oikarinen	medlem
Jan Widjeskog	medlem

1995

Niklas Finne	ordförande
Peik Strömsholm	viceordförande
Susanna Södergård	sekreterare
Tuomas Koskinen	kassör
Juha Heikkinen	kulturansvarig
Rami Peltosaari	idrottsansvarig
Jannica Kjerulf	medlem
Yvonne Strömsholm (f. Rönnskog)	medlem

1996

Casper Herler	ordförande
Jannica Kjerulf	viceordförande
Susanne West	sekreterare
Karoliina Nurmi	kassör
Marianna Heimbürger	medlem
Nella Korhonen (ent. Sirén)	medlem
Riikka Leppänen	medlem
Nina Nieminen	medlem
Niklas Thibblin	medlem

1997

Kimmo Norrena	ordförande
Merja Berglund	viceordförande
Ira Vanne	sekreterare
Hanne Pyykkö	kassör
Jonna Hietanen	medlem
Heli Tuomola	medlem
Mia Koski	medlem
Mikael Kujala	medlem
Peter Enges	medlem

1998

Salla Holma	ordförande
Johan Boucht	viceordförande
Lotta Harjunpää	sekreterare
Juha Nyman	kassör
Markus Hamro-Drotz	utrikesansvarig
Hanna Nieminen	studieansvarig
Anne Korpi-Filppula	infoansvarig
Mikko Kytöniemi	kulturansvarig
Maria Johansson	allmänansvarig

1999

Katriina Kuusniemi	ordförande
Jukka Ihanus	viceordförande
Anne Veistämö	sekreterare
Reeta-Kaisa Kapiala	kassör
Mikael Luukko	utrikesansvarig (januari)
Sanna-Maria Jokinen	(fr.o.m. februari)
Jari Holopainen	infoansvarig
Hanna Salonen	studieansvarig
Linda Taivassalo	allmän- och kulturansvarig
Susanna Mehtonen	suppleant (fr.o.m. februari)
Satu Ruutiainen	suppleant (fr.o.m. februari)

2000

Hanna Laakso	ordförande
Simon Andberg	viceordförande
Pia Varstala	sekreterare
Tiina Mikkola	kassör
Johanna Lindholm	utrikesansvarig
Mathias Lindström	infoansvarig
Anna-Karin Friis	studieansvarig
Ida Staffans	kulturansvarig
Elina Rimppi	allmänansvarig

2001

Evelina Nyholm	ordförande
Suvi Tiainen	viceordförande
Emilia Korkea-Aho	sekreterare
Mia Kärkinen	kassör
Johanna Kangas	utrikesansvarig
Thomas Sundell	infoansvarig
Sirpa Virkkala	studieansvarig
Maisa Rahikka	kulturansvarig
Heli Aaltonen	allmänansvarig

Kirjoittajaluettelo
– Förteckning över författare

Johan Boucht

Juris studerande vid Helsingfors universitets juridiska fakultet. Inledde sina studier i Vasa. Han har tidigare publicerat artiklar i juridiska tidskrifter och är verksam inom vetenskaplig redaktionsverksamhet. Viceordförande för Justus r.f. år 1998.

Johan Bärlund

Överassistent i privaträtt vid Helsingfors universitet. Har ett flertal publikationer från kontraktsrättens, konsumenträttens och skadeståndsrättens område. Höll föreläsningar vid Vasaenheten åren 1991–1996.

Lars D. Eriksson

Professor i offentlig rätt vid Helsingfors universitet. Har under flera decennier också ägnat sig åt rättsteori och rättsfilosofi. Publikationer i Finland och utomlands. Har föreläst i statsförfattningsrätt vid Vasaenheten sedan år 1997.

Dan Frände

Professor i straff- och processrätt vid Helsingfors universitet. Har under senare år mest sysslat med straffrätt och straffprocessrätt. Var med om att starta Vasa-utbildningen hösten 1991 och fungerade som ansvarig lärare fram till våren 1994.

Casper Herler

Överinspektör vid miljöministeriets markanvändningsavdelning. Har genomgått Vasautbildningen och inlett fortsatta studier i miljö- och civilrätt. Ordförande för Justus r.f. år 1996.

Mikael Hidén

Helsingin yliopiston valtiosääntöoikeuden professori. Julkaisuja erityisesti valtiosäännön valvontajärjestelyistä ja perusoikeuksista. Paljon käytetty asiantuntija valtiosääntöoikeutta koskevissa kysymyksissä. Toimi oikeustieteellisen tiedekunnan dekaanina Vaasan oikeustieteen koulutuksen alkuvaiheiden aikaan. Vaasan oikeustieteellisen koulutuksen neuvottelukunnan pitkäaikainen puheenjohtaja.

Ari Hirvonen

Helsingin yliopiston ma. yliopistonlehtori. Julkaissut kirjoituksia mm. kriittisestä rikosoikeudesta ja kriminologiasta sekä oikeusfilosofiasta. Toiminut aktiivisesti eurooppalaisessa "Critical Legal Studies" -liikkeessä. Antanut opetusta myös Vaasassa.

