

PUBLICATIONS OF
THE UNIVERSITY OF EASTERN FINLAND

*Dissertations in Social Sciences
and Business Studies*



UNIVERSITY OF
EASTERN FINLAND



HANNELE ISOLA-MIETTINEN

**TUTKIMUS LAINSÄÄDÄNNÖN
OIKEUSVALTIOLLISESTA LAADUSTA**

Esimerkkinä Euroopan unionin lainsäädäntö

TUTKIMUS LAINSÄÄDÄNNÖN
OIKEUSVALTIOLLISESTA LAADUSTA

Hannele Isola-Miettinen

**TUTKIMUS LAINSÄÄDÄNNÖN
OIKEUSVALTIOLLISESTA LAADUSTA
ESIMERKKINÄ EUROOPAN UNIONIN LAINSÄÄDÄNTÖ**

Publications of the University of Eastern Finland
Dissertations in Social Sciences and Business Studies
No 200

University of Eastern Finland
Joensuu
2019

Grano Oy
Jyväskylä, 2019
Sarjan vastaava toimittaja: Markus Mättö
Sarjan toimittaja: Anna Karttunen
Myynti: Itä-Suomen yliopiston kirjasto
ISBN: 978-952-61-3119-1 (nid.)
ISBN: 978-952-61-3120-7 (PDF)
ISSNL: 1798-5749
ISSN: 1798-5749
ISSN: 1798-5757 (PDF)

Isola-Miettinen, Hannele
The Study on the Quality of Legislation. Case European Union Legislation.
University of Eastern Finland, 2019
Publications of the University of Eastern Finland
Dissertations in Social Sciences and Business Studies; 200
ISBN: 978-952-61-3119-1 (print)
ISBN: 978-952-61-3120-7 (PDF)
ISSNL: 1798-5749
ISSN: 1798-5749
ISSN: 1798-5757 (PDF)

ABSTRACT

The problem of the study here relates to, how to methodically promote the quality of legislation. The quality of legislation has its base in the rule of the principle of law. In order to study complex legislative process, cognitive conceptual tools, process and phases were necessary: *pre-legislative*, *legislative* and *post-legislative*. The substantial dimensions of legislating used in this study are *legal-juridical*, *factual* and *legistic-linguistic*. Theoretical cognitive conceptual tools structure the object of the study. Other tools used in the study are *norm types* and *norm models*. As norm types, the rules are conditional, all-or-nothing norms; the principles are norm types leaving room for various kinds of discretion. The category of norm models is: *action-norms*, *goal-norms* and *rights-based norms*. I have studied methods in legislating in the European Union legal order. European Union legislation, which is the product of the Union legislating process, is an important source of law in European Union nation states. The pre-legislative phase in Union practice means massive prospective *ex ante* and retrospective *ex post*-evaluations, as well as various kinds of monitoring activities, such as methods assessing implementation. These methods pay attention to, how the European Union legislative process follows *competence principles*, *subsidiarity principle*, the *principle of proportionality*, and the European Union *general* and *fundamental principles*. European Union Treaty provisions legally limit the activity of the legislative process. As methods, *evaluations* and *monitoring* use several sub methods, such as *problem tree*, *basic scenario*, *drivers of change*, *intervention logic*, as well as *indicators* and *criteria* for evaluation and monitoring activity. In addition to these, common sub methods include *cost-benefit-analysis* and *contrafactual-analysis*. The pre-legislative phase has a formal legal base, the TFEU 294 article; Commission has a legal right to prepare the legislative proposals in ordinary legislative procedure. The Union pre-legislative phase elaborates *the choice*, how *intensively* and *precise* to legislate: whether the model of norms is action-based, goal-based or right-based and if the norm type is a principle or rule. During the pre-legislative phase, the independent *Union Regulatory Board* quality checks the sufficiency of evidence-base of the proposal. Quality checking is one separate legislative method in the European Union legal order. The Board adopts *the statements*. The statement of the Board may be negative, which means that the quality of the evaluation carried out is not satisfactory. The assumption of the pre-legislative phase is that evaluations, monitoring and various sub methods as legislative methods help to ensure *factual* and *evidence-based*, *legal* and *legistic-linguistic* rationality for European Union legislating. The phase makes considerations on, how Union legislator *transmits* its legislative message. However, in this respect, the pre-legislative phase meets restrictions and limitations. It is impossible to legislate precisely when the norm type is a vague principle. The

legislative phase means formal decision-making. It is usually the decision-making taken by the European Parliament with its Committees and the Council. Legislation theory literature has reflected if the *argumentation* and *justification* rules of rational argumentation are possible in the legislative decision-making phase. The literature shows, that rational argumentation in legislative decision-making remains limited because the phase typically follows *political rationality* aiming at political goals. It is the procedure rules of the Treaty provisions, which dominate the rationality of method in the Union legislative phase. The European Parliament has taken a critical attitude to the evidence-based information carried out by the Commission. The European Parliament has recently instituted the evaluation activity of its own. The European Parliament prepares prospective evaluations as well as impact evaluations following the *model of post-legislative scrutiny*. One general problem is to what extent the legislative phase is able to benefit the evidence-based information. The evaluation method often follows methodical truth and *scientific rationality* and legislative decision-making follows political rationality. The rationality of evaluations and studies are two different modes of rationality. The scientific rationality does not answer directly or answer at all to political needs. Because legislating is decision-making for the future state of affairs, the legislative process necessarily meets several kinds of uncertainty. European Union legislative process is a complex process with various aims and values of Member States and other international organizations. Although the European Union legislature uses various methods and sub methods in order to ensure that, the aims and means of legislation are legitimate, acceptable and that the legislation is effective, legislating leaves room for uncertainty. In the post-legislative phase, the Union Treaty provisions permit a *judicial review* of Union legal acts by the European Court of Justice. A judicial review is one legislative method. The European Union legal order recognizes the *presumptive validity* (or legality) of its legal acts. The legal basis of the judicial review is on the provisions of article TFEU 263 and TFEU 267b article. The Court of Justice may annul or invalidate a legal act or part of it. The factual dimension has, in this respect, an important role in the judicial review. Other reasons to annul a legal act are *competence problems* or failing to take into account *fundamental rights*. The Court of Justice assesses both the *aims* and *means* of a Union legal act and the *factual need* of the Union legal act on the basis of the empirical evidence-based information provided in the pre-legislative phase. The Court of Justice necessitates the factual and evidence-based information when assessing the facts of the legal act. The judicial review of the European Union Court of Justice is a *strong model judicial review*, in its nature. By the *judicial review* method, and with rational argumentation norms, the Court of Justice ensures the legitimacy, acceptability and effectivity of Union legal acts. A factual dimension has become part of the quality based on the rule of law. In legally controlling Union legal acts, the European Union Court of Justice follows rational argumentation norms: *empirical argument*, *practical argument*, *systemic argument*, and the *teleology-consequential argument*. Thus, the European Court of Justice finally creates legislative quality in European Union legislating through its *rational argumentation norms* in the post-legislative phase. The post-legislative judicial review is one method in the Union legislative process. In the course of a judicial review the Court of Justice has developed *legislative principles* which are: *the main principle of one legal basis*, *the principle to give reason to the restrictive provisions of the legal act*, *the precautionary principle*, and *the principle to reason and show the evidence-base of the facts of*

an adopted legal act, and the principle of using the restricted discretionary powers when the Union legal act restricts fundamental rights. Such legislative principles are part of the Union legislative method.

Keywords: *legislation theory, legislation method, methodology, rationality of legislation, models of norms in legislation, principles and rules as norm types in legislation, legislative process and phases, legislation – European Union countries.*

Isola-Miettinen, Hannele

Tutkimus lainsäädännön oikeusvaltiollisesta laadusta. Esimerkkinä Euroopan unionin lainsäädäntö.

University of Eastern Finland, 2019

Publications of the University of Eastern Finland

Dissertations in Social Sciences and Business Studies; 200

ISBN: 978-952-61-3119-1 (nid.)

ISBN: 978-952-61-3120-7 (PDF)

ISSNL: 1798-5749

ISSN: 1798-5749

ISSN: 1798-5757 (PDF)

TIIVISTELMÄ

Olen määritellyt lainsäädäntää ja sen metodia tutkimuksen kohteena *Charles-Albert Morandin* teorian ja mallin mukaan *prosessin* ja *vaiheiden* sekä *Alexander Flückigerin* omaksuman ajattelun mukaan *ulottuvuuksien* avulla. Prosessin vaiheita ovat *pre-legislatiivi* eli esilainsäädännöllinen vaihe, joka tarkoittaa säädösten suunnittelua ja laatimista, *legislatiivinen vaihe* eli lainsäädännön päätöksentekovaihe ja *post-legislatiivinen* eli jälkilainsäädännöllinen vaihe, joka tarkoittaa lainsäädännön hyväksymisen ja voimaansaattamisen jälkeen tapahtuvaa säädösten jälkikäteistä valvontaa (review). Lainsäädännän sisällöllisiä ulottuvuuksia ovat *oikeudellinen*, *faktuaalinen* eli tosiasiaperusteinen ja *legistis-lingvistinen* ulottuvuus. Teoreettisten ja kognitiivisten työvälineiden tehtävänä on käsitteellistää ja kuvata monivaiheista lainsäädäntää tutkimuksen kohteena. Olen tutkinut, *miten* Euroopan unionin oikeusjärjestyksen lainsäädännän metodit edistävät Euroopan unionin lainsäädännän oikeusvaltiollista laatua, legitimiisyyttä, hyväksyttävyyttä ja tehokkuutta. Euroopan unionin lainsäädännän normimalli on yleensä *tavoitenormi* (goal-based norms) ja sen normityyppi on yleensä *periaate*. Unionin *esilainsäädännöllisessä* vaiheessa lainsäädännän metodisia keinoja ovat *evaluaatio* ja *monitoroinnit*, niiden alametodeina *tavoitepuut*, *interventiologiikka*, *perusskenaario*, *muutosajurit*, *kontrafaktuaalit*, *interventiologiikka*, *kustannus-hyötyanalyysi* samoin kuin *indikaattorit* ja *evaluaatiokriteerit*. Perussopimuksen normit ja lainsäädäntöperiaatteet edellyttävät lainsäädännän päätöksenteossa laadullisia ja määrällisiä taloudellisia tietoja ja tietoja niiden vaikutuksista jopa kansallisessa lainsäädännössä. Metodeilla pyritään edistämään säädösten paitsi *oikeudelliseen*, erityisesti *faktuaaliseen* ja myös *legistis-lingvistiseen* ulottuvuuteen liittyviä aspekteja lainsäädännän oikeusvaltiollisen laadun edistämiseksi. Euroopan unionin esilainsäädännöllisen vaiheen evaluaatio on usein luonteeltaan sekä *ex ante*-evaluaatiota mutta myös säädösten voimaantuloon nähden jälkikäteen tapahtuvaa *ex post*-evaluaatiota eli säädösten vaikutusten arviointia niiden voimaansaattamisen jälkeen (impact evaluation). Faktuaalisen ulottuvuuden puitteissa syntyvää lainsäädännän tietoperustaa kutsutaan unionin lainsäädännössä *evidence-based*-tyyppiseksi tiedoksi eli tosiasiaperusteiseksi tiedoksi. Euroopan unionin lainsäädäntämetodi on ottanut mallia kansainvälisten järjestöjen hankkeiden ja interventoiden metodeista. Euroopan unionissa metodien tulokset yleensä lopulta tiivistyvät säädösehdotusvaihtoehdoiksi. Esilainsäädännöllisessä vaiheessa säädösehdotusten tietoperustan laatua Euroopan unionissa arvioi riippumaton sääntelylautakunta, jolla on toimivalta esittää, että ehdotuksen valmistelussa tosiasiaperusta ei ole ollut riittävää. *Lainsäädännöllinen vaihe* on tärkeä lainsäädännän *poliittisen rationaliteetin* päätöksenteon vaihe. Ideali on, että lainsäädän-

nöllisessä vaiheessa hyödynnetään esilainsäädännöllisen vaiheen aikana eri metodeilla hankittua erilaista tietoa ja erityisesti säädehdotuksen edellyttämää faktuaalisen ulottuvuuden tietoa. Kyse on yleensä tiedosta, jonka perusta on *metodologisessa totuudessa*. Euroopan unionin oikeusjärjestyksen lainsäädännöllisen päätöksenteon vaihe tuottaa myös itse esilainsäädännöllisen vaiheen kanssa kilpailevaa tai sitä täydentävää *evidence-based*-tyyppistä tietoa säädösten antamisen perusteiksi. Perussopimuksen lainsäädännön menettelynormit ovat yksi lainsäädännön vaiheen tärkeä metodi. Menettelyjen on ajateltu edistävän demokratiaperiaatetta. Teoreettisessa kirjallisuudessa on pohdittu tarkemmin, onko lainsäädännön päätöksenteossa mahdollista noudattaa metodeina rationaalisen päätöksenteon malleja, kuten esimerkiksi *optimointia* ja *tasapainottamista*. Lainsäädännössä oikeudelliselle päätöksenteolle ominainen *rationaalinen argumentointi* ja *justifointi* ovat kuitenkin rajallisia metodeja silloin, kun päätöksenteossa kyse on poliittisen rationaliteetin piiriin kysymyksistä. Vaikka Euroopan unionin lainsäädännön vaiheet tukeutuvat lainsäädännön metodeihin, ei unionissa hyväksytyt ja voimaan saatettu unionin lainsäädäntö aina täytä unionin edellyttämän oikeusvaltiollisen laadun vaatimuksia. Euroopan unionin oikeusjärjestyksen lainsäädännön yksi erityispiirre on sen säädösten *presumptatiivisuus* eli *oletus* unionin säädösten *pätevyydestä* ja *laillisuudesta*. Euroopan unionin oikeusjärjestykseen kuuluu piirre, jonka mukaan Euroopan unionin voimassa oleva säädös voidaan saattaa tutkittavaksi *jälkilainsäädännöllisessä* vaiheessa oikeudellisen normivalvonnan menettelyssä. Unionin oikeusjärjestyksen jälkilainsäädännöllisen vaiheen oikeudellinen normivalvonta on luonteeltaan *vahvamuotoista*. Se tarkoittaa sitä, että Euroopan unionin tuomioistuimella on toimivalta perussopimuksen normien perusteella myös kumota unionin voimassa oleva säädös joko osaksi tai kokonaan. Kynnys säädösten tai niiden säännösten kumoamiseen ja mitätöimiseen on korkea ja perusteena edellytetään unionin säädöksen virheen *ilmeisyyttä*. Euroopan unionin esilainsäädännöllisen metodin merkitys on tärkeä siksi, että jälkilainsäädännöllisessä vaiheessa unionin tuomioistuin arvioi sen perusteella säädöksen pätevyyttä. Säädösten oikeudellisen normivalvonnan kuluessa arvioidaan *evidence-based*-tyyppisen faktuaalisen ulottuvuuden tiedon *kattavuutta* ja *riittävyttä*. Muita tavallisia säädösten kumoamisen syitä ovat toimivaltanormien ja perusoikeusnormien rikkominen. Jälkilainsäädännöllinen vaihe usein puuttuu säädösten keinojen suhteettomuuteen, esimerkiksi säädösten suhteettomiin perusoikeusrajoituksiin. Säädosvalvonnassa faktuaalisuus on osa oikeusvaltiollisuutta. Normivalvonnassa unionin tuomioistuin on kehittänyt tärkeitä lainsäädäntäperiaatteita, joita ovat: *yhden oikeusperustan periaate*, *rajoitusten perustelun periaate*, *ennalta varautumisen periaate*, *perustelun tosiasiallisuuden periaate*, *lainsäätäjän rajoitetun harkintavallan periaate tapauksissa, joissa säädös kaventaa perusoikeusjärjestelmän normeja*. Ne ovat metodisia periaatteita, joiden avulla edistetään unionin lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua. Vaikka tuomioistuin ei kumoa säädöksiä, se tutkimissaan tapauksissaan usein linjaa unionin säädösten oikeusvaltiollisen laadun erilaisia kysymyksiä, kuten esimerkiksi säädösten legistis-lingvistisiä vaatimuksia, sekä antaa ohjeita säädösten soveltamisessa jäsenvaltioissa. Perussopimukseen sisältyvä periaate unionin toimielinten lojaalin yhteistyön vaatimuksesta samoin kuin toimielinten yhdessä laatima paremman sääntely ohjeisto edellyttävät, että Euroopan unionin tuomioistuinten oikeuskäytännöllään kehittälemät lainsäädännön periaatteet otetaan huomioon Euroopan unionin lainsäädännössä. Niillä on oikeudellisesti relevantti asema unionin oikeusjärjestyksessä.

Asiasanat: *lainsäädäntäteoria, lainsäädännön metodi, metodologia, lainsäädännön rationaalisuus, normimallit lainsäädännössä, periaatteet ja säännöt lainsäädännön normityypeinä, lainsäädäntöprosessi, Euroopan unionin lainsäädäntö.*

ESIPUHE

Ajatus yhdenvertaisuudesta lain edessä ja siitä, että laki on kaikille sama, palautuu yleisen lain käsitteeseen. Moderni lainsäädäntä, jossa yleinen laki syntyy, ei ole vain menettelyä vaan se edellyttää myös muuta oikeusvaltiollista laatua. Muun muassa lainsäädännön laatua edistäviin metodeihin perehdyin työskennellessäni Euroopan neuvostossa Strasbourgissa, Ranskassa. Keskiössä olivat lainsäädännön oikeudelliset reunaehdot, Euroopan neuvoston sopimusnormisto, Euroopan unionin oikeus ja eri valtioiden valtiosäännöt. Euroopan neuvostossa laatuarvioin sveitsiläisten *peer review*-työn jälkeen Euroopan neuvoston ja EU:n yhteisten hankkeiden evaluaatioreportteja. Yksittäisten evaluaatioiden tarkoituksena on tuottaa erilaista oikeudellista ja tosiasiatietoa siitä, onko järjestön hanke saavuttanut tavoitteensa. Kyse on siitä, onko hanke ollut tehokas ja oliko sillä toivottuja vaikutuksia esimerkiksi lainsäädännössä. Laadin työni perustalta Euroopan neuvostolle soveltuvat raporttien evaluaatiokriteerit järjestön yleisten sääntöjen perustalta.

Aiempi opetustyöni julkisoikeuden oppiaineessa ja nykyinen päätoimeni lähellä eduskuntaa on luonteva lähtökohta tutkia lakia ja lainsäädäntää. Lainsäädäntään liittyy oikeusteoreettisesti kiinnostavia kysymyksiä. Yksi niistä on epistemologinen tiedon saavuttamiseen liittyvä tietoteoreettinen aspekti. *Hans Kelsen* nosti esille kirjoituksissaan lainsäädännöllisen päätöksenteon tiedollisen epävarmuuden. Lainsäädännölliseen päätöksentekoon liittyvä tiedollinen rajallisuus ei ole metodisesti ylitettävissä siksi, että lainsäädäntä on luonteeltaan yleistä ja abstraktia sekä tulevaisuuteen suuntautuvaa. Jokainen säädettävä laki konkretisoituu oikeusjärjestyksessä vaikutukseksi vasta sen jälkeen, kun se on saatettu muodollisessa mielessä ja valtiosääntönormien osoittamalla voimassa olevaksi oikeudeksi ja noudatettavaksi.

Lainsäädännössä on monia tutkimuksellisesti kiinnostavia polkuja. Esimerkiksi jälkilainsäädännöllinen vaihe on uusi ja monimerkityksinen käsite, ja se voidaan myös ymmärtää monella tavalla. Tämä kävi ilmi Lontoossa heinäkuussa 2018 *Institutute of Advanced Legal Studies*- ja *Westminster Foundation for Democracy*-organisaatioiden järjestämässä akateemisessa seminaarissa, *Academic seminar on Post-Legislative Scrutiny*, johon osallistuin. Doktriiniin liittyvää tematiikkaa tarkasteltiin jo vuonna 2017 Kööpenhaminassa I-CON-konferenssissa eli kansainvälisen julkisoikeuden konferenssissa, johon niin ikään osallistuin. Erityisesti *judicial review*-tyyppisen säädösten normivalvonnan mekanismin monimerkityksisyys korostui kesäkuussa 2018 Hong Kongin yliopistossa pidetyssä I-CON-konferenssissa, johon myös osallistuin.

Kansainvälisesti ja varsinkin suomalaisesta näkökulmasta lainsäädännön tutkimuksen painopiste on ollut 1970-luvulta lähtien lainsäädännön esilainsäädännöllisessä ja lainsäädännöllisessä vaiheessa. Esimerkiksi Suomen perustuslaki ei tunne säädösten oikeudellisen jälkivalvonnan mekanismia kuin vain sen heikossa muodossa. Jälkilainsäädännöllinen vaihe oikeudellisena normivalvontana on instituutio, joka on oikeustieteen keskusteluissa kytketty kansallisen parlamentin autonomiaan ja demokratiaperiaatteeseen. Oikeudellisen normivalvonnan on ajateltu loukkaavan erityisesti demokratiaperiaatetta. Tämän perinteisen valtiollisten orgaanien valtasuhteiden erillisyyttä korostavan käsityksen puitteissa säädösten jälkikäteinen normivalvonta saa *Jeremy Waldronin* mukaan oikeutuksensa siinä tapauksessa, kun kyse on *lainsäädännön laadun* parantamisesta.

Tutkimuksen laatimisessa on ollut pitkiä taukoja. Valtiosääntöön, perustuslakiin, lainsäädäntään ja erityisesti säädösten oikeudelliseen normivalvontaan liittyvät ky-

symykset ovat sensitiivisiä. Kansainvälisen kirjallisuuden käyttäminen oikeustieteellisen tutkimuksen lähteenä edellyttää terminologian suodattamista ja monenlaista aikaa vaativaa kehittelyä. Toki tärkeät oman elämän asiat, kuten perhe on saanut etusijan, vaikka juridiikka onkin kiinnostuksen kohde.

Olen tämän tutkimuksen kuluessa uudistanut täysin käsitykseni tutkimuksen ja tieteen tekemisen etiikasta. Olen nähnyt sen omana kokemuksena ja ollut todistamassa paikalla tähän liittyvää keskustelua kansainvälisissä konferensseissa. Eettisiin kysymyksiin on puututtu. Muun muassa vuonna 2017 Lissabonin IVR-konferenssin yhteydessä otettiin nimenomaisesti esille tutkimukseen ja julkaisemiseen liittyvät sekä yliopiston sisältä että ulkoapäin nousevat epäasialliset vaikuttimet tieteenteossa. Hong Kongin I-CON-konferenssissa vuonna 2018 professori *J. H. H. Weiler*, joka toimii Firenzessä sijaitsevan Eurooppa-instituutin tutkimuksesta vastaavana, valotti nimenomaisessa esityksessään, miten keinoa tieteellisten jatkotutkimusten ohjaamisen pedagogiikka nykyään yleensä on ja mitä siltä pitäisi edellyttää.

Olen osallistunut oikeustieteen alalla monen vuoden ajan kansainväliseen yhteistyöhön. Tämän tutkimuksen lähestymistapaan olen saanut inspiraation ja vahvistuksen sveitsiläisten tutkijoiden kirjoituksista. Olen seurannut *Charles-Albert Morandin* teoriaa lakien säätämisen prosessista ja vaiheista. *Alexander Flückiger* on kirjoittanut paitsi lainsäädännön ulottuvuuksista, myös tehokkuusperiaatteesta osana valtiosääntöä. Merkittävästi ajatteluuni oikeudesta ovat vaikuttaneet myös *Luc Wintgens* ja *Jan Sieckmann*. Olen saanut kuunnella niin *Robert Alexyn*, *Jürgen Habermasin*, *Stanley Paulsonin* kuin *Aulis Aarnion* ajatuksia modernin oikeuden oikeista. Se on ollut tärkeää. Minulla on ollut mahdollisuus osallistua kansainväliseen keskusteluun ja kirjoittamiseen oikeusteorian, oikeusfilosofian ja lainsäädäntötutkimuksen huippujen, *Erlangen-Nürnbergin* ja *Bambergin* yliopiston julkisoikeuden professorin, *Robert Alexyn* koulukuntaan kuuluvan Dr. jur. *Jan-Reinard Sieckmannin* ja *legisprudence*-tutkimuksen uranuurtajan professorin, *Doctor of Laws* ja *Doctor of Philosophy Luc Wintgensin* kanssa.

Olen kirjoittanut aiheesta eri konferensseissa pääosin englannin kielellä. Kansainvälinen kommunikaatio on tullut tutuksi. Se on erilaista kuin kotimainen. Laadin väitöskirjani monografian muodossa ja suomen kielellä. Minua kannustettiin suomen kielen käyttämiseen siksi, että tuomiani ajatuksia toivottiin voitavan hyödyntää suomalaisessa alan tieteellisessä keskustelussa. Suomen kielellä kirjoittaminen on rohkea teko siksi, että kansalliset tiedepoliittiset suositukset jopa edellyttävät muun kuin kotimaisen kielen käyttämistä. Kansainvälisillä areenoilla muilla kuin kotimaisilla kielillä käydyn keskustelun ja kirjoitusten kääntäminen ja tuominen oman maan oikeusjärjestyksen käsitteisiin on vaativaa ja jopa hankalaa. Kaikkeaa toisella kielellä kirjoitettua ei ole mahdollista kääntää suomen kielelle niin, että vieraan kielen alkuperäinen merkitys säilyisi tai että käännös istuisi edes tyydyttävästi vakiintuneen kansallisen oikeuskirjallisuuden käsitteistöön. Todellisuudessa mitään yhtä kansallista oikeustieteen tutkimuksellista käsitteistöäkään ei liene olemassa vaan monia. Onko termi "legal norm" käännettävä ilmaisuksi oikeuden normi, oikeudellinen normi vai oikeusnormi? Kädenväntöä yksityiskohdista riittää loputtomiin, jos niin halutaan. Koska olen käyttänyt kansainvälistä kirjallisuutta tutkimuksen lähteenä, olen jättänyt eräiden käsitteiden yhteyteen alkuperäisen lähteen kielen terminologiaa.

Kiitokset ohjaukselle, joka on edistänyt tutkimustani. Kiitokset myös saamastani taloudellisesta tuesta väitöskirjatyöhön. Kiitän kärsivällisyydestä ja tutkimuksessa myötäelämisestä perhettäni, sukulaisia, ystäviäni.

31.8.2018 Hannele Isola-Miettinen, hallintotieteiden lisensiaatti (julkisoikeus)

SISÄLTÖ

ABSTRACT	5
TIIVISTELMÄ.....	9
ESIPUHE.....	11
LYHENTEET	18
1 JOHDANTO.....	19
1.1 Tutkimusaihe ja tutkimuskysymys	19
1.1.1 Tutkimuskysymys.....	22
1.1.2 Lainsäädännön oikeusvaltiollinen laatu ideaalina	26
1.1.3 Lainsäädännön prosessi, vaiheet ja ulottuvuudet tutkimuksen kohdetta määrittävinä teoreettisina työvälineinä	31
1.1.4 Tutkimuksen perustelu	45
1.2 Tutkimuksen lähteet	48
1.3 Tutkimuksen rakenne	53
2 LAINSÄÄDÄNNÖN TEOREETTINEN TUTKIMUS.....	55
2.1 Kansallinen tutkimus	55
2.1.1 Tutkimus on oikeustieteellistä	55
2.1.2 Lainvalmistelun tutkimus.....	58
2.2 Eurooppalainen tutkimus.....	61
2.2.1 Varhaiset legistit, murros ja kiinnostus lainsäädännön tietoon.....	61
2.2.2 Lainsäädäntöteorian lähestymistavat.....	65
3 OIKEUSVALTIOLLISUUS LAINSÄÄDÄNNÄSSÄ	71
3.1 Oikeusvaltioperiaate oikeusvaltiollisen laadun lähtökohtana	71
3.1.1 Oikeusvaltioperiaate on valtiosääntönormi	71
3.1.2 Euroopan neuvosto.....	77
3.1.3 Lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun vahvistaminen Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä	80
3.2 Yleinen laki käsitteenä	83
3.2.1 Yleisen lain käsitteen tunnusmerkkejä.....	84
3.2.2 Unionin lainsäädännön erityispiirteitä	85
3.2.3 Unionin lainsäädäntö käsitteenä	88
3.3 Teoreettinen näkökulma tavoitteelliseen lainsäädäntään.....	95
3.3.1 Abstraktin normin konkretisointi yleiseksi ja abstraktiksi oikeuden normiksi.....	95
3.3.2 Praktisen päättelyn skeema teleologisessa lainsäädännössä	96
3.3.3 Lainsäädäntä analyyttisenä prosessina	100
4 ESILAINSÄÄDÄNNÖLLINEN VAIHE	103
4.1 Analyyttinen suunnitteluprosessi faktuaalisen ulottuvuuden metodina	103
4.1.1 Teleologinen rationaliteetti lainsäädännön tavoitteiden ja keinojen määrittelyn metodisena lähtökohtana	104
4.1.2 Retrospektiivinen metodi säädösehdotusten prospektiivisen suunnittelun lähtökohtana	107

4.1.3	Lainsäädännön ”vaikutukset ja yhteiskunnalliset seuraukset käytännössä” – prospektiivinen näkökulma lainsäädännän metodisena kysymyksenä	113
4.1.4	REFIT- ex post -sopivuusarvioinnit ja ex ante -evaluaatio lainsäädäntöimpulssin ja sosiaalisen tilanteen määrittelyn metodina	125
4.2	Kielellis-lingvistisen ulottuvuuden painoarvo esilainsäädännöllisen vaiheen lainsäädäntömetodissa	129
4.2.1	Periaatteiden ja sääntöjen ero oikeuden normien ilmaisukeinoina ..	129
4.2.2	Kieli ja käsitteet tavoitteellisessa lainsäädännössä	133
4.3	Unionin lainsäädännän oikeudellinen ulottuvuus	137
4.3.1	Oikeudellinen ulottuvuus korostaa oikeusjärjestyksen rakenneperiaatteita	137
4.3.2	Evaluaatiometodi säädösten oikeudellisen perustelun tukena	146
4.4	Perus- ja ihmisoikeudet metodisena kysymyksenä	147
4.4.1	Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmän käsite	147
4.4.2	Perusoikeusjärjestelmän vaikutusarviointit lainsäädännän metodina	153
4.4.3	Rajoitusperiaate unionin lainsäädännän metodina	160
4.4.4	Myös Euroopan unioni on ottanut käyttöön monitorointimekanismin	167
4.4.5	Säädösehdotusten perustelut ovat myös faktuaalisia	168
4.5	Esilainsäädännöllisen vaiheen metodi	170
4.5.1	Vaiheen metodinen kokonaiskuva	170
4.5.2	Tehokkuusperiaate metodisena kysymyksenä	172
5	LAINSÄÄDÄNNÖLLINEN VAIHE	176
5.1	Unionin lainsäädännöllisen vaiheen oikeudellinen ulottuvuus	176
5.1.1	Säädösten perusteluvaihe on unionin lainsäädännän erityispiirre	177
5.1.2	Lainsäädännöllisen vaiheen lainsäädäntömetodi	182
5.2	Lainsäädännän tietoon liittyvät metodiset mahdollisuudet ja rajoitukset ..	189
5.2.1	Faktuaalisen ulottuvuuden evidence-based-tyyppisen tiedon merkitys lainsäädännöllisen päätöksenteon vaiheessa	189
5.2.2	Epistemologia on oppi tiedonmuodostuksen lähtökohdista	192
5.2.3	Euroopan unionin parlamentti on vahvistanut lainsäädännössä vaikutustenarviointitiedon hankintaa	202
5.3	Lainsäädännöllisen vaiheen kielellis-lingvistinen ulottuvuus	205
5.3.1	Säädösten kyky ilmaista oikeusnormeja	206
5.3.2	Tehokkuus lainsäätäjän intention merkityksessä vs. manageriaalinen tehokkuus	215
6	JÄLKILAINSÄÄDÄNNÖLLINEN VAIHE	220
6.1	Jälkilainsäädännöllisen vaiheen normiperusta ja käsite unionin oikeusjärjestyksessä	220
6.1.1	Säädösten pätevyys ja laillisuus – säädösten jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta Euroopan unionin tuomioistuimessa ..	222
6.1.2	Muodollisen voimassaolon käsitteen merkitys	224
6.2	Säädösten legitimiisyys	227

6.2.1 Säädöksen legitiimi tavoite ja tarkoitus	227
6.2.2 Kiellot ja rajoitukset – säädösten keinojen oikeasuhtaisuus on sekä faktuaalisen että oikeudellisen ulottuvuuden kysymys	232
6.2.3 Säädöksen vaikutukset (impact evaluations and economic effects) liittyvät lainsäädännön tehokkuusperiaatteeseen	240
6.2.4 Unionin toimielimet valvovat toisiaan – demokratia-argumentti säädösten normivalvonnan kysymyksenä	248
6.3 Hyväksyttävyyys	253
6.3.1 Perus- ja ihmisoikeusnormisto lainsäädännön sisällön standardina	253
6.3.2 Säädösten oikeasuhtaisuus hyväksyttävyyden kysymyksenä	260
6.4 Jälkikäteisen normivalvonnan kielellis-lingvistinen ulottuvuus	270
6.4.1 Säädöskielen tarkkuus	271
6.4.2 Monikielisyyden periaate – yksinkertaiset ja kustannustehokkaat järjestelyt	273
6.5 Säädösten jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan merkitys ja oikeusvaikutukset	276
6.5.1 Ilmeisyysargumentti unionin säädöksen kumoamisen edellytyksenä	276
6.5.2 Normivalvonnan tapausten oikeusvaikutukset	280
7 LAINSÄÄDÄNTÖMETODI QUO VADIS?	287
7.1 Lainsäädäntämetodi oikeusvaltiollisen laadun edistämisessä	287
7.1.1 Tehokkuusperiaate lainsäädäntöä legitimoivana tekijänä	287
7.1.2 Manageriaalinen rationaliteetti	289
7.1.3 Legitiimisyys ja hyväksyttävyyys metodisina kysymyksinä	291
7.1.4 Metodinen totuus lainsäädännän rationaliteettina	294
7.2 Jälkikäteinen normivalvonta metodisena käsitteenä	296
7.2.1 Jälkilainsäädännöllinen ei-oikeudellinen normivalvonta käsitteenä	296
7.2.2 Jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta käsitteenä	300
8 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ	315
LÄHTEET	330

TAULUKOT

Taulukko 1.	Säädöksen sisällön vaikutusarviointikehikko (retrospektiivinen vaikutusarviointi, <i>ex post</i> (modifioitu alkuperäisestä)).	110
Taulukko 2.	Yksityisyyden suojan oikeuden sääntelyn ongelmapuu.....	111
Taulukko 3.	Yksityisyyden suojan oikeuden sääntely sähköisessä viestinnässä – muutostarpeet.	120
Taulukko 4.	Lainsäädännän interventioogiikan pääalueet.	121
Taulukko 5.	Prospektiivisen evaluaation kysymykset, kriteerit ja lähteet.	125
Taulukko 6.	Säännöt ja periaatteet lainsäädännän normityyppinä.	132
Taulukko 7.	Perusoikeuksen vaikutusarviointimetodi tietojen liikkuvuuden sääntelykehyksessä.....	154
Taulukko 8.	Perusoikeusjärjestelmän lainsäädäntämetodi.....	157
Taulukko 9.	Euroopan unionin paremman sääntelyn toteuttaminen – analyyttisen prosessin kokonaiskuva.....	170
Taulukko 10.	Lainsäädännän tiedonmuodostuksen epistemologiset eli tiedolliset ulottuvuudet ja tiedonhankintaan liittyvät metodiset suuntauokset.....	195

KUVIOT

Kuvio 1.	Oikeusvaltiollinen laatu lainsäädännän ideaalina.	27
Kuvio 2.	Lainsäädännän prosessin vaiheet ja ulottuvuudet tutkimuskohteen teoreettisena viitekehyksenä.....	34
Kuvio 3.	Teleologisen eli tavoitteellisen päättelyn malli lainsäädännässä.....	99
Kuvio 4.	Tupakoinnin sääntely -kausaalimalli (modifioitu alkuperäisestä). .	123
Kuvio 5.	Tietoyhteiskunnan oikeudellisen sääntelykehyksen alaan kuuluvia säädöksiä.....	141
Kuvio 6.	Toimijoita sisämarkkinoiden sääntelykehyksessä.	143
Kuvio 7.	Euroopan unionin paremman sääntelyn indikaattorimalli.	168
Kuvio 8.	Tutkimuksen tuloksia lainsäädännän prosessin ja ulottuvuuksien teoreettisessa viitekehyksessä.	321

LYHENTEET

EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti
EUP	Euroopan unionin perusoikeuskirja
HM	Suomen Hallitusmuoto
HE	Hallituksen esitys
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
LaVL	Lakivaliokunnan lausunto
MAO	Markkinaoikeus
OECD	The Organisation for Economic Co-operation and Development
passim	sieltä täältä
PL	Suomen perustuslaki
PeVL	Perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	Perustuslakivaliokunnan mietintö
RF	Regeringsformen
SLY	Suomalainen Lakimiesyhdistys
SEU	Sopimus Euroopan unionista
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
SuVL	Suuri valiokunta
v.	versus
VJ	Valtiopäiväjärjestys
vp	valtiopäivät
WTO	World Trade Organisation
YK	Yhdistyneet Kansakunnat

1 JOHDANTO

1.1 TUTKIMUSAIHE JA TUTKIMUSKYSYMYS

Lainsäädännöllä on modernissa yhteiskunnassa monia tehtäviä. Se on kontrollin ja yhteiskunnallisten muutosten väline¹. Lainsäädäntö toteuttaa yhteiskunnassa järjestystä; osa lainsäädännöstä on sellaista, jonka tarkoituksena on poistaa yhteiskunnallisia ongelmia². Lainsäädännöllä on suuri merkitys toimivalle oikeusjärjestykselle ja yksityisille kansalaisille yhteiskunnan oikeudellisten pelisääntöjen tärkeimpänä lähteenä ja oikeuden normeina, jotka yleisesti määrittävät julkisen vallan käytön ehtoja ja rajoja³. Lainsäädännön näkökulmasta on tärkeä huomata, että lainsäätäjän tulee kunnioittaa myös yksityisautonomiaa sääntelystä pidättäytymisenä⁴.

Valistusajasta lähtien lainsäädännölle on ollut tyypillistä se, että se on kirjoitettua ja kansallista. Sitä on säätänyt yleensä demokratiaperiaatteen perustalta tietty muusta julkisen vallan toiminnasta erillinen auktoriteetti eli lainsäätävä. Kirjoitetulla lainsäädännöllä on ollut myös tietty muoto (laki, ett lag, statute, la loi, das Gesetz). Modernissa oikeudessa lainsäädäntö on monessa suhteessa irtautunut perinteisestä käsityksestä, ja yksi tärkeä modernin oikeuden piirre on se, että valtioissa sovellettavaksi tarkoitettu lainsäädäntö ei ole yksinomaan kansallisesti säädettyä.⁵ *Ulrich Karpen* tähdentää, että kansallinen parlamenttien antama lainsäädäntö on sääntely-käsitteen yksi muoto ja moderni ylikansallinen lainsäädäntö on oma sääntelyn muotonsa ja usein luonteeltaan *taloudellista regulaatiota*⁶.

Eurooppalaisissa valtioissa sovellettavaksi tarkoitettu lainsäädäntö on useimmiten perua ylikansallisesta sääntelystä. Tärkeä lainsäädännön lähde tässä suhteessa on Euroopan unionin oikeusjärjestys, jonka alkuperä on Euroopan talousyhteisön oikeusjärjestyksessä⁷. Siitä, kuinka suuri osuus eri maiden kansallisesta lainsäädännöstä on peräisin Euroopan unionista, on olemassa hyvin vaihtelevia tietoja. Laskutavat ovat

¹ Karpen, 2016, 296.

² Busmann, 2010, 285–287.

³ Kirjallisuudessa Hallberg, 2017, 28–29; Hallberg, 2004, 14–15; Siltala, 2003, 241. Perusoikeustyöryhmä 1992, 52.

⁴ Wintgens, 2005, 11–15 ja 22, myös Wintgens, 2004, 312–313.

⁵ Kirchhof, 2016, 90–92.

⁶ Karpen, 2016, 296.

⁷ Euroopan unionin oikeuden ”ydin” on Euroopan talousyhteisön perustamissopimuksessa (ETY). Se perustuu Rooman sopimukselle (1957) ja järjestön nimi muutettiin Euroopan yhteisöksi (EY) Yhtenäisasiakirjalla vuonna 1986 (yhteisön oikeus, community law, droit communautaire, Gemeinschaftsrecht). Maastrichtin sopimuksella (1992) perustettiin sopimus Euroopan unionista (EU) jonka osastoihin ja artikloihin perustava oikeus on Euroopan ”unionin oikeutta”. Euroopan unionin sopimuksen I osaston 1 artiklan mukaan ”Unionin perustana ovat Euroopan yhteisöt täydennettynä sillä politiikalla ja niillä yhteistyön muodoilla, jotka otetaan käyttöön tällä sopimuksella. ...”. Lissabonin sopimuksella (EUVL 2007/C 306/01) Euroopan yhteisön sopimuksesta tuli sopimus Euroopan unionin toiminnasta (SEUT) ja Euroopan unionin sopimuksesta tuli sopimus Euroopan unionista (SEU). Pyrin ilmaisemaan sopimuksen lyhenteellä kussakin asiayhteydessä, mihin sopimukseen artiklat viittaavat, lyhenne (EY) viittaa Euroopan yhteisöjen oikeuteen, (ETY) Euroopan talousyhteisön oikeuteen, (SEU) sopimukseen Euroopan unionista ja (SEUT) sopimukseen Euroopan unionin toiminnasta.

erilaisia. Eräissä tutkimuksissa on arvioitu, että Suomessa unionista peräisin olevaa lainsäädäntöä on vajaat 12 prosenttia kaikesta lainsäädännöstä. Toisen laskutavan perusteella vajaa 18 prosenttia jäsenyyden aikaisesta kaikesta annetusta kansallisesta lainsäädännöstä on sisältänyt viittauksen Euroopan unionin oikeuteen.⁸

Modernissa oikeudessa useat kansainväliset järjestöt harjoittavat lainsäädäntää tai siihen rinnastuvaa toimintaa tavoitteena tuottaa lainsäädännön kaltaista kirjoitettua normistoa. Eurooppalaisen valtiosäännön näkökulmasta tärkeitä ylikansallista sääntelyä harjoittavia muita normijärjestelmiä ovat taloudellista sääntelyä harjoittava Maailman kauppajärjestö ja sitä perustavat normit⁹ sekä Euroopan neuvosto (EN, englanninkielinen lyhenne CoE)¹⁰ ja sen puitteissa laadittu Euroopan ihmisoikeus-sopimuksen (EIS, englanninkielinen lyhenne ECHR)¹¹ normisto, jonka tehtävänä on edistää *ihmisoikeuksia, demokratiaa ja oikeusvaltiota*, sekä muun muassa useita tavoitteita edistävä Yhdistyneet kansakunnat ja sen alajärjestöt.¹² Perinteisistä kansainvälisistä sopimuksista perua olevan sääntelyn oikeudellinen merkitys on vahvistunut kansallisisvaltioissa. Perinteinen sääntely on määritelty usein niin sanotuksi *soft-law*-sääntelyksi, jolla ei ole ajateltu edes olevan välittömiä oikeusvaikutuksia jäsenvaltiossa. Tällaista sääntelyä ei pidetä muodollisessa mielessä oikeudellisesti velvoittavana, mutta usein sitä jossain määrin noudatetaan.¹³

Tämän *lainsäädäntöteoreettisen* tutkimuksen kohteena on lakien säätäminen eli lainsäädäntä, esimerkkinä Euroopan unionin oikeusjärjestys. Oikeusjärjestyksen toimivuuden näkökulmasta on tärkeää kysyä, minkälaisia erityispiirteitä Euroopan unionin lainsäädäntään ja lainsäädäntöön liittyy verrattuna vastaavaan perinteiseen kansalliseen käsitykseen lakien säätämisestä, lainsäädännöstä ja *yleisen lain* käsitteestä ja tunnusmerkeistä.¹⁴ Tarkastelen tätä kysymystä luvussa kolme.

Euroopan unionin perussopimuksen SEU 3 artiklan ensimmäinen kohta määrää, että

”Unionin päämääränä on edistää rauhaa, omia arvojaan ja kansojensa hyvinvointia.”

⁸ www.eduskunta.fi/FI/tietoeduskunnasta/kirjasto/tietopalvelulta-kysyttyä/Sivut/kuink (8.10.2018); ks. Raunio–Wiberg, 2017, 10–16.

⁹ Maailman kauppajärjestö, WTO eli World Trade Organization, on multilateraalinen eli monenkeskinen, 1995 perustettu kauppajärjestö, jonka jäsenenä on 162 valtiota (marraskuu 2015), <https://wto.org>.

¹⁰ Statute of the Council of Europe, London, 5.V. 1949, Euroopan neuvosto on perustettu 1949 Lontoon sopimuksella, siinä on 47 jäsenvaltiota.

¹¹ Euroopan neuvostossa laadittu Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No. 14, European Treaty Series 5. Ks. Myös Protocol No.14 (2004) ja Protocol 14bis (2009), joilla ihmisoikeuskonventiota on muutettu ja täydennetty, Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojelemiseksi, Rooma, 4.11.1950 muutossopimuksineen, Euroopan Ihmisoikeussopimus EIS, englanninkielinen lyhenne ECHR, European Convention of Human Rights.

¹² Yhdistyneet kansakunnat, peruskirja on tullut voimaan 24.10.1956, lyhenne YK.

¹³ Flückiger, 2013, 303 ja 314–315, soft law sääntelyn joustavuus vs. legaliteetti, kokeellinen funktio, sääntelyvaiheessa helpompaa sitoutua; Flückiger, 2009a, 73–103, soft-law käsite ja miksi sitä noudatetaan.

¹⁴ Ks. Suviranta, 1996, 25–37 ja 127, oikeusvaltioperiaatteen suomalainen varhempi ja ”ohuempi” muoto ilmeni nyt jo kumotun Suomen Hallitusmuodossa 92 §:n 1 momentin lainalaisuusperiaatteena kansallisessa virkatoiminnassa.

Saman SEU 3 artiklan kuudennen kohdan mukaan

”Unioni pyrkii tavoitteisiinsa asianmukaisin keinoin unionille perussopimuksissa annetun toimivallan mukaisesti.”

Euroopan unionin perussopimuksen SEUT 288 artiklan säädökset ovat yksi myös jäsenvaltioita oikeudellisesti velvoittava keino, joilla unioni pyrkii tavoitteisiinsa. Euroopan unionin lainsäädäntöä on määritelty teoreettisessa kirjallisuudessa siten, että se on luonteeltaan *tavoitteellista* eli *teleologista*¹⁵.

Modernin ylikansallisen lainsäädännän sääntely-ympäristö on myös jännitteinen niin, että siinä kilpailevat erilaiset tavoitteet ja rationaliteetit. Tutkimuksessa kiinnostava seikka on siinä, miten ylikansallisen sääntely-ympäristön jännitteisyys ja erilaiset rationaliteetit otetaan metodisesti huomioon Euroopan unionin lainsäädännässä. Tärkeä kysymys on siinä, miten Euroopan unionin lainsäädännän *metodit* edistävät unionin oikeusjärjestykselle ominaista lainsäädännön *oikeusvaltiollista laatua* jännitteisessä sääntely-ympäristössä.

Käsitteenä *metodi* tarkoittaa toimintatapaa. Suomen kielen terminä *metodi* tarkoittaa järjestelmällisyyttä ja suunnitelmallista menettelytapaa, menetelmää¹⁶. Esimerkiksi oikeudellisessa päätöksenteossa tunnetaan termi *metodi* ja se voi tässä yhteydessä tarkoittaa lain kirjaimeen perustuvaa lainsäädännön tulkintametodia tai lainsäädännön tavoitteisiin tukeutuvaa teleologista tulkintametodia tai muuta metodia¹⁷. Mitään yhtä universaaliala lainsäädännön tulkintametodia ei ole kuitenkaan olemassa vaan oikeudellisen ratkaisutoiminnankin käytännöissä tulkintametodit ovat oikeusjärjestyksikohtaisia. Mitään yhtä käsitystä ei ole myöskään tulkintametodien taustateorioista.¹⁸ Sama pätee lainsäädännän metodeihin. Kirjallisuuden perusteella voidaan havaita, ettei ole olemassa mitään yhtä teoriaa lainsäädännästä tai sen metodeista. Lainsäädännän metodi on myös vähän tunnettu siksi, että sitä ei ole juuri tutkittu oikeustieteessä lainsäädännän prosessin kysymyksenä. Jäljempänä tässä luvussa ja luvussa kaksi tuon esille sitä lainsäädäntöteoreettista kirjallisuutta, jossa on tutkittu lainsäädännän metodeja ja taustateorioita.

Käytän tutkimuksessa termiä ”lainsäädäntä”. Tarkoitan sillä kullekin oikeusjärjestykselle tai normijärjestelmälle ominaista yleensä valtiosäännöissä tai muissa ylempinasteisissa normeissa määrättyä lainsäädännöllistä päätöksentekomenettelyä sekä kullekin oikeusjärjestykselle ominaisia metodeja säätää lainsäädäntöä. On tärkeää huomata, että lainsäädäntä ja voimassa olevien säädösten tulkinta ja soveltaminen ovat keskenään vuorovaikutuksessa. Tutkimuskohteena lainsäädäntä on myös moniaineista ja usean tieteenalan yhteistyötä. Määrittelen lainsäädäntää päätöksenteon muotona tarkemmin luvussa kolme.

¹⁵ Beck, 2012, 207–210; Sartor, 2009, 31.

¹⁶ <https://kielitoimistonasanakirja.fi>; Le Robert&Collins, 2010, 594. Vastaavasti englannin kielessä termi on *method*, ranskan kielessä *méthode* ja ne yleiskielessä viittaavat järjestykseen, tapaan tehdä jotakin tietyllä tavalla.

¹⁷ Beck, 2012, 126–127; ks. Siltala, 2003, 138, oikeuslähteen kirjallinen muoto ja lainopin metodin ymmärtäminen tekstianalyysinä analyttisen hermeneutiikan ja tekstin rakenneanalyysin merkityksessä.

¹⁸ Beck, 2012, 44.

1.1.1 Tutkimuskysymys

Edellä olen jo lyhyesti pohtinut, mitä lainsäädännän metodi tarkoittaa. Kuten luvussa kaksi teoreettisen kirjallisuuden perusteella käy selville, lainsäädännässä ei ole määriteltävissä yhtä universaalialainsäädännän metodia. Lainsäädännässä tukeudutaan yhden universaalimethodin sijaan moniin erilaisiin metodeihin ja taustateorioihin.

Metodi voi lainsäädännän yhteydessä tarkoittaa monia asioita. Edellä olen määritellyt, että metodi tarkoittaa järjestystä ja systemaattista työtappaa. Oikeustieteessä metodologia on tieteenala, joka tutkii oikeuden metodeja ja muun muassa estää oikeuden irrationaalisuutta¹⁹.

Oikeustieteessä lainsäädännän methodin tutkimuksen niukkuus verrattuna esimerkiksi laintulkinnan methodin tutkimukseen saattaa johtua siitä, että oikeustieteellinen kirjallisuus pyrkii perustelemaan lainsäädännän poliittiseksi ja siten erilaiseksi kuin oikeudellisen päätöksenteon, jossa jo voimassa olevia lainsäädännän keinoja laadittuja säädöksiä tulkitaan. Lainsäädännän ajatellaan olevan vain politiikkaa. Lainsäädäntäteoreettisessa kirjallisuudessa lainsäädäntä usein myös määritellään praktisen järjen (reason) käytännölliseksi päättelyksi tarkoituksena erottaa tällä määrittelyllä lainsäädäntä päättelyn muotona oikeudellisesta päättelystä²⁰. Tässä yhteydessä pitää huomata, että myös oikeudellinen ratkaisutoiminta on luonteeltaan praktista päättelyä silloin, kun päättelijä joutuu punnitsemaan erilaisten mahdollisten oikeusseuraamusten arvoa ja valitsemaan normin sillä perusteella²¹. Määritelmällisesti ero oikeudellisen päättelyn ja lainsäädännöllisen päättelyn välillä on veteen piirretty viiva. Todellisuudessa modernin oikeuden oikeudellinen päätöksenteko usein myös on käytännöllistä päättelyä.

Oikeustieteellisen tutkimuksen kohteena lainsäädäntä on oikeudellisesti tärkeää ja relevanttia siksi, että lainsäädännän kuluessa yhteiskunnan abstrakteja normeja formuloidaan yleisiksi ja abstrakteiksi oikeuden normeiksi, joita sovelletaan käytäntöön²². *Tavoitteenani on tutkia tässä tarkoituksessa ja esimerkinomaisesti Euroopan unionin oikeusjärjestykselle tyypillisiä lainsäädännän prosessin metodeja ja tarkastella, miten ne edistävät Euroopan unionin oikeusjärjestyksen lainsäädännässä sille ominaista oikeusvaltiollista laatua.* Euroopan unionin lainsäädäntä ja sen perustalta unionin lainsäädäntö on keino edistää unionin sisämarkkinoita, vapaata liikkuvuutta ja taloudellista tehokkuutta. Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä unionin lainsäädännöltä edellytetään sille ominaisesta *oikeusvaltioperiaatteesta* johdettua *oikeusvaltiollista laatua*²³. Euroopan unionin oikeusvaltioperiaatetta tarkastelen yksityiskohtaisemmin luvussa kolme.

Kysymykset, joihin vastaan tässä tutkimuksessa, ovat seuraavat:

Miten Euroopan unionin lainsäädännän prosessissa omaksutut lainsäädäntömetodit edistävät unionin lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua?

¹⁹ Barraud, 2016a, 3–4, "Études de savoir faire juristes", juristien tietämyksenhallinta.

²⁰ Esimerkiksi Atienza, 1992, 269–287.

²¹ Makkonen, 1998, 111. Keskustelu tästä on moniulotteista, esimerkiksi Beck, 2012, 132–133, teleologiset, evaluatiiviset ja ylikategoriset argumentit.

²² Müller, 1999, 19–24.

²³ Ks. Komission tiedonanto — EU:n lainsäädäntö: parempiin tuloksiin soveltamista parantamalla, C/2016/8600, (2017/C/18/02).

Mikä oikeudellinen merkitys ja painoarvo Euroopan unionin lainsäädännön prosessin eri vaiheiden lainsäädäntömetodeilla on Euroopan unionin lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun edistämisessä?

Oikeusvaltiollisuus modernin lainsäädännön mittatikkuna edellyttää lainsäädännöltä vähintäänkin oikeudellisia rajoja²⁴. Oikeudelliset rajat lainsäädännön ulottuvuutena eivät ole yksin riittäviä. Oikeusjärjestykset asettavat lainsäädännölle myös muita vaatimuksia. Lainsäädännöltä edellytetään myös tehokkuutta. Tehokkuuden käsite lainsäädännön yhteydessä ei ole yksiselitteinen.

Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa puhutaan tässä yhteydessä Euroopan unionin oikeusjärjestyksen lainsäädännön edellyttämästä *taloudellisesta tehokkuudesta*²⁵. Unionin sääntelylle tyypilliseksi piirteiksi on määritelty *taloudellinen rationaliteetti* ja *tehokkuus* sekä sen *manageriaalinen* ja *strateginen* luonne²⁶. Käsillä olevassa tutkimuksessa kyse on myös siitä, *miten* Euroopan unionin teleologisessa eli tavoitteelliseksi määritellyksi lainsäädännössä metodisesti sovitetaan yhteen taloudellinen tehokkuusvaatimus muiden lainsäädännön oikeusvaltiollisten vaatimusten kanssa²⁷.

Lainsäädännön sisäinen ja ulkoinen prosessi

Tutkimuksen päähuomio on Euroopan unionin lainsäädännön *sisäisessä prosessissa* eli siinä, minkälaista Euroopan unionin lainsäädännölle tyypillinen päätöksenteko ja siihen liittyvä harkinta ovat²⁸. Ajattelen niin, että menet, joilla ainakin osin on oikeudellinen perusta perussopimuksessa, ovat osa tätä lainsäädännön päätöksentekoa ja harkintaa. Lainsäädäntöteoriassa käsite lainsäädännön *ulkoinen prosessi* korostaa lainsäädännön menettelynormeja, kuten millä taholla on menettelyissä toimivalta antaa lainsäädäntöehdotus, ja lainsäädännön *sisäinen prosessi* tarkoittaa lainsäädännön päätöksenteossa aineellisia seikkoja, kuten esimerkiksi lainsäädännön oikeudelliseen tai faktuaaliseen ulottuvuuteen liittyviä kysymyksiä²⁹. *Ulkoista prosessia* ei ole mahdollista sulkea kokonaan tarkastelun ulkopuolelle. Oikeusvaltiollisen laadun lähestymistavoissa lainsäädäntöteoriat käyttävät tästä dualismista termejä menettelyn laatu ja sisällön laatu³⁰.

Euroopan unionin perussopimuksen SEUT 294 artikla, jossa on määräyksiä menettelynormeista, on yksi lainsäädännön metodin oikeudellinen peruste. Valtiosääntöissä tai ylempienasteisissa normistoissa ei ole yleensä määritelty oikeudellisesti tai kuvattu tarkasti lainsäädännöllisen päättelyn edellyttämää prosessia ja metodologiaa, vaan

²⁴ Ks. Bickenbach, 2016, 236, perustuslailla tai järjestössä perussopimuksella on oikeudellisesti sitovaa vaikutusta lainsäädäntöön, harkintamarginaali tarkoittaa tekijöitä, jotka rajoittavat lainsäätäjän harkintavaltaa.

²⁵ Beck, 2012, 82–84 ja 163–166 ja 172–180 sekä 207–210; Garapon, 2009, 73–74, taloudellinen tehokkuus; Flückiger, 2009, 187–188, tehokkuusperiaate on voitu kirjoittaa myös kansallisvaltioiden perustuslakeihin; Wahlgren, 2008, 59, erilaisista lainsäädännön rationaliteeteista.

²⁶ Flückiger, 2007, 83–101.

²⁷ Flückiger, 2009, 184.

²⁸ Bickenbach, 2016, 243–245, lainsäädännön sisäinen prosessi korostaa päätöksenteossa käytettävää harkintaa, ulkoinen menettelyä ja prosesseja; Gema, 2010, 97–98, lainsäätäjän harkintamarginaali, “an internal normative role”, “an external critical function”.

²⁹ Bickenbach, 2016, 242–244.

³⁰ Schultze–Fielitz, 2016, 34–37, dualismi ja laatu.

ne sisältävät lähinnä lainsäädännön menettelyä koskevia normeja³¹. Euroopan unionin perussopimuksen normisto kuitenkin käytännössä edellyttää myös muita lainsäädännön metodeja kuin vain menettelyjä. Perussopimuksen SEUT 5 artiklan liitteenä oleva pöytäkirja (N:o 2) toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta edellyttää selvityksiä, joiden perusteella unionin lainsäädäntöesitysten taloudellisia ja muita vaikutuksia on mahdollista arvioida. Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä edellytetään, että kaikkiin lainsäätämisyksissä annettaviin säädöksiin tulee sisältyä selvitys, jossa on tietoja muun muassa esityksen *rahoitusvaikutuksista*, ja kun kyseessä on direktiivi, sen *vaikutuksista* kansalliseen ja myös alueelliseen lainsäädäntöön³². Myös Euroopan unionin perussopimuksen SEUT 70 artikla määrää *arviointitiedosta*, jota jäsenvaltion ja komission on objektiivisesti ja puolueettomalla tavalla tuotettava sekä toimitettava tämän arvioinnin sisällöstä ja tuloksista tietoa jäsenvaltioiden parlamenteille ja Euroopan parlamentille.

Eurooppalaisessa valtiosäännössä valtiollinen demokratiakäsitys perinteisesti korostaa lainsäädännön menettelyitä lainsäädäntöä legitimoivana aspektina, mutta moderni lainsäädäntöteoria ottaa huomioon menettelyn yhdessä lainsäädännön aineellisen sisällön kanssa³³. Eurooppalaisissa oikeusjärjestyksissä oikeusvaltiollisuutta varmistetaan eri tavoin. Toiset eurooppalaiset valtiosäännöt korostavat demokratiaperiaatetta ja parlamentin asemaa ylimpänä valtioelimenä, toiset taas demokratiaperiaatetta ja konstitutionalismia, joka tarkoittaa parlamentin aseman lisäksi perustuslakia ja tuomioistuintomia lainsäädännön oikeusvaltiollisuuden varmistajina.³⁴

Euroopan unionin lainsäädäntä oikeustieteen tutkimuskohteena

Euroopan unionin perussopimuksen SEU 3 artiklan kuudennen kohdan tavoitteita pyritään toteuttamaan Euroopan unionin perussopimuksen SEUT 288 artiklan *säädöksillä*. Säädökset ovat lainsäädännöllisiä *keinoja* unionin *tavoitteiden toteuttamiseksi*. Sisämarkkinoiden ja vapaan liikkuvuuden oikeuksien edistäminen ovat Euroopan unionin aineellisen lainsäädännön ydintä³⁵. Euroopan unionin tietoyhteiskuntasääntely on keskeistä unionin sisämarkkinasääntelyä ja siksi käytän pääosin tähän alaan kuuluvia säädöksiä ja tapauksia tutkimuksen esimerkkeinä.

Lainsäädännöllisinä keinoina Euroopan unionin perussopimuksen tarkoittamat säädökset ovat luonteeltaan erilaisia ja eri tavoin oikeudellisesti velvoittavia. Euroopan unionin perussopimuksen SEUT 288 artiklan mukaan Euroopan unionin *asetus* on kaikilta osiltaan velvoittava, ja sitä sovelletaan sellaisenaan kaikissa jäsenvaltioissa. Euroopan unionin perussopimuksen SEUT 288 artiklan mukaan ”Asetus pätee yleisesti”. Tässä mielessä ja yleisesti sovellettavana säädöksenä unionin asetus muistuttaa kansallista yleisesti sovellettavaksi tarkoitettua lakia³⁶. Säädösten yleinen

³¹ Karpen, 2016, 299.

³² Pöytäkirja (N:o 2) toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteen soveltamisesta, EUVL, C 115/206–209.

³³ Sieckmann, 2013, 116–117, demokratiakäsityksestä.

³⁴ Report On the Rule of Law, Venice Commission, 2011.

³⁵ Beck, 2012, 171–172.

³⁶ Ks. Lenaerts, 2012, 16, an act of general application.

sovellettavuus on tavallisesti kansallisvaltioiden lainsäädännön määrittelyissä *yleisen lain käsitteen* yksi tunnusmerkki³⁷.

Perussopimuksen SEUT 288 artiklan mukaan unionin *direktiivi* velvoittaa saavutettavaan *tulokseen* nähden jokaista jäsenvaltiota, jolle se on osoitettu, mutta jättää kansallisten viranomaisten valittavaksi muodon ja keinot. SEUT 288 artiklan *direktiivi* eroaa asetuksesta siten, että se yleensä edellyttää unionin jäsenvaltiolta toimeenpanoa ja esimerkiksi lainsäädäntötoimia. Monet Suomen eduskunnassa säädetyt lait on implementoitu Euroopan unionin direktiiveistä. Esimerkiksi tietoyhteiskunnan sääntelykehikseen kuuluvan tietoyhteiskuntakaaren (917/2014) tehtävänä on *edistää* kansallisesti yksityisyyden suojan oikeutta viestintämarkkinoilla ja sähköisen viestinnän palvelujen tarjontaa ja käyttöä³⁸. Euroopan unionin lainsäädännön ja varsinkin implementointia edellyttävien direktiivien on ajateltu olevan eräänlaista yhteisten standardien asettamista etukäteen perustamissopimuksessa sovittujen asioiden ja tavoitteiden saavuttamiseksi³⁹.

Myös perussopimuksen SEUT 288 artiklan tarkoittama *päätös*-niminen säädös voi olla luonteeltaan normatiivinen niin, että esimerkiksi komission päätös, joka perustuu direktiivin säännöksiin, on kansallisessa viranomaisessa oikeusohjeen kaltainen normi, ei kuitenkaan yksityiseen kohdistuva hallintopäätös⁴⁰.

Perussopimuksessa tunnetaan myös muun nimisiä säädöksiä, kuten *puitepäätös*. Euroopan unionin tuomioistuimen tutkimassa säädösten jälkikäteisen normivalvonnan tapauksessa asiassa C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad* unionissa annettu puitepäätös koski jäsenvaltioiden tiiviimpää poliisiyhteistyötä ja oikeudellista yhteistyötä rikosasioissa.⁴¹

Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa lainsäädännön oikeusvaltiollinen laatu usein kytetään perinteiseen kansallisvaltion *yleisen lain käsitteeseen* ja sen tunnusmerkkeihin⁴². Tärkeä kysymys on, minkälaista oikeusvaltiollista laatua Euroopan unionin oikeusjärjestys edellyttää unionin lainsäädännöltä, kuten unionin asetuksilta ja direktiiveiltä.

On pidettävä mielessä, että myös kansallisvaltion *yleisen lain* käsitteen oikeusvaltiollisia vaatimuksia toteuttavat yhteiskunnalliset mekanismit ovat *erilaisia* eurooppalaisissa oikeusjärjestyksissä. Oikeusvaltiollinen laatu on myös oikeusjärjestyskohtaista. *Alexander Flüchiger* korostaa, että kullakin sääntelyä harjoittavalla organisaatiolla

³⁷ Kirchhof, 2016, 98–99; Hartley, 2014, 370–371; Müller, 1999, 8; Vrt. tässä Sipposen käymä pohdinta yleisen lain käsitteestä, 1965, erityisesti 112–121.

³⁸ Mainitun kansallisen säädöksen nimi on muutettu lailla (68/2018) laiksi sähköisen viestinnän palveluista.

³⁹ Verhoeven, 2002, 156–157, standard-setting.

⁴⁰ C-506/14 *Yara Suomi Oy, Borealis Polymers Oy, Neste Oil Oyj ja SSAB Europe Oy v Työ- ja elinkeinoministeriö*, Unionin tuomioistuimen tuomio 26.10.2016, Korkeimman hallinto-oikeuden esittämä ennakkoratkaisupyyntö, ECLI:EU:C:2016:799, kohdat 21 korkeimman hallinto-oikeuden esittämät ennakkoratkaisukysymykset komission päätöksen 2013/448/EU (direktiiviin 2003/87 perustuvien kasvihuonekaasuihin liittyvien vertailuarvojen) pätevyydestä ja kohta 59, jossa tuomioistuin toteaa komission päätöksen 2013/448/EU eräiltä osin pätemättömäksi. Myös asiassa Asia T-754/14 *Efler ym. v komissio*, tuomio 10. toukokuuta 2017, ECLI:EU:T:2017:323, kohta 36, SEUT 207 artiklan ja SEUT 218 artiklan nojalla tehty päätös, joka on selvästi SEUT 288 neljännessä kohdassa tarkoitettu päätös, ei jää kansalaisaloitteen kysymyksessä säädöksen käsitteen ulkopuolelle.

⁴¹ C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, Euroopan yhteisöjen tuomioistuin, suuri jaosto, 3. toukokuuta 2007, Kok. 2007 I 03633, ECLI:EU:C:2007:261.

⁴² Kirchhof, 2016, 98.

on oma käsityksensä ja sääntönsä siitä, mitä lainsäädännön laadulla tarkoitetaan, ja siksi laadun käsite lainsäädännön yhteydessä on pikemminkin pluralistinen ja monimerkityksinen kuin yhtenäinen ja universaali⁴³. Toisaalta, kuten luvussa kolme tuon esille, kansainväliset järjestöt ovat viime vuosina pyrkineet myös *yhtenäistämään* käsitystä siitä, mitä yleinen laki ja lainsäädännön oikeusvaltiollinen laatu tarkoittavat ja mitä tämä edellyttää lainsäädännöltä.

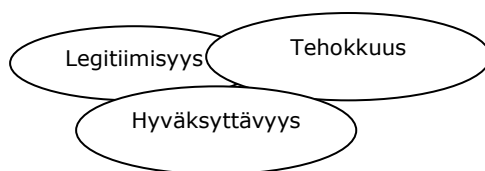
Myöskään lainsäädännön tutkimuksessa ei ole yhtä käsitystä siitä, mitä oikeusvaltiollinen laatu, tehokkuus tai tosiasiaperusteisuus merkitsee lainsäädännön yhteydessä. Siksi tutkimuksen työkäsitteenä määrittelen ja kiteytän lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun normatiivisena ja ideaalisena tavoitteena siten, että lainsäädännöltä edellytetään *legitiimisyyttä* ja *hyväksyttävyyttä* ja sen tulee olla lainsäädännölle ominaisella tavalla *tehokasta*. Ajatus on, että lainsäädännön metodin tulee edistää tällaista oikeusvaltiollista laatua. Lainsäätäjät ei metodeista huolimatta aina onnistu varmistamaan edellytettyä oikeusvaltiollista laatua. Päätöksentekona lainsäädäntään sisältyy monia oikeudellisia, tiedollisia ja säädöksen ilmaisutapaan liittyviä epävarmuuksia. Tutkimuksen luvussa kuusi ja seitsemän tarkastelen lainsäädännön jälkilainsäädännöllistä vaihetta, jossa Euroopan unionin tuomioistuimelle perustamissopimuksen määräysten mukaan kuuluu toimivalta tutkia oikeudellisesti unionin säädösten pätevyyttä. Olen pohtinut tässä luvussa tutkimuskohdetta ja tutkimuskysymystä ja palaan niiden määrittelyihin luvuissa kaksi ja kolme. Luvuissa neljä, viisi ja kuusi tutkin teoreettisen viitekehyksen avulla lainsäädäntää ja sen metodeja Euroopan unionin lainsäädännön prosessissa. Tutkimuksessa käytän metodien määrittelyssä Euroopan unionin lainsäädännön asiakirja-aineistoa sekä Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä. Määrittelen seuraavaksi oikeusvaltiollisen laadun käsitettä ja sen osatekijöitä tutkimuksen käsitteinä.

1.1.2 Lainsäädännön oikeusvaltiollinen laatu ideaalina

Tutkimuksen viitekehyyksessä tarkastelen, miten Euroopan unionin lainsäädännön prosessi metodisesti edistää modernin oikeuden edellyttämää oikeusvaltiollista laatua, *legitiimisyyttä* ja *hyväksyttävyyttä* sekä *tehokkuutta* (effectiveness, l'efficacité) niin, että unionin lainsäädännöllä on sen toimeenpanon seurauksena myös yhteiskunnallisia tarkoitettuja vaikutuksia käytännössä⁴⁴. Ajattelen niin, että oikeusvaltiollisessa laadussa on myös kyse lainsäädännön kyvystä *ilmaista* normeja.

⁴³ Flückiger, 2008, 9–24; myös Karpen, 2016, 296–297.

⁴⁴ Karpen, 2016, 304–308, lainsäädännön laadun yhteydessä käytettävä manageriaalinen käsite; käsitteen suhteesta laillisuusperiaatteeseen Flückiger, 2007, 83–101.



Kuvio 1. Oikeusvaltiollinen laatu lainsäädännön ideaalina.

Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa tyypillistä on alan terminologiaan ja käsitteisiin liittyvä monimerkityksisyys ja paikkasidonaisuus. Sellaiset käsitteet, kuten kuviossa 1 mainittu lainsäädännön tehokkuus tai sen lähikäsite vaikutus määritellään eri tavoin eri tieteenaloilla ja myös niillä, joita lainsäädäntöteoreettinen eri tieteenalojen yhteistyöhön perustuva tutkimus edellyttää. Alan tutkimuksessa on hyväksyttävää se, että keskeisetkin käsitteet ovat monimerkityksisiä ja sidoksissa lähitieteenalojen määrittelyihin. Määrittelyn seuraavaksi alustavalla tavalla tutkimuksen keskeiset käsitteet, *tehokkuuden, legitiimisyden ja hyväksyttävyyden*.

Tehokkuuden käsite

Tehokkuus on yksi tärkeä mutta myös monimerkityksinen lainsäädännön käsite. *Tehokkuus* saavutettuina tarkoitettuina *vaikutuksina* (impacts, effectiveness) on määritelty yleisesti yhdeksi modernin oikeuden laatutekijäksi⁴⁵. Lainsäädännön tehokkuus *yleisenä lainsäädäntöteoreettisena käsitteenä* tarkoittaa kirjallisuudessa sitä, että lainsäädännöllä on lainsäädännöllisen toiminnan seurauksena vaikutuksia yhteiskunnallisessa käytännössä. Lainsäädännön tehokkuuden käsite esimerkiksi vaikutuksina ei ole eurooppalaisessa valtiosääntötutkimuksessa uusi asia, vaan esimerkiksi brittiläiset *Miers* ja *Page* ovat jo 1980-luvulla määritelleet vaikutuksen käsitteen lainsäädännön yhteydessä siten, että

“By impact we mean those consequences which the legislation brings about its practice.”

Vaikutus (impact) sitaatin mukaan tarkoittaa lainsäädännöstä johtuvia (brings) *seurauksia* käytännössä.⁴⁶ Termi *tehokkuus* (efficacy) on modernin lainsäädännön lainsäädäntöteoreettinen käsite ja vaatimus, joka sisältyy myös lainsäädännön evaluaatiokriteereihin:

“Efficacy is the extent to which legislative action achieves its goal”⁴⁷.

Määritelmän mukaan tehokkuudella tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä tavoitteen saavuttamisen astetta, joka voidaan saada aikaan lainsäädännöllisellä toiminnalla. Tehokkuus vaikutuksena edellyttää lainsäädännön realisoitumista käytännössä. Yksi lainsäädäntöteoreettinen käsitys on, että sillä, *mitä* valintoja lainsäätäjät tekee lainsäädännössä ja *minkälaisia* säädetty lainsäädäntö lopulta on, on yhteys lainsäädännön

⁴⁵ Karpen, 2016, 304–308.

⁴⁶ Miers—Page, 1990 (second edition), 204.

⁴⁷ Karpen, 2016, 305; Mader, 2001a, 126; Miers—Page, 1990, 205.

realisoitumiseen käytännössä⁴⁸. Kysymys siitä, missä määrin tehokkuus on määriteltävissä esimerkiksi lainsäädäntöesitystä annettaessa, ei ole yksinkertainen. Tässä suhteessa pitää myös huomata, että moderni lainsäädäntö on usein luonteeltaan *teleologista* eli tavoitteellista niin, että lainsäädäntö tarkasti määritellyn toiminnan (toimintanormit) sijaan määrää vain väljästi ne tavoitteet (tavoitenormit), joihin tulee pyrkiä⁴⁹. Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa on esitetty myös käsitys, jonka mukaan modernissa lainsäädännössä lainsäätäjän intentioilla, valinnoilla tai tavoitteilla ei ole merkitystä vaan säädetty lainsäädäntö on luonteeltaan *manageriaalista* niin, että sitä toimeenpannaan ennen muuta tehokkuusperiaate huomioiden ja strategisesti sekä tilannekohtaisesti⁵⁰. Tehokkuus määräytyisi siten ennen muuta soveltamisen kuluessa.

Lainsäädännön yhteydessä tehokkuuden käsite voidaan ymmärtää monella tavalla. Käsite on monimielinen ja vaikea. Määrittelen sitä yksityiskohtaisemmin jäljempänä eri yhteyksissä. Lainsäädännön tehokkuus yhteiskunnallisina vaikutuksina ei ole ainoa lainsäädäntöä legitimoiva kriteeri ja laatutekijä, vaan lainsäädännöltä edellytetään myös muuta oikeusvaltiollista laatua, kuten esimerkiksi sen aineellisen sisällön tasapainoa suhteessa perus- ja ihmisoikeuksiin, myös oikeudenmukaisuuteen⁵¹.

Legitiimisyys, legitimizeetti

Legitiimisyiden käsitteellä on oikeustieteellisessä kirjallisuudessa monia merkityksiä. Legitimizeetti tai legitimiisyys viittaa hyvin erilaisiin asioihin, kuten oikeusnormien muodolliseen pätevyYTEEN⁵², rationalistiseen kansansuvereenisuusteoriaan eli valtiollista valtaa käyttävän auktoriteetin toimintaan, jota valtion kansalaisista lähtöisin olevan vallan ajatellaan legitimoivan⁵³, ja oikeusvaltioperiaatteeseen⁵⁴. Kansallisvaltioissa legitimiisyyttä on ajateltu toteutettavan ennen muuta demokratiaperiaatteen perustalta ja parlamentin säätämällä lailla⁵⁵. Oletus on, että tällä tavoin säädetty lainsäädäntö täyttää oikeusvaltiollisen laadun vaatimukset.⁵⁶

⁴⁸ Mader, 2001a, 126.

⁴⁹ Beck, 2012, 207–210; Sartor, 2010, 175–215, toimintanormien, action norms, sijaan tavoitenormeja eli goal-norms; Sartor, 2009, 31.

⁵⁰ Flückiger, 2007, 83–101.

⁵¹ Karpen, 2016, 304.

⁵² Ks. tämän merkitys lainsäädännön tutkimuksessa Wintgens 2013, 22–26; Kelsen, 1945, 117, käsite *principle of legitimacy*.

⁵³ Voermans—Hartmann—Kaeding, 2009, 11–14, teoreettisessa kirjallisuudessa ei ole mitään yhtä määritelmää EU-lainsäädännöstä vaan monia; Wintgens, 2004, 311; Dworkin, 1998, 190–195; Alexy, 1994, 406–410, demokratiaperiaatteesta; Rousseau, 1992, 37–42; Hart, 1997, 66–71.

⁵⁴ Ks. Report On the Rule of Law, Venice Commission, 2011, 9–10, oikeusvaltioperiaatteen universaalit kriteerit sekä World Justice Project, 2014, siinä ks. kohta johdanto ja keskeiset tulokset, 4. Siltala, 2003, 241, ei puhu nimenomaisesti legitimizeetistä, määrittelee oikeusvaltioperiaatteen vahvimaksi institutionaaliseksi oikeuttamisperusteeksi; Esteban, 1999, 91–101, oikeusvaltioperiaate muodollisena ja aineellisena käsitteenä.

⁵⁵ Bussmann, 2010, 279.

⁵⁶ Oikeuden normien lähteen käsitteestä Aarnio, 2006, 38, 367; Tolonen, 2003, 2 ja 8 sekä 12; myös Siltala, 2003, 831–832 ja 886–887; Makkonen, 1998, 23. Oikeusteoriassa termi oikeuspositivismi yhden määritellyn mukaan tarkoittaa ideaa asetetusta oikeudesta. Kun lakia käsitteenä tarkastellaan aikaan ja paikkaan liittyvänä kysymyksenä, sen merkitys laajenee, Conklin, 2001, termillä laki on kreikkalainen alkuperä, laki eli *nomoi* saattoi olla joko kirjoitettu tai kirjoittamaton, 13–16; Vrt. Tuori, 2007, 79–94.

Legitiimisyys käsitteenä on määritelty lainsäädännön *input legitimacy* -käsitteen ja lainsäädännön tuloksia korostavaan *output legitimacy* -käsitteen avulla niin, että *input* viittaa edustuksellisen demokratian keinoin toteutettuun lainsäädännön legitiimisyys-teen ja *output* lain oikeudellisiin vaikutuksiin yhteiskunnassa.⁵⁷ Näin määriteltyä legitiimisyys *output*-legitiimisyys-teenä vastaa suunnilleen samaa kuin lainsäädännön tehokkuus vaikutuksina käytännössä.

Kansallisvaltioiden oikeudessa demokratiaperiaatteeseen perustuva lainsäädännön järjestelmä on perinteisesti legitimoitu lainsäädäntöä ja laki on ajateltu *laillisuusperiaatteen* ilmentymäksi. Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä lainsäädännön muodoksi on määritelty *regulaatio* ja lainsäädäntöä legitimoivaksi periaatteeksi puolestaan edellä mainittu *taloudellinen tehokkuus*. Euroopan neuvoston ihmisoikeus-sopimusnormiston muoto on perinteinen kansainvälinen *yleissopimus* eli *konventio*, jota legitimoivat *ihmisyys* puolustaminen ja *ihmisoikeusperiaatteet*. Myös mainitulla konventiolla on oikeudellista merkitystä eurooppalaisessa valtiosäännössä, ja siksi ihmisoikeusperiaatteilla tästä näkökulmasta katsottuna on eurooppalaisten valtioiden lainsäädäntöjä legitimoiva tärkeä tehtävä.⁵⁸

Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa legitimizeetti-käsite on määritelty myös samaksi kuin legaliteetti niin, että se, mikä on lainsäädännön perusteella laillista, on myös legitiimiä⁵⁹. Tämä näkökulma korostaa voimassa olevan lainsäädännön soveltamista. Moderni oikeusvaltiollisuus eurooppalaisen valtiosäännön periaatteena edellyttää, että lainsäädäntö on tehokasta ja sille ominaisella tavalla legitiimiä ja myös hyväksyttävää⁶⁰. Kaikenlaisten säädösten aineellinen *sisältö* korostuu silloin, kun säädöstä sovelletaan käytäntöön tai yksittäisessä tapauksessa arvioidaan säädösten oikeusvaikutusta⁶¹. Legitimizeetti-termi tunnetaan Euroopan unionin oikeudessa unionin lainsäätäjän toimintaa määrittävänä ideaalina⁶².

Modernin lainsäädännön tavoitteellinen luonne on otettu huomioon esimerkiksi Euroopan unionin paremman lainsäädännön metodeissa unionin sisämarkkinasääntelyn politiikkatavoitteiden kriteereinä, joita nimenomaisesti ovat *legitiimisyys* ja *suhteellisuus*⁶³.

Legitiimisyys oikeusvaltiollisena laatuna tässä tutkimuksessa kytkeytyy Euroopan unionin oikeusjärjestyksen lainsäädännön paitsi menettelyllisiin vaatimuksiin myös erityisesti unionin lainsäädännön aineellisiin tavoitteisiin.

⁵⁷ Ks. tästä Harlow, 2010, 13–16; Estella, 2002, 43, formaali legitimizeetti, demokraattinen legitimizeetti ja federaalinen legitimizeetti.

⁵⁸ Garapon, 2009, 73–74; Vrt. Flückiger, 2009, 187–188, tehokkuusperiaate on voitu kirjoittaa myös kansallisvaltioiden perustuslakeihin.

⁵⁹ Harlow, 2010, 6.

⁶⁰ Ks. Komission tiedonanto – EU:n lainsäädäntö: parempiin tuloksiin soveltamista parantamalla, C/2016/8600, (2017/C/18/02).

⁶¹ Julkisasiamies Colomer, ratkaisuehdotuksen kohta 45 ja 46 sekä kohdissa mainittu oikeuskäytäntö asiassa C-315/99 P *Isméri Europa Srl v. Euroopan tilintarkastustuomioistuim*, Kok. 2001 I 05281, ECLI:EU:C:2001:243.

⁶² Ks. esimerkiksi C-508/13 *Viron tasavalta v Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, unionin tuomioistuimen tuomio 18. kesäkuuta 2015, ECLI:EU:C:2015:403, 48, ”unionin lainsäätäjät saattoi legitiimisti katsoa”.

⁶³ European Commission, Better Regulation Toolbox, eu.europa.eu//info/sites/info/files/better-regulation-toolbox_0.pdf, 6–7 ja 35–31.

Hyväksyttävyyys

Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun ideaaleista käytetään yleensä paitsi termiä *legitiimisyys* myös *hyväksyttävyyys*⁶⁴. Legitiimisyys ja hyväksyttävyyys ovat modernin tehokkuutta edellyttävän lainsäädännön aineellis-muodollisen laadun ideaaleja⁶⁵. Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa käytetään myös termiä *yhteiskunnallinen hyväksyttävyyys* (social acceptability), joka tarkoittaa sitä, että oikeuden sisällön on nautittava yhteiskunnassa laajaa kollektiivista hyväksyntää niin, että sisältö ei jää minkään yksittäisen valtioelimen päätöksen varaan, ei myöskään lainsäätäjän⁶⁶.

Ajattelen niin, että kun legitiimisyys oikeusvaltiollisena laatuna viittaa erityisesti niihin ideaalisiin vaatimuksiin, joita on asetettu Euroopan unionin tehokkuuteen pyrkivän lainsäädännön *politiikkatavoitteille*, hyväksyttävyyys viittaa Euroopan unionin oikeuden *perusoikeusjärjestelmän normeihin*, joita Euroopan unionin lainsäädännöltä edellytetään vähimmäisstandardeina.⁶⁷ Hyväksyttävyydellä tarkoitan tutkimuksessa Euroopan unionin *perusoikeusjärjestelmän* ja myös Euroopan unionin oikeusjärjestyksen vaikutuspiirissä olevien ihmisoikeussopimusten *perus- ja ihmisoikeusnormien* huomioimista ja noudattamista unionin lainsäädännön aineellisina vähimmäisstandardeina.⁶⁸

Modernilta lainsäädännöltä edellytetään asianmukaista tasapainoa suhteessa oikeudenmukaisuuteen ja perus- ja ihmisoikeuksiin⁶⁹. Siinä, miten tällaista tasapainoa toteutetaan yleensä oikeusjärjestysten lainsäädännössä, on eroja eurooppalaisten valtioiden valtiosäännöissä⁷⁰. Oikeusvaltiollisuus lainsäädännön prosessissa merkitsee paitsi asianmukaista menettelyä, myös sitä, että lainsäädännön aineellinen sisältö on tavoitteiltaan legitiimiä sekä perus- ja ihmisoikeusnormiston vaatimusten edellyttämällä tavalla hyväksyttävää.⁷¹

Lainsäädännön hyväksyttävyyys ei ole itsestään selvästi toteutuva asia. Modernissa legitimitiitti-käsitteessä suurimmat jännitteet on nimittäin nähty lainsäädännön sisältöihin liittyvissä kysymyksissä sekä lainsäädännön suhteessa perus- ja ihmisoikeuseriaatteisiin⁷². Euroopan unionissa on laadittu unionin paremman lainsäädännön edistämistä varten erityinen perusoikeusstrategia. Käsitteelen sitä jäljempänä luvussa neljä. Nimittäin jo Eurooppa-neuvoston Tukholman ohjelma vuonna 2010 piti tärkeänä tavoitteena paitsi Euroopan unionin lainsäädäntöperiaatteiden noudattamista myös

⁶⁴ Karpen, 2013, 177–178, kirjallisuusviitteet ja dokumentit alaviiteissä 190, 191 and 192. Ks. myös samankaltaisesti “the rule of law” lainsäädännössä, The Rule of Law Checklist by Venice Commission, 2016, 25–28.

⁶⁵ Karpen, 2016, 304; Gema, 2010, 103.

⁶⁶ Van Hoecke, 2001, 422.

⁶⁷ Karpen, 2013, 172–175; myös Karpen, 2017, 12.

⁶⁸ Ks. Sieckmann, 2013, 110–114, soveltuu sekä demokraattisen oikeusvaltion että ylikansallisen lainsäädännön standardeiksi.

⁶⁹ Karpen, 2016, 304.

⁷⁰ Karpen, 2017, 4–5 ja myös 8.

⁷¹ Grzeszick, 2016, 84; Karpen, 2013, 177–178, kirjallisuusviitteet ja dokumentit alaviiteissä 190, 191 ja 192. Ks. myös samankaltaisesti “the rule of law” lainsäädännössä, The Rule of Law Checklist by Venice Commission, 2016, 25–28.

⁷² Harlow, 2010, 7.

lainsäädännön huolellista valmistelua, lainsäädännön laatua, johdonmukaisuutta ja saavutettavuutta, selkeyttä ja ymmärrettävää kieltä, mutta erityisesti yksilön oikeuksia ja perusoikeuksille rakentuvan Euroopan vahvistamista⁷³. Hyväksyttävyyden on myös vakiintunut Euroopan unionin lainsäädännön evaluaatiometodinen kriteeri⁷⁴.

Tässä tutkimuksessa hyväksyttävyyden käsite liittyy Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmään ja unionin perusoikeusrajoitusten sallittavuuteen unionin lainsäädännössä⁷⁵. Hyväksyttävyyden Euroopan unionin lainsäädännössä tarkoittaa unionin perusoikeusjärjestelmän ja myös kansainvälisten perus- ja ihmisoikeusnormien huomioimista lainsäädännön sisällöissä oikeusvaltiollisena vaatimuksena muun muassa yksilön itsemääräämisoikeutta turvaavina perusteina. Sen turvaaminen ei ole yksiselitteinen asia. Hyväksyttävyyden vaatimus lainsäädännön prosesseissa voi merkitä myös erilaisia jännitteitä siksi, että perusoikeusjärjestelmän oikeudet, vapaudet ja periaatteet ovat arvostuksenvaraisia ja toisinaan sekä keskenään että unionin lainsäädännön aineellisten tavoitteiden kanssa vaikeasti yhteen sovitettavia.⁷⁶ *Hyväksyttävyyden lainsäädännön oikeusvaltiollisena takeena tarkoittaa tässä tutkimuksessa Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmän standardeja Euroopan unionin lainsäädännön aineellisissa sisällöissä.*

Tarkastelen seuraavaksi tutkimuksen lainsäädäntöteoreettisia ja ajatuksellisia kognitiivisia työvälaineitä, lainsäädännön prosessia, vaiheita ja ulottuvuuksia esimerkinomaisesti tutkittavan kohteen teoreettisina lähestymistapoina.

1.1.3 Lainsäädännön prosessi, vaiheet ja ulottuvuudet tutkimuksen kohdetta määrittävinä teoreettisina työvälaineinä

Tutkimuksen kohteena lainsäädäntä on monimutkainen ja laaja kokonaisuus. Lainsäädäntää tutkimuskohteena on määritelty monella eri tavalla. Jotkut tutkijat näkevät lainsäädännön oikeudesta sillä tavoin erilliseksi asiaksi niin, että vasta säädösten soveltaja on se taho, joka määrää, mikä on oikeutta⁷⁷. Lainsäätäjä ja laki ”oikeuden luomisena” (creation of law) on määritelty pintatason ilmiöksi niin, että lainsäädäntö on poliittista tahdon muodostusta ja normatiivisessa dimensiossa ei-vielä-oikeutta (not-yet-law) ja pikemminkin oikeuden raaka-ainetta kuin oikeutta (already-law)⁷⁸. Jotkut taas näkevät lainsäädännön niin, että se lainsäädännön vaiheina on kommunikaatiota ja siten osa oikeutta.⁷⁹ Lainsäädäntä on määritelty tutkimuskohteena käytännöksi,

⁷³ Eurooppa-Neuvosto Tukholman ohjelma – Avoin ja turvallinen Eurooppa kansalaisia ja heidän suojelua varten, OJ 115, 4.5.2010.

⁷⁴ Ks. termin acceptability määrittely Evaluating Legislation, 2008, 31–32, kysymys on siitä, miten lainsäädäntö koskee eri kohderyhmiä ja miten ne kokevat sääntelyn sekä kohteelleko sääntely eri tavoin eri ryhmiä.

⁷⁵ Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al* ja *Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger ym.*, Euroopan Unionin tuomioistuimen, suuri jaosto, 8. huhtikuuta 2014, ECLI:EU:C:2014:238, kohta 47. Ks. tässä yhteydessä termin *acceptability* määrittely Evaluating Legislation, 2008, 31–32, miten lainsäädäntö koskee eri kohderyhmiä, miten ne kokevat sääntelyn, kohteelleko sääntely eri tavoin eri ryhmiä.

⁷⁶ Grzeszick, 2016, 72–73; Beck, 2012, 177–178.

⁷⁷ Tuori, 2002, 101.

⁷⁸ Tuori, 2002, 101.

⁷⁹ Van Hoecke, 2002, 10; Varhemmin Morand, 2000, 59–60.

oikeuspolitiikaksi, sosiaaliseksi suunnitteluksi, joka on ”tekemisissä” oikeusnormien kanssa⁸⁰. Se on määritelty sosiaaliseksi käytännöksi, joka luo oikeusnormeja⁸¹. Lainsäädännön on konstitutionaalisessa kontekstissa määritelty olevan jotakin lain ja politiikan väliltä.⁸²

Lainsäädäntöä tutkimuskohteena on määritelty myös käsitteillä, kohderationaliteetti (object rationality), joka tarkoittaa lainsäädännön kollektiivisten tavoitteiden saavuttamista, kykyä varmistaa sosiaalisen integraation moraalinen aspekti ja kykyä tavoittaa lainsäädännön sosiaalinen tehtävä. Sisäisellä rationaliteetilla tarkoitetaan lainsäädännöltä edellytettyä oikeusjärjestyksen sisäistä konsistenssia ja koherenssia, ja normatiivisen rationaliteetin (normative rationality) on ajateltu vastaavan lain legitimitä (legitimacy of law) menettelyllisessä mielessä, ei yleensä aineellisessa merkityksessä⁸³. Lainsäädännön näkökulmiksi on ehdotettu valtiosääntöoikeuden proseduraalista tai aineellista lähestymistapaa, oikeussosiologista tai oikeusteoreettista lähestymistapaa⁸⁴.

Lainsäädäntä, sille ominaista päätöksentekoa ja päättelyä tutkimuskohteena lähestyessäni käytän apuna *Charles-Albert Morandin* lainsäädäntöteoreettisen mallin käsitteellisiä työkaluja: prosessia ja sen vaiheita. *Morandin* malli jäsentää lainsäädäntöä tutkimuskohteena, prosessina ja vaiheina, etappeina ajallisesti tiettyyn tavoitteeseen etenevänä lainsäädännöllisenä päätöksentekona. Sen prosessin vaiheita ovat *pre-legislatiivinen* eli *esilainsäädännöllinen*, *legislatiivinen* eli *lainsäädännöllinen* ja *post-legislatiivinen* eli *jälkilainsäädännöllinen* vaihe. Esilainsäädännöllinen vaihe tarkoittaa lainsäädännön valmistelua ja suunnittelua. Legislatiivinen eli lainsäädännöllinen vaihe tarkoittaa lainsäädännön prosessin päätöksentekovaihetta. Jälkilainsäädännöllinen vaihe tarkoittaa säädösten oikeudellista jälkikäteistä normivalvontaa tai muuta jälkilainsäädännöllistä menettelyä ja valvontaa, joka kohdistuu yleensä voimassa olevaan säädökseen.⁸⁵ Jälkilainsäädännöllinen vaihe voi tarkoittaa sekä voimassa olevien säädösten jälkikäteistä oikeudellista normivalvontaa tuomioistuimessa tai muussa oikeudellisessa valvontaelimessä mutta myös voimassa olevien säädösten jälkikäteistä *ex-post*-vaikutustenarviointia, jota unionin lainsäädännössä tapahtuu myös esilainsäädännöllisen vaiheen prospektiivisen suunnittelun yhteydessä.⁸⁶ Tarkastelen käsitettä yksityiskohtaisemmin luvussa kuusi.

Lainsäädännön sisältöä pyrin ottamaan haltuun *Alexander Flückigerin* määrittelemillä ulottuvuuksilla. Niitä ovat lainsäädännön *oikeudellis-juridinen*, *legistis-lingvisti-* sekä *faktuaalinen* eli *tosiasiallinen* ulottuvuus. *Flückigerin* käyttämän termin oikeudellis-juridinen sijaan käytän siitä tässä tutkimuksessa jäljempänä termiä *oikeudellinen*. Ulottuvuudet kognitiivisina käsittevälineinä ilmentävät erilaisia lainsäädäntä ohjavia rationaliteetteja, lainsäädännön kieleen, tosiasioihin ja juridisiin seikkoihin liittyviä aspektoja. Ulottuvuuksien avulla on mahdollista tutkia ja arvioida lainsäädännön ja myös jo säädetyn lainsäädännön sekä *aineellisia* että myös *menettelyllisiä* reunaehtoja

⁸⁰ Aarnio, 1987, 20.

⁸¹ Tuori, 2002, 104.

⁸² Tuori, 2007, 34–38 ja 41–43.

⁸³ Tuori, 2002, 105–107.

⁸⁴ Siehr, 2008, 277–278.

⁸⁵ Morand, 2000, 62; näin myös Atienza, 1992, 283.

⁸⁶ Delley–Flückiger, 2005, 84–85

ja vaatimuksia, joita oikeusvaltiollisuuden ideaalit asettavat Euroopan unionin lainsäätäjän päätöksenteolle ja harkintavallan käytölle⁸⁷. Tarkastelen teorioita lainsäädännön rationaliteeteista ja rationaalisuuden käsitteitä jäljempänä.

Lainsäädännön aineellinen sisältö ulottuvuuksina

Ajattelen niin, että kaikenlaisella lainsäädännöllä (action norms, goal-norms, rights-based norms) on jokin aineellinen sisältö⁸⁸. Esimerkiksi *Flückigerin* lainsäädännön ulottuvuudet eli oikeudellinen, legistis-lingvistinen ja faktuaalinen ilmentävät ennen muuta lainsäädännön aineellisia aspekteja.⁸⁹ *Flückigerin* teoriassa ulottuvuudet ajatuksellisiin deskriptioina ”kääntävät” lainsäädäntä lainsäädäntäteoreettiselle kielelle.

Lainsäädäntäteoreettisesti arvioiden oikeudellinen ulottuvuus tarkoittaa lainsäädännössä huomioitavia aineellisia vaatimuksia, kuten Euroopan unionin perussopimuksen edellyttämiä SEU 5 artiklan määräyksiä unionin toimivallan käytöstä, perussopimuksen lainsäädäntöperiaatteita eli toissijaisuusperiaatetta ja suhteellisuusperiaatetta, lainsäädännön avoimuusperiaatetta sekä unionin perusoikeusjärjestelmän normistoa⁹⁰.

Legistis-lingvistinen ulottuvuus tarkoittaa lainsäädännön ja säädösten tekstien laadintaa ja kielellisten ilmaisujen muotoilua (qualité rédactionnelle). Se on osittain päällekkäinen aineellisen oikeudellisen ulottuvuuden kanssa. Legistis-lingvistinen ulottuvuus liittyy lainsäädännön laillisuusperiaatteeseen, oikeusvarmuuteen ja ennakoitavuuteen, ja sillä on suuri merkitys delegoidun säädösvallan käytössä. Kyse on säädösten sääntelytarkkuudesta (clarté, la précision), yksinkertaisuudesta ja koherenssista eli johdonmukaisuudesta sekä sääntelyn määrästä.⁹¹ Modernissa ylikansallisessa lainsäädännössä sääntelytarkkuudelta edellytetään paitsi kielellistä täsmällisyyttä myös sellaista *normatiivista tarkkuutta* (clarté), jota teleologinen lainsäädäntö eri olosuhteissa sovellettavaksi tarkoitettuna normistona edellyttää⁹². Pohdin tällaisen normatiivisen tarkkuuden merkitystä jäljempänä.

Määritelmällisesti lainsäädännön empiirinen aines on sääntelyn *reaaliseen todellisuuteen* liittyvä *faktuaalisen ulottuvuuden* aineellinen kysymys. Se perustuu lainsäädännön *evidence-based*-tyyppiseen tietoon. Faktuaalinen ulottuvuus tarkoittaa siten samaa kuin lainsäädännön empiirinen tieto. Sen pyrkimyksenä on kytkeä lakien säätäminen reaalisesti kohteeseensa. Faktuaalisen ulottuvuuden tavoitteena on tarkentaa lainsäädännön aineellista sisältöä ja tukea sääntelyn normatiivisuutta kontekstuaalisessa mielessä sekä antaa lainsäädännön prosessin eri vaiheissa lainsäätäjälle käsitystä siitä, ovatko lainsäädännön normit sillä tavoin tehokkaita, että niiden avulla saavutetaan tarkoitettuja yhteiskunnallisia vaikutuksia. *Tässä on kyse pyrkimyksestä normatiiviseen tarkkuuteen*. Tyypillistä faktuaaliselle ulottuvuudelle on lainsäädäntömetodisesti sekä

⁸⁷ Morand, 2000, 62; myös esimerkiksi Atienza, 1992, 283. Ulottuvuuksista ks. jäljempänä Flückiger, 2008a, 9–24; Ks. jaottelusta aineellinen ja menettelyllinen esimerkiksi Meßerschmidt, 2016, 386 ja 389; metodisessa mielessä Siehr, 2008, 277–278.

⁸⁸ Sartor, 2010, 175–215.

⁸⁹ Flückiger, 2008a, 9–24.

⁹⁰ Flückiger, 2008, 14.

⁹¹ Flückiger, 2008a, 9–24; Flückiger, 2008, 15.

⁹² Flückiger–Grodecki, 2017, 34–35.

ex post-tyyppinen että myös *ex ante*-tyyppinen evaluaatio, joiden tehtävänä pyrkimys edistää lainsäädännön tehokkuutta käytännössä.⁹³

Käsitteinä prosessi, vaiheet ja ulottuvuudet mahdollistavat tutkimuskohteena olevan lainsäädännön tarkastelun. Ne konkretisoivat ja kategorisoivat lainsäädännän moniaineksisia kysymyksiä tutkittavaksi kohteeksi.

Pre-legislatiivinen eli esilainsäädännöllinen vaihe, lainsäädännön suunnittelu ja valmistelu	Legislatiivinen eli lainsäädännöllinen vaihe, päätöksenteko lainsäädäntöelimessä	Post-legislatiivinen vaihe eli jälkilainsäädännöllinen vaihe (oikeudellinen normivalvonta tuomioistuimessa, evaluaatio parlamenteissa tai muussa elimessä), jälkikäteinen normivalvonta
Oikeudellinen, legistis-lingvistinen, faktuaalinen	Oikeudellinen, legistis-lingvistinen, faktuaalinen	Oikeudellinen, legistis-lingvistinen, faktuaalinen

Kuvio 2. Lainsäädännön prosessin vaiheet ja ulottuvuudet tutkimuskohteen teoreettisena viitekehyksenä

Kuviossa 2, joka toimii tutkimuksen teoreettisena tiedollisena viitekehyksenä, olen esittänyt lainsäädännön prosessin ja vaiheet, joita ovat pre-legislatiivinen eli esilainsäädännöllinen, legislatiivinen eli lainsäädännöllinen ja post-legislatiivinen eli jälkilainsäädännöllinen vaihe. Ajatus on, että lainsäädäntää ja sen metodeja on mahdollista tutkia tämän prosessin ja sen eri vaiheiden viitekehyksessä. Lisäksi jokainen vaihe ottaa huomioon lakien säätämisen edellyttetyt ulottuvuudet. Tässä tutkimuksessa sisältöä määrääviä ulottuvuuksia kategorisoivat oikeudellinen, legistis-lingvistinen ja faktuaalinen ulottuvuus.

Määrittelen lainsäädännön päätöksenteoksi, joka merkitsee oikeuden normien antamista. Lainsäädäntää toteutetaan oikeusjärjestyksissä hyvin erilaisin valtiosääntöisin mekanismein. Kansallisvaltion näkökulmasta oikeusvaltioperiaatteen toteutuminen perustuslain perusteella edellyttää, että lainsäädäntö on legitiimin julkisen vallan käytön perusta ja että valtiosääntö sekä laki asettavat legitiimin ja hyväksyttävyyttä nauttivan standardin viranomaisten toiminnan lainmukaisuudelle.⁹⁴ Lainsäädännön ja lain valtiosääntöinen painoarvo edellyttävät niiltä oikeusvaltiollista laatua. Samaa voidaan vaatia unionin lainsäädännöltä, joka oikeuden lähteenä on ensisijaista kansalliseen oikeuteen nähden unionin toimivallan alalla.

Tutkimuksen alustava eräänlainen yleinen "työhypoteesi" on, että koska yleisemmin oikeusjärjestyksissä oikeusvaltioperiaate ylempinasteisena valtiosääntöperiaatteena edellyttää demokratiaperiaatteen perusteella säädettyä kirjoitettua lakia ja "lain" noudattamista, tulee myös unionin lainsäädännöltä sovellettavana normistona edellyttää oikeusvaltiollista laatua.

Korostan, että lainsäädäntäteorian määrittelyt, kuten prosessi, vaiheet ja ulottuvuudet ovat lainsäädäntäteoreettisen tutkimuksen käsitteellisiä, ajatuksellisia ja tie-

⁹³ Flückiger, 2008a, 9–24; Flückiger, 2008, 14.

⁹⁴ Kirchhof, 2016, 90; Karpen, 2016, 304.

dollisia kognitiivisia ”työkaluja”, joilla olen määritellyt tutkimuskohdetta⁹⁵. Ne ovat tutkimuksen teoreettisia apuvälineitä, joiden tehtävänä on välittää tietoa jostakin asiaintilasta. Ne ovat ajatuksellisia ja tiedollisia kognitiivisia *teoreettisia lauseita* ja tutkimuskohdetta määritteleviä *deskriptiivisiä* käsitevälineitä, joilla tutkimuksen kohteena olevaa lainsäädäntää on mahdollista ottaa haltuun, tarkastella ja tarvittaessa myös vertailla oikeusjärjestysten välillä.⁹⁶

Preskriptiivinen vs. deskriptiivinen

Lainsäädäntöteoria edellyttää olemisen ja pitämisen maailmojen tutkimista. Se on myös eri tieteenalojen yhteistyötä. Tutkimuskohdetta määräävät käsitteet ovat oikeusteoreettisia kategorioina ja kielenkäyttönä sekä *preskriptiivisiä* että *deskriptiivisiä*. Oikeusteoriassa termi deskriptiivinen (deskriptiiviset lauseet) on teoreettisen tason käsite. Se on eri asia kuin pitämisen maailmaan kuuluvat ja esimerkiksi lainsäädännön antamista *määräävät preskriptiiviset* normit. Tutkimuksessa oma oikeudellinen ulottuvuutensa on lainsäädäntää määräävät oikeuden normit. Esimerkiksi säädösten hyväksymismenettely, josta Euroopan unionin perussopimuksen SEUT 294 artikla nimenomaisesti määrää on oikeudellisen ulottuvuuden asia. Oikeusteorian kielenkäytön näkökulmasta sitä kutsutaan *preskriptiiviseksi* normistoksi eli määrääviksi lauseiksi⁹⁷. Perussopimuksen normit määräävät oikeudellisesti Euroopan unionin lainsäädäntään liittyvästä menettelystä ja toimivallasta samoin kuin lainsäädäntöperiaatteista ja normivalvonnasta. Oikeudellisen ulottuvuuden mielessä tutkimuksen kohteessa määrääviä ovat Euroopan unionin lainsäädännön normit. Kansallisen lainsäädännön antamista usein määräävät valtioiden perustuslakien normit, unionin lainsäädännön antamista unionin perussopimuksen normit. Termi *preskriptiivinen* tarkoittaa oikeusteoriassa normeja ilmaisevia pitäisi-tyyppiset lauseita. Esimerkiksi Euroopan unionin perusoikeuskirjan 7 artiklan normin ”Jokaisella on oikeus siihen, että hänen yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotia sekä viestejään kunnioitetaan” tarkoituksena on olla preskriptiivinen ja oikeuden normeja ilmaiseva lause.⁹⁸ Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmän normeja, jotka perussopimuksen normeina ovat luonteeltaan preskriptiivisiä eli normeja määrääviä lauseita voidaan lainsäädäntöteoriassa tarkastella myös normiteoreettisesti ja siten sen teoreettisten deskriptioiden avulla. Voidaan pohtia, onko esimerkiksi perusoikeuskirjan yksityisyyden suojan oikeudesta mahdollista säätää jos-niin tyyppisesti säännöillä toimintanormien tavoin vai edellytetäänkö normimallia, jossa normityyppi on pikemminkin periaate kuin sääntö⁹⁹.

⁹⁵ Weinberger, 1986, 154, ihmisen ajattelulla informaation prosessointina ja kognitiivisena toimintana on merkittävä toimintaa ohjaava funktio.

⁹⁶ Makkonen, 1998, 58–61, teoreettiset lauseet, joiden totuus seuraa lauseessa esiintyvien sanojen merkityksestä, sovitulla tavalla käytetty kieli.

⁹⁷ Bickenbach, 2016, 254, oikeudelliset reunaehdot; Weinberger, 1986, 154–155 preskriptiivisiä praktisia lauseita, ovat normatiivisia ”ought”-lauseita tai ”may”-lauseita; Makkonen, 1998, 61, ”pitää” lauseita, vaatimuksia tietyistä käyttäytymisistä.

⁹⁸ Weinberger, 1986, 154–155, oikeusteoriassa epistemologisessa mielessä erotetaan deskriptiiviset lauseet (descriptive sentences) ja käytännölliset (practical sentences) lauseet.; Makkonen, 1998, 110–111 sekä 58–63, praktinen päättely, praktinen syllogismi ja teoreettiset ja ateoreettiset lauseet.

⁹⁹ Sartor, 2010, 175–215.

Oikeustieteen käsitteenä termi deskriptiivinen on myös monimerkityksinen käsite niin, että sillä voidaan kuvata lainsäädännön kirjoitustapaa¹⁰⁰. Oikeusteoria on oikeustieteen ala, joka tarkastelee eri oikeudenalojen yleisiä kysymyksiä, kuten oikeudellisia käsitteitä tai oikeudelliseen päätöksentekoon liittyviä kysymyksiä¹⁰¹.

Termillä deskriptiivinen tarkoitan tässä tutkimuksessa oikeusteoreettisia käsitteitä, joiden avulla määrittelen ensinnäkin tutkimuksen kohdetta ja tarkastelun viitekehyksen¹⁰². Oikeusteorian käsitteitä käytän myös erotellessani lainsäädännän prosessin vaiheita. Siinä tärkeä oikeusteoreettinen käsite on *muodollisen voimassaolon käsite*, joka on myös oikeusteoriassa tunnettu yksi normin pätevyyttä ilmaiseva käsite. Muun muassa Wintgens on pitänyt *Kelsenin* teoriaa normin muodollisesta voimassaolosta ja normin pätevyydestä tärkeänä lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa.¹⁰³

Oikeusteorian käsitteenä termi *deskriptiivinen* on eri asia kuin kieliasultaan sama termi muiden yhteiskuntatieteiden yhteydessä. Oikeustieteen tutkimuksessa tosin vertaileva oikeustiede usein noudattaa yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen menetelmiä ja varsin usein laadullisen tutkimuksen menetelmien periaatteita¹⁰⁴. Oikeustieteessä yksi tunnetuimmista teoreettisista ajattelun välineistä on *Hans Kelsenin* yleisen oikeustieteen teorian deskriptio eli *normihierarkia*. Sen tiedollisena perustana on oikeusjärjestysten vertailu. Normihierarkiasta ei ole nimenomaisesti säädetty vaan se on oikeusteorian kehitelemä oikeudellinen teoreettinen deskriptio.¹⁰⁵

Erilaisten yhteiskuntatieteiden menetelmien käyttö konkretisoituu lainsäädäntöteorian yhteydessä varsinkin modernin lainsäädännän evaluaatiometodin yhteydessä. Lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen yhteydessä termi deskriptiivinen on määritelty myös samaksi kuin yhteiskuntatieteiden (social science) menetelmiin ja sen alan tutkimukseen tukeutuva *kuvaileva lähestymistapa*.¹⁰⁶ Metodina se on eri asia kuin oikeusteorian käsitteet. Tarkastelen tätä kysymystä luvussa neljä.

Lainsäädäntöteoreettinen tutkimus edellyttää sekä oikeusteoreettisia ja oikeuden tutkimuksessa tarpeellisia yleisiä käsitteitä. Lainsäädäntöteoreettiset oikeudelliset käsitteet, kuten lainsäädännän prosessi, vaiheet, ulottuvuudet tai rationaliteetit eivät ole *preskriptiivisiä* eli oikeutta määrääviä normeja. Ne eivät ole *preskriptiivisiä* lauseita, jotka määräävät lainsäädännön oikeudellisia reunaehtoja. Ne kognitiivisina ja tiedollisina ajattelun välineinä ja *deskriptiivisinä* lauseina käsitteellistävät ja määrittävät tutkimuksen kohdetta ja tässä tutkimuksessa lainsäädäntää. Sama pätee oikeustieteen

¹⁰⁰ Van Hoecke, 2002, 134, termi deskriptiivinen lainsäädännön kirjoitustavan yhteydessä, esim. lainsäädännössä käytetään deskriptiivistä sanamuotoa "Education is free" sen sijaan että lainsäädännössä säädettäisiin "Education should be free", lainsäädännössä normatiiviset ilmaisut usein annetaan deskriptiivisin lausein.

¹⁰¹ Siltala, 2003, 124, oikeusteorian tehtävistä; Makkonen, 1998, 2.

¹⁰² Peczenick, 2009, 33, vastaavasti käsitteet, law-descriptive propositions, law-expressive statements.

¹⁰³ Wintgens, 2013, 24–30.

¹⁰⁴ Ks. esimerkiksi Landman, 2009, 19–44 yhteiskuntatieteiden metodien käytöstä ihmisoikeustutkimuksessa, myös vertailevasta metodista; samoin Brems, 2009, 77–90.

¹⁰⁵ Esimerkiksi Beck, 2012, 17–18 ja 21, deskriptiivinen ja normatiivinen teoria oikeudellisen päättelyn yhteydessä, teoriaan ei liity väitettä yhdestä ainoasta tavasta vaan se on ajattelun apuväline, termi deskriptiivinen tarkoittaa muussa asiayhteydessä yhtä kuin selittävä, ennustava, todennäköinen; Ks. deskriptiivinen oikeustieteen yleisen oikeusteorian yhteydessä, Kelsen, 1945, xiii–xviii.

¹⁰⁶ Morand, 2000, 58; Karpen, 2013, 147, deskriptiivisyys lainsäädäntöteoriassa tarkoittaa tukeutumista yhteiskuntatieteiden metodeihin (social science methods), kuten hermeneuttiseen metodiin tai yhteiskuntatieteiden empiirisiin metodeihin. Oikeus tutkimuksen kohteena on preskriptiivistä, oikeustieteen tutkimuksen kohde on normatiivinen aines.

teoreettisiin käsitteisiin kuten, periaate, normityyppi, normimalli tai esimerkiksi normin voimassa olo.

Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa tärkeä konstruktio on oikeusjärjestystä koossa pitävä rakenneajattelu. Teoreettisena konstruktiona *rakenneperiaatteet* ohjaavat tutkimaan kullekin oikeusjärjestykselle ominaisia rakenneperiaatteita. Euroopan unionin oikeusjärjestyksellä on sille ominaiset rakenneperiaatteet. Oikeustieteessä *rakenneteoria* on käsitteellinen ja ajatuksellinen tutkimuksen *deskriptiivinen* työkalu, jolla on mahdollista hahmottaa kunkin tutkimuksen kohteena olevan oikeusjärjestyksen yleisiä periaatteita (rakenneperiaatteet ja ideologiset periaatteet Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä)¹⁰⁷. Oikeusjärjestyksen rakenne on teoreettinen *deskriptio* eli oikeustieteen teorian kehittämä *deskriptiivinen* käsitteellinen väline, jolla kuvataan tutkimuskohdetta samalla tavalla kuin esimerkiksi säädöshierarkialla säädösten systematiikkaa tai tietynlaisella oikeudellisen päättelyn mallilla oikeudellista päätöksentekoa viranomaisessa¹⁰⁸.

Kun käytän tutkimuksessa termiä *periaate*, käytän sitä *deskriptiivisenä* oikeusteorian käsitteenä ja normiteorian normityyppihin liittyvänä lainsäädännän käsitteenä. Sillä yhtymäkohtia esimerkiksi *periaate-sääntö*-problematiikkaan myös oikeudellisen ratkaisutoiminnan yhteydessä. Periaatteiden ja sääntöjen tarkastelu tässä rajautuu lainsäädäntöteoreettisiin kysymyksiin. Määrittelen periaatteita ja sääntöjä lainsäädäntöteoreettisesta näkökulmasta ja lainsäädännön normityyppinä yksityiskohtaisemmin luvussa neljä¹⁰⁹.

Termi periaate viittaa myös *voimassa olevan oikeuden normeihin* ja siten siihen lainsäädännän oikeudellisen ulottuvuuden normistoon, joka preskriptiivisesti määräävät lainsäädännän oikeudellisia reunaehtoja. Periaatteilla tarkoitan siten myös unionin perussopimuksen tavoitteita määrääviä periaatteita (values, objectives, aims of general application) ja sopimusnormiston artikloita säädösten oikeusperustoja määräävinä normeina sekä perus- ja ihmisoikeusperiaatteita, jotka tulee ottaa huomioon lainsäädännässä.¹¹⁰ Tässä tutkimuksessa tärkeitä periaatteita ovat ennen muuta Euroopan unionin *lainsäädäntöperiaatteet*, kuten Euroopan unionin perussopimuksen SEU 5 artiklassa mainittu suhteellisuusperiaate, joka on oikeustieteellisessä kirjallisuudessa määritelty yhdeksi tärkeimmäksi rationaalisen lainsäädännön päätöksenteon harjintaperiaateeksi¹¹¹. Nämä periaatteet ovat myös lainsäädäntömetodisia periaatteita. Tarkastelen näitä periaatteita yksityiskohtaisemmin tutkimuksessa jäljempänä.

Euroopan unionin *fundamental rights*-oikeuksiksi määritellyt erilaiset vapaudet (liikkuvuusvapaudet) ja oikeudet on oikeuskirjallisuudessa määritelty osaksi Euroopan unionin yleisiä oikeusperiaatteita (general principles in European Union law)¹¹². Yleensä ”ylimmänteiset normit” kuten kansallisten perustuslakien normit ovat periaatteen kaltaisia väljiä ja tulkinnanvaraisia normeja¹¹³. Euroopan unionin oike-

¹⁰⁷ Van Hoecke, 2002, 161–164 ja 170–171.

¹⁰⁸ Beck, 2012, 18–24, esimerkiksi legal reasoning on deskriptiona eri asia kuin oikeudellinen päättely käytännössä; Morand, 2000, 58.

¹⁰⁹ Ks. Beck, 2012, 194–195.

¹¹⁰ Beck, 2012, 164–168.

¹¹¹ Sieckmann, 2016, 367.

¹¹² Beck, 2012, 168–171; Lenaerts—Van Nuffel, 2005, 719–720; Schermers—Waelbroeck, 2001, 38–41.

¹¹³ Beck, 2012, 194–207.

usjärjestyksessä tunnetaan sekä *yleisiä periaatteita* että *konstitutionaalisia periaatteita*¹¹⁴. Teoreettisesti ne voidaan määritellä unionin oikeusjärjestyksen rakenneperiaatteiksi, jotka ovat tärkeitä lainsäädännön oikeudellisen ulottuvuuden näkökulmasta. Konstitutionaaliset periaatteet ovat joko kirjoitettuja tai kirjoittamattomia doktrinaarisia normeja, jotka määrittävät Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä unionin lainsäädännön säätämistä, oikeudellista asemaa jäsenvaltiossa, myös unionin säädöksen implementointia eli voimaan saattamista jäsenvaltiossa sekä toimeenpanoa Euroopan unionissa ja unionin jäsenvaltioissa¹¹⁵.

Lainsäädäntöteoreettinen tutkimus on tieteenalojen yhteistyötä

Edellä olen todennut, että lainsäädännössä oikeusvaltiollisuus edellyttää metodisesti huomion kiinnittämistä lainsäädännön aineellisiin sisältöihin, myös lainsäädännön tehokkuuteen. Lainsäädännön metodia ja esimerkiksi oikeusvaltiollista laatua on mahdollista tarkastella monista lainsäädäntöteoreettisista näkökulmista, kuten *legistiikan*, oikeusteoriaa hyödyntävän *legisprudencen* näkökulmasta tai lainsäädännön evaluaatiometodisena kysymyksenä sekä sinänsä monimerkityksisen jälkilainsäädännöllisen doktriinin näkökulmasta säädösten antamisen ja muodollisen voimaantulon jälkeen¹¹⁶.

Tutkimuksen tavoitteena on tarkastella teoreettisesti Euroopan unionin lainsäädännön prosessien ja vaiheiden metodeja siinä, *miten* ne toteuttavat Euroopan unionin oikeusjärjestykseltä edellytettyä lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua. Tutkimus on luonteeltaan *lainsäädäntöteoreettista* oikeustieteellistä tutkimusta. Lainsäädäntöteoreettisuus tarkoittaa sitä, että hyödynnän tutkimuskohteen määrittelyssä ajatuksellisia apuvälineinä oikeustieteen ja lainsäädäntöteorian teoreettisia malleja ja käsitteellisiä ajatuskonstruktioita. Lainsäädäntöteoreettisuus viittaa myös lainsäädännön metodologiaan, joka on kiinnostunut metodeista. Lainopillisia elementtejä tutkimus sisältää siinä mielessä, että se edellyttää lainopillisia käsitteitä, myös Euroopan unionin perussopimuksen normien eli oikeudellisten normien soveltamisen ja tulkinnan tarkastelua Euroopan unionin lainsäädännön viitekehyksessä. Euroopan unionin perussopimuksen normit ovat oikeudellinen peruste Euroopan unionissa annettavalle johdannaisen oikeuden lainsäädännölle, jota unionin lainsäätävä antaa SEUT 288 artiklan säädöksiin sille kuuluvan lainsäädäntövallan ja toimivallan nojalla. Esimerkiksi direktiivin yksityisyyden suojasta sähköisessä viestinnässä (2002/58/EY), jonka säätämisen peruste on perussopimuksen normeissa, on määrä edistää ja konkretisoida paitsi perussopimusten normien tarkoittamaa yksityisyyden suojaa myös unionin sisämarkkinoiden toteutumista sekä viestinnän luottamuksellisuutta unionin sähköisessä viestinnässä.

Lainsäädäntöteoreettinen tutkimus on sekä oikeustieteellistä tutkimusta että muiden yhteiskuntatieteiden menetelmiä hyödyntävää tutkimusta. Yhden määrittelyn mukaan moderni lainsäädäntö on osa politiologiatieteitä ja lähellä niitä tieteenaloja, jotka tutkivat lainsäädännön toimeenpanoa, kuten hallinto-oikeutta sekä evaluaatiotiedettä¹¹⁷. Oikeustieteen ja sen eri alojen kuten julkisoikeuden tutkimuksen näkökulmasta poistuminen omasta ja tutusta disiplinaarista merkitsee metodisesti ja käsitteell-

¹¹⁴ Hettne 2008, 41–43, 45–46; von Bogdandy, 2003, 5–6.

¹¹⁵ Beck, 2012, 195; Ks. periaatteiden luettelosta myös, Lainlaatijan EU-opas, 25–26; myös Julistus Euroopan unionin oikeuden ensisijaisuudesta, EUVL C 115/344, 9.5.2008.

¹¹⁶ Mader, 2001a, 123.

¹¹⁷ Blankenburg, 1986, 70.

lisessä mielessä siirtymistä tutkimuksen epämukavuusalueelle. Sama koskee tietysti lainsäädännön tutkijaa, jolle oikeustieteen *juridinen metodi* on vieras.¹¹⁸ Palaan tähän tutkimusmetodiseen keskusteluun yksityiskohtaisemmin luvussa kaksi. Tämän tutkimuksen metodi ja lakien säätämisen metodiset kysymykset, joita tarkastelen tämän tutkimuksen kohteessa esimerkkinä unionin lainsäädäntä, ovat kaksi eri kysymystä.

Lainsäädännön tutkimuksen käsitteistö ei ole vakiintunutta. Lainsäädäntöteorian ohella eurooppalaisessa kirjallisuudessa tutkimusalasta käytetään termiä lainsäädäntötiede. Se tarkoittaa suunnilleen samaa kuin lainsäädäntöteoria, joiden näkökulmia ovat sellaiset kuin *legisprudence* tai *legistiikka*. Lainsäädäntöteorian osa-alueena legistiikka jaetaan yleensä *formaaliin* eli *muodolliseen* ja *substantiaaliseen* eli *materiaaliseen* tai *aineelliseen* legistiikkaan. Substantiaalinen legistiikka on kiinnostunut lainsäädännön aineellisesta sisällöstä (*content*).¹¹⁹ Lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen suuntaukseksi perinteinen formaali eli muodollinen legistiikka tutkii säädösten tekstejä ja kielen tarkkuutta¹²⁰.

Morandin teorian mukaan legistiikka (tai lainsäädäntötiede) tarkoittaa yhteiskuntatieteen menetelmien keinojen avulla (means of the human sciences and beyond) käytännössä kehitettävää systemaattista lainsäädäntömetodista lähestymistapaa, johon osaksi kuuluu myös oikeustieteen (science of law) metodi. *Morandille* lainsäädännön tutkiminen ei ole vain tapa kirjoittaa lainsäädäntöä (art of legislating) vaan legistiikkana se on kehittyvä tieteenala. *Morand* kuitenkin tunnustaa, että *lain tietoperustaa varten* (for the knowledge of law) *legistiikka ei kykene tarjoamaan yksinkertaista lainsäädäntömetodista mallia tai kaavaa*.¹²¹ *Morand* teoriassaan kieltää sen mahdollisuuden, että aineellisesti hyvä lainsäädäntö (what "good legislation is") voitaisiin määritellä yleisesti ja universaalisti, ja siksi *Morand* rajoittuu teoriassaan lähinnä niihin metodeihin, joiden avulla on mahdollista parantaa lainsäädännön prosesseja ja vaiheita.¹²²

Edellä olen jo määritellyt oikeustieteen käsitteitä, joita lainsäädäntöteoreettinen tutkimus edellyttää. Lainsäädäntöteoreettinen tutkimus edellyttää myös oikeusnormin voimassaoloa ja pätevyyttä määrääviä oikeusteorian käsitteitä, kuten seuraavia: *muodollinen voimassaolo*, *voimassaolo tehokkuutena* ja *hyväksyttävyytenä*¹²³. Koska lainsäädäntöteoreettinen tutkimus on eri tieteenalojen yhteistyötä, jossa oikeustieteellä on tärkeä rooli, on tärkeää myös kysyä, "kääntyvätkö" (translated) oikeustieteen ja oikeusteorian käsitteet, jotka ovat ainakin kirjoitusasultaan samanlaisia kuin monet lainsäädäntöteorian käsitteet, lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen kielelle¹²⁴. Esimerkiksi lainsäädännön muodollinen voimassaolo on tärkeä lainsäädäntöteoreettinen

¹¹⁸ Van Hoecke—Ost, 1993, 43, "...how can the respective discourses of these various disciplines be combined?", vaihtoehtoja voivat olla "interdisciplinary (or multidisciplinary), pluridisciplinary ja transdisciplinary" lähestymistavat; Lainsäädäntötieteessä *Morand*, 2000, 58, yhteiskuntatieteiden metodologian välttämättömyys mutta sen mahdottomuus tieteenalana toteuttaa juridista metodia.

¹¹⁹ *Morand*, 1999, 37.

¹²⁰ *Morand*, 2000, 59—60.

¹²¹ *Morand*, 2000, 57; Flückiger, 2010, 215, legistinen metodi, perinteinen lainopin metodi tarkoittaa lähinnä lainsäädännön perustuslainmukaisuuden varmistamista.

¹²² *Morand*, 1988, 393.

¹²³ Wintgens, 2002, 21—22; Aarnio, 1989, 83—98, muodollinen voimassaolo, voimassaolo tehokkuutena, voimassaolo hyväksyttävyytenä; Aarnio, 1987, 33—34.

¹²⁴ Van Hoecke—Ost, 1993, 35—41, oikeustieteen epistemologisista perspektiiveistä: "The first job of legal science consists in identifying paradigms of doctrinal discourse itself.", artikkelissa käydään myös keskustelua oikeustieteen suhteesta lainsäädäntöteoriaan.

käsite määriteltäessä lainsäädännön prosessien vaiheita. Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa tehokkuus-käsite liittyy lainsäädännön oletettuihin vaikutuksiin käytännössä, ja oikeustieteen teoriassa tehokkuus liittyy voimassaoloon niin, että oikeusnormien ajatellaan olevan voimassa kun niitä noudatetaan.

Prosessi ja vaiheet on dynaaminen näkökulma

Useimmat lainsäädäntöteoreettisen kirjallisuuden teoriat ovat omaksuneet tarkasteltavakseen lainsäädännön prosessimallin (*Atienza, Mader, Müller*). Myös anglosaksinen lainsäädännön kehittämistyö on omaksunut yleensä prosessimallin niin, että se erottaa esilainsäädännöllisen menettelyn (pre-legislative scrutiny), lainsäädännöllisen ja jälkilainsäädännöllisen menettelyn (post-legislative scrutiny)¹²⁵. Määrittelyn mainittuja käsitteitä, kuten jälkilainsäädännöllistä vaihetta, menettelyä ja doktriinia tarkemmin luvussa kuusi.

Lainsäädännössä prosessi ja vaiheet ovat dynaaminen ja lainsäädännön toiminnallisuutta korostava malli. Lainsäädännön prosessin dynaamisuus tarkoittaa *Wintgensin* mukaan sitä, että lainsäädäntö on tutkimuksen kohteena *aktiivinen prosessi* eikä yksinomaan tuote, jollaiseksi lainsäädäntö usein ymmärretään soveltamisen ja tulkinnan kohteena¹²⁶.

Myös brittiläiset *Miers* ja *Page* määrittivät 1980-luvulla lainsäädäntöä teoksessaan *Legislation* (1990) siten, että lainsäädännöllä tarkoitetaan lakien säätämistä ja lainsäädännön prosessia, jonka seurauksena lait syntyvät,

“To legislate, then, is to make law, and the term may be used to refer to the process of making laws or to the laws resulting from that process”¹²⁷.

Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa lakien antamisesta käytetään myös käsitettä menettely. Lissabonin sopimuksen jälkeen Euroopan unionin perussopimus käyttää termejä hyväksymismenettely ja lainsäätämisyjärjestys aikaisemman prosessitermin sijaan.

Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa käytetään yleensä termiä prosessi ja prosessin yksi vaihe liittyy siihen, miten lait suunnitellaan, formuloidaan eli muotoillaan sekä kielellisesti että oikeudellisesti säädöksiksi. Vaihe arvioi säädösten merkitystä ja vaikutusta soveltamis- ja toimeenpanon edellytysten näkökulmasta. Prosessia korostavan teorian vahvuus on siinä, että jokaisen prosessin vaiheen ajatellaan varmistavan systemaattisesti sitä, että lainsäädännön tehokkuus paranee (the effectiveness of the law). Prosessia korostava teoria sisältää myös *iteratiivisen* eli käytäntöön tukeutuvan aspektin niin, että se ottaa huomioon eri keinoin lainsäädännöstä saatavan palautteen.¹²⁸

¹²⁵ Ks. *Parliament and Legislative Process*, House of Lords, Select Committee of the Constitution, 14th Report of Session 2003–04.

¹²⁶ *Wintgens*, 2013, 13.

¹²⁷ *Miers—Page*, 1990 (second edition), 1–2.

¹²⁸ *Mader*, 2001a, 120; *Morand*, 2000, 58; myös *Karpen*, 2013, 147, deskriptiivisyys oppiaineessa tarkoittaa, että se tukeutuu myös yhteiskuntatieteiden metodeihin (social science methods), kuten hermeneuttiseen metodiin tai yhteiskuntatieteiden empiirisiin metodeihin. Preskriptiivinen liittyy normatiivisuuteen. Esimerkiksi oikeustieteessä normatiivisuuden merkitys pitää ottaa huomioon tutkimuksen metodissa.

Lähde, oikeuslähde, lainsäädännön lähde

Lähde-käsite on yleinen tieteenteorian teoreettinen ja metodinen käsite, ja siinä tarkoituksessa se tarkoittaa niitä (informaatio-, tieto-) lähteitä, esimerkiksi kirjallisuuslähteitä, asiakirjalähteitä tai oikeustapausaineistoja, joita käytetään lähteinä tutkimuksessa. Euroopan unionin oikeuskäytäntö on yksi tämän tutkimuksen tärkeä lähde.

Oikeuslähde on tärkeä oikeustieteellisen tutkimuksen käsite ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan käsite. Oikeustieteessä oikeuslähteillä ja sitä koskevalla opilla on merkitystä kuten *Aulis Aarnio* kirjoittaa: ”Jos ratkaisun tueksi ei voida esittää yhtään hyväksyttyä oikeuslähdetä, ratkaisu ei ole juridinen.” Lainsäädäntö on yksi tärkeä, ehkä tärkein, oikeuden lähde. Tärkeää oikeudellisesti relevantin ratkaisun yhteydessä ovat myös ”perusteet” ja ”perustelut”.¹²⁹

Myös lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa käytetään termiä *lähde*. Termiä lainsäädännön lähde, *sources of legislation*, käytetään alan kirjallisuudessa niistä aineistoista, joita käytetään lainsäädännön lähteinä¹³⁰. Selvää lienee, että perustuslaki tai perussopimukset ovat keskeinen lainsäädännön oikeudellisesti velvoittava lähde. Epäselvää kuitenkin on, mitä niiden noudattamatta jättäminen merkitsee lakien pätevyyden näkökulmasta. Esimerkiksi erilaiset legistiset ohjeet ovat myös lainsäädännön lähteitä¹³¹. Myös se tieto, jota saadaan jälkilainsäädännöllisen vaiheen hyvin erilaisilla tavoilla, kuten säädösten jälkikäteisen oikeudellisen valvonnan avulla tai säädösten toimeenpanon tai vaikutusten arvioinnin keinoin, on lainsäädännön päätöksenteon tärkeä lähde¹³².

Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa termi lainsäädännön lähde tarkoittaa niitä oikeuden normeja ja muita materiaaleja sekä ”informaatiolähteitä”, joihin tukeudutaan lainsäädännön prosessissa ja eri vaiheissa silloin, kun normeja muotoillaan ja formuloidaan säädösten teksteihin oikeuden normeiksi ja voimassa olevaksi lainsäädännöksi. Lainsäädännön lähteet voidaan jaotella *oikeudellisiin*, kuten kansallinen perustuslaki ja sen tulkinnat, tai sellaisiin lähteisiin, jotka tuottavat *faktuaalista* tietoa lainsäädännön päätöksenteon perustaksi. Näitä ovat evaluaatiot, tutkimukset ja erilaiset selvitykset lainsäädännön toimeenpanosta ja vaikutuksista. Lainsäädännön lähteenä käytetään myös perinteisesti legistisiä ohjeita, jotka ovat luonteeltaan ja painotukseltaan *lingvivistisiä*.¹³³

Lakien säätämisessä legistiset ohjeet liittyvät myös lainsäädännön materiaallisen tai substantiaalisen aineksen rationaalisuuden parantamiseen. Esimerkiksi Yhdistyneessä kuningaskunnassa legistiset ohjeet edellyttävät vaikutustenarviointitietoa perus- ja ihmisoikeuksista lainsäädäntöehdotuksissa niin, että sitä tulee olla käytettävissä myös parlamentin menettelyissä sen tehdessä päätöksiä¹³⁴. Ranskassa lainsäädännön valmistelu perustuu pitkälti lainvalmisteluohjeille. Huomiota ohjeissa kiinnitetään erityisesti lainsäädännön laatuun, yksinkertaistamiseen ja Euroopan unionista pe-

¹²⁹ Aarnio, 2006, 367–369.

¹³⁰ Ks. esimerkiksi Miers ja Page, 1990, (second edition) 18, ”fundamentals and sources of legislation”.

¹³¹ Xanthaki, 2010, 111–128 manuaaleja; Flückiger, 2008, 16–18; Flückiger, 2008a, 9–24; Müller, 1999, 27–28, *Rechtsetzungstechnik, has established in the legislative Praxis, as “Richtlinien”, “Leitfäden”, “Checklisten” and other legistic sources.*

¹³² De Vrieze, 2018, 4 ja 6.

¹³³ Flückiger, 2008, 9–24.

¹³⁴ Guide to Making Legislation, 2013, section 1.1.2., myös section 4.1.2. ja 4.1.3, ei sivunumeroita, the facts elaborated through evaluations must be available the whole legislative process.

räisin olevien direkttiivien implementointiin. Implementoinnissa tärkeitä ovat niin oikeudelliset, taloudelliset, hallinnolliset kuin alueelliset tekijät.¹³⁵ Vaikka Ranskan lainvalmisteluohjeissa on kiinnitetty huomiota vaikutusten arviointiin ja sitä säädösten perusteella edellytetään, on ohjeessa kiinnitetty muodollisiin näkökohtiin ja puhtaasti säädösten kirjoittamiseen liittyviin juridis-teknisiin kysymyksiin paljon enemmän huomiota kuin Yhdistyneessä kuningaskunnassa¹³⁶.

Myös Euroopan unionin lainsäädäntöä varten on laadittu unionin säädösten laadintaohje, joka on samalla yksi lainsäädännön lähde.¹³⁷ Lainsäädännön legistislingvistiset ohjeet ovat lähde ja yksi lainsäädännön metodi.

Rationaalisuus

Karpen samastaa lainsäädännön rationaalisuuden ja laadun niin, että hänen mukaansa laadukas lainsäädäntö edellyttää rationaalisuutta.¹³⁸ Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa varsinkin 1970-luvulla ja 1980-luvulla rationaalisuuden käsitettä määriteltiin niin, että se liitettiin *oikeusvaltioperiaate*-käsitteeseen ja erityisesti *oikeusjärjestyksen konsistenssiin* eli siihen oletukseen, että lainsäädäntö noudattaa oikeusjärjestyksessä normien loogista ristiriidattomuutta. Myöhemmin 1990-luvulle tultaessa tässä ajattelussa tapahtui muutos ja rationaalisuuskäsitteen yhteydessä esitettiin vaatimus rationaalisesta ja erityisesti aineellisesta mielessä *johdonmukaisesta* lainsäädännöstä. Tätä muutosta voidaan pitää tärkeänä paradigmanmuutoksena.¹³⁹

Ajankohdan muutos on perua kansallisten lainsäädäntöjen toimintaympäristön ylikansallistumisesta ja lainsäädäntöjen sisällöllisestä monimuotoistumisesta sekä yleisemmin kansallisten valtiosääntöjen avautumisesta kansainväliselle keskustelulle.¹⁴⁰

Käsitteenä rationaalisuudella tarkoitetaan inhimillistä kapasiteettia tietää ja toimia järjen avulla. Se on hyvän toiminnan ja valintojen laatukriteeri. Rationaalisuuden on määritelty olevan *materiaalisen lainsäädäntömetodin* ydintavoite. Rationaalisuus lainsäädännössä voi olla luonteeltaan esimerkiksi oikeudellista tai taloudellista rationaalisuutta. Se voi liittyä lainsäädännön aineelliseen sisältöön mutta myös menettelyihin. Sitä voidaan edistää lainsäädännön systemaattisella suunnittelulla, joka tapahtuu prosessin esilainsäädännöllisessä vaiheessa. Modernissa oikeudessa yksi tärkeä rationaalisuutta edistävä ja vahvistava lainsäädäntömetodi on lainsäädännön jälkilainsäädännöllinen vaihe eli voimassa olevien säädösten kontrolli tai valvonta, jota toteutetaan eri tavoin.¹⁴¹ Euroopan unionin paremman lainsäädännön syklisen mallin metodissa rationaalisuutta edistävät suunnittelu, päätöksenteko, toimeenpano sekä *ex ante*- ja *ex post*-tyyppinen evaluaatio.¹⁴² Tarkastelen sitä lähemmin luvussa neljä.

¹³⁵ <http://www.legifrance.gov.fr> (14. octobre 2014), Premier ministre du 27 septembre 2004 (JO no 230 du 2 octobre 2004 p. 16920).

¹³⁶ Ks. Guide Legistique, 2007, ohjeen sisältö.

¹³⁷ Yhteisen käytännön opas, 2014, 8.

¹³⁸ Karpen, 2017, 12.

¹³⁹ Grzeszick, 2016, 62–63.

¹⁴⁰ Karpen, 2013, 183–184.

¹⁴¹ Karpen, 2016, 298–99 ja 309.

¹⁴² European Commission, Strasbourg 19.5.2015 SWD (2015) 111 final, 5–6; Van den Abeele, 2009, 8–9.

Lainsäädännön yhteydessä rationaalisuus ei ole uusi käsite. Lainsäädännön rationaalisuus on määritelty yhdeksi lainsäädännön ja sääntelyn ideaaliksi ja irrationaalisuuden vastakohtaksi¹⁴³. Teoreettisesti arvioiden lainsäädäntö voi olla rationaalista mutta myös irrationaalista eli epärationaalista.¹⁴⁴ Epärationaalista laki on silloin, kun se toteuttaa siinä tarkoitetuksi esitettyjen tavoitteiden (manifest function) sijaan piilotavoitteita. Myös silloin, kun lain tavoitteita ei ole mahdollista toteuttaa käytännössä, on laki epärationaalista eikä se ole luonteeltaan ”hyvää lainsäädäntöä”¹⁴⁵.

Yleisen lain käsitteen alaan kuuluvat sekä lainsäädännön *finalistisuus* eli tavoitteiden saavuttaminen että *instrumentaalisuus* eli sääntelyn välineellinen luonne edellyttävät lainsäädännältä rationaalisuutta¹⁴⁶. Lainsäädäntömetodisesti rationaalisuus voidaan jaotella myös *periaateperustaiseen rationaalisuuteen* (principle-based rationality, Grundsatzvernunft) ja kasuistisuutta korostavaan *tapauskohtaiseen rationaalisuuteen* (occasional rationality, Gelengenhetsvernunft). Rationaalisuuden muodot liittyvät valtiosääntöperiaatteisiin, oikeusvaltioperiaateeseen (Rechtsstaatprinzip) ja sen alaperiaatteisiin tukeutuvaan traditioon sekä demokratiaperiaateeseen.¹⁴⁷

Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa tunnetaan myös *lainvalmistelun muodollinen metodi*, joka tarkoittaa sitä, että tuomioistuinten tapauskohtaisia ratkaisuja sisällytetään lainsäädäntöprosessin kuluessa (wrapped up) säädöksiin niin, että lainsäätäjät sitoo tuomiovallan säätämänsä lakiin mahdollisimman tarkkana tulkintakäytäntönä. Säädöksiin liitetyt tulkintaohjeet ohjaavat tulkintaa ja siten määrittävät tarkemmin, miten laki on ymmärrettävä.¹⁴⁸ Tässä tutkimuksessa rationaalisuuskäsite liittyy lainsäädännän metodeihin ja myös lainsäädännän päätöksenteon tiedollisiin mahdollisuuksiin ja rajoituksiin lainsäädännän prosessin eri vaiheissa, niin esilainsäädännöllisessä vaiheessa, lainsäädännöllisessä vaiheessa kuin jälkilainsäädännöllisessä vaiheessa¹⁴⁹.

Lainsäädännän rationaliteetit

Lainsäädännöltä edellytetään yleisesti *rationaalisuutta* eli järkevyyttä, ja lainsäädännön erilaiset *rationaliteetit* (taloudellinen, oikeudellinen, proseduraalinen) ovat niitä kuvaavia teoreettisia käsitteitä ja määreitä¹⁵⁰. *Karpenin* mukaan kansallisessa kontekstissa lainsäädännön laadun takeina legitimiisyyttä ovat varmistaneet valtiollisten toimijoiden rationaaliseksi oletettu sääntelytoiminta, ylemmänasteisesta normistosta johdettu oikeudellinen rationaliteetti sekä kansallisessa lainsäädännössä omaksuttu taloudellinen rationaliteetti, samoin kuin säädösten jälkikäteinen valvonta (review)

¹⁴³ Flores, 2005, 26–52.

¹⁴⁴ Flores, 2005, 26–52.

¹⁴⁵ Siehr, 2016, 325.

¹⁴⁶ Kirchhof, 2016, 98–99.

¹⁴⁷ Siehr, 2016, 325.

¹⁴⁸ Karpen, 2017, 15.

¹⁴⁹ Wintgens, 2013, 27.

¹⁵⁰ Karpen, 2016, 299.

ja kontrolli¹⁵¹. Lainsäädäntöteoreettisena käsitteenä *rationaalisuus* ei ole välttämättä sama asia kuin *rationaliteetti*¹⁵².

Teoreettisesti tarkastellen lainsäädännön päätöksenteko noudattaa myös erilaista *rationaliteettia* kuin esimerkiksi oikeudellinen päätöksenteko, jossa säädös on soveltamisen ja tulkinnan kohde¹⁵³. Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa termiä *rationaliteetti* käytetään yhteydessä, jossa tarkastellaan joko ulkoisiin lainsäädännön prosesseihin eli lainsäädännön menettelyihin (menettelyrationaliteetti) liittyviä seikkoja tai sisäisiin lainsäädännön prosesseihin eli lainsäädännön materiaaliseen sisältöön liittyvää päätöksentekoa ja harkintaa¹⁵⁴. Kyse on erityisesti eurooppalaisessa kontekstissa säädösten justifiointin kaltaisesta päättelystä. Justifiointi käsitteenä tarkoittaa oikeuttamista¹⁵⁵. *Wintgensin jurisprudence*-teoriassa *rationaliteeteilla* tarkoitetaan yksilön autonomian ja vapauden rajoituksen perusteluvelvollisuutta ja niitä tarkoittavia periaatteita lainsäädännön yleisenä lähtökohtana¹⁵⁶. Teoria soveltuu lainsäädännön prosessin eri vaiheissa sääntelyn justifiointikeinoksi, kun harkitaan sääntelyn tarpeellisuutta ja intensiteettiä suhteessa yksilön autonomiaan.

Esimerkiksi *Peter Wahlgrenin* teoriassa lainsäädännön *rationaliteetteja* ovat *poliittinen, oikeudellinen ja kulttuurinen rationaliteetti, sisäinen koherenssi* sekä *toimeenpanorationaliteetti*. Ne määrittävät teoreettisella tasolla sitä, mitä seikkoja legitiimin lainsäädännön on tullut ottaa huomioon lainsäädännön prosessissa. *Poliittinen rationaliteetti* on lainsäädännön instrumentaalista rationaalisuutta ja sitä, että lait toteutuvat valtiotäätönormien rajoissa, se on informatiivista ja riittävän joustavaa ja sen avulla toteutetaan tarkoitettuja politiikkatavoitteita. *Oikeudellinen rationaliteetti* tarkoittaa yleisen lain vaatimuksia, perusoikeusnormien noudattamista, erilaisten intressien tasapainottamista ja oikeusvarmuutta, kuten taannehtivuuden kieltoa. *Kulttuurisella rationaliteetilla* tarkoitetaan lainsäädännön kontekstuaalista hyväksyttävyyttä, kuten yhteiskunnan eettisten, moraalisten ja uskonnollisten tekijöiden huomioon ottamista, yhteisön oikeustietoisuuteen, traditioihin tai esimerkiksi yhteiskuntakehityksen piirteisiin liittyviä näkökohtia lainsäädännössä. *Toimeenpanorationaliteetti* tarkoittaa toimeenpanon tehokkuutta, oikeusturvakeinoja ja lainsäädännön sovellettavuutta. Lainsäädännön *sisäinen rationaliteetti* tarkoittaa sen sisäistä johdonmukaisuutta ja kieleen liittyviä vaatimuksia.¹⁵⁷

Vastaavalla tavalla *Atienzan* teoriassa lainsäädännön *rationaliteetteja* ovat *lingvistiinen rationaliteetti* (*linguistic rationality*), joka tarkoittaa sitä, että toimivaltainen lainsäätäjät välittää lainsäädännön kielen avulla viestin sääntelyn kohteille, *oikeudellis-formaalinen rationaliteetti* (*legal-formal*), joka merkitsee sitä, että lainsäädännön tulee

¹⁵¹ Karpen, 2016, 296.

¹⁵² Sen, 2010, 194–200, käsitteistä *rational choice* ja *reason*, *rationaalisuus* on suhteellinen käsite, sitä voidaan tarkastella eri näkökulmista, “Rationality is in fact a rather permissive discipline...If rationality would be a church it would be a rather wide church.”

¹⁵³ Gema, 2010, 94–95.

¹⁵⁴ Bickenbach, 2016, 242–244.

¹⁵⁵ Alexy, 1989, 16.

¹⁵⁶ Wintgens, 2005, 11–15 ja 22, myös Wintgens, 2004, 312–313; Vrt. Campell, 2013, 65–67, yksilön autonomian ilmentyminen laeilla, Campell, 2013, 68–70 myös 75, ihmisoikeuksien toteutuminen lakien avulla, myös vähemmistöjen oikeudet toteutetaan laeilla.

¹⁵⁷ Wahlgren, 2008, 59.

olla osa ja sopeutua osaksi oikeusjärjestystä. *Pragmaattinen rationaliteetti* (pragmatic rationality) tarkoittaa sitä, että lainsäädäntö tulee panna toimeen asianmukaisella tavalla niin, että sen kohteiden on mahdollista noudattaa sitä. *Teleologinen rationaliteetti* (teleological rationality) *Atienzan* teoriassa tarkoittaa lainsäädännön tavoitteeksi asetettua vaatimusta saavuttaa lainsäädännön tavoite ja sosiaalinen tehtävä sekä lainsäädännön kykyä toteuttaa sääntelyn päämäärät ja tavoitteet. *Eettinen rationaliteetti* (ethical rationality) tarkoittaa oletusta siitä, että lainsäädännössä on otettu huomioon justifioinnin keinoin lainsäädännön edellyttämä yhteiskunnallinen arvoperusta.¹⁵⁸

Teleologinen rationaliteetti teoreettisena käsitteenä kuvaa sitä, että teleologiselle lainsäädännölle on tyypillistä sille asetettujen tavoitteiden ja päämäärien saavuttaminen. Pragmaattinen rationaliteetti puolestaan liittyy tehokkuuteen lainsäädännön toimeenpanon ja sovellettavuuden merkityksessä. Rationaliteetit ovat teoreettisia deskriptioita, joilla otetaan haltuun tutkimuksen kohdetta ja viestitään siitä. Ne ovat työvälineitä, joilla käsitteellistetään tiedollisesti tutkimuskohdetta. Samalla tavalla kuin oikeustieteellä, lainsäädäntöteoreettisilla käsitteillä on tieteenalansa *kognitiivinen eli tiedollinen* perustehtävä¹⁵⁹.

1.1.4 Tutkimuksen perustelu

Euroopan unionin tuomioistuin ryhtyi käyttämään Euroopan unionin edeltäjästä eli Euroopan talousyhteisöstä käsitettä oikeusjärjestys jo 1960-luvun alkuvuosina niin, että käsite vakiintui myös oikeuskirjallisuuteen¹⁶⁰. Euroopan unionin oikeusjärjestys on perua Euroopan talousyhteisöstä (ETY), se on muutettu Euroopan yhteisöksi (EY), ja eräiden sopimusmuutosten jälkeen Lissabonin sopimuksella¹⁶¹ siitä on perustettu Euroopan unioni, joka korvaa Euroopan yhteisön, jonka seuraaja se on¹⁶². Lissabonin sopimuksen yleisten määräysten perusteella Euroopan yhteisön ja unionin perustamissopimusten normisto on sen voimaantulon jälkeen Euroopan unionin oikeutta. Lissabonin sopimuksen SEU 1 artiklan 3 kohdan mukaan ”Unioni perustuu tähän sopimukseen ja sopimukseen Euroopan unionin toiminnasta”. Niistä käytetään nimitystä ”perussopimukset”. Sopimuksen SEU 1 artiklan kolmannen kohdan mukaan kummallakin aikaisemmalla sopimuksella on sama oikeudellinen arvo. Edellä johdannossa olen määritellyt Lissabonin sopimuksen jälkeistä lainsäädännön käsitteistöä.

Euroopan unionin sopimuksen kokonaisuuteen kuuluu myös Euroopan unionin perusoikeuskirja¹⁶³, josta tuli Lissabonin sopimuksen jälkeen muiden unionin sopimusten kanssa samanarvoista primäärioikeutta. Perusoikeuskirja ja Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus ovat muodollisesti kaksi erillistä normijärjestelmää. Eu-

¹⁵⁸ Atienza, 1989, 385–386.

¹⁵⁹ Tolonen, 2003, 74.

¹⁶⁰ C-6/64 *Costa v. ENEL*, Ep. I 00211, ECLI:EU:C:1964:66. Käsitteestä Lenaerts, 1993, 2, uusi oikeusjärjestys-käsite, joka sisältää liittovaltioiden systeemin ainekset, *novel legal order...containing the essence of federal system*. Ks. Klabbers, 2004, 253–255, 262–269; Hartley, 2003, 89; MacCormick, 1997, 5–6; Ks. myös Ojanen, 1999, 1072–1077; Gautron, 1994, 85; Boulois, 1993, 222–224.

¹⁶¹ Ks. edellä Euroopan unionin oikeuden sopimusten vaiheet ja unionin oikeusjärjestyksen rakentuminen.

¹⁶² Lissabonin sopimus Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen muuttamisesta, allekirjoitettu Lissabonissa 13. joulukuuta 2007, EUVL 17.12. 2007/C/306/01.

¹⁶³ EUVL (2010/C 83/02).

roopan unioni ja Euroopan neuvosto ovat harjoittaneet institutionaalista yhteistyötä jo 1960-luvulta lähtien. Yhteistyö on ollut ensin luonteeltaan viranomaisyhteistyötä, mutta myöhemmin yhteiseen sopimukseen perustuvaa yhteistyötä eräiden politiikka-alojen toimeenpanon alalla. Nykyisin Euroopan unionin ja Euroopan neuvoston yhteistyötä harjoitetaan myös järjestöjen tuomiovallan alalla ja järjestöjen elimet muodostavat yhdessä eurooppalaisen valtiosäännön perusoikeusjärjestelmän.¹⁶⁴

Euroopan unionin perussopimuksen SEUT 288 artiklan tarkoittama lainsäädäntö unionin oikeuden *ensisijaisuusperiaatteen* perusteella *syрjäyttää* jäsenvaltion kansallisen lain ja perustuslain säännökset Euroopan unionin oikeuden toimivallan alueella. Italian *Giudice Conciliatore di Milanon* pyytämässä ennakkoratkaisussa 6/64 *Costa v. ENEL* tuomioistuin totesi unionin lainsäädännön syrjäyttävän kansallisen tavallisen lainsäädännön, ja Saksan hallintotuomioistuimen, *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main*, pyytämässä ennakkoratkaisussa 11/70 *International Handelgesellschaft* myös kansallisen perustuslain normistoa *konstitutionaalisen ensisijaisuusperiaatteen* unionin toimivallan alalla.¹⁶⁵

Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä annettavan lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun tutkiminen on tärkeää kansallisesti arvioiden siksi, että kaikki Euroopan unionin oikeuslähteet mukaan lukien Euroopan unionissa annettu unionin lainsäädäntö on osa unionin jäsenvaltion kansallista oikeusjärjestystä.¹⁶⁶ Sääntely-ympäristöön, jossa ylikansallista lainsäädäntöä annetaan, liittyy monia vähän tutkittuja erityispiirteitä, kuten unionin säädösten jälkikäteinen normivalvonta. Itsessään Euroopan unionin oikeusjärjestyksen ja sen lainsäädännön hahmottaminen on työlästä.

Tarkastelun kohteena voisi olla minkä tahansa oikeusjärjestyksen lainsäädäntä ja sen metodi. Euroopan unionin lainsäädännön metodeja tarkastelen erityisesti siksi, että Euroopan unionissa on pyritty edistämään myös oikeudellisesti velvoittavalla tavalla parempaa lainsäädäntöä ja otettu käyttöön uusia lainsäädännön metodeja. Niiden mukaan Euroopan unionin lainsäädännöltä edellytetään sellaista ymmärrettävyyttä, johdonmukaisuutta ja sääntelytapaa, että kansalaiset ja talouden toimijat voivat olla selvillä oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan.¹⁶⁷

¹⁶⁴ A sole ambition for the European continent, 2006.

¹⁶⁵ 6/64 *Costa v. ENEL*, Kok. Erik. painos, I 00211, ECLI:EU:C:1964:66, kohta 3 ja asia 11/70 *International Handelgesellschaft*, Kok. Ep. 00501, ECLI:EU:C:1970:114, kohta 3, ensisijaisuus kaikkentasoiseen kansalliseen lainsäädäntöön, myös jäsenvaltion perustuslain säännöksiin. Beck, 2012, 168–169; aikaisemmin Weiler, 2004, 6; Alter, 2002, 16–2. Erityisesti periaatteen kehityksestä *Cartabia*, 1998, 135–40. Ks. myös merkityksestä kansallisessa oikeudessa *PeVL 14/1994*, 3 samoin hallituksen esitys 135/1994 vp, II, 14–16, 2, 3 ja 4 art., esitys 135/1994 vp, 112–117, ehdoista Suomen jäsenyydestä Euroopan unionissa. Lissabonin sopimuksen julistus n:o 17, Euroopan unionin oikeuden normien oikeudellinen sitovuus ja etusija, viittaa oikeuskäytäntöön, joka on annettu 1960-luvulta lähtien. Ks. oikeudellisesti tärkeiden liittymisasiakirjojen merkityksestä tapauksessa *C-192/99 The Queen v. Manjit Kaur* Kok. 2001 I 01237, ECLI:EU:C:2001:106, alakohtat 24, 25 ja 26, sitova oikeus.

¹⁶⁶ Suomessa sopimus Euroopan unionista saatettiin voimaan kansallisilla voimaansaattamislaeilla hallitusmuodon (94/1919) ja valtiopäiväjärjestyksen (7/1928) säännösten ollessa vielä voimassa, valtiopäiväjärjestyksen 69 §:n 1 momentin nojalla poikkeuslailla, Euroopan unionin perustamissopimusten kansalliset voimaansaattamislaikset L(1540/1994) 1 §, (505/1999) 1 § ja (1/2002) 1 §.

¹⁶⁷ Joint Practical Guide, 6; Ks. kansallinen Lainkirjoittajan opas, <http://lainkirjoittaja.finlex.fi/> (7.10.2018) ja sen kohta 18.1.5, tavoitesäännöstöä ei saa kirjoittaa siten, että ”jokaisella tulee olla hänen tarpeitaan vastaava asunto” siksi, että normi ei kohdistu kehenkään, vaan esimerkiksi siten, että ”asunto-olojen kehittämisen tavoitteena on, että jokaisella on hänen tarpeitaan vastaava asunto”.

Oikeustieteen näkökulmasta lainsäädännön tarkastelu on tärkeää siksi, että yhteiskunnan keskeiset normit ja periaatteet, kuten esimerkiksi hallinto-oikeudellinen luottamuksensuojan periaate, perustuvat voimassa olevaan oikeuteen, joka ilmenee yhteiskunnan toimijoille yleensä kirjoitettuna lainsäädäntönä¹⁶⁸. Oikeusjärjestyksen toimivuuden näkökulmasta yksityisten toiminta, viranomaistoiminta ja lakiin perustuvat julkiset hallintotehtävät edellyttävät modernissa hallinnossa perusteikseen sellaista lainsäädäntöä, joka on *tehokasta*, perustuu *tosiasiaperusteisiin* ja täyttää *oikeusvaltiolliseen laadun vaatimukset*¹⁶⁹.

Euroopan unionin lainsäädännön metodien tutkimusta puoltaa erityisesti se, että Euroopan unionin lainsäädännöllä on yhteiskunnallisesti ja oikeudellisesti merkittävä painoarvo Euroopan unionin jäsenvaltioissa. Euroopan unionin lainsäädännöllä on unionin jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksissä perinteistä kansallista lainsäädäntöä ja sen laillisuusperiaatteen toteuttamista muistuttava tehtävä siinä, että unionin lainsäädäntöä on määrä soveltaa (tai toimeenpanna) ”yleisenä lakina” käytäntöön ja siten konkreettisiin yksittäisiin tapauksiin. Euroopan unionin pyrkimyksessä edistää parempaa lainsäädäntöä on kyse lainsäädännön oikeusvaltiollisesta laadusta, lainsäädännön käytäntöön sovellettavuudesta ja hyödyllisyydestä, joista on tullut entistäkin tärkeämpiä paremman lainsäädännön kriteereitä.¹⁷⁰

Euroopan unionin lainsäädäntö on jäsenvaltion kansallisessa oikeudessa tärkeä oikeuslähde. Verrattuna muihin kansainvälisiin järjestöihin Euroopan unioni on poikkeuksellinen järjestö siksi, että Euroopan unioni käyttää lainsäädäntövaltaa, jolla on välittömiä oikeusvaikutuksia myös jäsenvaltioiden yksityisiin.¹⁷¹ Euroopan unionin lainsäädännön normeilla on eräin ehdoin myös jäsenvaltioita tai sen yksityisiä sanktioiva oikeudellinen vaikutus¹⁷².

Euroopan unionin paremman lainsäädännön edistämisen yhteydessä tärkeäksi *oikeusvaltiolliseksi keinoksi* määritelty kannamenettely lähtee siitä ajatuksesta, että unionin jäsenvaltioiden kansalaisten kantelu edistää Euroopan unionin lainsäädännön yhtenäistä soveltamista¹⁷³. Tämä tietysti edellyttää sitä, että kansalaisten on voitava arvioida oikeusvaltiollisen laadun näkökulmasta unionista peräisin olevaan *kirjoitettua lainsäädäntöä oikeuden lähteenä ja soveltamisen kohteena*. Eurooppalaisessa valtiosäännössä kukin oikeusjärjestys tai normijärjestelmä *toteuttaa* valtiosäännössään ja lainsäädännön järjestelmässään oikeusvaltiollista laatua sille ominaisella tavalla. Suomen oikeusjärjestyksessä oikeusvaltioperiaate on ymmärretty sekä säädösten säätämistasokysymyksenä että soveltamisajankohdan kysymyksenä, ja Suomen pe-

¹⁶⁸ Kirchhof, 2016, 111–112. Ks. C-189/02 P *Dansk Rørindustri A/S et. al, Yhdistetyt asiat*, Kok. 2005 I 05425, ECLI:EU:C:2005:408, kohta 43, “...protection of legitimate expectations and non-retroactivity...”

¹⁶⁹ Karpen, 2016, 304; Siltala, 2003, 76–82, realismin käsite, tieteellinen realismi ja oikeusrealismi, tässä tarkoitan yhteiskunnan tosiasioita, lähinnä reaali maailmaa metodologisen realismin merkityksessä.

¹⁷⁰ Ks. komission tiedonanto-EU:n lainsäädäntö: parempiin tuloksiin soveltamista parantamalla, C/2016/8600, (2017/C/ 18/02); Funktionaalinen, ks. Karpen 2016, 305, lailla on esimerkiksi käyttäytymistä muuttamaan pyrkivä tehtävä tai sillä pyritään suojaamaan yksilön oikeuksia.

¹⁷¹ Klabbers, 2004, 170–176; Ojanen, 1999, 1071.

¹⁷² Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003 perussopimuksen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta, johdanto-osan 5 kohta.

¹⁷³ Ks. Euroopan komission tiedonanto, EU:n lainsäädäntö: parempiin tuloksiin soveltamista parantamalla, (2017/C/ 18/02).

rustuslain 2 § 3 momentin vaatimuksena on noudattaa eduskunnassa säädettyä lakia julkisen vallan käytön perustana.

Suomen oikeusjärjestyksessä on omaksuttu etukäteinen säädösten normivalvonnan järjestelmä, ja säädösten jälkikäteinen normivalvonta on luonteeltaan *heikkomuotoista*¹⁷⁴. Suomen oikeusjärjestyksessä kansallista parlamenttilakia ei ole mahdollista edelleenkaan sivuuttaa kuin poikkeuksellisesti yksittäisessä tapauksessa ja edellytyksellä, että laki on ilmeisessä ristiriidassa perustuslain säännösten kanssa.¹⁷⁵

Tutkimuksessa esimerkiksi säädösten oikeudellinen normivalvonta ja niihin liittyvä pätevyysolettama eli *presumptio* niiden pätevydestä ja laillisuudesta ei ole tuttu tai tutkittu instituutio Suomen oikeusjärjestyksessä¹⁷⁶. Eurooppalaisissa valtioissa oikeudellista normivalvontaa toteutetaan eri tavoin¹⁷⁷. Suomen oikeusjärjestyksessä ei tunneta myöskään jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan yhteydessä syntyvää *bouche de la constitution*- tai *constitutional jurisprudence* -tyyppistä oikeuskäytäntöä kuin vain normivalvonnan heikossa merkityksessä¹⁷⁸. Pidän tällaista oikeuskäytäntöä oikeudellisesti tärkeänä lainsäädännön lähteenä. Sen avulla on mahdollista arvioida säädösten oikeusvaltiollista laatua. Tarkastelen Euroopan unionin lainsäädännön jälkilainsäädännöllistä vaihetta luvussa kuusi. Jälkilainsäädännöllinen vaihe on ilmiö, joka on monimuotoinen ja kehittyvä lainsäädäntöteoreettinen suuntaus eurooppalaisissa ja myös muissa oikeusjärjestyksissä.

Lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen tarve on yleisesti ottaen nähty suureksi, ja modernin lainsäädännön laatuun on yleisesti kohdistettu monia kysymyksiä ja hyvin paljon kriittisiä arvioita. Modernia lainsäädäntöä on määritelty monimutkaiseksi ja epärationaaliseksi, ja yleisesti lainsäädännön on todettu olevan kriisissä¹⁷⁹. Yhdeksi modernin lainsäädännön suureksi ongelmaksi on määritelty lyhytnäköinen lainvalmistelu sekä se, että lainsäädännön valmistelussa ei tunneta kokonaisvaltaista lähestymistapaa.¹⁸⁰

1.2 TUTKIMUKSEN LÄHTEET

Olen käyttänyt teoreettisen käsitteistön määrittelyssä pääosin eurooppalaista ja kansainvälistä lainsäädäntöteoreettista sekä oikeustieteellistä kirjallisuutta. Tarkastelen sitä yksityiskohtaisemmin luvussa kaksi. Perustelen valintaa sillä, että eurooppalainen tutkimustraditio on tarkastellut Euroopan unionin oikeusjärjestystä, ja sen lainsäädännön käsitettä ja lainsäädäntää paitsi useammista näkökulmista myös pidemmän aikaa ja kattavammin kuin suomalainen.

Kansainvälisen kirjallisuuden käyttämiseen on myös muita syitä. Esimerkiksi yhdysvaltalaisesta lainsäädäntötieteestä peräisin oleva evaluaatio taloudellisten seik-

¹⁷⁴ Lavapuro, 2009, 71–79, perusoikeussuojaa korostavista malleista Kanada, Uusi-Seelanti ja Yhdistyneet Kuningaskunnat; Waldron, 2006, 1357–1358, normivalvonnan mallin käsitteestä.

¹⁷⁵ Hidén, 2002, 1168.

¹⁷⁶ Ks. käsitteestä Suviranta 1996, 101–110, pätevyysoletaman käsitteestä.

¹⁷⁷ Ks. tästä van Gestel—de Poorter, 2016, 157, vertailu normivalvonnasta ja suhteellisuusperiaatteesta Hollannin näkökulmasta.

¹⁷⁸ Delley—Flückiger, 2005, 94–95; Mader, 1985, 44, 46 ja 48 sekä 51 ja 56.

¹⁷⁹ Flückiger, 2008, 11.

¹⁸⁰ Hallberg, 2017, 29.

kojen korostamisena lainsäädännössä rantautui ensi vaiheessa keskieurooppalaiseen lainsäädäntöteoreettiseen käytäntöön ja tutkimuskirjallisuuteen. Ranska eurooppalaisista valtioista ensimmäisenä omaksui evaluaatiometodin lainsäädännön taloudellisten vaikutusten arvioimiseksi.¹⁸¹ Jäljempänä voidaan myös havaita, että Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä omaksutut lainsäädännön menetelmät ovat perua kansainvälisten järjestöjen vastaavista.

Esimerkiksi ranskalaisessa oikeustieteessä tunnetaan perinteisen legistiikan lisäksi oikeussosiologinen ja realismiin vivahtava lainsäädäntötutkimus, ja sitä kutsutaan nimenomaisesti termillä faktuaalinen positivismi (*le positivisme factueliste*). *Charles-Louis de Secondat Montesquieu* yhtenä sen varhaisena edustaja. Suuntausta edustavat myös amerikkalaiset oikeusrealistit *K. Llewellyn* ja *Jerome Frank* sekä erityisesti oikeuden ja talouden analyysin alalla Chigagon koulukunnan edustaja *R. Posner*, joihin viitataan jäljempänä.¹⁸²

Oikeustieteessä termi positiivinen oikeus tarkoittaa säädettyä oikeutta ja sillä tavoin *näkyväksi tehtyä* oikeutta. Se on eri asia kuin ”comtelainen” positivismi, joka on yksi yhteiskuntatieteellisen metodologian ajattelumalli¹⁸³. Ranskalainen tieteenaloja luokitellut sosiologi *August Comte* perusteli positivismin käsitteessään uskonnosta ja metafysiikasta vapaata yhteiskuntatieteiden tieteenteoriaa, jota nimitetään positivismiksi¹⁸⁴. Termi positivismi tarkoittaa tieteentutkimuksen käsitteistä, jonka mukaan inhimillinen tieto perustuu aistikokemukseen ja tähän kokemukseen perustuviin yleistyksiin¹⁸⁵. Määrittely vastaa tieteenteoreettisen positivismin käsitteistä, jonka mukaan tieteellinen tieto voi perustua vain empiiriin havaintoihin sekä luonnontieteiden soveltamiin mekanistis-kausaalisiin selitysmalleihin. Tieteessä esimerkiksi ”metafyysisillä spekulaatioilla tai intuitiivisella tiedolla tai tutkijan omilla arvoarvostelmilla” ei ole sijaa.¹⁸⁶ Tarkastelen jäljempänä erikseen ”järkeen” ja ”aistikokemukseen” perustuvan tiedonmuodostuksen perustaa sekä sitä, miten tutkimuskirjallisuudessa on suhtauduttu tietoon lainsäädännön päätöksenteossa.

Termi *lainsäädäntö* (*legislation*) on substantiivi ja *lainsäätämisen* kaltaisen toiminnan tulos¹⁸⁷. *Lainsäätämisen* tai *lain säätämisen* erikseen kirjoitettuna on lainsäädännön säätämistä ilmentävä teonsana eli verbi. Kaikkia säädöksiä ei nimenomaisesti *säädetä* lainsäädäntömenettelyssä, vaan kansallisia ja unionin säädöksiä annetaan myös muussa menettelyssä kuin varsinaisesti oikeusjärjestyksessä lainsäätäjäksi nimetyt organin lainsäädäntömenettelyssä. Termin säädöksen säätäminen sijaan eri

¹⁸¹ Rouvillois, 2006, 4–5.

¹⁸² Oppetit, 1999, 102.

¹⁸³ Siltala, 2003, 70.

¹⁸⁴ Siltala 2003, 70; Niiniluoto, 1999, 38.

¹⁸⁵ von Wright, 1998, 281.

¹⁸⁶ Siltala, 2003, 70.

¹⁸⁷ IATE, Interactive Terminology for Europe, <http://iate.europa.eu> ja <https://merriam-webster-com>, haku-termi *legislation*, IATE viittaa Merriam-Websterin sanakirjaan, jonka mukaan substantiivi *legislation* eli lainsäädäntö määritellään ”the action of legislating”.

yhteyksissä käytetään myös muita ilmaisuja, kuten esimerkiksi säädöksen antaminen (enact).¹⁸⁸

Euroopan unionin perussopimuksen säädöksistä määrävissä normeissa (SEUT 288 artikla, artikla 289 ja artikla 290) käytetään termiä *hyväksyä*. Artiklan SEUT 288 mukaan ”Käyttäessään unionin toimivaltaa toimielimet hyväksyvät asetuksia, direktiivejä ja päätöksiä sekä antavat suosituksia ja lausuntoja.” Suomen kielen termi hyväksyä Euroopan unionin terminologian hakemistossa tarkoittaa samaa kuin hyväksyä laki (to pass a bill).¹⁸⁹

Laki on kansallisen oikeusjärjestyksen käsite. Suomen perustuslain 70 §:ssä säädetään *lain säätämisen* vireille tulosta. Suomen perustuslain 72 §:ssä, jossa on kyse lakiehdotuksen käsittelystä eduskunnassa, käytetään termiä lakiehdotuksen *hyväksyminen*. Perustuslain 77 §:ssä, jossa säädetään lain vahvistamisesta, käytetään termiä *eduskunnan hyväksymä laki*. Kansallisissa suomen kielen sanakirjan määritelmissä *lainsäädäntö* tarkoittaa voimassa olevia lakeja, oikeusjärjestystä. Termi *lainsäädäntä* tarkoittaa suomen kielen sanakirjan mukaan lakien säätämistä, esimerkkinä eduskunnan *lainsäädäntä*. *Lainsäädäntövalta* tarkoittaa sanakirjan mukaan valtaa säätää lakeja.¹⁹⁰

Terminologiaa koskevan sanakirja-analyysin ja Euroopan unionin perussopimuksen normiston perusteella Euroopan unionin toimielinten *lainsäädännön* yhteydessä on perusteltua käyttää termiä *lainsäätämisyjärjestys* (legislative procedure, ordinary legislative procedure, special legislative procedure, non legislative procedure)¹⁹¹. Suomeksi käännetyn perussopimuksen artiklassa SEUT 289 käytetään termiä tavallinen *lainsäätämisyjärjestys* tai erityinen *lainsäätämisyjärjestys* ja artiklassa SEUT 294 säädösten ”*hyväksymismenettelystä*” tai ”*menettelystä*” niiden antamisen yhteydessä. Käsitteet ja terminologia ovat muuttuneet Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä perussopimuksissa omaksutun terminologian perusteella. Määrittelen Euroopan unionin oikeusjärjestyksen kehitystä ja *lainsäädännön* käsitettä tarkemmin tutkimuksen luvussa kolme.

