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

Nykyajan muuttuva oikeus – Nutida rätt i förändring

r.f. Justus ry. 10 vuotta/år

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

1 Muuttuuko oikeus todella?

Oikeuskehityksen syvyys muutoksen vuosikymmenellä

Tuskin on kovinkaan usein laadittu juhlaulkaisua 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. Juhlarunot jäivät kuitenkin ilmeisessä epähuomiossa sääntelemättä, joten juhlimisen kilpavarustelun paineet kohdistuivat tähän erityiseen taiteenlajiin. Runoilijat ahkeroivatkin laatimassa mahtipontisia juhlarunoja kuhunkin tilaisuuteen omalla tyyllillään. 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 näkykö 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 jatkumoit, 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 teoria-pitoisuus ei salli mitään tämän suurempaa 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 merkittävimpanä 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 systeemitheoria, 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 merkitystulkinnolle, 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 ulkosityyisiä, koska ne liittyvät osaltaan Suomen muuttuneeseen kansainvälis-poliittiseen asemaan Euroopassa, jos kohta näissä muutoksissa Suomella itselläänkin 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 ratifiointin 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 kehittämiseksi. 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 jäsenyivät *osaksi Suomen oikeusjärjestystä*, joka onkin oikeastaan konstruoitava jokaista ratkaisutilannetta silmällä pitäen aina erikseen ja erilaisenaikin.

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 korostumisista, koska vaikka EIS:n määräykset ovat sinänsä Suomessa laintasoisina voimassa, niiden yleisyysaste ja vaikutustapa on tavallisista laeista poikkeava. Ihmisoikeusnormiston ja siihen liittyvän ihmisoikeusajattelun voi-kin sanoa ohjaavan oikeusjärjestyksestä 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 määriteltäviä.

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 valtiosisäisessä 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 yhteiskuntakriitiikin 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 kehitelty 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 kehittäminen 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 perinteen, tiedostamattoman lainopin kriisiin kehittämällä sille vaikutustietoisemmän vaihtoehdon, tunnistaen kuitenkin samalla ne yleiset puitteet, joissa tuollainen vaihtoehto tuli mahdolliseksi. Sosiaalinen siviilioikeus oli – ja on – suuntaus, jossa oikeusjärjestykseen perimmältään kätkeytyviä, siinänsä 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, ennaikoivat 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 legitimiisyyden 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 konstruktivisten 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 perusoikeustulkinnolle. 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 valtiosääntö-oikeuden 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. Sittenmin 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 maa-seudun 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 alemmantasoisien normiston pohjalta. Mainittakoon kuitenkin, että esimerkiksi Dan Fränden rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta käsittelevässä väitöskirjassa (*Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, 1989) ei oikeastaan lainkaan käsitellä kysymystä tästä laintasaisuuden näkökulmasta.¹⁷ Vastaaventyypisiä laintasaisuuteen 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 ihmisoikeusuudistukseen, merkinnyt sitä, että olisi ollut aloitettava aivan uudelta pohjalta. Päinvastoin, lainuudistusten pitkä linja oli jo pohjistanut 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 laitostavan 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 käynnistyi 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 käänteentekeväenä. Kyseessä oli uskonnonvapautta vankiloissa koskenut asia. Päätöksessä otettiin selvästi kantaa sen puolesta, ettei laitostavan 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 epäily sen suhteen, kuinka hyvin oikeus tavoitteellisena yhteiskunnallisena ohjausvälineenä oikeastaan oli tehokkaasti suunnattavissa erilaisiin yhä mutkikkaampiin malleihin. 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 eräät 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 mittaun, 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 suhteesta.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 ihmis-oikeussopimuksissa, 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 dynamisempänä 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 perusoikeuden muodossa, vaan pikemminkin perusvelvollisuutena. Tuollainen perusvelvollisuus on nytemmin 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. Ympäristön-suojelulainsäädännöllä 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 ympäristötietojen paikkaa perusoikeuksien järjestelmässä, ja eräässä mielessä näin myös luodaan valtiosäännön tasoinen tuki ympäristönsuojelua toteutavalle 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 kestävä 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 hämmäntävä siinäkin mielessä, että kyse on oikeastaan välttämättä 'jakamattomasta' ja kollektiivisesta oikeudesta, eikä sellainen oikeus jäsenyy ongelmatomasti 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 säätämisyjärjestysten 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 perusoikeusnäkömyksen (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 perustuslain turva*, Vammala 1972, VII–VIII.

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

syystään huolimatta, niin voimakas prisma, että niiden lävitse voitaisiin mielekkäästi tarkastella kaikkia oikeudellisia kysymyksiä. Tämä juontuu jo perusoikeuksien luonteesta yksilön oikeuksien suojan ilmaisuna. Olisi keinotekoisia 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 itseorganisoidumisen muodoksi. Valtion tai sen perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta ei olekaan niinkään kiinnostavaa se, miten tuo organisoiduminen 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 valtiovalalta 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, 'edistykselliseksi' kutsuttavat piirit ovat suhtautuneet yksilön oikeuksista lähtevään tarkasteluun. Samalla voi tietysti kysyä, kyetäänkö esimerkiksi kriittistä oikeudellistumiskeskustelua tai ylimalkaan keskustelua sääntelyiden vaihtoehtoista (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 momenttyyppisesti 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 justifyoitavissa.