Jaakko Husa

Vaasan yliopiston julkisoikeuden, erityisesti vertailevan julkisoikeuden professori ja Joensuun yliopiston julkisoikeuden dosentti. Julkaisuja kotimaassa ja ulkomailla. Tutkimuksen painopistealueina vertaileva valtiosääntöoikeus, oikeusvertailun teoria sekä julkisoikeudellisen tutkimuksen metodologia. Osallistuu opettajana myös oikeustieteilijöiden opetukseen.

Pia Letto-Vanamo

Helsingin yliopiston oikeushistorian dosentti ja Kansainvälisen talousoikeuden instituutin (KATTI) johtaja. Kotimaisia ja kansainvälisiä julkaisuja oikeushistorian ja eurooppalaisen integraation kysymyksistä. Opettanut Vaasassa toiminnan käynnistämisestä lähtien.

Olli Mäenpää

Hallinto-oikeuden professori ja Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan dekaani. Harjoittanut erityisesti hallinto-oikeuden yleisiin oppeihin, eurooppalaiseen hallinto-oikeuteen sekä avoimeen ja hyvään hallintoon kohdistuvaa tutkimusta. Runsaasti julkaisuja näiltä aloilta. Julkisen sanan neuvoston puheenjohtaja.

Johanna Niemi-Kiesiläinen

Prosessioikeuden dosentti, yliassistentti Helsingin yliopistossa. Hoitanut Vaasan yksikön professorin virkaa vuonna 2000. Julkaissut erityisesti insolvenssioikeuden ja prosessioikeuden aloilta. Käsitellyt tutkimuksissaan lisäksi ihmisoikeuksia ja naisiin kohdistuvaa väkivaltaa.

Marcus Norrgård

Överassistent i handelsrätt vid Svenska Handelshögskolan i Vasa. Doktorand vid Helsingfors universitet i processrätt och immaterialrätt. Medlem i nationell juridisk forskarskola sedan 1999. Viceordförande för Justus r.f. år 1993. Har föreläst i processrätt vid Vasautbildningen.

Kimmo Nuotio

Helsingin yliopiston oikeustieteen professori. Vaasan Oikeustieteellisestä koulutuksesta vastaava opettaja vuodesta 1996 lähtien yhtä tutkimuskautta lukuun ottamatta. Julkaisuja koti- ja ulkomailla rikosoikeuden ja oikeusteorian aloilta.

Juha Pöyhönen

Lapin yliopiston velvoiteoikeuden professori ja vararehtori. Julkaisuja erityisesti siviilioikeuden, oikeusvertailun, oikeusfilosofian ja oikeusteorian aloilta. Opettanut useana vuonna sopimus- ja vahingonkorvausoikeutta Vaasan yksikössä.

Heikki Toiviainen

Kauppaoikeuden dosentti Helsingin yliopistossa, jossa hoitaa kauppaoikeuden professorin virkaa. Julkaissut kirjoja ja kirjoituksia sekä Suomessa että ulkomailla pääasiassa yhteisöoikeuden alalta. Pitkäaikainen yhtiöoikeuden luennoitsija Vaasan koulutusyksikössä.

Thomas Wilhelmsson

Professor i civil- och handelsrätt vid Helsingfors universitet, prorektor för universitetet. Har publicerat böcker och artiklar på olika språk inom ämnena allmän privaträtt, kontraktsrätt, skadeståndsrätt, konsumenträtt, bolagsrätt, EG-rätt och rättsteori. Har länge varit medlem i delegationen för Juristutbildningen i Vasa.

Oikeudellisen muutoksen kysymykset ovat tärkeitä modernissa oikeustieteessä, joka koettaa tavoittaa oikeuden ydintä kohteensa näennäisestä tai todellisesta 'liikkuvaisuudesta' huolimatta. Oikeuden pinnan liikkeiden ollessa hyvin vilkkaita tarve edetä kohti pinnanalaisia oikeuden kerrostumia voimistuu. Kotimaisessa oikeudessa oikeudellisen muutoksen teema on erityisen ajankohtainen. Oikeuden muutokset vaativat myös näitä muutoksia tulkitsevalta oikeustieteeltä uudistumista, välineidensä sovittamista oikeuden ja yhteiskunnankin muutokseen.

Den föreliggande festskriften för Justus r.f./ry. berör detta tema. Artiklarna i bokens första del behandlar den rättsliga förändringen inom bland annat förvaltningsrätten, civilrätten och kvinnorätten och för fram ett flertal olika aspekter gällande problematiken. Den andra delen gäller den juridiska utbildningen och hur den kunde reformeras. En stor del av artiklarna i verket är skrivna av framstående finländska forskare.

Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
P. (09) 603 567, f. (09) 604 668
Sähköposti: sly@lakimies.org
www.lakimies.org

ISSN 1458-0446
ISBN 951-855-192-8