Edellä puhutaan unionin *lainsäädännön* järjestelmän yhteydessä termistä *regulaatio*. Termi liittyy yleensä taloudelliseen sääntelyyn. Käytän tässä tutkimuksessa termejä *lainsäädäntö* (legislation) ja *regulaation* kaltainen taloudellinen sääntely (regulation) synonyymeinä sillä varauksella, että niillä on myös muita merkityksiä eri käyttöyhteyksissä¹⁹². *Lainsäädännön* käsitettä käytetään kansainvälisten järjestöjen

¹⁸⁸ IATE, viittaus Merriam-Webster, the action of legislation, specifically: the exercise of power and function of making rules (such as laws) that have force of authority by virtue of their promulgation by an official organ of a state authority or other organization. Ks. kielitoimiston suomen kielen sanakirja, <https://www.kielitoimistonsanakirja.fi>, termillä säätää on monia merkityksiä mutta *lainsäädännön* yhteydessä termi säätää tarkoittaa menettelyä, jolla laki laaditaan ja saatetaan voimaan. Termi säätää tarkoittaa myös säädöksellä määräämistä. Englannin kielessä termi legislate tarkoittaa to perform the function of legislation, to make or enact laws.

¹⁸⁹ <http://iate.europa.eu>, suomen kielen hakusana hyväksyä.

¹⁹⁰ <https://kielitoimistonsanakirja.fi>, suomen kielen hakusana *lainsäädäntö*.

¹⁹¹ IATE, suomenkielinen hakusana *lainsäädäntömenettely* kääntyy englannin kielellä termiksi legislative procedure tai legislative process. Legislative process viittaa Euroopan yhteisön oikeuteen ja yhteisön toimielimiin, legislative procedure taas Euroopan unionin oikeuden oikeusjärjestykseen ja etenkin Lissabonin sopimuksella omaksutun *lainsäädännön* antamista määrävään normiston terminologiaan. Ks. myös *lainsäätämisyjärjestys*, joka kääntyy termiksi legislative procedure.

¹⁹² Termillä sääntely on myös muita kontekstuaalisesti määrittäviä erityismerkityksiä. Esimerkiksi *regulaattoritoiminta* on sääntelyä, jota harjoittavat erityiset sääntelyviranomaiset. Tästä Garapon, 2009, 73–74; Black, 2009, 9–12, *regulaattori* – käsite.

kontekstissa ja sääntelykäsitteen yhteydessä hyvin erilaisissa merkityksissä. Termiä regulaatio (regulation) käytetään lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa mutta myös taloustieteiden ja muiden yhteiskuntatieteiden yhteydessä hyvin monissa eri merkityksissä.¹⁹³ Kokonaan eri asia on niin sanottu regulaattorisääntely, joka on perua angloamerikkalaisesta lainsäädännön kulttuurista ja viime vuosina yleistynyt Manner-Euroopassa ja Pohjoismaissa.¹⁹⁴ Regulaattorit sääntelyviranomaisina soveltavat lainsäädäntöä, jota käytän tämän tutkimuksen esimerkkinä tutkimuksen viitekehyyksen tarkoittamalla tavalla. Regulaattorit soveltavat tietoyhteiskuntasääntelyä mutta sääntelyä soveltavat myös muut tahot. Tässä tutkimuksessa ei ole mahdollista perehtyä laajemmin regulaattoreihin. Kansainvälisessä kirjallisuudessa tunnettu *administrative state* -käsite viittaa erilaisiin toimeenpanon muotoihin, joilla voidaan ymmärtää myös regulaattoritoimintaa¹⁹⁵.

Olen käyttänyt tutkimuksen lähteinä eräiden oikeusjärjestysten ja etenkin Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä syntyneitä lainsäädännön päätöksentekoon liittyviä asiakirjoja ja muun muassa legistisiä ohjeita. Lainsäädännön asiakirjat sisältävät evaluaatioita ja arvioita. Varsin usein laaditut säädösehdotukset perustuvat niille. Tutkimusta varten olen analysoinut tiettyjen lainsäädäntöehdotusten esilainsäädännöllisen vaiheen ja lainsäädännöllisen vaiheen asiakirjoja, tarkimmin vireillä olevaa unionin *ePrivacy*-asetusehdotuksen monivaiheista kulkua eräänlaisena tietoyhteiskuntasääntelykehyyksen sääntelyn kiintopisteenä. *ePrivacy*-asetusehdotuksesta on saatavilla toistaiseksi esilainsäädännöllisen vaiheen käsittelytietoja. Euroopan unionin tietoyhteiskuntasääntelykehyyksen kuuluvan *ePrivacy*-asetusehdotuksen tarkoituksena on kumota sääntelyalalla voimassa oleva direktiivi 2002/58/EY eli sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi.¹⁹⁶ *ePrivacy*-asetusehdotus ei siten ole vielä muodollisesti voimassa olevaa oikeutta vaan säädösehdotus. Se tarkoittaa tutkimuksen lähdeaineiston näkökulmasta sitä, että nimenomaisesti siitä ei ole olemassa lainsäädännöllisen vaiheen käsittelyä tai lainsäädännön jälkikäteisen vaiheen oikeuskäytäntöä. Olennaisempaa tutkimuksessa on tarkastella tietoyhteiskunnan sääntelyalaa. Esimerkiksi mahdollinen jälkikäteisen normivalvonnan vaiheen tapausaineisto tietoyhteiskunnan sääntelyalalla perustuu mainittuun edelleen voimassa olevaan sähköisen viestinnän tietosuojadirektiiviin (2002/58/EY) tai muuhun unionin lähialueen sääntelyyn. Alan sääntely on myös limittäistä. Ajattelen niin, että yksittäistä säädöstä tärkeämpää on tutkia ja seurata tietoyhteiskuntasääntelykehystä ja sen tavoitteita osana unionin sisämarkkinasääntelyä sekä alan sääntelyn yhteensopivuutta unionin perusoikeusjärjestelmän ja perus- ja ihmisoikeusnormiston ja erityisesti yksityisyyden suojan oikeuden kanssa.

Olen käyttänyt Euroopan unionin tuomioistuimen tapausten ohella lähteenä myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tapauksia sekä Euroopan neuvoston asiakirjoja, joissa on määritelty eurooppalaisen valtiosäännön tasolla lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua. Olen viitannut tutkimuksessa myös korkeimman hallinto-oikeuden ja korkeimman oikeuden eräisiin tematiikkaan liittyviin ratkaisuihin sekä oikeuskanslerin ratkaisuihin.

¹⁹³ Karpen, 2016, 296–297.

¹⁹⁴ Rouvillois, 2006, 6.

¹⁹⁵ Tushnet, 2018, 107.

¹⁹⁶ Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, A study prepared for the European Commission DG Communication Networks, Content & Technology by Deloitte, 2017, kohta 17.

Olen käyttänyt tutkimuksen lähteenä Euroopan unionin tuomioistuimen jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan oikeuskäytäntöä, jota on syntynyt Euroopan unionin perussopimuksen artiklan SEUT 263 ja artiklan SEUT 267b nojalla. Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä artiklan SEUT 267b ennakkoratkaisukysymys ja SEUT 263 artiklan kanne ovat unionin jälkikäteisen normivalvonnan vireilletulon tärkein peruste Euroopan unionin tuomioistuimessa. Toisinaan säädös on tutkittu artiklan SEUT 267 perusteella niin, että ennakkoratkaisukysymys on esitetty perussopimuksen tulkinnasta mutta samalla on esitetty kysymyksiä säädöksen pätevyydestä. Olen valikoinut jälkikäteisen normivalvonnan oikeuskäytännön tapausjoukkoa Euroopan unionin EUR-Lex-tietokannasta¹⁹⁷ hakukomennoilla (subsidiarity/validity/proportionality), joiden tarkoituksena on ollut rajata tapausjoukkoa mahdollisimman hyvin säädösten jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan oikeuskäytäntöön. Jälkikäteisen normivalvonnan yhteydessä säädöksellä tarkoitan unionin yleisesti sovellettavaksi tarkoitettua ja abstraktia *voimassa olevaa normistoa*.

Olen sulkenut pääosin tarkastelun ulkopuolelle sellaiset normivalvonnan *judicial review*-tyyppiset tapaukset, joissa on kyse yksittäisistä hallintopäätösten kaltaisista toimista eli lähinnä hallinto-oikeuden alaan kuuluvien hallintopäätösten tutkimisesta¹⁹⁸. Normivalvonnan tapauksissa tarkastelun kohteena ovat säädökset, jotka ovat luonteeltaan yleisiä ja abstrakteja normeja.

Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä lainsäädännön järjestelmä on kehittynyt hiljalleen ja oikeastaan vasta Maastrichtin sopimuksen (1992) jälkeen, jolloin perussopimukseen kirjoitettiin säädösvallan käytön perusteiksi toimivaltanormeja ja lainsäädäntöperiaatteita. Niiden perusteella unionin lainsäädännön oikeusvaltiollisuutta on ollut mahdollista arvioida jälkikäteen. Säädösvalvontaa unionissa on tosin harjoitettu jo ennen Maastrichtin sopimusta muun muassa perus- ja ihmisoikeusperusteilla. Säädösten normivalvonnassa Euroopan unionin tuomioistuin on kumonnut kokonaisuudessaan abstraktin ja yleisesti sovellettavaksi tarkoitetun unionin säädöksen tupakkamainontadirektiivitapauksessa C-376/98 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*. Sitä ennen unionin tuomioistuin oli kumonnut lähinnä unionin eräiden säädösten yksittäisiä säännöksiä.¹⁹⁹ Tarkastelen tapauksista tärkeimpiä luvussa kuusi.

Euroopan unionin tuomioistuimen harjoittamassa lainkäytössä (ennakkoratkaisukysymykset ja kanteet) on tavallista, että se koostuu julkisasiamiehen antamasta ratkaisuehdotuksesta sekä varsinaisesta Euroopan unionin tuomioistuimen päätöksestä, tuomiosta. Euroopan unionin jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan oikeuskäytäntöä tarkastellessa on tärkeää ja perusteltua perehtyä sekä annettuun ehdotukseen (opinion) että tuomioistuimen ratkaisuun eli tuomioon (judgement). Usein tuomio annetaan julkisasiamiehen ehdotuksen mukaisena mutta ei aina.

Unionin oikeustapaus on yleensä rakenteensa puolesta jaoteltu siten, että tuomion alussa esitetään tapauksen osapuolet eli asianosaiset sekä kanteen tai ennakkoratkaisukysymyksen vaatimukset ja sen jälkeen asia tutkitaan yksityiskohtaisesti esitettyjen väitteiden perusteella, jonka jälkeen seuraa tuomiolauselmä ja yleensä sen lyhyt pe-

¹⁹⁷ <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

¹⁹⁸ Ks. tästä erottelusta Mäenpää, 2017, 243, lain merkitys oikeusvaltioperiaatteen näkökulmasta ja erityisesti hallinto-oikeudellisen judicial review-mekanismien käyttö vaiheessa, jossa lakia on jo sovellettu ja soveltamisen seurauksena syntyneessä päätöksessä väitetään olevan oikeusturvaongelmia.

¹⁹⁹ Tästä Kumm, 2006, 503–533.

rustelu. Tuomiolauselma on eräänlainen tuomioistuimen päätöksen päätösosa, joka on kanteeseen annettu ratkaisu, tuomio tai tuomion muodossa annettu ennakkoratkaisu, jonka perusteella ennakkoratkaisua pyytänyt kansallinen tuomioistuin harmitsee lopullisen päätöksensä. Ennakkoratkaisukysymykset, joissa on kyse unionin säädösten tulkinnasta ja kysymykset säädösten pätevyydestä ovat tapausaineistoa, joilla on oikeudellista merkitystä ”vakiintuneena oikeuskäytäntönä” myöhemmissä tapauksissa. Mitä se täsmällisesti ottaen tarkoittaa, on epäselvä kysymys. Koska tapauksissa kysymys on yhdestä unionin oikeuden lähteestä, noudattaa tapausaineiston kokoaminen ja tarkastelu unionin oikeudelle ominaista oikeudellista metodia eli juridista metodia²⁰⁰.

Olen analysoinut kaikki esille tulleet tapaukset lainsäädäntöteoreettisesta näkökulmasta mutta hyödynnän niistä tässä tutkimuksessa tutkimusekonomisista syistä vain osan. EUR-Lex-tietokannan haulla vuonna 2016 (tammikuu 2016) valikoituneesta tuomioistuimen oikeuskäytännön tapausjoukosta (haun ajankohdasta ja lainkäytön lajin määrittelystä riippuen noin 60 tuomiota) noin viidennes on tuomioistuimen suuressa kokoonpanossa tutkittuja jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan tapauksia. Tapauksen tarkastelussa ja hyödyntämisessä tässä tutkimuksessa olen antanut etusijan säädösten jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan tapauksille, jotka on annettu unionin tuomioistuimen *suuressa kokoonpanossa* ja niin sanottuina *Grand Chamber (Grand Chambre)* -tapauksina ja ajallisesti Maastrichtin sopimuksen (1992) jälkeen.

Unionin säädösten oikeudellinen jälkikäteinen normivalvonta on tärkeä instituutio ja lainsäädännän lähde lainsäädännän prosessin ja vaiheiden näkökulmasta. Vaikka kyseinen normivalvonnan aineisto on yksi osa unionin tuomioistuimen lainkäyttöä, se on eri asia kuin Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö, jossa unionin tuomioistuin on tutkinut perussopimuksen ja säädösten soveltamisen ja tulkinnan kysymyksiä oikeudellisen ratkaisutoiminnan tarkoituksessa.

1.3 TUTKIMUKSEN RAKENNE

Tutkimuksen johdantoluvussa esittelen tutkimusaiheen ja määrittelen tutkimuskysymyksen. Esittelen luvussa tutkimuksen viitekehyksen ja ne käsitteet, joiden avulla tutkin lainsäädäntää. Määrittelen alustavasti, mitä tehokkuusperiaate tarkoittaa sekä sellaiset oikeusvaltiolliset ideaalit kuin lainsäädännön legitimiisyys ja hyväksyttävyyys. Luvussa määrittelen alustavasti keskeisiä käsitteitä, kuten lainsäädännän prosessin, vaiheet sekä ulottuvuudet samoin kuin rationaliteetin käsitteen. Käsitteet ovat *kognitiivisia* eli tiedollisia teoreettisia työkaluja, joiden avulla tutkitaan lainsäädäntää. Ne ovat myös käsitteitä, joiden avulla käydään lainsäädäntöteoreettista keskustelua.

Toisessa luvussa tarkastelen varhaisempaa lainsäädäntöteoreettista tutkimusta ja sen metodeja sekä käsillä olevan tutkimuksen suhdetta kansalliseen alan tutkimukseen ja eurooppalaiseen lainsäädäntöteoreettiseen tutkimukseen.

Kolmannessa luvussa tarkastelen yksityiskohtaisemmin oikeusvaltiollisuuden vaatimuksia modernissa lainsäädännässä. Luvussa havaitaan, että Euroopan unionin perussopimuksen normisto edellyttää unionin toimilta oikeusvaltiollisuutta. Tarkastelen luvussa tarkemmin yleisen lain käsitettä ja unionin lainsäädännön käsitteen

²⁰⁰ Ks. Tushnet, 2018, 7, eri lähestymistapa kuin ns. suurissa N-tutkimuksissa, joissa käytetään tilastollista menetelmää ja hyödynnetään suuria data-aineistoja; Beck, 2012, 91–92.

erityispiirteitä. Unionin lainsäädännön käsitteet eivät ole selkeitä samalla tavalla kuin yleensä tutkimuksen kohteena olevan kansallisen lainsäädännön.

Unioni ei ole muodollisessa mielessä valtio vaan kansainvälinen järjestö. Tutkimuksessa silti käytän yleisenä käsitteenä kansallisvaltiolle tyypillistä termiä ”säättää” tai ”lainsäädäntö”. Esimerkiksi termi *säättää* yleensä viittaa yleisten ja abstraktien säädösten antamiseen kansallisessa parlamentissa. Euroopan unionin perussopimuksen terminologiassa ei käytetä termiä säättää vaan termiä ”hyväksyä” (SEUT 288 artikla ja 289 artikla) tai ”antaa” säädöksiä (SEUT 115 artikla antaa – direktiivejä).

Samassa luvussa tarkastelen yleisen lain käsitettä ja sen tunnusmerkkejä sekä sitä, miten käsite sopii unionin lainsäädäntöön. Yleisen lain käsite on ymmärretty eri aikoina eri tavoin, joko muodollisena tai niin, että siinä on otettu huomioon myös aineellinen aspekti. Määrittelen luvussa myös, mitä unionin oikeusjärjestyksessä tarkoitetaan *abstraktilla* ja *yleisesti sovellettavaksi tarkoitettulla* lainsäädännön normistolla erotuksena konkreettisista yksittäisistä tapauksista. Jaottelu on tyypillinen erityisesti mannereurooppalaisessa oikeustieteessä. Jaottelussa erotetaan toisistaan abstraktit ja yleisesti sovellettavat normit ja ne konkreettiset normit, jotka ovat seurausta yleisten ja abstraktien normien soveltamisesta yksittäisiin konkreettisiin tapauksiin. Luvun lopulla määrittelen teleologisen päättelyn skeemaa.

Neljännessä luvussa tarkastelen unionin oikeusjärjestyksen esilainsäädännöllisen vaiheen metodeja. Määrittelen mitä ne ovat tutkittavassa aineistossa ja pohdin miten metodit edistävät lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua. Vaiheessa unionin lainsäädäntöä valmistellaan ja laaditaan teksteiksi lainsäädäntöesitystä varten. Tarkastelun lainsäädäntöteoreettisina työvälineinä käytän tässä luvussa samoin kuin luvussa viisi ja kuusi prosessin ja vaiheiden käsitteitä sekä lainsäädännön oikeudellista, faktuaalista ja legistis-lingvististä ulottuvuutta.

Viidennessä luvussa tarkastelen sitä, mitä ovat unionin lainsäädännöllisen vaiheen metodit. Pohdin teoreettisesti esilainsäädännöllisen vaiheen edellytyksiä edistää unionin lainsäädännön lainsäädännöllistä päätöksentekoa, jolle on ominaista poliittinen rationaliteetti. Korostan luvussa lainsäädännön tietoperustan ja tietoteoreettisten kysymysten merkitystä samoin kuin inhimillisen tiedonmuodostuksen rajoitteita.

Kuudennessa luvussa tarkastelen unionin jälkilainsäädännöllistä vaihetta lainsäädännön metodina. Luvussa tarkastelen Euroopan unionin perussopimuksen tarkoittamaa ja Euroopan unionin tuomioistuimen harjoittamaa säädösten oikeudellista normivalvontaa. Pohdin tapausaineiston avulla mikä rooli unionin lainsäädännössä on voimassa olevien säädösten oikeudellisella normivalvonnalla.

Seitsemännessä luvussa tarkastelen edellisten lukujen ja lainsäädäntöteoreettisen kirjallisuuden perusteella lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun keskeisiä tekijöitä ja käsitteitä. Pohdin luvussa erityisesti jälkilainsäädännöllisen doktriinin kehitystä ja merkitystä eurooppalaisessa valtiosäännössä lainsäädännöllisen päätöksenteon metodin näkökulmasta. Tarkastelu on tärkeää siksi, että terminä jälkilainsäädännöllinen doktriini on vahvistuva ja monimerkityksinen käsite. Pohdin myös sitä, mitä manageriaalisuus tarkoittaa ja edellyttää modernissa tavoitteellisessa lainsäädännössä.

Luvussa kahdeksan pohdin tutkimustuloksia ja havaintoja niiden perusteella. Pohdin luvussa myös lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen mahdollisia suuntia ja tarpeita.

2 LAINSÄÄDÄNNÖN TEOREETTINEN TUTKIMUS

Tässä luvussa tarkastelen lyhyesti kansallista lainsäädännön tutkimusta ja käsillä olevan tutkimuksen yhtymäkohtia siihen. Tarkastelen luvussa myös eurooppalaista alan tutkimuskirjallisuutta ja eri aikoina vallalla olleita käsityksiä lainsäädännöstä tutkimuksen kohteena. Tavoitteena on pohtia, miten lainsäädäntöä on tutkittu ja mikä on alan tutkimuksen suhde oikeustieteen tutkimukseen.

2.1 KANSALLINEN TUTKIMUS

Suomessa valtiota ja lainsäädäntöä koskevat varhaiset ajatukset ja teoriat ovat perua Ruotsin vallan ajalta. Ylimmän valtiollisen vallan käyttöön hahmottui 1860-luvun valtiopäivätoiminnan uuden alun ja puoluelaitoksen synnyn avulla²⁰¹. Suomessa varhaiseen ajatteluun lainsäädännöstä vaikutti kansallisten valtiofilosofien ja ennen muuta hegeliläisen ajattelun innoittamana *J. V. Snellman* (Lärän on Staten, 1842). *Snellman* piti tärkeänä kansalaisten oikeuksia ja sitä, että kansalaiset tuntevat lait ja niiden sisällön.²⁰² *Snellman* piti tärkeänä lainsäädännön säätämisessä ja käsittelyssä sen aineellista, moraalista puolta, *handlingens moralitet*, eli hyväksyttävyyttä lainsäädännön käsittelyn muodollisen legaliteetin, *handlingens legalitet*, sijaan. Periaate oli, että yhteiskunnan lakien tuli saada sisältönsä pääsääntöisesti tapaoikeudesta, mutta oppineisuudella ja intellektuaalisella panoksella lainsäädännössä on myönteinen merkitys yhteiskunnan kehityksessä.²⁰³

2.1.1 Tutkimus on oikeustieteellistä

Tärkeä 1960-luvulla laadittu lainsäädäntöteoreettinen klassikko on *Kauko Sipposen* Lainsäädäntövallan delegoiminen: tutkimus lainsäädännön teoriasta ja oikeussääntöjen hierarkiasta (1965), jossa *Sipponen* tutkii seikkaperäisesti yleisen lain ja lain yleisyyden käsitteen problematiikkaa ja myös eurooppalaista ja kansainvälistä lainsäädäntöteoreettista kirjallisuutta. *Mikael Hidénin* laatima Säädosvalvonta Suomessa: I eduskuntalait (1974) on niin ikään lainsäädännön ja erityisesti säädosvalvonnan alalta laadittu tärkeä kotimainen tutkimus.²⁰⁴

Silloin kun kansallinen tutkimus tarkastelee lainsäädäntöä, on sen kohteena yleensä lainsäädännön lainsäädännöllinen vaihe ja siinä erityisesti perustuslakivaliokunnan harjoittama säädosvalvonta. Kansallisen perustuslain aineellisia kysymyksiä vuoden 2000 perustuslain hengessä ja perus- ja ihmisoikeusmielessä ovat tarkastelleet julkisoikeuden alalla *Veli-Pekka Viljanen* teoksessa Perusoikeuksien rajoitusedellytykset (2001) sekä *Pekka Länsineva* teoksessa Perusoikeudet ja varallisuus-

²⁰¹ Jyränki-Husa, 2012, 17–61; Ks. Aarnio, 2006, 342–343; Kastari, 1977, 8.

²⁰² Snellman, 1842, 115–122.

²⁰³ Snellman, 1842, 14–17.

²⁰⁴ Hidén, 1974, 22.

suhteet (2002). Tutkimuksissa on tarkasteltu perusoikeusnormeja lainsäädännössä. Eurooppalaisessa julkisoikeudessa niin sanottu *moderni konstitutionalismi*, joka on kiinnostunut oikeuden ja erityisesti myös lainsäädännön aineellisista kysymyksistä, on aika ajoin ja varsinkin viime vuosina noussut esille keskusteluun lainsäädännön ja tuomioistuinten välisen suhteen määrittelyssä. *Lavapuro, Tuomas Ojanen ja Martin Scheinin* ovat tarkastelleet erityisesti oikeusperustaisen (rights based) konstitutionalimin kysymystä normivalvontana. Suomen oikeusjärjestyksessä normivalvonta, jota on pääsääntöisesti toteutettu perustuslain 74 §:n säännösten perusteella parlamentissa perustuslakivaliokunnassa, on ollut murroksessa. Myös kansalliset tuomioistuimet ovat joissakin tapauksissa, erityisesti perus- ja ihmisoikeuskysymyksissä, toteuttaneet normivalvontaa. Tällaisessa tilanteessa kyse on jälkikäteisestä normivalvonnasta, jota toteutetaan sen *heikossa muodossa*. Tärkeänä nykyiseen kehitykseen vaikuttaneena syynä nähdään Suomen jäsenyys Euroopan ihmisoikeussopimuksessa sekä Euroopan unionin jäsenyys.²⁰⁵

Veli-Pekka Hautamäki on keskittynyt vertailevaan tutkimukseen teoksessa Perustuslain auktoritatiivinen tulkinta: oikeusvertaileva tutkimus perustuslain tulkinnan auktoritatiivisista instituutioista ja niiden käyttämästä argumentaatiosta Suomessa ja Norjassa (2002) käsittelee vertailevasti perustuslain auktoritatiivista tulkintaa tuomioistuimissa Norjan korkeimmassa oikeudessa ja Suomen eduskunnassa valiokunnassa.

Juha Lavapuron väitöskirja vuodelta 2011 tarkastelee perustuslakikontrollia lähinnä Suomen oikeuden näkökulmasta ja valtiosääntöpluralismin värittämässä kansainvälistymiskehityksen hengessä. *Lavapuron* tutkimus on oikeusdogmaattista tutkimusta ja sellaisena asiallisessa mielessä hyvin lähellä lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen keskeistä julkisoikeudellista ja valtiosääntöoikeudellista problematiikkaa, säädösten normivalvontaa²⁰⁶. *Lavapuro* pohtii väitöksessään kriittisesti lainoppia ja valtiosääntödogmatiikkaa osana oikeudellisten käytäntöjen rationaalisuusehtoja, joiden tavoitteena on saada aikaan systeemisyyttä ja oikeuden koherenssia. *Lavapuro* perus- ja ihmisoikeuksia pohtiessaan antaa erityistä merkitystä kontekstuaalisuudelle eli tilannesidonaisuudelle sekä periaatteille, joilta edellytetään yhteensopivuutta ei vain tietyn oikeudenalan vaan koko oikeusjärjestyksen kanssa²⁰⁷. *Lavapuro* edellyttää ylimmiltä valtioelimiltä keskustelevaa normikontrollia ja tarvetta instituutioiden väliseen dialogiin varsinkin perusoikeusulottuvuutta koskevilla kysymyksillä. Kansallisessa tutkimuksessa *Lavapuro* puhuu ylimpien valtioiden, tuomioistuimen ja lainsäädäntöorgaaniin kuuluvan perustuslakivaliokunnan *keskusteleavasta* perustuslakikontrollista²⁰⁸. Malli on saanut virikkeitä muun muassa Kanadasta, jossa Kanadan korkein oikeus 1980- ja 1990-lukujen taitteessa ryhtyi lainsäätäjän kanssa käydyn systemaattisen dialogin avulla kiinnittämään huomiota siihen, täyttääkö Kanadan kansallinen lainsäädäntö perusoikeusnormien vaatimukset²⁰⁹.

²⁰⁵ Lavapuro—Ojanen—Scheinin, 2011, 508 ja 530—531, näkevät Suomessa kehittyneen pluralistisen ratkaisun amerikkalaisen ja eurooppalaisen sijaan, käsitteet *weak-form theory, pluralist constitutionalism*.

²⁰⁶ Lavapuro, 2010, 271—279; Ks. Husa, 2013, 27—28, oikeuskulttuuriset vivahteet ja termi konteksti

²⁰⁷ Lavapuro, 2010, 271—279.

²⁰⁸ Lavapuro, 2009, 272.

²⁰⁹ Beverley McLachlin, Chief Justice, Supreme Court of Canada, in plenary panel in I-CON conference 7 July 2017 in Copenhagen.

Formaalin legistiikan eli säädöstekstien laatimista korostavan legistiikan ja lingvistisen lähestymistavan alan tutkimusta edustaa *Heikki Mattilan* teos *Vertaileva oikeuslingvistiikka* (2002). Formaalin legistiikan näkökulmasta kiinnostavaa on, että myös oikeustiede ollut positivistisen ajattelun ja erityisesti aksiomaattisen matemaattis-luonnontieteellisen tieteenihanteen vaikutuspiirissä niin, että esimerkiksi ns. Wienin piirin looginen positivismi kehitteli formaalin kielen ja käsitteiden teoriaa oikeustieteessä harjoitetun metafysisen ajattelun vastapainoksi.²¹⁰ Lähinnä legististä tutkimusta luonteeltaan on myös *Matti Niemivuon* tutkimus *Lain kirjain, lakitekniikka ja lakikieli* (2008). Suomessa *Hannu Tolonen* on tarkastellut lainsäädäntöä oikeusteoreettisena kysymyksenä prosessiteoriasta käsin ja eräänlaisena *double hermeneutics*-tyyppisenä toimintona suhteessa oikeuslähdekäsitteisiin ja oikeuslähdeteorioihin. *Tolosen* mukaan sekä oikeustieteelle että oikeuskäytännölle on ominaista, että ne käyttävät oikeuslähteitä ja ovat itse oikeuslähteitä. Tavanomaista oikeuslähteiden kohdalla on lainsäätäjän, lainsoveltajan ja oikeustieteen tulosten osittain päällekkäinen kerrostuminen. *Tolonen* korostaa sitä, että tarkastelu ei ole vain tekstien ymmärtämistä, tulkintaa ja soveltamista, vaan kyse on oikeuden toiminnoista ja oikeuden vuorovaihteisesta perustasta.²¹¹

Outi Suvirannan julkisoikeuden alaan kuuluva väitöstutkimus on tärkeä kirjallisuuslähde siinä, että se tarkastelee Euroopan unionin oikeuden vaikutustapoja ja pätevyyden kysymyksiä jäsenvaltiossa (1996). *Suvirannan* tutkimus sivuaa kysymystä tärkeällä tavalla kiinnittämällä huomion unionin lainsäädännön *presumptatiivisuuteen*. *Juha Raitio* väitöstutkimuksessaan (2001) tarkastelee oikeusvarmuuden periaatteen problematiikka muun muassa pitkälti yhteisön oikeuden säädösten pätevyysoletaman vuoksi.²¹² Teokset käsittelevät unionin oikeutta ja säädöksiä, mutta ne eivät tutki lainsäädäntöä prosessina ja vaiheina siten kuin käsillä oleva tutkimus edellyttää.

Viimeaikaista Euroopan unionin oikeuteen suuntautunutta ja lähinnä oikeustieteen alaan kuuluvaa myöhemmin julkaistua lainsäädäntöteoreettista tutkimusta edustaa esimerkiksi *Jukka Similän* väitöstutkimus *Regulating industrial pollution: the case of Finland* (2007), jossa on seikkaperäisesti määritelty muun muassa sääntelyn (regulation) käsitettä²¹³. *Niilo Jääskisen* artikkelit ja väitöskirja *Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia* (2008) tutkivat yleisemmin ja oikeusteoreettisesti eurooppalaisen sääntelyn problematiikkaa. *Jääskinen* näkee lainsäädännön ja lainvalmistelun ennen muuta juridisena problematiikkana ja valtiosäännön soveltamisena.²¹⁴ *Jääskinen* ei tarkastele unionin lainsäädäntöä esimerkiksi faktuaalisten seikkojen kysymyksenä ja erityisesti lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen näkökulmasta. *Alice Guimaraes-Purokosken* oikeudellisen väitöstutkimuksen (2009) kohde on Euroopan unionin vertikaalinen toimivalta ja unionin lainsäädäntöperiaatteet tietyllä unionin sääntelyalalla. Tutkimus on oikeustieteellistä oikeusdogmaattista tutkimusta, jossa tärkeällä sijalla ovat unionin lainsäädäntöperiaatteet. *Laura Walinin* väitöstutkimuksessa *Alkio- ja kantasolututkimuksen sääntely bio-oikeudellisena mallina* (2010) systematisoidaan, selvitetään ja verrataan kansallista ja kansainvälistä sääntelyä sekä konstruoidaan oppeja silmällä pitäen naisen kehon ulkopuolella olevan ihmisalkion

²¹⁰ Siltala, 2004, 319–321.

²¹¹ Tolonen, 2003, 5–6.

²¹² Raitio, Juha: *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Helsingin yliopisto, 2001.

²¹³ Similä, 2007, 17–21.

²¹⁴ Jääskinen, 2008, 101; Bengoetxea, 1993, 73.

oikeusasemaa. Tutkimus on kiinnostava siksi, että sen ongelmakeskeinen kysymyksenasettelu kumpuaa reaalielämän tilanteesta eikä lainopin tavoin oikeusjärjestyksen sisältä.²¹⁵

Tärkeä tutkimus, joka perustelee käsillä olevan tutkimuksen tarvetta, on *Kim Fyhrin* Making fundamental rights a reality in EU legislative process: ex ante review of proposals for EU legislative measures for their compatibility with the Charter of Fundamental Rights of European Union (2016). Tutkimuksen pääpaino on pre-legislatiivisessä eli esilainsäädännöllisessä tarkastelussa, mutta se tarkastelee myös Euroopan unionin legislatiivista eli lainsäädännöllistä vaihetta ja sivuaa post-legislatiivisen eli jälkilainsäädännöllisen vaiheen tärkeyttä. *Fyhrin* tutkimus toteaa johtopäätöksissään erityisen tarpeen vahvistaa lainsäädännön prosessin vaiheiden keskinäissuhdetta. Tutkimuksessa todetaan, että Euroopan unionin tuomioistuin on ottanut lainsäädännön prosessin jälkilainsäädännöllisessä vaiheessa aikaisempaa aktiivisemmän Euroopan unionin lainsäätäjään kohdistuvan ohjausotteen jälkikäteisen normivalvonnan tapauksissa²¹⁶.

2.1.2 Lainvalmistelun tutkimus

Kotimainen lainsäädännön tutkimus on ollut myös erilaista lainvalmisteluun liittyvää. *Niemivuon* tutkimus lainvalmistelusta kuvailee suomalaisen säädösohjailun muutosvaiheita ja siinä unionin sääntelyn merkityksen lisääntymistä: 1) perinteisen sääntelyn aika, 2) hyvinvointivaltiollisen sääntelyn aika, 3) lainsäädännön eheytyksen kausi (muun muassa vuoden 2000 perustuslaki) sekä 4) kodifioinnin ja lakitasoisen sääntelyn lisääntymisen aikakausi, yhtenä syynä tähän juuri Euroopan unionin oikeudellinen sääntely²¹⁷. Samaa tutkimusalaa edustaa *Jyrki Talan* tutkimus lakien vaikutuksista Lakien vaikutukset: lakiuudistusten tavoitteet ja niiden toteutuminen lainsäädäntöteoreettisessa tarkastelussa (2001). Tutkimuksen peruselementteinä ovat lakiuudistusten tavoitteenasettelu, lakiuudistuksen sisältö, lakiuudistuksen implementaatio ja sääntelyn kohdetahojen reaktio.²¹⁸

Normatiivinen vs. empiirinen (reaalimaailma)

Talan lainsäädäntöteoriaan ei sisälly selkeää erottelua normeista ja käyttäytymisestä, vaan se sisältää elementtejä sekä normatiivisesta todellisuudesta että reaali maailmasta. *Talan* teorian yhden aspektin on väitetty olevan, että se kuroo umpeen *pitämisen* ja *olemisen* maailmaa. *Talan* teoria ei erottele säännöstä ja sen syntyvaiheita. *Talan* teoria ei myöskään katkaise säännöstä yhteiskunnallisen prosessin osana. Lääkäntöteoreettisesti käsityksessä oletuksesta pitäminen ja olemisen jatkumosta tullaan *Talan* tutkimuksessa kuitenkin suuriin ongelmiin.²¹⁹

Kauko Wikströmin mukaan *Talan* yhteiskunnallisen kokonaisprosessin teoria ei sisällä niin sanottua konkretisaatiota ja vastavaikutusta, takaisinkytkentää. Selvimmin *Wikströmin* mukaan tällainen takaisinkytkentä tulee esille tuomioistuimissa oikeus-

²¹⁵ Walin, 2010, 13–20 ja 22 sekä 24.

²¹⁶ Ks. Fyhr, 2016, 239.

²¹⁷ Niemivuo, 2002, 21–22.

²¹⁸ Tala, 2001, 337.

²¹⁹ Wikström, 2011, 87–92, *Talan* lainsäädäntöteorian oikeusteoreettista tarkastelua.

normien ja päätösten yhteydessä. Lainsäädännön soveltamistoiminnassa oikeusnormit ovat konkreettisempia kuin niiden syntyvaiheet. Sääöksellä asetettu oikeusnormi nimittäin avaa soveltamistoiminnassa yhden tai useampia tulkintavaihtoehtoja. *Wikströmin* mukaan nimenomaan soveltamistoiminnassa oikeusnormit määrittävät syntyvaiheissa kertyneen materiaalin painoarvon. Tuomioistuimen ratkaisu on konkreettisempi kuin tapaukseen sovellettu oikeusnormi, ja tuomioistuimen ratkaisu aina vaikuttaa takaisin oikeusnormeihin.²²⁰ *Wikström* ilmeisesti tarkoittaa takaisinkytkennällä tuomioistuimen ratkaisuja, soveltamista ja tulkintaa.

Ero olemisen ja pitämisen välillä

Tutkimuksessa en käytä termiä monitieteinen tutkimus vaan tutkimusmetodien välinen *yhteistyö*. Teen tutkimuksessa selkeän eron juridisen metodin ja yhteiskuntatieteen metodin välille siksi, että niiden tutkimuskohde edellyttää sitä. Moderni lainsäädäntä prosessina edellyttää empiirisen ja faktuaalisen tiedon saavuttamisen metodeja. Se tukeutuu yhteiskuntatieteiden metodeille. Yhteiskuntatieteiden metodisena oletuksena on pyrkimys etsiä menetelmällistä "totuutta". Lainsäädäntä edellyttää myös juridista metodia, jonka kohteena ovat oikeuden normit. Lainsäädäntä ja voimassa oleva lainsäädäntö ovat normatiivisina tutkimuskohteina ja metodisessa mielessä myös arvostuksenvaraisia.²²¹

Lakien säätämisen teoreettisessa tarkastelussa on tärkeää erottaa oleminen ja pitäminen²²². Ajattelen niin, että tämän tutkimuksen lainsäädäntöteoreettisessa tarkastelussa oleminen (*Sein*) ja pitäminen (*Sollen*) ovat tiedollisessa mielessä eri kategorian asioita niin, että ne ilmenevät oikeusjärjestyksessä lain säätämisen prosesseissa ja ulottuvuuksissa samanaikaisesti ja yhdessä. Olemista ja pitämistä voidaan määritellä monista näkökulmista. Tässä tutkimuksessa oleminen tarkoittaa yhteiskuntatodellisuutta ja asiointiloja lainsäädännön kohteina. Pitämiseen liittyvää takaisinkytkentää vastaa esimerkiksi jälkilainsäädännöllinen doktriini ja sen perusteella tuomioistuinten harjoittama oikeudellinen jälkikäteinen säädösten normivalvonta. Oikeustieteessä pitäminen (*Sollen*) ei tarkoita puhujan tunteita tai tahdon ilmauksia vaikka niitä ei olekaan aina helppo erottaa oikeuden normien määrittämässä oikeudellisessa päätöksenteossa. Lainsäädäntöteoriassa ja lainsäädännöllisessä päättelyssä arvoilla, tunteilla ja tahdon ilmauksilla on sen sijaan suuri merkitys.²²³

Pidän tutkimuksessa metodisessa mielessä erillään oikeustieteen metodin ja muunkaltaisen yhteiskuntatieteiden metodologian samoin kuin normatiivisen aineksen ja reaalisen eli empiirisen faktuaalisen ulottuvuuden käsitteet.²²⁴ Transitiosääntö eli siirtymäsääntö on sääntö, jota yleisemmin käytetään keskusteluissa erityyppisten tiedon kategorioiden tai diskurssien välillä, kuten empiiristen ja oikeudellisten keskustelujen ja niiden argumenttien välillä²²⁵.

²²⁰ Wikström, 2011, 92–93.

²²¹ Ks. Karpen, 2016, 298; Weinberger, 1991, 4–7 ja 80.

²²² Ks. Wikström, 2011, 92.

²²³ Ks. Siltala, 2003, 70–76, oleminen ja pitäminen tieteenteoreettisen positivismin määrittelyn yhteydessä mutta oikeustieteessä oikeusnormin voimassa olon problematiikkana.

²²⁴ Morand, 2000, 59–60, erottaa terminologiassa yhteiskuntatieteiden (social science) metodologian ja oikeustieteelle ominaisen juridisen metodin.

²²⁵ Alexy, 1989, 233.

Olen viitannut tässä tutkimuksessa toisaalla siihen, että vaikka *Poundin* ja *Llewellynin* jälkeen uudemman polven empiiriset lainsäädäntömetodin tutkijat tukeutuvat aiempaa enemmän yhteiskuntatieteiden metodologiaan, ei empiirinen lainsäädäntömetodi ole kyennyt johtamaan empiirisestä tiedosta normatiivista tai poistamaan olemisen ja pitämisen kategorioita.²²⁶

Morandin teorian mukaan lainsäädäntä ja lainsäädännön soveltaminen ja tulkinta ovat eri asioita, mutta oikeuden kommunikaationa ne liittyvät toisiinsa: lainsäädäntä on oikeuden ”koodaamista” lainsäädännön päätöksenteon avulla, ja lainsäädännön soveltaminen ja tulkinta on oikeuden normien ”dekoodausta”²²⁷. *Morand* on kehittänyt lainsäädäntöteoriaa kommunikaation perustuvana niin, että kaikki lainsäädännön prosessin vaiheet vaikuttavat osana oikeutta ja kommunikaationa niihin myöhempiin vaiheisiin, joissa lainsäädäntöä sovelletaan ja tulkitaan. *Morandin* lainsäädännön prosessin vaiheita kuvaava teoria perustuu kahdelle lainsäädäntöteoreettiselle osa-alueelle, aineellista aspektia korostavalle *substantiaaliselle* eli *aineelliselle legistiikalle* (substantive légistique) ja *muodolliselle legistiikalle* (formal légistique), joka korostaa lainsäädännön tekstiä, kieltä ja normien formulointia säädökseksi. Riippumatta siitä, mistä kulloinkin säädetään ja mitä lainsäädäntöteoreettisia tapoja lainsäädännön prosessissa on omaksuttu lainsäädännön aineellisen rationaalisuuden edistämiseksi, lainsäädäntöä aina säädetään ja myös annetaan tekstien avulla.²²⁸ Lainsäädännön alalla yhdysvaltalainen klassikko, *Frank E. Cooperin* teos *Writing in law practice*, on tutkinut siitä, miten lainsäädäntöä tulisi kirjoittaa, jotta se olisi tehokasta²²⁹.

Säädösten antaminen teksteinä ja kielen avulla pätee myös teleologiseen lainsäädäntöön, vaikka teleologisessa lainsäädännössä tekstien sanamuodoille yleensä annetaan tulkinnassa ja soveltamisessa vähemmän painoarvoa.

Lainsäädäntöteoreettisesti arvioiden oikeuden normit, joita kirjoitettujen säädösten on määrä ilmaista, ovat normatiivisia ja preskriptiivisiä eli määrääviä lauseita. Reaalimaailma on fyysikaalisten ja myös kulttuuristen faktojen olemisen maailma. Esimerkiksi yhteiskunnan kulttuurisia faktoja tutkiva yhteiskuntatiede saattaa pyrkiä tutkimaan metodeillaan reaalimaailman säännönmukaisuuksia. Se on kuitenkin eri asia kuin oikeusjärjestyksen normatiiviset säännöt, lainsäädäntö ja laki tai oikeuskäytännön luomat säännöt silloin, kun ne ovat oikeudellisesti sitovaa ja normatiivisessa mielessä prejudikaatiooikeutta.²³⁰ Palaan tähän keskusteluun luvussa viisi.

Edellä mainitut tutkimukset ovat muutamia esimerkkejä hyvin laajasta, monisyisestä ja erilaisesta lainsäädännön alalla harjoitetusta kansallisesta tutkimuksesta Suomessa. Kansallisessa tutkimuksessa käytetään termiä lainsäädännön tutkimus eikä yleensä lainsäädäntötiede tai lainsäädäntöteoria²³¹. Suomessa on laadittu myös jonkin verran legististä tutkimusta mutta melko vähän lainsäädäntöteoreettista tai legisprudence-tyyppistä tutkimusta siinä merkityksessä kuin se ymmärretään esimerkiksi

²²⁶ Fischman, 2013, 154.

²²⁷ Peczenick, 2009, 287–295; Van Hoecke, 2002, 10; varhemmin Morand, 2000, 59–60.

²²⁸ Barraud, 2016, 7–8; Morand, 2000, 58; Flückiger, 2010, 213 and 216, *formal and material legistics, material refers to law's ability to affect social reality which is involving the evaluation.*

²²⁹ Cooper, Frank E (1953): *Writing in Law Practice*, copyright 1953 by the Bobbs-Merrel Company, copyright 1963 by the Bobbs-Merrel Company.

²³⁰ Aarnio, 2006, 299–300, suomalainen ennakkoratkaisujärjestelmä; aikaisemmin Aarnio, 1993, 254, ennakkopäätöksen käsite.

²³¹ Niemivuo, 2008, 35.

mannereurooppalaisessa alan tutkimuksessa. Suomalaisesta valtiosääntönormistosta johtuu, että perustuslakivaliokunnan rooli ja legistatiivinen eli lainsäädännöllinen vaihe korostuvat. Oikeustieteessä ei ole sen sijaan tutkittu Euroopan unionin lainsäädännön prosessia ja vaiheita tai lainsäädäntömetodia.

Wikströmin tarkoittama takaisinkytkentä käsitteenä sopii hyvin yhteen tässä tutkimuksessa omaksumani lähestymistavan kanssa niin, että lainsäädännön prosessi edellyttää otettavaksi huomioon lähteenä myös post-legistatiivisen vaiheen eli tuomioistuinkäytännön sen jälkeen kun lainsäädäntö on käynyt läpi muiden lainsäädännön prosessin vaiheet ja niin sanotun paremman lainsäädännön ”filterit”²³².

2.2 EUROOPPALAINEN TUTKIMUS

Jo tässä vaiheessa tarkastelua haluan korostaa sitä, että olen omaksunut käyttämässäni lainsäädäntöteoriassa *Morandin* tavoin *tieteiden välisyyttä* (interdisciplinary) tarkoittavan tarkastelutavan. En käytä tutkimuksessa termiä monitieteisyys siksi, että esimerkiksi lainsäädännön tutkimuksessa sellainen ei ole metodisesti mahdollista siksi, että normatiivinen aines, kuten oikeusjärjestyksen oikeuden normit ja reaalin yhteiskuntatodellisuus ovat tutkimuskohteina erilaisia tiedon kategorioita²³³.

Tutkimusalana lainsäädäntöteoria sekä legistiikka osana sitä ovat tieteiden välistä tutkimusta. Tämä tarkoittaa esimerkiksi sitä, että oikeudellisten ongelmien ratkaisun metodi perustuu tieteiden väliseen yhteistoimintaan, esimerkiksi oikeuden ja hallintopolitiikan tai johtamisen tutkimuksen yhteistyölle. Ongelmista riippuen lainsäädäntöteoreettisia kysymyksiä ratkotaan sekä yhteiskuntatieteiden metodein että toisinaan myös luonnontieteen metodein. Se edellyttää alan tutkijoiden yhteistyötä ja eri metodien avulla hankittujen tutkimustietojen yhdistelyä. *Morandin* mukaan lainsäädännön tutkimuksessa esimerkiksi säädösviestinnän metodi perustuu kommunikaatitieteille.²³⁴

2.2.1 Varhaiset legistit, murros ja kiinnostus lainsäädännön tietoon

Lainsäädäntöteoria, legistiikka tai legisprudence sen osa-alueina eivät ole uusi tutkimusala eurooppalaisessa oikeustieteessä. Yleisen lain käsite tulee antiikista, ja jo siinä yhteydessä tunnettiin muun muassa käsite lainsäädännön tavoitteellisuus.²³⁵ Tarkastelen tätä luvussa kolme yleisen lain käsitteen yhteydessä.

John Locke teoksessaan *Second treatise of government* (1690) määritteli lainsäädännön perustuvan yhteiskunnan yhteiseen käsitykseen (the consent of the society) niin, että lainsäädäntöä ei tule määrätä yhteiskunnan ulkopuolelta. Yhteiskunnassa lainsäätäjän antama lainsäädäntö ei saa olla mielivaltaa, vaan sen tulee suojella ja turvata jäsentensä omaisuutta ja menestystä.²³⁶

²³² Ks. Siehr, 2008, 278, termi filteri.

²³³ Siltala, 2003, 70–71, loogisen positivismin mahdottomuus palauttaa todellisuutta koskevia väitteitä empiirisesti verifioitaviksi oleviksi havaintolauseiksi ja rajata kaikki metafyyminen tieteen ulkopuolelle.

²³⁴ Morand, 2000, 57–58.

²³⁵ Kirchhof, 2016, 100.

²³⁶ Locke, 1690, 69–75.

Lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen klassikoista *Jeremy Bentham* teoksessaan *Traité de législation* (1802) edustaa legistiikkaa määrittelemällä lainsäädännön taidoksi, nomografiaksi ”*Nomographie*”, jonka pyrkimyksenä oli varmistaa lainsäädännön tavoitteiden toteutumista ja objektiivisuutta lainsäätäjän tarkoittamalla tavalla (”*la maximisation de sa conduit vers le fins -- que le législateur a en vue*”). *Benthamin* utilitarismi korosti lainsäädäntötieteen käsitteitä niin, että niiden tehtävä oli tukea erityisesti lainsäädännön kielen logiikkaa.²³⁷ *Ditlev Tamm* teoksessaan *Roman law and European legal history* kirjoittaa, että *Bentham* oli kiinnostunut kodifikaatioista. *Benthamilta* on peräisin termi kodifikaatio, latinaksi *code, codex* ja *facere* – do eli tehdä. *Bentham* oli teoriassaan kuitenkin lähempänä mannereurooppalaista oikeutta kuin anglosaksista siinä, että *Bentham* oli kiinnostunut luonnonoikeuden periaatteista eikä niinkään anglosaksiselle sääntelylle tyypillisestä kasuistisesta tapauskohtaisesta lainsäädännöstä. *Bentham* ei ottanut mallia kuitenkaan roomalaisen oikeuden perinnöstä, kuten mannermainen perintö on yleensä tehnyt. *Bentham* kehitteli oman filosofian, mainitun *utilitarismin*: ”*Any legal rule has to be judged according to its utility value.*” *Tamm* korostaa teoksessaan, että Euroopan unionin lainsäädäntöä silmällä pitäen mannereurooppalaisessa kulttuurissa vaikuttanut oikeutta yhtenäistämään tarkoitettu roomalaisen oikeuden perintö ja käsitteistö eivät ole merkityksellistä unionin lainsäädännössä siksi, että unionin monet sääntelyalat, kuten geeniteknikka, ympäristösääntely tai muu yhdysvaltalainen jälkiteollinen sääntely, ovat sellaisia, joita ei ole mainitussa traditiossa edes tunnettu.²³⁸

Locke ja *Bentham* tarkastelivat lainsäädäntöä anglosaksisesta näkökulmasta. Mannereurooppalaisessa traditiossa kiinnostus lainsäädännön edellyttämään tietoon ja varsinkin empiiriseen tietoon ei ole myöskään uutta. Nimittäin jo italialainen *Gaetano Filangieri* laati laajan tutkimuksen lainsäädäntötieteestä, *Science de la législation* (1806), jossa on nähtävissä ensimmäiset alustavat elementit lainsäädännön edellyttämästä empiirisen tiedon tarpeesta ja evaluaatiosta²³⁹.

Jean Domat teoksessaan *Loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legume delectur* (1745, 1723) sen sijaan korosti kahta asiaa, lyhyempiä säädöksiä ja säädösten selkeyttä (the unuseful rules for shorter laws and clarity). *Domat* ehdotti lakien muodoksi kodifikaatioita mutta siten, että niihin lisättäisiin oikeuskäytäntö lakien selityksinä. Lainsäädäntöteorian klassikoista myös ranskalainen legisti ja faktuaalisen positivismin edustajaksi mainittu *Montesquieu* oli kiinnittänyt huomiota tekstien tehokkuuteen, lakien tyyliin, yksinkertaisuuteen, ”*l’expressions directe*”, tarkoituksena, että tavalliset ihmiset ymmärtäisivät lainsäädäntöä.²⁴⁰ *Montesquieu* korosti lainsäädännön eheyttä, lakien kirjoittamisessa ymmärrettävää kieltä ja lain yleisyyttä korostavaa sääntelystruktuuria²⁴¹. *VCRAC Grabben* teoksessa vuodelta 1993, *Legislative drafting*, luetellaan *Montesquieun* lainsäädännön laadinnan periaatteet, joita ovat lainsäädännön tyyllille ominaiset *eheys* ja *yksinkertaisuus* niin, että *suurellisuutta* ja *retoriikkaa* tulee välttää. Lainsäädännön termien tulee olla mahdollisimman *yksitulkintaisia* (absolute). Lakien tulee olla *toteutettavissa* käytännössä ja niiden tulee välttää metaforia ja hypoteettisuutta. Lait tulee kirjoittaa niin, että tavallinen ihminen

²³⁷ Duprat, 2003, 12 ja 16, ks. alaviite 12, myös sivut 15–24.

²³⁸ Tamm, 1997, 203–230 ja 240 sekä 264.

²³⁹ Delley – Jochum – Ledermann, 2009, 11; Filangieri: *Ciencia de la legislación*, 1836, Paris.

²⁴⁰ Duprat, 2003, 12 ja 16, katso alaviite 12, ks. sivut 15–24.

²⁴¹ Kirchhof, 2016, 99.

voi ymmärtää niitä päättelynsä avulla. Laeissa pääasioita ei saa häivyttää poikkeuksilla, rajoituksilla tai modifikaatioilla, ja niiden kohdalla tulee olla erityisen säästeliäs. Lakien ei tulisi olla argumentatiivisia ja lakien perusteluiden ei tulisi olla myöskään kovin yksityiskohtaisia. Tällainen johtaa helposti vastakkainasetteluihin. Lakien tulee olla kypsästi harkittuja ja käytännöllisesti arvioiden hyödyllisiä niin, että

“they should not shock elementary reason and justice and la nature des choses; for weak, unnecessary, and unjust laws bring the whole system of legislation into disrepute and undermine the authority of State”.

Montesquieun ohjeiden mukaan lakien ei saa olla vastoin tavanomaista järkeä, oikeudenmukaisuutta tai asioiden yleistä luonnetta siksi, että sellainen asettaa lainsäätäjän arvovallan kyseenalaiseksi ja heikentää sitä.²⁴² Montesquieun ajattelu on nostettu esikuvaksi Euroopan unionin paremman lainsäädännön hankkeiden yhteydessä. Vuonna 2014 hallinnollisen taakan vähentämistä pohtinut korkean tason työryhmä otti raportin motoksi Montesquieun ajatuksen “useless laws weaken the necessary one”, hyödyttömät lait heikentävät tärkeiden merkitystä²⁴³.

Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa ei ole mahdollista sivuuttaa mannereurooppalaista Karl Friedrich von Savignyä, joka ensin korosti tutkimuksissaan lainsäädäntöä ja kansanhenkeä (Volksgeist) sekä lainsäädännön aineellista aspektia, mutta siirtyi myöhemmin formaalin käsitelainopillisen doktriinin kannattajaksi. Von Savignyn myöhemmin omaksuma oppi perustui Immanuel Kantin a prioria korostavaan ja ihmisen järkeen perustuvaan käsiteajatteluun, jota erityisen lainopillisen profession uskottiin hallitsevan parhaiten²⁴⁴. Von Savignyn tärkeitä teoksia ovat System des heutigen Roemischen Rechts (1840) ja Vom Beruf unserer Zeit Fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814). Von Savigny kääntyi niiden myötä jyrkästi lainsäädännöstä oikeudelliseen ajatteluun, jurisprudenceen.²⁴⁵

Teoksessa Vom Beruf unserer Zeit Fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft von Savigny tekee selväksi lain pätevyyyteen ja soveltamiseen liittyvän liikkumavaran “great variations within the limits of the validity and application of law”. Von Savigny huomasi, että lakia sovelletaan valtiossa eri tavoin “in different parts of the same state, together with the same fundamental principles, a great diversity of particular provisions may prevail”. Von Savigny erotti selvästi lain aineellisen sisällön ja muodon lain ilmentymänä todeten, että lainsäädäntöön sisältyy suuria kirjoittamisen vaikeuksia (serious “redaction” problems) ja siten suurta epävarmuutta (uncertainty).²⁴⁶

Saksalainen intressilainopin edustaja Rudolf von Ihering kritisoi von Savignyn omaksumaa jäykkää formalismia ja korosti evaluatiivisia näkökohtia lainsäädännön todellisuudesta ja sen sisältämistä eri intresseistä (evaluation of real interests)²⁴⁷. Saksalainen Gustav Radbruch jaotteli ja erotti toisistaan lainsäädännön substanssin ja oikeudellisen

²⁴² VCRAC Grabbe, 1993, 148.

²⁴³ Cutting Red Tape in Europe, Brussels 24 July 2014.

²⁴⁴ Bellomo, 1995, 15.

²⁴⁵ Wintgens, 2016, 179; Bellomo, 1995, 4–21, rationaalinen suvereeni oli lainsäätävä, joka johti absolutismiin ja sitten Ranskan vallankumoukseen, Napoleonin Code Civil merkitsi oikeusvarmuutta ja sosiaalisen järjestyksen varmuutta.

²⁴⁶ von Savigny, 1814, 30–31 ja 32–42.

²⁴⁷ Bellomo, 1995, 21–22.

metodin²⁴⁸. *Radbruch* näki aineellisen sisällön kulttuurisena ja arvolatautuneena niin, että lainsäädännössä otettiin huomioon sellaisia periaatteita kuin esimerkiksi oikeudenmukaisuus. *Radbruch* tunnusti, että arvojen kesken ei ole mahdollista saavuttaa absoluuttista tasapainoa. Tärkeää on huomata, että *Radbruch* näki oikeuden dualisena järjestyksenä, empiirisenä todellisuutena ja normatiivisena järjestyksenä²⁴⁹.

Kantille oikeus on ”pitäisi”-tyyppisiä normeja. Käsillä olevan tutkimuksen määrittely lainsäädännöstä ja laista oikeusjärjestyksessä vastaa tätä käsitystä niin, että voimassa oleva lainsäädäntö ja laki ovat ”pitäisi”-tyyppistä normatiivista oikeutta, jota tulee soveltaa yksittäisiin konkreettisiin tapauksiin. Tällainen kantilainen ajattelumalli pedagogisessa mielessä erotti oikeudesta muut yhteiskunnan normijärjestelmät, kuten politiikan ja talouden. Oikeustieteestä tuli tämän ajattelutavan seurauksena eristäytynyt ja kielellisesti ja käsitteellisesti suljettu tiede. Se sulki pois käsitteistään myös tarkastelun, jonka tavoitteena oli tutkia, miten yhteiskunnan normeja saatetaan lainsäädännön kaltaisessa päätöksenteossa säädöksiksi ja lainsäädännöksi ja siten osaksi voimassa olevaa oikeutta. Tieteenfilosofisesti ajateltiin, että luonnontieteistä tai empiirisestä reaali maailmasta ei voida suoraan ja sellaisenaan johtaa ”pitäisi”-tyyppisiä normatiivisia seurauksia.²⁵⁰

Edellä olen määritellyt lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen edellyttävän siksi transitiosäännön noudattamista ja olevan ennen muuta tieteenalojen yhteistyötä.

Oikeustieteessä lainsäädännön tutkimus jäi vähemmälle huomiolle siinä tutkimustradition vaiheessa, jolloin oikeus tutkimuskohteena formalisoitui ja autonomisoitui erilleen yhteiskunnan normijärjestelmästä. Lain yleisyyden käsite aineellisessa mielessä ei myöskään saanut saksalaisessa doktriinissa jalansijaa 1800-luvun lopulla ja tullessa 1900-luvulle. Saksalaisen *Paul Labandin* opin mukaan lainsäädäntö ja laki olivat käsitteinä muodollisia niin, että lainsäädännöllä ja lailla ei ollut sisältöä vaan olennaista oli niiden muoto ja lainsäätäjän sen lähteenä.²⁵¹ Tämä ajattelu on mahdollisesti vaikuttanut myös suomalaiseen lainsäädännön tutkimukseen. Nimittäin suomalaisten luonnehditaan ottaneen sadan vuoden ajan irti liki kaiken saksalaisesta oikeusajattelusta²⁵².

Eurooppalaisessa valtiosäännössä valtiosääntöarkkitehdiksi kutsuttu *Hans Kelsen* määritteli lain käsitteen siten, että laki oli puhdistettu kaikista empiirisistä ja moraalisisista aineksista. *Kelsenin* teorian ajattelu oli, että lainsäätäjän tahto *will* on eri asia kuin lain käsite, ”yleinen normi”. Määrittely korostaa, että lainsäätäjän voi epistemologisista ja siis tiedon rajoihin liittyvistä syistä vain ohuesti jos lainkaan määritellä lain. Siksi lainsäätäjältä edellytetty (lainsäätäjän tahtoa ilmaiseva) sääntelytarkkuus on oikeusteoreettisesti arvioiden asia, jota ei tulisi edes odottaa toteutuvaksi lainsäädännössä.²⁵³

Kelsenille lainsäätäjän säätämä laki on positiivista oikeutta. *Kelsen* ajatteli, että lainsäätäjän yhteiskunnallisena auktoriteettina tyydyttää oikeusyhteisön tarpeita. Lainsäätäjän tehtävänä on tunnistaa asianmukaiset tarpeet ja niiden järjestykset (the duty of legislator to recognize the proper order of these needs). *Kelsenin* mukaan tällaisiin

²⁴⁸ Taekema, 2003, 63, tutkijoiden käsitykset muuttuneet, esimerkiksi, *Radbruch* muutti käsitystään ollen ensin positivistinen ja sen jälkeen luonnonoikeusteorian kannattaja.

²⁴⁹ *Radbruch*, 1932, 34 ja 105; myös Taekema, 2003, 48 ja 68 ja 70 ja 83 sekä 90.

²⁵⁰ Kant, *Doctrine du Droit*, 1796, 15.

²⁵¹ Kirchhof, 2016, 100.

²⁵² Aarnio, 2006, 356–357.

²⁵³ *Kelsen*, 1945, 33–34.

kysymyksiin, kuten tarpeiden tunnistus ja järjestäminen, ei ole mahdollista vastata rationaalisen kognition eli järjen perusteella (by the means of rational cognition), vaan kyseessä on pikemminkin päätöksenteko, joka edellyttää arvoarvostelmia (judgement of value) ja joita määräävät emotionaaliset tekijät (by emotional factors). *Kelsen* kielsi sen, että olisi tieteellisesti ja epistemologisesti mahdollista tietää täsmällisesti sellaisista periaatteista kuin oikeudenmukaisuudesta tai muistakaan lainsäädännön periaatteista. "A pure theory of law – a science – cannot answer this question because this question cannot be answered scientifically at all."²⁵⁴ *Kelsen* erotti oikeusjärjestyksen voimassa olevan oikeuden normit (Sollen) ja toisaalta lainsäädännön yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden asettamisena.

Ajattelen niin, että lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen keskeinen kysymys on, mikä on se metodi, jonka avulla reaali maailman sääntelytarpeet otetaan huomioon ja *muutetaan* oikeuden normeiksi ja voimassa olevaksi lainsäädännöksi oikeusjärjestyksessä. Vielä pidemmälle vietyinä modernin lainsäädännön tavoitteena on se, että lainsäädännön tulee olla sillä tavoin tehokasta, että sillä on myös tarkoitettuja vaikutuksia yhteiskunnassa.

2.2.2 Lainsäädäntöteorian lähestymistavat

Edellä olen jo tuonut esille, että *Morand* kuten monet muut lainsäädäntötieteen edustajat jakavat legistiikan kahteen pääalueeseen, substantiaaliseen legistiikkaan (nomologie) ja formaaliin legistiikkaan (nomographie). Substantiaalinen legistiikka on kiinnostunut lainsäädännön sisällöistä ja formaali legistiikka muun muassa säädösinstrumenteista ja säädösten kielestä.²⁵⁵

Toiset lainsäädännön teoriat korostavat lainsäädäntömenettelyn eli proseduurien ensisijaisuutta, toiset korostavat keinoja vaikuttaa lainsäädännön aineelliseen sisältöön. Mannermainen lainsäädäntöteoreettisesti suuntautunut oikeustieteen tutkimus on keskittynyt tarkastelemaan usein niitä käytännön valtiosääntönormeja, jotka määräävät lainsäädännön valtiosääntönormeissa tarkoitettuja menettelyjä. Tällaista lähestymistapaa kutsutaan lainsäädännön ulkoisen prosessin (external legislative process) tarkasteluksi. Siitä erillinen kysymys on lainsäädännön sisäinen prosessi (internal legislative process), joka tarkoittaa lakien valmistelua, lainsäädännön metodia ja päätöksenteon standardeja eli lainsäädännön aineellisen sisällön laadun varmistamista lakien säätämisen vaiheessa käytännössä.²⁵⁶ Nyt käsillä olevassa tutkimuksessa tavoitteena on tutkia teoreettisesti lainsäädäntä prosessina ja vaiheina ennen muuta korostamalla lainsäädännön *sisäistä prosessia* (internal legislative process) ja sitä, millä tavalla lainsäädännön aineellinen sisältö on rationaalisesti vaikutettavissa ja hallittavissa eri metodien avulla lakien säätämisen prosessin vaiheissa²⁵⁷.

²⁵⁴ Kelsen, 1945, 6 ja 13 sekä 33–34 ja 36 ja 256–257, Kelsenin mukaan "pure theory of law" tarkoittaa, että se "It seeks the real and possible, not the correct law. It is in this sense radically realistic and empirical theory. It declines to evaluate positive law."

²⁵⁵ Barraud, 2016, 7–8; Morand, 2000, 58; Flückiger, 2010, 213 and 216, formal and material legistics, material refers to law's ability to affect social reality which is involving the evaluation.

²⁵⁶ Siehr, 2008, 275–276.

²⁵⁷ Siehr, 2008, 275–276; Vrt. myös Wintgens, 2002, 15–26, sisäinen/ulkoinen näkökulma eri näkökulmista, myös oikeudellisesta.

Rationaalisuutta ja vaikutuksia

Yhteiskunnallinen empiirinen tieto on ollut sekä varhaisemman että myöhemmin harjoitetun modernin lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen yksi tärkeä kiinnostuksen kohde. Lainsäädäntöteoreettinen tutkimus on pyrkinyt vastaamaan lainsäädännön empiirisen tiedon hankintaan liittyviin kysymyksiin. Lainsäädäntötutkimuksen klassikoksi määritellyn *Peter Nollin* teoksen *Gesetzgebung* (1973) jälkeen muun muassa sveitsiläinen *Mader* on kehittänyt lainsäädännön materiaalista aspektia ja evaluaation metodologiaa. *Mader* on laatinut tutkimuksen *L'évaluation législative, Pour une analyse empirique des effets de la législation* (1986), joka keskittyy lakien säätämässä ja lainsäädännössä sen empiiriseen tietoon. Evaluaatiometodeja ovat tutkineet myös muun muassa *Jean-Daniel Delley* ja *Flückiger*.

Prosessi, vaiheet ja rationaliteetit

Atienzan teoria erottaa *Morandin* teorian tavoin esilainsäädännöllisen (pre-legislation), lainsäädännöllisen (legislation) ja jälkilainsäädännöllisen (post-legislation) vaiheen.²⁵⁸ *Atienza* on siten myös omaksunut lainsäädännön prosessia ja vaiheita korostavan teoreettisen lähestymistavan. Teorian avulla on mahdollista paikantaa lakien säätämisen sisäisen prosessin elementtejä, käsitteellistää ja teoretisoida kunkin vaiheen merkitystä eri oikeusjärjestyksissä.²⁵⁹ *Wintgens* on legisprudence-teoriassaan tutkinut lainsäädännön prosessimallia ja kehittänyt lainsäädäntöteoreettisia periaatteita yksilön autonomia lähtökohdana. Oikeusfilosofi ja oikeusteoreetikko *Wintgensin* lainsäädäntöteorian periaatteiden potentiaali on lainsäädännön sisäisten standardien vahvistamisessa (internal standards of legislation) ja lainsäädännön laadun parantamisessa niiden avulla²⁶⁰.

Atienzan teoriassa lainsäädännön prosessin ja vaiheiden rationaliteetteja ovat jo edellä tutkimuksessa mainitut kielellinen, oikeudellis-formaalinen, pragmaattinen, teleologinen ja eettinen, jotka rationaliteetteina ovat keskenään vuorovaikutuksessa lainsäädännön prosessin eri vaiheissa, symboloiden lainsäädännössä keskenään kilpailevia valtiosääntöperiaatteita²⁶¹. Myös *Wahlgren* on kehittänyt lainsäädännön rationaliteetteja, joita ovat poliittinen rationaliteetti, oikeudellinen rationaliteetti, edellä mainittu sisäinen rationaliteetti eli sääntelyn koherenssi, toimeenpanorationaliteetti ja kulttuurinen rationaliteetti, joilla identifioidaan lainsäädäntöä menettelynä ja sisältöinä.²⁶² Olen määrittellyt niitä tutkimuksessa jo edellä.

Lainsäädäntöteoriaa ja erityisesti lainsäädäntömetodeja ovat kehittäneet sveitsiläinen *Georg Müller* niin ikään lainsäädännön prosessin yksittäisiä vaiheita tutkimalla. *Müllerin* mukaan lainsäädännön (Rechtsetzung) tutkimuksesta puuttuu sellainen kehittänyt lakien säätämisen teoria, jota voisi verrata esimerkiksi oikeudellisen päätöksenteon (Rechtanwendung) tulkintateoriaan. Lainsäädännön teoriaa on kehitelty kansallisvaltioiden lakien säätämisen tarpeeseen. Modernissa oikeudessa erityisesti ylikansallinen lainsäädäntö haastaa perinteisen kansallisen lainsäädännön metodeja.

²⁵⁸ Atienza, 1989, 397.

²⁵⁹ Morand, 2000, 62; Myös Atienza, 1989, 397.

²⁶⁰ Siehr, 2008, 272.

²⁶¹ Atienza, 1989, 385–393 ja 395–401; Ks. myös Gema, 1999, 89–90, *Atienzan* teoriasta lainsäädännön balancing -operaation yhteydessä, kyse on valtiosääntöperiaatteiden punninnasta.

²⁶² Ks. Wahlgren, 2008, 30.

Müllerin mukaan modernin lainsäädäntötutkimuksen tärkeä tehtävänä on kehittää ylikansallisen lainsäädännön metodologiaa.²⁶³

Pyramidimalli

Helen Xanthaki lainsäädännön valmistelun ideaalia tarkastellessaan korostaa pyramidimallia, jonka huipulla on tehokkuus (efficacy), sen alapuolella tehokkuus (effectiveness) ja sen alapuolella vaikuttavuus, selkeys, tarkkuus sekä tulkinnanvaraisuuden välttäminen (ambiguity). Pyramidin juuressa ovat ideaaleina yksinkertaisuus ja selkeä sukupuolineutraali kieli. Malli ottaa huomioon lainsäädännön ulottuvuudet, kuten faktuaalisen ulottuvuuden, mutta myös lainsäädännön legislaattorin näkökohdat.²⁶⁴

Jälkilainsäädännöllisen vaiheen merkitys alan tutkimuskirjallisuudessa

Kim Fyhr tutkimuksessaan, joka on keskittynyt Euroopan unionin lainsäädäntöehdotusten *ex ante*-evaluaatioon, pitää tärkeänä paitsi sen vahvistamista myös erilaisten *ex post*-metodien ja erityisesti juridisen metodin käyttämistä ja tehostamista koordinaationa.²⁶⁵ Euroopan unionin paremman lainsäädännön sykli ei nimenomaisesti mainitse jälkikäteistä säädösten oikeudellisen normivalvonnan roolia unionin lainsäädännön rationaalisuutta lisäävänä normatiivisena lainsäädännön lähteenä (normative source of legislation).²⁶⁶

Alankomaalainen *Anne Meuwese* lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessaan arvioi, että lainsäädännön oikeudellinen normivalvonta unionissa on viimesijaista kontrollia (ultimate control) niin, että se ”konstitutionalismin hengessä” varmistaa ennen muuta perusoikeusnormien noudattamista (fundamental rights)²⁶⁷. Alankomaalaisen *Patricia Popelierin* käsityksen mukaan unionin tuomioistuimen rooli on muuttunut unionin oikeuden ”vahtikoirana” (as watchdog) siten, että hallinto-oikeudellisesta toimijasta (administrative law actor) tuomioistuin on tullut lähemmäksi valtiosääntötuomioistuinmaista toimijaa (nearer to the constitutional law adjudication)²⁶⁸. *Alexander Türk* tutkimuksessaan *Judicial review in EU law (2010)* ei puolestaan erottele tarkastelussaan yleisesti sovellettavaa unionin normistoa ja hallinnollisia toimia, vaikka määritteleeikin ajattelevansa unionia autonomisena lainsäätäjänä. Eurooppalaisessa valtiosäännössä *judicial review* on pitkälti jäsenvaltion näkökulmakysymys ja määrittelykysymys, samoin kuin se, nähdäänkö unioni autonomisen lainsäätäjän sijaan delegoidun lainsäädäntövallan käyttäjänä.²⁶⁹

Jälkilainsäädännöllinen doktriini käsitteenä tarkoittaa lainsäädäntömetodia, joka voi toteutua sen jälkeen, kun lainsäädäntö on saatettu muodollisesti voimaan oikeusjärjestyksessä. Jälkilainsäädännöllisen doktriinin käsite tarkoittaa paitsi oikeudellista säädösten jälkikäteistä normivalvontaa myös esimerkiksi *impact evaluation* -tyyppisiä voimassa olevien säädösten vaikutusarviointeja ja monitorointeja²⁷⁰. Skotlanti ja

²⁶³ Müller, 1999, 1–4, käsitteet Gesetzgebungslehre ja Rechtsetzungslehre.

²⁶⁴ Xanthaki, 2014, 2–20.

²⁶⁵ Fyhr, 2016, 228.

²⁶⁶ Lenaerts, 2012, 9.

²⁶⁷ Meuwese, 2008, 43–44.

²⁶⁸ Popelier, 2012, 257–270.

²⁶⁹ Türk, 2010, 2.

²⁷⁰ Post-legislative Scrutiny, 2017, 12.

Yhdistynyt kuningaskunta ovat kehittäneet parlamentin yhteydessä harjoitettavaa post-legislatiivista menettelyä, *Franklin De Vrieze* yhtenä keskeisenä tutkijana²⁷¹.

Suomalaisessa lainsäädäntötutkimuksessa säädösten jälkikäteisen normivalvonnan tutkimus on ollut niukkaa. Mannereurooppalaisessa valtiosäännössä jälkikäteinen lainsäädännöllinen vaihe tarkoittaa usein tuomioistuimen harjoittamaa perustuslakivalvontaa mutta myös muunlaisia säädösten valvonnan muotoja, kuten säädösten *judicial review*-tyyppistä valvontaa tavallisissa tuomioistuimissa²⁷². Varsinkin manneurooppalaisessa doktriinissa on tapahtunut formalismia korostavan vaiheen jälkeen suuri muutos niin, että lainsäädännön normivalvonnalle annetaan nykyisin suuri painoarvo.²⁷³ Eurooppalaisessa lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa on tarkasteltu modernin lainsäädännön pulmia ja myös jälkikäteisen lainsäädännöllisen vaiheen doktriinin merkitystä eri näkökulmista. Yksi tällainen ja erityisesti saksalaisen oikeustieteen traditioon keskittyvä on *Meßerschmidtin* ja *Oliver-Lalanan* toimittama teos *Rational law-making under review* (2016). Kiinnostus jälkikäteiseen lainsäädännölliseen vaiheeseen on selvästi monipuolistunut (*Sieckmann [2013, 2016], Meßerschmidt [2016], Oliver-Lalana [2016, 2013], Alemanno [2011], Lenaerts [2012], van Gestel – de Poorter [2016] Weatherill [2011]*). *Karpen* niin ikään korostaa rationaalisen lainsäädännön teoriassa prosessia ja vaiheita (phases) ja erityisesti myös sellaista säädösten normivalvontaa, joka ulottuu lainsäädännön materiaaliseen sisältöön asti: ”rationality is the core of material legislation”.²⁷⁴

Päätelmiä

Kotimainen lainsäädännön tutkimus on ollut pääasiallisesti oikeudellista ja julkisoikeuden alaan kuuluvaa valtiosääntöoikeudellisesti suuntautunutta tutkimusta, myös oikeussosiologista ja legistis-lingvististä. Tutkimus on pyrkinyt redusoimaan lainsäädäntöä reaalia maailman asiaksi ja tutkimuskohteeksi. Oikeustieteessä tunnetaan faktuaalinen positivismi, joka korostaa yhteiskuntatodellisuutta. Lainsäädännön tutkimus ei voi kuitenkaan olla erillistä oikeustieteen ja julkisoikeudellisen tutkimuksen oikeudellisista kysymyksistä siksi, että lakien säätäminen edellyttää yleensä oikeusjärjestyksen ylimmän normiston eli perustuslain tai kansainvälisen järjestön tapauksessa perussopimuksen noudattamista. Lainsäädännön kytkentä säädösten jälkikäteiseen oikeudelliseen normivalvontaan ja myös yleisemmin oikeudelliseen ratkaisutoimintaan on tärkeää siksi, että lakien säätäminen edellyttää enemmän tai vähemmän velvoittavia lähteitä ja takaisinkytkentää. Tämä osaltaan luo oikeusjärjestyksessä johdonmukaisuutta. Varhaiset eurooppalaiset lainsäädännön tutkijat kehittivät lainsäädäntöperiaatteita, kuten *Bentham* lähtökohtanaan luonnonoikeus, lainsäädäntöperiaatteen ja utilitarismi ja *Montesquieu* taas lakien tehokkuutta ja ymmärrettävyyttä korostamalla. *Von Savigny* *Kantin* ajattelun myötä ja myöhemmin *Laband* ryhtyivät formalisoimaan oikeutta niin, että oikeustieteen käsitteet sulki lainsäädännön ja sen tutkimuksen edellyttämät arvot ja tavoitteet ulkopuolelleen. *Radbruch* puolusti lain-

²⁷¹ De Vrieze, ”Principles of Post-Legislative Scrutiny by Parliaments, Westminster Foundation for Democracy” (2018).

²⁷² Post-legislatiivisesta vaiheesta eli normivalvonnan vaiheesta esimerkiksi myös Meßerschmidt, 2016, 392–395, saksalaisella alueella; Lenaerts, 2012, 9, näin Euroopan unionin oikeusjärjestyksen säädösten normivalvonnassa.

²⁷³ Karpen, 2016, 298–299.

²⁷⁴ Karpen, 2016, 298–299.

säädännön aineellista sisältöä ja arvolatautuneisuutta korostavaa lainsäädännön tutkimusta. *Radbruch* kuitenkin tunnusti, että lakien säätämiseksi ominaisten periaatteiden ja arvojen kesken ei ole mahdollista saavuttaa absoluuttista tasapainoa. Kun oikeuden tutkimuksessa pyrittiin objektiiviseen tietoon, arvoja ja periaatteita sisältävä lakien säätäminen jäi sen ulkopuolelle. *Kelsen* perusteli tätä rajanvetoa epistemologisella eli inhimilliseen tietoon ja tutkimusmetodeihin liittyvien rajoitusten perusteella niin, että arvoja sisältävistä lainsäädännön periaatteista, kuten oikeudenmukaisuudesta, ei voida saada tietoa objektiivisesti. Oikeustiede sulki käsitteillään lainsäädännön, arvot ja emootiot ulkopuolelleen niin, että alan tutkimus on supistunut 1900-luvulla pitkälti formaaliksi eli muodolliseksi legistiikaksi, nomografiaksi. 1970- ja 1980-luvuilta lähtien lainsäädännön tutkimuksessa on kehitelty lainsäädännön evaluaation metodologiaa, keskeisenä hahmona tässä *Noll*, sittemmin *Mader* materiaalisen legistiikan edustajana. Lainsäädäntäteoria on korostanut lainsäädännön tutkimuksessa materiaalista ja substantiaalista legistiikkaa, nomologiaa. Sen mahdollisuuksiin on liitetty myös tiedollisia rajoituksia niin, että aineellisessa mielessä universaali hyvän lainsäädännön määrittely ei ole mahdollista. Yleisesti lainsäädäntäteorian tavoitteena on kuitenkin ollut lainsäädännön rationaalisuuden lisääminen jo lakien säätämisen vaiheessa. Erittäin lainsäädäntötieteeksi (*Morand*) kutsuttu lainsäädäntäteorian lähestymistapa on pohtinut yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen menetelmien mahdollisuuksia lainsäädäntäteoriassa. Lainsäädäntäteoreettisessa tutkimuksessa on korostettu *Morandin*, *Wintgensin* ja *Müllerin* tavoin prosessien ja vaiheiden merkitystä lainsäädännön rationaalisuuden lisääjänä. Tälle on ominaista lainsäädännön prosessiajattelu, vaiheet ja erilaiset rationaliteetit, esimerkkeinä *Wahlgren* ja *Atienza*. Keskeiseksi kysymykseksi on tullut se, miten kyetä säätämään lainsäädäntöä, jolla on tavoiteltuja yhteiskunnallisia vaikutuksia. Oletuksena on, että mahdollisuus ottaa lainsäädännössä ennalta huomioon sen materiaallinen sisältö ja ennakoita lakien vaikutuksia on kuitenkin aina inhimillisen tiedon näkökulmasta arvioiden rajallista. Kysymys ei ole saatavilla olevasta tiedosta (informaatio) vaan inhimillisestä ihmisen ajatteluun liittyvästä tiedollisen kapasiteetin rajoituksista suhteessa tulevaisuuteen. Yksi modernin oikeuden lakien säätämisen malli on *Morandin* dynaaminen prosessi ja sen vaiheet sekä siihen yhdistettynä *Flückigerin* teoria ja sen lakien säätämistä ilmentävä aineellinen ulottuvuus, oikeudellinen, faktuaalinen ja legistis-lingvistinen ulottuvuus. Malli on käyttökelpoinen yhden oikeusjärjestyksen lakien säätämisen tarkasteluväline ja myös useamman oikeusjärjestysten lainsäädäntöjärjestelmien vertailun teoreettinen väline. Malli ottaa huomioon sekä oikeustieteen vaatimukset että muiden yhteiskuntatieteiden menetelmien vaatimukset lakien säätämisessä. Edellä johdannossa olen korostanut, että Isonsa-Britanniassa lainsäädännön tutkimus on jo 1980-luvulla korostanut lainsäädännön vaikutuksia yhteiskunnassa. *Xanthaki* lainsäädännön valmistelun ideaalia tarkastellessaan korostaa kolmion muotoista pyramidimallia, jonka huipulla ovat tehokkuus (*efficacy*, *effectiveness*) ja niiden alapuolella vaikuttavuus, selkeys, tarkkuus sekä tulkinvaraisuuden välttäminen (*ambiguity*). Esilainsäädännöllisen vaiheen kehittelyn lisäksi uusimpana kehitysvaiheena on jälkilainsäädännöllinen vaihe, joka esimerkiksi *Oliver-Lalanan* ja *Meßerschmidtin*, *Karpenin* ja *De Vriezen* mukaan korostaa voimassa olevien säädösten valvontaa, kuten oikeudellista tuomioistuimissa harjoitettavaa säädösten normivalvontaa tai myös parlamenteissa tai muissa elimissä toteutettavaa jälkilainsäädännöllistä (post-legislative scrutiny-tyyppistä) säädösten vaikutustenarviointia tai toimeenpanon arviointia. Tällainen takaisinkytkentä toimii myös lakien säätämisen legistisenä lähteenä niin, että sen avulla on mahdollista saada kokemuksia esimerkiksi säädösten soveltamisesta käytäntöön tai niiden erilaisista

vaikutuksista käytännössä. Vaikutukset voivat olla tavoiteltuja mutta myös ei-toivot-
tuja tai yllätyksellisiä. Lainsäädännön takaisinkytkentä tarkoittaa myös jälkilainsäädännöllistä
lainsäädännön valvontaa evaluaation keinoin ja vaikutustenarvioinnin avulla esimerkiksi
parlamentin yhteydessä toimivassa elimessä.

3 OIKEUSVALTIOLLISUUS LAINSÄÄDÄNNÄSSÄ

Termi *rule of law* eli suomeksi käännettynä *oikeusvaltioperiaate* on monimerkityksinen käsite. Tässä luvussa määrittelen sitä lyhyesti eurooppalaisen valtiosäännön *käsitteenä* ja lainsäädännän oikeusvaltiollisen laadun tausta-arvona. Määrittelen luvussa myös *Euroopan unionin lainsäädännön* erityispiirteitä. Luvussa tarkastelen, miten Euroopan unionin oikeusjärjestykselle ominainen lainsäädännön käsite soveltuu perinteisen *yleisen lain* käsitteeseen. Luvun lopulla määrittelen lainsäädännän kaltaista päättelyä ja erityisesti praktista päättelyä ja sille ominaista kriittistä kognitiota. Lisäksi määrittelen luvussa normimallin ja normityypin käsitteitä. Luvun lopulla määrittelen lainsäädännän analyttisenä prosessina.

3.1 OIKEUSVALTIOPERIAATE OIKEUSVALTIOLLISEN LAADUN LÄHTÖKOHTANA

Edellä johdannossa olen todennut myös, että eurooppalaisessa valtiosäännössä lainsäädännön laatu on monimerkityksinen (plural) käsite siksi, että oikeusjärjestykset asettavat lainsäädännön laadulle myös erilaisia vaatimuksia²⁷⁵. Eurooppalaisella valtiosäännöllä tarkoitan Euroopan valtioiden ja eurooppalaisten ylikansallisten orgaanien ja elinten kokonaisuutta, johon kuuluvat Euroopan unionin jäsenvaltiot, Euroopan talousalueen jäsenenä olevat valtiot, Euroopan neuvoston jäsenvaltiot, myös ne Euroopan neuvoston jäsenvaltiot, jotka eivät ole Euroopan unionin tai talousalueen jäsenvaltioita. Esimerkiksi Pohjoismaista Norja, joka on Euroopan talousalueen jäsen mutta ei Euroopan unionin jäsenvaltio, on muiden Pohjoismaiden tavoin liittynyt Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja on Euroopan neuvoston jäsenvaltio. Eurooppalaisilla kansainvälisillä järjestöillä tarkoitan ennen muuta Euroopan unionia ja Euroopan neuvostoa (EN, englanninkielinen lyhenne CoE)²⁷⁶. On siten huomattava, että Euroopan neuvoston jäsenvaltioita ovat myös muut eurooppalaiset valtiot kuin vain Euroopan unionin jäsenvaltiot. Eurooppalainen valtiosääntö käsitteenä tarkoittaa tässä tutkimuksessa monien oikeusjärjestysten ja normijärjestelmien valtiosäännöistä tai ylemmänasteisista normistoista koostuvaa normistoa sekä niiden erilaisia lainsäädäntöjen järjestelmiä.

3.1.1 Oikeusvaltioperiaate on valtiosääntönormi

Valtiosääntöperiaatteiden ja siten oikeusvaltioperiaatteen täsmällinen määrittely ei ole helppoa tai edes mahdollista. Oikeuskirjallisuudessa valtiosääntöperiaatteet on määriteltä tärkeiksi oikeudellisiksi argumenteiksi niin, että täydentävät perustuslain tekstin aukkoja, toimivat tulkintaperusteina tulkittaessa perustuslain muita säännöksiä tai niitä alemmanasteisia säännöksiä ja että ne ilmaisevat valtion yleisiä tavoitteita

²⁷⁵ Flückiger, 2008, 9–24.

²⁷⁶ Statute of the Council of Europe, London, 5.V. 1949.

ta²⁷⁷. Esimerkiksi Suomen perustuslain 2 §:n 3 momentissa todetaan: ”Julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia.” Perustuslain 2 §:n 3 momentin kohdasta johdetaan säädösvallan ja lain käsitteen kannalta keskeinen oikeusvaltioperiaate²⁷⁸. Suomen perustuslaissa lähdetään siitä, että kaikki julkisen vallan käytön perusratkaisut julkisen vallan ja yksityisten välisissä suhteissa tulee voida johtaa perustuslaista²⁷⁹. Oikeusvaltiolle on *Aulis Aarnion* mukaan pidetty tunnusomaisena muun muassa sitä, että nimenomaisesti oikeussäännökset antavat yksilölle suojaa sekä muita yksilöitä että valtiota vastaan.²⁸⁰ Koska *lainsäädännöllä on erityinen asema* kansallisen oikeuden lähteenä, voidaan myös edellyttää, että tärkeissä asioissa sovellettavaksi tarkoitettulle lainsäädännölle pitää asettaa laatuvaatimuksia, jotka ovat oikeusvaltiollisia.

Lainsäädännön oikeusvaltiollinen laatu, joka johdetaan oikeusvaltioperiaatteen elementeistä, on yksi oikeusvaltioperiaatteen toteutumisen edellytys. Kysymys on pitkälti *oikeusjärjestyksen toimivuudesta*. Lainsäädäntö ja siten perinteisesti siihen liittynyt *laillisuusperiaate, vallanjaon opin periaate, yksityisten oikeuksien ja velvollisuuksien elementit tai ”pilari”* ovat oikeusvaltion mallin osatekijöitä.²⁸¹ Yksityisten oikeuksien ja velvollisuuksien elementti lainsäädännössä ja laeissa on vahvistunut perus- ja ihmisoikeusstandardien vaatimusten myötä. Valtiosääntönormien ohella kansainväliset ihmisoikeussopimukset edellyttävät sitä, että perus- ja ihmisoikeusvelvoitteet otetaan huomioon kansallisessa lainsäädännössä²⁸². Oikeusvaltioperiaatteen yksi ihmisoikeuslottuvuus edellyttää lainsäätäjän varmistavan toimeenpanossa esimerkiksi tehokkaita oikeussuojakeinoja²⁸³.

Oikeusjärjestyksen ylimmänasteinen normi asettaa rajoja lainsäädännölle

Positiivinen oikeuslähdekäsitys eli lainsäätäjän auktoriteettina antama kirjoitetussa muodossa oleva laki, *ius positivus*, on ollut ja edelleen on tärkeällä sijalla oikeuslähteenä suomalaisessa ja eurooppalaisessa oikeustieteessä²⁸⁴. Kansallisessa kontekstissa perustuslaki on määritelty siten, että se perustaa lähteen ja ne rajat, joiden puitteissa säädetään oikeuden normeja²⁸⁵. Demokraattisessa oikeusvaltion mallissa demokratia ja perusoikeudet voidaan nähdä toistensa edellytyksinä²⁸⁶. *Scheinin* ihmisoikeusnormeihin kohdistuvassa tutkimuksessa päättyy demokraattisen poliittisen järjestelmän ja ihmisoikeuksia säätävien normien keskinäissuhteeseen: *demokratian ja ihmisoikeuksien*

²⁷⁷ Jyräki, 2000, 52–53 ja 54.

²⁷⁸ Ks. Suviranta, 1996, 25–37 ja 127, oikeusvaltioperiaatteen suomalainen varhempi ja ”ohuempi” muoto ilmeni nyt jo kumotun Suomen Hallitusmuodossa 92 §:n 1 momentin lainalaisuusperiaatteena kansallisessa virkatoiminnassa. Yhteiskunnallinen muutos on perinteisesti perustunut säädännäiseen oikeuteen, ks. Inha, 2005, 40–43; Vrt. Hallberg, 2004, 14–15; Ks. Aarnio, 1989, 21; Kastari, 1977, 306; Sipponen, 1965, 130 ja 380–381.

²⁷⁹ HE 1/1998 vp.

²⁸⁰ Aarnio, 1989, 19.

²⁸¹ Hallberg, 2017, 28.

²⁸² Tushnet, 2018, 104–106.

²⁸³ Report On the Rule of Law, Venice Commission, 2011, 12.

²⁸⁴ Tolonen, 2003, 11–12; Siltala, 2003, 189; oikeuslähteestä ja oikeuslähdeopista Aarnio, 1991, 73–76.

²⁸⁵ Ks. Kelsen, 1945, 131–132; Verhoeven, 2002, 53, termi konstituutio, voi olla myös ylikansallinen. Ks. myös Koopmans, 2003, 35.

²⁸⁶ Raitio, 2017, 15.

*yhteys ilmenee perusoikeussäännöksissä*²⁸⁷. Tuori samassa asiayhteydessä puhuu demokratian ja perusoikeudet yhdistävän *demokraattisen oikeusvaltion mallista*, jossa on taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset perusoikeudet, jotka julkisen vallan on määrä turvata kansalaisilleen sen vuoksi, että kansalaisyhteiskunnan toimintaedellytykset kävisivät mahdolliseksi²⁸⁸.

Jo vuonna 1995 Suomen hallitusmuotoon kirjoitettu 1 § ”siirrettiin” sen sanamuodon mukaisena Suomen perustuslain 1 §:n säännökseksi. Suomen perustuslain 1 §:n 2 momentin säännökseen on kirjoitettu, että valtiosäännön tehtävänä on turvata ihmisarvon loukkaamattomuus ja yksilön vapaudet ja oikeudet sekä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa. Kyseisen säännöksen on tarkoitettu ilmaisevan ”Suomen valtiosäännön keskeisen arvoperustan”, joka korostaisi kansalais- ja yksilönäkökulmaa valtiollisen vallan käytön alamaishäikäkulman sijasta.²⁸⁹ Tämän voi ajatella merkitsevän sitä, että yksityisten tulisi voida myös varmistaa heille kuuluvat oikeutensa, myös lainsäädännössä. Esimerkiksi korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännön perusteella voi havaita, että tuomioistuimessa vedotaan useammin perusoikeuksiin ja korkein hallinto-oikeus perustelee ratkaisujaan perusoikeuksista annetuilla tulkintoilla. Omaksutut perusoikeustulkinnat ainakin vuosituhanen alussa on perustettu vielä pitkälti perustuslakivaliokunnan tulkintoihin.²⁹⁰

Vaikka eurooppalaisten kansallisvaltioiden valtiosäännöissä oikeusvaltioperiaatekäsité (*Rechtstaat* ja *rule of law*, *Règne de la Loi* tai *Règne du Droit*) on historiallisen evoluution näkökulmasta kehittynyt eri tavoin ja sitä myös toteutetaan eurooppalaisissa oikeusjärjestyksissä eri tavoin, alan kirjallisuuden mukaan se merkitsee eurooppalaisessa valtiosäännössä suurin piirtein samaa eli legitimiisyyttä ja legitimiisti käytettyä valtaa oikeuden ideaalina.²⁹¹ Historiallisista taustaeroista huolimatta oikeusvaltioperiaate ymmärretään suurin piirtein samalla tavalla niin, että kaiken valtiolisten viranomaisten toiminnan tulee olla jäljitettävissä legitimeihin oikeuslähteisiin (*an ultimate source of legal authority*).²⁹² Oikeusvaltioperiaate tarkoittaa oikeuslähteiden taustalla olevia *meta-normeja* eli oikeuslähdenormeja²⁹³. Taustalla on ajatus, että kunkin oikeusyhteisön konstitutiiviset säännöt luovat oikeusjärjestyksestä, ja oikeusjärjestyksen eräänlaisina metasääntöinä ne myös määräävät oikeusjärjestyksen normiauktoriteetin²⁹⁴. Konstitutiivisilla säännöillä on tässä mielessä keskeinen merkitys myös lainsäädännön eri tavoin tapahtuvan normivalvonnan järjestämisessä ja toimeenpanon rationaaliteetin osatekijöiden kannalta lainsäädännön soveltamisessa ja lopulta tulkinnassa:

²⁸⁷ Scheinin, 1991, 337–338; Ks. myös Scheinin, 1991, 340, yhteiskunnallisten valtarakenteiden analyysin tarpeesta.

²⁸⁸ Tuori, 1990, 269–281.

²⁸⁹ Perusoikeustyöryhmä, 1993, 52.

²⁹⁰ Välittömästi tai välillisesti perus- ja ihmisoikeuslottuvuus KHO:2008:45, KHO:2007:46 ja KHO:2007:46, myös KHO:2001:39; KHO:2007:9 ja KHO:2006:87 sekä KHO:2006:87, KHO:2005:67, jossa selvittämisvelvollisuudessa puutteita, lisäksi MAO:441/07.

²⁹¹ Report On the Rule of Law, Venice Commission, 2011, 9–10. Alan kirjallisuudessa Grzeszick, 2016, 72–73, oikeusvaltioperiaatteen määritelmä korostaa yksilön itsemääräämisoikeutta; Siehr, 2016, 341, rule of law lainsäädännön ja lainsäätäjän harkintavallan yhteydessä; Wennerström, 2007, 160, 218–219, 289–290, 302; Esteban, 1999, 91–101; Siltala, 2003, 241, oikeusvaltioperiaate.

²⁹² Esteban, 1999, 89–91.

²⁹³ Peczenick, 2009, 265–266.

²⁹⁴ Aarnio, 1989, 72; Vrt. tähän Wintgens, 2004, meta-theory, 302.

“-- what counts as upholding the Rule of law depends wholly on what the law’s rules are and who has the final authority to interpret and apply them”.²⁹⁵

Oikeustieteessä oikeusvaltioperiaatetta on teoreettisena käsitteenä erityisesti soveltamisen yhteydessä määritelty siten, että sen taustalla oikeudellisena *metateorianana* yhdistyvät erilaiset oikeuslähteet ja niiden taustalla vaikuttavat periaatteet, kuten demokratiaperiaate, oikeussubjektien tahdonautonomia ja oikeudellinen yhdenvertaisuus. Oikeusvaltioperiaatteessa kiteytyvät kullekin oikeusyhteisölle ominaiset oikeuslähteet ja niiden taustalla vaikuttavat periaatteet.²⁹⁶ Se on tarkoittanut oikeusyhteisössä esimerkiksi hyväksytyjä sääntöjä siitä, että lainsäädännön soveltamisen ja tulkinnan lähtökohta on ensi sijassa kirjoitetussa laissa. Lainsäädännön käsite on kuitenkin muuttunut niin, että muodollinen lakikäsite ei ole riittävää²⁹⁷.

Eurooppalaisesta oikeusvaltioperiaatteesta puhuttaessa tunnetaan *common law* -oikeuden *rule of law* -käsite ja mannermainen saksankielinen *Rechtsstaat*-käsite sekä *Règne de la Loi* tai *Règne du Droit*, joka tarkoittaa säädettyä oikeutta, mutta myös erilaisista muista oikeudellisista lähteistä peräisin olevia oikeusperiaatteita.²⁹⁸ Olennaista on huomata, että vaikka oikeusvaltioperiaate on kirjoitettu useiden valtioiden perustuslakeihin tai siitä on maininta jäsenvaltioita velvoittavassa kansainvälisessä sopimuksessa, ei sen sisältöä määrävää doktriinia ole yleensä nimenomaisesti ”säädetty” valtiosäännöissä tai sitä vastaavissa ylemmänasteisissa normeissa. Oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa oikeusvaltioperiaate on määritelty seuraavasti:

*“The key point is that the rule of law is a culture or tradition of behaving in a certain way, not a doctrine that can be legislated.”*²⁹⁹

Määritelmän mukaan *rule of law* on käsitteenä kulttuurinen ja käyttäytymisen asia eikä doktriini, josta voitaisiin säätää lainsäädännöllä.

Lainsäädäntöteoreettisesta näkökulmasta pitää olla selvillä siitä, että lainsäädäntöteoreettisesti tärkeät valtiosääntöperiaatteet myös muuttuvat ajassa. Esimerkiksi Yhdistyneessä kuningaskunnassa parlamentin suverenisuus on ollut tässä suhteessa erittäin keskeinen valtiosääntöarvo mutta viime vuosina tuomiovallan rooli on vahvistunut. Tuomioistuimet ovat alkaneet tutkia lainsäädäntöön liittyviä ihmisoikeuskysymyksiä (*exercising a constitutional jurisdiction properly so called.*) *Mark Elliott* pohtii tässä yhteydessä *judicial review*-instituutiota, jonka perusta on brittiläisessä *rule of law* -käsitteessä. *Elliott* on 2000-luvun alussa todennut, että ”English Public law

²⁹⁵ Sieckmann, 2010, 69–91; MacCormick, 1999, 40–44.

²⁹⁶ Peczenick, 2009, 265–266; Wintgens, 2006, 10, painottaa, että yksilön vapauden periaate on lähtökohta lainsäädännön justifikaatioperusteena; Siltala, 2003, 241, vrt. Siltalan käyttämä oikeussubjektien tahdonautonomian käsite.

²⁹⁷ Ojala, 2005, 222 ja 224–225, lain tarkkuus ja sanamuodon merkitys; Tolonen, 2003, 67; Saraviita, 2000, 532; Makkonen, 1998, 95; Aarnio, 1989, 83–98, voimassaolon muodot; Aarnio, 1997a, 420–424; Hidén, 1974, 22–23 ja 271–272; Ks. Apala-Arlander, 1972, 64; Sipponen, 1965, 127, 324; Ks. Hermanson–Kaira, 1965, 1–8, lainsäädäntövallan ja ”lakikäsitteen” laajempi ymmärtäminen ajoittui Suomen uuden hallitusmuodon vakiinnuttamisen aikaan. Suomen itsenäisyyden ajan alun ”laki”-käsite oli laveampi kuin vain säädännäisen oikeuden normijoukko, laveampi kuin itsenäisyyden ajan puolenvälin jälkeiseen säädännäisen oikeuden ”laki”-käsite. Myös Hermanson, 1928, 1–4, viittaa ajankohdan lakikäsitteeseen, johon sisältyi myös tavanomaisen oikeuden oikeusnormeja.

²⁹⁸ Esteban, 1999, 66.

²⁹⁹ Ks. Peczenick, 2009, 27, viittaa Calabresi.

presently stands at the dawn of a new era of constitutionalism". *Elliott* lähtee määrittelyissään siitä ajatuksesta, että valtiosääntönormisto on kokonaisuus ja yksittäisten valtiosääntökäsitteiden kehitykseen (kuten judicial review) vaikuttaa useampi kuin vain tietty yksittäinen valtiosääntönormi: "judicial review rests on the set of constitutional foundations, rather than on the single foundation."³⁰⁰

Elliott viittaa Euroopan unionin jäsenyyteen ja kolmenkymmenen vuoden takaiseen tapaukseen *Factortime*, jonka myötä unionin lainsäädännön etusijaperiaate on merkinnyt suuria muutoksia Britannian parlamentin suvereenisuutta korostavaan ei-kirjoitettuun konstitutionaaliseen doktriiniin niin, että niiden arvellaan vaikuttavan unionin jäsenyyden jälkeenkin.³⁰¹

Oikeusvaltioperiaate on vaikea määriteltävä

Oikeusvaltioperiaate, josta lainsäädännön oikeusvaltiollinen laatu johdetaan, on yleensä perustuslakiin tai Euroopan unionin oikeusjärjestyksen tapauksessa perussopimukseen kirjoitettu valtiosääntötasoinen arvoperusta. Sen aineellista sisältöä ei ole mahdollista määrittellä yksiselitteisesti siksi, että se on luonteeltaan periaate, normatiivinen arvoperusta. Normatiivisten ja arvoja sisältävien aineellisten periaatteiden sisällön yksiselitteinen ja objektiivinen määrittely ei ole mahdollista. Epistemologisesti eli tiedonmuodostuksen näkökulmasta sellainen ei ole mahdollista vaan määrittely on aina evaluatiivista eli arvottavaa³⁰².

Oikeusvaltiollisen laadun määrittely lainsäädännössä edellyttää monien tekijöiden selvittämistä. Esimerkiksi *Hallbergin* mallissa, jonka avulla on mahdollista tarkastella valtiosääntöön tukeutuvien erilaisten pilarien keskinäissuhteita samoin kuin kunkin yksittäisen pilarin yksittäisiä osatekijöitä, *laillisuusperiaatepilarin* osatekijät ovat perustuslaki, parlamenttilainsäädäntö ja -asetus, säännöt ja regulaatiot, sopimukset, standardit ja soft-law, tärkeänä niitä kokoavana periaatteena *lainsäädännön järjestelmän laatu- ja sääntelypolitiikka*. Laillisuusperiaatepilari ohjaa tarkastelemaan mainittuja osatekijöitä lainsäädännössä ja kansainvälisten velvoitteiden ja esimerkiksi markkinoista seuraavien vaikutusten näkökulmasta.³⁰³

Laillisuusperiaatepilarin erilaisista osatekijöistä yksi on *kansallinen lainsäätävä* ja sen suhde *kansainvälisen oikeuden velvoitteisiin*. Esimerkiksi Suomen oikeusjärjestyksessä kansainvälisen oikeuden normien velvoitteiden "lain alaan kuuluminen" on kansallisesta näkökulmasta tärkeä kansallinen säätämistasoon liittyvä käsite ja lainsäädäntömetodinen kysymys. Suomen oikeusjärjestyksessä velvoitteet merkitsevät laillisuusperiaatteen näkökulmasta sitä, että nimenomaisesti eduskunnan tehtävänä on implementoida lain alaan kuuluvat Euroopan unionin direktiivit tai muut mahdolliset unionin edellyttämät voimaan saatettavat säädökset kansallisessa lainsäädäntömenettelyssä. Valtiosopimuksen tai kansainvälisen sopimuksen velvoite kuuluu Suomen perustuslain 94 §:n 1 momentin säännöksen perusteella *lainsäädännön alaan* siinä tapauksessa, jos määräys koskee jonkin perustuslaissa turvatun perusoikeuden käyttämistä tai rajoittamista, määräys koskee yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien

³⁰⁰ Elliott, 2001, 252–253.

³⁰¹ Ks. Elliott, 2018, <http://www.law.cam.ac.uk/ssrn/>. Ks. Yhdistetyt asiat C-46/93 ja 48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Bundesrepublik Deutschland ja The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortime Ltd ym.*, Kok. 1996 I 01029, ECLI:EU:C:1996:79, kohta 27.

³⁰² Weinberger, 1986, 145 ja 155–156.

³⁰³ Hallberg, 2017, 28–29.

perusteita, määräyksen tarkoittamasta asiasta on perustuslain mukaan säädettävä lailla ja jos määräyksen tarkoittamasta asiasta on voimassa lain säännöksiä tai jos siitä on Suomessa vallitsevan käsityksen mukaan säädettävä lailla. Perustuslakivaliokunnan 94 §:n 1 momentin tulkinnan mukaan kansainvälisen velvoitteen määräys kuuluu kyseisten perusteiden mukaan *lainsäädännön alaan* siitä riippumatta, onko määräys ristiriidassa vai sopusoinnussa Suomessa lailla annetun säännöksen kanssa.³⁰⁴

Valtioiden kansallisen lainsäädännön eli *kirjoitetun lain* säätämisen yhteydessä oikeusvaltioperiaatteen käsite on määritelty vaatimukseksi noudattaa ylemmänasteista normistoa, suhteellisuusperiaatetta, yleistä etua sekä perus- ja ihmisoikeuksia, kansainvälisiä velvoitteita ja ennakoitavuutta³⁰⁵. Eri valtioiden valtiosääntöisten järjestelmien näkökulmasta tarkasteltuna oikeusvaltioperiaatteen sisällössä on myös eroja, ja siksi oikeusvaltioperiaatteen määrittely saa varsinkin unionin sääntelystä keskusteltaessa erilaisia painoarvoja ja sisältöjä.³⁰⁶

Muodollinen ja aineellinen oikeusvaltioperiaate

Lainsäädäntäteoreettisen tutkimuksen perusteella ja lainsäädännön metodologia silmällä pitäen eurooppalaisen valtiosääntöoikeuden oikeusvaltioperiaate voidaan jaotella karkeasti 1) muodolliseen oikeusvaltioperiaatekäsitykseen ja 2) substantiaaliseen eli aineelliseen oikeusvaltioperiaatekäsitykseen.³⁰⁷ Termi *muodollinen* tai *formaali* on oikeustieteessä monimerkityksinen käsite. Oikeusvaltioperiaatteen ja lain käsitteen yhteydessä se tarkoittaa muodollisessa menettelyssä säädettyä lakia (lakimuoto), että säädetty laki muotona korostaa ennakoitavuutta sekä myös lain muodollista voimassaoloa ilman, että päähuomio on lainsäädännön aineellisissa kysymyksissä³⁰⁸. Oikeus on sekä muodollista että sisällöllistä, ja tyypillisesti niiden välinen painotus vaihtelee ajan vaatimuksien mukaan³⁰⁹.

Muodollinen oikeusvaltioperiaatekäsitys tarkoittaa sitä, että lailla on tietty muoto, lainsäädäntö on ennakoitavaa, selkeää, pysyvää ja sääntelytarkkaa. Muodollisen oikeusvaltioperiaatekäsityksen lähikäsite on oikeusvarmuus (*certainty*), joka merkitsee tässä yhteydessä sitä, että valtion ja oikeusyhteisön kansalaiset voivat ennakoida kohtuullisen hyvin elämäänsä yhteiskunnassa säädettävän lainsäädännön ja lain nojalla. Lainsäädännöltä edellytetään myös sitä, ettei se salli mielivallan käyttöä eikä lainsäädäntöä sovelleta taannehtivasti. Oikeusvaltiollisuutta varmistavat viime kädessä riippumattomat tuomioistuimet, ja sitä varten lainsäädännön tulee turvata tehokkaat oikeusturvakeinot ja oikeussuojaperiaatteet sekä helppo pääsy tuomioistuihin.³¹⁰ *Formaalilla oikeuslähdekäsityksellä* tarkoitetaan esimerkiksi suomalaisessa traditiossa la-

³⁰⁴ HE 93/2001 vp, 72, kohdassa mainittu perustuslakivaliokunnan lausunnot, joissa tulkinta on esitetty, PeVL 11/2000 vp, PeVL 12/2000 vp, PeVL 45/2000 vp.

³⁰⁵ Esteban, 1999, 92.

³⁰⁶ Report on the Rule of law, Venice Commission, 2011, 12–13.

³⁰⁷ Esteban, 1999, 92.

³⁰⁸ Aarnio, 2006, 192; Siltala, 2003, 211, 305 ja 368–369; Myös Aarnio, 1989, 84–85; Myös Estella, 2002, 46, määrittely osoittaa käsitteen määrittelyn vaikeuden valtiosääntöjärjestelmissä.

³⁰⁹ Vrt. Peczenick, 2009, 178–179; Aarnio, 2006, 116.

³¹⁰ Esteban, 1999, 92–93, vrt. alkuperäinen teksti, josta käy ilmi teoksen näkökulma.

kien valtiosäännönmukaista pätevyyttä eli sitä muodollista voimassaolokäsitystä, että lainsäädäntö on säädetty valtiosäännön edellyttämällä tavalla eikä sitä ole kumottu³¹¹.

Oikeusvaltiollisuutta eurooppalaisessa valtiosäännössä määriteltäessä ohjenuorana voitaneen pitää, että moderni eurooppalainen *oikeusvaltiollinen demokratiakäsitys* edellyttää sitä, että lainsäädäntö on annettu tietyn ylemmänasteisen normiston menettelyssä ja niin, että lainsäädäntö on ennakoitavissa olevaa (kirjoitettu muoto). Se edellyttää myös sitä, että lainsäädännön sisältö on legitiimiä ja hyväksyttävää siten, että lainsäädännössä on otettu huomioon standardeina myös perus- ja ihmisoikeudet.³¹² Oikeusvaltiollisen demokratiakäsityksen mukaan lainsäädännön hyväksyttävyyden perusta on oikeusvaltioperiaatteen osatekijöissä, erityisesti perus- ja ihmisoikeusnormien ihmisarvossa ja perus- ja ihmisoikeuksissa. Lainsäädännön hyväksyttävyyttä perus- ja ihmisoikeusnormien noudattamisena voidaan kansallisvaltioissa toteuttaa joko demokratiaperiaatteen perusteella muodollisessa menettelyssä ja toteuttamalla oikeusvaltioperiaatetta sen tuntemilla keinoilla, kuten turvaamalla riittävät oikeus-suojakeinot tuomioistuimissa. Hyväksyttävyyttä voidaan joissakin oikeusjärjestyksissä toteuttaa myös, että tuomioistuin ja joissakin valtioissa erityinen valtiosääntö-tuomioistuin valvoo lainsäädännöltä edellytetyjen oikeusvaltiollisten periaatteiden noudattamista.³¹³ *Karpenin* mukaan lakien normivalvonta (judicial review of laws) on yksi väline, jonka avulla suojellaan valtiosäännön normeja. Se on yksi tärkeimmistä modernin konstitutionalismien elementeistä.³¹⁴ Tarkastelen normivalvonnan käsitettä yksityiskohtaisemmin luvussa seitsemän.

3.1.2 Euroopan neuvosto

Euroopan neuvoston oikeudesta ei käytetä käsitettä oikeusjärjestys, vaan Euroopan neuvosto toimii pääsääntöisesti perinteisen kansainvälisen järjestön oikeuden periaatteiden mukaan, ja siksi käytän sen normistosta termiä normijärjestelmä³¹⁵.

Euroopan neuvostolla on suuri merkitys eurooppalaisen valtiosäännön ja myös lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun kehittäjänä. Se jäsenvaltioiden ja muiden eurooppalaisten ja kansainvälisten organisaatioiden kanssa yhteistyössä on laatinut erilaisia muun muassa oikeusvaltiota ja lainsäädännön oikeusvaltiollisuutta tarkoittavia suosituksia ja ohjeita. Lainsäädännön oikeusvaltiollinen laatu ei ole pelkästään kansallisen oikeuden kysymys, vaan se edellyttää jäsenvaltioiden ja kansainvälisten organisaatioiden yhteistyötä. Euroopan neuvoston yhteydessä toimivan eurooppalaista valtiosääntöä kehittävän yhteistyöelimen *Venetsian komission* mukaan lainsäädännön eli *yleisen lain* oikeusvaltiollisen laadun lähtökohdaksi on määritelty lakien *hyödyllisyys* ja se, että lakien tulee olla *toimeenpantavissa*. Lakien tulee olla *järkeviä*,

³¹¹ Ks. Siltala, 2003, 328; Aikaisemmin Scheinin, 1991, 45; Samoin Viljanen, 2001, 17, muodollinen ja aineellinen säädösvalvonnassa.

³¹² Report On the Rule of Law, Venice Commission, 2011, 9–10; Wennerström, 2007, 160, 218–219, 289–290, 302; Esteban, 1999, 91–101; Siltala, 2003, 241, oikeusvaltioperiaate.

³¹³ Esteban, 1999, 92–93, vrt. alkuperäinen teksti.

³¹⁴ Karpen, 2017, 8.

³¹⁵ Ks. Scheinin, 1991, 4, kansainvälisen oikeuden ”aidosta” oikeusjärjestysluonteesta, yksi kehittyneen järjestyksen kriteeri on sopimusten normien muodostama hierarkkinen järjestys, Ks. myös saman sivun alaviite 9, jossa on todettu YK:n perustamissopimuksen peruskirjan (Sops 1/56) 103 artikla ja peruskirjan velvoitusten etusija ristiriitatilanteissa.

selkeitä ja ennustettavia niin, että nimenomaisesti yksityisen oikeuksista ja velvollisuuksista tulee säätää aina lailla. Vaatimukseen kuulu, että yhdenvertaisuus lain edessä tulee turvata, julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin ja lain tulee turvata perus- ja ihmisoikeudet. Oikeusvaltioperiaatteen aineisiin kuuluvat tehokkaiden oikeusturva-keinojen varmistaminen sekä kansainvälisten velvoitteiden noudattaminen lainsäädännössä. Yksi oikeusvaltioperiaatteen edellyttämä kriteeri on myös se, että lain tulee jättää sen soveltajalle mahdollisimman vähän harkintaa.³¹⁶

Eurooppalaisessa valtiosäännössä Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on jo 1970-luvulta lähtien edellyttänyt lainsäädännöltä hyödyllisyyttä ja muun muassa selaista sääntelytarkkuutta, jonka perusteella yksityiset voivat ennakoita oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan. Ihmisoikeustuomioistuimen mukaan lainsäädännössä myös harkintavallan tulee olla rajattua ja lainsäädännön tulee sisältää asianmukaiset oikeus-suojakeinot yksityisten oikeuksien turvaamiseksi.³¹⁷ Modernissa oikeudessa lainsäädäntöön liittyvät muutokset ovat kansainvälisestikin arvioiden olleet laajamittaisia, yhtenä piirteenä se, että harkintavaltaa on siirtynyt lainsäädännön soveltajille ja lainsäädäntövaltaa käyttää lainsäätäjän jatkeena tai jopa sijaan toimeenpanokoneisto³¹⁸. Tarkastelen managerialisuutta erikseen jäljempänä.

Euroopan neuvosto on Euroopan unionin ja jäsenvaltioiden näkökulmasta tärkeä demokratian, ihmisoikeuksien ja oikeusvaltion eurooppalaisten arvojen foorumi³¹⁹. Myös sen puitteissa tehdyn yhteistyön perusteella voi havaita, että toiset eurooppalaiset valtiosäännöt ovat omaksuneet tavan, jossa legitiimisyys syntyy lainsäädännön menettelyissä, toiset taas korostavat sitä, että lainsäädännön legitiimisyys edellyttää menettelyn lisäksi lainsäädännön aineellista sisältöä varmistavia lainsäädäntömetodeja. Demokratiaperiaate perinteisenä kansallisvaltion lainsäädännön poliittisena rationaliteettina on edellyttänyt lainsäädännön legitiimisyydeltä perinteisesti sitä, että sääntelyn kohteet ovat voineet osallistua ja vaikuttaa lainsäädännön aineellisen sisällön muotoiluun³²⁰.

Modernin kansainvälisen (eurooppalaisen) oikeusvaltioperiaatteen kriteeri on, että pelkästään muodollinen eli formaali käsitys laista ei täytä lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun kriteereitä. Lainsäädännöltä edellytetään paitsi muodollisia vaatimuksia, kuten sen antamiseen liittyvää tiettyä menettelyä, myös sisältöön liittyvää oikeusvaltioperiaatteen edellyttämää hyväksyttävyyttä.³²¹ Aineellinen oikeusvaltioperiaatekäsitys hyväksyy tällaisen formaalin eli muodollisen lain lähtökohdan mutta edellytyksellä, että lainsäädäntö on sisältönsä puolesta legitiimiä ja niin, että lainsäädännössä noudatetaan standardeina perus- ja ihmisoikeusperiaatteita.

³¹⁶ Report On the Rule of Law, Venice Commission, 2011, 9–10.

³¹⁷ Euroopan Ihmisoikeustuomioistuin *Sunday Times* tuomio 26. huhtikuuta 1979, Sarja A nro. 30, 31 §, 49, myös *Malone* tuomio 2. elokuuta 1984, Sarja A nro. 82, 32, § 67, myös Euroopan Ihmisoikeustuomioistuin *Gillow* tuomio 24. marraskuuta 1986, Sarja A nro. 109, 21 §.

³¹⁸ Tushnet, 2018, 108, käyttää termiä administrative state; Karpen, 2016, 304–308, managerialismi.

³¹⁹ Eurooppa–Neuvosto, Tukholman ohjelma – Avoin ja turvallinen Eurooppa kansalaisia ja heidän suojelua varten, OJ 115, 4.5.2010.

³²⁰ Wahlgren, 2008, 48–51.

³²¹ Rule of Law, Venice Commission, 2011, 4 ja 7. Vrt. formaali traditio Makkonen, 1998, 89–90; Tolonen, 2003, 31. Myös Wahlgren, 2008, 45–47.

Lainsäädännössä aineellinen lähtökohta edellyttää, että perus- ja ihmisoikeudet ja ihmisarvo sisällytetään *rule of law* -käsitteen sisälle.³²²

Jäljempänä yleisen lain käsitettä tarkasteltaessa huomataan, että Euroopan neuvoston lainsäädännön laadulle asettamat vaatimukset ovat varsin yhdenmukaiset yleisen lain käsitteen vaatimusten kanssa.

Kansainvälisen oikeusvaltioperiaatteen (*rule of law*) käsite yhden määrittelyn mukaan tarkoittaa sitä, että minkäänlainen ylikansallinen tai valtiollinen julkisen vallan käyttö ei saa olla mielivaltaista. Sääntelyn, jolle kaikenlaisen julkisen vallan käytön on määrä perustua, tulee nauttia legitimiisyyttä ja olla hyväksyttävää.³²³ Ei ole olemassa kuitenkaan mitään yhtä tai ennakoitua määriteltyä universaalista käsitystä siitä, mitä kansainvälinen oikeusvaltioperiaate tarkoittaa ja mitä se tarkkaan ottaen edellyttää lainsäädännöltä³²⁴. Merkillepantavaa myös on, että modernissa lainsäädännössä pelkästään *lain sanamuoto* ei riitä täyttämään sääntelyn hyväksyttävyyden vaatimusta. Lain tulee täyttää tietyt laille asetetut *laatuvaatimukset* sekä *oikeusvaltioperiaatteesta* johtuvat vaatimukset. Lain tulee olla *saatavilla*, ja lain tulee olla *ennakoitavaa*.³²⁵ Myös se, kuinka joustavaa modernin lainsäädännön yleensä sallitaan olevan, kilpailee oikeusvaltioperiaatteen yhden tärkeän komponentin eli oikeusvarmuuden ja lainsäädännöltä edellytettävän ennakoitavuuden kanssa³²⁶.

Kansainväliset ihmisoikeusjärjestöt pyrkivät vaikuttamaan siihen, että lainsäädännön legitimiisyyttä ja hyväksyttävyyttä edistäviä tekijöitä otetaan huomioon valtioiden valtiosäännöissä ja sitä kautta myös lainsäädännöissä. Venetsian komissio, joka on yksi oikeusvaltioperiaatetta yhdessä jäsenvaltioidensa kanssa määrittelevä kansainvälinen orgaani, on Euroopan neuvoston yhteydessä toimiva ja vuonna 1990 toimintansa aloittanut asiantuntijaorganisaatio, jonka tehtävänä on tukea demokraattian laatukriteereitä, oikeusvaltiota ja ihmisoikeuksia. Kansainvälinen oikeusvaltioperiaate on syntynyt monen erilaisen oikeuskulttuurin vuoropuheluna, ja käsitteen määrittely on eräänlainen kompromissi.³²⁷

Lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen tavoitteena on vahvistaa lainsäädännön aineellista rationaalisuutta samoin kuin lainsäädännön legitimiisyyttä menettelyinä ja aineellisina sisältöinä sekä hyväksyttävyytenä ja perus- ja ihmisoikeusnormien

³²² Esteban, 1999, 94–99.

³²³ Ks. Report on the implementation of international human right treaties in domestic law and the role of courts, CDL-AD(2014)036, 3 ja 9, Suomen dualistisen valtiosäännön käsitteestä, kansainvälisen oikeuden velvoitteista, transformoinnista yleensä laeilla. Flückiger, 2009, 184, oikeusvaltioperiaatteesta ja sääntelystä julkisen vallan käytön perustana.

³²⁴ Wennerström, 2007, 52–54 ja 262; Beaulac, 2007, 8–9, ulkoistettu *rule of law* käsite; Waldron, 2007, 91–124, *rule of law* käsite ja taloudellinen sääntely; *Rule of law* käsitteestä Sundberg–Bengoetxea, 2004, 155; Chalmers, 2004, 17, kriittinen suhtautuminen *rule of law* käsitteeseen unionin oikeuden kontekstissa. *Rule of law*-käsite erityisesti Euroopan unionin oikeudessa Alter, 2002, 229; Esteban, 1999, 66–68 ja 91–101 eurooppalaisessa valtiosäännössä. *Rule of law* käsitteestä myös Bengoetxea, 1993, 27; O’Keeffe, 1992, 26–27. Erityisesti lainsäädännön tutkimuksen yhteydessä *rule of law* käsitteestä Wahlgren, 2008, 52. Yleisesti ja konstitutionaalisenä käsitteenä ks. Koopmans, 2003, 123, *rule of law* käsitteenä; Ávila, 2007, 2. Suomessa Siltala, 2004, 395 ja 398–399; Hallberg, 2004, 14–15, oikeusvaltioperiaate eli *rule of law* ajattelun taustasta erityisesti Suomessa 47–59; Aarnio, 1989, 81.

³²⁵ Hirvelä–Heikkilä, 2013, 128 ja 344.

³²⁶ Aarnio, 2006, 39–40

³²⁷ Perustettu 10. toukokuuta 1990, Resolution R90 (6).

noudattamisena³²⁸. *Karpenin* mukaan lainsäädännön laadun kehittämisessä muodollinen ja aineellinen legistiikka ovat yhteen kietoutuneita. Metodisesti ne nivoutuvat yhteen. *Karpenin* mukaan oikeusvaltioperiaate (rule of law) on yksi tärkeä hyvän lainsäädännön kriteeri. *Karpenin* mukaan lainsäädännön selkeys (clarity), tarkkuus (precision), johdonmukaisuus (avoidance of contradictions), luettavuus (readability) ja ymmärrettävyys (comprehensibility) ovat konstitutionaalisia ohjeita (constitutional directives), jotka on sisällytetty oikeusvaltioperiaatteen sisälle osaksi yleistä globaalia hallintopolitiikkaa (as principle of governance). *Karpen* viittaa tässä yhteydessä *Yhdistyneiden kansakuntien* käyttämiin ilmaisuihin, joiden mukaan kaikkien ihmisten, instituutioiden ja yhteisöjen, julkisen ja yksityisen, mukaan lukien valtio itse, tulee noudattaa lakeja, jotka ovat julkisesti promulgoituja, yhdenvertaisesti toimeenpantuja ja joita tulkitaan riippumattomalla tavalla ja jotka ovat yhteensopivia kansainvälisten ihmisoikeuksien, muiden normien ja standardien kanssa. Tämä vaati toimenpiteitä, joilla sitoudutaan lain ylemmänasteisuuteen, yhdenvertaisuuteen lain edessä, asianmukaiseen lakien soveltamiseen, vallanjoon periaatteeseen, päätöksentekoon osallistamiseen, oikeusvarmuuteen, mielivallan välttämiseen ja menettelylliseen ja oikeudelliseen läpinäkyvyyteen.³²⁹

Promulgoinnin käsite esimerkiksi Suomen perustuslain 77 §:n mukaan tarkoittaa sitä, että lainsäädäntö on promulgoitu eli vahvistettu silloin, kun tasavallan presidentti on sen vahvistanut. Eduskunnan säätämä laki tulee perustuslain 79 §:n perusteella voimaan vasta sitten, kun se on presidentin allekirjoittama ja ministerin varmentama ja julkaistu säädöskokoelmassa. Perustuslain 77 §:n mukaan presidentin on päätettävä vahvistamisesta kolmen kuukauden kuluessa siitä, kun laki on toimitettu vahvistettavaksi. Presidentti voi tässä vaiheessa hankkia laista lausunnot korkeimmalta oikeudelta tai korkeimmalta hallinto-oikeudelta. Jos presidentti ei vahvista lakia, se palautuu eduskunnan käsiteltäväksi ja jos eduskunta hyväksyy lain uudelleen asiasisällöltään muuttamattomana, laki tulee voimaan ilman presidentin vahvistamista. Vasta perustuslain tarkoittaman menettelyn jälkeen eduskunnassa päätetty laki on muodollisesti voimassa olevaa oikeutta.

3.1.3 Lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun vahvistaminen Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä

Raition mukaan ”oikeusvaltio saa EU-oikeudessa tulkinnallisen sisällön vain yhteydessä siihen, kuinka demokratia ja perusoikeudet toteutuvat ja kuinka jäsenvaltiot voivat luottaa toistensa järjestelmiin”.³³⁰ Oikeusvaltioperiaate tunnetaan Euroopan unionin perussopimuksen johdanto-osassa ja perussopimuksen yhteisissä määräyksissä (SEU 2 artikla). Oikeusvaltioperiaate tunnetaan myös niissä tavoitteissa, joita unionin oikeusjärjestyksessä on asetettu Euroopan unionin lainsäädännölle. Euroo-

³²⁸ Meßerschmidt, 2016, 376–79, käsitteellisistä ongelmista; aineellinen ja proseduraalinen ”judicial review” käsitteen yhteydessä, käsite ”semisubstantive”, moderni proseduraalinen korostaa ei vain pelkästään juridisia ja oikeudellisia aspekteja vaan myös laatua; *Karpen*, 2016, 310–311, kansallisessa oikeudessa tuomiovallan kajoamista liian syväälle lainsäädännön aineelliseen sisältöön on kritisoitu.

³²⁹ *Karpen*, 2013, 177–178, kirjallisuusviitteet ja dokumentit alaviitteissä 190, 191 and 192. Ks. myös samankaltaisesti ”the rule of law” lainsäädännössä, *The Rule of Law Checklist by Venice Commission*, 2016, 25–28.

³³⁰ *Raitio*, 2017, 66.

pan unionin oikeusjärjestyksen ”paremman lainsäädännön” hankkeissa todetaan: ”Euroopan unionin toiminnan perustana on oikeusvaltioperiaate, ja unioni varmistaa lainsäädännöllä politiikkansa ja painopisteidensä toteutumisen jäsenvaltioissa³³¹.

Euroopan unionin lainsäädännön laadulle on eri aikoina asetettu erilaisia vaatimuksia. Euroopan unionin toimielinten on ollut määrä jo 1990-luvulta lähtien edistää paremman lainsäädännön edistämiseksi yksinkertaisuutta, selkeyttä ja yhdenmukaisuutta lainsäädäntötekstien laadinnassa sekä laajempaa avoimuutta lainsäädäntömenettelyssä. Paremman lainsäädännön keinoina ovat olleet toimivaltanormiston täsmentäminen ja lainsäädäntöperiaatteiden eli *toissijaisuusperiaatteen* ja *suhteellisuusperiaatteen vahvistaminen*.³³² Säädöstekstien laadun parantamiseksi on edellytetty yhteisiä periaatteita, ja siksi Amsterdamin sopimuksen päätösasiakirjaan liitettiin julistus, jossa unionin toimielimiä kehoitettiin laatimaan suuntaviivat yhteisön lainsäädännön valmistelun parantamiseksi. Tavoitteena oli laatia lainsäädännön laatua koskevat yhteiset säännöt.³³³

Vuonna 2016 laadittu unionin toimielinten välinen sopimus unionin paremmasta lainsäädännöstä korostaa sitä, että unionin lainsäädännöstä tulee olla *lisäarvoa Euroopan kansalaisille*, sen tulee olla *tehokasta ja tuloksellista, yksinkertaista ja selkeätä* sekä välttää *ylisääntelyä ja hallinnollista räsytystä*.³³⁴ Euroopan unionin komission antamien paremman lainsäädännön ohjeiden mukaan Euroopan unionissa annettavien säädösten tulee tuottaa *lisäarvoa* (value add) kansalaisille, ja sen toteutumista arvioidaan Euroopan unionin lainsäädännön prosesseissa toissijaisuusperiaatteen kaltaisen lainsäädäntöperiaatteen avulla³³⁵. Yhtenä hankkeena unionissa on ollut unionin sääntelyn hallinnollisen taakan vähentäminen, joka ei ole tarkoittanut kuitenkaan säädösten määrän vähentämistä vaan ennen muuta laadun parantamista³³⁶. Komission tiedonnassa unionin paremmasta lainsäädännöstä korostetaan unionin lainsäädännön *sanamuotoja ja tekstien saatavuutta*, unionin säädösten *soveltamisen tehokkuutta, yleistä etua* ja sitä, että lainsäädännön loppukäyttäjät eli *yksityiset* voivat hyödyntää *oikeuksiaan* täysimääräisesti.³³⁷ Siinä paremman lainsäädännön tavoitteet ovat unionin lainsäädännön toimeenpanossa ja soveltamisen tehokkuudessa³³⁸.

³³¹ Komission tiedonanto – EU:n lainsäädäntö: parempiin tuloksiin soveltamista parantamalla, C/2016/8600, (2017/C/ 18/02).

³³² Conclusions of the Presidency, Edinburgh, December 12, 1992, Overall approach to the application by the Council of the subsidiarity principle and article 3b of the Treaty on European Union, SN 456/92, Annex 1 to part A; Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä, 2003, EUVL C 321 31.12.2003, kohta 2, tätä edeltävät lainsäädännön ohjeet: Toimielinten välinen sopimus, 1994, nopeutetusta menetelmästä säädöstekstien viralliseksi koodioimiseksi, EYVL C 102, 4.4.1996, Toimielinten välinen sopimus yhteisön lainsäädännön laatua koskevista yhteisistä suuntaviivoista EYVL C 73, 17.3.1999 ja Toimielinten välinen sopimus säädösten uudelleenlaatumistekniikan järjestelmällisestä käyttämisestä, EYVL C 77, 28.3.2002.

³³³ KOM (97 626 lopull), 6.

³³⁴ Toimielinten välinen sopimus 13. huhtikuuta 2016 paremmasta lainsäädännöstä (2016/2005/(ACI)).

³³⁵ Commission Staff Working Document, Better Regulation Guidelines, Brussels, 7 July 2017, SWD (2017)350, 13. Ks. European Commission, Better Regulation Toolbox, European Commission, Better Regulation Toolbox, eu.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-toolbox_0.pdf, 25–31.

³³⁶ Administrative Level Group on Administrative Burden. Cutting Red Tape in Europe. Legacy and Outlook. Final Report, Brussels, 24. July 2014.

³³⁷ Ks. Komission tiedonanto – EU:n lainsäädäntö: parempiin tuloksiin soveltamista parantamalla, C/2016/8600, (2017/C/ 18/02).

³³⁸ Better Regulation Guidelines, SWD (2017) 350, 33–43.

Euroopan unionin lainsäädäntöohjeiden laatukriteerien mukaan Euroopan unionin säädöksen *on oltava* muodoltaan selkeä ja helppo ymmärtää. Sen tulee olla

- 1) yksiselitteinen
- 2) yksinkertainen eli ytimekäs
- 3) vailla tarpeettomia aineksia.

Lainsäädännön laatukriteeri edellyttää täsmällisyyttä, jolla Euroopan unionin oikeudessa tarkoitetaan sitä, ettei lainsäädännön *sanoma* jää lukijalle epäselväksi. Mainituilla kriteereillä tarkoitetaan "terveen järjen periaatetta". Kriteerit ovat lainsäädännön yleisiä periaatteita, joiden tarkoitetaan olevan sama kuin *ihmisten yhdenvertaisuus lain edessä*. Se tarkoittaa sitä, että lakien on oltava kaikkien ihmisten ulottuvilla ja kaikkien ymmärrettävissä. Lainsäädännön laatukriteerien mukaan *oikeusvarmuus* lainsäädännössä tarkoittaa sitä, että lain soveltamisen on oltava *ennakoitavissa*.³³⁹

Euroopan unionin lainsäädännön ohjeissa on lähdetty siitä, että koska varsinkin "asetuksia sovelletaan suoraan ja sellaisenaan, ja ne ovat kaikilta osiltaan velvoittavia, niiden säännökset on laadittava siten, että säädöksestä johtuvat oikeudet ja velvollisuudet eivät jää epäselväksi niille, joita säädös koskee".³⁴⁰ Mainittu oikeusvarmuuden vaatimus edellyttää, että asianomaisten on pystyttävä saamaan unionin säädöksestä *tarkasti* selville niille siitä aiheutuvien *velvollisuuksien* laajuus. Erityisen tarkasti tätä oikeusvarmuuden vaatimusta on noudatettava silloin, kun kyse on lainsäädännöstä, johon voi liittyä taloudellisia seuraamuksia.³⁴¹ Unionin lainsäädäntöä annettaessa "terveen järjen periaate" on tärkeä kriteeri siksi, että lainsäädännön tulee sopia järjestelmään, joka on *monimutkainen, monikulttuurinen ja monikielinen*. Periaatteen soveltamisen tavoite on määritelty kahtiajakoiseksi: pyrkiä laatimaan säädös ymmärrettävämmäksi ja toiseksi välttää riitoja, jotka johtuvat huonosta valmistelusta.³⁴²

Lähempi paremman lainsäädännön hankkeiden tavoitteiden tarkastelu osoittaa, että tarkoituksena on ollut edistää unionin lainsäädännössä pitkälti samoja tavoitteita, joita perinteinen kansallistalvioissa tunnettu *yleisen lain* käsitteen tunnusmerkistö tarkoittaa³⁴³.

Oikeudellisesti arvioiden Euroopan unionin toimielinten välisille lainsäädännön laatua määrääville sopimuksille tulee antaa myös painoarvoa. Nimittäin Euroopan unionin perussopimuksen SEUT 295 artiklan perusteella ja sitä noudattaen laaditut toimielinten väliset sopimukset voivat olla velvoittavia.

³³⁹ Yhteisen käytännön opas, 2014, 7. Aiemmin Euroopan parlamentin, neuvoston ja komissio yhteisen käytännön opas yhteisöjen toimielimissä säädöstekstien laatimiseen osallistuville, 2003, 10. Ks. Mattila, 2002, 81, lainsäädännön yksiselitteisyys, jotta kaikille osapuolille voidaan taata yhtäläinen oikeusturva.

³⁴⁰ Yhteisen käytännön opas, 2014, 8.

³⁴¹ Julkisasiamies Kokott, ratkaisuehdotus 18. syyskuuta 2007, asiassa C-161/06 *Skoma-Lux*, ECLI:EU:C:2007:525, kohta 36.

³⁴² Yhteisen käytännön opas, 2014, 10.

³⁴³ Kirchhof, 2016, 97–101, perinteiset ja modernimmat käsitykset.

3.2 YLEINEN LAKI KÄSITTEENÄ

Lainsäädäntää on määritelty yleisesti siten, että se on *abstraktilla* ja *yleisellä* tasolla tapahtuvaa päätöksentekoa, jonka seurauksena syntyy lainsäädäntöä ja lakeja, joiden tarkoituksena on ilmaista oikeuden normeja³⁴⁴. *Yleinen laki* käsitteenä on merkinnyt eri aikoina erilaisia lainsäädännöltä vaadittavia tunnusmerkkejä³⁴⁵. Yleinen laki kansallisena käsitteenä perustuu perinteiseen vallanjako-oppiin ja siihen ajatukseen, että kansallisen parlamentin laki on keskeinen oikeuden lähde³⁴⁶. Yleinen laki perinteisesti korostaa eurooppalaisessa valtiosäännössä valtiollisen parlamentin asemaa, demokratiaperiaatetta, oikeusvaltioperiaatetta ja vallanjako-oppia. Laki on oikeudenmukaisuuden edellytys ja jopa osa oikeudenmukaisuutta. Laki on legitiimi julkisen vallan käytön peruste. Laki on lainmukaisen toiminnan standardi niin, että lait legitimoivat lainsäätäjää ja konstituutiota lainsäädännön antamisen viitekehyksenä ja reunaehtoina.³⁴⁷ Vaikka modernin lainsäädännön luonnehditaan irtautuneen perinteisestä valtiollisesta kolmijako-opista, olen pedagogisessa mielessä omaksunut tutkimuksessa lainsäädännön ja yleisen lain käsitteen määrittelyn, joka vastaa mannereurooppalaisen oikeustieteellisen kirjallisuuden jaottelua *abstrakti* ja *yleisesti sovellettava* oikeuden normi erotukseksi *yksittäisestä toimesta*, joka viittaa siihen konkreettiseen tilanteeseen, jossa yleisen lain käsitteen alaan kuuluvia säädöksiä sovelletaan³⁴⁸.

Laki-käsite on kansallisen lainsäädännön keskeisin ilmentymä. Lakia kutsutaan Suomen oikeusjärjestyksessä säädökseksi. Säädöksiä Suomen oikeusjärjestyksessä ovat esimerkiksi eduskunnan työjärjestys ja ohje- ja johtosääntö sekä tasavallan presidentin, valtioneuvoston ja ministeriön asetus. Säädöksiin kuuluvat myös kunnalliset säädökset.³⁴⁹ Suomen oikeusjärjestyksessä kansallinen lainsäädäntökäsite sisältää hierarkkisesti eriasteiset yleiset säädökset eli perustuslain sekä tavallisessa lainsäätämisenjärjestyksessä säädetyt eduskuntalait³⁵⁰. Suomen perustuslain valmisteluasiakirjoissa on täsmennetty, että lait, asetukset ja muun nimiset säädökset sisältävät yleisesti sitovia oikeussääntöjä³⁵¹.

³⁴⁴ Waldhoff, 2016, 138–139, lainsäädäntö on abstraktin tasoista päätöksentekoa, erilaista kuin oikeudellinen ratkaisutoiminta; Kirchhof, 2016, 92 ja 96, generality of law; Kansallisessa oikeudessa varhemmin Vilkkonen, 1970, 79–80, normista ja säädöksestä, lainsäädännön tuotteet laki, asetus ja niitä hierarkkisesti alemmanasteiset säädökset ovat abstraktisia normeja; Sipponen, 1965, 341, säädöksen käsite.

³⁴⁵ Ks. Suviranta, 1996, 25–37 ja 127, oikeusvaltioperiaatteen suomalainen varhempi ja ”ohuempi” muoto ilmeni nyt jo kumotun Suomen Hallitusmuodossa 92 §:n 1 momentin lainalaisuusperiaatteenä kansallisessa virkatoiminnassa.

³⁴⁶ Kirchhof, 2016, 100–101.

³⁴⁷ Kirchhof, 2016, 92; myös Schultze-Fielitz, 34–35, korostaa lainsäädännön poliittisen ulottuvuuden ja kompromissien ensisijaisuutta suhteessa legalistis-legistiseen eksperttiin nähden.

³⁴⁸ Hartley, 2014, 370; myös Venetsian komissio, 2009, CDL-JU(2010)018, 7.

³⁴⁹ PL (973/1999) 80 § ja L Suomen säädöskokoelmasta 188/2000. Ks. Kulla, 2010, 14.

³⁵⁰ Siltala, 2003, 256.

³⁵¹ Ks. HE 1/1998.

3.2.1 Yleisen lain käsitteen tunnusmerkkejä

Säätelystrukturi – selkeys, yksityiskohtien välttäminen, käytännöllisyys, ymmärrettävyys

Yleisen lain käsite edellyttää *laatutekijänä* säädöskielen ymmärrettävyyttä niin, että ”laki” on kaikkien saavutettavissa ja ymmärrettävissä³⁵². Yksi Euroopan unionin oikeusjärjestyksen ja myös lainsäädännön erityispiirre on monikielisyys. Euroopan unionin lainsäädännön kieleen vaikuttavat kielellisen ja kulttuurisen taustan lisäksi erot jäsenvaltioiden oikeudellisessa maailmankuvassa ja keskeisten toimijoiden erilaiset kokemukset.³⁵³ Ylikansallisen lainsäädännön teksteissä (legal texts) vaikuttavat lainsäädäntöä laativien kulttuuri (legal practice) ja myös näiden toimijoiden tapa käydä oikeudellista diskurssia (legal discourse)³⁵⁴. Oikeuskirjallisuudessa monikielisuuden riskinä on nähty se, että unionin säädöstekstien edellyttämä käännoistyö heikentää säädöksen kykyä säätää tarkasti (säätelytarkkuus)³⁵⁵.

Monikielinen lainsäädäntöympäristö on nähty myös vahvuutena ja laatutekijänä siinä, että monikielisessä lainsäädännössä varsinkin lainsäädännön tulkintametoja hallitsevien lingvistien käännoistyö on säädöksen ”esitulkintaa”. Käännoistyöllä on hyödyllinen funktio siksi, että sen kuluessa voidaan nostaa esille säädösten laatimisesa tapahtuneet karkeimmat puutteet ja virheet sekä esimerkiksi säädösten selkeyteen ja luettavuuteen liittyvät epätarkkuudet tehokkaammin kuin yksikielisessä lainsäädännön järjestelmässä.³⁵⁶

Ongelmallista erityisesti yleisen lain käsitteen näkökulmasta on se, että kansallisten lainsäädännön säätämisen käytännöt eivät unionin säädöksiä kansalliseen lainsäädäntöön muuntaessaan ota aina huomioon Euroopan unionin säädöksiin liittyviä erityispiirteitä, kuten unionin säädösten lingvistisiä vaatimuksia, instrumentaalista luonnetta tai tavoitteellisuutta (final generality).³⁵⁷

Lain yleisyyden tunnusmerkkeihin myös kuuluu, että säädös on säätelystruktuurinsa puolesta selkeä ja se välttää poikkeussäännöksiä eikä se ole myöskään liian yksityiskohtainen. Yleisen lain tavoite on, että sen perusteella on mahdollista ratkaista oikeudellisia ongelmia myös käytännössä.³⁵⁸ Lainsäädännön tulee olla toimeenpanokelpoista. Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa lainsäädännön aineelliseksi laatuksiteriksi määritelty tehokkuus, vaikutukset sekä tarkoitukseen sopivuus (fit for purpose) tulisi toteutua ilman, että toimeenpanokoneiston on tarpeen tukeutua erityisiin resursseihin.³⁵⁹ Tärkeinä lainsäädännön laadun yleisinä mittareina on tässä suhteessa pidetty lainsäädännön toimivuutta ja oikeuden saatavuutta³⁶⁰. Lainsäädännön tehokkuusvaatimus ja yleinen etu ovat perua jo varhaisten legistien ajattelusta.

³⁵² Kirchhof, 2016, 98.

³⁵³ Teasdale, 2014, 115–121, myös Kjær, 2004, 380–383 ja 384–387.

³⁵⁴ Kjær, 2004, 390–391.

³⁵⁵ Mattila, 2002, 51.

³⁵⁶ Flückiger, 2005, 9–11 ja 13–14.

³⁵⁷ Kirchhof, 2016, 115.

³⁵⁸ Kirchhof, 2016, 98.

³⁵⁹ Schultze-Fielitz, 2016, 35.

³⁶⁰ Kirchhof, 2016, 99–100, ”brings legal issues to solution”.

Lainsäädännön on tullut olla *tehokasta, tavoitesuuntautunutta, järkevää* (clever, sensible) niin, että sen on tullut edistää yksilöiden vapautta sekä yleistä hyvää.³⁶¹

Yhdenvertaisuus lain edessä ja vaikuttaminen yleisen lain sisältöön

Kansallisessa oikeudessa yleisen lain käsitteeseen kuuluva yhdenvertaisuuden periaate osana yleisen lain tunnusmerkkejä saa ilmauksensa Suomen perustuslain (1999/731) 6 §:n ensimmäisessä momentissa: ”Ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä.” Lainkohdassa käytetään käsitettä ihmiset eikä esimerkiksi kansalaiset, joka on suppeampi joukko kuin ihmiset tietyllä sääntelyalueella.

Lain yleisyyden käsitteeseen liitetyt tunnusmerkit, kuten yhdenvertaisuus lain edessä ja yksilöiden autonomia sääntelyn kohteina, edellyttävät tietyn säädöstason noudattamisen lisäksi sitä, että lainsäädäntö on aineellisesti ja sisällöllisesti hyväksyttävää.³⁶²

Kansalaisten yhdenvertaisuus lain edessä on yksi perinteinen yleisen lain käsitteeseen kuuluva tärkeä tunnusmerkki³⁶³. Yleisesti sovellettavan ja sitovan oikeussäännön yhteydessä lain yleisyys tarkoittaa sitä, että unionin lainsäädäntöä oikeusyhteisössä sovelletaan yleisesti kaikkiin eikä vain tiettyihin ryhmiin³⁶⁴.

Yleisen lain käsitteen tunnusmerkkeihin kuuluu se, että ne, jotka ovat lainsäädännön kohde (who are affected by law), voivat myös vaikuttaa lainsäädäntöön.³⁶⁵ Termi abstrakti ja yleinen yleisen lain käsitteen yhteydessä on määritelty demokratiaperiaatteen perusteella niin, että yleistä lainsäädäntöä antaa edustuksellisen demokratian keinoin valittu parlamentti enemmistö päätöksin (voluntas eikä ratio) ilman, että päätöksenteolla on yhteyttä konkreettisiin yksittäistapauksiin. Etenkin modernissa oikeudessa on voimistunut edustuksellisen demokratian ohella lainsäädännön rationaalinen elementti säädösten valmisteluna tai kansalaisia osallistavana keinona niin, että lainsäädännön sisällössä otetaan huomioon myös yhteiskunnan pluralistinen aspekti, kuten sääntelyn kohteina olevien erilaisten tahojen intressit.³⁶⁶

3.2.2 Unionin lainsäädännän erityispiirteitä

Euroopan unionin perussopimuksen SEU 9 artiklan mukaan unioni ”noudattaa kaikessa toiminnassaan kansalaistensa yhdenvertaisuuden periaatetta”. Se mainitun kohdan mukaan tarkoittaa sitä, että Euroopan unionin toimielimet kohtelevat unionin kansalaisia yhdenvertaisesti. Euroopan unionin oikeusjärjestyksen oikeudenkäyttöpiirissä käsitteeseen ”yleisesti sovellettava” liittyy myös varauksia, jotka perustuvat perussopimuksen normeihin. Yleisen lain tunnusmerkkien näkökulmasta unionin lainsäädännälle ominainen erityinen rationaliteetti on se, että Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä *unionin kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kielto* määrää unionin

³⁶¹ Kirchhof, 2016, 100.

³⁶² Kirchhof, 2016, 91.

³⁶³ Kirchhof, 2016, 108–109.

³⁶⁴ Yleisyyden käsitteestä Tala, 2010, 91; oikeussääntöä voidaan määritellä eri näkökulmista, Ks. Siltala, 2010, 81–82; Vrt. lainsäädännön konkretisointi tarkoittaa sen tarkentavaa soveltamista, tästä Kulla, 2010, 20–21; myös Tala, 2010, 116–119.

³⁶⁵ Kirchhof, 2016, 108–109.

³⁶⁶ Siehr, 2016, 333–334.

oikeusjärjestykselle ominaisella tavalla unionin lainsäädännön soveltamisen henkilölistä ulottuvuutta.³⁶⁷ Unionin sääntelyssä yleisen lain käsitteen tunnusmerkeistä poiketaan unionin perussopimuksen ja siihen liitettävien varausten perusteella, yhtenä poikkeamisen perusteena mainittu perussopimuksen SEUT 20 artiklan kansalaisuuskäsite ja sen soveltaminen. Artiklan perusteella kansalaisuuden käsitteeseen luetaan jokainen, jolla on jonkin unionin jäsenvaltion kansalaisuus. Unionin jäsenvaltioissa on kuitenkin eroja siinä, miten niiden kansalaisuuslainsäädäntö määrää kansalaisuudesta ja sen suhteesta Euroopan unionin kansalaisuuteen. Yleisen lain käsitteen näkökulmasta poikkeukset perustuvat unionin perustussopimukseen liitettyihin *julistuksiin* ja *varaumiin* siten, että tiettyä unionin sääntelyä joko ei sovelleta lainkaan tai sovelletaan vain tietyin rajoituksin tiettyyn unionin jäsenvaltioon tai sen kansalaisiin³⁶⁸.

Verrattuna perinteiseen kansalliseen *yleisen lain* käsitteeseen Euroopan unionin lainsäädäntä noudattaa monessa suhteessa *erityistä rationaliteettia*. Sen yleisen lain antaminen tapahtuu yhdessä monien jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmien kanssa, ja unionin lainsäädäntöä myös sovelletaan hyvin erilaisissa oikeusjärjestelmissä ja kulttuureissa.³⁶⁹ Unionin lainsäädännön järjestelmä perustuu kansainväliseen sopimukseen, jossa kohtaavat 28 unionin jäsenvaltion oikeudelliset järjestelmät ja monet kulttuurit, mikä merkitsee monien arvojen yhtäaikaisuuden huomioimista unionin lainsäädännössä.³⁷⁰ Oikeuskirjallisuuden mukaan Euroopan unionin lainsäädäntä yleisenä ja abstraktina normistona noudattaa *erityistä rationaliteettia* myös siinä, että unionin lainsäädännön päätöksenteolla on kytkentä unionin jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmiin:

“EU law also follows the mandate for generalising rule formation – – It is designated by means of the special rationality, by rule formation which is connected with the Member State’s legal systems.”³⁷¹

Euroopan unionin lainsäädännön *erityinen rationaliteetti* näkyy myös siinä, että unionin lainsäädäntöä on tarkoitus soveltaa useiden jäsenvaltioiden hyvin erilaisten oikeuden systemien ja kulttuurien puitteissa.³⁷²

Ylikansallista perua olevaan ja jäsenvaltioissa toimeenpantavaksi tarkoitettuun unionin lainsäädäntöön liittyy monenlaista oikeudellista epävarmuutta, joka myös haittaa lainsäädännön tehokasta soveltamista.³⁷³ Kansallisesti sovellettavaksi tarkoitettu lainsäädäntö voi unionin lainsäädännön erityisen rationaliteetin vuoksi olla

³⁶⁷ Kirchhof, 2016, 99–100 ja 114–116.

³⁶⁸ Pöytäkirja N:o 21 Yhdistyneen Kuningaskunnan ja Irlannin asemasta vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alueen osalta, EUVL C 115/295, 9.5.2008. Myös C-192/99 *The Queen v. Manjit Kaur*, ECLI:EU:C:2001:106, Kok. 2001 I 01237, kohdat 22, 23 ja 24. Julkisasiames Mischo ratkaisuehdotuksessa, 13. helmikuuta 2002, asiassa C-445/00 Itävallan *tasavalta v. Euroopan unionin neuvosto*, 11. syyskuuta 2003, ECLI:EU:C:2003:445, ratkaisuehdotuksen kohta 93 ja 157, liittymisasiakirjan määräystä, jolla poiketaan tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevista perustamissopimuksen määräyksistä, on tulkittava suppeasti.

³⁶⁹ Kirchhof, 2016, 113–115.

³⁷⁰ Kirchhof, 2016, 99–100 ja 114–116.

³⁷¹ Kirchhof, 2016, 114.

³⁷² Kirchhof, 2016, 114–115.

³⁷³ Edwardsson–Wockelberg, 2013, 379–381, soveltamisen pulma. Flückiger, 2008, 11–12; Rouvillois, 2006, 3, huomauttaa, että lainsäädäntöön liittyvät monet erilaiset laadun ongelmat eivät ole tämän päivän pulmia.

epäjohdonmukaista³⁷⁴. Esimerkiksi direktiiveillä säädettyjä unionin lainsäädännön velvoitteita ei ole aina noudatettu kansallisesti unionin lainsäädäntöä implementoitaessa. Suomessa hallituksen esityksessä kansallisen viestintämarkkinalain muuttamiseksi kansallinen laki todettiin Euroopan unionin säännöksiin nähden riittämättömäksi sekä eräiltä osin syrjiväksi (kaapelitelevisio-operaattoreiden syrjivä kohtelu maksullisten televisiokanavien suhteen) sillä perusteella, että kansallinen lainsäädäntö ei ollut avointa ja että se ei riittävästi määritellyt yleisen edun käsitettä³⁷⁵. Erityinen piirre unionin oikeusjärjestyksessä on unionin säädösten *perusteluvollisuus* perussopimuksen normien perusteella. Kansallisissa oikeusjärjestyksissä tällaisia oikeudellisia rajoja, joissa edellytetään nimenomaista tiettyyn ylempienasteisen normiston normiin perustuvaa perusteluvollisuutta, ei ole yleensä asetettu.³⁷⁶

Yksi tutkimuskirjallisuuden keskustelu on liittynyt Euroopan unionin lainsäädännön demokratiavajeeseen (democracy is rule by the demos, the people, das Volk)³⁷⁷. Euroopan unioni oikeusjärjestyksenä ja lainsäädännön järjestelmänä ei perustu samanlaiselle demokratiaperiaatteelle ja esimerkiksi vallan kolmijako-opin periaatteelle kuin eurooppalaisten kansallisvaltioiden valtiosäännöt.³⁷⁸ Demokratia-argumentti ei ole kuitenkaan vieras Euroopan unionin perussopimuksessa. Lissabonin sopimuksen SEU 10 artiklan mukaan ”Unionin toiminta perustuu edustukselliseen demokratiaan”. Artiklan mukaan Euroopan parlamentti edustaa suoraan kansalaisia unionin tasolla. Kyseinen artikla on sijoitettu otsakkeen ”Määräykset demokratian periaatteesta” alle.

Kansalaisten osallistumismahdollisuuksia on pyritty lisäämään. Euroopan unionin perussopimuksen SEU 9 artiklan määräyksissä demokratian periaatteesta todetaan, että ”Unioni noudattaa kaikessa toiminnassaan kansalaistensa yhdenvertaisuuden periaatetta, jonka mukaan sen toimielimet, elimet ja laitokset kohtelevat kansalaisia yhdenvertaisesti”. Euroopan unionin perussopimuksen SEU 10 artiklan mukaan unioni toteuttaa sille tyypillistä edustuksellista demokratiaa; se myös perussopimuksen SEU 11 artiklan perusteella harjoittaa eri tahojen, kuten etujärjestöjen ja kansalaisyhteiskunnan, osallistamista lainsäädäntöön abstraktin prosessin kuluessa. Tämä usein merkitsee laajoja vaikutusarviointeja lainsäädäntöä valmisteltaessa³⁷⁹.

Perussopimuksen SEU 2 artikla luettelee unionin perustana olevia unionin arvoja, joita ovat ihmisarvon kunnioittaminen, vapaus, kansanvalta, tasa-arvo, oikeusvaltio ja ihmisoikeuksien kunnioittaminen, mukaan luettuina vähemmistöihin kuuluvien oikeudet. Paitsi että Euroopan unionin perussopimuksen johdanto-osan SEU 2 artiklaan ja Euroopan unionin perusoikeuskirjan johdanto-osaan kirjoitettu demokratiaperiaate kuuluu unionin perustavanlaatuisiin arvoihin, on unionin yleinen tuomioistuin tuomiossaan *Efler ym. v. komissio* päättänyt siitä, ettei komissiolla ole toimivaltaa tehdä

³⁷⁴ Kirchhof, 2016, 115.

³⁷⁵ HE 100/2007 Hallituksen Esitys Eduskunnalle laiksi viestintämarkkinalain muuttamiseksi, HE 100/2007, 10.

³⁷⁶ Waldhoff, 2016, 134–141 ja 143–144; Ks. Gema, 2010, 93–98, perustuslain merkitys on erilainen lainsäädännössä, joka perustuu demokratiaperiaatteeseen kuin esimerkiksi oikeudellisessa päätöksenteossa, on lainsäädännössä hyvin erilaisten vaihtoehtojen harkinnan apuväline.

³⁷⁷ Voermans—Hartmann—Kaeding, 2014, 5–32; Craig—de Búrca, 2003, 170–171, there is a real problem here for Community. We should, however, be mindful of the fact that the legitimation of secondary norms is an endemic problem for all political systems; MacCormick, 1997, 11, democratic deficit is fundamental.

³⁷⁸ Craig—deBúrca, 2003, 168; Harlow, 2003, 4–6; Verhoeven, 2002, 204 ja 219–228; Estella, 2002, 46; Raworth, 1993, 120–126.

³⁷⁹ Ks. Commission Staff Working Document, SWD (2017) 5 final, 12–13, ”stakeholder consultation”.

kielteistä päätöstä kansalaisaloitteesta unionissa asiassa, joka asiallisesti liittyy kansainväliseen sopimukseen. Nimittäin tuomioistuimen mukaan eurooppalaista kansalaisaloitetta koskevalla järjestelyllä tavoiteltu unionin demokraattiseen elämään osallistumista koskeva päämäärä selvästi sisältää mahdollisuuden pyytää kokonaan tai osittain muuttamaan voimassa olevia säädöksiä tai peruuttamaan ne. Mikään ei oikeuta myöskään jättämään demokraattisen keskustelun ulkopuolelle säädöksiä, joilla pyritään peruuttamaan päätös, jolla annetaan lupa aloittaa neuvottelut kansainvälisen sopimuksen tekemiseksi tai vastaaviksi toimiksi.³⁸⁰

Voidaan siten ajatella, että yleisen lain käsite Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä tarkoittaa paitsi kansalaisten yhdenvertaisuutta lain edessä myös sitä, että unionin oikeusjärjestyksen tulee ottaa huomioon sen oikeuskäyttöpiirissä olevien kansalaisten oikeudet ja vapaudet sekä yksityisten autonominen vapauspiiri. Lain yleisyyden käsite yhtenä lainsäädännön vaatimuksena edistää myös ihmisoikeuksien toteutumista niin, että ne otetaan huomioon jo lainsäädännön antamisen vaiheessa. Yksityisen autonomian ja vapauden korostus on perua absolutismin ja itsevaltiuden ajoista, ja valistusajan doktriini lainsäädännöstä omaksui yksilön vapauden yhdeksi tärkeäksi lainsäädännön tunnusmerkiksi.³⁸¹

Euroopan unionin lainsäädännössä noudatettavat lainsäädäntöperiaatteet itsessään merkitsevät lainsäädännön reunaehtoina unionin lainsäädännön demokraattista legitimitettä. Esimerkiksi toissijaisuusperiaatteen noudattaminen unionin lainsäädännön menettelyissä tarkoittaa sitä, että jäsenvaltioiden toimivaltaa kunnioitetaan. Se yleisenä lainsäädäntöperiaatteena myös justifioi unionin lainsäädännön tavoitteiden toteuttamista jäsenvaltioissa.³⁸² Euroopan unionin lainsäädännön tarkastelussa pitää ottaa huomioon sille ominaiset vaatimukset, kuten sille ominaiset toimivallan käytön prosessit ja sille tyypillisten instituutioiden menettelyt ja sille ominainen taloudellinen tehokkuus ja unionin oikeusjärjestyksen yleisten periaatteiden noudattaminen.³⁸³

3.2.3 Unionin lainsäädäntö käsitteenä

Euroopan unionin perussopimus ei varsinaisesti tunne valtiosääntöistä lainsäädännön käsitettä samassa merkityksessä kuin kansallisvaltioiden oikeusjärjestykset. Käsite ”lainsäädäntö” on Euroopan unionin perussopimuksissa tarkoittanut lähinnä jäsenvaltioiden lainsäädäntöjä. Käsitettä unionin lainsäädäntö kuitenkin käytetään nykyisin vakiintuneesti unionin oikeuskäytännössä, virallisasiakirjoissa, myös EUR-Lex-tietokannassa sekä alan kirjallisuudessa. Lissabonin sopimuksen SEU 14 artiklan ensimmäinen kohta ja SEU 16 artiklan ensimmäinen kohta määrittävät myös *unionin lainsäätäjän*. Sopimuksen SEU 17 artiklan toinen kohta määrää siitä, että lainsäätämisenjärjestyksessä annettava unionin säädös voidaan antaa ainoastaan komission ehdotuksesta. Tämä oikeudellinen velvoite on omiaan vahvistamaan valtiolli-

³⁸⁰ Asia T-754/14 *Efler ym. v. komissio*, tuomio 10. toukokuuta 2017, ECLI:EU:T:2017:323, kohdat 37 ja 42 ja 43 sekä 44.

³⁸¹ Kirchhof, 2016, 93 sekä 113–114.

³⁸² Kirchhof, 2016, 115–116.

³⁸³ Esimerkiksi Maduro, 2005, 17–23; Maduro, 2004, 1–2, erottaa prosessuaalisen ja institutionaalisen legitimitetin ja aineellisen legitimitetin; Craig—deBúrca, 2003, 168; Harlow, 2003, 4–6; Weiler, 1996, 524; van den Berghe, 1982, 24, 164

sen lainsäädännön kaltaista unionin lainsäädännön statusta. Termejä lainsäädäntö ja laki on pyritty jo aiemmin sisällyttämään unionin perussopimusten terminologiaan. Esimerkiksi ratifioimatta jääneessä Euroopan perustuslakisopimuksessa käytettiin termiä lainsäätämisyjärjestys, joka on omaksuttu ja kirjoitettu Lissabonin sopimuksen artikloihin. Jos perustuslakisopimus olisi saatettu voimaan, Euroopan parlamentti ja neuvosto olisivat yhdessä säätäneet eurooppalaki- ja eurooppapuitelaki-nimisiä säädöksiä komission ehdotuksesta.³⁸⁴

Lainsäädäntö Euroopan unionin oikeusjärjestyksen käsitteenä viittaa SEUT 288 artiklan säädöksiin. Lain sijasta Lissabonin sopimuksen SEUT 288 artiklassa käytetään termiä säädös. Esimerkiksi SEUT 288 artiklan direktiivi on unionin säädös, joka otettiin käyttöön yhtenäisasiakirjan myötä (1986). *Gregor Kirchhofin* mukaan unionin direktiivit merkitsevät unionin tavoitteiden toteuttamista ja samalla *instrumentaalista yleisyyttä* sekä pyrkimystä edistää sääntelyn ristiriidattomuutta sääntelyn johdonmukaisuutena (consistency) jäsenvaltioiden lainsäädännöissä. Asetusten tarkoituksena on toteuttaa yleistä sääntelyä keskeisenä periaatteena yhdenvertaisuus.³⁸⁵ Oikeuskirjallisuudessa unionin säädösvallan kaltaisesta toimivallasta käytetään vakiintuneesti kansallisvaltioiden oikeusjärjestyksen käsitettä lainsäädäntövalta³⁸⁶. Lissabonin sopimuksen SEUT 289 artiklan mukaan unionin säädösten antamisen päämuodot hyväksymismenettelyinä ovat 1) *tavallinen lainsäätämisyjärjestys* ja 2) *erityinen lainsäätämisyjärjestys* (SEUT 289). Perussopimuksen yksittäisissä artikloissa on voitu erikseen myös määrätä, missä järjestyksessä tietyn politiikka-alan säädöksiä annetaan. Esimerkiksi perussopimuksen artikla SEUT 16 määrää, että ”Euroopan parlamentti ja neuvosto antavat tavallista lainsäätämisyjärjestystä noudattaen luonnollisten henkilöiden suojaa koskevat säännöt – –”. Euroopan parlamentin ja neuvoston antama yleinen tietosuoja-asetus ([EU] 2016/679) on säädetty perussopimuksen SEUT 16 artiklan perusteella ja sen mukaan tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä. Tietosuoja-asetus kuuluu unionin oikeuden lainsäädännön käsitteen alaan sillä perusteella, että se on säädetty SEUT 16

³⁸⁴ Ratifioimatta jäänyt Euroopan perustuslakisopimus I-34 art., kohta 1, julistus (N:o 1), art. I-6 unionin lainsäädännön ensisijaisuudesta jäsenvaltiossa, periaate on unionin oikeuskäytännön mukainen. Sopimus Euroopan perustuslaista 16. joulukuuta 2004, EUVL C 310, sisältää termit lainsäädäntö, ilmaisun säätää lakeja ja termin lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttävä säädös, samoin termin säädösvallan siirrosta, näin myös Eurooppa-valmistelukunta CONV 162/02, 2.

³⁸⁵ Kirchhof, 2016, 115; Craig—de Búrca, 2003, 138, toimivaltaongelmista integraation kasvun vaiheissa; Cloos—Reinesch—Vignes—Weyland, 1993, 6, sisämarkkinoiden toimintaa tehostettiin Euroopan yhtenäisyysasiakirjalla 1986 (Single European Act) ja unionin ns. poliittinen ulottuvuus hyväksyttiin Maastrichtin sopimuksessa (1992) sisällyttämällä sopimukseen uutta toimivaltaa ja useita uusia politiikka-aloja sopimuksen suunnittelusta. Jo Fontainebleun Eurooppa-neuvosto 25.–26.6.1984 päätti päämiesten *ad hoc*-komiteasta, jonka tehtävänä oli poliittisen yhteistyön toimivuuden parantaminen yhteisössä, institutionaalisen prosessin parantaminen ja yhteisön päätöksenteon tehostaminen.

³⁸⁶ Esimerkiksi Beck, 2012, 191—193; von Bogdandy—Bast, 2006, 337—338, terminologiasta; Hartley, 2003, 16, termi *legislative powers* tarkoittaa johdannaisen oikeuden säädösten antamista; Craig—deBúrca, 2003, 139; Isaac, 1992, 49, *le pouvoir législatif*. Myös Weiler, 1999, 11—12, 14; Molle, 1991, 11—12,14.

artiklan nojalla ja perussopimuksen SEUT 289 artiklan tarkoittamassa lainsäätämisen järjestyksen menettelyssä.³⁸⁷

Lissabonin sopimuksen määräykset lainsäätämisen järjestyksestä merkitsevät sitä, että tässä perussopimuksen järjestyksessä annetut säädökset ovat muodollisessa mielessä unionin lainsäädäntöä. Lissabonin sopimuksen määräysten tarkoitus on ollut selkeyttää sitä, mitä unionin lainsäädäntö tarkoittaa erotuksena muusta ei-lainsäädännön kaltaisesta unionin sääntelystä ja unionin hallintopäätöksistä ja muussa menettelyssä annetusta normistosta.³⁸⁸

Perussopimuksen terminologia ei kuitenkaan vaikuta täsmälliseltä. Esimerkiksi perussopimuksen SEUT 263 artiklassa käytetään säädöksestä termiä *regulatory act*, joka suomen kielelle käännettynä tarkoittaa yhtä kuin sääntelytoimi³⁸⁹. Termiä *regulatory act* ei ole määritelty Lissabonin sopimuksessa. Perussopimuksessa käytetään myös termiä *non-legislative act*-käsitettä, joka tarkoittaa sellaista unionin säädöstä, jota ei ole annettu SEUT 289 artiklan menettelyssä eli perussopimuksen tarkoittamassa lainsäätämisen järjestyksessä. Tällainen säädös voi olla esimerkiksi komission antama yleinen ja abstrakti *non-legislative*-tyyppinen toimi, joka on luonteeltaan unionin oikeusjärjestyksessä delegoidun säädösvallan käyttöä. Esimerkiksi komission asetus henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisessä viestinnässä (EU) N:o 611/2013 ei ole unionin perussopimuksen tarkoittama unionin lainsäädännön *legislative act*-käsitteen alaan kuuluva normi vaan se on delegoidun säädösvallan perusteella annettua sääntelyä. Komission kyseisen asetuksen johdanto-osasta käy selville, että komissio on sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin (2002/58/EY) perusteella valtuutettu antamaan täytäntöönpanotoimenpiteitä sääntelyalalla. Kaikilla SEUT 288 artiklan säädöksillä ei ole lainsäädännön statusta, mutta ne voivat olla joko yleisesti sovellettavaa ei-lainsäädäntöä (*non-legislation*) tai yksittäisiin kohdistuvia konkreettisia toimia (*individual acts*)³⁹⁰.

On tärkeää huomata, että unionilla on toimivalta käyttää säädösvaltaa myös yhdessä jäsenvaltioiden hallitusten kanssa erilaisissa perussopimuksen menettelyissä.³⁹¹ Unionin terrorismin torjumisesta tehty puitepäätös (2008/919/YOS), joka on nyt

³⁸⁷ Schütze, 2012, 152–153, problematisoi käsitettä ”Union legislation”, traditionaalisesti tunnetaan formaali tai proseduraalinen käsitys lainsäädännöstä: *who legislates, legal rules with general application*; Beck, 2012, 161, 172–173, pohtii käsitettä ”Union legislation and the nature of legal sources of Union legal order”, käyttää termiä *legislation*; Bast, 2009, 392–394 ja 396, lainsäädännön käsite, samoin lähikäsitteet jäävät epäselviksi Lissabonin sopimuksessa, problematisoi niiden merkityksiä eri kielten avulla; Türk, 2006, 1–5, pohtii käsitettä, ”the concept of legislation”, toteaa sen olevan vaihtelevaa oikeuskäytännössä, unionissa käytetään esimerkiksi ilmaisua ”the legislative history of Union legal act”, myös termiä *regulation* käytetty eri yhteyksissä ja on olemassa sekaannuksen vaara: ”used in the context when there is meant the union regulation in separate Union policy areas, the danger of confusion in the use of the concept regulation, the regulation of TFEU 288 article is also regulation in English”; myös Türk, 2006, 35–42, ”regulatory power” tavallisesti kansallisvaltion oikeudessa viittaa esimerkiksi ministerien sääntelytoimivaltaan (regulatory powers of ministries and other organs) mutta ei kansallisten parlamenttien lainsäädäntövaltaan; terminologisista kysymyksistä Hartley, 2014, 385, ei käytä painoksessa unionin kontekstissa termiä lainsäädäntö (*legislation*) yleisesti mutta termiä *toimenpide* (*measure on the acts*), termiä ”*regulatory act*” ei ole mainittu sopimuksissa; Hartley, 2003, 89–91 ja 135, käyttää ajankohtana termiä *legislation* säädöksistä, *the legal acts*.

³⁸⁸ Craig—de Búrca, 2011, 113.

³⁸⁹ Hartley, 2014, 385. Englanninkielinen käännös TFEU 263 (4) käyttää termiä ”regulatory act”.

³⁹⁰ C-583/11 P *Inuit Tapiirit Kanatami*, tuomio, suuri jaosto 3. lokakuuta 2013, ECLI:EU:C:2013:625.