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 tuomioistuinikäytännössä.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 sovellet-tavan lainsäädännön erilaiset tavoitteelliset näkökohdat. Tästä syystä pe-rusoikeusmyönteisen laintulkinnan problematiikka asettuukin, oikeastaan yllätyksettömästi, koskemaan sitä, voidaanko ratkaisutoiminnan yhteydes-sä tulkintavaihtoehdon valinnassa kiinnittää huomiota tulkintojen perusoi-keuslottuvuuksiin.³⁷ Tietysti myös tulkintavaihtoehtojen konstruoinnin voi sanoa ilmentävän osaltaan perusoikeusajattelua, sillä perusoikeudethan luovat tavallaan sen oikeudellisen 'tilan', jossa kaikki tulkinta ja soveltami-nen tapahtuu.

Perusoikeusjärjestelmä on säilynyt luonteeltaan symbolisena ehkäpä sik-si, 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 to-teutumisen valvonta merkitsisi lähinnä siirtymää demokraattisen päätöksen-teon tulosten 'republikanistisen' kontrollin suuntaan. Silloin oikeusjärjestys olisi johdonmukaisesti hahmotettava sellaiseksi valtion kansalaisten yhtei-seksi projektiksi, jonka pääsisällöt ja tavoitteet on asetettu valtiosäännössä. Valtiosääntö ei siten olisikaan demokraattisen oikeusvaltion prosessuaalis-ten muotojen järjestämistä, vaan luonnehtisi valtiossa elämisen projektia myös sisällöllisessä suhteessa. Perusoikeuksien toteutumisesta huolehtimi-nen keskeisesti oikeus- ja hallintoviranomaisten toimin, konfliktiparadig-maa ilmentäen, puolestaan ruokkisi 'tuomarivaltiokehitystä'.³⁹

³⁷ Ks. hallintotoiminnan osalta esim. Ilveskivi, *Perusoikeudet sosiaaliturvalainsäädän-nön toimeenpanossa*. Helsinki 2000, 138–171.

³⁸ Erityisesti sosiaalisten oikeuksien suhteen on kiinnitetty huomiota siihen, että kan-salaisten oikeusturvakeinot ovat edelleen puutteelliset, mikä voi estää tehokkaan vetoa-misen tällaiseen oikeuteen viranomaisessa. Tätä seikkaa on kuitenkin pidetty periaat-teessa 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 arvi-oida ainoastaan perusoikeussäännöstä katsomalla, vaan tarkasteluun on otettava oikeus-järjestys kokonaisuutena. Hänen kantansa mukaisesti todellinen perusoikeuksien toteutu-misen taso on siten oikeastaan melko pitkälle riippumaton valtiosäännön tason perusoi-keusnormistosta. Tästä syystä myöskään vuoden 1995 perusoikeusuudistus ei näyttäyd-y 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 toivoisi-kin 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 itseorganisoinnin 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 haajoavat 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 redusoidaan esimerkiksi yksinkertaistaviksi perusoikeusdebateiksi. Oikeudelliset ongelmat ovat usein kohdetta koskevan tiedon ongelmia. Esimerkiksi ympäristönsuojelua koskevat hallintopäätökset olisi kyettävä perustamaan tarkkaan tietoon niiden päätösten vaikutuksista, eikä tuollaisen tiedon saatavuus aina ole niinkään ilmeistä.⁴²

Poliittiselta kannalta Ladeurin teoriassa on jo konservatismiin 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 peruseriaatteiden 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 varallisuus oikeudessa (2000). Ladeurin kritiikin kannalta Pöyhösen teorimallin tekee kiinnostavaksi se, että näennäisestä erisuuntaisuudesta huolimatta intentiot osin myös yhtyvät. Pöyhösen hakee perusoikeuksien järjestelmästä tyydyttävämpää oikeutusperustaa varallisuus oikeudelle kuin mitä liberalistinen, vapauksia korostava individualistinen paradigma on sallinut.

Varallisuus oikeuden 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 sitenkin voisi yltää tuottamaan tarvittavaa justifikaatiota myös varallisuus oikeuteen, 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 Kanninen – 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 uudeltaisesta oikeudenalasytematiikasta, 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 tarkasteluja. 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 tulkinnot 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 perusoikeuspositioiden⁴⁵ 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 mikään tahansa kansainvälis-oikeudellinen instrumentti, vaan sillä on leimallisesti eurooppalainen luonne. Eurooppalaista 'ihmisoikeusyhdyntymistä' 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 määriteltylene 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 velvolinen 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 oikeusjärjestystänsä,

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 ennakkolliseksi 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:nkään oikeuden sisältö ei ollut selvitettävissä ainoastaan sopimusmääräykseen tutustumalla, vaan tämä edellytti viranomaisilta EY:n oikeusjärjestyksen sisältöä tulkitsevan EY:n tuomioistuimen tulkintakäytännön tuntemusta.