³⁹¹ von Bogdandy—Bast, 2006, 335–337, *Verbandskompetenzen, an association’s competences*; Estella, 2002, 4 ja 43–46; Ks. Temple Lang, 2003, termi *community method*; Cloos—Reinesch—Vignes—Weyland, 1993, 12–16; Ks. myös COM (97) 626 final.

korvattu unionin direktiivillä (EU) 2017/541, on komission ehdotuksesta annettuna unionin abstraktia ja yleistä sääntelyä, joka pitää ottaa huomioon sen edellyttämällä tavalla unionin jäsenvaltioissa. Puitepäätos annettiin unionin lainsäädäntöperiaatteet huomioiden niin, että toissijaisuusperiaatteen perusteella sen tavoitteet katsottiin saavutettavan parhaiten Euroopan unionin tasolla. Myös muussa kuin lainsäädännön menettelyssä annetuilla unionin säädöksillä voi olla oikeusvaikutuksia. Kaikilla unionin säädöksillä voi olla oikeusvaikutuksia³⁹².

Euroopan unionin perussopimuksen normisto määrittelee unionin organit, joilla on toimivalta käyttää lainsäädäntövaltaa: komissio, neuvosto ja parlamentti³⁹³. SEU 15 artiklan tarkoittama valtioiden päämiehistä koostuva Eurooppa-neuvosto ei ole muodollisessa mielessä Euroopan unionin lainsäädäntöelin, mutta esimerkiksi ”avoimen koordinaatiomenettelyn” kaltainen ”soft law”-tyyppinen sääntely on perua Eurooppa-neuvoston toiminnasta ja erityisesti sen Lissabonin strategian poliittisista tavoitteista³⁹⁴. Eurooppa-neuvoston toiminta on varsinkin Maastrichtin sopimuksesta lähtien syventänyt nimenomaisesti unionin jäsenvaltioiden poliittista yhteistyötä, joka näkyi muun muassa jäsenvaltioiden hallitustenvälisen toiminnan vahvistumisena ja hallitustenvälisen konferenssien lukuisuutena³⁹⁵.

Delegoitu säädösvalta ja implementaatiotoimivalta

Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä sen alemmanasteisten säädösten normivalvonta tarkoittaa unionin perussopimuksen SEUT 290 artiklan tarkoittaman delegoidun säädösvallan käyttöä tai SEUT 291 artiklan täytäntöönpanosäädösten toimivaltaa. Euroopan komissio käyttää itsenäistä säädösvaltaa neuvoston säätämien säädösten perusteella siten, että komission antamilla säädöksillä on myös oikeusvaikutuksia.³⁹⁶ Komissiolla on siten merkittävä rooli sekä antaa implementaatiösäädöksiä että käyttää delegoitua säädösvaltaa³⁹⁷. Mainituilla artikloilla perustettiin säädöshierarkia unionin lainsäädännön ja ei-lainsäädännön välille.³⁹⁸ Yleisen lain käsitteen näkökulmasta tämä on tärkeä uudistus, koska se täsmentää, mitä tarkoitetaan varsinaisella unionin lainsäätäjän antamalla lainsäädännöllä ja mikä on sen perusteella annettua delegoitua sääntelyä. Artikloiden tausta on Euroopan perustuslakiosuusehdotuksessa (European Constitutional Convention), jossa ehdotettiin eron tekemistä näiden kahden toimeenpanovallan muodon välille. Idea otettiin ja kirjoitettiin perustuslakiluonnoksen artikloihin 35 ja 36 (Draft Treaty articles establishing a Constitution in Europe). Muutos siirrettiin ja inkorporoitiin Lissabonin sopimuksen 290 SEUT ja 291 SEUT artikloihin.

³⁹² C-105/03 *Maria Pupino*, Kok. 2005 I 09573, ECLI:EU:C:2005:386, kohdat 35 ja 59, 61.

³⁹³ Bast, 2006, 387; Hartley; 2003, 16, 105, termi *legislative powers*; Craig—de Búrca, 2003, 139, termi *legislative process*, myös 143—149; Isaac, 1992, 44—45, the competence by the term *quadripartisme*.

³⁹⁴ Lissabonin Eurooppa-Neuvosto 23. ja 24. maaliskuuta 2000, 2 ja 12 sen täytäntöönpanosta.

³⁹⁵ Cloos—Reinesch—Vignes—Weyland, 1993, 24—26. VNS 2/2003, 25, Eurooppa-Neuvoston päätöksenteossa noudatetaan ”konsensus” -periaatetta, ellei muusta perusteesta ole säädetty.

³⁹⁶ Craig—deBúrca, 2003, 70, myös 68, 59—62; Lenaerts—van Nuffel, 1999, 430.

³⁹⁷ Voermans—Hartmann—Kaeding, 2014, 5—32.

³⁹⁸ Voermans, 2011, 316—318.

Yleinen ja abstrakti vs. konkreettinen unionin säädöksen käsitteessä

Jaottelu *abstraktin* ja *yleisesti sovellettavan* säädöksen ja *konkreettisen* tapauksen välille perustuu ajatukseen, että *konkreettinen yksittäinen normi* syntyy vasta sen jälkeen, kun abstraktia ja yleisesti sovellettavaa säädöstä on käytännössä sovellettu yksittäisessä tilanteessa.³⁹⁹ Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä yleisen ja abstraktin säädöksen käsitettä ei ole mahdollista määritellä tyhjentävästi säädöksen nimen tai muodon perusteella, vaan perussopimuksen SEUT 288 artiklan säädöksen luonne ja oikeusvaikutus on arvioitava yleensä erikseen. Euroopan unionin tuomioistuin on oikeuskäytännöllään määritellyt, mitkä unionin toimielinten säädökset kuuluvat lainsäädännön käsitteen alaan, milloin säädökset ovat pikemminkin muunlaista sääntelyä, kuten *hallinnollista sääntelyä* tai edellä mainittua *delegoidun säädösvallan* käyttöä⁴⁰⁰. Silloin kun esimerkiksi artiklan SEUT 288 päätös on kohdistettu suoraan tiettyyn yksityiseen, päätös ei ole yleinen ja abstrakti normi vaan hallintopäätös⁴⁰¹. Tärkeää määrittelyllistä rajanvetoa on käyty tapauksessa C-583/11 *P Inuit Tapiirit Kanatami*, jossa Euroopan unionin tuomioistuin on määritellyt Euroopan unionin normatiivisen aktin ja yksityiseen kohdistuvan unionin aktin eroa (generally applicable legal acts and legal acts which are given in legislative procedure).⁴⁰² Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä erotetaan siten konkreettinen toimi, jossa yksityisellä on asiavaltuus (*locus standi*) oikeussuojakeinojen käyttämiseksi, sekä yleisesti sovellettava toimi, joka ei perusta yksityiselle asiavaltuutta oikeussuojakeinoihin mutta joka voi olla taas säädösten oikeudellisen jälkikäteisen normivalvonnan kohteena⁴⁰³. Esimerkiksi unionin yleisen tietosuoja-asetuksen ([EU] 2016/679) normiston mukaan jäsenvaltiossa valitus valvontaviranomaisen päätöksestä noudattaa perusoikeuskirjan 47 artiklan määräyksiä. Mekanismin mukaan kanne Euroopan unionin tietosuojaneuvoston päätöksestä tehdään SEUT 263 artiklan perusteella unionin tuomioistuimelle. Tietosuoja-asetuksen soveltamiseen liittyviä tulkintaongelmia on pyydetty ennakkoratkaisukysymyksenä SEUT 267 artiklan menettelyssä. Euroopan unionin tietosuojaneuvoston päätöksen pätevyys sen sijaan tulee tutkia unionin tuomioistuimessa SEUT 267 artiklan perusteella. Tämä merkitsee sitä, että unionin tietosuojaneuvoston päätös on luonteeltaan yleisen ja abstraktin kaltainen toimi.⁴⁰⁴

Perussopimuksen artiklassa SEUT 288 ei käytetä termiä lainsäädäntö, vaan siinä puhutaan säädöksistä, joita ovat asetus, direktiivi, päätös, suositus ja lausunto. Perussopimuksen SEUT 288 artiklan asetus on abstrakti ja yleisesti sovellettava säädös, ellei sitä ole osoitettu yksityiselle. Euroopan unionin tuomioistuimen mukaan asetuksen määritelmään normatiivisena yleisesti sovellettavana ja abstraktina säädöksenä ei kuitenkaan vaikuta se, että sen perusteella on mahdollista jollain tarkkuudella määritellä

³⁹⁹ Müller, 1999, 19–24, ero lakien antamisen (law-giving), säätämisen (Rechtssetzung), ja soveltamisen (Rechtsanwendung) välillä.

⁴⁰⁰ C-583/11 *P Inuit Tapiirit Kanatami*, Euroopan unionin tuomioistuin, suuri kokoonpano, 3. lokakuuta 2013, ECLI:EU:C:2013:625.

⁴⁰¹ Kirchhof, 2016, 115.

⁴⁰² C-583/11 *P Inuit Tapiirit Kanatami*, Euroopan unionin tuomioistuin, suuri kokoonpano, 3. lokakuuta 2013, ECLI:EU:C:2013:625 ja samassa asiassa julkisasiamies Kokott, 17. tammikuuta 2013 C-583/11 *P Inuit Tapiirit Kanatami v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2013:21, kohta 21, kohta 103 ja 108 sekä kohta 120.

⁴⁰³ Ks. Craig—de Burca, 2003, 493–508.

⁴⁰⁴ Ks. Euroopan unionin yleinen tietosuoja-asetus, johdanto-osan kohdat 141 ja 143.

tai jopa yksilöidä niiden oikeussubjektien lukumäärä, joihin säädöstä sovelletaan⁴⁰⁵. Perussopimuksen SEUT 288 artiklan mukaan ”pätös on kaikilta osiltaan velvoittava”. Esimerkiksi kansallisen hallinto-oikeuden terminologian näkökulmasta ilmaisu päätös viittaa pikemminkin konkreettiseen toimeen eikä yleisesti sovellettavaan säädökseen⁴⁰⁶. Artiklan SEUT 288 säädös voi toisinaan tarkoittaa Euroopan unionin toimielinten antamaa yksittäisiin kohdistuvaa konkreettista *hallintopäätöstä*⁴⁰⁷. Artiklassa SEUT 288 kuitenkin täsmennetään päätöksen käsitettä siten, että jos siinä on nimetty ne, joille se on osoitettu, se velvoittaa ainoastaan niitä. Määrittelyn perusteella päätös voi olla yleisesti sovellettava abstrakti normi mutta myös hallinnollinen päätös. Ratkaisevaa arvioinnissa on se, kuinka tarkasti säädöksen addressaatit on nimetty. Päätöksen luonne on arvioitava aina erikseen.

Perussopimuksen normisto ei määrittele, mikä on unionin abstrakti ja yleisesti sovellettava säädös, vaan määrittely perustuu unionin tuomioistuimen tapauskohtaiseen oikeuskäytäntöön niin, että eroa on tehty unionin *yleisesti sovellettavan abstraktin säädöksen* ja *hallintopäätöksen* kesken⁴⁰⁸. Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä abstraktin ja yleisesti sovellettavan toimen ja konkreettisen toimen välistä määrittelyä edistää Euroopan unionissa meneillään oleva lainsäädäntöhanke, jonka tarkoituksena on säätää *Euroopan unionin hallintolaki* (Union Administrative law). Lakiehdotus toteutuessaan erottelisi ja jakaisi unionin säädökset selkeämmin 1) unionin yleisesti sovellettaviin ja abstrakteihin normeihin, 2) muun kuin lainsäätämisyjärjestyksessä annettavan niin sanotun ei-lainsäädännön (non-legislative acts) kaltaiseen sääntelyyn sekä 3) yksittäisiin hallintopäätöksiin eli konkreettisiin normeihin⁴⁰⁹.

Kansalliset parlamentit eivät ole muodollisessa mielessä osa unionin lainsäädännön järjestelmää

Lissabonin sopimuksen uutta sisältöä on se, että unionin jäsenvaltioiden kansallisille parlamenteille on annettu rooli Euroopan unionin ylikansallisessa lainsäädännössä mutta niin, ettei kansallinen parlamentti kuitenkaan osallistu lainsäädännöstä päättämiseen. Kansallisten parlamenttien tehtävä liittyy toissijaisuusperiaatteen noudattamisen valvontaan. Nimittäin perussopimuksen SEU 5 artiklan kolmannen kohdan mukaan ”Unionin toimielimet soveltavat toissijaisuusperiaatetta toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteen soveltamisesta tehdyn pöytäkirjan mukaisesti”. Perussopimuksen SEU 5 artiklan 3 kohdan mukaan ”Kansalliset parlamentit valvovat toissijaisuusperiaatteen noudattamista mainitussa pöytäkirjassa määrätyn menettelyn mukaisesti”. Euroopan unionin lainsäädäntöä ja kansallista vaikuttamista vahvistaa

⁴⁰⁵ C-41/99 P *Sadam Succerifici et. al. v. Euroopan unionin neuvosto*, tuomio 31. toukokuuta 2001, ECLI:EU:C:2001:302, kohdat 25 ja 29 sekä 30.

⁴⁰⁶ Mäenpää, 2008, 179; myös saksalaisen oikeuskirjallisuuden näkökulmasta Bast, 2006, 385.

⁴⁰⁷ Näin Hartley, 2003, 407.

⁴⁰⁸ *Cartabia*, 2009, 5–31; näin esimerkiksi tapauksessa T-13/99 *Pfizer Animal Health SA v. Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:T:2002:209, Kok. 2002 II 03305, kohta 487 ja kohdassa viitattu oikeuskäytäntö ja 510 ja kohdassa viitattu oikeuskäytäntö. Myös tapaus T-18/10 *Inuit Tapiriit Kanatami ym. v. Euroopan parlamentti ja Euroopan Unionin neuvosto*, Kok. 2011 II 05599, ECLI:EU:T:2011:419, kohta 63 ja 64 ja siinä viitattu oikeuskäytäntö, myös kohta 66.

⁴⁰⁹ European Parliament’s initiative for a Law of Administrative procedure Act of European Union, resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of European Union (2012/2024(INL)). ReNEUAL Model Rules on European Administrative Procedure, Book II – Administrative Rulemaking, 2014, 42–58, ks. EU – viranomaisten toimeenpanovallan ala.

myös se, miten kansalliset parlamentit käytännössä toimivat Euroopan unionin lainsäädännön järjestelmässä⁴¹⁰.

Lissabonin sopimuksen SEU 12 artikla, joka kuuluu perussopimuksen II osaston otsakkeen ”Määräykset demokratian periaatteesta” alle, sekä perussopimuksen pöytäkirja n:o 1 sisältävät määräyksiä kansallisten parlamenttien *valvontatehtävistä* ja muun muassa *tietojen antamisesta kansallisille parlamenteille sekä parlamentaarisesta yhteistyöstä*. Artiklan SEU 12 mukaan kansalliset parlamentit saavat tietoja unionin toimielimiltä, ja niille toimitetaan esitykset lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttäviksi unionin säädöksiksi kansallisten parlamenttien asemasta Euroopan unionissa tehdyn pöytäkirjan mukaisesti.

Lissabonin sopimuksen SEU 12 artiklan perusteella kansalliset parlamentit osallistuvat myös vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alueella unionin tämän alan poliittikkojen *täytäntöönpanoa koskeviin arviointimenettelyihin* perussopimuksen SEUT 70 artiklan tarkoittamalla tavalla. Perussopimuksen mukaan arviointimenettelystä on tarkoitus antaa erikseen sääntöjä.

Kansalliset parlamentit niin ikään osallistuvat *Europolin* poliittiseen valvontaan ja *Eurojustin* toiminnan arviointiin perussopimuksen SEUT 85 ja SEUT 88 artiklojen mukaisesti. Perussopimuksen SEUT 85 artikla ja SEUT 88 artikla edellyttävät unionin asetuksella annettava sääntelyä siitä, *miten* kansallinen parlamentti osallistuu *Europolin* ja *Eurojustin* arviointiin. Euroopan unionin perussopimuksen SEUT 70 artikla nimenomaisesti säätelee sitä, että neuvostolla on toimivalta komission ehdotuksesta antaa yksityiskohtaiset säännöt, joiden avulla jäsenvaltiot yhteistoiminnassa komission kanssa toteuttavat objektiivisen ja puolueettoman arvioinnin siitä, miten viranomaiset toteuttavat tässä osastossa tarkoitettuja unionin poliittikkoja. Paitsi Euroopan parlamentille myös kansallisille parlamenteille tehdään selko tämän arvioinnin sisällöstä ja tuloksista.

Perussopimuksen kohta SEUT 70 artiklan merkitsee siten sitä, että arvioinnilla on oikeudellinen perusta.

En tarkastele tässä tutkimuksessa kansallisten parlamenttien asemaa. Se on oma tutkimuksen kohteensa. *Karpenin* mukaan kansallisten parlamenttien asemaa on muuttumassa mutta niin, että ne edelleen ovat kansallisvaltioiden valtakeskuksia. Lissabonin sopimuksessa kansallisten parlamenttien asemaa vahvistettiin. *Karpenin* mukaan lainsäädännössä tuomioistuinten rooli on korostunut ja vahvistuu edelleen. *Karpen* käyttää ilmaisua ”juridification of legislation” ja tarkoittaa sillä sitä, että tuomioistuimet ovat osa modernin lainsäädännön prosessia. Tuomioistuimet arvioivat ja määrittelevät valtiosääntönormien perusteella lainsäädännön tavoitteita, sääntelyvälineitä ja menettelyitä.⁴¹¹

⁴¹⁰ Benz, 2009, 267–277.

⁴¹¹ Karpen, 2016, 311–312.

3.3 TEOREETTINEN NÄKÖKULMA TAVOITTEELLISEEN LAINSÄÄDÄNTÄÄN

3.3.1 Abstraktin normin konkretisointi yleiseksi ja abstraktiksi oikeuden normiksi

Lakien säätäminen eli lainsäädäntä (Rechtssetzung) on kirjallisuudessa määritelty *normin konkretisointiprosessiksi*, jossa muodostetaan *oikeuden normeja*. Määritelmällisesti tässä kyse on normin formuloinnista ja konkretisoimisesta säädökseen oikeuden normeiksi niin, että säädöksen on määrä muodollisen voimaantulon jälkeen *ilmaista* oikeuden normeja. Lakien säätäminen on valtiosääntönormien mukaan eri asia kuin oikeudellinen ratkaisutoiminta eli lainkäyttö, jossa säädöstä sovelletaan yksittäiseen konkreettiseen tapaukseen.⁴¹²

Normin konkretisointiprosessi tarkoittaa lainsäädännön prosessin vaiheita, joissa säädöksiä laaditaan, lainsäädännön päätöksentekoa sekä säädösten oikeudellista tai muuta normivalvontaa, jossa ei ole kysymys konkreettisen asian ratkaisusta tuomioistuimessa tai muussa säädösten valvontaelimessä.⁴¹³ Sen jälkeen, kun säädös on muodollisesti voimassa, lainsäädännön tekstin sanamuodoista tulee oikeudellisen tulkinnan lähtökohta. Tämä on perinteinen lainsäädäntäteoreettinen ajattelumalli⁴¹⁴. Lainkäytössä (Rechtsanwendung) tai muussa säädösten toimeenpanossa säädöksen normien soveltaminen ja tulkinta tarkoittaa säädöksen *ilmaisemien* oikeudellisten säännösten konkretisointia yksittäisessä konkreettisesti tapauksessa.⁴¹⁵ Tällöin yleistä lakia abstraktina ja yleisenä oikeuden normina sovelletaan käytäntöön ja yksittäiseen konkreettiseen tapaukseen.⁴¹⁶ Määrittely vastaa oikeuskirjallisuudessa omaksuttua jaottelua normatiivisiin yleisiin säädöksiin (normative, general act) sekä yksityistä koskeviin konkreettisiin toimiin (individual act), joissa oikeuden normia on sovellettu⁴¹⁷. Yleisen ja abstraktin säädöksen normin soveltaminen yksittäisessä konkreettisesti tapauksessa on oikeudellista päätöksentekoa, jossa noudatetaan lainsäädännön tulkintametodeja, kuten sanamuodon mukaista tulkintametodia tai muita metodeja, esimerkiksi geneettistä, teleologista, historiallista, vertailevaa tai systeemistä tulkintametodia⁴¹⁸.

Lainsäädännöllä (Rechtssetzung) eli normin konkretisointiprosessilla ja oikeudellisella päätöksenteolla säädösten soveltamisena ja tulkintana (Rechtsanwendung) on myös yhteisiä piirteitä. Molemmat, lainsäädäntä ja myös oikeudellinen ratkaisutoi-

⁴¹² Müller, 1999, 19–24.

⁴¹³ Müller, 1999, 60–64.

⁴¹⁴ Aarnio, 2006, 296.

⁴¹⁵ Müller, 1999, 19–24, erot lakien säätämisen (law-giving, Rechtssetzung) ja lakien soveltamisen (law application, Rechtsanwendung) välillä.

⁴¹⁶ Hartley, 2014, 370–371; Kansallisessa oikeudessa ks. Kulla, 2010, 20–21; Ks. esimerkiksi Tolonen, 2003, 104–105; Suviranta, 1996, 9–10, ratkaisunormin muodostaminen unionin oikeudessa. Aarnio, 1989, 21, Aarnion mukaan Suomessa oikeusvaltioperiaate eli oikeusvaltioideologia ”on paljolti rakentunut sen oivalluksen varaan, että yleiset abstraktit normit antaa ylin valtioelin.” Ks. varhaisemmin tästä Apala-Arlander, 1972, 64–65.

⁴¹⁷ Hartley, 2014, 370. Näin myös Venice Commission, 2009, CDL-JU(2010)018, 7.

⁴¹⁸ Beck, 2012, 126–127.

usperustaisiin (rights-based) normeihin. Toiset säädökset *ilmaisevat* niitä toteuttavia oikeuden normeja täsmällisemmin, toiset väljemmin.⁴²⁷

Lainsäädäntäteoreettisesti säädöksiä on mahdollista arvioida myös *normimallien* ja *normityypin* avulla. Normimalleja ovat sääntöjä ilmaisevat toimintanormit (action-norms), tavoitteita asettavat tavoitenormit (goal-norms) sekä oikeuksia ilmaisevat ja eri tavoin määrittävät oikeusperustaiset (rights-based norms) normit⁴²⁸. Käytän tutkimuksessa termiä toimintanormit ennen muuta lainsäädäntäteoreettisessa tarkoituksessa. Ajatus tässä yhteydessä on, että lainsäädännössä toimintanormit sääntöjen avulla ilmaisevat periaatteita tarkemmin oikeusnormeja. Sääntöihin liittyvä tulkinanvaraisuus on tästä eri kysymys. Tavallisesti unionin yksittäinen säädös sisältää elementtejä kaikista normimalleista ja eri normityypeistä.

Ajattelen niin, että kaikkeen lainsäädäntään liittyy tavoitteellisuutta ja tietty tavoite. Myös toimintanormeihin (action-based) liittyy tavoitteellisuutta ja tietty tavoite vaikka toimintanormit määrittelyllisesti ohjaavat täsmällisemmin niiden soveltajan käyttäytymistä ja ajattelua. Tässä yhteydessä on huomattava, että esimerkiksi kansallinen lainsäädännön kirjoittajan opas varottaa kirjoittamasta lainsäädännön tavoitesäännöksiä niin, että ne voitaisiin sekoittaa oikeudellisesti velvoittaviin säännöksiin⁴²⁹. Kansallisen oppaan mukaan sisällöltään tyhjästä tavoite- ja tarkoitussäännöksistä tulee pikemminkin pidättäytyä ja kansallinen laki tulee aloittaa aineellisella säännöksellä⁴³⁰. Jäljempänä havaitaan, että Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä säädösten tavoite- ja tarkoitussäännösten oikeudellinen merkitys on suuri sekä lainsäädännössä että soveltamisessa ja tulkinnassa.

Legistis-lingvivistesti painottunut kansallinen ohje nähdäkseni määrittelee ennen muuta sitä, *miten* kielellisesti yksiselitteisellä tavalla säädös pitäisi kirjoittaa. Se ei voine tarkoittaa sitä, että usein unionista peräisin olevien ja kansallisesti säädettyjen säädösten tavoitesäännökset tai tarkoitusta määräävät säännökset olisivat oikeudellisesti irrelevantteja tai että niillä ei olisi oikeudellista velvoittavuutta.

Oikeustieteessä tunnetaan *intressilainoppi*-niminen suuntaus, jota on luonnehdittu myös sosiologisesti värityneeksi ajattelutavaksi. Suuntauksen perustajana pidetään saksalaista oikeusoppinutta *Rudolf von Iheringia* (1818–1892). *Von Ihering* pyrki kehittämään nimenomaan oikeustieteen käsiteläinopin vastakohtaksi teleologisen metodin. Tämä metodi perustui ajatukseen, että jokaisen oikeussäännön tehtävänä oli tietyn *päämäärän toteuttaminen*. *Von Iheringin* mukaan oikeussäännöksen sisältöä saattoi tästä syystä ymmärtää vain, jos oli selvillä oikeussäännön tehtävästä.⁴³¹ Teoreettisesti kaikenlaisen sääntelyn tavoitteet ja päämäärä voidaan ymmärtää yleensä lainsäädännölle ominaiseksi neutraaliksi tavoitteellisuudeksi.⁴³²

⁴²⁷ Sartor, 2010, 175–215. Ks. Makkonen, 1998, 85–86, säädöstekstin ja itse oikeusnormin välinen ero, säädöstekstit informaatiolähteinä, myös lainopin oikeusnormilauseista.

⁴²⁸ Sartor, 2010, 175–215. Makkonen, 1998, 86–91, oikeusnormeja perinteisesti tyyppitellään käsitteillä toimintanormi, kompetenssinormi ja kvalifikaationormi.

⁴²⁹ <http://lainkirjoittaja.finlex.fi/>, ohjeen kohta 18.1.5.(7.10.2018).

⁴³⁰ Lainkirjoittajan opas, <http://lainkirjoittaja.finlex.fi/> (7.10.2018), oppaan kohdat 18.1.5 ja 18.1.6.

⁴³¹ Makkonen, 1998, 38–39.

⁴³² Atienza, 1989, 385–386.

Teleologinen lainsäädäntä on yleensä periaatteilla sääntelyä

Euroopan unionin oikeusjärjestykselle on tyypillistä teleologinen lainsäädäntä. Teleologiselle lainsäädännälle on ominaista tavoitteellinen normimalli (goal-norms) ja säännön sijaan periaate normeja ilmaisevana normityyppinä. Edellä olen määritellyt toimintanormin (action norms) ja tavoitenormin (goals-norms) sekä oikeusperustaisen (rights-based) normin erilaisina säädösten normimalleina⁴³³. Tavoitteellisuus lainsäädännössä edellyttää joustavia, kielellisesti avoimia usein arvoja sisältäviä *periaatteita*. Periaatteet ovat sääntöjen tavoin normeja ilmaisevia lainsäädännön normityyppejä sillä perusteella, että niiden tulee lainsäädännössä normatiivisina lainsäädännön elementteinä ilmaista, mitä pitäisi, "ought", tehdä tai toimia⁴³⁴. Periaate normityyppinä voi ilmaista säädöksen aineellisen tai materiaalisen tavoitteen (viestinnän luottamuksellisuuden varmistaminen) ja yhtä hyvin perus- ja ihmisoikeustavoitteen (yksityisyyden suojan oikeuden edistäminen).⁴³⁵

Sellaiset käsitteet kuin (oikeus)sääntö (rule) ja (oikeus)periaate (principle) tarkoittavat sekä oikeusteoriassa että myös lainsäädäntäteoreettisessa tutkimuksessa erilaisia sekä lainsäädännön että lainsäädännön normityyppejä⁴³⁶. Teoreettisina normityypeinä sääntö ja periaate kuvaavat, miten lait ja niiden tekstien normilauseet ilmaisevat oikeudet normeja. Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa on ehdotettu, että lainsäädännössä normityyppinä sääntöjä ja periaatteita erotellaan myös sillä perusteella, miten hyvin ne toteuttavat *yleisen lain kriteerejä* autonomisina ja oikeuden normeja ilmaisevina normeina.⁴³⁷

Lainsäädäntäteoreettisessa yhteydessä ja lainsäädännössä sääntöjä ja periaatteita säädösten erilaisina lainsäädännön normeja ilmaisevina normityypeinä on mahdollista vertailla siten, että⁴³⁸

- säännöllä ilmaistaan periaatteita selkeämmin ja tarkkarajaisemmin jos–niin-kaltaisesti sääntelyn ehto ja seuraus, jota käytännön soveltamistilanteessa tulee noudattaa, periaatteet sen sijaan ilmaisevat yleensä sen suunnan, josta käsin sen sisältämä sääntö on löydettävissä (hypoteettis-konditionaalinen ehto)
- sääntö soveltuu käytännön tilanteeseen yleensä kaikki tai ei mitään -tavalla, mutta periaatteelle on tunnusomaista asteittaisuus ja enemmän tai vähemmän luonne (muotokriteeri)
- tietyssä asiassa joko–tai–tyyppisessä tilanteessa kahdesta tai useammasta säännöistä valitaan soveltuvin mutta periaatteilla säätäminen merkitsee yleensä useiden periaatteiden samanaikaisuutta niin, että niiden keskinäinen suhde perustaa eräänlaisen normien risteyskohdan (juxtaposition), jossa esimerkiksi *balancing*-teoriaan perustuvan ajattelun avulla periaatteita tasapainottamalla punnitaan periaatteiden painoarvoa (normatiivinen relaatio)

⁴³³ Sartor, 2010, 175–215.

⁴³⁴ Alexy, 2004, 45.

⁴³⁵ Karpen, 2016, 296.

⁴³⁶ Alexy, 2004, (orig, 1986), 45–47; Dworkin, 2001, 22–28; Dworkin, 1997, 22–31; Wiklund –Bengoetxea, 2000, 121–122; Alexy, 1994, 21 ja 119 sekä 132; Sieckmann, 1990, 53. Kotimaisessa keskustelussa Siltala, 2010, 83–84; Aarnio, 2006, 304; Mielityinen, 2006, erityisesti 104–105; myös Siltala, 2003, 677.

⁴³⁷ Alexy, 2004, 45–46, ks. alaviitteet.

⁴³⁸ Ávila, 2007, 11.

- periaatteet yleensä sisältävät sellaisia arvoja, joita on vaikea määritellä yksiselitteisesti (aksiologinen kriteeri).⁴³⁹

Kysymys tässä yhteydessä kuuluu, mitä lainsäädännän metodeja yleensä teleologiseksi eli tavoitteelliseksi määritelty lainsäädäntö edellyttää normien ilmaisemiseksi? Tulkintametodin näkökulmasta teleologisuus Euroopan unionin oikeudessa merkitsee sitä, että säädöksen ”nimi” tai sen ”muoto” ei ole yksinään ratkaiseva tekijä sen *oikeusvaikutusten* arvioimisessa, vaan merkityksellisempää tässä suhteessa on Euroopan unionin yleensä *teleologista rationaliteettia* noudattavan säädöksen *tavoite, sisältö ja soveltamisala*⁴⁴⁰. Yhteistä kaikenlaiselle lainsäädännälle on, että sääntely on tavoitteita ja keinoja sekä pyrkimyksiä joihinkin asiointiloihin, joita määrääviä normeja ilmaistaan kielellisesti avoimilla periaatteilla.

Kriittinen kognitio

Teoreettisessa kirjallisuudessa teleologisen eli tavoitteellisen kaltaisen lainsäädännän päättelyn yleinen malli perustuu *kriittisen kognition* käsitteelle. Keskeistä lainsäädännän mallille on sen sunnitteluvaihe eli lainsäädännän prosessissa esilainsäädännöllinen vaihe. Lainsäädäntöteoreettisesta näkökulmasta teleologisen eli tavoitteellisen lainsäädännön päätöksenteon perusajatuksena on toteuttaa legitiimiksi *uskottu* tavoite (A). Tätä varten laaditaan yleensä suunnitelma, joka perustuu *uskomukseen* siitä, että valitut *keinot* ovat asianmukaisia ja riittäviä siihen (B), joilla legitiimiksi *uskottu* tavoite (A) saavutetaan:

Päätelyskeema: teleologinen päättely

- 1) on olemassa haluttu legitiimiksi uskottu tavoite A; ja
- 2) uskomus, että suunnitelma ja keinot B ovat riittävä tapa saavuttaa legitiimi tavoite A

ON PERUSTE

- 3) aikomukselle toteuttaa suunnitelma ja keinot B tavoitteen A saavuttamiseksi.

Kuvio 3. Teleologisen eli tavoitteellisen päättelyn malli lainsäädännässä⁴⁴¹.

Teleologisen päätöksenteon malli ja sen päättelyn skeemalla ovat teoreettinen keino hallita ja kuvata lainsäädännän kaltaista ajattelua. Siinä lainsäätäjällä on *uskomus* siitä, että se voi päätöksenteollaan saavuttaa parhaan mahdollisen legitiimin halutun tavoitteen (A) tietyn suunnitelman (lainsäädäntöehdotus) ja sen kuluessa täsmennettävien riittävien ja asianmukaisten keinojen (rajoitukset, kiellot, sanktiot) (B) avulla. Päättelyssä on kyse teleologiselle rationaliteetille tyypillisestä tavoitteesta ja sen saavuttamiseksi välttämättömiksi uskotuista keinoista. Teleologista rationaliteettia noudattavassa

⁴³⁹ Ávila, 2007, 11.

⁴⁴⁰ Julkisasiamies Colomer ratkaisuehdotuksen kohdat 45 ja 46 sekä kohdissa mainittu oikeuskäytäntö, asia C-315/99 P *Ismeri Europa Srl v. Euroopan tilintarkastustuomioistuin*, Kok. 2001 I 05281, ECLI:EU:C:2001:243.

⁴⁴¹ Sartor, 2009, 31.

lainsäädännössä *uskomus* tarkoittaa lainsäätäjän oletusta siitä, että säädettävä abstrakti ja yleisesti sovellettavia oikeuden normeja sisältävä teleologinen lainsäädäntö toteuttaa tulevaisuudessa haluttuja tavoitteita. Se perustuu lainsäätäjän omiin uskomuksiin. Oletuksena myös on, että suunnitelman (B) uskotaan olevan *paras mahdollinen* ja siten *riittävä* keino asetetun tavoitteen (A) saavuttamiseksi ja toteuttamiseksi. Tämän teleologisen mallin päättelyn skeeman perusteella syntyvä uskomus yhdistyy ideaan *kriittisestä kognitiosta* (critical cognition) ja sen *tyydyttymisestä* (satisficing). Termi tyydyttyminen tarkoittaa tässä sitä, että lainsäädännössä on toimittu mahdollisimman hyvin ja järkevästi (reasonableness) riittävän optimaalisesti laaditun suunnitelman ja siinä omaksuttujen keinojen ja tätä varmistavien *lainsäädännön metodien* perusteella. Tässä yhteydessä lainsäädäntämetodeina voidaan käyttää esimerkiksi *balancing*-metodia, joka tarkoittaa yleensä erilaisten periaatteiden ja intressien tasapainottamista tai suhteellisuusperiaatetta, jonka avulla arvioidaan esimerkiksi keinojen suhteellisuutta. Kriittisen kognition idea tarkoittaa kuitenkin samalla, että mainitunlainen teleologinen päättelyskeema on luonteeltaan aina *heikkoa päättelyä*. Siihen liittyy olennaisesti *peruutettavuusehto* (defeasibility). Tämä ehto tarkoittaa sitä, että jos tavoitteiden saavuttamiseksi ilmenee myöhemmin aikaisempaan suunnitelmaan verrattuna parempia keinoja, aikaisemmat keinot hylkäännyvät uusien parempien hyväksi.⁴⁴²

3.3.3 Lainsäädäntä analyttisenä prosessina

Mitä teleologisuus lainsäädännössä tarkoittaa ja mitä se metodisesti edellyttää käytännössä ja teleologiseksi päättelyksi määritellyssä lainsäädännössä? Miten lainsäädännössä otetaan huomioon sille ominainen normimalli ja normityyppi? Kun lainsäädännön normimalli on tavoitenormit ja normityyppi on säännön sijaan periaate, missä määrin lainsäätäjällä on edellytyksiä ilmaista oikeuden normeja unionin lainsäädännössä niin, että sillä on oikeudellista *ohjausvaikutusta*. Mitkä ovat ne lainsäädännön prosessin vaiheet ja *metodit*, joilla on tässä suhteessa ja oikeusvaltiollisuuden edistämässä erityistä merkitystä? Lainsäädännön edellytykset toteuttaa sen eri vaiheissa oikeusvaltiollisuutta liittyvät itse teleologisen lainsäädännön luonteeseen käytännössä päätöksentekona sekä siihen liittyen lainsäätäjän inhimillisiin ja tiedollisiin rajoituksiin, joita käsitellen luvussa viisi.

Morandin ja *Maderin* sekä *Delleyn* ja *Flückigerin* teorioissa lainsäädännön kaltainen päätöksenteko on *analyttinen iteratiivinen prosessi*, johon kuuluu osatekijöinä

- 1) suunnittelu ja käsillä olevan ongelman analyysi ja määrittely sekä sosiaalisen tilanteen kartoittaminen ja määrittely
- 2) lainsäädännön tavoitteiden määrittely ja selventäminen sekä siinä lainsäädännön tarkoituksen analysointi (analysing the aims of legislation)
- 3) lainsäädäntöinstrumenttien tutkiminen ja vaihtoehtoisten skenaarioiden ja keinojen analysointi sekä niiden keinojen analysointi, joilla lainsäädännön tavoitteet aiotaan saavuttaa (analysing the means of the enforcement), sekä instrumenttien valinta (perustuu prospektiiviseen evaluatioon niiden mahdollisista vaikutuksista)
- 4) säädöksen normatiivisen sisällön muotoilu.

⁴⁴² Sartor, 2010, 175–215; Sartor, 2009, 31. Ks. myös Makkonen, 1998, 110–111.

Lainsäädännön esilainsäädännöllisen vaiheen jälkeen lainsäädännön prosessissa seuraa *legislatiivinen* vaihe eli lainsäädännöllinen vaihe, joka tarkoittaa säädösehdotuksen käsittelyä ja päätöksentekoa lainsäädäntöelimessä eli

5) muodollinen säätäminen sekä sen jälkeen

lainsäädännön prosessin *post-legislatiivisen* eli jälkilainsäädännöllisen vaiheen erilaiset toimet, kuten

6) toimeenpano tai implementointi

7) jälkikäteinen evaluaatio (retrospective evaluation)

8) jos tarpeellista ja sopivaa, lainsäädännön mukauttaminen jälkikäteisen evaluaation keinoin.⁴⁴³

Vaiheittainen iteratiivinen analyttinen prosessi on lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa vakiintuneesti omaksuttu lähestymistapa lainsäädäntään. Vaiheet ovat myös limittäisiä ja jossain määrin erilaisia oikeusjärjestyksissä. Esimerkiksi säädösten normivalvonta on hyvin erilaista eri oikeusjärjestyksissä. Kyse iteratiivisessa prosessissa on siten siitä, miten lainsäädännön aineellista sisältöä valmistellaan, ja siitä, miten esimerkiksi metodisesti evaluaation keinoin tutkitaan ja korjataan lainsäädännön ongelmia ja uuden lainsäädännön antamista tai muun intervention tarvetta. Se tarkoittaa myös sellaisten metodien kehittelyä, joiden avulla voidaan pohtia ja tutkia sääntelytarvetta ja yhteiskunnallisen tilanteen epätyytyväisyyttä. Samalla on mahdollista pohtia myös sitä, millä sääntelyvälineillä tavoite on mahdollista saavuttaa.⁴⁴⁴

Päätelmiä

Eurooppalainen valtiosääntö koostuu monista oikeusjärjestyksistä ja kansainvälisen oikeuden normijärjestelmästä. Ajattelen niin, että lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun käsite johdetaan kansallisten oikeusjärjestysten ja eurooppalaisen valtiosäännön oikeusvaltioperiaatteesta. Oikeusvaltioperiaatteen sisällöstä ei ole säädetty. Se on eräänlainen metaperiaate ja myös käyttäytymiseen perustuva periaate. Se myös muuttuu ajassa. Oikeusvaltioperiaate kuitenkin ymmärretään eurooppalaisessa valtiosäännössä suunnilleen samalla tavalla niin, että julkisen vallan käyttö tulee perustua legitimiisyyttä ja modernissa lainsäädännössä hyväksyttävyyttä nauttivaan lakiin. Oikeusvaltioperiaate tunnetaan eurooppalaisten valtioiden kansallisissa valtiosäännöissä. Sitä kuitenkin toteutetaan oikeusjärjestyksissä eri mekanismein niin, että toiset valtiot korostavat enemmän demokratiaperiaatetta, toiset konstitutionaalista demokratiaperiaatetta. Oikeusvaltioperiaate eurooppalaisen valtiosäännön käsitteenä on moniarvoinen, ja unionin lainsäädännön perusoikeusnormien noudattamista ilmaisevana standardina se on pikemminkin eräänlainen lainsäädännön minimistandardi. Euroopan unionin lainsäädännössä pitää tässä suhteessa ottaa huomioon ja sovittaa yhteen eurooppalaisten oikeusjärjestysten ja normijärjestelmien lainsäädännölle asetettujen normistojen vaatimuksia. Tämä voi asettaa erityisiä vaatimuksia sille, minkälainen on säädöksen normimalli tai normityyppi.

⁴⁴³ Delley—Flückiger, 2005, 84—85; Mader, 2001a, 121—122; Morand, 1988, 393.

⁴⁴⁴ Delley—Flückiger, 2005, 84—85

Euroopan unionin oikeusjärjestyksen rakenne ja yleiset periaatteet ovat tärkeitä oikeudellisia tekijöitä Euroopan unionin oikeusjärjestyksen tavoitteellisessa ja erityispiirteitä sisältävässä lainsäädännössä. Teleologinen eli tavoitteellinen lainsäädäntö, kuten unionin direktiivit, yleensä jättävät harkintavaltaa jäsenvaltion toimeenpanokoneistolle. Tässä yhteydessä puhutaan lainsäädännön managerialisoitumisesta (myös administrative state). Lainsäädännön käsite on ollut perinteisesti kansallisvaltion käsite. Yleisen lain käsite on liudentunut ja monimuotoistunut niin, että säädöksen nimellä tai muodolla ei ole enää samaa merkitystä lainsäädännön määrittelyssä kuin aikaisemmin. Lisäksi lainsäädännölle on tyypillistä teleologisuus ja periaatteilla säätäminen. Tässä suhteessa on tärkeää kysyä, mitä metodisesti tarkoittaa unionin lainsäädännössä sen aineellisen sisällön ja faktuaalisen ulottuvuuden edistäminen. Lainsäädäntä praktisena päättelynä perustuu kriittiselle kognitiolle, joka tarkoittaa lainsäätäjän uskomusta siihen, että tavoite ja keinot toteuttavat haluttuja asiainiloja.

Keskeinen kysymys on myös siinä, mitä ovat tässä suhteessa relevantit tiedonhankinnan metodit, joilla on mahdollista edistää lainsäädännön rationaalisuutta. Lissabonin sopimuksen eräät normit ja Euroopan unionin legistiset ohjeet pyrkivät edistämään yleisen lain käsitteen tunnusmerkkien vahvistumista unionissa. Säädösten jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta on yksi lainkäytön laji tuomioistuimissa. Se on Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä unionin tuomioistuimen harjoittamaa päätöksentekoa ja lainkäytön muoto, jossa normivalvonnan kohteena on unionin lainsäätäjän antama unionin oikeusjärjestyksessä muodollisesti voimassa oleva säädös. Unionin tuomioistuimen tehtävänä on tutkia unionin säädöksen pätevyyttä tai laillisuutta unionin perussopimuksen artikloiden SEUT 263 ja SEUT 267b perusteella. Lissabonin sopimuksella on vahvistettu unionin lainsäädännön käsitettä ja autonomisuutta määräämällä nimenomainen menettely, jossa lainsäädäntöä annetaan. Euroopan unionin lainsäädännön järjestelmässä Lissabonin sopimuksella otettiin käyttöön uusi ennakkollinen säädösvalvonnan mekanismi, jossa unionin jäsenvaltion kansalliset parlamentit saavat lausua siitä, onko lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttävä unionin säädösesitys toissijaisuusperiaatteen mukainen. Parlamentit valvovat tällä tavoin Euroopan unionin lainsäädäntövallan käyttöä ja erityisesti valtionsa hallituksen toimintaa Euroopan unioniin liittyvissä kysymyksissä. Kyse ei siis ole siitä, että parlamentit välittömästi osallistuvat Euroopan unionin lainsäädäntöjärjestelmään. Se, miten valvonta järjestetään, on kunkin jäsenvaltion valtiosäännön mukaiseen järjestelmään ja käytäntöön kuuluva asia. Lain yleisyyden piirteitä on vahvistettu myös säädöshierarkialla, jossa erotetaan tosistaan lainsäädäntömenettelyssä annettu unionin lainsäädäntö ja lainsäätäjän toimivallan siirtoa eli delegointia tarkoittava lainsäädäntö.

Lainsäädäntö on abstraktilla ja yleisellä tasolla tapahtuvaa päätöksentekoa ja eri asia kuin oikeudellinen ratkaisutoiminta. Abstraktin normin konkretisointiprosessi on eri asia kuin voimassa olevan abstraktin ja yleisesti sovellettavaksi tarkoitettun säädöksen normin soveltaminen yksittäiseen konkreettiseen tapaukseen.

Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä abstraktien ja yleisten säädösten erottelu unionin hallintopäätöksistä on perustunut Euroopan unionin lainsäädännön järjestelmässä pääosin Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännölle. Perussopimus ei nimenomaisesti määrittele lainsäädännön ja hallintopäätöksen käsitettä, vaan se määrittelee ne menettelyt, joissa unionin lainsäädäntöä annetaan. Euroopan unionissa on vireillä eurooppalaisen hallinto-oikeuden alaan kuuluva eurooppalaista hallintolakia koskeva lainsäädäntöhanke, jolla on tarkoitus määritellä tarkemmin yleisen lain alaan kuuluvaa unionin lainsäädäntöä ja hallintopäätöksiä omaksi kategoriakseen.

4 ESILAINSÄÄDÄNNÖLLINEN VAIHE

Käytän luvun tarkastelussa apuna *Morandin* teoriaa lainsäädännön prosesseista ja vaiheista. Tutkin tässä, miten prosessin esilainsäädännöllinen vaihe metodisesti edistää unionin oikeusvaltiollista laatua. Tarkastelen luvussa Euroopan unionin lainsäädäntöä esilainsäädännöllisenä vaiheena ja ajatuksellisesti osavaiheina siten kuin vaihe yleensä ymmärretään (ks. edellä luvussa 3.3.3 kohdat 1-4). Luvussa tarkastelen esilainsäädännöllisen vaiheen asiakirjoista, mitä vaiheen menetit ovat ja miten ne edistävät erityisesti unionille tyypillisen teleologisen eli tavoitteellisen lainsäädännön suunnittelua ja valmistelua. Kategorisoin ja käsitteellistän sääntelyn sisältökysymyksiä *Flückigerin* teorian ulottuvuuksien, oikeudellinen, legistis-lingvistinen ja faktuaalinen, avulla. Pidän tarkastelun ideaalina lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua, modernilta lainsäädännöltä edellytettyä tehokkuutta, lainsäädännöltä edellytettävää legitimiisyyttä ja hyväksyttävyyttä. Merkille pantavaa on, että esilainsäädännöllisen vaiheen metodi tuntee lukuisia yleisiä ja erityisiä käsitteitä, joiden alkuperä on kansainvälisessä evaluaatiometodeissa. Esimerkiksi *tehokkuusperiaate* on lainsäädäntöteorian yleinen käsite, joka on myös monimerkityksinen. Lainsäädännön esilainsäädännöllisen vaiheen erityiset käsitteet, kuten *interventiologiikan* käsite lainsäädäntömetodin yhteydessä eivät ole tavallisia kansallisessa lakien säätämisessä. Unionin käsitteistöön omaksuttu käsite on perua kansainvälisestä evaluaatiometodologiasta.

4.1 ANALYYTTINEN SUUNNITTELUPROSESSI FAKTUAALISEN ULOTTUVUUDEN METODINA

Euroopan unionin lainsäädännön järjestelmässä prosessin esilainsäädännöllinen vaihe tarkoittaa unionin lainsäädännön suunnittelua ja valmistelua, vaihetta, jossa unionin lainsäädäntöehdotus laaditaan tarkoituksena saattaa se lainsäädäntöelinten päätettäväksi. Modernissa lainsäädännössä on tärkeää sen faktuaalinen eli sisällöllinen ulottuvuus. Faktuaalisuus edellyttää tosiasiatietoa säädösehdotuksen perusteiksi. Mitä ovat ne menetit, joiden avulla faktuaalista tietoperustaa tuotetaan? Mikä on tässä suhteessa metodisesti mahdollista ja mikä merkitys faktuaalisella ulottuvuudella on lainsäädännössä? Lainsäädännön prosessissa esilainsäädännöllinen vaihe on yksi lainsäädännön prosessin vaihe. Se kattaa suunnittelun ja käsillä olevan ongelman analyysin ja määrittelyn sekä sosiaalisen tilanteen kartoittamisen ja määrittelyn, lainsäädännön tavoitteiden määrittelyn ja selventämisen sekä siinä lainsäädännön tarkoituksen analysoinnin (analysing the aims of legislation), lainsäädäntöinstrumenttien tutkimisen ja vaihtoehtoisten skenaarioiden ja keinojen analysoinnin sekä niiden keinojen analysoinnin, joilla lainsäädännön tavoitteet aiotaan saavuttaa (analysing the means of the enforcement), sekä sääntelyn instrumenttien valinnan (perustuu prospektiiviseen evaluaatioon niiden mahdollisista vaikutuksista), säädöksen normatiivisen sisällön muotoiluun.⁴⁴⁵

Müller tarkastelee lainsäädännössä erityisesti esilainsäädännöllistä vaihetta. *Müller* arvioi, että vaiheessa systemaattisesti seurattava rationaalinen prosessi edistää ja

⁴⁴⁵ Delley – Flückiger, 2005, 84–85; Mader, 2001a, 121–122; Morand, 1988, 393.

mahdollistaa ”paremman lainsäädännön”. Müller erottaa rationaalisen lainsäädännön mallissa vaiheen etapit: impulssi, analyysivaihe ja tarkennusvaihe (precision phases), käsitteellistäminen ja säädöksen tekstin formulaatiovaihe.⁴⁴⁶ Müller korostaa teoriasaan sitä, että normi optimoidaan ja konkretisoidaan mahdollisimman pitkälle niin, että prosessi päättyy formuloituun normitekstiin, jossa on otettu huomioon myös lainsäädännön prosessiin kuuluva evaluaatio⁴⁴⁷.

Maderin lainsäädäntöteoriassa esilainsäädännöllisen vaiheen etappeja ovat lainsäädäntöesityksen valmistelu ja sääntelyimpulssi, itse lainsäädäntöprojekti, lainsäädäntömetodologia, jossa tutkitaan lainsäädännön ongelmaa, lainsäädännön tavoitteen määrittely ja sääntelyvälineiden valinta. Keskeisellä sijalla Maderin teoriassa ovat sekä ennakkoinen *ex ante*- että jälkikäteinen *ex post*-tyyppinen evaluaatio. Maderin teorian mukaan tässä prosessin vaiheessa tutkitaan erikseen lainsäädäntöesityksen valtiosääntöoikeudelliset ja muut oikeudelliset vaatimukset niin, että valmistelun viime vaiheena on lainsäädännön kirjoittaminen.⁴⁴⁸

Olen tarkastellut unionin asiakirjoista käsin unionin esilainsäädännöllisen vaiheen metodeja. Ajatus on, että niiden avulla voin saada selville mitä ovat vaiheen metodit käytännössä ja sen perusteella arvioida, miten metodien avulla on mahdollista edistää oikeusvaltiollisuutta.

4.1.1 Teleologinen rationaliteetti lainsäädännön tavoitteiden ja keinojen määrittelyn metodisena lähtökohtana

Säädösten valmistelulle on määrittelyjen mukaan ominaista, että sen tulee kyetä ottamaan huomioon jo ennalta säädöksen tavoitteet (object) ja niiden luonne silmällä pitäen tulevaisuuden asiointiloja.⁴⁴⁹ Olen määrittellyt edellä normimalleja ja normityyppejä.

Euroopan unionin säädösten valmistelussa teleologisuus merkitsee sitä, että unionin lainsäädännön laatijan on kyettävä kiteyttämään säännöksen *tarkoitus* (tavoite ja soveltamisala) yksinkertaisesti käsitteisiin niin, että nämä tulevat selkeästi ilmaistuksi⁴⁵⁰. Esimerkiksi tällä hetkellä uudistuksen kohteena olevan sähköisestä viestinnästä annetun unionin tietosuojadirektiivin (2002/58/EY) 1 artiklan mukaan sen soveltamisala ja tavoite (ja tarkoitus) on, että

”Tällä direktiivillä yhdenmukaistetaan jäsenvaltioiden säännökset, joita tarvitaan samantasoisien perusoikeuksien ja -vapauksien, erityisesti yksityisyyttä koskevan oikeuden, suojan varmistamiseksi henkilötietojen käsittelyssä sähköisen viestinnän alalla sekä tällaisten tietojen ja sähköisten viestintälaitteiden ja -palveluiden vapaan liikkuvuuden varmistamiseksi yhteisössä”.

⁴⁴⁶ Van den Abeele, 2009, 16; Müller, 1999, 37 ja 63. Esimerkiksi, syklin periaatteet myös Sveitsin lainsäädäntöoppaassa, *Swiss Guide de legislation*, 2008, 6.

⁴⁴⁷ Müller, 1999, 60–64.

⁴⁴⁸ Mader, 2007, 2.

⁴⁴⁹ Müller, 1999, 21, korostaa erityisesti demokraattisen legitimitetin varmistamisen kuuluvan lainsäätäjälle: *”Die Funktion der Demokratischen Legitimierung kann nur die Rechtssetzung, nicht die Rechtsanwendung erfüllen.”*

⁴⁵⁰ *Joint Practical Guide*, 2015, 11.

Direktiivin tavoite on yhdenmukaistaa jäsenvaltioiden säännöksiä, jotka varmistavat samantasoisten perusoikeuksien noudattamista. Määrittelen jäljempänä perusoikeuksien ja -vapauksien käsitettä. Direktiivi mainitsee erityisesti yksityisyyden suojan oikeuden varmistamisen henkilötietojen käsittelyssä sähköisen viestinnän alalla ja sitä kautta sen on tarkoitus edistää alan palveluiden ja laitteiden vapaata liikkuvuutta. Direktiivin on tullut ilmaista sen tarkoitus jäsenvaltiolle, jonka on ollut määrä implementoida direktiivi kansalliseen lainsäädäntöön. Direktiivin (2002/58/EY) 1 artiklan mukaan sillä ”täsmennetään” ja ”täydennetään” niitä säännöksiä, joita annettiin aikaisemmalla samaa sääntelyalaa säätävällä direktiivillä (95/46/EY). Direktiivin (2002/58/EY) ensimmäinen artikla määrää sen soveltamisalaa eli sitä, miten sitä on tavoitteellisenä normistona määrä soveltaa jäsenvaltiossa suhteessa muuhun kansalliseen sääntelyyn.

Direktiivin (2002/58/EY) alaan kuuluvaa sääntelyä on uudistettu ja uudistetaan. Sen alaan kuuluva *ePrivacy*-asetusehdotus on osa jäljempänä tässä luvussa määrittelemääni Euroopan unionin tietoyhteiskunnan sääntelykehystä. Direktiivin (2002/58/EY) uudistamiseksi annetun Euroopan unionin *ePrivacy*-säädösehdotuksen tavoitteesta todetaan, että ehdotettu asetusta on askel kohti luottamusta ja turvallisuutta, jota digitaalisten markkinoiden strategia edellyttää⁴⁵¹. Ehdotus *ePrivacy*-asetukseksi on eri asia kuin vuoden 2018 toukokuussa sovellettavaksi tullut *lex generalis*-tyyppinen unionin yleinen tietosuojasetus ([EU] 2016/679) (GDPR). Molemmat säädökset kuuluvat sähköisen viestinnän sääntelyalalle. *ePrivacy*-asetusehdotuksen tarkoituksena on kumota direktiivi (2002/58/EY) eli sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi (*ePrivacy* directive).⁴⁵² Tarkastelen sen perusteita jäljempänä.

Teleologinen eli tavoitteellinen sääntely sinänsä on tuttua kansallisvaltioiden instrumentaalisesta ja tavoitteellisesta sääntelytavasta⁴⁵³. Teleologisen lainsäädännön malli ja teleologinen rationaliteetti muistuttavat lain yleisyyden käsitteessä lainsäädäntöä, joka on finalistista ja instrumentaalista, mallia, joka nimenomaisesti edellyttää rationaalisuutta ja rationaalista metodia⁴⁵⁴. Edellä olen tuonut esille, että kaikki lainsäädäntö on yleensä jollakin tavalla tavoitteellista ja yksittäiseen säädökseen voi sisältyä monenlaisia normimalleja ja tavoitteellisen ja oikeusperustaisen normimallin lisäksi myös toimintanormeja. Esimerkiksi *Atienzan* teoriassa teleologinen rationaliteetti tarkoittaa lainsäädännön tavoitteeksi asetettua vaatimusta saavuttaa lainsäädännön tavoite ja sosiaalinen tehtävä sekä lainsäädännön kykyä toteuttaa sääntelyn päämäärät ja tavoitteet.⁴⁵⁵

Syklinen lainsäädännön malli metodina

Komission ehdotukset säädettäväksi lainsäädännöksi perustuivat vielä 2000-luvun taitteessa komission tiedonantoihin tai ”valkoisiin” ja ”vihreisiin” kirjoihin, joista Euroopan unionin lainsäädäntöprosessiin osallistuvat toimielimet antoivat lausuntoja. Komissio ryhtyi tämän kaltaisen valmistelun perusteella myös hyvin laajoihin

⁴⁵¹ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuojasetus) 10.1.2017 COM (2017)10 final 2017/0003(COD), 2.

⁴⁵² Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, A study prepared for the European Commission DG Communication Networks, Content & Technology by Deloitte, 2017, kohta 17.

⁴⁵³ Ekelöf, 1992, 362, termi ”teleological” on johdettu kreikan kielen sanasta *télos*.

⁴⁵⁴ Kirchhof, 2016, 98–99.

⁴⁵⁵ Atienza, 1989, 385–386.

lainsäädäntötoimiin, kuten komission palvelujen *sisämarkkinastrategian* perusteella tehtiin. Tavoitteena oli mahdollistaa palveluiden liikkuminen kansallisten rajojen yli yhtä helposti kuin jäsenvaltion sisällä.⁴⁵⁶

Euroopan unionin tapauksessa komissio antoi vuonna 2001 *tiedonannon* lainsäädännön yksinkertaistamisesta ja parantamisesta. Siinä korostettiin sitä, että säädösten valmistelu kuuluu komission vastuulle, lainsäädäntöä koskeva keskustelu neuvostolle ja parlamentille ja soveltaminen jäsenvaltioille. Tavoitteena oli kehittää unionin yhteistä lainsäädäntökulttuuria. Komissio antoi samalla toimintansa laadun ja avoimuuden parantamiseksi kaksi erityistiedonantoa, toinen koski kuulemista koskevia vähimmäisvaatimuksia, toinen yhteisen *vaikutustenarviointimenetelmän* määrittämistä tärkeimpiä poliittisia ja lainsäädäntöaloitteita varten.⁴⁵⁷

Euroopan unionissa on omaksuttu lainsäädännön *syklinen malli*. Euroopan unionin lainsäädännön syklissä noudatetaan lainsäädäntöperiaatteina välttämättömyysperiaatetta (necessity), suhteellisuusperiaatetta (proportionality), toissijaisuusperiaatetta (subsidiarity), läpinäkyvyysperiaatetta (transparency) ja konsultaatioperiaatetta (consultation), oikeuden saatavuusperiaatetta (accessibility), implementointi- (implementation or transposition) ja toimeenpanoperiaatetta.⁴⁵⁸ Euroopan unionin lainsäädännön rationaaliseksi malliksi kutsutun metodin tavoitteena on ”parempi” lainsäädännön valmistelu tarkoituksena se, että unionin lainsäädäntöä ymmärrettäisiin paremmin jäsenvaltioissa ja että sitä myös sovellettaisiin ja implementoitaisiin asianmukaisella tavalla jäsenvaltioissa.⁴⁵⁹ Syklin ideaalina on, että uuden lainsäädännön *suunnittelussa, formuloinnissa ja säätämässä* mahdollisimman tarkasti tähdätään tiettyihin lainsäädännön prosessin kuluessa määritettyihin tarkoitettuihin tavoitteisiin. Malli hyödyntää suunnittelussaan metodina muun muassa *tavoitepuuta*.

Euroopan unionin paremman lainsäädännön syklinen metodi ei ota kuitenkaan huomioon säädösten oikeudellista jälkikäteistä normivalvontaa⁴⁶⁰. Lainsäädäntömetodisesti tärkeä muutos perinteiseen sääntelyn valmisteluun verrattuna Euroopan unionin lainsäädännössä on suunnitelmallisuuden korostaminen niin, että lainsäädännön tavoitteet määritellään ja analysoidaan ennen lainsäädännön antamista, tavoitteiden toteutumista mitataan ja käyttöön on otettu *ex ante*- ja *ex post*-tyyppinen evaluaatiomenetelmä. Metodien lähtökohtana on ajateltu olevan rajoitetun rationaalisuuden malli niin, että suunnittelussa puhutaan linjauksista, ohjelmista ja laajoista linjoista, orientaatiosta. Suunnittelullekin on asetettu vaatimuksia: esimerkiksi kansallisesti siltä edellytetään demokratiaperiaatteen huomioimista ja avoimuutta, juridisten reunaehtojen huomioimista ja sitä, että suunnittelussa otetaan huomioon myös erilaisia vaihtoehtoja.⁴⁶¹

Wahlgrenin määrittelyssä tavoitteellisuus liittyy osaksi lainsäädännön poliittista rationaliteettia, jolla edellä esitetyn määritelmän mukaan tarkoitetaan lainsäädännön instrumentaalista rationaalisuutta ja sitä, että lait toteutuvat valtiosääntönormien ra-

⁴⁵⁶ Komission tiedonanto neuvostolle ja Euroopan parlamentille, Palvelujen sisämarkkinastrategia, KOM(2000) 888 lopullinen.

⁴⁵⁷ Komission tiedonanto, lainsäädännön yksinkertaistamista ja parantamista koskeva toimintasuunnitelma, KOM (2002) 278 lopullinen, Bryssel, 5.6.2002.

⁴⁵⁸ European Commission, Strasbourg 19.5.2015 SWD (2015) 111 final, 5–6; Van den Abeele, 2009, 8–9.

⁴⁵⁹ Yhteisen käytännön opas, 2014, 6.

⁴⁶⁰ Näin esimerkiksi Meuwese, 2008, 43–44. Ks. metodista Yhteisen käytännön opas, 2014, 6; European Commission, Strasbourg 19.5.2015 SWD (2015) 111 final, 5–6; metodista myös Van den Abeele, 2009, 8–9.

⁴⁶¹ Flückiger, 1996, 254 ja 261 ja 273–274.

joissa, ne ovat informatiivisia ja riittävän joustavia ja että lakien avulla toteutetaan tarkoitettuja politiikkatavoitteita. Teleologinen rationaliteetti kytkeytyy *Flückigerin* teorian ulottuvuuksilla lainsäädännön prosessin vaiheissa lainsäädännön aineellisia ja materiaalisia kysymyksiä sisältävälle alueelle. Seuraavassa tarkastelen erityisesti faktuaalisen ulottuvuuden metodeja. Kuten luvussa kuusi huomataan, unionin tuomioistuin oikeudellisen normivalvonnan yhteydessä säädösten pätevyyttä arvioi- dessaan tutkii myös faktuaalisen ulottuvuuden kysymyksiä. Tässä on kyse unionin lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun arvioinnista.

4.1.2 Retrospektiivinen metodi säädösehdotusten prospektiivisen suunnittelun lähtökohtana

Retrospektiivinen *ex post*-vaikutustenarviometodi suunnittelun lähtökohtana

Esimerkkinä käytetty *ePrivacy*-asetusehdotuksen REFIT-evaluatio on metodisessa mielessä sekä *retrospektiivistä* eli taaksepäin katsovaa että *prospektiivista* eli tulevaisuuteen katsovaa evaluaatiota niin, että evaluaation kuluessa on tehty Euroopan unionin paremman lainsäädännön kriteerien perusteella *ex post*-arviointi voimassa olevan sähköisen viestinnän direktiivin (2002/58/EY) vaikutuksista. Sen jälkeen tämän *ex post*-vaikutusarvioinnin perusteella on laadittu ehdotus eri vaihtoehtojen perusteella uudeksi alan sääntelyksi, esimerkiksi *ePrivacy*-asetukseksi. Retrospektiivinen vaihe tarkoittaa sitä, että ensin kootaan tosiasiatietoa voimassa olevan *ePrivacy*-direktiivin eräiden säännösten muun muassa *implementaatiosta* eli toimeenpanosta jäsenvaltioissa. Sen jälkeen evaluoidaan voimassa olevan direktiivin säännösten toimintaa *paremman sääntelyn kriteerien* perusteella.⁴⁶²

Retrospektiivisellä ex post-vaikutustenarviointimetodilla tarkoitan voimassa olevan säädöksen vaikutusten arviointia.

Euroopan unionin direktiivien ominaisuus on, että ne implementoidaan eli saate- taan voimaan jäsenvaltioissa yleensä kansallisella lainsäädännöllä. Termin implemen- taatio sijaan joissakin suomalaisissa kansallisissa virallisasiakirjoissa käytetään termiä täytäntöönpano (*enforcement*)⁴⁶³. Joissakin jäsenvaltioissa termin implementointi sijaan käytetään termiä transponointi (*transposition*)⁴⁶⁴.

Lainsäädännön evaluaatiometodin määrittely

Yleisesti evaluaation käsite määritellään siten, että evaluaatiolla tarkoitetaan joko *formatiivista evaluaatiota*, joka voi tarkoittaa sääntelyn tarvearvioita, evaluoitavuusarviota tai prosessievaluaatiota, tai *summatiivista evaluaatiota*, joka merkitsee intervention tulosten (outcome) evaluaatiota, vaikutustenarviointia, kustannus-vaikuttavuusarviointia tai kustannus-hyötyanalyysiä. Formatiivinen evaluaatio toteutetaan ennen inter-

⁴⁶² Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, A study prepared for the European Commission DG Communication Networks, Content & Technology by Deloitte, 2017, 17.

⁴⁶³ Lainlaatijan EU-opas, 2012, 24.

⁴⁶⁴ Ks. Ranska Guide Legistic 2007, ohjeen kohta 4.1.2., ei sivunumeroita; Yhdistyneet Kuningaskunnat, Transposition Guidance: How to implement European Directives effectively, HM Government, 2013; Suomessa terminologiasta ks. Lainlaatijan EU-opas, 11/2012, 23.

ventiota, *ex ante*, tai sen aikana, ja summatiivinen evaluaatio toteutetaan esimerkiksi sääntelyn kaltaisen intervention jälkeen, *ex post*.⁴⁶⁵

Evaluaatiolla lainsäädännön yhteydessä tarkoitetaan yleensä analyysia ja arviointia *lainsäädännön vaikutuksista*. Tämä yleisen evaluaatiometodin määrittely sisältää kolme elementtiä. Ensinnäkin lainsäädännön evaluaatio edellyttää sitä, että sen kohteena on *lainsäädäntö* eli *normatiivinen toimi* ja ne *seuraukset*, joita on syntynyt sen toimeenpanon seurauksena kun lainsäädäntöä on sovellettu yksittäisiin tapauksiin. Koska lainsäädännön evaluaatio edellyttää kohteekseen oikeuden normeja, se poikkeaa niin sanotuista *policy-analyyseistä*. Kuitenkin jos kyse on politiikka-analyyseistä, joissa noudatetaan oikeusvaltioperiaatetta (rule of law), tällöin lainsäädännön ja politiikka-analyyysien välillä ei ole mitään periaatteellista eroa.⁴⁶⁶

Toiseksi lainsäädännön evaluaatio tarkoittaa lainsäädännön ja sen puitteissa omaksuttujen tointen ja sosiaalisen todellisuuden välillä olevien *kausaalisten* suhteiden tarkastelua. Evaluaatio on kiinnostunut tässä suhteessa lainsäädännön *vaikutuksista* (effects). Se tutkii asenteissa, käyttäytymisessä tai olosuhteissa tapahtuneiden *muutosten laajuutta* (extent) ja niitä *seurauksia*, jotka *potentiaalisesti* tai *tosiasiallisesti* ovat *seurausta* lainsäädännöstä.⁴⁶⁷

Kolmanneksi evaluaatio pyrkii noudattamaan sellaista evaluaatiometodia, jota voidaan vaikeuksista jäljittää ja ymmärtää. Metodi on tärkeä erityisesti siksi, että evaluaation tulee *perustella* esittämänsä väitteet, jotka liittyvät sekä potentiaalsiin että tosiasiallisiin seikkoihin ja niiden välisiin kausaalisuhteisiin säädetyn lainsäädännön ja sosiaalisen todellisuuden välillä. Evaluaatiotiedon tulee olla myös systemaattista ja objektiivista sekä intresseistä vapaata.⁴⁶⁸

Evaluaatiokriteerit

Sähköisen viestinnän alan *ePrivacy*-asetusehdotuksen uudistamisessa voimassa olleen direktiivin (2002/58/EU) REFIT *ex post*-vaikutusarviointin *evaluaatiokriteereitä* ovat Euroopan unionin paremman lainsäädännön ohjeiden mukaiset kriteerit

- tehokkuus (effectiveness)
- vaikuttavuus (efficiency)
- relevanssi (relevance)
- koherenssi
- EU-lisäarvo.⁴⁶⁹

Termi REFIT tarkoittaa Euroopan unionin paremman sääntelyn sopivuus ja toimivuus-ohjelmaa, jolla sääntelyä on tarkoitus tehostaa⁴⁷⁰. Euroopan unionin lainsäädännön evaluaatiometodin yleisiä evaluaatiokriteereitä ovat vaikutukset (effectiveness), tehokkuus (efficiency), relevanssi (relevance), koherenssi (coherence) ja lisäarvo (value-add). *Vaikutus* eli *effectiveness* Euroopan unionin lainsäädännön yhteydessä tarkoittaa vaikutusarviointin kohteena olevan *säädöksen saavuttamia tavoitteita*. Se tar-

⁴⁶⁵ Quality Standards for Development Evaluation, OECD, DAC Guidelines and Reference Series, OECD, 2010; Glossary of Key Terms in Evaluation and Results Based Management, OECD, 2002.

⁴⁶⁶ Mader, 2001a, 123.

⁴⁶⁷ Mader, 2001a, 123.

⁴⁶⁸ Mader, 2001a, 123.

⁴⁶⁹ Kriteerit ks. European Commission, Better Regulation Guidelines, 19. May 2015, SWD(2015) 111 final.

⁴⁷⁰ <https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit>

koittaa sekä *yleisiä tavoitteita* että *erityisiä tavoitteita*. Määrittely tarkoittaa saavutettuja tavoitteita *vaikutuksina* sekä myös sitä, missä määrin säädös *ei ole täyttänyt tavoitteita*, myös *ei-odotettuja* tai *ei-tarkoitettuja vaikutuksia*. Käsitteenä tehokkuus (efficiency) tarkoittaa tässä yhteydessä *käytettyjen resurssien ja saavutettujen tavoitteiden välistä suhdetta ja muutosta*, jonka tavoitteiden saavuttaminen on aiheuttanut. Relevanssi puolestaan tarkoittaa niitä Euroopan unionin oikeudesta johtuvia *tarpeita*, joita vaikutustenarvioinnin kohteena olleen unionin säädöksen on tullut täyttää. Koherenssi tarkoittaa kahta asiaa: vaikutustenarvioinnin kohteena olevan säädöksen *johdonmukaisuutta* toisiin saman politiikka-alueen säädöksiin nähden (external coherence) sekä sääntelyn kohteena olevan säädöksen *sisäistä johdonmukaisuutta* (internal coherence). *Lisäarvo* tarkoittaa sitä arvoa, jota säädös tuottaa kansalaisille ja liike-elämälle unionin tasolla, kansallisella tasolla ja paikallisella tasolla.⁴⁷¹

Evaluatiokriteereitä käytetään retrospektiivisen *ex post*-vaikutusarvioinnin kriteereinä mutta myös silloin, kun *ex post*-vaikutusarvioinnin jälkeen laaditaan uuden sääntelyn suunnittelua ja esimerkiksi laadittaessa suunnittelun perusteiksi *tavoitepuuta* ja sen perusteella *interventiologiikkaa*.

Esimerkiksi *ePrivacy*-asetusehdotuksen vaikutustenarvioinnissa on tehty *koherenssiarvio* sen suhteesta yleiseen tietosuojasetukseen ja muuhun tietoyhteiskunnan sääntelykehyksen sääntelyyn. Koherenssiarvio on osa *evidence*-perusteista eli tosiasia-perusteista vaikutustenarviointia Euroopan unionin lainsäädännössä.⁴⁷²

Ex post-vaikutusarvioinnissa on siten selvitetty ja arvioitu, miten voimassa oleva lainsäädäntö ja tässä tapauksessa sähköisen viestinnän direktiivi (2002/58/EY) ovat saavuttaneet niille asetetut tavoitteet. Evaluaatiometodisesti sen avulla pyritään autamaan komission prospektiivista lainvalmistelutyötä ja muotoilemaan politiikkavaihtoehtoja uuden sääntelyn antamiseksi lähtökohtaisesti taloudellisesta näkökulmasta. Arvioinnissa voimassa olleen lainsäädännön direktiivin (2002/58/EY) tavoitteen saavuttamista on evaluaatiometodisessa mielessä skaalattu väljästi seuraavilla *vääntämällä*:

- tavoitteet saavutettu tai niitä ollaan saavuttamassa
- tavoitteet on saavutettu osittain tai niitä ei ole saavutettu lainkaan
- riittävää informaatiota ei ole saatavilla arvioinnin perusteiksi tai arvioinnin kriteeri ei ole relevantti.

Voimassa olleen yksityisyyden suojan direktiivin (2002/58/EU) artikloja on arvioitu niiden sisällön näkökulmasta. Evaluaatiometodisesti arvio on toteutettu niin, että direktiivin (2002/58/EY) säännöksiä on jaettu kahteentoista osa-alueeseen, joista seuraavassa vaikutusarviointikehikossa (taulukko 1) on esimerkkeinä muutamia. Kutakin direktiivin artiklaa tai artiklajoukkoa arvioidaan edellä mainittujen evaluaatiokriteerien perusteella vastaamalla mainittuihin väittämiin direktiivin sisällön tilasta, kuten onko direktiivin artiklan tavoitteet saavutettu suhteessa tehokkuuskriteeriin tai ollaanko direktiivin artikloiden tavoitteita vasta saavuttamassa. Ovatko direktiivin tavoitteet osittain saavutettuja tai ovatko ne jääneet saavuttamatta? Mahdollista on myös se, että riittävää informaatiota ei ole saatavilla tai evaluaatiometodinen kriteeri ei ole lainkaan relevantti.

⁴⁷¹ Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, A study prepared for the European Commission DG Communication Networks, Content & Technology by Deloitte, 2017, 91–92.

⁴⁷² Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, Deloitte 2017, kohta 17.

Taulukko 1. Säädöksen sisällön vaikutusarviointikehikko (retrospektiivinen vaikutusarviointi, *ex post* (modifioitu alkuperäisestä)).⁴⁷³

Säädöksen sisältö (topic)	Tehokkuus	Vaikuttavuus	Relevanssi	Koherenssi	Lisäarvo
Soveltamisala ja määrittely (artiklat 1, 2 ja 3)					
Turvallisuus (artikla 4)					
Käyttäjän laitteen informaation luotettavuus (artikla 5.3)					
Liikennetiedot ja muut paikakatiedot (artikla 6 ja artikla 9)					
...					
Implementointi ja toimeenpano (artikla 15a)					

Direktiivin (2002/58/EY) sisällöllisten osa-alueiden arvioinnissa evaluaatiokriteereistä parhaiten olivat toteutuneet Euroopan unionin *lisäarvokriteeri* ja *koherenssikriteeri*. Sähköisen viestinnän yksityisyyden suojan direktiivin (2002/58/EY) tavoitteet oli saavutettu tai niitä oltiin saavuttamassa useimmilla arvioinnin kohteena olleilla direktiivin sisällöllisillä osa-alueilla.⁴⁷⁴

Relevanssikriteerin kohdalla direktiivin tavoitteita oli saavutettu vain osittain tai niitä ei ollut saavutettu tai riittävää informaatiota ei ollut saatavilla arvioinnin perusteiksi tai arviointikriteeri ei ollut relevantti.⁴⁷⁵

Tehokkuus-kriteerin kohdalla tilanne oli vaikuttavuus-kriteeriä parempi niin, että säädöksessä neljän (4) osa-alueen kohdalla tehokkuus-kriteeri oli saavutettu tai sitä oltiin saavuttamassa, säädöksessä seitsemän (7) osa-alueen kohdalla tehokkuus oli saavutettu osittain tai ei ollut saavutettu ja yhdellä (1) direktiivin osa-alueella ei ollut saatavilla informaatiota tai kriteeri ei ollut relevantti (development and the free circulation of electronic communication equipment and services, art. 14).⁴⁷⁶

Vaikuttavuuskriteerin kohdalla puolet eli kuusi (6) direktiivin säännösten arvioitavista osa-alueista olivat sellaisia, ettei arvioinnin perusteiksi ollut saatavilla riittävää informaatiota tai arviointikriteeri ei ollut relevantti tai tavoitteet oli saavutettu vain osittain tai niitä ei ollut saavutettu lainkaan. Vain direktiivin yhdellä osa-alueella eli direktiivin kommunikaation turvallisuuden sisältöalueella (security of communications, art. 5.1 ja art. 5.2) vaikuttavuuskriteerin mukainen tavoite oli saavutettu tai sitä oltiin parhaillaan saavuttamassa.⁴⁷⁷

Euroopan unionin lainsäädännön prosesseissa tehokkuutta pyritään edistämään *evidence-based*-tyyppisellä tosiasiaperusteiseen tietoon perustuvalla lainsäädännön dokt-

⁴⁷³ Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, Deloitte, 2017, 19–20.

⁴⁷⁴ Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, Deloitte, 2017, 19–20.

⁴⁷⁵ Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, Deloitte, 2017, 19–20.

⁴⁷⁶ Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, Deloitte, 2017, 19–20.

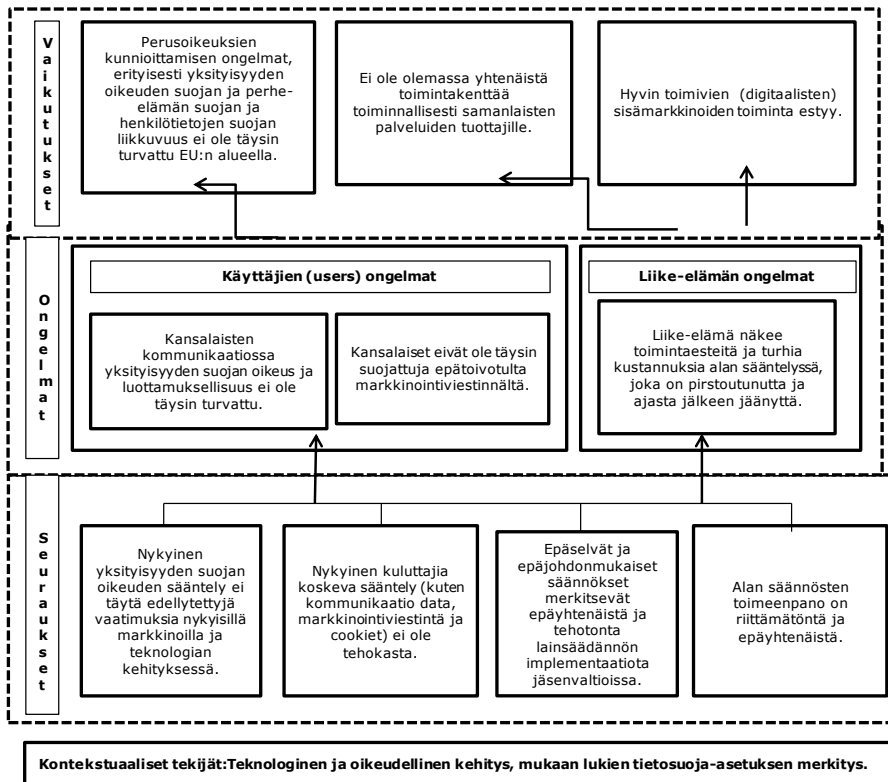
⁴⁷⁷ Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, Deloitte, 2017, 19–20.

riinilla⁴⁷⁸. *Retrospektiivinen ex post-vaikutustenarviointi* on evaluaatiometodina yksi lainsäädännön esilainsäädännöllisen vaiheen tapa hankkia *evidence-based*-tyyppistä tietoa.

Vaikutukset, ongelmat ja seuraukset

Säädöksen *ex post*-tyyppisen jälkikäteisen vaikutusarvioinnin merkitys on siinä, että se on tiedollinen *perusta* prospektiiviselle vaiheelle eli tulevan säädöstarpeen arvioinnille ja uuden sääntelyn suunnittelulle. Euroopan unionin komission *ePrivacy*-asetusehdotuksen valmistelun yhteydessä direktiivin (2002/58/EC) vaikutusarvioinnin (impact assessment) ongelmanmäärittelyssä on käytetty metodisena keinona tavoiteteuuta (ongelmapuu, taulukko 2). *Prospektiivisen* vaiheen vaihtoehtojen arviointi (assessment of options) tapahtuu kahdessa vaiheessa. Ensin identifioidaan relevantit ongelmat. Sen jälkeen arvioidaan ja vertaillaan alustavia politiikkavaihtoehtoja, joita tässä tapauksessa komissio on esittänyt, tavoitteena tuottaa tarpeellista *määrällistä* ja *laadullista* empiiristä tosiasiatietoa. Tavoitteena on, että kustannuksia ja hyötyjä määritellään niin paljon kuin mahdollista.⁴⁷⁹

Taulukko 2. Yksityisyyden suojan oikeuden sääntelyn ongelmapuu.⁴⁸⁰



⁴⁷⁸ van Gestel—de Poorter, 2016, 155—156.

⁴⁷⁹ Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, Deloitte, 2017, 25.

⁴⁸⁰ Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, Deloitte, 2017, 22.

Retrospektiivisen vaikutusarvion jälkeen ja prospektiivisen evaluaatiometodin suunnittelun keinona sääntelyn ongelmapuun analyysissä tarkastellaan säädöksen *vaikutuksia, ongelmia* ja havaituista *ongelmista johtuvia seurauksia*. Euroopan unionin voimassa olevan sähköisen viestinnän direktiivin (2002/58/EY) ja uuden *ePrivacy*-asetusehdotuksen suunnittelussa ongelmapuussa on otettu huomioon *kontekstuaalisina tekijöinä* erityisesti *teknologinen ja oikeudellinen kehitys*. Ongelmapuun perusteella laaditun *vaikutuksia* koskevan arvion perusteella havainnot ja tunnistetut ongelmat voimassa olevan lainsäädännön vaikutuksista ovat, että nykyinen sähköisen viestinnän direktiivi (2002/58/EC) ei suojaa riittävästi kansalaisten yksityisten suojaa ja luottamuksellista viestintää, alan toimijoiden kenttä on epäselvä ja digitaaliset sisämarkkinat eivät toimi joustavasti siten kuin voimassa olevan sääntelyn tavoitteet edellyttäisivät. Sääntely viestintämarkkinoilla sisältää monia *ongelmia*, ja kansalaisten yksityisyyden suojan sääntely on riittämätöntä, liike-elämän näkökulmasta sääntely on pirstoutunut ja jälkeen jäänyttä, ja sen ongelmana on, että siitä aiheutuu perusteettomia kustannuksia. Seuraus on, että nykyinen yksityisyyden suojan sääntely ei täytä siltä edellytetyjä vaatimuksia markkinoilla ja nykyteknologian oloissa. Seuraus on, että kuluttajia suojaava sääntely viestintämarkkinoilla ei ole tehokasta. Seurauksena tästä on, että tällä hetkellä voimassa olevan lainsäädännön eli direktiivin (2002/58/EY) alalla on vaikeuksia implementoida kyseistä sääntelyä ja voimassa oleva sääntely on myös tehotonta.⁴⁸¹

Esimerkiksi *ePrivacy*-asetusehdotuksen suunnittelussa vaikutusarvioinneissa on käytetty kolmentyyppisiä arviointeja: *taloudellisia vaikutusarviointeja, politiikkatavoitteiden vaikutuksia* (effectiveness) arvioivia ja *sosiaalisten vaikutusten arviointeja*. Taloudelliset vaikutusarviointit tarkoittavat tässä yhteydessä lainsäädännön noudattamisen kustannuksia, hallinnollisen taakan kustannuksia ja julkisen hallinnon kustannuksia. Vaikutusarviointi näistä lähtökohdista kysyy sitä, onko lainsäädännön politiikkavallinnoilla saavutettu tehokkaasti (effectively) tavoitteet käytännössä. Tämä arviointi kohdistui voimassa olevan säädöksen eli direktiivin 2002/58/EY tiettyihin politiikkatavoitteisiin. Vaikutusarviointi kattaa muun muassa viestinnän luottamuksellisuuden ja turvallisuuden arvioinnin, kansalaisten suojan ei-toivottua markkinointiviestintää vastaan ja lainsäädäntöviitekehityksen yksinkertaistamisen suhteessa markkinatilanteeseen ja teknologian todellisuuteen. Sosiaalisten vaikutusten arviointi rajoittui työllisyyteen ja työmarkkinoihin.⁴⁸²

Lainsäädäntöä varten on mahdollista rakentaa lainsäädäntöhankkeen *tavoitteita* ja *päämääriä* kuvaava *hierarkia* ja määritellä *strategiaa*, jonka perusteella lainsäädännön *tavoitteet* ja *päämäärät* mahdollisesti saavutetaan tehokkaasti lainsäädännön *keinoin*.⁴⁸³ Tavoitepuumetodia voidaan käyttää lainsäädännön vaikutusten arvioinnissa millä tahansa sääntelyalueella. Tavoitepuuta on nyt esimerkkinä olevan *ePrivacy*-asetusehdotuksen valmistelussa käytetty *ongelmapuuna* vaikutusten, ongelmien ja seurausten selvittämiseksi ja *muutostarvepuuna*, jossa esitetään muutostarpeet (draiverit).

Euroopan unionin lainsäädännön metodeissa on omaksuttu yleisempiä kansainvälisten järjestöjen interventoiden toteuttamisen periaatteita, käsitteitä ja metodeja.

⁴⁸¹ Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, Deloitte, 2017, 22.

⁴⁸² Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, Deloitte, 2017, 23.

⁴⁸³ Delley – Flückiger, 2005, 89–90.

Konsultaatiot täsmentävät relevanttien toimijoiden määrittelyä

Olennaista lainsäädännön esilainsäädännöllisessä vaiheessa on *keskeisten toimijoiden yksilöinti* esimerkiksi oikeudellisten perus- ja ihmisoikeuskysymysten alustavaksi selvittämiseksi ja määrittelyiden laatimiseksi.

Konsultaatiot otettiin unionin lainsäädännössä käyttöön 2000-luvun alkupuolella, jolloin tavoitteena on ollut kehittää unionin yhteistä lainsäädäntökulttuuria. Komissio antoi toimintansa laadun ja avoimuuden parantamiseksi kaksi erityistiedonantoa: toinen niistä koski *kuulemista koskevia vähimmäisvaatimuksia*, toinen yhteisen *vaikutustenarviointimenetelmän* määrittämistä tärkeimpiä poliittisia ja lainsäädäntöaloitteita varten.⁴⁸⁴

Eri tahoilla on usein lainsäädännöstä erilaisia näkemyksiä. Esimerkiksi *ePrivacy*-ehdotusta Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä koskeva REFIT-ohjelman tarkoittama jälkiarviointi ja vaikutusten arvioinnit osoittavat, että viestinnän luottamuksellisuuden suojan kohdalla sekä kansalaiset että kansalliset viranomaiset samoin kuin Euroopan tietosuojavaltuutettu kannattavat sääntelyvaihtoehtoja, jotka vaikuttavat myönteisesti kansalaisten suojelutasoon ja oikeuksiin (edellä vaihtoehdot kaksi, kolme ja neljä). Toimijoista sähköisten viestintäpalveluiden tarjoajat ovat vaihtoehdon kannalla, joka merkitsisi ajankohtana olleen sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin kumoamista. Syynä on se, että sääntelyn velvoitteet kohdistuvat ensi sijassa kyseisiin palveluiden tarjoajiin. Muiden vaihtoehtojen kannalta palvelujen tarjoajat suhtautuisivat sääntelyyn kuitenkin myönteisemmin, jos se olisi joustavampaa ja kohtelisi palvelujen tarjoajia yhdenvertaisemmin niin, että sääntely varmistaisi tasapuoliset toimintaedellytykset.⁴⁸⁵

4.1.3 Lainsäädännön ”vaikutukset ja yhteiskunnalliset seuraukset käytännössä” – prospektiivinen näkökulma lainsäädännön metodisena kysymyksenä

Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa on tutkittu lainsäädännön metodeja eli menetelmällisiä keinoja, joilla pyritään ottamaan huomioon jo ennalta lainsäädännöstä johtuvia yhteiskunnallisia *vaikutuksia* ja lainsäädännön *seurauksia* myös jo esilainsäädännöllisessä vaiheessa. Teoreettisesti kyse on siitä, millä metodeilla esilainsäädännöllinen vaihe *voi* määritellä säädettävän teleologisen lainsäädännön *tavoitteita* ja *keinoja* sekä ottaa tässä vaiheessa ja sen jälkeen lainsäädännöllisen vaiheen päätöksenteossa huomioon säädettäväksi tarkoitetun lainsäädännön *vaikutuksia* ja *seurauksia* yhteiskunnassa myös käytännössä. Metodeilla tässä yleensä tarkoitetaan erilaisia evaluaatiometodeja, jotka voivat olla sekä määrällisiä että laadullisia. Keskustelu metodeista liittyy modernilta lainsäädännöltä edellytetyyn lainsäädännön *tehokkuuteen*, siihen, miten suunnittelutyön kohteena oleva ja säädettävän lainsäädännön ajatellaan saavan aikaan tarkoitettuja vaikutuksia ja vaikuttavuutta käytännössä. Yleisen lain käsitteen tunnusmerkkeihin kuuluu, että lainsäädännön tulee olla hyödyllistä ja

⁴⁸⁴ Komission tiedonanto, lainsäädännön yksinkertaistamista ja parantamista koskeva toimintasuunnitelma, KOM (2002) 278 lopullinen, Bryssel, 5.6.2002.

⁴⁸⁵ Euroopan komissio, Bryssel 10.1.2017, SWD(2017)4 final.

toteuttamiskelpoista. Tehokkuuden eli vaikutusten käytännössä on määritelty legitimoivan lainsäädäntöä.

Tehokkuusperiaate

Lainsäädäntöteoreettisesti arvioiden yksi ongelmallisuus liittyy itsessään lainsäädännöltä edellytettävän tehokkuusaspektin (efficacy) käsitteeseen eli lainsäädännön käytännön vaikutusten saavuttamisen asteeseen sekä vaikutuksen käsitteeseen, joka koskee säädettävän lainsäädännön vaikutuksia käytännössä (effectiveness). *Maderin* mukaan

“Effectiveness is a condition, but not necessarily a guarantee of the effects of legislation. It contributes to the efficacy only if the causal assumptions implicitly underlying the legislator’s choice of provisions are accurate. On the other hand, the simple fact, that the goals of particular legislation are realized does not necessarily prove the efficacy of the legislation; the realization of the goals may result from the other factors.”⁴⁸⁶

Lainsäädännön tehokkuuskysymystä metodisesti arvioitaessa vaikutukset ovat tärkeä ehto, mutta ne eivät ole välttämättä lainsäädännön tehokkuuden tausta. Vaikutukset käytännössä ovat tehokkaita vain siinä tapauksessa, kun lainsäätäjän oletukset erilaisista valinnoista ovat toteutuneet. Käytännössä vaikutuksiin vaikuttavat myös muut asiat, kuten säädösten asianmukaisuus (accurate) tai esimerkiksi hyväksyttävyyys. Toiseksi erilaisten asioiden toteutuminen yhteiskunnassa voi johtua myös aivan muista tekijöistä kuin säädetyistä lainsäädännöstä ja sen tavoitteista.

Määritelmän mukaan vaikutukset edellyttävät tehokkuutta. Vaikutukset ja tehokkuus edellyttävät myös lainsäätäjän valintojen toteutumista.

On välttämätöntä kysyä, missä määrin ja miten esilainsäädännöllinen vaihe prosessin vaiheena voi metodisesti edistää lainsäädännön vaikutuksia ja tehokkuutta.

Tehokkuutta on lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa määritelty myös siten, että tehokkuus *legitimoit* lainsäädäntöä saavutettuina vaikutuksina (effects) käytännössä⁴⁸⁷. Tehokkuusperiaate (effectiveness) lainsäädännön aineellisena ja sisällöllisenä periaatteena on vahvistanut asemaansa myös lainsäädäntöä legitimoivana aspektina oikeusvaltioperiaatteen ja laillisuusperiaatteen ohella. Tehokkuusperiaate yhden määritelmän mukaan tarkoittaa sitä, että lainsäädännön normeja noudatetaan käytännössä.⁴⁸⁸ Lainsäädännön tehokkuudella (efficacité) tarkoitetaan lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa myös sitä, että lainsäädännöstä seuraa vaikutuksia käytännössä⁴⁸⁹.

Lainsäädäntöteoreettinen kirjallisuus korostaa, että *manageriaalinen rationaalisuus*, *ekonomisaatio* ja *tehokkuusperiaate* eri variaatioineen ovat tärkeitä modernin lainsäädännön rationaalisia ulottuvuuksia:

⁴⁸⁶ Mader, 2001a, 126.

⁴⁸⁷ Flückiger, 2009, 185–186.

⁴⁸⁸ Flückiger, 2009, 185; Vrt. Mader, 2001a, ”effectiveness”; samantapainen määrittely kuin oikeusteoriassa Aarnio, 1989, 91, voimassaolo tehokkuutena.

⁴⁸⁹ Miers—Page, 1990 (second edition), 204.

- *efficacy* (efficacité) sen mittana, missä määrin lainsäädännön *tavoitteita on saavutettu* (outcomes)
- *effectiveness* (effectivité) lainsäädännön *noudattamisena* käytännössä (outputs, impacts)
- *efficiency* (efficience, outcomes) lainsäädännön *kustannusten ja hyötyjen välisenä suhteena*.⁴⁹⁰

Karpenin mukaan syynä ekonomisaation kehitykseen on globalisaatiosta lähtöisin oleva paine ja kansainvälinen kilpailu, joka ei koske vain julkista sektoria⁴⁹¹. Esimerkiksi termi *tuloksellisuus* on manageriaalinen määre, ja sen suhde tehokkuuseriaatteeeseen ja sen lähikäsitteisiin, *efficacy*-, *effectiveness*- ja *efficiency*-termeihin, ei ole yksiselitteinen. Tuloksellisuuden käsite vaikuttavuutena merkitsee lähinnä *tuottavuutta* (productivity), nuukuuseriaatetta ja muun muassa lainsäädännön tapauksessa sen tavoitteiden saavuttamista mahdollisimman kevyillä keinoilla. Lainsäädännön evaluaatiometodin käytännöissä kyse on usein myös lainsäädännön kustannusten arvioinnista, lainsäädännön hyötyjen arviointi on *Karpenin* mukaan paljon vaikeampaa.⁴⁹²

”Effectiveness as the expected effects”

Lainsäädännön vaikutukset (effectiveness) eivät siten ole sama asia kuin lainsäädännön tehokkuus (efficacy), ja erilaiset yhteiskunnassa toteutuvat vaikutukset (effectiveness) voivatkin johtua myös aivan muista seikoista kuin lainsäädännössä tarkoitettuihin tavoitteista⁴⁹³. *Flückiger* määrittelee, että käsite *effectiveness*, termi käännettynä suomen kielelle *vaikuttava, tehokas, voimakas*, tarkoittaa lähinnä sitä, miten lainsäädännön oletettuja vaikutuksia saadaan aikaan käytännössä. Tavallista on, että lainsäädännön vaikutuksia mitataan tuotoksina (in terms of outcomes). *Efficacy* eli tehokkuus tai vaikutus puolestaan osoittaa tavoitteiden toteutumisen astetta, joka havaitaan asetettujen tavoitteiden ja tosiasiallisen käyttäytymisen välillä. Sitä pyritään saamaan selville vaikutusten arvioinnin avulla (impacts). *Efficacy*-termin tarkoittamaa tehokkuutta tai vaikuttavuutta mitataan indikaattoreilla, jotka perustetaan niihin standardeihin, joita kulloinkin käytetään mittaamisen perustana. Termi *efficiency* eli lähinnä vaikuttavuus tarkoittaa *Flückigerin* mukaan sitä, että voimavaroja, joita on investoitu lainsäädäntöön tai tiettyyn julkiseen politiikkaan (public policy), verrataan tuotoksiin (outcomes). Kyse on kustannus-hyötyanalyysistä (cost/benefit), mikä tarkoittaa sitä, että tavoitteita verrataan määrällisesti rahapanokseen, tai kustannus-tehokkuusanalyysistä (cost/efficacy), jotka osoittavat kustannuksen suhteellista eroa erilaisten vaihtoehtoisten toimenpiteiden välillä ilman, että tässä mitataan absoluuttisia arvoja.⁴⁹⁴

Euroopan unionissa on valjastettu laaja lainsäädännön suunnittelun ja vaikutustenarvioinnin koneisto, joka tuottaa ja arvioi lainsäädännön *evidence-based*-tyyppistä

⁴⁹⁰ Karpen, 2016, 305–308; Flückiger, 2007, 83–101; Flückiger, 2001, 94–99; Mader, 2001, 24–25.

⁴⁹¹ Karpen, 2016, 304.

⁴⁹² Karpen, 2016, 307.

⁴⁹³ Mader, 2001a, 126.

⁴⁹⁴ Flückiger, 2009, 186; samalla tavalla Mader, 2001, 24–25; Mader, 1986, 56 and 77.

tosiasiallista tietoa tehokkuuden ja vaikutusten selvittämiseksi⁴⁹⁵. Keskustelussa on toisinaan vaikea erottaa ja määritellä, mitä Euroopan unionin lainsäädännön yhteydessä tarkoitetaan *tehokkuudella*. Tarkoitetaanko sillä *taloudellisen rationaliteetin* edellyttämää taloudellista tehokkuutta vai yleensä lainsäädännön tehokkuutta eli *yhteiskunnassa toteutuneita vaikutuksia*⁴⁹⁶? Tässä keskustelussa pitää huomata, että sääntelyn lisäarvo kansalaisille on yksi evaluaatiometodin yhteydessä käytettävä evaluaatiokriteeri.

Flückiger ja uusi evaluaatiokäsite?

Edellä luvussa kolme olen määritellyt lainsäädännön evaluaatiometodin käsitettä. Eurooppalaisessa lainsäädännön tutkimuksessa evaluaatio on käsitteenä liitetty tiiviisti lainsäädännön materiaaliin aspekteihin (legistic material). Evaluaattori on lausunut yleensä siitä, mitä ovat tehokkaan lainsäädännön premissit eli lähtökohdat (premises of efficacy in legislation). Evaluaation käsite on myös muuttunut. Evaluaation käsitteessä on siirrytty evaluaation toiseen aaltoon, jossa evaluaatio-käsite on pluralistisempi (a pluralistic activity) eikä vain perinteinen teknokraattinen instituutio, joka evaluoi yksinomaan asetettujen tavoitteiden ja vaikutusten eroa lainsäädännössä. Uusi evaluaatio-käsite pyrkii *tietoon*, jonka tehtävänä on rajoittaa riskejä lainsäädännössä (to limit the risks in the legislation) ja pikemmin tutkia lainsäädännön säätämisen tarvetta ja sen alkupistettä (to study the starting point of adopting legislation). Moderni evaluaatio ei korvaa poliittisen toimijan ja lainsäätäjän intentioita, vaan pikemminkin se *stimuloi* (stimulates) lainsäätäjää pääsemään lähemmäksi sen tarkoittamia lainsäädännön tavoitteita.⁴⁹⁷

Flückiger korostaa teoriassaan, että evaluaation tehtävänä on pikemminkin tutkia lainsäädännön *olosuhteita, kontekstia*, jossa lainsäädäntöä on määrä soveltaa, sekä ehdottaa lainsäätäjälle *vaihtoehtoisia sääntelytapoja*:

“pour détecter suffisamment tôt les facteurs précurseurs de l’évolution d’une situation afin d’en déterminer le potentiel et de proposer au législateur d’en tirer parti”.

Evaluaatiometodin tehtävänä on tutkia lainsäädännön soveltamisen olosuhteita ja erilaisia siihen vaikuttavia tekijöitä sekä arvioida ennalta vaikeasti nähtävissä olevia ja myös odottamattomia seikkoja. *Efficacy* eli tehokkuus ei ole enää tarkasti suunniteltua toimintaa vaan pikemminkin parempaa sopeutumista lainsäädännön olosuhteiden monimutkaisuuteen ja epävarmuuteen. Keskeinen idea on, että evaluaattori ei enää korvaa lainsäädännön poliittista legitimaatiotehtävää kertomalla yksityiskohtaisesti, minkälaista lainsäädännön tulisi olla, vaan esittää enintään väljiä tavoitteita lainsäädännön tarpeista ja mahdollisuuksista. Evaluaation tehtävänä on auttaa lainsäätäjää täsmentämään omia tavoitteitaan ja saavuttamaan omia aikomuksiaan.⁴⁹⁸

Pohdin kysymystä tarkemmin lainsäädännön rationaalisuusvaatimuksen ja tiedollisten mahdollisuuksien ja rajoitusten näkökulmasta luvussa viisi.

⁴⁹⁵ van Gestel—de Poorter, 2016, 155—156; Meuwese, 2008, 43—44; Yhteisen käytännön opas, 2014, 6; European Commission, Strasbourg 19.5.2015 SWD (2015) 111 final, 5—6; syklisestä metodista myös Van den Abeele, 2009, 8—9.

⁴⁹⁶ Karpen, 2016, 304—308.

⁴⁹⁷ Flückiger, 2008, 15—18.

⁴⁹⁸ Flückiger, 2008, 23—24.

Vaikutusten arvioinnin työkalut

Lainsäädännön valmistelun yhteydessä on mahdollista tukeutua säädösten valmisteluvaiheessa hankittuun retrospektiiviseen tietoon ja sen puitteissa eri metodien mahdollisuuksiin sekä niihin perustuviin *malleihin* ja *skenaarioihin*, *faktorianalyyysiin*, joka on yksi tilastollinen tutkimusmenetelmä⁴⁹⁹. Euroopan unionin paremman lainsäädännön REFIT-sopivuusarvioinneissa ja vaikutusarvioinneissa arvioidaan parhaaksi lainsäädäntöehdotuksen vaihtoehdoksi valitun lainsäädäntöehdotuksen kustannukset, vaikutukset kansallisiin talousarvioihin ja vaikutukset viranomaisiin.⁵⁰⁰

Lainsäädännön vaikutusten arvioinnissa käytetään erilaisia analyyttisiä työkaluja ja välineitä, kuten *kustannus-hyötyanalyysimetodia*, joka tarkoittaa erilaisten tekijöiden määrittelyä rahamääräisesti, ja *monimuuttuja-analyyysiä*, joka tarkoittaa usein erilaisten politiikkatekijöiden keskinäisten vaikutusten tutkimista. *Vähimmän kustannuksen metodi* on väline, jonka avulla pyritään tavoitteisiin mahdollisimman pienin kustannuksin, ja *kustannus-vaikuttavuusanalyysi* on metodi, jossa hyötyjä määrällistetään, mutta ei rahamääräistetä. *Kontrafaktuaali-analyysi* tarkoittaa tilastollisena metodina sellaisen tilanteen rakentamista, jossa oletuksena on, että interventiota ei olisi lainkaan toteutettu, ja *SWOT-analyysi* metodia, jossa on kyse vahvuuksien, heikkouksien, uhkien ja mahdollisuuksien kartoittamisesta.⁵⁰¹

Delley ja *Flückiger* ehdottavat tehtäviksi *laskelmia* lainsäädännön aiheuttamista toimenpiteistä, laadittaviksi *todennäköisyyksiä* tai *estimaatteja*. Tämä on hyödyllistä silloin, kun esimerkiksi tietyn alan lainsäädännössä pyritään välttämään lainsäädännöstä johtuvia epävarmuuksia.⁵⁰² Lainsäädännön seurauksia samoin kuin lingvistis-legistisen ulottuvuuden käsitteistöä voidaan visualisoida ja hahmottaa esimerkiksi kausaalimallin avulla. Lainsäädännön seurauksia voidaan jäsentää ennalta myös *graafisilla esityksillä*, joissa tunnistetaan ja kuvataan sääntelyn kohteena oleva tilanne ja määritellään lainsäädännön juridinen käsiterakenne.⁵⁰³ Säädöksen teksti ja käsitteet eivät ole yksinomaan kielellinen ja lingvistinen asia, vaan säädösehdotukset edellyttävät myös empiiristä tarkastelua. Tämä voi olla hyödyllistä siksi, että perinteinen oikeudellinen käsiterakenne ei välttämättä ole käyttökelpoinen uusissa lainsäädäntötarpeissa ja uudenlaisten ilmiöiden hahmottamisessa. Samalla on mahdollista tunnistaa sellaisia sääntelyn aukkoja, jotka esimerkiksi estävät oikeuden toteutumista ja toimeenpanonationaliteetin osatekijöitä. Esimerkiksi moderni teknologia on merkinnyt aivan uusien käsitteiden ja terminologian omaksumista, ja se on edellyttänyt käsitystä siitä, mihin ne liittyvät abstraktissa ja ei-fysikaalisen maailman hahmottamisessa.⁵⁰⁴

Lainsäädännössä lingvistinen eli kielellinen selkeysikään ei suoraan johda siihen, että säädös olisi normatiivisesti selkeä ja sääntelytarkka. Kielellinen selkeys ei riittävä normatiivisen selkeyden ehto. Lainsäädännöstä tulisi käydä ilmi, millä ehdoilla sitä sovelletaan tietyissä konteksteissa ja mitä siitä seuraa (*Bestimmtheitsfordernis*). Säädöksen pätevyyttä on mahdollista mitata sen normitiheydellä (*Normdichte*), joka tarkoittaa sitä, että säädöksen sisällön tulee olla riittävällä tavalla määritelty niin, että

⁴⁹⁹ Wahlgren, 2008, 169–176.

⁵⁰⁰ Euroopan komissio, Bryssel 10.1.2017, SWD(2017)4 final.

⁵⁰¹ European Commission, Better Regulation Toolbox, eu.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf, 450–454.

⁵⁰² Delley—Flückiger, 2005, 90–94.

⁵⁰³ Wahlgren, 2008, 176–183.

⁵⁰⁴ Weinberger, 1986, 77–91, erityisesti 81–82.

säädöksen soveltaminen on ennakoitavaa ja mielivallan mahdollisuus on mahdollisimman vähäinen.⁵⁰⁵

Lainsäädäntö on muutoksen keino – tarkoitetut, ei-tarkoitettut ja kielteiset vaikutukset

Teleologinen lainsäädäntö on luonteeltaan interventionistista ja instrumentaalista. Se on sosiaalista suunnittelua ("social engineering"), jonka tavoitteena on pyrkiä saamaan aikaan *muutoksia* yhteiskunnassa. *Poundin* mukaan erityisesti utilitaristit (— utilitarians sought a practical principle of lawmaking) pyrkivät etsimään lainsäädännön periaatteita, jotka ovat käytännöllisiä. Utilitaristit edustivat tässä suhteessa varsinaista lainsäätäjien koulua (They were a school of legislators)⁵⁰⁶. *Pound* lukee erityisesti *Benthamin* utilitaristien johtohahmoksi⁵⁰⁷. Samalla tavalla myös *Karpen* luonnehtii modernia lainsäädäntöä sosiaalisen ohjauksen ja kontrollin instrumentiksi ja sosiaalisen suunnittelun välineeksi. Lain tarkoitus on toteuttaa tiettyjä *tarkoituksia* ja *tavoitteita* käyttämällä sääntelyn keinoja ja esimerkiksi tietynlaista instrumenttia saavuttaakseen haluttuja vaikutuksia ja tuloksia todellisuudessa.⁵⁰⁸

Tässä luvussa edellä on ollut puhetta lainsäädännön keinoista.

Lainsäädännöllä interventiona ja muutoksen välineenä voi olla tarkoitettuja vaikutuksia, mutta myös ei-tarkoitettuja ja jopa haitallisia vaikutuksia. Kirjallisuudessa puhutaan muutoksen teoriasta, *theory of change*, jonka interventioita korostavassa perusmallissa osatekijöitä ovat

- *panokset* (inputs), kuten lainsäädäntötyöhön varatut resurssit ja materiaalit
- *toiminta* (activities), esimerkiksi säädöksen valmistelu ja siihen liittyvät toimet
- *tuotokset* (outputs) eli säädöksen syntyminen ja voimaantulo
- *tulokset* (outcomes), kuten säädöksen perusteella tehdyt päätökset
- *vaikutukset* (outcomes), päätösten seurauksena erilaiset tavoitellut ja ei-tavoitellut vaikutukset. Ajatuksena on, että muutoksen teorian osat ja niiden yksityiskohtaisempi tarkastelu havainnollistavat intervention kausaalisia polkuja, kuten esimerkiksi lainsäädännön kaltaisen intervention keinoin tavoiteltuja käyttäytymismuutoksia, vaikuttamista yhteiskunnan sosiaalisiin normeihin, vaikuttamista yksilöiden motivaatioon sekä laajemmin vaikuttamista yhteiskunnan infrastruktuureihin.⁵⁰⁹

Flückiger pohtii, miten mitataan lainsäädännön tavoitteita, jos ne ovat epätasällisiä tai ristiriitaisia. Miten mitataan lainsäädännön tuloksia silloin, kun niitä ei ole mahdollista esimerkiksi määrällistää? Manageriaalisuus lainsäädännön toimivuuden (légitimation par la performance) tarkastelussa ei ota yleensä huomioon muun muassa lainsäädännön valtiosääntöisiä ja oikeudellisia аспектеja. Manageriaalisuus näkökulmana on suppea. Lainsäädännöltä edellytettävää tehokkuutta tulisi kuitenkin tarkastella aina yhdessä oikeusvaltiollisten periaatteiden kanssa niin, että tehokkuus

⁵⁰⁵ Flückiger—Grodecki, 2017, 53.

⁵⁰⁶ Pound, 1951, 25.

⁵⁰⁷ Pound, 1951, 25.

⁵⁰⁸ Karpen, 2016, 296.

⁵⁰⁹ Rogers, Patricia (2014): Theory of Change, Methodological Briefs, Impact Evaluation No.2, UNICEF, 7.

lainsäädäntöä legitimoivana aspektina pikemminkin täydentää laillisuusperiaatetta ja oikeusvaltiollisuutta kuin korvaa sitä.⁵¹⁰

Flückiger on määritellyt legitiimisyuden käsitettä lainsäädäntöteoriassa tarkastelemalla sen suhdetta *laillisuuden* käsitteeseen. Hänen mukaansa termit legitiimi ja laillinen (legal) tarkoittavat samaa niin kauan, kun niiden molempien perustana on säädetty *laki*. Myös niin kauan kun viranomaisen toiminta tukeutuu lakiin, toiminta on laillista ja lain tarkoittamalla tavalla legitiimiä.⁵¹¹ Legitimizeetti on määritelty samaksi kuin legaliteetti sillä periaatteella, että se, mikä on lainsäädännön mukaan laillista, on myös legitiimiä.⁵¹²

Lainsäätäjän tulee ottaa huomioon myös, minkälaista sääntelyn voimakkuus on (the density of legislation), mitä ovat sääntelyn kustannukset ja lainsäädännön vaikutukset (the effects of legislation) silmällä pitäen erityisesti ne vaikutukset, jotka tapahtuvat lain muodollisen voimaantumisen jälkeen, kun sitä toimeenpannaan ja sovelletaan.⁵¹³

Yksityisyyden suojan oikeutta koskevan sähköisen viestinnän ongelmapuusta muutostarpeisiin

Esilainsäädännöllisessä vaiheessa *ePrivacy*-asetusehdotuksen yhteydessä yksityisyyden suojan lainsäädännön alueella on laadittu ongelmapuun perusteella ”muutostarvepuu” (taulukko 3). Se on yksi metodinen perusta lainsäädäntöehdotukselle. Siinä on konkretisoitu niitä toimia, joita sääntelyalalla havaittujen lainsäädännön ongelmien perusteella *pitää* edistää. Muutostarvepuussa käytetään termiä *drivers*, joka käsitteenä tässä yhteydessä tarkoittaa ja ilmaisee muutostarpeita. Ongelmapuun perusteella saatujen tietojen perusteella kävi selville erityisesti se, että alan sääntelyssä kansalaisten yksityisyyden suojaa viestinnässä ja markkinointiviestinnässä tulee parantaa.

⁵¹⁰ Flückiger, 2007, 83–90.

⁵¹¹ Flückiger, 2009, 184.

⁵¹² Harlow, 2010, 6.

⁵¹³ Müller, 1999, 21, “Die Funktion der Demokratischen Legitimierung kann nur die Rechtssetzung, nicht die Rechtsanwendung erfüllen.”

Taulukko 3. Yksityisyyden suojan oikeuden sääntely sähköisessä viestinnässä – muutostarpeet.⁵¹⁴

Vaikutukset	Perusoikeuksien kunnioittaminen ja yksityisyyden suojan oikeus eivät ole täysin turvattuja Euroopan unionissa.	Palvelujen tuottajien toimintakenttä on epäselvä.	Toimivat digitaaliset sisämarkkinat estyvät.	
Ongelmat	Kansalaisten yksityiselämä viestinnässä ei ole riittävästi ja tehokkaasti suojattu.	Kansalaiset eivät ole riittävästi suojattuja markkinoinnilta, joka tapahtuu sähköisessä viestinnässä.	Liike-elämässä toiminnan esteitä, koska sääntely on epäselvää, fragmentoitunutta ja vanhentunutta	
Muutostarpeet (Drivers)	Ongelma alan sääntelyssä.	Sääntelyviitekehys sopii huonosti markkinointiin ja teknologian kehityksen todellisuuteen.	Epäselvät, epäkoherentit, epäjohdonmukaiset säännöt ja niiden tehoton implementaatio.	Riittämätön ja epäkonsistentti, epäjohdonmukainen toimeenpano.

Lainsäädännön epäselvyys ja epäjohdonmukaisuus haittaavat lainsäädännön sekä implementointia että toimeenpanoa, ja siitä on haittaa sekä kansalaisille että liike-elämälle. Lainsäädännön muutostarpeet ovat ensimmäinen askel kohti sellaista sääntelyn prospektiivista vaikutustendarviointia, jossa tunnustetaan käsillä olevan ongelman luonnetta. Ongelman ratkaisemiseksi siihen liittyvät syyt eli niin sanotut *driverit* eli muutostarpeet pitää ensin tunnistaa. Tähän on kaksi syytä. Ensiksi on mahdotonta suunnitella vaihtoehtoisia politiikkainterventioita ja selvittää, miten ongelmia hoidetaan, ellei niiden taustalla olevia muutostarpeita ole tunnistettu. Retrospektiivinen evaluaatiometodi on yksi osa tunnistamista. Ongelmien muutostarpeet ja erilaiset politiikkavaihtoehdot ovat yleensä yhteydessä lainsäädännön suunnittelutyön edellyttämään *interventiologiikkaan*. Toiseksi unionin taloudelliselle lainsäädännölle on tyypillistä, että siinä on määriteltävä ongelmien luonne ja laajuus, kuten sääntelyn

⁵¹⁴ Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of European Parliament and the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and replacing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications, SWD/2017/03 final – 2017/03(COD)).

maantieteellinen ala tai markkinatoimijat. Poliittikkatoimet ovat perusteltuja ja oikeutettuja yleensä silloin, kun markkinat epäonnistuvat niin, että markkinavoimat eivät tuota tehokasta lopputulosta, sääntely on epäonnistunut ja jollakin alalla vallitsee sellaista epäoikeudenmukaisuutta, että se haittaa tehokkaiden tulosten saavuttamista ja tasa-arvon toteutumista. Käyttäytyminen voi olla myös vääristynyt niin, että se vaikeuttaa ja haittaa kansalaisille hyödyllisiä ja oman tarpeen ja edun mukaisia valintoja.⁵¹⁵

Perusskenaario

Edellä mainittua ongelmapuuta käytetään yleensä lainsäädännön vaikutusarvioinnin *perusskenaarion* (baseline scenario) eli uuden sääntelyn lähtökohtatilanteen määrittelyssä. Ongelmapuun ja valmistelun yhteydessä laadittujen evaluaatioiden perusteella tässä yhteydessä todetaan, että yksityisyyden suojan oikeuden sääntelyn kohdalla viestinnän luottamuksellisuutta ei saavuteta ilman *interventiota*. Se tarkoittaa, että sääntelyä on annettava. Komission vaikutusarviointia koskevan tarkastelun perusteella voimassa olevan *ePrivacy*-sääntelyn eli sähköisen viestinnän direktiivin (2002/58/EY) soveltamisalaa ja koherenssia eli johdonmukaisuutta on myös tutkittu ja pyritty tulkitsemaan erityisesti suhteessa jo säädettyyn yleiseen tietosuojasetukseen ([EU] 2016/679, GDPR). Prospektiivisissä eli aiotun uuden sääntelyn vaikutusarvioinneissa tutkitaan erikseen mahdollisen uuden säädöksen säädösperustaa, lainsäädäntöperiaatteita sekä mahdollisuus saavuttaa sääntelyn tavoite alkaen vaihtoehdosta ”nolla”, mikä tarkoittaa, että mitään ei tehdä, sekä toisaalta tarkastelemalla intensiteetiltään erilaisia vaihtoehtoja toimenpiteiksi. Esilainsäädännöllisen vaiheen REFIT-tyyppiseen evaluaation kuuluu edellä mainittu retrospektiivinen voimassa olevan lainsäädännön vaikutusten arviointi sekä sen jälkeen laadittava ehdotettavan uuden sääntelyn prospektiivinen arviointi. REFIT käsitteenä tarkoittaa komission vuonna 2012 aloittamaa paremman lainsäädännön toimenpideohjelmaa, jossa tarkoitus on tutkia, sopiiko voimassa oleva sääntely tarkoitukseensa. Sen kuluessa tutkitaan voimassa olevan lainsäädännön hyötyä kansalaisille ja julkiselle hallinnolle samoin kuin sääntelyn kustannuksia sekä selvitetään, miten sääntelyn kustannuksia voitaisiin pienentää heikentämättä politiikkatavoitteiden vaikutusta.⁵¹⁶

Interventiologiikka

Laadittujen arvioiden perusteella esimerkiksi *ePrivacy*-säädösehdotuksen kohdalla päädytään lainsäädännön vaikutusten arvioinnin edellyttämään *interventiologiikkaan*, jossa osa-alueita ovat seuraavat (taulukko 4):

Taulukko 4. Lainsäädännön interventiologiikan pääalueet.⁵¹⁷

Yleiset tavoitteet	Erityiset tavoitteet	Tarpeet	”Inputs” eli syötteet	Odotetut tulokset (expected results)	Odotettu vaikutus (expected impacts)

⁵¹⁵ European Commission, Better Regulation Toolbox, eu.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf, 85.

⁵¹⁶ European Union Better Regulation Toolbox, eu.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf, 9–11.

⁵¹⁷ SWD/2017/03 final – 2017/03(COD).

Interventiologiikka on laaja viitekehys, jossa määritellään yksityiskohtaisesti suunnitteilla olevan sääntelyn *yleiset ja erityiset tavoitteet*, tarkastellaan *sääntelytarpeet*, tutkitaan, mitä sääntelyltä *edellytetään*, sekä arvioidaan odotetut *tulokset ja vaikutukset*. Tämän jälkeen laaditaan *strategia*, jossa määritellään edellytetyt *indikaattorit* lainsäädännön *monitorointia* ja *evaluaatiota* varten.⁵¹⁸

Mekanismi on pitkälle samankaltainen kuin kansainvälisten organisaatioiden harjoittamissa interventioissa. Edellä olen viitannut yhteen interventiomethodin yhteydessä käytettyyn teoriaan ja ajatukselliseen työkaluun, *muutoksen teoriaan*.

Unionin REFIT-toimenpiteet ja evaluaatiometodit lainsäädännön vaikutusten arviointina samoin kuin unionissa käyttöön otettu monitorointi edellyttävät tarkastelun välineiksi lisämääreitä, kuten *indikaattoreita*. Eri sääntelyaloilla käytetään erilaisia indikaattoreita. Indikaattori on eräänlainen *käsitteellinen mittari*, jonka avulla myöhemmin arvioidaan, onko lainsäädännön tavoitteet saavutettu. OECD:n evaluaatiota ja tulosjohtamista koskevan metodisanaston mukaan indikaattori tarkoittaa

*“Quantitative or qualitative factor or variable that provides a simple and reliable means to measure achievement, to reflect the changes connected to an intervention, or to help assess the performance of the development actor”.*⁵¹⁹

Määritelmä, jonka mukaan indikaattori tarkoittaa määrälliseen tai laadulliseen tekijään liittyvää yksinkertaista ja luotettavaa muuttujaa, jolla on tarkoitus mitata aikaansaannoksia, tutkia interventioista aiheutuneita muutoksia tai auttaa arvioimaan toimijoiden toimintaa, soveltuu hyvin myös lainsäädännön tavoitteiden ja vaikutusten mittaamiseen.

Kansainvälisissä järjestöissä evaluaatioiden ja monitorointien yhteydessä indikaattorien perustana käytetään myös lainsäädännön legitimiisyyttä ja hyväksyttävyyttä varmistavia oikeusvaltioperiaatetta mittaavia tekijöitä⁵²⁰. Kansainvälisten järjestöjen mittarit pääosin ovat samankaltaisia, mutta erojakin on.

Kausaalimalli lainsäädännön metodina

Delley ja *Flückiger* korostavat lainsäädännön interventionistista tehtävää, ja heidän mukaansa esimerkiksi materiaalsen legistiikan tieteenalana tulee palvella lainsäädännön käytännöllisiä tarpeita ja tukeutua iteratiivisiin, analyttisiin ja lineaarisiin työvälineisiin lainsäädännön ongelmien problematisoinnissa ja määrittelyissä, tavoitteiden määrittelyssä, tulevaisuuden skenaarioiden perustamisessa, ennakoivassa evaluoinnissa, ratkaisuvaihtoehtojen valinnassa, lainsäädännön toimeenpanossa ja taaksepäin katsovassa *ex post*-evaluaatiossa ja prospektiivisessä evaluoinnissa, *ex ante*. Tärkeää on huomata, että iteratiivinen prosessi edellyttää teorian ja käytännön välistä vuorovaikutusta.⁵²¹

Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa on kehitelty monia käytännöllisiä yksittäisiä metodeja lainsäädännön tavoitteiden analysoimiseksi ja määrittelemiseksi analyttisen lainsäädännön prosessin eri vaiheissa. Yksi teleologisen lainsäädännön

⁵¹⁸ SWD/2017/03 final – 2017/03(COD).

⁵¹⁹ OECD, 2002, Glossary of Key Terms in Evaluation and Results Based Management, 25.

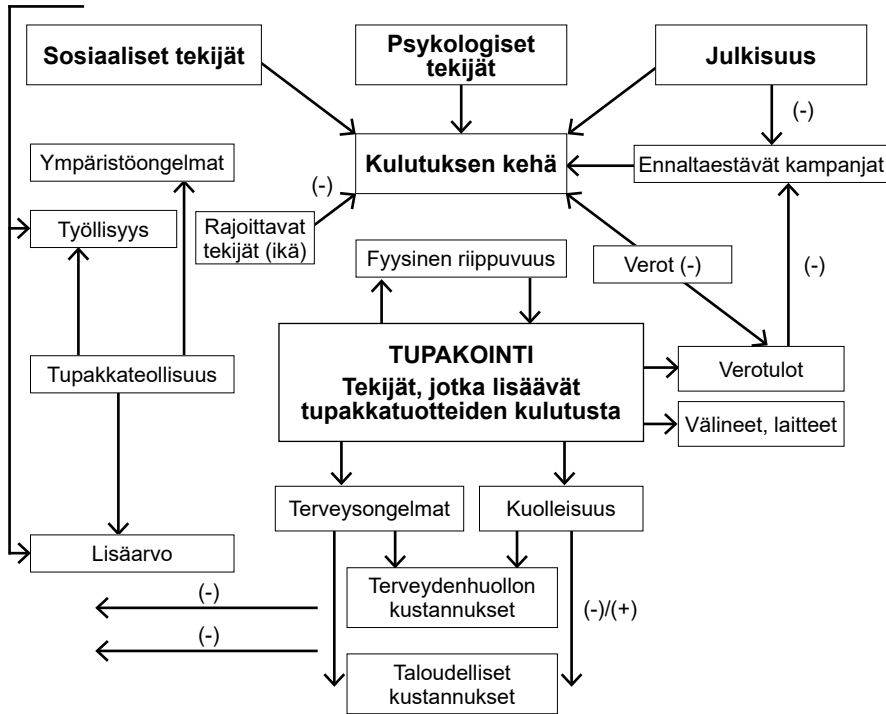
⁵²⁰ Indikaattorit ovat arvioinnin tärkeä väline, ks. The United Nations, Rule of Law Indicators, 2001, passim, ks. sama asia esimerkiksi sääntelypolitiikassa Coglianese, 2012, 16–17.

⁵²¹ Delley – Flückiger, 2005, 84–87.

tavoitteiden määrittelyn metodinen malli erilaisten metodien ohella on *tavoitepuu* eri variaatioineen⁵²².

Delley ja Flückiger syventävät materiaalisen legistiikan alaan kuuluvaa tarkastelua kausaalianalyysillä tarkoituksena kuroa umpeen lainsäädännön toimeenpanon kuilua, tarkentaa lainsäädännön *keinoja*, joilla lainsäädännön tavoitteet saavutetaan, tarkoituksena määritellä tarkemmin lainsäädäntöön liittyvää ongelmaa ja tehdä selkeämmäksi käsillä olevaa prospektiivisen vaiheen sääntelyn ongelmaa.⁵²³

Kausaalimalli, joka esimerkkinä tässä koskee tupakoinnin kulutuksen sääntelyä, näyttää tältä (kuvio 4):



Kuvio 4. Tupakoinnin sääntely -kausalimalli (modifioitu alkuperäisestä).⁵²⁴

Kausaalimallilla on mahdollista esittää lainsäädännön ongelmaa syy-seuraussuhteina niin, että siinä on otettu huomioon lisäarvon ja kustannusten ketju. Tupakoinnin kulutusta koskevassa sääntelyn mallissa on tarkasteltu tekijöitä, kuten esimerkiksi tupakointiin liittyvää fyysistä riippuvuutta, joka lisää tupakoinnin kulutuksen kehään joutumista. Siinä on tarkasteltu terveysongelmia sekä terveydenhuollon kustannuksia ja sen seurauksena taloudellisia kustannuksia esimerkiksi julkisen sektorin budjetissa. Tupakka on myös verokohde, ja sen seurauksena sillä katetaan talousarvion tulopuolta. Kausaalista yhteyttä on haettu myös tupakkateollisuuden elinkeinona, alan työllistävyyden merkitykseen sekä tupakkaelinkeinojen yhteyttä ympäristösuoje-

⁵²² Delley – Flückiger, 2005, 89 – 90.

⁵²³ Delley – Flückiger, 2005, 87.

⁵²⁴ Lähde: Delley – Flückiger, 2005, 87.

luun. Kausaalimalli auttaa lainsäädännön ongelman visualisoinnissa ja nostaa esille erilaisia elementtejä dynaamisessa perspektiivissä. Representaationa se auttaa myös verbalisoimaan lainsäädännön kohteena olevaa ongelmaa. Kuvio esittää empiirisiä tosiasioita ilmentäviä tekijöitä ja näyttää niiden välisiä suhteita monimutkaisessa todellisuudessa. Kuvio on systemaattinen syy-seuraussuhteita kuvaava analyysi siitä, miten lainsäädännön prosessissa on mahdollista hyödyntää iteratiivisen prosessin metodia.⁵²⁵

Vaikka kausaalimallin avulla on mahdollista jäsentää tosiasioita ja kuvata mahdollisia syy-seuraussuhteita, on empiirinen tieto lainsäädännön perustana, vaikutuksia ja mahdollisesti syy-seuraussuhteita myös tulevaisuudessa määrittävänä seikkana hyvin epävarmaa. Kausaalimalli perustuu aina suunnittelun hetkellä tehtäviin arviointeihin tulevaisuuden asiointiloista. Sanottu pätee sekä taloudellisiin että yhteiskunnallisiin tosiasioihin arvioinnin kohteena. Syy-seuraussuhteiden ennakointi on vaikeaa ja epävarmaa varsinkin kompleksisessa ylikansallisen lainsäädännön toimintaympäristössä. Euroopan unionin paremman lainsäädännön ohjeissa on tähdennetty sitä, että lainsäädäntöehdotuksen REFIT-sopivuusarvioinneissa ja vaikutustenarvioinneissa tulee ottaa huomioon myös aikaisempien evaluaatioiden ja vaikutusten arviointien tiedot siitä, mitä seikkoja lainsäätäjät ei ole kyennyt ottamaan huomioon ennalta (earlier predictions made in the context of impact assessments).⁵²⁶

Kausaalianalyysit lainsäädännön evaluaatiometodien kontekstissa tarkoittavat odotettujen tapahtumaketjujen tarkastelua tapauksessa, jossa Euroopan unionin intervention odotetaan saavan aikaan tarkoitettua muuttunutta käyttäytymistä tai muita odotettuja muutoksia tai yhtä hyvin odottamattomia muutoksia. Kausaalimalli pyrkii rakentamaan suhteen lainsäädännöllä toteutetun intervention ja havainnoitavien muutosten välille. Kontrafaktuaalit ja monimutkaisten olosuhteiden tarkastelu ovat kuitenkin vaikeita. Yksi mahdollisuus on niin sanottu "big datan" hyödyntäminen ja sen pohjalte rakennetut syy-seuraussuhdemetodit. Myös laadullinen aineisto ja sen määrällistäminen voi tuottaa hyviä tuloksia syy-seuraussuhteista. Vaikutusten arvioinneissa on kuitenkin vahva pyrkimys taata korkeatasoinen laatu kausaalisen evidenssin hankinnassa.⁵²⁷ Kontrafaktuaaleilla (counterfactual) tarkoitetaan tilannetta tai olosuhdetta, joka hypoteettisena eli oletettuna edeltää yksilöiden, ryhmien tai organisaatioiden tilannetta ennen lainsäädännön interventiota⁵²⁸.

Kun evidenssin yhteydessä puhutaan määrällistämisestä, on myös pohdittava mitä sillä tarkoitetaan. Onko tarkoitus pitäytyä esimerkiksi positivistisen tieteenkuvan ihanteissa? Esimerkiksi positivistisessa tieteenkäsityksessä (comtelainen positivismi) yhtenä määreenä on usko metodologiseen monismiin, käsitys, jossa eksaktit luonnontieteet ja etenkin matemaattisen fysiikan metodi tarjoaa metodologisen ideaalin tai standardin, joihin muut metodit tulee suhteuttaa sekä ajatuksen kausaalisesta selitysmallista tieteessä teleologis-intentionaalisten selitysten sijaan.⁵²⁹ Lainsäädäntä

⁵²⁵ Delley – Flückiger, 2005, 88.

⁵²⁶ Commission Staff Working Document, Better Regulation Guidelines, Brussels, 7 July 2017, SWD(2017)350, 8.

⁵²⁷ European Commission, Better Regulation Toolbox, eu.europa.eu//info/sites/info/files/better-regulation-toolbox_0.pdf (eu.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf, complementing the guidelines SWD (2017)350), 344.

⁵²⁸ Glossary of Key Terms in Evaluation and Result Based Management, OECD, 2002, 19.

⁵²⁹ Siltala, 2003, 71.

praktiseksi määriteltynä päätöksentekona on perimmiltään teleologista eli tavoitteellista ja intentionaalista.

4.1.4 REFIT- ex post -sopivuusarviointit ja ex ante -evaluaatio lainsäädäntöimpulssin ja sosiaalisen tilanteen määrittelyn metodina

Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa esilainsäädännöllinen vaihe tarkoittaa erilaisia säädösehdotusten antamiseen liittyviä valmistelu- ja suunnittelutoimia. Koska unionin lainsäädännön päätöksenteossa lainsäädäntöaloitevaltaa muodollisessa mielessä pääsääntöisesti käyttää komissio, tulee sen valmistella päätöksenteon perustaksi annettava lainsäädäntö.⁵³⁰

Keinoina tässä ovat erilaiset *ex post*-evaluaatiot, vaikutusarviointit (impact evaluation) ja myös tutkimukset ja selvitykset, joista on ollut puhetta edellä, ja *ex ante*-evaluaatio. Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa lainsäädännön tarpeen, sosiaalisen tilanteen ja tavoitteiden arviointi tarkoittaa unionissa myös aina empirisen *evidence-based*-tiedon hankintaa. Kyse lainsäädännön valmistelussa ja suunnittelussa on pitkälti säädösten faktuaalisen ulottuvuuden eli lainsäädännön materiaalisen eli aineellisen tiedon hankinnasta⁵³¹.

Taulukko 5. Prospektiivisen evaluaation kysymykset, kriteerit ja lähteet.⁵³²

Keskeisiä prospektiivisen eli ennakkollisen evaluaation kysymyksiä uuden säädöksen antamisen arvioinnissa	Politiikkavalintojen vaikutusten arviointikriteereitä	Evaluaation lähteet ja evidenssi
<ul style="list-style-type: none"> - Mikä on käsillä oleva ongelma ja miksi se on ongelma? - Mitä ovat taloudelliset, sosiaaliset ja ympäristö- vaikutukset ja keitä ne koskettavat? - Miten erilaiset vaihtoehdot vertautuvat vaikutusten ja vaikuttavuuden suhteen ja erityisesti hyötyjen ja haittojen näkökulmasta? 	<ul style="list-style-type: none"> - taloudellisia vaikutuksia, (vaikutuksia yrityksille, viranomaisille) - politiikkatavoitteiden saavuttamisen tehokkuutta (effectiveness) - yhteiskunnallisia vaikutuksia (työllisyyttä ja työmarkkinoita) 	<ul style="list-style-type: none"> - aineistoon perehtyminen (desk research), kirjallisuus, tilastot, täytäntöönpanotarkistus, komission julkisten konsultaatioiden analyysi, Eurobarometrin tiedot alalla sekä - oikeudellinen analyysi - kysely - haastattelut

Taulukon 5 mukaan *ePrivacy*-asetusehdotuksen prospektiivisessä arvioinnissa on käytetty tarkastelun perusteina Euroopan unionin paremman lainsäädännön työkalun tarkoittamia *ennakkollisen arvioinnin kysymyksiä* sekä arvioinnin edellyttämiä *vaikutustenarviointikriteerejä* samoin kuin on tukeuduttu paremman lainsäädännön työkalun edellyttämiin *lähteisiin ja evidenssiin*.

Lainsäädäntöä valmistelevalle ja säädösehdotuksista päättävälle komissiolle toteuttaa parempaa sääntelyä harjoittamalla säädettävän lainsäädännön *suunnittelua*, joka tarkoittaa säädösehdotuksiin liittyvien erilaisten politiikkalinjausten arviointia, kuten

⁵³⁰ PeVL 56/2001 vp 3–4.

⁵³¹ Flückiger, 2005, 9–24.

⁵³² Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, A study prepared for the European Commission DG Communication Networks, Content & Technology by Deloitte, 2017, 17.

edellä esimerkkinä käytetyssä evaluaatiossa on tehty. Evaluaatiolla arvioidaan säädösehdotuksen *oikeasuhtaisuutta*. Kyse on unionissa lainsäädäntöperiaatteena tunnetun suhteellisuusperiaatteen edellyttämästä arvioinnista. Siihen kuuluu osallisten *kuuleminen* osana politiikkavalmistelua tarkoituksena saada käsitys siitä, minkälaista *evidenssiperustaa* säädösehdotus edellyttää. Tarkoituksena on *avoimuuden* toteuttaminen unionin säädöshankkeiden valmistelussa. Siihen kuuluu erilaisten *yhteiskunnallisten vaikutusten arviointi*, kuten sosiaaliset ja ympäristöä koskevat vaikutusarviointit, sekä säädösten kustannusten ja hyötyjen arviointi.⁵³³

Euroopan unionin lainsäädännön kohteen laajuus ja monimuotoisuus merkitsee myös vaikeuksia määrittellä lainsäädännön *tavoitteita* ja *otaksuttuja vaikutuksia*. Euroopan unionin oikeudessa säädösten perusteluvollisuuden noudattaminen edellyttää, ”että yhteisön toimissa on selostettu ne tosiseikat ja oikeudelliset seikat, joita toimielin on käyttänyt toimen perusteena, jotta yhteisöjen tuomioistuin voi valvoa toimien lainmukaisuutta ja että ne, joita toimi koskee, saavat tietää, millä tavoin yhteisön toimielimet ovat soveltaneet perustamissopimusta”.⁵³⁴ Tuomioistuin on täsmentänyt tässä asiassa kantaansa toteamalla, että ”perustamissopimuksen yksittäisen määräyksen mainitsematta jättäminen ei voi olla olennainen puute, jos lainsäädäntötoimen oikeudellinen perusta voidaan määrittää siinä mainittujen muiden seikkojen avulla”, mutta ”tällainen nimenomainen maininta on välttämätön silloin kun ne, joita toimi koskee ja yhteisön tuomioistuin eivät varmasti tiedä, mikä on tarkkaan ottaen toimen oikeudellinen perusta”.⁵³⁵

Komissio julkaisi vuonna 2006 tiedonannon talletusten vakuusjärjestelmästä vuonna 1994 annetun direktiivin (94/19/ETY) uudelleentarkastelusta. Direktiivin tavoitteena oli sijoittautumisedellytysten parantaminen sisämarkkinoilla. Tiedonannossa todetaan vuosien 2007 ja 2008 tapahtumien osoittaneen, että ajankohdan hajanaisella talletusten vakuusjärjestelmärakenteella ei ole saavutettu vuoden 1994 (94/19/ETY) direktiivillä asetettuja tavoitteita. Komission mukaan ”sillä ei ole kyetty pitämään yllä tallettajien luottamusta eikä rahoitusvakautta taloudellisesti vaikeina aikoina”. Euroopan unionin neuvosto vuonna 2008 pyysi komissiota antamaan lainsäädäntöehdotuksen (KOM/2008/661) talletusten vakuusjärjestelmien lähentämisestä, tavoitteena palauttaa luottamus finanssimarkkinoihin. Tästä seurasi unionin direktiivi (2009/14/EY), jolla muutettiin vuoden 1994 talletussuojadirektiiviä (94/19/ETY).⁵³⁶ Vuonna 2009 annettu talletusvakuusdirektiivi on korvattu talletusten vakuusjärjestelmiä harmonisoivalla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä (2014/49/EU), jolla on tehty muutoksia muun muassa vuonna 1994 säädettyyn talletussuojadirektiiviin. Uuden vuonna 2014 annetun direktiivin johdanto-osan 54 kohdassa on mainittu, että direktiivi on säädetty toissijaisuusperiaate huomioiden ja että tavoitteita, joiden säätämässä on otettu huomioon unionin suhteellisuusperiaate, ei voida toteuttaa unionin jäsenvaltioiden tasolla, vaan säätäminen tulee toteuttaa Euroopan unionin tasolla. Uuden direktiivin säätämässä on arvioitu myös toissijaisuusperiaatteen noudattamista, ja

⁵³³ Commission Staff Working Document, Better Regulation Guidelines, Brussels, 7 July 2017, SWD(2017)350, 6–8.

⁵³⁴ C-158/80 *Rewe*, Kok. 1981 Ep I 157, ECLI:EU:C:1981:163, kohta 25. C-45/86 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*, Kok. 1987, 01493, ECLI:EU:C:1987:163, tuomion kohta 5.

⁵³⁵ C-45/86 *Euroopan yhteisöjen komissio v. neuvosto*, Kok. 1987 I 00055, ECLI:EU:C:1987:163, tuomion kohta 9.

⁵³⁶ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/14/EY, 11.3.2009 talletussuojadirektiivin 94/19/EY muuttamisesta.

sääntelyn todetaan parhaiten toteutuvan unionin tasolla, mutta niin, että ”säännöksissä ei mennä pidemmälle kuin asetettujen tavoitteiden saavuttaminen edellyttää.” Vuoden 2014 direktiivin säätämiseen liittyi komission valmisteleva *kuuleminen* ja *vaikutusten arviointi*. Vaikutustenarviointiraportin mukaan tavoitteena oli ”evidence-based”-tyyppinen analyysi erilaisista politiikkavaihtoehdoista, lähtökohtana ajankohtana voimassa ollut talletussuojajärjestelmä, tarkoituksena kartoittaa mahdollisia politiikkavaihtoehtoja, joilla olisi mahdollista tarkastella direktiivin tavoitteiden ongelmakohtia ja osoittaa vaihtoehtojen vaikutuksia, kriteereinä tehokkuus (effectiveness), vaikuttavuus (efficiency) ja konsistenssi (consistency). Vaikutustenarvioinnissa ei käytetty syy-seuraussuhdeanalyysiä, vaan siinä arvioitiin *riskitasoja*. Vaikutusten arvioinnissa pohdittiin lukuisia (yli 70:tä erilaista toimintavaihtoehtoa) eri malleja ja laadittiin mikro- ja makrotaloudellisia malleja. Arvioinnin mukaan aiottu sääntely ei merkinnyt olennaisia hallinnollisia rasitteita. Vaikutusten arvioinnin mukaan sääntelyn sosiaaliset vaikutukset merkitsisivät talletusten suojan ensisijaisuutta niin, että komission mukaan sosiaaliturvajärjestelmiin ei ole tarvetta turvautua. Sääntelyllä ei komission arvioinnin mukaan ole vaikutusta EU:n talousarvioon. Omaksuttu periaate on, että suojaamalla ensi sijassa luottolaitoksia suojataan tallettajien etua. Komission esityksessä viitataan siihen, että pankkien maksukyvyttömyystilanteet eivät ole ennustettavissa. Sitä varten tuli perustaa erityiset stressitestit ja Euroopan pankkivirasto, joka tekee niin sanottuja vertaisarvioiteja. Kyseisen sääntelyn perusteluna on ollut unionin sisämarkkinoiden toteuttaminen sekä sijoittautumisvapauden ja finanssipalveluiden alan lainsäädäntöjen yhtenäistäminen.⁵³⁷ Vaikutusten arviointi on erilaista, ja esimerkiksi talletussuojadirektiivin kohdalla arviot koskivat *riskejä* ja ne perustettiin *matemaattisiin malleihin*. Evaluaatio voi olla myös laadullista, ja usein se on laadulliseen aineistoon perustuvaa määrällistettyä syy-seuraussuhteiden arviointia.

Sääntelyvaihtoehdot

Esimerkiksi ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä eli *ePrivacy*-asetusehdotus, jolla on ollut tarkoitus kumota aiempi vuoden 2002 direktiivi, on käynyt läpi niin sanotut REFIT- *ex post*-jälkiarvioinnin ja prospektiivisen eli eteenpäin katsovan *ex ante*-tyyppisen vaikutusten arvioinnin. REFIT-arviointi koostuu rakenteellisesti neljästä osasta: *toimenpiteen tarve, ratkaisut, parhaaksi arvioitun vaihtoehdon vaikutukset ja seuranta*. Tässä tapauksessa retrospektiivisen REFIT-jälkiarvioinnin kuluessa voimassa olevan sääntelyn ongelmiksi todettiin, ettei kansalaisten yksityiselämä verkoviestinnässä ole riittävästi ja tehokkaasti suojattu, kansalaisilla ei ole tehokasta suojaa ei-toivotuilta markkinoilta ja että yritykset kohtaavat esteitä, jotka johtuvat lainsäädännön hajanaisuudesta ja toisistaan poikkeavista oikeudellisista tulkinnoista eri jäsenvaltioissa ja sekä epäselvistä että vanhentuneista säännöksistä.⁵³⁸

Lainsäädäntöehdotukseen liittyvinä ratkaisuinä REFIT-arviointi esittää tässä tapauksessa viittä vaihtoehtoa:

⁵³⁷ Ks. Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi talletusten vakuusjärjestelmästä, KOM/2010/0368 lopull. sekä European Commission, Brussels, SEC(2010)834/2 Commission Staff Working Document, Impact Assessment, Proposal for Directive on Deposit Guarantee Schemes and to the Report from the Commission to the European Parliament and the Council, Review of Directive 94/19/EC On Deposit Guarantee Schemes.

⁵³⁸ Euroopan komissio, Bryssel 10.1.2017, SWD(2017)4 final., ehdotukseen Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi, tiivistelmä

1) muiden toimien kuin lainsäätötoimien käyttöön ottaminen eli pitäytyminen ei oikeudellisesti sitovissa toimissa, 2) yksityisyyden ja luottamuksellisuuden suojan rajallinen lisääminen sääntelyn keinoin ja sääntelyn yksinkertaistaminen, 3) yksityisyyden ja luottamuksellisuuden sääntelyn kohtuullinen lisääminen sekä sääntelyn yksinkertaistaminen, 4) yksityisyyden ja luottamuksellisuuden pitkälle viety lisääminen sääntelyn keinoin sekä sääntelyn yksinkertaistaminen ja 5) sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin kumoaminen, mikä tarkoittaa sitä, ettei sääntelyä toteuteta.⁵³⁹

REFIT-ohjelman arviointi säädösten yhteydessä tuottaa tietoa sääntelyvaihtoehtoista, joissa on myös arvioitu sääntelyalan tarpeellisuutta. Arviossa on *laadullisin* keinoin *skaalattu* sääntelyn *intensiteettiä, oikeasuhtaisuutta*, eri vaihtoehtojen *kustannuksia, vaikutuksia jäsenvaltioiden talousarvioihin ja viranomaisiin*. Tässä esimerkkinä olevan unionin *ePrivacy*-asetusehdotuksen yhteydessä ehdotuksista parhaimmaksi on ”suositeltu” vaihtoehtoa kolme: yksityisyyden ja luottamuksellisuuden kohtuullinen lisääminen sääntelyn keinoin sekä sääntelyn yksinkertaistaminen. Ehdotuksessa arvioidaan vaihtoehdon etuja. Säädetäväksi ehdotetun *ePrivacy*-asetuksen hyödyksi arvioidaan, että luottamuksellisuuden suoja vahvistuu, kun säädöksessä käyttöön otetaan teknologianeutraali määritelmä ja käyttäjille turvataan paremmat mahdollisuudet valvontaan sekä otetaan käyttöön tiukemmat avoimuutta koskevat vaatimukset sekä täytäntöönpanon tehokkaampi valvonta. Edelleen suoja ei-toivotulta viestinnältä paranee, kun otetaan käyttöön nimenomainen suostumus markkinointipuheluille, ja sääntely-ympäristö yksinkertaistuu sääntely-ympäristöä johdonmukaistamalla ja selkeyttämällä sitä, kumoamalla vanhentuneita säännöksiä.⁵⁴⁰

Säädösinstrumentin valinta metodina

Euroopan unionin lainsäädännöllä on usein tarkoitus toteuttaa laajoja unionin laajuisia yhteiskunnallisia ohjelmallisia uudistuksia jäsenvaltioissa niin, että toteuttamisvastuu on Euroopan unionin jäsenvaltioiden viranomaisilla⁵⁴¹. Yksi tärkeä lainsäädäntömetodinen keino on säädösinstrumentin valinta.⁵⁴² Merkille pantavaa on, että esimerkiksi unionissa annetun *ePrivacy*-asetusehdotuksen on tarkoitus korvata voimassa oleva edellä jo mainittu implementoitavaksi tarkoitettu direktiivi 2002/58/EY perussopimuksen SEUT 288 artiklan yleisesti sovellettavalla asetuksella. Vaikka yleisen tietosuojasetuksen ([EU] 2016/679) (GDPR)keinona on jäsenvaltioissa yleisesti sovellettava asetus, ei se sulje pois sitä, että jäsenvaltiossa annetaan sitä täsmentävä kansallinen säädös. Unionin yleinen tietosuojasetus on luonteeltaan vähimmäisnormi ja sen johdanto-osan määrittelyissä lähdetään siitä, että asetuksen sääntely on jäsenvaltioiden kansallista lainsäädäntöä täydentävää (kohta 39).

Lissabonin sopimuksella SEUT 288 artiklaksi muutettu EY-sopimuksen EY 249 artikla ei ole aiemmin säätänyt siitä, mitä säädösinstrumenttia unionin toimielinten kulloinkin tulee käyttää (no *numerus clausus* of instruments)⁵⁴³. Lissabonin sopimuk-

⁵³⁹ Euroopan komissio, Bryssel 10.1.2017, SWD(2017)4 final.

⁵⁴⁰ Euroopan komissio, Bryssel 10.1.2017, SWD(2017)4 final.

⁵⁴¹ Westerman, 2007, 51–72, lainsäädännön tavoitteellisuus.

⁵⁴² European Commission, Better Regulation Toolbox, European Commission, Better Regulation Toolbox, European Commission, Better Regulation Toolbox, eu.europa.eu//info/sites/info/files/better-regulation-toolbox_0.pdf , 107–118.

⁵⁴³ Bast, 2006, 388, tällainen tulkinta on vallitseva, ks. alaviitteen 103 viittaukset kirjallisuuteen. Oikeusperustoissa ei ole yleensä säädetty mitä säädösinstrumenttia tulee käyttää.

sen SEUT 296 artikla sisältää määräyksiä siitä, että ellei perussopimus määrää annettavan säädöksen lajia, toimielimet valitsevat sen sovellettavien menettelyjen mukaisesti *tapauskohtaisesti* ja *suhteellisuusperiaatetta* noudattaen. Artiklan SEUT 296 kohta sääntää myös siitä, että kun Euroopan parlamentin ja neuvoston käsiteltäväksi annetaan ehdotus lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttäväksi säädökseksi, ne pidättäytyvät antamasta sellaista säädöstä, joka ei ole kyseiseen alaan sovellettavan lainsäätämisyjärjestyksen mukainen⁵⁴⁴.

Ilmaisu ”tapauskohtaisuus” jättää paljon harkintavaltaa unionin toimielimelle. Lainsäädäntöä annettaessa harkintavallan käyttö edellyttää aina otettavaksi huomioon *suhteellisuusperiaatteen*. Tarkastelen tässä luvussa jäljempänä sekä luvussa kuusi *suhteellisuusperiaatetta* Euroopan unionin lainsäädäntöperiaatteena.

4.2 KIELELLIS-LINGVISTISEN ULOTTUVUUDEN PAINOARVO ESILAINSÄÄDÄNNÖLLISEN VAIHEEN LAINSÄÄDÄNTÖMETODISSA

Säädöksen ”muodolla” ymmärrän tässä tutkimuksessa sitä, että sääntelyä annetaan paitsi nimenomaisella sääntelytoimella myös *kirjoitetussa* muodossa teksteinä. Edellä luvussa kaksi olen havainnut, että lakien säätämisessä säädösten tekstien kieli on ollut tärkeä varhaisten legistien kiinnostuksen kohde. Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa *formaali legistiikka* (nomographie) on ollut lähestymistapa, joka on perinteisesti keskittynyt paitsi oppiin säädösinstrumenteista myös erityisesti säädösten kieleen ja säädösten laatimiseen (drafting) eli lakien *kirjoittamiseen*⁵⁴⁵.

Edellä olen tarkastellut teleologiselle lainsäädännölle tyypillistä normityyppiä eli periaatteilla sääntelyä ja siihen liittyviä erityispiirteitä. Tässä tarkastelen vielä periaatteita ja sääntöjä lainsäädännön normityyppinä siltä kannalta, miten niiden avulla voi *ilmaista* lainsäädännön normeja.

4.2.1 Periaatteiden ja sääntöjen ero oikeuden normien ilmaisukeinoina

Tietoa oikeuden normeista saadaan säädöskielen ja käsitteiden avulla⁵⁴⁶. Säädöskielen näkökulmasta säädöksen *normityyppi* perustaa yhden ilmaisua erottelevan tekijän.

Lakien teksteillä pyritään lähettämään tietoa sääntelyn kohteille tietyistä melko yksityiskohtaisistakin käyttäytymiseen liittyvistä vaatimuksista⁵⁴⁷. Esimerkiksi *ePrivacy*-asetusehdotuksella pyritään edistämään digitaalisia sisämarkkinoita ja yksityisyyden suojaa sähköisessä viestinnässä. Edistäminen on tyypillisesti tavoitteellista. *EPrivacy*-asetusehdotuksen mukaan se *vahvistaa* säännöt, jotka koskevat luonnollisten henkilöiden ja oikeushenkilöiden perusoikeuksien ja -vapauksien suojelua sähköis-

⁵⁴⁴ C-105/03 *Pupino*, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen 16.6.2005 antama periaatteellisesti tärkeä ennakkoratkaisu, Kok. 2005 I 05285, ECLI:EU:C:2005:386, kohta 42.

⁵⁴⁵ Barraud, 2016, 7–8; Flückiger, 2010, 213 and 216, formal and material legistics, formaali ja materiaallinen legistiikka, materiaallinen legistiikka on määritelty siten, että sillä pyritään edistämään lakien kykyä vaikuttaa sosiaaliseen todellisuuteen, tätä edistetään muun muassa evaluaatiometodologian keinoin; Morand, 2000, 58.

⁵⁴⁶ Mattila, 2002, 44.

⁵⁴⁷ Ávila, 2007, 6.

ten viestintäpalvelujen tarjoamisessa ja käytössä. Kun puhutaan säännöistä, yleensä ajatellaan joko-tai tyyppistä normia. Ehdotuksen mukaan vahvistettaviin sääntöihin luetaan mukaan oikeudet yksityiselämän ja viestien kunnioittamiseen ja luonnollisten henkilöiden suojele henkilötietojen käsittelyssä. Tässä yhteydessä pitää kysyä, miten tarkasti säännöt oikeudesta yksityiselämään on mahdollista vahvistaa kyseisen asetuksen avulla. Säädösehdotuksen toisessa artiklassa määritellään asetusehdotuksen soveltamisalaa ja sitä, mihin asetusta *ei sovelleta*. Asetusehdotuksen seitsemännessä artiklassa on muun muassa määritelty *edellytykset*, jolloin sähköisen palveluntarjoajan on *poistettava* sähköisen viestinnän sisältö sen vastaanottamisen jälkeen. Ehdotuksessa on siten tarkoitus edistää sekä yleisempiä tavoitteita mutta antaa myös oikeudellisesti velvoittavia täsmällisiä määräyksiä esimerkiksi loppukäyttäjien tietojen suojaamisesta. Näistä säädösehdotuksessa käytetään ilmaisua, *on kielletty*.⁵⁴⁸

EPrivacy-asetusehdotuksen on voimaan tullessaan tarkoitus ilmaista normeja sekä periaatteilla että säännöillä. Sääntöjä ja periaatteita on eroteltu usein sillä perusteella, ovatko periaatteet sääntöjen peruste (*reason*) vai ovatko periaatteet lainsäädännön soveltamisessa ja tulkinnassa itsenäisiksi argumenteiksi tarkoitettuja normeja⁵⁴⁹. Periaate on myös määritelty normityypiksi, joka määrää, miten asioiden pitäisi olla⁵⁵⁰. Periaatteita on määritelty myös siten, että ne ovat kieltoja, käskyjä tai lupia ilmaisevia oikeusnormeja. Periaate on määritelty sääntöjen tavoin kielen avulla ilmaistuksi normatiiviseksi toimintaohjeeksi eli toimintavelvoitteeksi tai valtuutukseksi.⁵⁵¹

Teoreettisen kirjallisuuden perusteella lakien säätämässä normityypit voidaan kategorisoida säännöiksi ja periaatteiksi⁵⁵². Normityyppien erotteluperusteita ovat sääntöjen ja periaatteiden sisällön yksiselitteisyys sekä normin kyky määritellä se tilanne, jossa normia on määrä soveltaa.⁵⁵³ On ajateltu niin, että kielellisestä näkökulmasta tarkasteltuna sääntöjen ja periaatteiden välillä ei ole mitään eroa. Sekä säännöt että periaatteet voidaan muotoilla ja siis formuloida epäselvällä ja moniselitteisellä tavalla tai selkeästi ja tarkkarajaisesti. Periaatteiden formulointi on usein yleisluontoisempaa kuin sääntöjen. Myös säännöt ovat usein epäselviä ja monimerkityksisiä, ja niitä on vaikeata täsmentää. Esimerkiksi *Aarnio* kirjoittaa: "Let us only recall the flexible norms or so called open texture problematics."⁵⁵⁴

Lainsäädännössä periaatteiden on ajateltu normityyppinä edustavan käyttäytymistä opastavaa ja ohjaavaa funktiota, ne eivät täsmennä käyttäytymistä. Periaatteilla säädetään asioiden tiloista, joita on määritelty lainsäädännössä enemmän tai vähemmän tarkasti. Keinot puolestaan määritellään ehdoiksi, joiden on tarkoitus aiheuttaa ja saada aikaan lainsäädännössä tarkoitettuja päämääriä (*means can be defined as conditions, objects, situations, that cause the gradual achievement of the purpose's content*).

⁵⁴⁸ Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta, COM (2017) 10 final, 24–28.

⁵⁴⁹ Alexy, 2004, 45–46, ks. alaviitteet.

⁵⁵⁰ Alexy, 2004, 24.

⁵⁵¹ Siltala, 2010, 83.

⁵⁵² Alexy, 2004, 45.

⁵⁵³ Alexy, 2004, 45–46, ks. alaviitteet; Siltala, 2003, 84, totuuden korrespondenssiteoria, pulmana vastaavato todellisuuden ilmiöt niistä kielen avulla esitettyjä väitteitä.

⁵⁵⁴ Aarnio, 1987, 97.

Lainsäädännön tarkoitus ja keinot tavoitteiden saavuttamiseksi ovat siten kausaalisessa suhteessa toisiinsa.⁵⁵⁵

Teleologinen rationaliteetti edellyttää enemmän tai vähemmän yleisiä yleislausekeita (*to legislate with more or less general clauses*), ja lainsäädännön päätöksenteossa tulee ottaa huomioon, kuinka paljon on mahdollista jättää harkintavaltaa soveltamisvaiheeseen kussakin yksittäisessä tapauksessa (how much it is possible to leave *discretionary power for the application phase* in each case).⁵⁵⁶

Valittavia keinoja ovat esimerkiksi kova (hard) sääntely, joka tarkoittaa oikeudellisesti sitovien normien käyttöä, sekä pehmeä sääntely (soft law), kuten kasvatus ja informointi ja erilaiset taloudelliset keinot (sanktiot)⁵⁵⁷.

Lainsäädäntöteoreettisena käsitteenä *keino* on monimerkityksinen käsite niin, että se voi viitata sekä sääntelyinstrumenttiin että myös yksittäisessä sääntelyinstrumentissa omaksuttuihin sääntelyn keinoihin ja tehosteisiin. Esimerkiksi *ePrivacy*-säädösehdoituksessa on lähdetty siitä, että unionin SEUT 288 artiklassa tarkoitettu asetus unionin lainsäädännön keinona ja sääntelyinstrumenttina varmistaa direktiiviä paremmin unionin lainsäädännön johdonmukaisuutta ja muun muassa estää toisistaan poikkeavia tulkintoja jäsenvaltioissa⁵⁵⁸. Esimerkiksi *ePrivacy*-asetusehdotuksen yhteydessä on määritelty säädöksen valintaa ja niitä säädöksessä omaksuttuja keinoja, joiden avulla sääntelyn tavoitteena olevia digitaalisten markkinoiden strategian edellyttämää luottamusta ja turvallisuutta pyritään edistämään⁵⁵⁹.

Sanktiot ovat yksi lainsäädännön keino. Esimerkiksi unionin yleisessä tietosuoja-asetuksessa on omaksuttu periaate, että sanktiot, kuten hallinnolliset seuraamukset ja esimerkiksi lainsäädännön antaminen hallinnollisista sakoista tai rikosoikeudellisten seuraamusten säätäminen kuuluu jäsenvaltioiden säädöstoimivaltaan kuitenkin niin, ettei *ne bis in idem*-periaatetta eli kahdenkertaisen sanktion kieltoa rikota⁵⁶⁰.

Esimerkki lainsäädännön keinona käytetystä tehosteesta on esimerkiksi *leniency-menettely*, jolla tarkoitetaan kilpailulainsäädännön tarkoittaman kartellin ilmiantamista niin, että asian selvityksessä viranomaiselle myötämielinen yritys joko vapautuu tai saa sille myönnettävän immuniteetin perusteella hyvitystä muutoin sille mahdollisesti määrättävistä sakoista. Myötämielisyys tarkoittaa sitä, että yritys vapaaehtoisesti ilmiantaa tietoja kartellista ennen muita. Tällaisen tilanteen tutkimisesta on ollut kyse asiassa *T-99/04 AC-Treuhand AG v. Euroopan yhteisöjen komissio*⁵⁶¹.

⁵⁵⁵ Ávila, 2007, 40.

⁵⁵⁶ Müller, 1999, 21, "Die Funktion der Demokratischen Legitimierung kann nur die Rechtssetzung, nicht die Rechtsanwendung erfüllen."

⁵⁵⁷ European Commission, Better Regulation Toolbox, eu.europa.eu//info/sites/info/files/better-regulation-toolbox_0.pdf (eu.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf, complementing the guidelines SWD (2017)350), 107.

⁵⁵⁸ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuoja-asetus) 10.1.2017 COM (2017)10 final 2017/0003(COD), 5.

⁵⁵⁹ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta 10.1.2017 COM (2017)10 final 2017/0003(COD), 2.

⁵⁶⁰ Ks. unionin yleinen tietosuoja-asetus ([EU] 2016/679), johdanto-osan kohdat 148 ja 149.

⁵⁶¹ T-99/04 *AC-Treuhand AG v. Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio 8. päivänä heinäkuuta 2008, Kok. 2008, kohta 3.

*Teoreettisina normityyppeinä periaatteet ja säännöt kuvaavat oikeusnormin ilmaisemista säädöksessä. Yleensä oikeuskirjallisuudessa ajatellaan niin, että normityyppeinä säännöt ilmaisevat lainsäädännön edellyttämän käyttäytymisen ehdon (jos) ja seurauksen (niin) tarkkarajaisemmin kuin periaatteet. Periaate täyttää huonosti tämän jos–niin luonteisen hypoteettis-konditionaalisen ehdon siksi, että periaatteelle ominaisen normirakenteen vuoksi se ei yleensä ilmaise suoraan säännön tavoin käyttäytymistä ja sen seurausta säädöstekstissä. Säännöt ovat normityyppeinä yleensä pois sulkevia. Se tarkoittaa sitä, että lain säätäjä osoittaa niiden avulla noudatettavaksi tarkoitettun sallitun käyttäytymisen ja sulkee pois kielletyn käyttäytymisen. Periaatteet ovat tyypiltään enemmän ja vähemmän normityyppisiä, joka tarkoittaa yleensä sitä, että lainsäätäjä edellyttää soveltajalta harkintaa ja *balancing*-metodin kaltaista punnintaa. Määrittelen tätä jäljempänä tutkimuksessa. Lainsäätäjä ilmaisee periaatteen kaltaisella normityypillä myös arvoja, joita ei ole mahdollista määritellä etukäteen yksiselitteisesti. Periaatteet toisinaan luokitellaan pikemminkin lainsäädännön taustaperiaatteiksi eikä itsenäisiksi ja autonomisiksi normeiksi. Oikeuskirjallisuudessa sääntöjä ja periaatteita normityyppinä on määritelty (taulukko 6):*

Taulukko 6. Säännöt ja periaatteet lainsäädännön normityyppinä.⁵⁶²

Normityyppi ja sen kyky ilmaista oikeuden normeja	Periaatteet (principles)	Säännöt (rules)
Välitön ilmaisutapa	lainsäätäjä ilmaisee säädöstekstissä edistettäväksi tarkoitettuja toiminnan päämääriä ja tavoitteita	lainsäätäjä ilmaisee jos–niin-tyyppisiä sääntöjä säädöstekstissä ja kuvauksen halutusta käyttäytymisen tavasta
Normeja välittävä luonne	lainsäätäjä jättää lainsäädännön päämäärien ja tavoitteiden selvittämisen lain soveltajalle	lainsäätäjä ilmaisee yleensä välittömästi oikeuden normeja, otetaan myös huomioon lainsäädännön tavoitteet ja periaatteet
Normityyppi justifikaatioperusteena	lainsäädännössä asetettujen tavoitteiden sekä omaksuttujen keinojen vaikutusten ja seurausten keskinäissuhteen arviointia (keino–tavoite, syy–seuraus)	vastaavuus lainsäädännössä ilmaistun säännön sisältämien käsitteiden ja sääntelyn kohteena olevien tosiasioiden välillä (korrespondenssi)
Normityyppi päätöksenteon luonteen kannalta	normityyppinä on enemmän–vähemmän luonteinen, ilmaisee oikeuden normin vain osittain	normityyppinä on eksklusiivinen eli pois sulkeva ja täsmällinen

Ilmaisutavaltaan periaatteet lainsäädännön normityyppinä ilmaisevat edistettäväksi tarkoitettuja toiminnan päämääriä ja tavoitteita asioiden tiloista ja ideaaleista. Säännöille on tyypillistä, että ne lainsäädännön normityyppinä ilmaisevat jos–niin-tyyppisesti kuvauksen halutusta tai kielletystä käyttäytymisen tavasta. Normityyppinä periaatteet edellyttävät soveltajan selvittävän toimeenpanovaiheessa lainsäädännön tavoitteita ja keinoja. Tapa ilmaista normeja on siten epäsuora. Normityyppinä säännöllä sen sijaan on yleensä välitön tapa ilmaista normeja käsitteiden avulla niin, että niissä on jo otettu huomioon käsitteiden vastaavuus sääntelykohteen todellisuuden kanssa. Vaikka periaatteet sääntöjen tavoin ilmaisevat normeja, periaatteiden enemmän–vähemmän-luonteesta johtuu, että ne eivät ilmaise normeja täsmällisesti. Periaatteet ovat lainsäädännön normityyppinä kielellisesti avoimia. Periaatteet lainsä-

⁵⁶² Ávila, 2007, 11; Vrt. kansallisessa kirjallisuudessa Siltala, 2010, 87; Mielityinen, 2006, 81.

dännön normityyppinä edellyttävät asetettujen tavoitteiden ja niiden vaikutusten ja seurausten keskinäissuhteen arviointia (keino–tavoite, syy–seuraus) toimeenpanovaiheessa. Periaatteet normityyppinä edellyttävät myös sen selvittämistä, mitkä keinot edistävät parhaiten tavoitteita ja mitä vaikutuksia niillä on suhteessa tavoitteiden saavuttamiseen. Se justifikaatioperusteena edellyttää tavoiteltavien ideaalitulojen ja niiden vaikutusten analysointia. Tämä edellyttää keino–tavoite-tyyppistä ajattelua, ja myös syy-seuraussuhteen kaltaisen kausaalisuhteen analyysiä. Säännöt normityyppinä toteuttavat erilaista justifikaatioperustetta. Säännöt ovat normityyppejä, joihin on kirjoitettu haluttu asiointi. Säännön normeihin sisältyy kuvaus, jossa kielien käsitteillä kuvataan sääntelyn kohteena olevan reaali maailman tosiasioita. Päätöksentekotilanteissa periaatteet normityyppinä ovat pikemminkin enemmän–vähemmän-tyyppisiä, epätäydellisiä, täydentäviä ja myös osittaisia normeja, säännöt puolestaan ovat eksklusiivisia eli pois sulkevia ja sillä perusteella ilmaisukyvyltään tarkemmin määrittyneitä oikeuden normeja kuin periaatteet. Säännöt sisältävät käsitteellisen normatiivisen kuvauksen sääntelyn tarkoituksesta, kuvauksen tosiasioista sekä päätöspremissit niine aksiologisine lähtökohtineen, joiden perusteella säännöksiä on tarkoitus konstruoida ja soveltaa yksittäiseen konkreettiseen tapaukseen. Periaatteet ovat soveltajan näkökulmasta luonteeltaan pikemminkin finalistisia ja tulevaisuuteen suuntautuneita normeja, joiden tarkoituksena on olla myös tavoitteita täydentäviä ja osittaisia. Normityyppinä periaatteiden soveltaminen yksittäiseen tapaukseen vaatii harkintaa ja harkintavallan puitteissa tarkempaa arviointia siitä, mitä asiointitiloja periaatteella on määrä edistää, sekä myös niiden tointen vaikutusten arviointia, joita on ollut tarkoitus toteuttaa.⁵⁶³

4.2.2 Kieli ja käsitteet tavoitteellisessa lainsäädännössä

Euroopan unionin oikeudessa usein tavoitteellisten säädösten ”kieliasu” ei yksin riitä täsmentämään unionin oikeusohjeita oikeudellisessa päätöksenteossa.⁵⁶⁴ Tavoitteellinen normimalli merkitsee sellaista säädöskielestä johtuvaa oikeudellista epävarmuutta, joka haittaa sääntelyn ilmaisun selkeyttä, yksinkertaisuutta ja täsmällisyyttä⁵⁶⁵. Kun lainsäädännössä normimalli on tavoitteellinen ja normityyppi on periaate, on säädöksen käsitteiden määrittelystä tullut tärkeä osa itse sääntelyä. Lainsäädännössä yleensä määritellään lainsäädännön käsitteet (*to precise the concepts*) siten, että ne mahdollisimman hyvin vastaavat tarkoitettua sääntelyä ja sen säänneltäväksi tarkoitettua kohdetta.⁵⁶⁶ *Lainsäädännön käsitelmäärittely on yksi legistis-lingvistinen metodi.*

Unionin lainsäädännön lainsäädäntöohjeen mukaan käsitteen määrittelyssä pitää ottaa huomioon, että

⁵⁶³ Ávila, 2007, 40.

⁵⁶⁴ Jääskinen, 2008, 452, erilaiset teleologiset tavoitteet käsitteiden ja terminologian epätarkkuuden ja erillaisuuden taustalla; Ks. Ojala, 2005, 222–224, kansallisessa oikeudessa esimerkiksi rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen yhteydessä.

⁵⁶⁵ Yhteisen käytännön opas, 2014, 7.

⁵⁶⁶ Müller, 1999, 21, “Die Funktion der Demokratischen Legitimierung kann nur die Rechtssetzung, nicht die Rechtsanwendung erfüllen.”

- 1) sääntely on selkeää, yksinkertaista ja tarkkaa
- 2) kukin unionin sääntelytyyppi esitetään ja muotoillaan asianmukaisesti
- 3) sääntely ottaa huomioon ne, joihin sääntelyä on määrä soveltaa periaatteella, että sääntelyn kohteet voivat vaivatta tunnistaa oikeutensa ja velvollisuutensa
- 4) tahot, jotka ovat vastuussa säädösten toimeenpanosta, tietävät velvollisuutensa
- 5) säädösten sisällön tulee olla niin ehjää ja yhtenäistä kuin mahdollista ilman, että säädösten artiklat tai lauseet ovat pitkiä tai ilmaisuiltaan monimutkaisia
- 6) säädösten säätämisessä on otettava huomioon unionin sääntelyn monikielisyyden periaate, jäsenvaltioiden kansallisten käsitteiden ja termien käyttöä pitää välttää
- 7) säädösten terminologiassa tulee ottaa huomioon sekä sisäinen että ulkoinen konsistenssi
- 8) käsitteille ei saa antaa eri merkityksiä.⁵⁶⁷

Esimerkiksi sähköisen viestinnän ja tietoyhteiskunnan sääntelyn alan säädöksissä on tyypillistä, että käsitteet on määritelty hyvin yksityiskohtaisesti. Niissä voidaan käyttää myös viittaustekniikkaa. Esimerkiksi yleinen tietosuoja-asetus ([EU] 2016/679) viittaa *tietoyhteiskunnan palvelun käsitteen* määrittelyssä Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin (EU) 2015/1535, jonka 1 artiklan mukaan

”palvelulla tarkoitetaan kaikkia tietoyhteiskunnan palveluja, tosin sanoen kaikkia etä-palveluina sähköisessä muodossa palvelun vastaanottajan henkilökohtaisesta pyynnöstä toimitettavia palveluja, joista tavallisesti maksetaan korvaus”.

Mainittu direktiivi määrittelee yksityiskohtaisesti erilaisia palveluita ja myös sen, mitä palveluita ei lueta sen soveltamisalaan. Käsitteiden määrittelyllä on tässä yhteydessä tarkoitus ilmaista, miten säädöstä sovelletaan käytäntöön.

Säädöskielen sanat ja todellisuus

Lainsäädännässä kohdataan monia pulmia. Esimerkiksi yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan kuudennessa kohdassa todetaan, että teknologian nopea kehitys ja globalisaatio ovat tuoneet henkilötietojen suojeluun uusia haasteita ja niin, että *”teknologia on mullistanut sekä talouden että sosiaalisen elämän”*. Hallberg on luonnehtinut, että lainsäädäntö ja todellisuus ovat toisistaan etäällä⁵⁶⁸. Tämän määrittelyn voi ymmärtää tarkoittavan lainsäädännön tekstien ilmaisuja ja käsitteitä ja niiden suhdetta todellisuuteen.

Siitä huolimatta, että unionin lainsäädäntö on teleologista periaatteilla sääntelyä, esimerkiksi suomalaisissa lainvalmisteluasiakirjoissa kiinnitetään paljon huomiota kielen käännöksiin, kuten esimerkiksi Euroopan unionin oikeuden asetuksen termeihin, mutta myös siihen, ettei Euroopan unionin oikeuden termejä ole välttämättä saatettu sellaisiksi kuin suomalainen oikeuden järjestelmän käsitteistö ne tuntee⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Joint Practical Guide, 2014, 7–15; Joint Practical Guide, 2015, 14, ohjeessa sisäinen konsistenssi tarkoittaa sitä, että säädöksen soveltamisalaa tulee kunnioittaa kauttaaltaan säädöksessä niin, että oikeudet ja velvollisuudet eivät saa ylittää soveltamisalaa. Oikeuksien ja velvollisuuksien tulee olla koherentteja eli sisällöllisesti johdonmukaisia eikä niiden tule olla keskenään ristiriitaisia. Ulkoinen konsistenssi tarkoittaa sitä, että ristiriitoja ja päällekkäisyyksiä muiden säädösten kanssa tulee välttää.

⁵⁶⁸ Hallberg, 2017, 29.

⁵⁶⁹ PeVL 12/2012 vp – U 21/2012 vp, 3.

Euroopan unionin lainsäädännölle on tyypillistä, että sen kielessä käytetään erityistä *standardikielestä poikkeavaa terminologiaa*⁵⁷⁰. Euroopan unionin lainsäädäntöohjeissa tosin tähdennetään, että unionin säädöksiin ei tulisi sisällyttää ilmaisuja, jotka poikkeavat niiden tavanomaisesta merkityksestä tai ovat sidoksissa jonkin jäsenvaltion tai oikeusjärjestyksen kieleen. Ohjeissa myös todetaan, että unionin säädösten kielen ilmaisulla ei ole välttämättä vastinetta muissa kielissä. Jotta voidaan välttää käännösten mahdolliset kiertoilmaisut, on unionin säädöksissä pyrittävä käyttämään kieltä, joka ei ole sidoksissa tiettyyn kieleen ja tiettyyn oikeusjärjestykseen.⁵⁷¹

Harvinaista ei ole myöskään se, että unionin lainsäädännössä määritellään tieteen alaan kuuluvia kysymyksiä. Tämä pätee paitsi tietoyhteiskuntasäätelyyn myös muihin sääntelyaloihin. Esimerkiksi Euroopan unionin bioteknologiadirektiivi (98/44/EY) määrittelee, mitä ”Tässä direktiivissä tarkoitetaan biologisella materiaalilla, mikrobiologisella menetelmällä”. Jäsenvaltioiden patenttioikeuslainsäädäntöjä lähentävä unionin bioteknologiadirektiivin (98/44/EY) johdannossa todetaan, että direktiivin periaatteiden tulisi olla myös ohje kansallisille tuomioistuimille ja patenttiviranomaisille. Samalla siinä todetaan, ettei se tässä suhteessa ole kuitenkaan täydellinen.⁵⁷² Tässä viitataan direktiivin tapaan ilmaista sen alan oikeuden normeja.

Bioteknologiadirektiivin käsitteet ovat edellyttäneet tulkintaa tarkoittavia ennakkoratkaisupyynnöitä Euroopan unionin tuomioistuimeen esimerkiksi tapauksessa C-34/10 *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*.⁵⁷³ Tapauksessa C-34/10 *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV* Euroopan unionin tuomioistuimen suuri jaosto tutki Saksan *Bundesgerichtshofin* esittämänä ennakkoratkaisupyynnönä direktiivin säännöksessä ”patentoitavuuden kiellon alan” merkitystä. Tässä tuomioistuin viittaa vakiintuneeseen käytäntöön, jonka mukaan unionin oikeuden *yhdenmukainen soveltaminen ja yhdenvertaisuusperiaate* edellyttävät, että

”unionin oikeuden sellaisen säännöksen sanamuotoa, joka ei sisällä nimenomaista viittausta jäsenvaltioiden oikeuteen sisältönsä ja soveltamisalansa määrittämiseksi, on tavallisesti tulkittava koko Euroopan unionissa itsenäisesti ja yhdenmukaisesti”.⁵⁷⁴

Tapauksen C-34/10 *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV* yhteydessä tuomioistuin tähdentää, että unionin lainsäädännön käsitteitä on direktiiviä sovellettaessa pidettävä unionin oikeuden itsenäisenä käsitteenä, joita on tulkittava yhtenäisesti unionin alueella. Tuomioistuimen mukaan jäsenvaltion kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on myös seurata sääntelyalan kehitystä ”tieteen kehityksen valossa”.⁵⁷⁵

Euroopan unionin lainsäädännön valmisteluvaiheessa on tarkoitus noudattaa lainsäädännön legististä ohjetta, joka laatukriteerinä määrää, että Euroopan unionin säädöksen on *oltava* muodoltaan *selkeä ja helppo ymmärtää*. Säädöksen tulee olla *yksi-*

⁵⁷⁰ Beck, 2012, 130.

⁵⁷¹ Joint Practical Guide, 2015, 20; myös Yhteisen käytännön opas, 2003, 13 ja 17–22.

⁵⁷² Beck, 2012, 128.

⁵⁷³ C-34/10 *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*, Unionin tuomioistuin, suuri jaosto, 18. lokakuuta 2010, Kok. 2011 I 09821, ECLI:EU:C:2011:669.

⁵⁷⁴ C-34/10 *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*, Euroopan unionin tuomioistuin, tuomio, kohta 25.

⁵⁷⁵ C-34/10 *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*, Euroopan unionin tuomioistuin, tuomio, kohdat 46 ja 47. Myös C-364/13 *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents*, Euroopan unionin tuomioistuin (suuri jaosto) 18. joulukuuta 2014, ECLI:EU:C:2014:2451, kohta 30.

selitteinen, yksinkertainen eli ytimekäs ja vailla tarpeettomia aineksia. Ohje edellyttää unionin säädökseltä *täsmällisyyttä*, jolla Euroopan unionin oikeudessa tarkoitetaan sitä, ettei lainsäädännön *sanoma* jää lukijalle epäselväksi. Lainsäädäntöön yleensä liittyy yhtäaikaaisesti vaatimuksena pyrkimys yleisyyteen eli vaatimus toteuttaa abstraktin ja yleisesti sovellettavaksi tarkoitetun säädöksen periaatteita ja samalla kielellistä tarkkuutta. Unionin lainsäädännän ohjeen mukaan unionin oikeuden säädösten kohteena olevien erilaisten tahojen tulee siten voida ”ymmärtää” lainsäädännön kieltä. Tämä ohjeen mukaan unionin säädöksen ns. alkutekstin on oltava 1) yksinkertaista siten, ettei siihen sisälly ylimääräisiä elementtejä ja 2) yksiselitteisen tarkkaa niin, ettei siihen sisälly lukijan näkökulmasta epävarmuutta ja 3) selkeää niin, ettei sääntely ole kielellisesti epätarkkaa. Ohjeessa todetaan, että muussa tapauksessa säädösten käännosteksti johtaa epätarkkuuksiin, summittaisuuteen ja virheellisiin käännoksiin. Euroopan unionin säädöksissä tulee unionin toimielinten sääntelyohjeen mukaan välttää epätäydellisiä ja ympärilyöreyttä ilmauksia, vaikka selittäminen edellyttäisikin pidempää esitystapaa.⁵⁷⁶ Euroopan unionin lainsäädäntöohjeissa käytetään käsitteitä formaali konsistenssi (formal consistency), joka ohjeen mukaan tarkoittaa lainsäädännön terminologiaan ja käsitteisiin liittyviä vaatimuksia sekä substantiaalin konsistenssi (substantive consistency), joka tarkoittaa säädöksen aineellista johdonmukaisuutta.⁵⁷⁷

Tärkeä kysymys on siinä, miten hyvin ylikansallisessa sääntely-ympäristössä syntynyt tavoitteellinen lainsäädäntö ja usein periaatteet sen normityyppinä toteuttavat *yleisen lain kriteereitä* ja modernilta lainsäädännöltä edellytettyä *oikeusvaltiollista laatua*. Tämä voi koskea säädösten formaalia konsistenssia eli sitä, että yhden säädöksen terminologiassa samat termit ilmaisevat samoja käsitteitä ja sitä, että samoja termejä ei saa käyttää, kun tarkoitus on ilmaista eri käsitteitä. Tarkoituksena on välttää säädöksen terminologian ja käsitteiden käytössä sääntelyn epätarkkuutta, ristiriitaisuuksia sekä ilmaisujen merkityksiin liittyviä epäilyksiä. Formaalia konsistenssia arvioidessa kyse voi olla myös siitä, miten johdonmukainen tietty säädös on tässä suhteessa toisiin säädöksiin.⁵⁷⁸

Esimerkiksi *ePrivacy*-säädösehdotuksen V lukuun on otettu säännöksiä *jokaisen loppukäyttäjän oikeussuojakeinoista*, vastuusta ja seuraamuksista. Sääntely on toteutettu viittaussäännöin niin, että sen mukaan jokaisella loppukäyttäjällä on samat oikeussuojakeinot kuin yleisen tietosuoja-asetuksen (EU 2016/679) artikloissa 77, 78 ja 79. *EPrivacy*-asetusehdotuksessa myös vastuussäännöksissä samoin kuin hallinnollisten sakkojen määräämisessä viitataan yleisen tietosuoja-asetuksen yleisiin säännöksiin.⁵⁷⁹

Muodollinen konsistenssi tässä tapauksessa edellyttää, että molemmissa säädöksissä oikeussuojakeinojen terminologiaa käytetään johdonmukaisesti. Käytettyjen termien tulee ilmaista johdonmukaisella tavalla samoja käsitteitä.

⁵⁷⁶ Ks. Joint Practical Guide (Yhteisen käytännön opas 2014), yleiset periaatteet, 7; Ks. varhaisemmin Yhteisen käytännön opas vuodelta 2003, 13 ja 17–22, Euroopan parlamentin, neuvoston ja komissio yhteisen käytännön opas yhteisöjen toimielimissä säädöstekstien laatimiseen osallistuville, 2003, 10. Ks. Mattila, 2002, 81, lainsäädännön yksiselitteisyys, jotta kaikille osapuolille voidaan taata yhtäläinen oikeusturva.

⁵⁷⁷ Joint Practical Guide, 2015, 20–21.

⁵⁷⁸ Joint Practical Guide, 2015, 20–21.

⁵⁷⁹ Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuoja-asetus), COM (2017) 10 final, 33–34.

Aineellinen johdonmukaisuus taas liittyy säädöksen sisältökysymyksiin. Mainittu sääntely, yleinen tietosuoja-asetus ([EU] 2016/679) ja *ePrivacy*-säädösehdotus, sisällöllisesti säätävät myös samasta asiasta, yksityisyyden suojan oikeudesta.

Lainsäädännössä sen tarkkuus (*clarté*) on yksi keskeinen legistis-lingvistinen oikeusvaltiollinen laatutekijä. Lainsäädännön tarkkuus ei kuitenkaan tarkoita yksinomaan kieleen liittyvää tarkkuutta, vaan lainsäädäntöteoriassa tarkkuus on myös muunlaista säädösten normatiivista tarkkuutta.⁵⁸⁰ Kirjallisuudessa on lähdetty myös ajatuksesta, jonka mukaan erityisesti lainsäädännön tehokkuusperiaate kompensoi sen normatiivista tarkkuutta⁵⁸¹. On tärkeää pohtia, miten tehokkuusperiaate voidaan ottaa huomioon lainsäädännön prosessin vaiheissa ja mikä on lainsäädännön normatiivista tarkkuutta edistävaksi ajatellun tehokkuusperiaatteen suhde muuhun oikeusvaltiolliseen laatuun.

4.3 UNIONIN LAINSÄÄDÄNNÄN OIKEUDELLINEN ULOTTUVUUS

Euroopan unionin perussopimuksessa oikeudellisen ulottuvuuden ylemmänasteisen normiston vaatimuksia unionin lainsäädännössä ovat paitsi SEU 5 artiklan toissijaisuusperiaate ja suhteellisuusperiaate myös unionin oikeusjärjestyksessä perussopimuksen normeihin kirjoitettu *toimivaltaperiaate eli rajoitetun toimivallan periaate*⁵⁸², joka tarkoittaa, että ”annetun toimivallan periaatteen mukaisesti unioni toimii ainoastaan jäsenvaltioiden sille perussopimuksissa antaman toimivallan rajoissa ja kyseisissä sopimuksissa annettujen tavoitteiden saavuttamiseksi. Toimivaltalta, jota perussopimuksessa ei ole annettu unionille, kuuluu jäsenvaltiolle.”⁵⁸³ Artiklaa on täsmennetty perussopimuksen liitteenä olevalla pöytäkirjalla, jossa on lainsäädännön ohjeita. Myös Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmän normit kuuluvat unionin lainsäädännön oikeudelliseen ulottuvuuteen.

4.3.1 Oikeudellinen ulottuvuus korostaa oikeusjärjestyksen rakenneperiaatteita

Lainsäädännön oikeudellinen ulottuvuus tutkimuksen ajatuksellisena työkaluna lähtee siitä ajatuksesta, että lainsäädäntöä säädetään tietyn oikeusjärjestyksen ja valtiosäännön rakenteiden ja periaatteiden puitteissa. Esimerkiksi *Niilo Jääskinen* on omaksunut lainsäädännöstä ajatuksen, jonka mukaan lainsäädäntöä ja lainvalmistelua toteutetaan oikeusjärjestyksen yhden osajärjestyksen eli valtiosäännön sisältöä soveltaen. Tämän käsityksen mukaan nimenomaan ”lainsäädännön rationaalisuus on sidoksissa oikeusjärjestyksen sisältöön; lainsäädäntö ei tuota irrallisia normatiivisia ajatuksia vaan sen tuotosten tarkoituksena on sopia organisaatiostaan voimaan jätettävään

⁵⁸⁰ Flückiger, 2017, 32–35.

⁵⁸¹ Flückiger, 2007, 83–101.

⁵⁸² Beck, 2012, 203; Bast, 2006, 387; Mayer, 2004, 5.

⁵⁸³ Bast, 2006, 387.

oikeuteen niin, että uuden säädöksen merkitys ja muu sääntely muodostavat johdonmukaisen ja yhteensopivan kokonaisuuden.”⁵⁸⁴

Euroopan unionin oikeusjärjestyksen *rakenneperiaatteilla* on suuri merkitys lainsäädännön oikeudellisen rationaalisuuden edistämisestä. Oikeudellinen rationaliteetti on lainsäädäntöteoreettinen käsite, jolla oikeuden rationaalisuutta pyritään edistämään. On tärkeää tietää, mitä ovat ne Euroopan unionin oikeusjärjestyksen yleiset periaatteet, jotka ovat unionin oikeusjärjestyksen oikeudellisen rakenteen perusta. Tällaisia unionin oikeusjärjestyksen *yleisiä periaatteita*, joilla on myös erilaisia tehtäviä lainsäädännössä, ovat unionin toimivaltaa rajoittavat periaatteet, kuten mainittu perussopimuksen SEU 5 artiklan *rajoitetun toimivallan periaate*, *toissijaisuusperiaate* ja *suhteellisuusperiaate* sekä Euroopan unionin perusoikeuskirjan normeille perustuva *perusoikeusjärjestelmä*. Toimivaltaa rajoittavat periaatteet (*compétence attribution*) osaltaan varmistavat oikeusvaltioperiaatteen toteutumista Euroopan unionin lainsäädäntövallan käytössä.⁵⁸⁵ Euroopan unionin yksi tärkeimmistä lainsäädäntöperiaatteista on rajoitetun toimivallan periaate⁵⁸⁶. Rajoitetun toimivallan periaatteen lähtökohtana on ollut, että unionin lainsäätäjän toimivallan peruste on perussopimuksessa: ”The legislature of the Community can therefore act only in so far as the Treaties expressly confer power on it.”⁵⁸⁷ Kyse on laillisuusperiaatteen (*legality*) kaltaisen periaatteen toteuttamisesta⁵⁸⁸.

Teoreettisesti arvioiden Euroopan unionin oikeusjärjestyksen yleiset periaatteet ovat tärkeitä oikeuden systeemiperiaatteita ja lainsäädännön 1) rakenneperiaatteita sekä myös 2) ideologisia periaatteita⁵⁸⁹. Rakenteelliset periaatteet ovat oikeusjärjestyksen sisällä piilossa olevia johdonmukaisuutta turvaavia oikeudellisen struktuurin eli rakenteen aksiomia. Niiden tehtävä on edistää oikeuden koherenssia. Rakenteellisille periaatteille on tyypillistä se, että ne ovat yleensä implisiittinen osa oikeusjärjestystä. Ne ovat osa järjestelmää myös, vaikka lainsäätäjä ei olisi ottanut huomioon niitä lainsäädännössä tai tiennyt niiden olemassaolosta. Rakenneperiaatteita ovat sellaiset oikeudelliset elementit kuin

- kansainvälisen oikeudellinen sitovuus, jonka oikeudellinen perusta voidaan johtaa kansainvälisten sopimusten ja niiden voimaansaattamisaktien luonteen perusteella
- kansainvälisen oikeuden periaate *pacta sunt servanda*, joka on loogisesti tärkeä *a priori* ja joka kuuluu olennaisesti sopimuksen käsitteen sisälle ja on luonteeltaan eräänlainen kansainvälisen oikeuden ”Grundnorm”
- kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltö ja taloudellisen toiminnan vapauden periaate, joka seuraa suoraan niistä perusteista, jotka on sovittu Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä ja sitä edeltävillä Euroopan unionin perussopimuksilla.⁵⁹⁰

⁵⁸⁴ Jääskinen, 2008, 101; Bengoetxea, 1993, 73.

⁵⁸⁵ Beck, 2012, 202–205; Ks. Report On the Rule of Law, Venice Commission, 2011, 7, 9–10, 15–16.

⁵⁸⁶ Beck, 2012, 202–203 ja 205; Bast, 2006, 387; von Bogdandy— Bast, 2006, 338; Mayer, 2004, 5.

⁵⁸⁷ Dausés, 1999, 72–73.

⁵⁸⁸ Esteban, 1999, 148–152.

⁵⁸⁹ Van Hoecke, 2002, 161–164 ja 170–171; Ks. myös Karpen, 2017, 12, ”dogmatic constitution”; ”structural principles”, ”human rights”.

⁵⁹⁰ Van Hoecke, 2002, 164–165.

Osa unionin oikeusjärjestyksen konstitutionaalisista tai yleisistä periaatteista on tulkinvaraisia (vagueness) ja vaikeasti ennalta määriteltäviä niin, että niitä on toisinaan vaikea ottaa huomioon ennalta asianmukaisesti lainsäädännössä⁵⁹¹.

Modernissa ylikansallisessa lainsäädännössä, jossa sääntely on erikoistunutta ja erityistä, yleisillä oikeuden rakenteilla on entistäkin suurempi merkitys johdonmukaisuutta edistävänä tekijänä⁵⁹². Termi oikeusjärjestyksen ”rakenne” varsinkin teleologisen ja tavoitteellisen lainsäädännön yhteydessä on tärkeä ja se liittyy myös teleologiseen tulkintamettiin⁵⁹³. Termi rakenne teleologisen lainsäädännön yhteydessä viittaa oikeusjärjestyksen rakenteeseen, jonka puitteissa lainsäädäntöä säädetään, ja ellei tätä normistoa ole otettu huomioon lainsäädännön prosessin vaiheessa, puutteellinen rakenne voi edellyttää säädöksen antamisen jälkeen *korjausperiaatetta*⁵⁹⁴.

Lenaertsin määrittelyn mukaan Euroopan unionin tuomioistuimen harjoittamalla säädösten oikeudellisella normivalvonnalla on mahdollisuus ohjata lainsäätäjän poliittisia päätöksiä perussopimuksen rakenneperiaatteita vastaavaksi ja siten parantaa poliittisten päätöksenteon rationaalisuutta,

”courts can contribute to aligning political decisions with the structure set out in the Treaties if they provide incentives to improve the rationality of the decision-making process of policy makers”.⁵⁹⁵

Tarkastelen jälkilainsäädännöllisen doktriinin tarkoittamaa säädösten oikeudellista normivalvontaa jäljempänä luvussa kuusi.

Säädösehdotusten perustelu edistää oikeudellista rationaliteettia

EPrivacy-asetusehdotukseen sisältyneissä arvioinneissa todettiin, että voimassa oleva sähköisen viestinnän direktiivi ei ollut saavuttanut sille asetettuja tavoitteita kaikilta osin ja että eräiden direktiivin säännösten epäselvä sanamuoto ja oikeudellisten käsitteiden moniselitteisyys ovat vaarantaneet sen yhdenmukaisen tulkinnan. Ehdotuksessa todettiin *ePrivacy*-ehdotuksen tietosuoja-säännöksillä olevan *eurooppalainen lisäarvo*. Siinä todettiin *ePrivacy*-asetusehdotuksen eli sähköisen viestinnän tietosuoja-asetuksen ja muun lainsäädännön johdonmukaisuus sekä muutamat päällekkäisyydet yleiseen henkilötietojen liikkuvuutta säättävän *lex generalis*-tyyppisen tietosuoja-asetuksen kanssa. Ehdotuksessa ovat mukana tiedot paitsi voimassa olevan säädöksen jälkiarvioinneista ja toimivuustarkastuksista myös *sidosryhmäkuulemisen tiedot, asiantuntijatietoja* sekä asiassa annettu *vaikutustenarviointi*, jossa Euroopan unionin sääntelylautakunta on antanut puoltavan lausunnon, *sääntelyn toimivuus- ja yksinkertaistamistiedot, vaikutus perusoikeuksiin* sekä *talousarviovaikutukset*. Sääntelyvalvontalautakunta on muun muassa tähdentänyt asetusehdotuksen edellyttävän johdonmukaisuutta ja päällekkä-

⁵⁹¹ Beck, 2012, 194–207.

⁵⁹² Kirchhof, 2016, 95.

⁵⁹³ Beck, 2012, 207–208.

⁵⁹⁴ Beck, 2012, 208 ja 288–289, ks. tässä yhteydessä systeeminen argumentti suppeassa ja laajassa merkityksessä; Van Hoecke, 2002, 161–164 ja 170–171, rakenneperiaatteet, joita tulee ottaa huomioon ennalta lakeja säädettäessä mutta joiden noudattamista otetaan huomioon myös post-legislatiivisessa ja soveltamisen vaiheessa.

⁵⁹⁵ Lenaerts, 2012, 16.

käisyyksien poistamista suhteessa yleisen tietosuojasetuksen (EU) 2016/679 normeihin.⁵⁹⁶

Uusi ehdotettu asetuksella säädettävä sähköisen viestinnän *ePrivacy*-asetus olisi *lex specialis* -tyyppinen normi yleiseen *lex generalis* -tyyppiseen GDPR-tietosuoja-asetukseen (EU) 2016/679 nähden. Toteutetussa REFIT-vaikutustenarvioinnissa tutkittiin ehdotetun *ePrivacy*-asetuksen *koherenssia* ja suhdetta GDPR-tietosuoja-asetukseen. Arvioinneissa tuli esille se, että tällä hetkellä voimassa oleva *ePrivacy*-sääntely on päällekkäistä GDPR-asetuksen kanssa ja muiden alan säädösten kanssa. Se aiheuttaa epävarmuutta säädösten toimeenpanossa ja soveltamisessa.⁵⁹⁷ Kyse tässä on *ePrivacy* säädöksen formaalin konsistenssin ja substantiaalisen konsistenssin varmistamisesta suhteessa yleiseen tietosuoja-asetukseen (EU) 2016/679⁵⁹⁸.

Oikeudellinen ulottuvuus otetaan huomioon jo unionin säädösehdotusten suunnitteluvaiheessa. Esimerkiksi ehdotuksessa Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi sähköisen viestinnän tietosuojasääntelystä, jolla on tarkoitus kumota 2002/58/EY sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi (*ePrivacy* directive) ja säätää uusi *ePrivacy*-asetus, on otettu huomioon oikeudellisen ulottuvuuden kysymyksiä oikeusperusta, toissijaisuusperiaate ja suhteellisuusperiaate. Ehdotuksessa *ePrivacy*-asetukseksi oikeusperustaksi on määritelty perussopimuksen artiklat, SEUT 16 artikla ja SEUT 114 artikla. Asetuksen tavoitteena on luonnollisten henkilöiden ja oikeushenkilöiden viestinnän ja oikeutettujen etujen sääntely, ja ehdotuksessa on käyty läpi säädöksen aiottu oikeusperusta sekä perussopimuksen ja perusoikeusasiakirjan normit, jotka perustelevat sääntelyä. Ehdotuksessa esitetään sääntelyä asetuksella siksi, että sen avulla voitaisiin varmistaa johdonmukaisuus yleisen tietosuoja-asetuksen kanssa ja oikeusvarmuus käyttäjille ja yrityksille niin, että vältetään toisistaan poikkeavat tulkinnan jäsenvaltioissa.⁵⁹⁹

SEUT-sopimuksen 16 artikla on oikeusperusta, jonka nojalla voidaan antaa sääntelyä yksilöiden suojelusta unionin toimielinten tai jäsenvaltioiden suorittamassa henkilötietojen käsittelyssä, kun ne toteuttavat unionin oikeuden soveltamisalaan kuuluvia toimia. Ehdotuksen tavoitteena on sekä luonnollisten henkilöiden että oikeushenkilöiden viestinnän ja siihen liittyvien oikeuksien suojele.⁶⁰⁰

Sähköisen viestinnän tietosuojasääntely perustuu Euroopan unionin perusoikeuskirjan 7 artiklan säännökselle, ja perusoikeuskirjan 52 artiklan 3 kohdan perusteella oikeuksien merkitys ja ulottuvuus on sama kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan 1 kohdassa.⁶⁰¹

⁵⁹⁶ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuoja-asetus) 10.1.2017 COM (2017)10 final 2017/0003(COD), tähän ehdotukseen on kirjoitettu sääntelyvalvontalautakunnan vuonna 2016 antama arvio säädösehdotuksesta.

⁵⁹⁷ Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, A study prepared for the European Commission DG Communication Networks, Content & Technology by Deloitte, 2017, 86–87 ja 108.

⁵⁹⁸ Ks. Joint Practical Guide, 2015, 20–21.

⁵⁹⁹ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi, COM (2017) 10 final, 4.

⁶⁰⁰ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi, COM (2017) 10 final, 4.

⁶⁰¹ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuoja-asetus) 10.1.2017 COM (2017)10 final 2017/0003(COD).

Säädösehdotuksessa todetaan, että *ePrivacy*-asetus edellyttää toista oikeusperustaa siksi, että aloitteella pyritään kahtalaiseen tarkoitukseen eli myös sähköisen viestinnän sisämarkkinoiden luomiseen. Tämä edellyttää artiklaa SEUT 114 oikeusperustaksi.⁶⁰²

Tietoyhteiskunnan sääntelykehys

Tarkastelun kohteena oleva *ePrivacy*-säädos kuuluu tietoyhteiskunnan sääntelykehyyseen, johon voidaan lukea useita säädöksiä ja ainakin kuviossa 5 esitetyt säädökset:



Kuvio 5. Tietoyhteiskunnan oikeudellisen sääntelykehyyksen alaan kuuluvia säädöksiä.

Sääntelykehyyksessä on esitetty voimassa olevaa tietoyhteiskunnan sääntelyä. *ePrivacy*-asetusehdotuksen *koherenssia* eli johdonmukaisuutta on tutkittu muun muassa sähköisen viestinnän sääntelyalan muihin säädöksiin ja yleisen tietosuoja-asetuksen säännöksiin nähden. Sääntely on osin päällekkäistä mutta niin, että ensin mainitulla edistetään yksityisyyden suojan oikeutta ja yleisellä tietosuoja-asetuksella henkilötietojen liikkuvuutta jäsenvaltioiden välillä sekä henkilötietojen suojan oikeutta.

Molemmat edistävät sisämarkkinoita ja digitaalitalouden kehittymistä. Esimerkin säädöksiä ei ole mahdollista ripustaa normihierarkiaan kuin vain rajallisesti.

Euroopan unionin *ePrivacy*-asetusehdotus ja sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi (2002/58/EU) ovat perua jo 1990-luvulla annetusta hyvin laajasta sähköisen viestinnän sääntelyjärjestelmästä, johon kuuluu useita muita direktiivejä (2002/22/EU sähköisen viestinnän yleispalveludirektiivi, 2002/21/EY sähköisen viestinnän puittedirektiivi, valtuutusdirektiivi 2002/20/EY ja 2002/19/EY käyttöoikeusdirektiivi). Nyt sähköisen viestinnän tietosuojadirektiiviä (2002/58/EU) muuttavassa *ePrivacy*-eli sähköisen viestinnän tietosuoja-asetusehdotuksessa todetaan, että uudistuksella "voidaan tarjota korkeatasoinen yksityisyyden suoja sähköisten viestintäpalveluiden käyttäjille ja tasapuoliset toimintaedellytykset kaikille markkinatoimijoille"⁶⁰³.

⁶⁰² Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi, COM (2017) 10 final, 4.

⁶⁰³ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuoja-asetus) 10.1.2017 COM (2017)10 final 2017/0003(COD).

ePrivacy-asetusehdotus on eri asia kuin jo voimassa oleva Euroopan unionin yleinen tietosuoja-asetus, joka yleisenä normina määrää henkilötietojen liikkuvuutta. Euroopan unionin yleisen tietosuoja-asetuksen ([EU] 2016/679) on määrä kumota aikaisempi säädetty unionin säädös, direktiivi (95/46/EC, tietosuojadirektiivi henkilötietojen liikkuvuuden alueella). Euroopan unionin *ePrivacy*-säädösehdotus on määritelty erityislaiksi, *lex specialis*, suhteessa unionin yleiseen tietosuoja-asetukseen⁶⁰⁴.

Sääntelykehukseen voi lukea kuuluvaksi useita muitakin unionin säädöksiä, kuten ns. poliisidirektiivi (EU) 2016/680, joka sisältää säännöksiä luonnollisten henkilöiden suojelusta toimivaltaisten viranomaisten suorittamassa henkilötietojen käsittelyssä rikosten ennalta estämistä, tutkimista, paljastamista tai rikoksiin liittyviä syytetoimia tai rikosoikeudellisten seuraamusten täytäntöönpanoa varten.

Komissio on vuonna 2017 antanut ehdotuksen Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi *muiden* kuin henkilötietojen vapaan liikkuvuuden kehityksestä Euroopan unionissa digitaalisten sisämarkkinoiden luomiseksi. Ehdotuksessa oikeusperustaksi on esitetty perussopimuksen SEUT 114 artiklaa, ja säädös kuuluisi unionin jaetun toimivallan alalle. Sääntelyntarkastuslautakunta on ennen tätä ehdotusta vuonna 2016 antanut lausuntonsa ja edellyttänyt ehdotuksen uudelleen arviointia. Vuonna 2017 sääntelyntarkastuslautakunta antoi ehdotuksesta kielteisen lausunnon, joka oli sen käytäntöjen mukaan lopullinen. Komissio on sen jälkeen antanut uudensisältöisen ehdotuksen⁶⁰⁵.

Yleinen *lex generalis* -tyyppinen tietosuoja-asetus (EU) 2016/679 on unionin antama lainsäädäntöä, joka nyt unionin *asetuksen* muodossa konkretisoi ennen muuta Euroopan unionin perusoikeuskirjan 8 artiklaa henkilötietojen suojan oikeudesta. Asetus on annettu perussopimuksen SEUT 16 artiklan nojalla sen tarkoittamassa lainsäädäntömenettelyssä, ja kyseistä asetusta sovelletaan unionin ja jäsenvaltioiden viranomaisissa unionin toimivaltaan kuuluvilla aloilla, kun nämä käsittelevät henkilötietoja ja kun kyse on henkilötietojen vapaasta liikkuvuudesta. Kyseisen yleisen tietosuoja-asetuksen (EU) 2016/679 johdanto-osan toisen kohdan mukaan sen *tarkoitus* on

”tukea vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alueen ja talousunionin kehittämistä, taloudellista ja sosiaalista edistystä, talouksien lujittamista ja lähentämistä sisämarkkinoilla sekä luonnollisten henkilöiden hyvinvointia”.

Yleinen tietosuoja-asetus ([EU] 2016/679) on teleologinen eli tavoitteellinen normatiivinen toimi, jota on tarkoitus soveltaa unionin jäsenvaltiossa yksityisiin unionille kuuluvan toimivallan alueella. Koska kyse on sisämarkkinasääntelystä, on sen tarkoituksena toteuttaa myös unionille ominaista taloudellista rationaliteettia. Asetuksen johdanto-osassa todetaan, että jäsenvaltiot voivat sisällyttää sen kansalliseen lainsäädäntöönsä, jos asetusta on sääntelyn kohteiden näkökulmasta johdonmukainen ja ymmärrettävä. Tässä mielessä kyseinen asetusta poikkeaa unionin perussopimuksen legaalimääritelmästä, joka mukaan se on suoraan ja sellaisenaan sovellettava oikeutta.

Yleisellä tietosuoja-asetuksella ([EU] 2016/679) määrätään luonnollisten henkilöiden henkilötietojen suojan oikeutta henkilötietojen käsittelyn yhteydessä. Siinä säädetään henkilötietojen suojan oikeuden kaltaisesta perusoikeudesta. Asetuksen johdanto-osan

⁶⁰⁴ Euroopan parlamentin ja neuvoston asetusta yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuoja-asetus), COM (2017) 10 final, 2–3.

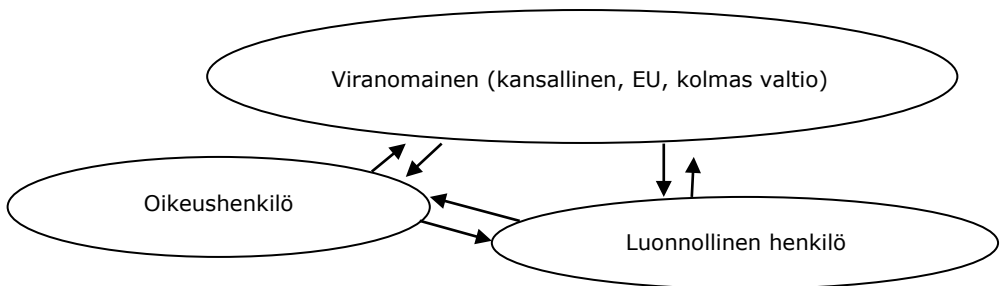
⁶⁰⁵ Komission ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi muiden kuin henkilötietojen vapaan liikkuvuuden kehityksestä Euroopan unionissa, Bryssel 13.9.2017 COM(2017)495 final 2017/0228(COD).

16 kohta sekä asetuksen 2 artikla määräävät sen soveltamisalaa ja sitä, että se rajoittaa oikeudelliset vaikutuksensa Euroopan unionin oikeuden toimivallan alueelle.

Yleisen tietosuojasetuksen ensimmäisen artiklan perusteella sen säännösten tavoite on määrätä ensisijassa henkilötietojen vapaata liikkuvuutta jäsenvaltioiden välillä ja turvata luonnollisten henkilöiden henkilötietojen suojan oikeutta henkilötietojen käsittelyssä, myös esimerkiksi terveystietoja käsiteltäessä. Artiklan mukaan säännösten tavoite on suojella luonnollisten henkilöiden perusoikeuksia ja -vapauksia ja erityisesti heidän oikeuttaan henkilötietojen suojaan eli konkretisoida ennen muuta Euroopan unionin perusoikeuskirjan 8 artiklan ja perussopimuksen SEUT 16 artiklan normeja. Yleisen tietosuojasetuksen johdanto-osan neljännessä kohdassa korostetaan, että tietosuojasetuksessa henkilötietojen suojan oikeutta rajoitettaessa kunnioitetaan kaikkia perusoikeuksia ja otetaan huomioon myös perusoikeuskirjassa tunnustetut vapaudet ja periaatteet sellaisina, kuin ne on vahvistettu perussopimuksissa.

Ehdotuksessa *ePrivacy*-säädöksen eli sähköisen viestinnän tietosuojasetusehdotuksen oikeusperustaa on perusteltu erikseen unionin perusoikeuskirjan 7 artiklan lisäksi artiklan SEUT 114 perusteella siksi, että sääntely kattaa kahtalaista *tarkoitusta*, oikeushenkilöiden oikeussuojaa ja pyrkimystä saada aikaan sisämarkkinat sähköiselle viestinnälle.⁶⁰⁶

Olennaista on, että kyseiset säädökset sisältävät säännöksiä, jotka yleensä määräävät viranomaisten, oikeushenkilöiden ja luonnollisten henkilöiden oikeudellista asemaa ja keskinäisiä suhteita jäsenvaltioiden, unionin ja kolmansien valtioiden oikeusjärjestyksissä (kuvio 6).



Kuvio 6. Toimijoita sisämarkkinoiden sääntelykehyksessä.

Sisämarkkinoilla yksityiset yleensä tietoyhteiskunnan palveluiden loppukäyttäjinä voivat säädösten perusteella edellyttää *oikeushenkilöiltä* eli yrityksiltä turvallisia palveluita, joita yleensä myös *viranomaisen* on tarkoitus säädösten perusteella valvoa sisämarkkinoilla. *EPrivacy*-asetusehdotuksen tavoitteena on tehostaa ja parantaa yksityisyyden suojaa ja henkilötietojen käsittelyn suojaa sähköisessä viestinnässä perusoikeuskirjan 7 artiklan ja 8 artiklan mukaisesti sekä taata sääntelyllä suurempi oikeusvarmuus. *EPrivacy*-ehdotuksella täydennetään ja täsmennetään yleistä tietosuojasetusta. Viestinnän luottamuksellisuuden tehokas suoja on edellytys sananvapauden ja tiedonvälityksen vapauden harjoittamiselle ja tähän liittyville oikeuksille,

⁶⁰⁶ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuojasetus) 10.1.2017 COM (2017)10 final 2017/0003(COD).

oikeudelle henkilötietojen suojaan sekä ajatuksen, omantunnon ja uskonnon vapautteen.⁶⁰⁷

Käsite unionin ”sisämarkkinat” voidaan perussopimuksen perusteella määritellä kuuluvaksi joko unionin *yksinomaisen* tai myös unionin *jaetun toimivallan* alalle. Perussopimusten artikloiden säädöstoimivaltaa perustavat normit ovat kuitenkin monitulkintaisia⁶⁰⁸. Yksi periaate on, että Euroopan unionin yksinomaisen toimivallan alalla annettavissa säädösehdotuksissa ei ole tarpeen ottaa huomioon toissijaisuusperiaatetta lainsäädäntöperiaatteena siksi, että toimivalta tällaisella alalla kuuluu yksinomaisesti unionille⁶⁰⁹.

Toimivallan rajat ovat tulkinnanvarainen kysymys

Euroopan unionin lainsäädännön antaminen perustuu unionin perussopimukseen ja sen tavoitteisiin sekä sille tyypillisiin aineellisiin rationaliteetteihin. Euroopan unionin säädösten oikeudellisina perustoina perussopimuksen artiklat itsessään sisältävät *tavoitteellisia normeja, päämääriä ja arvoperustoja*, jotka yleensä sellaisenaan siirtyvät teleologisen, tavoitteellisen ja ohjelmallisen kaltaisen sääntelyn sisällöiksi ja säädösten käsitteiksi⁶¹⁰. Euroopan unionin perussopimuksen SEU 3 artiklan päämäärät ja artiklat, jotka on tarkoitettu säädösten oikeusperustoiksi, edistävät paitsi hyvin monia *laajoja yhteiskunnallisia kysymyksiä* myös *taloudellista tehokkuutta*. Tyypillistä on se, että perussopimuksen päämäärät, tavoitteet ja arvot ovat yleensä ennalta määrittelemättömiä ja hyvin laajoja. Ylikansallisen sääntelyn järjestelmä on lisäksi monikulttuurinen ja säädöksiä annetaan useilla kielillä, mikä vaikeuttaa yhtenäisten käsitteiden määrittelyä. Ylikansallisessa sääntelyjärjestelmässä mukana olevien useiden jäsenvaltioiden kulttuurien arvoperustoja on toisinaan jopa vaikeaa sovittaa yhteen ylikansallisessa lainsäädäntöprosessissa.⁶¹¹ Euroopan unionin perussopimus ei edelleenkään määrittele täsmällisesti unionin politiikka-alojen soveltamisalaa tai unionin toimivallan luonnetta kuin vain yleisluontoisesti. Silti säädösehdotuksissa on määriteltävä aina paitsi soveltamisala, myös säädöksen oikeusperusta⁶¹².

Lissabonin sopimuksen SEU 3 artiklan kuudes kohta sisältää määräyksiä unionin päämääristä ja toimivallan käytön periaatteista niin, että ”Unioni pyrkii tavoitteisiinsa asianmukaisin keinoin unionille perussopimuksissa annetun toimivallan mukaisesti”. Sopimukseen SEU 4 ja SEU 5 artikloihin on kirjoitettu keskeiset toimivaltaperiaatteet jäsenvaltioiden kunnioittamisesta ja vilpittömän yhteistyön periaatteesta. Lainsäädäntöteoreettisesti yksi tärkeä oikeudellinen kysymys on, missä rajoissa perussopimuksen normisto sallii unionin lainsäätäjän käyttää lainsäädäntövaltaansa. Toimivaltaperiaatteita on määritely jo 1990-luvulta alkaen Edinburghin Eurooppa-neuvostossa,

⁶⁰⁷ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuojasetus) 10.1.2017 COM (2017)10 final 2017/0003(COD), 10.

⁶⁰⁸ de Witte, 2013, konferenssiselämä; Weatherill, 2011, 831–834.

⁶⁰⁹ Ks. tästä esimerkiksi Rouvillois, 2006, 9.

⁶¹⁰ Beck, 2012, 163–174; Flückiger, 2005a, 233–248, kyse on tavoitteiden asettamisesta tiettyjen politiikkapäämäärien saavuttamiseksi.

⁶¹¹ Beck, 2012, 82–84 ja 163–166 ja 172–180 sekä 207–210; Garapon, 2009, 73–74, taloudellinen tehokkuus; Flückiger, 2009, 187–188, tehokkuusperiaate on voitu kirjoittaa myös kansallisvaltioiden perustuslakeihin; Wahlgren, 2008, 59, erilaisista lainsäädännön rationaliteeteista.

⁶¹² Joint Practical Guide, 2015, 27–28 ja 31–36.

jossa hyväksyttiin yleinen unionin toimielinten harkintavaltaa ohjaava tulkintaohje (*overall approach*) unionin toimivaltaluokittelua varten⁶¹³. Niin sanottuihin unionin systeemiin periaatteisiin kuuluva rajoitetun toimivallan periaate⁶¹⁴ on unionin toimivallan ”yardstick character” -mittatikka, jota sovelletaan kaikkien unionin elinten kaikkeen toimintaan⁶¹⁵.

Oikeuskirjallisuuden mukaan ylikansallisten organisaatioiden perussopimukset ovat epätäydellisiä ja aukollisia samalla tavoin kuin esimerkiksi valtioiden kansalliset perustuslait valtiosäännön keskeisenä sääntelynä. Euroopan unionin perussopimukseen unionin lainsäädännön perustana liittyy kuitenkin erityisiä seikkoja, perussopimusten evoluutio eli kehitys ja niiden tapa kehittyä myös oikeuskäytännön kautta. Niitä ovat integraatiomalliin liittyvät erityispiirteet eli se, että unioni ja sen toimielimet eivät noudata valtiollisen vallanjaon mukaista oppirakennelmaa vaan unioni on ylikansallinen järjestö, ja erityisesti se, että unionin ”lain” käsite on epäselvä.⁶¹⁶

Amsterdamin sopimuksen hyväksymisen yhteydessä vuonna 1997 unionin toimivaltaa säättävä luettelo jätettiin tarkoituksella yksilöimättä vaikeasti määriteltävänä laeana toimivallan muotona: ” – nature of the powers conferred are often broad and imprecise – ”. Unionin toimivaltanormit, toimivallan jako ja normit yhteisön tavoitteista (*objectives*) jätettiin tarkoituksella unionin lainsäätäjän ja viime kädessä tuomioistuimen ratkaistavaksi. Rajoitetun toimivallan periaatteen lähtökohtana on, että unionin lainsäätäjän toimivallan peruste ja myös lainsäädäntöä legitimoiva ovat muodollisessa mielessä perussopimuksessa: ”The legislature of the Community can therefore act only in so far as the Treaties expressly confer power on it.” Implisiittisen kaltainen ”tavoitteellinen” toimivaltaa on periaatteessa suljettu pois tämän sopimuskohtan sanamuodon määritelmällä.⁶¹⁷

Lissabonin sopimus sisältää säännökset unionin toimivallan jaottelusta ja toimivallan alasta,⁶¹⁸ periaatteet unionin ja jäsenvaltion kanssa jaetusta toimivallasta ja sen käyttämisestä, yhteen sovittavasta toimivallasta talous- ja työllisyyspolitiikan alalla⁶¹⁹. Sopimukseen on kirjoitettu säännökset toimivallasta ulko- ja turvallisuuspolitiikan ja yhteisten puolustuspolitiikan alalla, jäsenvaltioiden toimintaa tukevasta, yhteen sovittavasta ja täydentävästä toimivallasta, joka ei syrjäytä jäsenvaltioiden toimivaltaa näillä aloilla.⁶²⁰ Lissabonin sopimuksen jälkeen annetun tapauksen yhteydessä C-658/11 *Euroopan parlamentti v. Euroopan unionin neuvosto* kuitenkin todetaan, ettei Lissabonin sopimuksen voimaantulo ole poistanut tarvetta tutkia ja rajata jatkossakaan tuo-

⁶¹³ Conclusions of the Presidency, Edinburgh, December 12, 1992, Overall approach to the application by the Council of the subsidiarity principle and article 3b of the Treaty on European Union, SN 456/92, Annex 1 to part A.

⁶¹⁴ Beck, 2012, 202–205.

⁶¹⁵ Rouvillais, 2006, 9; von Bogdandy–Bast, 2006, 338; Boulouis, 1993, 225–231; Ks. kehityksestä kansallisista asiakirjoista KM 1994:4, 85–86, myös E 66/2002 vp.

⁶¹⁶ Beck, 2012, 163–164 ja 168–174, 195; Bieber–Amarelle, 2000, 219–242.

⁶¹⁷ Weatherill, 2011, 847–848; Dausés, 1999, 72–73.

⁶¹⁸ SEUT 2 art. ja SEUT 3 art. .

⁶¹⁹ SEUT 5 art., SEUT 2 art., jota SEUT 5 art. täsmentää.

⁶²⁰ SEUT 6 art. ja SEUT 2 art, ei syrjäyttävää vaikutusta. SEUT 2 art. säädökset eivät merkitse jäsenvaltioiden lakien ja asetusten yhdenmukaistamista.

mioistuimessa Euroopan unionin politiikkojen soveltamisaloja⁶²¹. Perussopimuksen tulkinnanvaraiset toimivaltanormit ovat yksi tärkeä syy, joka aiheuttaa oikeudellista epävarmuutta lainsäädännössä. Palaan tähän problematiikkaan luvussa kuusi, jossa tarkastelen unionin jälkilainsäädännöllistä vaihetta.

4.3.2 Evaluaatiometodi säädösten oikeudellisen perustelun tukena

Lainsäädännössä evaluaatioon perustuva tieto on tärkeää paitsi lainsäädännön tehokkuuden myös lainsäädännön *tavoitteiden legitimiisyyden ja suunniteltujen keinojen hyväksyttävyyden arvioimiseksi*. Jos unionin lainsäätäjät pyrkii sitomaan lainsäädännöllä säädöksiä soveltavan tahon harkintavaltaa, edellyttää se, että lainsäätäjät mahdollisimman hyvin jo ennalta ottaa huomioon ne toimijat, joille *lainsäädännöstä* aiheutuu *seurauksia*. Toimijoilla tarkoitetaan sekä luonnollisia henkilöitä että oikeushenkilöitä. Lainsäädännön näkökulmasta julkisen vallan tehtävänä on sääntelyn keinoin tasapainotella sen negatiivisen aspektin, joka tarkoittaa yksilön oikeuksiin ja vapauksiin puuttumista, ja toisaalta sen positiivisen aspektin, että perusoikeuksia turvataan, välillä. Positiivinen aspekti voi edellyttää valtion ryhtymistä lainsäädännöllisiin toimenpiteisiin oikeuden olemassaolon turvaamiseksi.⁶²² Yleisen tietosuojasetuksen ja *ePrivacy*-asetusehdotuksen ero on, että ensin mainittu säätelee luonnollisten henkilöiden suojasta ja jälkimmäisen on määrä sisältää säännöksiä sekä luonnollisten henkilöiden että oikeushenkilöiden oikeuksien suojasta.

Toissijaisuus metodisena kysymyksenä

Wintgensin määritelmän mukaan todellisuus, *Wirksamheit*, asettaa monia vaatimuksia lainsäätäjän työlle ja erityisesti esilainsäädännöllisen vaiheen lainvalmistelulle. Modernille lainsäädäntöympäristölle on ominaista nopea tekninen, yhteiskunnallinen, poliittinen ja taloudellinen muutos. Todellisuutta eli faktuaalisuutta tutkivien yhteiskuntatieteiden menetelmien ja oikeuden normin voimassaolokäsitteen välillä on sama ero kuin on *Sein-* ja *Sollen-*tilojen välillä⁶²³. Esilainsäädännöllinen vaihe tarkastelee evaluaation menetelmien avulla annettavaksi tarkoitettua sääntelyn tarpeellisuutta, sen *lisäarvoa*.

Aina tulisi myös pohtia sitä mahdollisuutta, onko kaikki sääntely tarpeellista.⁶²⁴ Euroopan unionissa esimerkiksi REFIT-sopivuuksiarvioinnit ja vaikutusarvioinnit käsittelevät tätä kysymystä. Yhtenä vaihtoehtona pohditaan, onko oikeudellisen sääntelyn sijaan perusteltua tukeutua ei-oikeudellisesti sitoviin toimiin, kuten ohjaukseen, itsesääntelyyn tai muihin vastaaviin toimiin. Yhtenä vaihtoehtona tässä yhteydessä on sääntelyalan säädösten kumoaminen ja korvaaminen uudella lainsäädännöllä.⁶²⁵

Oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa on esitetty lainsäädäntöteoreettisesti kiinnostava ja erityisesti lainvalmisteluun liittyvä kysymys, miten lainsäädännön tavoitteet ja toiminnan suunta on valittu siinä tilanteessa, jossa tarjolla on ollut useita mahdollisia,

⁶²¹ Julkisasiamies Bot ratkaisuehdotuksessaan 30. tammikuuta 2014, asiassa C-658/11 Euroopan parlamentti v. Euroopan unionin neuvosto, ECLI:EU:C:2014:41, kohta 2.

⁶²² Hirvelä—Heikkilä, 2013, 360.

⁶²³ Wintgens, 2013, 22—26; Flückiger, 2007, 86—88.

⁶²⁴ Wintgens, 2004, 313.

⁶²⁵ Euroopan komissio, Bryssel 10.1.2017, SWD (2017)4 final.

lainmukaisia, myös legitiimeinä ja hyväksyttävänä pidettyjä erilaisia vaihtoehtoja.⁶²⁶ Kysymykseen ei ole olemassa yksiselitteistä vastausta.

Euroopan unionissa evaluaatio-käsitteen alla toteutetaan sekä REFIT-jälkiarviointeja eli "fitness-checks"-sopivuusarviointeja että vaikutusarviointeja. Evaluaatio unionin oikeusjärjestyksessä voi olla luonteeltaan niin sanottua säädöksen REFIT-arviointia (Regulatory Fitness and Performance Programme) eli yksityisiin kohdistuvan sääntelytaakan vähentämistä, *fitness checks*-evaluaatiota eli laajemman sääntelykokonaisuuden johdonmukaisuuden arviointia.⁶²⁷

Esimerkiksi ehdotuksessa Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä eli *ePrivacy*-asetusehdotuksen REFIT-jälkiarviointinnissa ja *vaikutusten arvioinnissa* todetaan tässä tapauksessa Euroopan unionin sääntelystä saatavasta lisäarvosta siten, että koska sähköinen viestintä on maailmanlaajuisista, sääntelyn ongelmat ovat yksittäistä jäsenvaltiota laajempia. Ongelmana on myös se, että viestinnän luottamuksellisuutta koskevien kansallisten säädösten laajuus ja sisältö vaihtelevat suuresti.⁶²⁸

Voimassa olevan sääntelyn ongelmia ovat mainittujen arvioiden mukaan olleet muun muassa lainsäädännön hajanaisuus ja toisistaan poikkeavat oikeudelliset tulkinnot, epäselvät ja vanhentuneet säännökset. Sähköisen viestinnän sääntelyalan tavoitteena REFIT-sopivuusarvioinnin ja vaikutusarviointien perusteella on nähty tarve yhdenmukaistaa oikeudellista kehitystä, tehokasta tapaa suojata sähköisen viestinnän luottamuksellisuutta ja ei-toivottua markkinointia⁶²⁹. Alan sääntely on arvioitu tuottavan myös lisäarvoa.

Lainsäädännön evaluaation yhteydessä oikeusvaltiollisuus (rule of law) on yksi tärkeä aspekti, joka erottaa lainsäädännön evaluaation aivan omaksi lajikseen muuntuyppisistä evaluaatioista, kuten Euroopan unionissa harjoitettavista erilaisista ohjelmaarvioinneista⁶³⁰. Oikeusvaltiollisuutta ja hyväksyttävyyttä sääntelyn ideaalina korostaa erityisesti unionin lainsäädännön ja perusoikeusjärjestelmän yhteensovittaminen.

4.4 PERUS- JA IHMISOIKEUDET METODISENA KYSYMYKSENÄ

4.4.1 Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmän käsite

Perus- ja ihmisoikeusperiaatteet tarkoittavat periaatteina normeja, joita pitää noudattaa lainsäädännössä vähimmäisstandardeina. Perusoikeuskirjan periaatteita on perusoikeuskirjasta annetun ohjeen mukaan noudatettava, ja niitä voidaan panna täytäntöön lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttävien säädösten tai täytäntöönpa-

⁶²⁶ Hofmann, 2010, 72.

⁶²⁷ Better Regulation Guidelines, Brussels, 7 July 2017 SWD(2017) 350, 5 ja 7.

⁶²⁸ Euroopan komissio, Bryssel 10.1.2017, SWD(2017)4 final.

⁶²⁹ SWD(2017)4 final.

⁶³⁰ Mader, 2001, 23.

nosäädösten avulla.⁶³¹ Euroopan unionin perusoikeuskirjan periaate normityyppinä ei ole aina sillä tavoin itsenäinen, että sitä voitaisiin soveltaa sellaisenaan yksityiseen unionin toimivaltaan kuuluvalla politiikka-alalla. Euroopan unionin perusoikeuskirjan periaatteita on tarkoitus toteuttaa perusoikeuskirjan 52 artiklan viidennen kohdan mukaan unionin lainsäädännöllä ja esimerkiksi unionin direktiiveillä, joita implementoidaan jäsenvaltion kansalliseen lainsäädäntöön⁶³². Esimerkiksi Euroopan unionin yleinen tietosuoja-asetus ([EU] 2016/679) on *lex generalis* -tyyppinen normi, joka esimerkiksi konkretisoi ja säätää Euroopan unionin perusoikeuskirjan 8 artiklan ja perussopimuksen SEUT 16 artiklan määräyksiä ”jokaisen oikeudesta henkilötietojensa suojaan”. Eri asia siitä on *ePrivacy*-asetusehdotus. Sillä uudistetaan voimassa olevaa Euroopan unionin yksityisyyden suojaa sähköisessä viestinnässä säätävää direktiiviä (2002/58/EY). Asetusehdotuksella on tarkoitus konkretisoida yksityisyyden suojan oikeutta sähköisessä viestinnässä, joka tarkoittaa myös modernien palvelumuotojen käyttöönottoa ja uusia tekniikoita. Asetusehdotuksella konkretisoidaan unionin oikeuden ylemmänasteista normistoa, perusoikeuskirjan 7 artiklan yksityisyyden suojan oikeuden normistoa. Tämä unionin johdannaisen oikeuden asetuksen säädöksen avulla on määrä toteuttaa ”yksityiselämän kunnioittamista” koskeva perusoikeus, joka turvataan Euroopan unionin perusoikeuskirjan 7 artiklassa.⁶³³

Komissio on antanut *ePrivacy*-asetusehdotuksen unionin toimielinten käsiteltäväksi tammikuussa 2017⁶³⁴.

Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmän terminologia ei ole vakiintunutta eurooppalaisessa valtiosäännössä. Kirjallisuudessa tästä on käytetty termiä ”fundamental rights”, suomeksi käännettynä se tarkoittaa joko perustavanlaatuisia oikeuksia tai perusoikeuksia⁶³⁵. Unionin tuomioistuin käyttää synonyymeinä käsitteitä perusoikeus ja perustavanlaatuinen oikeus (”fundamental rights”) sekä myös yleiset periaatteet eli ”general principles”-käsitettä. ”Fundamental rights”-perusoikeudet tai perustavanlaatuiset periaatteet ovat yksi yleisten periaatteiden alakategoria⁶³⁶. ”Fundamental rights” -käsitteen tarkoittamat oikeudet ja velvollisuudet on oikeuskirjallisuudessa määritelty osaksi Euroopan unionin yleisiä oikeusperiaatteita (”general principles in European Union law”)⁶³⁷.

Unionin oikeuden yleiseksi oikeusperiaatteiksi on määritelty yhdenvertaisuuden, syrjintäkiellon periaate, Euroopan unionin perusoikeuksien kunnioittamisen periaa-

⁶³¹ Euroopan unionin virallinen lehti 14.12.2007, C 303/35, Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset (2007/C 303/02).

⁶³² Julkisasiamies Villalón 18. heinäkuuta 2013 asiassa C-176/12 *Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT*, ECLI:EU:C:2013:491, kohta 60.

⁶³³ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuoja-asetus) 10.1.2017 COM (2017)10 final 2017/0003(COD), 2.

⁶³⁴ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuoja-asetus) Bryssel, 16.1.2017 (OR. eng) 5358/17, toimielinten välinen asia: 2017/ 0003 (COD).

⁶³⁵ Beck, 2012, 166–168; aikaisemmin ks. Metropoulos, 1992, 132–134; deWitte, 1991, 10–13; myös Temple Lang, 1991

⁶³⁶ T-43/02 *Jungbunzlauer AG v. Euroopan komissio*, yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomio, Kok. 2006 II 03435, ECLI:EU:T:2006:270, kohta 74.

⁶³⁷ Beck, 2012, 168–171; Isola-Miettinen, 2009, 157–163; Ks. Lenaerts–Van Nuffel, 2005, 719–720; Schermers–Waelbroeck, 2001, 38–41.

te sekä sellaiset unionin periaatteet kuin ensisijaisuuden periaate tai vertikaalisen välittömän vaikutuksen periaate.⁶³⁸ Osa unionin oikeuden yleisistä periaatteista on määriteltäviä konstitutionaalisiksi periaatteiksi, osa perustavanlaatuisiksi periaatteiksi. *Määrittelen tässä perustavanlaatuiset periaatteet Euroopan unionin oikeusjärjestyksen ytimeen kuuluviksi perusoikeuksiksi, joita ovat unionin liikkuvuusvapaudet sekä kansalaisuuden perustuva syrjinnän kieltö.*

Kansalaisuuteen perustuva syrjinnän kiellolla on kytkentä unionin oikeuden taloudellisiin perusvapauksiin (liikkuvuusvapaudet). Kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltö periaatteena merkitsee sitä, että unionin kansalaiset voivat harjoittaa perussopimuksen normiston tarkoittamia taloudellisia vapausoikeuksia unionissa⁶³⁹. Oikeudellisen ulottuvuuden näkökulmasta unionin oikeusjärjestyksen kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaate on oikeudelliselta statukseltaan yksi tärkeä unionin rakenneperiaate.

Lissabonin sopimuksessa kansalaisuus-käsite on kirjoitettu sekä Euroopan unionin perussopimuksen artikloihin että Euroopan unionin perusoikeuskirjan V luvun artikloihin otsakkeella ”kansalaisten oikeudet”.⁶⁴⁰ Jäsenvaltioiden kansalaisten nauttimat unionin oikeudet ja velvollisuudet välittyvät lähtökohtaisesti Euroopan unionin jäsenvaltion kansalaisuutta määrävän normiston ja unionin jäsenvaltion lainsäädännön määräämällä tavalla.⁶⁴¹ Ennakkoratkaisuissa *Michelletti* ja *Kaur* unionin tuomioistuin totesi, että

”valtion kansalaisuudesta säätäminen ja kansalaisuuden saamista koskevat ehdot kuuluvat kansainvälisen oikeuden mukaan kunkin jäsenvaltion toimivaltaan, jota toimivaltaa on kuitenkin käytettävä Euroopan yhteisön oikeutta noudattaen”⁶⁴².

Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmän oikeuksia, vapauksia ja periaatteita on määriteltäviä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Lähtökohta Euroopan unionin perusoikeuskirjan artikloiden sisällön määrittelyssä on, että perusoikeuskirjan yksittäiset artikkelit oikeudelliselta statukseltaan rinnastuvat Euroopan unionin pääperiaatteiden normeihin⁶⁴³.

Lainsäädännön näkökulmasta unionin perusoikeusjärjestelmän yksi tärkeä oikeudellinen perusta on perussopimuksen SEUT 6 artiklan 2 kohdassa ja Euroopan unionin perusoikeuskirjan normistossa.

Lainsäädännön näkökulmasta on tärkeää, että oikeusvaltiollisena vaatimuksena julkinen valta, kuten lainsäätäjät tai tuomioistuin, ei saa loukata tai rajoittaa unionin perustavanlaatuisia periaatteita. Kaikenlaisia perustavanlaatuisten oikeuksien rajoit-

⁶³⁸ Beck, 2012, 194–196.

⁶³⁹ Isola-Miettinen, 2009, 156–157; Isola-Miettinen, 2004, 44–45.

⁶⁴⁰ EUVL 16.12.2007/C 303/01

⁶⁴¹ Isola-Miettinen, 2004, 44–45; Ks. Julkisasiamies Léger, ratkaisuehdotus 7. marraskuuta 2000 asiassa C-192/99 *The Queen v. Manjit Kaur*, ECLI:EU:C:2000:602, ratkaisuehdotuksen kohta 27; Schachter, 1991, 320, kansalaisuus-käsite (citizenship, citizen) ei tarkoita henkilön tai oikeushenkilön kansallista alkuperää, vaan tämän oikeudellista asemaa tietyssä oikeusjärjestyksessä.

⁶⁴² C-192/99 *The Queen v. Manjit Kaur*, Kok. 2001 I 01237, ECLI:EU:C:2001:106, kohdat 19 ja 21; Ks. C-369/90 *Michelletti* Kok. 1992 I 4239, ECLI:EU:C:1992:295, kohta 10 ja 15; Ks. Garth, 1986, 103–108 ja 108–111, myös 116–117, Yhdysvaltain kansalaisuudesta säädetään liittovaltion lailla, EU:ssa tällaista yhteistä lainsäädäntöä ei ole.

⁶⁴³ EUVL 2010/C 83/02.

tuksia pitää aina tarkastella suhteessa hyväksytyihin rajoitusperusteisiin ja huomioiden tointen välttämättömyys suhteessa toteutettaviin tavoitteisiin niin, ettei rajoitus loukkaa kyseisen oikeuden aineellista sisältöä.⁶⁴⁴

Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmän autonomisuus

Euroopan unionin lainsäädäntöä arvioidessaan Euroopan unionin tuomioistuin on monessa tapauksessa korostanut Euroopan unionin perusoikeuskirjan autonomisuutta. Tästä on todettu tapauksessa C-203/15 ja C-698/15 *Tele2 Sverige AB vs. Post- och telestyrelsen ja Secretary of State for Home Department vs. Tom Watson ym.*, joka koski sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin (2002/58/EY, muut, 2009/136/EY) 15 artiklan tulkintaa, lähtökohtana perusoikeuskirjan 7 artikla ja 8 artikla sekä 52 artiklan 1 kohta. Euroopan unionin tuomioistuin toteaa, että vaikka SEU 6 artiklan 3 kohdassa vahvistetun tavoin Euroopan ihmisoikeussopimuksessa tunnustetut perusoikeudet ovat osa unionin oikeutta yleisinä periaatteina, kyseistä sopimusta ei voida pitää muodollisesti unionin oikeusjärjestyksen sisältyvänä oikeudellisena välineenä niin kauan kuin unioni ei ole liittynyt siihen. Tämä tarkoittaa sitä, että unionin säädösten ja tässä tapauksessa unionin direktiivin pätevyyttä on siten tutkittava *vain* unionin perusoikeuskirjan perusoikeuksien perusteella.⁶⁴⁵

Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmässä tärkeä Euroopan unionin perusoikeuskirja, *Charter of Fundamental Rights of European Union (CFR)*, hyväksyttiin Strasbourgissa 12. joulukuuta 2007. Perusoikeuskirjan artikloiden sisältö asiallisessa mielessä ja Euroopan unionin perusoikeuskirjan osoittamalla tavalla osin tukeutuu Euroopan ihmisoikeussopimuksen (*European Convention of Human Rights, ECHR*) normeille. Euroopan unionin perusoikeuskirjan normiston selitykset perustuvat pitkälti Euroopan unionin tuomioistuinten aikaisemmalle oikeuskäytännölle. Euroopan unioni ei ole muodollisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen jäsen⁶⁴⁶.

Jo vuonna 1975 Euroopan unionin parlamentti vaati Euroopan yhteisöä laatimaan oman perusoikeusluettelon⁶⁴⁷. Euroopan parlamentti, Euroopan unionin neuvosto ja Euroopan yhteisöjen komissio ovat sen jälkeen vuonna 1977 yhteisellä julistuksella ilmaisseet tavoitteitaan kyseisen yleissopimuksen säännöksiin sitoutumisesta.⁶⁴⁸ Yleissopimuksen oikeudellinen merkitys on siinä, että se sitoo kaikkia Euroopan unionin jäsenvaltioita.⁶⁴⁹ Euroopan unionin tuomioistuin on 1960-luvun lopulta käyttänyt tul-

⁶⁴⁴Beck, 2012, 175–180; Hartley, 2003, 133–157; Boulois, 1993, 205–213; Lenaerts, 1993, 7, *no-discrimination principle*; Ks. Krogsgaard, 1993, 101–102.

⁶⁴⁵C-203/15 ja C-698/15 *Tele2 Sverige AB vs. Post- och telestyrelsen ja Secretary of State for Home Department vs. Tom Watson ym.*, ECLI:EU:C:2016:970, kohdat 126 ja 127 ja siinä mainittu oikeuskäytäntö.

⁶⁴⁶Memorandum of the President of the European Court of Human Rights to the States with a View to preparing the Interlaeken Conference, 3. July 2009.

⁶⁴⁷Tästä jo van den Berghe, 1982, 28.

⁶⁴⁸van den Berghe, 1982, 22–23 ja 24–25.

⁶⁴⁹Kanninen, 1997, 1145–1149. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen lausunto 28.3.1996, Euroopan yhteisöllä ei ole toimivaltaa liittyä Euroopan ihmisoikeussopimukseen ilman perustamissopimuksen muuttamista. Lausuntopyyntöä liittymiskysymys osoittautui monelta osin ongelmalliseksi. Tuomioistuin päätyi tutkimaan lausuntopyyntöä toimivaltakysymyksenä. Sen sijaan sopimuksen alaan kuuluvat asialliset kysymykset, kuten Euroopan ihmisoikeussopimuksen yhteensopivuuden perustamissopimuksen määräysten kanssa, yhteisöjen tuomioistuin jätti tutkimatta.

kinnoissaan perusteluina ihmisoikeussopimuksen normistoa.⁶⁵⁰ Normisto on oikeuskirjallisuudessa myös määritelty osaksi Euroopan unionin yleisiä oikeusperiaatteita ("general principles in European Union law")⁶⁵¹.

Maininta perus- ja ihmisoikeusnormeista sisällytettiin vuonna 1986 laaditun päämääräoikeuden tasoisen Euroopan yhtenäisyysasiakirjan (*European Single Act*) johdantoon. Perus- ja ihmisoikeusnormit mainitaan vuonna 1992 laaditun Maastrichtin sopimuksen EU 6 (2) artiklassa. Unionin perussopimuksen SEU 6 (2) artiklan mukaan unioni tunnustaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen oikeudet, vapaudet ja periaatteet niin kuin ne on kirjoitettu Euroopan unionin perusoikeuskirjaan. Unionin on ollut määrä liittyä myös Euroopan ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehtyyn eurooppalaiseen yleissopimukseen.

Muodollisesti Euroopan unioni ei ole Euroopan ihmisoikeussopimuksen osapuoli. Tuomioistuin on 90-luvulla lausunnossaan (*opinion*) unionin liittymisestä Euroopan ihmisoikeuksia ja perusvapauksia suojelevaan yleissopimukseen päätyneen perussopimuksen EY 5 artiklan tulkinnassa *kielellisen eli lingvistisen argumentin* perusteella kieltäneen lausuntoon. Euroopan ihmisoikeussopimuksen alan, erityisesti sen "tavoitteiden ja sisällön" ei ole tulkittu kuuluvan minkään unionin ja sitä edeltäneen Euroopan yhteisön yleisenkään perustamissopimuksen artiklan sääntelyalan "tavoitteisiin", ei edes perustamissopimuksen niin sanotun joustoartiklan eli artiklan (EY) 235 ja sittemmin saman (EY) 308 artiklan ja Lissabonin sopimuksessa vastaavan (SEUT) 352 artiklan alaan. Liittyminen yleissopimukseen ei unionin tuomioistuimen lausunnon mukaan olisi sinänsä edellyttänyt perussopimuksen normien muuttamista.⁶⁵²

Vaikka Lissabonin sopimus mahdollisti unionin liittymisen Euroopan ihmisoikeussopimukseen, Euroopan unionin tuomioistuin lausunnossaan (*opinion*) hylkäsi komission ehdotusluonnoksen siitä.⁶⁵³

Euroopan unionin perusoikeuskirjaan on kirjoitettu vapauksia, oikeuksia ja periaatteita, jotka ovat samoja kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksen sääntöjärjestelmän normit. Eräiden tällaisten oikeuksien ehdottomuudesta on lausuttu Euroopan unionin perusoikeuskirjan selityksissä. Selitysten perusteella esimerkiksi Euroopan unionin perusoikeuskirjan 1 artiklan ihmisarvo on kaikkien oikeuksien perusta. Mitään perusoikeuskirjassa vahvistetuista oikeuksista ei sallita käyttää toisen ihmisen arvon loukkaamiseen. Ihmisarvo kuuluu tässä perusoikeuskirjassa vahvistettuihin olennaisiin oikeuksiin. Sitä ei saa loukata myöskään silloin, kun jotain muuta oikeusperiaatetta rajoitetaan.⁶⁵⁴ Euroopan unionin perusoikeuskirjan selityksissä on määritelty, että ihmisarvo (*dignity of human person*) ei ole itsessään vain perustavanlaatuisen oikeus (fundamental right), vaan se perustaa ja konstituoii perustan perustavanlaatuisille oikeuksille (*constitutes the real basis of fundamental rights*). Tässä merkityksessä sillä

⁶⁵⁰ van den Berghe, 1982, 25–30, ensimmäinen *C-29/69 Erich Stauder v. City Ulm — Sozialamt*, ennakkoratkaisupyynnö, Kok. Ep I 00419, ECLI:EU:C:1969:57, kohta 7, jossa ihmisille kuuluvat perusoikeudet tulkittiin kuuluvaksi yhteisön oikeuden periaatteisiin ja joiden noudattamista yhteisöjen tuomioistuin varmistaa.

⁶⁵¹ Beck, 2012, 168–171; Lenaerts—Van Nuffel, 2005, 719–720; Schermers—Waelbroeck, 2001, 38–41.

⁶⁵² Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen lausunto 28 päivänä maaliskuuta 1996. Yhteisöjen liittyminen ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehtyyn yleissopimukseen. *Lausunto 2/94*, Kok. 1996 I 01759, ECLI:EU:C:1996:140, kohdat 3 ja 6.

⁶⁵³ Euroopan unionin tuomioistuimen lausunto (*Opinion*) 2/13, täysi kokoonpano, (*Full Chamber*), ECLI:EU:C:2014:2454, 18. joulukuuta 2014.

⁶⁵⁴ EUVL 14.12.2007 C 303/17.

viitataan ihmisoikeuksien julistukseen (*Universal Declaration of Human Rights*, 1948), jossa ihmisarvon käsitettä on kirkastettu:

“Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world.”

Ihmisarvon oikeutta on selkeytetty tuomiossa *C-377/98 Alankomaat v. Euroopan parlamentti ja Euroopan neuvosto* vuonna 2001. Tuomioistuimissa tässä tuomioissa vahvisti, että perustavanlaatuisen oikeus ihmisarvoon on osa Euroopan unionin oikeutta (fundamental right to human dignity is part of Union law)⁶⁵⁵.

Euroopan unionin perusoikeuskirjan määräysten soveltamisalaa ja oikeudellista luonnetta on määritelty perusoikeuskirjan artikloissa. Perusoikeuskirjan EUP artiklan 51 (2) mukaan Euroopan unionin perusoikeuskirjalla ei uloteta unionin oikeuden soveltamisalaa unionin toimivaltaa laajemmaksi ja perusoikeuskirjalla ei luoda uutta toimivaltaa ja uusia tehtäviä. Sama artikla EUP 51 (2) säätää myös siitä, ettei unionin perusoikeuskirjalla muuteta perussopimuksissa määriteltyjä toimivaltuuksia ja tehtäviä. Tässä on selitysten mukaan nimenomaisesti mainittu se, mikä loogisesti aiheutuu toissijaisuusperiaatteesta ja siitä, että unionilla on vain sille annettua toimivaltaa. Selitysten mukaan sanottu periaate pätee myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan 52 (2) kohtaan sekä perusoikeuskirjan 52 (5) kohdan toimivaltaan, samoin kuin EUP 52 (6) kohdan tarkoittamiin Euroopan unionin perusoikeuskirjan säännöksiin, joissa viitataan toissijaisuusperiaatteen mukaan kansallisiin lainsäädäntöihin ja käytäntöihin.⁶⁵⁶

Artiklan EUP 51 (2) kohdassa viitataan nimenomaisesti toissijaisuusperiaatteesta johtuvaan unionin toimivaltaperusteeseen. Euroopan unionin perusoikeuskirjalla ei siitä annetun selityksen mukaan ”saa” ulottaa unionin oikeuden soveltamisalaa perustamissopimuksessa annettua toimivaltaa laajemmalle. Artiklan selityksessä viitataan tässä yhteydessä unionin tuomioistuimen vahvistamaan sääntöön unionin oikeudeksi tunnustettujen perusoikeuksien osalta sekä tapaukseen *Grant*. Tässä tapauksessa *Grant*, joka liittyy perhesuhteisiin, Euroopan unionin tuomioistuimissa ja tuolloin vielä yhteisöjen tuomioistuimissa, vuonna 1998 antamassaan tuomiossa lausuu, että vaikka

*“yleisten periaatteiden oleellisen osan muodostavien perusoikeuksien kunnioittaminen onkin edellytys yhteisön säädösten lainmukaisuudelle, näillä perusoikeuksilla ei itsessään kuitenkaan voi olla perustamissopimuksen määräysten soveltamisalaa yhteisön toimivallan ulkopuolelle laajentavaa vaikutusta”.*⁶⁵⁷

Tapauksessa *Grant* on vedottu ihmisoikeussopimuksen yhdenvertaisuus- ja yleisen syrjintäkiellon perusoikeussääntöön. Unionin tuomioistuimissa on tässä tapauksessa perustellut tulkintaansa sillä, ettei perus- ja ihmisoikeuksilla voi olla unionin perussopimuksen määräyksien sisältöä ja unionin tavoitteita laajentavaa vaikutusta. Perus- ja ihmisoikeuksien ei siten sallita laajentaa unionin perussopimuksen soveltamisalaa.⁶⁵⁸

⁶⁵⁵ *C-377/98 Alankomaat v. Euroopan unionin parlamentti ja Neuvosto*, Kok. 2001 I 7079I, ECLI:EU:C:2001:523, 70–77.

⁶⁵⁶ EUVL 14.12.2007 C 303/34–35.

⁶⁵⁷ *C-249/96 Lisa Jaqueline Grant v. South-West Trains Ltd.*, Kok. 1998 I 00621, ECLI:EU:C:1998:63, kohta 45.

⁶⁵⁸ *C-249/96 Lisa Jaqueline Grant v. South-West Trains Ltd.*, tuomio, kohta 45.

Euroopan unionin perusoikeuskirjassa todetaan, että se ilmaisee vapauksia, oikeuksia ja periaatteita. Euroopan unionin perusoikeuskirjan 52 artiklan viidennen kohdan mukaan Euroopan unionin säädöksillä tulee täsmentää perusoikeuskirjan periaatteen sisältöä riittävästi siten, että se voi saada itsenäisen merkityksen ja että se ilmaisee sellaisen oikeuden, jonka tuomioistuin voi tunnistaa oikeudeksi. Täsmennystehtävä on siten osoitettu lainsäätäjälle. Niillä säädöksillä, joilla pannaan täytäntöön perusoikeuskirjan periaatteita, tarkoitetaan periaatteiden normatiivista täytäntöönpanoa.⁶⁵⁹

Euroopan unionin perusoikeuskirjan periaatteet ovat nimenomaisesti lainsäädännöllä täsmennettäviä normeja, joilla on myös jokin objektiivisesti rajattu soveltamisala ja jotka ovat luonteeltaan finalistisia eli tiettyihin asiointiloihin pyrkiviä⁶⁶⁰. Esimerkiksi yleinen tietosuoja-asetus ([EU] 2016/679) konkretisoi perusoikeuskirjan 8 artiklan oikeutta henkilötietojen suojaan. Oikeus siihen on tosin todettu myös perussopimuksen normistossa. Perusoikeuskirjan artikloita luonnehditaan unionille osoitetuiksi tehtäviksi niin, että esimerkiksi perusoikeuskirjan EUP 37 artiklan mukaan ympäristönsuojelun korkea taso ja ympäristön laadun parantaminen on sisällytettävä unionin politiikkoihin ja siten varmistettava kestävä kehityksen mukaisesti. Perusoikeuskirjan periaatteilla on yhtymäkohta muussa Euroopan unionin perussopimuksen normistossa ja esimerkiksi mainittu artikla EUP 37 edellyttää unionin ja jäsenvaltion lainsäätäjän toimenpiteitä. Perusoikeuskirjan artiklat eivät periaatteina ilmaise varsinaisesti oikeuksia. Kun perusoikeuskirjan normit on kirjoitettu periaatteiksi, ei sitä voida tulkita muuksi kuin julkiselle vallalle osoitetuksi tehtäväksi, jolla se toteuttaa toimet oikeuksien takaamiseksi.⁶⁶¹

Lainsäädännön normityypin käsitettä silmälläpitäen oikeusperustaisiksi (rights-based) normeiksi kategorisoidun normimallin normit ovat yleensä periaatteina tavoitteellisia ja suuntaa-antavia siten, ettei niiden avulla esimerkiksi toimintanormien (action-norms) sääntöjen tavoin ole mahdollista ilmaista tarkasti edellytettävää käyttäytymistä⁶⁶². Tämä pätee lainsäädännössä esimerkiksi Euroopan unionin perusoikeuskirjan 7 artiklan yksityisyyden suojan oikeutta määrävän normistoon, jolla on yhtymäkohta Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan normeihin.

4.4.2 PERUSOIKEUSJÄRJESTELMÄN VAIKUTUSARVIOINNIT LAINSÄÄDÄNNÄN METODINA

Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä lainsäädännölle on asetettu sekä menettelyllisiä että aineellisia yleisiin periaatteisiin perustuvia vaatimuksia.⁶⁶³ Yleinen ja myös kirjallisuudessa hyväksytty lähtökohta on, että lainsäädännön aineellinen hyväksyttävyys perustetaan perustuslakien tai kansainvälisten sopimusten perus- ja ihmisoikeusnormeihin, ja esimerkiksi yksi keskeinen hyväksyttävyyttä tarkoittava arvoperus-

⁶⁵⁹ Julkisasiamies Villalón 18. heinäkuuta 2013 asiassa C-176/12 *Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT*, ECLI:EU:C:2013:491, kohta 62.

⁶⁶⁰ Julkisasiamies Villalón asiassa C-176/12 *Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT*, ehdotuksen kohta 50.

⁶⁶¹ Julkisasiamies Villalón asiassa C-176/12 *Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT*, ehdotuksen kohta 54.

⁶⁶² Sartor, 2010, 175–215

⁶⁶³ Esteban, 1999, 160–176.

te on ihmisarvon jakamattomuus ja luovuttamattomuus⁶⁶⁴. On tärkeää, että säädösten aineelliset tavoitteet ovat legitiimejä ja sisältö hyväksyttävää siten, että myös perus- ja ihmisoikeusnormiston asettamat vaatimukset on otettu huomioon standardeina lain-säädännässä.⁶⁶⁵

Edellä määrittelin unionin sääntelykehiksen tyypillisiä toimijoita, joita ovat luonnolliset henkilöt, oikeushenkilöt ja kansallinen, unionin tai kolmannen valtion viranomainen. Edellä määrittelin myös Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmän käsitettä. Euroopan unionissa on tärkeää erottaa perussopimuksen tarkoittama unionin perusoikeusjärjestelmä, joka korostaa unionin oikeuden *liikkuvuusvapauksia* sekä *perus- ja ihmisoikeusnormisto*, jotka ovat Euroopan unionin perustana olevia arvoja ja joita unioni kunnioittaa (SEU 2 artikla).

Esimerkiksi tietoyhteiskunnan sääntelykehiksestä erityisesti *tietojen liikkuvuutta säättävässä oikeudellisessa sääntelykehiksessä* perusoikeuksia on arvioitu seuraavasti (taulukko 7):

Taulukko 7. Perusoikeuksen vaikutusarviointimetodi tietojen liikkuvuuden sääntelykehiksessä.

Direktiivi sähköisestä kaupankäynnistä (EY)2000/31	Sähköisen viestinnän tietosuoja-direktiivi (2002/58/EY)	Sisämarkkina-palveludirektiivi (EY) 2006/123 (perusoikeus-arvio perustuu säädöksen täytäntöön-panoarvioon)	Poliisidirektiivi (EU) 2016/680	Yleinen tietosuoja-asetus (EU) 2016/679
Ei systemaattista perusoikeus-arviointia, täsmennyksiä tehtiin säädösehdotuksen käsittelyn kuluessa legiislatiivisessa eli lainsäädännöllisessä vaiheessa.	Taustalla direktiivi 95/46/EY yksityisyyden suojasta sähköisessä viestinnässä. Vuoden 2002 direktiivissä ei systemaattista perusoikeus-arviointia, itse säädöksen tavoitteena oli konkretisoida perus- ja ihmisoikeus-normistoa. Komission ehdotus ePrivacy tietosuoja-asetukseksi sisältää esilainsäädännöllisessä vaiheessa tehdyn perusoikeus-vaikutusarvion.	Vuonna 2016 perusoikeusarvio on tehty esilainsäädännöllisessä vaiheessa, viittaus perusoikeuskirjan artiklaan, johon sääntelyn arvioidaan vaikuttavan myönteisesti.	Esilainsäädännöllisessä vaiheessa tehty viittaukset perusoikeuskirjan ja ihmisoikeus-sopimuksen artikloihin, joihin säädöksen arvioidaan vaikuttavan, todetaan myös säädöksestä johtuva perusoikeusrajoituksen mahdollisuus.	Esilainsäädännöllisessä vaiheessa arvio ja viittaukset tehty etenkin niihin unionin perusoikeuskirjan ja myös ihmisoikeus-sopimuksen artikloihin, joihin säädöksen arvioidaan vaikuttavan, todetaan myös säädöksestä aiheutuva perusoikeusrajoituksen mahdollisuus.

⁶⁶⁴ Ks. julkisasiamies Kokott, asiassa C-36/02 *Omega*, ratkaisuehdotus 18. maaliskuuta 2002, ECLI:EU:C:2004:162, kohta 77. Rule of Law, Venice Commission, 2011, 4 ja 7. Wahlgren, 2008, 45–7; ks. myös Tolonen, 2003, 31; Aarnio, 1989, 93–98.

⁶⁶⁵ Rouvillois, 2006, 5–6.

Esimerkiksi sähköisestä kaupankäynnistä annettua direktiiviä (EY)2000/31 säädettäessä perusoikeusarviointia ei tehty säädöksen valmisteluvaiheessa. Varsinaista valmisteluvaihetta ei edes ollut. Komission vuonna 1998 antamaa ehdotusta (COM[1998]586 final 98/0325 [COD]) muutettiin käsittelyn kuluessa niin, parlamentti ja neuvosto käsittelyssään lisäsivät ehdotukseen tarkistuksena perus- ja ihmisoikeusnäkökohtia, kuten säädösehdotuksen johdanto-osaan kappaleen 2b, jossa todetaan, että tietoyhteiskunnan palveluiden vapaa liikkuvuus voi ilmentää sananvapautta, ja niin, että useisiin muihinkin kohtiin tehtiin perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta tarkistuksia. Ratkaisevassa merkityksessä ehdotuksen käsittelyssä olivat parlamentti ja sen valiokunnat, esimerkiksi oikeusasioita ja kansalaisten oikeuksia käsittelevä valiokunta. Teknisesti ehdotuksen antaminen tapahtui niin, että parlamentin ja neuvoston käsittelyn perusteella ja parlamentin valiokuntien antamien lausuntojen perusteella annettiin uusi tarkistettu ehdotus.⁶⁶⁶ Perus- ja ihmisoikeusnäkökohdat otettiin käytännössä huomioon vasta säädöksen antamisen lainsäädännöllisessä vaiheessa.

Komission ehdotuksen *ePrivacy* asetukseksi on tarkoitus uudistaa sähköisen viestinnän tietosuojadirektiiviä (2002/58/EY). Direktiivin tarkoitus on ollut säätää viestinnän luottamuksellisuudesta takaamalla siinä yksityisyyden suoja ihmisoikeuksia koskevien kansainvälisten asiakirjojen, erityisesti ihmisoikeussopimuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja jäsenvaltioiden valtiosääntöjen mukaisesti. Direktiivin tehtävä on ollut konkretisoida ja edistää yksityisyyden suoja ja viestinnän luottamuksellisuutta sähköisen viestinnän sääntelyjärjestelmässä.⁶⁶⁷ Komission ehdotuksessa vuonna 2005 sähköisen viestinnän sääntelyalan muutosehdotuksessa tuodaan esille tarve sähköisen viestinnän liikennetietojen säilyttämiseen mm. vakavan rikollisuuden ja terrorismin estämiseksi, samoin kuin siihen liittyviä erilaisia yksittäisiä lisätarkasteluja.⁶⁶⁸ Sääntelyjärjestelmän kokonaisuutta koskevassa *tiedonannossa* yksityisyyden suoja määritellään keskeiseksi tavoitteeksi, perusteena Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artikla.⁶⁶⁹ Edellä on ollut puhetta *ePrivacy*-asetusehdotuksesta.

Ns. palveludirektiivin eli sisämarkkinapalveludirektiivin (EY) 2006/123 säätäminen perustui pääosin Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Oikeuskäytäntö oli koottu komissiossa palveluiden tarjoamista koskevaan oikeuskäytäntöön "Guide to the case law of the European Court of Justice on articles 49 et. seq. EC Treaty, Freedom to provide services, European Commission 1/1/2001" ja sijoittautumisvapautta tarkoittavaan oikeuskäytäntöön "Guide to the case law of the European Court of Justice on articles 43 et. seq. EC Treaty, Freedom of Establishment, European Commission 1/12001". Myöhemmin vuonna 2016 komission säädösehdotuksessa palveludirektiivin täytäntöönpanotoimiksi säädöksen perusoikeusarvioinnissa todetaan,

⁶⁶⁶ Muutettu ehdotus: Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi sähköistä kaupankäyntiä sisämarkkinoilla koskevista tietyistä oikeudellisista näkökohdista/KOM/99/0427 lopull COD 98/0325.

⁶⁶⁷ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla 2000/C/ 365/E/17.

⁶⁶⁸ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi yleisten sähköisten viestintäpalveluiden yhteydessä käsiteltävien tietojen säilyttämisestä ja direktiivin 2002/58/EY muuttamisesta, Bryssel 21.9.2005 KOM (2005) 438 lopullinen 2005/0182 (COD).

⁶⁶⁹ Komission tiedonanto neuvostolle, Euroopan parlamentille, talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle, Verkko- ja tietoturva: Ehdotus eurooppalaiseksi lähestymistavaksi, Bryssel 16.6.2001 KOM (2001) 298 lopull, erityisesti 25–26.

että direktiivillä edistetään unionin perusoikeuskirjaan sisältyviä oikeuksia ja etenkin sen 16 artiklaan sisältyvää *elinkeinonvapautta*.⁶⁷⁰

Poliisidirektiivi, joka annettiin tietosuojarahkettin yhteydessä, perustui komission ehdotukseen (COM (2012) 10 final. Siinä on laadittu perusoikeusarvio, jonka perusteella perusoikeuskirjan 7 artiklan henkilötietojen suojan oikeus, josta on säädetty myös perussopimuksen SEUT 16 artiklassa ja joka kuuluu ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan soveltamisalaan, ei ole sellainen absoluuttinen oikeus, jota ei voitaisi rajoittaa yhteiskunnan toimivuuden perusteella. Mahdollisesti säädöksestä on vaikutuksia muihin perusoikeuskirjan artikloihin, kuten perusoikeuskirjan yhdenvertaisuutta määrääviin oikeuksiin, perusoikeuskirjan artiklaan 21 sekä 24 sekä 47.⁶⁷¹

Tietosuojarahkettin yhteydessä annetun yleisen tietosuoja-asetuksen kohdalla komission ehdotuksessa COM (2012)11 final todetaan, että perusoikeuskirjan 7 artiklan ja perussopimuksen SEUT 16 artiklan henkilötietosuojan oikeus, jota myös ihmisoikeussopimuksen 8 artikla määrää, ei ole sellainen absoluuttinen oikeus, jota ei voitaisi rajoittaa yhteiskunnan toimivuuden vuoksi. Arviossa viitataan niihin muihin perusoikeuskirjan artikloihin, joihin säädös vaikuttaa. Niitä ovat artikla 11 sanavapaus, artikla 16 elinkeinonvapaus, omaisuudensuojan 17 artikla ja myös tekijänoikeuden suojan oikeus osana sitä (17.2 artikla) sekä artikla 21 yhdenvertaisuudesta, artikla 24 lasten oikeuksista sekä artikla 35 terveydenhoidon korkeasta tasosta, samoin kuin artikla 42 asiakirjajulkisuudesta, artikla 47 oikeussuojakeinoista ja oikeudesta oikeudenkäyntiin.⁶⁷²

Perusoikeusarviointit ovat systemaattisinakin luonnollisesti laadullisia arvioita, eikä niiden avulla ole mahdollista arvioida tarkasti sitä, mitä säädöksen toimeenpano ja soveltaminen käytännössä tarkoittaa. Perusoikeusarviot ovat yleensä viittauksia tiettyihin perusoikeuskirjan artikloihin. *Lainsäädännön tehokkuusvaatimus edellyttäisi tietoa siitä, mitä vaikutuksia säädöksellä on reaali maailmassa*. Tätä tietoa perusoikeusarviot voivat välittää vain siinä tapauksessa, että samansisältöistä säädöstä on jo sovellettu laajasti ja soveltamiskäytäntöä reaalisina tapauksina on myös arvioitu.

Euroopan unionin lainsäädännön järjestelmässä on otettu käyttöön vuonna 2005 *metodi* ja vuonna 2010 *tarkistuslista* perusoikeuksien huomioimiseksi lainsäädännön laadinnassa (taulukko 8).

⁶⁷⁰ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi palveluista sisämarkkinoilla annetun direktiivin 2006/123/EY täytäntöönpanosta, palveluihin liittyviä lupajärjestelmiä ja vaatimuksia koskevasta ilmoitusmenettelystä sekä direktiivin 2006/123/EY ja hallinnollisesta yhteistyöstä sisämarkkinoiden tietojenvaihtojärjestelmässä annetun asetuksen (EU) No 1024/2012 muuttamisesta, COM/2016/0821 final – 2016/0398 (COD).

⁶⁷¹ Proposal for a Directive of the European parliament and the Council of the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement off such data, Brussels 21.1.2012, COM (2012) 10 final., 2012/0010 (COD).

⁶⁷² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individual with regards to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) Brussels 25.1.2012 COM(2012) 11 FINAL 2012/0011 (COD) C7-0025/12.

Taulukko 8. Perusoikeusjärjestelmän lainsäädäntämetodi.

Perusoikeuksien huomioon ottaminen lainsäädännössä	Vuoden 2005 metodi	Vuoden 2010 tarkistuslistan kriteerit metodina
	<p>1) komission yksiköiden mahdollisuus valvoa järjestelmällisesti perusoikeuksien noudattamista lainsäädäntöehdotusten laadinnassa</p> <p>2) komission jäsenten mahdollisuus seurata valvonnan tuloksia ja edistää perusoikeuksia korostavaa ajattelutapaa ja</p> <p>3) tuoda paremmin muiden toimielinten ja suuren yleisön tietoon tuloksia komission suorittamasta perusoikeuksien valvonnasta sekä erityisesti korostaa sitä</p> <p>4) että komissio itse noudattaa hyvää esimerkkiä ja voi siten uskottavasti ja auktoriteettina valvoa perusoikeuksien noudattamista lainsäädäntötyössä.⁶⁷³</p>	<p>1) mistä perusoikeuksista on kyse</p> <p>2) onko kyse absoluuttisista oikeuksista, joita ei sallita rajoittaa</p> <p>3) mitä vaikutuksia suunnitteilla olevilla eri poliittisilla vaihtoehdoilla on perusoikeuksiin</p> <p>4) onko vaihtoehdoilla sekä myönteisiä että kielteisiä vaikutuksia perusoikeuksiin</p> <p>5) jos perusoikeutta rajoitetaan, muutoillaanko rajoitukset täsmällisesti ja ennakoitavasti</p> <p>6) ovatko perusoikeuksiin mahdollisesti tehtävät rajoitukset välttämättömiä yleistä etua koskevan tavoitteen saavuttamiseksi tai muiden oikeuksien ja vapauksien suojelemiseksi, oikeasuhtaisia tavoitteeseen nähden ja perusoikeuksien keskeistä sisältöä kunnioittavia.⁶⁷⁴</p>

Vuoden 2005 tiedonannon metodi

Vuoden 2005 tiedonannossa komissio otti käyttöön menetelmän, jonka tavoitteena on ollut varmistaa perusoikeudet lainsäädäntöehdotuksissa perusteluna se, että komissio jo vuonna 2001 päätti siitä, että kaikkien komission hyväksyttäviksi tulevat lainsäädäntöehdotukset tutkitaan jo säädösten laadintavaiheessa, *sisäisen lausunto-kierroksen* yhteydessä ja erityisesti *komission oikeudellisen yksikön* toteuttaessa perusoikeusnormien noudattamisen laillisuuden valvontaa. Valvonnassa uusien hallinnollisten rakenteiden tai menettelyiden käyttöönottoa laillisuuden valvonnassa sen sijaan vältettäisiin.⁶⁷⁵

Säädösehdotusta varten laaditaan vaikutusten arviointi sekä varmistetaan perusoikeuksien huomioon ottaminen säädöksen perusteluosan avulla. Ne täydentävät toisiaan. Vaikutusarvioinnin tarkoituksena on antaa komission yksiköille lakialoitteen kehittämisen ensivaiheista lähtien täydellinen käsitys sen vaikutuksista yksittäisten ihmisten ja ryhmien oikeuksiin. Kyse siinä ei ole kuitenkaan oikeudellisesta arvioinnista siinä suhteessa, että valvonnassa kantaa otettaisiin Euroopan unionin perusoikeuskirjan tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen säännöksiin. Tällainen oikeudellinen arviointi tehdään unionin lainvalmistelutyön myöhemmässä vaiheessa *oikeudellisessa yksikössä* siksi, että sen katsotaan edellyttävän erityistä oikeudellista ammattitaitoa. Vaikutustenarviointia koskevissa uusissa suuntaviivoissa on otettu huomioon lisäkysymyksiä: taloudelliset, sosiaaliset ja ympäristövaikutukset, jotka liittyvät perusoikeuksiin.⁶⁷⁶

⁶⁷³ KOM(2005) 172 lopull., 3.

⁶⁷⁴ KOM (2010) 573 lopull., 5.

⁶⁷⁵ KOM (2005) 172 lopull., 2–3.

⁶⁷⁶ KOM (2005) 172 lopull., 3 ja 5.

Säädöksen johdanto-osan perusteluosassa perusoikeuskirjaa koskeva julistus on ajateltu asianmukaiseksi erityisesti silloin, kun vaikutusarvioinnissa saatujen tietojen perusteella vaikuttaa siltä, että lainsäädäntöehdotukseen sisältyy jokin *perusoikeuden rajoitus*, joka on perusteltava Euroopan perusoikeuskirjan 52 artiklan mukaisesti. Sama koskee lakiehdotusta silloin, kun on kyse tilanteesta, jossa on kyse suorasta tai epäsuorasta epätasa-arvoisesta kohtelusta, joka edellyttää perustelua yleistä yhdenvertaisuutta ja syrjinnän torjumista koskevien periaatteiden perusteella.⁶⁷⁷ Perusteluosaan julistus liitetään myös silloin, kun lainsäädäntöehdotuksella pyritään paneemaan täytäntöön jokin erityinen perusoikeus tai edistämään sitä.⁶⁷⁸

Komission tiedonannossa otetaan huomioon se mahdollisuus, että oikeudelliset ongelmat tulevat esille vasta myöhemmin, kuten täytäntöönpanovaiheessa. Vastuullisen yksikön tulisi komission tiedonannon mukaan huolehtia, että oikeus-, vapaus- ja turvallisuusasioiden pääosasto, ja vastaavasti ulkosuhteita koskeva pääosasto silloin, kun ehdotuksella saattaa olla vaikutuksia kolmansiin osapuoliin, otetaan mukaan valmisteluun ja oikeudellisen valvonnan toteuttamiseen.⁶⁷⁹

Komission raportissa analysoidaan ja raportoidaan perusoikeuksien noudattamista myös jäsenvaltioissa. Raportissa todetaan, että perusoikeusvalvontaa harjoitetaan sekä jäsenvaltion kansallisen perustuslain että jäsenvaltion ihmisoikeussopimukseen liittyvien veloitteiden perusteella mutta myös EU:n perusoikeuskirjan säännösten veloitteiden perusteella silloin, kun kyse on EU-oikeuden implementoinnista jäsenvaltiossa.⁶⁸⁰

Euroopan unionin tuomioistuin on edellyttänyt, että viime kädessä kansalliset tuomioistuimet varmistavat perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista Euroopan unionin oikeudessa. Komission harjoittama lainsäädännön *ex ante*-evaluaatio ja lainsäädäntöehdotusten vaikutusarviointi on vahvistunut unionin esilainsäädännöllisessä, eikä se ole enää yksinomaan komission sisäisen prosessin asia. Myös muissa unionin lainsäädäntöelimissä, kuten parlamentissa, unionin perusoikeusvirastossa ja lisäksi jäsenvaltioiden kansallisissa elimissä, harjoitetaan aikaisempaa enemmän *ex ante*-tyyppistä evaluaatiota perus- ja ihmisoikeuskysymyksissä. Perus- ja ihmisoikeuksia ei ole aina kuitenkaan edistetty, vaan myös perus- ja ihmisoikeusrajoitukset ovat olleet tyypillisiä lainsäädännössä. Tässä suhteessa on ehdotettu entistä vahvempaa ennakkollista perus- ja ihmisoikeusevaluaatiota mutta myös sellaista koordinaatiota, joka ottaa huomioon *ex post*-vaikutusarvioinnin ja juridiset keinot, kuten unionin tuomioistuimen oikeudellisen jälkikäteisen normivalvonnan.⁶⁸¹ Viimekätisen varmistuksen Euroopan unionin perusoikeuskirjan noudattamisessa Euroopan unionin lainsäädännön ja muiden tointen antamisessa toteuttaa Euroopan unionin tuomioistuin perusoikeusvalvonnan keinoin.⁶⁸²

Euroopan unionin komission omaksuman strategian tavoite perusoikeuksien alalla on, että perusoikeuskirjan perusoikeuksille annetaan käytännön vaikutuksia (*prac-*

⁶⁷⁷ KOM (2005) 172 lopull., 3 ja 5.

⁶⁷⁸ KOM (2005) 172 lopull., 3 ja 5.

⁶⁷⁹ KOM (2005) 172 lopull., 4.

⁶⁸⁰ COM (2013) 271 lopull., 6–7.

⁶⁸¹ Fyhr, 2016, 224–230.

⁶⁸² COM (2013) 271 final, 2.

tical effect)⁶⁸³ oikeudellisesti sitovan perusoikeuskirjan tarkoittamalla tavalla⁶⁸⁴. Konkreettisia toimenpiteitä komission strategian toteuttamisessa ovat komission uusien lakien valmistelu ja politiikkojen alalla antamat ehdotukset, joissa otetaan huomioon Euroopan unionin perusoikeuskirjan perusoikeudet. Tämä velvoite ulottuu kauttaaltaan Euroopan unionin päätöksentekoon, sekä Euroopan parlamentin työhön että neuvoston työhön, kun ne tekevät muutoksia komission ehdotuksiin. Perusoikeuksia on tarkoitus toteuttaa kaikkien EU-politiikoiden avulla. Euroopan unionin asiakirjojen mukaan asioissa, joissa Euroopan unionilla on toimivalta, komissio ehdottaa EU-lainsäädäntöä, joka konkretisoi perusoikeuskirjan oikeuksia ja periaatteita. Tämä on olennainen askel siihen, että kansalaiset voivat harjoittaa käytännössä perusoikeuskirjan tarkoittamia oikeuksia.⁶⁸⁵

Perus- ja ihmisoikeusajattelua on pyritty ottamaan huomioon laajasti unionin lainsäädännössä (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/140/EY), ja esimerkiksi sähköisen viestinnän sääntelyalan kehittämistä koskevan direktiivin mukaan muun muassa internetin käyttöä koskevista perus- ja ihmisoikeuksista komission tulisi järjestää laaja-alainen kuuleminen⁶⁸⁶. Tällainen kuuleminen on yksi tapa koota kokemusperäistä tietoa eurooppalaisen ylikansallisen sääntelyn perustaksi. Mainitussa kehittämisdirektiivissä (2009/140/EY) puhutaan monitahoisista yhteen sovitettavista tavoitteista, kuten perus- ja ihmisoikeuksista, kilpailuolosuhteista ja markkinoiden sääntelystä. Direktiivin johdanto-osan 22 kohdassa viitataan siihen, että sääntelyjärjestelmän tulisi ottaa huomioon ja varmistaa Euroopan unionin perusoikeuskirjan ja YK:n yleissopimuksen tavoitteet laadukkaiden ja edullisten palveluiden käyttämisen kriteereinä. Merkille pantavaa on, että kyseisen direktiivin sääntelytavoite on Euroopan laajuinen ja sen yhteiskunnallisia tavoitteita pyritään sääntelemään käyttämällä perustana ja nimenomaisina ”sääntelystandardeina” perus- ja ihmisoikeusasiakirjoja.

Vuoden 2010 perusoikeuksien tarkistuslista metodina

Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä on otettu käyttöön erityinen strategia perusoikeuksien huomioimiseksi Euroopan unionin lainsäädännössä niin sanotun unionin yleisen lainsäädännön aineellista sisältöä eri näkökulmista arvioivan vaikutusarvioinnin ohella⁶⁸⁷. Komission tiedonannossa vuodelta 2010 on määritelty kriteerit, ns. *perusoikeuksien tarkistuslista*, joiden näkökulmasta säädettävää lainsäädäntöä unionissa on tarkasteltava. Nämä on lueteltu edellä. Perusoikeudet on ollut tarkoitus asettaa Euroopan unionin politiikan keskiöön, ja raportoinnin yhtenä tarkoituksena on kertoa niistä kansalaisille sekä ”mitata” niiden soveltamisen edistymistä EU-lainsäädäntöä implementoitaessa. Raportin tiedot perustuvat tiedoille perusoikeuskirjan soveltamisesta Euroopan unionin kaikissa toimielimissä, mukaan lukien oikeusasiamies ja tuomioistuimien. Raportin mukaan EU-politiikkojen ja EU-lainsäädännön tulee perus-

⁶⁸³ Voggenhuber Report of the European Parliament – Document ref. A6-0034/2007.

⁶⁸⁴ COM (2010) 573 final, Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union.

⁶⁸⁵ COM(2013) 271 final, 2–3.

⁶⁸⁶ Direktiivin 2009/140/EY, johdanto-osan kohta 4, ”Koska internet on välttämätön koulutuksessa sekä käytettäessä sananvapautta ja tiedonsaantioikeutta käytännössä, näiden perusoikeuksien käyttämisen rajoittamisen olisi tapahduttava Euroopan ihmisoikeusyleissopimusta noudattaen. Komission olisi käynnistettävä laaja-alainen julkinen kuuleminen näistä kysymyksistä.”

⁶⁸⁷ Komission tiedonanto vaikutusten arvioinnista, KOM (2002) 276 lopullinen.

tua objektiiviseen, luotettavaan ja vertailevaan tietoon (*data*) perusoikeuksien noudattamisesta (*respect*) Euroopan unionissa.⁶⁸⁸ Raportissa vuodelta 2013 todetaan, että kansallisilla perustuslakituomioistuimilla ja ylimmillä tuomioistuimilla on erityinen vastuu yhteistyöstä Euroopan unionin tuomioistuimen kanssa Euroopan unionin perusoikeuskirjan tehokkaassa soveltamisessa⁶⁸⁹.

4.4.3 Rajoitusperiaate unionin lainsäädännön metodina

Perusoikeuden rajoittamisella tarkoitetaan käsitteenä perusoikeusnormiston soveltamisalan piirissä olevan oikeuden kaventamista tai perusoikeusnormien suojaamaan yksilön oikeusasemaan puuttumista julkisen vallan toimenpitein⁶⁹⁰. Yleisen lain käsitteeseen legiislatiivin eli lainsäätäjän harjoittaman kollektiivisen päätöksenteon muotona ja muodollisena lakina liittyy ajatus siitä, että yksityisten oikeuksia on myös mahdollista rajoittaa⁶⁹¹. On tärkeää huomata, että oikeusvaltiollisuus ja moderni yleinen lakikäsite edellyttävät perusoikeuksien ja yksilön autonomian kaventamisen perustelemista.⁶⁹²

Wintgensin teoriassa lähdetään yksityisen autonomian periaatteesta ja siitä, että kaikki yksityisten autonomiaa rajoittava lainsäädäntö tulee perustella ja justifioida. Lainsäädäntöteoreettisena vaihtoehtona on esitetty rationaalisen lainsäädännön teoria, jonka mukaan yksilön vapaus periaatteena, ”freedom as principium”, tarkoittaa, että lainsäädännössä kaikki yksilön vapauden rajoitukset on perusteltava ja oikeutettava (justified). Tämä tarkoittaa sitä, että mikä tahansa yksityisen vapauden rajoitus on justifioitava. Lainsäädäntö on teorian mukaan justifikaatioprosessi, jossa punnitaan (weighing and balancing) yksilön vapauden sekä moraalisia että poliittisia rajoituksia. Teoriassa mukaan kriteereinä yksilön rajoitusten justifikaatiossa osana lainsäädännön legitimointiprosessia voidaan noudattaa seuraavia periaatteita:

- 1) Sääntelyn vaihtoehtoisuus (the principle of alternativity) edellyttää lainsäädännön lähtökohdaksi sitä, että suvereenilla on mahdollisuus puuttua lainsäädännöllä yksilön vapauteen vain siinä tapauksessa, ja sillä ehdolla, että yksilön vapauden ulkoinen rajoitus on yksilön *sisäisestä motivaatiosta* nousevaa ja yksilön vapauden perustuvaa toiminnan motiivia suositeltavampi kiihoke halutulle sosiaaliselle käyttäytymiselle tai ei-toivotun sosiaalisen toiminnan estämiselle.
- 2) Sääntelykoherenssi (the principle of coherence) lainsäädäntöperiaatteena merkitsee ulkoisten rajoitusten justifikaatioperustetta lähtökohtana oikeusjärjestelmän kokonaisuus. Koherenssiperiaate on yksi tärkeimmistä lainsäädäntöperiaatteista, ja se tarkoittaa lainsäädännössä yksilön asemaa arvioitaessa ihmisoikeusnormien huomioon ottamista.
- 3) Sääntelyn intensiteetti- eli tiheysperiaate (the principle of normative density) eli sääntelyn normatiivinen tiheys viittaa sääntelyn tehosteisiin ja sanktioihin, joilta edellytetään lainsäädännössä aina erityistä justifikaatiota.

⁶⁸⁸ 2012 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights, 7–8, 18.

⁶⁸⁹ COM (2013) 271 lopull., 9.

⁶⁹⁰ Kirchhof, 2016, 93–94, yleisen lain käsitteen yhteydessä rajoitus voidaan ymmärtää monella tavalla; Wintgens, kansallisessa kirjallisuudessa Viljanen, 2001, 14.

⁶⁹¹ Kirchhof, 2016, 93.

⁶⁹² Wintgens, 2005, 11–15 ja 22; Myös Wintgens, 2004, 312–313; Vrt. Campell, 2013, 65–70 ja 75, yksilön autonomia, ihmisoikeuksien toteutuminen lakien avulla, myös vähemmistöjen oikeudet toteutetaan laeilla.

- 4) Sääntelyn aikaperiaate (the principle of temporality) eli sääntelyn aikajänne merkitsee tiettyjä aikaan sidottuja rajoja vapauden rajoituksille ja sanktioiden käyttämiselle. Oikea-aikaisuus on yksi lainsäädäntöperiaatteiden kriittinen elementti.⁶⁹³

Wintgensin teorian periaatteet sopivat yhteen modernin yleisen lain käsitteen edellyttämien periaatteiden kanssa. *Kirchhofin* mukaan yleisen lain käsitteen mukaan perusoikeuksien takeet perustuvat lainsäätäjän ja tuomiovallan toimintaan niin, että ne täydentävät toisiaan⁶⁹⁴.

Periaate on, että Euroopan unionin lainsäätäjän tulee ottaa huomioon lainsäädäntöprosessissa, että perus- ja ihmisoikeusperiaatteita ei rajoiteta suhteettomasti. Viime kädessä Euroopan unionin tuomioistuin tutkii perussopimuksen tarkoittamalla tavalla jälkilainsäädännöllisessä vaiheessa rajoituksen oikeasuhtaisuutta oikeudellisen jälkikäteisen normivalvonnan menettelyssä. Perusoikeusjärjestelmän normit Euroopan unionin lainsäädännössä eivät ole kuitenkaan selväpiirteinen kysymys.

Esimerkiksi Euroopan unionin ennakkoratkaisuna ja suuressa jaostossa tutkimassa tapauksessa C-203/15 ja C-698/15 *Tele2 Sverige AB vs. Post- och telestyrelsen ja Secretary of State for Home Department vs. Tom Watson ym.*, joka koski sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin (2002/58/EY, muut, 2009/136/EY) 15 artiklan tulkintaa, lähtökohdiana perusoikeuskirjan 7 artikla ja 8 artikla sekä 52 artiklan 1 kohta. Direktiivin 15 artiklan 1 kohdan nojalla jäsenvaltiot voivat siinä säädetyin edellytyksin toteuttaa lainsäädännöllisiä toimenpiteitä, joilla rajoitetaan direktiivin erässä artikloissa säädettyjä oikeuksia ja velvollisuuksien soveltamisalaa. Esimerkkinä lainsäädännöllisestä toimenpiteestä on, että jäsenvaltiot voivat toteuttaa toimenpiteitä, joissa säädetään tietojen säilyttämisestä. Kyseessä on siis tulkintapyyntö, ei jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan menettelyyn liittyvä kysymys. Se kuitenkin liittyy olennaisella tavalla tapaukseen *Digital Rights*, jossa unionin tuomioistuin on todennut pätemättömäksi sähköisen viestinnän sääntelyä säätäneen direktiivin (2006/24). Asianosaiset ovat olleet eri mieltä tämän tuomion ulottuvuudesta ja sen vaikutuksesta säännöstöön, jolla säännellään liikenne- ja paikkatietojen säilyttämistä ja kansallisten viranomaisten oikeutta saada tietoja⁶⁹⁵.

Jälkilainsäädännöllinen vaihe ja säädösten jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta on osa unionin lainsäädännön päätöksentekoprosessin vaiheita.

Euroopan unionin lainsäädännössä noudatettavaksi tarkoitettu unionin perusoikeuskirjan 52 (1) artiklan *horisontaalilauseke* määrää, että perusoikeuskirjassa tunnustettuja oikeuksia ja vapauksia

”voidaan rajoittaa ainoastaan lailla sekä kyseisten oikeuksien ja vapauksien keskeistä sisältöä kunnioittaen. Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti rajoituksia voidaan säätää ainoastaan, jos ne ovat välttämättömiä ja vastaavat tosiasiallisesti unionin tunnustamia yleisen edun mukaisia tavoitteita tai tarvetta suojella muiden henkilöiden oikeuksia ja vapauksia.”

⁶⁹³ Wintgens, 2005, 11–15 ja 22; Wintgens, 2004, 312–313.

⁶⁹⁴ Kirchhof, 2016, 94.

⁶⁹⁵ C-203/15 ja C-698/15 *Tele2 Sverige AB vs. Post- och telestyrelsen ja Secretary of State for Home Department vs. Tom Watson ym.*, ECLI:EU:C:2016:970, kohdat 1 ja kohdat 63 ja 63 ja kohta 71.

Euroopan unionin perusoikeuskirjan 52 (1) artiklan säännös perustaa yleisen rajoitussäännön ("a general rule of limitations"). Euroopan unionin perusoikeuskirjan suomenkielisen version 52 (1) kohdassa käytetään ilmaisua "laki" siitä unionin toimielinten toimivallan muodosta, jolla Euroopan unionin perusoikeusasiakirjan tarkoittamia oikeuksia ja vapauksien säätämistä sallitaan rajoittaa.

Euroopan unionin tuomioistuimen suuri jaosto on muutoksenhakuasiassa C-189/02 P *Dansk Rørindustri A/S et al.* täsmentänyt kansallisen lainsäädännön ja kansainvälisen oikeuden suhdetta ja käsitteitä oikeuskäytännössä. Tässä asiassa Euroopan unionin tuomioistuin lausuu Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella, että ihmisoikeussopimuksen 7 (1) artiklan säännöksen lainsäädännön ja oikeuden käsite (kansallinen lainsäädäntö, kansainvälinen oikeus) vastaa ihmisoikeussopimuksen muissa määräyksissä käytettyä käsitettä laki ja se sisältää sekä lainsäädännöstä että oikeuskäytännöstä johtuvan oikeuden.⁶⁹⁶

Perusoikeuskirjan 52 artiklan perusteella Euroopan ihmisoikeussopimuksen normiston suojan merkityksen on arveltu Euroopan unionin piirissä kasvavan nykyisestä⁶⁹⁷.

Kun perusoikeusjärjestelmän tarkastelua laajennetaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen suuntaan, lisääntyy eurooppalaisen perusoikeusjärjestelmän käsitteiden ja niiden käytön moninaisuus, yhteismitattomuus ja konfliktiherkkyys⁶⁹⁸. Unionin lainsäädännön päätöksenteossa punninnan kohteena voivat olla taloudelliset perusvapaudet ja unionin perussopimuksen perusvapauksien järjestelmään sallimat poikkeukset⁶⁹⁹, kansallisen perustuslain perusoikeusnormit ja toisaalta Euroopan ihmisoikeussopimuksen normit.

Euroopan unioni on luonteeltaan alun pitäen ensi sijassa taloudellis-poliittinen järjestö, joka perustui sille ominaisiin perusvapauksiin (vapaan liikkuvuuden eri muodot). Kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin unionin oikeudessa on viitattu jo 60-luvulta lähtien, mutta ihmisoikeudet ovat tulleet entistä tärkeämmiksi Euroopan unionin oikeudessa tultaessa 2000-luvulle.⁷⁰⁰ Unionin neljä liikkuvuuden perusvapautta eli sisämarkkinoiden perusvapaudet on kirjallisuudessa määritelty taloudellis-poliittisen järjestön luomiksi politiikoiksi⁷⁰¹.

Euroopan unionin lainsäädännön järjestelmässä perusoikeudet (perus- ja ihmisoikeudet, perustuslakien perusoikeudet, unionin perusoikeuskirjan oikeudet, unionin ytimen vapausoikeudet) ovat keskeistä sääntelyn aineellista sisältöä. Rajoitukset ovat voineet koskea esimerkiksi kansallisen perustuslain turvaamaa omaisuudensuojan oikeutta tai elinkeinovapauden oikeutta (kaupankäynnin, työn ja muun ammatillisen toiminnan vapaa harjoittaminen). Perustuslain oikeuksia ei ole pidetty ehdottomina

⁶⁹⁶ C-189/02 P *Dansk Rørindustri A/S et al.*, *Yhdistetyt asiat*, Kok. 2005 I 05425, ECLI:EU:C:2005:408, kohta 216, Euroopan ihmisoikeussopimuksen kyseisen 7 artiklan säännöksessä, säädetään rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta (nullum crimen, nulla poene sine lege).

⁶⁹⁷ Peers, 2004, 178–179.

⁶⁹⁸ Beck, 2012, 177.

⁶⁹⁹ Esimerkiksi C-23/99 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Ranskan tasavalta*, Kok. 2000 I 07653, ECLI:EU:C:2000:500, kohdat 34, 37, 38, 39 ja 49, perusoikeuskirjan 17 artiklan teollis- ja kaupalliset perusoikeudet ja tavaroiden vapaa liikkuvuus sisämarkkinoilla.

⁷⁰⁰ Unionin aineellisilla politiikka-alueilla esimerkiksi Guimaraes-Purokoski, 2009, 17.

⁷⁰¹ Raitio, 2006, 21, tukeutuu Ronald Dworkinin varhaiseen ajatteluun, jossa politiikat erotettiin yksilön vapauksia säätävistä periaatteista.

unionin jäsenvaltioiden yksityisille kuuluvina oikeuksina, vaan sellaisina oikeuksina, joita on voitu rajoittaa unionin lainsäädännöllä ja toimilla yleisen edun perusteella, rikkomatta kuitenkaan näiden mainittujen oikeuksien olennaista osaa: "niitä on tarkasteltava ottaen huomioon suojellun omaisuuden ja toiminnan sosiaalinen tehtävä". Yleisen edun perusteella lainsäädännön rajoitukset ovat liittyneet markkinoiden sääntelyyn ja markkinoiden toimintaedellytyksiin unionissa. Unionin tuomioistuin edellyttää, että rajoitusperusteita on aina tarkasteltava unionin yleisen edun kannalta.⁷⁰²

Yleisen edun käsitteen määrittelyssä on tukeuduttu vertailevan argumentin perusteella jäsenvaltioiden valtiosääntörakenteisiin. Tapauksessa 4/73 *Nold* Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on lähtenyt siitä periaatteesta, että omaisuudensuojan oikeutta, josta on säädetty jäsenvaltioiden valtiosäännöissä, ei pidetä ehdottomana oikeutena, vaan omaisuudensuojan oikeutta on tarkasteltava unionin lainsäädännössä suhteellisuusperiaate huomioon ottaen jäsenvaltioiden valtiosääntöjen sallimien rajoitusten sekä yhteisön yleiseen etuun liittyvien rajoitusten perustalta. Unionin oikeusjärjestyksen mukaan kyseisiin oikeuksiin on laillista soveltaa tiettyjä yhteisön "yleisen edun tavoitteilla perusteltuja rajoituksia, kunhan näiden oikeuksien olennaista osaa ei rikota."⁷⁰³

Useissa unionin tuomioistuimen tutkimissa tapauksissa on viitattu Euroopan ihmisoikeussopimusnormeihin, ja sopimusnormeja käytetään tavallisesti ratkaisun perusteluissa.

Esimerkiksi unionin tuomioistuimen tutkimassa asiassa C-112/00 *Schmidberger* unionin tuomioistuin lausui perusteista, joilla Euroopan ihmisoikeussopimuksen sananvapauden ja kokoontumisvapauden oikeuksia sallitaan rajoittaa. Sellaisia ovat rajoitukset

- jotka ovat perusteltuja yleistä etua palvelevien tavoitteiden takia ja jos näistä rajoituksista on säädetty laissa
- joista on säädetty kyseisissä määräyksissä tarkoitettun yhden tai useamman laillisen päämäärän saavuttamiseksi ja
- jotka ovat välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa eli ne ovat perusteltavissa ehdottoman tärkeällä yhteiskunnallisella tarpeella ja
- jotka ovat oikeassa suhteessa tavoiteltuun lailliseen päämäärään nähden.

Tapauksessa C-112/00 *Schmidberger* unionin tuomioistuin lähti siitä, että unionin perusvapautena tavaroiden vapaata liikkuvuus-oikeutta ja ajoneuvon kulkua estänyt mielenilmaus oli tässä tapauksessa sallittua.⁷⁰⁴

Ennakkoratkaisussaan asiassa C-36/02 *Omega Spielhallen* Euroopan unionin tuomioistuin rajoitti unionin perusvapauksia niin, että unionin jäsenvaltion kansallisen lainsäädännön perusteella sallitaan kieltää kansallisen perustuslain tarkoittama ihmisarvoa loukkaava taloudellinen toiminta ja siten unionin perusvapaus. Asian C-36/02 *Omega Spielhallen* mukaan Euroopan unionin perusvapaus väistyy siinä tapauksessa, että se loukkaa jäsenvaltion valtiosääntöistä ihmisarvoa. Suhteellisuusperiaatteen

⁷⁰² Hirvelä—Heikkilä, 2013, 718—730, käsite Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä.

⁷⁰³ Asia 4/73 J. Nold, *Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. Euroopan yhteisöjen komissio*, ECLI:EU:C:1974:51, Kok. 1974 Ep. 00677, kohta 14.

⁷⁰⁴ C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republik Österreich*, Kok. 2003 I 05659, ECLI:EU:C:2003:333, kohta 79.

perusteella säädetty kansallinen kieltosäännös yleisen järjestyksen turvaamiseksi on sallittu perusvapauden kieltävänä perusteena silloin, kun kyse on ihmisarvoa loukkaavan toiminnan kieltämisestä.⁷⁰⁵

Perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden turvaaminen on erilaista Euroopan unionin jäsenvaltioissa kuin unionin oikeusjärjestyksessä niin, että joissakin unionin jäsenvaltiossa perusoikeusnormiston suojan taso on korkeampi kuin unionissa⁷⁰⁶. Eurooppa-neuvoston Tukholman ohjelmassa korostettiin tarvetta edistää vähittäin oikeuskulttuuria ja sääntöjä muun muassa vastavuoroisen tunnustamisen periaatteen kehittämiseksi⁷⁰⁷. Siihen, mikä on lainsäädännössä sallittua perus- ja ihmisoikeusnormien rajoittamista ja mikä ei ole sallittua, ei ole olemassa Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä mitään yhtä ennakkollista sääntöä. Yleensä tukea on haettava Euroopan unionin oikeuskäytännöstä. Tässäkin mielessä unionin lainsäädännön rationaliteetti on erityistä ja erilaista kuin jäsenvaltioiden kansallisen lainsäädännön.

Kaikki tärkeät tapaukset eivät ole jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan tapauksia, vaan esimerkiksi tapaus C-36/02 *Omega* on Saksan perustuslakituomioistuimen (*Bundesverwaltungsgericht*) perussopimuksen artiklan SEUT 267 perusteella tekemä ennakkoratkaisupyyntö unionin perusoikeusjärjestelmän normien tulkinnasta soveltamistilanteessa, jossa unionin tuomioistuin rajoitti unionin neljän perusvapauden käsitteen tarkoittamien perusoikeuksien käyttämistä jäsenvaltion kansallisen perustuslain perusarvojen eli ihmisarvon suojaamisen perusteella.

Jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta tuomioistuimen lainkäyttönä on eri asia kuin ennakkoratkaisumenettely, jossa on kyse säädösten tulkinnasta. Tapauksessa, jossa on tutkittu jäsenvaltioiden kansallista lainsäädäntöä, Euroopan neuvoston organisaation puitteissa syntynyttä perus- ja ihmisoikeusnormistoa sekä unionin perusoikeusjärjestelmän normistoa, on kyse tärkeästä eurooppalaisen valtiosäännön ”constitutional jurisprudence” -tyyppisestä oikeuskäytännöstä⁷⁰⁸.

Euroopan unioni on taloudellisten perusoikeuksien konstituutio

Euroopan unionin oikeutta legitimoivaksi tekijäksi on määritelty ennen muuta sen taloudellinen konstituutio ”European Economic Constitution”, jonka nimenomaisena tarkoituksena on turvata yksityisten taloudellisten toimijoiden konstitutionaalisia ja taloudellisia perusoikeuksia (”constitutional rights”)⁷⁰⁹. Yhden määrittelyn mukaan Euroopan unionin perustamissopimukset perustavat sellaisen Euroopan yhteisön oikeutta legitimoivan taloudellisen konstituution, ”European Economic Constitution”, jonka nimenomaisena tarkoituksena on turvata yksityisten konstitutionaalisia taloudellisia perusoikeuksia (constitutional rights)⁷¹⁰. Tässä Euroopan unionin pe-

⁷⁰⁵ C-36/02 *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesrat Bonn*, Kok. 2004 I 09609, ECLI:EU:C:2004:614, kohta 39 ja kohdat 40 ja 41.

⁷⁰⁶ Kirchhof, 2016, 116.

⁷⁰⁷ Eurooppa-Neuvosto Tukholman ohjelma – Avoin ja turvallinen Eurooppa kansalaisia ja heidän suojelua varten, OJ 115, 4.5.2010.

⁷⁰⁸ Delley – Flückiger, 2005, 94–95; Mader, 1985, 44, 46 ja 48 sekä 51 ja 56.

⁷⁰⁹ Maduro, 2002, 168; myös Maduro, 1997, 63–65 ja 79–80, tuonnin ja viennin määrällisistä rajoituksista. Shaw, 2004, esitelmä, oikeuksien valtavirtaistaminen unionissa.

⁷¹⁰ Maduro, 2002, 168; Maduro, 1997, 63–65 ja 79–80, tarkastelee yhteisön sopimuksen artiklaa 30, jossa säädetään tuonnin ja viennin määrällisistä rajoituksista.

russopimusten tärkeitä arvoja ovat oikeusvaltio ja ihmisoikeuksien kunnioittaminen (SEU 2 art.).

Jo Eurooppa-neuvoston Tukholman ohjelmassa vuonna 2009 korostettiin paitsi unionin lainsäädännön laatua myös sitä, että unionin lainsäädännössä on otettava huomioon paremmin paitsi *perusoikeudet* myös *perusvapaudet*. Poliittinen prioriteetti oli unionin kansalaisten tarpeissa ja intresseissä. Tavoitteena oli edistää unionin kansalaisuutta, varmistaa perusoikeuksien kunnioittaminen sekä turvallisuuden takaaminen. Ohjelman yksi keino oli lainsäädäntö, jossa otetaan huomioon unionin lainsäädäntöperiaatteet. Huomion tuli olla säädösten valmistelussa ja ennakkolisessa vaikutusarvioinnissa, jossa otetaan huomioon tehokkaasti unionin vapaan liikkuvuuden oikeudet ja niiden yhteensopivuus sisämarkkinaperiaatteiden kanssa. Erityisesti vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alan sääntelyä piti tehostaa johdonmukaisesti mutta niin, että lainsäädännön laatua ei vaaranneta. Ohjelmassa mainitaan lainsäädännön laadun osatekijänä kieli, jota on parannettava.⁷¹¹

Taloudellisilla perusoikeuksilla tarkoitetaan Euroopan unionin perussopimukselta johtuvia unionin *community rights* -vapausoikeuksia sisämarkkinoilla. Tunnetuin niistä on työntekijöiden vapaa liikkuvuus oikeus.

Tietoyhteiskuntasääntelyssä tärkeä liikkuvuuden muoto on henkilötietojen liikkuvuus jäsenvaltioiden välillä. Sitä säättävän yleisen tietosuoja-asetuksen ([EU] 2016/679) johdannossa (kohta 4) lähdetään siitä ajatuksesta, että tätä koskeva henkilötietojen käsittely olisi suunniteltava niin, että se palvelee ihmistä. Samassa kohdassa todetaan kuitenkin siitä, että oikeus henkilötietojen suojaan ei ole absoluuttinen. Henkilötietojen vapaa liikkuvuus asetuksen johdanto-osan (kohta 5) perusteella tarkoittaa jäsenvaltioiden rajat ylittäviä henkilötietojen siirtoja, joka aiheutuu sisämarkkinoiden toiminnasta ja sen vahvistuneesta taloudellisesta ja sosiaalisesta yhdistymisestä. Henkilötietojen vapaa liikkuvuus tarkoittaa myös jäsenvaltioiden viranomaisten toimia niiden vaihtaessa keskenään asetuksen tarkoittamia henkilötietoja.

Liikkuvuusvapaudet ovat unionin vapausoikeuksia. Periaate on, että unionin vapausoikeuksia ei sallita rajoittaa unionin jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksissä kuin erityisin perustein.

Esimerkiksi tapauksessa *C-424/97 Salomone Haim* Euroopan unionin tuomioistuin on määritellyt tarkemmin ne kriteerit, joiden nojalla unionin jäsenvaltio voi kansallisella toimenpiteellään ja esimerkiksi kansallisen lainsäädännön perusteella rajoittaa Euroopan unionin perustamissopimuksessa taattujen ja unionin perussopimukseen perustuvien *taloudellisten* perusvapauksien käyttämistä. Rajoituksen on täytettävä neljä edellytystä tai kriteeriä, jotta ne voisivat olla perusteltuja:

- a) rajoituksia on sovellettava ilman syrjintää
- b) rajoitus on voitava perustella yleiseen etuun liittyvillä pakottavilla syillä
- c) rajoitusten on oltava omiaan takaamaan niillä tavoiteltavan päämäärän toteutuminen
- d) rajoituksilla ei saa puuttua unionin perusvapauteen enempää kuin mikä on tarpeen niillä edistetyn päämäärän saavuttamiseksi.⁷¹²

⁷¹¹ Council of European Union, Brussels, 2 December 2009, 17024/09 The Stockholm Programme — An open and secure Europe serving and protecting the citizens.

⁷¹² *C-424/97 Salomone Haim v. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, Kok. 2000 I 05123, ECLI:EU:C:2000:357, kohta 57. Ks. myös Julkisasiamies Alber, ratkaisuehdotus asiassa *C-439/99*, ECLI:EU:C:2001:295, kohta 59 ja 60.

Tuomioistuin on vuonna 1979 tutkimassaan asiassa 120/78 *Rewe-Zentral* määritellyt tarkemmin rajoitusperusteena yleistä etua koskevaa pakottavaa vaatimusta.⁷¹³ Tapauksessa 120/78 *Rewe-Zentral* tuomioistuin lausuu, että unionin tavaroiden vapaan liikkuvuuden taloudellisen oikeuden alalla siihen kohdistuvia hyväksyttäviä rajoituksia ovat erityisesti verovalvonnan tehokkuus, kansanterveyden alan suojelu, hyvä kauppatapa ja kuluttajansuoja⁷¹⁴.

Vuonna 2007 annetussa Suomea koskevassa tapauksessa C-54/05 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Suomen valtio* kyse oli siitä, että Suomi edellytti kansallisen asetuksen tasaisen säädöksen perusteella rekisteröintiä toisesta unionin jäsenvaltiosta tuotaviin tavarihin nähden ja tässä tapauksessa nimenomaisesti käytettyihin ja laillisesti jo toisessa jäsenvaltiossa rekisteröityihin autoihin. Euroopan unionin tuomioistuimen mukaan Suomessa edellytettyä tointa ei voitu perustella yleisellä edulla tai liikenneturvallisuuden päämäärällä, eikä unionin vapausoikeutta näin ollen sallittu rajoittaa.⁷¹⁵ Liikenneturvallisuus ei ole yhteisön oikeuden mukaan sellainen perusvapauden poikkeussäännöstä perusteleva yleisen edun piiriin kuuluva kysymys, joka oikeuttaisi poikkeamaan unionin perusvapauksien noudattamisesta. Unionin, ja ajankohtana artiklan EY 226 laiminlyöntikanteen perusteella tutkitussa asiassa C-54/05 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Suomen valtio* Euroopan yhteisöjen tuomioistuin lausuu, että unionin (yhteisön) vapaa liikkuvuus (tässä tavaroiden vapaa liikkuvuus) on perusvapaus, jonka käyttäminen ei saa riippua kansallisten hallintoviranomaisten harkintavallasta tai hyväksynnästä⁷¹⁶.

Euroopan unionin (yhteisöjen) tuomioistuin on laiminlyöntikanteessa asiassa C-367/98 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Portugalin tasavalta* vedonnut vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan ”taloudellisilla syillä ei nimittäin voida perustella perustamissopimuksessa kiellettyjä rajoituksia” yhteisön perusvapauksien ja tässä tapauksessa C-367/98 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Portugalin tasavalta* pääomien vapaan liikkuvuuden perusvapauden käyttämisessä. Hyväksyttävänä perusteina ei voida pitää myöskään jäsenvaltion talouspoliittisia tavoitteita, alan markkinoiden kilpailurakenteen vahvistamista, tuotantovälineiden uudenaikaistamista ja niiden tehokkuuden vahvistamista.⁷¹⁷ Jäsenvaltion kansallisella lainsäädännöllä pääomien vapaata liikkuvuutta säättävää perusvapautta sallitaan rajoittaa vain siinä tapauksessa, että kansallinen lainsäädäntö voidaan perustella primäärioikeuden (artiklan 73 d artiklan 1 kohta) tarkoitetuilla syillä tai yleistä etua koskevilla pakottavilla syillä ja kun sitä sovelletaan kaikkiin henkilöihin ja yrityksiin, jotka harjoittavat kyseistä toimintaa vastaanottavan jäsenvaltion alueella.⁷¹⁸

⁷¹³ C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republik Österreich*, Kok. 2003 I 05659, ECLI:EU:C:2003:3333, kohta 78. Asia 120/78 *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Kok. Ep. 00403, tiivistelmän kohta 2.

⁷¹⁴ Asia 120/78 *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Kok. Ep. 00403, ECLI:EU:C:1979:42, tiivistelmän 2 kohta.

⁷¹⁵ C-54/05 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Suomen valtio*, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 15. maaliskuuta 2007, ECLI:EU:C:2007:168, kohta 43.

⁷¹⁶ C-54/05 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Suomen valtio*, tuomio, kohdat 30 ja 31 ja 39.

⁷¹⁷ C-367/98 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Portugalin tasavalta*, Kok. 2002 I 04731, ECLI:EU:C:2002:326, kohta 52.

⁷¹⁸ C-367/98 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Portugalin tasavalta*, tuomio, kohta 49.

Laiminlyöntikanteessa C-463/00 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Espanja* Euroopan unionin (yhteisöjen) tuomioistuin puolestaan antoi tulkinnan, jonka mukaan Euroopan unionin oikeuden perusvapautta eli pääomien vapaata liikkuvuutta ei sallita rajoittaa vetoamalla jäsenvaltion omistusoikeusjärjestelmistä johtuviin perusteluihin. Omistusoikeusjärjestelmän suojaamiseen perustuva ja jäsenvaltion harjoittama hallinnollinen laaja harkintavalta, jolla rajoitetaan unionin oikeuden perusvapauksien käyttämistä, voi johtaa perusoikeuksien käytön mitätöitymiseen. Tällainen kansallinen hallinnollinen laaja harkintavalta unionin perusvapauksia koskevissa asioissa on Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen mukaan suhteellisuusperiaatteen vastaista.⁷¹⁹

Euroopan unionin oikeusjärjestyksen *taloudellisten vapausoikeuksien* perusta on unionin oikeuden *neljässä perusvapaudessa* sekä siihen liittyvässä *kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteessa*. Taloudelliset vapausoikeudet edistävät taloudellista tehokkuutta unionissa. Euroopan unionin perussopimuksen SEUT 16 artiklan 1 kohdan tarkoittama henkilötietojen vapaa liikkuvuus on myös yksi liikkuvuuden muoto. Yleisen tietosuoja-asetuksen henkilötietojen vapaalla liikkuvuudella edistetään myös talousunionia samalla kun sillä yhdenmukaistetaan luonnollisten henkilöiden henkilötietojen suojan oikeutta. Taloudellinen tehokkuus on yksi lainsäädännön rationaaliteetti, joka unionin oikeusjärjestyksessä legitimoii unionin lainsäädäntöä. Taloudellinen rationaaliteetti esimerkiksi unionin oikeusjärjestyksessä säädettyinä unionin liikkuvuuksina tarkoitettuina vapausoikeuksina ei ole tulkinnallisesti yksiselitteinen asia. Sitä on täsmennetty muun muassa ennakkoratkaisussa asiassa C-36/02 *Omega Spielhallen*, jossa Euroopan unionin tuomioistuin rajoitti unionin perusvapauksien käyttämistä perus- ja ihmisoikeuksien hyväksi.⁷²⁰

4.4.4 Myös Euroopan unioni on ottanut käyttöön monitorointimekanismin

Kun lainsäädännölle on asetettu tehokkuusvaatimus vaikuttavuutena, koskee se luonnollisesti myös niitä perusoikeusjärjestelmän oikeuksia, joista on säädetty lainsäädännöllä. Kysymys perus- ja ihmisoikeuksien aineellisesta sisällöstä on sikäli tärkeä ja jopa käytännöllinen, että jokaisella yksilöllä on ihmisille ihmisyyden perusteella kuuluvat ihmisoikeudet ja perustellusti oikeus tietää oikeutensa ja velvollisuutensa. Oikeusjärjestyksessä perus- ja ihmisoikeudet kuuluvat yksityisille, luonnollisille henkilöille, mutta niiden on katsottu kuuluvan myös oikeushenkilöille: "Human Rights – are literally the rights that one has because one is human."⁷²¹

Kansainväliset järjestöt ovat kiinnostuneita siitä, missä laajuudessa ihmisoikeuksia sovelletaan ja toimeenpannaan jäsenvaltioissa. Järjestöt, kuten esimerkiksi Euroopan neuvosto, monitoroivat jäsenvaltioiden ihmisoikeustilannetta sekä arvioivat omien toimenpiteidensä eli ohjelmien ja projektien vaikutuksia jäsenvaltioissa.

Euroopan unioni on perustanut tätä varten erityisen tutkimusta ja tietoaaineistoja (data-base oriented) kokoavan organisaation, Euroopan perusoikeusviraston (European Union Agency for Fundamental Rights). Ihmisoikeuksien toimeenpanon

⁷¹⁹ C-463/00 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Espanja*, Kok. 2003 I 04581, ECLI:EU:C:2003:272, kohdat 67, 76 ja 77 ja 84. Ks. myös C-346/06 *Dirk Rüffert v. Land Niedersachsen*, Kok. 2008, tuomio 3. huhtikuuta 2008, ECLI:EU:C:2008:189, kohdat 42 ja 43 päätöksen päätösosa.

⁷²⁰ C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesrat Bonn*, Kok. 2004 I 09609, ECLI:EU:C:2004:614, kohta 39 ja kohdat 40 ja 41.

⁷²¹ McNerney – Lankford – Sano, 2010, 1.

syklissä kansainväliset järjestöt ovat kiinnostuneita ihmisoikeustyönsä tuloksista ja vaikutuksista (results, outcomes and impacts of their human right work). Järjestöjen intressissä on tietää, miten hyvin järjestöt itse ovat onnistuneet ihmisoikeusstandardien implementoinnissa. Ehkä keskeisin haaste kansainvälisellä ihmisoikeuskentällä on ihmisoikeuksien implementaation vaikutukset. Kiinnostuksen kohteena ovat indikaattorit, niiden funktio sekä potentiaali perus- ja ihmisoikeusindikaattoreina arvioinnin ja todellisuutta ilmentävän diagnostiikan välineinä. Ihmisoikeusindikaattoreita käytetään tilivelvollisuuden, vaikuttavuuden ja vaikutusten arvioinnissa. Indikaattoreiden diagnostinen tarkoitus liittyy ihmisoikeusimplementaation tilan ja oikeuksista nauttimisen laajuuden mittaamiseen tietyssä kontekstissa joko alueellisesti, tietyssä maassa tai paikallisesti.⁷²²

Monitorointi ja indikaattoreita koskeva periaate, kuten Euroopan unionin paremman sääntelyn indikaattorimalli (kuvio 7) on omaksuttu myös osaksi Euroopan unionin paremman lainsäädännön menetelmiä.

Indikaattori	Määritelmä	Mittayksikkö	Tietolähde	Mittaukset, tiheys	Perustieto	Kohde, tieto

Kuvio 7. Euroopan unionin paremman sääntelyn indikaattorimalli.⁷²³

Monitorointi on sekä aineellisten tavoitteiden että perus- ja ihmisoikeustavoitteiden seurannan työkalu. Hyvä monitorointisysteemi tarkoittaa sitä, että sen avulla toiminnan tavoitteet linkitetään indikaattoreihin. Indikaattorit voivat olla luonteeltaan tuotosindikaattoreita (output) tai tulosindikaattoreista (outcome/result indicators) tai vaikutuksia ilmaisevia indikaattoreita (impact indicators), jotka ottavat huomioon lainsäädännön laajempia yhteiskunnallisia vaikutuksia. Indikaattorimallissa periaate on, että kukin indikaattori tulee nimetä ja määritellä. Indikaattori voi liittyä esimerkiksi yksityisyyden suojan oikeuteen ja sen toteutumiseen. Indikaattorille on valittava sopiva mittayksikkö siten, että esimerkiksi unionin tasolla omaksutun indikaattorimallin mittayksiköt ovat mahdollisimman yhteensopivia. Mallin tietolähteiden käytön periaate on, että hyödynnetään mahdollisimman paljon olemassa olevaa tietoa. Mittauksen tiheys on paitsi aikakysymys myös kustannuskysymys. Mallin perustieto on eräänlainen mittauksen lähtöarvo, tavoitteet (targets) tulisi aina pyrkiä ilmaisemaan numeerisesti.⁷²⁴

4.4.5 Säädösehdotusten perustelut ovat myös faktuaalisia

Euroopan unionin lainsäädäntö edellyttää myös perussopimuksen *toimivaltanormien* noudattamista sekä *suhteellisuusperiaatteen* ja *toissijaisuusperiaatteen* huomioimista

⁷²² McInerney – Lankford – Sano, 2010, 1.

⁷²³ Commission Staff Working Document, Better Regulation Guidelines, Brussels, 7 July 2017, SWD(2017)350, 49.

⁷²⁴ SWD(2017)350, 49.

lainsäädännössä niin, että niitä koskeva arviointi on mukana ja nähtävissä lainvalmisteluasiakirjoissa muun muassa mahdollista myöhempää jälkilainsäädännöllistä prosessia varten. Suhteellisuusperiaate ja toissijaisuusperiaate ovat lainsäädännön sisällössä oikeudellisen ulottuvuuden mutta myös tärkeitä lainsäädännön faktuaalisen ulottuvuuden kysymyksiä. Euroopan unionin lainsäädännössä pyrkimys parempaan sääntelyyn on vastaus jo *Edinburghin vuoden 1992 Eurooppa-neuvoston* kokouksen vaatimuksiin, joita olivat säädösehdotusten valmistelun parantaminen ja esimerkiksi komission aloiteoikeuden vahvistaminen, toissijaisuusperiaatteen ja suhteellisuusperiaatteen noudattaminen ja kuulemismenettelyn parantaminen lainsäädäntömenettelyn kuluessa. Keinoiksi esitettiin myös säädöstekstien laadun ja voimassa olevan lainsäädännön tarkistamiseen liittyvä yksinkertaistaminen kodifioinnin keinoin eli kokoamalla saman alan säädökset yhteen muuttamatta niiden sisältöä.⁷²⁵

Euroopan unionin säädöksiin on yleensä kirjoitettu nimenomainen säännös, joka edellyttää komission keräävän määrävälein *ex post*-tietoa säädösten vaikutuksista.

Sähköisen viestinnän sääntelyjärjestelmää säätävät direktiivit, kuten käyttöoikeusdirektiivin (2002/19/EY) 17 artikla, sisältää säännöksen direktiivin *toimivuuden* tarkastelusta.

Sama periaate sääntelyn toimivuuden seuraamisesta muun muassa seuraamusten tarkastelusta on kirjoitettu julkisten hankintojen muutoksenhakua säätävän direktiivin (2007/66/EY) 12a kohtaan. Periaate pätee myös unionin asetuksiin, ja esimerkiksi kilpailuoikeuden täytäntöönpanoasetuksen N:o 1/2003 44 artiklan perusteella komission tulee esittää Euroopan parlamentille ja neuvostolle *kertomus* asetuksen toiminnasta. Unionin bioteknologiadirektiivin (98/44/EY) 16 artiklan a kohdan mukaan komission tulee toimittaa Euroopan parlamentille ja neuvostolle viiden vuoden välein kertomus direktiivin toimivuudesta ja mahdollisista ongelmista, jotka koskevat sellaisia ihmisoikeuksien suojelemisesta tehtyjä kansainvälisiä sopimuksia, joihin jäsenvaltiot ovat liittyneet. Vaatimus liittyy Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä omaksuttuun sykliseen käsitykseen lainsäädännön prosesseista ja myös Euroopan parlamentissa vuodesta 2011 lähtien hyväksytyyn ”lainsäädännön uudelleentarkasteluklausuuliin”⁷²⁶.

Erilaiset lainsäädännön evaluaatiot ovat yleistyneet esilainsäädännöllisessä vaiheessa ja laajentuneet entisestään Euroopan unionin paremman sääntelyn ohjelman myötä. Euroopan unionin oikeusjärjestyksen sykliseen lainsäädäntömetodiin 2000-luvulta lähtien ovat kuuluneet sekä ennakkolliset että jälkikäteiset evaluoinnit⁷²⁷. *Ex post*-eli jälkikäteisen evaluaation tai niin sanotun *impact*-evaluaation eli vaikutusarvioinnin ideaalina on, että niiden avulla saadaan tietoa jo voimassa olleen aikaisemman sääntelyn vaikutuksista, jota on mahdollista käyttää korjaustietona uuden lainsäädännön päätöksentekoon. Kullakin unionin politiikka-alalla on elinkaari, jonka vaiheita ovat politiikan kehittäminen, päätöksenteko ja implementointi. Euroopan unionin lainsäädäntötyössä evaluaatio on osa lainsäädäntötyön politiikkasykliä (policy cycle)⁷²⁸.

⁷²⁵ KOM (97) 626 lopull), 6.

⁷²⁶ European parliament, Review Clauses in EU Legislation, A rolling Check-List, EPRS, European Parliamentary Research Service, Policy Cycle Unit, March 2017, Brussels, European Union 2017, 4 ja 5 sekä 8.

⁷²⁷ Ks. jo varhemmin toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä, 2003 Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä, 2003, kohta 25.

⁷²⁸ Kaeding, 2007, 3–5; Wintgens, 2004, 312–314, *the principle of correction*.

4.5 ESILAINSÄÄDÄNNÖLLISEN VAIHEEN METODI

Edellä luvussa tutkimuksessa olen tarkastellut esilainsäädännöllisen vaiheen metodeja, joiden tarkoituksena on varmistaa lainsäädännön tehokkuusperiaatetta ja oikeusvaltiollista laatua. Seuraavassa olen koonnut yhteen esilainsäädännöllisen vaiheen lainsäädännän metodeja.

4.5.1 Vaiheen metodinen kokonaiskuva

Euroopan unionin lainsäädännän oikeudellisen että faktuaalisen ulottuvuuden toteuttamiseksi on otettu myös käyttöön lainsäädäntömetodinen mekanismi, johon kuuluu useita lainsäädännön analyttistä prosessia tukevia toimintamuotoja (taulukko 9):

Taulukko 9. Euroopan unionin paremman sääntelyn toteuttaminen – analyttisen prosessin kokonaiskuva.

Suunnittelu	Evaluatio ja fitness-check sopivuusarviointi	Vaikutusten-arviointi	Laatukontrolli	Implementaatiotuki ja monitorointi
Politiikkalinjauksen arviointi, säädösehdotusten validointi, oikeasuhtaisuuden arviointi.	Jo toteutuneen säädöshankkeen ei-aiotut, odottamattomat vaikutukset.	Identifioi ja kuvaa sääntelyongelman ja luo tavoitteet, muotoilee policy-vaihtoehdot eli keinot tavoitteiden saavuttamiseksi, arvioi vaihtoehtojen vaikutuksia, kuvaa, miten aiotut ja odotetut tulokset myöhemmin monitoroidaan.	Riippumaton sääntelyarviointilautakunta arvioi evaluointien laatua, antaa lausunnon.	Säädöksen voimaantulon jälkeisiä toimia.

Evaluatio ja niin sanotun *sopivuusarvioinnin* (fitness-check) avulla arvioidaan sitä, *miten aiemmat laaditut evaluatiot* ovat kyenneet arvioimaan *ennalta* säädösten vaikutuksia ja missä määrin jo toteutuneesta säädöshankkeesta on johtunut *ei-aiottuja* tai *odottamattomia vaikutuksia*, joita ei ole kyetty ottamaan huomioon *ennalta*. Evaluatio ja sopivuusarviointi vastaavat siihen kysymykseen, *miten säädöksen tavoitteet ovat toteutuneet*. Kyse on siten säädösten tehokkuudesta. Evaluatioon tehtävänä on päätyä johtopäätöksiin siitä, onko unionin interventiot perusteltua edistää (justified) ja olisiko aiheellista parantaa aikaisemmin voimassa olleen toimen *vaikuttavuutta, relevanssia* ja *koherenssia* ja onko syytä poistaa intervention aiheuttamia *taakkoja* tai *epäyhteensopivuuksia* tai yksinkertaisesti pohtia, olisiko interventio syytä jättää tekemättä. Tässä yhteydessä on perusteltua myös *monitoroida* sitä, miten aiemman säädöksen implementointi on onnistunut. Ilman toimeenpanon monitorointitietoa on mahdotonta saada selville sitä, miten säädöksen tavoitteet ovat toteutuneet.⁷²⁹

⁷²⁹ Commission Staff Working Document, Better Regulation Guidelines, Brussels, 7 July 2017, SWD(2017)350, 6–8.

Vaikutusarvioinnit

Vaikutusarvioinnit (impact assessment) kokoavat *evidenssiä*, mukaan lukien aikaisemmin laadittujen evaluaatioiden tulokset, arvioidakseen, onko Euroopan unionin lainsäädäntötoimi tai ei-lainsäädäntötoimi perusteltu (justified) ja miten tällainen toimi tulisi parhaiten suunnitella haluttujen tavoitteiden saavuttamiseksi. Vaikutusarvioinnin tulee *identifioida* ja kuvata *sääntelyongelma*, luoda *tavoitteet*, muotoilla *policy-vaihtoehtot* eli *keinot tavoitteiden saavuttamiseksi*, arvioida *vaihtoehtojen vaikutuksia* ja myös kuvata, miten aiotut ja odotetut tulokset myöhemmin *monitoroidaan*.⁷³⁰

Sääntelynvalvontalautakunta

Komission puheenjohtaja päätöksellä unionin lainsäädännön järjestelmää varten on perustettu erityinen riippumaton lainsäädännön laatua valvova *sääntelynvalvontalautakunta* (Regulatory Scrutiny Board), joka arvioi komission tuottaman aineiston, säädösehdotusten evaluoinnit, sopivuusarvioinnit ja vaikutustenarvioinnit⁷³¹. Sääntelynvalvontalautakunta arvioi laatua komission laatimien ohjeiden perusteella, säädösehdotuksen eteneminen edellyttää myönteistä mielipidettä ja sääntelynvalvontalautakunnan mielipide liitetään aina esillä olevaan säädösehdotukseen.⁷³² *EPri-vacy*-säädösehdotuksesta arvio (opinion) on annettu vuonna 2016 komission digitaalisten markkinoiden strategiaa varten laaditun vaikutusarvioinnin (REFIT-evaluaatio ja fitness-check) yhteydessä yhdessä kuudentoista muun säädösehdotuksen kanssa. Arvio rakentuu tässä neljästä osasta, *kontekstista*, *yleisarviosta*, *pääasiallisista parannus-suosituksista* (politiikkakonteksti, REFIT-arvio, investoinnit ja rahoitus, vaikutuksia koskevat metodit) sekä *vaikutusarviointiraportin kulusta ja esittämistavasta*. Esittämistavasta arviossa todetaan, että vaikutusarviointiraportin olisi tullut sisältää parempi alan sanasto. Lisäksi jotta vaikutusarvioinnista olisi enemmän hyötyä politiikan päätöksenteossa (policy-makers), olisi raportissa panostettava enemmän sen yleiseen selkeyteen ja kielen läpinäkyvyyteen. Sääntelynvalvontalautakunta antoi myönteisen arvion asiassa ja suosituksen parantaa sinänsä monimutkaista asiakokonaisuutta muun muassa interventologiikan ja tavoitteiden suhteen sekä sähköisen viestinnän uuden teknologian ja sähköisen viestinnän yksityisyyden suojan turvallisuuden kysymyksissä.⁷³³

Monitoroinnit

Lainsäädännön suunnittelun vaiheeseen kuuluvat lisäksi säädösten *implementointin tuki* ja *monitoroinnit*. Vasta asianmukainen politiikoiden implementointi ja soveltaminen osoittavat, ovatko säädöksen tavoitteet tulleet saavutetuiksi tarkoitetulla tavalla vai onko jäsenvaltio pannut toimeen säädökset tehotomasti. Yksi keino on laatia implementointiohjelma, toinen keino on arvioida ja monitoroida säädösten toimeenpanoa ja noudattamista.⁷³⁴

⁷³⁰ SWD (2017)350, 8–9.

⁷³¹ Decision of the President of the European Commission on the establishment of an independent Regulatory Scrutiny Board, Strasbourg 19.5.2015, C(2015) 3263, final.

⁷³² SWD (2017)350, 9.

⁷³³ European Commission, Regulatory Scrutiny Board, Opinion, DG- CNECT – Reform of the electronic communications network and services, Ares (2016)3998953 – 29.7.2016.

⁷³⁴ Commission Staff Working Document, Better Regulation Guidelines, Brussels, 7 July 2017, SWD (2017)350, 9.

Euroopan unionin sääntelyn tiedonhankinnassa ja tiedonmuodostuksen perustana käytetään paremman sääntelyn hankkeiden myötä kuitenkin vakiintuneesti evaluaatiota tai vaikutustenarviointia, joilla pyritään tuottamaan tietoa *reaalimaailman olosuhteista*, kuten *maantieteellisistä* tai *sosioekonomisista olosuhteista* interventioiden *suunnittelua* ja *poliittisten prioriteettien* asettamista varten. Evaluaation yksi funktio on tuottaa reaalista tietoa ja vaikutustietoa sääntelytoimien perustaksi⁷³⁵. Niin sanotun *evidence-based*-tyyppisen tiedon puutteen on todettu olevan keskeinen ongelma EU-lainsäädännössä. Vaikutusarviointitietoa on pidetty tärkeinä keinoina, jolla on pyritty hankkimaan *evidence-based*-tyyppistä tietoa lainsäädännön perustaksi⁷³⁶. Lainsäädännön analytytyssä prosessissa edellytetään monenlaista tietoa, alkaen lainsäädäntöimpulssin ongelman edellyttämästä tiedosta vaiheeseen, jossa on kyse lainsäädännön vaikutusten (effects) arvioinnista. Lainsäädäntö edellyttää myös ennakkollisen tiedon kokoamista lainsäädännön vaikutuksista yhteiskunnassa (principle of prognosis)⁷³⁷.

Modernin lainsäädännön yksi tavoite on säännellä myös *yhteiskunnallisia riskejä*, joilla tarkoitetaan tietyn tapahtuman tai vahingon todennäköistä tapahtumista ja sen haitallisia vaikutuksia. Riskeillä on yleensä globaali luonne. Esimerkiksi *varovaisuusperiaate*, jota käytetään Euroopan unionin lainsäädännön perusteluna, on perua saksalaisesta *Vorsorgenprinzip*-varovaisuusperiaatteesta. Nykyisin ajatellaan, että riskit eivät ole ulkosyntyisiä tai kohtaloon liittyviä asioita, vaan riskit syntyvät myös ihmisten päätösten ja toiminnan seurauksena.⁷³⁸

Teleologinen tavoitesuuntautunut sääntely on pakottanut perinteisesti myös oikeustieteeseen tukeutuvaa tutkimusta rikkomaan näkökulmaa niin, että tietoa säädettävistä oikeuden normeista pitää täydentää empiirisellä tiedolla, jota tavoitesuuntautuneen sääntelyn vaikutusarviointitieto ja monitorointitieto välttämättä edellyttävät⁷³⁹. Useissa unionin säädöksissä on säännös siitä, että säädöksen vaikutukset tulee arvioida tiettyyn aikamäärään mennessä. Tämä on tyypillistä sähköisen viestinnän alan sääntelyssä. Teoreettisen kirjallisuuden mukaan esilainsäädännöllisessä vaiheessa tutkitaan myös sääntelyn vaihtoehtoisia mahdollisuuksia, samoin kuin tutkitaan ja analysoidaan tavoitteiden saavuttamista koskevia keinoja. Tässä vaiheessa arvioidaan myös toimeenpanon keinoja ja jälkikäteen evaluaation toteuttamista. Tällaiset suunnitteluun liittyvät lainsäädännön faktuaalisiin ulottuvuuksiin liittyvät toimet luontuvat teleologisen lainsäädännön kohdalla samalla tavalla kuin minkä tahansa säädöksen antamisessa.

4.5.2 Tehokkuusperiaate metodisena kysymyksenä

Esilainsäädännöllisessä vaiheessa *lainsäädännön tehokkuus* voi tarkoittaa enintään lainsäädännön oletettua ja metodisesti *ex ante*-tyyppistä *prospektiivista* arviota, joka voi sisältää aiemmin jo voimassa olleen saman alan sääntelyn *ex post*-tyyppisiä *retrospektiivisiä* vaikutuksia, *impacts*. *Lainsäädännön hyväksyttävyydellä* lainsäädäntöteoreettisen

⁷³⁵ Evaluating EU Activities, 2004, 9 ja 21, 30, julkaisussa Evaluating EU Activities. European Commission. A Practical guide for the Commission services, DG Budget – Evaluation Unit, July 2004.

⁷³⁶ Popelier, 2012, 259; Meuwese, 2008, 2–8.

⁷³⁷ Wintgens, 2004, 312–314.

⁷³⁸ Baldwin – Cave – Lodge, 2012, 83–104.

⁷³⁹ Westerman, 2013, 395–414.

tutkimuksen yhteydessä tarkoitetaan erityisesti kansainvälisiin sopimusnormeihin ja perustuslakeihin kirjoitettujen perus- ja ihmisoikeusnormien ja Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmän normien noudattamista oikeusvaltiollisina standardeina lainsäädännössä.

Voidaan ajatella, että lainsäädännön tehokkuusperiaate lisäarvona, hyötynä ja esimerkiksi tavoiteltuina vaikutuksina ovat limittyneet laillisuusperiaatteen kanssa niin, että tehokkuusperiaate modernissa oikeudessa legitimoii lainsäädäntöä. Tehokkuusperiaate on voitu joissakin oikeusjärjestyksissä kirjoittaa valtiosääntöperiaatteeksi tai periaatteeksi lakiin tai muuhun normiin. Modernissa oikeudessa tehokkuusperiaate tunkeutuu perinteisen laillisuusperiaatteen ja legaliteetin käsitteiden ääri rajojen sisäpuolelle. Tehokkuusperiaate on venyttänyt laillisuusperiaatteen rajoja. Tehokkuusperiaatetta tulee kuitenkin toteuttaa ”lain laillisuusperiaatteen käsitteen” ääri rajojen sisäpuolisena ja yhtenä lainsäädäntöä oikeuttavana seikkana. Alan kirjallisuudessaakin on lähdetty siitä, että tehokkuusperiaate ei yksinään riitä legitimoimaan lainsäädännön laatua⁷⁴⁰.

Modernissa oikeudessa sekä tehokkuus että legitimiisyys ja hyväksyttävyyys otetaan huomioon esilainsäädännöllisessä vaiheessa ja lainsäädäntöehdotuksen antamisen yhteydessä unionin lainsäädäntöperiaatteiden ja perusoikeustestien ja rajoitusnormien keinoin ja retrospektiivisten ja prospektiivisten vaikutusarviointien ja evaluaatioiden avulla. Tässä hyödyntämisen rajoja asettavat ihmisen inhimilliset tiedolliset rajat ja edellä sitaatissa mainittu rajoitetun rationaalisuuden periaate siksin, että lainsäädäntä on määritelty tulevaisuuden asiointiloja koskevaksi päätöksenteoksi⁷⁴¹.

Euroopan unionin lainsäädäntään liittyvät toimet ovat myös käytännössä edellyttäneet kansallisten lainsäädännön metodien vahvistamista. Eräät perussopimuksen artikkelit edellyttävät jäsenvaltiossa eräiden politiikka-alojen arviointeja.

Kansallisessa lainsäädännössä on vahvistettu Suomen oikeuden näkökulmasta lainsäädännön valmistelun vaihetta niin, että valtioneuvoston kansliaan on vuonna 2016 valtioneuvoston asetuksella perustettu (muistio 21.12.2015) *lainsäädännön arviointineuvosto*, joka arvioi lainsäädäntöehdotusten taloudellisia ja muita vaikutuksia ennen kuin ne menevät eduskunnan käsiteltäväksi. Lainsäädäntöteoreettisesti arvioiden arviointineuvoston toiminta on *apriorista* ja lakiehdotukseen kohdistuvaa niin, että se yleensä toteutuu ennen lainsäädännön muodollista voimaantuloa. Suomalaisessa lainsäädännössä lainsäädäntöesitysten valtiosääntöoikeudellisia ja oikeudellisia kysymyksiä tarkastellaan sekä lakiesitystä valmistelevassa ministeriössä, ja niitä tarkastelee myös laillisuusvalvontaa harjoittava valtioneuvoston oikeuskansleri⁷⁴².

Suomessa yleisesti säädösvaltaa liittyviä oikeudellisia perusteita kansallisesti ja ylimpien valtioelinten välisissä toimivaltasuhteissa valvoo Suomen perustuslain

⁷⁴⁰ Flückiger, 2007, 83–90.

⁷⁴¹ Conte, 2015, 5.

⁷⁴² OKA 5.3.2004, Drno 4/20/40, valtioneuvoston ohjesäännön vaihteleva käytäntö koskien perustuslain 93 §:n 2 momentin säännöstä. Oikeuskansleri piti tärkeänä, että yleisistunnon esittelylistaan oheistetussa muistiossa asian luonne arvioidaan ja toimivaltajako perustellaan erikseen. Oikeuskansleri on pian Suomen perustuslain voimaantulon jälkeen käsitellyt useissa ratkaisuisaan toimivallan käyttöön liittyneitä tulkintaongelmia. Valtioneuvoston oikeuskansleri 16.08.2001, Drno 12/21/01, Direktiiviehdotusta koskevan valtioneuvoston kirjelmän viivästyminen. Kansallisista toimivaltakysymyksistä, erityisesti eduskunnan ja valtioneuvoston lainsäädäntövallan käyttäminen, OKA, 2.12.1997 Drno 929/1/97. OKA 30.3.2000 lainsäädäntövallan piiriin kuuluvan kansainvälinen sopimus

108 §:n nojalla valtioneuvoston oikeuskansleri. Valtioneuvoston päätöksenteon valvonnassa tarkoitus on varmistaa perusoikeuksien toteutuminen ja turvaaminen Euroopan yhteisön lainsäädännön valmistelua ja hyväksymistä koskevassa päätöksenteossa. Valvonnassa kiinnitetään huomiota paitsi Euroopan yhteisön oikeuden velvoitteisiin myös Suomen oikeusjärjestyksen⁷⁴³ ja yksilön oikeusturvan vaatimuksiin. Vuoden 2005 jälkeen oikeuskanslerin laillisuusvalvonnan tai lausuntojen kohteena on ollut unionin asioiden kansallinen valmistelu ja täytäntöönpano. Lausunnot ovat koskeneet valtiovaraministeriön ja tullihallituksen välistä toimivallanjakoa unionin tullisäädöksiä koskevassa asiassa⁷⁴⁴, komission ehdotusta Euroopan unionin perusoikeusvirastoksi⁷⁴⁵ ja useissa tapauksissa on tutkittu valtioneuvoston kirjelmän toimitamisen viipymistä eduskunnalle⁷⁴⁶.

Päätelmiä

Esilainsäädännöllinen vaihe osana lainsäädännön prosessia tarkoittaa suunnittelua, valmistelua ja säädösehdotuksen tekstin muotoilua. Kyseessä on analyttisen prosessin ensimmäinen vaihe. Vaiheessa hankitaan erilaista evaluointi- ja myös monitorointitietoa uuden sääntelyn perusteiksi. Unionin jälkikäteinen säädösten vaikutustenarviointi perustuu tiettyihin kriteereihin, kuten tehokkuus, vaikuttavuus, relevanssi, koherenssi ja EU-lisäarvo. Esimerkiksi sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin vaikutustenarviointi osoittaa, ettei se läheskään kaikilta osin ole saavuttanut kriteereiden tavoitteita. Kaikista edellytetyistä seikoista ei ole ollut myöskään saatavilla tietoa. Euroopan unionin lainsäädännössä vaiheen tuottama tieto on metodisesti arvioiden sekä *ex ante*-tyyppistä prospektiivista että *ex post*-tyyppistä retrospektiivistä vaikutusarviointitietoa. Se on pääsääntöisesti laadullista tietoa, jota unionin paremman lainsäädännön ohjeiden perusteella tulisi mahdollisuuksien mukaan muuttaa määrälliseen muotoon. Evaluaatiometodisesti arvioiden tiedonhankintakeinoina käytetäänkin tyypillisesti yhteiskuntatieteiden metodeja, laadullisia ja määrällisiä. Lainsäädännön valmisteluvaihetta varten on rakennettu indikaattoreita, joiden avulla erilaista tietoa on mahdollista "mitata". Indikaattorien avulla tiedon on tarkoitus olla paremmin vertailtavissa ja ajatus on, että sen avulla tieto on mahdollista saattaa tiiviimpään muotoon. Indikaattorien kohdalla pitää kuitenkin huomata, että niissä on aina mukana subjektiivisuutta ja myös arvostuksenvaraisuutta. Lainsäädännön tavoitteiden määrittely pyrkii olemaan entistä tarkempaa niin, että annettavalla säädöksellä olisi mahdollisimman tehokas vaikutus yhteiskunnassa ja sen käytännössä. *Maderin* mukaan evaluaatiotiedon tarkoituksena on parantaa lainsäädännön aineellista eli materiaalista sisältöä. Tavoitteena on edistää lainsäädännön aineellista rationaalisuutta, jonka ajatellaan edistävän lainsäädännön tehokkuutta käytännössä. *Morand* teoriassaan korostaa prosessin ja vaiheiden merkitystä siksi, että vain niiden avulla lainsäädännön aineellisen sisällön rationaalisuuden edistäminen on mahdollista. Yhtä universaalia ehdotonta hyvän lainsäädännön mittaria ei ole olemassa. Moderni eva-

⁷⁴³ OKA:n ratkaisu 16.2.2004 Drno 14/21/03, valtioneuvoston on katsottu ylittäneen toimivaltansa, ellei sen säätämän asetuksen antamisen peruste ole löydettävissä Suomen perustuslain 80 §:stä tai asetuksen perusteena ei ole laintasoisen säädöksen normi.

⁷⁴⁴ AOKS 12.7.2005 Drno 26/20/05.

⁷⁴⁵ OKA 31.8.2005 Drno 29/20/05.

⁷⁴⁶ AOKS 5.6.2017, valtioneuvoston kirjelmän viivästyminen, OKA 2.2.2015 valtioneuvoston kirjelmän toimittaminen eduskunnalle (PL 96 § 2 mom.), OKA 3.6.2009 valtioneuvoston kirjelmien toimittaminen eduskunnalle (PL 96 § 2 mom.)

luaatiometodi korostaa myös riskejä ja sitä, että lainsäätäjälle tuotetaan tietoa erilaisista sääntelyvaihtoehdoista. Evaluaation tehtävänä on pidättäytyä antamasta valmiita sääntelyvaihtoehtoja.

Lainsäädäntöteoreettinen tutkimus on periaatteessa jo 1970-luvulta pyrkinyt tukemaan lainsäädännön aineellisen sisällön ja faktuaalisen ulottuvuuden *evidence-based*-tiedon edellyttämää lainsäädännön laadun parantamista. Faktuaalinen tieto on tärkeää myös siksi, että sitä otaksutaan käytettävän lainsäädännöllisen vaiheen päätöksenteossa. Myös säädösten pätevyyttä arvioidaan jälkikäteen unionin tuomioistuimessa tällaisen tiedon perustalta. Esilainsäädännöllinen vaihe on omaksunut metodeja ja käsitteitä kansainvälisten järjestöjen evaluaatiometologiasta: peruslähdekohta (baseline), interventologiikka, uuden sääntelyn muutostarpeita ilmentävät toiminnan ajurit tai kontrafaktuaali. Metodien mahdollisuus tuottaa tietoa esimerkiksi säädösten vaikutuksista tai vaikuttavuudesta tulevaisuudessa on kuitenkin rajallista. Lainsäädännön vaikutusten arvioinnissa painoarvoa on paitsi lainsäädännön oletetulla tehokkuudella myös muulla oikeusvaltiollista laatua mittaavien indikaattorien tuloksilla.

Tehokkuus on myös oikeusvaltiollisen laadun aspekti siinä mielessä, että tehokas lainsäädäntö toteuttaa legitiimejä lainsäätäjän tarkoittamia tavoitteita ja vaikutuksia. Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä lainsäädännön lisäarvo ja hyöty kansalaisille on keskeinen tehokkuuden argumentti. Yksinään tehokkuus ei ole kuitenkaan riittävä lainsäädännön laadun mitta tai tae. Moderni oikeusvaltiollinen laatu tarkoittaa ennen muuta sitä, että lainsäädäntö on paitsi tehokasta myös menettelyllisesti ja aineellisen sisällön näkökulmasta arvioiden legitiimiä ja hyväksyttävää niin, että se täyttää perus- ja ihmisoikeusnormien edellyttämät standardit. Se on oikeusvaltiollisen laadun ideaali. Absoluuttista oikeusvaltiollista laatua ei ole mahdollista määritellä. Euroopan unionin lainsäädännössä on ryhdytty 2000-luvulla tehokkuuden lisäksi vahvistamaan oikeusvaltiollisuuden elementtejä. Lainsäädännössä hyväksyttävyyys oikeusvaltiollisena laatuna on tullut tärkeämmäksi. Se tarkoittaa perus- ja ihmisoikeusnormistoa lainsäädännön vähimmäisstandardeina. Euroopan unioni laati perusoikeuskirjan 2000-luvun alussa ja ryhtyi toteuttamaan lainsäädännön prosessissa erityistä perusoikeusstrategiaa. Tämä tarkoittaa sitä, että komissio unionin perus- ja ihmisoikeusvalvontaa Euroopan unionin lainsäädännössä tehostaessaan noudattaa perusoikeusstrategiaan liittyvää evaluaatiometodia. Ennakollisessa valvonnassa Euroopan unionin perusvapaudet, jotka perustuvat unionin ja siis aiemman ”yhteisön” oikeuden taloudellisiin vapauksiin, muodostavat yhdessä sisämarkkinatavoitteiden kanssa Euroopan unionin oikeuden ja perusoikeusjärjestelmän ytimen. Esimerkiksi tietoyhteiskunnan lainsäädännön viitekehys toteuttaa sisämarkkinatavoitteita ja unionin taloudellisia (community) perusvapauksia.