Oikeusteoreettiselta kannalta haasteena voikin pitää sellaisen kotimaisen oikeusjärjestyksen 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 kehittyntä. 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 puitepäättökset 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 esitysmateriaalin 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 tuomioistuinlinten 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 ihmis-oikeuksien 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 Maastricht-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*-ratkaisussa⁵⁶ (*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 minimitasen 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. Korkeimilla 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. Tietävästi 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. Ulkomaa-lais- 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 jäsenvaltiot ovat liittyneet myös EIS:een.

5. Suomen valtio ja oikeuden kansainvälistyminen

Kotimaisen oikeuden avautuminen kansainvälisiin oikeuslähteisiin nähdessä 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 valta on katsottu valtionhallinnon sisällä jopa lisääntyneen EU-yhteistyön johdosta. Yleensä myös jäsenvaltioiden viranomaiset vastaavat EU:n pää-

⁵⁷ Ks. keskustelusta esim. McCormick, *Questioning Sovereignty*. Oxford 1999, Ch. 8 ja kotimaisittain Jyräki, "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 erityyppisen 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 legitimitietin vaatimusta; jos siis ei riitä, että oikeus vain 'toimii'. Oikeutta tuotetaan eri tasoilla, erilaisissa yhteyksissä, ja käytännössä kaikessa valtiosisäisen tason ylittävässä norminannossa on kyse yhteistyöstä.

EU:n oikeudessa yhteisöpilarin piirissä luotava oikeus on tyyppiesimerkki tästä. Tuon oikeuden legitimiisyys on toisenlaista laadultaan kuin jäsenvaltioiden sisäinen oikeus. Tuo oikeus syntyy verkostomaisesti, erilaisten toimijoiden monimutkaisten vuorovaikutussuhteiden määrittämänä. Silti EU:n oikeudella on myös tiettyä omaa legitimiisyysperustaansa 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 kontrollioikeuksia 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 lainsäädäntöhankeissa.

Tämäntyyppinen diagnostiikka kuitenkin lähtee sitä, että EY/EU-oikeuskin olisi periaatteessa palautettavissa sellaiseksi kahden tason rakenteeksi, jossa kansalliset jäsenvaltiot muodostavat alatasen, ja sen yläpuoliset rakenteet ylätasen, 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. Lain-säädännön 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 kehittänyt 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 tema, 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 koordinoitaan.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. Globalisoituvaa taloutta 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 muutospainet tulevat konkreettisemmin esille. Esimerkiksi Kelsenin oikeuspositivismissa oikeuden säätämisen menettelyitä tarkasteltiin muodollisesti, eikä oikeudelta sinänsä ollut tarpeen, jotta se olisi velvoittavaa ja voimassa olevaa, edellyttäen tietynsääl- töisyyttä. 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 hyväksyttävyydestä tarkastelu jo oikeuden asettamisen vaiheeseen, mikä merkitsee oikeusjärjestyksen legitimitietin kytkemistä varsin vahvasti demokraattisen oikeusvaltion juridisesti säännelyihin, 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 hajautumistensittä. 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. Poliitiikan 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 suurempi 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 kuitenkin 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 sitenkään 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 voisi 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 yhdenmukaisumisen 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 asettamisenmenettelyihin. Tämä merkitsisi demokraattisen oikeusvaltion teorian kehittämistä normativistisesta, konstruktivistisesta teoriasta eräässä mielessä realistisempaan suuntaan.

Kansallisen oikeuden ylittävällä tasolla voidaan niinkään 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.

tiivisessä 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, ylipäättään edes voi onnistua, ja joka tapauksessa vaarana on myös liiallinen oikeudellistuminen, mihin jo edellä viitattiin. Tämän tyyppinen skeptisyys on ruokkinut osaltaan sentapaisia oikeuden teoriamalleja, joissa välitön sääntely rajoitetaan itsesääntelyyn tarvittavaan ohjaukseen. Tällaista keskustelua 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 rekonstruktioikykyisyytään, 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 aiheutta 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 tarvitaan, 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 kohteenaakin olennaisesti myös oikeusteoreettinen konstruktio. Oikeusteorian on oltava reflektiivistä, oman konstruktiiivisen panoksensa tunnustavaa ja tunnistavaa. Ja lisäksi oikeusteorian on oltava tietoista pätevyytensä rajoista. Oikeusteorian tarjoamat totuudet oikeudesta ovat suhteellisia. Oikeusteoria-suuntausten tuleekin olla valmiita kilpailemaan, ja tuossa kilvassa uskotavuuden ja totuuden kriteereitä voi olla useanlaisia. Yksi vaatimus kuitenkin on: teorian tulee tehdä oikeutta jälkimodernille oikeudelle.

Oikeuden teoreettiset jäsenyykset 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.