Edellä olen korostanut sitä, että unionin lainsäädäntö yleensä on tavoitteellista. Teleologinen rationaliteetti, jonka normityyppinä on periaate, edellyttää säädöksiltä ennen muuta normatiivista tarkkuutta. Se unionin tapauksessa merkitsee kontekstuaalisuuden huomioimista. Tällaisessa teleologisessa lainsäädännössä teksti ja kieli eivät varmista säädösten normatiivista tarkkuutta. Edellytetään käsitelmäärittelyjä, selittäviä asiakirjoja ja täsmentävää oikeuskäytäntöä. Teleologisessa lainsäädännössä soveltajan ja tulkitsijan harkintavallan laajuudella on suuri merkitys sen toimeenpanossa siinä tapauksessa, että lainsäätjä ei ole onnistunut viestimään säädöksen tavoitteita, tarkoitusta ja käytettäviä keinoja yksiselitteisesti.

5 LAINSÄÄDÄNNÖLLINEN VAIHE

Tässä luvussa tarkastelen prosessin legiislatiivista eli lainsäädännöllistä vaihetta. *Morandin* lainsäädäntöteorian prosessissa lainsäädännöllinen vaihe (legislative, legiislatiivinen) tarkoittaa sitä, että siinä lainsäädäntö hyväksytään ja sen antamisesta päätetään. Esilainsäädännöllisen vaiheen jälkeen lainsäädännön prosessiin luetaan kuuluviksi *legiislatiivinen* vaihe eli lainsäädännöllinen vaihe, joka tarkoittaa säädösehdotuksen käsittelyä ja päätöksentekoa lainsäädäntöelimestä eli muodollista säätämistä (ks. vaihe, kappale 3.3.3). Lainsäädännöllinen vaihe Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä tarkoittaa sitä, että yleensä perussopimuksen mukaan komission antama säädösehdotus käsitellään unionin perussopimuksen edellyttämällä tavalla Euroopan unionin lainsäädäntöelimestä, Euroopan parlamentissa ja neuvostossa. Merkittävä ero kansalliseen lainsäädäntöön verrattuna on se, että säädös tulee perustella perussopimuksen normeilla. Perussopimuksen artiklan oikeusperustoina ovat hyvin tulkinnanvaraisia. Tutkin luvussa *Morandin* teorian prosessin ja vaiheiden kehikossa ja *Flückigerin* ulottuvuuksien avulla lainsäädännöllisen vaiheen metodeja eli lakien säätämisen päätöksenteon metodisia mahdollisuuksia edistää lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua unionissa. Metodisilla mahdollisuuksilla tarkoitan rationaalisuutta edistäviä päätöksenteon metodeja lainsäädännön päätöksenteossa, jossa korostuvat tavoite- ja arvovalinnat. Tarkastelu perustuu kirjallisuuteen ja myös osin oikeuskäytäntöön. Keskeinen pohdinta liittyy siihen, mitä edellytyksiä tai rajoituksia lainsäädännöllisellä vaiheella on hyödyntää esilainsäädännöllisen vaiheen lainsäädäntöehdotuksen perusteiksi hankittua faktuaalisen ulottuvuuden tietoa.

5.1 UNIONIN LAINSÄÄDÄNNÖLLISEN VAIHEEN OIKEUDELLINEN ULOTTUVUUS

Euroopan unionin lainsäädännön päätöksentekoon osallistuvat perussopimuksen SEUT 289 artiklan osoittamassa menettelyssä unionin lainsäädäntöelimet joko tavallisessa tai erityisessä lainsäätämisenjärjestyksessä. Tavallisessa lainsäätämisenjärjestyksessä hyväksyttäviä säädöksiä ovat siten ne asetukset, direktiivit ja päätökset ja ei-sitovan luonteiset suositukset ja lausunnot, jotka Euroopan parlamentti ja neuvosto hyväksyvät komission ehdotuksesta artiklan SEUT 289 tarkoittamassa tavallisessa lainsäätämisenjärjestyksessä. Perussopimuksen SEUT 289 artiklassa on määräyksiä myös erityistapauksissa noudatetusta erityisestä lainsäätämisenjärjestyksestä, jossa joko Euroopan parlamentti tai neuvosto hyväksyy säädöksen toisen elimen ainoastaan osallistuessa menettelyyn. Perussopimuksen SEU 4 artikla ja SEU 5 artikla sisältävät määräyksiä lähinnä unionin toimivallan käyttämisestä ja perussopimuksen noudattamisesta sekä unionin lainsäädäntöperiaatteista eli toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteesta. Sitä, *miten* unionin lainsäätäjän tulee lainsäädäntömetodisessa mielessä tehdä päätöksensä, ei ole määritelty.

5.1.1 Säädösten perusteluvelvoite on unionin lainsäädännön erityispiirre

Lainsäädäntö on määritelty olevan poliittisten tavoitteiden asettamista ja arvojen ja preferenssien suodattamista lainsäädäntöprosessin avulla oikeuden normeihin. Puitteita yleensä luovat ja asettavat kunkin oikeusjärjestyksen ylimmät normit, kuten valtion perustuslaki, kansainväliset sopimukset, joihin valtio on sitoutunut, sekä kunkin oikeusjärjestyksen lainsäädäntöohjeet tai muut legistiset menetelmät. Lainsäädännöltä edellytetty legitimiisyys ja hyväksyttävyyys ovat tärkeitä lainsäädäntömenetelmisiä vaatimuksia, jotka saavat tukea kansainvälisestä oikeusvaltioperiaatteesta, valtioiden perustuslaista ja esimerkiksi lainsäädäntöohjeista.⁷⁴⁷ Poliittisella rationaliteetilla tarkoitetaan myös niitä lainsäädännön ylemmänasteisiin normeihin perustuvia menettelyitä, joissa ehdotettuja normeja vahvistetaan säädännällisen oikeuden normeiksi⁷⁴⁸.

Sitä, miten lainsäätäjät tekevät päätöksensä poliittisen prosessin kuluessa, on määritelty oikeus- ja lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa luonteeltaan *praktiseksi päätöksentekoksi* ja *avoimeksi harkinnaksi*. Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä lainsäätäjän päätöksenteko on prosessin kaikissa vaiheissa tiukemmin ylemmänasteisten normien oikeudellisen ja juridisten reunaehtojen ja lainsäädännön harkintaperiaatteiden rajoittama kuin esimerkiksi kansallisen lainsäätäjän, joka voi vapaasti valita perustuslain sallimien normien rajoissa haluamansa lainsäädännön poliittiset tavoitteet. Periaate on, että Euroopan unionin lainsäätäjän tulee myös poliittisista ja aineellisista tavoitteista päättäessään aina rajoittua perussopimuksen asettamiin oikeudellisiin normeihin.⁷⁴⁹

Euroopan unionin rajoitetun toimivallan periaate (enumerated powers, conferred powers) edellyttää unionin lainsäädännöltä oikeusperustaa⁷⁵⁰. Yhtenä Euroopan unionin oikeusjärjestyksen erityispiirteenä on perussopimuksen SEUT 296 artiklaan perustuva lainsäädännön perusteluvelvollisuus. Kansallisvaltioissa tällaista velvoitetta ei yleensä tunneta. Tähän on *Christian Waldhoffin* mukaan kaksi syytä. Ensiksi Euroopan unionin oikeusjärjestykselle ominainen oikeudellinen status, jonka johdettu lainsäädäntö on aina erityisessä merkityksessä delegoidun lainsäädännön kaltaista normistoa. Toiseksi Euroopan unionilta puuttuu *Kompetenz-Kompetenz*-tyyppinen modernin valtion toimivalta niin, että unionin toimivalta perustuu *annetun toimivallan periaatteelle, toissijaisuusperiaatteelle ja suhteellisuusperiaatteelle*, jotka oikeudellisesti velvoittavina periaatteina sitovat unionin lainsäädäntöä. Unioni ei ole siten lainsäätäjänä vapaa valitsemaan poliittisia tavoitteita ja päämääriään samalla tavoin kuin kansallisvaltio. Päinvastoin jokainen Euroopan unionin säädös edellyttää perussopimuksessa olevaa oikeudellista perustetta.⁷⁵¹

Otan tähän esimerkin perustelusta *sisämarkkinasääntelyn* alalta. Siinä on kysymys jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen lähentämisestä. Sisämarkkinasääntelyä on mahdollista antaa eri artikloiden perusteella. Käyttämäni esimerkki on perua Euroopan unionin

⁷⁴⁷ Ekins, 2012, 132; Wahlgren, 2008, 59; lainsäädännön rationaliteeteista; Ks. myös A. Daniel Oliver-Lalana, 2013, 140–141.

⁷⁴⁸ Niemivuo, 2008, 43.

⁷⁴⁹ Ks. Sieckmann, 2016, 367–368, lainsäätäjän harjoittamasta harkinnasta yleensä; Waldhoff, 143–144, unionin erityispiirteistä.

⁷⁵⁰ Kumm, 2006, 516–517.

⁷⁵¹ Waldhoff, 2016, 143.

tuomioistuimen ratkaisusta, jossa on tutkittu kanteen perusteella unionin toimielinten antamaa säädöstä jälkikäteisessä oikeudellisessa valvonnassa.

Perussopimuksen SEUT 26 artiklan sisämarkkinasäätelyn ala tarkoittaa unionin jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämistä. Artiklan SEUT 26 ensimmäisen kohdan mukaan

”Unioni hyväksyy perussopimusten asiaa koskevien määräysten mukaisesti toimenpiteet, joiden tarkoituksena on toteuttaa sisämarkkinat tai varmistaa niiden toiminta”.

Mainitun artiklan mukaan sisämarkkinat käsittävät neljän vapauden liikkuvuuden alueen, jolla ei ole sisäisiä rajoja. Lähentäminen voi liittyä mihin tahansa politiikka-alaan. Yleensä lähentämisen säätelyväline on ollut direktiivi. Esimerkiksi tietoyhteiskunnan säätelykehysten lainsäädäntö on luonteeltaan jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen lähentämistä, sisämarkkinasäätelyä. *EPrivacy*-ehdotuksessa asetuksen toiseksi oikeusperustaksi SEUT 16 artiklan ohella on ehdotettu SEUT 114 artiklan säännöstä siksi, että säädöksen tarkoituksena on saada aikaan unionissa sähköisen viestinnän sisämarkkinat⁷⁵². Sisämarkkinasäätelyssä noudatetaan oikeusperustoina perussopimuksen SEUT 114 artiklan tai SEUT 115 artiklan säännöstä. SEUT 114 artikla on eräänlainen sisämarkkinasäätelyn yleisartikla eli *lex generalis*, jonka tarkoituksena on toteuttaa kyseisen SEUT artiklan tarkoittamia tavoitteita. SEUT 115 artiklaa käytetään toimen oikeusperustana siinä tapauksessa, että unionin säädös määrää jäsenvaltioiden lakien asetuksen tai hallinnollisten määräysten lähentämisestä, joka *suoraan* vaikuttaa sisämarkkinoiden toteuttamiseen ja toimintaan. SEUT 114 artikla edellyttää lainsäädännössä tavallista lainsäätämisyjärjestystä, SEUT 115 puolestaan merkitsee säädösten antamisessa neuvoston yksimielistä päätöstä ja erityistä lainsäätämisyjärjestystä. Artiklan SEUT 115 perusteella päätösvaltaa käyttäessään unionin neuvoston tulee ennen säädösten antamista myös kuulla Euroopan parlamenttia ja talous- ja sosiaalikomiteaa. Lissabonin sopimuksen SEUT 114 artikla (aiemmin EY 95 artikla) ei määrittele, mitä säädösinstrumenttia se edellyttää. Esimerkiksi *ePrivacy*-säädösehdotuksessa säätelyä haluttiin tehostaa ja säätelyvälineeksi on ehdotettu asetusta siksi, että voidaan varmistaa johdonmukaisuus *lex generalis*-tyyppisen unionin yleisen tietosuojaa-asetuksen kanssa sekä säätelyn oikeusvarmuus, joka käyttäjien ja yritysten näkökulmasta tarkoittaa toisistaan poikkeavien tulkintojen välttämistä unionin jäsenvaltioissa. Perustelujen mukaan asetuksella voidaan varmistaa samantasoinen suoja käyttäjille koko unionissa. Sillä myös on tarkoitus pienentää säännösten noudattamisesta aiheutuvia kustannuksia yrityksille, jotka toimivat yli rajojen.⁷⁵³ Joissakin tapauksissa SEUT 115 artiklaa on käytetty säädöksen oikeusperustana toisen perussopimuksen artiklan kanssa. Näin on tehty esimerkiksi säädettäessä veroista, vaikka unionin perussopimuksessa nimenomaisesti artikla SEUT 113 on tarkoitettu veroja ja maksuja säättävän lainsäädännön perusteeksi.

Euroopan unionin lainsäädännössä säädöksen oikeusperustan valinta on useimmiten tulkinnanvarainen oikeudellinen kysymys, ja varsinkin usein säädösten oikeusperustan pätevyyttä tai laillisuutta on tutkittu SEUT 263 artiklan kanteen tai SEUT 267b

⁷⁵² Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuojaa-asetus), COM (2017) 10 final, 4.

⁷⁵³ COM (2017) 10 final, 5.

artiklan ennakkoratkaisukysymyksen perusteella Euroopan unionin tuomioistuimesa jälkikäteisessä oikeudellisessa normivalvonnassa.⁷⁵⁴ Lainsäädännön päätöksentekoon osallistuvien organien käsityseroista esimerkiksi oikeusperustan valinnasta saa parhaiten perusteltua tietoa unionin säädösten jälkikäteisen normivalvonnan tapauksista. Seuraavassa on esimerkki eri osapuolten käsityksistä.

Komission käsitys

Jälkikäteisen normivalvonnan oikeuskäytännössä tutkitussa tapauksessa C-338/01 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto* tutkittiin verotuskysymystä säättävää direktiiviä (2001/44/EY), joka unionin neuvoston mukaan oli tullut antaa artikloiden EY 93 (SEUT 113 artikla) ja artiklan EY 94 (SEUT 115 artikla) perusteella. Kanteen esittäneen komission mukaan direktiivi olisi tullut antaa niin, että sen oikeusperustana olisi artikla EY 95 (SEUT 114). Komissio perustelee sitä muun muassa sillä, että jäsenvaltioiden suvereniteettia tulee kunnioittaa sääntelyalalla sekä sillä, että komission mukaan direktiivin *tarkoituksena oli selvästi sisämarkkinoiden toteuttaminen*. Komission mukaan direktiivin tarkoituksena *ei* ole puuttua unionin jäsenvaltioiden kansallisiin lainsäädäntöihin vaan lähinnä määritellä aineellisen lainsäädännön yhteiset käsitteet ja edistää rajan ylittävää avunantoa.⁷⁵⁵

Parlamentin käsitys

Parlamentin mukaan komission kanta oli vakiintuneen oikeuskäytännön mukainen, jonka mukaan unionin toimenpiteen oikeudellisen valinnan perusteen on perustuttava objektiivisiin tekijöihin, kuten toimenpiteen tavoitteeseen ja sisältöön. Tässä suhteessa parlamentti toteaa, että perussopimuksen oikeudelliset perustat voivat olla niiden edellyttämien päätöksentekomenettelyiden vuoksi keskenään yhteen sopimattomia, ja siksi oikeusperustaa silmällä pitäen tulisi määritellä toteutettavan säädöksen ”painopiste”. Parlamentin mukaan direktiivin painopiste on *selvästi sisämarkkinoiden luominen ja toiminta*, mikä edellyttää oikeusperustan valitsemiseksi artiklaa EY 95 eli Lissabonin sopimuksessa artiklaa SEUT 114. Parlamentin mukaan direktiivi ei sisällä verojen perintää koskevia säännöksiä, jotka liittyisivät kansallisiin lainsäädäntöihin, vaan siinä parlamentin mukaan säädetään ulkomaisten saatavien ”kansallisesta kohteesta”.⁷⁵⁶

Euroopan unionin neuvoston käsitys

Jäsenvaltioista koostuva Euroopan unionin neuvosto taas näki direktiivin tarkoituksen siten, että *direktiivin tarkoituksena on suojata yhteisön ja sen jäsenvaltioiden taloudellisia etuja, taata paremmin sisämarkkinoiden kilpailukyky ja verotuksen neutraalisuus sekä rajoittaa petoksen vaaraa*. Neuvoston mukaan EY 95 (SEUT 114) artiklaa ei voida nähdä tavanomaisena menettelynä sisämarkkinoiden toteuttamiseksi annettujen säännösten antamiseksi. Neuvosto perustelee tätä käsityksellään *direktiivin tarkoituksesta, joka on välillisten verojen lainsäädäntöjen yhdenmukaistaminen niin, että siinä myös säädetään näiden verojen ja maksujen perintää koskevista yhteisistä säännöistä*. Se edellyttää neuvoston mukaan artiklan 94 EY (SEUT 115) ohella säädöksen oikeusperustaksi perussopi-

⁷⁵⁴ Tästä Weatherill, 2011, 831–834, erityisesti sisämarkkinaoikeusperustasta, SEUT 114.

⁷⁵⁵ C-338/01 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto*, tuomio 29. huhtikuuta 2004, Kok. 2004 I 04829, ECLI:EU:C:2004:253, kohdat 20 ja 22.

⁷⁵⁶ C-338/01 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto*, tuomio, kohdat 25 ja 26.

muksen EY 93 artiklan (SEUT 113) käyttämistä. Kyseinen oikeusperusta on tämän verotuksen alan direktiivin pätevä oikeusperusta siksi, että verojen perintä ja erilaiset verotukseen liittyvät sanktiot, joista direktiivi säätää, kuuluvat unionin jäsenvaltioiden lainsäädännön alaan.⁷⁵⁷

Neuvosto jäsenvaltioiden tukemana näki unionin direktiivin sääntelyn menevän pidemmälle jäsenvaltioiden kansallisen lainsäädännön alalla ja piti säädöksen antamisen asianmukaisena oikeusperustana artikloita EY 93 (SEUT 113) ja EY 94 (SEUT 115).

Euroopan unionin tuomioistuimen tulkinta

Unionin tuomioistuin tutki tapauksen ja totesi, että

*”Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhteisön toimen oikeudellisen perusteen vallinnan on perustuttava sellaisiin objektiivisiin seikkoihin, jotka voivat olla tuomioistuINVALVONNAN kohteena ja joihin kuuluvat erityisesti toimen tarkoitus ja sisältö –”.*⁷⁵⁸

Euroopan unionin tuomioistuin totesi tässä yhteydessä myös oikeusperustaa koskevan pääsäännön, että tointa, jolla on kaksi tarkoitusta, oikeudellinen perusta tulee valita säädöksen tarkoituksen pääasiallisen tai määräävän tekijän perusteella. Jos säädöksen tarkoituksia ei voida erottaa toisistaan, säädöstä annettaessa on käytettävä kahta tai useampaa oikeudellista perustaa. Tämä on kuitenkin aina poikkeustapaus. Oikeusperustoina ei ole mahdollista käyttää kuitenkaan sellaisia perussopimuksen oikeusperustoja, jotka menettelyinä eivät ole yhteensopivia.⁷⁵⁹

Unionin tuomioistuimen mukaan direktiivin antamisessa voitiin käyttää neuvoston perustellusti käyttämää kahta artiklaa EY 93 (SEUT 113) ja EY 94 (SEUT 115) oikeusperustoina.⁷⁶⁰

Tämä on merkinnyt sitä, että tässä tapauksessa veroista säätävän direktiivin oikeusperustana on käytetty kahta perussopimuksen oikeusperustaa. Euroopan unionin oikeuden lainsäädännön järjestelmässä pääperiaate kuitenkin on yhden oikeusperustan sääntö. *Tässä tapauksessa tärkeällä sijalla on unionin yleensä teleologisen lainsäädännön tavoitteen ja tarkoituksen määrittely.* Euroopan unionissa periaate on, että lainsäädännön prosessissa unionin lainsäätäjän tulee *perustella* säädös ja osoittaa myös lainsäädännön tavoitteen ja tarkoituksen ”tosiasialliset” perusteet. Tässä tehtävässä tärkeällä sijalla ovat lainsäädännön faktuaaliseen ulottuvuuteen liittyvät tosiasiat ja lainsäädännön prosessissa noudatettavat lainsäädäntömetodit. Unionin säädöksen oikeusperustan laillisuutta unionin jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan menettelyssä tarkastellessaan tuomioistuin tutkii, *miten* lainsäätäjä on ”tosiasiallisesti” perustellut unionin säädöksen. Oikeusperustan laillisuuden tutkimisessa unionin tuomioistuin usein etsii tukea lainsäätäjän perusteille tutkittavan säädöksen johdanto-osasta (preamble), joka on unionin säädösrakenteessa sen ei-normatiivinen osa. Säädöksen johdanto-osan

⁷⁵⁷ C-338/01 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto*, tuomio, kohdat 28 ja 34.

⁷⁵⁸ C-338/01 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto*, tuomio, kohta 54.

⁷⁵⁹ C-338/01 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto*, tuomio, kohta 55 ja 56 sekä 57 ja 58.

⁷⁶⁰ C-338/01 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto*, tuomio, kohta 57, tuomioistuin ei kumonnut kanteen kohteena ollutta verotuksen alaan kuuluvaa direktiiviä, joka oli annettu perustamissopimuksen artiklojen EY 93 (veroja ja maksuja koskevat määräykset) ja EY 94 (lainsäädännön lähentäminen) perusteella. Artiklan EY 95 vastaa Lissabonin sopimuksessa SEUT 115 artiklaa.

perustelut ovat yksi osa niin sanottua unionin lainvalmisteluaineistoa. Johdanto-osa sisältää aineellisessa mielessä tärkeitä säädösten antamisen perusteluita⁷⁶¹.

Perustamissopimuksen sanamuodosta on voitu poiketa. Lissabonin sopimuksessa artiklan SEUT 115 sanamuodon perusteella artiklan perusteella annettavien tointen sääntelyväline on direktiivi. Oikeuskäytännön perusteella voidaan havaita, että vaikka vastaava artikla myös ennen Lissabonin sopimusta edellytti nimenomaisesti direktiiviä sääntelyvälineeksi, on artiklan perusteella sallittu käyttää sääntelyvälineenä myös asetusta sillä perusteella, että sääntely on määräaikaista⁷⁶².

Perussopimuksen SEUT 114 artiklassa ei ole määrätty sitä, mitä nimenomaista säädösinstrumenttia unionin lainsäätäjän tulee käyttää silloin, kun kyseistä artiklaa käytetään säädöksen oikeusperustana. Edellä olen maininnut, että Lissabonin sopimuksen SEUT 296 artikla sisältää määräyksiä siitä, että ellei perussopimus määrää annettavan säädöksen lajia, toimielimet valitsevat sen sovellettavien menettelyjen mukaisesti *tapauskohtaisesti* ja *suhteellisuusperiaatetta* noudattaen. Artiklan SEUT 296 kohta säättää siitä, että kun Euroopan parlamentin ja neuvoston käsiteltäväksi annetaan ehdotus lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttäväksi säädökseksi, ne pidättäytyvät antamasta sellaista säädöstä, joka ei ole kyseiseen alaan sovellettavan lainsäätämisyjärjestyksen mukainen⁷⁶³. Lainsäädäntöteoreettisen terminologian kielellä kyse on formaalin legistiikan piiriin kuuluvista asioista.

Euroopan unionin toimielinten välillä on noudatettava ns. *institutionaalisen tasapainon periaatetta*⁷⁶⁴, joka tarkoittaa unionin *horisontaalisen* toimivallan puitteissa harjoitettavaa unionin elinten keskinäisen toimivallan noudattamisen valvontaa⁷⁶⁵.

Euroopan unionin perussopimuksessa määriteltyjen lainsäädännön päätöksenteossa noudatettavien oikeudellisten menettelyiden on ajateltu turvaavan Euroopan unionille tyypillistä osallistumista ja *demokratiaperiaatetta*. Esimerkiksi unionin direktiivi, joka edellyttää implementointia jäsenvaltiossa, edistää demokratiaperiaatetta ja lainsäädännön legitimiisyyttä sen vuoksi, että direktiivistä käytännössä säädetään sitä legitimoivalla tavalla kansallisesti: "The decisions of national parliaments strengthen democracy because it is fully legitimated in democratic terms."⁷⁶⁶

Alan kirjallisuudessa on esitetty erilaisia näkemyksiä siitä, tulisiko menettelyjä ja demokratiaperiaatetta vahvistaa unionin tasolla vai unionin jäsenvaltioiden kansallisissa parlamenteissa⁷⁶⁷. Mitään yhtä oikeaa vastausta tähän ei tietenkään ole. Edustuksellisen demokratian näkökulmasta Euroopan unionin lainsäädännön legitimiisyyttä on ajateltu parhaiten turvattavan unionin jäsenvaltioiden parlamentissa⁷⁶⁸. Jäljempänä jälkilainsäädännöllisen doktriinin käsitteen alaan kuuluvaa säädösten jälkikäteistä

⁷⁶¹ Beck, 2012, 191.

⁷⁶² C-217/04 *Iso-Britannia ja Pohjois-Irlanti v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, tuomio 2. toukokuuta 2006, ECLI:EU:C:2006:279, kohdat 62 ja 65 ja 66 sekä 67. Ks. myös julkisasiamies Kokott ratkaisuehdotus 22. syyskuuta 2005, ECLI:EU:C:2005:574, asiassa C-217/04 *Iso-Britannia ja Pohjois-Irlanti v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, ratkaisuehdotuksen kohta 22 ja siinä mainittu oikeuskäytäntö.

⁷⁶³ C-105/03 Pupino, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen 16.6.2005 antama periaatteellisesti tärkeä ennakkoratkaisu, Kok. 2005 I 05285, ECLI:EU:C:2005:386, kohta 42.

⁷⁶⁴ Bast, 2006, 391.

⁷⁶⁵ von Bogdandy—Bast, 2006, 343—344.

⁷⁶⁶ Kirchhof, 2016, 117.

⁷⁶⁷ Bellamy, 2006, 726—728 ja 742; Weiler, 1996, 524; Myös Bellamy, 1996, 436—456; Milward, 1992, 1—20.

⁷⁶⁸ Verhoeven, 2002, 204 ja 219—228.

oikeudellista normivalvontaa ja siinä esimerkiksi unionin toimielinten välisiä kanteita tarkasteltaessa huomataan, että unionin säädöksiin kohdistunut kanne on koskenut yleensä päätöksentekomenettelyn perusteita, mutta myös säädöksen oikeusperustaa sekä käytettävän säädösinstrumentin muodon valintaa.⁷⁶⁹

5.1.2 Lainsäädännöllisen vaiheen lainsäädäntämetodi

Yksi politiikan määrittely on, että se on joukko erimielisyyksiä⁷⁷⁰. Lainsäädännössä demokraattisen legitimitetin käsitteen on määritelty edellyttävän lainsäädännön aineelliselta sisällöltä sosiaalista oikeudenmukaisuutta (social just), *hyvin tasapainotettuja poliittisia kompromisseja*. Lainsäädännöltä edellytetään tointen *välttämättömyyttä* ja sitä, että lainsäädäntöä on mahdollista soveltaa ja *toimeenpanna* myös käytännössä. Toimeenpanon edellytetään olevan tehokasta ja vaikuttavaa ja tarkoitukseen sopivaa niin, että byrokratia olisi mahdollisimman vähäistä.⁷⁷¹ Sitä, minkälaista lainsäädännön tulisi aineellisessa mielessä ja sisällöllisesti olla, ei ole kuitenkaan mahdollista määrittellä universaalisti. Oikeus on myös kulttuurista. Oikeusteoriassa on havaittu, että ihmiset eri aikoina ja eri yhteiskunnissa omaksuvat erilaisia arvoja. Oikeuden ja lainsäädännön näkökulmasta on tärkeätä, että lainsäädännössä otetaan huomioon arvojen muutos myös ajassa⁷⁷².

Onko lainsäädännöllisessä vaiheessa mahdollista tukeutua erityiseen metodiin? Euroopan unionin lainsäädäntöohjeissa tähdennetään, että unionin säädösten tulee ilmaista lainsäätäjän intentio yksinkertaisin termein⁷⁷³. Ohje metodisena keinona olettaa, että lainsäätäjän *intentio* välittyy unionin säädöksestä. Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa lähdetään siitä, että lainsäädännön kielen tulisi olla selkeää ja johdonmukaista lainsäädännön kieltä niin, että välttyään oikeudellisilta kiistoilta. Lainsäädännön kohteiden näkökulmasta lainsäädännön tulisi olla oikeudenmukaista ja olla yksinkertaista ja ymmärrettävää, läpinäkyvää ja hyväksyttävää. Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa lähdetään myös ajatuksesta, että moniarvoisissa demokratioissa lainsäädännön ”yleistä hyvää” on vaikeata määrittellä yksiselitteisesti ennakkolta, *a priori*. Sen on ajateltu konkretisoituvan lainsäädännön prosessissa (*ex processu*), mutta se on määriteltävissä tarkemmin yleensä vasta prosessin jälkeen, *ex post*. Lainsäädäntöä määräävien laatukriteerien tärkeänä tehtävänä on parantaa ja optimoida myös lainsäädännöllisen vaiheen päätöksentekoa. Tämä on tärkeää siksi, että tässä vaiheessa ratkaistaan myös kysymys lainsäädäntöön liittyvästä harkintavallan laajuudesta, siitä, kuinka paljon harkintavaltaa jätetään säädösten soveltajille.⁷⁷⁴

⁷⁶⁹ Lenaerts, 1993, 10–11; myös Lenaerts, 1993, 15, asiassa C-70/88, *Euroopan parlamentti v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*, Ep. XI I 00423, ECLI:EU:C:1990:217, kohta 17, kanteen kohteena ollut asetus ei ollut 100 a artiklan yhtenäistämistoimenpiteeseen rajoittuva säännös, neuvoston asetukseen ajankohtana voimassa olleen artiklan 173 EY nojalla kohdistettu parlamentin kumoamiskanne, kyse oli säädöksen oikeusperustasta ja säädöksen muodosta.

⁷⁷⁰ Wintgens, 2005, 22.

⁷⁷¹ Schultze-Fielitz, 2016, 35–36.

⁷⁷² Peczenick, 2009, 180.

⁷⁷³ Joint Practical Guide, 2015, 11.

⁷⁷⁴ Schultze-Fielitz, 2016, 35–36.

Lainsäädäntö yleisenä ja abstraktina päätöksentekona ennakoii reaali maailman tulevia tosiasioita. Se pyrkii määrittelemään ennalta sovellettavaksi tarkoitettuja oikeuden sääntöjä tulevaisuuden asiointiloissa. *Lainsäädäntö on määritelty induktiiviseksi kollektiivisiin kompromisseihin pyrkiväksi tahdonmuodostukseksi ja päätöksenteoksi.* Päätöksentekona moderni lainsäädäntö on määritelty erilaiseksi kuin valistusajan tai uuden ajan lainsäädäntö, jota on luonnehdittu ”ylemmänasteisista normeista” tai valtiosäännöstä johdetuksi deduktiiviseksi päättelyksi.⁷⁷⁵

Pulmallista on se, miten lainsäätäjät metodisessa mielessä tekevät päätöksensä lainsäädännöllisessä vaiheessa. Oikeustieteen alalla ja esimerkiksi oikeudellisen ratkaisutoiminnan metodien perusteiksi ei ole olemassa mitään yhtä valmista, erityistä ja erillistä oikeudellisen ajattelun ja ”tietämisen” filosofiaa tai metodologiaa, vaan oikeusteoria tässä suhteessa tukeutuu yleiseen filosofiaan⁷⁷⁶. Lainsäädännön kaltainen käytännöllinen päättely niin ikään hakee tukea oikeusteoriasta.

Edellä on ollut puhetta teleologisen lainsäädännön luonteesta, normimalleista, periaatteilla sääntelystä, säädösten teksteistä ja kielestä ja säädösten käsitteistä. Teleologisessa lainsäädännössä sen soveltamisen kiinne kohta ei ole kuitenkaan ensi sijassa säädösten *teksti* tai *kielen tarkkuus* vaan säädöksen *tavoite* ja *tarkoitus* sekä *rakenne*⁷⁷⁷. *Tämä johtuu siitä, että säädettäviä asiointiloja ei ole aina mahdollista määrittellä tarkasti ennakkollisesti kielen avulla. Siksi teleologinen lainsäädäntö säätää usein tavoitteista sekä keinoista, joilla tavoitteita on tarkoitus saavuttaa*⁷⁷⁸.

Metodisesti olennaista on siten säädöksen tavoite, tarkoitus ja rakenne. Termi *rakenne* teleologisen lainsäädännön yhteydessä viittaa oikeudellisen normiston rakenteelliseen kokonaisuuteen, jonka puitteissa teleologinen ja periaatteilla säätävä säädös tulisi lainsäädännön menettelyssä antaa⁷⁷⁹. Rakenne käsitteenä voidaan ymmärtää laajaksi oikeusjärjestyksen rakenneperiaatteita kuvaavaksi teoreettiseksi käsitteeksi. Tästä on myös ollut puhetta edellä. Lainsäädännön teoriassa rakenne käsitteenä voi viitata legistis-lingvistisenä kysymyksenä myös yksittäisen säädöksen rakenteeseen, joka tarkoittaa säädöksen standardirakennetta: otsake, johdanto ja säädöksen oikeuden normeja sääntelevä artikloihin ja mahdollisesti artiklaryhmiin jaettu osa (enacting terms are legislative part of the act) sekä mahdolliset liitteet⁷⁸⁰. Säädöksen tavoitteen ja tarkoituksen määrittelyssä merkitystä on myös unionin lainsäädännön faktuaalisella ulottuvuudella, jonka on tarkoitus määrittää säädöksen aineellista sisältöä. Luvussa kuusi havaitaan sen oikeudellinen merkitys siinä, kun unionin tuomioistuimien arvioi unionin säädöksen pätevyyttä.

Myös useiden Euroopan unionin valtioiden lainsäädännön valmistelun ohjeissa tähdennetään laaja-alaisen vaikutusten arvioinnin merkitystä lakien säätämisen yh-

⁷⁷⁵ Waldhoff, 2016, 134–141.

⁷⁷⁶ Beck, 2012, 17–28, tieteellinen ja heuristinen lähestymistapa oikeustieteessä; Aarnio, 1987, 20.

⁷⁷⁷ Beck, 2012, 208 ja 288–289, ks. tässä yhteydessä systeeminen argumentti suppeassa ja laajassa merkityksessä.

⁷⁷⁸ Sartor, 2009, 31.

⁷⁷⁹ Beck, 2012, 208 ja 288–289, ks. tässä yhteydessä systeeminen argumentti suppeassa ja laajassa merkityksessä; Van Hoecke, 2002, 161–164 ja 170–171, rakenneperiaatteet, joita tulee ottaa huomioon ennalta lakeja säädettäessä mutta joiden noudattamista otetaan huomioon myös post-legislatiivisessa ja soveltamisen vaiheessa.

⁷⁸⁰ Joint Practical Guide, 2015, 24.

teydessä siten, että vaikutustenarviointitiedon tulee olla lainsäädännön laadun parantamisen keino myös parlamentin käsittelyssä⁷⁸¹.

Kun lainsäätäjällä on käytettävissään säädösehdotuksen perusteiksi faktuaalista *evidence-based*-tyyppistä vaikutusarviointitietoa, vaikuttaako ja missä määrin se vaikuttaa metodisesti lainsäädännöllisen vaiheen päätöksenteossa? Minkälaisia normatiivisia päätelmiä lainsäätäjä voi tehdä säädösehdotuksen faktuaalisen tiedon perusteella?

Karpen tässä yhteydessä toteaa: "Since Max Weber – we know that it is impossible for social sciences to decide on a rational basis between different final values." Tällaiset arvoihin liittyvät valinnat ovat yksilöperusteisia, ja niistä ei ole mahdollista tietää. Siksi esimerkiksi saksalaisen säädösvalvontaelimen (Act of National Control Council) toimintaa säättävässä laissa on omaksuttu periaate, että säädöksen tavoitteet ja tarkoitus (aspired goals and purposes) eivät ole sen valvonnan kohde.⁷⁸² Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä faktuaalisella ulottuvuudella on erityistä merkitystä siksi, että säädösten tavoitteet ja tarkoitus nimenomaisesti ovat Euroopan unionin jälkikäteen oikeudellisen tuomioistuINVALVONNAN kohde sen arvioinnissa, onko unionin lainsäätäjä *tosiasiallisesti* perustellut säädöksen.

Unionin toimielimillä on usein erilaisia käsityksiä lainsäädännön antamisesta

Euroopan unionin lainsäädännön prosessissa unionin lainsäätäjän tulee *perustella* säädös ja osoittaa siinä yhteydessä lainsäädännön *tavoitteen ja tarkoituksen* "tosiasialliset" perusteet. Kyseessä on metodisesti tärkeä oikeudellinen velvoite. Perustelussa tärkeällä sijalla ovat lainsäädännön *faktuaalisen* ulottuvuuden *tosiasiat*, joita on koottu yleensä evaluaatiometodologisten lainsäädäntömetodien avulla. Lainsäädännön faktuaalista ulottuvuutta ei ole aina kuitenkaan mahdollista irrottaa ja pitää tarkasti erillään säädösten oikeudellisesta tai legistis-lingvivistisestä ulottuvuudesta. Varsinkin tietoyhteiskuntalainsäädännön viitekehyksessä ja *ePrivacy*-asetusehdotuksen kaltaisella sääntelyalueella teknologia korostuu ja käsitteitä on välttämätöntä pohtia alan teknologian kehityksen kautta. Termi "in transmission" on hyvä esimerkki siitä, miten teknologia ja oikeus kietoutuvat toisiinsa. Tarkastelen tätä kysymystä yksityiskohtaisemmin jäljempänä.

Miten tavoite ja tarkoitus määritellään? Perussopimuksen periaatteet lainsäädännön perustana olevina normityypeinä ilmaisevat päämääriä, tavoitteita ja arvoja. Euroopan unionin perustana olevat arvot on lueteltu perussopimuksen SEU 2 artiklassa. Euroopan unionin päämäärät on taas lueteltu SEU 3 artiklassa. Lainsäädännön perustana ja metodisesti perussopimuksen normisto on kuitenkin monimerkityksinen ja tulkinnanvarainen.

Euroopan unionin lainsäädännöllisen vaiheen päätöksenteossa jäsenvaltioiden edustajista koostuvalla Euroopan unionin neuvostolla ja vaaleilla valitulla Euroopan parlamentilla on usein erilaisia näkemyksiä uuden säädettävän lainsäädännön oikeusperustasta ja tarpeellisuudesta. Tästä on ollut puhetta jo edellä. Esimerkiksi unionin bioteknologiadirektiivillä (98/44/EY) on pitkä lainsäädäntöhistoria. Komissio esitti jo vuonna 1988 ensimmäisen säädösehdotuksensa mutta siitä luovuttiin siksi, että Euroopan parlamentti vastusti direktiiviehdotusta, koska siinä ei esitetty patent-

⁷⁸¹ Esimerkiksi Ranskassa, Guide Legistic 2007, ohjeen kohta 1.1.2. myös ohjeen kohdat 4.1.2. ja 4.1.3, ei sivunumeroita.

⁷⁸² *Karpen*, 2016, 298.

tien myöntämisen yhteydessä edellytettyjä perustavanlaatuisia eettisiä periaatteita.⁷⁸³ Komission uuden direktiiviehdotuksen perusteella vuonna 1996 käytiin laajaa arvokeskustelua perusoikeuksista, ihmisarvon kunnioittamisesta ja sääntelyalaan kuuluvien keksintöjen eettisistä näkökohdista. Euroopan parlamentin esittämien merkittävien muutosten jälkeen direktiivi lopulta annettiin Euroopan unionissa vuonna 1998. Kaikki jäsenvaltiot eivät hyväksyneet direktiivin antamista. Alankomaat äänesti direktiivin antamista vastaan, ja Italia ja Belgia pidättyivät äänestämästä. Direktiivi säädettiin, ja se tuli panna täytäntöön unionin jäsenvaltioissa vuoden 2000 aikana. Direktiivin voimaantulon jälkeen Alankomaat esitti usealla perusteella kanteen direktiivin pätevydestä, yhtenä perusteena perusoikeusnormiston rikkominen. Alankomaiden kannekirjelmän mukaan Alankomaat vastusti elollisen aineksen mahdollista patentoitavuutta.⁷⁸⁴

Metodi edistää rationaalisuutta

Lainsäädäntöteoreettinen tutkimus on pyrkinyt määrittelemään praktiseksi toiminnaksi määritellyn lainsäädännön päätöksenteon rationaalisuutta ja järkevyyttä (reasonable) siten, että lainsäädännön on ajateltu noudattavan ainakin jossain määrin rationaalisen päättelyn sääntöjä (sound reasoning).⁷⁸⁵ Termi *reason* englannin kielen substantiivina tarkoittaa syytä jollekin, aiheita, perustelua tai perustetta, järkeilyä tai päättelykykyä.⁷⁸⁶ Lainsäädäntä lainsäädännöllisenä päättelynä on vaikeasti määriteltävissä olevaa inhimillistä toimintaa. Esilainsäädännöllisen vaiheen metodien on ajateltu edistävän rationaalisuutta.

Inhimillistä rationaalisuutta on määritelty *rajoitetun rationaalisuuden teorian* avulla. Moderni käsitys ihmisen rationaalisuudesta perustuu käsitykseen ihmisen rajoitetusta rationaalisuudesta, ja siksi esimerkiksi lainsäädännön päätöksenteko perustetaan päätösten perusteluun, saatavilla olevaan informaatioon päätöksenteon kohteena olevista olosuhteista, niin, että päätöksenteossa pyritään ottamaan huomioon mahdollisimman hyvin monimutkaisen toimintaympäristön vaatimukset.⁷⁸⁷ Lainsäädännön rationaalisuuden on määritelty olevan ennen muuta materiaalista rationaalisuutta (core of material legislation)⁷⁸⁸. Ideaalitulana lainsäädännössä on kyse perustellusta järkevän ja rationaalisen lainsäätäjän tekemästä valinnasta (reasoned choice)⁷⁸⁹. Edellä luvussa kolme olen määritellyt teleologiselle päättelylle ominaista rationaalisuutta, ja teoriaa kriittisestä kognitiosta.

Euroopan unionin lainsäädännössä korostuvat menettelyt ja asiantuntijoiden kuuleminen. Esimerkiksi *ePrivacy*-asetusehdotuksen käsittely on monivaiheinen

⁷⁸³ Julkisasiames Jacobs, ratkaisuehdotus asiassa C-377/98 *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* 14. kesäkuuta 2001, ECLI:EU:C:2001:329, kohta 7.

⁷⁸⁴ Julkisasiames Jacobs, asiassa C-377/98 *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, ehdotuksen kohdat 8, 9, 10 ja 11.

⁷⁸⁵ Ekins, 2012, 126 ja 130, käyttää tässä termiä *moral judgements*; Wintgens, 2002, 9, kehitellyt nimenomaisesti rationaalisen lainsäädännön teoriaa; Ks. Hanna, 2006 ix–xvii, 150, rationaalisuus inhimillisessä päättelyssä ja siinä erityisesti filosofisessa merkityksessä.

⁷⁸⁶ Le Robert, 2010, 784 ja 1824–1824.

⁷⁸⁷ Wintgens, 2013, 7–9 bounded rationality, heikompi versio neoklassisesta homo economicus rationaalista toimijasta; Popelier–Verlinden, 2009, 13–17.

⁷⁸⁸ Karpen, 2016, 299.

⁷⁸⁹ Ekins, 2012, 13.

menettely. Komissio antoi tammikuussa 2017 *lex specialis*-tyyppisen *ePrivacy*-asetusehdotuksen neuvostolle ja Euroopan parlamentille⁷⁹⁰. Asetusehdotusta käsitellään tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä ja yhteispäätösmerkittynä. Asetusehdotusta koskeva tiedonanto on osoitettu Euroopan oikeusasiamiehelle, ja edellytyksenä on, että Euroopan talous- ja sosiaalikomiteaa, Euroopan tietosuojavaltuutettua ja Euroopan alueiden komiteaa kuullaan. *ePrivacy*-säädösehdotusta on käsitelty toukokuussa 2018 unionin neuvostossa ja sen valmisteluelimissä, ja käsittelyn perusteella voi havaita, että säädösehdotukseen on tehty paljon muutoksia. Yksi lainsäädännön hankaluus liittyy siihen, miten teknologiaan liittyvät käsitteet muutetaan oikeudellisiksi ja ymmärrettäviksi käsitteiksi. Neuvosto tähdensi esimerkiksi asetusehdotuksen 2 ja 3 artiklan termiä ”in transmission” siksi, että sen ymmärtäminen teknisenä käsitteenä ja oikeudellisenä käsitteenä aiheuttaa sekaannusta. Neuvoston mukaan myös viestinnän sisällön suoja tulisi varmistaa siten, että se turvataan viestinnän tahojen ja loppukäyttäjien välillä (end-to-end) riippumatta siitä, onko sisältö teknisesti aktiivisessa tilassa (in transmission) vai levossa (in rest). Neuvosto on ehdottanut muutoksia asetusehdotuksen terminologiaan niin, että ne mahdollisimman hyvin vastaisivat yleisen tietosuojasetuksen käsitteitä.⁷⁹¹ Ehdotus noudattaa unionin lainsäädäntöohjeen formaalin ja substantiaalisen konsistenssin eli aineellisen johdonmukaisuuden vaatimuksia. Toukokuussa 2018 *ePrivacy*-asetusehdotus ei ollut vielä saapunut Euroopan unionin parlamentin käsittelyyn.

Euroopan unionin lainsäädännön menettelyä koskevien asiakirjojen perusteella voi havaita, että esimerkiksi Euroopan unionin neuvoston käsittely on luonteeltaan sekä oikeudellista että myös legistis-lingvististä. Neuvoston käsittelyssä huomio on sekä *ePrivacy*-asetusehdotuksen sisäisessä koherenssissa eli johdonmukaisuudessa, esimerkiksi sen terminologiassa ja käsitteissä, että myös sen ulkoisen koherenssin eli johdonmukaisuuden kysymyksissä ja erityisesti *ePrivacy*-asetusehdotuksen kohdalla sen suhteessa yleiseen tietosuojasetukseen. Yhtenä sääntelyn vaikeutena näyttää olevan moderni teknologia eli sääntelyn kytkentä sääntelyn todellisuuteen. Yksi tärkeä ero säädösten välillä on, että yleinen tietosuojasetus ([EU] 2016/679) säätää luonnollisten henkilöiden henkilötietojen suojan oikeudesta, *ePrivacy*-asetusehdotus sisältää määräyksiä sekä luonnollisten henkilöiden että oikeushenkilöiden yksityisyyden suojan oikeuden turvaamisesta niin, että sen keskeisenä ulottuvuutena on viestinnän yksityisyyden kunnioittaminen.

Balancing-teoria säädösten justifiointin keinona

Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa ei tunneta yhtä universaalista menetelmää siitä, miten erilaisia vaikeasti yhteen sopivia periaatteita, tavoitteita ja arvoja määriteltäisiin lainsäädännössä.⁷⁹² Lainsäädäntä on usein määritelty erilaisten valintojen tekemiseksi ja arvovalinnoiksi, joiden tekemisessä teoreettiset rationaliteetit ja mallit voivat olla

⁷⁹⁰ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilö-tietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuojasetus) Bryssel, 16.1.2017 (OR. eng) 5358/17, toimielinten välinen asia: 2017/ 0003 (COD).

⁷⁹¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing the Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), Council of European Union, Interinstitutional File: 2017/0003 (COD), Brussels, 4 May 2018 (OR. en) 8537/18, 2–3.

⁷⁹² Beck, 2012, 82–83; Ks. Isola—Miettinen, 2010, 169–187.

järkeilyn ja oikeuttamisen (justifiability, reasonableness) tukena.⁷⁹³ Lainsäädäntä on käytännössä päätöksentekona määritelty erilaiseksi toiminnaksi kuin esimerkiksi oikeudellinen ratkaisutoiminta⁷⁹⁴.

Lainsäädännön päätöksenteossa on ainakin osin mahdollista hyödyntää metodeja ja alan kirjallisuuden mukaan esimerkiksi *tasapainottaminen* eli *balancing*-teoria metodina on tässä suhteessa yksi lainsäädäntämetodinen sovellus, jonka avulla lakien säätämiseen liittyvää päätöksentekoa ja sen vaihtoehtoja on mahdollista optimoida. Optimoinnilla metodina tarkoitetaan mahdollisimman hyvän ratkaisun löytämisen edistämistä monien mahdollisten ratkaisujen joukosta. *Sieckmannin* mukaan *balancing*-metodin *optimoinnissa* on perusteltua käyttää myös matemaattisia kalkulaatioita päätöksenteon johdonmukaisuuden varmistamiseksi. Tällaisessakaan tasapainottamisessa ei ole kyse sen osoittamisesta, mikä mahdollinen vaihtoehto on oikein tai väärin. Kyse metodisessa mielessä on lainsäädännön päätöksenteon vaihtoehtoihin liittyvien valintojen optimoinnista, rationalisoinnista ja punninnasta.⁷⁹⁵ Metodit, jotka pyrkivät määrällisiin tarkasteluihin voivat olla justifioinnin apuväline kausaalisessa selittämisessä ja aktiviteeteissa, joissa on kyse intentionaalisesta ja tavoitteellisesta toiminnasta⁷⁹⁶. Lainsäädäntään liittyy normatiivinen tavoitteita asettava ja arvottava elementti.

Vaikutustendarviointitieto saattaa edellyttää usein erilaisten ja myös vaikeasti yhteen sovitettavien periaatteiden punnintaa, niiden tavoitteiden ja arvojen arviointia. Tärkeää lainsäädäntömetodisesti on, *miten* rationaalista lainsäätäjän päätöksenteko on silloin, kun se harkitsee, justifioi ja päättää erilaisen saatavilla olevan tiedon perusteella säädösten aineellisesta sisällöstä. Kyse on siitä vaiheesta, jossa hyväksytään oikeuden normeja ja päätetään oikeuden normeista.

Kun lainsäätäjät *punnitsee* lainsäädännöllisessä päätöksenteossa esimerkiksi unionin perusoikeuskirjan *yksityisyyden suojan oikeuden* tai 8 artiklan 1 kohdan *henkilötietojen suojan oikeuden* riittävyttä sähköisen viestinnän sääntelyn alalla, asettaa se tässä punninnassa vastakkain mainitun unionin perusoikeuskirjan oikeuksien arvot ja tärkeyden tietoyhteiskunnan toimivuuden ja sähköisen viestinnän viestinnän sääntelyn sisämarkkinatavoitteita edistävien tavoitteiden kanssa. Tällainen yksi tavoite on unionin perussopimuksen tarkoittama henkilötietojen vapaan liikkuvuuden edistäminen jäsenvaltioiden välillä sisämarkkinoilla. Henkilötietojen vapaalla liikkuvuudella pyritään edistämään tietoyhteiskuntakehitystä ja sisämarkkinoita. Henkilötietojen vapaaseen liikkuvuuteen liittyy riski, että perusoikeudet, kuten yksityisyyden suojan oikeus tai henkilötietojen suojan oikeus vaarantuvat. Siksi alan sääntelyn tavoitteita ja keinoja pitää lainsäädännössä punnita ja tasapainottaa suhteessa perusoikeuskirjan oikeuksiin. Se tarkoittaa sitä, että henkilötietojen vapaata liikkuvuutta sääntelyn tavoitteena ja esimerkiksi yksityisyyden suojan oikeutta sitä rajoittavana oikeutena punnitaan keskenään. Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa *balancing*-teoria eli tasapainottamisteoria on määritelty siten, että se tarkoittaa erilaisten konstitutiivisten periaatteiden yhteen sovittamista abstraktilla ja yleisellä tasolla annettavan lainsäädännön päätöksenteossa⁷⁹⁷.

⁷⁹³ Oliver-Lalana, 2013, 141 ja 142–144; Wintgens, 2013, 5–10; myös Hofmann, 2010, 73, 97–100.

⁷⁹⁴ Ks. tästä erityisesti Atienza, 1992, 269–287.

⁷⁹⁵ Sieckmann, 2016, 369–370.

⁷⁹⁶ Siltala, 2003, 70–72, ks. metodologisen monismin käsite.

⁷⁹⁷ Gema, 2010, 99.

Sieckmann määrittelee asianmukaisen (correct) *balancing*-teorian ja mallin kriteereitä niin, että

“The balancing of normative arguments must follow criteria of rationality if it is to count as a rational justification of a normative judgement. There are some general requirements of rationality, like those of consistency and coherence, of correctness of empirical premises, and of supervenience in the sense that the reasoning should relate to conceivable, empirically verifiable data.”

Sitaatti viittaa normatiivisten argumenttien punnintaan. Siltä metodisesti edellytetään rationaalisuutta. *Balancing*-teorialle on asetettu päätöksenteossa vaatimuksiksi paitsi yleisiä rationaalisuuteen liittyviä konsistenssin ja koherenssin vaatimuksia myös saatavilla olevan *evidence-based* tiedon oikeellisuuteen liittyviä vaatimuksia. Konsistenssi liittyy oikeusjärjestyksen rakennetekijöihin, koherenssi aineelliseen johdonmukaisuuteen. Ne ovat edellytyksiä normatiivisten argumenttien asianmukaiselle tasapainottamiselle. Ne asettavat rajoja lainsäädännön päätöksenteolle. *Balancing*-teorian malli ja siihen liittyvä optimointimalli eivät koskaan anna suoria vastauksia päätöksenteon pulmiin, vaan niiden avulla voidaan nostaa esille erilaisia relevantteja vaihtoehtoja.⁷⁹⁸ Tutkimuskirjallisuudessa pidetään mahdollisena, että *legislative balancing* -tyyppinen rationaalisen tasapainottamisen päätöksenteon malli voi toimia myös lainsäädännön päätöksenteon metodina, mutta tässä suhteessa keskustelu on hyvin varovaista ja kiistanalaista.⁷⁹⁹

Balancing on määritelty ennen muuta tuomioistuinten tekniikaksi, jonka perusteella tuomioistuin yleensä kuvailee ja arvioi kaikki asiaan vaikuttavat seikat huomioon ottaen tutkittavien säädösten valtiosääntönormeihin perustuvat arvot sekä sääntelyn faktuaalisen ulottuvuuden näkökohdat ja intressit. *Balancing*-käsitteen määrittelyssä on tärkeää huomata, että sille tyypillinen päättely on subjektiivista ja sen on tuomioistuimen metodina luonnehdittu korostavan tuomioistuimen näkökulmaa.⁸⁰⁰

Suhteellisuusperiaate justifioinnin keinona

Valtiosäännöissä tai ylemmänasteisissa normistoissa ei ole yleensä määritelty tai kuvattu tarkemmin lainsäädäntämetodia, joka on kuitenkin yksi tärkeä rationaalisen lainsäädännön edellytys.⁸⁰¹ Edellä on ollut jo puhetta suhteellisuusperiaatteesta, joka on yksi unionin oikeusjärjestyksen lainsäädäntöperiaate ja siten metodi. Lainsäädännön yhteydessä justifiointi voi merkitä erilaisten aineellisten tavoitteiden keskinäistä arviointia ja perustelua sekä sen arviointia, onko lainsäädännön tavoitteissa ja keinoissa otettu huomioon yksilöiden oikeudet, velvollisuudet, etuudet, mahdollinen voimakeinojen käyttö ja perus- ja ihmisoikeuksia säättävä ylemmänasteinen normisto.⁸⁰²

Esimerkiksi yleisessä tietosuoja-asetuksessa punnintaa on käyty *henkilötietojen liikkuvuutta* jäsenvaltioiden välillä koskevan vaatimuksen ja *henkilötietojen suojan oikeuden* välillä. Yleinen tietosuoja-asetus ei kuitenkaan säädi siitä kategorisesti vaan jättää punninnan suhteellisuusperiaatteeseen viitaten säädöksen toimeenpanijalle. Vastavaa sääntelytapaa on käytetty *ePrivacy*-asetusehdotuksessa. *EPrivacy*-asetusehdotuk-

⁷⁹⁸ Sieckmann, 2016, 358–359.

⁷⁹⁹ Oliver-Lalana, 2013, 166–170.

⁸⁰⁰ Tushnet, 2018, 84–85.

⁸⁰¹ Karpen, 2016, 299.

⁸⁰² PeVM 10/1998 vp, 34.

nessa arvio koskee yleisemmin modernin tietoyhteiskunnan kaikenlaisen sähköisen viestinnän tietojen ja yksityisyyden suojan oikeuden välistä tasapainoa.

Suhteellisuusperiaate on määritelty siten, että se on strukturoitu analyysikehikko, jonka puitteissa varmistetaan säädöksen valtiosäännönmukaisuutta. *Mark Tushnetin* mukaan suhteellisuusperiaatteelle perustuva analyysi sisältää sellaisen struktuurin eli rakenteen, joka *balancing*-teoriasta puuttuu⁸⁰³. Vaikka suhteellisuusperiaate sisältää tällaisen struktuurin, ei sen avulla aina kyetä riittävästi, yksiselitteisesti ja lopullisesti varmistamaan säädösten hyväksyttävyyttä. Tämä pätee esimerkiksi yleiseen tietosuoja-asetukseen, jolla henkilötietojen vapaan liikkuvuuden ja henkilötietojen suojan oikeuden välistä tasapainoa ei ole mahdollista määritellä ennalta tyhjentävästi lainsäädännän päätöksenteon prosessissa.

Unionin tuomioistuin totesi esimerkiksi oikeudellisen jälkikäteisen normivalvonnan tapauksessa suhteellisuusperiaatteen perusteella asiassa C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ltd* siitä, että koska tässä tapauksessa lainsäädännössä on kyse keskeisiin perusoikeuksiin puuttumisesta, on lainsäätäjän harkintavalta sillä perusteella rajattua. Koska tässä tapauksessa lainsäätäjät ei ollut ottanut huomioon suhteellisuusperiaatteen edellyttämää perusoikeusrajoituksen oikeasuhtaisuutta ja siten ylitti sille kuuluvan harkintavallan rajat, unionin tuomioistuin totesi sähköisen viestinnän liikennetiedoista annetun unionin direktiivin pätemättömäksi.⁸⁰⁴ Lainsäädännössä pulmana ovat erityisesti oikeusperustaisen normimallin (rights-based) oikeudet, jotka eivät ole absoluuttisia oikeuksia vaan sen luonteisia oikeuksia, joita voidaan rajoittaa. Esimerkiksi yleisen tietosuoja-asetuksen (EU 2016/679) johdanto-osan kohdassa neljä todetaan, että henkilötietojen suoja ei ole absoluuttinen. Siksi sitä on tarkasteltava suhteessa sen tehtävään yhteiskunnassa ja sen on suhteellisuusperiaatteen mukaisesti oltava oikeassa suhteessa perusoikeuksiin. Tässä unionin lainsäätäjät on suoranaisesti antanut henkilötietojen suojan oikeutta koskevan soveltamisohjeen. Se tarkoittaa käytännössä sitä, että kohdan tarkoittamaan punnintaa on tarvittaessa jatkettava tilanteen niin edellyttäessä sekä harjoitettava soveltamisvaiheessa suhteellisuusperiaate huomioiden. Lainsäädännössä pääsääntö kuitenkin on, että Euroopan unionin lainsäätäjät on perussopimuksen perusteella noudattava päätöksenteossaan lainsäädäntöperiaatteena ja lainsäädännän metodina suhteellisuusperiaatetta.

5.2 LAINSÄÄDÄNNÄN TIETOON LIITTYVÄT METODISET MAHDOLLISUUDET JA RAJOITUKSET

5.2.1 Faktuaalisen ulottuvuuden evidence-based-tyyppisen tiedon merkitys lainsäädännöllisen päätöksenteon vaiheessa

Edellä olen määritellyt teleologiselle eli tavoitteelliselle lainsäädännölle ominaisen *kriittisen cognition* käsitteen, *uskomuksen* saavuttaa lainsäädännön tavoite tietynlaisen päättelyn keinoin sekä päättelynä sen *heikossa mielessä*. Olennainen kysymys lainsäädä-

⁸⁰³ Tushnet, 2018, 85.

⁸⁰⁴ C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger etc.* Euroopan unionin tuomioistuin 8. huhtikuuta 2014, ECLI:EU:C:2014:238, kohdat 47 ja 48 sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio asiassa *S ja Marper v. Yhdistynyt Kuningaskunta* (suuri jaosto), nro 30562/04 ja nro 30566/04 kohta 102, CEDH 2008-V.

dännän prosessissa on esilainsäädännöllisessä ja myös lainsäädännöllisessä vaiheessa lainsäädännön perusteiksi eri metodein koottu faktuaalinen *tieto*.

Faktuaalinen ulottuvuus – evidence-based-tyyppinen tieto

Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa kiinnostus on jo pitkään ollut siinä, miten ja minkälaisen *tiedon* perusteella lainsäädännön päätöksenteossa *yhteiskunnan normista* muotoillaan *oikeuden normi*. Tässä yhteydessä lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa puhutaan *rationaalisesta* lakien säätämisestä (rational law making). Rationaalisuus määritellään lainsäätäjän kapasiteetiksi tietää ja tehdä järkeviä valintoja.⁸⁰⁵ Modernin lainsäädännön rationaalisuutta on pyritty edistämään lainsäädännön valmistelun prosesseilla säädösten suunnitteluvaiheessa perusteluna se, että lainsäätäjän on ilman valmistelua vaikeaa toteuttaa normatiivista tahtoaan tehokkaasti lainsäädännön päätöksenteon prosessin vaiheessa⁸⁰⁶.

Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä vielä 2000-luvulla oli tyyppillistä, että lainsäädännön valmistelu etenkin monimutkaisemmissa lainsäädäntöhankkeissa tapahtui vasta parlamentissa ja sen valiokunnissa ja esimerkiksi lausunnon antavassa talous- ja sosiaalikomiteassa⁸⁰⁷. Suuri yleisempi lainsäädäntömetodinen muutos 2000-luvulla unionissa on, että unionin säädösten valmistelun painopiste on siirtynyt erilaisten toteutettavien *vaikutustenarviointien, perusoikeusstrategian ja -kriteerien* sekä *paremman sääntelyn hankkeiden* myötä komissioon ja sen valmisteluelimiin. Niistä on ollut puhetta luvussa neljä. Säädösten valmistelun painopiste on siten esilainsäädännöllisessä vaiheessa, ja Lissabonin sopimuksella komission aloitetoimivaltaa on vahvistettu myös muodollisesti niin, että SEU 17 artiklan toisen kohdan mukaan

”Lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttävää unionin säädös voidaan antaa ainoastaan komission ehdotuksesta, jollei perussopimuksissa toisin määrätä. Muut säädökset annetaan komission ehdotuksesta, kun perussopimus niin määrää.”

Lissabonin sopimuksen jälkeen Euroopan unionin komissiolla on nimenomaisesti perussopimuksen normeille perustuva aloitevalta ja aikaisempaa merkittävämpi rooli lainsäädännön valmistelussa. Lainsäädännön prosessissa on omaksuttu metodeja, joiden avulla esilainsäädännöllisessä pyritään kokomaan yleensä empiiristä sekä laadullista että määrällistä *evidence-based-tyyppistä* faktuaalista tietoa. Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä metodiin kuuluvat sekä ennakkolliset että jälkikäteiset arvioinnit⁸⁰⁸. Metodisesti vaikutusten arvioinnit edellyttävät tarkastelun välineiksi paitsi arvioinnin *tarkastelukriteereitä* myös *indikaattoreita*, jotka luovat tiedollista perustaa lainsäädännön tehokkuuden, legitimiisyyden ja hyväksyttävyyden arvioimiselle⁸⁰⁹.

Esilainsäädännöllisen vaiheen painoarvo lainsäädännöllisessä vaiheessa

Morandi korostaa, että lainsäädäntä on osa oikeutta niin, että lainsäädännön prosessin jokainen vaihe vaikuttaa seuraavaan vaiheeseen siten, että lainsäädännön valmistelu vaikuttaa kommunikaationa lainsäätäjän työhön ja lopulta myös lakien soveltami-

⁸⁰⁵ Karpen, 2016, 298–299.

⁸⁰⁶ Siehr, 2016, 316–317, “symbolic acts of legislation”.

⁸⁰⁷ Ks. esimerkiksi direktiivin 2000/31/EY ehdotuksen laatiminen.

⁸⁰⁸ Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä, 2003, kohta 25.

⁸⁰⁹ Indikaattorit ovat arvioinnin tärkeä väline, ks. The United Nations, Rule of Law Indicators, 2001, passim, Ks. sama asia esimerkiksi sääntelypolitiikassa Coglianesi, 2012, 16–17.

seen ja tulkintaan.⁸¹⁰ Edellä olen määritellyt Euroopan unionin lainsäädännön syklistä luonnetta ja ajatusta siitä sitä, että esilainsäädännöllisen vaiheen tietoa voidaan hyödyntää lainsäädännöllisen vaiheen päätöksenteossa⁸¹¹. Lainsäädännöllisessä vaiheessa korostuvat paitsi menettelyt myös se lainsäädännön päätöksenteon aineellinen puoli, jossa lainsäätäjät tekee sisällöllisiä valintoja ja esimerkiksi hyödyntää yleensä jo esilainsäädännöllisessä vaiheessa lainsäädännön tietoperustaksi hankittua empiiristä aineistoa eli *evidence-based*-tyyppistä tosiasia-aineistoa.⁸¹² Lainsäädännöllisen päätöksenteon tiedonmuodostuksessa erilainen lainsäädännön vaikutusten arviointitieto on määritelty tärkeäksi tiedonmuodostuksen keinoksi, jonka avulla lainsäätäjän on mahdollista *reason-giving*-tyyppisesti myös justifioida lainsäädäntövaiheen päätöksiä⁸¹³. Esilainsäädännöllisen vaiheen tuottaman tietoperustan painoarvo tai käyttö ei ole kuitenkaan yksiselitteinen kysymys lainsäädännöllisessä vaiheessa.

Lainsäädäntöteoriassa erotetaan vähintäänkin kahdenlaista säädösten valmistelun koulukuntaa. Toinen lähtee siitä, että esilainsäädännöllinen vaihe metodisesti arvioiden tarjoaa rationaalisen päätösehdotuksen lainsäätäjälle. Toinen omaksuttu ajattelutapa on se, että esilainsäädännöllinen vaihe tyytyy esittämään erilaisia näkökulmia ja vaihtoehtoja säädöksen perustaksi ilman, että valmistelun kuluessa laaditaan varsinaista yhtä säädösehdotusta. Esilainsäädännöllisen vaiheen merkitystä voidaan arvioida siten, että myös esilainsäädännöllisellä vaiheella on hallussaan ulkoiseen maailmaan nähden vain rajallinen määrä tietoa. Legistiselle kapasiteetille on tyyppillistä rajallisuus siinä, että lakien valmistelussa ei ole yksinkertaisesti mahdollista ottaa huomioon kaikkea ennalta. Tiedollisista rajoituksista johtuu, että sekä esilainsäädännöllisessä että lainsäädännöllisessä vaiheessa on tyydyttävä lähinnä *riittävän optimaaliseen* ratkaisuun.⁸¹⁴

Lainsäädäntä on päätöksentekoa tulevaisuuden asioista. Lainsäädännössä on vaikeaa määritellä ennalta ja tyhjentävästi lainsäädännön kohteena olevia asioita (reaalimääritelmät) ja niiden *keskinäissuhteita*. Modernin ylikansallisen lainsäädännön kohteena olevat asiat ovat myös nopeasti *muuttuvia*, kuten esimerkiksi modernin tietoyhteiskunnan kehityksessä oleva teknologia. Teknologian sinänsä myönteinen kehitys vaikeuttaa lainsäädännön valmistelua ja säätämistä niin, että esimerkiksi viestinnän luottamuksellisuus ja yksityisyyden suojan sääntely vaikeutuvat.⁸¹⁵ Esimerkiksi unionin *ePrivacy*-asetusehdotuksen valmistelussa on todettu, että voimassa olevan sähköisen viestinnän *yksityisyyden suojan oikeutta* turvaava direktiivi (2002/58/EY), jonka vaikutuksia arvioitiin lainsäädäntöehdotuksen antamisen taustatietona, ei ota huomioon niin sanottua Over-the-Top- eli OTT-palvelua, joka tarkoittaa internetin kautta välitettäviä viestintäpalveluita: ”Direktiivi ei ole pysynyt teknisen kehityksen tasalla, mikä on jättänyt tietosuojatyhjiön uusien palvelujen välityksellä tapahtuvaan viestintään.”⁸¹⁶

⁸¹⁰ Morand, 2000, 59–60.

⁸¹¹ Van den Abeele, 2009, 8–9.

⁸¹² Morand, 2000, 62.

⁸¹³ Meuwese, 2008, 44.

⁸¹⁴ Delley – Jochum – Ledermann, 2009, 13–14.

⁸¹⁵ Delley – Flückiger, 2005, 88–90.

⁸¹⁶ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuojaa-asetus) 10.1.2017 COM (2017)10 final 2017/0003(COD), 2. Ks. Makkonen, 1998, nominaalimääritelmät ja reaalitymääritelmät.

Lainsäätäjän päätöksentekoon kohdistunut tutkimus osoittaa, että abstraktilla ja yleisellä tasolla tapahtuva lainsäädännöllinen päätöksenteko ei ole ideaalisen rationaalista. Tämä on seurausta inhimillisistä kognitiivisista eli tiedollisista rajoitteista sekä yleisemmin tietoon liittyvistä metodisista tiedollisista eli epistemologisista rajoista. Esilainsäädännöllinen tai lainsäädännöllinen vaihe ei voi ottaa huomioon ennalta lakeja valmisteltaessa tai päätettäessä kaikkia tärkeitäkään yksityiskohtia. Tämä johtuu siitä, että lainsäädännön tavoitteet ovat yleensä moniulotteisia ja ne eivät ole selkeitä ja hierarkkisesti jäsenyneitä. Lainsäätäjän päätöksenteossa preferenssit eli arvostelmat sisältävät epävarmuutta siksi, että yksinkertaisesti inhimillisistä syistä lainsäätäjän ei ole mahdollista määrittellä *selvästi tahtomaansa tavoitetta* tulevaisuudessa tai *täsmentää tarkasti niitä keinoja*, joilla tulevaisuudessa päästään haluttuun tavoitteeseen. Tämä ei ole tietenkään lainsäätäjän pulma vaan yleinen inhimilliseen tietämiseen liittyvä epistemologinen pulma. Suhde keinojen ja saavutettaviksi ajateltujen tavoitteiden saati tulosten välillä ei ole lainkaan selväpiirteinen asia. Tämän olen tuonut esille edellä teleologisen päättelyn mallin ja kriittisen kognition käsitteiden yhteydessä. Lainsäädäntöelimen jäsenet myös toimivat eri periaattein päätöksentekoprosessissa, ja eri tahot (puolueet) pyrkivät tuomaan esille omia tavoitteitaan. Lainsäädännön päätöksenteossa ongelmien ratkaisu, päätöksentekoon osallistuvien toiminta ja mahdollisten ratkaisujen mallit eivät noudata sisällöllisesti arvioiden mitään yhtä ennalta määriteltävissä olevaa ”sääntöä”, vaikka noudatettava lainsäädännön menettely on tiedossa ja selkeä. Käytännössä lainsäädännön päätöksenteko päättyy useimmiten ratkaisuun, joka on *parhaiten* saavutettavissa.⁸¹⁷

Van Gestel ja de Poorter toteavat, että pyrkimys Euroopan unionin lainsäädännön prosesseissa *evidence-based*-tyyppiseen lainsäädännön tietoon on sekä hyvä ja tavoiteltava asia että myös ongelmallinen asia. Kriittiset arviot tässä suhteessa esittävät, että tällaisen *evidence-based*-tyyppisen tiedon merkitystä ei tule yliarvioida lainsäädännössä siksi, että politiikan muotoilija ja poliitikot eivät ole halukkaita ottamaan huomioon tieteellisen tutkimuksen tuloksia (scientific insights). Empiirisen datan ja tieteellisen evidenssin liian suuri painoarvo voi myös johtaa hyödyllisyyden sijaan lopputulokseen, jonka seurauksena *evidence-based policy making* eli tosiasiaiperustainen päätöksenteko muuttuu *policy-based evidence-making* -politiikkaan perustuvien tosiasioiden tekemiseksi. Tätä tapahtuu jo nyt. Vaikutusarviointit harvoin sisältävät aidosti merkityksellisiä valintoja. Esimerkiksi säädösehdotukseen hankituilla konsultaatioilla ei ole suurta merkitystä lainsäädäntöehdotuksena esitetyn luonnoksen (drafting) lopputulokseen. *Van Gestel ja de Poorter* ehdottavat pohdittavaksi sitä, kuinka relevantteja ja luotettavia (reliable) ovat ne tämänhetkiset lainsäädännön prosessit, joiden tulisi tehdä laeista ja sääntelystä yhteiskunnan reaalityodellisuuden näkökulmasta tosiasiapohjaisempia.⁸¹⁸

5.2.2 Epistemologia on oppi tiedonmuodostuksen lähtökohdista

Varsinkin 1970-luvulta alkanut empiirinen lainsäädäntötutkimus on suhtautunut optimistisesti lainsäädännön esilainsäädännölliseen vaiheeseen eli lainsäädännön prosessin valmisteluvaiheeseen niin, että lähestymistapa on uskonut voivansa sille

⁸¹⁷ Delley – Jochum – Ledermann, 2009, 43 – 44.

⁸¹⁸ van Gestel – de Poorter, 2016, 156, ks. alaviite 5.

tyypillisin metodein ja siten *ennakolta* jo lainsäädännön suunnitteluvaiheessa toteuttaa lainsäädännön tehokkuutta ja *vaikutuksia* yhteiskunnassa.⁸¹⁹

Tällainen optimismi on rajallista.

Epistemologia eli tieto-oppi on tieteenala, joka tutkii teoreettisella tasolla inhimillisen tiedonmuodostuksen yleisiä perusteita, lähteitä ja kriteereitä⁸²⁰. Epistemologia on tiedettä tiedon muodostamisen perusteista, ja esimerkiksi lainsäädännössä sitä voidaan käyttää lähestymistapana perusteluiden edellyttämien tosiasioiden tarkastelussa⁸²¹.

Epistemologia on määritelty kriittiseksi näkökulmaksi eri tieteenalojen tiedonmuodostukseen. Se on keskustelua kullekin tieteenalalle ominaisesta tiedonmuodostuksesta (*discours sur la connaissance scientifique, connaissance de la connaissance*). Se ei tarkoita yleistä keskustelua tiedosta. Epistemologia on määritelty joissakin yhteyksissä myös iteratiiviseksi eli tekemisen kautta edistyväksi prosessiksi, jossa todellisuutta tarkastellaan ja analysoidaan ideaalisten teoreettisten välineiden ja käsitteiden avulla. Epistemologinen lähtökohta on, että kaikki tietäminen on suhteellista. Tämä pätee varsinkin empiiriseen tietoon siksi, että puhdas empiirinen kuvaus on epistemologisessa mielessä mahdotonta ja kaikki empiirinen tieto on aina myös tietyn subjektin tuottamaa konstruointia.⁸²²

Lainsäädännön tiedolliset rajat

Oikeustieteen ja oikeusdogmaattisen tutkimuksen tiedonmuodostus on epistemologisessa mielessä sille ominaista ja erityistä. Oikeustieteessä tärkeän lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen ajattelun tietoteoreettiset juuret ovat yleisessä filosofiassa. Epistemologia eli tiedon teoria on oikeusdogmatiikan eli lainopin tutkimustradition teoreettisessa ajattelussa liittynyt ensi sijassa (muodollisesti) pätevän oikeusnormin löytämiseen tai oikeusnormin pätevyyden määrittelyyn oikeusjärjestyksessä, lähtökohtana ajatus kunkin oikeusjärjestyksen suljetusta systeemistä⁸²³. Oikeustieteessä epistemologia tarkoittaa sitä, että pätevyys oikeusnormin kriteerinä sulkee oikeusjärjestyksen enemmän tai vähemmän autonomiseksi oikeuden sisäiseksi järjestelmäksi. Oikeustieteessä epistemologinen tarkastelu liittyy normin validiteettiin eli pätevyyteen eli oikeusnormin voimassaoloon muodollisena voimassaolona, tehokkuutena ja hyväksyttävyytenä. Verrattuna yhteiskuntatieteiden metodologiaan oikeustieteessä oikeusdogmaattisen tutkimuksen epistemologia on tarkoittanut siten oikeustieteelle tyypillistä ja erityistä tietämisen teoriaa.⁸²⁴

Tässä suhteessa säädösten ja oikeuden normien voimassa olon teoreettisilla käsitteillä on edelleen suurta merkitystä oikeusjärjestyksen voimassa olevan oikeuden määrittelyn tukena tutkimuksessa. Niillä on lainsäädäntöteoreettista merkitystä myös

⁸¹⁹ Morand, 1988, 393.

⁸²⁰ Ks. Mackor, 2013, 441–468; myös Wintgens, 2004, 300; Siltala, 2003, 415.

⁸²¹ Waldhoff, 2016, 134–141, lainsäädännön epistemologisesta viitekehyksestä, velvoitteesta perusteella lainsäädäntöä, perustelusta miksi juuri tämä säädösvalitsoehto valittiin.

⁸²² Barraud, 2016, 4.

⁸²³ Mielityinen, 2006, 108, lainoppineen periaatemuotoilujen vaikutuksesta ratkaisuharkintaan; Siltala, 2003, 796, näkee oikeusteorian kontribuution lainopille olevan epistemologisten eli oikeuslähdeopillisten sitoumusten löytämisessä.

⁸²⁴ Van Hoecke, 2002, 105, “validity in context of closing rule approach”; Twining, 2005, 627–623, valtiollisen oikeus globaalissa kontekstissa; Dworkin, 2001, 17, “validity in positivism”; Aarnio, 1987, 33, “forms of validity”. Golding, 1975, 18 ja 20–22.

lainsäädännön prosessien ja vaiheiden määrittelyssä. Voimassa oleva oikeus on myös vaikea käsite. Hyvänä esimerkkinä tässä ovat Euroopan perusoikeuskirjan normit, oikeudet, vapaudet ja periaatteet. Vaikka perusoikeuskirjan normit ovat osa oikeusjärjestystä ja siten voimassa olevaa oikeutta, eivät ne kaikki ole sellaisenaan sovellettavaksi tarkoitettua oikeutta.

Edellä olen viitannut siihen, että rationaalisuuteen pyrkivässä lainsäädännössä rajoituksina ovat yleisesti ihmisten inhimilliseen tietoon liittyvät mahdollisuudet ja rajat. Lainsäädäntä yleisenä ja abstraktina päätöksentekona on myös aina luonteeltaan tulevaisuuteen suuntautuvaa ja siten myös eri asia kuin esimerkiksi kulloinkin voimassa olevan säädöksen soveltaminen yksittäiseen konkreettiseen tapaukseen⁸²⁵. Ideaali on, että lainsäädäntö käytännöllisenä päätöksentekona pyrkii sille tyypillisiin metodein (evaluaatiot, vaikutusarviot) hahmottamaan ja ottamaan haltuun sääntelyn kohteena olevan lainsäädännön sosiaalista todellisuutta, joka aktualisoituu vasta tulevaisuuden asiointiloissa. Se tekee implisiittisiä tai eksplisiittisiä *oletuksia* nykytilan jatkuvuudesta ja tulevien asiointilojen kehityksestä, samoin kuin jo säädetyn lainsäädännön vaikutuksista. Koska ihmisen kognitiivinen eli tiedollinen kapasiteetti, samoin kuin kyky ennustaa tulevaa (ainakin tällä hetkellä olemassa olevan käsityksen perusteella), on rajallista ja epistemologisessa mielessä tiedon ehdotonta varmuutta silmällä pitäen mahdotonta, merkitsee se sitä, että lainsäädäntään sisältyy aina myös *tiedollista epävarmuutta*.⁸²⁶

Euroopan unionin lainsäädännölle on tyypillistä, että se pyrkii tietoyhteiskunnan modernia teknologiaa ja esimerkiksi markkinoita säännellessään ottamaan huomioon yhteiskunnan reaali maailman todellisuutta, erilaisia yhteiskunnallisia käytäntöjä ja konteksteja. Tämä on aiheuttanut paineita erityisesti lainsäädännön tiedonmuodotukselle ja myös säädösten tehokkuusvaatimuksiin kohdistuville odotuksille. Lainsäädännössä edellytetään yhä useammin ja enemmän evaluatiivista tietoa riskiperusteisista asioista ja myös tieteelliseen tietoon perustuvista kysymyksistä.⁸²⁷ Ylikansalliseen lainsäädäntöön liittyvät piirteet ovat siirtyneet myös kansalliseen sääntelyyn, nimittäin useissa kansallisissa hallituksen esityksissä, jotka ovat peräisin ylikansallisesta unionin lainsäädännöstä, viitataan yhteiskunnallisesti laajoihin kysymyksiin, kansainväliseen kehitykseen ja esimerkiksi arvioihin markkinakehityksestä tietyllä politiikka-alalla⁸²⁸. Oikeudellisen epävarmuuden lisäksi lainsäädäntöön liittyy siten monenlaista tiedollista epävarmuutta, yleensä faktuaalista.

Edellytykset tuottaa relevanttia *evidence-based*-tyyppistä tietoa tietynlaisista sääntelyn kysymyksistä ovat myös rajalliset. Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa todetaan, että kun tutkittiin esimerkiksi kilpailupolitiikan alaan liittyviä laadittuja evaluaatioita ja vaikutustenarviointeja, huomattiin, että empiirisiä evaluaatioreportteja kilpailuoikeuden alan viranomaisten päätösten vaikutuksista muun muassa markkinakehitykseen oli vaikea löytää. Teoreettisesti ja tiedollisesti arvioiden ne olisivat tärkeä tietolähde säädösten taloudellisten vaikutusten arvioinnissa. Sen sijaan tuottavuutta tai hinnoittelua koskevia tutkimuksia oli alalta saatavilla. Ne eivät kuitenkaan kykene tuottamaan täsmällistä tietoa viranomaisten päätösten vaikutuksista

⁸²⁵ Conte, 2015, 5.

⁸²⁶ Oliver-Lalana, 2016, 259.

⁸²⁷ Ladeur, 2004, 94–95, käyttää termiä pluralism of legal sources joka tarkoittaa oikeuslähteiden pluralisuutta.

⁸²⁸ Ks. HE 150/2006 Hallituksen Esitys Eduskunnalle laiksi viestintämarkkinalain muuttamiseksi, passim.

yhteiskunnassa, lukuun ottamatta vaikutuksia sähkömarkkinoilla.⁸²⁹ Myös säädösten prospektiivinen vaikutusarviointi edellyttäisi aina säädösten vaikutusten arviointia käytännössä, mikä *ex post*-tyyppisenä metodina tosiasiallisesti edellyttää voimassa olevien lakien soveltamista käytäntöön ja sen jälkeen esimerkiksi tällaisten viranomaisten päätösten vaikutusten arviointia.

Metodinen ”totuus” lainsäädännän rationaliteettina

Tavallista on se, että esilainsäädännöllisen ja lainsäädännän vaiheen tiedonhankinnassa käytetään muiden yhteiskuntatieteiden kuin varsinaisesti oikeustieteen ja oikeusdogmatiikan metodeja (social science methods).⁸³⁰ Lainsäädännässä eri metodein hankitun *evidence-based*-tiedon tarkoituksena on olla vuorovaikutusta tutkimustiedon ja lainsäätäjän tiedontarpeen välillä⁸³¹. Lainsäädännän vaiheissa eri tutkimusmenetelmin hankittua tietoa (= metodinen totuus) on mahdollista jäsentää myös tieteenfilosofian ja tieteenteorian epistemologian näkökulmasta. Tieteenteoreettisissa positivismissa puhutaan äärimmillään metodologisen monismin vaatimuksesta mutta käytännössä tematiikan yhteydessä tarkoitettaneen positivistisen tieteenfilosofian tutkimuksellista tiedonintressiä, jolla on pyrkimys saavuttaa tietyin kriteerein objektiivista ja arvovapaata tietoa⁸³².

Olen järjestänyt lainsäädännän tiedonmuodostuksen perustana olevia tiedollisia ulottuvuuksia seuraavasti (taulukko 10):

Taulukko 10. Lainsäädännän tiedonmuodostuksen epistemologiset eli tiedolliset ulottuvuudet ja tiedonhankintaan liittyvät metodiset suuntaukset.

Teoreettiseen tietoon perustuva järkeilytieto, <i>a priori</i>	Havaintokokemukseen perustuva tieto, <i>a posteriori</i>
<p>- ei-muodollisen logiikan muotoja</p> <p>järkeilyyn perustuva käsitteellis-analyyttinen tiedonmuodostus, rationalistinen traditio, deduktio, teoreettinen tieto, deskriptiivinen tieto, muodollisen kielen syntaksi ja semantiikka teoreemina</p> <p>-matematiikka, aksiomaattista, kuuluu muodollisen logiikan alaan</p>	<p>- ei-muodollisen logiikan muotoja</p> <p>a) empiirinen <i>aposteriorisiin</i> havaintoihin ja kokemukseen perustuva tieto, comtelainen positivistinen tiedonmuodostus, behavioristinen tutkimus, tilastollinen tutkimus säännönmukaisuuksien ja ennustamisen merkityksessä</p> <p>b) laadullinen <i>aposteriorisiin</i> havaintoihin perustuva tutkimus, case-tutkimukset, systemaattiset laadullisten aineistojen luokittelut</p> <p>- päättelyn muoto perustuu havainnoijaan nähden ulkopuolisiin havaintoihin, induktiivista päättelyä</p>

Jaottelen tiedon muodot järkeilytietoon eli *apriorisesti* järkeilemällä saavutettuun tietoon ja kokemustietoon, *a posteriori*. Tieteenfilosofisena ja tietoteoreettisena käsitteenä *aposteriorinen* kokemustieto perustuu lainsäädännän tiedonhankinnan metodien yhteydessä yleensä joko empiirisiin laadullisiin ja määrällistettyihin havaintoihin tai

⁸²⁹ Bussmann, 2010, 284, "It seems that the possible positive or negative effects of competitions authorities' decisions in the relevant markets cannot easily be detected over the "white noise" of economic activities"

⁸³⁰ Peczenick, 2009, 180.

⁸³¹ Wintgens, 2013, 21.

⁸³² Siltala, 2003, 70–72.

molempiin. Edellä on ollut puhetta sekä retrospektiivisen että prospektiivisen evaluaatiometodin tiedonhankinnan metodiikasta, joissa nämä tietoteoreettiset tiedonhankinnan lähtökohdat konkretisoituvat.

Tiedonmuodostus perustuu muodolliseen ja ei-muodolliseen logiikkaan. Esimerkkinä *muodollisesta logiikasta* on aksiomoihin perustuva matematiikka. Oikeustieteessä tätä mallia, jonka esikuva oli luonnontieteen ja matematiikan aksiomaattisen tieteenalan peruskysymyksissä, pidettiin tieteenalan esikuvana ns. *Wienin piirissä*⁸³³. Wienin piirin loogiselle positivismille tyypillistä oli, että se pyrki omaksumaan muodollisen logiikan piirissä kehitettyjä eksakteja käsitteitä.⁸³⁴ Jo heti voidaan havaita, että oikeustieteen kieli tai lainsäädännön kieli ei perustu universaaleille aksiomaattisille lauseille tai universaaleille eksakteille käsitteille kuin teoriassa.

Järkeilyä ja kokemusperäistä

Lainsäädäntöteoreettisessa kontekstissa lainsäädäntömetodien, kuten esimerkiksi evaluaatiometodien tiedonmuodostus on samanlaista kuin minkä tahansa muun yhteiskuntatieteiden tieteenalan tieteenteorian metodien. Tieteenteoriassa karkea ja edellä taulukossa käyttämäni jaottelu on, että tieto perustuu subjektin näkökulmasta järkeilyllä hankittuun teoreettiseen tietoon, *a priori*, tai havainnoijaan nähden ulkopuoliselle kokemusperäiselle tiedonhankinnan tavalle, *a posteriori*. Yhteiskuntatieteiden metodeihin perustuva tiedonmuodostus, mukaan lukien oikeustiede ja lainsäädäntöteorian metodien tiedonmuodostus, perustuvat *ei-muodollisen logiikan* kaltaiselle *a priori*-järkeilytiedolle tai *a posteriori*-tyyppiselle kokemustietoon perustuvalla päättelyllä⁸³⁵.

Metodien tavoite on edistää rationaalisuutta. Perinteinen ja klassinen rationaalisuuden määrittely perustuu *kantilaiseen* ihmisen järkeä ja järkeilyn mahdollisuutta korostavaan malliin ja humelaiseen tiedon kokemusperäisyyttä korostavaan malliin. *Kantin* ajattelussa (faculty of rationality) korostuu ihmisen sisäinen järki, *a priori* ja kyky määrittellä asioita. Se ei kiellä havaintojen merkitystä. *Kantin* teorian mukaan rationaalisuus ihmisen tiedonmuodostuksen perustana tarkoittaa ihmisen kykyä sekä tuottaa että tunnistaa *a priori*-uskomuksia, universaaleja normatiivisia sääntöjä, moraalaisia velvoitteita ja kategorisia pitäisi-tyyppisiä väitteitä (kategorinen imperatiivi). *Kantin* käsityksen mukaan ihmisen järki on määräävässä asemassa suhteessa kaikenlaiseen muuhun tietoon.⁸³⁶ *Kant* otti teoriassaan käyttöön termit analyttinen ja synteettinen. Analyttiseksi määritellään arvoarvostelma tai lause, jonka niin sanottu "totuus" seuraa lauseessa olevien sanojen merkityksestä. Analyttiset lauseet rajoittuvat siihen kieleen, jota kulloinkin tarkastellaan, mutta ne eivät laajenna tietoa todellisuudesta. Analyttisillä lauseilla ajatellaan olevan pätevyys *a priori* riippumatta

⁸³³ von Wright, 1998, 83; Ks. myös Niiniluoto, 1999, 49, tieteenfilosofian uuskantilainen traditio 1860-lähtien, kokemuksen perustuvan tiedon ja konventioihin perustuvien filosofien tarkastelujen jännite, uuskantilaisessa ajattelussa ideoita kehitti Ernst Cassirer, joka kuului ns. Marburgin koulukuntaan. Tiedon kokemuksesta riippumattomista elementeistä keskustelua käytiin Ranskassa, fyysikko ja matemaatikko Henri Poincarén edustaman konventionalismin mukaan nämä ainekset ja luonnontieteen korkeimmat lait erityisesti ovat luonteeltaan sopimuksenvaraisia, konventionaalisia.

⁸³⁴ Niiniluoto, 1999, 48–52.

⁸³⁵ Ks. Wolenski, 2007, 44–46, syntaksi ja semantiikka.

⁸³⁶ Hanna, 2006, xvii; Ks. Wedgwood, 2009, 248–266, 278; von Wright, 1998, 28–29; Niiniluoto, 1999, 46, järjen luonteesta, saksalainen filosofi Immanuel Kant pyrki sovittamaan rationalismin ja empirismin välistä vastakohtaa teoksessaan *Kritik der reinen Vernunft* (1781); Ks. myös Bellomo, 1995, 14–16.

kokemuksesta. Toinen lauseiden joukko on synteettiset lauseet. Synteettisten lauseiden ja arvoarvostelmien niin sanottu totuus ei kuitenkaan seuraa niiden kielellisestä merkityksestä, vaan synteettisten arvoarvostelmien taustalla on kokemus.⁸³⁷ *Kant* hyväksyi kokemuksen merkityksen mutta puolusti analyttisten lauseiden *a priori*n merkitystä niin, että ihmisen järki ensi sijassa määrää myös kokemuksen tunnetta. *Kant* sai vaikutteita paitsi skotlantilaiselta *David Humelta* myös muun muassa ranskalaiselta *Rousseaulta* sekä anglosaksiselta koululta, erityisesti *Edmund Burkelta*. Filosofin ja empiristiksi kutsuttu *Hume* ei kieltänyt teoriassaan ihmisen järjen (reason) merkitystä, vaan näki ihmisen ajattelun olevan kahdenlaista siten, että järjen tehtävänä on järjestellä ja assosoida empiirisiin havaintoihin perustuvien ideoiden keskinäissuhteita (relations of ideas)⁸³⁸.

Humen teoriassa rationaalisuus tarkoittaa ihmisen kykyä tietää ja ainakin olettaa *a posteriori*-tyyppiseen kokemustietoon perustuvia syy-seuraussuhteita ja tehdä sen perusteella hypoteettisia pitäisi-väitteitä (hypothetical ought claims) kuitenkin niin, että tässä päättelyssä aina ensi sijassa tukeudutaan empiiriseen kokemustietoon. *Humen* käsitys rationaalisuudesta perustuu ajatukseen mahdollisuudesta määritellä syy-seuraussuhteita, ja käytännössä kyse on ajattelun kausaalisuudesta. *Humen* ajattelussa rationaalisuus merkitsee kykyä tehdä oletuksia kokemuksen perusteella, kykyä laatia *kontekstuaalisia* normatiivisia sääntöjä ja olettaa seuraamuksia ja hypoteettisia pitäisi-väitteitä (hypothetical ought claims).⁸³⁹ *Hume* ajatteli niin, että ihmismieli ei ole *tabula rasa* eli tyhjä taulu, ja *Hume* edellytti järjen ideoiden ja empiirisen kokemustiedon yhdistämistä niin, että kokemus on järkeilyyn nähden ensisijaista.⁸⁴⁰ Oikeustieteen ajatteluun vaikuttanut skotlantilainen filosofi *Hume* korosti tiedon käsityksessä varman tiedon sijaan *uskomuksen* käsitettä ja siinä lähestymistavassa *ulkopuolisten havaintojen* merkitystä. *Hume* kiisti jyrkästi sen, että ihminen edes ulkopuolisten havaintojen perusteella ja havaintoja assosioimalla voisi silti saavuttaa *varmaa* tietoa. *Hume* hyväksyi ihmisen sisäsyntyisen tavan *käsitellä* havaintoja ja tietoa, mutta korosti erityisesti ulkopuolisten havaintojen merkitystä.⁸⁴¹ Havaintokokemukseen perustuva tieto onkin yksi empiirisen tiedonmuodostuksen ja empiirisen argumentin tärkeä lähtökohta.⁸⁴²

Myös lainsäädännän perustana käytettyä faktuaalista tietoa on mahdollista arvioida siltä kannalta, onko se kielellisiin merkityksiin perustuvaa järkeilytietoa vai kokemusperäistä.

Tietoteoreettisessa kirjallisuudessa rationaalisuudesta on esitetty muitakin käsityksiä ja esimerkiksi kysymys, miksi maailmassa on arvoja, vaikka fyysikaalinen maailma koostuu täysin ja kokonaan arvoneutraaleista tosiasioista.⁸⁴³ Esimerkiksi *John Searle* ei usko klassiseen ajatteluun rationaalisuudesta eikä siihen, että ihmisellä olisi sisäinen kyky ajatella rationaalisesti (faculty of rationality). *Searlen* teorian mukaan rationaalisuus on *biologisperäistä*, tulevaisuuteen suuntautunutta niin, että se edellyttää *motivaatiota*. Rationaalisuuden ehtoja ovat vapaus, subjektiivisuus, ajallisuus ja

⁸³⁷ Wright, 1998, 28–29.

⁸³⁸ Hume, 1748, 47.

⁸³⁹ Hanna, 2006, xvii.

⁸⁴⁰ Luokittelusta Niiniluoto, 1999, 45.

⁸⁴¹ Hume, 1748, 48–52.

⁸⁴² Alexy, 1989, 232–233.

⁸⁴³ Searle, 2001, xv ja 4 ja 17.

kausalisuus. Searlen mukaan rationaalisuus perustuu siten ihmisen biologisperäisiin lähtökohtiin ja motiiveihin. Se perimmiltään saa aikaan ihmisen rationaalisen toiminnan, joka konkretisoituu aivojen avulla, tietoisuuden ja intentionaalisuuden kautta.⁸⁴⁴

Ihmisen *rationaalisen eli järkevän toiminnan perusteita* on selitetty eri tieteenalojen teoreettisista lähtökohdista. Mikään teoria ihmisen rationaalisuudesta ei tarjoa selaista *algoritmia*, jonka perusteella olisi mahdollista tehdä absoluuttisesti "oikeita" päätöksiä, saati tietää, mikä on absoluuttisesti "totta". Jos ihmisen *rationaalisuuden* mittapuu olisi luonteeltaan *universaali* ja jos kaikki ihmiset olisivat täydellisen rationaalisia toimijoita, se yhden käsityksen mukaan merkitsisi sitä, että ihmisillä ei olisi erimielisyyttä esimerkiksi arvoista, moraalista ja preferensseistä. Koska fyysikaalinen maailma (kivet, maaperä) koostuu täysin ja kokonaan arvoneutraaleista tosiasioista, merkitsee se sitä, että arvojen läsnäolo ja niistä johtuva erimielisyys on ihmisistä johtuvaa ja lopulta luonteeltaan kulttuurista ja ihmisten välistä.⁸⁴⁵

Vaikutustenarviointitieto on aina eilisen tietoa

Moderni lainsäädäntöteoria edellyttää, että lainsäädäntöä annettaessa tulee olla käytävissä perustana tosiasiatietoa⁸⁴⁶. Se voi edellisen perusteella perustua joko järjelytietoon tai kokemustietoon. Koska lainsäädäntä on tulevaisuuteen suuntautuvaa ja abstraktilla tasolla tapahtuvaa päätöksentekoa, ei lainsäädännön päätöksenteon kuluessa (legislative action, that is, behavior for reason) ole aina mahdollista ottaa huomioon ennalta kaikkia lainsäädännön edellyttämiä näkökohtia⁸⁴⁷. Euroopan unionin lainsäädännössä evaluaatiomeotdien tiedonhankinnan keinot ovat yleensä joko *kvantitatiivisia* ja *kvantitatiivisia* tai niiden yhdistelmiä. Keinona on myös juridinen metodi. Näistä ja esilainsäädännöllisessä vaiheessa käytetyistä erilaisen tiedon hankinnan analyysimetodeista on ollut puhetta edellä. Esimerkiksi sähköisen viestinnän yksityisyyden suojan oikeutta koskevan *ePrivacy*-asetusehdotuksen vaikutustenarvioinnin taloudellinen analyysi politiikkatavoitteista on toteutettu paremman lainsäädännön metodisen ohjeen mukaan periaatteella

*"One of the prime challenges of impact assessments is the translation of qualitative analysis into the tangible, quantitative findings. In fact, the Better Regulation Guidelines specify "significant impacts should be assessed qualitatively and, whenever possible, quantitatively." In this respect, if possible, "it means that impacts are susceptible of being quantitatively estimated through sound methodology and if required data exists and can be collected at proportionate cost."*⁸⁴⁸

Vaikutusarvioinnissa, joka koskee taloudellista analyysyä, laadullisin keinoin koottu aineisto pyritään mahdollisuuksien mukaan esittämään määrällisessä muodossa.

⁸⁴⁴ Searle, 2001, 22 ja 141.

⁸⁴⁵ Searle, 2001, xv ja 4 ja 17.

⁸⁴⁶ Wintgens, 2004, 313.

⁸⁴⁷ Wintgens, 2013, 13; Isola-Miettinen, 2013, 33–52, lainsäädännön tiedollisia rajoituksia.

⁸⁴⁸ European Commission, Brussels, 10.1.2017 SWD(2017) 3 final PART 3/3, Commission Staff Working Document, Impacts Assessments, Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), 124.

Tässä pitää ottaa huomioon, että aineiston hankinnan kustannukset eivät saa olla suhteettomat. Kun metodeja ja lähestymistapaa tarkastellaan yksityiskohtaisemmin, esimerkiksi laskelmat siitä, miten ehdotuksen politiikkavaihtoehdot vaikuttaisivat yksityisiin (number of citizens affected) tai yrityksiin (number of business affected), mitä olisivat säädöksen noudattamisen kustannukset tai hallinnollisen taakan kustannukset, esitetään ensin tiettyjen analysoivien kysymysten (mitä tämä merkitsee käytännössä?, minkälaiseen liiketoimintaan sääntely vaikuttaa? jne.) avulla ja sen jälkeen laadullisten skaalausten muodossa (significant decrease -3, medium decrease -2, slight decrease -1, neutral 0, slight increase +1, medium increase +2, significant increase +3) numeerisena kvantitatiivisena tietona.⁸⁴⁹

Evaluaation metodi on pitkälti laadullista, joka pyrkii mahdollisuuksien mukaan kvantitatiiviseen esittämistapaan. Evaluaation menetelmissä käytetään riskianalyysijä, tilastollisia analyysijä ja matemaattista mallinnusta. Uusin mahdollisuus liittyy avoimen datan tietoon ja sen perusteella tehtäviin syy-seuraussuhdeanalyysihin. Menedit evaluaatioissa ovat usein myös tietojen keruu kyselyin ja haastatteluin, osallistuminen sekä triangulaatio analyysimetodina, aineiston ristiintarkastus *desk research* eli työpöytä tutkimuksen keinoin, kirjallisuuslähteet, laaditut tilastot ja konsultaatiot, jotka koskevat aikaisemmin koottuja kvantitatiivisia ja kvantitatiivisia aineistoja.⁸⁵⁰

Unionin lainsäädännön vaikutusten arvioinnissa, kuten käyttämässäni esimerkiksi *ePrivacy*-asetusehdotuksen arvioinnissa, on edellytetty poliittisen viitekehyksen ohella myös oikeustieteen juridista metodia⁸⁵¹. Metodisessa mielessä lainsäädännön evaluaatioiden tarkoituksena vaikutusten arviointeina (as impact assessments) on saavuttaa *evidence-based*-tietoa (knowledge), jota sekä käytetään lainsäädännössä että hyödynnetään tuomioistuinten oikeudellisessa normivalvonnassa ja muissa valvonnan prosesseissa⁸⁵². Kun tarkastellaan epistemologisesti esimerkiksi lainsäädännön vaiheen päätöksenteon vaiheessa käytettävissä olevaa lainsäädännön vaikutuksia arvioivaa *ex ante*- tai *ex post*-evaluaatiotietoa, on se aina lainsäädännön päätöksentekotilanteessa eilisen tietoa siksi, että lainsäädännön prosesseista esilainsäädännöllinen ja lainsäädännöllinen vaihe toteutuvat ajallisesti ennen säädöksen muodollista voimaantuloa. Lainsäädännön vaikutus eli *effect* on määritelty lainsäädännön tarkoitetuksi tai ei-tarkoitetuksi vaikutukseksi ja muutokseksi, joka suoraan tai epäsuoraan johtuu jo toteutetusta interventioista ja lainsäädännön kyseessä olleessa muodollisesti voimassa olevasta lainsäädännöstä, jota on sovellettu⁸⁵³.

Lainsäädännön tehokkuus määritelmällisesti ja yleisenä käsitteenä tarkoittaa sen tarkoitettujen vaikutusten toteutumista käytännössä. *Edellä määritelmässä ja tässä korostan sitä, että oikeusvaltiossa lainsäädännön yhteiskunnalliset vaikutukset ja tehokkuusperiaate voidaan havaita käytännössä pätevällä tavalla vasta lainsäädännön muodollisen voimaantulon jälkeen, kun lainsäädäntöä on sovellettu käytäntöön.*

⁸⁴⁹ European Commission, Brussels, 10.1.2017 SWD(2017) 3 final PART 3/3, 124.

⁸⁵⁰ European Commission, Brussels, 10.1.2017 SWD(2017) 5 final, Commission Staff Working Document, Ex-post REFIT evaluation of the European Parliament and the Council on the protection of privacy and confidentiality in relation to electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), 12–16.

⁸⁵¹ Evaluation Legislation, 2008, 8; Mader, 2001a, 123.

⁸⁵² Popelier, 2012, 259.

⁸⁵³ Glossary of Key Term in Evaluation and Result Based Management 2002, 19.

Faktuallinen tieto normatiivisen tiedon perustana

Lainsäädännön *faktaperiaate eli tosiasiatietoperiaate* on määritelty yhdeksi rationaalisen lainsäädännön teorian lainsäädäntöperiaatteeksi⁸⁵⁴. Lainsäädännön valmistelu Euroopan unionin lainsäädännössä *ex ante*- tai *ex post*-tyyppisinä vaikutustenarviointeina on kohtalaisen uutta. Sitä on ryhdytty harjoittamaan unionissa systemaattisesti vasta 2000-luvun alun jälkeen lähtölaukauksena vuonna 2002 laadittu toimintasuunnitelma lainsäädännön yksinkertaistamiseksi ja parantamiseksi.⁸⁵⁵

Tutkijat ovat havainneet, että lainsäädännön vaihe ei halua hyödyntää lainsäädännön valmistelun prosessissa hankittua tietoa kaikissa tapauksissa ja pahimmillaan tutkimuksen menetelmin hankitusta tosiasia-perustaisesta evidenssistä tulee lainsäädännön päätöksenteon politiikkaperusteista evidenssiä⁸⁵⁶. Poliittinen rationaliteetti on oma lainsäädännön päätöksenteon rationaliteetin lajin, ja *metodinen totuus*, jota kutsun tässä *tieteelliseksi rationaliteetiksi*, noudattaa sille ominaista rationaliteettia.

Lainsäädännön päätöksenteossa ei ole harvinaista, että sen tietoperustana oleva tieteellinen tieto on ristiriitaista. Tämä on jopa tyypillistä ja luonteenomaista eri näkökulmia korostavalle tieteelliselle tiedolle. Se ja kysymys siitä, minkälaisista sääntelyn kohteena olevista asioista ylipäänsä on mahdollista tietää, merkitsee päätöksenteon tiedon hyödyntämiseen liittyvässä oletuksessa epävarmuutta. Aihepiiriin liittyy monia kysymyksiä, jotka edellyttävät lisäpohdintaa, kuten tietoa tuottavien tahojen valinta tai riippumattomuus poliittisesta päätöksenteosta. Yksi tärkeä kysymys on se, että lainsäädännön päätöksenteon perustana käytetyn tiedon tulisi olla saatavilla, ja myös sen hyödyntämisen päätöksenteossa tulisi olla läpinäkyvää.⁸⁵⁷ *Van Gestel* ja *de Poorter* ovat tarkastelleet *evidence-based*-tyyppisen tiedon merkitystä lainsäädännön vaiheissa, ja he suhtautuvat siihen varauksellisesti niin, että vaarana on politiikkaperusteisen evidenssin vahvistuminen tutkimustietoon perustuvan evidenssin sijaan.⁸⁵⁸

Fischman laajassa empiirisiä lainsäädäntömetodeja käsittelevässä artikkelissaan näkee mahdollisuudet yhdistää empiirisen tutkimuksen metodein hankittuja tutkimustuloksia normatiiviseen ainekseen ohuiksi. *Pound* ja *Llewellyn* eivät saaneet aikaan tyydyttäviä tuloksia pyrkinessään yhdistämään tutkimuksissaan tätä tietoa. Uudemman polven tutkijat eivät ole onnistuneet kytkemään yhteen empiirisen tutkimuksen menetelmin saavutettua tietoa lainsäädännön edellyttämäksi normatiivisuudeksi.⁸⁵⁹

Evaluaatioiden ja vaikutusarviointien menetelmät ovat osoittautuneet myös ongelmallisiksi. Esimerkiksi käyttäytymisvaikutusperusteisen vaikutusten arvioinnin metodisia ongelmia ovat tällaisen evaluaation suunnittelun riittämätön teoreettinen perusta niin, että evaluaatiota ei käytännössä ole voitu toteuttaa siksi, että saatavilla oleviin tosiasioihin on liittynyt laadullisia ongelmia, mikä tarkoittaa taas sitä, että objektiivinen ”mittaamisen metodologia” on puutteellista ja syy-seurausasetelman (cause-effect) laatiminen on käytännössä siksi hyvin vaikeaa⁸⁶⁰. Tämä tarkoittaa käytännössä usein sitä,

⁸⁵⁴ Wintgens, 2004, 310–314.

⁸⁵⁵ Komission tiedonanto KOM (2002)278 lopullinen.

⁸⁵⁶ van Gestel—de Poorter, 2016, 156.

⁸⁵⁷ Communicating Science Effectively, 2016, 5–9; myös OECD, 2015, Scientific Advice for Policy Making, 5–10.

⁸⁵⁸ van Gestel—de Poorter, 2016, 156, ks. alaviite 5.

⁸⁵⁹ Fischman, 2013, 158–168.

⁸⁶⁰ Ks. esimerkiksi Auditing Behaviour Change, 2010, 6–10.

että lainsäädännön interventioogiikkaa ja sitä koskevia indikaattoreita ei ole laadittu lainkaan tai riittävällä tavalla intervention suunnittelu- ja valmisteluvaiheessa.

Varsinkin *ex ante*-tyyppinen prospektiivinen evaluaatiotieto mutta myös yleisemmin tieto lainsäädännön vaikutuksista on *probabilistista* eli *todennäköisyyksiin* perustuvaa niin, että lainsäädännön päätöksenteossa lainsäätäjän ei ole todellisuudessa mahdollista *tietää* edeltä käsin ja varmasti sitä, onko lainsäädäntö tehokasta ja onko sillä vaikutuksia tai onko se vaikuttavaa (effective, efficient, efficacious). Lainsäädännöstä voi seurata myös kielteisiä ja ei-tarkoitettuja vaikutuksia ja siten myös ennakoimattomia muutoksia yhteiskunnan todellisuudessa. Tällainen tieto on yleensä saatavilla vasta sen jälkeen kun lainsäädäntö on saatettu muodollisessa mielessä voimaan ja sitä on sovellettu käytäntöön ja yksittäisiin tapauksiin. Kuten *Wintgens* toteaa, *Kelsenin* teoria lain muodollisesta voimassaolosta pätevyytenä osoittaa sen, että lainsäädännön ei voida sanoa olevan varmasti tehokasta ja vaikuttavaa *a priori*, vaan se voidaan todeta vasta lainsäädännön muodollisen voimaantumisen jälkeen. Siksi on tärkeää, että lainsäädännön rationaalisuutta ja vaikutuksia tulee varmistaa paitsi koko lainsäädännön prosessin ajan sen eri vaiheissa myös lainsäädännön jälkilainsäädännöllisessä vaiheessa ja esimerkiksi silloin, kun lainsäädäntö on saatettu muodollisesti voimaan. *Wintgensin* mukaan yksi tehokas keino tässä suhteessa on jälkikäteinen rationaalisuuden valvonta (rationality review), jossa yleensä tuomioistuimien jälkikäteen oikeudellisessa prosessissa korjaa muodollisesti voimaan saatetun lainsäädännön karkeimmat puutteet.⁸⁶¹ Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa on lähdetty siitä, että myös lainsäädännöltä edellytettävää tehokkuutta tulisi tarkastella aina yhdessä oikeusvaltiollisten periaatteiden kanssa niin, että tehokkuus lainsäädäntöä legitimoivana aspektina pikemminkin täydentää laillisuusperiaatetta ja oikeusvaltiollisuutta kuin korvaa sitä.⁸⁶²

Tiedon hyödyntämisen pulmat

Edellä tutkimuksessa olen havainnut, että Euroopan unionin lainsäädännön järjestelmässä esilainsäädännöllinen vaihe sisältää lukuisia erilaisia analyttisen prosessin metodeja: REFIT, fitness-check, retrospektiivisen *ex post*-tyyppisen vaikutusarvioinnin, uuden sääntelyn interventioogiikan, *ex ante*-arvioinnit, sääntelynarviointilautakunnan lausunnot ja monitoroinnin indikaattoreineen. Tästä huolimatta myös Euroopan unionin parlamentti on vuonna 2011 ottanut käyttöön oman moniulotteisen vaikutustenarviointimekanismin. Keskeinen lainsäädäntömetodinen kysymys on siinä, *miten* lainsäätäjät lainsäädännön vaiheessa ja yleensä tietyssä menettelyssä päätöksenteossään *hyödyntää* esilainsäädännöllisessä vaiheessa pääosin evaluaation menetelmien avulla hankittua, lähinnä empiiristä eli kokemusperäistä *evidence-based*-tietoa.

Lainsäädännössä esimerkiksi empiirisen tiedon hyödyntäminen edellyttää aina siitä erillistä inhimillistä päättelyä (reasoning). Lainsäädännön prosessin vaiheiden kuluessa esimerkiksi tutkimuksella tai *ex ante*- tai *ex post*-evaluaatiolla hankitusta empiirisestä tiedosta ei ole mahdollista *johtaa* normatiivista sääntö- tai periaatetietoa niin, että olemisen ja pitämisen maailman tieto yhdistyisivät itsestään. Esimerkiksi lääketieteen ja taloustieteen tutkimus on joissakin tapauksissa kyennyt kehittämään viitekehysten ja metodien, joissa on kytketty yhteen lähinnä luonnontieteen metodein tuotettua tietoa ja normatiivista tietoa. Lääketiede on sillä tavoin sekä tieteellistä että samalla preskriptiivistä, että lääketieteellisen hoidon evaluointia varten on saatavil-

⁸⁶¹ Wintgens, 2013, 24–30.

⁸⁶² Flückiger, 2007, 83–90.

la mitattavia tuloksia (outcomes) siitä, miten potilas hoitoa saatuaan voi, toimii tai selviää. Jos hoidon tulokset ovat suoraan mitattavissa, lääketieteellisen hoidon normatiivinen vaikutus (implication) on ilmeinen. Taloustiede usein myös pyrkii yhdistämään positivistiseen tutkimukseen normatiivisia tavoitteita. Taloustiede perustaa aineistonsa tavallisesti hyvin laajaan dataan, mutta tällainen data ei itsessään sisällä mitään normatiivista merkitystä. Taloustiede myös edellyttää aina lähtökohdikkseen teoreettisia oletuksia. Empiirinen metodi toisinaan etsii normatiivista relevanssia kulloinkin mitattavista ilmiöistä, joilla on lähinnä kuitenkin jokin intuitiivinen ja metodisesti vain hyvin ohut ja epämääräisesti täsmennetty yhteys sääntelyn normatiivisiin tavoitteisiin. Jotkut oikeustutkijat, kuten *Ronald Dworkin*, *Joseph Raz* ja *John Rawls*, ovat esittäneet, että erilaisia instituutioita olisi voitava mitata ja evaluoida tiettyjen oikeuden sisäisten kriteerien perusteella siinä, miten ne esimerkiksi turvaavat ihmisoikeuksia ja edistävät oikeudenmukaisuutta. Tässä on kuitenkin huomattava, että tällaiset kriteerit ja oletukset ovat aina mittajaan ja evaluoijan asettamia.⁸⁶³ Se, miten asioiden pitäisi olla, edellyttää aina määrittelyä ja nimenomaista tahdonvaraista päätöksentekoa. Normatiiviset (pitäisi-)lauseet ovat erilainen tiedon kategoria kuin empiirinen tieto sille ominaisten menetelmien lauseina⁸⁶⁴.

Lainsäädäntöteorian tehtävänä on tuoda esille myös rajoituksia, jotka liittyvät mahdollisuuden hyödyntää tietoa lainsäädännössä? *Morand* määrittelee legistiikan olevan tieteenala ja oppiaine, jonka tarkoituksena on parantaa lainsäädännön laatua tukeutumalla eri yhteiskuntatieteiden metodeihin ja sen perusteella saadun tiedon mahdollisimman tehokkaaseen ja hyvään hyödyntämiseen (the best use of knowledge). *Morand* toteaa, että lainsäädäntöteoreettisena lähestymistapana legistiikka ei kuitenkaan korvaa poliittisia prosesseja. Legistiikan tutkimuksellisenä tehtävänä on selkeyttää poliittisia valintoja. *Morand* toteaa, että legistiikalla on tässä mielessä vaikutusta poliittisiin prosesseihin (influence on the political process). Nimittäin *Morand* väittää, että tietoa (knowledge provided by legistic), jota legistiikka tuottaa, poliitikot eivät voi olla ottamatta huomioon ainakaan kokonaan. Esimerkiksi jos asianmukaisen metodein laadittu evaluaatio lain vaikutuksista osoittaa, että kyseisellä säädettävällä lailla tulisi olemaan aiottua vastakkaisia vaikutuksia, *Morandin* mukaan poliittisten päättäjien tulisi ottaa huomioon sellainen tieto päätöksenteossa. Tämä tarkoittaa sitä, että legistisellä asiantuntijuudella on ainakin epäsuoria vaikutuksia lainsäädännön muotoilussa.⁸⁶⁵ Lainsäädännön tiedonmuodostukseen liittyvää metodologiaa ja eräitä siihen liittyviä rajoituksia olen käsitellyt edellä. Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa normatiivisen ja empiirisen tiedon välisen eron tiedostaminen on tutkimuksellisesti tärkeää.

5.2.3 Euroopan unionin parlamentti on vahvistanut lainsäädännössä vaikutustenarviointitiedon hankintaa

Euroopan unionin parlamentti on ottanut käyttöön oman *autonomisen vaikutustenarviointimekanismin*. Parlamentin riippumaton vaikutustenarviointi on aloitettu vuonna 2011 niin sanotun *Nieblerin* raportin perustalta, jossa todetaan unionin paremman

⁸⁶³ Fischman, 2013, 121 ja 124–125 sekä 126–127 ja 129, sivun alaviitteet 51 ja 52 sekä 53.

⁸⁶⁴ Weinberger, 1991, 4–7 ja 80.

⁸⁶⁵ Morand, 2000, 57.

lainsäädännön tavoitteet, komission vaikutusarviointien tärkeys mutta myös vaikutustenarviointien tärkeys Euroopan parlamentissa ja sen komiteoiden työssä. Parlamentin vaikutustenarviointien on tarkoitus olla autonomista ja komission vaikutusarviointeja korjaavia. *Nieblerin* ehdotuksessa kehoitetaan myös neuvostoa toimimaan aktiivisesti unionin yhteisen vaikutusarviointiviitekehyksen rakentamisessa.⁸⁶⁶ Vaikutustenarviointitiedon hankinnasta on siten tullut myös lainsäädännöllisen vaiheen metodi.

Euroopan parlamentin omiin menettelysääntöihin perustuva *ex post*-vaikutustenarviointimekanismi valmistaa niin sanottuja *implementaatioreportteja*. Sen perusteella Euroopan parlamentti ja sen komiteat voivat valvoa, miten Euroopan unionin erilaista lainsäädäntöä on implementoitu ja toimeenpantu jäsenvaltioissa. Kun raportin tiedot on käsitelty täysistunnossa, tulee siitä parlamentin kanta lainsäädännön toimivuuden arvioinnissa. Raportit ovat tärkeä ja merkittävä parlamentin evaluaatiotyökalu. Tästä toiminnasta on kehittynyt kaksi raportoinnin muotoa, faktuaalista tosiasiatietoa ilmentävä raportti ja aloiteraportti, joka sisältää poliittisia suosituksia, joista äänestetään komiteoissa ja joita käsitellään täysistunnossa. Parlamentin poliittikaosastot ja erityinen tutkimusyksikkö (European Implementation Assessments) tukee parlamentin raporttöiden harjoittamaa työtä. Lisäksi parlamentti laatii erikseen vaikutusarvioita ja analyyskejä (implementation appraisals) siitä, miten lainsäädäntö on toteutunut käytännössä. Näiden kahden toimintamuodon lisäksi parlamentilla on käytössä useita valvonta-, evaluointi- ja monitorointityökaluja, joilla pyritään edistämään sen komiteoiden työskentelyä. Euroopan parlamentissa on omaksuttu *jatkuva lainsäädännön uudelleen tarkastelu* (review clause), joka tarkoittaa jälkikäteistä unionin säädösten evaluaatiota ja säädösten toiminnan tarkastelua sen selvittämiseksi, saavutettiinkö säädöksen alkuperäinen tavoite käytännössä. Tämä perustuu Euroopan unionissa omaksuttuun laajaan unionin toimielinten laajuiseen paremman lainsäädännön sykliin, johon kaikki unionin toimielimet ovat sitoutuneet⁸⁶⁷. Säädösten *uudelleentarkasteluklausuuleista* eli artikloista, joissa unionin säädöksiä, kuten asetuksia, direktiivejä tai päätöksiä, edellytetään tutkimaan eri tavoin jälkikäteen, on ollut puhetta edellä.

Euroopan parlamentissa tuotetaan lainsäädännön vaiheessa sekä *ex ante*- että *ex post*-vaikutusten arviointitietoa (impact assessment), lisäarvotietoa (European added value) sekä tiede- ja teknologiatietoa.⁸⁶⁸ Euroopan unioni on institutionalisoinut laajasti erilaista tiedonhankintaa säädettäväksi tarkoitettua ja voimassa olevan unionin lainsäädännön vaikutuksista. Euroopan parlamentti, joka edustaa täysistuntotyön ja valiokuntatyön menetelmän avulla välittömästi unionin kansalaisia Euroopan unionin lainsäädäntöjärjestelmässä, perustaa lainsäädännön tietoperustan siten myös omien politiikkaosastojensa kokoamiin tutkimuksiin ja selvityksiin. Esimerkiksi sähköisen viestinnän alan sääntelyn lukuisten sääntelyinstrumenttien pohjalta laadittu tutkimus *Consumer behaviour in a digital environment* (2011) antaa perustietoja jäsenvaltioiden kuluttajakäyttäytymisestä sähköisen viestinnän sääntelyjärjestelmän uudistamista varten. Tutkimuksessa on esitetty paitsi perustietoja digitaalisesta toi-

⁸⁶⁶ European parliament, plenary sitting, 2009 – 2014, A7-0159/2011, 18.4.2011, Report on guaranteeing independent impact assessments (2010/2016(INI)), Committee of Legal Affairs, rapporteur: Angelika Niebler.

⁸⁶⁷ European parliament, Review Clauses in EU Legislation, A rolling Check-List, EPRS, European Parliamentary Research Service, Policy Cycle Unit, March 2017, Brussels, European Union 2017, 4 ja 5 sekä 8.

⁸⁶⁸ www.europarl.europa.eu/committees/studies

mintaympäristöstä yleensä myös yritysten käyttäytymistä, kuluttajien mahdollisuutta toimia rationaalisina toimijoina informaatiomarkkinoilla sekä sen arviointia ja tietoa kuluttajien mahdollisuuksista esimerkiksi valittaa tai kannella sähköisen viestinnän markkinoiden palveluista ja hankinnoista.⁸⁶⁹ Tutkimuksessa on hyödynnetty Euroopan unionin jäsenvaltioissa tehtyjä alan tutkimuksia. Pääasiallisina lähteinä on käytetty alalla laadittuja relevantteja, uutta tietoa sisältäviä empiirisiä tutkimuksia ja tilastollista tietoa.⁸⁷⁰ Tutkimusten tekijöinä ovat yleensä yliopistojen edustajat, ja tutkimuksessa on esitetty myös sääntelyalan suosituksia tehtyjen havaintojen perusteella.⁸⁷¹

Euroopan parlamentin komiteoista esimerkiksi oikeudellisten asioiden komiteassa toimii parlamentin ennakkollista arviointia harjoittava yksikkö eli Ex-ante Impact Assessment Unit for the Committee on the Legal Affairs (Juri), joka tutkii komission laatimien vaikutusten arviointien vahvuuksia ja heikkouksia, muun muassa lainsäädäntöperiaatteiden noudattamista (initial appraisal)⁸⁷². Euroopan parlamentin laatima tutkimus An assessment of the Commission's Proposal on Privacy and Electronic Communications (study, 2017, Libe) koskee komission laatimaa *ePrivacy*-asetusehdotusta unionin lainsäädännöksi. Tutkimus keskittyy tarkastelemaan, miten ehdotus varmistaa yksityisyyden suojaa ja mitä mahdollisia hyötyjä ja haittoja lainsäädännöstä olisi.⁸⁷³

Tiede- ja teknologiatieto palvelee parlamentin komiteoita niiden päätöksenteossa, politiikkamuotoiluissa ja tulevaisuuden haasteiden hallinnassa. Esimerkiksi Security of eGovernment Systems: Final Report (2013) koskee tietoturvallisuustematiikkaa unionin sääntelyn alalla, se asemoi lainsäädännön asiallista ongelmakenttää ja määrittelee keskeiset turvallisuusalan käsitteet, kuten esimerkiksi *privacy*-käsitteen *eGovernment*-kontekstissa⁸⁷⁴.

Euroopan parlamentti suhtautuu myös kriittisesti komission tuottamaan erilaiseen tietoon. Parlamentti ei arvioissaan kiinnitä huomiota vain säädösten substantiaaliisiin kysymyksiin, vaan myös arviointikriteerien soveltuvuuteen. Esimerkiksi unionin tavamerkkisääntelyn vaikutuksia arvioivaa komission raporttia parlamentin vaikutustenarviointiyksikkö on moittinut uskottavuusongelmista siinä, että arviointi ei ole pätevää (broad and vague)⁸⁷⁵. Vaikka komissio laatii lainsäädäntöehdotusta varten erilaisia laajoja *ex ante*-evaluaatioita, on niiden merkitys jäänyt tutkimuskirjallisuuden mukaan unionin lainsäädännön päätöksenteon prosessissa vähäiseksi. Evaluaatitietoa ei esimerkiksi referoida Euroopan parlamentin päätöksenteossa kuin

⁸⁶⁹ Consumer behaviour in a digital environment, Study, European parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy, Internal Market and Consumer Protection, August, 2011.

⁸⁷⁰ Consumer behaviour in a digital environment, 2011, 130.

⁸⁷¹ www.europarl.europa.eu/document/activities

⁸⁷² www.europarl.europa.eu/committees/en/juri

⁸⁷³ An Assessment of the Commission's Proposal on Privacy and Electronic Communications, study, 2017, European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs.

⁸⁷⁴ European parliament. Security of eGovernment Systems, Final Report, Science and Technology Option Assessment, July 2013. www.europarl.europa.eu/RegData/etudes.

⁸⁷⁵ European parliament, Impact Assessment, Initial appraisal of a European Commission Impact Assessment, European Commission proposals on the EU trade mark regime, www.europarl.europa.eu/RegData/etudes

vain rajallisesti. Lisäksi komission ja parlamentin välillä on yleensä sellaisia lainsäädännön säätämiseen liittyviä keskinäisiä jännitteitä, jotka merkitsevät sitä, että komission laatimaa *ex ante*-evaluaatioita ei välttämättä edes seurata.⁸⁷⁶ Komission *ex ante*-arvioinnit ja parlamentin niihin kohdistama arviointi ovat eräänlaista sääntelyn tavoitteiden ja perusongelmien esille nostamista, mutta myös esimerkiksi säädösten toissijaisuusperiaatteeseen ja suhteellisuusperiaatteeseen liittyvää tarkastelua.⁸⁷⁷ Evaluaation yksi funktio on tuottaa reaalista tietoa ja vaikutustietoa uusien sääntelytoimien perustaksi⁸⁷⁸. Evaluaatiossa varsinkin vaikutusarviointitiedon tarkoituksena on aikaisemman sääntelyn vaikutuksia koskevan tiedon arvioinnin keinoin saada palautetietoa korjaustietona päätöksentekoon ja uuteen lainsäädäntötyöhön. Ajatus on, että kullakin Euroopan unionin politiikka-alalla on elinkaari, joita ovat politiikan kehittäminen, päätöksenteko ja sen implementointi. Euroopan unionin lainsäädäntötyössä evaluaatio on osa lainsäädäntötyön politiikkasykliä (policy cycle)⁸⁷⁹.

5.3 LAINSÄÄDÄNNÖLLISEN VAIHEEN KIELELLIS-LINGVISTINEN ULOTTUVUUS

Yhden määritelmän mukaan lainvalmistelu ja lainsäädäntö kuuluvat juridiikkaan niin, että sen on oikeusjärjestyksen konstruoimista suhteessa tiettyyn asiointilaan. Näin määriteltynä lainvalmistelua ja lainsäädäntä toteutetaan oikeusjärjestyksen yhden osajärjestyksen eli valtiosäännön sisältöä soveltaen niin, että

*”lainsäädännön rationaalisuus on sidoksissa oikeusjärjestyksen sisältöön; lainsäädäntö ei tuota irrallisia normatiivisia ajatuksia vaan sen tuotosten tarkoituksena on sopia organisaation voimaan jätettävään oikeuteen niin, että uuden säädöksen merkitys ja muu sääntely muodostavat johdonmukaisen ja yhteensopivan kokonaisuuden.”*⁸⁸⁰

Vaikka lainsäädännön oikeusvaltiolliseen laatuun ja rationaalisuusvaatimukseen on lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa suhtauduttu myös kriittisesti, voidaan unionin lainsäädännöltä edellyttää oikeusvaltiollista laatua erityisesti siksi, että se velvoittaa myös jäsenvaltioiden yksityisiä ja että ylikansalliseen lainsäädäntöön sisältyy enemmän oikeudellista epävarmuutta kuin perinteiseen kansalliseen⁸⁸¹. Lainsäädäntö on määritelty yhdeksi demokraattisen oikeusvaltion oikeuden lähteeksi⁸⁸². Vaikka Euroopan unionin lainsäädäntöön liittyy erityispiirteitä, on sillä funktionaalisessa mielessä sama tehtävä kuin kansallisella lainsäädännöllä. On tarpeen pohtia, miten

⁸⁷⁶ Zwaan – Voorst – Mastenbroek, 2016, 674–693.

⁸⁷⁷ Esim. European parliament. Ex ante Impact Assessment, Initial appraisal of a European Commission impact Assessment, European Commission proposal on a European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent, www.europarl.europa.eu/RegData/etudes

⁸⁷⁸ Evaluating EU Activities, 2004, 9 ja 21, 30, julkaisussa Evaluating EU Activities. European Commission. A Practical guide for the Commission services, DG Budget – Evaluation Unit, July 2004.

⁸⁷⁹ Kaeding, 2007, 3–5; Wintgens, 2004, 312–314, the principle of correction.

⁸⁸⁰ Jääskinen, 2008, 101; Bengoetxea, 1993, 73.

⁸⁸¹ Grzeszick, 2016, 72–74, perustelee kansallisvaltion kontekstissa demokraatiaperiaatteen ja lainsäätäjän ensisijaisuutta.

⁸⁸² Tolonen, 2003, 11–12; Siltala, 2003, 189; oikeuslähteestä ja oikeuslähdeopista Aarnio, 1991, 73–76.

ylikansallinen ja unionin lainsäädäntö on muuttanut perinteistä lainsäädäntökäsitystä ja mitä siitä oikeustieteessä seuraa. Keskeinen varsin hankala kysymys on, miten lainsäädäntä kykenee ilmaisemaan oikeuden normeja.

5.3.1 Säädösten kyky ilmaista oikeusnormeja

Esimerkiksi suomalaisessa oikeustieteessä lainsäädäntö on nähty joko 1) aukottoman johdonmukaisena ja ristiriidattoman ja koherentin systeemin muodostamana säännösten polkuna tai näkökulmasta riippuen myös 2) keskenään ristiriitaisten säännösten ja epäjohdonmukaisuuksia sisältävänä polkuna. Ensimmäinen polku on oikeustieteen luoma kuva lainsäädännöstä jo tulkittuna normijärjestelmänä.⁸⁸³ Tulkitun normijärjestelmä olennainen elementti on *kieli*. Toinen polku näkee lainsäädännön ristiriitaisuuksia sisältävänä ja epäjohdonmukaisena lainsäätäjän päätöksenteon ja inhimillisen toiminnan tuloksena⁸⁸⁴. Oikeustieteessä on ajateltu niin, että systematisoinnin ja erilaisten oikeustieteen teorioiden avulla on mahdollista paikata lainsäädännön ja yleisemmin laajan ja suhteiltaan monimutkaisen ja ristiriitaisen oikeuden normiston ”tiedon aukkoja”.⁸⁸⁵

Mannereurooppalainen oikeus on kehittynyt pitkälti lainsäädäntöön ja kirjoitettuun lakiin perustuvana järjestyksenä, jossa keskeinen orgaani on ollut kansallinen parlamentti. Varsinkin Manner-Euroopan ja Skandinavian kansallisvaltioiden kansallisessa lainsäädännössä esimerkiksi säädöstulkinnan lähtökohdaksi on määritelty juuri parlamentin säätämän *lain tekstin sanamuoto*⁸⁸⁶. *Kansallisessa oikeudessa tulkinta-argumenteista lain sanamuodon mukaisella tai systemaattisella tulkinta-argumentilla* on yhteys demokraattisen oikeusvaltion periaatteisiin. Nimittäin kansallisessa oikeudessa laki on se väline, jolla lainsäätäjä pyrkii toteuttamaan demokraattisen oikeusvaltion puitteissa toimivaltaansa kuuluvia tavoitteita. Näin ajateltuna lainsäädännön tulkintamethodi ja oikeusvaltioperiaate ovat vuorovaikutuksessa. Oikeusvaltioperiaate systemaattisen tulkinta-argumentin taustaperiaatteena on pyrkinyt siihen, että oikeusjärjestys muodostaa koherentin ja johdonmukaisen systeemin.⁸⁸⁷

Euroopan unionin lainsäädännössä kieli tai tekstin sanamuoto ei ole ensisijassa määräävä tekijä säädösten tulkinnassa. Tarkastelen kysymystä tulkintamethodeista luvussa seitsemän. Euroopan unionin lainsäädännössä ajatus koherentista ja johdonmukaisesta systeemistä tarkoittaa unionin oikeusjärjestykselle tyypillistä tavoitteellisuutta ja tarkoitusta, sille tyypillisiä *tulkintamethodeja* sekä *integratiivisia yleisiä ja unionille tyypillisiä periaatteita*⁸⁸⁸. Modernissa oikeudessa lainsäädännön rationaalisuusvaatimus asettaa ylikansallisesta oikeudesta peräisin olevalle oikeudelle erityisiä oikeusvaltiollisia vaatimuksia, mikä merkitsee lainsäädännön oikeusvaltiolliseen laatuun liittyviä

⁸⁸³ Kaisto, 2005, 149–155.

⁸⁸⁴ Kaisto, 2005, 149–155.

⁸⁸⁵ Aarnio, 2006, 371–372.

⁸⁸⁶ Aarnio, 2006, 296.

⁸⁸⁷ Huovila, 2005, 59–63.

⁸⁸⁸ Beck, 2012, 195.

erilaisia myös sääntelyn sisältöön kohdistuvia valvonnallisia ja kontrolloivia toimia, myös jälkilainsäädännöllisiä toimia.⁸⁸⁹

Säädöskielen merkitys unionin lainsäädännössä

Kansallisen lainsäädännön yhteydessä puhutaan lainsäädännön sääntelytarkkuudesta tai sen puutteesta, myös esimerkiksi joustavista normeista tai joustavasta sääntelystä⁸⁹⁰. *Sääntelytarkkuuden käsite* on liitetty oikeusvaltioperiaatteeseen ja siinä erityisesti siihen, että keskeisimmin ihmisten oikeusasemaan vaikuttavien sääntelyiden on oltava muita täsmällisempiä ja tarkempia. Sääntelytarkkuuden käsite liittyy myös siihen edellytykseen, että olennaisimmista asioista tulee säätää parlamenttilailla.⁸⁹¹ Kansallisessa lainsäädännön valmistelussa tarkkuusvaatimukseen ”tarkkarajaisuus- ja täsmällisyysvaatimuksena” on kiinnitetty huomiota erityisesti perusoikeusrajoitusten yhteydessä.⁸⁹² Modernissa lainsäädännössä sääntelytarkkuus on monimerkityksinen käsite.

Unionin lainsäädännössä sääntelytarkkuus tai käsitys yleisestä laista eivät ole samanlaista kuin kansallisvaltion oikeuden traditiossa on vallinnut käsitys siitä, että lainsäätäjät määrittelee lainsäädännön semanttiset rajat ja normiformuloinnin⁸⁹³. Teleologinen lainsäädäntö, jonka normityyppi on yleensä periaate, ei läheskään aina noudata perinteistä sanamuotoon perustuvaa sääntelyä⁸⁹⁴. Tavoitenormit (goal-norms) ja todellisuudessa myös toimintanormit (action-norms) perustuvat arvoihin ja tavoitteisiin, joita yleensä ilmaistaan periaatteilla ja mahdollisuuksien mukaan konkretisoidaan säännöillä.⁸⁹⁵

Esimerkiksi yleisen tietosuoja-asetuksen säädösehdotuksen valmistelun yhteydessä on todettu, että vaikka sääntelyn tavoitteet ja päämäärät (tietoturvaluottamuksellinen, turvallinen viestintä) edelleen ovat päteviä, se ei ole estänyt täytäntöönpanon hajanaisuutta unionissa. Hajanaisuudesta seuraa oikeudellista epävarmuutta sekä näkemys, että verkkoympäristöön liittyy oikeudellisia riskejä.⁸⁹⁶

Esimerkiksi suoraan ja sellaisenaan sovellettavaan yleiseen tietosuoja-asetukseen ([EU] 2016/679) on kirjoitettu henkilötietojen käsittelyä määrääviä periaatteita, jotka on määritelty luonteeltaan *vähimmäisnormeiksi*. Asetuksen 5 artiklassa periaatteet on tiivistetty, ja ne ovat lainmukaisuus, kohtuullisuus ja läpinäkyvyys, käyttötarkoitussidonnaisuus, tietojen minimointi, täsmällisyys, säilytyksen rajoittaminen, eheys ja luottamuksellisuus sekä osoitusvelvollisuus. Lainsäädännössä periaatteet eivät täs-

⁸⁸⁹ Grzeszick, 2016, 62–63.

⁸⁹⁰ Puhutaan joustavasta sääntelystä, ks. Nenonen, 2014, 15; Määttä, 2010, 52–54; myös Siltala, 2010, 87, sääntöjen joustavuus.

⁸⁹¹ Kulla, 2010, 14.

⁸⁹² Lainkirjoittajan opas, 2013, 54–55, ”riittävän” täsmällinen ja tarkkarajainen.

⁸⁹³ Siltala, 2003, 211, lainsäätäjän ylläpitämä staattinen oikeussäätökäsitys on merkinnyt sitä, että lainsäätäjät on norminasettajana pyrkinyt etukäteen mahdollisimman hyvin määrittämään oikeussäännöillä normin semanttiset rajat ja täsmällisen normiformuloinnin.

⁸⁹⁴ Ks. terminologiasta Määttä, 2010, 51–52.

⁸⁹⁵ Sartor, 2010, 175–215.

⁸⁹⁶ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta (yleinen tietosuoja-asetus), COM (2012) final, Bryssel 25.1.2012, 2.

mennä edellytettävää käyttäytymistä. Periaatteiden ja sääntöjen eroa oikeuden normeja ilmaisevina keinoina olen määritellyt edellä luvussa neljä (4.2.1).

Yleinen tietosuojasetus ([EU] 2016/679) määrää myös henkilötietojen käsittelyn *edellytyksistä*. Tässä tarkoituksessa tietosuojasetuksen tekstillä on pyritty ilmaisemaan säännönkaltaisesti muun muassa henkilötietojen käsittelyn lainmukaisuutta. Esimerkiksi suomenkielisen version 6 artiklan otsikko ”Käsittelyn lainmukaisuus” ja englannin kielen vastaava otsikko ”Lawfulness of processing” luettelee edellytyksiä, joista yhden tulee täytyä, jotta käsittely on lainmukaista.

Yleinen tietosuojasetus ([EU] 2016/679) pyrkii ilmaisemaan myös velvoittavia oikeuden normeja, jolla on tietty tavoite: yhdenmukaistaa luonnollisten henkilöiden henkilötietojen käsittelyä koskevien perusoikeuksien ja -vapauksien suojelua ja varmistaa henkilötietojen vapaa liikkuvuus jäsenvaltioiden välillä. Asetus on määritelty luonteeltaan *harmonisointinormiksi* ja asetuksena sen on tarkoitus ilmaista myös suoraan ja sellaisenaan sovellettavaksi tarkoitettuja oikeuden normeja *vähimmäisnormeina*. Johdanto-osan määrittelyissä lähdetään siitä, että tietosuojasetus on *vähimmäisnormina* jäsenvaltioiden kansallista lainsäädäntöä *täydentävää*. Asetuksen johdanto-osassa (kohta 39) tähdennetään sitä, että henkilötietojen käsittelyn *olisi oltava* laillista ja asianmukaista. Yleisen tietosuojasetuksen johdanto-osan (kohdat 11 ja 12) perusteella asetuksen tavoitteena on määritellä tarkemmin henkilötietoja käsittelevien ja niiden käsittelystä päättävien *velvollisuuksia*. Tavoitteena on määritellä *valtuudet valvoa* alan *sääntöjen noudattamista* sekä määritellä jäsenvaltioissa samantasoisia *seuraamuksia* alan *sääntöjen rikkomisesta*. Yleisen tietosuojasetuksen tavoite on määritellä *rekisteripitäjien velvollisuuksia* ja *vastuita*.

Asetuksen tapa ilmaista oikeusnormeja pyrkii perinteisten toimintanormien tavoin ilmaisemaan yleisesti yksilöimättömälle joukolle, miten sääntelyn kohteiden tulisi toimia. Asetuksen normit ovat myös *kompetenssinormeja* eli ne pyrkivät ilmaisemaan toimivaltaa alan toimijoille, kuten viranomaisille.⁸⁹⁷ Sääntelyllä on tarkoitettu määrätä oikeudellisesti henkilötietojen käsittelijän *käyttäytymistä*, jonka laiminlyönti on mahdollista sanktioida asetuksen säännösten määräämällä tavalla viranomaisen *reaktionormilla*⁸⁹⁸. Yleisessä tietosuojasetuksessa ([EU] 2016/679) omaksuttu sääntelytapa pyrkii määräämään sääntöjä. Se on myös *periaatteilla* sääntelyä eikä asetuksen sääntely ole tyhjentävää. Esimerkiksi sellaiset kysymykset, kuten henkilötietojen suojan oikeus ja henkilötietojen vapaa liikkuvuus jäsenvaltioiden välillä jättävät perusoikeusnormeille tyypilliset jännitteet ratkaistaviksi soveltamisvaiheessa. Palaan tähän keskusteluun jäljempänä luvussa seitsemän. Keskeinen lainsäädäntöteoreettinen ja metodinen kysymys lainsäädännössä on, onko säädösten joko- tai -tyyppinen sääntely mahdollista vai onko lainsäädännön normityyppiä valittava pikemminkin tulkinnallisesti avoin ja harkintavaltaa soveltajalle jättävä periaate⁸⁹⁹.

Oikeuskirjallisuudessa todetaan, että normityyppinä periaatteiden ero sääntöihin on siinä, että ne noudattavat erilaista oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa, eikä periaatteiden oikeudellista ratkaisuarvoa ole mahdollista vakioida ennalta tai jälkikäteen muodollisen oikeusnormihierarkian, formaalin oikeuden tunnistamissäännön tai staattisen oikeuslähdeopin edellyttämällä tavalla.⁹⁰⁰ Tämän määrittelyn mukaan

⁸⁹⁷ Makkonen, 1998, 86–91.

⁸⁹⁸ Makkonen, 1998, 82–84.

⁸⁹⁹ Alexy, 1994, 71.

⁹⁰⁰ Siltala, 2003, 311.

lainsäädäntöteoreettisesti ja lainsäätäjän näkökulmasta periaatteilla säätäminen on vain *erilaista* kuin lakien säätäminen säännöillä.

Morandin teoriassa lainsäätäjä on oikeusvaltion demokratiaperiaatteen perustalta säädösviestin lähettäjä ja säädöksen viestin ennalta määrittelijä (predetermination)⁹⁰¹. Euroopan unionin lainsäädännössä viestin ennalta määrittely säädösteksteinä ja kielen avulla toteutuu kuitenkin heikosti. Säädöskielen kyky ilmaista oikeuden normeja on heikko.

Kielellisesti avoimet periaatteet lainsäädännön normityyppinä merkitsevät myös staattisen normikäsityksen hylkäämistä. Staattisen normikäsityksen perusteella lainsäädäntö mielletään luonteeltaan sääntöformalistiseksi ja systeemisesti suljetuksi järjestelmäksi suhteessa muihin yhteiskunnan arvoihin, tavoitteisiin ja preferensseihin. Yhden käsityksen mukaan juuri lainsäätäjä on pyrkinyt ylläpitämään staattista oikeussääntökäsitystä niin, että se on määritelty etukäteen mahdollisimman hyvin oikeussäännöillä normin semanttiset rajat ja täsmällisen normiformuloinnin.⁹⁰²

Modernissa lainsäädännössä oikeusvaltioperiaatteesta johdettu lainsäädännön oikeusvaltiollinen laatu myös edellyttäisi lainsäädännön olevan ennakoitavaa ja kaikkien saatavilla. Lainsäädännöltä edellytetään ymmärrettävyyttä. Unionin lainsäädäntöohjeiden mukaan lainsäädännön kielen tulisi käyttää tavallisia merkityksiä ja olla loogis-käsitteellisesti koherenttia eli johdonmukaista. Lainsäädännön kielen tulisi olla myös sellaista, joka vähentää tulkinnan tarvetta ja väärinymmärrysten mahdollisuutta.⁹⁰³ Ylikansallista perua oleva tavoitteellinen lainsäädäntö on usein kuitenkin kielellisesti epätarkkaa ja ilmaisun epätarkkuutta jää usein myös niihin säädöksiin, jotka implementoidaan kansallisesti. Moderni ja usein pyrkimyksiä sisältävä lainsäädäntö merkitsee ainakin valtiollisessa kontekstissa ja vallanjako-opin periaatteen yhteydessä sitä, että lainsäädännön perinteisesti ja yleensä sanamuotoon perustuvan tulkinnan ohjausvaikutus on heikentynyt ja vastaavasti harkintavallan käyttö laajenee lainsäädännön soveltamisen ja tulkinnan yhteydessä⁹⁰⁴.

Euroopan unionin lainsäädännössä on ajateltu legistis-lingvistisen ulottuvuuden eli lainsäädännön tekstien kielen kyvyn ilmaista normeja olevan heikkoa niin, että lainsäädännön tehokkuusperiaatteen on ajateltu olevan sitä tärkeämpi tekijä.

Sanottu ei ole lainsäädännön näkökulmasta yksiselitteinen asia. Lainsäädäntöä pakostakin kirjoitetaan kielen avulla, ja laaditut kirjoitetut tekstit ovat tärkeä osa oikeutta. Myös lainsäädännön tehokkuus ja vaikutukset tulevat selville vasta sen jälkeen kun lait ja säädökset ovat voimassa olevaa oikeutta ja niitä sovelletaan. Euroopan unionin komission viimeisimmän paremman lainsäädännön hankkeen painopisteenä on oikeusvaltioperiaate ja lainsäädännön tehokkaan soveltamisen edistäminen, joka merkitsee huomion asettumista myös lainsäädännön tekstien kieleen ja toimiin, joilla on tarkoitus parantaa unionin lainsäädännön kykyä välittää oikeuden normeja⁹⁰⁵.

⁹⁰¹ Morand, 2000, 60.

⁹⁰² Siltala, 2003, 211.

⁹⁰³ Teasdale, 2014, 115–121; Beck, 2012, 130; Van Hoecke, 2002, 128.

⁹⁰⁴ Hallberg, 2017, 28–29.

⁹⁰⁵ Komission tiedonanto – EU:n lainsäädäntö: parempiin tuloksiin soveltamista parantamalla, C/2016/8600, (2017/C/ 18/02).

Normatiivinen tarkkuus (clarté) tarkoittaa sääntelytiheyttä

On pohdittava, mitä normatiivinen tarkkuus voi tarkoittaa lainsäädännössä. Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa lähdetään siitä, että lainsäädännölle asetettu tarkkuusvaatimus (clarté, clarity) ei modernissa oikeudessa tarkoita yksinomaan *lingvivististä* eli *kielellistä* tarkkuutta. Lainsäädännön ”tarkkuuden” käsitettä käytetään myös muussa merkityksessä kuin kielellis-lingvistisessä. Modernissa oikeudessa lainsäädännön yhteydessä *normatiivinen tarkkuus* tarkoittaa säädöksen *sääntelytiheyttä* (Normdichte), lainsäädännön *sääntelykykyä* ja sitä, että sääntely on *sisällöllisesti riittävää* ja *ymmärrettävää* siten, että se varmistaa *yhdenvertaisuuden periaatteen toteutumisen* ja ettei sääntely salli *mielivaltaa*. Vaatimus on tärkeä siksi, että moderni lainsäädäntö on myös *kontekstuaalista*, mikä merkitsee sitä, että lainsäädännön tulee olla sovellettavissa unionin jäsenvaltioissa erilaisiin olosuhteisiin. Normatiivinenkin tarkkuus osin liittyy säädöksen tekstin ominaisuuksiin, perinteisesti laillisuusperiaatteen, säädöksen ymmärrettävyyteen ja siihen, että säädöstä on mahdollista soveltaa yksittäisessä konkreettisesti tapauksessa. Normatiivisen tarkkuuden vaatimus ei tietenkään sulje pois sitä, että lainsäädännön tekstit olisivat myös kielellisesti tarkkoja. Lainsäädännössä säädösten kielellinen tarkkuus ei kuitenkaan yksin ole riittävää.⁹⁰⁶

Euroopan unionin lainsäädännössä kielellinen tarkkuus ei voi toteutua siksi, että Euroopan unionin sääntelyn perus- ja ihmisoikeusperiaatteista suurin osa on luonteeltaan tulkinnallisesti avoimia periaatteita, joista ei ole mahdollista säätää tyhjentävästi ennalta lainsäädännön prosessissa⁹⁰⁷. Unionin lainsäädäntä on tavoitteellista periaatteilla sääntelyä⁹⁰⁸. Periaatteilla sääntely on ominaista myös kansallisessa lainsäädännössä niin, että säädetyt lain tekstit ja sanat eivät yksinään ohjaa säädöksen soveltamista. Toimeenpanijalta edellytetään myös muita *toimia* kuin perinteistä säädöksen tekstiin ja sanamuotoon tukeutuvaa tulkintaa siksi, että sääntely on luonteeltaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöä ja periaatteita.⁹⁰⁹

Esimerkiksi Suomessa lakivaliokunta mietinnössään huomasi, että rikoslain rangaistussäännöksiin ei tyypillisesti sisälly punnintasäännöksiä mutta esimerkiksi sananvapauden ja yksityiselämän oikeuden säätämiseksi kansallinen lainsäätäjä ei nähnyt muita sääntelyn keinoja kuin periaatteilla sääntelyn mahdolliseksi siksi, että alan sääntely perustuu pitkälti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Siksi rikoslainsäädännön valmisteluasiakirjoissa asetettiin lähinnä vain ehtoja kyseisen punnintasäännöksen tyypillisen normityypin soveltamiselle.⁹¹⁰ Mainitussa lainkohdassa lainsäätäjä on määritellyt sen, mitä tarkoitetaan oikeudettomalla yksityiselämää loukkaavan tiedon levittämällä, sekä sen, mitä sillä ei tarkoiteta. Lainkohdan kolmanteen momenttiin lainsäätäjä on kirjoittanut periaatteita sen täsmentämiseksi, mitä ei pidetä yksityiselämän loukkaamisena, ja periaatteita sen arvioimiseksi, mitä pidetään sääntelyalalla hyväksyttävänä. Lainsäätäjä ei ole lainkohdassa kuitenkaan suoranaisesti säätänyt siitä, mikä on sallittua ja mikä ei ole sallittua. Sen määrittely, mikä on sallittua ja mikä ei ole sallittua, edellyttäisi joko-tai-tyyppisellä säännöllä säätämistä. Lainsäätäjä on jättänyt säännön määrittelytehtävän kyseisen lain soveltajalle

⁹⁰⁶ Flückiger – Grodecki, 2017, 53–55.

⁹⁰⁷ LaVM 11/2013, vp, HE 19/2013, PeVL 16/2013.

⁹⁰⁸ Sartor, 2010, 175–215.

⁹⁰⁹ PeVL 16/2013, vp, 1–2.

⁹¹⁰ LaVM 11/2013 vp, HE 19/2013, PeVL 16/2013.

niin, että saavutettavaksi tarkoitetut tulokset ja tavoitteet ovat tärkeämpiä kuin itse se sääntelytoimi, johon ne perustuvat⁹¹¹.

Kansainvälisiin perus- ja ihmisoikeuseriaatteisiin sitoutuminen ja lainsäädännön oikeusvaltiollinen laatu ovat edellyttäneet, että kansallisessa oikeudessa tulee seurata ylikansallisten tuomioistuinten oikeuskäytäntöä. Suomen oikeusjärjestyksessä oikeuskäytäntö ei ole ollut Suomen viranomaistoiminnan oikeuslähteenä tavanomaista vielä 1980-luvulla.⁹¹² Ylikansallisten tuomioistuinten oikeuskäytäntöä käytetään lähteenä lainsäädännön valmisteluasiakirjoissa ja perusteluina oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa.

Soveltamisen tehokkuus ja tuki

Oikeusvaltioperiaate lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun takeena on modernissa oikeudessa saanut erilaisia muotoja ja sisältöjä. Yksi viimeisimmistä kehittämissuunnitelmista Euroopan unionin paremman lainsäädännön hankkeissa on Euroopan unionin lainsäädännön yhtenäinen soveltaminen kaikissa jäsenvaltioissa perusteluna oikeusvaltioperiaate ja se, että Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 17 artiklan 1 kohdassa annetaan komission tehtäväksi lainsäädännön tehokas soveltaminen, täytäntöönpano ja noudattamisen valvonta.⁹¹³ Komission paremman lainsäädännön ohjeissa on siirretty – tai tehostettu – paremman lainsäädännön painopistettä lainsäädännön suunnitteluvaiheesta ja raskaasta analyttisestä prosessista lainsäädännön *soveltamisen tehokkuuteen* (effective application). Ohjeiden mukaan säädöksistä direktiiviehdotukset edellyttävät *implementointisuunnitelmaa* ja komission esittämiä *tukitoimia*. Ohjeen mukaan lainsäädäntö edellyttää korkeatasoisen lainsäädäntötekstin kirjoittamista ja siihen liitettyä ”selitysmuistiota” tai muita direktiivin soveltamista ”selittäviä asiakirjoja” toimeenpanon ja tulkinnan tueksi.⁹¹⁴ *Soveltamisen tehokkuus samoin kuin lainsäädännön valvonnalliset ja jälkilainsäädännölliseen doktriiniin kuuluvat toimet ovat siten vahvistumassa.*

Laillisuusperiaate on yksi oikeusvaltioperiaatteen ilmentymä, joka edellyttää lainsäädännöltä tarkkuutta, selkeyttä ja oikeusvaltiollista laatua⁹¹⁵. Sääntelytarkkuudella yhden määritelmän mukaan tarkoitetaan kielellisesti ilmaistun oikeudellisen sääntelyn täsmällisyyttä, joka esimerkiksi rikosoikeuden alalla tarkoittaa rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen noudattamista⁹¹⁶. Moderni lainsäädäntö on yleensä väljää ja puhtaintyyppistä sääntelyä myös niin, että lainsäätäjät myös tarkoituksella jättää säädöksen normin muotoilun ja sen ilmaisemisen pääosin viranomaisten ja tuomiovallan tehtäväksi⁹¹⁷. Lainsäätäjät siten tarkoituksella jättää harkintavaltaa lain soveltajalle. Moderni lainsäädäntä kuitenkin edellyttää tietoa säädösten vaikutuksista.

⁹¹¹ Westerman, 2007, 51–72.

⁹¹² Scheinin, 1993, 18–28; Scheinin, 1991, 23–26.

⁹¹³ Komission tiedonanto – EU:n lainsäädäntö: parempiin tuloksiin soveltamista parantamalla, C/2016/8600, (2017/C/ 18/02).

⁹¹⁴ Better Regulation Guidelines, SWD (2017)350, 33–43.

⁹¹⁵ Hallberg, 2017, 29.

⁹¹⁶ Melander, 2010, 23; Ks. Tala, 2010, 115–119.

⁹¹⁷ Westerman, 2007, 51–72.

Euroopan unionin oikeuden tapauksessa kyse on tuloksista ja vaikutuksista.

Esimerkiksi neuvoston asetuksen (EY) N:o 1/2003 23 artikla yleisenä normina perustaa komissiolle toimivallan määrätä päätöksellä sakko yksityiselle. Niiltä yleisesti sovellettavilta säädöksiltä, joiden perusteella komissio määrää sakon, ei ole edellytetty unionin oikeudessa tekstin ja kielen täsmällisyyttä, vaan niissä on sallittu laajaa harkintaa. Vuonna 2002 vireille tulleessa tapauksessa T-43/02 *Jungbunzlauer v. Euroopan yhteisöjen komissio* ensimmäisen asteen tuomioistuin viittasi tähän edelleen yhteisön oikeudessa vallitsevaan ja tässä mielessä unionissa hyväksytyyn lähtökohtaan hallinnollisten sanktioiden sääntelyn epätarkkuudesta⁹¹⁸. Kyse on komissiolle osoitetusta harkintavallan käytöstä.

Lainsäädäntömetodisesti ja oikeusvaltioperiaatteen näkökulmasta teleologinen ja periaatteilla säätävä lainsäädäntö merkitsee sitä, että harkintavaltaa siirtyy säädösten seurausten harkinnan muodossa lakien soveltajalle ja tulkit sijalle. Tämä harkintavalta voi liittyä lainsäädännön oikeudellisen ja faktuaalisen ulottuvuuden asioihin. Harkintavalta ei kuitenkaan liity säädöksen sanoihin vaan säädösten perusteella tavoiteltuihin tuloksiin ja vaikutuksiin.

Euroopan unionin paremman lainsäädännön oppaassa paino on säädösten kielellisellä selkeydellä sekä asiakirjoissa, jotka selittävät säädöksen antamisen oikeudellista perustaa ja säädöksestä tehtyjä arvioita (explanatory memorandum, explanatory documents).⁹¹⁹ Euroopan unionin paremman sääntelyn ohjeissa on lähdetty siitä, että unionin lainsäädännön toimeenpanoa ohjeistetaan esimerkiksi *lainsäädäntöasiakirjojen selityksillä*. Metodina on käytetty esimerkiksi Euroopan unionin perusoikeuskirjan yhteydessä ja eräiden säädösten soveltamisen tukena. Euroopan unionin lainsäädäntöohjeissa korostetaan lainsäädännön valmisteluhistorian (historical context of the act) esille tuomista⁹²⁰. Ajatus tällaisesta lainsäädäntöviestinnästä ei ole uusi. Nimittäin lainsäädännön valmisteluasiakirjoilla on ajateltu olevan kansallisessa traditiossa painoarvoa niin, että asiakirjat osoittavat lainsäädäntöhistoriaa ja siten esimerkiksi lainsäätäjän tarkoitusta. Lainsäädäntöteoreettisesti arvioiden lain valmisteluasiakirjoille on annettu myös oikeudellista painoarvoa. Lainsäädäntöprosessissa lain säännökselle on voitu antaa myös muu merkityssisältö kuin mitä säännöksen sanamuoto eli *verba* ilmaisee. Kyse ei ole ollut säädöstekstin epäselvän ilmaisun merkityssisällön ennakkolisesta täsmäntämisestä, vaan nimenomaan perusteluilla ja perustelutekstillä säätämistä. Vielä 1990-luvulla perusteluilla säätämistä pidettiin kansallisessa oikeudessa valtiosääntöoikeudellisesti arveluttavana ja oikeusturvan kannalta ongelmallisena⁹²¹.

Tärkeä kysymys on siinä, mikä oikeudellinen painoarvo toimeenpanovaiheen harkinnassa annetaan lainsäädännön prosessin vaiheiden, kuten esimerkiksi esilainsäädännöllisen vaiheen lainsäädäntöhistorialle ja sen materiaalille, *vaikutustenarvioinnille* ja esimerkiksi ehdotettujen säädösten *interventiologiikalle*. Käsitteellisesti esimerkiksi *interventiologiikka* ei ole lainsäädännön soveltajan ja perinteisen oikeudellisen ratkaisutoiminnan vakiintunutta terminologiaa. Sama pätee myös vaikutustenarviointiin ja sen yksittäisiin metodisiin kysymyksiin. On hyvin tulkinnanvaraista ja jossain määrin

⁹¹⁸ Ks. tuomiossa T-43/02 *Jungbunzlauer v. Euroopan yhteisöjen komissio*, Yhteisöjen ensimmäisen asteen tuomioistuimen tuomio 27. syyskuuta 2006, ECLI:EU:T:2006:270.

⁹¹⁹ Better Regulation Guidelines, Brussels, 7 July 2017 SWD(2017) 350, 36–40.

⁹²⁰ Joint Practical Guide, 2015, 31.

⁹²¹ Laakso, 1993, 119–123.

epäselvää missä määrin unionin säädösten soveltajan tulee ottaa huomioon lainsäädännön prosessin vaiheiden historia ja materiaali.

Euroopan unionin perussopimuksen tavoitteellinen luonne, lainsäädännölle tyypillinen teleologinen eli tavoitteellinen rationaliteetti (purposiivinen) ja unionin oikeudessa yleensä noudatettu teleologinen tavoitteellinen tulkintametsodi ja lainsäädännölle tyypillinen laaja harkintavalta ovat lähtökohta unionin lainsäädännön *tehokkuusperiaatteen* toteuttamisessa.⁹²² Tehokkuusperiaate on yksi lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun elementti. Modernissa lainsäädännössä ”tarkkuuden” käsitteen yhteydessä käytetään kielellisen, normatiivisen ja tehokkuutta tarkoittavan tarkkuuden lisäksi myös muunlaista terminologiaa, kuten käsitettä *manageriaalinen* tehokkuusvaatimus⁹²³. Käsite on kuitenkin epäselvä ja monimerkityksinen. *Manageriaalinen* tehokkuusvaatimus voidaan ymmärtää siten, että se ilmentää paitsi lainsäädännön *tehokkuutta vaikutuksina* ja myös *taloudellista rationaalisuutta*⁹²⁴. Manageriaalisena periaatteena monimerkityksinen tehokkuusperiaate (effectiveness) ja sen suhde laillisuusperiaatteeeseen tai yleisen lain käsitteeseen on jännitteinen ja vaikeasti määriteltävissä⁹²⁵. *Uudemmassa eurooppalaisessa lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa taloudellinen rationaalisuus ja sen synonyyminä manageriaalinen rationaalisuus on määritellyt lainsäädännön laatua legitimoivaksi tekijäksi*⁹²⁶. Manageriaalisuutta määritellään myös muulla tavoin. Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa lainsäädännön manageriaalisen laadun kriteereiksi on määritetty laillisuus, säännönmukaisuus tai sääntöperusteisuus (regularity), tehokkuus (intended purpose), vaikutukset (as to extent to which the target is achieved) ja vaikuttavuus.⁹²⁷ Alan käsitteet eivät ole vakiintuneet. Palaan tematiikkaan jäljempänä.

Delegoitu säädösvalta tehokkuusperiaatteen edistäjänä

Edellä on ollut puhetta unionin lainsäädännön soveltamisen tukena käytettävistä suunnitelmista ja säädöksiä selittävistä asiakirjoista. Lainsäädännön normatiivista tarkkuutta on mahdollista edistää myös erilaisella säädösvalan delegoinnilla. Perussopimuksen SEUT 290 artiklan ja SEUT 291 artiklan säädösten käsitteet delegoinnista (delegoitu säädösvalta ja täytäntöönpanosäädökset) eivät ole kuitenkaan ongelmattomia.

Lainsäädännön tarkkuusvaatimuksen käsite liittyy lainsäädännöltä modernissa oikeudessa yleisesti edellytettyyn *tehokkuuteen*. Sitä unionissa edistetään muun muassa perussopimuksen SEUT 290 artiklan ja SEUT 291 artiklan normeilla. Delegoitu säädösvalta ei ole kuitenkaan yksiselitteinen kysymys. Esimerkiksi tapauksessa C-65/13 *Euroopan parlamentti v. Euroopan komissio* tuomioistuim on tutkinut parlamentin kanteen perusteella komission täytäntöönpanosäädöksen pätevyyttä siinä, ylit-

⁹²² Beck, 2012, 188–190, myös 207–210, perussopimuksen tai säädösten sanamuodon mukainen tulkintametsodi ei ole poissuljettua mutta perussopimuksen henkeä korostava tulkintametsodi on unionille tyypillinen.

⁹²³ Karpen, 2016, 304–308.

⁹²⁴ Karpen, 2016, 304–305.

⁹²⁵ Flückiger, 2009, 184–185.

⁹²⁶ Karpen, 2016, 296; taloudelliseen rationaalisuuteen ja manageriaalisuuden lisääntymiseen on kiinnittänyt huomiota esimerkiksi Flückiger, 1996, 265–266; myös Chevallier, 1993, 111–134.

⁹²⁷ Karpen, 2016, 304.

tikö komissio siinä sille parlamentin unionin asetuksella (N:o 492/2011) osoittaman täytäntöönpanovallan rajat. Tuomioistuin vakiintuneen oikeuskäytännön perusteella toteaa, että komissiolla on täytäntöönpanovaltaa, jonka rajoja arvioidaan lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksytyin toimen *keskeisten yleistavoitteiden* perusteella, ja sen yhteydessä komissiolla on valta toteuttaa kaikki kyseisen toimen kannalta tarpeelliset ja hyödylliset soveltamistoimet sillä edellytyksellä, että ne eivät ole ristiriidassa mainitun toimen kanssa. Väitteenä tässä asiassa muun muassa oli, että komissio on täytäntöönpanovaltaansa käyttäessään ottanut lainsäätäjän paikan, käytännössä muuttanut asetusta, vaikka parlamentti on halunnut rajoittaa komission täytäntöönpanovallan välttämättömimpään ilmaisevalla asetuksessa komission voivan ryhtyä ”täytäntöönpanon edellyttämiin” toimenpiteisiin. Kun tuomioistuin tutki komission toimia lainsäätämisyjärjestyksessä säädetyn asetuksen keskeisten yleistavoitteiden perusteella, ei unionin tuomioistuin kuitenkaan päätenyt hyväksymään parlamentin kannetta ja siinä esitettyjä väitteitä.⁹²⁸

Unionin lainsäädännön käsite vahvistaa unionin säädösten säädöshierarkista konstruktiota. Teoreettisessa mielessä oikeusteorian kehittänyt säädöshierarkia on valjastettu lainsäädännön käyttöön siten, että se tarkoittaa ja määrittää säädösten välillä olevaa järjestystä ja delegointiyhteyttä⁹²⁹. Tämä pätee sekä lakien säätämiseen että soveltamiseen. Ongelmallista on se, että Euroopan unionin lainsäädäntöön voidaan vain soveltuvien osin ja rajoitetusti käyttää kansallisia oikeustieteen yleisen lain käsitteeseen tukeutuvia oppeja. Esimerkiksi sellaiset oikeudellisesti tärkeät käsitteet normihierarkiakäsityksestä kuin *lex specialis derogat legi generali* tai *lex posterior derogat legi priori* ovat tärkeitä oikeusjärjestyksen teoreettisia konstruktiota mutta myös käytännön tulkintametodisia oppeja kansallisen lainsäädännön ja säädösten erityisyyden tai ajallisuuden selvittämisessä⁹³⁰.

Modernille lainsäädännölle tyypillisten joustavien normien ja väljien säännösten on arvioitu heikentävän oikeuden toteutumisen ennustettavuutta. Modernissa oikeudessa tyypillinen tilanne on tasapainoilu lainsäädännön normien jouston ja jäykkyyden välillä.⁹³¹ Lainsäädännössä omaksuttu tehokkuusperiaate, vaikutukset ja käsitykset tuloksesta perustelevat lainsäätäjän harkintavallan siirtymistä toimeenpanokoneistolle. Se merkitsee siihen liittyvän manageriaalisuuden yleistymistä ja vahvistumista.

Sidottu harkinta ja direct effect määrittää direktiivin tuloksen

Euroopan unionin direktiivi on säädös, joka perussopimuksen mukaan jättää harkintavaltaa soveltajalle ja velvoittavaa vain tulokseen nähden. Sidottu harkinta direktiivin yhteydessä tarkoittaa jäsenvaltion viranomaisen harkintavallan sitomista direktiivin oletettuihin *vaikutuksiin*. Tapauksessa C-491/13 *Mohamed Ali Ben Alaya v. Bundesrepublik Deutschland* kyse oli toimivaltaisen viranomaisen harkintavallasta vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alueella eräiden direktiivin (2004/114/EY) artikloiden koh-

⁹²⁸ Ks. Julkisasiames Villalón, lausunto 10. heinäkuuta 2014, tapauksessa C-65/13 *Euroopan parlamentti v. Euroopan komissio*, ECLI:EU:C:2014:2071. C-65/13 *Euroopan parlamentti v. Euroopan komissio*, tuomioistuimen tuomio ECLI:EU:C:2014:2289, kohta 25 parlamentti vaatii kumoamaan komission täytäntöönpanopäätöksen sillä perusteella, että komission päätös rikkoo lainsäätäjän tälle antamaa täytäntöönpanovaltaa, ks. myös kohta 44, jossa perustelu vakiintuneesta oikeuskäytännöstä, kanne hylättiin.

⁹²⁹ Aarnio, 1989, 84–85.

⁹³⁰ Tolonen, 2003, 47.

⁹³¹ Aarnio, 2006, 307–308.

dalla. Vaikka kyse on Euroopan unionin direktiivin tulkintaa koskevasta ennakkoratkaisukysymyksestä, on se lainsäädäntöteoreettisesti tärkeä siksi, että tuomioistuin määritteli direktiivin merkitystä sääntelyvälineenä soveltamistilanteessa. Unionin direktiivin luonteeseen kuulu, että sen toimeenpanosta määrää jäsenvaltio ja sen viranomainen tehokkuusperiaate huomioiden niin, että keskeinen kysymys on direktiivin tulos. Tässä tapauksessa Euroopan unionin tuomioistuin totesi, että kolmannen valtion kansalaisen maahanpääsyä kolmen kuukauden opiskelua varten ei saa evätä. Tuomioistuimen mukaan direktiivin rakenteesta ja tavoitteista ilmenevät tyhjentävästi maahanpääsyn yleiset ja erityiset edellytykset. Tässä tapauksessa maahanpääsystä säädetty edellytykset täytyivät. Ne direktiivissä säädetty perusteet, joiden nojalla epäminen olisi mahdollista, eivät toteudu tässä tapauksessa. Koska sääntely on tyhjentävää, se merkitsee, että Euroopan unionin direktiivissä erityisesti maahanpääsyn edellytyksiä sääntelevään normistoon liittyvä harkintavalta on sidottua. Sääntelyn tavoitteena on yhtenäistää alan lainsäädäntöä Euroopan unionissa.⁹³²

Vaikka esimerkiksi unionin direktiivi nimenomaisesti perussopimuksen normien perusteella on sääntelyväline, joka jättää harkintavaltaa unionin jäsenvaltiolle, saattaa direktiivin normisto edellyttää sidottua harkintaa siinä tapauksessa, että direktiivin rakenne ja tavoitteet määräävät tyhjentävästi sen, mikä on sallittua tai mikä on kiellettyä. Olennaista on huomata, että tapauksessa unionin tuomioistuin on täsmentänyt direktiivin yksittäisiä säännöksiä niiden oikeusvaikutuksen aikaansaamiseksi. Euroopan unionin *ensisijaisuusperiaate* ja *direct effect* -oppi doktriineina ovat Euroopan unionin tuomioistuimen kehittämiä niin sanottuja ekspansiivisia eli Euroopan unionin oikeutta laaventavia oikeusperiaatteita⁹³³. Käsitteet liittyvät ennen muuta oikeudellisen ratkaisutoiminnan alueelle mutta ovat myös lainsäädäntömetodisesti tärkeitä.

5.3.2 Tehokkuus lainsäätäjän intention merkityksessä vs. manageriaalinen tehokkuus

Morandin mallissa lainsäädännön päätöksenteko on eräänlaista normien koodausta. Tämä tarkoittaa sitä, että lainsäätävä koodaa normeja oikeuden normeiksi, joita lain soveltaja *dekoodaa* eli purkaa soveltamistilanteessa.⁹³⁴ Teleologinen lainsäädäntö ja periaatteet sen normityyppinä usein jättävät toimeenpanoon liittyvää harkintaa säädösten soveltajalle⁹³⁵. Kansallisessa oikeudessa lainsäädännön sallima harkintavallan laajuus on ollut perinteisesti kriittinen kysymys, ja laajan harkintavallan on ajateltu olevan oikeusvarmuuden ja ennakoitavuuden kannalta haitallista⁹³⁶. Kielellisen tarkkuuden sijaan unionin lainsäädännössä keskeistä on lainsäädännön tehokkuus. Edellä olen todennut, että tehokkuusperiaate on myös monimerkityksinen käsite. Yleisenä käsitteenä se tarkoittaa lainsäädännön vaikutuksia käytännössä. Euroopan unionin

⁹³² C-491/13 *Mohamed Ali Ben Alaya v. Bundesrepublik Deutschland*, ECLI: EU:C:2014:2187, kohdat 31 ja 33.

⁹³³ Beck, 2012, 198.

⁹³⁴ Morand, 2000, 59–60; Van Hoecke, 2002, 128, samalla tavalla merkityskolmion ymmärtäminen

⁹³⁵ Müller, 1999, 22–24 ja 197–199; Blankenburg, 1986, 68, eurooppalaisessa kontekstissa tätä on pohdittu jo pidempään.

⁹³⁶ Report On the Rule of Law, Venice Commission, 2011, 4–5. Kansallisessa tutkimuskirjallisuudessa Nenonen, 2014, 15, lainsäätäjän ratkaisu jättää harkintaa lainsoveltajalle on tietoinen; Mielityinen, 2006, 125, periaatteiden luonteesta johtuva ennakoitavuuden pulma.

oikeusjärjestyksessä lainsäädännön tehokkuus viittaa funktionaalisuuden kriteeriin, jota unionin oikeudessa yleisemmin ilmentävät sellaiset käsitteet kuin *effet utile* ja *useful effect* eli hyödyllinen vaikutus, täysi vaikutus, käytännöllinen vaikutus. Hyödyllinen vaikutus on luokiteltu kirjallisuudessa unionin yleiseksi oikeusperiaatteeksi.⁹³⁷

Termi funktionaalisuus tunnetaan myös oikeusvaltiollisuuden yhteydessä käytettynä terminä. Oikeusjärjestelmän toimivuus tarkoittaa *Hallbergin* mallissa oikeusvaltiollista *funktionaalisuutta* ja oikeusjärjestyksen toimivuutta systeeminä mutta erityisesti siinä sitä seikkaa, että lainsäädäntöprosessin tulosta eli voimassa olevaa lainsäädäntöä oikeuslähteenä sovelletaan asianmukaisella tavalla yksityisiin⁹³⁸. Oikeusvaltioperiaate ja oikeusvaltiollisuuden osatekijät lainsäädännön laatutekijöinä ovat ydinkysymys suhteessa, jossa lainsäädäntö on oikeuslähteen asemassa lakia soveltavan ja yksityisen välisessä suhteessa⁹³⁹.

Tehokkuusperiaate on kirjoitettu unionin perussopimuksen 4 SEUT artiklaan periaatteina, joita ovat vilpittömän yhteistyön periaate, jäsenvaltioiden velvollisuus toteuttaa kaikki yleis- ja erityistoimenpiteet perussopimuksen ja toimielinten antamien säädösten toteuttamisessa ja jäsenvaltioiden velvollisuus pidättäytyä kaikista toimita, jotka vaarantavat unionin tavoitteiden toteutumisen. Termi tehokkuus (*efficacy*, *l'efficacité*) tarkoittaa yleisesti ja lainsäädäntömetodisessa mielessä sitä, miten tehokkaasti lainsäädäntö saavuttaa sen tarkoittaman (aiotun, *intent*) tavoitteen:

“A law has a high level of efficacy if it – when implemented – comes closest to the legislator’s intent”⁹⁴⁰.

Tehokkuusvaatimuksen määrittelyssä on siten merkitystä myös sillä, mitä lainsäätäjä on *tarkoittanut* säätää.

Modernia lainsäädäntöä on myös määritelty niin, että se ei ole perinteistä lain soveltamista vaan useammin erilaista yhteistyötä muiden organisaatioiden, kuten toimeenpano-organien, kanssa⁹⁴¹. Leimallista määrittelyissä on ollut se, että lainsäätäjällä ei ole ajateltu olevan merkitystä sovellettavan normiston auktoriteettina. Perinteisten instituutioiden, kuten parlamentin, ei ole ajateltu voivan hallita modernia ylikansallista sääntelyä ja nopeaa yhteiskunnallista muutosta. *Manageriaalisena rationaalisuuden* ideana ja samalla eräänlaisena *lainsäädännön paradigmanmuutoksena* on ajateltu olevan, että lainsäädännön tehokkuutta varmistaa pikemminkin toimeenpanokoneisto ja hallinto kuin lainsäätäjä. Laillisuusperiaate, lainsäädäntömenettely tai lainsäätäjän auktoriteetti eivät ole lainsäädäntöä määrääviä justifioivia tekijöitä, vaan sitä tärkeämpää on lainsäädännön tehokkuus (*efficacité*) ja *lopputulos*. Määrittelyn mukaan lainsäädännön lopputulos yhdessä oikeustieteen määrittelemän taloudellisen ulottuvuuden kanssa merkitsee koko *oikeudellisen rationaliteetin paradigmanmuutosta*.⁹⁴² Syyksi manageriaalisuudelle ja paradigmanmuutokselle on esitetty myös se, että lainsäätäjän on vaikea määrittellä ennalta tehokkuutta, jota modernilta lainsäädännöltä

⁹³⁷ Beck, 2012, 210–212.

⁹³⁸ Hallberg, 2017, 33–34.

⁹³⁹ Mäenpää, 2017, 245.

⁹⁴⁰ Karpen, 2016, 306; myös Flückiger, 2009, 186, “effectiveness usually means the nature of that which produces the expected effect”.

⁹⁴¹ Müller, 1999, 22–24 ja 197–199.

⁹⁴² Karpen, 2016, 304; Rouvillois, 2006, 4–5.

edellytetään, ja siksi tehokkuusvaatimus jää toimeenpanokoneiston vastuulle.⁹⁴³ Modernin lainsäädännön määrittelyjen mukaan lainsäädännön normin tulee olla normatiivisessa mielessä tehokas niin, että se saa aikaan sellaisen tarkoitetun *vaikutuksen* (effect, l'effet), joka ei rajoitu vain lainsäädännön toimeenpanohetkeen ja säädöksen soveltamiseen.⁹⁴⁴ Modernissa oikeudessa tehokkuusvaatimus merkitsee sitä, että lainsäädännöllä on yhteiskunnallisia *vaikutuksia*. Määrittelyn mukaan tällainen tehokkuus vaikutuksina yhteiskunnassa legitimoii lainsäädäntöä. Tämän käsityksen mukaan legitimitetin perusta ei ole yksinään lainsäädännön alkuperässä eli nimenomaisesti lainsäätäjässä. Tehokkuuden ymmärtäminen vaikutuksina edellyttää myös lainsäädännön vaikutusten seuraamista. Lainsäädännön evaluaatiota, jolla vaikutuksia seurataan, toteutetaan yleensä sen jälkeen, kun lainsäädäntö on tullut muodollisessa mielessä voimaan⁹⁴⁵.

Yksi ulottuvuus tässä keskustelussa on myös se, että tuomioistuimet osallistuvat aikaisempaa aktiivisemmin lainsäädännön prosessiin ja että tämä kehitys on voimistumassa⁹⁴⁶. Siksi oikeusvaltiollisuutta ja Euroopan unionin lainsäädännön soveltamisvaihetta tukevia toimia on ryhdytty aivan viime aikoina korostamaan eri tavoin Euroopan unionin paremman lainsäädännön yhteydessä⁹⁴⁷.

Lainsäädäntöteoreettisesti keskustelu modernista ylikansallisesta lainsäädännöstä herättää monia kysymyksiä, kuten sen, mitä yhteiskunnan nopea muutos ja kehitys tarkoittaa sovellettavassa lainsäädännössä. Kysymykset liittyvät vallanjako-oppiin, lainsäätäjän ja hallinnon väliseen suhteeseen, oikeusvaltioperiaatteen ja demokraatiaperiaatteen keskinäissuhteeseen ja samalla myös lainsäädännön tulkintamethodeihin sekä erityisesti lain yleisyyden käsitteeseen, jonka yhtenä tärkeänä tavoitteena on ollut demokraattinen oikeusvaltio ja legitiimi julkisen vallan käyttö⁹⁴⁸. Manageriaalisuus ja manageriaalinen rationaalisuus lainsäädännön yhteydessä käytettyinä käsitteinä samastetaan *hallintovaltion periaatteen* käsitteeseen. Hallintovaltion periaate on eri asia kuin valtio tai oikeusyhteisö, joka toimii demokraatioperiaatteeseen perustuvan *oikeusvaltioperiaatteen* edellyttämällä tavalla ja lainsäädäntöön tukeutuen. Hallintovaltion periaate on määritelty siten, että hallinto toimii sille tyypillisin toimintatavoin ilman, että lain säännöksillä ja periaatteilla olisi siinä ensisijaista merkitystä tai merkitystä lainkaan⁹⁴⁹.

Lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun käsitteellä on kuitenkin olennainen merkitys lakien säätämisessä siksi, että lainsäädäntö on keskeinen oikeuslähde. Nimittäin lainsäädännön oikeusvaltiolliset laadulliset ongelmat, kuten lainsäädäntöön liittyvä yleisempi ymmärrettävyyden puute, konkretisoituvat vähintäänkin lakia soveltavan

⁹⁴³ Siehr, 2016, 316–317; Flückiger, 2001, 98–105.

⁹⁴⁴ Rouvillois, 2006, 3.

⁹⁴⁵ Ks. Karpen, 2013, 172; Mader, 2001a, 123.

⁹⁴⁶ Karpen, 2016, 312.

⁹⁴⁷ Komission tiedonanto – EU:n lainsäädäntö: parempiin tuloksiin soveltamista parantamalla, C/2016/8600, (2017/C/ 18/02).

⁹⁴⁸ Kirchhof, 2016, 90–94.

⁹⁴⁹ Karpen, 2016, 304–308, manageriaalisen rationaalisuuden ja lain legitimiisyyden ongelmallisuudesta. Ks. hallintovaltion ja oikeusvaltion käsitteestä Aer, 2005, erityisesti 18–29.

ja yksityisen välisessä suhteessa, ja se yhtenä tekijänä hankaloittaa oikeusvaltiollisuuden toteutumista ja systeemin toimivuutta⁹⁵⁰.

Euroopan unionin paremman lainsäädännön hankkeiden yhteydessä huomio onkin nyt siirtynyt oikeusvaltioperiaatteen ja säädösten toimeenpanon vaiheeseen.⁹⁵¹

Päätelmiä

Lainsäädännön prosessin lainsäädännöllinen vaihe on tärkeä siksi, että demokratiaperiaatteen ideaalin perusteella sen kuluessa yleensä päätetään tietyssä menettelyssä lainsäädännön sisällöstä. Tällöin päätetään oikeuden normeista. Euroopan unionin lainsäädännön päätöksenteossa tunnetaan demokratiaperiaate, joka tarkoittaa tiettyjen unionin perussopimuksen menettelyjen noudattamista. Toisin kuin yleensä kansallisvaltioissa, unionin lainsäädännön tavoitteita ja sisältöä määrää perussopimuksen oikeusperusta. Jokainen unionin säädös edellyttää perussopimuksen oikeusperustaa ja perustelua. Oikeusperusta legitimoii unionin säädösten tavoitteita. Oikeusperusta ilmenee säädösten johdanto-osasta. Sitä, ovatko säädösten tavoitteet ja tavoitteita toteuttavat keinot hyväksyttävissä esimerkiksi perusoikeusjärjestelmän kannalta, on tutkittu perussopimuksen perusteella jo esilainsäädännöllisessä vaiheessa. Tavallista on, että myös parlamentti ja unionin neuvosto käyvät keskustelua lainsäädännön sisällöstä sekä esilainsäädännöllisen vaiheen metodien perusteella hankitun tiedon pohjalta että parlamentin perustaman oman vaikutustentarviointimekanismin tiedon avulla.

Se, miten tietoon suhtaudutaan ja miten tietoa hyödynnetään ja on mahdollista hyödyntää, on epäselvä asia. Euroopan unionin unionin lainsäädännön järjestelmässä on kehittynyt laaja valmistelukoneisto. Sekä komissio että myös parlamentti tuottavat lainsäädännöstä sekä *ex ante*-evaluaatiotietoa että *ex post*-vaikutusarviointitietoa. Faktuaalisen tiedon vaikutukset lakien säätämisen päätöksenteon vaiheessa eivät ole kuitenkaan yksinkertainen kysymys. Nimittäin eri tiedonhankinnan metodeihin perustuvasta empiirisestä tiedosta, jota *evidence-based*-tyyppisen faktuaalisen tiedon tulisi edustaa, ei ole mahdollista johtaa suoraan normatiivisia päätelmiä. Sen perusteella ei ole mahdollista päätyä siihen, mitä oikeuden normit lainsäädännössä ovat. Lainsäädännön päätöksenteon vaiheessa lainsäätäjän tehtävänä on abstraktilla ja yleisellä tasolla muodostaa oikeuden pitäisi normeja (*ought*). Empiirinen tieto, jota tuotetaan olemisen "is" maailmasta ja yhteiskunnan normeista yleensä eri yhteiskuntatieteiden tai luonnontieteen menetelmin, ei tarjoa suoria vastauksia lainsäädännön kaltaisessa päätöksenteossa vaan pikemminkin päinvastoin. Tieteellisiin ja myös erilaisiin menetelmiin ja näkökulmiin perustuva tutkimustieto merkitsee sitä, että sen tulokset ovat usein keskenään myös ristiriitaisia. Alan kirjallisuudessa on epäilty tosiasiatiedon hyödyntämisen mahdollisuuksia. Toisaalta sitä myös edellytetään hyödynnettäväksi lainsäädännön rationaalisuuden edistämiseksi.

Lainsäädännön kaltaista päätöksentekoa varten on pohdittu rationaalisuutta edistäviä malleja. Käytännössä niitä ei juuri sovelleta siksi, että lainsäädäntö ei perustu rationaalista päätöksentekoa tukevalle mallille. Lakien säätämiseen liittyy tahdonmuodostusta, emootioita, arvoja ja erilaisia tavoitteita. Yksi tärkeä lainsäädännön ja praktisen päätöksenteon malliksi ehdotettu metodi on *balancing*-teorian eli opti-

⁹⁵⁰ Ks. Hallberg, 2017, 32, lainsäädännön ymmärrettävyys, "Acts should be comprehensible".

⁹⁵¹ Ks. Euroopan komissio, tiedonanto, EU:n lainsäädäntö: parempiin tuloksiin soveltamista parantamalla (2017/C 18/02).

moinnin, tasapainottamisen ja punninnan teoriaan perustuva metodi. *Balancing*-teorian kaltaisessa päätöksenteossa yleensä vertaillaan ja tasapainotetaan useita käsillä olevia keskenään kilpailevia periaatteita. Suuri merkitys lainsäädännöllisen vaiheen metodissa on suhteellisuusperiaatteella, joka on tärkeä unionin perussopimukseen perustuva lainsäädäntöperiaate. Suhteellisuusperiaatteen perusteella voidaan tukia lainsäädännön tavoitteiden legitimiisyyttä ja keinojen oikeasuhtaisuutta, sopivuutta ja välttämättömyyttä. Tällaisen arvioinnin standardeina ja normatiivisina argumentteina ovat usein perus- ja ihmisoikeusnormit. Se on suhteellisuusarvioinnin yksi tärkeä muoto. Moderni oikeusvaltiollinen laatu edellyttää lainsäädännön olevan paitsi tehokasta, sen tavoitteiden olevan legitimejä ja aineellisen sisällön hyväksyttävää. Mikään lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa tunnettu päätöksenteon teoria tai malli ei tue sitä, että lainsäädännön päätöksenteko voisi perustua matemaattisen tarkkaan lopputulemaan. Metodisesti arvioiden vaiheen optimaalisimpiinkin päätöksenteon vaihtoehtoihin aina sisältyy arviointia ja valintaa – myös tunteita.

Teleologisen ja normityyppinä periaatteita käyttävän lainsäädännön kohdalla ”lainsäätäjän” harjoittama ohjausvaikutus ei toteudu ensisijassa säädöksen kielen ja tekstien tulkinnan avulla, vaan tällainen teleologinen lainsäädäntö usein merkitsee laajan harkintavallan siirtoa toimeenpanokoneistolle. Harkintavalta ei liity säädöksen sanoihin vaan säädösten tehokkuuteen, vaikutuksiin ja tulokseen. Keskeisiä normatiivisen tarkkuuden kiinnekohtia ovat tavoite, tarkoitus, rakenne, vaikutukset, tehokkuus ja tulos. Säädösten ohjausvaikutusten näkökulmasta tämä korostaa manageriaalisuutta, joka yleensä merkitsee säädösten soveltajalta aktiivisia toimia, kuten punnintaa. Unionin asetus yleisesti sovellettavaksi tarkoitettuna säädöksenä ei takaa unionin lainsäätäjän ohjausvaikutusta. Esimerkiksi yleisen tietosuoja-asetuksen tapauksessa se on vähimmäisstandardin asettamista.

Monista ylikansallisessa lainsäädännössä säädeltävistä asioista, kuten markkinoiden sääntelystä, nopeasti kehittyvästä sähköisen viestinnän luottamuksellisuuden edistämisestä ja yksityisyyden suojan oikeudesta ei ole mahdollista säätää joko- tai-tyyppisesti säännöillä. Tähän on monia syitä. Yksi syy on se, että lainsäädännön edellyttämää toimintanormeja (action norms) tai esimerkiksi teknologian kehityksen perusteella määräytyvää sääntelyn kohdetta tai asiaintilaa ei ole aina mahdollista kuvata yksiselitteisesti kielen ilmaisin ja käsittein tai että sääntelyn kohde on jatkuvassa muutoksen tilassa. On mahdollista, että alalla ei ole olemassa myöskään riittävää *tiedollista* varmuutta sääntelyn kohteesta tai asiaintilasta.

6 JÄLKILAINSÄÄDÄNNÖLLINEN VAIHE

Lainsäädännössä esilainsäädännöllinen vaihe tarkoittaa lainsäädännön suunnittelua ja laatimista sekä säädösehdotuksen tekemistä, lainsäädännölliselle vaiheelle on ominaista tavoite- ja arvovalinnat, erilaisten intressien yhteensovittaminen ja säädösten hyväksyminen. Tässä vaiheessa tarkoitus on hyödyntää myös esilainsäädännöllisen vaiheen hankkimaan faktuaalista tietoa. Teoreettisessa kirjallisuudessa *post-legislatiivisen* eli jälkilainsäädännöllisen vaiheen toimia ovat 6) toimeenpano tai implementointi, jälkikäteinen evaluaatio (retrospective evaluation) ja jos tarpeellista ja sopivaa, lainsäädännön mukauttaminen jälkikäteisen evaluaation keinoin (osavaiheet 6-8, ks. kappale 3.3.3). Säädösten jälkikäteinen normivalvonta on monimerkityksinen käsite ja se voi tarkoittaa oikeudellista tai muunlaista voimassa olevien säädösten jälkikäteistä valvontaa. Tässä luvussa keskityn tarkastelemaan lainsäädännön prosessin vaiheena Euroopan unionin tuomioistuimen harjoittamaa voimassa olevien unionin säädösten oikeudellista jälkikäteistä normivalvontaa lainsäädännön eri ulottuvuuksissa. Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä voimassa oleva unionin säädös voidaan saattaa joko kanteella tai ennakkoratkaisukysymyksenä tutkittavaksi Euroopan unionin tuomioistuimessa säädösten oikeudellisessa normivalvonnassa. Tutkin niitä normivalvonnan argumentteja ja perusteita, joiden perusteella unionin tuomioistuin jälkilainsäädännöllisen doktriinin tarkoittamalla tavalla määrittelee ennakkoratkaisukysymyksen tai kanteen nojalla tutkittavana olevan unionin säädöksen pätevyyttä tai laillisuutta. Kiinnitän tarkastelussani huomiota siihen, miten lainsäädännön prosessin jälkilainsäädännöllinen vaihe lainsäädäntömetodinä ottaa huomioon unionin lainsäädännön oikeusvaltiolliseen laatuun liittyviä vaatimuksia. Pohdin luvussa, mikä lainsäädäntömetodin merkitys ja painoarvo unionin voimassa olevien säädösten oikeudellisella normivalvonnalla on Euroopan unionin lainsäädännössä.

6.1 JÄLKILAINSÄÄDÄNNÖLLISEN VAIHEEN NORMIPERUSTA JA KÄSITE UNIONIN OIKEUSJÄRJESTYKSESSÄ

Jo Euroopan unionin perustuslakisopimuksen valmistelussa nousi esille kysymys Euroopan unionin lainsäädäntöperiaatteiden valvonnan mekanismista ja siitä, tulisi-ko niiden noudattamisen valvonta olla parlamentaarista ja poliittista vai rajoittuuko säädösten valvonta pikemminkin Euroopan unionin tuomioistuinvalvontaan⁹⁵². Eurooppa-valmistelukunta lähti siitä ajatuksesta, että valvonta olisi sekä poliittista että oikeudellista, kuitenkin ensi sijassa poliittista⁹⁵³. Euroopan unionin lainsäädännön järjestelmän periaate on, että Euroopan unionin toimielimet edistävät jo *ennalta* ja *poliittisen prosessin* kuluessa unionin perussopimuksessa määrättyjä tavoitteita.⁹⁵⁴ Euroopan unionin ennakkollisen normivalvonnan järjestelmä on kuitenkin suhteellisen heikko niin, ettei se välttämättä kykene estämään huonojen säädösehdotusten etene-

⁹⁵² CONV 286/02, 2–4.

⁹⁵³ CONV 286/02, 4–9 ja CONV 353/02, kansallisten parlamenttien asemasta.

⁹⁵⁴ Verhoeven, 2002, 156–157.

mistä⁹⁵⁵. Euroopan unionin komission *evidence-based*-tyyppistä tietoa tuottava esilainsäädännöllinen vaihe ei ole ollut riittävä lainsäädäntömetodinen keino, jolla turvataan säädösten oikeusvaltiollista laatua, vaan vastaavan kaltaista tietoa tuottava instituutio on perustettu myös Euroopan parlamenttiin. *Van Gestel* ja *de Poorter* huomauttavat:

*“Regulatory oversight is still a weak spot in the regulatory policies of the EU and probably in most of its member states.”*⁹⁵⁶

Van Gestel ja *de Poorter* kirjoittavat, että säädösvalvonta on jäänyt heikoksi sekä unionissa että jäsenvaltioissa. Säädösehdotukset jäävät unionissa ja jäsenvaltioissa laadultaan heikoiksi. Vaikutusarviointeja laativat komission pääosastot ja parlamentti ja unionin sääntelyvalvontalautakunta, tarkastusvirastot ja oikeusasiamies ovat suhteellisen heikkoja valvontaelimiä. Orgaanit eivät kykene poimimaan huonoja ehdotuksia, eikä tuomioistuimiin säädösten valvojina ole kiinnitetty riittävästi huomiota.⁹⁵⁷

Säädösten oikeudellinen jälkikäteinen normivalvonta on Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä tärkeä unionin erityispiirteisiin liittyvistä syistä ja siksi, että unionin yleisesti sovellettaisiin ja abstrakteihin säädöksiin liittyy oletama eli *presumptio* niiden pätevydestä⁹⁵⁸. Presumptio ja presumptatiivisuus, oletama tai oletus sääntelyn pätevydestä on ominaista ylikansalliselle sääntelylle⁹⁵⁹. Se on yksi ylikansallisen lainsäädännön ja Euroopan unionin oikeusjärjestyksen lainsäädännön erityispiirre⁹⁶⁰.

Tilanne on yleensä se, että kyseistä ennakkoratkaisukysymyksen kohteena olevaa säädöstä on ensin sovellettu yksittäisessä tapauksessa jäsenvaltion viranomaisessa ja asiassa on haettu muutosta, minkä jälkeen kansallinen tuomioistuin on tehnyt SEUT 267b artiklan tarkoittaman ennakkoratkaisukysymyksen säädöksen pätevydestä unionin tuomioistuimelle. SEUT 263 artiklan tarkoittaman kanteen säädöksen laillisuudesta voi esittää unionin toimielinten lisäksi myös unionin jäsenvaltio. Lainsäädännössä jälkilainsäädännöllinen vaihe, jossa lainsäädännön vaikutuksia arvioidaan säädösten voimaantulon jälkeen, on korostunut myös yleisesti modernin lainsäädännön lainsäädäntömetodin⁹⁶¹. Määrittelen jälkilainsäädännöllisen doktriinin käsitettä jäljempänä luvussa seitsemän.

⁹⁵⁵ van Gesten—de Poorter, 2016, 156.

⁹⁵⁶ van Gestel—de Poorter, 2016, 156.

⁹⁵⁷ van Gestel—de Poorter, 2016, 156.

⁹⁵⁸ Ks. käsitteestä Suviranta 1996, 101—110, pätevyysoletaman käsitteestä.

⁹⁵⁹ Tästä Suviranta 1996, 19, Euroopan unionissa ”toimivalta ylittäen” annettu unionin normin käsitteestä, myös Suviranta, 1996, 101—110, pätevyysoletaman käsitteestä. PeVL 14/1994 vp, 3 ja PeVL 24. toukokuuta ministeriölle, 1994 vp, 1—2. Ks. myös PeVL 7/2003 vp, 11, presumptatiivisuuden käsitteestä.

⁹⁶⁰ Karpen, 2013, 152.

⁹⁶¹ Ks. tästä esimerkiksi Tushnet, 2018, 66, syyt voivat olla monenlaisia, myös perinteisen poliittisia, mutta yksinkertaisesti paremman lainsäädännön (good governance) edistäminen; Post-Legislative Scrutiny, 2017, 7, yksi syy post-legislatiivisen menettelyn omaksumiseen on paremman lainsäädännön tavoittelu.

6.1.1 Säädösten pätevyys ja laillisuus – säädösten jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta Euroopan unionin tuomioistuimessa

Jo tapauksessa C-294/83 *Les Verts* Euroopan unionin tuomioistuin totesi, että ”Euroopan yhteisö on oikeusyhteisö, jossa sekä sen jäsenvaltiot että sen toimielimet ovat valvonnan alaisia.”⁹⁶² Tapauksessa tuomioistuin tukeutui unionin oikeuden *konstitutionaaliseen laillisuusperiaatteeseen*, joka tarkoittaa sitä, että Euroopan unionin toimielimen antamaan säädökseen kohdistetaan oikeudellisia vaatimuksia⁹⁶³.

Jälkikäteisellä säädösten oikeudellisella normivalvonnalla Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä tarkoitetaan perussopimuksen SEUT 263 artiklan kanteeseen perustuvaa menettelyä, jossa tarkoituksena on tutkia säädöksen *laillisuutta*, tai SEUT 267b artiklan menettelyä, jonka perusteella voidaan esittää ennakkoratkaisukysymys Euroopan unionin tuomioistuimessa jo annetun ja virallisesti julkaistun muodollisesti voimassa olevan unionin säädöksen *pätevyydestä*.

Euroopan unionin säädösten oikeudellisessa jälkikäteisessä normivalvonnassa tunnetaan sekä epäsuora kanne että ennakkoratkaisukysymyksiin perustuva kanne.

Epäsuora kanne

Euroopan unionin jälkikäteinen normivalvonta tarkoittaa perussopimuksen artiklan SEUT 267 b kohdan mukaan sitä, että

”Euroopan unionin tuomioistuimella on toimivalta antaa ennakkoratkaisu:

a) perussopimuksen tulkinnasta;

b) unionin toimielimen, elimen tai laitoksen säädöksen pätevydestä ja tulkinnasta”.

Perussopimuksen SEUT 267b artiklan kohdassa käytetään termiä säädöksen pätevyyden tutkiminen (the validity, la validité, die Gültigkeit). Kun perussopimuksen SEUT 267b artiklan ennakkoratkaisukysymykseen perustuvassa normivalvonnassa tutkitaan säädöksen *pätevyyttä*, perussopimuksen SEUT 263 artiklan perusteella esille nostetussa tapauksessa tuomioistuimessa tutkitaan perussopimuksen sanamuodon mukaan säädöksen *laillisuutta*.

Euroopan unionissa säädösten jälkikäteistä oikeudellista normivalvontaa toteutetaan joko perussopimuksen SEUT 267b artiklan perusteella niin sanotulla epäsuoralla (indirect) kanteella ennakkoratkaisumenettelyssä tai SEUT 263 artiklan perusteella suoralla (direct) kanteella.

Yksityisillä ei ole puheoikeutta (locus standi) artiklan SEUT 263 tarkoittamissa yleisesti sovellettavien ja abstraktien säädösten normivalvonnassa vaan yksityisten puhevalta on mahdollinen tilanteissa, joissa unionin säädös koskee kyseistä henkilöä suoraan ja erikseen⁹⁶⁴. Käytännössä kyse tällöin on unionin hallinnollisesta toimesta, joka kohdistuu yksityiseen. Olen määritellyt yleisen ja abstraktin ja konkreettisen toimen eroa edellä luvussa kolme.

⁹⁶² C-294/83 *Parti écologiste Les Verts v. European Parliament*, Ep. VIII 00551, ECLI:EU:C:1986:166, kohta 23 ja kohta 25.

⁹⁶³ C-294/83 *Parti écologiste Les Verts v. European Parliament*, kohta 23 ja kohta 25.

⁹⁶⁴ Julkisasiamies Kokott, ratkaisuehdotus 17. tammikuuta 2013 asiassa C-583/11 P *InuitTapiirit Kanatami v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2013:21, kohta 21, 103 ja 108 sekä kohta 120.

Kansallinen tuomioistuin esittää ennakkoratkaisupyynnön

Mikäli Euroopan unionin oikeuden tulkinta tai *säädösten pätevyys* aiheuttaa ongelmia kansallisessa tuomioistuimessa, jäsenvaltion kansallinen tuomioistuin voi ja sen eräin edellytyksin tulee pyytää asiasta ennakkoratkaisu Euroopan unionin tuomioistuimelta.⁹⁶⁵ Euroopan unionin jäsenvaltiolla ei ole toimivaltaa tutkia jo julkaistujen unionin johdannaisen oikeuden säädösten pätevyyttä⁹⁶⁶. Pääsääntö unionin oikeusjärjestyksessä on, että unionin jäsenvaltioiden kansallisilla tuomioistuimilla ei ole toimivaltaa lausua unionin säädösten pätevyydestä tai laillisuudesta. Toimivalta lausua Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä annettujen säädösten tai muun toimen pätevyydestä on yksinään Euroopan unionin tuomioistuimella⁹⁶⁷. Unionin oikeusjärjestyksessä linjaa noudatetaan johdonmukaisesti ja esimerkiksi yleisen tietosuoja-asetuksen ([EU] 2016/679) kohdalla yleisten ja abstraktien tointen pätevyys tutkitaan unionin tuomioistuimessa. Siinä on kysymys oikeudellisesta normivalvonnasta. Asetuksen mukaan myös esimerkiksi tietosuojaneuvoston päätös on sellainen yleisen ja abstraktin kaltainen toimi, jonka pätevyyttä tutkitaan SEUT 267 artiklan perusteella ennakkoratkaisukysymyksenä.⁹⁶⁸

Suora kanne

Perussopimuksen SEUT 263 artiklan sanamuodon mukaan

”Euroopan unionin tuomioistuin tutkii lainsäätämisenjärjestyksessä hyödyntävien säädösten sekä neuvoston, komission ja Euroopan keskuspankin säädösten laillisuuden, suosituksia ja lausuntoja lukuun ottamatta, samoin kuin Euroopan parlamentin ja Eurooppa-neuvoston sellaisten säädösten laillisuuden, joiden tarkoituksena on tuottaa oikeusvaikutuksia suhteessa kolmansiin osapuoliin. Tuomioistuin valvoo myös unionin elinten ja laitosten sellaisten säädösten laillisuutta, joiden tarkoituksena on tuottaa oikeusvaikutuksia suhteessa kolmansiin osapuoliin”.

Artiklan SEUT 263 perusteiden perusteella normivalvonnassa tutkitaan säädöksen laillisuutta (the legality, la légalité, die Rechtmäßigkeit) eikä pätevyyttä.

Pätevyys ja laillisuus käsitteinä säädösten jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan yhteydessä tarkoittavat likipitään samaa. Perussopimuksen terminologiaan on vaikuttanut se, että sopimukset on laadittu usean valtiosääntönormiston näkökulmasta erilaisen oikeusjärjestyksen käsitteiden yhteistyönä.

Perussopimuksen SEUT 263 artiklan yleisesti sovellettaviin ja abstrakteihin säädöksiin kohdistuvissa kanteissa puhevaltaa (locus standi) käyttävät jäsenvaltion hal-

⁹⁶⁵ Suviranta, 2009, 131–132, unionin sääntelystä erityisesti kansallisessa hallintoviranomaisessa ja hallintolainkäytössä; Ojosen väitöskirja (1998) tarkastelee ennakkoratkaisukysymyksen tekemisen edellytyksiä unionin tuomioistuimelle.

⁹⁶⁶ Ks. Beck, 2012, 213, siinä tapaus C-314/85 *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck Ost*, ECLI:EU:C:1987:452, kohta 80.

⁹⁶⁷ Ks. myös unionin toimielinten välisestä toimivallasta tässä suhteessa, ennakkoratkaisu C-415/93, *Bosman*, ennakkoratkaisupyynnön, Kok. 1995 I 04921, ECLI:EU:C:1995:463, kohta 33. Komissiolle ei ole toimivaltaa antaa ”takeita” siitä, että tietty toiminta on perustamissopimuksen mukaista, paitsi jos tällainen toimivalta on komissiolle nimenomaisesti annettu, eikä sillä ole missään tapauksessa toimivaltaa hyväksyä perustamissopimuksen vastaista toimintaa.

⁹⁶⁸ Yleinen tietosuoja-asetus ([EU] 2016/679), johdanto-osan kohta 143.

litus tai Euroopan unionin toimielin⁹⁶⁹. Kansallisella hallituksella jäsenvaltion edustajana on siten mahdollisuus esittää SEUT 236 artiklan kanne.

EUR-Lex-tietokannasta (syyskuu 2013) käy selville, että Suomen hallitus on esittänyt SEUT 263 artiklan perusteella kumoamiskanteen unionin säädöksen ja tässä tapauksessa direktiivin pätevyyden tutkimiseksi asiassa *Espanjan kuningaskunta ja Suomen tasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* unionin maantieteelliseen ajoaikoja säättävän Euroopan parlamentin ja neuvoston antaman direktiivin kumoamiseksi. Kumoamiskanteessa Suomen hallitus on esittänyt, että antaessaan direktiivin itsenäisten kuljettajien työajan sääntelystä unionin lainsäätäjä on ylittänyt sille kuuluvan toimivallan eikä se ole noudattanut suhteellisuusperiaatetta sisällyttäessään direktiiviin itsenäiset ammatinharjoittajat. Suomen hallituksen mukaan direktiivi näin ollen loukkaa ammatinharjoittamisen vapautta.⁹⁷⁰ Direktiiviä ei kumottu.

Euroopan unionin tuomioistuimet yhdessä antavat vuosittain yli tuhat päätöstä erilaisissa unionin johdannaisen oikeuden säädöksiin liittyvissä asioissa⁹⁷¹. Vuoteen 2005 mennessä kaikki Suomen pyytämät ennakkoratkaisut ovat koskeneet unionin säädösten soveltamista ja tulkintaa. Vuoden 2005 jälkeen myös Suomesta on esitetty ennakkoratkaisupyynnöjä unionin säädöksen laillisuuden tutkimiseksi ennakkoratkaisumenettelyssä SEUT 267b artiklan perusteella.⁹⁷²

Artikla SEUT 267 on kaksijakoinen. Artiklan SEUT 267a mukaan ennakkoratkaisupyynnö voidaan esittää unionin perussopimuksen normien tulkinnasta. Perussopimuksen SEUT 267b artiklan perusteella ennakkoratkaisupyynnö voidaan esittää säädöksen pätevydestä tai tulkinnasta. Tässä tutkimuksessa olen kiinnostunut erityisesti säädösten pätevyteen liittyvistä normivalvonnan tapauksista. Artiklan SEUT 267b epäsuora kanne tarkoittaa sitä, että jäsenvaltion tuomioistuin esittää ennakkoratkaisukysymyksen unionin toimielimen säädöksen pätevydestä.

6.1.2 Muodollisen voimassaolon käsitteen merkitys

Tärkeä lainsäädäntöteoreettinen kysymys on, mistä lainsäädännön prosessin ja vaiheen ajankohdasta lähtien voidaan käyttää termiä jälkilainsäädännöllinen ja millä edellytyksin voidaan puhua *a posteriori*-tyyppisestä muodollisesti voimassa olevien säädösten oikeudellisesta jälkikäteisestä normivalvonnasta. Edellyttääkö oikeudellinen normivalvonta sitä, että unionin säädös on tullut saattaa muodollisesti voimaan myös unionin jäsenvaltiossa?

⁹⁶⁹ C-583/11 P *Inuit Tapiirit Kanatami*, Euroopan unionin tuomioistuin (suuri jaosto) 3. lokakuuta 2013, Kok. 2013, ECLI:EU:C:2013:625.

⁹⁷⁰ Yhdistetyt asiat C-184/01 ja C-223/02 *Espanjan kuningaskunta ja Suomen tasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2004:497, Kok. 2004 I 07789, kohdat 51 ja 52.

⁹⁷¹ Euroopan unionin tuomioistuin, vuosikertomus 2017, Unionin tuomioistuimen ja unionin yleisen tuomioistuimen toiminta ja Euroopan unionin virkamiestuomioistuimen toimintaan, Luxemburg, 2016, www.curia.europa.eu

⁹⁷² C-506/14 *Yara Suomi Oy, Borealis Polymers Oy, Neste Oil Oyj ja SSAB Europe Oy v Työ- ja elinkeinoministeriö*, Unionin tuomioistuimen tuomio 26.10.2016, Korkeimman hallinto-oikeuden esittämä ennakkoratkaisupyynnö, ECLI:EU:C:2016:799. Ks. ennen vuotta 2005 esimerkiksi Ojanen, 2005, 1224.

Muodollisen voimassaolon käsite unionin säädösten normivalvonnassa

Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä perussopimuksen SEUT 297 sisältää määräyksiä unionin säädösten allekirjoittajista ja eri säädösten *muodollisesta* voimaantulosta. Lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttävät säädökset, kuten unionin asetukset ja direktiivit sekä päätökset, joille ei ole osoitettu vastaanottajaa, tulevat mainitun SEUT 297 artiklan perusteella muodollisesti voimaan niissä säädettynä päivänä tai, jollei voimaantulosta ole säädetty, kahdentenkymmenentenä päivänä siitä, kun ne on julkaistu *Euroopan unionin virallisessa lehdessä*. Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä *muodollisesti voimassa oleva* säädös tarkoittaa perussopimuksen SEUT 297 artiklan edellyttämällä tavalla allekirjoitettua ja perussopimuksen SEUT 297 artiklan edellyttämällä tavalla *Euroopan unionin virallisessa lehdessä* julkaistua säädöstä.

Tärkeä unionin säädösten voimassaoloa määrävä normi on ilmaistu SEUT 297 artiklan toisen kohdan toisessa alakohdassa:

”Asetukset ja direktiivit, jotka on osoitettu kaikille jäsenvaltioille, sekä päätökset, joille ei ole osoitettu vastaanottajaa, julkaistaan Euroopan unionin virallisessa lehdessä. Ne tulevat voimaan niissä säädettynä päivänä tai, jollei voimaantulosta ole säädetty, kahdentenkymmenentenä päivänä siitä, kun ne on julkaistu.”

Perussopimuksen SEUT 297 artiklan kohta määrää siitä, miten unionin abstrakti ja yleinen lainsäädäntö on julkaistava ja miten se tulee voimaan. Oikeusjärjestyksissä säädöksen muodollisella voimaantulolla on tärkeä merkitys. Sitä on korostettu myös unionin legisistisissä ohjeissa. Euroopan unionin lainsäädäntöohjeissa on tähdennetty ”ihmisten yhdenvertaisuutta lain edessä”, joka unionin ohjeiden mukaan tarkoittaa sitä, että unionin sääntelyn on oltava kaikkien ulottuvilla ja kaikkien ymmärrettävissä⁹⁷³. Periaate on, että säädösten julkaiseminen virallisessa lehdessä antaa yksityisille ja niille, joita asia koskee, mahdollisuuden tutustua säädösten sisältöön ja heillä on myös velvollisuus menetellä säädösten edellyttämällä tavalla. Unionin oikeudessa on lähdetty myös siitä ajatuksesta, että säädöksen virallisessa lehdessä julkaisemisen jälkeen kukaan ei voi enää vedota siihen, että ei tunne virallisen lehden ja siinä olleen säädöksen sisältöä.⁹⁷⁴ Yhdenvertaisuudesta yleisen lain tunnusmerkkinä on ollut puhtetta edellä.

Tapauksessa C-161/06 *Skoma-Lux* unionin asetusta oli sovellettu jäsenvaltiossa, vaikka sitä ei ollut julkaistu sen soveltamishetkellä unionin jäsenvaltion virallisella kielellä Euroopan unionin virallisessa lehdessä. Asetus oli kylläkin julkaistu internetissä, mutta internetiä ei ole unionin oikeudessa pidetty riittävänä tapana julkaista säädös. Kun tapauksessa oli oikeudellista epävarmuutta siitä, oliko unionin asetusta julkaistu asianmukaisella tavalla unionin jäsenvaltiossa vai ei, unionin tuomioistuimen suuren jaoston päätöksen mukaan unionin asetusta, joka oli unionin jäsenvaltiossa tehdyn hallinnollisen päätöksen perustana, tuli tutkia ja arvioida tässä suhteessa unionin jäsenvaltion tuomioistuimessa perusoikeusperusteilla (fundamental rights).⁹⁷⁵ Tässä tapauksessa säädös voitiin tutkia jäsenvaltiossa muutoksenhaun perusteella.

⁹⁷³ Joint Practical Guide, 2015, 10–11. Ks. myös aikaisempi yhteisen käytännön opas, 2003, 10.

⁹⁷⁴ Julkisasiamies Kokott, ratkaisuehdotus 18. syyskuuta 2007 asiassa C-161/06 *Skoma-Lux*, ECLI:EU:C:2007:525, kohta 21 ja siinä viitattu oikeuskäytäntö.

⁹⁷⁵ C-161/06 *Skoma-Lux* sro v. *Celni ředitelstvi Olomouc*, Kok. 2007 I 10841, ECLI: EU:C:2007:773, kohta 70 ja kohta 73. Myös julkisasiamies Kokott asiassa C-161/06 *Skoma-Lux*, ECLI:EU:C:2007:525, kohta 66 ja 74 sekä niissä viitattu oikeuskäytäntö.

Muutoksenhaku merkitsi perusoikeusnäkökohtien tutkimista tässä konkreettisesti asiassa. Kyse ei ollut säädöksen pätevyyden tutkimisesta.

Hypoteettisuuden ongelma

Euroopan unionin lainsäädännön järjestelmässä ennakkoratkaisupyynnöksi tulee esille unionin tuomioistuimessa yleensä silloin, kun unionin jäsenvaltiossa on esillä tiettyyn konkreettiseen yksittäiseen asiaan liittyvä asia. Käytännössä kysymys on yleensä siitä, että jäsenvaltion kansallisessa tuomioistuimessa esille nousseessa tapauksessa on tullut epäselvyyttä unionin toimielimen antaman ja jäsenvaltiossa yleensä jo voimaan saatetun säädöksen tai sen osan pätevyydestä⁹⁷⁶. Jäsenvaltiolla ei ole toimivaltaa tutkia unionin säädöksen pätevyyttä.

Joissakin tapauksissa ennakkoratkaisukysymys on tehty unionin tuomioistuimelle hypoteettisessa tilanteessa, mikä tarkoittaa sitä, että ennakkoratkaisukysymyksen kohteena ollutta unionin säädöstä ei ollut vielä saatettu muodollisesti voimaan jäsenvaltion kansallisessa oikeudessa. Tämä on ollut tilanne Yhdistynyttä kuningaskuntaa koskevassa ennakkoratkaisupyynnössä C-491/01 *The Queen v. Secretary of State for Health ex parte British American Tobacco*, jossa korkein oikeus (High Court of Justice, Queen's Bench Division, Administrative Court) on esittänyt varsinaisen pääasian yhteydessä ennakkoratkaisukysymyksen unionin direktiivin pätevyydestä ennen kuin kyseistä direktiiviä oli saatettu kansallisesti voimaan ja osaksi Yhdistyneen kuningaskunnan kansallista oikeusjärjestystä. Tutkittavaksi ottamista koskevassa väitteessä eräät unionin jäsenvaltiot vetosivat muun muassa siihen, ettei unionin tuomioistuimella ole toimivaltaa vastata jäsenvaltion ennakkoratkaisukysymykseen siinä tapauksessa, "jos kyseinen ongelma on luonteeltaan hypoteettinen", mikä tarkoittaa tässä tapauksessa sitä, ettei direktiivi ollut muodollisesti voimassa jäsenvaltion oikeusjärjestyksessä. Tässä tapauksessa direktiivin pätevyyttä tutkittiin, vaikka direktiiviä ei ollut saatettu muodollisesti voimaan jäsenvaltion kansallisessa oikeudessa kuitenkin sillä perusteella, että se oli muodollisesti voimassa olevaa oikeutta unionin oikeusjärjestyksessä.⁹⁷⁷

Muodollinen voimassaolo teoreettisena käsitteenä

Samalla kun *Kelsen* on määritellyt teoriassaan lain käsitettä, on *Kelsen* kehittänyt teoriaa normin voimassaolosta. *Kelsenin* käsitteet ovat normin muodollinen voimassaolo ja siihen liittyvä käsite oikeusnormin *pätevyys* oikeusjärjestyksessä. *Kelsenin* teoria tuntee myös *tehokkuuden käsitteen* yhtenä normin voimassaolon muotona. Tällainen tehokkuus on normin tosiasiallista noudattamista. Saattaa nimittäin olla myös niin, että muodollisesti voimassa olevaa lainsäädäntöä ei noudateta. Tällöin se ei ole tehokasta. *Wintgensin* mukaan *Kelsenin* teoria lain muodollisesta voimassaolosta ja normin pätevyydestä osoittaa sen, että lainsäädännön *tehokkuudesta* ja *vaikuttavuudesta* ei ole mahdollista sanoa mitään ennen kuin sitä on ollut määrä noudattaa käytännössä. Lainsäädännön *vaikutukset* ja esimerkiksi sen *hyödyt* ja *haitat* yhteiskunnassa voidaan todeta varmuudella vasta lainsäädännön muodollisen voimaantumisen jälkeen ja sitten, kun lainsäädäntöä on toimeenpantu ja sovellettu yksittäisiin konkreettisiin tapauksiin tai sitä ei ole noudatettu. On selvää, että modernin lainsäädäntöteoret-

⁹⁷⁶ Türk, 2010, 326–327; Türk, 2006, 184–185, unionin yleisesti sovellettavan normin käsite ei rinnastu kansallisvaltion lainsäädännön käsitteeseen.

⁹⁷⁷ C-491/01 *The Queen v. Secretary of State for Health ex parte British American Tobacco ja Imperial Tobacco et al.*, ECLI:EU:C:2002:741, Kok. 2002, I 11453, kohta 24 ja kohta 35 ja siinä viitattu käytäntö.

tisen tutkimuksen tulee pohtia lainsäädännön rationaalisuutta edistäviä metodeja kaikissa lainsäädännön prosessin vaiheissa, myös esilainsäädännöllisessä vaiheessa. Esilainsäädännöllisen vaiheen arvioihin liittyy kuitenkin monia varauksia siksi, että se on suunnittelua ja valmistelua tulevaisuuden asioista. Tästä on ollut puhetta edellä. Kirjallisuudessa on entistä useammin korostettu lainsäädännön jälkilainsäädännöllisen vaiheen merkitystä osana paremman lainsäädännön ja oikeusvaltiollisen laadun edistämistä. Lainsäädännöltä tulee edellyttää paitsi tehokkuutta, myös legitimiisyyttä ja hyväksyttävyyttä. Yksiselitteistä ei ole kuitenkaan se, mitä tehokkuus lainsäädännössä tarkoittaa. *Wintgensin* mukaan yksi lainsäädäntömetodinen keino, jolla oikeusvaltiollisuutta varmistetaan, on lainsäädännön jälkikäteinen rationaalisuuden valvonta (rationality review), jossa tuomioistuimien (tavallinen tai valtiosääntötuomioistuin) korjaa jo muodollisesti voimaan saatetun ja siten voimassa olevan lainsäädännön karkeimmat puutteet.⁹⁷⁸ Seuraavaksi tarkastelen metodisesti unionin säädösten oikeudellista jälkikäteistä normivalvontaa lainsäädännön metodina..

6.2 SÄADÖSTEN LEGITIIMISYYS

Edellä johdannossa olen määritellyt säädöksen legitimiisyyden liittyvän sääntelyn tavoitteisiin. Tärkeitä lainsäädännön metodisia normeja ovat tässä suhteessa unionin perussopimuksen artiklat säädösten oikeusperustoina sekä lainsäädäntöperiaatteet. Niiden arvioinnissa suurta merkitystä on lainsäädännön faktuaalisella ulottuvuudella.

6.2.1 Säädöksen legitimi tavoite ja tarkoitus

Oikeusperustan arvioinnin kiintopisteenä direktiivin tavoite, sanamuoto ja aikaisempi oikeuskäytäntö

Euroopan unionin tuomioistuin on vain hyvin harvoin kumonnut säädöksen tai edes sen osaa. Silti normivalvonnan tapaukset sisältävät tärkeitä lainsäädännön metodisia normeja. Sisämarkkinasääntelyä koskevassa tapauksessa C-376/98 *Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, jossa kanteen kohteena olleen niin sanotun mainontadirektiivin (98/43/EY) tavoitteena oli lähentää jäsenvaltioiden lainsäädäntöjä, unionin tuomioistuin kumosi unionin direktiivin. Tapauksen sääntely koski tupakkatuotteiden mainontaa ja sponsorointia koskevien jäsenvaltioiden sääntöjen lähentämistä. Se vähimmäisnormina koski alan mainonnan rajoittamista. Mainonnalla direktiivissä tarkoitetaan liiketoimintaan liittyvää viestintää, jonka tavoitteena on tupakkatuotteiden myyntiä edistävä vaikutus. Tapauksessa todetaan, että Euroopan unionin lainsäädäntö voi kohdistua periaatteessa mihin tahansa jäsenvaltion lainsäädännön alalla ilmenevään ”kaupan esteeseen”. Tässä tapauksessa, jossa on kyse unionin yhden liikkuvuuden muodon sääntelystä, unionin lainsäätäjän tulee harkita ja ottaa aina huomioon myös unionin jäsenvaltion ”yleinen etu”, jota tavoitellaan jäsenvaltion tasolla säädettävällä kansallisella lainsäädännöllä, sekä toiseksi *de minimis*-sääntö, joka merkitsee sitä, ettei unionin sääntely ole tarpeen antaa ”merki-

⁹⁷⁸ Wintgens, 2013, 24–30.

tyksettömien” kaupan esteiden poistamisen vuoksi. Tässä tapauksessa tuomioistuin totesi, ettei direktiivi ole omiaan poistamaan tuntuvia kilpailun vääristymiä.⁹⁷⁹

Mainitussa tapauksessa unionin tuomioistuimen ratkaisu, jossa se totesi unionin säädöksen mitättömäksi, perustui julkisasiamiehen esitykseen, ettei ”yhteisö” ollut toimivaltainen antamaan mainittua tupakkatuotteiden mainontakieltodirektiiviä, jonka ensisijainen tavoite perustui kansanterveyden edistämiseen, muun muassa direktiivin perustana käytetyn oikeusperustan perusteella⁹⁸⁰. Tuomioistuin säädöksen jälkikäteistä oikeudellista normivalvontaa harjoittaessaan toteaa, että sen tehtävänä on tutkia, pyritäänkö toimella, jonka pätevyys on riitautettu, *todellisuudessa niihin päämääriin, jotka unionin lainsäätäjät on ilmoittanut*. Tapauksen yhteydessä tuomioistuin toteaa, että tätä tuomioistuin tutkii ensi sijassa lainsäätäjän laatiman direktiivin *sanamuodoista ja aikaisemmasta oikeuskäytännöstä* käsin.⁹⁸¹

Tapauksessa on tärkeä huomata se, mistä käsin säädöksen pätevyyttä on arvioitu. Tässä tapauksessa sitä, mitä lainsäätäjät oli todellisuudessa tarkoittanut säätää, tutkittiin paitsi säädöksen tavoitteesta, myös säädöksen sanamuodosta ja aikaisemmasta oikeuskäytännöstä. Säädöksen oikeusperustaa ja perusteluvollisuutta tutkittiin tapauksessa säädöksen sanamuodosta käsin *oikeudellisena* kysymyksenä. Tuomioistuin perustelee oikeusperustan pätevyyttä unionin oikeuden *vakiintuneella oikeuskäytännöllä*. Sen mukaan direktiivin oikeusperustana ei voida käyttää kyseistä nyt käytettyä perussopimuksen artiklaa, jos hyväksyttävällä säädöksellä vasta *toissijaisesti* yhdenmukaistetaan markkinaolosuhteita. Kumotun direktiivin tavoite oli kansanterveyden edistäminen, joka sinänsä oli mahdollinen tavoite mutta kyseisen artiklan sanamuoto nimenomaisesti kielsi tällaisen yhdenmukaistamisen. Tuomioistuin tässä yhteydessä käytti perusteluissaan *objektiivis-teleologista* argumenttia eli arvioi säädöksen oikeusperustaa sekä *sanamuodosta* että *teleologisista* tavoitteista käsin sitä, mikä on unionin lainsäätäjän *todellisuudessa* ilmaisema direktiivin tarkoitus tai sen tavoittelema *järkevä politiikkatavoite*⁹⁸².

Edellä on viitattu perussopimuksessa määriteltyyn jäsenvaltion yleiseen etuun, mikä rajoittaa unionin lainsäätäjälle kuuluvaa toimivaltaa. Lainsäädännön lähentämisessä unionin jäsenvaltion *yleinen etu* ilmenee voimassa olevan Lissabonin sopimuksen SEUT 114 artiklan säännöksestä, ja se viittaa Lissabonin sopimuksen SEUT 36 artiklan sääntöön. Artikla SEUT 36 voi rajoittaa unionin lainsäätäjän toimivaltaa esimerkiksi unionin määrällisten rajoitusten sääntelyn yhteydessä *julkisen moraalien, yleisen järjestyksen tai turvallisuuden* perusteella. Artikla rajoittaa tällaista sääntelyä myös terveyden ja elämän suojelemisen, taiteellisen ja historiallisten tai arkeologisten kansallisaarteiden suojelemisen tai teollisen ja kaupallisen omaisuuden suojelemisen perusteella. Rajoitukset eivät saa kuitenkaan merkitä mielivaltaista syrjintää tai kaupan peiteltyä rajoittamista.

Asiassa C-376/98 *Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, jossa tuomioistuin totesi unionin säädöksen mitättömäksi, unionin säädös-

⁹⁷⁹ Julkisasiamies Fennelly, ratkaisuehdotus 15. kesäkuuta 2000, asiassa C-376/98 *Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2000:324, kohta 104.

⁹⁸⁰ Julkisasiamies Fennelly, ratkaisuehdotus 15. kesäkuuta 2000, asiassa C-376/98 *Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2000:342, kohta 181.

⁹⁸¹ C-376/98 *Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, Kok. 2000 I 08419, ECLI:EU:C:2000:544, kohdat 32 ja 33 sekä 34 ja 85 sekä 113.

⁹⁸² Beck, 2012, 126.

vallan perusteen arvioinnissa lähdettiin siitä, että *lainsäädännön lähentämistä tarkoittava käytetty harmonisointiartikla säädöksen oikeusperustana ei perustanut unionin lainsäätäjälle avointa valtakirjaa ja että artikla ei ole yleisen säädösvallan oikeusperusta*⁹⁸³.

Säädöksen oikeusperustan tutkiminen on tässä tapauksessa ollut ennen muuta oikeudellinen kysymys. Ajakohtana direktiivin perusteiksi ei ollut laadittu esimerkiksi evaluaatioita tai tutkimuksia ja siksi niihin ei ollut mahdollista vedota. Direktiivin taustalla tosin oli pitkä valmistelutyö. Tapauksen normivalvonnassa tuomioistuin keskittyi ennen muuta direktiivin sanamuotoon ja tavoitteisiin siinä, oliko lainsäätäjällä kyennyt tuomaan päätöksenteossaan esille sen, mikä direktiivin tarkoitus on todellisuudessa.

Tapauksessa C-376/98 *Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* suhteellisuusperiaatteen rikkomista koskevan väitteen yhteydessä tapauksessa viitattiin sellaisen *tutkimusaineiston puutteeseen*, joka todistaisi alan mainonnan olevan haitallista. Tapauksessa vedottiin direktiivin antamisen vasta-argumenttina kansainväliseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan *näyttöä* ei ole siitä, että kiellot olisivat johtaneet tupakan kokonaiskulutuksen alenemiseen.⁹⁸⁴

Asetuksen perustelun tosiasiallinen tietoperusta – empiirinen argumentti (socio-economic information) on lainsäädännön faktuaalisen ulottuvuuden kysymys

Säädösten jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan tapauksessa kumoamiskanteessa C-310/04 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan yhteisöjen neuvosto* Espanja esitti useita väitteitä unionin neuvoston antaman maatalouspolitiikan suorista tukijärjestelmistä säättävän asetuksen (N:o 1782/2003) muutosten laillisuudesta. Neuvoston asetus on luonteeltaan yleisesti sovellettavaa ja abstraktia sääntelyä. Asetukseen kohdistuneet väitteet koskivat unionin lainsäädännössä erimielisyyttä muun muassa siitä, mitä oli sovittu tällä sääntelyalalla ja tässä asiassa aikaisemmin laaditun erillisen jäsenvaltion (Kreikan) liittymisasiakirjan liitteenä olevan *pöytäkirjan* tavoitteissa unionin kyseisellä maatalouspolitiikan lainsäädännön alalla. Tässä tapauksessa pöytäkirjalla oli primäärioikeuden kaltaisen normiston oikeudellinen status. Neuvoston mukaan asetuksen tarkoittamalla uudella järjestelmällä ei muutettu aikaisemmin sovitun pöytäkirjan tarkoittamia olosuhteita maatalouden alalla. Tapauksessa Espanja kuitenkin väitti, että asetuksessa pöytäkirjan säännösten tavoitteet oli jätetty huomiotta. Lisäksi Espanja väitti, että neuvosto oli asetusta antaessaan *rikkonut velvollisuutta perustella* säädös. Säädöksen perustelut puuttuivat tai ne olivat puutteellisia. *Harkintavaltaa* oli käytetty väärin, ja *suhteellisuusperiaatetta* sekä *erityisesti luottamuksensuojan periaatetta* oli rikottu asetuksen antamisessa.⁹⁸⁵

Unionin tuomioistuin tutki ja punnitsi jokaista säädöksen antamiseen liittyvää väitettä oikeudellisen jälkikäteisen normivalvonnan menettelyssä. Tuomioistuin tarkasteli väitteitä myös yleisemmin Euroopan unionin oikeusjärjestyksen näkökulmasta.

⁹⁸³ Julkisasiamies Fennelly, ratkaisuehdotus asiassa C-376/98 *Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2000:324 ja asia C-74/99 *The Queen v. Secretary of State for Health ym., ex parte Imperial Tobacco Ltd. ym.*, ECLI:EU:C:2000:547, kohta 62 ja 89. Fennelly viittaa titaanioksiditapaukseen C-300/89 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*, ECLI:EU:C:1991:244, Kok. 1991 02867, kohta 23.

⁹⁸⁴ Julkisasiamies Fennelly, ratkaisuehdotus asiassa C-376/98 *Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2000:324, kohta 48.

⁹⁸⁵ Julkisasiamies Sharpston 16. maaliskuuta 2006 asiassa C-310/04 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2006: 179, kohta 3.

Tuomioistuimen mukaan uuden asetuksen käsitteet eivät olleet ristiriidassa pöytäkirjan käsitteiden kanssa. Perusteluvollisuudesta unionin tuomioistuin toteaa, että kun kyse on yleisesti sovellettavaksi tarkoitetusta toimenpiteestä, riittää, kun perusteluissa osoitetaan kokonaistilanne, joka johti toimen antamiseen, ja ne yleiset tavoitteet, joihin toimella pyritään. Tässä yhteydessä tuomioistuin on toistuvasti todennut, että jos yleisesti sovellettavasta toimesta käy pääosin ilmi toimielimen tavoittelema päämäärä, olisi kohtuutonta vaatia, että erilaiset tekniset valinnat perustellaan erikseen. Väitetyn harkintavallan väärinkäytön osalta tuomioistuin lausuu, että asetuksen N:o 864/2004 päämääränä on ollut välttää primäärioikeuden alaan kuuluvien määräysten rikkomista. Mainittu pöytäkirja, joka perussopimuksen normeihin liitettynä on primäärioikeuteen rinnastuvaa normistoa, myös sallii neuvostolle harkintavaltaa. Tuomioistuin viittaa luottamuksensuojan periaatteen yhteydessä myös niihin odotuksiin, joita taloudellisilla toimijoilla on markkinajärjestelyjen alalla. Tässä tapauksessa niitä ei katsottu loukatun.⁹⁸⁶

Tuomioistuin tutki yksityiskohtaisesti Espanjan väitettä suhteellisuusperiaatteen rikkomisesta. Sillä on tässä tapauksessa erityistä merkitystä lainsäädäntöperiaatteen arvioitaessa Euroopan unionin lainsäätäjän harkintavallan käyttöä. Euroopan unionin tuomioistuin (tuolloin yhteisöjen tuomioistuin) toteaa tässä asiassa, että näissä olosuhteissa

*”— neuvosto asetuksen N:o 864/2004 antajana ei ole osoittanut yhteisöjen tuomioistui-
messa, että tällä asetuksella käyttöön otettu puuvillan uusi tukijärjestelmä toteutettiin
tosiasiallisesti sen harkintavallan rajoissa, mikä merkitsee kaikkien käsiteltävänä olevan
asian kannalta merkityksellisten seikkojen ja olosuhteiden huomioon ottamista —”.*

Oikeudellisen normivalvonnan näkökulmasta tärkeä termi sitaatissa on ”tosiasiallisesti”, joka tässä asiassa liittyy unionin uuden asetuksen (N:o 1782/2003) antajana toimineen neuvoston harkintavallan käyttöön. Unionin tuomioistuin korostaa tässä tapauksessa lainsäätäjän harkintavallan käytön ”tosiasiallisuutta” ja sitä, että neuvosto ei ole lainsäätäjänä ottanut huomioon päätöksenteossaan riittävästi asiassa merkityksellisiä seikkoja ja olosuhteita. Siitä unionin tuomioistuimen mukaan seuraa, että

*”— yhteisöjen tuomioistuin ei voi yhteisön toimielinten esittämien tietojen perusteella
tutkia, onko yhteisön lainsäätäjä voinut ilman, että se on ylittänyt sille tässä asiassa
myönnetyn laajan harkintavallan rajoja, päätyä —”*

annetun kaltaiseen päätökseen. *Tosiasiallisuus tässä asiassa viittaa siihen päättelyyn, miten lainsäätäjä on päässyt päätöksenteossaan kyseisen sääntelyn tavoitteeseen.* Tapauksessa C-310/04 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto* komissio väliintulijana ja neuvosto olivat perustelleet abstraktin ja yleisesti sovellettavaksi tarkoitetun asetuksen antamista ja erityisesti sen tietoperustaa *taulukolla*, jossa oli *vertailevaa tietoa tukijärjestelmistä*. Lainsäätäjän mukaan asetuksen tietoperusta perustui tutkimustietoon ja ennusteisiin. Tosiasiallisesti asetuksen antamisen perusteiksi oli siten laadittu taulukko, jossa sääntelyalan tietoja *vain* vertailtiin. Edellä on käynyt selville, että unionin lainsäädännön prosesseissa lainsäädäntömetodina käytetään paitsi vaikutustenarvi-

⁹⁸⁶ C-310/04 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, Kok. 2006, tuomio 7. syyskuuta 2006, ECLI:EU:C:2006:521, kohdat 20, 53 ja 58 viittauksineen sekä 59 viittauksineen ja kohdat 72, 73 ja 74 sekä kohta 81.

ointia myös metodisesti hyvin erilaista tutkimustiedon tuottamista. Komissio ei ollut tämän säädöksen antamisen yhteydessä laatinut vaikutustenarviointia. Tuomioistuin toteaa tässä, että unionin lainsäätäjälle on kyseisellä politiikka-alalla ja myös tutkittavana olevan säädöksen oikeusperustan nojalla annettu laajaa harkintaa sallivia ”poliittisluonteisia tehtäviä”. Tuomioistuin arvioi tästä näkökulmasta, sisältyykö asetuksen antamiseen ”ilmeinen virhe” ja onko ”harkintavaltaa käytetty väärin” ja onko kysymyksessä oleva viranomaisen eli tässä tapauksessa neuvosto unionin lainsäätäjänä ”selvästi ylittänyt harkintavaltansa rajat”. Yleisesti oikeasuhtaisuuden arviointi edellyttää, ettei lainsäätjä ylitä rajoja, jotka ovat tarpeellisia lainmukaisesti tavoiteltujen päämäärien toteuttamiseksi, ja toiseksi, jos päämäärien toteuttamiseksi on olemassa useita tarkoituksenmukaisia keinoja, on niistä valittava vähiten pakottava. Oikeasuhtaisuuden arviointi edellyttää myös sen arviointia, ovatko keinoista aiheutuvat haitat liian suuria tavoiteltuihin päämääriin nähden. Keinona valitun toimenpiteen ei edellytetä olevan ainoa tai paras mahdollinen. Kumotuksi se voi tulla vain, jos se on *ilmeisen soveltumaton*. Kun tuomioistuin arvioi keinoina käytettyjen toimenpiteiden soveltuvuutta asetuksen tavoitteisiin ja päämäärään nähden, se tässä tarkastelussaan toteaa, että unionin lainsäätjä ei ollut laatinut asetuksen antamisen perusteiksi sellaista tutkimusta, jolla olisi voitu selvittää asetuksen *sosioekonomisia vaikutuksia* kyseisellä alalla. Tuomioistuin totesi, ettei se voi tässä asiassa asianmukaisen tietoperustan puuttumisen vuoksi tutkia sitä, onko unionin lainsäätjä ilman näitä lainsäädännön päätöksenteossa edellytetyjä tietoja voinut päätyä asetuksen tavoitteeseen muuten kuin ylittämällä lainsäätäjälle kuuluvan harkintavallan rajat.⁹⁸⁷

Tapauksessa C-310/04 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto* unionin tuomioistuin *kumosi* unionin neuvoston antaman säädöksen eli tässä tapauksessa neuvoston asetuksella säädetyt lisäykset pätemättöminä, koska säädöksen perustana ei ollut riittävää tietoperustaa, joka olisi ollut tosiasiallisesti havaittavissa. Euroopan unionin tuomioistuin ei riittämättömän tietoperustan vuoksi voinut selvittää sitä, mitä Euroopan unionin lainsäätjä oli tosiasiallisesti tarkoittanut säätää asetuksella.⁹⁸⁸

Tuomioistuimen perusteluissa olennaista on siten tiedon riittämättömyys asetuksen *sosioekonomisista* vaikutuksista ja siitä johtuva vaikeus arvioida *tosiasiallisesti* unionin asetuksen tavoitetta. Kyse on unionin lainsäädännön faktuaaliseen ulottuvuuteen liittyvästä tiedosta. Tällainen lainsäädännön tiedollinen peruste ja evidentialinen argumentti on oikeuskirjallisuudessa ja tuomioistuinten toiminnan yhteydessä määritelty *empiiriseksi argumentiksi*. Argumentti lainsäädännön ja oikeudellisen jälkikäteisen normivalvonnan yhteydessä liittyy säädöksen tosiasioihin, lainsäädännön kohteena olevan toimintaan ja asiointiloihin sekä lainsäädännön perustana olevaan tietoon, jota lainsäädäntömetodeissa yleensä tuotetaan yhteiskuntatieteiden menetelmillä mutta joissakin tapauksissa myös esimerkiksi luonnontieteen menetelmillä⁹⁸⁹. Lainsäädännön metodeista on ollut puhetta edellä tässä tutkimuksessa.

Empiirinen argumentti liittyy tyypillisesti päätöksenteon perusteluun asioissa, joissa on kyse teleologisesta eli tavoitteellisesta harkinnasta ja niin sanotusta kon-

⁹⁸⁷ C-310/04 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, Kok. 2006, tuomio 7. syyskuuta 2006, ECLI:EU:C:2006:521, kohdat 91 ja 92 sekä 93 ja 94 sekä 96 ja 97, kohta 103 ja 105 sekä 112 ja 133 sekä 134 ja 135 ja tuomiolauselma.

⁹⁸⁸ Asia 310/04 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, tuomio, kohdat 91 ja 92 ja 93 ja 94 sekä 134 ja 135.

⁹⁸⁹ Beck, 2012, 128, viittaa tässä yhteydessä Robert Alexyyn.

sekventiaalisesta eli toimen seurauksiin liittyvästä harkinnasta⁹⁹⁰. Lainsäädäntöteoreettisesti empiirinen argumentti vastaa lainsäätäjän harkintaa lähinnä siinä, kun se tarkastelee säädettävän lainsäädännön oletettuja syy-seuraussuhteita esimerkiksi sääntelyn interventioogiikkaviitekehelyksessä.

Tapaus osoittaa sen, että Euroopan unionin lainsäädännön prosessissa säädöksen tietoperustaan liittyvä metodi ja tosiasiallisen tiedon hankinta on tärkeää. Vaikka siihen liittyy paljon erilaista tiedollista epävarmuutta, on sitä unionin tuomioistuimen mukaan oltava *riittävästi* sen arvioimiseksi, miten lainsäätäjä on ”todellisuudessa” päättänyt säädöksen antamiseen. Ellei *evidence-based*-tyyppistä tietoa ole riittävästi säädösten perusteena, voi siitä seurata, että säädös kumotaan.

Edellä luvussa neljä olen määritellyt säädöksen tietoperustaa retrospektiivisen ja prospektiivisen evaluaatiometodin ja monitoroinnin avulla, myös ongelmapuun, ongelmamäärittelyiden, *baseline*-tiedon eli sääntelyn lähtökohtametodien sekä sääntelyn interventioogiikkaviitekehelyksen avulla. Lainsäädännön prosessin tosiasiallinen tietoperusta edellyttää sekä laadullisia että määrällisiä metodeja. Käytännössä Euroopan unionin tuomioistuin arvioi säädöksen faktuaalisen ulottuvuuden tosiasiallista täyttymistä lainsäädäntömetodien perusteella. Tapauksessa säädöksen *sosioekonomiset* perustelut ovat tärkeitä lainsäädännön faktuaalisen ulottuvuuden ja siten lainsäädännön aineellisten politiikkamuotoilujen perusteita, joita yleensä tuotetaan lainsäädännön esilainsäädännöllisessä vaiheessa, *ex post*- ja *ex ante*-evaluaatiometodien keinoin. Tiedonhankinnan keinoina ovat myös tutkimus ja erilaiset vaikutustenarvioinnit tai ennusteet.

6.2.2 Kiellot ja rajoitukset – säädösten keinojen oikeasuhtaisuus on sekä faktuaalisen että oikeudellisen ulottuvuuden kysymys

Kun Euroopan unionissa annetaan lainsäädäntöä, kuten esimerkiksi tupakkadirektiivin tai sähkö tupakkadirektiivin kaltaista sisämarkkinasäätelyä, kytkeytyy annettava lainsäädäntö aina Euroopan unionin perussopimuksen tarkoittamiin tavoitteisiin sekä toimivaltaan, jota unionin lainsäätäjällä on Euroopan unionin perussopimuksen puitteissa. Ennakkoratkaisupyynnössä C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Ltd* tutkittiin jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämistä tarkoittavan unionin direktiivin (2014/40/EU) 20 artiklan pätevyyden tutkimista. Direktiivi säätää tupakkatuotteiden ja vastaavien tuotteiden, kuten sähkösavuketuotteiden, valmistusta, esittämistä ja myyntiä. Pillbox on nostanut asiassa kanteen tuomioistuimessa, ja High Court of Justice (Wales and England) pyytää asiassa ennakkoratkaisua unionin tuomioistuimelta kysymyksistä, joita ovat direktiivin sähkösavukkeiden valmistajiin tai vähittäismyyjiin kohdistuvat velvoitteet ja niissä erityisesti suhteellisuusperiaatteen rikkominen, yhdenvertaisuuden periaatteen rikkominen ja kilpailun vääristäminen sekä toissijaisuusperiaatteen rikkominen, samoin kuin sähkösavukkeiden valmistajien tai vähittäismyyjien ja perusoikeuskirjan 16 artiklan ja 17 tarkoittamien oikeuksien loukkaaminen.⁹⁹¹

⁹⁹⁰ Beck, 2012, 128.

⁹⁹¹ C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Limited, High Court of Justice (England Wales)* ennakkoratkaisupyynnö, tuomioistuimen ratkaisu 4.5.2016, ECLI:EU:C:2016: 324, kohdat 10 ja 11 sekä kohdat 12 ja 13.

Esimerkiksi Euroopan parlamentin ja neuvoston tavallisessa lainsäätämisyksessä antaman tupakkadirektiivin (2014/40/EU) johdanto-osan mukaan direktiivin tarkoitus on

”tupakkatuotteiden ja vastaavien tuotteiden sisämarkkinoiden moitteettoman toiminnan helpottaminen lähtökohtana varsinkin nuorten korkeatasoinen terveyden suojelu, sekä neuvoston suositusta 2003/54/EY noudattaen jäsenvaltioita olisi kannustettava estämään tällaisten tuotteiden myynti lapsille ja nuorille ja toteuttamaan asianmukaisia toimenpiteitä, joilla asetetaan ja sovelletaan ikärajoituksia”.

Kyseisen direktiivin säätämisen tarvetta ja siinä säädettyjä velvoitteita on perusteltu säädösten jälkikäteisessä oikeudellisessa normivalvonnassa unionin tuomioistuimessa *ennalta varautumisen periaatteen* perusteella. Unionin lainsäädännön sykli nimittäin aina edellyttää säätämisen tarpeellisuutta (necessity). Lisäksi säädökseen kirjoitettavat velvoitteet ja rajoitukset, kuten kieltoäännöt, tulee perustella unionin lainsäädännössä. Tupakkatuotteiden ja sähkösavukkeita säätävän direktiivin pätevyys tutkimisen yhteydessä ennakkoratkaisussa C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Ltd* ”ennalta varautumisen periaatteen” käsitteen määrittämällä tarkoitettavan *lainsäätäjän hallussa olevaa tietoa ja tieteellistä näyttöä alalta*. Unionin tuomioistuimen mukaan tässä tapauksessa *ennalta varautumisen periaatetta* ja direktiiviin kirjoitettuja nimenomaisia kieltoääntöjä nimenomaisesti puoltaa se, että tällaisella sääntelypolitiikan alalla on mahdotonta määrittää varmasti sähkö tupakkatuotteisiin liittyvä vaaran olemassaolo ja merkittävyys.⁹⁹²

Kanteessa vedottiin myös siihen, että direktiivin sääntely ei ole oikeasuhteista ja että siitä puuttuu vaikutustenarviointi. Tuomioistuimen mukaan alalla käydään keskustelua terveyshaitoista puolesta ja vastaan niin, että haittojen perusteiksi vedotaan useisiin tutkimuksiin ja tieteellisiin selvityksiin. Näyttö eräistä tieteellisissä tutkimuksissa esitetyistä sähkö tupakkatuotteiden väitetyistä hyödyistä verrattuna tupakkatuotteisiin on kuitenkin rajallista niin, että varmoja tai luotettavia johtopäätöksiä on mahdotonta tehdä.⁹⁹³

Direktiivi ja *ennalta varautumisen periaate* liittyy faktuaalisen tiedon epävarmuuteen

Tapauksessa C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Ltd* *ennalta varautumisen periaate* tarkoittaa sitä, että on mahdotonta määrittää varmasti sähkö tupakkatuotteisiin liittyvä vaaran olemassaolo ja sen merkittävyys ja sen vuoksi kieltoäännöt myös ovat perusteltuja.⁹⁹⁴ Kyseisen direktiivin antamista ja sen edellyttämiä velvoitteita on perusteltu *ennalta varautumisen periaatteen* perusteella siksi, että sen alalta ei ole olemassa riittävästi tieteellistä varmaa tietoa. Tuomioistuimen mukaan *ennalta varautumisen periaatetta* ja direktiivin kieltoääntöjä puoltaa se, että on mahdotonta määrittää varmasti sähkö-

⁹⁹² C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Limited, High Court of Justice (England Wales)*, kohta 55. Ks. myös julkisasiamies Kokott, ratkaisuehdotus 23. joulukuuta 2015 asiassa C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Limited, High Court of Justice (England Wales)* ennakkoratkaisupyynnö, ECLI:EU:C:2015:854.

⁹⁹³ C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Limited, High Court of Justice (England Wales)*, tuomio, kohdat 41 ja 43.

⁹⁹⁴ C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Limited, High Court of Justice (England Wales)*, kohta 55. Ks. julkisasiamies Kokott, ratkaisuehdotus 23. joulukuuta 2015 asiassa C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Limited, High Court of Justice (England Wales)* ennakkoratkaisupyynnö, ECLI:EU:C:2015:854.

tupakkatuotteisiin liittyvä vaaran olemassaolo ja merkittävyys.⁹⁹⁵ Kun tuomioistuin arvioi direktiivin yhteydessä suhteellisuusperiaatteen noudattamista, se viittaa tupakkatuotteisiin ja myös sähkösavukkeisiin liittyvään *vaikutusarviointiin*. Siinä todetaan sähkösavuketuotteiden kohdalla ”kansallisia oikeudellisia järjestelmiä koskevaan epävarmuuteen” niin, että jotkin jäsenvaltiot rinnastavat ne lääkinällisiin tuotteisiin, toiset taas kieltävät ne, jotkin eivät sääntele niitä lainkaan. Vaikka tässä yhteydessä hyödynnetty vaikutusarviointi ei koskenut nimenomaisesti tätä direktiivin vaan eräitä muita kysymyksiä, ei sillä ollut merkitystä arvioitaessa sääntelyn *rajoituksia* suhteellisuusperiaatteen tai oikeusvarmuuden kannalta. Perusteluna oli, että unionin lainsäätäjä on ottanut nyt tutkittavan direktiivin säätämisen yhteydessä huomioon laajan tieteellisen näytön ja sidosryhmien arviot.⁹⁹⁶

Alan lainsäädäntöä perustellaan myös jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen välisillä eroilla. Tuomioistuin totesi siitä, että lainsäädännössä ei ole rikottu toissijaisuusperiaatetta ja toimenpiteet on voitu siksi toteuttaa paremmin unionin elimissä oikeusjärjestelmien erojen vuoksi ja siksi, että unionin jäsenvaltioiden lainsäädännössä oli eroja.⁹⁹⁷

Unionin lainsäädännöllä on mahdollista rajoittaa perusoikeuksia *yleisen edun* vuoksi. Tuomioistuimen mukaan *elinkeinovapautta*, samoin kuin *omaisuudensuojan oikeutta*, voidaan oikeuksina rajoittaa sen mukaan, mikä *tehtävä* niillä on yhteiskunnassa. Oikeuksiin voidaan puuttua eri tavoin julkisen vallan toimilla, joilla voidaan yleisen edun vuoksi rajoittaa taloudellisen toiminnan harjoittamista. Rajoitettaessa perusoikeuskirjan perusoikeuksia on tässä harkinnassa noudatettava perusoikeuskirjan 52 artiklan kohdan mukaan suhteellisuusperiaatetta rajoitusperiaatteena niin, ettei rajoituksella kosketa suojan keskeiseen sisältöön ja että sääntely on legitiimiä ja tarpeellista.⁹⁹⁸ Tarkastelen perusoikeusrajoituksia yksityiskohtaisemmin jäljempänä lainsäädännön hyväksyttävyyden kysymyksenä.

Unionin tuomioistuin tutki tapauksessa *C-477/14 Pillbox 38 (UK) Ltd* mainittuja väitteitä ja totesi, ettei direktiivi ole pätemätön myöskään *yhdenvertaisen kohtelun* ja *vapaan kilpailun* estymistä koskevien väitteiden osalta. Unionin lainsäätäjä on voinut soveltaa sähkökupakkatuotteisiin erilaista sääntelyä kuin tavallisiin tupakkatuotteisiin. Perusteluna on, että niiden käyttötapa on erilainen. Sähkösavuketuotteiden sääntely on kuitenkin luonteeltaan lievempää kuin tupakkatuotteiden. Direktiivin sääntelytavan eroa perustellaan sillä, että sähkösavuketuotteet on uusi tuotelaji, ”joiden riskit ihmisten terveydelle on vielä tarkennettava”.⁹⁹⁹

Unionin tuomioistuin direktiivin säännöksiä normivalvonnassa arvioidessaan tukeutui paitsi oikeudellisiin perusteluihin *oikeusperustasta* myös *empiiriseen argumenttiin*. *Empiiristä argumenttia* tuomioistuin käytti kun se arvioi saatavilla olevaa sekä *esilainsäädännöllisessä* että *lainsäädännöllisessä* vaiheessa käytettyä *tieteellistä tietoa terveyshaitoista*, joista direktiivi säätää. Tuomioistuin arvioi terveyshaittoihin liittyvää

⁹⁹⁵ C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Limited*, High Court of Justice (England Wales), tuomio, kohta 55. Ks. julkisasiamies Kokott asiassa C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Limited*, High Court of Justice (England Wales) ennakkoratkaisupyyntö, ECLI:EU:C:2015:854.

⁹⁹⁶ C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Limited*, High Court of Justice (England Wales), tuomio, kohta 57.

⁹⁹⁷ C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Limited*, High Court of Justice (England Wales), tuomio, kohta 130.

⁹⁹⁸ C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Limited*, High Court of Justice (England Wales), tuomio, kohta 157 ja kohdat 158 ja 159 ja 164.

⁹⁹⁹ C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Limited*, High Court of Justice (England Wales), tuomio, kohta 50 ja kohta 53.

tiedon riittävyttä ja sääntelyn kohteena oleviin terveyshaittoihin liittyviä direktiivin velvoittavia ja rajoittavia säännöksiä.¹⁰⁰⁰

Tässä tapauksessa sähkökupakkatuotteiden *haittoja* verrataan tupakkatuotteisiin tieteellisen tiedon perusteella. Tässä yhteydessä arvioidaan erityisesti *suhteellisuusperiaatteen* perusteella sääntelyn velvoitteiden ja rajoitusten oikeasuhtaisuutta. Tuomioistuin arvioi sääntelyä *ennalta varautumisen periaatteen, suhteellisuusperiaatteen ja julkisen yleisen edun* perusteella. Tuomioistuin arvioi, että unionin direktiivillä voidaan rajoittaa *hyväksyttävällä tavalla yleisen edun* vuoksi perusoikeuksia, kuten tässä tapauksessa omaisuuden suojan oikeutta ja elinkeinovapauden oikeutta.

Unionin lainsäädännön tietoperustana käytetään hyvin usein tutkimustietoa. Tutkimustietoa tuotetaan eri tavoin, ja tutkimuksissa on voitu esittää myös tietyn sääntelyalan suosituksia tehtyjen havaintojen perusteella.¹⁰⁰¹ Tutkimustieto voi olla peräisin erityisiltä tutkimustiedon tuottamista varten perustetuilta tutkimusorganeilta.

Esimerkiksi ravintolisäaineiden alan lainsäädännössä käytetään perustana tietoa, joka perustuu tiedeviranomaisten arvioon ravintolisäaineiden eräiden ainesosien vakavista terveyshaitoista. Tapausta C-154/04 *The Queen, ex parte: Alliance for Natural Health ja Nutri Link Ltd v. Secretary of State for Health* unionin tuomioistuimessa jälkilainsäädännöllisessä vaiheessa tutkittaessa todettiin, että puheena olleiden ainesosien turvallisuudesta ei ole saatavilla *riittäviä ja asianmukaisia* tietoja.¹⁰⁰²

Tapauksessa C-154/04 ja C-155/04 *Nutri-Link* unionin tuomioistuin tutki direktiivin pätevyyttä *suhteellisuusperiaatteen* perusteella siinä, ylittävätkö unionin direktiivin *toimenpiteet* sen, mitä unionin perussopimuksen *tavoitteen* toteuttaminen edellyttää¹⁰⁰³. Direktiivin rajoituksia ja kieltojä suhteellisuusperiaatteen perusteella arvioitaessa viitataan nimenomaisesti *ennalta varautumisen periaatteeseen*. Tässä tapauksessa se tarkoittaa sitä, että lainsäädäntöä valmistevilla ja alan toimivaltaisilla viranomaisilla ei ole *rajoitusten ja kieltojen* kohteina olevista ravintolisien ainesosista *riittävästi tieteellistä tietoa*¹⁰⁰⁴. Unionin tuomioistuimen mukaan tässä tapauksessa ei ilmennyt yhtäkään seikkaa, joka olisi omiaan vaikuttamaan direktiivin kieltoja ja rajoituksia säättävien säännösten pätevyteen.¹⁰⁰⁵

Tiedollinen epävarmuus perustelee unionin lainsäädäntöön kirjoitettuja kieltoja ja rajoituksia. Tuomioistuin tarkastelee asiassa C-154/04 ja C-155/04 *Nutri-Link* väitettä *yhdenvertaisuusperiaatteen* rikkomisesta saman periaatteen mukaan kuin esimerkiksi tapauksissa C-210/03 *Swedish Match v. Secretary of State for Health* sekä C-434/02 *Arnold André v. Landrat des Kreises Herford*. Se perustelee sitä niin, että ravintolisien ainesosiin, joista ei ole vielä olemassa toimivaltaisten viranomaisten hallussa *tieteellistä tietoa*,

¹⁰⁰⁰ Beck, 2012, 128.

¹⁰⁰¹ www.europarl.europa.eu/document/activities

¹⁰⁰² C-154/04 *The Queen, ex parte: Alliance for Natural Health ja Nutri Link Ltd v. Secretary of State for Health*, Kok. 2005 I 06452, ECLI:EU:C:2005:449, kohta 52 ja kohta 67.

¹⁰⁰³ C-154/04 *The Queen, ex parte: Alliance for Natural Health ja Nutri Link Ltd v. Secretary of State for Health*, tuomio, kohta 111.

¹⁰⁰⁴ C-154/04 *The Queen, ex parte: Alliance for Natural Health ja Nutri Link Ltd v. Secretary of State for Health*, tuomio, kohta 68.

¹⁰⁰⁵ C-154/04 *The Queen, ex parte: Alliance for Natural Health ja Nutri Link Ltd v. Secretary of State for Health*, tuomio, kohta 138 ja Euroopan yhteisön tuomioistuimen suuren jaoston päätös.

voidaan kohdistaa rajoituksia *ennalta varautumisen periaate* huomioiden ilman, että kyseessä on yhdenvertaisen kohtelun periaatteen loukkaaminen.¹⁰⁰⁶

Säädösten legis-lingvistisillä vaatimuksilla on yhteys faktuaaliseen tietoon

Direktiivin perusteluvollisuutta koskevan rikkomisväitteen tutkimisen yhteydessä unionin tuomioistuin viittaa unionin vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, jossa on määritelty perusteluvollisuuden tehtävä ja luonne sekä perusteluvollisuuden arvioinnin tapaan samalla tavoin kuin aiemmissa tapauksissa C-210/03 *Swedish Match v. Secretary of State for Health* sekä C-434/02 *Arnold André v. Landrat des Kreises Herford* edellä. Unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan unionin toimielimen perusteluvollisuuden laajuus riippuu siitä, minkälaisesta toimesta on kyse. Silloin kun kyseessä ovat soveltamisalaltaan ”yleiset toimet riittää, että perusteluissa osoitetaan yhtäältä kokonaistilanne, joka johti toimen antamiseen, ja toisaalta ne yleiset tavoitteet, joihin toimella pyritään”. Merkille pantavaa on, että tuomioistuin tutki tässä yhteydessä myös sitä, oliko kyseisen direktiivin liitteenä oleva tiettyjä kiellettyjä aineita konkretisoiva ”positiivinen luettelo” sisällöllisesti riittävä ja hyväksyttävä. Täyttääkö se direktiivin tarkoittamaa ”turvallisuutta ja hyväksikäytettävyyttä” koskevat perusteet?¹⁰⁰⁷

Kyse on käytännössä siitä, onko tällainen säädös, jonka liitteenä on luettelo, oikeusohjeena riittävän tehokas ja täyttääkö se oikeusvaltiollisuuden edellyttämät erityisesti formaalin legislaation alaan kuuluvat legis-lingvistiset vähimmäisvaatimukset.

Asian C-154/04 ja C-155/04 *Nutri-Link* tapauksessa, joka oli unionin tuomioistuimen suuren kokoonpanon ratkaisu, Euroopan unionin tuomioistuin kiinnittää huomiota direktiivin liitteenä olevan ns. ”positiivisen luettelon” kiellettyjä aineita konkretisoivaan luetteloon tutkimalla, olisiko se tullut *sijoittaa itse säädöstekstiin eikä säädöksen liitteeksi* siten kuin nyt on tehty. Tuomioistuimen mukaan direktiivissä olisi tullut lisäksi *rajata* se toimivalta ja tapa, jolla komissio ”voi” toimivaltansa perusteella myös muuttaa positiivisten luetteloiden sisältöä. Nimittäin direktiiviin on sisällytetty säännöksiä siitä, että aineiden, kuten ravintolisäaineiden, osien ns. positiivisen luettelon sisältöä voidaan muuttaa tieteen ja teknologian kehityksen edetessä. Tämä unionin tuomioistuimen mukaan edellyttää objektiivisten perusteiden ilmaisemista ja sääntelyn täsmällisyyttä.¹⁰⁰⁸

Tuomioistuin tutki tässä yhteydessä säädösten normivalvonnan tapauksessa direktiivin pätevyyttä myös ”siirretyn toimivallan” näkökulmasta ja lopulta totesi, ettei tässä asiassa kyse ole siirretyn toimivallan käyttämisestä. Tässä yhteydessä unionin tuomioistuin nimenomaisesti viittaa unionin lainsäädännön valmistelun laatua määrittäviin ja sitä varten laadittuihin yhteisiin suuntaviivoihin¹⁰⁰⁹. Tämä merkitsee käytännössä sitä, että tuomioistuimen mukaan unionin lainsäätäjän olisi tullut noudattaa tarkemmin unionin lainsäädäntöohjetta.

¹⁰⁰⁶ C-154/04 *The Queen, ex parte: Alliance for Natural Health ja Nutri Link Ltd v. Secretary of State for Health*, tuomio, kohdat 115 ja 116.

¹⁰⁰⁷ C-154/04 *The Queen, ex parte: Alliance for Natural Health ja Nutri Link Ltd v. Secretary of State for Health*, tuomio, kohta 62.

¹⁰⁰⁸ C-154/04 *The Queen, ex parte: Alliance for Natural Health ja Nutri Link Ltd v. Secretary of State for Health*, tuomio, kohta 92.

¹⁰⁰⁹ Euroopan parlamentin, neuvoston ja komission toimielinten välinen sopimus 22. joulukuuta 1998, EVYL 1999, C 73, 1.

Pitkälti samasta asiasta on kysymys myös tapauksessa C-14/10 *Nickel Institute*. Siinä voittoa tavoittelematon järjestö oli esittänyt kansallista työ- ja eläkeasioiden viranomaista (*Secretary of State for Work and Pensions*) vastaan kaksi laillisuuskannetta, joiden kohteena oli Yhdistyneen kuningaskunnan aikomus panna toimeen unionin direktiivejä. Yhdistyneen kuningaskunnan korkein oikeus (*Hight Court of Justice*) teki ennakkoratkaisukysymyksen unionin tuomioistuimelle siitä, ovatko vaarallisista aineista annettuun direktiiviin ja sen liitteisiin sisällytetyt eräät luokitukset päteviä ja onko direktiivin liite, jota mukautetaan tekniikan ja tieteen kehityksen perusteella, pätevä. Kyse ennakkoratkaisukysymyksessä oli siitä, onko säädöksen liitteen eräissä luokittelussa tehty riittäviä arvioita ja onko luokitusten hyväksymistä perusteltu. Alustavana huomautuksena unionin tuomioistuin toteaa, että unionin viranomaisilla on laaja harkintavalta niiden arvioidessa monitahoisia tieteellisiä ja teknisiä tosiseikkoja niiden toimenpiteiden luonteen ja ulottuvuuden määrittämiseksi, joihin ne ryhtyvät. Unionin tuomioistuimen tehtävänä on valvoa ainoastaan, että tätä harkintavaltaa käytettäessä ei ole tehty *ilmeistä virhettä*, ettei harkintavaltaa ole käytetty *väärin* tai etteivät viranomaiset ole *selvästi ylittäneet* harkintavaltansa rajoja. Tuomioistuin toteaa, että tällaisessa asiayhteydessä *unionin tuomioistuimet eivät voi omalla tieteellisillä ja teknisillä tosiseikkoja koskevalla arvioinnillaan korvata toimielinten arviointia siksi, että perussopimuksessa tämä tehtävä annetaan vain näille toimielimille*. Nimittäin kuten edellisissä tapauksissa ja tässä tapauksessa, direktiivien perustaksi ja esimerkiksi vaarallisten aineiden luokitteluksi ei ollut saatavilla riittävästi tieteellistä tietoa. Tuomioistuin toteaa, että unionin tuomioistuin on tässä yhteydessä katsonut, että toimen perustelujen on sisällyttävä itse toimeen ja että toimen antajan on annettava perustelut. Vaadittavien perustelujen taso vaihtelee. Perusteluvollisuuden täyttymistä on puolestaan arvioidava asiaan liittyvien olosuhteiden perusteella, ja näitä ovat muun muassa toimen sisältö, esitettyjen perustelujen luonne ja se tarve, joka on niillä, joita toimi koskee suoraan ja erikseen. Vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee, että silloin, kun on kysymys ”soveltamisalaltaan yleisistä toimista”, riittää, että perusteluissa osoitetaan kokonaistilanne, joka johti kyseisen toimen antamiseen, ja ne tavoitteet, joihin toimella pyritään. Unionin tuomioistuin tässäkin asiassa toteaa, että ”on kohtuutonta vaatia, että erilaiset tekniset valinnat perustellaan erikseen, jos toimen tavoitteleva päämäärä ilmenee” toimesta. Ennakkoratkaisupyynnönä esitettyssä normivalvonnassa, joka oli välivaihe, kansallinen tuomioistuin tekee asiassa lopullisen ratkaisun siitä, onko sääntely asianmukaista ympäristön ja ihmisten terveyden suojelun näkökulmasta.¹⁰¹⁰

Kun ennakkoratkaisuissa tai kanteissa vaatimukset liittyvät säädösinstrumenttien osiin tai rakenteeseen, kuten asiassa C-154/04 ja C-155/04 *Nutri-Link* ja C-14/10 *Nickel Institute* tai esimerkiksi delegoituun säädösvallan käyttöön, lainsäädännön prosessin jälkilainsäädännöllisessä vaiheessa tutkitaan pitkälti samoja asioita kuin perinteisen formaalin legistiikan alaan kuuluva lainsäädäntömetodi edellyttää. Jaottelu formaaliin ja materiaalliseen legistiikkaan ei ole kuitenkaan yksiselitteinen. Tapausten arvioinnissa yleensä on ollut suurempaa merkitystä lainsäädännön faktuaalisella ulottuvuudella, kuten tieteellisen tiedon riittävyydellä niiden antamisen perusteina.

¹⁰¹⁰C-14/10 *Nickel Institute v. Secretary of State for Work and Pensions*, ECLI:EU:C:2011:503, Kok. 2011 I 06609, kohta 54 ja 60, kohta 99 sekä 97 ja 98 sekä 99.

Direktiivin oikeusperusta on myös oikeudellisen ulottuvuuden kysymys

Edellä on havaittu, että säädösten oikeusperustan määrittelyssä suurta merkitystä oikeudellisen ulottuvuuden lisäksi on lainsäädännön faktuaalisella ulottuvuudella eli tosiasiallisilla perusteilla.

Kynnys kumota unioni säädös pätemättömänä on korkea. Tapauksessa C-377/98 *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, jossa kanneperusteina oli eräiden muiden perusteiden ohella säädöksen virheellinen oikeusperusta, tuomioistuin tutki säädöksen oikeusperustaa ja määritteli tässä tarkoituksessa direktiivin tavoitteen pääsisältöä ja totesi säädöksen useista tavoitteista sen pääsisällön määräävän säädöksen oikeusperustan. Tapauksessa C-377/98 *Alankomaat v. Euroopan parlamentti ja Euroopan neuvosto* tuomioistuin tutki oikeusperustaa aikaisemman oikeuskäytännön perusteella tarkastelemalla säädöksen tavoitetta *systemisen argumentin* ja *teleologis-purposiivisen argumentin* perusteilla oikeudellisen ulottuvuuden kysymyksenä tukeutumalla perussopimuksen normeihin ja lainsäätäjän säädökselle asettamaan tavoitteeseen unionin oikeusjärjestyksessä.¹⁰¹¹

Tapaus C-301/06 *Irlanti v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* on kumoamiskanne, jossa tutkittiin Euroopan unionin tuomioistuimessa sähköisen viestinnän alan sääntelyn palveluiden liikennetietoja säilyttämään velvoittavan unionin direktiivin (2006/24/EY) laillisuutta. Kyseisellä säädöksellä oli tarkoitus muuttaa yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla annetun unionin direktiivin (2002/58/EY) säännöksiä.

Kyseessä on sama unionin tietoyhteiskuntasääntelyyn liittyvä direktiivi, jota ollaan uudistamassa edellä tutkimuksessa puheena olevalla *ePrivacy*-asetusehdotuksella.

Edellä tutkimuksessa olen viitannut siihen, että säädösten perusteluvaatimus on unionin lainsäädännön yksi erityispiirre. Olennaista unionin teleologisessa lainsäädännössä on se, että perustelun kohde on säädösten tavoite ja tarkoitus. Tapauksessa C-301/06 *Irlanti v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* kumoamiskanteen väitteen perusta oli, ettei perussopimuksen artikla 95 EY ole kyseisen unionin direktiivin asianmukainen oikeusperusta. Tapauksessa Irlannin väite oli, että kyseinen artikla ei, samoin kuin ei muukaan tuon ajankohdan EY-sopimuksen artikla, sovellu kyseisen säädöksen oikeusperustaksi. Irlanti nimittäin katsoi, että direktiivin *ainoana tai toissijaisesti pää- tai keskeisenä tarkoituksena on edesauttaa vakavan rikollisuuden ja terrorismin tutkintaa, selvittämistä ja syyteharkintaa*. Väitteen huomio oli siten unionin direktiivin tarkoituksessa eli tavoitteessa. Mainittu perussopimuksen artikla EY 95 on niin sanottu sisämarkkina-artikla, jonka avulla edistetään sisämarkkinatavoitteita. Irlannin mukaan ainoa asianmukainen direktiivin oikeusperusta tässä tapauksessa on Euroopan unionin sopimuksen VI osasto, ”Määräykset poliisiyhteistyöstä ja oikeudellisesta yhteistyöstä rikosasioissa”. Perussopimuksen artikla 95 EY edellyttää, että unionin säädöksen pääpaino on unionin sisämarkkinoiden toimintaa hyödyttävässä jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisessä. Irlannin mukaan tämän direktiivin tavoitteessa ei ole kyse sellaisesta vaan sen sijaan vakavan rikollisuuden ja terrorismin torjunnasta.¹⁰¹²

Unionin tuomioistuin ei kumonnut esitetyn väitteen perusteella kyseistä unionin direktiiviä. Tuomioistuin tutki kyseisen direktiivin johdanto-osan, joka unionin lain-

¹⁰¹¹ Beck, 2012, 126–127 ja 203.

¹⁰¹² Julkisasiamies Bot, ratkaisuehdotus asiassa C-301/06 *Irlanti v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, Kok. 2009 I 00593, ECLI:EU:C:2008:558, kohdat 40 ja 41 sekä 42 ja 43, myös 44 ja 45 ja 46 sekä 47.

säädännössä sisältää lainsäädännön valmisteluun liittyviä tietoja. Tuomioistuin tutki johdanto-osan perustelukappaleiden perusteella direktiivin antamisen lähtökohdat ja päätyi siihen, että lainsäätäjät oli määritellyt direktiivin tavoitteeksi niiden jäsenvaltion kansallisten lakien ja määräysten erojen poistamisen, jotka koskevat sähköisen viestinnän alan palvelujen tarjoajien suorittamaa tietojen säilyttämistä. Johdanto-osan perustelukappaleiden perusteella kävi selville, että unionin jäsenvaltiot olivat säädöstä antaessaan huomanneet, että sähköiseen viestintään liittyvät tiedot olivat tehokas tapa selvittää ja torjua rikoksia, mukaan lukien terrorismi. Siksi unionin lainsäätäjät antoi direktiivin tavoitteena asettaa velvollisuuksia sähköisen viestinnän alan palveluiden tarjoajille kyseisten liikennetietojen säilyttämiseksi. Säädöksen seuraus oli, että tietojen säilyttämisvelvoitteesta aiheutui taloudellisia kustannuksia alan palveluiden tarjoajille. Jäsenvaltioiden lainsäädännöissä oli eroja. Kansallisten tuomioistuinten tuomioissa, joita oli annettu säilytettävien tietojen luonteesta ja muun muassa säilytysajasta, oli eroja. Euroopan unionin tuomioistuimen argumentti tässä tapauksessa unionin direktiivin normivalvonnan yhteydessä oli, että nämä *erot, joita oli sähköiseen viestintään liittyvien tietojen säilyttämisestä annettujen kansallisten säännösten välillä, olivat omiaan vaikuttamaan suoraan sisämarkkinoiden toimintaan*. Lisäksi lainsäädännön erojen vaikutuksen voitiin ennakoida pahentuvan. Tuomioistuimen argumentti direktiivin oikeusperustaa koskevassa kysymyksessä oli, että se ei sisällä määräyksiä poliisiyhteistyöstä tai oikeudellisesta yhteistyöstä eikä esimerkiksi yhdenmukaista toimivaltaisten kansallisten lainvalvontaviranomaisten tiedonsaantioikeutta eikä myöskään yhdenmukaista tietojen käyttöä ja vaihtoa näiden viranomaisten välillä, vaan direktiivin aineellinen sisältö koskee pääasiallisesti palveluiden tarjoajien toimintaa sisämarkkinoiden alalla, *eikä se siten ole valtion toimintaa*, joka kuuluu edellä mainitun perussopimuksen VI osaston soveltamisalaan.¹⁰¹³

Unionin tuomioistuin perusteli direktiivin oikeusperustaa erityisesti *systemisellä argumentilla*. Se tarkoittaa tässä yhteydessä sitä, että perussopimuksen EU VI osaston poliisi ja oikeudellinen yhteistyö oikeusperustan vaihtoehtona unionin ajankohdan sopimusrakenteessa sulkeutuu pois sillä perusteella, että kyseinen osasto sisälsi määräyksiä valtion toiminnasta¹⁰¹⁴. Tuomioistuin suuressa kokoonpanossa myös katsoi, että koska asiassa ei ollut kyse perusoikeusluottuvuudesta tai seikoista, jotka olisivat koskeneet unionin jäsenvaltioihin kohdistuvan rikosoikeudellisen sääntelyn alaa, vaan kyse oli unionin sisäiseen toimivaltaan rajoittuvasta kysymyksestä, ei sääntely loukannut jäsenvaltioiden toimivaltaa.¹⁰¹⁵

Nyt puheena oleva direktiivi sisälsi tuomioistuimen mukaan määräyksiä, jotka kohdistuivat sähköisen viestinnän alan palveluiden tarjoajiin sisämarkkinoilla, eivät siten valtion. Tätä seikkaa tuomioistuin perusteli *geneettisen argumentin* yhden variaation eli *objektiivis-teleologisen argumentin* perusteella eli lain säätämisen ajankohtana historiallisen lainsäätäjän omaksuman intention eli aikeena olevan tarkoituksen tai perustellun politiikkatavoitteen perusteella¹⁰¹⁶.

Tuomioistuimen argumentti, joka tuki kyseisen direktiivin pätevyyttä, oli, että kyseisen direktiivin aineellinen sisältö liittyi erityisesti palveluiden tarjoajien toimintaan

¹⁰¹³ C-301/06 *Irlanti v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, suuren jaoston tuomio, Kok. 2009 I 00593, ECLI:EU:C:2009:68, kohdat 66 ja 67 sekä 68 ja 69 sekä 71 ja 84 sekä 92.

¹⁰¹⁴ Beck, 2012, 127, systeminen argumentti.

¹⁰¹⁵ C-301/06 *Irlanti v. Parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, kohdat 56 ja 84 sekä 95.

¹⁰¹⁶ Beck, 2012, 126.

sisämarkkinoilla, minkä vuoksi oikeusperustan nimenomaan täytyi olla perussopimuksen artikla 95 EY. Merkille pantavaa on, että kyseinen direktiivi on saatettu uudelleen tutkittavaksi tapauksessa yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights*. Tarkastelen tapausta erikseen jäljempänä.

6.2.3 Säädöksen vaikutukset (impact evaluations and economic effects) liittyvät lainsäädännön tehokkuusperiaatteeseen

Tapaus C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd ym. v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* on Yhdistyneen kuningaskunnan tuomioistuimen esittämä ennakkoratkaisupyyntö, joka on tehty perussopimuksen SEUT 267 artiklan perusteella. Tässä tapauksessa pääasian kantajat olivat riitauttaneet ensin unionissa annetun asetuksen perusteella toimeenpannun säädöksen unionin jäsenvaltion eli Yhdistyneen kuningaskunnan tuomioistuimessa *judicial review*-menettelyssä. Kyseessä on matkpuhelinverkkovierailuista vuonna 2007 annettu asetus *Mobile Roaming Regulations 2007*. Mainitulla kansallisella säädöksellä oli pantu täytäntöön tietyt unionin lainsäätäjän antaman asetuksen (N:o 717/2007) säännökset Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Tässä asiassa pääasian kantajat väittivät, että kyseinen Euroopan unionin parlamentin ja neuvoston perussopimuksen artiklan EY 95 nojalla antama asetus ei ole pätevä. Kansallinen tuomioistuin päätti lykätä asian käsittelyä ja esitti unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymyksen unionissa yleisesti sovellettavaksi tarkoitetun abstraktin asetuksen oikeusperustan pätevydestä sekä suhteellisuus- ja toissijaisuusperiaatteen noudattamisesta. Tapauksessa on kysymys unionin asetuksen pätevyyden tutkimisesta jäsenvaltion tuomioistuimen tekemän ennakkoratkaisukysymyksen perusteella. Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus on annettu lainsäädännön lähentämistä määräävän sisämarkkina-artiklan (EY 95, SEUT 114) perusteella. Tässä tapauksessa unionin asetusta on käytetty unionin jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen lähentämisen välineenä. Asiallisessa mielessä asetus liittyy televiestintäalaa ja sähköisten viestintäverkkojen ja -palveluiden alaa säättävään tietoyhteiskunnan sääntelyn politiikka-alueeseen.¹⁰¹⁷

Tuomioistuin tutki asetuksen oikeusperustaa ja totesi sen olevan perussopimuksen mukainen, mikä tarkoittaa sitä, että unionin lainsäätaja on voinut säätää asetuksen perussopimuksen EY 95 artiklan perusteella. Perussopimuksen artikla EY 95 määrää unionin oikeudessa jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen lähentämisestä tällä alalla, ja asetuksen tosiasiallinen tarkoitus on parantaa *sisämarkkinoiden toimintaa koskevia edellytyksiä*.¹⁰¹⁸ Unionin tuomioistuimen mukaan kyseisen perussopimuksen artiklan määräyksen (EY 95, nykyisin SEUT 114) käyttö oikeusperustana on mahdollista myös silloin, kun unionin oikeusjärjestyksessä pyritään ehkäisemään sellaisten *kaupan esteiden syntymistä, jotka aiheutuvat kansallisten lainsäädäntöjen eriytymisestä*. Tällaisten esteiden syntymisen on kuitenkin oltava *todennäköistä*, ja unionissa annettavien säädösten

¹⁰¹⁷ C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd ym. v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Divisionin, Administrative Court), ennakkoratkaisupyyntö, Yhdistynyt Kuningaskunta, tuomioistuimen tuomio, suuri jaosto, 8. kesäkuuta 2010, Kok. 2010 I 04999, ECLI:EU:C:2010:321, kohdat 29, 30 ja 31.

¹⁰¹⁸ C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd ym. v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, tuomio, kohta 38 ja kohdat 46–48.

tarkoituksena on oltava kaupan esteiden *ehkäiseminen* vaikuttamalla lainsäädännöllä siihen, etteivät kansalliset lainsäädännöt eriydy.¹⁰¹⁹

Toissijaisuusperiaate tavoitteiden ja vaikutusten arvioinnin välineenä

Keskustelua lainsäädännön tehokkuusperiaatteesta on käyty tapauksessa C-58/08 *The Queen, on the application of Vodafone Ltd and Others v. Secretary of State Business, Enterprise and regulatory Reform*. Siinä arvioidaan toissijaisuusperiaatteen perustalta lainsäädännössä omaksutun yhteisen lähestymistavan ”vaikutuksia” sekä arvioidaan suhteellisuusperiaatteen perustalta lainsäädännön ”hyöty- ja haitta-argumentteja” taloudellisina ”vaikutuksina” sääntelyn kohteille. Tuomioistuimen suuren jaoston tuomion perustelun mukaan mainitulla asetuksella televiestintäalan ja sähköisten viestintäverkkojen ja -palveluiden alaa säättävällä politiikka-alueella käyttöön otetun yhteisen lähestymistavan ”vaikutusten” takia sääntelyn tavoite voitiin toteuttaa paremmin [yhteisön] tasolla kuin jäsenvaltioissa.¹⁰²⁰

Arvio siten oli, että sääntelyä voitiin yhteisen lähestymistavan tavoitteen saavuttamiseksi ja ”vaikutusten” takia toteuttaa paremmin unionin, tuolloin yhteisön, tasolla kuin unionin jäsenvaltioissa. Kyse tässä perustelussa on harkinnasta, joka liittyy toissijaisuusperiaatteen noudattamiseen unionin lainsäädäntöperiaatteena. Tärkeä elementti tässä tapauksessa ovat unionin sääntelyn *tavoitteet* ja *tavoitellut vaikutukset*, joita oli selvitetty lainsäädännön prosessin kuluessa *vaikutusarvioinnin* keinoin. Tässä tapauksessa yhteiseen lähestymistapaan liittyvät tavoitellut ”vaikutukset” asiallisessa mielessä liittyvät sekä viestinnän sääntelyalan tukkuhintojen että vähittäishintojen arviointeihin ja sääntelyyn unionissa.¹⁰²¹

Julkisasiamies ennakkoratkaisukysymyksistä antamassaan ehdotuksessaan pohtii, että vähittäishintojen sääntely voisi olla seikka, josta myös jäsenvaltioiden kansalliset sääntelyviranomaiset voisivat vastata. Periaatteessa se olisi mahdollista. Toisaalta koska kyse on rajat ylittävästä taloudellisesta sääntelystä, joka jättää unionin jäsenvaltioille myös liikkumavaraa, julkisasiamiehen mukaan kansallisten viranomaisten toimeenpano voisi olla sääntelyalalla hidasta ja asetuksen toimeenpano näin ollen tehotonta.¹⁰²² Julkisasiamiehen ehdotuksen tavoin unionin tuomioistuin arvioi toissijaisuusperiaatteen noudattamista asetuksessa niin, että unionin lainsäätävä saattoi tässä tapauksessa legitimiä sääntelyn yhteisen lähestymistavan *vaikutusten* takia, ja asetuksen tavoite huomioiden, toteuttaa sääntelyn tavoitteita *paremmin* unionin tasolla annettavalla asetuksella.¹⁰²³

Asetuksen oikeusperustan perusteluissa tuomioistuimen käyttämä argumentti on luonteeltaan oikeuskirjallisuudessa tavoitteelliseksi argumentiksi määritelty *teleologinen* eli säädöksen tarkoitusta painottava argumentti. Samaan aikaan tuomioistuin ot-

¹⁰¹⁹ C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd ym. v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, tuomio, kohta 33 ja asia *Saksa v. parlamentti ja neuvosto*, tuomio 12.12.2006, 38 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen sekä asia C-301/06, *Irlanti v. parlamentti ja neuvosto*, tuomio, kohta 64.

¹⁰²⁰ C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd et. al v. Secretary of State for Business*, tuomio, kohdat 2 ja 75 ja 77 ja 78 sekä 79.

¹⁰²¹ C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd et. al v. Secretary of State for Business*, tuomio, kohdat 2 ja 75 ja 77 ja 78 sekä 79.

¹⁰²² Julkisasiamies Maduro, ratkaisuehdotus 1. lokakuuta 2009, asiassa C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd ym. v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, ECLI:EU:C:2009:596, kohta 34.

¹⁰²³ C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd ym. v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, Kok. 2010 I 04999, ECLI:EU:C:2010:321, ks. kohta 75 ja kohdat 77–79.

taa huomioon *systemisen argumentin* niin, että säädöksen oikeusperustaa perustellaan unionin oikeusjärjestyksen kokonaisuuden perustalta (konsistenssin ja koherenssi) ja keskeisellä sisämarkkinoiden toimintaedellytysten varmistamisella ja asetuksen tavoitteisiin liittyvillä vaikutusten edistämisellä. Toisen argumenttitypologian perusteella tällaista argumentointitapaa voidaan kuvata myös *kontekstuaaliseksi harmonisoinniksi*, joka ottaa asetuksen säännösten merkitysten ohella huomioon laajemman sääntelymateriaalin niin loogisesti kuin teleologisesti.¹⁰²⁴

Tämä *kontekstuaalis-harmonisoiva* argumentti on omaksuttu lainsäädännön määrittelytapana myös unionin toissijaisuusperiaatteen perustelussa, jossa säädösvallan käyttöä unionin tasolla perustellaan edellä mainituilla ”yhteisen lähestymistavan vaikutuksilla”. Kyse on yksinkertaisesti siitä, että sääntelyä harjoitetaan jäsenvaltioiden sijaan unionin tasolla. Oikeudellisesti arvioiden oikeuskirjallisuudessa toissijaisuusperiaate on määritelty lähinnä toimivallan ”rajoitusperiaatteeksi”¹⁰²⁵.

Tässä perustelussa on otettu huomioon lainsäädännön tavoitteiden vaikutukset eli lainsäädännön faktuaalinen ulottuvuus ja siihen liittyvä *teleologisen* sääntelyn teleologisen rationaalisuuden ”logiikka” ja se toissijaisuusperiaatteen perustelu, että tavoitellut vaikutukset saavutettaisiin paremmin unionin asetuksella ja unionin tasolla. Edellä tutkimuksessa olen tarkastellut unionin esilainsäädännöllisen vaiheen lainsäädäntömetodista ”kieltä” eli evaluaatiometodisia kriteereitä, jotka ovat tärkeitä lainsäädännön vaikutusten ja tehokkuusperiaatteen arvioinnissa.

Toissijaisuusperiaatteella on monia merkityksiä

Euroopan unionin toimielimet ovat jo 1990-luvulla sopineet keskenään erillisellä päätöslauselmalla toissijaisuusperiaatteen soveltamisesta Euroopan unionin sisäisissä toimissa¹⁰²⁶. Lissabonin sopimuksen (SEU) 5 artiklan neljännen kohdan sanamuotoa on täsmennetty kuulumaan siten, että ”– – unionin toiminnan sisältö ja muoto eivät saa ylittää sitä, mikä on tarpeen perussopimusten tavoitteiden saavuttamiseksi”. Toissijaisuusperiaatteen tehtävänä unionin oikeusjärjestyksessä on toimia unionin toimivaltaa rajoittavana eli restriktiivisenä periaatteena¹⁰²⁷. *Toissijaisuusperiaatteen* noudattamista on arvioitu 1990-luvun lopulla tuomioistuimessa Euroopan unionin perussopimuksen tarkoittamalla tavalla unionin toimivallan *rajoitusperiaatteena*.¹⁰²⁸ Toissijaisuusperiaatteen yhteydessä tarkastellaan myös unionin sääntelyn tarpeellisuutta. Sääntelyn *tarpeellisuusnäkökohdista* käsin yksi perustelu säädösten normivalvonnan tapausaineistossa on, että sisämarkkinoiden toimintaa pitää varmistaa estämällä ennakolta eri jäsenvaltioiden oikeussääntöjen ja käytäntöjen poikkeaminen sääntelyalalla. Direktiivin kaltaisella sääntelyinstrumentilla on usein tarkoitus poistaa olemassa olevia lainsäädäntöjen ja käytäntöjen eroja perusteluna se, että sääntelyn ei olisi voitu saavuttaa jäsenvaltion omilla toimilla.¹⁰²⁹ Tällaisesta jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen lähentämisestä on ollut kyse unionin tietosuojadirektiivin (2002/58/EY) sääntelyssä, jossa sen 1 artikla säätelee sen soveltamisalaa ja tavoitetta. Sen mukaan direktiivin

¹⁰²⁴ Ks. Beck, 2012, 126 ja 130, myös 207–210.

¹⁰²⁵ Beck, 2012, 202–203.

¹⁰²⁶ European Parliament, Resolution of 17 November 1993— A3-0356/93.

¹⁰²⁷ Beck, 2012, 195.

¹⁰²⁸ Beck, 2012, 126–127 ja 203.

¹⁰²⁹ C-377/98 *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* 14. kesäkuuta 2001, Kok. I 07079, ECLI:EU:C:2001:523, kohdat 17 ja 27 ja 28 sekä 33 ja 37 ja kohdat 38 ja 48.

tavoitteena on ollut yhdenmukaistaa ne jäsenvaltion säännökset, joita tarvitaan samantasoisien perusoikeuksien ja -vapauksien, erityisesti yksityisyyttä koskevan oikeuden, suojan varmistamiseksi henkilötietojen käsittelyssä sähköisen viestinnän alalla sekä tällaisten tietojen ja sähköisten viestintälaitteiden ja -palveluiden vapaan liikkuvuuden varmistamiseksi yhteisössä. Sääntelyä on uudistettu ja uudistetaan esimerkiksi käyttämällä unionin yleisellä tietosuojasetuksella ([EU] 2016/679) ja *ePrivacy*-asetusehdotuksella. Kyse on ollut ennen muuta sääntelytarpeen oikeudellisen ulottuvuuden tarkastelusta. *Toissijaisuusperiaate* unionin lainsäädäntöperiaatteena voi edellyttää monia asioita unionin lainsäädännössä. Edellä olen viitannut siihen, että lainsäädäntöperiaatteita määrävä perussopimuksen pöytäkirja lainsäädäntöperiaatteista edellyttää hyvin erilaista ja laajaa lainsäädäntöesitysten vaikutusten arviointia. Tapausaineistosta käsin voidaan havaita, että toissijaisuusperiaatetta voidaan perustella lainsäädännön periaatteena eri ulottuvuuksista käsin, myös *faktuallisen ulottuvuuden* ja erityisesti *lainsäädännön tehokkuuden* arvioinnin kysymyksenä.

Toissijaisuusperiaate on määritelty unionin lainsäädäntöperiaatteeksi, jonka avulla arvioidaan erityisesti unionin lainsäädännön lisäarvoa (value-add) unionin kansalaisille¹⁰³⁰. Lisäarvo on yksi lainsäädännön tehokkuusperiaatteen elementti, kun unionin lainsäädännön vaikutuksia arvioidaan käytännössä.

Unionin lainsäädännössä toissijaisuusperiaatteen noudattamista tutkitaan ajallisesti ennen suhteellisuusperiaatetta. Toissijaisuusperiaatteen tehtävänä on määrätä, ryhdytäänkö unionin tasolla säädösesityksen tarkoittamaan toimenpiteeseen vai ei. Ajatuksena lainsäädännön prosessin vaiheessa on, että suhteellisuusperiaatetta sovelletaan vasta sen jälkeen, kun unionin toimi on todettu toissijaisuusperiaate huomioiden tarpeelliseksi. Suhteellisuusperiaate ja toissijaisuusperiaate eroavat toisistaan siinä, että toissijaisuusperiaatetta ei lähtökohtaisesti sovelleta unionin yksinomaisen toimivallan alueella. Suhteellisuusperiaatetta sovelletaan unionin lainsäädäntötoimiin aina ja riippumatta siitä, minkälaisesta unionin toimivallasta on kyse. Kun toissijaisuusperiaate määrittää, ryhdytäänkö unionin säädösesityksen mukaisiin lainsäädännön antamisen toimiin, suhteellisuusperiaate edellyttää toimen soveltamisalan tarkempaa tutkimista (proportionality defines scope). Toissijaisuusperiaate ja suhteellisuusperiaate ovat velvoittavia perussopimukseen perustuvia lainsäädäntöperiaatteita, jotka pitää ottaa huomioon unionin lainsäädännössä poliittisen normivalvonnan yhteydessä jo unionin lainsäädännön valmistelun vaiheessa.¹⁰³¹

Tehokkuusperiaate ja vaikutusten hyöty-haittaperustelu

Normivalvonnan tapauksessa C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd ym. v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* on tutkittu yleisesti ja sellaisenaan sovellettavan asetuksen sääntelyä. Asetuksen antamisessa on tukeuduttu laajoihin vaikutustenarviointeihin. Unionin esilainsäädännöllisessä vaiheessa on pyritty selvittämään sekä prospektiivisillä vaikutustenarvioinneilla, *ex ante* sekä sen yhteydessä toteutetulla retrospektiivisellä vaikutustenarvioinnilla, *ex post* asetuksen vaikutuksia. Olen tarkastellut evaluaatiometodia ja vaikutuksen käsitettä edellä. Tässä tapauksessa C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd et al. v. Secretary of State for Business* asetusehdotuksen

¹⁰³⁰ Commission Staff Working Document, Better Regulation Guidelines, Brussels, 7 July 2017, SWD(2017)350, 13.

¹⁰³¹ Ks. julkisasiamies Léger asiassa C-84/94 *Yhdistyneet Kuningaskunnat v. Euroopan unionin neuvosto*, 12. maaliskuuta 1996, ECLI:EU:C:1996:93, ehdotuksen kohta 126, työaikadirektiivi, ks. myös kohta 127, C-84/94 *Yhdistyneet Kuningaskunnat v. Euroopan unionin neuvosto*, Kok. 1996 I 05755, ECLI:EU:C:1996:431.

antamisen perusteiksi komissio oli tehnyt kattavan tutkimuksen sääntelyn vaikutusten arvioinnista, ja komissio on sen perusteella tutkinut yksityiskohtaisesti sääntelyn vaihtoehtoja ja myös taloudellisia vaikutuksia. Asetuksen antamisen tavoiteltua päämäärää ja sen toteuttamista perustellaan laadituilla vaikutusten arvioinneilla, joissa on arvioitu sekä sääntelyn taloudellista hyötyä että myös haittaa.¹⁰³²

Koska tapauksessa C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd et al. v. Secretary of State for Business* asetuksen säätäminen merkitsi myös haitallisia seurauksia eli käytännössä epäedullisia taloudellisia seurauksia sääntelyn kohteena oleville, tutkittiin unionin asetuksen säännösten pätevyyttä unionin tuomioistuimessa väitetyn suhteellisuusperiaatteen rikkomisen perusteella. Suhteellisuusperiaatteen noudattaminen tulee yleensä arvioitavaksi säädösten jälkikäteisessä oikeudellisessa normivalvonnassa silloin, kun säädöksestä seuraa haittaa, kuten rajoituksia sääntelyn kohteille¹⁰³³. Tässä tapauksessa unionin asetus merkitsi alan toimijoille (yritykset) tukkuhintakatkoa, myös vähittäishintakatkoa sekä alan toimijoiden veloitetta tiedottaa näistä verkkovierailuasiakkailla unionissa. Unionin tuomioistuimen suuri jaosto oikeudellisen normivalvonnan menettelyssä tässä asiassa toteaa, että suhteellisuusperiaatteesta johtuvien

”edellytysten noudattamista koskevasta tuomioistuinvalvonnasta on todettava, että yhteisön lainsäätäjällä on sille myönnetyn toimivallan käyttämisessä laaja harkintavaltta aloilla, joilla sen toiminnalta edellytetään sekä poliittisten että taloudellisten tai sosiaalisten valintojen tekemistä ja joilla sen on suoritettava monitahoisia arviointia”.

Vaikka unionin lainsäätäjälle on osoitettu laajaa harkintavaltaa, on lainsäätäjän perustettava valintansa objektiivisiin kriteereihin. Tuomioistuimen mukaan unionin lainsäätäjän on mahdollisiin eri toimenpiteisiin liittyvien vaatimustensa arvioinnissa tutkittava suhteellisuusperiaatteen perusteella, ovatko valitulla toimenpiteellä tavoiteltavat päämäärät omiaan oikeuttamaan tiettyjen toimijoiden osalta jopa huomattavatkin epäedulliset taloudelliset seuraukset. Tuomioistuin toteaa suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta, että unionin lainsäätäjä ei ole tässä tapauksessa antaessaan sääntelyä mainituista hinnoista ylittänyt harkintavallan rajoja.¹⁰³⁴

Unionin asetuksen antamisen tavoiteltua päämäärää ja siihen liittyviä haittoja perustellaan laadittujen vaikutustenarviointien perusteella taloudellisella hyödyllä ja haitalla. Tässä tapauksessa unionin asetusehdotuksen antamisen perusteiksi laadittu tutkimus sääntelyn vaikutusten arvioinnista ja komission sen perusteella tutkimat sääntelyn vaihtoehdot ja tarkoittamat erityyppiset taloudelliset vaikutukset ja tariffointivaikutusten vertailut olivat tuomioistuimen mukaan riittäviä asetuksen arvioimisen tietoperustaksi. Asetuksen säätämistä ja siihen liittyviä haittoja legitimoivat se, että vähittäishintojen tariffikattojen käyttöönotolla ajateltiin voitavan suojata kuluttajia korkeilta hinnoilta.¹⁰³⁵

¹⁰³² C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd et al. v. Secretary of State for Business*, ennakkoratkaisupyynnö, Yhdistynyt Kuningaskunta, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio, suuri jaosto, 8. kesäkuuta 2010, Kok. 2010 I 04999, ECLI:EU:C:2010:321, kohdat 52, 53, 55 ja 69–71.

¹⁰³³ C-233/94 *Saksan Liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja unionin neuvosto*, Kok 1997 I 02405, ECLI:EU:C:1997:231, kohta 57.

¹⁰³⁴ C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd et al. v. Secretary of State for Business*, tuomio, kohdat 52, 53, 55 ja 69–71.

¹⁰³⁵ C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd et al. v. Secretary of State for Business*, tuomio, kohdat 52, 53, 55 ja 60 sekä 69–71.

Lenaerts tutkiessaan tapausta C-58/08 *The Queen, on the application of Vodafone Ltd and Others v. Secretary of State Business, Enterprise and regulatory Reform* arvioi, miten unionin tuomioistuin soveltaa suhteellisuusperiaatetta, ja toteaa, että unionin tuomioistuin ei jättänyt arvailujen varaan (second guessing) unionin lainsäätäjän tekemiä aineellisia valintoja (substantive choices). Tuomioistuimen arvioinnissa tärkeää on, että unionin lainsäätäjällä oli asetusta antaessaan tutkinut perusteellisesti siihen liittyvät tosiasiat (done their work properly) ja unionin tuomioistuin vaati lainsäätäjää myös näyttämään, että se oli ottanut huomioon erilaiset asiaan liittyvät intressit. Tässä suhteessa suurta merkitystä oli komission valmisteluaineistolla myös sen osoittamisessa, että säädöstä annettaessa oli otettu huomioon erilaisia sääntelyvaihtoehtoja.¹⁰³⁶

Jälkikäteisessä tuomioistuimen harjoittamassa säädösten jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan hyöty-haittaperusteluissa vaikutusten arviointiin liittyvät näkökohdat ovat *empiirisiä argumentteja*. Argumenttien typologiassa hyöty-haittaperustelu on määritelty myös *ekstra-legaliseksi evaluatiiviseksi* argumentiksi¹⁰³⁷. Lainsäädäntöteoreettiselle kielelle käännettynä faktuaalisessa ulottuvuudessa kyse on erilaisen lainsäädännön empiirisen faktatiedon ja päätöksenteon yhteiskunnallisen evidenssitiedon hankkimisesta yleensä yhteiskuntatieteellisen tutkimusmenetelmien avulla säädösten antamisen perusteiksi lainsäädännön prosessin viitekehyksessä¹⁰³⁸. Modernin lainsäädännön oikeudellisessa normivalvonnassa laillisuusperiaate ja erilaiset faktuaaliset evaluatiiviset arviointia sisältävät aspektit, kuten tehokkuusperiaate, kohtaavat. Merkillä pantavaa on, että sellaiset vaatimukset kuin tehokkuus (effectiveness) lainsäädännön taloudellisena periaatteena sekä manageriaalisena rationaalisuutena on sovittava yhteen perinteisen laillisuusperiaatteen kanssa.¹⁰³⁹

Puitepäätös ja rikosoikeudellinen laillisuusperiaate

Unionin puitepäätökset ovat direktiivin kaltaisia unionin säädöksiä siten, että ne edellyttävät jäsenvaltiota saavutettavaan tulokseen nähden, mutta jättävät toteuttamisen keinot ja muodot jäsenvaltion harkintaan. Puitepäätöksellä ei perussopimuksen sanamuodon mukaan ole oikeudellisia vaikutuksia, vaan periaate on, että se tulee saattaa unionin jäsenvaltioissa erikseen voimaan.¹⁰⁴⁰

Nyt käsillä olevan puitepäätöksen tavoitteena on ollut perustaa jäsenvaltioiden välille vastavuoroinen tunnustamisen periaatteeseen perustuva järjestelmä rikoksesta tuomittujen tai epäiltyjen henkilöiden luovuttamisjärjestelyllä. Eurooppalaista pidätysmääräystä ja jäsenvaltioiden välistä luovuttamismenettelyä säättävän vastavuoroiseen tunnustamisen periaatteeseen perustuvan puitepäätöksen pätevyys tutkimista koskevassa asiassa C-303/05 *Advocaten voor de Wereld* vaadittiin, että kansallinen laki, jolla puitepäätöksen säännökset on saatettu osaksi Belgian sisäistä oikeutta, kumotaan osaksi tai kokonaan siksi, että unionin puitepäätös on pätemätön. Ennen

¹⁰³⁶ Lenaerts, 2012, 7.

¹⁰³⁷ Beck, 2012, 128 ja 132.

¹⁰³⁸ Karpen, 2016, 304–308, modernin lainsäädännön edellyttämät ns. manageriaaliset periaatteet. Waldhoff, 2016, 134–141, lainsäädännön epistemologisesta ja demokraatiaperiaatteen edellyttämästä valtiosääntöisestä viitekehyksestä, veloitteesta perusteella lainsäädäntöä, perustelusta miksi juuri tämä säädös valittiin; Ks. Peczenick, 2009, 180.

¹⁰³⁹ Karpen, 2016, 297 ja 304–308.

¹⁰⁴⁰ deWitte, 2000, 146, "It becomes thus an instrument of integration without any logical limitation, save, it seems, the need to be linked to the infringement of or guaranteeing of a concrete right or obligation founded in the Treaty."

asian ratkaisua Belgian perustuslakituomioistuin, *Cour d'arbitrage (Arbitragehof)*, on päättänyt pyytää Euroopan unionin sopimuksen artiklan 34 EUS nojalla ennakkoratkaisumenettelyssä kysymyksiä kyseisen säädöksen pätevyydestä.¹⁰⁴¹

Ennakkoratkaisumenettelyssä kysymyksenä ensinnäkin esitettiin, voitiinko tässä asiassa antaa puitepäätös vai olisiko asiasta tullut antaa yleissopimus sillä perusteella, että perussopimuksen EU 34 artiklan toisen kohdan b alakohdan perusteella puitepäätöksiä voidaan tehdä ainoastaan ”jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä”, josta tässä asiassa kantajan mukaan ei ole kyse. Nimittäin tässä asiassa puitepäätöksellä oli korvattu rikoksen johdosta tapahtuvaa luovuttamista koskevien eräiden yleissopimusten vastaavat määräykset jäsenvaltioiden välisissä suhteissa, kuitenkin niin, että puitepäätös ei vaikuta jäsenvaltion ja kolmansien maiden suhteeseen.¹⁰⁴²

Asiassa C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad* puitepäätös koski perussopimuksessa tarkoitettua poliisiyhteistyötä ja oikeudellista yhteistyötä rikosasioissa. Kyseessä on sääntelyala, joka on perinteisesti kuulunut kansallisen suvereniteetin piiriin. Nyt unionissa annetun puitepäätöksen oli tarkoitus korvata jäsenvaltioiden eräät puitepäätöksen tarkoittamat viranomaisten menettelyt rikoksen johdosta tapahtuvan luovuttamisen alalla. Tässä tapauksessa unionin tuomioistuin tutki, onko neuvostolla toimivalta antaa perustamisopimuksen oikeusperustana käytetyn artiklan eli EU 34 artiklan 2 kohdan b alakohdan nojalla puitepäätös tällä sääntelyalalla ja jäsenvaltioiden tiiviimmän yhteistyön puitteissa viranomaisten välillä. Arvioidessaan puitepäätöstä sääntelyvälineenä unionin tuomioistuin toteaa neuvostolla olevan tämän artiklan nojalla toimivaltaa harkita, mitä sääntelyvälineitä se käyttää rikosasioita koskevassa jäsenvaltioiden tiiviimmässä yhteistyössä: puitepäätöksiä vai yleissopimuksia.¹⁰⁴³

Tehokas vaikutus

Tapauksen yhteydessä todetaan, että kokemus on ollut, että tähän mennessä tehdyt yleissopimukset ”olivat järjestään epäonnistuneet”. Puitepäätösten käyttöä on perusteltu sen *tehokkaan vaikutuksen argumentilla* ja ottaen huomioon ajankohdan sopimuksen ns. kolmannen pilarin tiiviimmän yhteistyön tavoite. Perustelu on, että puitepäätös on säädöslaji, joka tulee implementoida kansalliseen oikeuteen, pakottaa jäsenvaltiot täyttämään tietyt tavoitteet tiettyyn puitepäätöksessä säädettyyn määräaikaan mennessä. Euroopan unionin tuomioistuimen suuri jaosto toteaa, että

” – kysymyksessä olevien rikosryhmien määritelmän epätarkkuus voi johtaa puitepäätöksen erisuuntaiseen täytäntöönpanoon eri kansallisissa oikeusjärjestyksissä – ”.

¹⁰⁴¹ Julkisasiamies Colomer 12. syyskuuta 2006, asiassa C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, ECLI:EU:C:2006:552, kohta 62 ja 63.

¹⁰⁴² C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, Euroopan yhteisöjen tuomioistuin, suuri jaosto, 3. toukokuuta 2007, Kok. 2007 I 03633, ECLI:EU:C:2007:261, kohta 9 ja kohta 11.

¹⁰⁴³ C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, tuomio, kohta 5 sekä kohdat 33 ja 34 sekä 40 ja 41, kohdat 45,46,47.

Tämä ei ole kuitenkaan ole tuomioistuimen suuren jaoston mukaan ongelma siksi, että puitepäätöksen tavoitteena ei ole yhdenmukaistaa jäsenvaltioiden aineellista rikosoikeutta.¹⁰⁴⁴

Asiassa C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad* tuomioistuimen mukaan sekä unionin toimielinten että jäsenvaltioiden pannessa täytäntöön unionin lainsäädäntöä niiden tulee valvoa toimien yhteensoveltuvuutta Euroopan unionin perustamissopimusten ja yleisten oikeusperiaatteiden kanssa¹⁰⁴⁵.

Kun on kyse unionin puitepäätöksessä tarkoitetuista ja siinä rikosryhmien sääntelyyn liittyvästä epätarkkuudesta, tuomioistuin tähdentää, että puitepäätöksen oikeusperustana olevan artiklan tarkoituksena ei ole sallia sitä, että puitepäätöksellä yhdenmukaistetaan jäsenvaltioiden aineellista rikosoikeutta. Siksi puitepäätöstä ei voida näillä perusteilla pitää pätemättömänä.¹⁰⁴⁶ Tuomioistuimen suuri jaosto ei kumonnut puitepäätöstä, vaan piti sitä pätevänä.¹⁰⁴⁷

Puitepäätöksiä on korvattu direktiiveillä

Nyt muun muassa useita rikosoikeudellisen sääntelyn alalla annettuja puitepäätöksiä on ryhdytty korvaamaan Euroopan parlamentin ja neuvoston tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä antamalla direktiiveillä. Esimerkiksi tietoyhteiskuntakehyksen säädöksistä edellä mainittu SEUT 16 artiklan toisen kohdan perusteella annettu ns. poliisidirektiivi eli Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/680 luonnollisten henkilöiden suojelusta toimivaltaisten viranomaisten suorittamassa henkilötietojen käsittelyssä rikosten ennalta estämistä, tutkimista, paljastamista tai rikoksiin liittyviä syytetoimia tai rikosoikeudellisten seuraamusten täytäntöönpanoa varten sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja neuvoston puitepäätöksen (2008/977/YOS) kumoamisesta on unionin puitepäätöksen sijaan annettu direktiivi. Direktiiviä, joka on määrä saattaa osaksi kansallista lainsäädäntöä toukokuussa 2018, on sen 2 artiklan perusteella tarkoitus soveltaa toimivaltaisten viranomaisten tehtäviin. Direktiiviä sovelletaan sen tarkoituksen mukaisesti sellaiseen henkilötietojen käsittelyyn, joka on kokonaan tai osittain automaattista.

Unionin perussopimuksen SEUT 83 artiklassa on määräyksiä siitä, millä edellytyksin unionissa on sallittua antaa rikosoikeudellista sääntelyä. Rikosoikeuden alalla sääntelytoimivalta ei ole yleistä, vaan se rajoittuu SEUT 83 artiklan perusteella *vähimmäissäännösten* antamiseen lähtökohtaisesti erityisen vakavan rikollisuuden alalle, ”joka on rajatylittävää joko rikosten luonteen tai vaikutusten johdosta tai sen vuoksi, että niiden torjuminen yhteisin perustein on erityisesti tarpeen”. Rikosoikeudellisen sääntelyn alalla annettuja puitepäätöksiä on ryhdytty korvaamaan Euroopan parlamentin ja neuvoston lainsäätämisyjärjestyksessä antamalla direktiiveillä. Artiklan SEUT 83 perusteella säädetty ja vuoteen 2015 mennessä viimeistään implementoitavaksi tarkoitettu direktiivi tietojärjestelmiin kohdistuvista hyökkäyksistä (2013/40/EU) korvaa aiemmin annetun puitepäätöksen (2005/222/YOS) kuitenkin niin, että

¹⁰⁴⁴ C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, tuomio, kohta 59 ja siinä mainittu laaja oikeuskäytäntö, myös julkisasiamies Colomerin ratkaisuehdotus asiassa C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad* 12. syyskuuta 2006, ECLI:EU:C:2006:552, kohta 63 ja 64.

¹⁰⁴⁵ C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, tuomio, kohta 16 ja kohdat 45 ja 60. Myös C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, julkisasiamies Colomerin ratkaisuehdotus, kohdat 63 ja 64.

¹⁰⁴⁶ C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, tuomio, kohdat 57 ja 59.

¹⁰⁴⁷ C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, tuomio, kohdat 45 ja 46 sekä 47.

neuvoston puitepäätöksen antamiseen osallistuneiden jäsenvaltioiden on saatettava puitepäätös osaksi kansallista lainsäädäntöä (direktiivin 15 art). Direktiivi, joka laajentaa puitepäätöksen soveltamisalaa, on voimassa olevaa oikeutta niissä maissa, jotka ovat osallistuneet sen antamiseen. Direktiivin johdanto-osassa (kohta 32) on ilmaistu direktiivin soveltaminen jäsenvaltioihin ja se, ettei esimerkiksi Tanska osallistu direktiivin hyväksymiseen, ja siksi sitä ei myöskään sovelleta Tanskaan.

Komission mukaan unionissa on annettu direktiivejä, joissa on säädetty myös rikosoikeudellisista seuraamuksista; yksi tällainen direktiivi koskee rahanpesua, toinen direktiivi laitonta maahantuloa, kauttakulkua ja oleskelua. Komissio perustelee direktiivin käyttämistä sääntelyvälineenä *lainsäädännön tehokkuusperiaatteella*.¹⁰⁴⁸

6.2.4 Unionin toimielimet valvovat toisiaan – demokratia-argumentti säädösten normivalvonnan kysymyksenä

Euroopan unionin oikeusjärjestys ei tunne valtiollisen vallan kolmijako-oppia ja siihen liittyvää käsitteistöä, vaan sen sijaan puhutaan toimielinten keskinäisestä *horisontaalisesta* normivalvonnasta ja termistä orgaanien *institutionaalinen tasapaino*¹⁰⁴⁹. Edellä lainsäädännön vaiheen yhteydessä olen todennut, että unionin lainsäätäjällä on usein erilaisia käsityksiä sääntelyn yksityiskohdista. Tästä on ollut puhetta edellä säädösten oikeusperustaa koskevan esimerkin yhteydessä.

Unionin elinten väliset kanteet ovat koskeneet paitsi säädösperustaa myös yleensä päätöksentekomenettelyjä ja esimerkiksi käytettävän säädösinstrumentin muodon valintaa¹⁰⁵⁰. Euroopan unionin toimielinten keskinäisen eli horisontaalisen¹⁰⁵¹ toimivallan alalla toimielinten keskinäissuhteita määrää unionin konstitutionaalisen periaatteen unionin *lojaliteettiperiaate* (principle of community loyalty).¹⁰⁵² Periaatteen mukaan unionin toimielinten tulee noudattaa unionin perussopimuksissa toimielmistä annettuja sääntöjä ja velvoitteita säädösvaltaa ja muuta toimivaltaa käyttäessään. Niin sanottu ”vilpittömän yhteistyön periaate horisontaalisuhteissa” (the principle of sincere co-operation between institutions) on lausuttu ensimmäisen kerran budjettiasiaan liittyvässä ennakkoratkaisussa C-204/86 *Kreikka v. Euroopan unionin neuvosto*, jossa neuvosto oli kiiretilanteeseen vedoten antanut säädöksen ilman, että

¹⁰⁴⁸ Asia C-176/03 Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen suuri jaosto, *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan Unionin Neuvosto*, tuomio 13. syyskuuta 2005, Kok. 1 07879, ECLI:EU:C:2005:542, kohdat 11, 13 ja 14, 19.

¹⁰⁴⁹ Karpen, 2013, 158, supra 75, I Härtel, *Handbuch Europäische Rechtsetzung*, Springer, 2006, 24; Bast, 2006, 391; von Bogdandy—Bast, 2006, 343—344. Ks. asia C-70/88, *Euroopan parlamentti v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*, ECLI:EU:C:1990:217, kohta 3, välipäätös, Kok. 1990, I 2041, 27 kohta, kanteeseen oikeutettujen lisääminen.

¹⁰⁵⁰ Lenaerts, 1993, 10—11; myös Lenaerts, 1993, 15, asiassa C-70/88, *Euroopan parlamentti v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*, ECLI:EU:C:1990:217, kohta 17, kanteen kohteena ollut asetus ei ollut 100 a artiklan yhtenäistämistoimenpiteeseen rajoittuva säännös. Asiassa C-70/88, *Euroopan parlamentti v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*, ECLI:EU:C:1990:217, kohta 17, neuvoston asetukseen ajankohtana voimassa olleen artiklan 173 nojalla kohdistuva parlamentin kumoamiskanne, jossa kyse oli säädöksen oikeusperustasta ja säädöksen muodosta.

¹⁰⁵¹ von Bogdandy—Bast, 2009, 284.

¹⁰⁵² deWitte, 2000, 146.

se oli kuullut päätöksentekomenettelyn perustan säätämällä ja edellyttämällä tavalla Euroopan parlamentin mielipidettä.¹⁰⁵³

Harvinaista ei ole, että Euroopan unionin tuomioistuin tutkii unionin jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan menettelyssä kanteita, joissa on väitetty rikotun lainsäädännön prosessin menettelynormeja. Näin on tehty esimerkiksi tapauksessa C-139/79 *Maizena*, jossa unionin tuomioistuin tutki Euroopan parlamentin osallistumista unionin lainsäädäntöprosessiin osana *demokratiaperiaatteen* toteutumisen edellytystä. Etenkin 1980-luvulla ja tultaessa 2000-luvulle Euroopan unionin tuomioistuimen säädösten jälkikäteisen normivalvonnan huomio oli ennen muuta oikeudellisen ulottuvuuden kysymyksissä ja lainsäädännön antamisen *menettelyissä*. Tapauksessa C-139/79 *Maizena* Euroopan parlamentin osallistuminen (ajankohtana EY 43, konsulttaatio) unionin lainsäädäntöprosessiin oli olennainen demokratiaperiaatteen toteutumisen edellytys unionin institutionaalisen tasapainon kannalta:

*” – it reflects at community level the fundamental democratic principle that peoples should take part in the exercise of power through the intermediary of a representative assembly.”*¹⁰⁵⁴

Demokratiaperiaatteen toteutuminen tarkoitti oikeudellisen jälkikäteisen normivalvonnan tapauksissa huomion kiinnittämistä menettelyihin ja siihen, mitkä elimet osallistuivat lainsäädännön antamiseen.

Tärkeä uudempi unionin lainsäädäntöprosessin menettelyihin liittyvä tapaus on C-409/13 *Euroopan unioni neuvosto v. Euroopan unionin komissio*, jossa on tutkittu lainsäädännön menettelyihin liittyviä oikeudellisia seikkoja. Tapauksessa C-409/13 *Euroopan unioni neuvosto v. Euroopan unionin komissio* on kyse demokratiaperiaatteen noudattamisesta lainsäädäntöprosessissa ja siitä, millä edellytyksillä komissiolla on unionin lainsäädäntöprosessissa toimivalta peruuttaa antamansa lainsäädäntöehdotus.¹⁰⁵⁵

Unionin tuomioistuin ottaen huomioon perussopimuksen SEU 17 artiklan 2 kohdan, SEUT 289 artiklan ja SEUT 293 artiklan viittaa tässä asiassa C-409/13 *Euroopan unioni neuvosto v. Euroopan unionin komissio* erityisesti artiklan SEUT 293 menettelyyn. Sen mukaan siihen saakka, kun unionin neuvosto on tehnyt ratkaisunsa, komissiolla on unionin lainsäädäntömenettelyssä toimivalta muuttaa ehdotustaan tai myös peruuttaa se. Tässä asiassa neuvosto ei ollut tehnyt ratkaisuaan vielä siinä vaiheessa, kun komissio peruutti ehdotuksensa. Lainsäädäntöprosessi edellyttää, että komission tulee kuitenkin esittää peruuttamisensa syyt neuvostolle ja parlamentille. Nimittäin Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä komission ”peruuttamispäätös” on sellainen toimi, josta voidaan nostaa kumoamiskanne, koska komission päätöksellä estetään aloitettu lainsäädäntömenettely, samoin kuin estetään parlamenttia ja neuvostoa ni-

¹⁰⁵³ Asiassa C-204/86 *Helleenien tasavalta v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*, kohta 16, Ep. IX I 00689, ECLI:EU:C:1988:450; de Witte, 2000, 152–153.

¹⁰⁵⁴ C-139/79 *Maizena GmbH v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*, Kok. 1980 03393, ECLI:EU:C:1980:250, kohta 34. Tulkinta demokratiaperiaatteen toteutumisesta on samanlainen tuomiossa C-138/79 *SA Roquette Frères v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*, Kok. Ep I 00411, ECLI:EU:C:1980:249, kohta 33 ja 34.

¹⁰⁵⁵ C-409/13 *Euroopan unionin neuvosto v. Euroopan unionin komissio*, tuomio, 14. huhtikuuta 2015, ECLI:EU:C:2015:217, kohdat 71 ja 72 sekä 73 sekä 74, 76 ja 77.

den aikomalla tavalla harjoittamasta SEU 14 1 kohdan ja SEU 16 artiklan 1 kohdan lainsäädäntötehtävää.¹⁰⁵⁶

Säädösehdotuksen peruuttaminen

Tapauksessa C-409/13 *Euroopan unioni neuvosto v. Euroopan unionin komissio* unionin neuvosto eräiden jäsenvaltioiden tukemana esitti kanteen puitepäättökseen antamista koskevassa asiassa tarkoituksena se, että unionin tuomioistuin kumoaisi komission päätöksen, jolla se oli peruuttanut puiteasetuksen antamista koskevan säädösehdotuksen. Neuvoston väite oli, että komissio oli rikkonut SEU 13 artiklan 2 kohdan annetun *toimivallan periaatetta* ja samalla *toimielinten välisen tasapainon periaatetta*.¹⁰⁵⁷

Toiseksi komissio oli neuvoston väitteen mukaan rikkonut perussopimuksen SEU 17 artiklan toisen kohdan *oikeutta tehdä lainsäädäntöaloitteita* sekä samalla SEU 10 artiklan 1 ja kohdan *demokratian periaatetta*. Neuvoston mukaan kyseisen sopimuskohdan aloiteoikeus ei tarkoita sitä, että se perustaisi komissiolle harkintavaltaa peruuttaa ehdotus. Neuvoston mukaan komission peruutus-oikeus tulisi rajata koskemaan sellaisia *objektiivisia* tilanteita, joissa on kyse ajan kulumisesta tai sellaisten uusien olosuhteiden tai tietojen ilmenemisestä, jotka tekevät lainsäädäntöehdotuksesta tarpeettoman. Peruutus-oikeus voisi johtua lainsäädäntömenettelyn hitaasta etenemisestä, minkä vuoksi ehdotusta ei anneta, tai vilpittömään yhteistyöhön ja toimielinten välisen tasapainon kunnioittamiseen perustuvasta yhteisestä strategiasta unionin lainsäätäjän kanssa. Peruutus ei myöskään voisi johtua siitä, että neuvosto on esittänyt ehdotukseen muutoksia.¹⁰⁵⁸

Tuomioistuin tapausta tutkiessaan korostaa perussopimuksen SEU 13 artiklan 2 kohdan unionin toimivallan rajoja, määrättyjä menettelyitä, edellytyksiä ja tavoitteita ja sitä, että *toimielinten välinen tasapainon periaate* on yksi unionin toimielinrakenteen ominaispiirre niin, että toimielinten SEU 13 artiklan 2 kohdan tavoin on tehtävä keskenään yhteistyötä.¹⁰⁵⁹ Tuomioistuin viittaa myös unionin perussopimuksen 296 SEUT artiklan perusteluvelvollisuuteen ja siihen SEU 17 artiklan 2 kohtaan, että säädöstä ei voida antaa ilman komission säädösehdotusta lainsäätämisyjärjestyksessä. Tuomioistuimen mukaan tässä tapauksessa puiteasetusta SEUT 209 ja SEUT 212 artikloiden perusteella ja tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä annettaessa SEUT 289 artiklan mukaan parlamentti ja neuvosto antavat säädöksen yhdessä komission ehdotuksesta ja on komission asiana, antaako se ehdotuksen vai ei.¹⁰⁶⁰

Tuomioistuin ottaen huomioon SEU 17 artiklan 2 kohdan, SEUT 289 artiklan ja SEUT 293 artiklan viittaa tässä asiassa C-409/13 *Euroopan unionin neuvosto v. Euroopan unionin komissio* erityisesti artiklan SEUT 293 menettelyyn, jonka mukaan komissiolle on toimivalta muuttaa ehdotustaan tai myös peruuttaa se siihen saakka, kun neuvosto on tehnyt ratkaisunsa. Tässä asiassa neuvosto ei ollut tehnyt ratkaisuaan vielä siinä vaiheessa, kun komissio peruutti ehdotuksen. Komission tulee kuitenkin esittää peruuttamisensa syyt neuvostolle ja parlamentille. Nimittäin komission ”peruuttamis-päätös” on sellainen toimi, josta voidaan nostaa kumoamiskanne, koska komission

¹⁰⁵⁶ C-409/13 *Euroopan unionin neuvosto v. Euroopan unionin komissio*, tuomio, kohdat 71 ja 72 sekä 73 sekä 74, 76 ja 77.

¹⁰⁵⁷ C-409/13 *Euroopan unionin neuvosto v. Euroopan unionin komissio*, tuomio, kohta 31.

¹⁰⁵⁸ C-409/13 *Euroopan unionin neuvosto v. Euroopan unionin komissio*, tuomio, kohta 32, kohta 33 ja 34 sekä 35.

¹⁰⁵⁹ C-409/13 *Euroopan unionin neuvosto v. Euroopan unionin komissio*, tuomio, kohta 64.

¹⁰⁶⁰ C-409/13 *Euroopan unionin neuvosto v. Euroopan unionin komissio*, tuomio, kohdat 69 ja 70.

päätöksellä estetään aloitettu lainsäädäntömenettely ja estetään myös parlamenttia ja neuvostoa haluaminsa tavoin harjoittamasta SEU 14 1 kohdan ja SEU 16 artiklan 1 kohdan lainsäädäntötehtävää.¹⁰⁶¹ Tuomioistuin perustelun sallittavuutta arvioi-
dessaan perustaa arvionsa siihen, että komission mukaan neuvoston ja parlamentin
puiteasetukseen aikomat muutokset olisivat muuttaneet puiteasetuksen tarkoitusta.
Tuomioistuin viittaa siihen, että lainsäätäjät eivät päässeet yksimielisyyteen siitä, että
”kaikkia makrotaloudellisen rahoitusavun myöntämispäätöksiä tehtäessä sovellettai-
siin tavallista lainsäätämistäjärjestystä”. Tuomioistuimen mukaan komissiota ei voida
myöskään moittia, ottaen vielä huomioon sen esittämä kompromissiehdotus asiassa,
siitä, ettei se jo tuolloin tuonut esille puiteasetuksen peruuttamismahdollisuutta ja
että se ei ole rikkonut esitettyjä kanneperusteita, eikä tuomioistuin siten kumonnut
komission peruutus päätöstä.¹⁰⁶²

Komission aloitevallan merkitys

Euroopan unionin tuomioistuimen suuri jaosto on kumonnut neuvoston antaman
puitepäätöksen merittävyyden rikosoikeudellisen sääntelyn alalla sillä peruste-
teella, että puitepäätös ulottui sellaisen *toimivallan* alueelle, joka tuolloin kuului pe-
rustamis sopimuksen EY 80 artiklan toisen kohdan perusteella oikeudellisen *ytimen*
*perustavalle yhteisölle ja komission aloitevallan piiriin*¹⁰⁶³. Tapauksessa C-440/05 *Euroopan*
yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen
suuri jaosto kumosi jäsenvaltioiden hallitusten antaman puitepäätöksen sillä peruste-
teella, että kyseinen puitepäätös loukkasi Euroopan ”yhteisön säädösvaltaa”, jossa
aloitevaltaa käyttää komissio¹⁰⁶⁴.

Unionin tuomioistuimen normivalvonnassa huomio on erityisesti argumenteissa,
jotka määräävät unionin toimielinten keskinäistä asemaa lainsäädännössä. Vaikka
lainsäädäntövaltaa sopimusnormien perusteella sinänsä sallittiin käyttää ympäristö-
politiikan alalla, ei neuvoston antama puitepäätös ollut sopimusnormien mukaan
oikea sääntelyväline alan rikosoikeudellisten seuraamusten sääntelyyn, koska rikos-
lainsäädäntö ja rikosprosessia koskevat säännöt eivät kuuluneet unionin perussopi-
muksen normiston toimivaltaan.¹⁰⁶⁵ Asiassa merkitystä on myös sillä, että komissio oli
laatinut samassa asiassa direktiiviehdotuksen, jota jäsenvaltioiden hallituksia edusta-
va neuvosto ei ollut kuitenkaan hyväksynyt sillä perusteella, että komission ehdotus
oli neuvoston mukaan ylittänyt unionille kuuluvan toimivallan. Ehdotus ei olisi tullut
muutenkaan sisältönsä vuoksi hyväksytyksi. Komission ehdotuksen tavoitteena niin
ikään oli yhdenmukaistaa lainsäädäntöä ympäristörikosten alalla, vaikka sinänsä täl-
lainen lainsäädäntövalta ei kuulunutkaan silloiselle Euroopan yhteisölle. Euroopan
parlamentti tuki komission pyrkimystä, ja jotkin jäsenvaltiot, kuten Alankomaat, oli-

¹⁰⁶¹ C-409/13 *Euroopan unionin neuvosto v. Euroopan unionin komissio*, tuomio, kohdat 71 ja 72 sekä 73 sekä 74, 76 ja 77.

¹⁰⁶² C-409/13 *Euroopan unionin neuvosto v. Euroopan unionin komissio*, tuomio, kohdat 100, 102, 107.

¹⁰⁶³ Asia C-440/05 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto*, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen suuri jaosto, tuomio 23. lokakuuta 2007, Kok. 2007 I 09097, ECLI:EU:C:2007:625, kohdat 66 ja 71 sekä 74.

¹⁰⁶⁴ Asia C-176/03 *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen suuri jaosto, Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan Unionin Neuvosto* 13. syyskuuta 2005, Kok. 1 07879, ECLI:EU:C:2005:542, kohta 53.

¹⁰⁶⁵ Asia C-176/03 *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen suuri jaosto, Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan Unionin Neuvosto* kohdat 41, 42 ja 43. Erityisesti rikosprosessin perustelussa unionin tuomioistuin viittaa asiaan 203/80, Casati, tuomio 11. marraskuuta 1981, Kok. 1981 02595, Kok. Ep. VI 00217, ECLI:EU:C:1981:261, 27 kohta ja asia C-226/97 *Lemmens*, tuomio 16. kesäkuuta 1998, Kok. 1998, I 3711, ECLI:EU:C:1998:296, kohta 19.

vat taipuvaisia hyväksymään alan lainsäädäntöä joltakin osin. Tapauksessa viitataan siihen, että komissio olisi hiljaisesti tulkinnut kansallisten rikoslainsäädäntöjen, ja ”erityisesti sellaisten ympäristörikoksen muodostavien tunnusmerkistöjen, joista voidaan määrätä rikosoikeudellinen seuraamus”, yhdenmukaistamisen olevan yhteisön politiikkaa palveleva väline.¹⁰⁶⁶

Julkisasiamies ehdotuksessaan tuo esille unionin säädösvallan oikeudelliset edellytykset tällä poliittikalohkolla sekä perustelee näkökantaansa *suvereenisuusargumentilla* ja *jäsenvaltioiden kansalaisten poliittisella osallistumismahdollisuudella*. Tässä asiassa kumottu puitepäättös määriteltiin välineeksi, jolla Euroopan unionin on tarkoitus yhteisillä toimilla vastata ympäristörikosten huolestuttavaan lisääntymiseen. Tavoite on ilmaistu kyseisen puitepäättöksen johdanto-osassa. Puitepäättöksessä oli määritelty tiettyjä ympäristörikoksia ja niitä koskevia seuraamuksia, joista jäsenvaltioita kehoitettiin säätämään kansallisella lainsäädännöllä. Komission mukaan puitepäättös ei ollut kuitenkaan oikea väline tällaisen tavoitteen ja rikosoikeudellisten seuraamusten sääntelyyn, vaan sääntely tuli komission mukaan toteuttaa direktiivillä. Komission perusteli direktiiviä lainsäädännön *tehokkuusperiaatteella*.¹⁰⁶⁷ Euroopan unionin tuomioistuim kumosi kyseisen neuvoston puitepäättöksen rikosoikeuden sääntelyn alalla. Julkisasiamies ehdotuksessaan perustelee asiaa siten, että

*”koska nullum crimen sine lege-periaatteen on säilyttävä koskemattomana ja yhteisön tasolla tapahtuvaan yhdenmukaistamiseen edellytetään kansallisten parlamenttien toimia, ennen kuin niiden oikeusjärjestysten ulkopuoliset säännökset voidaan lopullisesti saattaa osaksi niiden oikeusjärjestystä”*¹⁰⁶⁸.

Euroopan unionin tuomioistuimen suuri jaosto kumosi neuvoston antaman puitepäättöksen meriturvallisuuden rikosoikeudellisen sääntelyn alalla tapauksessa C-440/05 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto* sillä perusteella, että puitepäättös ulottui sellaisen toimivallan alueelle, joka tuolloin kuului unionin perustamissopimuksen EY 80 artiklan toisen kohdan perusteella oikeudellisen ytimen perustavalle yhteisölle ja komission aloitevallan piiriin¹⁰⁶⁹.

Komission aloitevallan loukkaaminen

Vaikka jäsenvaltion hallituksilla oli toimivalta käyttää neuvostossa säädösvaltaa unionin primäärioikeuden sopimusnormien perusteella ympäristöpolitiikan alalla, ei neuvoston antama puitepäättös tapauksessa C-176/03 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto* ollut sopimusnormien mukaan oikea sääntelyväline rikosoikeudellisten seuraamusten sääntelyyn sillä perusteella, että rikosoikeuden alan lainsäädäntö ja rikosprosessia koskevat säännöt eivät kuuluneet Euroopan unionin

¹⁰⁶⁶ Asia C-176/03 Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen suuri jaosto, *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan Unionin Neuvosto* 13. syyskuuta 2005, Kok. I 07879, ECLI:EU:C:2005:542, kohta 19.

¹⁰⁶⁷ Asia C-176/03 Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen suuri jaosto, *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan Unionin Neuvosto*, tuomio, kohdat 11,13 ja 14, 19.

¹⁰⁶⁸ Ks. tästä julkisasiamies Colomer 26. päivänä toukokuuta 2005, ratkaisuehdotus asiassa C-176/03 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto*, kohta 77, asiassa C-176/03 *Komissio v. Neuvosto* 13. syyskuuta 2005, Kok. I 07879, ECLI:EU:C:2005:542.

¹⁰⁶⁹ Asia C-440/05 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto*, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen suuri jaosto, tuomio 23. lokakuuta 2007, Kok. 2007 I 09097, ECLI:EU:C:2007:625, kohdat 66, 71 ja 74.

perussopimuksen normiston *toimivaltaan*.¹⁰⁷⁰ Asiassa C-176/03 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto* Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen suuri jaosto kumosi jäsenvaltioiden hallitusten yhdessä antaman puitepäätöksen sillä perusteella, että kyseinen puitepäätös loukkasi sellaista Euroopan ”yhteisön säädösvaltaa”, jossa aloitevaltaa käyttää komissio¹⁰⁷¹.

Normivalvonnan keinoin tutkituissa tapauksissa, joissa on ollut kyse säädöksen oikeusperustan pätevyyden tai laillisuuden tutkimisesta, unionin tuomioistuimen huomio on siirtynyt 2000-luvulla lainsäädännön aineellisiin kysymyksiin, kuten perus- ja ihmisoikeusnäkökohtiin.

6.3 HYVÄKSYTTÄVYYS

Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä on tutkittu säädöksiä oikeudellisen jälkikäteisen normivalvonnan tarkoituksessa jo 1960-luvulta ja siten ennen kuin unionin perussopimuksissa on viitattu perus- ja ihmisoikeuksiin tai määritelty Euroopan perusoikeuskirjan kaltaisia normeja. Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä huomio parempaan lainsäädäntöön tai unionissa noudatettavaan lainsäädännön sykliin tai perusoikeusstrategiaan on virinnyt vasta 1990-luvun jälkeen ja varsinaisesti 2000-luvulla.

6.3.1 Perus- ja ihmisoikeusnormisto lainsäädännön sisällön standardina

On tavallista, että unionin oikeudellisen normivalvonnan yhteydessä on tutkittu säädöksiin kohdistuvia ennakkoratkaisukysymyksiä tai kanteita, joissa on vedottu perus- ja ihmisoikeusnormeihin. Jo 1960-luvulla asiassa 29/69 *Stauder* (ihmisarvo, komission päätös) Euroopan yhteisöjen tuomioistuin tarkasteli ennakkoratkaisumennettelyssä komission antamaa ja yleisesti sovellettavaksi tarkoitettua päätöstä sillä perusteella, että siinä väitettiin loukatun *ihmisarvoa* (”applicants’ right to dignity”), koska päätöksen perusteella edunsaajat voitiin yksilöidä.¹⁰⁷² Vaikka tuomioistuin ei kumonnut mainittua komission päätöstä, tuomioistuin ”tunnusti” jäsenvaltioiden yhteisen valtiosääntöperinteen ja niiden perustuslakien perusoikeudet yhteisön yleiseksi oikeusperiaatteiksi, vaikkakaan se ei nimenomaisesti perustellut niillä tätä asiaa.¹⁰⁷³

Seuraavalla vuosikymmenellä tapauksissa 4/73 *Nold* ja 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* unionin ja tuolloin vielä yhteisöjen tuomioistuimen mukaan unionin lainsäädännöllä voitiin rajoittaa jäsenvaltion yksityisten kansalaisten *oikeutta vapaaseen ammatinharjoittamiseen* edellyttäen, että nämä rajoitukset tosiasiallisesti palvelevat yhteisön yleisen edun mukaisia yhteisön tavoitteita eikä niillä puututa perusoikeuksiin tavoitellun päämäärän kannalta suhteettomasti tavalla, jota ei voida hyväksyä ja jolla

¹⁰⁷⁰ Asia C-176/03 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan Unionin Neuvosto* 13. syyskuuta 2005, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen suuri jaosto, Kok. I 07879, ECLI:EU:C:2005:542, kohdat 41, 42 ja 43.

¹⁰⁷¹ Asia C-176/03 Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen suuri jaosto, *Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan Unionin Neuvosto*, tuomio, kohta 53.

¹⁰⁷² Asia 29/69 *Stauder v. City of Ulm*, ECLI:EU:C:1969:57, Kok. 1969 00419, kohta 7.

¹⁰⁷³ Asia 29/69 *Stauder v. City of Ulm*, tuomio, kohdat 3 ja 7.

loukattaisiin näin suojattujen oikeuksien keskeistä sisältöä.¹⁰⁷⁴ Vaikka tapaukset ovat 1960-luvulta, on niillä tänäkin päivänä lainsäädännössä tulkinnallista merkitystä. Lissabonin sopimuksella voimaan saatetun Euroopan unionin perusoikeuskirjan selityksissä viitataan mainittuihin tapauksiin, ja niillä on siksi oikeudellista merkitystä unionin perusoikeusjärjestelmän soveltamisessa ja tulkinnassa¹⁰⁷⁵.

Tarkemmassa analyysissä käy selville, että asiassa 4/73 *Nold* oli kyse yksityisen kanteesta. Asiassa 4/73 *Nold* kantajana oli saksalainen tukkukauppaa harjoittava kommandiittiyhtiö, joka väitti perusoikeuksiaan rikotun sillä perusteella, että komission päätöksellään hyväksymissä uusissa kauppasäännöissä oli evätty yritykseltä suora hankinta ja siitä oli yrityksen mukaan aiheutunut yrityksen kannattavuuden heikkeneminen. Yrityksen mukaan komission antamilla säännöillä on rikottu ja rajoitettu yrityksen *liiketoiminnan vapaata harjoittamisoikeutta*, joka kantajan mukaan on verrattavissa *omistusoikeuteen*. Kantajan väitteen mukaan rikkomisen kohteena olevat oikeudet on taattu yksityiselle jäsenvaltion kansallisen perustuslain säännöksissä samoin kuin kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa. Tuomioistuin viittasi tämän asian perusteluissa Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen ”omistusoikeudesta”.¹⁰⁷⁶

Asiassa 4/73 *Nold* unionin tuomioistuin ja tuolloin vielä Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on lähtenyt siitä periaatteesta, että omaisuudensuojan oikeutta, josta on säädetty jäsenvaltioiden valtiosääntöoikeudessa, ei pidetä ehdottomana oikeutena, vaan omaisuudensuojan oikeutta on tarkasteltava suhteellisuusperiaate huomioon ottaen jäsenvaltioiden valtiosääntöjen sallimien rajoitusten sekä unionin ja tuolloin vielä yhteisön yleiseen etuun liittyvien rajoitusten perustalta. Unionin ja tällöin vielä yhteisön oikeusjärjestyksen mukaan kyseisiin oikeuksiin on laillista soveltaa tiettyjä yhteisön ”yleisen edun tavoitteilla perusteltuja rajoituksia, kunhan näiden oikeuksien olennaista osaa ei rikota”.¹⁰⁷⁷ Omaisuudensuojan rajoituksen hyväksyttävyyttä asiassa 4/73 *Nold* tutkittiin käyttämällä *vertailevaa argumenttia* ja tarkastelemalla omaisuudensuojan oikeutta

- suhteellisuusperiaatteen
- jäsenvaltioiden valtiosääntöjen sallimien rajoitusten
- yhteisön yleisen edun rajoitusten

perusteella. Vertaileva argumentti on ollut ajankohtana tyypillinen perustelu perus- ja ihmisoikeusasioissa. Sen sijaan käsitteiden ja doktriinien kohdalla unionin tuomioistuin on pidättäytynyt vertailevasta argumentista. Syynä tähän on unionin halu säilyttää Euroopan unionin oikeus autonomisena.¹⁰⁷⁸

Tuomioistuin perusteli asiassa 4/73 *Nold* kaupankäynnin, työn ja muun ammatillisen toiminnan vapaan harjoittamisen rajoitusedellytyksiä nimenomaan jäsenvaltioiden kansallisen valtiosäännön sallimilla omistusoikeuden rajoituksilla. Perustelu

¹⁰⁷⁴ Asia 4/73 *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. Euroopan yhteisöjen komissio*, ECLI:EU:C:1974:51, Kok. 1974 Ep. 00677, kohta 13 ja kohta 14.

¹⁰⁷⁵ Asia 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, ECLI:EU:C:1979:290, Kok. 1979 Ep. 00677, kohdat 30, 32 ja 33.

¹⁰⁷⁶ Asia 4/73 *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. Euroopan yhteisöjen komissio*, ECLI:EU:C:1974:51, Kok. 1974, Ep. 00677, kohta 12.

¹⁰⁷⁷ C-4/73 *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio, kohta 14.

¹⁰⁷⁸ Beck, 2012, 216.

asiassa *Nold* oli, että näitä oikeuksia sallitaan rajoittaa yhteisön yleisen edun nojalla kuitenkin siten, että näiden ”oikeuksien olennaisinta osaa ei rikota”. Tuomioistuimen mukaan perusoikeudet sitovat yhteisöjä sillä periaatteella, että Euroopan yhteisön tuomioistuin johtaa perusoikeustulkintansa Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden yhteisistä valtiosääntöperiaatteista ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten oikeusohjeista. Periaateeksi lausuttiin, ettei tuomioistuimen tule toteuttaa etenkin jäsenvaltioiden valtiosäännöissä tunnustettujen ja taattujen perusoikeuksien kanssa ristiriidassa olevia toimenpiteitä.¹⁰⁷⁹

Tapauksessa 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* 1970-luvulla tuomioistuimen mukaan omaisuudensuojan oikeuden rajoitus oli perusteltu niiden yleisen edun mukaisen tavoitteiden vuoksi, joihin yhteisö pyrkii, eikä sillä näin ollen vahingoitettu *omistusoikeuden* ”sellaisena kuin se tunnustetaan ja taataan yhteisön oikeusjärjestyksessä, keskeistä sisältöä”.¹⁰⁸⁰ Asiassa 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* tuomioistuimen korostaa ratkaisussaan perusoikeuden ”käytön” rajoitusta eikä siis omaisuuden oikeuden suojan ”oikeuden” poistamista tarkoittavaa rajoitusta. Tätä seikkaa on arvioitu suhteellisuusperiaate huomioon ottaen periaatteella, puututaanko rajoituksilla omistajalle kuuluviin oikeuksiin tavoitellun päämäärän kannalta suhteettomasti tavalla, jota ei voida hyväksyä ja jolla näin loukataan omistusoikeuden keskeistä sisältöä.¹⁰⁸¹ Tapauksessa 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* neuvoston antaman säädöksen pätevyyttä ei ollut tarpeen asettaa kyseenalaiseksi siksi, että asetuksen rajoituksesta oli säädetty rajoitetuksi ajaksi. Tulkinta oli, ettei asetuksen määräaikainen rajoitus vahingoita omistusoikeuden, sellaisena kuin se tunnustetaan ja taataan yhteisön oikeusjärjestyksessä, keskeistä sisältöä. Kanteessa esitettiin epäilyksiin neuvoston asetuksen pätevyydestä yhteisöjen tuomioistuin vastasi, ettei

”siinä ole ilmennyt seikkoja, jotka vaikuttaisivat kyseisen asetuksen pätevyyteen siltä osin, että se olisi ristiriidassa perusoikeuksien suojasta yhteisössä johtuvien vaatimusten kanssa”.¹⁰⁸²

Asetuksen pätevyden arvioinnissa vaikutusta oli sääntelyn luonteella ja erityisesti sillä, että sääntelyä ei ollut tarkoitettu pysyväksi. Tapauksen 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* perusteluissa on niin ikään vertailevan argumentin perustalta viitattu jäsenvaltioiden valtiosääntöihin sisältyviin sääntöihin ja valtiosääntökäytäntöihin. Tapauksessa 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* tuomioistuimen mukaan kaikissa unionin jäsenvaltioissa todetaan olevan lukuisia säädöksiä, joissa omaisuudensuojan sosiaalinen tehtävä ilmaistaan konkreettisella tavalla. Tuomioistuimen mukaan kaikissa jäsenvaltioissa on maa- ja metsätaloutta, vesihuoltoa, luonnonympäristön suojelua ja esimerkiksi seutu- ja kaupunkisuunnittelua koskevia lakeja, joissa asetetaan joskus tuntuviakin rajoituksia esimerkiksi maaomaisuuden käytölle.¹⁰⁸³ Tuomioistuimen perustelu tässä asiassa 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, jossa kyse oli viininviljelyyn kohdistuvista rajoituksista, oli se, että

¹⁰⁷⁹ C- 4/73 *J. Nold Kohlen-und Baustoffgross handlung v. Euroopan yhteisöjen komissio*, tuomio, kohta 13.

¹⁰⁸⁰ Asia 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, ECLI:EU:C:1979:290, Kok. 1979 Ep. 01739, kohta 19, 20 ja kohta 23 ja 30

¹⁰⁸¹ Asia 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, tuomio, kohta 19, 20 ja kohta 23.

¹⁰⁸² Asia 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, tuomio, kohdat 30, 32 ja 33.

¹⁰⁸³ Asia 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, tuomio, kohta 20.

” – erityisesti kaikissa yhteisön viininviljelymaissa on rajoittavaa – vaikkakin ankaruudeltaan vaihtelevaa – lainsäädäntöä viiniköynnösten istuttamisesta, lajikkeiden valikoinnista ja viljelymenetelmistä. Yhdessäkään näissä maissa näitä säännöksiä ei pidetä periaatteessa yhteensopimattomina omaisuudensuojan asianmukaisen kunnioittamisen kanssa”.¹⁰⁸⁴

Unionin ja tuolloin vielä yhteisöjen tuomioistuimen mukaan jäsenvaltioiden valtiosääntönormeille perustuvan yleisen edun perustelu ei ollut vielä tyhjentävä ja riittävä argumentti, vaan omaisuudensuojan oikeuden rajoittamista edellä kerrotun mukaan piti tarkastella vielä tässä asiassa yhteisön harjoittaman sääntelyn tavoitteleman yhteisön yleisen edun nojalla, ottaen huomioon suhteellisuusperiaate: arvioinnin kohteeksi tuli se, ”ovatko asetuksessa säädetyt toimenpiteet asianmukaisessa suhteessa niihin tavoitteisiin, joihin yhteisö tässä tapauksessa pyrki”¹⁰⁸⁵.

Asiassa 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* yhteisöjen tuomioistuin lausuu siitä, että yksityisen oikeuksien rajoittaminen yhteisön asetuksen nojalla johtuu perimmiltään yhteisön käynnistämistä markkinajärjestelyistä ja tässä asiassa siihen liittyvästä viinialan rakenteellisesta parantamisesta. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan tavoitteena on

- ensiksikin edistää alan tuotannon kannattavuutta
- toiseksi edistää kuluttajille kohtuullista hintatasoa ja kaupan pidettävien viinien laatua.¹⁰⁸⁶

Yksityisten oikeuksien rajoitusperusteita yleisen edun nojalla pitää siten arvioida markkinajärjestelyn ja kyseisen toimialan rakenteellisen parantamisen tavoitteesta käsin. Edelleen yleisen edun sisällöllisiksi kriteereiksi esitetään kannattavuusnäkökohdat sekä kuluttajanäkökohdat. Kaikissa perusteluissa perusoikeusrajoituksilla ei kuitenkaan nähdä yhteyttä unionin ja tuolloin vielä yhteisön toimiin ja tavoitteisiin.

Tapauksista voidaan pelkistää unionin yleisen edun käsitteen sisällöllinen merkitys niin, että tapauksessa 4/73 *Nold* yhteisöjen tuomioistuin kiistää, että kantajan perusoikeusrajoituksiin kohdistuvat epäkohdat olisivat lainkaan johtuneet Euroopan yhteisön lainsäädännöstä ja tässä asiassa kanteen kohteena olevasta komission päätöksestä. Tuomioistuin lausui tässä asiassa, ettei yritykselle myönnettyjä takeita sallita missään tapauksessa ulottaa koskemaan kaupankäyntiin liittyvien etujen tai mahdollisuuksien suojelemista, sillä ”epävarmuus kuuluu taloudellisen toiminnan perusolemuksen”. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan epäkohdat ”olivat seurausta taloudellisesta kehityksestä eikä kanteen kohteena olevasta päätöksestä”.¹⁰⁸⁷

Tapauksessa 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* tuomioistuin katsoi, että uusia viininviljelmiä koskevalla kiellolla ei asetettu suhteettomia rajoituksia omaisuuden käytölle, vaan rajoitusta pidettiin perusteltuna Euroopan yhteisön asetuksen (ETY N:o 1162/76) säätämän yhteisön yleisen edun mukaisten tavoitteiden vuoksi.¹⁰⁸⁸ Ylei-

¹⁰⁸⁴ Asia 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, tuomio, kohta 21.

¹⁰⁸⁵ Asia 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, tuomio, kohta 23.

¹⁰⁸⁶ Asia 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, tuomio, kohta 25.

¹⁰⁸⁷ Asia 4/73 *J. Nold Kohlen- und Baustoffgross Handlung v. Euroopan yhteisöjen komissio*, ECLI:EU:C:1974:51, Ep. IV 00293, kohta 14 ja 15.

¹⁰⁸⁸ Asia 44/79 *Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, ECLI:EU:C:1979:290, Kok. Ep. 1979, 00677, kohta 30.

nen etu tässä tapauksessa johdettiin siis kyseisen asetuksen säätämästä tavoitteesta. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin antoi paljon myöhemmin asiassa 265/87 *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH v. Hauptzollamt Gronau* tulkinnan, jossa perusoikeuksista omaisuudensuojaa voitiin unionissa perustellusti rajoittaa yleisen edun ja tässä tapauksessa Euroopan yhteisön oikeuden yhteisen markkinajärjestelyn yhteydessä.¹⁰⁸⁹ Tapauksessa yleisen edun aineelliseksi sisällöksi lausuttiin *yhteinen markkinajärjestely*.

Kumoamiskanteessa asiassa T-13/99 *Pfizer Animal Health SA v. Euroopan unionin neuvosto* ensimmäisen asteen tuomioistuin lausuu, että kanteen kohteena olevalla yhteisön asetuksella sallitaan rajoittaa *omistusoikeudensuojaa* tavoitellun päämäärän ja tässä tapauksessa ihmisten terveyden suojelun tärkeyden perusteella. Sen vuoksi voidaan oikeuttaa myös tietyille toimijoille aiheutuvat epäedulliset ja jopa huomattavat taloudelliset seuraamukset.¹⁰⁹⁰ Euroopan unionin tuomioistuin tässä asiassa lausuu, että ihmisten terveyden suojelun tärkeyden takia voidaan oikeuttaa tietyille toimijoille aiheutuvat epäedulliset, ”jopa huomattavat taloudelliset seuraukset”.¹⁰⁹¹

Tapauksessa C-377/98 *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* unionin tuomioistuin tutki asiassa esitetyn väitteen ihmisarvon loukkaamisesta ja totesi, että eloperäisen materiaalin osalta direktiivi säätää patenttioikeuden rajoista siinä määrin tiukasti, että säädöksessä on todellisuudessa säädetty tätä koskeva hyväksikäyttö- ja luovuttamiskielto. Samoin yksilön oikeus integriteetinsä suojaamisen on turvattu siltä osin kuin tämä oikeus kattaa direktiivin alalla luovuttajan ja vastaanottajan oikeuden vapaasti ja asioista riittävästi perillä ollen antaa suostumuksensa.¹⁰⁹² Euroopan unionin perusoikeuskirjan selityksissä on määritelty, että ihmisarvo (dignity of human person) ei ole itsessään vain perustavanlaatuisen oikeus (fundamental right), vaan se perustaa ja konstituoii perustan perustavanlaatuisille oikeuksille (constitutes the real basis of fundamental rights). Tässä merkityksessä sillä viitataan ihmisoikeuksien julistukseen (Universal Declaration of Human Rights, 1948), jossa ihmisarvon käsitettä on kirkastettu:

“Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world.”

Tuomiossa C-377/98 *Alankomaat v. Euroopan parlamentti ja Euroopan neuvosto* tuomioistuin vahvisti, että perustavanlaatuisen oikeus *ihmisarvoon* on osa Euroopan unionin oikeutta (fundamental right to human dignity is part of Union law)¹⁰⁹³. Vaikka kyseisessä direktiivissä olisikin ristiriitoja jäsenvaltioille velvoitteita luovien kansain-

¹⁰⁸⁹ Asia 265/87 *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH v. Hauptzollamt Gronau*, ECLI:EU:C:1989:303, Kok. 1989 Ep. 00109, kohta 15.

¹⁰⁹⁰ T-13/99 *Pfizer Animal Health SA v. Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:T:2002:209, Kok. 2002 II 03305, kohta 107 ja kohta 456.

¹⁰⁹¹ T-13/99 *Pfizer*, tuomio, kohta 454 ja 456.

¹⁰⁹² C-377/98 *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* 14. kesäkuuta 2001, tuomio, erityisesti kohdat 69 ja 77 sekä 78, Ks. myös julkisasiamies Jacobs, ratkaisuehdotus tässä asiassa, ECLI:EU:C:2001:329, kohdat 197 ja 198, jossa Jacobs ilmaisee käsityksensä, ettei mainitulla direktiivillä loukata kanteen perusoikeuksia, vrt. kohta 215, ks. myös kohta 226, jossa Jacobs arvioi kanteen hyödyllisyyttä ottaen huomioon eettinen keskustelu, myös kohta 229.

¹⁰⁹³ C-377/98 *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, tuomio, kohdat 70–77.

välisen sopimusten kanssa, niillä ei tuomioistuimen mukaan ole merkitystä kuin yleisellä ja abstraktilla tasolla ja ne tulevat merkityksellisiksi vasta unionin direktiivin säännöksiä sovellettaessa.¹⁰⁹⁴

Ennakkoratkaisukysymyksessä C-491/01 *The Queen vs. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco* säädöksen omistusoikeuden rajoitusta perusteltiin korkeatasoisella terveyden suojelulla. Ratkaisuehdotuksen mukaan omistusoikeutta ei ole sellaisenaan tunnustettu oikeutena perussopimuksen normistossa. Ratkaisuehdotuksessa viitataan Euroopan unionin perusoikeuskirjan 17 artiklan omistusoikeuteen ja sen 2 kohdan teollis- ja tekijänoikeuksien suojaan, jossa omistusoikeus tunnustetaan. Ratkaisuehdotuksessa ajankohdan yhteisön oikeuden senhetkisessä kehitysvaiheessa perustetta tärkeämpiä ovat kuitenkin Euroopan unionin sopimuksen EU 6 artiklan määräykset, joiden mukaan unioni pitää arvossa yhteisön oikeuden yleisinä periaatteina perusoikeuksia, sellaisina kuin ne taataan muun muassa ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyssä Euroopan yleissopimuksessa. Ihmis-oikeussopimuksen ensimmäisessä pöytäkirjassa olevan 1 artiklan mukaan yksi näistä perusoikeuksista on omistusoikeus.¹⁰⁹⁵

Terveydelle haitallisten tuotteiden leviämisen ehkäiseminen on perustanut perusoikeusrajoituksen perusteen tapauksessa C-210/03 *Swedish Match v. Secretary of State for Health*, jossa tutkittiin sekä *ammatin harjoittamisen vapauden että omaisuuden suojan oikeuden rajoitusta*. Tässä tapauksessa tuomioistuimen tulkinta oli, ettei kumpaakaan oikeutta ollut rajoitettu direktiivin päämääriin nähden suhteettomasti ottaen huomioon, että niiden rajoitusperusteena olevalla yleisellä edulla tavoiteltiin terveyden suojelun korkeata tasoa. Direktiivin kielto­säännöksellä pyritään *yleisen edun* mukaiseen tavoitteeseen, koska sillä taataan terveyden suojelun korkea taso yhdenmukaistamalla tupakkatuotteiden markkinoille saattamista koskevat säännökset. Kielto­toimenpidettä ei pidetä epäasianmukaisena kyseiseen tavoitteeseen nähden.¹⁰⁹⁶ Kielto­säännös, joka rajoittaa taloudellisten toimijoiden ammatin harjoittamisen vapautta ja pyrkimystä ryhtyä direktiivin alaan kuuluvaan kaupan pitämiseen sillä maantieteellisellä alueella, jota kielto koskee, ei poista toimijoiden omaisuuden suojan oikeutta. Yhteisöjen tuomioistuimen perustelu on niin sanottu *markkinaperustelu*, joka tarkoittaa sitä, että yksikään talouden toimija ei voi vedota omaisuuden suojaan tietyn markkinaosuuden osalta, vaikka sillä olisi ollut kyseinen markkinaosuus ennen kyseisiin markkinoihin vaikuttavan toimenpiteen käyttöönottoa. Unionin ja tuolloin vielä yhteisöjen tuomioistuimen mukaan syynä tähän on se, että tällainen markkinaosuus on ainoastaan hetkellinen taloudellinen asema, joka on alttiina sille vaaralle, että olosuhteet muuttuvat. Talouden toimija ei voi myöskään vedota *saavutettuun oikeuteen* tai edes *luottamussuojaan* sellaisen olemassa olevan tilanteen säilyttämiseksi, jota voidaan muuttaa yhteisön toimielinten harkintavaltansa osalta tekemillä päätöksillä.¹⁰⁹⁷

Ihmisten terveyden suoje­lu on hyväksytty perusoikeusrajoitukseksi asiassa Yhdistynyt kuningaskunta *High Court of Justice'n* (England and Wales) ennakkoratkai-

¹⁰⁹⁴ C-377/98 *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, tuomio, kohdat 62 ja 67.

¹⁰⁹⁵ Julkisasiainmies Geelhoed, ratkaisuehdotus 10. syyskuuta 2002, asiassa C-491/01 *The Queen vs. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco ja Imperial Tobacco Ltd*, Kok. 2002 I 11453, ECLI:EU:C:2002:476, ratkaisuehdotuksen kohta 30 ja kohta 253 ja kohdat 259 ja 260.

¹⁰⁹⁶ C-210/03 *Swedish Match AB ja Swedish Match UK Ltd v. Secretary of State for Health* (suuri jaosto), Kok. 2004 I 11893, ECLI:EU:C:2004:802, kohdat 37 ja 72.

¹⁰⁹⁷ C-210/03 *Swedish Match*, Kok. 2004, tuomio, kohta 73.

suppyynnössä yhdistetyissä asioissa C-155/04 ja C-154/04 *The Queen, ex parte Alliance for Natural Health ja Nutri-Link v. Secretary of State for Health*, jossa kyse oli direktiivin säännösten pätevyyden tutkimisesta yhtenä kanneperusteena omaisuudensuojan oikeutta koskevan perusoikeuden rikkominen. Kanteessa vedotaan Euroopan unionin sopimuksen 6 artiklan 2 kohtaan sekä ihmisoikeussopimuksen asiaa säätävään normiin. Kiellon tarkoituksena oli yleisen edun toteuttamiseen perustuva ihmisten terveyden suojelu. Aikaisemman tulkintakäytännön mukaan yhteisöjen tuomioistuin arvioi omaisuudensuojan oikeutta ja rajoitusperusteita sen yhteiskunnallisen tehtävän perusteella ottaen huomioon suhteellisuusperiaatteen.¹⁰⁹⁸ Asiassa C-155/04 ja C-154/04 *Nutri-Link* Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen suuren jaoston antaman päätöksen perusteella vakiintunut oikeuskäytäntö on, että yhteisön oikeuden yleisiä periaatteita sallitaan rajoittaa yleisen edun nojalla, eikä rajoituksilla katsota puututtavan perusoikeuksiin tavoitellun päämäärän kannalta *suhteettomasti* ja tavalla, jota ei voida hyväksyä ja jolla loukattaisiin näin suojattujen oikeuksien keskeistä sisältöä¹⁰⁹⁹.

Vuonna 2004 normivalvonnan asiassa C-184/02 ja C-223/02 *Espanjan kuningaskunta ja Suomen tasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* jäsenvaltioiden kanteen kohteena oli direktiivi, jossa säänneltiin itsenäisten kuljettajien työaikaa, sääntelyn tavoitteena liikenneturvallisuuden parantaminen. Siinä vedottiin perusoikeusloukkauksiin, *vapaata ammatinharjoittamista koskevan oikeuden, yrittäjän vapauden loukkaamiseen* ja suhteellisuusperiaatteen loukkaamiseen. Unionin tuomioistuimen tulkinnan mukaan ”sääntelyn tavoitteena on liikenneturvallisuuden parantaminen ja siten se on yleisen edun tavoitteen mukainen”. Tuomioistuin lausuu, että vaikka sääntelyllä puututaan itsenäisen ammatinharjoittamisen yksityiskohtiin, se ei kuitenkaan koske itse ammatinharjoittamisen vapautta.¹¹⁰⁰

Tapausanalyysin perusteella olen havainnut, että unionin yleisesti sovellettavaksi tarkoitettu lainsäädäntö *voi* suhteellisuusperiaate huomioiden rajoittaa omistusoikeuksia eli omaisuudensuojan oikeutta tai muita omaisuudensuojan oikeuden käsitteen alaan kuuluvia oikeuksia, kuten käyttöoikeutta. Rajoitukset usein koskevat myös ammatinharjoittamisen vapauden oikeutta. Unionin yleinen etu, jolla perusteella rajoituksia perusteltiin jo 1960- ja 1970-luvuilla, liittyi käytännössä unionin ja tuolloin vielä yhteisöjen markkinajärjestelyihin. Perusteluissa perus- ja ihmisoikeusrajoitusten ei aina katsottu johtuvan unionin lainsäädännöstä, vaan esimerkiksi talouden yleisemmästä kehityksestä. Vuosituhannen vaihteeseen tultaessa oikeuksien rajoittamisen vastapainona lainsäädännön yleisen edun aineellinen sisältö on monipuolistunut ja laajentunut, perusteluina ihmisten terveyden suojelu, liikenneturvallisuus ja esimerkiksi kirjallisten ja taiteellisten teosten suojaaminen.

¹⁰⁹⁸ Yhdistetyt asiat C-154/04 ja C-155/04 *The Queen, ex parte Alliance for Natural Health ja Nutri-Link v. Secretary of State for Health*, ECLI:EU:C:2005:449, Kok. 2005 I 06451, kohdat 126 ja 128.

¹⁰⁹⁹ C-154/04 *Nutri Link*, ECLI:EU:C:2005:449, Kok. 2005. I 06452, kohta 126.

¹¹⁰⁰ Yhdistetyt asiat C-184/02 ja C-223/02 *Espanjan kuningaskunta ja Suomen tasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2004:497, Kok. 2004 I 07789, kohdat 48 ja 50 sekä 51, 52 ja 53 ja 54. Ks. myös julkisasiamies Stix-Hackl, ratkaisuehdotus 30. maaliskuuta 2004, asiassa yhdistetyt asiat C-184/02 ja C-223/02 *Espanjan kuningaskunta ja Suomen tasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, Kok. 2004 I 07789, ECLI:EU:C:2004:194, kohta 97 suhteellisuusperiaate, myös kohta 37, väite toimivallan puuttumisesta.

6.3.2 Säädösten oikeussuhtaisuus hyväksyttävyyden kysymyksenä

Edellä olen tarkastellut esilainsäädännöllisen vaiheen yhteydessä metodeja, joita unionin lainsäädännössä edellytetään oikeusvaltiollisen laadun ja sääntelyn hyväksyttävyyden varmistamiseksi. Vaikka Euroopan unionin lainsäädännön sykli, omaksuttu perusoikeusstrategia ja perusoikeuskirjan normisto edellyttävät oikeasuhtaisuuden arviointia, on unionin säädöksiä tutkittu ennakkoratkaisukysymyksen ja kanteen perusteella jälkikäteen unionin tuomioistuimen säädösten oikeudellisessa normivonnassa.

Yhdistetyt tapaukset C-292/12 ja C-594/12 Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources ja Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger et al.

Tapauksessa yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights* Euroopan unionin tuomioistuin tutki artiklan SEUT 267b nojalla unionin yleisesti saatavilla olevien sähköisten viestintäpalvelujen tai yleisten viestintäverkkojen yhteydessä tuotettavien tai käsiteltävien tietojen säilyttämisestä ja direktiivin (2002/58/EY) muuttamisesta 15.3.2006 annetun direktiivin pätevyyttä (EY/2006/24)¹¹⁰¹. Edellä olen tarkastellut *ePrivacy*-säädösehdotusta, jolla on tarkoitus antaa direktiiviä osin (2002/58/EY) korvaava asetus.

Kyseisen direktiivin (2002/58/EY) 4 artikla säätelee tietojen käsittelyn turvallisuudesta siten, että

”Yleisesti saatavilla olevien sähköisten viestintäpalvelujen tarjoajien on toteutettava asianmukaiset tekniset ja organisatoriset toimenpiteet varmistaa tarjoamiensa palveluiden turvallisuuden, verkon turvallisuuden osalta tarvittaessa yhdessä yleisen viestintäverkon tarjoajan kanssa. Näillä toimenpiteillä on voitava varmistaa riskiin suhteutettu turvallisuustaso ottaen huomioon uusi tekniikka ja toimenpiteiden käyttökustannukset.”

Direktiivi sisältää hyvin yksityiskohtaisia säännöksiä tietojen käsittelystä ja säilyttämisestä sekä turvapolitiikasta. Tässä asiassa C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ltd* nosti kanteen High Court -tuomioistuimessa. Se väitti omistavansa matkapuhelimen, joka rekisteröitiin 3.6.2006, ja kyseenalaisti sähköiseen viestintään liittyvien tietojen säilyttämistä koskevien kansallisten lainsäädäntö- ja hallintotoimien lainmukaisuuden. Se vaati asiassa ennakkoratkaisua hakevaa tuomioistuinta toteamaan mitättömäksi unionin direktiivin 2006/24 ja kansallisen lainsäädännön sen osan, jossa säädetään, että puhelinviestintäpalveluiden tarjoajien on säilytettävä näihin palveluihin liittyviä liikenne- ja paikkatietoja laissa määritetyn ajan rikosten ehkäisemistä, selvittämistä, tutkimista ja syyteharkintaa varten sekä valtion turvallisuuden suojelemiseksi.¹¹⁰²

Vastaavasti Itävallan *Verfassungsgerichtshofin* pyytämässä ennakkoratkaisussa yhdistetyissä asioissa C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et al. ja Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger ym.* kyse on sekä *Kärntnerin*

¹¹⁰¹ Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et al. ja Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger ym.*, Euroopan Unionin tuomioistuin, suuri jaosto, 8. huhtikuuta 2014, ECLI:EU:C:2014: 238.

¹¹⁰² Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. ja Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger et al.*, tuomio, kohta 17.

osavaltion hallituksen että eräiden yksityisten perustuslakituoimioistuimessa nostamista kanteista, joissa oli kyse kansallisen lain, jolla vuonna 2006 säädetty direktiivi oli saatettu osaksi Itävallan sisäistä oikeusjärjestystä, yhteensoveltuvuudesta liittovaltion perustuslain kanssa¹¹⁰³.

Irlannin High Court esitti unionin direktiivin (EY/2006/24) tutkimiseksi seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

- Ovatko direktiivin artikloiden vaatimukset ja matkapuhelinviestintään liittyvien oikeuksien rajoittaminen ristiriidassa unionin perussopimuksen SEU 5 artiklan oikeasuhtaisuusvaatimuksen kanssa?
- Ovatko direktiivin vaatimukset tietojen käytöstä vakavan rikollisuuden tutkintaan selvittämistä ja syyteharkintaa varten oikeasuhtaisia?
- Onko direktiivin tehtävänä varmistaa sisämarkkinoiden moitteetonta toimintaa?

Irlannin High Court katsoi, ettei se voi käsitellä vireillä olevaa Digital Rights -kanteen pääasiaa ennen kuin sähköisen viestinnän palvelujen liikennetietojen säilyttämisvelvollisuutta säätävän unionin direktiivin (EY/2006/24) pätevyys tutkitaan. Sitä varten se esitti ennakkoratkaisukysymyksiä unionin tuomioistuimelle, onko kyseinen direktiivi (EY/2006/24) yhteensopiva SEUT 21 artiklan vapaata liikkuvuutta ja oleskelua jäsenvaltioiden alueella koskevan kansalaisten oikeuksien kanssa, perusoikeuskirjan 7 artiklan ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan yksityiselämän kunnioitusta koskevan oikeuden kanssa, perusoikeuskirjan 8 artiklassa vahvistetun henkilötietojen suojaa koskevan oikeuden kanssa, perusoikeuskirjan 11 artiklan ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 19 artiklassa vahvistetun sananvapautta koskevan oikeuden kanssa ja perusoikeuskirjan 41 artiklan hyvää hallintoa koskevan oikeuden kanssa.¹¹⁰⁴

Itävallan perustuslakituoimioistuimelle, *Verfassungsgerichtshof*, oli kansalliseen oikeuteen implementoitujen direktiivin (EY/2006/24) säännösten vuoksi esitetty useita kanteita direktiiviin (EY/2002/24) perustuvien säännösten kumoamiseksi kansallisesta *Telekommunikationsgesetz*-nimisestä kansallisesta laista. Itävallan *Verfassungsgerichtshof* esitti ennakkoratkaisukysymyksenä paitsi säädöksen tulkintaan liittyviä kysymyksiä myös direktiivin pätevyteen liittyvän kysymyksen, ovatko kyseisen direktiivin eräät artikkelit yhteensopivia unionin perusoikeuskirjan 7 ja 8 sekä 11 artiklan kanssa.¹¹⁰⁵

Direktiivin tavoite oli yhdenmukaistaa jäsenvaltioiden lainsäädäntöjä liikennetietojen säilyttämiseksi ja käyttämiseksi

Direktiivin (EY/2006/24) tavoite oli yhdenmukaistaa jäsenvaltioiden lainsäädäntöjä siinä, millä tavoin sähköisen viestinnän palvelujen yhteydessä syntyvien tietynsä säilytettävien liikennetietojen tuli olla käytettävissä vakavan rikollisuuden, kuten järjestäytyneen rikollisuuden ja terrorismin, ehkäisemistä ja tukintaa, selvittämistä ja syyteharkintaa varten, noudattaen unionin perusoikeuskirjan 7 artiklan ja 8 artiklan oikeuksia. Velvoite säilyttää direktiivin tarkoittamia tietoja ja tarvittaessa luovuttaa

¹¹⁰³ Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger ym.* tuomio, kohta 3.

¹¹⁰⁴ Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger etc.*, tuomio, kohta 18.

¹¹⁰⁵ Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger etc.*, tuomio, kohta 21.

niitä viranomaisille herätti kysymyksiä perusoikeuskirjan artiklan yksityiselämän ja viestien suoja, perusoikeuskirjan 8 artiklan henkilötietojen suoja sekä perusoikeuskirjan 11 artiklan sananvapaus huomioiden. Luovutettavien tietojen kokonaisuus paljastaa paitsi viestinnän osapuolien henkilöt, viestinnän paikan ja ajankohdan myös päätelmien tekemisen säilytettyjen tietojen henkilöiden yksityiselämästä, liikkumisesta, tekemisestä, sosiaalisista suhteista ja sosiaalisesta ympäristöstä. Vaikka tietojen luovutus ei koske viestin sisältöjä, on sillä vaikutuksia viestintävälineiden käyttöön ja siten myös perusoikeuskirjan 11 artiklan sananvapauden oikeuden käyttämiseen.¹¹⁰⁶

Direktiivi tarkoittaa puuttumista perusoikeuskirjan oikeuksiin

Direktiivin (EY/2006/24) säilytettäväksi edellytetyt tiedot ja luovutettaviksi tarkoitetut tiedot kuuluvat perusoikeuskirjan 7 ja 8 artikloiden soveltamisalaan, ja siksi unionin tuomioistuin tutki direktiivin pätevyyttä niiden kannalta. Yksityiselämän oikeuden suojan perusoikeuteen puuttumisen näkökulmasta merkitystä ei ole sillä, ovatko tiedot arkaluonteisia vai eivät tai onko asianomaisille mahdollisesti aiheutunut haittaa tästä puuttumisesta. Tästä tuomioistuimen mukaan seuraa, että direktiivin (EY/2006/24) artiklassa yleisesti saatavilla olevien sähköisten viestintäpalvelujen tai yleisten viestintäverkkojen tarjoajille asetettu velvollisuus säilyttää tietyn ajan tietoja henkilön yksityiselämästä ja hänen viestinnästään, kuten direktiivi edellyttäisi, merkitsee sellaisenaan puuttumista perusoikeuskirjan 7 artiklassa taattuihin oikeuksiin. Lisäksi toimivaltaisten kansallisten viranomaisten oikeus saada tietoja merkitsee puuttumista tähän perusoikeuteen. Näin ollen direktiivin (EY/2006/24) artikloissa toimivaltaisten kansallisten viranomaisten tietojen saantia koskevista säännöistä merkitsevät puuttumista perusoikeuskirjan 7 artiklassa taattuihin oikeuksiin samoin kuin perusoikeuskirjan 8 artiklan henkilötietojen suojan oikeuteen. Unionin tuomioistuin tässä tapauksessa C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ltd* perustelee direktiivin säännösten merkitsevän puuttumista perusoikeuskirjan 7 artiklan ja 8 artiklan oikeuksiin ja tarkastelee puuttumisen perusteltavuutta. Tarkastelu perustetaan perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohdan vahvistamien oikeuksien ja vapauksien rajoittamista koskeviin periaatteisiin, joiden mukaan mainittuja oikeuksia ja vapauksia voidaan rajoittaa vain *lailla* ja niiden keskeistä sisältöä kunnioittaen. Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti rajoituksia näihin oikeuksiin ja vapauksiin voidaan säätää ainoastaan, jos ne ovat välttämättömiä ja vastaavat tosiasiallisesti unionin tunnustamia yleisen edun mukaisia tavoitteita tai tarvetta suojella muiden henkilöiden oikeuksia ja vapauksia. Tuomioistuin toteaa, että tämän direktiivin aineellinen tavoite on myötävaikuttaa vakavan rikollisuuden torjumiseen ja näin ollen lopulta yleiseen turvallisuuteen, joka on taattu perusoikeuskirjan 6 artiklassa. Unionin tuomioistuin nimenomaisesti viittaa direktiivin johdanto-osan perustelukappaleeseen arvioidessaan direktiivin tavoitetta ja sitä, vastaako direktiivi unionin yleisen edun tavoitetta.¹¹⁰⁷ Näin ollen kyse sinänsä on legitiimistä sääntelystä. Tämä ei ole kuitenkaan riittävää.

¹¹⁰⁶ Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger etc.*, tuomio, kohdat 26 ja 27 sekä 28.

¹¹⁰⁷ Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger etc.*, tuomio, kohdat 34 ja 36 sekä 38 ja 44. Tässä yhteydessä viittaa puuttumisen haitan määrittelyssä myös tapaukseen C-465/00 *Österreichischer Rundfunk*, ECLI:EU:C:2003:294.

Perusoikeuksiin puuttumisen oikeasuhtaisuus

Edellä tässä luvussa olen tarkastellut perusoikeusrajoituksia varhaisemmassa unionin sääntelyssä. Tuomioistuin on viitannut esimerkiksi tapauksessa C-154/04 ja C-155/04 *Nutri-Link* säädösten normivalvonnan yhteydessä perussopimuksen perus- ja ihmisoikeusnormiston periaatteisiin EU 6(2) luettuna yhdessä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan kanssa. Omaisuudensuojan ja taloudellisen toiminnan harjoittamisen oikeudesta unionin tuomioistuin toteaa, että kyseiset oikeudet eivät ole ehdottomia ja niitä tulee arvioida sen tehtävän perusteella, mikä niillä on yhteiskunnassa. Siksi mainittuja oikeuksia voidaan myös rajoittaa yleisen edun perusteella ottaen huomioon suhteellisuusperiaate ja oikeuden rajoituksen hyväksyttävyyys.¹¹⁰⁸ Asiassa C-154/04 ja C-155/04 *Nutri-Link* Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen suuri jaosto toteaa, että oikeuden yleisiä periaatteita (perusoikeusperiaatteita) sallitaan rajoittaa yleisen edun nojalla, eikä tällaisilla rajoituksilla katsota puuttuttavan tapauksessa perusoikeuksiin tavoitellun päämäärän kannalta *suhteettomasti ja tavalla, jota ei voida hyväksyä ja jolla loukattaisiin näin suojattujen oikeuksien keskeistä sisältöä*¹¹⁰⁹.

Direktiivin oikeasuhtaisuutta tapauksessa C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ltd* arvioidessaan unionin tuomioistuin tarkastelee suhteellisuusperiaatteen perustalta sitä, ettei säädöksellä ylitetä rajoja, jotka ovat tarpeellisia säädöksen tavoitteen toteuttamiseksi. Tuomioistuin huomauttaa tässä yhteydessä myös, että koska on kyse perusoikeuksiin puuttumisesta, on unionin tuomioistuimen harjoittamassa valvonnassa otettava huomioon unionin lainsäätäjän harkintavaltaan liittyviä rajoituksia, jotka johtuvat sääntelyalasta ja tapauksen perusoikeuskirjassa taatun oikeuden luonteesta, siihen puuttumisen vakavuudesta.¹¹¹⁰

Sinänsä direktiivin (EY/2006/24) tavoite, joka on yleisen turvallisuuden takaaminen, on legitiimi. Perusoikeuksiin puuttuminen edellyttää välttämättömyyttä. Puuttuminen tässä tapauksessa on kuitenkin laajaa ja merkitsee lähes kaikkien eurooppalaisten perusoikeuksiin puuttumista. Lisäksi mainittu direktiivi ei sisällä menettelyllisiä tai aineellisia säännöksiä siitä, miten henkilö, jonka tietoja on säilytetty liikennetietoina, voi suojautua väärinkäytöksiltä, jotka liittyvät hänen henkilötietoihinsa. Direktiivi ei myöskään sisällä viranomaisten toimivaltaa rajoittavia normeja siitä, että se voi saada käyttöönsä liikennetietoja ja käyttää niitä myös myöhemmin tarkoituksiin, jotka voivat merkitä ei-hyväksyttävää puuttumista Euroopan unionin perusoikeuskirjan perusoikeuksiin.¹¹¹¹

Tuomioistuimen mukaan unionin lainsäätävä tässä tapauksessa ylitti direktiivin antaessaan suhteellisuusperiaatteen rajat, joita Euroopan unionin perusoikeuskirjan 7 artiklan ja 8 artiklan oikeuksiin puuttuminen edellyttää. Direktiivi on sen vuoksi pä-

¹¹⁰⁸ Yhdistetyt asiat C-154/04 ja C-155/04 *The Queen, ex parte Alliance for Natural Health ja Nutri-Link v. Secretary of State for Health*, Kok. 2005 I 06451, ECLI:EU:C:2005:449,126 ja 128. Julkisasiames Geelhoed, ratkaisuehdotus asiassa C-154/04 ja C-155/04 *The Queen, ex parte Alliance for Natural Health ja Nutri-Link v. Secretary of State for Health*, 5. huhtikuuta 2005, ECLI:EU:C:2005:199,

¹¹⁰⁹ C-154/04 *The Queen, ex parte: Alliance for Natural Health ja Nutri Link Ltd v. Secretary of State for Health*, tuomio, kohta 126.

¹¹¹⁰ C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger etc.*, Euroopan Unionin tuomioistuin, suuri jaosto 8. huhtikuuta 2014, ECLI:EU:C:2014:238, kohta 46 ja kohta 47.

¹¹¹¹ C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger etc.*, tuomio, kohdat 51 ja 52 sekä 54 ja 59 sekä 60.

temätön. Tässä tilanteessa ei ollut tarpeen tutkia enää direktiivin pätevyyttä perusoikeuskirjan 11 artiklan sananvapauden kannalta eikä muiden kysymysten kohdalta.¹¹¹²

Perusoikeusrajoitusten peruste

Lainsäädäntöteoreettisesti arvioiden tapauksen C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ltd* keskeinen pätevyyden arviointiperuste oli oikeudelliseen ulottuvuuteen kuuluva *perusoikeusargumentti*, joka unionin oikeusjärjestyksessä määrittyy unionin perusoikeuskirjan normistosta käsin. Tuomioistuimen mukaan unionin toimielin ylitti direktiivin (EY/2006/24) säätäessään ne unionin toimivaltaan kuuluvat harkintavallan rajat, joita suhteellisuusperiaatteen noudattaminen edellyttää. Euroopan unionin perusoikeuskirjan 52 artiklan ensimmäinen kohta on niin sanottu *horisontaalilauseke*. Se säätää perusoikeuskirjan oikeuksien ja periaatteiden ulottuvuudesta ja tulkinnasta sekä kattavuudesta. Artiklan 52 ensimmäinen kohta ilmaisee vakiintuneen oikeuskäytännön perusteella periaatteet, joiden perusteella unionin perusoikeuksia on mahdollista rajoittaa. Euroopan unionin perusoikeuskirjan 52 artiklan ensimmäisen kohdan normisto ei ole kuitenkaan yksiselitteinen, vaan jättää paljon tulkinnanvaraa. Euroopan unionin perusoikeuskirjan 52 artiklan ensimmäisen kohdan säännös perustaa yleisen rajoitussäännön (*a general rule of limitations*).¹¹¹³

Edellä on ollut jo puhetta Euroopan unionin lainsäädännössä noudatettavasta perusoikeusstrategista ja eräistä perusoikeusjärjestelmän käsitteistä.

Muodollisessa mielessä Euroopan ihmisoikeussopimuksen normisto on Euroopan unionin oikeudesta erillistä normistoa. Perusoikeuskirjan artiklan 52 kolmannen kohdan tarkoituksena on varmistaa tarvittava johdonmukaisuus perusoikeuskirjan ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen välillä¹¹¹⁴. Tuomioistuin on perusteluissaan asiassa C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ltd* tukeutunut Euroopan ihmisoikeussopimuksen tuomioon asiassa *S ja Marper v. Yhdistynyt kuningaskunta*.¹¹¹⁵ Euroopan unionin perusoikeuskirjan 52 artiklan perusteella Euroopan ihmisoikeusnormiston suojan merkityksen on arveltu Euroopan unionin piirissä myös vahvistuvan¹¹¹⁶. Euroopan ihmisoikeussopimuksen oikeutena, ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkitsemana, yksityisyyden suojan oikeus on dynaaminen ja evolutiivinen oikeus. Euroopan ihmisoikeussopimus on luonteeltaan elävä instrumentti, joka ottaa huomioon muuttuvia olosuhteita ja vastaa myös uusiin kysymyksiin. Yksityisyyden suojan evolutiivisuus on tullut esille parhaiten niissä tapauksissa, jotka ovat heijastaneet eurooppalaisen moraalikäsitteen muuttumista ja joita Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on tarkastellut tämän kehityksen puitteissa.¹¹¹⁷ Yleisemmin moraalikäsitteiden muuttumisen

¹¹¹² C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger etc.*, tuomio, kohdat 69 ja 70 sekä 71 ja 72.

¹¹¹³ Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset (2007/C 303/02).

¹¹¹⁴ Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset (2007/C 303/02).

¹¹¹⁵ Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger ym.*, ECLI:EU:C:2014:238, Unionin tuomioistuimen suuri jaosto 8. huhtikuuta 2014, kohdat 18 ja 26 ja 27 sekä 46 ja siinä todettu oikeuskäytäntö sekä 69. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin *S ja Marper v. Yhdistynyt Kuningaskunta*, suuri jaosto, nro 30562/04 ja nro 30566/04, CEDH 2008-V. Ks. Hirvelä–Heikkilä, 371– 737, puuttumisen laillisuus lain laatutekijänä.

¹¹¹⁶ Peers, 2004, 178–179.

¹¹¹⁷ Hirvelä–Heikkilä, 2013, 359–360.

taustalla on usein yksittäisiä tapahtumia, kuten esimerkiksi rikokset ihmisyyttä vastaan, jotka muuttavat laajasti yhteiskunnan arvomaailmaa¹¹¹⁸.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tutkimassa asiassa *Bosphorus Airways v. Ireland* olisi ollut mahdollisuus selvittää ja täsmentää unionin oikeuden ja ihmisoikeussopimuksen perus- ja ihmisoikeussuojan johdonmukaisuutta sekä Euroopan unionin tuomioistuimen ja ihmisoikeustuomioistuimen tuomiovallan rajoja. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin päätyi tässä asiassa kuitenkin eräänlaiseen kompromissiin, ja se antoi periksi unionin (tuolloin vielä yhteisöjen) tuomioistuimelle. Ihmisoikeustuomioistuimen kompromissiratkaisu oli asiassa siten ehdollista (*conditional*) niin, että se jätti antamatta tässä asiassa suojaa varsinaisesti ihmisoikeuksille.¹¹¹⁹ Euroopan unionin tuomioistuin on oikeuskäytännössä viitannut Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja myös ihmisoikeustuomioistuimen tuomioihin, kuitenkin vain viitannut niihin. Euroopan unionin tuomioistuimen viittaaminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen perustuu siihen, että kaikki unionin jäsenvaltiot ovat ratifioineet Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja ovat siten muodollisesti sen osapuolia.¹¹²⁰ Muodollisesti Euroopan unioni ei ole tällä hetkellä Euroopan ihmisoikeussopimuksen osapuoli. Lainsäädännössä normatiivinen epävarmuus johtuu pitkälti siitä, että muodollinen järjestely näiden kahden normijärjestelmän välillä on avoin. Vaikka Lissabonin sopimuksessa on artikla, jonka nojalla liittyminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen on mahdollinen, Euroopan unionin tuomioistuin hylkäsi äskettäin komission ehdotusluonnoksen liittymisestä ihmisoikeussopimukseen.¹¹²¹

Lainsäätäjän harkintavallan rajat perusoikeuksien rajoittamisessa

Oikeusvaltiollisena elementtinä hyväksyttävyydessä on kysymys siitä vaatimukselta, että legitiimiksi todettu lainsäädännön aineellinen sisältö ei loukkaa Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmän tarkoittamien oikeuksien ja vapauksien keskeistä sisältöä. Euroopan unionin tuomioistuin ei ole pitänyt tapauksen Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et al. ja Kärtnner Landesregierung, Michael Seitlinger ym.* perusteella oikeasuhtaisena ja siten hyväksyttävänä sitä, että unionin lainsäädännössä yksityisyyden suojan suhteettomalla rajoituksella loukataan Euroopan unionin perusoikeuskirjan normistoa¹¹²².

Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä perusoikeusjärjestelmä (*fundamental rights*) rajoittaa unionin lainsäätäjän työtä ja toimivaltaa sekä tavoitteiden asettamista¹¹²³. Tuomioistuin toteaa tässä tapauksessa C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ltd*

¹¹¹⁸ Garapon, 2009, 73–74; Conklin, 1979, 56–77.

¹¹¹⁹ Peers, 2006, 452 ja 454–455.

¹¹²⁰ Julkiasiamies Kokott, *Euroopan unionin liittyminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen*, 13. kesäkuuta 2014, kohta 251.

¹¹²¹ Euroopan unionin tuomioistuimen lausunto (Opinion) 2/13, täysi kokoonpano, (Full Chamber), ECLI:EU:C:2014:2454, 18. joulukuuta 2014.

¹¹²² Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärtnner Landesregierung, Michael Seitlinger ym.*, Euroopan Unionin tuomioistuin, suuri jaosto, 8. huhtikuuta 2014, ECLI:EU:C:2014: 238, kohta 73.

¹¹²³ Hallberg, 2017, 31–33.

siitä, että koska tässä asiassa on kyse keskeisiin perusoikeuksiin puuttumisesta, on lainsäätäjän harkintavalta sillä perusteella rajattua.¹¹²⁴

Perusoikeuden rajoittamisella käsitteenä tarkoitetaan perusoikeussäännösten soveltamisalan piirissä olevan oikeuden *kaventamista* esimerkiksi lainsäädännöllä tai perusoikeussäännöksen suojaamaan yksilön oikeusasemaan *puuttumista* julkisen vallan toimenpitein¹¹²⁵. Suomessa perustuslakivaliokunta tietoyhteiskuntakaaren säätämisen yhteydessä totesi, että Suomen oikeudessa ei ole estettä kansallisesti säätää sähköisen viestinnän sääntelyn yhteydessä syntyvien tietojen säilyttämisvelvoitteesta, mutta luonnollisesti sillä edellytyksellä, että tällaisessa puhtaassa kansallisessa lainsäädännössä otetaan huomioon perus- ja ihmisoikeusvelvoitteet¹¹²⁶.

Alankomaat vetosi kanteessa nimenomaisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen normeihin. Tapauksessa annetun ratkaisuehdotuksen mukaan direktiivin ei lähtökohteisesti ajateltu loukkaavan unionin (tuolloin vielä sen ytimenä toimineen yhteisön) lainsäädännössä tunnustettuja perusoikeuksia. Tuomioistuimen mukaan ei voida kuitenkaan sulkea pois sellaista mahdollisuutta, että direktiiviä sovelletaan tiettyyn tapaukseen jossain jäsenvaltiossa siten, että perusoikeuksia loukataan, vaikka direktiivin säännökset pyrkivätkin sitä estämään.¹¹²⁷

Perusoikeusargumentti on lainsäädäntöteoreettisesti arvioiden oikeudellinen ja lainsäädännön oikeudellisen ulottuvuuden argumentti. Tuomioistuin näki, että tässä tapauksessa C-377/98 *Alankomaat v. Euroopan parlamentti ja Euroopan neuvosto* ihmisarvo ja itsemääräämisoikeus eivät täytyneet siten kuin unionin oikeudessa ajankohdassa olisi edellytetty, mutta tuomioistuin päätyi tässä asiassa välttämään *avoointa arvokonfliktia* niin, että perusoikeuksien todettiin toteutuvan soveltamistilanteessa vähintään riittävällä tavalla.¹¹²⁸

Avoimen arvokonfliktin välttäminen on eräänlainen *yleinen praktinen argumentti*, joka soveltuu tilanteeseen, jossa soveltuva oikeudellista argumenttia ei ole löydetävissä.¹¹²⁹

Esimerkiksi julkisasiamies *Jacobs* perustelee ehdotustaan näkökohdilla, jotka perustuvat Euroopan komission bioteknologian *vaikutuksia* tutkineen neuvonantajaryhmän päätelmiin, joka on korostanut *eettisten periaatteiden* soveltamista sääntelyalan keksintöjen patentointiin. Eettisillä periaatteilla varmistettaisiin perustavanlaatuisten ihmisoikeuksien kunnioittaminen. Julkisasiamies *Jacobs* toteaa, että nämä takeet löy-

¹¹²⁴ C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger etc.* Euroopan unionin tuomioistuin 8. huhtikuuta 2014, ECLI:EU:C:2014:238, kohdat 47 ja 48 sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio asiassa *S ja Marper v. Yhdistynyt Kuningaskunta* (suuri jaosto), nro 30562/04 ja nro 30566/04 kohta 102, CEDH 2008-V.

¹¹²⁵ Beck, 2012, 409, perus- ja ihmisoikeusnormistoa rajoittamista voidaan toteuttaa suhteellisuusperiaatteen perusteella strukturoidun mallin mukaisesti mutta säästöjen normivalvonnan yhteydessä myös tasapainottamalla, "the court balances the interests of individuals and member states against the European Union interest of upholding the validity of unionin legislation"; kansallisessa oikeudessa Viljanen, 2001, 14.

¹¹²⁶ PeVL 18/2014 vp, 4–5.

¹¹²⁷ Julkisasiamies *Jacobs*, ratkaisuehdotus asiassa C-377/98 *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* 14. kesäkuuta 2001, ECLI:EU:C:2001:329, kohdat 8, 9, 10 ja 11, 215.

¹¹²⁸ Beck, 2012, 404.

¹¹²⁹ Beck, 2012, 128–129.

tyvät kyseisen bioteknologiadirektiivin 6 artiklan 1 kohdasta, jossa säädetään, että *hyvien tapojen vastaiset* keksinnöt eivät ole patentoitavissa.¹¹³⁰

Tässä tapauksessa viitattessaan hyviin tapoihin unionin tuomioistuin tukeutuu *empiiriseen argumenttiin* tai mainittuun *yleiseen praktiseen käytännölliseen argumenttiin*, jota käytetään silloin, kun varsinaista oikeudellista argumenttia on vaikea määritellä ja sääntelytilanne on uusi. Oikeuskirjallisuuden perusteella tuomioistuimet harvoin tukeutuvat eettisiin tai muihin evaluatiivisiin argumentteihin, kuten mainittuun *yleiseen käytännölliseen argumenttiin*, mutta *yleinen käytännöllinen argumentti* tulee kyseeseen tapausta justifioivana perusteena silloin, kun tapauksen ratkaisu on tärkeä ja se sisältää normatiivista epävarmuutta tai muut argumentit johtaisivat hyvin erilaisiin lopputuloksiin.¹¹³¹ Normivalvonnan tapauksissa se on kuitenkin yleistä.

Lainsäädäntömetodisesti arvioiden sääntelyalalla on noussut esille uusia kysymyksiä siksi, että sääntelyala perustuu tietoyhteiskuntasääntelyn tavoin jatkuvasti kehittyvää tieteelliseen tutkimukseen. Bioteknologiadirektiivin (98/44EY) innovaatioiden sääntelyssä suurta merkitystä on myös tieteellisen tutkimuksen tuloksilla.¹¹³²

Lainsäädännässä perusoikeusnormisto on pulmallinen. Euroopan unionin perussopimus tai Euroopan unionin perusoikeuskirja primäärioikeuden tasoisena normistona ei määrittele tarkemmin tulkintaohjeissaan kaikkia siihen kirjoitettuja ”vapauksia”, ”oikeuksia” tai ”periaatteita”¹¹³³. Euroopan unionin perussopimuksen tai Euroopan unionin perusoikeuskirjan artiklat ja niiden normit eivät ole oikeudellisessa mielessä ja perusoikeuskirjan normien perusteella samanarvoisia. Varsinkin periaatteiden kaltaisten normien asema osana Euroopan unionin perusoikeuskirjan normistoa on epäselvä. Perusoikeuskirjan periaatteet ovat enemmän tai vähemmän itsenäisiä sopimuksen ”normeja” tai ”oikeuden normeja”. On epäselvää ovatko ne oikeusperustaisia normeja (rights-based) vai pikemminkin tavoitteita sisältäviä tavoitenormeja (goal-based). Osa periaatteista on perusoikeuskirjan normien perusteella määriteltävissä puhtaasti politiikkaperiaatteiksi, joiden soveltaminen yksittäiseen tapaukseen edellyttää unionin lainsäädäntöä.¹¹³⁴

Avoimuus vs. yksityisyyden suojan oikeus asiassa C-92/09 ja C-93/09 Volker und Markus Schecke GbR et al. v. Land Hessen

Euroopan unionin perusoikeuskirjan soveltaminen on tullut tärkeämmäksi unionin oikeudellisessa normivalvonnassa. Asiassa C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al. v. Land Hessen* on kyse Euroopan unionin säädöksiin perustuvien tietojen julkaisemisesta säättävien unionin säännösten pätevyyden tutkimisesta ennakkoratkaisukysymyksenä. Tapauksessa ennakkoratkaisukysymys koski Euroopan unionin perusoikeuskirjan 7 artiklan oikeutta yksityis- ja perhe-elämän suojaan, joka vastaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa turvattuja oikeuksia, sekä perusoikeuskirjan 8 artiklan perusoikeutta henkilötietojen suojaan. Säädöksen, jonka

¹¹³⁰ Julkisasiamies Jacobs, ratkaisuehdotus 14. kesäkuuta 2001 asiassa C-377/98, *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, 14. kesäkuuta 2001, ECLI:EU:C:2001:329, kohta 203.

¹¹³¹ Beck, 2012, 128–129.

¹¹³² Beck, 2012, 128.

¹¹³³ Julkisasiamies Villalón 18. heinäkuuta 2013, asiassa C-176/12 *Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT*, ECLI:EU:C:2013:491, kohta 43.

¹¹³⁴ Sartor, 2010, 175–215, normimalleista. Ks. tästä julkisasiamies Villalón ratkaisuehdotuksessaan asiassa C-176/12 *Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT*, ehdotuksen kohdat 62 ja 63.

pätevyyttä tarkastellaan, tarkoituksena on ollut parantaa julkisista varoista maksettujen varojen valvontaa. Tietojen julkaisemisessa oli kyse julkisen varojen käyttöön liittyvien tietojen julkaisemisesta. Tuomioistuin tutki, onko unionin säädöksistä johtuva yksityisyyden suojaan kohdistuva rajoitus tarpeellinen unionin säädöksillä tavoiteltuun legitimiin päämäärään. Koska alan säädösten tehtävänä on lisätä avoimuutta, on se sinänsä yleisen edun mukainen tavoite. Tämä jälkeen tuomioistuin tutki, onko perusoikeuskirjan oikeuksien rajoitus oikeassa suhteessa tavoiteltuun sinänsä säädöksen legitimiin päämäärään. Säädösten keinoja, joihin kuului nimen ja varojen määrän julkaiseminen, tutkittiin suhteellisuusperiaatteen perusteella siltä kannalta, ylittävätkö ne sen, mikä on tarpeen säädöksen tavoitteen saavuttamiseksi.¹¹³⁵

Ennakkoratkaisussa Yhdistetyt asiat C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al. v. Land Hessen* unionin tuomioistuin arvioidessaan unionin asetusten (N:o 1290/2005 ja N:o 259/2008) eräiden säännösten pätevyyttä viittasi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomioon *Gillow v. Yhdistynyt kuningaskunta*. Tuomioistuin tutki sitä, ylittävätkö kyseisten asetusten keinot sen, mikä on tarpeen unionin sääntelyn legitimiin tavoitteiden saavuttamiseksi, kun asetusten säännökset edellyttävät tukien saajien, sekä luonnollisten että oikeushenkilöiden, tuktietojen julkaisemista jäsenvaltioiden internetsivustoilla nimeltä mainiten. Tuomioistuin totesi mainittujen asetusten säännökset erältä osin pätemättömiksi.¹¹³⁶

Julkisasiamies *Sharpston* tässä maatalouspolitiikan alan kysymyksessä toteaa, että asiassa Yhdistetyt asiat C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al. v. Land Hessen* nousee esille unionin oikeuden tärkeitä perustuslaillisia kysymyksiä: ”voiko yhteisen maatalouspolitiikan rahoituksen hallinnoinnin avoimuuden tavoitteen saavuttamisella lähtökohtaisesti olla etusija yksityiselämän suojan kunnioitusta ja henkilötietojen suojelua koskevaan yksilön perusoikeuteen nähden, ja jos voi, miten nämä kaksi tavoitetta on sovittava yhteen?”¹¹³⁷

Oikeusjärjestyksen *rakenneperiaatteiksi* määritellyt normit, kuten Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmän normit tapauksessa Yhdistetyt asiat C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al. v. Land Hessen* lainsäädännössä noudatettavana oikeudellisena ulottuvuutena osaltaan määräävät unionin lainsäädännön aineellista sisältöä. Mainitussa tapauksessa on ollut kysymys siitä, onko *avoimuus* sinänsä Euroopan unionin oikeuden legitimiin tavoitteena tärkeämpää kuin *yksityisyyden suoja*¹¹³⁸.

Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan unionin yleisiin periaatteisiin kuuluva suhteellisuusperiaate edellyttää, että tavoite on toteutettavissa niin, ettei keinoilla ylitetä sitä, mikä on tarpeen tavoitteen saavuttamiseksi. Tietojen julkaisemista koskevaan säädöksen tavoitteeseen ei voida päästä rikkomatta perusoikeuskirjan 7 artiklan ja 8 artiklan perusoikeuksia. Vaikka demokraattisessa yhteiskunnassa verovelvollisilla

¹¹³⁵ Yhdistetyt asiat C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al v Land Hessen*, 9. marraskuuta 2010, unionin tuomioistuimen suuri jaosto, ECLI:EU:C:2010:662, kohdat 69 ja 70 sekä 71 ja 72 sekä 74.

¹¹³⁶ Yhdistetyt asiat C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al v Land Hessen*, kohta 72 ja siinä mainittu tapaus *Gillow* Euroopan ihmisoikeustuomioistuin *Gillow* tuomio 24. marraskuuta 1986, Sarja A nro. 109, kohta 55.

¹¹³⁷ Julkisasiamies *Sharpston*, ratkaisuehdotuksessa 17. kesäkuuta 2010, asiassa C-92/09 ja C-93/09 Yhdistetyt asiat *Volker und Markus Schecke Gbr et al v. Land Hessen*, ECLI:EU:C:2010:353, kohta 1.

¹¹³⁸ Yhdistetyt asiat C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al v Land Hessen*, tuomio, kohdat 17 ja 30 sekä kohta 85.

on oikeus saada tietoja julkisten varojen käytöstä, lainsäätäjän tulee aina kuitenkin harkita erilaisten intressien harmonista tasapainoa.¹¹³⁹

Tuomioistuimen mukaan avoimuuden kaltaisella vaatimuksella ei ole mitään automaattista etusijaa suhteessa henkilötietojen suojan oikeuteen. Unionin tuomioistuimen mukaan unionin toimielimet eivät ole saattaneet nyt pätevyyden tutkimisen kohteena olevien säädösten tavoitteita ja perusoikeuskirjan 7 artiklassa ja 8 artiklassa luonnollisille henkilöille tunnustettuja oikeuksia keskenään harmoniseen tasapainoon. Tuomioistuin tähdentää, ”että henkilötietojen suojaa koskevat poikkeukset ja rajoitukset on toteutettava täysin välttämättömän rajoissa”. Tuomioistuimen mukaan sellaiset unionin toimenpiteet, joilla ei loukata luonnollisten henkilöiden kyseistä perusoikeutta ja joilla myötävaikutetaan tehokkaasti unionin kyseessä olevien säännösten tavoitteeseen eli avoimuuteen, ovat mahdollisia. Tuomioistuin toteaa, että neuvoston ja komissio ovat nyt ylittäneet suhteellisuusperiaatteen rajat, kun ne ovat säätäneet säädöksellä julkaistavaksi tuensaajien nimet ja näiden saamat tarkat tukimäärät. Oikeushenkilöiden kohdalla tuomioistuin sen sijaan katsoo eri intressien tasapainon toteutuvan. *Tapauksessa tuomioistuimen suuri jaosto totesi neuvoston ja komission antaman asetuksen eräät säännökset pätemättömiksi.*¹¹⁴⁰

Euroopan unionin lainsäädännön tutkimuksessa unionin lainsäädäntöä legitimoivan tehokkuus ja yleinen etu, mutta *Karpen* toteaa, ettei tehokkuus ole yksin riittävä lainsäädäntöä legitimoiva aspekti, vaan lainsäädäntö edellyttää sisällölliseksi standardeiksi ihmisoikeusnormistoa¹¹⁴¹.

Yhdenvertainen kohtelu – *Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ym v. Conseil des ministres*

Belgian perustuslakituomioistuin, *Cour Constitutionnelle*, on pyytänyt ennakkoratkaisua asiassa C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ym. v. Conseil des ministres* unionin direktiivin pätevyydestä. Tapauksessa belgialainen kuluttajajärjestö ja kaksi yksityistä olivat nostaneet Belgiassa kanteen unionin direktiivin implementointia koskevan kansallisen täytäntöönpanolain perustuslainvastaisuudesta.¹¹⁴²

Asiassa C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ym.* kanteen kohteena olivat eräät direktiivin säätämät sukupuolisidonnaiset tiedot eräissä vakuutusmatemaattisissa laskelmissa, joita käytettiin määritettäessä ja arvioitaessa riskejä, maksuja ja etuuksia. Kuluttajajärjestö ja yksityiset vetosivat siihen, että direktiivin eräät säännökset olivat Belgian perustuslain eräiden säännösten vastaisia, Euroopan unionin perusoikeuskirjan 20 artiklan, 21 artiklan ja 23 artiklan vastaisia, Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan vastaisia, kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuk-

¹¹³⁹ Yhdistetyt asiat C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al v Land Hessen*, tuomio, kohdat 69 ja 70 sekä 71 ja 74 sekä 75 ja 76 sekä 77.

¹¹⁴⁰ Yhdistetyt asiat C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al v Land Hessen*, tuomio, kohdat 85 ja 86 sekä 87 sekä kohta 92.

¹¹⁴¹ *Karpen*, 2016, 304, tehokkuus yksin ei ole lainsäädäntöä legitimoiva tekijä; Rouvillois, 2006, 4–5 ja 13, tehokkuusaspekti legitimoivana tekijänä, instrumentalismi, utilitarismi, managerialismin korostuminen modernissa lainsäädännössä.

¹¹⁴² Julkisiamies Kokott, ratkaisuehdotus 30. syyskuuta 2010, asiassa C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ym. v. Conseil des ministres*, Kok. 2011 I 00773, ECLI:EU:C:2010:564, kohta 3 ja kohdat 17 ja 18.

sia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen 26 artiklan sekä kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskevan yleissopimuksen vastaisia.¹¹⁴³

Lainsäädäntöteoreettisesti ja yleisen lain tunnusmerkkien näkökulmasta väitteet tässä asiassa liittyvät lainsäädännöltä yleisemmin edellytettävään *yhdenvertaisuuden periaatteeseen*. Yhdenvertaisuusperiaatetta voidaan tarkastella yhtä hyvin myös lainsäädännön hyväksyttävyyteen liittyvänä seikkana niin kuin tässä tapauksessa julkisasiamies esittää.

Tapauksessa direktiivin (2004/113) yhteensopivuutta suhteessa unionin perusoikeuksissa vahvistettuun sukupuoleen perustuvaan syrjintään tutkittiin julkisasiamiehen mukaan nyt ensimmäistä kertaa aineellisoikeudellisessa mielessä. Kyse oli siitä, onko unionin lainsäädännössä sukupuoleen perustuva erilainen kohtelu hyväksyttävää ja miten erilainen kohtelu olisi perusteltavissa. Voisiko tällainen kohtelu olla sallittua rajattuna siten, että se lainsäädännössä koskisi esimerkiksi vain henkivakuutus sopimuksia? Tässä tapauksessa direktiivin kyseiset syrjivät säännökset kumottiin pätemättöminä, ja se merkitsi sitä, ettei niitä sovelleta henkivakuutus sopimukseen rajatusti tai muutenkaan, vaan unionin lainsäädännön lähtökohtana on sukupuolineutraalisuus.¹¹⁴⁴

Euroopan unionin tuomioistuimen suuri jaosto päätti julkisasiamiehen ehdotuksen mukaisesti, että kanteen kohteena olleen direktiivin epäyhdenvertaiseen soveltamiseen johtavat eräät säännökset (= direktiivin säännösten perusteella jäsenvaltiot voisivat direktiivin siirtymäaikajärjestelyjenkin jälkeen sallia vakuutustenantajien harjoittaa epäyhdenvertaista kohtelua ilman ajallisia rajoituksia) ovat pätemättömiä tuomion jälkeen ja siinä erikseen määrätystä ajankohdasta lähtien. Unionin tuomioistuin perusteli ratkaisua erityisesti sillä, että kyseiset säännökset olivat epäohdonmukaisia suhteessa siihen yleisempään unionin tavoitteeseen, josta unionin direktiivin tarkoitus on säätää.¹¹⁴⁵

6.4 JÄLKIKÄTEISEN NORMIVALVONNAN KIELELLIS-LINGVISTINEN ULOTTUVUUS

Euroopan unionin tuomioistuin on tutkinut normivalvonnan tapauksina myös unionin säädösten kielellis-lingvistisen ulottuvuuden alaan kuuluvia kysymyksiä, kuten säädöskielen tarkkuutta. Edellä käsitellyssä tapauksessa C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ltd* unionin tuomioistuin pitää tärkeänä sitä, että yksityisyyden suojan oikeutta ja henkilötietojen oikeuden suojaa määräävässä unionin lainsäädännössä ”on säädettävä selvistä ja täsmällisistä kyseisen toimenpiteen laajuutta ja soveltamista koskevista säännöistä” ja vähimmäisvaatimuksista, jotta yksityisellä olisi mahdollisuus tehokkaasti suojata turvattuja oikeuksiaan tietojen laiton saantia ja käyttöä vastaan.¹¹⁴⁶

¹¹⁴³ Julkisasiamies Kokott asiassa C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ym.*, kohdat 16–18.

¹¹⁴⁴ C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ym.*, ECLI:EU:C:2011:100, suuren jaoston päätöksen perustelut, kohdat 18, 22 ja 24–25 sekä päätös, kohta 33. Ks. tässä asiassa erityisesti julkisasiamies Kokott, ehdotuksen perustelujen kohdat 1-3.

¹¹⁴⁵ C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ym.*, tuomiolauselma.

¹¹⁴⁶ C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger etc.*, suuri jaosto, ECLI:EU:C:2014:238, kohta 54.

Säädöskieleltä edellytetään tarkkuutta etenkin silloin, kun kyse on yksityisten perus- ja ihmisoikeuksiin liittyvästä sääntelystä.

6.4.1 Säädöskielen tarkkuus

Tapauksessa C-377/98 *Alankomaat v. Euroopan parlamentti ja Euroopan neuvosto* direktiivin antamiseen liittyvistä menettelymääräyksistä tuomioistuin tutki paitsi komission roolia siinä, oliko direktiiviä annettaessa noudatettu olennaisia perussopimuksen edellyttämiä menettelymääräyksiä, kuten määrättyä menettelyä kollegiossa mutta sitä vaatimusta, oliko säädösehdotuksen teksti annettu sopimuksessa edellytetyillä virallisilla kielillä. Tuomioistuin ei kuitenkaan tällä tai muullakaan perusteella todennut direktiivin olevan pätemätön.¹¹⁴⁷ Tapauksessa C-377/98 *Alankomaat v. Euroopan parlamentti ja Euroopan neuvosto* unionin tuomioistuin ei pitänyt lainsäätäjän direktiivin tekstin formulointiin liittyviä seikkoja eli sääntelyn legistis-lingvistisiä seikkoja sellaisena, että niistä olisi seurannut direktiivin kumoaminen. Sama pätee väitteisiin säädöksen antamisessa edellytetyistä *kieliversioista*. Tuomioistuin ei nähnyt, että tällaiset seikat olisivat vaikuttaneet direktiivin pätevyyteen.¹¹⁴⁸

Tapauksessa C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ltd* tutkitussa unionin direktiivissä puutteena oli, että unionin sääntelystä puuttuvat ne säännökset, jotka määräävät jäsenvaltioiden viranomaisten oikeutta saada tietoja ja käyttää niitä vakavan rikollisuuden torjunnassa, sekä velvoitteet, jotka määräävät jäsenvaltiota säätämään yksityiskohtaisempia säännöksiä tällaisen tiedonsaannin toimivallan rajoista. Tämän kaltaisessa jäsenvaltion viranomaisten toimivaltaan liittyvässä sääntelyssä unionin lainsäädännöltä edellytetään sääntelytarkkuutta, selviä ja täsmällisiä säännöksiä niiden toimenpiteiden laajuudesta ja soveltamisesta, joilla asetetaan vähimmäisvaatimukset yksityisyyden suojan oikeuden ja henkilötietojen suojan oikeuden varmistamiseksi unionin jäsenvaltioissa.¹¹⁴⁹

Termi vähimmäisvaatimus on lainsäädännön standardina tärkeä. Se mitä vähimmäisvaatimus ja esimerkiksi termi ”riittävä” lainsäädännön mittapuuna kulloinkin käytännössä tarkoittavat, voi myös vaihdella.

Perus- ja ihmisoikeusargumenteilla on myös liityntä sääntelytarkkuuteen ja oikeusvarmuuteen, joka on luonteeltaan legistis-lingvistinen lainsäädännön laadun määrittäjä. Verrattuna esimerkiksi normivalvonnan tapausta C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ltd* unionin tuomioistuimen normivalvonnan kohteena olleeseen tapaukseen C-377/98 *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* unionin tuomioistuimen normivalvonnan linja on tullut jossain määrin tiukemmaksi oikeusvarmuuden kysymyksessä niin, että tuomioistuin myös kumoaa säädöksiä, joissa oikeusvarmuus on ongelmallista. Tapaus C-377/98 *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* liittyi implementoitavaksi tarkoitetun direktiivin toimivaltanormien täsmällisyyteen. Tässä 1990-luvun lopulla tuomioistuin oikeusvarmuutta tarkastellessaan totesi, että direktiivin käsit-

¹¹⁴⁷ C-377/98 *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, tuomio, kohta 92 ja kohta 87.

¹¹⁴⁸ Beck, 2012, 404.

¹¹⁴⁹ C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger etc.*, Euroopan unionin tuomioistuin, suuri jaosto 8. huhtikuuta 2014, ECLI:EU:C:2014:238, kohta 54 ja kohta 61.

teet jättävät jäsenvaltioiden viranomaisille laajaa harkintavaltaa arviointiperusteen soveltamisessa. Tämä harkintavalta on unionin tuomioistuimen mukaan perusteltua direktiivin alaan kuuluvien erityispiirteiden vuoksi. Tässä tapauksessa unionin tuomioistuin perusteli, että jäsenvaltiot voivat yhteiskunnallisessa ja kulttuurisessa tilanteessaan paremmin arvioida, mitä tarkoitetaan yleisellä järjestyksellä ja hyvillä tavoilla patentin myöntämisen yhteydessä. Tuomioistuimen mukaan jäsenvaltioiden harkintavalta ei ole tässä suhteessa kuitenkaan vapaata vaan sidottua. Nimittäin oikeusvarmuuteen liittyvien tavoitteiden osalta unionin direktiivissä on määritelty käsitteiden rajat ja ulottuvuudet suuntaviivoilla sillä tavalla, ettei niistä johdu epä johdonmukaisuutta ja oikeudellista epävarmuutta jäsenvaltioissa.¹¹⁵⁰

Tapauksessa C-377/98 *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* tuomioistuin ei kumonnut direktiiviä. Tapauksessa C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ltd* se kumosi direktiivin mutta ensisijassa perusoikeusjärjestelmään liittyvien normien rikkomisen perusteella. Direktiivin pulmat liittyivät paitsi unionin perusoikeusjärjestelmään, myös sääntelyn tarkkuuteen ja legistis-lingvistisiin seikkoihin silmällä pitäen lainsäädännön soveltamista unionin jäsenvaltiossa.

Säädösten normivaltvonnan eräissä muissa tapauksissa unionin tuomioistuin on kiinnittänyt huomiota legistis-lingvistisiin seikkoihin ja siihen tapaan, miten unionin säädökset ilmaisevat oikeuden normeja. Asiassa C-154/04 ja C-155/04 *Nutri-Link* unionin tuomioistuin suuressa kokoonpanossa tutki direktiivin liitteen asianmukaisuutta ja sitä, olisiko liite tullut *sijoittaa itse säädöstekstiin eikä säädöksen liitteeksi* siten kuin nyt on tehty. Tapauksessa käsiteltiin siten unionin säädöksen rakenteen liittyviä legistis-lingvistisiä seikkoja. Tuomioistuimen mukaan direktiivin olisi tullut myös ilmaista täsmällisemmin toimivaltanormeja, kuten komission toimivaltaa muuttaa liitteenä olevien luetteloiden sisältöä. Tuomioistuimen mukaan tässä suhteessa säädöksessä edellytettiin paitsi objektiivisten perusteiden ilmaisemista myös sääntelyn täsmällisyyttä.¹¹⁵¹

Asiassa C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, jossa on ollut kyse rikosoikeuden alaan kuuluvan puitepäätöksen pätevyuden tutkimisesta. Euroopan unionin perussopimuksen 6 artikla toisen kohdan mukaan rikosten ja rangaistusten laillisuutta koskeva periaate (nullum crimen, nulla poena sine lege) kuuluu ”jäsenvaltioiden yhteisen valtiosääntöperinteen perustana oleviin oikeusperiaatteisiin” ja se on vahvistettu kansainvälisissä sopimuksissa ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 7 artiklan 1 kohdassa. Periaate edellyttää, että laissa määritellään selvästi rikokset ja niistä määrättävät rangaistukset. Kanteen mukaan tutkittavana olevan unionin puitepäätöksen normit rikoksista eivät täytä tarkkuuden, selkeyden ja ennustettavuuden vaatimusta.¹¹⁵² Asiassa C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad* unionin tuomioistuin lausuu, että rangaistuksen laillisuutta koskevan periaatteen mukaan laissa tulee määritellä selvästi rikokset ja niistä määrättävät rangaistukset. Jäsenvaltioiden yhteisen valtiosääntöperinteen perustana olevan yleisen periaatteen, ja mainitun Euroopan ihmisoikeussopimuksen 7 artiklan 1 kohdan säännökseen mukainen edellytys täytyy silloin, kun yksityinen

¹¹⁵⁰ C-377/98 *Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* 14. kesäkuuta 2001, Kok. I 07079, ECLI:EU:C:2001: 523, kohdat 17 ja 27 ja 28 sekä 33 ja 37 ja kohdat 38 ja 48.

¹¹⁵¹ C-154/04 *The Queen, ex parte: Alliance for Natural Health ja Nutri Link Ltd v. Secretary of State for Health*, tuomio, kohta 92.

¹¹⁵² C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, suuri jaosto, ECLI:EU:C:2007:261, kohdat 48 ja 49 sekä 50.

voi tietää ”kyseessä olevan määräyksen sanamuodon ja tarvittaessa tuomioistuinten siitä tekemän tulkinnan perusteella, mitkä toimet ja laiminlyönnit synnyttävät sen rikosoikeudellisen vastuun”.¹¹⁵³ Euroopan unionin tuomioistuimen suuri jaosto tässä asiassa toteaa, että ”kysymyksessä olevien rikosryhmien määritelmän epätarkkuus voi johtaa puitepäätöksen erisuuntaiseen täytäntöönpanoon eri kansallisissa oikeusjärjestyksissä”. Tämä ei ole kuitenkaan ole tuomioistuimen suuren jaoston mukaan ongelma siksi, että puitepäätöksen tavoitteena ei ole yhdenmukaistaa jäsenvaltioiden aineellista rikosoikeutta. Tuomioistuin tässä totesi, että unionin jäsenvaltioiden tulee unionin lainsäädäntöä toimeenpannessaan valvoa tointen yhteensoveltuvuutta Euroopan unionin perustamissopimusten ja yleisten oikeusperiaatteiden kanssa.¹¹⁵⁴ Tuomioistuin tähdentää, että puitepäätöksen tarkoituksena ei ole eikä sen perustana olevien artikloiden perusteella ole sallittua yhdenmukaistaa jäsenvaltioiden aineellista rikosoikeutta. Sillä perusteella puitepäätöstä ei voida myöskään pitää pätemättömänä.¹¹⁵⁵ Tuomioistuimen suuri jaosto ei kumonnut asiassa C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad* puitepäätöstä, vaan piti sitä pätevänä.¹¹⁵⁶ Vaikka unionin direktiivi tai puitedirektiivi ovat säädöksinä erikseen jäsenvaltioissa implementoitavia normeja, on unionin tuomioistuin kiinnittänyt niissä huomiota sääntelyn legislaattorin ulottuvuuteen ja laatuun.

6.4.2 Monikielisuuden periaate – yksinkertaiset ja kustannustehokkaat järjestelyt

Euroopan unionin tuomioistuimen suuren jaoston kokoonpanossa tapauksessa C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto* yhtenä tärkeänä aspektina oli unionin asetuksen monikielisyys. Tapaus tutkittiin SEUT 263 artiklan perusteella kumoamiskanteena ja siinä jäsenvaltioista Espanja vaati neuvoston antaman asetuksen kumoamista sillä perusteella, että kyseinen unionin *asetus ei ota huomioon yhdenvertaisesti unionin jäsenvaltioiden virallisia kieliä*. Espanjan kanteessa esittämät muut väitteet olivat: unionin säädöksen lainsäädäntövallan delegointia määräävien periaatteiden rikkominen, oikeusperustan rikkominen, oikeusvarmuuden rikkominen, Euroopan unionin oikeuden autonomisuuden periaatteen rikkominen. Espanja kanteessaan väitti, että unionin lainsäätäjällä oli asetusta antaessaan rikkonut *syrijintäkiellon periaatetta* siinä, ettei se ollut ottanut huomioon sääntelyssään unionin virallisia kieliä koskevien oikeuksien käyttämisen periaatetta. Tapauksessa vedottiin siihen, että monikielisuuden periaate on kirjoitettu unionin perussopimuksen SEU 3 artiklan säännökseen ja Euroopan unionin perusoikeuskirjan 22 artiklaan. Kanteen mukaan asetus, joissa ei ole otettu huomioon unionin monikielisuuden vaatimusta, rajoittaa ta-

¹¹⁵³ C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, ECLI:EU:C:2007:261, kohdat 49 ja 50 ja 52–54 ja 60.

¹¹⁵⁴ C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, ECLI:EU:C:2007:261, kohta 59 ja siinä mainittu laaja oikeuskäytäntö, myös julkisasiamies Colomerin ratkaisuehdotus asiassa C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad* 12. syyskuuta 2006, ECLI:EU:C:2006:552, kohta 63 sekä kohta 64.

¹¹⁵⁵ C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, suuri jaosto, ECLI:EU:C:2007:261, kohdat 57 ja 59.

¹¹⁵⁶ C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad*, ECLI:EU:C:2007:261, kohta 5 ja 40 ja 41, kohdat 45 ja 46 sekä 47.

loudellisten toimijoiden oikeutta saada informaatiota, tässä tapauksessa patenttialan sääntelystä sekä patenttialaan liittyvistä prosesseista sekä vaikeuttaa hakemusten tekemistä ja niihin saatujen vastausten ymmärtämistä¹¹⁵⁷. Unionin tuomioistuin viittaa tässä tapauksessa aikaisempaan oikeuskäytäntönsä siinä, että kielellisiä oikeuksia kunnioitetaan unionissa. Se toteaa, että perussopimuksen määräykset kielten käytöstä unionissa eivät kuitenkaan merkitse

”unionin oikeuden yleistä periaatetta, jonka mukaan kaikki se, mikä saattaa vaikuttaa unionin kansalaisen etuihin, olisi laadittava kaikissa olosuhteissa hänen kielellään.”

Tuomioistuin myöntää, että riidanalaisessa asetuksessa unionin virallisia kieliä kohdellaan keskenään eri tavalla. Kyse ei ole kuitenkaan siitä, että nyt kanteen kohteena olevaa asetusta ei olisi annettu unionin virallisilla kielillä. Kyse on siitä, että kanteen kohteena olevassa asetuksessa, jossa säädetään vaikutukseltaan yhtenäisistä eurooppapatenteista, ei noudateta kielellisiä oikeuksia patenteja koskevissa käänösjärjestelyissä. Asetuksen mukaan Eurooppa-patenttijulkaisut julkaistaan hakemuksen käsittelykielillä, jonka on oltava yksi Euroopan patenttinviraston virallisista kielistä, toisin sanoen englanti, ranska tai saksa. Tuomioistuimen mukaan *yleinen etu* kieliä koskevassa lainsäädännössä on sinänsä *hyväksyttävä päämäärä*. Tässä asetuksessa yleinen etu tuomioistuimen mukaan tarkoittaa sitä, että unionin sääntelyssä kieliä koskevilla järjestelyillä pyritään *tiiviimpään yhteistyöhön* niin, että järjestelyt ovat *yksinkertaiset ja kustannustehokkaat*.¹¹⁵⁸

Asetuksen tavoitteena on vähentää nykyisen järjestelmän monimutkaisuutta ja kanteen kohteena olevalla säädetyillä kielijärjestelyillä voidaan tehdä vaikutukseltaan yhtenäisen Eurooppa-patentin ja koko patenttijärjestelmän käytöstä helpompi, kustannuksiltaan edullisempi ja oikeudellisesti varmempi. Tärkeänä oikeudellisena perusteluna on, että kieliin perustuva erilainen kohtelu edellyttää unionin lainsäädännössä *suhteellisuusperiaatteen* noudattamista. Tämä tarkoittaa tuomioistuimen mukaan sitä, että sääntelyn tavoitteiden on oltava toteutettavissa ottaen huomioon suhteellisuusperiaate ja ilman, että sääntelyssä ylitetään sitä, mikä on tarpeen tavoitteiden saavuttamiseksi.¹¹⁵⁹

Suhteellisuusperiaatteen soveltamisessa tulee ottaa huomioon talouden toimijoiden intressit, yleinen intressi ja immateriaalioikeuksien suojaaminen. Tuomioistuin tässä tapauksessa C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto* tutki unionin asetuksen tavoitteita suhteellisuusperiaatteen perusteella tarkastelemalla, onko kanteen kohteena olevassa asetuksessa säädetyillä järjestelyillä ylitetty se, mikä on tarpeen hyväksyttävän tavoitteen saavuttamiseksi.¹¹⁶⁰ Suhteellisuusperiaatteen

¹¹⁵⁷ C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, Euroopan unionin tuomioistuin, 5. toukokuuta 2015, suuri jaosto, ECLI:EU:C:2015:299, kohta 22 ja kohta 28.

¹¹⁵⁸ C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2015:299, kohdat 31, 32 ja 33 sekä kohdat 34—37 sekä tuomioistuimen arvioinnin yhteydessä tuomiot, erityisesti suhteellisuusperiaate C-566/10 P *Italia v. komissio*, ECLI:EU:C:2012:752, kohta 93 ja hyöty-kustannus argumentti tuomiossa C-44/98 *BASF*, ECLI:EU:C:1999:440, kohta 18.

¹¹⁵⁹ C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2015:299, kohdat 31, 32 ja 33 sekä kohdat 34—37, tuomioistuin viittaamat tapaukset.

¹¹⁶⁰ C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2015:299 kohdat 40 ja 41 sekä 42 ja 43 sekä 44 ja 45 ja 46 ja 47 suhteellisuusperiaate, erilaisten näkökohtien tasapaino, ks. tuomio C-361/01 P *Kik v. SMHV*, ECLI:EU:C:2003:434, kohdat 36 ja 92 kohta.

käytössä tärkeänä perusteluna on tasapaino, jossa argumentteja haetaan alan menettelyjen kustannuksista talouden toimijoiden intressien ja yleisten intressien välillä. Tasapainoa haetaan toisaalta immateriaalioikeuksien suojan intressien ja muiden talouden toimijoiden intressien välillä siinä tapauksessa, että asiassa on mukana useita talouden toimijoita. Tuomioistuimen mukaan monikielisyyden säilyttäminen sinänsä on tärkeä unionin tavoite ottaen huomioon perussopimuksen SEU 3 artiklan 3 kohdan neljäs alakohta ja Euroopan unionin perusoikeuskirjan 22 artikla. Tuomioistuin viittaa tapauksen perusteluissa aikaisempaa oikeuskäytäntöön, jossa on todettu, että kaikkien jäsenvaltioiden alueen kattavan eurooppapatentin myöntämiseen liittyvät suuret kustannukset ovat esteenä patenttisuojalle unionissa. On siten välttämätöntä, että vaikutukseltaan yhtenäisten eurooppapatenttien käännojärjestelyt ovat kustannustehokkaat.¹¹⁶¹

Tapauksessa C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto* Espanjan yksi väite liittyi annetun asetuksen oikeusperustan rikkomiseen ja siihen, ettei lainsäädäntöjen lähentämisessä asetuksen perustana käytettyä artiklan SEUT 118 toista kohtaa voida käyttää eurooppalaisen immateriaalioikeuksien kielijärjestelyjen määrittelyyn. Perussopimuksen kohta sisältää määräyksiä teollis- ja tekijänoikeuksien suojaa koskevista kielijärjestelyistä. *Tuomioistuin kuitenkin tässä tapauksessa perustelee säädöksessä käytettyä oikeusperustaa siten, ettei kyseisen asetuksen säännöksiä kielijärjestelyistä ole mahdollista erottaa asetuksen muista osista.* Tuomioistuin hylkäsi Espanjan esittämän kanneperusteen oikeusperustasta.¹¹⁶²

Asetukseen liittyvän yksittäisen säännöksen oikeusperustaa tuomioistuin arvioi siten, ettei sitä voida erottaa muusta kokonaisuudesta. Oikeusvarmuuden periaatteen loukkaamisesta tuomioistuin toteaa, että kanteen kohteena olevan asetuksen säätämässä järjestelmässä on otettu huomioon mekanismeja, joilla *vällytään oikeusturvan heikennyksistä ja varmistetaan oikeusvarmuutta* niin, että lopulta koko järjestelmän on tarkoitus perustua konekielisyyteen.¹¹⁶³

Tässä tapauksessa C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto* tuomioistuimen mukaan vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan oikeusvarmuuden periaate edellyttää, että oikeussäännöt ovat selviä ja täsmällisiä ja että niiden vaikutukset ovat ennakoitavissa, jotta ne, joita asia koskee, tietäisivät, miten niiden tulee toimia niissä tilanteissa ja oikeudellisissa suhteissa, joihin unionin oikeusjärjestystä sovelletaan. Tapauksessa C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto* Espanja kuitenkin kyseenalaistaa myös asetuksella suunnitellun konekielisyyden toimivuuden. Tuomioistuimen mukaan tämä ei riitä perusteeksi sille, että kanteen kohteena oleva riidanalainen asetusta kumottaisiin oikeusvarmuuden periaatteen loukkaamisen vuoksi, koska tällainen väite sisältää epävarmuutta.¹¹⁶⁴ Unionin tuomioistuin toteaa, että sääntelyn soveltamiseen liittyvät seikat, kuten rajoittuminen kolmen virallisen kielen käyttöön ja konekielisyyden käyttöönotto tulevaisuudessa, sisältävät epävarmuutta. Tapauksessa C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unio-*

¹¹⁶¹ C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2015:299, kohdat ks. edellä.

¹¹⁶² C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2015:299, kohta 22 ja kohta 28.

¹¹⁶³ C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2015:299 kohdat 86 ja 87 sekä kohta 73.

¹¹⁶⁴ C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2015:299, kohdat 79 ja 87, tuomioistuin perusteluissaan viittaa tuomioon C-81/10 P, *France Télécom v. komissio*, ECLI:EU:C:2011:811, kohta 100 oikeuskäytäntöviittauksineen ja tuomioon C-643/11, *LVK – 56*, ECLI:EU:C:2013:55, kohta 51.

nin neuvosto Espanjan väite koski myös unionin oikeuden itsenäisyyden periaatteen loukkaamista. Tällä Espanja tarkoittaa sitä, että kyseisen asetuksen voimaantulo ja sen säännösten sovellettavuuden ajankohta on sidottu poliittiseen päätökseen erityisen patenttituomioistuimen perustamisesta. Unionin tuomioistuin tukeutuu väitettä perustelleessaan unionin lainsäätäjän aikomuksiin. Tuomioistuin perustelee asetuksen johdanto-osan perusteella väitettä siten, että tällä asetuksen järjestelyllä unionin ”lainsäätäjä” on jättänyt jäsenvaltioiden tehtäväksi toteuttaa useita toimenpiteitä. Tällaisia ovat patenttituomioistuimen perustaminen ja alan sääntelyn asianmukaisen toimivuuden varmistaminen. Sääntelyn tavoitteena on alan oikeuskäytännön johdonmukaisuuden varmistaminen ja oikeusvarmuus. Syyksi todetaan patentinhaltijoita hyödyttävä kustannustehokkuus.¹¹⁶⁵

Tuomioistuin *ei kumonnut* kanteen kohteena ollutta normivalvonnan menettelyssä tutkittua unionin asetusta, jota tutkittiin perussopimuksen SEUT 263 artiklan perusteella. Tuomioistuin perusteli asetuksen kielijärjestelyjä toimeenpanon ja erityisesti patentinhaltijoita hyödyttävällä kustannustehokkuudella sekä mahdollisen konekielisen järjestelmän käyttöönotolla. Tuomioistuimen käyttämät argumentit ovat tässä suhteessa *empiirisiä argumentteja*. Tuomioistuimen *empiiriset argumentit ja käytännölliset argumentit* saavat tapauksessa etusijan suhteessa asetuksen perusoikeusnäkökohtiin ja oikeusvarmuuteen, joiden ei kuitenkaan arvella heikentyvän erityisesti käyttöönotettavan konekielisyyden vuoksi. Konekielisyydellä perustelu on argumenttitypologioissa *yleinen käytännöllinen argumentti* ja myös todellisuuden asiointiloissa tapahtuvana toimintana *empiirinen argumentti*.¹¹⁶⁶ Lainsäädäntöteoreettisesti arvioiden tapaus sisältää oikeudelliseen, faktuaaliseen ja legistis-lingvistiseen ulottuvuuteen liittyviä säädösten monikielisuuden näkökohtia. Konekielisen käännösjärjestelmän varaan on muun muassa jätetty kielellisten perusoikeuksien turvaaminen ja oikeusvarmuuteen liittyvät seikat.

6.5 SÄÄDÖSTEN JÄLKIKÄTEISEN OIKEUDELLISEN NORMIVALVONNAN MERKITYS JA OIKEUSVAIKUTUKSET

6.5.1 Ilmeisyysargumentti unionin säädöksen kumoamisen edellytyksenä

Kun unionin tuomioistuin kumosi unionin direktiivin vuonna 2000 niin sanotussa tupakkadirektiiviasiaissa tapauksessa *C-376/98 Saksa v. Euroopan parlamentti ja neuvosto*, se perusteli päätöstä toimivallan ylityksellä, joka oli luonteeltaan ”ilmeistä”. Tuomioistuin kumosi tapauksessa *C-376/98 Saksa v. Euroopan parlamentti ja neuvosto* direktiivin oikeudellisen normivalvonnan menettelyssä perusteella, että unionin lainsäätäjä oli ylittänyt sille kuuluvan toimivallan harmonisoidessaan jäsenvaltioiden

¹¹⁶⁵ C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, ECLI:EU:C:2015:299 kohdat 90 ja kohdat 94 ja 95.

¹¹⁶⁶ Argumenteista ks. Beck, 2012, 128.

lainsäädäntöä.¹¹⁶⁷ Ratkaisu asiassa C-376/98 *Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* tupakkamainontadirektiivin kumoamisesta on merkittävä sen vuoksi, että unionin tuomioistuin on ollut pidättyväinen kumoamaan etenkin Euroopan unionin neuvoston ja parlamentin yhdessä antamia säädöksiä.¹¹⁶⁸

Tapauksessa C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights* tuomioistuin totesi lainsäätäjän ylittäneen direktiivin antaessaan ne suhteellisuusperiaatteen rajat, joita Euroopan unionin perusoikeuskirjan 7 artiklan ja 8 artiklan oikeuksiin puuttuminen edellyttää. Direktiivi on sen vuoksi pätemätön, eikä tilanteessa ollut tarpeen tutkia enää direktiivin pätevyyttä perusoikeuskirjan 11 artiklan sananvapauden kannalta eikä muiden kysymysten kohdalta.¹¹⁶⁹ Tapauksessa C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ltd* unionin tuomioistuin toteaa, että koska tässä asiassa on kyse keskeisiin perusoikeuksiin puuttumisesta, on lainsäätäjän harkintavalta sillä perusteella rajattua.¹¹⁷⁰

Oikeudellisen jälkikäteisen normivalvonnan periaate Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä on, että unionin lainsäätäjälle kuuluva harkintavalta on laajaa. Lainsäätäjältä edellytetään esimerkiksi sosiaalipoliittisten tai muun politiikka-alan valintojen tekemistä ja monitahoisia arviointeja. Unionin tuomioistuin tällaisen toimivallan alueella tutkii normivalvonnassa vain sitä, ettei toimivaltaa käytettäessä ole tehty ilmeistä virhettä tai syyllistytty harkintavallan väärinkäyttöön taikka ettei asianomainen toimielin ole selvästi ylittänyt harkintavaltansa rajoja.¹¹⁷¹

Lainsäätäjän arvioinnin syrjäyttämiskiellon periaate

Tapauksessa C-27/00 ja C-122/00 *The Queen v. Secretary of State for Environment, Transport and the Regions ex parte Omega Air Ltd ja Irish Aviation Authority* tuomioistuin tähdensi vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön vedoten, ettei se voi omalla arvioinnillaan syrjäyttää unionin lainsäätäjän tekemää arviointia. Tuomioistuimen on rajoituttava tutkimaan, ettei lainsäätäjä ole toimivaltaansa käyttäessään tehnyt ilmeistä virhettä eikä käyttänyt väärin harkintavaltansa ja ettei se ole selvästi ylittänyt harkintavaltansa rajoja. Periaate on, että unionin säädöksen oikeudellisen perustan valinnan on perustuttava sellaisiin objektiivisiin seikkoihin, jotka voivat olla tuomioistuimen suorittaman valvonnan kohteena. Siihen kuuluu erityisesti säädettävän toimen tarkoitus ja sisältö. Lainsäädäntöteoreettisesti arvioiden asetusten ja päätösten tavoitetta ja sisältöä tutkiessaan tuomioistuin yleensä tukeutuu teleologiseen argumenttiin. Tapauksessa

¹¹⁶⁷ C-376/98 *Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Neuvosto*, Kok. 2000 I 08419, tuomio. Ks. julkis-asiames Fennellyn ehdotus 15. kesäkuuta 2000 tapauksessa C-376/98 *Saksa v. Euroopan parlamentti ja neuvosto*, ECLI:EU:C:2000: 324, kohta 65, "characterises that the Court has to solve the more or less serious conflict between the Union and Member State". Weatherill, 2011, 828; Taustasta Harlow, 2010, 4–5; myös Meade, 1999, 141–143, "by the Tobacco Advertising directive it was purpose to harmonize the advertising the tobacco products so, that the advertising the tobacco would have been forbidden in the whole territory of Union."

¹¹⁶⁸ Chalmers, 2004, 5, asetuksen tai sen osa on tullut kumotuksi varsin harvoin, C-61/96 *Espanja v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*, Kok. 2000 I 03439, ECLI:EU:C:2002:230, asetus Espanjan kalastuskiintiöistä.

¹¹⁶⁹ C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger etc.*, Euroopan Unionin tuomioistuin, suuri jaosto 8. huhtikuuta 2014, ECLI:EU:C:2014:238, kohdat 69 ja 70 sekä 71 ja 72.

¹¹⁷⁰ C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. ja Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger etc.*, tuomio, kohdat 47 ja 48 sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio asiassa 5 ja *Marper v. Yhdistynyt Kuningaskunta* (suuri jaosto), nro 30562/04 ja nro 30566/04 kohta 102, CEDH 2008-V.

¹¹⁷¹ C-84/94 *Iso-Britannian ja Pohjois-Irlannin Yhdistyneet kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, Kok. 1996 I 05755, ECLI:EU:C:1996: 431, ks. kohta 58.

C-27/00 ja C-122/00 *The Queen v. Secretary of State for Environment, Transport and the Regions ex parte Omega Air Ltd ja Irish Aviation Authority* tuomioistuin tutki myös säädösten antamisen perustana olevia perussopimuksen menettelyjä.¹¹⁷²

Edellä normivalvonnan tapauksissa on tullut selville, että oikeudellisessa jälkikäteisessä normivalvonnassa olennainen säädöksen tai sen osan kumoamisperuste on pätemättömyyttä tai lainvastaisuutta koskevan virheen *ilmeisyys*.

Tutkitussa normivalvonnan oikeuskäytännössä säädöksiä on kumottu melko harvoin. Unionin tuomioistuin on kumonnut unionin säädöksiä toimivallan ylityksen perusteella, suhteettomuusperusteen perusteella ja perusoikeusperusteella kuten syrjintäkiellon perusteella. Esimerkiksi toissijaisuusperiaatteella ei aikaisemman oikeuskirjallisuuden tulosten perusteella eikä tämän tutkimuksen perusteella ole unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä suurta oikeudellista merkitystä siten, että sen perusteella lainsäädäntöä olisi tullut kumotuksi¹¹⁷³. Silloin kun tuomioistuin on kumonnut säädöksen tai sen osan, on säädös kumottu myös siksi, että tuomioistuin ei ole säädöksen tietoperustan puutteellisuuden vuoksi voinut tutkia sitä, oliko lainsäätäjät käyttäneet toimivaltaansa tosiasiallisesti säädöksen tavoitteen ja sisällön mukaisesti. Tietoperusta on lainsäädännön aineelliseen sisältöön liittyvä kysymys. Unionin yleisesti sovellettava abstrakti säädös, unionin neuvoston antama asetus, jonka säätäminen ei perustunut riittävälle tutkimus- tai selvitystiedolle, kumottiin. Unionin tuomioistuin kumosi suhteellisuusperiaatteen perusteella säädöksen, koska sen perustana olevan vertailevan tutkimuksen väitettiin perustuvan ennusteisiin ja Euroopan unionin tuomioistuin ei voinut selvittää tällä perusteella asiaa.¹¹⁷⁴

Normivalvonnan merkitys unionin oikeusjärjestyksessä on vahvistunut siten, että kanteeseen oikeutettujen unionin toimielinten määrää on lisätty perussopimuksessa. Tämä on perustunut unionin tuomioistuimen tulkintaan. Asiassa C-70/88 *Euroopan parlamentti v. Euroopan unionin neuvosto* Euroopan unionin, ja siis tuolloin vielä yhteisöjen tuomioistuin, antoi välipäätöksen, jolla se päätti ottaa parlamentin kanneoikeutta koskevan asian tutkittavakseen. Tuomioistuin perusteli tuomiotaan siten, että Euroopan parlamentilla on oikeus saattaa [yhteisöjen] tuomioistuimen käsiteltäväksi kanne neuvoston tai komission toimen kumoamiseksi, mikäli kyseisellä kanteella pyritään suojaamaan parlamentin oikeuksia ja kanne perustuu tätä tarkoitaviin perusteisiin.¹¹⁷⁵ Parlamentin kanneoikeus kirjoitettiin perussopimuksen normiksi Maastrichtin sopimuksen (1992) hyväksymisen yhteydessä.

Oikeuskäytännössä jo 1980-luvulla erityisesti C-283/81 *CILFIT* -päätöksen yhteydessä kehitellyn niin sanotun *acte claire*-doktriinin perusteella unionin tuomioistuin on määritellyt perusteen, jonka mukaan unionin jäsenvaltion kansallinen tuomioistuin voi aina esittää ennakkoratkaisukysymyksen, jos se on tarkoituksenmukaista. Tämä koskee myös SEUT 267b artiklan normivalvontaa. Doktriinin lähtökohta on ollut, että jo aiemmin ratkaistut selvät tapaukset eivät voi tulla ennakkoratkaisupyyntöjen kohteiksi. Doktriini jättää kuitenkin paljon tulkinnan varaa. Periaate ennakkorat-

¹¹⁷² Yhdistetyt asiat C-27/00 ja C-122/00 *The Queen v. Secretary of State for Environment, Transport and the Regions ex parte Omega Air Ltd ja Irish Aviation Authority*, Kok. 2002 I 02569, ECLI:EU:C:2002:161, kohdat 62 ja 63 sekä 64.

¹¹⁷³ Estella, 2002, 177–179, periaatteen tehottomuudesta.

¹¹⁷⁴ Asia 310/04 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, 91, 92, 93, 94, 134 ja 135, Kok. 2006 I 07285, ECLI:EU:C:2006:521.

¹¹⁷⁵ Asiassa C-70/88 *Euroopan parlamentti v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*, Erp. XI I 00423, kohta 3, välipäätös, Kok. 1990 I 2041, ECLI:EU:C:1990:217, 27 kohta.

kaisupyynnöissä on, että niiden avulla vältetään oikeuskäytäntöjen eroavaisuuksien syntyminen unionin alueella unionin oikeutta koskevissa asioissa.¹¹⁷⁶

Euroopan unionin lainsäädännön järjestelmässä toimivalta pyytää ennakkoratkaisu SEUT 267 artiklan perussopimusten tulkinnasta tai SEUT 267b perusteella unionin säädösten pätevydestä ja tulkinnasta on Euroopan unionin jäsenvaltioiden tuomioistuimilla. Jäsenvaltion tuomioistuin *voi pyytää* ennakkoratkaisua, jos se katsoo, että kysymys on ratkaistava, jotta se voi antaa päätöksen. Siinä tapauksessa, että kysymys on esillä sellaisessa kansallisessa tuomioistuimessa, ”jonka päätöksiin ei kansallisen lainsäädännön mukaan saa hakea muutosta, tämän tuomioistuimen on saatettava kysymys Euroopan unionin tuomioistuimen käsiteltäväksi”.

Koska unionin oikeusjärjestyksessä on tapahtunut monia muutoksia ja muun muassa Lissabonin sopimus on murtanut ja uudistanut sopimusrakennetta, laajentanut ja myös syventänyt unionin toimivaltaa, on mainittuun doktriiniin kohdistunut painetta. Unionin tuomioistuin on viime aikoina antamissaan ratkaisuisa tähdentänyt sitä, että kansallisilla tuomioistuimilla on ”rajoittamaton oikeus” saattaa asia unionin tuomioistuimen käsiteltäväksi, ”jos ne katsovat, että niiden käsiteltävänä olevassa asiassa on kysymys unionin oikeuden säännösten tai määräysten tulkinnasta ja pätevyyden arvioinnista, mistä niiden on annettava ratkaisu”¹¹⁷⁷. *Acte clair*-doktriini ei rajoita normivalvonnan käyttöä, vaan ennakkoratkaisukysymysmenettely on pikemminkin sallivaa. Syyinä tähän ovat unionin sääntelytoimivallan laajeneminen ja yksityisoikeudellisen ja rikosoikeudellisen alan sääntelyn kasvu, joissa tulkinnanvaraisilla perus- ja ihmisoikeusnäkökohdilla on entistäkin tärkeämpi tehtävä. Edelleen on yksiselitteisen selvää, että unionin jäsenvaltioiden kansallisilla tuomioistuimilla ei ole unionin oikeuden perusteella toimivaltaa tutkia unionin säädösten pätevyyttä¹¹⁷⁸.

Ennakkoratkaisupyynnöissä erityisesti *epäsuoraksi oikeudellisen normivalvonnan keinoksi* (*indirect judicial review*) määritelty menettely on yleistynyt. Se tarkoittaa abstraktin ja yleisesti sovellettavaksi tarkoitetun säädöksen pätevyyden tutkimista unionin tuomioistuimessa. Siinä mielessä unionin säädösten jälkikäteisessä oikeudellisessä normivalvonnassa on kyse funktionaalisesti samasta asiasta kuin eurooppalaisten perustuslakituomioistuinten tai muiden tuomioistuinten harjoittamassa oikeudellisessä abstraktissa jälkikäteisessä normivalvonnassa, *a posteriori* ja *in abstracto*. Käytännössä epäsuora jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta menettelynä (*indirect judicial review*) tarkoittaa kuitenkin sitä, että ennakkoratkaisua pyytäneen unionin jäsenvaltion tuomioistuimessa on käsiteltävänä konkreettinen asia, jossa on epäselvyyttä asiaan sovellettavan unionin säädöksen pätevydestä.

Epäsuora menettely ei ole sama asia kuin esimerkiksi Suomen oikeusjärjestyksessä muutoksenhakuina tunnettu oikeussuojakeinojen järjestelmä (*legal remedy to effective judicial protection*), vaan kyse on jälkikäteen toteutettavasta abstrakteihin ja yleisesti sovellettaviin säädöksiin kohdistuvasta jälkikäteisestä oikeudellisesta normivalvonnasta tilanteessa, jossa ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen käsiteltävänä on yksittäinen konkreettinen tapaus. Ennakkoratkaisupyynnö perustuu siihen, että epäselvässä tilanteessa tuomioistuimet, joiden ratkaisuisia voidaan valittaa, voi-

¹¹⁷⁶ Beck, 2012, 182, tästä asiasta tapaus C-283/81 *CILFIT v. Ministry of Health*, ECLI:EU:C:1982:335, ks. erityisesti tapauksen kohta 21.

¹¹⁷⁷ C-112/13 *A vastaan B ym.*, kohta 35 ja siinä viitattu oikeuskäytäntö, ECLI:EU:C:2014:2195.

¹¹⁷⁸ Asia 314/85 *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Ep. IX 00235, 22. lokakuuta 1987, ECLI:EU:C:1987:452, kohta 20.

vat *harkita* (voi...pyytää), pyytävätkö ennakkoratkaisun säädöksen pätevydestä vai eivät. Niillä tuomioistuimilla, joiden päätöksistä ei voida kansallisen lainsäädännön mukaan valittaa, on *velvollisuus* (on saatettava) pyytää ennakkoratkaisu säädöksen pätevydestä. Vakiintuneessa oikeuskäytännössä on lähdetty siitä, että silloin kun jäsenvaltio ei ole saattanut voimaan esimerkiksi direktiivin säännöksiä unionin oikeuden edellyttämällä tavalla, on jäsenvaltion pyrittävä tulkitsemaan kansallista lainsäädäntöä siten, että se mahdollisimman hyvin toteuttaa unionin säädöksen tarkoitusta ja tavoitetta¹¹⁷⁹. Tällä unionin säädöksen implementoinnin puute korjataan tulkinnan keinoin. Unionin säädöksen jälkikäteisessä oikeudellisessa normivalvonnassa ei ole kyse implementoinnin ongelmista vaan siitä, että unionissa annetun abstraktin ja yleisesti sovellettavan säädöksen pätevyys tai laillisuus kyseenalaistetaan. Unionin tuomioistuin tutkii säädöksen pätevyttä ja laillisuutta esitettyjen väitteiden perusteella siinä tarkoitettussa menettelyssä lähtökohtana se, ettei unionin lainsäätäjät ole toiminut lainsäädännöstä päätettäessä *ilmeisesti* perussopimuksen säännösten vastaisella tavalla.

6.5.2 Normivalvonnan tapauksen oikeusvaikutukset

Oikeuskäytännöllä voi olla oikeudellista merkitystä oikeuslähteenä ja myös lainsäädännön lähteenä. Euroopan unionin oikeudessa ei tunneta oppia prejudikaatio-oikeudesta *common law*-oikeuden merkityksessä. Eurooppalaisessa valtiosäännössä varsinkaan Manner-Euroopassa oikeuskäytäntö ei ole samalla tavalla oikeuslähde kuin *common law*-maissa. Esimerkiksi angloamerikkalaisesta *common law* -oikeudesta peräisin oleva prejudikaatio-oikeuden *ratio decidendi* -käsite osoittaa tuomioistuimen ennakkoratkaisun perusteen ja siis yleisen säännön. Siinä *obiter dictum* on perustelu, joka on johtanut *ratio decidendiin*, mutta prejudikaatio-oikeuden mukaan *obiter dictum* ei sisälly *ratio decidendiin*.¹¹⁸⁰ Nimittäin prejudikaatio-oikeuden ennakkoratkaisun *ratio decidendi* eli ratkaisusta ilmenevä yleinen oikeusohje *common law* -oikeudessa vastaa säädännäisen oikeuden oikeusnormeihin (= säädös ja sen säännöksen tulkittu merkitys) verrattuna *ratio legis*-käsitettä eli lainsäätäjän tarkoituksen eli *intention* kaltaista käsitettä¹¹⁸¹.

Tässä tutkimuksessa ei ole mahdollista pohtia laajemmin prejudikaatio-oikeuden merkitystä yleisenä oikeuslähteenä. Pikemminkin on niin, että sen sijaan, että Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä noudatettaisiin mitään edellä mainittua sääntöä varsinkaan oikeudellisen normivalvonnan tapauksissa, Euroopan unionin oikeudessa on tapauskohtaisesti pyrittävä selvittämään tapauksen oikeudellinen merkitys.

Tärkeä kysymys on, mitä oikeudellisia vaikutuksia unionin tuomioistuimen oikeudellisen normivalvonnan ratkaisulla on unionin oikeusjärjestyksessä ja jäsenvaltion

¹¹⁷⁹ Craig—deBúrca, 2003, 499—501 esimerkiksi jos unionin säädös edellyttää muutoksenhakusäännöksiä mutta kansallisessa oikeudessa unionin säädöstä ei ole saatettu siltä osin voimaan asianmukaisesti ja unionin oikeuden edellyttämällä tavalla.

¹¹⁸⁰ Schermers—Wahlbroeck, 2001, 735; Ks. Suomessa Aarnio, 1993, 254, ennakkopäätöksen käsite on Aarnion mukaan hämärä ja ongelmallinen, kansainvälisesti aihepiiristä on kirjoitettu hyllymetrein; Aarnio, 1993, 257—259, ennakkopäätöksistä eri järjestelmissä, Suomessa korkeimman oikeuden ennakkopäätös ilmaisee tulevaisuudessa sovellettavan abstraktin ja yleistä muotoa olevan ”generellin” normin. Aarnion viittaus Svein Eng, 1993, 25, (Eng Svein: The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law, Oslo 1993).

¹¹⁸¹ Makkonen, 1998, 101.

kansallisessa oikeusjärjestyksessä esimerkiksi siinä tapauksessa, kun tuomioistuin toteaa säädöksen pätemättömäksi. Oikeudellisen normivalvonnan seurauksena unionin säädös, tai sen osa, voidaan kumota perussopimuksen SEUT 264 artiklan tarkoittamalla tavalla. Euroopan unionin perussopimuksen SEUT 264 artiklan nojalla unionin tuomioistuimella on toimivalta julistaa säädös mitättömäksi sillä perusteella, että se ei ole laillinen. Unionin tuomioistuimella ei ole toimivaltaa muuttaa säädöksen sisältöä, vaan sen tulee perussopimuksen SEUT 264 artiklan perusteella todeta ratkaisuisaan säädöksen ja tässä tapauksessa unionin direktiivin pätemättömyydestä ja silloin, kun säädös tai sen osa ei ole pätevä, kumota se.¹¹⁸²

Artiklan SEUT 267b kohta ei määrää ennakkoratkaisukysymyksen perusteella toteutetun normivalvonnan perusteista tai ratkaisun velvoittavuudesta jäsenvaltion kansallisessa lainsäädännössä. Esimerkiksi tapauksessa C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ym.* Euroopan unionin tuomioistuimen suuri jaosto päätti julkisasiamiehen ehdotuksen mukaisesti, että kanteen kohteena olleen direktiivin eräät säännökset olivat pätemättömiä tuomion jälkeen siinä erikseen määrätystä ja nimenomaisesti tietyistä päivästä määritellystä ajankohdasta lähtien.¹¹⁸³

Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä oikeudellinen normivalvonta on vahva-muotoista normivalvontaa perusteena se, että unionin tuomioistuimella on toimivalta perussopimuksen perusteella julistaa unionin säädös pätemättömäksi tai ei-lailliseksi¹¹⁸⁴. Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä unionin tuomioistuin ei tutki normivalvonnan menettelyssä tapauksen konkreettisia seikkoja, vaikka ne saattavatkin nousta esille tapauksen tarkastelussa. Nimittäin unionin perussopimuksen ennakkoratkaisukysymys normivalvonnan muotona ei tarkoita vastauksen antamista yksittäiseen konkreettiseen tapaukseen. Kysymykset voivat tosin olla esillä ennakkoratkaisupyynnössä. Periaate on, että unionin tuomioistuin ennakkoratkaisupyynnön ratkaistessaan avustaa kansallista tuomioistuinta ratkaisun normipremissin muotoilussa, unionin säädöksen pätevyyden kysymyksessä unionin säädöksen pätevyyden arvioinnissa.¹¹⁸⁵

Tapauksessa C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al. v. Land Hessen* Euroopan unionin tuomioistuin lausuu todetun pätemättömyyden ajallisista vaikutuksista niin, että oikeusvarmuusnäkökohdat huomioden unionin tuomioistuimella on toimivalta soveltaa perussopimuksen SEUT 264 artiklan toista kohtaa analogisesti myös unionin tointen pätevyyden arviointiin SEUT 267 artiklan menettelyssä. Tämä merkitsee unionin harkintavaltaa todeta yksittäistapauksissa, miltä osin tarkastellun toimen vaikutuksia on pidettävä pysyvinä. Tuomioistuin toteaa, että kun otetaan huomioon lukuisat julkaisemiset pätevän säännösten perusteella jäsenvaltioissa, tuomioistuin katsoo, ettei tuomion perusteella voida kyseenalaistaa vaikutuksia, jotka ovat johtuneet julkaisemisista, joita kansalliset viranomaiset ovat tehneet tuomion

¹¹⁸² Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger ym.*, unionin tuomioistuimen suuri jaosto, ECLI:EU:C:2014:238, ks. tuomioistuimen vastaus kysymyksiin ja asian ratkaisu, direktiivi (2006/24/EY)

¹¹⁸³ C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ym.*, tuomiolauselma, EUVL C 205, 29.8.2009.

¹¹⁸⁴ Normivalvonnan luonteesta vahva, heikko esimerkiksi Waldron, 2006, 1346.

¹¹⁸⁵ Suviranta, 2007, 180–181.

C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al. v. Land Hessen* antamispäivää edeltäneenä ajanjaksona.¹¹⁸⁶

Tapauksessa yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights* Euroopan unionin tuomioistuin tutki direktiivin (EY/2006/24) pätevyuden artiklan SEUT 267b artiklan perustella ennakkoratkaisukysymysten perusteella sen jälkeen, kun direktiivi oli jo implementoitu unionin jäsenvaltioissa kansalliseen oikeuteen¹¹⁸⁷. Direktiivi (EY/2006/24), joka todettiin mitättömäksi tapauksessa yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights*, oli tutkittu Euroopan unionin tuomioistuimessa aikaisemmin tapauksessa C-301/06 *Irlanti v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* SEUT 263 artiklan (tuolloin vastaavan EY 230 artiklan) perusteella, kanteen perusteena direktiivin oikeusperustan pätevyys. Tuomioistuin tässä tapauksessa hylkäsi kanteen. Asiassa Irlanti, jota Slovakia tuki, vaati direktiivin kumoamista. Espanjan kuningaskunta ja Alankomaat tukivat tässä asiassa Euroopan parlamenttia ja neuvostoa yhdessä komission ja Euroopan tietosuojavaltuutetun kanssa¹¹⁸⁸.

Vaikka säädös olisi tutkittu unionin normivalvonnassa ja sen olisi todettu olevan pätemätön, voi tuomioon liittyä jäsenvaltioiden näkökulmasta epäselvyyttä. Esimerkiksi tapauksessa C-203/15 ja C-698/15 *Tele2 Sverige AB vs. Post- och telestyrelsen ja Secretary of State for Home Department vs. Tom Watson ym.*, joka koski sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivin (2002/58/EY, muut, 2009/136/EY) 15 artiklan tulkintaa, lähtökohdiana perusoikeuskirjan 7 artikla ja 8 artikla sekä 52 artiklan 1 kohta, oli epäselvyyttä siitä, mitä *Digital Rights* -tapauksessa oli päätetty. Ruotsiin sijoittautunut sähköisten viestintäpalvelujen tarjoaja Tele2 Sverige oli ilmoittanut Ruotsin posti- ja telehallitukselle *Digital Rights* -tapauksen jälkeen, että se lopettaa sähköisten viestintätietojen säilyttämisen ja poistaa tähän saakka säilytetyt tiedot. Ruotsin poliisiylihallitus ilmoitti posti- ja telehallitukselle, että Tele2 Sverige oli lakannut toimittamasta sille kyseisiä tietoja. Ruotsin oikeusministeriö asetti erityisen selvittäjän, jonka tehtävänä oli varmistaa Ruotsin lainsäädännön yhteensoveltuvuus tuomion *Digital Rights* kanssa. Tele2 Sverige velvoitettiin toimittamaan tiedot, ja Tukholman hallinto-oikeus hylkäsi Tele2 Sverigen valituksen. Tele2 Sverige valitti tuomioista tässä asiassa ennakkoratkaisua pyytäneeseen tuomioistuimeen, Tukholman kamarioikeuteen. Euroopan unionin tuomioistuin tässä asiassa vastaa esitettyyn kysymykseen, että direktiivin 2002/58 säännös, siten kuin se on muutettu myöhemmin, on esteenä kansalliselle säännöstölle,

”jossa säännellään liikenne- ja paikkatietojen suojaa ja turvaa, erityisesti toimivaltaisten kansallisten viranomaisten oikeutta saada säilytettäviä tietoja, ja joissa ei rikollisuuden torjumisen puitteissa rajoiteta tätä tietojen saantia vain vakavan rikollisuuden torjumisen tarkoitukseen, eikä tietojen saannin edellytykseksi aseteta tuomioistuimen tai riippumattoman hallintoviranomaisen suorittamaa ennakkovalvontaa eikä vaadita, että kyseessä olevat tiedot säilytetään unionin alueella”.

¹¹⁸⁶ Yhdistetyt asiat C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al v Land Hessen*, 9. marraskuuta 2010, unionin tuomioistuimen suuri jaosto, ECLI:EU:C:2010:662, kohdat 93 ja 94.

¹¹⁸⁷ Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger ym.*, Euroopan unionin tuomioistuimen, suuri jaosto, 8. huhtikuuta 2014, ECLI:EU:C:2014:238.

¹¹⁸⁸ C-301/06 *Irlanti v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, unionin tuomioistuimen suuri jaosto, 10. helmikuuta 2009, Kok. 2009 I 00593, ECLI:EU:C:2009:68, kohta 95 ja tuomiolauselma.

Euroopan unionin vastaus ennakkoratkaisukysymykseen on välivaihe asian käsitteilyssä.¹¹⁸⁹ Euroopan unionin tuomioistuimen vastaus kysymykseen vaikuttaa puoltavan sitä, ettei Tele2 Sverigellä ollut velvollisuutta säilyttää ja toimittaa tietoja.

Päätelmiä

Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa korostetaan, että modernissa oikeudessa lainsäädännöltä edellytetään tehokkuuden lisäksi oikeusvaltiollista laatua. Se tarkoittaa sitä, että lainsäädännön tulee olla paitsi tehokasta, myös tavoitteiltaan aineellisesti legitimiä ja hyväksyttävää perus- ja ihmisoikeusnormiston standardien edellyttämällä tavalla. Tehokkuus periaatteena yleensä merkitsee sitä, että lainsäädännöllä tulee olla tarkoitettuja vaikutuksia käytännössä. Euroopan unionin lainsäädännössä tehokkuusperiaatteen kytkeytyy myös taloudellinen rationaliteetti, taloudellisen tehokkuuden aspekti. Unionin lainsäädännössä puhutaan lainsäädännöstä kansalaisille syntyvästä lisäarvosta. Lainsäädännön jälkilainsäädännöllisen vaiheen tehtävänä on metodisessa mielessä edistää lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua valvomalla muodollisesti voimassa olevaa säädösten normistoa. Jälkilainsäädännöllinen vaihe säädösten oikeudellisena normivalvontana merkitsee metodisessa mielessä sitä, että unionin tuomioistuin tutkii tässä menettelyssä yleensä tavoitteellisten säädösten sekä oikeudelliseen että faktuaaliseen ulottuvuuteen liittyviä kysymyksiä samoin kuin säädösten legis-lingvistisiä Aspekteja tukeutumalla oikeudelliselle päätöksenteolle tyyppisiin argumentaatioasäntöihin. Tämä on lainsäädäntömetodisesti tärkeä kysymys.

Jälkilainsäädännöllisessä vaiheessa jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan oikeusvaikutuksia arvioitaessa unionin kannemenettely voi merkitä unionin voimassa olevan säädöksen tai sen osan kumoamista. Toimivalta tässä on yksin unionin tuomioistuimella. Ennakkoratkaisukysymysmenettelyssä unionin tuomioistuin yleensä vastaa pätevyteen liittyvissä kysymyksissä unionin jäsenvaltion tuomioistuimelle, joka ratkaisee käsillä olevan asian ottaen huomioon unionin tuomioistuimen vastauksen säädöksen pätevydestä. Toimivalta päättää unionin oikeusjärjestyksessä unionin säädöksen pätevydestä on tässäkin menettelyssä yksinään unionin tuomioistuimella. Jäsenvaltion tuomioistuimen on siltä osin seurattava unionin tuomioistuimen ratkaisua.

Jälkikäteisissä oikeudellisessa normivalvonnassa unionin tuomioistuin on tutkinut säädöksen pätevyttä ja joissakin tapauksissa unionin tuomioistuin on todennut virheen ilmeisyyden ja säädöksen tai sen osan mitättömyyden. Normivalvonnassa huomion kohteita ovat olleet usein kanteissa ja ennakkoratkaisukysymyksissä esille nousseet oikeudellisen ulottuvuuden seikat, kuten säädösten oikeusperusta, unionin lainsäädäntöperiaatteiden noudattaminen ja perusoikeuksien oikeasuhtaisuus, myös säädösten tekstien laatuun liittyvät legis-lingvistisen ulottuvuuden pulmat, kuten sääntelytarkkuus, sääntelyn selvyys ja täsmällisyys.

Myös tapauksessa C-376/98 *Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto*, tapauksessa C-310/04 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*, tapauksessa C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ym.* sekä tapauksessa C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al. v. Land Hessen* ja yhdistetyssä tapauksessa C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights Ltd* Euroopan unionin tuomioistuin on todennut virheen ilmeisyyden ja joko tutkitun unionin ase-

¹¹⁸⁹ C-203/15 ja C-698/15 *Tele2 Sverige AB vs. Post- och telestyrelsen ja Secretary of State for Home Department vs. Tom Watson ym.*, ECLI:EU:C:2016:970, kohdat 44 ja 45 ja 46 sekä 47 ja 48 sekä kohdassa 134 ratkaisu.

tuksen tai direktiivin pätemättömäksi joko virheellisen oikeusperustan tai perusoikeusrajoituksiin liittyvän harkintavallan ylittämisen eli perusoikeusargumentin nojalla. Perusoikeusargumentti on yksi modernin oikeuden argumentaationsäätö ja punninnan normi.

Kynnys kumota unionin säädös on korkea. Tapauksessa C-27/00 ja C-122/00 *The Queen v. Secretary of State for Environment, Transport and the Regions ex parte Omega Air Ltd ja Irish Aviation Authority* unionin tuomioistuin vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön vedoten totesi, ettei se voi omalla arvioinnillaan syrjäyttää unionin lainsäätäjän tekemää arviointia. Unionin tuomioistuimen on rajoituttava tutkimaan, ettei lainsäätäjä ole toimivaltaansa käyttäessään tehnyt *ilmeistä virhettä* eikä käyttänyt väärin harkintavaltansa ja ettei se ole selvästi ylittänyt harkintavaltansa rajoja

Unionin tuomioistuin ei ole kumonnut tapauksessa C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad* unionin puitepäätöstä vaikka sen rikosoikeuden alaan kuuluvan käsitteen määrittely oli epätarkka. Unionin tuomioistuin kuitenkin lausuu, että rangaistuksen laillisuutta koskevan periaatteen mukaan laissa tulee määritellä selvästi rikokset ja niistä määrättävät rangaistukset. Jäsenvaltioiden yhteisen valtiosääntöperinteen perustana olevan yleisen periaatteen, ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen säännösten mukainen edellytys täyttyy silloin, kun yksityinen voi tietää säädöksen sanamuodon ja tarvittaessa tuomioistuinten siitä tekemän tulkinnan perusteella, mitkä toimet ja laiminlyönnit synnyttävät sen rikosoikeudellisen vastuun. Euroopan unionin tuomioistuimen suuri jaosto tässä asiassa toteaa, että kysymyksessä olevien rikosryhmien määritelmän epätarkkuus voi johtaa puitepäätöksen erisuuntaiseen täytäntöönpanoon eri kansallisissa oikeusjärjestyksissä. Tämä ei ole kuitenkaan ole tuomioistuimen suuren jaoston mukaan ongelma siksi, että puitepäätöksen tavoitteena ei ole yhdenmukaistaa jäsenvaltioiden aineellista rikosoikeutta. Tuomioistuin tässä totesi, että unionin jäsenvaltioiden tulee unionin lainsäädäntöä toimeenpannessaan valvoa tointen yhteensoveltuvuutta Euroopan unionin perustamissopimusten ja yleisten oikeusperiaatteiden kanssa. Tuomioistuin tähdentää, että puitepäätöksen tarkoituksena ei ole eikä sen perustana olevien artikloiden perusteella ole sallittua yhdenmukaistaa jäsenvaltioiden aineellista rikosoikeutta. Sillä perusteella puitepäätöstä ei voida myöskään pitää pätemättömänä. Puitepäätöksellä ei siten ollut tarkoitus yhtenäistää unionin jäsenvaltioiden aineellista rikosoikeuden lainsäädäntöä. Olennaista tässä tapauksessa oli se, että jäsenvaltioiden tuli puitepäätöstä toimeenpannessaan ottaa huomioon sääntelyn tarkkuus. Unionin tuomioistuin ei kumonnut unionin asetusta myöskään tapauksessa C-147/13 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, vaikka tuomioistuin totesi siihen liittyvän jättävän monelaista oikeudellista epävarmuutta. Lainsäädäntöteoreettisesti arvioiden tapaus sisältää sekä oikeudelliseen, faktuaaliseen että myös legislingvistiseen ulottuvuuteen liittyviä näkökohtia. Kielellisten perusoikeuksien turvaaminen ja oikeusvarmuuteen liittyvät seikat on jätetty asetuksessa konekielisen käännösjärjestelmän varaan. Tuomioistuin jätti asetuksen oikeudelliset pulmat jäsenvaltioiden toimeenpanovaiheen tehtäviksi. Asetuksella säädettiin kielijärjestelyistä ja siinä ei noudatettu kaikkien kielten yhdenvertaisuutta. Tuomioistuin perusteli asetuksen kielijärjestelyjä toimeenpanon ja erityisesti patentinhaltijoita hyödyttävällä kustannustehokkuudella sekä mahdollisen konekielisen järjestelmän käyttönotolla. Tuomioistuimen käyttämät argumentit konekielisten käännösten perusteluissa ja kustannustehokkuusnäkökohdissa olivat *empiirisiä argumentteja ja käytännöllisiä argumentteja*. Niiden avulla annettiin etusija suhteessa asetuksen perusoikeusnäkökohtiin ja oikeusvarmuuteen, joiden ei kuitenkaan arvella heikentyvän erityisesti käyttönotettavan konekielisyyden vuoksi. Konekie-

lisyydellä perustelu on argumenttityologioissa *yleinen käytännöllinen argumentti* ja myös todellisuuden asiointiloissa tapahtuvana toimintana *empiirinen argumentti*.

Lainsäädännön yhtenä ulottuvuutena ovat kielellis-lingvistiset seikat. Se määrittää usein formaalin legistiikan piiriin kuuluvaksi asiaksi. Kieleen liittyvät seikat, kuten käsitteet, ovat esillä koko lainsäädännön prosessin ajan siksi, että säädökset ovat kieleen liittyvä asia. Legistis-lingvistinen ulottuvuus tarkoittaa myös säädösvalan delegointiin tai tietyn säädösinstrumentin käyttöön liittyvää seikkaa. Tapausten perusteella on käynyt kuitenkin selväksi, että formaalia legistiikkaa ei ole mahdollista erottaa tarkasti materiaalisen legistiikan kysymyksistä ja esimerkiksi lainsäädännän faktuaalisesta ulottuvuudesta. Normityypeinä esimerkiksi kielellisesti avointen periaatteiden vaikeutena on, että niiden avulla on vaikeaa välittää tarkasti sääntelykohdetta, käsitteitä tai esimerkiksi arvoja.

Normivalvonnan oikeuskäytännön tarkastelu osoittaa, että Euroopan unionin tuomioistuimen säädöksiin harjoittama jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta ei ole yksinomaan oikeudellista tai legistis-lingvististä. Jälkikäteisen lainsäädännöllisen vaiheen huomion kohde on usein myös unionin säädösten faktuaalisessa ulottuvuudessa. Tuomioistuimen säädöksiin harjoittama jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta, jossa perussopimuksen edellyttämällä tavalla tutkitaan unionin säädösten laillisuutta ja pätevyyttä, on usein myös lainsäädännön faktuaaliseen ulottuvuuteen liittyvää lainsäädännän tosiasioihin ja empiirisiin seikkoihin liittyvä kysymys. Kyse on siitä, miten kattavasti säädöstä on valmisteltu tutkimuksin ja evaluaatioin esilainsäädännöllisessä tai mahdollisesti lainsäädännöllisessä vaiheessa vaiheessa. Euroopan unionin tuomioistuin tutkii oikeudellisessa normivalvonnassa säädösten tosiasioihin liittyviä empiirisiä kysymyksiä ja päättyy sellaisen tiedon perusteella, jos mahdollista, ensinnäkin arvioimaan miten lainsäätäjät tosiasiallisesti päätyi lainsäädännön antamiseen. Säädöksen antamisessa tosiasiatiedon puute voi johtaa säädöksen pätemättömyyteen niin kuin on todettu tapauksessa C-310/04 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*. Tuomioistuimen mukaan se ei kyennyt selvittämään sitä, oliko säädöksen antamiselle tosiasiaperusteita. Tuomioistuin tutkii jälkikäteisen normivalvonnan kysymyksenä myös säädösten tehokkuusperiaatteeseen liittyviä näkökohtia, kuten kustannus-hyötyperusteluja ja lainsäädännöstä johtuvaa lisäarvoa yhteiskunnassa. Tätä on tutkittu esimerkiksi tapauksessa C-58/08 *The Queen, Vodafone Ltd ym. v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* asetuksen normivalvonnassa. Siinä toissijaisuusperiaate oli argumentti, jonka perusteella arvioitiin kyseisen säädöksen lisäarvoa perustana laajat vaikutustenarvioinnit. Tuomioistuin tässä tapauksessa toteaa, että unionin lainsäätäjällä on laaja harkintavalta tällaisten säädösten antamisessa ja että asetus oli pätevä.

Unionin lainsäädännössä korostuu tavoitteena taloudellinen rationaliteetti, kuten esimerkiksi sääntelyn unionin laajuinen kustannus-hyöty tai uusien säädösten vaikutuksena niiden lisäarvo (value-add) kansalaisille. Lainsäädäntöä annetaan modernin teknologian ja tieteeseen nojautuvien kysymysten alalla. Esimerkiksi tietoyhteiskuntakehyksen alan sääntelyyn liittyy monenlaista tiedollista epävarmuutta ja tiedollista rajallisuutta. Moderni teknologia kehittyy jatkuvasti ja myös ennakoimattomasti eikä sääntely aina ehdi seurata kehitystä.

Jälkilainsäädännöllisen vaiheen metodi noudattaa säädösten normivalvonnassa oikeudellisia argumentaatio-sääntöjä. Niitä ei käytetä tulkinnan apuvälineinä vaan argumentaation keinoina säädösten normivalvonnassa. Säädösten oikeudellisen jälkikäteisen normivalvonnan tyypilliset argumentit ja perusteet, joilla unionin lainsäädännön periaatteita perustellaan, ovat *teleologinen* lainsäädännön tavoitteita perus-

televa argumentti, *empiirinen argumentti* tai *yleinen praktinen käytännöllinen argumentti* säädösten pätevyuden evaluatiivisena argumenttina, joka voi koskea periaatteessa mitä tahansa hyödyllistä omaksuttua periaatetta, *konsekventiaalinen* seurauksia korostava argumentti tai *kontekstuaalinen* eli tiettyyn tilanteeseen liittyvä argumentti. *Tuomioistuimien on harvoin tukeutunut eettisiin tai muihin evaluatiivisiin argumentteihin, kuten mainittuun yleiseen käytännölliseen argumenttiin, mutta yleinen käytännöllinen argumentti tulee kyseeseen normivalvonnan tapauksen periaatteita justifyoivana perusteena kuitenkin silloin, kun tapauksen ratkaisu on tärkeä ja se sisältää normatiivista epävarmuutta tai muut argumentit johtaisivat hyvin erilaisiin lopputuloksiin.*

Argumentit ovat tuomioistuimen säädösten jälkikäteisessä oikeudellisessa normivalvonnassa käyttämä kieli, jolla perustellaan säädösten pätevyyttä tai laillisuutta normivalvonnassa. Se on käytännöllisen päättelyn kieltä. Lainsäädäntöteoreettisessa mielessä tuomioistuimen käyttämät jälkilainsäädännöllisen vaiheen oikeudelliset argumentaatio säännöt on mahdollista kääntää (translate) lainsäädännön rationaliteeteiksi niin, että teleologinen argumentti liittyy lainsäädännön teleologiseen rationaliteettiin, praktinen eli käytännöllinen argumentti yleensä viittaa säädöksen faktuaaliseen ulottuvuuteen ja esimerkiksi kontekstuaalinen argumentti lainsäädännön kulttuuriseen rationaliteettiin.

7 LAINSÄÄDÄNTÖMETODI QUO VADIS?

Edellä olen tutkinut Euroopan unionin oikeusjärjestyksen lainsäädäntää prosessina, vaiheina ja ulottuvuuksina. Olen tarkastellut siinä unionin lainsäädännön metodeja, joiden avulla on tarkoitus edistää lainsäädännön tehokkuutta ja oikeusvaltiollista laatua. Metodi lainsäädännössä on melko uusi asia. Lainsäädäntä on ollut ennen muuta menettelyjä. Modernissa lainsäädännössä huomio on myös sisällöissä. Euroopan unionin lainsäädännön prosessin vaiheissa noudatetaan erilaisia metodeja, jotka ovat perua kansainvälisten organisaatioiden hankearvioinnin metodologiasta. Metodeja ovat evaluaatiometodi, monitorointi ja erilaiset alametodit. Prosessin vaiheissa noudatetaan myös kansallisvaltioiden valtiosääntödoktriineille ominaisia metodeja, kuten säädösten oikeudellinen normivalvonta. Lainsäädännön prosessi, joka on päätöksentekona pikemminkin oikeudellis-käytännöllistä kuin yksinomaan käytännöllistä, on hyvin moniaineista. Pyrin tässä luvussa pohtimaan yleisemmin ja kirjallisuuden avulla metodin lainsäädäntöteoreettista merkitystä lainsäädännössä.

7.1 LAINSÄÄDÄNTÄMETODI OIKEUSVALTIOLLISEN LAADUN EDISTÄMISESSÄ

7.1.1 Tehokkuusperiaate lainsäädäntöä legitimoivana tekijänä

Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa määritellyllä tehokkuusperiaatetta on määritelty monella tavalla. Modernin lainsäädäntöteoreettisen käsityksen mukaan lainsäädännön tehokkuus (effectivity) tarkoittaa sitä, että lainsäädännöllä oletetaan olevan tarkoitettuja käytännön vaikutuksia yhteiskunnassa¹¹⁹⁰. Tehokkuusperiaate näin määriteltynä on eri asia kuin *Wahlgrenin* teorian toimeenpanorationaliteetti, joka tarkoittaa toimeenpanon tehokkuutta, myös oikeusturvakeinoja ja lainsäädännön sovellettavuutta. *Wahlgrenin* teoriassa, jonka perusta on legitimiisyydessä, toimeenpanorationaliteetti on yksi rationaliteetti muiden ohella.¹¹⁹¹

Tehokkuusperiaatteella on terminologinen yhtymäkohta oikeusteorian käsitteistössä. *Flückiger* ja esimerkiksi *Wintgens* viittaavat lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa tähän tehokkuuden käsitteeseen, joka on perua *Kelsenin* teoriasta. *Wintgensin* määrittely *Kelsenin* teorian pohjalta on, että

“-- ‘effectiveness’, ‘efficacy’ and ‘efficiency’ -- are -- ‘identified as the factual effects of a norm. Generally speaking, they can be classified under the heading of Wirksamheit’ -- ‘the effects of the norm affect its validity, becomes more interesting once we compare it with the idea of bounded rationality of legislator’.”

Oikeusteoriassa tehokkuuden käsite liittyy oikeusnormin pätevyyteen eli validiteetin käsitteeseen. Oikeusnormin pätevyyttä tarkasteltaessa sen muotoja *muodollisen voi-*

¹¹⁹⁰ Karpen, 2016, 306 ja 312.

¹¹⁹¹ Wahlgren, 2008, 59.

massaolokäsityksen lisäksi ovat mainittu normin voimassaolo *tehokkuutena* sekä voimassaolo *hyväksyttävyytenä*. Voimassaolo *tehokkuutena* tarkoittaa sitä, että säädösten normeja noudatetaan käytännössä ja tosiasiallisesti. Voimassaoloa hyväksyttävyytenä on taas kutsuttu *aksiologiseksi* eli *arvoperusteiseksi* hyväksyttävyydeksi.¹¹⁹² Oikeusteorian käsitteenä *tehokkuus* on yksi *validiteetin* osatekijä niin, että se sille ominaisessa merkityksessä määrää normin kuulumista tai kuulumattomuutta oikeusjärjestykseen.¹¹⁹³ Edellä tutkimuksessa olen todennut, että tehokkuusperiaatetta voidaan rajallisesti edistää lainsäädännön metodein. Sama viesti sisältyy edellä olevaan sitaattiin, joka kehottaa pohtimaan lainsäädännössä lainsäätäjän rationaalisuuden mahdollisuuksia. Ajallisesti arvioiden tehokkuuden havaitseminen on mahdollista vasta lainsäädännön muodollisen voimaantumisen jälkeen siksi, että säädösten noudattaminen samoin kuin säädösten soveltaminen ja tulkinta yleensä on mahdollisia vasta sen jälkeen, kun säädös on muodollisesti voimassa olevaa oikeutta. Lainsäädäntöteoreettisesti arvioiden lainsäädännön tehokkuudesta on mahdollista varmistua vasta esimerkiksi *retrospektiivisen* *evaluaation* keinoin ja säädösten *ex post*-tyyppisen vaikutusarvioinnin avulla sen jälkeen kun säädös on muodollisesti voimassa olevaa oikeutta. Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa säädöksen muodollisen voimassaolon käsite, lainsäädännön tehokkuus vaikutuksina sekä hyväksyttävyyden perus- ja ihmisoikeuksien noudattamisena ovat hyödyllisiä oikeustieteen ja oikeusteorian kehittämiä käsitteitä. *Muodollisen voimassaolon käsite* on lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa tärkeä myös siksi, että se erottaa lainsäädännön prosessin yhden vaiheen eli lainsäädännöllisen vaiheen jälkilainsäädännöllisestä vaiheesta.

Tehokkuusperiaatetta perusteellaan lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa niin, että se *legitimoii* lainsäädäntöä yhteiskunnassa saavutettuina vaikutuksina (effects) käytännössä¹¹⁹⁴. Tehokkuusperiaate on myös laajentanut unionissa konstitutionaaliseksi laillisuusperiaatteeksi määritellyn oikeusvaltiollisuuden käsitettä¹¹⁹⁵. Tehokkuusperiaate (effectiveness) tarkoittaa lainsäädännön näkyviä vaikutuksia (impacts). Se tarkoittaa lainsäädännöstä johtuvia ja yleensä vasta jälkikäteen mitattavissa olevia vaikutuksia (outcomes). Tehokkuusperiaate on vahvistanut asemaansa lainsäädännön aineellisenä ja sisällöllisenä periaatteena lainsäädäntöä legitimoivana aspektina perinteisesti ymmärretyn oikeusvaltioperiaatteen ja laillisuusperiaatteen ohella. Se käsitteenä liitetään *manageriaalisen rationaalisuuden* käsitteeseen. Tehokkuusperiaate (effectiveness) tarkoittaa *Karpenin* mukaan myös muuta kuin sen alkuperäisen merkityksen taloudellisia vaikutuksia, kuten sosiaalisia, psykologisia ja taloudellisia vaikutuksia.¹¹⁹⁶

Yhden määritelmän mukaan modernin lainsäädännön rationaalisuus on ennen muuta sen tehokkuutta (effectivity). Tehokkuus (effectivity) perustuu lainsäädännön ulkoiseen tehokkuuteen eli siihen, että se on sopivaa ulkoisten tosiasioiden kanssa. Määritelmän mukaan lainsäädännön sisäisellä rationaalisuudella ei ole merkitystä.¹¹⁹⁷

¹¹⁹² Aarnio, 1989, 83–98, muodollinen voimassaolo, voimassaolo tehokkuutena, voimassaolo hyväksyttävyytenä; Aarnio, 1987, 33–34.

¹¹⁹³ Rouvillois, 2006, 5.

¹¹⁹⁴ Flückiger, 2009, 185–186.

¹¹⁹⁵ C-294/83 *Parti écologiste Les Verts v. European Parliament*, kohta 23 ja kohta 25.

¹¹⁹⁶ Karpen, 2016, 306; Flückiger, 2009, 185; Vrt. Mader, 2001a, "effectiveness"; samantapainen määrittely kuin oikeusteoriassa Aarnio, 1989, 91, voimassaolo tehokkuutena.

¹¹⁹⁷ Karpen, 2016, 306.

7.1.2 Manageriaalinen rationaliteetti

Yleisen lain käsitteen yhteydessä käytetyt käsitteet yleinen ja abstrakti säädös korostavat lainsäätäjän autonomista asemaa erotukseksi lainsäädäntöä soveltavasta toimeenpanokoneistosta¹¹⁹⁸. Lainsäädäntö ja sen toimeenpano ovat valtiosääntöisesti kaksi eri asiaa. Käsitteet erottavat säädetyt lait hallinnosta ja tuomiovallasta. Yleisen lain käsite sisältää tärkeänä lainsäädännön *laadun* mittapuuna sen, että säädökset kootaan *kodifikaatioiksi* (the codification concept).¹¹⁹⁹ Jotta luonteeltaan hyvin erityyppinen modernin oikeuden lainsäädäntö voitaisiin saattaa johdonmukaiseksi osaksi oikeusjärjestystä, edellyttäisi se paitsi oikeusjärjestyksen *yleisten oikeudellisten rakenteiden* tekemistä näkyväksi sekä *yleisen lain* tunnusmerkkien ja myös lainsäädäntöön liittyvien *kodifikaatiovaatimusten* vahvistumista¹²⁰⁰. Unionissa tätä on pyritty edistämään monilla paremman lainsäädännön toimenpiteillä ja kokoamalla ja järjestelemällä unionin sääntelyä EUR-Lex-tietokantaan.

Varhaisemmassa eurooppalaisessa lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa korostetaan, että lainsäädäntö on politiikkamuotoiluna keskushallinnon ja parlamentin asia. Müller teoksessaan *Elemente einer Rechtssetzungslehre* (1999, 2nd ed. 2006) toteaa, että lainsäädäntövaltio (Rechtsetzungsstaat), jossa sovelletaan yleistä ja abstraktia lainsäädäntöä oikeuslähteenä *the bouche de la loi*-tyyppisesti, on muuttunut multifunktionaaliseksi yhteistyöksi lainsäätäjän ja lainsoveltajan kesken. Müller korostaa, että modernissa oikeudessa yhä enemmän vastuuta jätetään lain soveltajalle harkintavallan muodossa¹²⁰¹. Modernin lainsäädännön yhdeksi muutospiirteeksi on määritely se, että todellisuudessa lainsäädäntövaltaa on siirtynyt yleisesti toimeenpanokoneistolle, ikään kuin toimeenpanokoneisto olisi lainsäätjä¹²⁰².

Manageriaalinen rationaalisuus lainsäädännön lähestymistapana on määritelty myös siten, että lainsäädännön ensisijaisena tavoitteena on tehokkuus ja oletus siitä, että lainsäädäntö kykenee määrittelemään lainsäädännön legitiimit tavoitteet jo etukäteen¹²⁰³. Lainsäädännössä tehokkuusperiaatetta on määritelty myös siten, että *manageriaalinen rationaalisuus merkitsee* toimeenpanovallan vahvistumista lainsäädäntövallan käytössä¹²⁰⁴. *Manageriaalisen rationaliteetin* keskeisenä käsitteenä tehokkuus (efficiency) lainsäädännön kustannuksina ja vaikutuksina edellyttää suhteellisuusperiaatteen noudattamista ja sääntelyn sopivuutta (suitable), tarpeellisuutta ja hyväksyttävyyttä (reasonable)¹²⁰⁵.

Metodisesti arvioiden lähestymistapa ei ole ongelmaton. Manageriaalisuus tai manageriaalinen rationaliteetti lainsäädännön yhteydessä käytettynä on monimerkityksinen ja vaikeasti määriteltävissä.

¹¹⁹⁸ Ks. Müller, 1999, 8.

¹¹⁹⁹ Kirchhof, 2016, 92–94.

¹²⁰⁰ Kirchhof, 2016, 95.

¹²⁰¹ Müller, 1999, 5–8 ja 22–24 sekä 197–199.

¹²⁰² Tushnet, 2018, 107.

¹²⁰³ Karpen, 2016, 304–308.

¹²⁰⁴ Karpen, 2016, 295.

¹²⁰⁵ Karpen, 2016, 307–308.

Laillisuusperiaatteen huokoiset rajat

Kansallisvaltioiden oikeuden näkökulmasta lainsäädäntö, kirjoitettu laki ja sen perusteella merkityksensä saava *laillisuusperiaate* ovat oikeusvaltion yksi tärkeä kulmakivi¹²⁰⁶. Tehokkuutta (effectivity, effects) ja tehokkuusperiaatetta (effectiveness) vaikutuksina käytetään monessa asiayhteydessä ja hyvin eri merkityksessä. Yhden määritelmän mukaan tehokkuus aiottuina tarkoitettuina vaikutuksina ei ole jännitteessä laillisuusperiaatteen kanssa silloin, kun lainsäädäntö on luonteeltaan legitimiä ja hyväksyttävää.¹²⁰⁷

Laillisuusperiaatteen rajojen venyminen ja samalla tulkintametodien muuttuminen näkyy kansallisesti esimerkiksi Suomen oikeusjärjestyksessä tehokkuusperiaatetta korostavan manageriaalisuuden yhteydessä myös tarpeena vahvistaa hyvän hallinnon periaatteita. Kansallisen hallintolain (434/2003) 1 §:ssä todetaan, että hallintolain tavoitteena on edistää hallinnon palvelujen laatua ja tuloksellisuutta. Tämä sääntelytapa merkitsee sitä, että lain soveltajan tulee antaa merkitys laadulle ja tuloksellisuuden käsitteelle siinä tapauksessa, että lainsäätävä ei ole määritellyt sitä ennalta sovellettavaksi tarkoitettussa lainsäädännössä. Hallintolain (434/2003) 6 §:n oikeusperiaatteet ovat Suomen oikeusjärjestyksessä kirjoitettuja harkintaperiaatteita. Niitä ovat tasapuolisuusperiaate, tarkoitussidonnaisuuden periaate, puolueettomuusperiaate, suhteellisuusperiaate ja luottamuksen suojan periaate. Hallintolain 1 §:ään on otettu myös säännöksiä tuloksellisuudesta niin, että lain tarkoituksena on edistää palvelujen laatua ja tuloksellisuutta.

Suomen oikeusjärjestyksessä hallintolain (434/2003) 6 §:n oikeusperiaatteet ovat harkintaperiaatteita, joita on käytettävä aina tavoitteellisen ja joustavan lainsäädännön kehityksen edellyttämässä rajoissa¹²⁰⁸. Modernin hallinto-oikeuden yhtenä keskeisenä tehtävänä on siten myös arvioida lakien ja säädösten oikeusvaltiollista laatua päätöksenteon perustana¹²⁰⁹. Moderni lainsäädäntö on myös muuttanut eurooppalaisessa valtiosäännössä hallinto-oikeutta siten, että hallinto-oikeudellinen normisto edellyttää toimeenpanon yhteydessä evaluaatioita, silmälläpitoa ja kontrollointia sekä arviointeja.¹²¹⁰

Kansallisenkin lainsäädännön sisältöjä muutetaan ja lakikäsitteen sisältö edellyttää ajoittain tarkistusta¹²¹¹. Tutkimuskirjallisuudessa on esitetty hyvin erilaisia käsityksiä modernin ylikansallisen sääntelyn luonteesta. Yhden käsityksen mukaan modernia ylikansallista lainsäädäntöä ei ole aina mahdollista tai edes tarpeellista samastaa perinteisen kansallisvaltion lainsäädäntö-käsitteen ja yleisen lain käsitteen kanssa. Ajattelua perustellaan sillä, että modernin oikeuden määritellään olevan luonteeltaan instrumentaalista ja utilitaristista ja se ei siksi sopisi kovin hyvin yhteen perinteisen lain yleisyyttä korostavan perinteisen lainsäädäntökäsityksen kanssa. Modernin sääntelyn ideaaliksi on *yleisen lain* käsitteen sijaan määritelty *manageriaalisuuden periaatteen* korostaminen ja se, että ylikansallisen lainsäädännön ”erityinen tehokkuustavoite” ja

¹²⁰⁶ Hallberg, 2017, 27–29.

¹²⁰⁷ Karpen, 2016, 306.

¹²⁰⁸ Huovila, 2005, 84–85, tulkinnan ja punninnan määritelmä.

¹²⁰⁹ Mäenpää, 2008, 179.

¹²¹⁰ Flückiger, 2001, 98–105.

¹²¹¹ Ks. tästä Apala-Arlander, 1972, 61, lainsäädäntö ensisijainen oikeusohje.

sen ”yleinen hyvä” itsessään legitimoivat sääntelyä. Tehokas lainsäädäntö on määritelty ”hyväksi lainsäädännöksi”.¹²¹²

7.1.3 Legitiimisyys ja hyväksyttävyyden metodisina kysymyksinä

Lainsäädännön tavoitteellisuus ja periaate sääntelyn yleisenä normityyppinä tarkoittavat säädösten toimeenpanovallan korostumista suhteessa lainsäätäjään. Moderni ylikansallinen taloudellinen lainsäädäntö antaa vähemmän merkitystä lainsäätäjälle ja korostaa toimeenpanoa. Lainsäädännön pulmat ovatkin usein säädösten soveltamiseen liittyviä pulmia. Lainsäätaja on jättänyt säännön määrittelytehtävän kyseisen lain soveltajalle myös niin, että saavutettavaksi tarkoitetut *tulokset* ja *tavoitteet* ovat tärkeämpiä kuin itse se sääntelytoimi, johon ne perustuvat¹²¹³.

Oikeusjärjestyksen rakenteen ja erityisesti sen normityyppien muutosten vuoksi oikeuden normien formuloinnin painopiste on yleisemminkin siirtynyt yksittäisten konkreettisten tapausten yhteyteen erityisesti silloin, kun kyse on perusoikeusperiaatteita sisältävästä lainsäädännöstä¹²¹⁴. Moderni oikeus merkitsee toimeenpanon ja harkintavallan korostumista ja lainsäätäjän autonomian kaventumista. Tässä yhteydessä puhutaan myös eri tavoin määritellystä manageriaalisuudesta ja manageriaalisesta rationaalisuudesta, joka yhden edellä mainitun käsityksen mukaan ei ole sama asia kuin oikeusvaltiollinen toimeenpanovallan käyttö ja harkintavalta.

Kielen tarkkuuden sijaan tavoitteen, tarkoituksen ja rakenteen tarkkuutta

Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä säädösten soveltamisen kiinne kohta ei ole ensi sijassa säädösten *teksti* tai *kielen tarkkuus* vaan säädöksen *tavoite* ja *tarkoitus* sekä *rakenne*¹²¹⁵. Tavoitteellinen pyrkimykseen sisältävä ylikansallinen sääntely, johon sisältyy monensuuntaisia jännitteisiä elementtejä, on tehnyt positivoidun eli paperille kirjoitetun oikeuden ja sen ”lain kirjaimen” tukeutuvan oikeuden doktriinista hyvin ongelmallista. Tavoitteellisen lainsäädännön sanoja ja niiden merkityksiä ei ole mahdollista läheskään aina hallita lain kirjaimen perustuvan tulkinnan keinoin ylikansallisessa monitasoisessa ja monikulttuurisessa sääntelyssä, vaikka siihen pyrittiäsiinkin¹²¹⁶. Lainsäädännön soveltamiseen ja tulkintaan liittyvä oikeudellinen epävarmuus on sekä kansallisen että ylikansallisen lainsäädännön yksi vaikea ongelma, johon ei ole olemassa helppoa ratkaisua¹²¹⁷. Lainsäädännön tavoitteita ja etenkin pyrkimyksiä julkisen vallan käytön perustana ei liene mahdollista määritellä niin tarkasti, että soveltamisen vaiheessa olisi mahdollista pitäytyä lain kirjaimen ja kielen rajoihin vaan yleensä edellytetään myös punnintaa ja harkintaa.¹²¹⁸

¹²¹² Lain yleisyyden käsitteen historiallisesta taustasta ja lain yleisyyden käsitteen tärkeydestä myös modernissa sääntelyssä Kirchhof, 2016, 97–99; Siehr, 2016, 341–342, instrumentalismi, symbolinen laki, käsitteen alaan kuuluvat lainsäädännön latentit tavoitteet; Rouvillois, 2006, 4–5 ja 13, instrumentalismi, utilitarismi.

¹²¹³ Westerman, 2007, 51–72.

¹²¹⁴ Westerman, 2007, 51–72; Aarnio, 2006, 308–317.

¹²¹⁵ Beck, 2012, 208 ja 288–289, ks. tässä yhteydessä systeeminen argumentti suppeassa ja laajassa merkityksessä.

¹²¹⁶ Petersmann, 2006, 45–57.

¹²¹⁷ Beck, 2012, 52–52.

¹²¹⁸ Alexy, 2009, 271; Jääskinen, 2008, 101; myös Bengoetxea, 1993, 73.

Lainsäädännöllä, lailla ja legaalilla lähteillä on oma funktionsa ja merkityksensä oikeusjärjestyksissä. Kansallisessa lainsäädännössä usein tukeudutaan lainsäädäntöhistoriaan ja lainvalmisteluaineistoon. Valmisteluasiakirjat, *travaux préparatoires*, ovat tärkeitä siksi, että ne konstituivat lainsäätäjän työn tulosta. Ne konstituivat ja määräävät myös säädöksen (*ratio legis*) tarkoituksen taustalla olevaa evidenssiä.¹²¹⁹ Euroopan unionin lainsäädännössä tätä vastaavat unionin säädöksen johdanto-osa ja sen esittämät lainsäädännön vaiheiden tiedot. Unionin säädösohjeissa lähtökohta on, että unionin säädösten johdanto-osa ei saa sisältää oikeudellisesti sitovia säännöksiä. Johdanto-osan kappaleiden sisältö ei saa olla normatiivista. Ne tulee ilmetä säädöksen artiklaosasta. Johdanto-osa sisältää säädöksen lainsäädäntöhistorian ja säädöksen perustelut ja oikeusperustan. Perustelujen tarkoituksena on selvittää, kuinka toimitella on käyttänyt toimivaltaansa laatiessaan säädöksen.¹²²⁰ Käytännössä johdanto-osaan on kirjoitettu soveltamisen ja tulkinnan ohjeita. Esimerkiksi unionin neuvoston antaman kilpailuasetuksen (N:o 1/2003) johdanto-osaan on kirjoitettu asetuksen soveltamista ja tulkintaa koskevia ohjeita. Asetuksen johdanto-osaan (37) on kirjoitettu: ”Tässä asetuksessa otetaan huomioon erityisesti Euroopan unionin perusoikeuskirjassa tunnustetut perusoikeudet ja periaatteet sitä sovellettaessa.”

Lainsäädäntöohjeen ajatuksena on, että johdanto-osa ei sisällä toimeenpanon kohteena olevan säädöksen aineelliseen sisältöön (tavoitteet, tarkoitus, soveltamisala) kuuluvia unionin oikeuden normeja.

Läheskään aina ei ole mahdollista tukeutua esimerkiksi lainsäätäjän intentioita ja aikomuksia ilmaisevaan *subjektiivis-teleologiseen argumenttiin* mutta jossain määrin paremmin *objektiivis-teleologiseen argumenttiin*, joka pyrkii etsimään ja justifioimaan erilaisia tulkintoja sääntelyssä ilmaistujen tavoitteiden, politiikkatavoitteiden tai normien sosiaalisen tehtävän perusteella¹²²¹. Tavoitteellisuus ja periaatteet normityypeinä ovat merkinneet tekstiin ja sanamuotoon perustuvan tulkintametodin merkityksen heikentymistä ja sitä, että oikeustieteessä on kehitelty soveltuvampia metodeja moderni oikeuden soveltamisen ja tulkinnan tarpeisiin. Tässä yhteydessä puhutaan sääntömallista (Regelmodelle) ja periaatemallista (Prinzipenmodelle). Niitä on mahdollista tarkastella myös lainsäätäjän näkökulmasta. Yksi käsitys periaatteista normityypeinä on, että ne ovat sääntöjen kaltaisesti konkreettisten yksittäistapausten ratkaisuperusteita (Gründe) sille, mitä yksittäisessä tapauksessa tulisi tapahtua. Sääntöjen ja periaatteiden ero on siten lähinnä kahden erilaisen normityypin ero. Vahva teesi (Trennungsthese) tarkoittaa sitä, että sääntöjen ja periaatteiden välillä on looginen ero. Heikko teesi merkitsee sitä, että ero sääntöjen periaatteiden välillä on asteittainen eli ero on lähinnä aste-ero.¹²²²

Olen määritellyt normityypejä yksityiskohtaisesti edellä niiden loogisen eron ja aste-eron merkityksessä. Toinen määrittely korostaa laatueroa, joka voidaan ymmärtää normityyppien aste-erona. Se asettaa erilaiset normityypit liukuvalla asteikolle (sliding scale): (a) säännöt (rules), (b) periaatteiden kaltaiset säännöt (rule like principles), (c) säännönkaltaisen periaate (principle like rules), ja (d) periaate (principles).

¹²¹⁹ Peczenick, 2009, 282–283.

¹²²⁰ Joint Practical Guide, 2015, 27–28 ja 31–33; Yhteisen käytännön opas, 2003, 32; Toimielinten sopimus lainsäädännön laatua koskevista suuntaviivoista, 1998, kohta 10.

¹²²¹ Beck, 2012, 126, viittaa Alexyn määrittelyyn teleologisesta argumentista.

¹²²² Alexy, 1994, 72–73; Sieckmann, 1990, 53, viittaa Alexyyn ja Dworkinin ja H.L.A. Hartin väliseen keskusteluun.

Liukuvan asteikon määritelmän olennainen viesti on siinä, että ottaen huomioon teleologisen lainsäädännön tekstin kielellisen avoimuuden kohdat (c) ja (d) käsitetään niiden normityyppi *prima facie* -normien tavoin niin, että niiden sisältö määräytyy ennen muuta *kontekstin* avulla. Konteksti on yleensä aineellinen siten, että lainsäädäntöä sovellettaessa oikeudellisessa päätöksessä otetaan huomioon kaikki asiaan vaikuttavat tekijät niin, että puhutaan *all things considered*-harkinnasta.¹²²³ Tämä lähestymistapa voi yhtä lailla kuin normityypin looginen ero edellyttää varsinkin soveltamisen yhteydessä erilaista lainsäädännön kontekstuaalisten tekijöiden punnintaa.

Lain kirjaimen noudattamisen sijaan pitää arvioida, mikä on lainsäädännön tehtävä, sisältö ja soveltamisala. Esimerkiksi tietoyhteiskunnan sääntelyalalla radiolain (1015/2001) kohdalla korkein hallinto-oikeus lupa-asian yhteydessä totesi, että asiassa toimivaltaisen ”Viestintäviraston on tullut käsitellessään kysymyksessä olevia hakemuksia myöntää luvat niille hakijoille, joiden toiminta parhaiten edistää lain tarkoitusta”. Korkeimman hallinto-oikeuden tutkimassa tapauksessa todetaan, että asiassa on kyse sovellettavan säännöksen ”mukaisten tekijöiden kokonaisarviointista”.¹²²⁴ Lupa-asioissa on kyse talouden toimijoiden oikeuksista ja velvollisuuksista. Korkeimmassa hallinto-oikeudessa tutkitut tietoyhteiskunnan viitekehysten tapaukset yleensä liittyvät määräävään markkina-asemaan tai hinnoitteluun viestintämarkkinoilla.

Silloin kun kyseessä on teleologisen ja periaatteita normityyppinä käyttävän lainsäädännön soveltaminen, perinteistä sääntömallia on vaikea seurata ainakin säädöksen kieliopillista sanamuotoa seuraamalla. Monimutkaisessa ja varsinkin ylikansallisen lainsäädännön teksteissä eri suuntaan vetävien periaatteiden päätöksentekotilanteissa tukeudutaan yleensä tooppiseen eli asia-argumentteja korostavaan harkintaan, mutta yhden määrittelyn mukaan ajatus on, että myös tällöin tukeudutaan muodollisessa mielessä legaalisiin oikeuslähteisiin eli lakiin¹²²⁵. Teleologisen ja tavoitteellisen lainsäädännön yhteydessä soveltamisen ja tulkinnan sijaan yleensä käytetään myös termiä *punninta*¹²²⁶. Teleologinen lainsäädäntö on erilaista kuin joko- tai -tyyppisiin sääntöihin perustuva lainsäädäntö, jossa viranomaisen päätös seuraa subsumptiolla oikeussäännöstä ja tapauksen tosiasioiden kuvauksesta, *Subsumption eines Sachverhalts unter ihren Tatbestand unter Deduktion der Rechtsfolge*. Sääntöihin perustuva joko- tai -normityyppi tosin vain ideaalitapauksessa toteuttaa tätä päätöksenteon mallia.¹²²⁷ Euroopan unionin lainsäädännölle tyypillisten tulkintametodien näkökulmasta säädösten tulkinta on yleensä säädöksen *tavoitteisiin* ja *tarkoitukseen* perustuvaa, vaikka säädöksen sanamuoto olisi selkeä¹²²⁸. Kun moderni lainsäädäntö on teleologista ja tavoitteellista periaatteilla sääntelyä, sitä ei *tulkita* sen voimaan saattamisen jälkeen yleensä sen *sanamuodon* perusteella, vaan yleensä muunlaisten argumenttien ja punnintamallien perusteella ja ennen muuta teleologisen lainsäädännön kohdalla *lain ration (ratio legis)* perusteella¹²²⁹. Yhden määrittelyn mukaan unionin lainsäädännössä sen sanamuoto ja kielellinen argumentti on Euroopan unionin tuomioistuimen tulkin-

¹²²³ Aarnio, 2006, 304.

¹²²⁴ KHO:2008:36.

¹²²⁵ Laakso, 1993, 113–114.

¹²²⁶ Beck, 2012, 207–210; Ks. myös Huovila, 21 ja 29–35 ja 59–63; Ojala, 2005, 224–225.

¹²²⁷ Sieckmann, 1990, 18.

¹²²⁸ Beck, 2012, 188–189.

¹²²⁹ Huovila, 2005, 85; Ojala, 2005, 224–225.

nallinen lähtökohta, jos se vain on mahdollinen.¹²³⁰ Euroopan unionin tuomioistuin tukeutuu yleensä *teleologiseen* eli *tavoitteelliseen tulkinta-argumenttiin*. Tämä voi johtua yksinkertaisesti siitä, että tulkinnan kohteena oleva lainsäädäntö on sillä tavoin tavoitteellista ettei muu tulkintametsodi ei ole mahdollinen. Tämä tarkoittaa sitä, ettei tulkinnassa voida tukeutua lain kirjaimeen. Harvinaista ei ole se, että tuomioistuin antaa tulkinnassaan tavoitteelliselle argumentille etusijan silloinkin, kun säädöksen *sanamuoto* näyttää selkeältä. Jos säädöksen sanamuodon ja *teleologisen argumentin* välillä on sellaista jännitettä, joka ei tuomioistuimen mukaan edistä unionin tavoitteita, on tuomioistuin tulkinnut säädöksen sanamuotoa *ahtaasti* ja antanut etusijan tavoitteelliselle tulkinta-argumentille.¹²³¹ Olennaista on siten lainsäädännön tavoite.

Euroopan unionin oikeudessa harvinaista ei ole myöskään *konsekventiaalisten argumenttien* käyttö. Siinä huomion kohde on säädöksistä johtuvissa seurauksissa.¹²³² Tämä käytännössä merkitsee sitä, että soveltajan on otettava huomioon, mitä säädöksen normeista seuraa. *Teleologis-konsekventiaalinen* argumentti ei ole luonteeltaan lain tekstistä ja kirjaimesta tulkittu merkitys, vaan sillä on pikemminkin kahtalainen tehtävä, joka liittyy

- ratkaisun juridisiin seurauksiin tai
- ratkaisun faktuaalisiin seurauksiin.¹²³³

Moderni ylikansallista perua olevan lainsäädännön ilmaisu on hyvin väljää ja se edellyttää soveltajalta aktiivisia toimia ja sitä, että soveltaja ottaa huomioon tilannetekijät. *Kontekstuaalisuus* lainsäädännön soveltamisen periaatteena tarkoittaa sitä, että tulkinta-argumentissa otetaan huomioon esimerkiksi kulttuurisen rationaliteetin piiriin kuuluvia seikkoja tai aksiologisten arvojen tason kysymyksiä.¹²³⁴ Idea ei ole uusi, vaan jo esimerkiksi *Montesquieu* korosti tällaista ajattelua.

7.1.4 Metodinen totuus lainsäädännön rationaliteettina

Edellä olen käyttänyt termiä metodinen totuus, joka tarkoittaa yleiseen tietenteoriaan nojaavaa ja myös erilaisiin metodologioihin (metodologinen monismi) perustuvaa *metodista totuutta* ja *tiedollista rationaliteettia*.¹²³⁵ Euroopan unionin perussopimuksen SEUT 114 artiklan kolmannessa kohdassa komission edellytetään perustavan kyseisen artiklan kohdassa tarkoitettua terveyttä, turvallisuutta, ympäristönsuojelua tai kuluttajansuojaa koskevat ehdotuksensa lainsäädännön lähentämisessä suojelun korkeaan tasoon ottaen erityisesti huomioon *tieteelliseen tietoon* perustuvan uuden kehityksen.

Lakien säätämisessä tiedollinen rationaliteetti tarkoittaa sitä, että lainsäädännön perustana olevan tiedon hankinnan perusteiden tulee nojata yleisiin tieteellisen tiedonhankinnan kriteereihin. Eri tieteenalat painottavat erilaisia näkökohtia ja tutki-

¹²³⁰ Beck, 2012, 189.

¹²³¹ Beck, 2012, 207.

¹²³² Beck, 2012, 212–215.

¹²³³ Beck, 2012, 212.

¹²³⁴ Oliver-Lalana, 2013, 166–170; Wahlgren, 2008, 47–51.

¹²³⁵ Siltala, 2003, 70–72.

muksen metodein hankitulle tiedolle on ominaista erilaiset tutkimuksen näkökulmat ja tulkinnat.¹²³⁶ Empiirinen metodi lainsäädännön *evidence-based*-tyyppisen tiedon perustana ei kuitenkaan tuota normatiivista tietoa. Jotkut empiirisen menetelmä avulla laaditut tutkimukset pykivät yhdistämään tulokset preskriptiivisiin eli normatiivisten lauseiden väitteisiin, mutta nekaan eivät ole yleensä kyenneet selittämään, miten tarkasteltu ja mitattu ilmiö kytkeytyy normatiivisen kaltaisiin pitäisi-tyyppisiin käsitteisiin.¹²³⁷

Tyypillistä unionin lainsäädännön prosessille on sen perustaksi edellytettävä tieteellinen tieto ja yleensä yhteiskuntatieteiden menetelmät tiedon hankinnan keinona. Tätä tietoa on tarkoitus hyödyntää lainsäädännön päätöksenteossa. Lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa puhutaan lainsäädännön yhteydessä käytännöllisestä järjestä ja päättelystä. Euroopan unionin lainsäädännössä metodisesti edellytetään *evidence-based*-tyyppistä tiedollista perustaa, unionin lainsäädäntöperiaatteisiin nojaavaa päättelyä sekä perusoikeusstrategiaa. Lainsäädännön päätöksenteon metodeissa otetaan huomioon sekä oikeudellisia, faktuaalisia ja legistis-lingvistisiä reunaehtoja. Jälkilainsäädännöllinen vaihe edellyttää sitä, että jälkikäteinen normien valvoja myös tuntee lainsäädännön antamisen prosessin ja vaiheiden dynamiikkaa, myös esilainsäädännöllisen vaiheen metodin kaltaiset evaluaation ja monitoroinnin menetöt. *Meßerschmidtin* mukaan tällainen ”ekspertiisi” ei välttämättä kuulu tuomiovaltaa harjoittavien elinten juridisen osaamisen ydinalueille.¹²³⁸

Yhdysvalloissa tutkimustiedon hyödyntämisellä tuomioistuimissa on pidempi traditio kuin Euroopassa. Yhdysvalloissa tuomioistuimissa tunnetaan niin sanottu *Daubert*-testi, joka on laadittu asiantuntijatiedon hyödyntämistä varten. Erityisasiantuntemuksen relevanssia ja luotettavuutta varmistetaan a) testattavuudella ja kumotavuudella, b) peer review- ja julkaisumenettelyllä, c) tunnetun tai potentiaalisen virhekertoimen (rate) avulla sekä d) tiedon hyväksyttävyyden asteella tiedeyhteisössä tietyllä tieteenalalla. *Daubert*-testin avulla tuomioistuimet pyrkivät portinvartijoina karsimaan pois ”roskatieteen” (junk science) eri tieteenaloilla, myös taloustieteen ja yhteiskuntatieteiden alalla. Testiin on myös suhtauduttu kriittisesti siksi, että myös nämä kriteerit ovat tulkinnanvaraisia. Ongelmaksi on nähty myös se, että testiä on vaikea soveltaa tuomioistuimissa. Hyväksi asiaksi on nähty se, että testi on tehnyt tuomioistuimet kriittisemmiksi suhteessa empiiriseen dataan ja tieteelliseen evidenssiin. Lainsäädäntöön ja säästöjen normivalvontaan testiä ei kuitenkaan sovelleta. Vastustajat ajattelevat, että se on mahdotonta, koska lainsäädäntö on päätöksentekoa tulevaisuuteen ja erilaista kuin tuomiovallan käyttö. Tutkijat ajattelevat, että tuomarit eivät ole asiantuntijoita arvioimaan tieteellistä evidenssiä, kun taas lainsäätäjät ovat tässä parempia.¹²³⁹

Morandin teoria lainsäädännöstä korostaa oikeuden kommunikaatiota niin, että lainsäädäntö prosessina ja vaiheina on osa oikeutta. Se tarkoittaa sitä, että myös esilainsäädännöllinen vaihe on osa oikeutta. Tässä tutkimuksessa olen havainnut, että

¹²³⁶ Beck, 2012, termi ”facts” ymmärretään oikeustieteessä tietyn käsillä olevan jutun tosiasiana; Landman, 2009, 21 ja 41–44 metodista esimerkiksi *evidence-based* ihmisoikeustutkimuksessa; Aarnio, 2006, 49–60, reaali maailman totuus ja normimaailman totuus; Siltala, 2003, 811–813, tieteellisen metodin ominaispiirteitä.

¹²³⁷ Fischman, 2013, 154 ja 158–168.

¹²³⁸ Meßerschmidt, 2016, 387.

¹²³⁹ van Gestel—de Poorter, 2016, 178–179.

esilainsäädännöllisen vaiheen metodiset toimet ovat sellaisia, joita pätevä lainsäädäntö edellyttää. Jälkilainsäädännöllisessä vaiheessa esimerkiksi riittävät vaikutusarvioinnit ovat säädösten pätevyyden edellytys. Tutkimuksellisesti pitää ottaa huomioon, että tuomiovallan ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan tutkimus on perinteisesti oikeustieteen tutkimuksen kohde ja juridisen metodin aluetta, lainsäädännön tutkimus on taas useiden tieteenalojen ja metodien yhteistyötä. Todellisuudessa on niin, että ainakin lainsäädäntä on juridisoitunut ja faktualisoitunut. Tuomiovallan alalla käsitellään faktuaalisia kysymyksiä. Olen pyrkinyt tuomaan esille lainsäädäntöteorian ja oikeustieteen terminologian eroja tutkimuskohteessa. Tämä on välttämätöntä siksi, että jälkilainsäädännöllinen doktriini on tuonut lainsäädäntömetodin aineksia tuomiovallan ja lainkäytön alueelle. *Tällaisia ovat lainsäädännön valmistelua ja päätöksentekoa varten yleensä yhteiskuntatieteiden menetelmien avulla laaditut tutkimukset, lainsäädännön valmistelussa syntyvät evaluaatioreportit, vaikutusarvioinnit, erilaiset tarkastusraportit, selvitykset sekä toimeenpanon monitoroinnit.* Niiden laatiminen ja tieto perustuvat erilaisten tieteenalojen menetelmille. Ne tuottavat niiden intressin lähtökohdista valitun metodin keinoin tuotettua tietoa kohteestaan. Jos hankinnan keinona on empiirinen metodi, se tuottaa sen mukaista tietoa tutkimuskohteestaan. Evaluaatioiden ja tutkimusten tulokset eivät ole ongelmattomia, vaan niiden laatimiseen on voinut vaikuttaa datan huono laatu tai ne voivat olla korruptoituneita¹²⁴⁰.

7.2 JÄLKIKÄTEINEN NORMIVALVONTA METODISENA KÄSITTEENÄ

Säädösten normivalvonta on monimerkityksinen käsite. Sitä toteutetaan parlamentteissa evaluaatiometodien ja monitoroinnin avulla ja esimerkiksi tuomioistuimissa säädösten jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan keinoin. Valtioissa on kehitelty metodisia ratkaisuja, joiden tarkoituksena on parantaa erityisesti jälkilainsäädännöllisessä vaiheessa jo voimassa olevan lainsäädännön toimeenpanoa. Jälkilainsäädännöllisen metodin yleinen tavoite on parantaa lainsäädännön laatua.¹²⁴¹

7.2.1 Jälkilainsäädännöllinen ei-oikeudellinen normivalvonta käsitteenä

Jälkilainsäädännöllisen vaiheen yksi normivalvonnan muoto on säädösten jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta.¹²⁴² Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä ja Euroopan parlamentin toiminnassa sillä voidaan tarkoittaa myös *post-legislative scrutiny*-nimistä menettelyä, joka tarkoittaa parlamentissa lainsäädännöllisen päätöksenteon yhteydessä harjoitettavaa voimassa olevien säädösten valvontaa. Säädösten valvonta voi olla luonteeltaan voimassa olevien säädösten oikeudellista jälkikäteistä valvontaa, niiden toimeenpanon valvontaa tai myös erilaista vaikutusten arviointia.¹²⁴³ Esimer-

¹²⁴⁰ van Gestel—de Poorter, 2016, 183—184.

¹²⁴¹ The Law Commission, Consultation Paper No 178, Post-Legislative Scrutiny, A Consultation Paper 22 December 2005, 24—29.

¹²⁴² Lübbe—Wolf, 2016, 21—25; Meßerschmidt, 2016, 378, neutraali termi ”rationality review”; Karpen, 2016, 309—310; Flückiger, 2016, 1—15.

¹²⁴³ De Vrieze, 2018, 6—7.

kiksi Yhdistyneessä kuningaskunnassa on vuonna 2004 ensin selvitetty vaihtoehtoja ja otettu käyttöön jälkilainsäädännöllinen jälkivalvontavalvonta parlamentissa sen selvittämiseksi, onko lainsäädäntö toteuttanut tarkoitustaan (post-legislative scrutiny).¹²⁴⁴ Yhdistyneessä kuningaskunnassa oikeusvaltiollista lainsäädännön laatua varmistetaan eri periaattein kuin Manner-Euroopassa. Sen ohella, että Yhdistyneessä kuningaskunnassa toimii tehokas esilainsäädännöllisen lainvalmistelun järjestelmä, siellä on otettu käyttöön parlamentin puitteissa systemaattinen monitorointiin ja evaluaatioon perustuva jälkilainsäädännöllinen menettely, joka on yksi jälkilainsäädännöllisen doktriinin muoto. Sen tarkoituksena on selvittää, toimiiko säädetty lainsäädäntö myös käytännössä ja siten kuin on tarkoitettu. Menettelyn tarkoituksena on toimia keinona paremman lainsäädännön edistämisessä, parantaa lainsäädännön toimeenpanoa ja politiikkatavoitteita sekä on selvittää hyviä käytäntöjä ja levittää tietoa niistä. Lisäksi menettelyn tarkoituksena on saada selville lainsäädännön epäsuoria ja ei-tarkoitettuja vaikutuksia perusoikeuksiin.¹²⁴⁵ Skotlannin parlamentti aloitti jälkilainsäädännöllisen normivalvonnan vuonna 2016 siten, että menettelyä harjoitetaan omana toimintonaan tarkastuskomitean (Public Audit Committee) yhteydessä¹²⁴⁶. Kansainvälisesti menettely on hyvin erilaista. Jälkilainsäädännöllisen doktriinin käsitteen yhteydessä puhutaan muodollisesti voimassa olevien säädösten *ex post*-retrospektiivisestä *evaluaatiometodista* sekä yleensä säädösten toimeenpanoa arvioivasta *monitoroinnin metodista*.

Karpenin mukaan lainsäädännön jälkivalvonta ja erimuotoinen kontrolli osaltaan varmistavat lainsäädännön legitimiisyyttä¹²⁴⁷. Oikeusjärjestysten lainsäädännön järjestelmissä normivalvontaa harjoitetaan eri tavoin. Valvonta voi olla oikeudellista tai muunlaista ei-oikeudellista valvontaa. Yksi jälkikäteisen normivalvonnan muoto on esimerkiksi tarkastusvirastojen (Cour de comptes) harjoittama lainsäädännön evaluaatio¹²⁴⁸. *Karpen* määrittelee *ex post*-tyyppisesti harjoitettavan vaikutustenarvioinnin (regulatory impact assessment) valvonnan ja kontrollin muotona parantavan säädösten laillisuutta ja taloudellista rationaalisuutta tosiasiaperusteisen jälkikäteisarvioinnin keinoin. Se vahvistaa lainsäätäjän vastuullisuutta ja paremman lainsäädännön säätämistä ja pitää myös lainsäätäjän kontrollin alaisena. Vaikutusarvioinnin menetit lainsäädännön vaikutusten arvioinnin välineenä ovat *Karpenin* mukaan *pragmaattinen keino* tuottaa lainsäädännön kannalta relevantimpaa ja soveltuvampaa informaatiota erilaisista sääntelyn mahdollisuuksista ja potentiaaleista sekä kausaalista suhteista, miten lainsäädäntöön asennoidutaan, miten sen perusteella käyttäydytään sekä olosuhteista, joissa sitä on sovellettu.¹²⁴⁹

Yhdistyneessä kuningaskunnassa jälkilainsäädännöllinen doktriini tarkoittaa yleensä muuta kuin tuomioistuimissa harjoitettua säädösten normivalvontaa. Se tarkoittaa jälkilainsäädännöllistä voimassa olevien säädösten evaluaatiota ja monitorointia, jota harjoitetaan kansallisessa parlamentissa. Systemaattiseen monitorointiin ja evaluaatiometodeihin perustuvan menettelyn tarkoituksena on

¹²⁴⁴ Parliament and the Legislative Process, House of Lords, Select Committee on the Constitution, 14th Report of Session 2003-04, 42–46.

¹²⁴⁵ Post-legislative scrutiny, 2017, 7.

¹²⁴⁶ <http://www.parliament.scot/parliamentarybusiness>

¹²⁴⁷ Karpen, 2016, 296; Delley – Flückiger, 2005, 95.

¹²⁴⁸ Delley – Flückiger, 2005, 95.

¹²⁴⁹ Karpen, 2017, 309.

- selvittää, toimiiko säädetty lainsäädäntö käytännössä, kuten sen on tarkoitettu toimia ja keinona paremman lainsäädännön edistämiseksi, sekä
- parantaa lainsäädännön toimeenpanoa ja politiikkatavoitteita sekä selvittää hyviä käytäntöjä ja levittää tietoa niistä.

Lisäksi jälkilainsäädännöllisen menettelyn tarkoituksena on saada selville lainsäädännön epäsuoria ja ei-tarkoitettuja vaikutuksia perusoikeuksiin.¹²⁵⁰

Euroopan parlamentissa toteutettu malli muistuttaa Isossa-Britanniassa ja eräissä eurooppalaisissa valtioissa, kuten Sveitsissä omaksuttua jälkilainsäädännöllistä menettelyä, joka on lähinnä parlamenttien yhteydessä toteutettu mekanismi jo säädetyn lainsäädännön vaikutusten arvioimiseksi. Euroopan unionin säädöksissä edellytetään jälkilainsäädännöllistä mekanismia siksi, että unionin säädöksiin on kirjoitettu säännös, joka nimenomaisesti edellyttää seuranta. Jälkilainsäädännöllinen doktriini on melko uusi menettely ja sitä toteutetaan eri maissa eri tavoin joko parlamenttien yhteydessä (Skotlanti, Yhdistynyt kuningaskunta) tai tuomioistuimissa (Ranska). Esimerkiksi Kanadassa on erilaisia tapoja, jotka voidaan asettaa jälkilainsäädännöllisen doktriinin käsitteen alle mutta ei mitään yhtenäistä post-legislatiivista doktriinia. Australiassa jälkilainsäädännöllinen doktriini on kehittynyt niin, että se kattaa niin sanotut *sun-set clauses* eli säädöksiin kirjoitettujen päättymispäivämäärien tarkoittamat menettelyt, parlamentin harjoittamat *review*-menettelyt sekä *ad hoc*-tyyppisten komiteoiden post-legislatiiviset menettelyt. Skotlannissa parlamentti on vastuussa lainsäädännön vaikutusten arvioinnista niin, että parlamentin tulee selvittää, onko säädös saavuttanut sille asetetut tavoitteet ja onko säädöksellä ollut ei-odotettuja eli ei-tarkoitettuja seurauksia ja onko tarpeen säätää uutta lainsäädäntöä. Saksassa, jossa valtiosääntötuomioistuimella on tärkeä jälkilainsäädännöllinen rooli, voimassa olevaa sääntelyä koordinoi jälkilainsäädännöllisessä mielessä myös hallitus, jonka tehtävänä on määrittellä lainsäädäntöehdotuksissa, minkä ajankohdan jälkeen evaluaation keinoin selvitetään, ovatko säädetyn lainsäädännön tavoitteet saavutettu, ovatko lainsäädännön aiheuttamat kustannukset oikeasuhtaisia saavutettuun tulokseen nähden ja mitä sivuvaikutuksia lainsäädännöllä on ollut. Paitsi että Ranskassa lainsäädännön post-legislatiivista valvontaa harjoitetaan tuomioistuimissa, on Ranskan parlamentti (The French National Assembly) perustanut tutkintakomissioita tiettyjen lainsäädännöllisten asioiden selvittämiseksi, kuten vuonna 2003 komission tutkimaan vaarallisten aineiden merikuljetusten turvallisuutta.¹²⁵¹

Vuonna 2007 Belgian parlamentti (Belgian Federal Parliament) perusti parlamentin komitean lainsäädännön *ex post*-vaikutustenarviointia varten. Sveitsissä perustuslaki velvoittaa parlamenttia arvioimaan parlamenttilakien ja muiden tointen vaikuttavuutta. Liittoparlamentti perusti vuonna 1991 tätä varten Parliamentary Control of the Administration (PCA) -nimisen palvelun, joka toteuttaa evaluaatioita parlamentille. Yksiköllä ei ole itsenäistä toimivaltaa tehdä tutkimusta, vaan parlamentin komitea määrittelee yksikön tehtävät. Evaluaatiot toteutetaan Sveitsin evaluaatioyhdistyksen ja kansainvälisten järjestöjen standardien mukaisesti.¹²⁵²

¹²⁵⁰ Post-legislative Scrutiny, 2017, 7.

¹²⁵¹ The Law Commission, Consultation Paper No 178, Post-Legislative Scrutiny, A Consultation Paper 22 December 2005, ks. yleisesti 24–29, post-legislative scrutiny- menettelystä eri maissa ja Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä 58–60.

¹²⁵² Post-legislative Scrutiny, 2017, 8–9.

Lainsäädäntömetodiset keinot ovat joko prosessin esilainsäädännöllisen vaiheen yhteydessä harjoitettavia lainsäädännön valmistelua tukevia metodeja tai jälkilainsäädännöllisen doktriinin tarkoittamia muita menettelyitä, kuten parlamentin harjoittamaa tai muun valvontaelimen harjoittamaa säädösten valvontaa. Jälkilainsäädännöllinen doktriini on kehittyvä ala, joka tarkoittaa sekä voimassa olevien säädösten oikeudellista normivalvontaa että parlamenttien harjoittamaa normivalvontaa.

Jälkilainsäädännöllisen menettelyn tarkoituksena on

- selvittää, toimiiko lainsäädäntö käytännössä siten kuin on tarkoitettu
- toteuttaa parempaa lainsäädäntöä
- parantaa toimeenpanoa ja toteuttaa politiikkatavoitteita
- tunnistaa ja levittää parhaita käytäntöjä niin, että hyvistä tavoista opitaan ja huonoja pyritään välttämään.¹²⁵³

Silmällä pitäen kirjoitettua lainsäädäntöä doktriinin eri muodoilla on oma funktionsa. Doktriinin taustalla on ajatus siitä, että tuomioistuimet ja viranomaiset soveltavat parlamentin antamaa legitimiiksi ja hyväksyttäväksi oletettua lainsäädäntöä ja lakeja, jos mahdollista, kirjoitetun lainsäädännön tekstien *sanamuotoon* tukeutuen. Lähtökohtaisesti ajattelu on ollut myös se, että lainsäädännön asianmukainen valmistelu, lähinnä perinteinen formaali legistiikka, ja lainsäädännön päätöksenteossa parlamentissa noudatettavat menettelynormit riittävät takaamaan lainsäädännön legitimiisyyttä ja hyväksyttävyyttä. Joissakin oikeusjärjestyksissä tuomioistuimilla on toimivalta varmistaa lainsäädännön legitimiisyyttä ja hyväksyttävyyttä säädösten oikeudellisen normivalvonnan keinoin siksi, että lakien valmisteluvaihe tai kansallinen parlamentti ei aina *voi* ennalta ottaa menettelyssään huomioon lainsäädännön aineellisen sisällön legitimiisyyttä eikä etenkin perus- ja ihmisoikeusnormien noudattamista. Tuomioistuimen tehtävänä on tässä menettelyssä ennen muuta *korjata* lainsäädännön olennaisia puutteita. Kansallisvaltioiden vallanjako-oppi edellyttää, että parlamentin antamien säädösten oikeudellinen normivalvonta on pidättyväistä eikä siinä kajota demokratiaperiaatteen olennaisiin elementteihin. Euroopan unionin oikeusjärjestys ei kuitenkaan perustu vallanjako-opille tai samanlaiselle demokratiaperiaatteelle, jolla kansallisvaltioiden lainsäädännön järjestelmä lepää. Euroopan unionin oikeusjärjestyksen lainsäädännön käsitettäkään ei ole mahdollista samastaa tässä mielessä kansalliseen lainsäädäntöön tai lakiin. Sitä ei ole mahdollista arvioida yksinomaan perinteisen demokratiaperiaatteen tai perinteisen laillisuus käsitteen perustalta, vaan sen arvioinnissa huomioon pitää ottaa sen järjestelmälle ominainen sitä legitimoiva taloudellinen tehokkuusperiaate. Taloudellinen tehokkuusperiaate lainsäädäntöä legitimoivana tekijänä ei yksin riitä, vaan moderni ylikansallinenkin oikeus edellyttää lainsäädännöltä myös perus- ja ihmisoikeuksien tarkoittamaa hyväksyttävyyttä.¹²⁵⁴

Kun jälkilainsäädännöllistä menettelyä toteutetaan erillisenä toimintona parlamentissa, evaluaatioprosessi on parlamentin toiminnassa sivutuote, jolla parlamentti huolehtii tehokkaasta toimeenpanon valvonnasta ja tehokkaasta lakien säätämisestä. Kun parlamentti valvoo hallituksen toimia tai toimimattomuutta, parlamentti lakeja muuttamalla valvoo laajemmalti kansallisten lakien toimivuutta sekä sitä, miten hallitus johtaa ja selviytyy lainsäädännön tehokkaasta toimeenpanosta lainmukaisella

¹²⁵³ Post-legislative Scrutiny, 2017, 12.

¹²⁵⁴ Karpen, 2016, 304–308; Korjausperiaatteesta Van Hoecke, 2002, 161–164 ja 170–171.

tavalla.¹²⁵⁵ Samalla kun parlamentti harjoittaa jälkilainsäädännölliseen menettelyyn liittyviä toimia, ulottaa se sisäisen monitoroinnin ja evaluaation keinoin valvontaansa lainsäädännön toimeenpanon alueelle. Se arvioi myös omaa toimintaansa lainsäätäjänä demokratian toteuttajana (democratic output). Näin ajateltuna lainsäätävä ottaa lainsäätäjän toiminnan lisäksi itselleen kansallisen legistatiivisen vahtikoiran (legislative watchdog) roolin.¹²⁵⁶

Jälkilainsäädännöllisen doktriinin menettelyille on asetettu rajoituksia. Esimerkiksi Yhdistyneessä kuningaskunnassa rajoitukset liittyvät lainsäädännön argumentteihin ja niiden uudelleen nostamiseen niin, että menettelyssä huomion tulee olla vain lainsäädännön tuotoksissa (the outcome of legislation). Toiseksi menettelyssä pitää ottaa huomioon se, että kyse on poliittisen tahdon edistämisestä niin, että jälkilainsäädännöllinen menettely edistää politiikkatavoitteita, voimavaroja ja lainsäädännön hyviä vaikutuksia. Kolmanneksi rajoitukset liittyvät menettelyn voimavaroihin niin, että jälkilainsäädännöllinen menettely kohdistuu vain taloudellisesti tai yhteiskunnallisesti merkittävään lainsäädäntöön.¹²⁵⁷

Lainsäädäntö on monimutkainen yhteiskunnallinen kysymys. Se on eri asia kuin tietty rajattu politiikkaohjelma. Lisäksi lainsäädännössä ylikansallinen toimintaympäristö sisältää sellaisia muuttujia, joiden yhteisvaikutusta on vaikea määrittellä ennalta. Lainsäädännön vaihtoehtojen (contrafactuals) ja yhteiskunnallisten vaikutusten määrittely on metodisesti arvioiden hankalaa, eikä säädösten oikeudellisia tai taloudellisia vaikutuksia ole mahdollista tietää riittävän hyvin etukäteen säädösten suunnitteluvaiheessa.¹²⁵⁸ Siksi viimeaikainen lainsäädäntöteoreettinen tutkimus on ryhtynyt korostamaan myös erilaisia jälkilainsäädännöllisen doktriinin metodeja perinteisen voimassa olevien säädösten vaikutusten (impacts) arvioinnin rinnalle: yksi jälkilainsäädännöllisen doktriinin metodi on parlamenttien harjoittama jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta.

7.2.2 Jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta käsitteenä

Jälkilainsäädännöllisellä vaiheella on lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa ymmärretty lainsäädännön promulgoinnin ja säädöksen julkaisemisen ja muodollisen voimaantulon jälkeistä erilaista kontrollia, oikeudellista tai muunlaista jälkikäteistä normien valvontaa. Mannereurooppalaisen kirjallisuuden mukaan jälkilainsäädännöllisen vaiheen säädösten jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta on myös yleistynyt ja vahvistunut. Tämä tarkoittaa sitä, että lainsäädännön prosessin eri vaiheissa toteutetut toimet, mukaan lukien lainsäädännön esilainsäädännöllisessä vaiheessa laadittu *ex ante*-evaluointi ja erilaiset vaikutusarviointit, tulevat uudelleen arviotavaksi tuomioistuinten harjoittamassa jälkikäteisessä oikeudellisessä normivalvonnassa.¹²⁵⁹

¹²⁵⁵ Post-legislative Scrutiny, 2017, 12.

¹²⁵⁶ Post-legislative Scrutiny, 2017, 12.

¹²⁵⁷ Post-legislative Scrutiny, 2017, 12.

¹²⁵⁸ Bussmann, 2010, 279–291.

¹²⁵⁹ Meßerschmidt, 2016, 392–395, saksalaisella alueella; Lenaerts, 2012, 9, näin Euroopan unionin oikeusjärjestyksen normivalvonnassa.

Euroopan unionin lainsäädännön prosesseissa jälkilainsäädännöllinen vaihe siten edellyttää esilainsäädännöllisiä metodeja¹²⁶⁰. Euroopan unionin lainsäädännön normivalvonnassa lainsäätäjän päätöksenteon rationaalisuutta arvioidessaan tuomioistuin ottaa huomioon lainsäädännön prosessissa käytetyn ja hyödynnetyn evaluaation ja sen perustalta tuotetun *evidence-based*-tyyppisen tiedon säädösten oikeudellisessa jälkikäteisessä normivalvonnassa¹²⁶¹. *Lenaerts* unionin säädösten oikeudellisen jälkikäteisen normivalvonnan tapauksia tutkiessaan kirjoittaa tästä niin, että

*“ – it seems to me that increased judicial control of the decision-making process does not imply that judges should take a more pro-active stand whereby the latter replace the substantive choices made by the EU political institutions with their own. Nor should a process-oriented review be equated with judicial surrender.”*¹²⁶²

Lenaertsin mukaan vahvistuneen oikeudellisen normivalvonnan ei tulisi tarkoittaa sitä, että tuomiovalta korvaisi lainsäätäjän päätöksenteon aineellisia valintoja. ”Prosessilähtöistä” säädösten normivalvontaa ei tulisi myöskään samastaa oikeudelliseen ratkaisutoimintaan.

Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa suhtaudutaan pidättyvästi siihen, että tuomiovalta kajoaisi demokratiaperiaatteen perustalta toimivan lainsäätäjän päätösvalan alueelle eli sen antamiin säädöksiin. *Wintgens* toteaa, että vallanjako-opin mukaan tuomioistuinten tulee pidättäytyä lainsäädännön sisältökysymyksistä ja politiikka-valinnoista ja kysyy: ”Does this mean that the courts have no legitimate grip on the rational making of law”?¹²⁶³ Tässä keskustelussa on erilaisia sävyjä niin, että oikeustieteellisessä kirjallisuudessa se on nähty myös myönteisenä dialogina.¹²⁶⁴ *Karpenin* mukaan yksi lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen trendi on siinä, että lainsäädännön juridisoituminen edistyy. Tuomioistuin on osa lainsäädännön sykliä.¹²⁶⁵

Kirjallisuudessa on lähdetty siitä, että tuomiovallan puuttumista oikeudellisen normivalvonnan keinoin varsinkaan lainsäätäjän menettelyihin, joista yleensä säädetään perustuslaissa, ei pidetä perinteisesti kansallisvaltion kontekstissa sopivana.¹²⁶⁶ Kun modernissa lainsäädäntöteoriassa puhutaan esimerkiksi substantiaalisesta eli aineellisesta normivalvonnasta, se tarkoittaa yleensä oikeusjärjestyksen ylemmänasteisen normiston perusteella tehtävää, lakien aineelliseen sisältöön kohdistuvaa oikeudellista säädösten normivalvontaa. Tyypillisesti kysymys on perus- ja ihmisoikeusnormien perusteella lainsäädäntöön kohdistuvasta aineellisesta valvonnasta. Lainsäädäntöteoriassa termi proseduraalinen on saanut myös uuden merkityssisällön. *Meßerschmidtin* mukaan termi proseduraalinen eli menettelyllinen valvonta käsitteenä tarkoittaa lain-

¹²⁶⁰ van Gestel – de Poorter, 2016, 183; Lenaerts, 2012, 16; Weatherill, 2011, 861. Myös yleisenä hyväksyttävyyden kysymyksenä ja lainsäädännön ja tuomiovallan yhteistyötä ja deliberatiivista demokratiaa vahvistavana kysymyksenä Van Hoecke, 2001, 415 – 423.

¹²⁶¹ Esimerkiksi Oliver Lalana – Meßerschmidt, 2016, 6; Wintgens, 2013, rationality review; Lenaerts, 2012, 9; Alemanno, 2011, 485 – 505; Kokott, 1999, 113, ”norm control”, ”constitutional jurisdiction”, ”judicial review of constitutionality of statutes”.

¹²⁶² Lenaerts, 2012, 16.

¹²⁶³ Wintgens, 2013, 26.

¹²⁶⁴ Van Hoecke, 2001, 415 – 423.

¹²⁶⁵ Karpen, 2017, 16.

¹²⁶⁶ Meßerschmidt, 2016, 386 ja 389; metodisessa mielessä Siehr, 2008, 277 – 278.

säädännön uudenlaista proseduraalista valvontaa ja esimerkiksi konstitutionaalisissa valtiosäännöissä valtiosääntötuomioistuimen toimintaa, jossa on tutkittu yleisemmin valtiosäännön edellyttämiä vaatimuksia lainsäädännössä.¹²⁶⁷

Euroopan unionin perussopimus ylemmänasteisena normistona asettaa unionin lainsäätäjän toiminnalle oikeusvaltiollisia reunaehtoja. Sääntelyltä edellytetään paitsi tehokkuutta myös legitimiisyyttä ja hyväksyttävyyttä. Euroopan unionin tuomioistuin on jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan oikeuskäytännössä todennut, että unionin lainsäätäjän harkintavalta on laajaa kuitenkin niin, että Euroopan unionin lainsäädäntö ei saa olla ”ilmeisen pätemätöntä”¹²⁶⁸. Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä lähdetään siitä, että perussopimuksen perusteella annettu lainsäädäntö ei saa olla *ilmeisen pätemätöntä tai lainvastaista*¹²⁶⁹. Euroopan unionin oikeusjärjestyksen lainsäädännön järjestelmän oikeudellista jälkikäteistä normivalvontaa harjoitetaan jälkilainsäädännöllisessä vaiheessa unionin perussopimuksen normien perusteella unionin tuomioistuimessa.¹²⁷⁰ Euroopan unionin tuomioistuin voi ratkaisuillaan säädösten jälkikäteisessä oikeudellisessa normivalvonnassa todeta, että Euroopan unionin elimen antama säädös ei täytä unionin lainsäädännöltä edellytetyjä vaatimuksia niin, että se on kokonaan tai osin mitätön. Tällöin unionin tuomioistuimella on toimivalta SEUT 263 artiklan nojalla kumota joko osaksi tai kokonaan unionin säädös ja todeta se pätemättömäksi. Jo tapauksessa C-294/83 *Les Verts* Euroopan unionin tuomioistuin totesi, että sen valvonnan kohteena on jäsenvaltioiden ja Euroopan unionin toimielinten ”toteuttamien toimenpiteiden yhteensoveltuvuus perustuslakia vastaavan asiakirjan eli perustamissopimuksen kanssa”¹²⁷¹. Unionin säädösten oikeudellisesta normivalvonnasta on kehittynyt tärkeä osa oikeutta ja myös lainsäädännössä noudatettavaksi tarkoitettujen periaatteiden lähde. Tätä osoittavat edellä tutkitut tapaukset, yhtenä hyvänä esimerkkinä tästä esimerkiksi yhdistetyt Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights*. Tapaus sisältää perusoikeusperiaatteisiin, lainsäätäjän harkintavallan käyttöön ja sääntelyn täsmällisyyteen liittyviä lainsäädäntöperiaatteita. Jälkilainsäädännöllisen vaiheen tarkoituksena on edistää lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua. Euroopan unionin säädösten oikeudellisessa jälkikäteisessä normivalvonnassa ei ole kyse perinteisestä kontrolloivasta normivalvonnan mallista vaan keinosta kiinnittää parempaa huomiota Euroopan unionin lainsäädännön rationaalisuuteen¹²⁷². Merkille pantavaa on, että esilainsäädännöllisen vaiheen metodien myötä *evidence-based*-tyyppisen aineksen osuus on vahvistunut säädösten pätevyiden arvioinnissa.

¹²⁶⁷ Meßerschmidt, 2016, 376–377.

¹²⁶⁸ C-310/04 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, Kok. 2006 I 07285, ECLI:EU:C:2006:521, tuomio 7. syyskuuta 2006, kohdat 91 ja 92 sekä 93 ja 94 sekä 96, kohdat 103, 134 ja 135 ja tuomiolauselma. Ks. myös tässä yhteydessä viitattu C-189/01 *Jippes et. al.*, Kok. 2001 I 5689, ECLI:EU:C:2001:420, kohta 80.

¹²⁶⁹ Flückiger—Grodecki, 2017, 53. Ks. käsite ”ilmeisen pätemätön” esimerkiksi tapauksessa C-310/04 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto*, Kok. 2006 I 07285, ECLI:EU:C:2006:521, tuomio 7. syyskuuta 2006, kohdat 91 ja 92 sekä 93 ja 94 sekä 96, kohdat 103, 134 ja 135 ja tuomiolauselma.

¹²⁷⁰ Morand, 2000, 62.

¹²⁷¹ C-294/83 *Parti écologiste Les Verts v. European Parliament*, Ep. VIII 00551, ECLI:EU:C:1986:166, kohta 23 ja kohta 25.

¹²⁷² Meßerschmidt, 2016, 377.

Judicial review -käsitteen monimerkityksisyys

Modernissa lainsäädäntöteoreettisessa kirjallisuudessa säädösten normivalvonnan käsitteen yhteydessä käytetään monia termejä, kuten perustuslakivalvonta eli *constitutional review* tai normikontrolli eli *norm control* tai kuten Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä, termiä *judicial review*, oikeudellinen (normi)valvonta. Termit viittaavat säädösten oikeudelliseen normivalvontaan tavallisissa tuomioistuimissa tai sitä varren erikseen perustetussa valtiosääntötuomioistuimessa.¹²⁷³ Tuomioistuinten säädöksiin kohdistama oikeudellinen normivalvonta yhden määrittelyn mukaan tarkoittaa tuomioistuimen harjoittamaa valvontaa lainsäätäjän päätöksenteon prosesseissa (*rationality review*)¹²⁷⁴.

Eurooppalaisessa valtiosäännössä käsite *judicial review* on monimerkityksinen käsite. Mainittakoon, että yhdysvaltalaisessa käyttöyhteydessä termi *judicial review* viittaa oikeudelliseen käytäntöön, jossa määritellään, onko säädös valtiosäännön mukainen. Yhdistyneessä kuningaskunnassa *judicial review* käyttöyhteydessään viittaa oikeudelliseen käytäntöön, jossa määritellään, onko hallintopäätös annettu säädöksen edellyttämällä tavalla¹²⁷⁵. *Judicial review* Yhdistyneessä kuningaskunnassa tarkoittaa ensi sijassa viranomaisten hallinnollisten säädösten tai hallintopäätösten lainmukaisuuden tutkimista kanteen perusteella tuomioistuimissa. Yhdistyneessä kuningaskunnassa *judicial review* viittaa ennen muuta *ultra vires*-tyyppiseen oikeudelliseen konstruktion, joka merkitsee viranomaisiin kohdistuvaa kieltoa toimia niille lailla osoitetun toimivallan vastaisesti.¹²⁷⁶

Kirjallisuudessa käytetään käsitettä *semiproceduraalinen* (semiprocedural *judicial review*) valvonta, joka tarkoittaa aineellisen ja lainsäädännön proseduraalisen valvonnan yhdistämistä niin, että tuomioistuin harjoittaa aineellisen normivalvonnan yhteydessä lainsäädännön *prosessin* valvontaa. Tällaiseen on lainsäädäntöteoreettisena lähestymistapana suhtauduttu kriittisesti, syynä demokratiaperiaatteen loukkaaminen. Termiä *prosessi* on pidetty tässä yhteydessä myös hankalana käsitteenä siksi, että se normatiivisena käsitteenä ymmärretään pikemminkin lainkäytön kuin lainsäädännön termiksi. Asianmukaisemmiksi termeiksi lainsäädännön normivalvonnassa on ajateltu *lainsäädännön rationaalisuuden* valvonta (*rationality review*) tai *due process review*-tyyppinen valvonta, kun taas esimerkiksi *evidence-based review* on ajateltu aivan liian suppeaksi määritelmäksi. Sama suppeuden pulma koskee *impact review*-termiä. Termi proseduraalinen on tässä yhteydessä myös ongelmallinen käsite, koska se terminä viittaa lainsäädännön menettelyn perussääntöihin ja siihen, onko annettu lainsäädäntö menettelynä valtiosäännön mukaista vai ei.¹²⁷⁷

Itse en samasta termejä proseduraalinen eli menettelyllinen ja prosessi. Prosessi on menettelyä laajempi käsite, ja se dynaamisena käsitteenä viittaa myös lainsäätäjän päätöksentekoon ja päättelyyn.

Oikeusvaltioperiaate tässä yhteydessä edellyttää, että lainsäädännön järjestelmä on avoin ja läpinäkyvä ja sen puitteissa on mahdollista vaikuttaa sääntelyn sisältöön.¹²⁷⁸

¹²⁷³ Oliver-Lalana – Meßerschmidt, 2016, 6; Kokott, 1999, 113, “norm control”, “constitutional jurisdiction”, “judicial review of constitutionality of statutes”.

¹²⁷⁴ Wintgens, 2013, 27.

¹²⁷⁵ Tushnet, 2018, 6–7.

¹²⁷⁶ Nassimpian, 2010, 164–171.

¹²⁷⁷ Meßerschmidt, 2016, 378–379.

¹²⁷⁸ Report On the Rule of Law, Venice Commission, 2011.

Perinteisesti demokratiaperiaate liitetään lainsäädännön menettelyihin ja representatiivisuuden eli edustuksellisuuden ideaan lainsäädäntöä legitimoivana perustana. Demokratiaperiaate korostaa subjekteja poliittisten oikeuksien käyttäjinä (only act on political rights). Demokratiaperiaatteella on monia merkityksiä niin, että se toisessa ääripäässä tarkoittaa sitä, että kaikki yhteisön jäsenet vaikuttavat välittömästi lainsäädäntöön (popular democracy), ja minimissään se tarkoittaa sitä, että sääntöjen sisältöön vaikuttaa yksi henkilö muiden puolesta. Näiden ääriinjojen väliin mahtuu erilaisia variaatioita demokratiaperiaatteesta. Modernin oikeusvaltioperiaatteen ideaan kuuluu, että demokraattisessa järjestelmässä lainsäädännön kohteiden tulisi voida vaikuttaa lainsäädännön sisältöön.¹²⁷⁹ Harvinaista valtiosääntönormeissa ei ole se, että tuomioistuimet tutkivat delegoidun lainsäädännön valtiosääntönormimukaisuutta ja suhdetta parlamentin antamaan lainsäädäntöön tai harjoittavat dialogista normivalvontaa lainsäädäntöprosessin kuluessa (subconstitutional review) niin, että lainsäätäjät voi ottaa huomioon valvonnan tulokset ennen lainsäädännön päätöksentekoa.¹²⁸⁰

Eurooppalainen oikeudellisen normivalvonnan malli

Euroopan unionin jäsenvaltioissa on omaksuttu myös hyvin erilaisia valtiosääntöratkaisuja säädösten normivalvonnassa. Eurooppalaisten valtiosääntötuomioistuinten tehtävänä on toimia valtiosääntönormien turvaajana demokratiaperiaatteen mallin viitekehäksessä¹²⁸¹. Jälkilainsäädännöllinen doktriini useimmissa Manner-Euroopan valtioissa tarkoittaa sitä, että niiden perustuslakituomioistuimet valvovat lainsäädännön suhdetta perustuslakiin¹²⁸². Se ei sulje muunlaisten lainsäädäntömenetelmien käyttämistä lainsäädäntöprosessin vaiheissa. Teoreettisella tasolla säädösten oikeudellisen normivalvonnan muotoina valtiollisissa oikeusjärjestyksissä tunnetaan

- ennen säädöksen promulgointia tapahtuva, erityisessä valtiosääntötuomioistuimessa tai normivalvontaelimessä tapahtuva abstrakti ja yleinen ennakkollinen normivalvonta, *in abstracto* ja *a priori*
- säädöksen promulgoinnin jälkeen abstraktilla tasolla valtiosääntötuomioistuimessa tapahtuva normivalvonta, *in abstracto* ja *a posteriori*
- konkreettinen ja jälkikäteen normivalvonta tavallisessa tuomioistuimessa, *in concreto* ja *a posteriori*.

Oikeusjärjestysten normivalvonnassa perinteisesti noudatetaan jotakin mainittua oikeudellisen normivalvonnan muotoa tai niiden yhdistelmää.¹²⁸³ Yksi peruste jakaa normivalvonnan malleja on *keskitetty* normivalvonta ja toisaalta *diffuusi* eli hajautettu normivalvonnan malli¹²⁸⁴.

Keskitettyä perustuslakivalvontaa tai normivalvontaa on silloin, kun sitä harjoittaa erityinen sitä varten perustettu organisaatio, kuten valtiosääntötuomioistuin. Tällainen on esimerkiksi Saksan perustuslakituomioistuin. Normivalvonta on luonteeltaan *dif-*

¹²⁷⁹ Wintgens, 2007, 3–6. Ks. toisenlainen määrittely legalismista, legalistinen ”rule of law”-käsite, *legalism as a political norm*, demokratian käsite, Campell, 2013, 65.

¹²⁸⁰ Tushnet, 2018, 49–50 ja 71.

¹²⁸¹ Lübke-Wolff, 2017, 20.

¹²⁸² Wintgens, 2002, 14–24.

¹²⁸³ Rousseau, 1992, 13–14.

¹²⁸⁴ On Individual Access to Constitutional Justice, Venice Commission, 2010, 4.

fuusia eli hajautettua silloin, kun sitä harjoittavat tavalliset tuomioistuimet, hyvänä esimerkkinä hajautetusta mallista yhdysvaltalainen normivalvonnan järjestelmä. Kun normivalvontaa harjoitetaan valtiosääntötuomioistuimessa, määritellään se abstraktilla tasolla tapahtuvaksi normivalvonnaksi.¹²⁸⁵ Abstraktilla normivalvonnalla tarkoitetaan sitä, että valtiosääntötuomioistuin tutkii säädöksen perustuslainmukaisuutta ilman, että siihen liittyy yksittäistä konkreettista tapausta. Konkreettista normikontrolli on silloin, kun tuomioistuin yksittäisen konkreettisen tapauksen yhteydessä toteaa säädöksen perustuslain vastaiseksi ja siksi keskeyttää menettelyn pyytääkseen asiassa ennakkoratkaisua valtiosääntötuomioistuimelta.¹²⁸⁶

Modernin demokraattisen legitimitetin on määritelty edellyttävän lainsäädännössä eri organien yhteistyötä, ja esimerkiksi Saksassa perustuslakituomioistuimella on määritelty olevan tärkeä rooli myös aineellisen demokratian edistäjänä.¹²⁸⁷ Lainsäädäntömetodisesti on tärkeää huomata, että Saksan perustuslakituomioistuin ei rajoita normivalvontaansa puhtaasti oikeudellisiin kysymyksiin, vaan se on etenkin eräissä Euroopan unionin sopimukseen liittyvissä asioissa pitänyt tärkeänä jopa ohjeistaa parlamenttia siinä, kuinka lakeja valmistellaan ja laaditaan. Saksan perustuslakituomioistuin on kehottanut parlamenttia valvomaan myös hallituksen kannanottoja ja päätöksentekoa Euroopan unionissa. Saksassa esimerkiksi Lissabonin sopimuksen voimaansaattamislaki (Begleitgesetze) on jokseenkin kokonaan tuomarioikeutta eli *judge-made law*. Tämä perustuslakituomioistuimen rooli auktoriteettina on johtanut Saksassa kriittiseen pohdintaan siitä, miksi näissä kysymyksissä ei luoteta demokraatiaperiaatteeseen ja parlamentin mielipiteisiin. Varsinkin kun kansalaiset voivat vaatia myös käytännössä lain, joka tässä tilanteessa on laadittu *judge-made law*-tyyppisesti mutta muodollisesti säädetty parlamentissa, tutkimista perustuslakituomioistuimessa, voi saksalainen valtiosääntöjärjestelmä näyttää varsin erikoiselta.¹²⁸⁸ Demokraattinen legitimitetti tarkoittaa konstitutionalismia edustavan Saksan valtiosäännössä sitä, että perustuslaki toimii lainsäätäjän menettelyjen ja toimivallan reunaehtoina.¹²⁸⁹

Saksan valtiosääntötuomioistuin on ottanut aktiivisen roolin lainsäädäntöprosessissa. Tämä merkitsee ohjeiden antamista hyvän lainsäädännön menettelyn edistämiseksi mutta myös kehotusta tarkastaa yksittäisiä faktoja tai tehdä ennakoiteja, erilaisten intressien tasapainottamista tai huolellisen lainsäädännön vaikutusten arviointien ja monitorointien tekemistä. Ohjeita noudatetaan sekä säädettäessä kansallista lainsäädäntöä että implementoitaessa kansallisesti unionin lainsäädäntöä.¹²⁹⁰ Saksan perustuslakituomioistuin on Euroopan unionin oikeuden asioihin liittyvissä tuomioissa korostanut jäsenvaltion ja unionin säädöstoimivallan rajojen tärkeyttä ja katsonut, että jo Maastrichtin sopimukseen kirjoitetut toissijaisuusperiaate ja suhteellisuusperiaate asettavat oikeudelliset rajat Euroopan unionin toimivallalle.¹²⁹¹ Vaikka esimerkiksi Saksan valtiosääntö perustuu demokraatiaperiaatteelle, sen ohella Saksan

¹²⁸⁵ Rousseau, 1992, 13–14.

¹²⁸⁶ Kokott, 1999, 113.

¹²⁸⁷ Sieckmann, 2010a, 77–79.

¹²⁸⁸ Pernice, 2009, 381.

¹²⁸⁹ Sieckmann, 2016, 368; Karpen, 2016, 298, samoin, korostaa rationaalisuutta menettelyissä; Bickenbach, 2016, 244, *legislators duty to reflect*.

¹²⁹⁰ Karpen, 2013, 166.

¹²⁹¹ Folz, 1999, tapaus *BverfGE 89, ss. 155, ff.210 ff*, “Die Ausübung der Kompetenzen der Gemeinschaft seien zusätzlich durch das Subsidiaritätsprinzip und durch das Prinzip der Verhältnismässigkeit begrenzt”.

valtiosääntö on vahva perustuslakituomioistuinjärjestelmä, joka tutkii toisten viranomaisten sille tekemiä kysymyksiä säädösten perustuslainmukaisuudesta ja toisaalta yksittäisiä kysymyksiä perus- ja ihmisoikeuksien noudattamisesta lainsäädännössä. *Alexyn* mukaan demokraattisessa järjestelmässä syntynyt legitiimi lainsäädäntö yhdessä konstitutionaalisen normivalvonnan kanssa on oikeudellisen argumentaation perusinstrumentti¹²⁹². Saksassa moderni *Rechtsstaat* eli oikeusvaltiokäsite tarkoittaa ennen muuta perusoikeuslähtöistä perustuslakituomioistuinmallia¹²⁹³. Saksan perustuslakituomioistuin on myös hyvän lainsäädännön vahtikoira (watchdog of good legislation) ja eräänlainen Saksalle tyypillisen demokratian alaa ja syvyyttä tarkoittava lähtöpiste (epicentre). Sen on määritelty olevan myös ”kvasi-lainsäädännöllinen instituutio”. Saksan perustuslain on määritelty olevan yhtä kuin perustuslakituomioistuimen tulkintakäytäntö. *Karpenin* mukaan on olemassa tunne, jonka mukaan lainsäätäjään luotetaan vähemmän kuin tuomiovaltaan, vaikka tähän käsitykseen ei ole mitään erityistä loogista syytä. Valtiosääntötuomioistuin erässä mielessä korvaa lainsäätäjän, ellei lainsäätäjä kykene ratkaisemaan kulloinkin käsillä olevaa ongelmaa. Saksan valtiosääntötuomioistuin on pitkälti ottanut itselleen sitä harkintavaltaa, joka kuuluu lainsäätäjälle.¹²⁹⁴

Espanjassa *judicial review*-tyyppinen normivalvonta rajoittuu oikeudellisesti relevantteihin hallituksen hallinto-oikeudellisiin toimiin tai säädöksiin, ei kuitenkaan yleensä toimiin, jotka eivät ole luonteeltaan oikeudellista päätöksentekoa, ellei kyse ole ihmisoikeuksista tai vahingonkorvausasiasta. Espanjassa hallitusten lainsäädäntöaloitteet ja poliittinen päätöksenteko ovat kokonaan perustuslakituomioistuimen normivalvonnan ulkopuolelle jääviä kysymyksiä.¹²⁹⁵

Italian perustuslakituomioistuimen tehtävänä on tutkia jo säädettyjen lakien yhteensopivuutta perustuslain kanssa, kanteita sekä toimivaltakonflikteja valtion ja alueiden hallinnon kesken. Italian perustuslain 136 artiklan perusteella parlamentin säätämä laki voidaan julistaa mitättömäksi siinä tapauksessa, että laki todetaan perustuslakituomioistuimessa perustuslain vastaiseksi ja sen perusteella säädös lakkaa Italian perustuslain 136 artiklan mukaan olemasta pätevänä.¹²⁹⁶ Italian perustuslakituomioistuimen jäsenistä kolmanneksen nimittää tasavallan presidentti ja kolmanneksen parlamentti yhteisistunnossa¹²⁹⁷.

Alan tutkimuskirjallisuudessa modernin oikeuden säädösten normivalvonta on määritelty myös dialogiksi niin, että lainsäätäjällä on mahdollisuus reagoida ja vastata esimerkiksi tuomioistuimen perustuslain normien vastaiseen ja kumottuun säädökseen¹²⁹⁸. Dialogi voi olla myös muunlaista. Italian valtiosääntötuomioistuimen presidentin *Cartabian* mukaan Euroopan unionin oikeusjärjestyksen ennakkoratkaisumenettely on merkinnyt valtiosääntöoikeudellisen *dialogin* voimistumista Euroopan unionin tuomioistuimen ja jäsenvaltioiden tavallisten tuomioistuinten ja perustus-

¹²⁹² Alexy, 2009, 272–273.

¹²⁹³ Esteban, 1999, 97.

¹²⁹⁴ Karpen, 2016, 309–310.

¹²⁹⁵ Acosta, 2010, 126–127.

¹²⁹⁶ Julkisasiamies Kokott, ratkaisuehdotus 2. heinäkuuta 2009, asiassa C-169/08 *Presidente del Consiglio dei Ministri v. Regione Sardegna*, ECLI:EU:C:2009:420, kohdat 22 ja 23 sekä 24 ja 26.

¹²⁹⁷ Italian perustuslaki (1947), 134 artikla.

¹²⁹⁸ Tushnet, 2018, 66–67.

lakituomioistuinten kanssa myös jäsenvaltioiden tärkeistä valtiosääntöperiaatteista ja herkistä arvoalinoista. Joidenkin jäsenvaltioiden tuomioistuimet pidättäytyvät pyytämästä ennakkoratkaisua siksi, että ne välttävät valtiosääntöarvojen homogeenoitumista. *Cartabian* mukaan valtiosääntöiseen keskusteluun osallistuminen on kuitenkin parempi keino tuoda esille omia arvoja kuin ”suverenismi” ja siten myös osallistua rakentavasti eurooppalaisen valtiosäännön rakentamiseen. Eräissä ratkaisuissa myös Euroopan unionin tuomioistuin on selvästi osoittanut ottavansa jäsenvaltioiden valtiosääntötraditiot vakavasti. Tällaisena *Cartabia* mainitsee tapauksen C-36/02 *Omega*.¹²⁹⁹ Säädösten oikeudellinen jälkikäteinen normivalvonta Euroopan unionin tuomioistuimessa on eri asia kuin SEUT 267 artiklan perusteella harjoitettava perussopimuksen normiston tai säädösten soveltaminen ja tulkinta.

Ranskassa vuonna 2008 tehty lainsäädäntöuudistus merkitsee sitä, että kenellä tahansa on oikeus vaatia tavallisessa tuomioistuimessa tutkittavaksi lainsäädännössä annetun säädöksen perustuslainmukaisuus ja saada tutkituksi väite siitä, että säädös loukkaa valtion perustuslaissa taattuja perusoikeuksia. Tuomarin tehtävä on päättää siitä, toimittaako se kysymyksen valtioneuvostolle (*Conseil d’Etat*) vai korkeimmalle oikeudelle (*Court of Cassation*), joiden tehtävänä on päättää asian toimittamisesta edelleen perustuslakineuvostolle (*Conseil Constitutionnel*). Malli on luonteeltaan diffuusi ja epäsuora normivalvonnan keino sinänsä perinteisesti keskittyneeksi luokitellussa valtiosääntöisessä järjestelmässä.¹³⁰⁰

Esimerkiksi asiassa C-176/12 *Association de médiation sociale v. Union locale syndicats CGT* Ranskan *Cour de cassation* on pyytänyt Euroopan unionin tuomioistuimelta ennakkoratkaisua, joka koskee kansallisen lain säädöksen lainmukaisuuden tutkimisen perustetta. Kyseinen asia on saatettu kansallisesti ensin *Tribunal d’instance de Marseille* käsiteltäväksi, joka oli saattanut asian *Conseil Constitutionnellin* käsiteltäväksi sen perustuslainmukaisuutta koskevan kysymyksen osalta. Tämä katsoi, että asiassa työelämään perehdyttämisessä olleet henkilöt voitiin sulkea ulos yrityksen kokonaishenkilömäärän laskemisessa. *Tribunal d’instance de Marseille* antoi perustuslakineuvoston päätöksen jälkeen ratkaisun, jossa kansalliset säännökset jätettiin soveltamatta sillä perusteella, että niiden katsottiin olevan ristiriidassa Euroopan unionin direktiivin säännösten kanssa.¹³⁰¹

Myös germaanis-romaaniseen ja siinä ranskalaiseen ryhmään kuuluvan Belgian perustuslain 142 § säätää, että vaatimuksen perustuslakituomioistuimessa voi saattaa vireille kuka tahansa yksityinen, jolla siihen on intressi. Oikeus Belgiassa on laaja, ja se voi kohdistua myös normatiivisiin toimiin eli toisin sanoen säädöksiin.¹³⁰²

Hollannin perustuslain 120 artikla nimenomaisesti kieltää tuomioistujia testaamasta parlamentin antamien säädösten perustuslainmukaisuutta¹³⁰³. Hollannissa ei ole perustuslakituomioistuinjärjestelmää eikä ole perustettu erityistä säädöksiin kohdistuvaa jälkikäteisen normivalvonnan instituutiota. Suurin osa tuomioistuinten kä-

¹²⁹⁹ *Cartabia*, 2009, 27–29.

¹³⁰⁰ Fleiner—Fleiner, 2009, 189–190.

¹³⁰¹ Julkisasiamies Villalón, ratkaisuehdotus 18. heinäkuuta asiassa C-176/12 *Association de médiation sociale v. Union locale syndicats CGT*, kohdat 20 ja 21 sekä kohta 27.

¹³⁰² On Individual Access to Constitutional Justice, Venice Commission, 2010, 2–3.

¹³⁰³ van Gestel—de Poorter, 2016, 157.

sittelemistä tapauksista, joissa on harjoitettu jonkinlaista säädösten normivalvontaa, on koskenut lähinnä perus- ja ihmisoikeusnormien rikkomisen valvontaa.¹³⁰⁴

Suuri osa eurooppalaisen valtiosäännön oikeusjärjestyksistä perustuu perustuslakituomioistuimille ja osa keskitetyille mallille. Suomalainen perustuslakivaliokunnan malli eduskunnan sisällä toimivana perustuslain tulkinta-auktoriteettina on poikkeusta mannereurooppalaisten valtiosääntöjen ja oikeusvaltiollisten toimintarakenteiden pääsäännöstä. Perustuslakituomioistuinten rooli vaihtelee eri maissa, ja eräissä jäsenvaltioissa perustuslakituomioistuimet määrittävät myös valtiosäännön demokraattista ulottuvuutta¹³⁰⁵. Parlamentin säätämään lainsäädäntöön kohdistuva normivalvonta ei ole yleistä, mutta keinot oikeusvaltiollisen laadun varmistamiseksi ovat yleistyneet.

Eurooppalaisten valtiosääntöjen normivalvonta on erilaista

Lainsäädäntöjen järjestelmän erojen taustalla on erilaisia teoreettisia näkökulmia valtiosääntöön niin, että toiset järjestelmät painottavat lainsäädäntölähtöistä, toiset tuomioistuinjahtöistä järjestelmää.¹³⁰⁶ *Karpen* vertailevassa tarkastelussaan toteaa, että kansallisvaltioiden valtiosäännöissä ja lainsäädännön järjestelmissä on suuria eroja. Eurooppalainen valtiosääntö ja kansallisvaltioiden valtiosäännöt on nähtävä toisiaan täydentävinä ja rikastuttavina: "Europeanisation and globalisation of legislation have gained a common basis by opening of constitutions to the world." *Karpenin* mukaan tässä prosessissa erityisesti parlamenttien asema muuttuu niin, että ne edelleen ovat demokraattisen valtion valtakeskus mutta siten, että lainsäädännön juridifikaatio (juridification) jatkuu ja voimistuu.¹³⁰⁷

Eurooppalaisen valtiosäännön valtiosääntönormistoissa, jotka sisältävät normeja lainsäädännön ja säädösten normivalvonnasta, on myös suuria eroja¹³⁰⁸. Lainsäädännön prosessissa jälkilainsäädännöllinen vaihe tarkoittaa lainsäädännön säätämisen ja hyväksymisen jälkeen tapahtuvia erilaisia voimassa oleviin säädöksiin kohdistuvia jälkikäteisiä oikeudellisia valvonnallisia toimia.¹³⁰⁹ Vaikka oikeusvarmuus, kuten lainsäädännön ennakoitavuus ja viranomaisten päätösten pysyvyys, onkin oikeusjärjestyksissä tärkeää, edellyttää lainsäädännön oikeusvaltiollinen laatu lainsäädännön aineellisen oikeuden varmistamista myös voimassa olevien säädösten normivalvontan keinoin¹³¹⁰. Merkille pantavaa on, että faktuaalisen ulottuvuuden painoarvo on korostunut.

Normivalvonta suomalaisen lainsäädännön järjestelmässä

Kotimaisessa keskustelussa on ajateltu niin, että jos säädöksen normi on selkeä ja yksiselitteinen, ei normia edeltäviin tapahtumiin kiinnitetä huomiota. Kotimaisessa oikeustieteessä todetaan, että lainsäädäntöprosessin tapahtumien ja lainsäädännön valmistelussa ja säätämisessä syntyneen materiaalin merkitys nousee esille silloin,

¹³⁰⁴ van Gestel—de Poorter, 2016, 162.

¹³⁰⁵ Sadurski, 2002, 233.

¹³⁰⁶ Esim. Campell, 2013, 73—74, tuomiovallan ja parlamentin välinen keskustelu ihmisoikeusasioissa.

¹³⁰⁷ Karpen, 2013, 183—184.

¹³⁰⁸ Karpen, 2013, 143.

¹³⁰⁹ Morand, 2000, 62.

¹³¹⁰ Mäenpää, 2007, 2—6.

kun säädöksen normi on epäselvä ja tulkinnanvarainen. Käsitys on, että tällöinkin juuri säädöksen säännös asettaa tulkintavaihtoehdot ja niiden valinnassa käytetään lainsäädännön yhteydessä syntyneitä materiaalia.¹³¹¹ Ajattelussa ei ole mahdollista pitäytyä täysin siksi, että modernin lainsäädännön soveltaminen edellyttää myös käytännöllistä päättelyä ja harkintaa.

Suomen oikeusjärjestyksessä perusoikeusuudistuksen jälkeen huomiota on ryhdytty kiinnittämään enemmän sääntelyn sisällöllisiin kysymyksiin¹³¹². Eurooppalaisen valtiosäännön vahvistumisen myötä oikeusvaltiollisuus on merkinnyt eräitä pieniä mutta tärkeitä muutoksia myös kansallisessa oikeusjärjestyksessä. Suomen perustuslaissa edelleen lähdetään siitä, että lakia ei ole mahdollista sivuuttaa kuin poikkeuksellisesti yksittäisessä tapauksessa ja edellytyksellä, että laki on ilmeisessä ristiriidassa perustuslain säännösten kanssa¹³¹³. Suomessa korkein oikeus on ennakkopäätöksessään lausunut, että yleinen tuomioistuin ei ole toimivaltainen yleisesti tutkimaan, olisiko laki tullut säätää perustuslain säätämisjärjestyksessä tai ovatko tavallisessa lainsäädäntöjärjestyksessä säädetyt lain säännökset ristiriidassa perustuslain kanssa. ”Tuomioistuimen tulee korkeimman oikeuden mukaan yksittäistä asiaa ratkaistessaan huolehtia siitä, ettei ratkaisun lopputulos ole ilmeisesti perustuslain vastainen, mutta se ei voi arvioida yleisesti sitä, onko jokin säännös ristiriidassa perustuslain kanssa.”¹³¹⁴ Suomen perustuslaissa omaksuttu parlamenttilain *heikkomuotoinen normivalvonnan malli* on perus- ja ihmisoikeusnormien vaatimusten edellyttämä modernin oikeuden oikeusvaltiollinen elementti¹³¹⁵. Ylin kansallinen tuomioistuin on Suomen perustuslain ”ilmeisyysperusteella” poistanut säädetyt lain perustuslainvastaisuuden tulkinnallaan¹³¹⁶. Suomen oikeusjärjestyksessä ei siten tunneta jälkilainsäädännöllisen vaiheen kaltaista säädösten oikeudellista jälkikäteistä normivalvontaa kuin vain sen *heikossa* merkityksessä¹³¹⁷. Suomessa korkein hallinto-oikeus on yksittäistapauksissa ja epäselvissä tilanteissa tulkinnut perustuslain 22 §:n ja 106 §:n säännökset huomioiden lainsäädäntöön kirjoitettua normistoa perusoikeusmyönteisesti¹³¹⁸. Tämä on merkinnyt sitä, että perusoikeusnormistolle on annettu tärkeämpi sija kuin muodollisen lain sanamuodolle. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuihin kuitenkin

¹³¹¹ Wikström, 2011, 91–92.

¹³¹² Hautamäki, 2009, 137; Hidén, 2002, 1168–1169, 1172, lainsäätämispöytäkirja on edelleen paikka, jossa esimerkiksi perusoikeussäännösten merkitys testautuu, PL 108 §:n 1 momentin perusteella valtioneuvoston oikeuskanslerin ja perustuslain 109 §:n ensimmäisen momentin mukaan mukaan eduskunnan oikeusasiamiehen tehtävänä on nimenomaisesti valvoa perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutumista; Ks myös Lavapuro, 2009, 71–79, heikkomuotoinen normivalvonnan malli, erityisesti perusoikeussuojaa korostavista malleista Kanada, Uusi-Seelanti ja Yhdistyneet Kuningaskunnat; Waldron, 2006, 1357–1358, normivalvonnan mallin käsitteestä.

¹³¹³ Hidén, 2002, 1168.

¹³¹⁴ Korkein oikeus viittaa perustuslain valmisteluasiakirjoihin, hallitukseen esitykseen, HE 1/1998 vp, 163 ja perustuslakivaliokunnan mietintöön 19/1998 vp, 31, ks. myös KKO:2008:83.

¹³¹⁵ Lavapuro, 2009, 71–79, perusoikeussuojaa korostavista malleista Kanada, Uusi-Seelanti ja Yhdistyneet Kuningaskunnat; Waldron, 2006, 1357–1358, normivalvonnan mallin käsitteestä.

¹³¹⁶ 22.4.2008/882, KHO:2008:25. Ks. myös Scheinin, 1991, 202, jo aiemmin korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1984 II 95.

¹³¹⁷ Lavapuro – Ojanen – Scheinin, 2011, 508 ja 530–531, näkevät Suomessa kehittyneen pluralistisen ratkaisun amerikkalaisen ja eurooppalaisen sijaan, käsitteet *weak-form theory*, *pluralist constitutionalism*.

¹³¹⁸ 22.4.2008/882, KHO:2008:25. Ks. myös Scheinin, 1991, 202, jo aiemmin korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1984 II 95.

käy ilmi myös se, että se haluaa korostaa ratkaisuisaan eduskunnan asemaa ylimpänä valtioelimenä¹³¹⁹.

Delegoidun säädösvallan kohdalla Suomen perustuslaki edellyttää jälkikäteistä normivalvontaa, sen heikossa merkityksessä¹³²⁰. Tällä tarkoitetaan käytännössä sitä, että kansallisen asetuksen säännöksen tutkiminen edellyttää sen ja lain tai perustuslain suhteen tarkastelua. Lainkohta nimenomaisesti säättää, että tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa ei saa soveltaa asetuksen säännöstä, jos se on ristiriidassa perustuslain tai muun lain kanssa.¹³²¹ Tämä asettaa vaatimuksia myös lakien säätämiseksi. Nimittäin jos laki jättää liian yleiseksi kansallisen asetuksen- tai norminantovaltuuden, seurauksena voi olla perustuslain 107 §:n soveltaminen eli säännöksen soveltamatta jättäminen¹³²².

Euroopan unionista peräisin olevan lainsäädännön ja kansallisesti implementoidun lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun arviointi voi olla hankalaa. Esimerkiksi valtioneuvoston asetusten alkuperä on usein unionin lainsäädännössä. Esimerkiksi valtioneuvoston asetus (2012/179) jätteistä perustuu kansallisesti säädettyyn mutta unionin oikeudesta implementoituun jätelakiin (2011/646). Myös ministeriöillä on toimivalta perustuslain 80 §:n ensimmäisen momentin perusteella antaa säädöksiä, joiden alkuperä voi olla unionin lainsäädännössä. Suomessa tasavallan presidentti, valtioneuvosto ja ministeriö voivat antaa Suomen perustuslain 80 §:n ensimmäisen momentin mukaan asetuksia perustuslain tai muun lain valtuuden nojalla¹³²³. Kyse tässä sääntelyssä, joka tapahtuu eduskunnan toimivallan ulkopuolella, on säädösvallan käytöstä ja lainsäädännöstä käsitteen ahtaassa merkityksessä. Tällainen kansallisesti annettu asetus, kuten esimerkiksi ministeriön asetus, voi olla asiallisessa mielessä peräisin myös Euroopan unionin lainsäädännöstä. Suomen perustuslain 107 §:n säännös koskee kansallista asetusta ja muun lakia alemmanasteisten perustuslain tai muun lain kanssa ristiriidassa olevan säädöksen säännöksen soveltamisrajoitusta tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa. Perustuslain 107 §:n säännös soveltamisrajoituksesta velvoittaa siis myös hallintoviranomaisia.¹³²⁴

Suomessa perustuslakivaliokunnan tehtävänä on ollut kiinnittää huomiota siihen, mitkä säädökset ovat tällaisen säätämisyjärjestyksen piiriin kuuluvia asioita, ja lausua, missä lainsäätämisyjärjestyksessä näistä laeista säädetään.¹³²⁵ Säädösten oikeudelliseksi valvonnaksi voidaan lukea myös esimerkiksi valtioneuvoston oikeuskanslerin lainsäädäntöehdotuksiin kohdistama normivalvonta, oikeudellinen normivalvonta niin sanotussa *heikossa merkityksessä*, jossa tutkitaan säädösten suhdetta kansalliseen pe-

¹³¹⁹ KHO:2007:77.

¹³²⁰ Ks. Lavapuro, 2009, 61; Lavapuro, 2009a, 270–271, normivalvonnasta sen heikossa ja vahvassa merkityksessä.

¹³²¹ HE 1/1998 vp, 132.

¹³²² Ks. tästä Hautamäki, 2010, 210–220.

¹³²³ OKA:n ratkaisu koskien valtiovarainministeriön toimivallasta antaa hallinnollisia määräyksiä 11.9.2003 Drno 22/20/01, Suomen perustuslain asetuksenantovalta perustuu laissa säädettyyn valtuutukseen.

¹³²⁴ Mäenpää 2008, 6; Mäenpää, 2003, 16 ja 247.

¹³²⁵ OKA, 8.11.1995, Drno 25/51/95, Laki Suomen hallitusmuodon muuttamisesta (969/95), perusoikeuksien alaan kuuluvien säädösehdotusten antamisessa tuli kiinnittää erityistä huomiota annettavien säännösten säätämistasoon.

rustuslakiin ja yleensä perusoikeusnormeihin¹³²⁶. Suomessa kansallisen delegoidun lainsäädännön ja erilaisten hallinnollisten säädösten ja ohjeiden kohdalla tilanne on toinen niin, että kansallisten tuomioistuinten toimivaltaa tutkia näiden säädösten pätevyyttä ei ole rajoitettu.¹³²⁷

Käsitelmäärittelyissä pitää erottaa toisistaan lainsäädännön normivalvonta ja *lainsäädäntöä alemmanasteisten säädösten* normivalvonta. Nimittäin Suomen oikeusjärjestyksessä perustuslakivalvonnan lisäksi normivalvonnan käsitteeseen kuuluu lakia alemmanasteisten säädösten säädösvalvonta, joka esimerkiksi Suomen oikeusjärjestyksessä tarkoittaa perustuslain 107 §:n säätämää delegoidun säädösvallan laillisuusvalvontaa. Lähinnä teoreettinen kysymys perustuslain 107 §:n soveltamisessa ja tulkinnassa on, voisiko esimerkiksi Euroopan unionista peräisin oleva säädös tulla kyseisen soveltamisrajoituksen piiriin. Kaikki unionista peräisin olevat sääntelyasiat eivät päädy hallituksen esityksinä eduskunnalle, vaan niistä päätetään myös asetuksilla valtioneuvostossa ja ministeriöissä. Teoreettisessa mielessä se herättää mielenkiintoisen kysymyksen siitä, onko tällainen unionista peräisin oleva kansallisesti annettu säädös eli käytännössä unionin oikeudesta implementoitu ministeriön asetuksella antama säädös unionin oikeutta vai määritelläänkö se sellaiseksi kansalliseksi asetukseksi, jonka säännöksen soveltamisrajoitusta on mahdollista tutkia kansallisesti ja kansallisessa viranomaisessa ja Suomen perustuslain 107 §:n perusteella. Yhtenä vaikeutena tällaisessa tarkastelussa voi olla se, että unionin lainsäädännön tulkintamethodi ei perustu yleensä säädöksen sanamuodolle.¹³²⁸

Pääperiaate on, että kansallisella tuomioistuimella ei ole toimivaltaa harjoittaa normivalvontaa unionin säädöksiin nähden. Kotimaisen oikeuskirjallisuuden mukaan Suomen oikeudessa delegoidun säädösvallan ja lähinnä kansallisten asetusten ja erilaisten viranomaismääräysten perustuslainmukaisuuden valvonta on jäänyt epäsystemaattiseksi¹³²⁹. Delegoidun säädösvallan kohdalla oikeusvaltioperiaate, joka Suomen perustuslaissa on ymmärretty ensi sijassa laillisuusperiaatteena, edellyttää tällaista valvontaa¹³³⁰.

¹³²⁶ Hautamäki, 2010, jos kansallinen laki jättää liian yleiseksi kansallisen asetuksen- tai norminantovaltuuden, seurauksena voi olla perustuslain 107 §:n soveltaminen eli säännöksen soveltamatta jättäminen 210–220; Lavapuro, 2009, 61; Lavapuro, 2009a, 270–271, normivalvonnasta sen heikossa ja vahvassa merkityksessä; Ks. esimerkiksi OKA, 16.2.2004 Drno 14/21/03, Suomen perustuslain 96 § edellyttää, että valtioneuvosto informoi eduskuntaa toimivallan jakoa määrittävästä oikeudellisesta perustasta, valtioneuvoston kirjelmiin edellytetään sisällytettävän erillinen tarkastelu Euroopan unionin säädöksen suhteesta perustuslain säännöksiin ennen kaikkea perusoikeuksien näkökulmasta. OKA, 8.11.1995, Drno 25/51/95, Laki Suomen hallitusmuodon muuttamisesta (969/95), perusoikeuksien alaan kuuluvien säädösehdotusten antamisessa tuli kiinnittää erityistä huomiota annettavien säännösten säätämistasoon.

¹³²⁷ Ks. Mäenpää, 2017, 242–243 ja 253–254 ”judicial review” hallinto-oikeuden käsitteessä. Lain yleisyyden kriteereistä Kirchhof, 2016, 99–100; Wikström, 2011, 92–93, kotimaista lainsäädäntötutkimusta on kritisoitu siinä, ettei se ota huomioon erottelua abstrakti ja konkreettinen ja niiden välistä takaisinkytkentää.

¹³²⁸ Ks. kansallisen lainsäädäntövallan delegoinnin ja unionin säädösvallan delegoinnin vertailusta Hautamäki, 2013, 74–81, vertailun perustana sanamuodonmukainen tulkinta, varauksia käyttökelpoisuuden suhteen.

¹³²⁹ Hautamäki, 2009, 145.

¹³³⁰ Ks. oikeusvaltioperiaatteen edellyttämistä vaatimuksista tässä yhteydessä, HE 1/1998 vp, 28 sekä 74 suhde demokratiaperiaatteeseen ja merkitys julkisen vallan käytön kannalta

Eurooppalaisen ylikansallisen lainsäädännön periaate edelleen on, että jokainen jäsenvaltio määrää itse lainvalmistelutekniikastaan¹³³¹. Tämä ei pidä kuitenkaan täysin paikkansa siksi, että Euroopan unioni saattaa puuttua eri keinoin unionin direktiivien kansalliseen implementointiin ja sen puutteisiin jäsenvaltiossa. Euroopan unionin lainsäädännön implementoinnissa yksi vaikea asia on aineellisissa kysymyksissä ja muun muassa perustavanlaatuisen oikeuksien ja vapauksien toteuttamisessa. Esimerkiksi suomalaisen lainsäädännön valmistelussa edellytetään, että hallituksen esityksessä on tuotava esille unionin säädöksistä johtuvat oikeudet ja velvoitteet ja siihen liittyvä kansallinen liikkumavara sekä mahdollisuuksien mukaan unionin säädösten vaikutukset perusoikeuksiin¹³³².

Wikström erityisesti kotimaista lainsäädäntötutkimusta arvioidessaan käyttää termiä takaisinkytkentä. *Wikströmin* mukaan takaisinkytkentä kuvaa konkreettisen normin ja abstraktin kaltaisen lainsäädännön välistä hyödyllistä vuorovaikutusta¹³³³. Vuorovaikutus voi olla jäsenvaltion ja unionin tuomioistuimen välistä. Euroopan unionin komission Suomea vastaan nostamassa kanteessa unionin tuomioistuin totesi ratkaisussaan, ettei Suomi ollut noudattanut Euroopan unionin primäärioikeuden perusvapauksia, ja tässä tapauksessa tavaroiden vapaata liikkuvuus-oikeutta, tarkemmin sanoen unionin sisäistä tavaroiden kauppaa sekä tavaroiden markkinoille pääsyä määräävää primäärioikeuden normistoa kansallista autoverotusta koskevassa lainsäädännössä ja käytännöissä¹³³⁴.

Oikeudellisen normivalvonnan periaatteet lainsäädännön metodisena lähteenä

Olen lähtenyt siitä ajatuksesta, että lainsäädännön jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta unionin oikeusjärjestyksessä varmistaa unionin lainsäädännön ja oikeuden sisäistä rationaliteettia eli aineellista johdonmukaisuutta¹³³⁵. Euroopan unionin jäseninä olevien kansallisvaltioiden näkökulmasta valtiosääntöisenä oikeudellisena konstruktiona ja valtiosäännön yleisiin oppeihin liittyvänä perustuslakivalvonnan kysymyksenä unionin jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta on tärkeä lainsäädäntöteorian alaan kuuluva kysymys¹³³⁶.

Jälkikäteinen säädösten oikeudellinen normivalvonta ja sen myötä syntyvä *constitutional jurisprudence*-tyyppinen oikeuskäytäntö ovat tässä mielessä yksi lainsäädännön tärkeä lähde, joka syntyy tuomioistuimessa säädösten jälkikäteisen normivalvonnan seurauksena. Tuomioistuimessa säädösten antamisen jälkeen tutkitut normivalvonnan oikeustapaukset ovat lainsäädännön lähdemateriaalina tärkeä oikeustieteen ja lainsäädäntöteoreettisen tutkimuksen kohde. Ellei säädösten jälkikäteistä oikeudellista normivalvontaa harjoiteta, jää lainsäädäntöön liittyvä ”huono laatu” esimerkiksi

¹³³¹ Ks. esim. tapaukset Yhdistetyt asiat 231/87 ja 129/88 Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 17. lokakuuta 1989, *Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d’Arda ym. v. Comune di Carpaneto Piacentino ym.*, ECLI:EU:C:1989:381, Kok. 1989 03233. Ks. tästä Suomen oikeusjärjestyksessä Lainkirjoittajan opas, Oikeusministeriön julkaisuja 37/2013, Helsinki 2013.

¹³³² Lainsäätäjän EU-opas, 2012, 35.

¹³³³ Wikström, 2011, 92–93.

¹³³⁴ C-54/05 *Euroopan yhteisöjen komissio v. Suomen tasavalta*, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomio, 15. maaliskuuta 2007, ECLI:EU:C:2007:168, kohta 48, ajankohtana tavaroiden vapaata liikkuvuutta sääti EY- sopimuksen artikla 28 ja artikla 30.

¹³³⁵ Wahlgren, 2008, 58.

¹³³⁶ Lavapuro, 2011, 784–785, seurausta ainakin osin institutionaalisen pluralisoinnista.

perustuslakitasoisen normiston virhetulkintoina tai tulkinnan puutteina haittamaan oikeuden toimeenpanoa yhteiskunnassa¹³³⁷. Lainsäädännön kaikki prosessit ja vaiheet vaikuttavat enemmän tai vähemmän myös säädösten soveltamisessa ja tulkinnassa¹³³⁸. Jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan tapausaineisto on yksi lakien säätämisen ja lainsäädännön metodinen lähde¹³³⁹. Termi lähde tunnetaan paremmin oikeustieteessä, ja oikeuden lähteen käsitteelle on annettu oikeustieteen teorioissa monenlaisia määritelmiä¹³⁴⁰. Mannereurooppalaisessa lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuskirjallisuudessa ”lähteen” käsite (legistic source) tunnetaan myös lakien säätämisen yhteydestä¹³⁴¹.

Suomen oikeusjärjestyksessä säädösten normivalvontaa harjoitetaan perustuslain 74 §:n perusteella perustuslakivaliokunnassa ja eduskunnassa lainsäädäntöprosessin legistatiivisessa eli lainsäädännöllisessä vaiheessa lakien säätämisen yhteydessä, *in abstracto* ja *a priori*. Määritelmän mukaan sen yhteydessä ei päätetä yksittäisistä konkreettisista asioista vaan abstraktin tasoisesti ja yleisesti niistä yleisen lain lainsäädännön normeista, joita vasta lainsäädännön muodollisen voimaantulon jälkeen sovelletaan yksittäisiin tapauksiin.¹³⁴² Perustuslakivaliokunnan harjoittaman valvonnan yhteydessä syntyy valtiosääntönormien *tulkintakäytäntöä*. Suomen kansalliseen oikeuteen rajautuvissa tulkinnoissa eduskunnan perustuslakivaliokunnan mietinnöt ja lausunnot sisältävät ”sitovia” tulkintoja kansallisen perustuslain säännöksistä. Tässä on huomattava, ettei eduskunnan perustuslakivaliokunta kuitenkaan itse ”sovelle” perustuslain säännöksiä konkreettisiin yksittäistapauksiin. Suomen perustuslakia valmisteltaessa todettiin, että perustuslakivaliokunta itse katsoo lausuntojensa olevan sitovia perustuslaki- ja ihmisoikeuskysymyksissä eduskuntakäsittelyn eri vaiheissa¹³⁴³.

Jälkikäteinen oikeudellisen normivalvonnan oikeuskäytäntö on määritelty yhdeksi modernissa oikeudessa välttämättömäksi *lainsäädäntömethodiseksi legistiseksi lähteeksi*. Lähde tässä yhteydessä tarkoittaa myös sitä, että normivalvonnan oikeuskäytäntöä tulee enemmän tai vähemmän velvoittavalla tavalla hyödyntää lainsäädännössä. Joissakin legistisissä lähteissä, kuten suomalaisissa lainvalmisteluohjeissa, on otettu huomioon perustuslakivaliokunnan normivalvonnan käytäntö eduskunnassa lakien säätämisen yhteydessä, ja ohje perustuu perustuslakivaliokunnan säädösten abstraktilla ja yleisellä tasolla tekemiin tulkintoihin.¹³⁴⁴

Jos jälkilainsäädännöllistä vaihetta toteutetaan tuomioistuimissa, perustuu tällainen säädösten normivalvonta lainsäädännön rationaalisuutta edistävälle rationaalisen argumentaation normeille. Niiden avulla lainsäädännön normistoa systematisoidaan ja myös punnitaan. Säädösten normivalvonnassa ei ole kyse perinteisestä kontrolloivasta normivalvonnan mallista vaan keinosta kiinnittää parempaa huomiota lain-

¹³³⁷ Wintgens, 2013, 9.

¹³³⁸ Van Hoecke, 2002, 10; varhemmin Morand, 2000, 59–60.

¹³³⁹ Lenaerts, 2012, 16.

¹³⁴⁰ Tolonen, 2003, 11–12; Siltala, 2003, 189, teoreettisen lainopin instituutiosidonnaisen oikeuslähdeopin määritelmästä.

¹³⁴¹ Flückiger, 2008, 16–18; Müller, 1999, 27–28, *Rechtsetzungstechnik*, has established in the legislative Praxis, as “Richtlinien”, “Leitfäden”, “Checklisten” and other legistic sources.

¹³⁴² Kirchhof, 2016, 105, lain yleisyyden käsite; Hautamäki, 2008, 392.

¹³⁴³ PeVM 10/1998 vp, 23.

¹³⁴⁴ Ks. Lainkirjoittajan opas, 2013, 49–63.

säädäntöprosessin rationaalisuuteen ja keino edistää hyvää hallintoa¹³⁴⁵. Selvimmin *Wikströmin* mukaan takaisinkytkentä tulee esille tuomioistuimissa oikeusnormien ja päätösten yhteydessä. *Wikströmin* mukaan nimenomaan soveltamistoiminnassa oikeusnormit määrittävät syntyvaiheissa kertyneen materiaalin painoarvon. Tuomioistuimen ratkaisu on aina konkreettisempi kuin tapaukseen sovellettu oikeusnormi, ja tuomioistuimen ratkaisu aina vaikuttaa takaisin oikeusnormeihin.¹³⁴⁶

Päätelmiä

Tietynlaiset lainsäädännön peruspiirteet ovat yleistyneet modernissa oikeudessa, yhtenä sellaisena on tavoitteellinen sääntely ja periaate lainsäädännön normityyppinä säännön sijaan. Tämä on merkinnyt toimeenpanovaiheen ja siihen liittyvä vallan vahvistumista. Tämä merkitsee sitä, että toimeenpanovaiheen tulisi voida arvioida mitä oikeusvaltiollinen laatu lainsäädännössä edellyttää. Manageriaalisuus ja myös siihen liittyvä tehokkuusajattelu eri muodoissaan on korostunut lainsäädännössä niin, että perinteisen laillisuusperiaatteen ääriviivat ovat venyneet. Tehokkuus ja vaikutukset legitimoivat modernia lainsäädäntöä. Oikeusvaltiollisuus kuitenkin edellyttää legitimiä syytä ja hyväksyttävyyttä. Teleologinen rationaliteetti merkitsee sitä, että Euroopan unionin oikeudessa tavoitteellinen teleologinen ja purposiivinen tulkintamalli ovat tärkeämpiä tulkintametojeja kuin esimerkiksi säädöksen teksti tai kielen sanamuoto metodin lähtökohtana. Teleologinen argumentti käytännössä edellyttää toimeenpanossa valitun vaihtoehdon ja toimenpiteen *seurausten* analyysiä. Teleologisen argumentin ohella tärkeä tulkinnan argumentti on *konsekoventiaalinen* eli *seurausten harkintaa tarkoittava argumentti*. Se tarkoittaa soveltamisen ja tulkinnan kohteena olevan lainsäädännön *seurausten analysointia tulevaisuudessa*. Lainsäädännön prosessin vaiheista esilainsäädännöllinen ja lainsäädännöllinen perustavat metodisesti tietoperustansa tulevaisuuden asiointilojen arviointiin eri tieteenaloihin perustuvilla metodeilla. Mainitut lainsäädännön vaiheet toteuttavat pitkälti metodologista rationaliteettia niin, että esilainsäädännöllinen vaihe hankkii tätä tarkoitavaa tietoa ja lainsäädännöllisen vaiheen tarkoituksena on hyödyntää tällaista tietoa. Esimerkiksi Yhdysvalloissa tällaisella tiedolla on pitempi perinne ja tuomioistuimissa tunnetaan niin sanottu *Daubert-testi*, joka on laadittu asiantuntijatiedon hyödyntämistä varten. Siihenkin liittyy varauksia. Yksi piirre on säädösten normivalvontaa. Eurooppalaisten valtioiden säädöksiin kohdistuva normivalvonta on hyvin erilaista. Valtioissa on ryhdytty tutkimaan perusteellisemmin jälkilainsäädännöllisen doktriinin mahdollisuuksia siksi, että lainsäädäntö ei täytyä siltä asetettuja vaatimuksia. Tarkoituksena on harjoittaa voimassa oleviin säädöksiin nähden erilaista normivalvontaa, oikeudellista tai muunlaista valvontaa, esimerkiksi laatimalla selvityksiä, evaluaatiota tai monitorointeja käytännöstä saatavan esimerkiksi empiirisen tiedon avulla. Usein säädöksiin kirjoitetut lausekkeet tätä myös edellyttävät. Doktriinin tarkoituksena on vahvistaa lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua mutta erityisesti parlamentin ja ”lainsäätäjän” asemaa.

¹³⁴⁵ Tushnet, 2018, 66; Meßerschmidt, 2016, 377.

¹³⁴⁶ Wikström, 2011, 92–93.

8 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Olen tarkastellut lainsäädäntää tutkimuskohteena *Morandin* teoreettisen mallin mukaan prosessina ja vaiheina. Mallin mukaan lainsäädännön prosessi koostuu vaiheista, joita ovat lainsäädännön esilainsäädännöllinen, lainsäädännöllinen ja jälkilainsäädännöllinen vaihe. Koska pyrkimykseni on ollut pohtia lainsäädäntää erityisesti aineellisenä ja sisällöllisenä kysymyksenä, olen käyttänyt kohteen tarkastelussa tiedollisina työkaluina *Flückigerin* määrittelemiä ulottuvuuksia, joita ovat lainsäädännön oikeudellinen, legistis-lingvistinen ja faktuaalinen. Lainsäädännön prosessi, vaiheet, ulottuvuudet ovat tutkimuskohdetta määrittäviä lainsäädäntöteoreettisia kognitiivisia käsitteellisiä ”työkaluja”.

Olen omaksunut tutkimuksessa dynaamista prosessia korostavan näkökulman. Siinä lainsäädäntä on aktiivista dynaamista toimintaa ja lainsäädännöllistä yleensä praktiseksi määriteltyä päättelyä, jonka seurauksena sovellettavaksi tarkoitettu lainsäädäntö syntyy (*Morand, Wintgens*). Olen kiinnostunut lainsäädännön metodeista ja siitä, *mitä* ne ovat Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä ja mikä on niiden oikeudellinen perusta sekä, *miten* niillä voidaan edistää lainsäädännön tuloksena syntyvää lainsäädännön laatua. Metodilla tarkoitan yleisesti tapaa tehdä jotakin, kuten järjestelmällistä ja suunnitelmallista tapaa säätää säädöksiä.

Olen pyrkinyt vastaamaan tutkimuksessa kysymyksiin, joita ovat,

- miten Euroopan unionin oikeusjärjestyksen lainsäädännössä omaksutut lainsäädännön menetot edistävät paitsi lainsäädännölle ominaista tehokkuutta ja yleisemmin lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua ja,
- mikä oikeudellinen merkitys ja painoarvo Euroopan unionin oikeusjärjestyksen lainsäädännössä on lainsäädännön metodeilla.

Lainsäädännön oikeusvaltiollisella laadulla tarkoitan lainsäädännölle ominaista tehokkuutta eli vaikutuksia käytännössä sekä lainsäädännöltä edellytettävää sisällöllistä legitimiisyyttä ja hyväksyttävyyttä. Lainsäädännön metodeilla on mahdollista edistää tehokkuutta mutta tietyin tiedollisin rajoituksin. Lainsäädännön menetot ovat sekä evaluaatiometodologisia että erilaisia oikeudellisia normivalvonnan metodeja (review). Metodin yksi tehtävä on edistää lainsäädännössä järjestelmällistä työskentelytapaa, analyyttistä lainsäädännön prosessia. Sen lisäksi metodin tehtävänä on edistää lainsäädännössä erilaisia arviointeja, kuten Euroopan unionin lainsäädännössä säädösesityksen taloudellisten vaikutusten arviointeja. Vaatimus siitä ja säädösesitysten vaikutusten arvioinneista perustuu Euroopan unionin perussopimuksen normeille. Metodeilla on siten oikeudellinen peruste. Ne ovat oikeudellisesti relevantti kysymys ja tutkimuksen kohde. Kysymys vaikutusten arvioinneista on tärkeä myös kansallisille parlamenteille. Vaikka jäsenvaltioiden kansalliset parlamentit eivät muodollisesti osallistu Euroopan unionin lainsäädännön prosessiin, kuuluu myös niille unionin perussopimuksen säännösten perusteella valvonta- ja arviointitehtäviä. Lainsäädännön metodeilla ja esimerkiksi lainsäädäntöperiaatteilla ja perusoikeusstrategian menetelmillä on mahdollista edistää lainsäädännön legitimiisyyttä ja hyväksyttävyyttä. Niiden painoarvo ja merkitys on siinä, että niiden avulla lainsäädäntä on järjestelmällisempää ja myös avoimempaa. Metodeihin kuitenkin aina liittyy varauksia siksi, että lainsäädäntö on päätöksentekoa tulevaisuuden asioista muutoksen ja

epävarmuuden vallitessa. Metodien avulla ei ole mahdollista saada esille tärkeitäkään lainsäädännön asioita.

Lainsäädännön oikeusvaltiollinen laatu on oikeusjärjestyskohtaista. Kansainväliset järjestöt ovat pyrkineet määrittelemään yhtenäisiä lainsäädännön standardeja. Koska lainsäädännön oikeudelliset ja institutionaaliset reunaehdot ovat myös erilaisia ja vaikeasti yhteen sovitettavissa, on yhtenäisessä määrittelyssä epävarmuuksia ja jännitteitä. Käsillä olevassa tutkimuksessa olen tarkastellut, mitä lainsäädännön oikeusvaltiollinen laatu tarkoittaa Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä.

Esilainsäädännöllisen vaiheen metodien oikeudellinen luonne ja merkitys lainsäädännön tehokkuuden ja oikeusvaltiollisen laadun edistäjinä

Euroopan unionin tavoitteellisen lainsäädännön normimalli on yleensä tavoitenormi. Normityyppi on yleensä säännön sijaan periaate. Moderni lainsäädäntö ei ole ensi sijassa tai pelkästään sääntöperusteista, joko-tai-tyyppisiä sääntöjä tai pelkästään toimintanormeja (action-norms). Sääntelytavasta johtuu, että lainsäädäntöön liittyvä päätöksenteko on siirtynyt myös toimeenpanokoneistolle. Vahvistunut manageriaalinen rationaliteetti toimivallan muotona myös horjuttaa perinteistä ideaa vallanjoon opista. Euroopan unionin lainsäädännön normatiivinen ilmaisukyky ei perustu yksinomaan lainsäädännössä laadittuun säädöksen tekstiin ja kieleen. Normatiivinen ilmaisukyky on muissa tekijöissä.

Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä tehokkaan lainsäädännön legitimitiivisuuden ja hyväksyttävyyden varmistaminen perustuu lainsäädännön etukäteissuunnitteluun. Teoreettisessa kirjallisuudessa lainsäädäntä määritellään käytännölliseksi päättelyksi. Todellisuudessa moderni lainsäädäntö on moniulotteista ja siinä korostuu voimakkaasti oikeudellinen ulottuvuus. Lainsäädäntää harjoitetaan oikeudellisten reunaehtojen puitteissa. Lainsäädännössä keskeistä on lainsäädännön tavoite ja keinot sekä niiden suunnittelu. *Kriittinen kognitio* tässä yhteydessä tarkoittaa uskosta siitä, että suunnittelun ja päätöksenteon avulla parhaalla tavalla toteutetaan tavoitteita, joita toteutetaan riittäviksi määriteltyjen keinojen avulla. *Kriittiseen kognitioon* liittyy ajatus siitä, että lainsäädäntään liittyy epävarmuutta ja siksi lainsäädäntöä on voitava korjata sen perusteella, kun korjaustarvetta ilmenee.

Euroopan unionin perussopimus määrää oikeudellisesti siitä, että komission tulee valmistella esitys lainsäädännön järjestyksessä annettavaksi lainsäädännöksi. Tämän unionin esilainsäädännöllisen vaiheen metodeja ovat *evaluaatio* ja *monitorointi* ja niiden lukuisat *alametodit*. Esilainsäädännöllisen vaiheen metodien oikeudellinen peruste on perussopimuksen normeissa ja toimielinten välisissä sopimuksissa, joilla unionin perussopimuksen mukaan voi olla velvoittava luonne. Käytännössä metodin oikeudellinen velvoittavuus punnitaan eräin edellytyksin jälkilainsäädännöllisessä vaiheessa. Euroopan unionin lainsäädännössä esilainsäädännöllisen vaiheen kokonaiskuvaan kuuluvat: *peruslähtökohdan* määrittely ja sääntelykohteen *ongelmien kartoitus*, *suunnittelu* eli politiikkalinjausten arviointi, jo toteutuneiden *säädösten evaluaatio* ja *fitness-check sopivuus-arviointi*, *vaikutustensarviointi*, joka luo tavoitteet ja arvioi keinoja tavoitteiden saavuttamiseksi, sääntelyarviointilautakunnan *laatukontrolli* sekä *implementaatiotuki* ja *monitorointi* säädöksen voimaantulon jälkeisenä toimenä. Euroopan unionin esilainsäädännöllisen vaiheen suunnittelun metodeihin kuuluvat toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatteiden eli unionin lainsäädäntöperiaatteiden noudattamisen varmistaminen ja arviointi samoin kuin muiden unionin perussopimuksen oikeudellisten periaatteiden noudattamisen arviointi lainsäädäntöehdotuksessa. Esimerkiksi toissijaisuusperiaatteen arviointiin kuuluu esityksen taloudellisten vaikutusten arviointi,

samoin kuin direktiivin vaikutusten arviointi kansalliseen tai alueelliseen lainsäädäntöön. Toissijaisuusperiaatteen tehtävä on muuttunut oikeudellisesta rajoitusperiaatteesta niin, että sen perusteella arvioidaan myös säädösten erilaisia vaikutuksia, tehokkuutta ja myös lisäarvoa. Vaiheen metodit, joilla on enemmän tai vähemmän oikeudellinen perusta, merkitsevät erilaisia säädösehdotuksen vaikutusarviointeja, kuten säädöksen faktuaalisen ulottuvuuden arvioimiseksi edellytettävää *ex post*-tyyppistä mutta myös *ex ante*-tyyppistä evaluaatiota. Tämä tarkoittaa sitä, että esilainsäädännöllisen vaiheina evaluaatiot ja siinä hyödynnettävät monitoroinnin tulokset tuottavat tietoa lainsäädännön faktuaalisesta ulottuvuudesta lähinnä *prospektiivisen* eli eteenpäin katsovan *ex ante*-tyyppisen evaluaation keinoin. Esilainsäädännöllisen vaiheen vaikutusten arviointiin kuuluu paitsi *prospektiivinen* säädösehdotuksen arviointi, myös voimassa olevan mutta uudistettavan säädöksen *ex ante*-tyyppinen *retrospektiivinen* evaluaatio. Esimerkiksi *ePrivacy* asetusehdotuksen *prospektiivisen* evaluaation metodin perusteina on käytetty Euroopan unionin paremman lainsäädännön työkalun tarkoittamia *ennakollisen arvioinnin kysymyksiä* sekä arvioinnin edellyttämiä *vaikutustenarviointikriteerejä*. Siinä on tukeuduttu myös paremman lainsäädännön työkalun edellyttämiin *lähteisiin* ja *evidenssiin*.

Tyypillistä modernille lainsäädännölle on vaatimus säädöksen faktuaalisesta *evidence-based*-tyyppisestä tietoperustasta, jota lainsäätäjän edellytetään kokoavan säädöksen antamisen perusteiksi. Tässä yhteydessä puhutaan yleensä säädöksen tosiasiaoperustasta. Metodisesti sen kokoamisen painopiste on ajateltu olevan ennen muuta esilainsäädännöllisessä vaiheessa. Kun *retrospektiivistä* evaluaatiota harjoitetaan jo voimassa olevaan, mutta uudistuksen kohteena olevaan säädökseen nähden esilainsäädännöllisessä vaiheessa sen vaikutusten arvioimiseksi, evaluaatiometodin kriteereitä ovat sääntelyn *tehokkuus* (effectiveness), *vaikuttavuus* (efficiency), *relevanssi* (relevance), *koherenssi* ja *EU-lisäarvo*.

Lainsäädännön valmisteluvaihetta varten on kehitelty myös erilaisia *indikaattoreita*, joiden avulla tietoa on tarkoitus "mitata". Tällaisia metodisia *indikaattoreita* on laadittu esimerkiksi perus- ja ihmisoikeusnormien noudattamisen mittaamiseksi ja niiden varmistamiseksi säädöksissä. Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmän lainsäädäntömetodi perustuu vuonna 2010 laaditulle tarkistuslistalle, jonka kriteerejä ovat: mistä perusoikeuksista on kyse, onko kyse absoluuttisista oikeuksista, joita ei sallita rajoittaa, mitä vaikutuksia suunnitteilla olevilla eri poliittisilla vaihtoehdoilla on perusoikeuksiin, onko vaihtoehdoilla sekä myönteisiä että kielteisiä vaikutuksia perusoikeuksiin, jos perusoikeutta rajoitetaan, muotoillaanko rajoitukset täsmällisesti ja ennakoitavasti, ovatko perusoikeuksiin mahdollisesti tehtävät rajoitukset välttämättömiä yleistä etua koskevan tavoitteen saavuttamiseksi tai muiden oikeuksien ja vapauksien suojelemiseksi, oikeasuhtaisia tavoitteeseen nähden ja perusoikeuksien keskeistä sisältöä kunnioittavia. Säädösehdotusta varten laaditaan vaikutusten arviointi sekä varmistetaan perusoikeuksien huomioon ottaminen säädöksen perusteluosan avulla. Ne täydentävät toisiaan. Vaikutusarvioinnin tarkoituksena on perustaa valmistelua varten käsitys säädösten vaikutuksista yksittäisten ihmisten ja ryhmien oikeuksiin. Kyse ei ole oikeudellisesta arvioinnista.

Käytännössä evaluaatiometodi alametodeineen tarkoittaa pyrkimystä kartoittaa sääntelyn alkutila ja tarve sekä saada selvyttä *todellisuudesta* ja *asiaintiloista*, joihin lainsäädännöllä on tarkoituksena *vaikuttaa*. Euroopan unionin lainsäädännön *esilainsäädännöllisen* vaiheen metodisia keinoja ovat muun muassa *evaluaatio* ja *monitoroinnit* sekä niiden alametodeina *tavoitepuut*, *interventiologiikka*, *perusskenaario*, *muutosajurit*, *kontrafaktuaalit*, *interventiologiikka*, *kustannus-hyötyanalyysi* samoin kuin esimerkiksi *ih-*

misoikeusindikaattorit ja erilaiset laaditut *evaluaatiokriteerit* lainsäädännön tavoitteiden kriteereinä. Metodeja ovat myös säädösten antamisen perusteiksi laaditut erilaiset tutkimukset ja selvitykset.

Metodien yksi tärkeä tehtävä on varmistaa lainsäädännön tehokkuutta. Euroopan unionissa sen on lainsäädännön normatiivisena kriteerinä tärkeämpi aspekti kuin säädöksen kielen tarkkuus. On tärkeää huomata, että metodit ovat kuitenkin enintään ”ennustavia” arvioita, odotettua tehokkuutta, odotettuja tuloksia tai vaikutuksia. Mikään tietoteoreettinen lähestymistapa ei takaa sitä, että lainsäädännön tulevista asiaintiloista tiedettäisiin varmasti.

Esilainsäädännöllisen vaiheen metodina on myös Euroopan unionin *lingvisticis-legalistinen* lainsäädännön ohje, joka korostaa unionin lainsäädännön kielellistä täsmällisyyttä ja ymmärrettävyyttä. Koska se on luonteeltaan toimielinten välinen sopimus, voi sillä olla oikeudellisesti velvoittava luonne. Sen noudattamisen oikeudellinen merkitys on sitä korostuneempaa, mitä oikeudellisesti sitovampaa unionin sääntely on.

Euroopan unionin lainsäädännön metodeja on selvästi omaksuttu kansainvälisten järjestöjen hankkeiden ja interventoiden evaluaatiometodologiasta. Pääsääntöisesti pre-legislatiivisen vaiheen metodeilla hankittu tieto on *laadullista*, jota Euroopan unionin paremman lainsäädännön ohjeiden ja toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaatetta määräävät pöytäkirjan perusteella tulisi mahdollisuuksien mukaan muuttaa *määrälliseen* muotoon. Siten ne syyt, jotka liittyvät toissijaisuusperiaatteeseen, edellyttävät laadullisia arvioita ja määrällisiä arvioita silloin, kun se on mahdollista.

Evaluaatiometodit ovat tyypillisesti luonteeltaan yhteiskuntatieteiden metodeja, laadullisia ja määrällisiä metodeja. Niille on ominaista pyrkimys *metodologiseen totuuteen*, joka rationaliteetin muotona (tieteellinen rationaliteetti) on eri asia kuin esimerkiksi lainsäädännön poliittinen rationaliteetti.

Esilainsäädännöllisen vaiheen metodeihin kuuluu myös säädösehdotusten evaluaation riittävyden arviointi, jota Euroopan unionissa harjoittaa riippumaton sääntelyarviointielin. Se antaa lausuntonsa esilainsäädännöllisen vaiheen kuluessa laaditusta esityksestä ja siinä evaluaatiometodisten tietojen riittävydestä.

Palatakseni edellä mainittuun tutkimuskysymykseen ja siihen, edistävätkö unionin esilainsäädännöllisen vaiheen metodit unionin lainsäädännön tehokkuutta ja oikeusvaltiollista laatua, legitimiisyyttä ja hyväksyttävyyttä pitää vastata, että käytettävät metodit pyrkivät vastaamaan lainsäädännön tarpeeseen ja erilaisiin vaikutuksiin, myös taloudellisiin. Tutkitussa lainsäädännössä metodien tuottama tieto on yleensä laadullista, harvemmin se on määrällistä. Metodeilla ei ole myöskään kyetty vastaamaan kaikkiin tarpeellisiin tietotarpeisiin. Esimerkiksi *ePrivacy* asetusehdotuksen vaikutusten arvioinnin yhteydessä evaluaatiokriteereistä *relevanssikriteerin* kohdalla ei ollut saatavilla kaikkiin kysymyksiin riittävää informaatiota arvioinnin perusteiksi. Myöskään arviointikriteeri ei ollut relevantti. *Tehokkuus*-kriteerin kohdalla tietoa oli paremmin saatavilla arvioinnin perusteiksi mutta ei kaikista kysymyksistä. *Vaikutavuuskriteerin* kohdalla esiintyi eniten sellaisia kysymyksiä, joiden arvioinnin perusteiksi ei ollut saatavilla riittävää informaatiota tai arviointikriteeri ei ollut relevantti.

Metodisesti tärkeää oli vaikuttavuusarviointitieto siitä, että kyseisen arvioinnin kohteena olleen säädöksen tavoitteet oli saavutettu vain osittain tai ei lainkaan. Tämä tietysti johtaa esimerkiksi *ePrivacy* asetusehdotuksen säätämistä koskevan lainsäädännön prosessin vaiheissa pohtimaan, miksi voimassa olleen säädöksen tavoitteita oli saavutettu vain osittain tai ei lainkaan.

Voidaan sanoa, että metodit edistävät lainsäädännössä säädösten järjestelmällistä suunnittelua ja metodit tuottavat tietoa lainsäädännön faktuaalisista, oikeudellisista

ja myös legistis-lingvististä pulmista, joita on tarkasteltava yksityiskohtaisemmin. Niiden avulla voidaan nostaa esille lainsäädännön oikeusvaltiollisia kysymyksiä ja pyrkiä edistämään oikeusvaltiollisuutta. Metodien perusteiksi ja arviointien tekemiseksi ei ole kuitenkaan saatavilla aina edellytettyä tietoa.

Lainsäädännön metodeihin liittyy monenlaista tiedollista eli *epistemologista* tiedonhankintaan liittyvää metodista epävarmuutta samalla tavalla kuin tutkimukseen yleensä. Metodeilla ei myöskään kyetä saavuttamaan ennalta varmaa tietoa säädösten vaikutuksista käytännössä siksi, että lainsäädännön vaikutukset ilmenevät vasta säädösten soveltamisen jälkeen.

Jäljempänä tuon esille, että metodien merkitys on kuitenkin oikeusvaltiollisen laadun näkökulmasta oikeudellisesti ratkaiseva silloin, kun Euroopan unionin tuomioistuimessa tutkitaan oikeudellisen normivalvonnan keinoin unionin säädösten pätevyyttä tai laillisuutta. Säädöksen säätämisen perusteiksi metodein hankittu *evidence-based* tieto on yksi olennainen säädösten pätevyyttä varmistava ja oikeudellisesti relevantti tekijä lainsäädännössä. Se on yhtä tärkeä tekijä oikeudellisessa normivalvonnassa kuin esimerkiksi säädöksen oikeudellisen ulottuvuuden kysymys.

Lainsäädännöllisen vaiheen metodi

Lainsäädännöllisen vaiheen on tarkoitus yhdistää esilainsäädännöllisen vaiheen järjestelmällinen suunnittelu ja tietoperusta Euroopan unionin poliittisen elimen harjoittamaan päätöksentekoon, joka lainsäädäntöteoreettisesti on luonteeltaan poliittisen rationaliteetin piiriin kuuluvaa. Lainsäädännölliselle vaiheelle on ominaista lukuisat perussopimukseen perustuvat menettelyt. Perussopimuksen menettelyt ovat yksi metodi, jonka avulla lainsäädäntä harjoitetaan. Menettelynormien rikkominen on yksi oikeudellinen peruste, jonka perusteella Euroopan unionin säädös voi tulla kumoetuksi lainsäädännön jälkilainsäädännöllisessä vaiheessa. Tästä on ollut kysymys esimerkiksi tapauksessa C-409/13 *Euroopan unioni neuvosto v. Euroopan unionin komissio*, jossa on tutkittu lainsäädännön menettelyihin liittyviä oikeudellisia seikkoja ja siitä, millä edellytyksin komissiolla on toimivalta peruuttaa antamansa lainsäädäntöehdotus unionin lainsäädännössä. Jälkilainsäädännöllinen oikeudellinen normivalvonta on perinteisesti ollut tyyppillisesti menettelynormeihin ja toimielinten keskinäissuhteisiin liittyvää valvontaa. Esimerkiksi tapauksessa C-139/79 *Maizena* unionin tuomioistuin tutki Euroopan parlamentin osallistumista unionin lainsäädäntöprosessiin osana demokratiaperiaatteen toteutumisen edellytystä. Etenkin 1980-luvulla ja tultaessa 2000-luvulle Euroopan unionin tuomioistuimen säädösten jälkikäteisen normivalvonnan huomio oli ennen muuta oikeudellisen ulottuvuuden kysymyksissä ja lainsäädännön antamisen *menettelyissä*.

Lainsäädännöllisessä vaiheessa perussopimus edellyttää otettavaksi huomioon Euroopan unionin oikeusjärjestyksen oikeusperiaatteet ja niistä tärkeitä ovat lainsäädäntöperiaatteina toissijaisuus- ja suhteellisuusperiaate, joita on jo tutkittu esilainsäädännöllisessä vaiheessa. Suhteellisuusperiaate on lainsäädännössä käytetty metodi, jonka avulla arvioidaan sääntelyn tavoitteiden ja keinojen oikeasuhtaisuutta suhteessa perussopimuksen normeihin. Lainsäädännöllisessä vaiheessa korostuu lainsäädännön poliittinen rationaliteetti ja vaiheen kuluessa arvioidaan edelleen lainsäädännön arvoja, intressejä ja tavoitteita.

Lainsäädännölliseen vaiheeseen liittyy unionissa *evidence-based*-tyyppisen tiedon hyödyntämisen tarve. Siihen liittyy kuitenkin monia pulmia. Lainsäädäntövaihe ei ole tyytynyt esilainsäädännöllisen vaiheen tuottamaan tietoon, vaan Euroopan parlamentti on perustanut oman niin sanotun *ex ante*-evaluaatiotoiminnon. Se on yksi

lainsäädäntövaiheen metodi. Kansainvälisestä kirjallisuudesta havaitaan, että lainsäädännän tai muun päätöksenteon perustana oleva asiantuntijatieto myös arvioidaan erikseen (*Daubert*-testi).

Esilainsäädännöllisen tiedon hyödyntämisessä on myös muita ja lainsäädännän rationaliteeteista johtuvia pulmia. Evaluaatiometodin tuottama tieto perustuu usein tieteellistä rationaliteettia noudattaville tai mukaileville metodologisen totuuden säännöille. Tieteellinen rationaliteetti ei kuitenkaan anna suoria vastauksia poliittisen rationaliteetin kysymyksiin. Lainsäädännön päätöksenteon vaiheessa lainsäädännän metodeina esimerkiksi *optimointi*, *tasapainottaminen* tai *balancing*-metodia sekä siitä erillisenä metodina *suhteellisuusperiaate* rationaalisen argumentaation välineenä toimivat vain melko heikosti lainsäädännän päätöksenteon yhteydessä. Euroopan unionin lainsäädäntöperiaatteet ja esimerkiksi unionin säädösten taloudellisten vaikutusten arviointi edellyttävät tällaisia metodeja. Niiden käytön painopiste on kuitenkin säädösten esilainsäädännöllisessä vaiheessa.

Kirjallisuudessa on todettu, että lainsäädännöllinen vaihe kykenee toteuttamaan vain heikosti rationaalista argumentaatiota. Metodisesti sellainen argumentaatio on pikemminkin tuomioistuinten oikeudellisessa normivalvonnassa harjoittamaa. Se on ennen muuta oikeudellisen rationaliteetin metodi. Rajankäynti käytännöllisen ja oikeudellisen päättelyn välillä on hiuksenhieno. Esimerkiksi konsekventialinen päättely on tyypillistä käytännöllistä päättelyä oikeudellisessa päätöksenteossa.

Merkille pantavaa on se, että Euroopan parlamentti on ollut se orgaani, joka jo ennen Euroopan unionin esilainsäädännöllisen vaiheen suunnittelutyön tai vaikutusarviointien käyttöönottoa huolehti siitä, että unionin lainsäädännössä noudatetaan perus- ja ihmisoikeuksia noudatetaan. Ratkaisevassa merkityksessä tässä suhteessa ovat olleet ehdotusten käsittelyssä ja perus- ja ihmisoikeuksien varmistamisessa olivat parlamentti ja sen valiokunnat, esimerkiksi oikeusasioita ja kansalaisten oikeuksia käsittelevä valiokunta.

Oma lukunsa ovat lainsäädännässä perus- ja ihmisoikeusnormit, joita ei ole mahdollista ratkaista tyhjentävästi ennalta esilainsäädännöllisessä tai lainsäädännöllisessä vaiheessa. Esimerkiksi Euroopan unionin yleisen tietosuoja-asetuksen yhteydessä on käyty *balancing*-metodin edellyttämää punnintaa henkilötietojen liikkuvuutta jäsenvaltioiden välillä koskevan vaatimuksen ja henkilötietojen suojan oikeuden välillä. Yleinen tietosuoja-asetus ei kuitenkaan säädi siitä kategorisesti vaan se jättää perus- ja ihmisoikeuksiin liittyvän punninnan suhteellisuusperiaatteeseen viittaamalla unionin säädöksen toimeenpanijalle. Vastaavaa sääntelytapaa on käytetty *ePrivacy*-asetusedotuksessa.

Jälkilainsäädännöllisen vaiheen metodi

Hyvä lähtökohhta lainsäädännän vaiheiden arvioinnissa siihen liittyvä kriittisen kognition käsite. *Kriittinen kognitio* teleologisen päättelyn mallissa tarkoittaa sitä, että suunnitteluvaiheen uskomus tavoiteltavista asiainiloista ei aina toteudu ja lainsäädäntöä on korjattava jälkikäteen normivalvonnan keinoin.

Olen tutkinut kohdetta esilainsäädännöllisenä vaiheena ja lainsäädännöllisenä vaiheena sekä jälkilainsäädännöllisenä vaiheena lainsäädännän eri ulottuvuuksien avulla. Olen koonnut alle yhteen tutkimuksen tuloksia vaiheiden tarkastelusta hyödyntämällä tutkimuskohdetta jäsentävää teoreettista viitekehystä (kuviot 8).

Pre-legislatiivinen vaihe eli esilainsäädännöllinen lainsäädännön valmistelu	Legislatiivinen vaihe eli lainsäädännöllinen päätöksenteko lainsäädäntöelimestä	Post-legislatiivinen vaihe eli (oikeudellinen, evaluaatio parlamenteissa tai muu kontrolli) jälkikäteinen normivalvonta
Oikeudellinen, legistis-lingvistinen, faktuaalinen	Oikeudellinen, legistis-lingvistinen, faktuaalinen	Oikeudellinen, legistis-lingvistinen, faktuaalinen
<p>Lainsäädäntömetodeina oikeudellisten lainsäädäntöperiaatteiden arviointi lainsäädäntöehdotuksessa, perusoikeusstrategia, faktuaalista ulottuvuutta korostava ex ante-evaluaatio, prospektiivinen evaluaatio ja sen alametodit, retrospektiivinen ex post-vaikutusten arviointi metodina, monitorointi, riippumaton sääntelyarviointielin, unionin lingvistis-legistinen lainsäädännön ohje.</p> <p>Tehokkaan lainsäädännön legitimiisyyden ja hyväksyttävyyden varmistaminen perustuu etukäteissuunnitteluun.</p> <p>Kriittinen kognitio.</p>	<p>Lainsäädäntömetodisesti tärkeä aspekti poliittinen rationaliteetti, tiedolliset rajoitukset, empiirisen tiedon luonne normatiivisessa päätöksenteossa. Lainsäädäntömetodisesti tärkeä aspekti se, että Euroopan parlamentti on perustanut oman metodin eli ex ante-evaluaatiotoiminnon.</p> <p>Tehokkaan lainsäädännön legitimiisyyden ja hyväksyttävyyden varmistaminen on alisteinen lainsäädännöllisen päätöksentekokoneiston harkinnalle.</p>	<p>Säädösten oikeudellinen jälkikäteinen normivalvonta, vahvaa valvontaa, oma erityinen lainkäytön laji, oikeudelliset normivalvonnan argumentaationormit, säädösten jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan oikeuskäytännössä unionin tuomioistuin on oikeudellisen argumentoinnin keinoin kehitellyt useita lainsäädäntöperiaatteita unionin lainsäädännön metodiseksi lähteiksi: yhden oikeusperustan pääsääntö, lainsäädännön tehokkuusperiaate, jatkuvuuden periaate, unionin lainsäätäjän harkintaa rajoittava periaate, lainsäätäjän tosiasiallisen perustelun periaate ja ennalta varautumisen periaate.</p> <p>Euroopan unionin parlamentissa on perustettu myös post-legislative scrutiny-tyyppinen Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä voimassa olevien unionin säädösten vaikutusten arviointitoiminnon.</p> <p>Tehokkaan lainsäädännön legitimiisyyden ja hyväksyttävyyden jälkikäteinen varmistaminen erilaisessa muodossa tapahtuvan normivalvonnan keinoin on vakiintunut osana Euroopan unionin lainsäädäntömetodeja.</p>

Kuvio 8. Tutkimuksen tuloksia lainsäädännön prosessin ja ulottuvuuksien teoreettisessa viitekehyksessä.

Edellä olen tarkastellut esilainsäädännöllisen ja lainsäädännöllisen vaiheen tuloksia. Tutkimuksessa olen havainnut, että esilainsäädännöllisen vaiheen metodit edistävät lainsäädännön oikeusvaltiollisuutta. Metodien oikeudellinen perusta on perussopimuksen perusteella laadituissa toimielinten sopimuksissa. Metodit lisäävät lainsäädännön läpinäkyvyyttä ja avoimuutta. Metodeihin liittyy kuitenkin monia varauksia ja niissä on myös kehittelyn tarvetta. Myös lainsäädännön tavoitteisiin, keinoihin, sääntelytarvetta tarkoittaviin asiantiloihin sekä sääntelyn tietoperustaan liittyy aina tiedollisia rajoituksia. Se johtuu inhimillisen tiedon kapasiteetista ja rajoista. Tieto sääntelyn perustana olevista tulevaisuuden asiainloista on aina epävarmaa.

Euroopan unionin oikeusjärjestykseen kuuluu erityispiirre, jonka mukaan unionin lainsäädäntö on *presumptatiivista* eli siihen liittyy oletus sen *pätevyydestä*. Tämä tarkoittaa sitä, että unionin säädökset voidaan tutkia jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan menettelyssä unionin tuomioistuimessa. Menettely muistuttaa eu-

rooppalaisten valtiosääntöjen omaksunaa jälkikäteistä oikeudellista normivalvontaa. Euroopan unionin oikeusjärjestyksen lainsäädäntään kuuluu jälkilainsäädännöllinen vaihe, jossa Euroopan unionin tuomioistuin tutkii säädösten pätevyyttä. Euroopan unionissa säädösten oikeudellinen jälkikäteinen normivalvonta perustuu perussopimuksen normeille. Se on luonteeltaan vahvaa normivalvontaa niin, että Euroopan unionin tuomioistuimella on toimivalta kumota unionin säädös. Perussopimuksen normien perusteilla unionin lainsäädäntöä voidaan todeta pätemättömäksi ja kumota. Kynnys tähän on korkea ja kumoaminen edellyttää lainsäädännössä virheen tai rikkomisen ilmeisyyttä.

Parlamentin ja neuvoston yhdessä säätämä unionin *direktiivi* on voinut tulla unionin tuomioistuimen oikeudellisen normivalvonnan kohteeksi ja kumotuksi, kuten jo varhain tapauksessa C-376/98 *Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* muun muassa *toimivaltanormien rikkomisen* perusteella. Säädöksen oikeusperustaa arvioidaan usein säädöksen pääasiallisen tavoitteen näkökulmasta. Tapauksessa C-376/98 *Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto* unionin tuomioistuin totesi parlamentin ja neuvoston antaman direktiivin mitättömäksi sillä perusteella, että unionin ei ollut toimivaltainen antamaan direktiiviä käytetyn oikeusperustan perusteella. Tapaus on merkittävä siksi, että kyseessä on parlamentin ja neuvoston yhdessä antama säädös. Unionin tuomioistuin säädöksen jälkikäteistä oikeudellista normivalvontaa harjoittaessaan yleensä toteaa, että sen tehtävänä on tutkia, pyritäänkö toimella, jonka pätevyys on riitautettu, todellisuudessa niihin päämääriin, jotka unionin lainsäätäjä on ilmoittanut. Tätä tuomioistuin tutkii lainsäätäjän laatiman direktiivin sanamuodoista ja aikaisemmasta oikeuskäytännöstä käsin. Se tutkii sitä erityisesti säädöksen tavoitteista käsin. Tuomioistuin pyrkii määrittelemään tosiasiallista tavoitetta. Legitiimisyys ei ole kuitenkaan yksin riittävä peruste oikeusvaltiollisen laadun arvioinnissa.

Esimerkiksi unionin neuvoston antama unionin säädös on voitu tutkia oikeudellisen normivalvonnan menettelyssä ja kumota, kuten tapauksessa C-310/04 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*. Kumoamisen perusteena oli *asetuksena* annetun säädöksen *tietoperustan riittämättömyys*. Faktuaalisella ulottuvuudella on suuri ja entisestään tärkeämmäksi tullut merkitys säädöksen oikeusperustan arvioinnissa.

Keskustelua lainsäädännön tehokkuusperiaatteesta on käyty normivalvonnan tapauksessa C-58/08 *The Queen, on the application of Vodafone Ltd and Others v. Secretary of State Business, Enterprise and regulatory Reform*. Siinä arvioidaan toissijaisuusperiaatteen perustalta lainsäädännössä omaksutun yhteisen lähestymistavan "vaikutuksia" sekä arvioidaan suhteellisuusperiaatteen perustalta lainsäädännön "hyöty- ja haitta-argumentteja" taloudellisina "vaikutuksina" sääntelyn kohteille. Tärkeä elementti tässä tapauksessa ovat unionin sääntelyn tavoitteet ja tavoitellut vaikutukset, joita oli selvitetty lainsäädännön prosessin kuluessa vaikutusarvioinnin keinoin. Tässä tapauksessa yhteiseen lähestymistapaan liittyvät tavoitellut "vaikutukset" asiallisessa mielessä liittyvät sekä viestinnän sääntelyalan tukkuhintojen että vähittäishintojen arviointeihin ja sääntelyyn unionissa.

Osana oikeusvaltiollisuutta lainsäädännön legitiimisyys liittyy lainsäädännön aineellisten ja sisällöllisten tavoitteiden asianmukaisuuteen niin, että lainsäädäntö on kullekin oikeusjärjestykselle ominaisten rationaliteettien edellyttämällä tavalla legitiimiä eli hyödyllistä, tehokasta ja myös suhteellisuusperiaate huomioiden oikeasuhteista. Esimerkiksi Euroopan unionin lainsäädännössä toissijaisuusperiaate on yksi lainsäädäntöperiaate, jonka avulla arvioidaan lainsäädännön lisäarvoa ja sääntelystä johtuvaa hyötyä unionin kansalaisille. Lainsäädännössä edellytetään taloudellisten

vaikutusten arviointia ja esimerkiksi direktiivinä annettavan säädöksen vaikutusten arviointia kansalliseen ja alueelliseen lainsäädäntöön. Ellei unionin sääntelystä ole tätä lisäarvoa, on sääntely jätettävä jäsenvaltion tehtäväksi.

Tapauksessa C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al. v. Land Hessen* unionin tuomioistuimen suuri jaosto totesi neuvoston ja komission antaman asetuksen eräät säännökset pätemättömiksi perusoikeusperusteilla. Tapauksessa C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ym. ja yhdistetyssä tapauksessa C-293/12 ja C-592/12 Digital Rights Ltd* niin ikään yhtenä perusteena oli perusoikeusargumentti. Perusoikeusargumentti on yksi modernin oikeuden oikeudellinen argumentti. Tapauksessa C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al. v. Land Hessen* lainsäädännössä tuomioistuin tähdentää, ”että henkilötietojen suojaa koskevat poikkeukset ja rajoitukset on toteutettava täysin välttämättömän rajoissa”. Tuomioistuimen mukaan sellaiset unionin toimenpiteet, joilla ei loukata luonnollisten henkilöiden kyseistä perusoikeutta ja joilla myötävaikutetaan tehokkaasti unionin kyseessä olevien säännösten tavoitteeseen eli avoimuuteen, ovat mahdollisia. Tuomioistuin tässä asiassa toteaa, että neuvoston ja komissio ovat nyt ylittäneet suhteellisuusperiaatteen rajat, kun ne ovat säätäneet säädöksellä julkaistavaksi tuensaajien nimet ja näiden saamat tarkat tukimäärät. Oikeushenkilöiden kohdalla tuomioistuin sen sijaan katsoo eri intressien tasapainon toteutuvan ja avoimuuden toteuttamisen olevan mahdollista. Tapauksessa C-92/09 ja C-93/09 *Volker und Markus Schecke GbR et al. v. Land Hessen* unionin tuomioistuimen suuri jaosto totesi neuvoston ja komission antaman asetuksen eräät säännökset pätemättömiksi.

Vaikka unionin lainsäädännössä on omaksuttu perusoikeusstrategia ja evaluaatiometodi sekä toimeenpanoa arvioiva monitorointimetodi, unionin perusoikeusnormisto ei ole toteutunut säädöksissä tarkoitettulla tavalla. Tapauksessa C-293/12 ja C-592/12 *Digital Rights* tuomioistuin kumosi unionin säädöksen suhteettomana siksi, että se loukkasi unionin perusoikeuksia eikä ollut toimivaltakysymyksissä riittävän sääntelytarkka. Tuomioistuin tukeutui perusteluissaan suhteellisuusperiaatteen ja perusoikeusargumenttiin. Tapauksessa tutkittiin lainsäädännön oikeudellista ulottuvuutta ja oikeudellisen rationaliteetin edellyttämää hyväksyttävyyden vaatimusta. On mahdollista, että sinänsä legitiimi lainsäädäntö sisältää ulottuvuuksia, esimerkiksi keinoja, jotka eivät ole oikeasuhtaisia ja hyväksyttäviä siten, kuin Euroopan unionin perusoikeusjärjestelmän normisto edellyttää. Oikeudellisen ulottuvuuden merkitystä usein arvioidaan vakiintuneen oikeuskäytännön perusteella. Perusoikeusperusteista on tullut varsinkin 2000-luvun puolen välin jälkeen tärkeä lainsäädännön pätevyyden ja laillisuuden arvioinnin peruste. Periaate on, että kun unionin lainsäädännössä on kyse perusoikeuksista ja niiden rajoituksesta, merkitsee se lainsäätäjän harkintavallan olevan aina rajoitettua. Lainsäädäntö edellyttää hyväksyttävyyttä, jonka peruste on perus- ja ihmisoikeusjärjestelmän standardeissa. Euroopan unionin lainsäädännössä tätä toteutetaan perusoikeusstrategialla ja evaluaatio- ja monitorointimetein hankitun tiedon perusteella esilainsäädännöllisessä vaiheessa. Oikeusvaltiollisen laadun käsitteeseen kuuluu, että lainsäätävä varmistaa suhteellisuusperiaatetta noudattamalla yksilön perusoikeudet lainsäädännössä. Perusoikeusrajoituksiin liittyvää oikeuskäytäntöä on olemassa jo 1970-luvulta ja aikaisemmin. Tapauksissa 4/73 *Nold* ja 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* unionin tuomioistuimen mukaan unionin lainsäädännöllä voitiin rajoittaa jäsenvaltion yksityisten kansalaisten oikeutta vapaiseen ammattiharjoittamiseen edellyttäen, että nämä rajoitukset tosiasiallisesti palvelevat yhteisön yleisen edun mukaisia yhteisön tavoitteita eikä niillä puututa perusoikeuksiin tavoitellun päämäärän kannalta suhteettomasti tavalla, jota ei voida hyväksyä ja jolla loukattaisiin

näin suojattujen oikeuksien keskeistä sisältöä. Tapauksilla on edelleen oikeudellista merkitystä niin, että Lissabonin sopimuksella voimaan saatetun Euroopan unionin perusoikeuskirjan selityksissä viitataan mainittuihin tapauksiin unionin perusoikeusjärjestelmän soveltamisessa ja tulkinnessa.

Vaikka unionin tuomioistuin ei ole kumonnut tutkimissaan tapauksissa unionin säädöstä kokonaan tai osaksi, lausuu se oikeudellisen normivalvonnan ratkaisujen yhteydessä tärkeitä lainsäädäntäperiaatteita, mutta myös säädösten soveltamiseen liittyviä oikeudellisesti relevantteja ohjeita. Esimerkiksi tapauksessa C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad* on kyse rikosoikeuden alaan kuuluvan puitepäätöksen pätevyuden tutkimisesta. Euroopan unionin tuomioistuimen suuri jaosto tässä asiassa totesi, että säädöksen rikosryhmien määritelmän epätarkkuus voi johtaa puitepäätöksen erisuuntaiseen täytäntöönpanoon eri kansallisissa oikeusjärjestyksissä. Tämä ei ole kuitenkaan tuomioistuimen suuren jaoston mukaan ongelma siksi, että *puitepäätöksen tavoitteena ei ole yhdenmukaistaa jäsenvaltioiden aineellista rikosoikeutta*. Tuomioistuin tässä tapauksessa totesi, että Euroopan unionin jäsenvaltioiden tulee unionin lainsäädäntöä *toimeenpannessaan valvoa unionin toimien yhteensoveltuvuutta Euroopan unionin perustamissopimusten ja yleisten oikeusperiaatteiden kanssa*. Vaikka unionin tuomioistuin ei kumoa oikeudellisen normivalvonnan kohteena olevaa säädöstä, voi se säädöstä tukien antaa tärkeitä lainsäädäntömetodisia periaatteita. Esimerkiksi unionin *puitedirektiivi* on jäsenvaltioissa erikseen implementoitava säädös. Siitä huolimatta unionin tuomioistuin kiinnittänyt sen ja esimerkiksi direktiivien yhteydessä huomiota myös lainsäädännän *legistis-lingvistiseen* ulottuvuuteen. *Legistis-lingvistinen* ulottuvuus on osa lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua.

Lainsäädännössä *legistis-lingvistinen* ulottuvuus on tärkeä lainsäädännön rationaalisuutta vahvistava tekijä, johon unionin tuomioistuin kiinnittää huomiota. *Legistis-lingvistiset* seikat eivät ole olleet pääasiallinen peruste kumota unionin säädös. Säädoskielen ja tekstien täsmällisyyden ohella modernissa lainsäädännössä edellytetään normatiivista sääntelytarkkuutta, jota vahvistetaan esimerkiksi lainsäädäntömetodin avulla säädöksiä selittävillä asiakirjoilla ja säädösten toimeenpanovaiheen tehostamisella.

Rajanveto perusoikeusnormiston perusoikeuksien toteuttamisessa säädösten keinoin on toisinaan myös vaikeaa. Normityyppi on periaate ja sääntelymalli tavoiteperusteinen tai perusoikeusperusteinen. Esimerkiksi tutkimuksen tietoyhteiskunnan viitekehyksessä yleinen tietosuojasetus ([EU] 2016/679) ja *ePrivacy*-asetusehdotus vaikuttavat olevan osin limittäisiä siinä, että molempien on määrä säätää sekä henkilötietojen suojan että yksityisyyden suojan oikeudesta. *ePrivacy*-asetusehdotuksen johdanto-osassa viitataan siihen, että sähköisen viestinnän tietoihin voi kuulua asetuksessa ([EU] 2016/679) määriteltyjä henkilötietoja. Yleisen tietosuojasetuksen kaltaista sääntelyä on vaikeaa ilmaista tarkkarajaisesti ja täsmällisesti kielen avulla siksi, että se määrää henkilötietojen vapaasta liikkuvuudesta jäsenvaltioiden välillä sekä samalla oikeudesta henkilötietojen suojan oikeuteen. Tavoitteet ovat myös jännitteisiä. Vaikka kyseessä on unionin yleisesti ja sellaisenaan sovellettavaksi tarkoitettu asetusta, se myös säätää kielellisesti avoimilla periaatteilla ja edellyttää soveltamisessa erityisiä toimia ainakin silloin, kun kyse on henkilötietojen suojan oikeuden rajoittamisesta.

Merkille pantavaa on, että kaikenlainen lainsäädäntö edellyttää tavoitteenasettamista. Yksittäinen säädös voi sisältää elementtejä kaikista normimalleista ja esimerkiksi toimintanormeilla (action-based) sääntely voi sisältää myös periaatteita.

Kynnys kumota unionin säädös on korkea. Tapauksessa C-27/00 ja C-122/00 *The Queen v. Secretary of State for Environment, Transport and the Regions ex parte Omega Air*

Ltd ja Irish Aviation Authority unionin tuomioistuin vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön vedoten totesi, ettei se voi omalla arvioinnillaan syrjäyttää unionin lainsäätäjän tekemää arviointia. Unionin tuomioistuimen on rajoituttava tutkimaan, ettei lainsäätäjällä ole toimivaltaansa käyttäessään tehnyt *ilmeistä virhettä* eikä käyttänyt väärin harkintavaltansa ja ettei se ole selvästi ylittänyt harkintavaltansa rajoja

Euroopan unionin tuomioistuin on oikeudellisen jälkikäteisen normivalvonnan tapauksissa todennut, että se unionin säädöksen arvioinnissa on ottanut huomioon sen, että unionin lainsäätäjällä on laaja harkintavalta tutkittavan lainsäädännön politiikka-alueella, ja siksi olennainen kysymys alan säädöksen jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan arvioinnissa ei ollut, onko unionin sääntelijän toteuttama toimenpide ollut ainoa tai edes paras mahdollinen, vaan olennainen seikka tuomioistuimen arvioinnissa oli se, onko säädös ollut *ilmeisen soveltumaton*.

Esimerkiksi esilainsäädännöllisessä vaiheessa hankittu riittämätön evaluaatiotieto säädöksen faktuaalisena perustana ja se, ettei unionin tuomioistuin voi sen vuoksi päästä selville lainsäätäjän harjoittamasta säädöksen tosiasiallisesta perustelusta ja tavoitteesta, voivat johtaa säädöksen mitättömyyteen. Näin on tapahtunut tapauksessa C-310/04 *Espanjan kuningaskunta v. Euroopan yhteisöjen neuvosto*, jossa tuomioistuin perusteli mainitulla seikalla neuvoston asetuksen pätemättömyyttä.

Useimmissa tapauksissa unionin tuomioistuin määrittelee lainsäädännöltä edellytettävää oikeusvaltiollista laatua. Useimmat tapaukset eivät johda lainsäädännön kumoamiseen ja mitättömyyteen. Säädöksen ilmeisen soveltumattomuuden käsite mitättömyyden perustana ja oikeudellisen normivalvonnan oikeuskäytäntö ovat hyvä lähtökohta unionin lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun erilaisten vaatimusten reunaehdoksi ja harkintamarginaalin määrittelijäksi.

Tyypillistä Euroopan unionin lainsäädännössä on se, että yksityisiin, kuten taloudellisen toiminnan harjoittajiin kohdistuvat kiellot ja rajoitukset pitää aina perustella. Tapauksessa C-477/14 *Pillbox 38 (UK) Ltd* sähkötupakasta säätävään säädökseen sisällytettyjä kieltojä perusteltiin *ennalta varautumisen periaatteen perusteella*. Ennalta varautumisen periaate tarkoitti tässä yhteydessä sitä, että on mahdotonta määrittää varmasti sähkötupakkatuotteisiin liittyvä vaaran olemassaolo ja sen merkittävyys. Joissakin tapauksissa unionin tuomioistuin on kumonnut säädöksen osan siinä tapauksessa, että se on sisältänyt suhteettomia kieltoja ja rajoituksia.

Oikeusvaltiollisen laadun päätöksenteossa tärkeä teoreettinen kiintopiste on yksityisten autonomia, oikeudet ja velvollisuudet ja niiden rajoitusten oikeasuhtaisuuden sallittavuuden arviointi. Oikeusvaltiollinen laatu ottaa huomioon sen, että yksityisautonomiaan kajoaminen aina perusteellaan.

Tuomioistuin on kehitellyt unionin lainsäädännön periaatteita, joita ovat muun muassa säädöksen yhden oikeusperustan pääsääntö, lainsäädännön tehokkuusperiaate, jatkuvuuden periaate, unionin lainsäätäjän harkintaa rajoittava periaate, lainsäätäjän tosiasiallisen perustelun periaate ja ennalta varautumisen periaate.

Unionin perussopimuksen toimivaltaa rajoittavista oikeudellisista normeista huolimatta Euroopan unionin lainsäätäjällä on laajaa harkintavaltaa säädösvallan käytössä. Euroopan unionin tuomioistuin on vain harvoin kumonnut unionin säädöksen mitättömänä. Silti normivalvonnan tapausaineisto on arvokas lainsäädännön lähde. Se sisältää sellaisia unionin lainsäädäntää myös enemmän tai vähemmän velvoittavia normeja, joista ei ole säännöksiä perussopimuksessa. Tällainen on esimerkiksi yhden oikeusperustan periaate. Eräissä normivalvonnan tapauksissa tuomioistuin on nimenomaisesti kehottanut unionin lainsäätäjää noudattamaan unionin lainsäädä-

däntöohjetta. Perussopimuksen perusteella unionin toimielinten laatimat sopimukset, kuten paremman lainsäädännön asiakirjat, voivat olla oikeudellisesti velvoittavia.

Mitään yhtä universaaliala säädettyä lainsäädännöllistä kriteeriä ei ole sinänsä sille, minkälaista tehokkaan ja legitiimin, hyväksyttävyyttä nauttivan lainsäädännön tulee olla. Oikeudellisesti arvioiden oikeusvaltiollisen laadun ainekset johtuvat useista enemmän tai vähemmän velvoittavista lähteistä. Ideali lainsäädännön oikeusvaltiollisuudesta sisältöinä ja säädöksinä perustuu kunkin oikeusjärjestyksen tavoitteisiin, intresseihin ja arvoihin, perustuslakien normeille ja kansainvälisiin perus- ja ihmisoikeussopimuksiin, myös legistisiin ohjeisiin.

Säädösten jälkikäteisen oikeudellisen normivalvonnan tapaukset ovat yksi lainsäädännön metodinen lähde. Ne ovat lainsäädäntömetodisesti tärkeää tapausaineistoa. Eurooppalaisessa valtiosäännössä se on likipitäen sama asia kuin eräiden valtiosääntöjen *constitutional jurisprudence*.

Jälkilainsäädännöllisen vaiheen metodi noudattaa säädösten normivalvonnassa oikeudellisia argumentaatioasääntöjä. Niitä ei käytetä tulkinnan apuvälineinä vaan argumentaation keinoina säädösten normivalvonnassa. Säädösten oikeudellisen jälkikäteisen normivalvonnan tyypilliset argumentit ja perusteet, joilla unionin lainsäädännön periaatteita perustellaan, ovat *teleologinen lainsäädännön tavoitteita perusteleva argumentti*, *empiirinen argumentti* tai *yleinen praktinen käytännöllinen argumentti* säädösten pätevyyden evaluatiivisena argumenttina, joka voi koskea periaatteessa mitä tahansa hyödyllistä omaksuttua periaatetta, *konsekventiaalinen* seurauksia korostava argumentti tai *kontekstuaalinen* eli tiettyyn tilanteeseen liittyvä argumentti. *Tuomioistuimien harvoin tukeutunut eettisiin tai muihin evaluatiivisiin argumentteihin, kuten mainittuun yleiseen käytännölliseen argumenttiin, mutta yleinen käytännöllinen argumentti* tulee kyseeseen normivalvonnan tapauksen periaatteita justifioivana perusteena kuitenkin silloin, kun tapauksen ratkaisu on tärkeä ja se sisältää normatiivista epävarmuutta tai muut argumentit johtaisivat hyvin erilaisiin lopputuloksiin.

Argumentit ovat tuomioistuimen säädösten jälkikäteisessä oikeudellisessä normivalvonnassa käyttämä oikeudellinen kieli, jolla perustellaan säädösten pätevyyttä tai laillisuutta normivalvonnassa. Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa tuomioistuimen käyttämät jälkilainsäädännöllisen vaiheen oikeudelliset argumentaatioasääntöt on mahdollista kääntää (translate) lainsäädännön rationaliteeteiksi niin, että teleologinen argumentti liittyy lainsäädännön teleologiseen rationaliteettiin, praktinen eli käytännöllinen argumentti yleensä viittaa säädöksen faktuaaliseen ulottuvuuteen ja esimerkiksi kontekstuaalinen argumentti lainsäädännön kulttuuriseen rationaliteettiin.

Määrittely lainsäädännön ja oikeudellisen päättelyn erosta on myös veteen piirretty viiva siksi, että myös oikeudellinen päättely on toisinaan luonteeltaan käytännöllistä päättelyä. Modernissa oikeudessa lainsäädäntä on juridisoitunut ja tuomioistuinten ratkaisutoiminta on useammin käytännöllistä päättelyä.

Modernista sääntelystä on seurannut merkittäviä ylimpien valtioelinten toimivaltasuhteiden muutoksia. Koska lainsäätäjät ei kykene ennalta määräämään tarkasti etenkään teleologisen normimallin ja periaatteita normityyppinä käyttävän lainsäädännön sisältöä, on siitä seurannut, että *manageriaalisuus eli hallintokoneiston painoarvo* on voimistunut. Moderni lainsäädäntö ei ilmaise aina nimenomaisesti minkä tahon on tehtävä jotakin, mitä on tehtävä tai mitä ei saa tai ole lupa tehdä tai miten on tehtävä. Lainsäätäjän kieli ei sisällä täsmällistä ohjausta. Tavoitteellinen lainsäädäntö ja periaate normityyppinä merkitsee lainsäätäjälle kuuluvan harkintavallan siirtymistä toimeenpanokoneistolle. On arvioitu, että toimeenpanokoneisto on ryhtynyt käyttämään

perinteisesti lainsäätäjälle kuuluvaa toimivaltaa. Tämä heikentää lainsäätäjän asemaa suhteessa toimeenpanokoneistoon. Euroopan unionin lainsäädännössä *monitorointi* kuitenkin seuraa unionin lainsäädännön toimeenpanoa.

Lainsäädännön metodeihin liittyvän teoreettisen tutkimuksen tarve

Lainsäädännön oikeusvaltiollinen laatu on pitkälti oikeusjärjestyskohtainen kysymys. Lainsäädäntöteoreettisina käsitteinä legitiimisyys, hyväksyttävyyys ja tehokkuus kaipaavat lisäselvittelyjä. Esimerkiksi lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa *tehokkuus yleisenä lainsäädäntöteoreettisen käsitteenä* tarkoittaa säädösten vaikutuksia käytännössä (= edellytetty tai tarkoitettu vaikutus käytännössä). Sitä on mahdollista tarkastella *ex ante*-tyyppisesti ennen säädöksen muodollista voimaantuloa tai *ex post*-tyyppisesti säädöksen voimaansaattamisen eli muodollisen voimaantulon jälkeen. *Oikeusteorian käsitteenä tehokkuus voimassaolona* tarkoittaa oikeuden normin noudattamista käytännössä (=tehokkuus oikeusnormin pätevyyttenä oikeusjärjestyksessä tarkoittaa normin tosiasiallista noudattamista käytännössä). Käsitteet määrittelevät samoin ilmaisin osin erilaisia asioita.

Edellä tutkimuksessa olen korostanut takaisinkytkennän merkitystä ja jälkilainsäädännöllistä doktriinia. Se on tärkeä kasvussa oleva aihe. Nähdäkseni sen merkitys korostuu siksi, että moderniin lainsäädäntään liittyy monenlaista oikeudellista ja lainsäädäntämetodista epävarmuutta, jota on voitava arvioida vielä sen jälkeen, kun säädös on muodollisesti voimassa olevaa oikeutta.

Edellä olen todennut, että myös unionin paremman lainsäädännön edistäminen tarkoittaa painopisteen siirtymistä toimeenpanoon siten, että unionin lainsäädännön yhtenäistä soveltamista tuetaan niihin liitettävillä *selityksillä* ja muun muassa *implementaatio-ohjeilla*.

Lainsäädäntöteoreettisessa tutkimuksessa on virinnyt kiinnostus erityisesti lainsäädännön jälkilainsäädännölliseen vaiheeseen (*Alexy, Sieckmann, Wintgens, Meßerschmidt, Oliver-Lalana, De Vrieze*). Tämä johtuu pitkälti siitä, että moderni lainsäädäntö ei kykene ottamaan aina ennalta huomioon legistis-lingvistisiä tai oikeudellisia saati faktuaalisen ulottuvuuden seikkoja, ja siten toteuttamaan lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua edellytetyllä tavalla. Lainsäädännön legistis-lingvistinen ulottuvuus edellyttäisi lisäpohdintoja.

Eurooppalaisessa valtiosäännössä jälkilainsäädännöllinen doktriini on vahvistunut eri muodoissaan. Jälkilainsäädännöllinen doktriini on monimerkityksinen käsite. Se voi tarkoittaa joko jo säädetyssä voimassa olevan lainsäädännön oikeudellista jälkikäteistä normivalvontaa tai lainsäädännön yhteydessä harjoitettavaa *ex post*-tyyppistä normivalvontaa. Euroopan unionin parlamentti on ottanut käyttöön muun muassa jälkilainsäädännöllisen evaluaatiometodin, jonka tehtävänä on arvioida jo voimassa olevaa lainsäädäntöä parlamentissa. Yhdistyneessä kuningaskunnassa jälkilainsäädännöllistä menettelyä toteutetaan evaluaation ja monitoroinnin keinoin parlamentin yhteydessä. Manner-Euroopassa normivalvontaa harjoitetaan yleensä tuomioistuimissa, mutta myös eri tavoin erilaisissa normivalvonnan kontrollielimissä.

Euroopan unionin oikeudellinen jälkikäteinen normivalvonta ei ole menettänyt merkitystään jälkilainsäädännöllisen valvonnan muotona, vaikka Euroopan komissio harjoittaa esilainsäädännöllistä säädösvalmistelua ja Euroopan parlamentti on omaksumut sekä *ex ante*- että *ex post*-tyyppisen vaikutustenarvioinnin mekanismin.

Euroopan unionin tuomioistuimen säädösten jälkikäteisen oikeudellisen normivalvontatapauksissa unionin tuomioistuin on kehitellyt tärkeällä tavalla unionin lainsäädäntöperiaatteita. Normivalvonnan oikeuskäytäntö on yksi unionin lainsää-

dännän metodinen lähde ja oikeusvaikutusten näkökulmasta voimassa olevan lainsäädännön pätevyyden arvioinnin mittapuu.

Moderni oikeusvaltioperiaate, jota on kehitelty kansainvälisten järjestöjen puitteissa edellyttää lainsäädännöltä oikeusvaltiollista laatua. Myös säädösten oikeudellinen normivalvonta pyrkii edistämään oikeusvaltiollista laatua ja sen perusteella hyvää hallintoa (good governance). Normivalvonnan muotona unionin säädösten jälkikäteinen oikeudellinen normivalvonta on vahvamuotoista normivalvontaa sillä perusteella, että unionin tuomioistuimella on toimivalta kumota unionin säädös joko kokonaan tai osaksi. Tuomioistuin on vain harvoin kumonnut unionin säädöksiä tai niiden osaa. Normivalvonnan oikeuskäytännössä unionin tuomioistuin kuitenkin aina tutkii, perustelee ja myös justifioi yksityiskohtaisesti tutkittavana olevan unionin lainsäädännön periaatteita. Tämä eräänlaisena takaisinkytkentänä on tärkeä unionin lainsäädännön periaatteiden lähde. Olen käyttänyt tutkimuksessa tässä yhteydessä termiä lainsäädännön lähde.

Tutkimus on luonteeltaan *lainsäädäntöteoreettista* oikeudellista julkisoikeuden alaan kuuluvaa tutkimusta. Olen hyödyntänyt tutkimuksessa oikeusteorian käsitteistöä. Lainsäädännön tutkimuksessa erityispiirre on, että se on monien tieteenalojen yhteistyötä. Tämä merkitsee sitä, että keskustelua tutkimuskohteesta käydään sekä oikeustieteen termein että lainsäädäntöteoreettiselle tutkimukselle tyypillisten muiden yhteiskuntatieteiden teorioiden ja menetelmien käsittein. Juridinen metodi ja muiden yhteiskuntatieteiden metodi ovat erilaisia tiedollisia kategorioita, joita on mahdollista yhdistää transitiosäännön ja kommunikaation keinoin.

Tutkimus on tarkastellut lainsäädäntömetodeja, joiden avulla on pyritty varmistamaan ensinnäkin lainsäädännön aineellista ja materiaalista tehokkuutta (*Morand, Mader, Flückiger*). Yhdeksi tällaiseksi lainsäädännön metodiksi on määritelty evaluaatiometodi eri alametodeineen. Lainsäädäntömetodi hyödyntää myös monitorointeja, joilla yleensä arvioidaan toimeenpanon vaikutuksia. Euroopan unionin lainsäädännössä on tapahtunut muutoksia niin, että se on omaksunut metodeja, jotka ovat perua kansainvälisten järjestöjen interventioiden hankearviointien työmenetelmistä. Samalla unionin lainsäädännön käsite on lähentynyt kansallisvaltion lainsäädännön käsitettä niin, että yleisesti sovellettavaksi tarkoitettu ja abstrakti sääntely on erotettu muista toimista, kuten hallinnollisesta päätöksenteosta.

Lainsäädäntöjen järjestelmää yleensä toteutetaan kansallisvaltioissa demokratiaperiaatteen perustalta ja demokraattisen oikeusvaltion periaatteiden mukaan parlamenteissa enemmistöpäätöksentekona tietyssä menettelyssä. Doktriinin taustalla on edelleenkin ajatus siitä, että tuomioistuimet ja viranomaiset soveltavat parlamentin antamaa legitiimiä ja hyväksyttävyyttä nauttivaa lainsäädäntöä ja lakeja, jos mahdollista, lainsäädännön sanamuotoon tukeutuen. Kansallisvaltioiden vallanjako-oppi edellyttää, että parlamentin antamien säädösten oikeudellinen normivalvonta on pidättyväistä eikä siinä kajota demokratiaperiaatteen olennaisiin elementteihin.

Euroopan unionin oikeusjärjestys ei perustu vallanjako-opille tai samanlaiselle demokratiaperiaatteelle, jolla kansallisvaltioiden lainsäädännön järjestelmä toimii. Olen omaksunut tässä tutkimuksessa ajattelutavan, jonka mukaan unionin lainsäädäntö on funktionaalisessa mielessä samankaltaista kuin kansallinen lainsäädäntö: sitä sovelletaan lakeina yksittäisiin konkreettisiin tapauksiin. Todellisuudessa lainsäätäjän autonomisuus suhteessa toimeenpanoon on kaventunut siksi, että lainsäätäjän mahdollisuus välittää intentiotaan ja oikeusnormeja säädöksen teksteillä on heikko.

Teoreettisina kognitiivisina ”työvälineinä” lainsäädännön prosessi, vaiheet ja ulottuvuudet, joilla lainsäädäntä on mahdollista tutkia, ovat sillä tavoin yleisiä, että niitä

voidaan soveltaa myös eri oikeusjärjestysten lainsäädäntöjen tutkimukseen. Niiden avulla voidaan vertailla eri oikeusjärjestysten lainsäädäntää ja niiden metodeja. Teoreettiset välineet ovat käsitteellinen ja ajatuksellinen työkalu, jolla tutkimuskohdetta otetaan haltuun.

Ajattelen niin, että etenkin lainsäädännön jälkilainsäädännöllistä tutkimusta eri muodoissaan tulisi vahvistaa kansallisvaltioissa. Se on yksi keino edistää säädösten oikeusvaltiollista laatua. Tutkimuksen kohteena voisivat olla voimassa olevien säädösten oikeudellinen normivalvonta tai muunlainen voimassa olevien säädösten jälkikäteinen valvonta, jonka huomio on lainsäädännön oikeusvaltiollisen laadun ulottuvuuksissa. Toinen tutkimuksellisesti tärkeä kysymysjoukko on modernin tavoitteellisen lainsäädännön tulkintametodit.

Manageriaalisuus on vahvistunut modernissa lainsäädännössä. Manageriaalisuuden käsite on monimerkityksinen ja sen on määritelty tarkoittavan myös irtaantumista valtiollisen vallanjako-opin ajatuksesta, jossa toimeenpanon ajatellaan olevan alisteista lainsäädännölle ja laillisuusperiaatteelle. Managerialismi on merkinnyt toimeenpanokoneistossa monenlaisia uusia tehtäviä, kuten erilaista arviointia. Pidän tärkeänä sitä, että modernin lainsäädännön toimeenpanossa tukeudutaan sellaisille oikeusperiaatteille, jotka tukevat sovellettavan lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua. Näitä ovat hallinnon oikeusperiaatteet ja perus- ja ihmisoikeusnormit. Ajattelen niin, että myös tehokkuusperiaatteen tulee lainsäädännön toimeenpanossa asettua oikeusvaltiollisuuden ja laillisuuden rajojen sisäpuolelle. Laillisuuden rajat ovat modernissa oikeudessa muuttuneet ja venyneet tehokkuuden suuntaan. Muutosta kompensoivat harkintavaltaa rajoittavat hallinnon oikeusperiaatteet, jotka soveltuvat kaikenlaisen lainsäädännön toimeenpanoon.

LÄHTEET

KIRJALLISUUS JA ARTIKKELIT

- Aarnio, Aulis (1989): Laintulkinnan teoria, Juva.
- Aarnio, Aulis (1987): *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Holland.
- Aarnio, Aulis (1993): Ennakkopäätöksistä ja niiden sitovuudesta, 254–272, *Oikeus* 3.
- Aarnio, Aulis (1997): Tuomioistuineläisyys ja demokratia, 419–428, *Lakimies* 3, SLY. (Aarnio,1997a)
- Aarnio, Aulis (2006): Tulkinnan taito. Ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta, Vantaa.
- Abeele Van den, Eric (2009): L'agenda mieux légiférer de l'Union Européenne, *Courrier Hebdomaire du CRISP* 2009/2003 (n 2028-2029), 5–79. DOI 10.3917/cris.2028.0005
- Acosta, Pablo (2010): National legal tradition – Spain, 113–136, in *Judicial Review, Comparative analysis inside the European legal system*, edited by S. Galera, Council of Europe Publishing.
- Aer, Janne (2005): Veli Merikoski ja kysymys hallinnollisesta harkintavallasta, 11–75, *Oikeustiede, Jurisprudentia*, Jyväskylä.
- Alexy, Robert (1994): *Theorie der Grundrechte*, (orig. Nomos Verlagsgesellschaft 1985), printed in Germany.
- Alexy, Robert (1989): *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press Oxford.
- Alexy, Robert (2004): *A Theory of Constitutional Rights* (translator Julian Rivers), Oxford.
- Alexy, Robert (2009): The Dual Nature of Law, 257–274, *Global Harmony and Rule of Law, Papers, Plenary Session, IVR 24 th World Congress September 15.20. 2009 Beijing, China*.
- Alter, Karen J (2002): *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford.
- Apala – Arlander, Terttu (1972): Yleislausekkeista: oikeussäännösten muotoamiseen ja soveltamiseen liittyviä kysymyksiä, *Suomalainen lakimiesyhdistys*.
- Atienza, Manuel (1992): Practical Reason and Legislation, 269–287, *Ratio Juris*, Vol 5, No 3 December.
- Atienza, Manuel (1989): Contribución para una teoría de la legislación, *Revista Doxa*, No 6, 385–403.
- Ávila, Humberto Bergman (2007): *Theory of Legal Principles*, Dordrecht, Holland.
- Baldwin, Robert – Cave, Martin – Lodge, Martin (2012): *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press.
- Barraud, Boris (2016): La légistique. La reserche juridique, L'Harmattan.<hal-01367740>
- Barraud, Boris (2016): La méthodologie juridique, in *La reserche juridique (les branches de la reserche juridique)*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, p. 167, https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/Barraud_2016a
- Bast, Jürgen (2006): Legal Instruments, 373–418, *Principles of European Constitutional Law*, ed. Armin von Bogdandy and Jürgen Bast, Oxford and Portland, Oregon.
- Beck, Gunnar (2012): *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing.
- Bellamy, Richard (2006): Still in Deficit: Rights, Regulation, and Democracy in the EU, 725–742, *European Law Journal*, Vol. 12, No. 6, November.
- Bellamy, Richard (1996): *The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy*, 436–456, *Political Studies*.
- Bellomo, Manlio (1995): *The Common Legal Past of Europe 1000-1800*, *Studies in Medieval and Early Modern Canon Law*, Volume 4, The Catholic University of America Press. (Translated by Lydia G. Cochrane)
- Bengoetxea, Joxerramon (1993): *The Legal Reasoning of The European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford.
- Benz, Arthur (2009): Linking Multiple Demoi. Interparliamentary Relations in the EU, 267–277, *Constitutionalisation Without Constitution*, eds. Ingolf Pernice, Evgeni Tanchev, Mattias Wendel, Nomos.
- van den Berghe, Quido (1982): *Political Rights for European Citizens*, Great Britain.
- Beaulac, Stéphane (2007): *An Inquiry into the International Rule of Law*, European University Institute, Max Weber Programme, EUI Working Paper MPW No.14, printed in Italy.

- Bickenbach, Christian (2016): Legislative Margins of Appreciation as the Result of Rational Lawmaking, 235–256, *Rational Lawmaking under Review, Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, editors Meßerschmidt, Klaus, A. Daniel Oliver-Lalana, Springer, Switzerland.
- Bieber, Roland (2009): The Citizen’s Initiative – a Source of Additional Legitimacy for the European Union, 229–240, *Constitutionalisation Without Constitution*, eds. Ingolf Pernice, Evgeni Tanchev, Mattias Wendel, Nomos.
- Black, Julia (2009): Legitimacy and the Competition for Regulatory Share, LSE Law, Society and Economy Working Papers 14/2009, London School of Economics and Political Science, Law Department.
- Blankenburg, Erhard: La recherche de l’efficacité de la loi. Réflexions sur l’étude de la mise en œuvre le concept “d’implémentation”, 59–75, *Droit et société*, no 2, 1986.
- von Bogdandy, Armin – Bast, Jürgen (2009): The Federal Order of Competences, 275–305, *Principles of European Constitutional Law*, ed. Armin von Bogdandy and Jürgen Bast, Printed in Great Britain by William Clowes Ltd, Beccles, Suffolk.
- von Bogdandy, Armin – Bast, Jürgen (2006): The Vertical Order of Competences, 335–372, *Principles of European Constitutional Law*, ed. Armin von Bogdandy and Jürgen Bast, Oxford and Portland, Oregon.
- Boulouis, Jean (1993): *Droit institutionnel des communautés européennes*, 4. édition avec références au *Traité sur l’Union Européenne*, Montchrestien.
- Brems, Eva (2009): Methods in Legal Human Rights Research, 77–90, *Methods of Human Rights Research*, Maastricht Centre for Human Rights, (eds.) Fons Coomans, Fred Grünfeld and Menno T. Kamminga.
- Bussmann, Werner (2010): Evaluation of Legislation: Skating on Thin Ice, 279–293, *Evaluation* 16(3).
- Campell, Tom (2013): Human Rights: A Democratic Way, 63–75, *XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies*, Belo Horizonte, Brasil.
- Cartabia, Marta (2009): Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously, 5–31, *European Constitutional Law review*.
- Cartabia, Marta (1998): The Italian Constitutional Court and the Relationship Between Italian legal system and the European Union, 133–146, *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence, Legal Change in Its Social Context*, Ed. by Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet and J.H.H. Weiler, Hart Publishing, Oxford.
- Chalmers, Damian (2004): The Dynamics of Judicial Authority and the Constitutional Treaty, Jean Monnet Working Paper 5/04, NYU School of Law. (Chalmers, 2004)
- Chevallier, Jacques (1993) *La juridisation des precepts managériaux*, 111–134, *Politiques et management public*, vol 11 no 4, Numéro special droit et management public (Numéro prepare par Jean-Bernard Auby).
- Cloos, J. – Reinessch, G. – Vignes D. – Weyland J. (1993): *Le Traite de Maastricht. Genese, analyse, commentaires*. Bruylant, Bruxelles.
- Craig, Paul – de Búrca, Grainne (2011): *EC-law. Text, Cases & Materials*. Oxford.
- Craig, Paul – de Búrca, Grainne (2003): *EC-law. Text, Cases & Materials*. Oxford.
- Conklin, William E. (2001): *The invisible origins of legal positivism: a re-reading of a tradition*, Kluwer Academic Publishers.
- Conklin, William (1979): *In defense of Fundamental Rights*, Sijthoff & Noordhoff, International Publishers B.V., The Netherlands.
- Cooper, Frank E (1953): *Writing in Law Practice*, copyright 1953 by the Bobbs-Merrel Company, copyright 1963 by the Bobbs-Merrel Company.
- MacCormick, Neil (1999): *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press.
- MacCormick, Neil (1997): Democracy, Subsidiarity, and Citizenship in the “European Commonwealth”, *Constructing legal Systems. “European Union” in Legal Theory*, 1–26, (Ed. Neil MacCormick), Kluwer Academic Publishers.
- Dauses, Manfred (1999): European Law and the Issue of a Total Ban on the Advertising of Tobacco Products, 71–98, *The European Ban on Tobacco Advertising, Studies concerning it Compatibility with European Law*, (Eds. Hans-Peter Schneider/Torsten Stein), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden.
- Delley, Jean-Daniel – Flückiger, Alexandre (2005): *La légistique: une élaboration méthodique de la législation, Confection de la loi*, 83–96, Drago Roland, Presses Universitaire de France.

- Duprat, Jean-Pierre (2003): Genèse et développement de la légistique, 11–49, in *La Confection de la Loi*, groupe de travail preside Monsieur Roland Drago, member de l'Académie, Rapport d'étape. <https://www.asmp.fr/travaux>
- Dworkin, Ronald (2001): *Taking Rights Seriously*. New Impression with a Reply to Critics. Harward University Press. Cambridge, Massachusetts. Eighteenth printing. Printed in United States of America. (Dworkin, 2001, orig. 1977 ja 1978 by Ronald Dworkin)
- Dworkin, Ronald (1998): *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford. (Dworkin, 1998, orig. 1986).
- Dworkin, Ronald (1997): *Taking Rights Seriously*. New Impression with a Reply to Critics. Duckworth, Printed in Great Britain by the MPG Books Group, Bodmin and King's Lynn, This impression 2009, First published in 1977 by Gerald Duckworth & Co. Ltd.
- Edwardsson, Eva – Wockelberg, Helena (2013): European Legal Method in Denmark and Sweden – Using Social Science Theory and Methodology to Describe the Implementation of EU Law, 364–381, *European Law Journal*, Volume 19. Issue 3 May.
- Elliott, Mark (2018): Sovereignty, Primacy and the Common Law Constitution What has EU Membership Taught Us, Paper No. 24, March, Legal Studies Research Paper Series, University of Cambridge, Faculty of Law, <http://www.law.cam.ac.uk/ssrn/>
- Elliott, Mark (2001): *The Constitutional Foundation of Judicial Review*, Oxford – Portland.
- Ekelöf, Per Olof (1992): Teleological Construction of Statutes, 360–400, *Legal Reasoning*, Volume II, Edited by Aulis Aarnio and D. Neil MacCormick, Cambridge.
- Esteban, Maria Luisa Fernandez (1999): *The Rule of Law in the European Constitution*, Kluwer Law International.
- Estella, Antonio (2002): *The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique*, Oxford University Press.
- Ekins, Richard (2012): *The Nature of Legislative Intent*, Oxford University Press.
- Filangieri, Gaetano: *Ciencia de la legislación*, 1836, Paris.
- Fischman, Joshua B. (2013): Reuniting “is” and “ought” in empirical legal scholarship, 117–168, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 162:117).
- Fleiner, Thomas – Fleiner, Lidija Basta (2009): *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*, Springer – Verlag Berlin Heidelberg.
- Flores, Imer B. (2005), *The Quest for Legisprudence: Constitutionalism v. Legalism*, 26–52, in *The Theory and practice of legislation: essays in legisprudence*, ed. Wintgens, Luc, 2005, Ashgate. (Imer B.Flores, 2005)
- Flückiger, Alexandre (2016): Case-law sources for evaluating the impact of legislation: an application of the precautionary principle to the fundamental rights, 263–277. *Theory and Practice of Legislation*, Volume 2, Issue 2: Evidence based Review of Legislation.
- Flückiger, Alexandre (2013): Soft law im öffentlichen Recht, 301–316, in Ladner Andreas et al, *Handbuch de öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zürich, Verlag Neue Zürcher Zeitung.
- Flückiger, Alexandre (2010): Can Better Regulation Be Achieved By Guiding Parliaments and Governrments? How the Definition of the Quality of Legislation Affects Law Improvement Methods (Concluding Remarks), 213–218, *Legisprudence*, Vol 4, no.2.
- Flückiger, Alexandre (2009): Effectiveness: a new Constitutional principle, 183–198, *Legislação: cadernos de ciência de legislação*, no. 50.
- Flückiger, Alexandre (2009): Pourquoi respectons-nous la soft law? Le rôle des émotions et des techniques de manipulation, 73–103, *Revue européenne des sciences sociales* 144. (2009a)
- Flückiger, Alexandre (2008): Qu'est-ce que “mieux légiférer”? enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative, 11–32, *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer: le rôle des guides de légistique*, Flückiger et al., Genève, Schulthess.
- Flückiger, Alexandre (2008): The ambiguous principle of the clarity of law, 9–24, in Anne Wagner et. al. *Obscurity and Clarity in the Law*. Aldershot: Ashgate. (Flückiger, 2008a)
- Flückiger, Alexandre (2007): L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois, 83–101, *Revue européenne des sciences sociales*, XLV-138.
- Flückiger, Alexandre (2005): Le Multilinguisme de l'Union européenne: un défi pour la qualité de la législation, 340–360, *Jurilinguistique: entre langues et droits*, Bruxelles. (2005)
- Flückiger, Alexandre (2005): La loi Damoclès, 233–248, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor: théorie du droit, droit administratif, organisation du territoire*, édité par Benoît Bovay, Minh Son Nguyen, Staempfli Editions Sa Berne (2005a).
- Flückiger, Alexandre (2001): Le droit administratif en mutation: l'émergence d'un principe d'efficacité, 93–119, *Revue de droit administratif et droit fiscal*. Partie 1, *Droit administratif*, Vol 57, no. 1–2.

- Flückiger, Alexandre – Grodecki, Stéphane (2017): La clarté: un nouveau principe constitutionnel?, 31–62, *Revue de droit suisse*, vol. 136. Hallbbd. I.
- Folz, Hans-Peter (1999): *Demokratie und Integration. Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischen Gerichtshof über die Kontrolle der Gemeinschaftskompetenzen. Zum Spannungsverhältnis zwischen demokratischer Legitimation und Autonomie supranationaler Rechtsordnung*, Springer – Verlag Berlin Heidelberg.
- Fyhr, Kim (2016): *Making Fundamental Rights a Reality in EU Legislative Process: Ex ante Review of Proposals for EU Legislative Measures for their Compatibility with the Charter of Fundamental Rights of European Union*, Helsinki.
- Garapon, Antoine (2009): *Judges at the Crossroads between Worldwide and Universal Dimension*, 7–91, *the World Order, Global Harmony and Rule of Law, Papers, Plenary Session, IVR 24 th World Congress*, 15–20. September, 2009 Beijing, China.
- Garth, Bryant G. (1986): *Migrant Workers and Rights of Mobility in the European Community and the United States: A Study of Law, Community, and Citizenship in the Welfare State*, 85–163, *Integration Through Law, Europe and the American Federal Experience*, (eds.) Cappelletti, Mauro, – Seccombe, Monica – Weiler, Joseph, Vol I *Methods, Tools and Institutions*, Book 3 *Forces and Potential for a European Identity*, Berlin. (Garth, 1986)
- Gautron, Jean-Claude (1994): *Droit européen*, 6. édition, Dalloz Paris 1994.
- Gema, Marcilla (2010): *Balancing as a guide to legislative reasoning*, 93–104, *Legisprudence, International Journal for the Study of Legislation*. May 2010, Vol 4 Issue 1.
- van Gestel, Rob – de Poorter, Jürgen (2016): *Putting evidence-based law making to the test: judicial review of legislative rationality*, 155–185, *The Theory and Practice of Legislation*, Volume 4 – Issue 2.
- Golding Martin P. (1975): *Philosophy of Law*, Prentice Hall, Inc.
- Grabbe V.C.R.A.C. (1993): *Legislative Drafting*, Printed in Great Britain.
- Guimaraes-Purokoski, Alice (2009): *Vertikaalinen toimivallanjako EU- oikeudessa. Tutkimus yhteisön toimivallan kehittämisestä energia-alalla sekä julkisen palvelun velvoitteiden ja yleispalvelun sääntelystä sähkön sisämarkkinoilla*, SLY A-sarja N:o 290, Helsinki.
- Grzeszick, Bernd (2016): *Rationality Requirements on Parliament Legislation under a Democratic Rule of Law*, 61–87, *Rational Lawmaking under Review, Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, editors Meßerschmidt, Klaus, A. Daniel Oliver-Lalana, Springer, Switzerland.
- Habermas, Jürgen (2008, orig. 1977): *Between Facts and Norms*, Great Britain.
- Hallberg, Pekka (2017): *Rule of Law and Sustainable Development*, Tallinn.
- Hallberg, Pekka (2004): *The Rule of Law*, Helsinki, 2004.
- Hallberg, Pekka (1996): *Perusoikeusuudistus ja tuomioistuimet*, 832–844, *Lakimies* 5–6/1996.
- Hanna, Robert (2006): *Rationality and Logic*, Massachusetts Institute of Technology.
- Hart H.L.A. (1997): *The Concept of Law*. Oxford University Press, second edition.
- Hartley, T.C. (2014): *The Foundations of European Union Law, An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of European Union*, Oxford University Press, eighth edition.
- Hartley, T.C. (2003): *The Foundations of European Community Law, An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of European Community*, Oxford, fifth edition.
- Hartley, T.C. (1989): *The Foundations of European Community Law, An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of European Community*, 2. ed., Oxford.
- Harlow, Carol (2010): *The Concepts and Methods of Reasoning of the New Public Law: Legitimacy*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 19/2010, London School of Economics and Political Science, Law Department.
- Harlow, Carol (2003): *Voices of Difference in a Plural Community*, Harvard Jean Monnet Working Paper 2003/00, Harvard Law School, Cambridge, MA 02138.
- Hautamäki, Veli-Pekka (2013): *Lainsäädäntövallan delegointi Suomessa ja Euroopan unionissa – vertailevia huomioita*, 74–81, *Lakimies* 1/2013.
- Hautamäki, Veli-Pekka (2010), *Asetuksenantovaltuus ja asetuksenanto*, 210–220, *Lakimies* 2/2010.
- Hautamäki, Veli-Pekka (2009): *Perustuslainmukaisuuden valvonta ilmeisyyskriteerin poistamisen myötä*, 137–146, *Lakimies* 1/2009.
- Hautamäki, Veli-Pekka (2008): *Poikkeuslakijärjestelmä Suomen valtiosäännössä – pitäisikö poikkeuslakien säätämismahdollisuus säilyttää vai poistaa?* 392–409, *Lakimies* 3/2008.
- Hautamäki, Veli-Pekka (2002): *Perustuslain auktoritatiivinen tulkinta – Oikeusvertaileva tutkimus perustuslain tulkinnan auktoritatiivisista instituutioista ja niiden käyttämästä argumentaatiosta Suomessa ja Norjassa*, SLY, Helsinki.

- Hermanson, Robert (suom. K. Kaila) (1928): Suomen valtiosääntö pääpiirteittäin, Porvoo.
- Hermanson, Robert – Kaira, Kaarlo (1965): Suomen valtiosääntö pääpiirteittäin, Porvoo.
- Hettne, Jörgen (2008): Rättprinciper som styrmedel. Allmänna rättprinciper in EU:s domstol, Norsted Juridik.
- Hidén, Mikael (2002): »Normaali, kohtuullinen, järkevä» ja muita kuvauksia. Hajahuomioita suhtautumisesta perusoikeussuojan rajanvetokriteereihin, 1168–1184, SLY, Lakimies 7–8.
- Hidén, Mikael (1974): Säädosvalvonta Suomessa. I eduskuntalait, Vammala.
- Hirvelä, Päivi – Heikkilä, Satu (2013): Ihmisoikeudet – käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön, Porvoo.
- Hofmann, Ekkehard (2010): Rationality, Discretion, and Decision Theory, 73–100, Legal Reasoning: Method of Balancing. Proceedings of the Special Workshop Legal Reasoning: Methods of Balancing held at the 24 the World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Beijing, 2009, edited by Jan-Reinard Sieckmann, Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2010.
- Van Hoecke, Mark (2002): Law as Communication, Hart Publishing.
- Van Hoecke, Mark (2001): Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation, 415–423, Ratio Juris Vol 14 No.4.
- Van Hoecke, Mark – Ost, François (1993): Epistemological perspectives in Legal Theory, 30–47, Ratio Juris, Vol 6 No. 1.
- Hume, David (1748): Philosophical Essays concerning Human Understanding, By the Author of the Essays and Political, London, MDCCXLVIII. (Hume, 1748)
- Husa, Jaakko (2013): Oikeusvertailu. Teoria ja metodologia, Lakimiesliiton kustannus, Viro.
- Huovila, Mika (2005): Oikeuslähdeoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteluissa, 13–99, Rikostuomion perusteleminen (toim. Mika Huovila, Raimo Lahti ja Timo Ojala) Helsinki.
- Inha, Jyri (2005): Haminasta Maastrichtiin - Modernin suomalaisen valtiosääntöhistorian pääpiirteet, Helsinki.
- Isaac, Guy (1992): Droit communautaire général, 3. ed. Masson, Paris.
- Isola-Miettinen, Hannele (2013): The Principled Regulatory Strategy. About the Conditions of the Rationality and Knowing in the Law Creation?, 33–52, The Rationality and Justification of Legislation, Essays in Legisprudence, eds. Luc J. Wintgens-A. Daniel Oliver-Lalana, Legisprudence Library 1, Springer.
- Isola-Miettinen, Hannele (2010): Balancing and Legitimacy, article 169–187, in Legal Reasoning: Method of Balancing. Proceedings of the Special Workshop Legal Reasoning: Methods of Balancing held at the 24 the World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Beijing, 2009, edited by Jan-Reinard Sieckmann, Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2010.
- Isola-Miettinen, Hannele (2009): The Rights in The European Union Constitutional Treaty, 152–163, in Law, Liberty, Morality and Rights, 23 rd World IVR Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy held in Kraków in August 2007, Published in Poland. (Isola-Miettinen, 2009)
- Isola-Miettinen, Hannele (2004): EU- citizenship and Rights?, 23–46, Law and Modernity: Particular Problems, Law and Politics In Search of Balance, IVR, 21st World Congress of IVR in Lund 12. – 18.8.2003, PL Publisher in the Ratio Series in Law and Politics, Edited by Ola Zetterquist, Published in Kraków, Poland, by Polpress, 2004. (Isola-Miettinen, 2004)
- Jyränki, Antero – Husa, Jaakko (2012): Valtiosääntöoikeus, Suomen Lakimiesyhdistys, 2012.
- Jyränki, Antero (2000): Uusi perustuslakimme, Turku, Iura Nova.
- Jääskinen, Niilo (2008): Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia, Yliopistopaino, Helsinki.
- Kaeding, Michael (2007): Better Regulation in the European Union: Lost in Translation or Full Steam Ahead. The transposition of EU transport directives across member states, Leiden University Press.
- Kaisto, Janne (2005): Lainoppi ja oikeusteoria, Edita Prima, Helsinki.
- Kanninen, Heikki (1997): Katsaus EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöön yleisen EY:n oikeuden alla vuonna 1996 ja vuoden 1997 alkupuoliskolla, 1145–1179, Lakimies 8.
- Kant, Immanuel (1998): Kritik der reinen Vernunft, Nach der ersten und zweiten Originalausgabe herausgeben von Jens Timmermann, Hamburg.
- Karpen, Ulrich (2017), Introduction, 1–17, in Legislation in Europe: A Comprehensive Guide For Scholars and Practitioners, Edited by Karpen Ulrich and Helen Xanthaki, Bloomsbury, Hart Publishing.
- Karpen, Ulrich (2016): Efficacy, Effectiveness, Efficiency: From Judicial to Managerial Rationality, 295–313, Rational Lawmaking under Review, Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court, editors Meßerschmidt, Klaus, A. Daniel Oliver-Lalana, Springer, Switzerland.

- Karpen, Ulrich (2013): *Comparative Law: perspectives of legislation*, 141–185, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 17. ISSN:1138–4824, Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Karpen, Ulrich (2008): *Improving Democratic Development by Better Regulation*, 151–164, *Drafting Legislation: A Modern Approach*, eds. Constantin Stephanou, Helen Xanthaki, 2008. (Karpen, Ulrich, 2008)
- Kastari, Paavo (1977): *Suomen valtiosääntö*. Helsinki.
- Kelsen, Hans (1945): *General Theory of Law and State*. Harvard University Press (translated by Anders Wedberg).
- Kirchhof, Gregor (2016): *The Generality of the Law*, 89–127, *Rational Lawmaking under Review, Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, editors Meßerschmidt, Klaus, A.Daniel Oliver-Lalana, Springer, Switzerland.
- Kirchhof, Paul (2006), *The Legal Structure of the European Union, as a Union of the States*, 765–802, *Principles of European Constitutional Law*, ed. Armin von Bogdandy and Jürgen Bast, Oxford and Portland, Oregon.
- Kjær, Anne Lise (2004): *A Common Legal Language in Europe?*, 377–398, *Legisprudence and Comparative Law, Epistemology and Methodology of Comparative Law*, ed. Mark Van Hoecke, Hart Publishing.
- Klabbers, Jan (2004): *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge.
- Koopmans, Tim (2003): *Courts and Political Institutions. A Comparative View*. Cambridge.
- Krogsgaard, Lars Bondo (1993): *Fundamental rights in the European Community after Maastricht*, 99–113, *Legal Issues of European Integration* 1.
- Kulla, Heikki (2010): *Sääntelytarkkuus julkisoikeudessa, erityisesti hallinto-oikeudessa*, 12–22, *Sääntelytarkkuuden ongelmia, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia*, 251, toim. Jyrki Tala, Helsinki.
- Kumm, Mattias (2006): *Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union*, 503–533, *European Law Journal*, Vol. 12, No. 4, July.
- Laakso, Seppo (1993): *Lain esityöt oikeuslähteenä*, 111–124, *Oikeus, demokratia, informaatio*, toim. Rosas, Allan, Helsinki.
- Ladeur, Karl-Heinz (2004): *Methodology and European Law*, 91–122, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, ed. Mark Van Hoecke, Hart Publishing.
- Landman, Todd (2009): *Social Science Methods and Human Rights*, 19–44, *Methods of Human Rights Research*, Maastricht Centre for Human Rights, (eds.) Fons Coomans, Fred Grünfeld and Menno T. Kamminga.
- Lavapuro, Juha (2011): *Mitä uutta on uudessa perustuslakikontrollissa?* 783–787, *Lakimies* 4.
- Lavapuro, Juha (2010): *Uusi perustuslakikontrolli*, Suomen Lakimiesyhdistys, Helsinki.
- Lavapuro, Juha (2009): *Perustuslakikontrollin uudet muodot I – Kohti keskustelevaa normikontrolliajattelua*, 59–82, *Lakimies* 1.
- Lavapuro, Juha (2009): *Perustuslakikontrollin uudet muodot II – Keskustelevan normikontrolliajattelun edellytykset Suomessa*, 270–296, *Lakimies* 2. (Lavapuro, 2009a).
- Lavapuro, Juha (2008): *Perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimuksen vaikutuksista oikeuskäytännössä*, 582–611, *Lakimies* 4.
- Lavapuro, Juha – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin (2011): *Rights-based constitutionalism in Finland and development of pluralist constitutional review*, 505–531, *International Journal of Constitutional Law*, 9, 2.
- Lenaerts, Koen (2012): *The European Court of Justice and Process-oriented Review*, College of Europe, Department of European Legal Studies, Research Paper 1.
- Lenaerts, Koen (1993): *Some Thoughts about the Interaction between Judges and Politicians in the European Community*, 1–34, *Yearbook of European Law*, 12/1992. Oxford. (Lenaerts, 1993)
- Lenaerts, Koen – van Nuffel, Piet (2005): *Constitutional Law of the European Union*, second edition.
- Locke, John (1980, originally published 1690): *Second Treatise of Government*, edited by C.B. Macpherson, Canada.
- Lübbe-Wolff G. (2016): *Constitutional Courts and Democracy, Facets of an Ambivalent Relationship*, 19–32, *Rational Lawmaking under Review, Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, editors Meßerschmidt, Klaus, A.Daniel Oliver-Lalana, Springer, Switzerland.
- Lämsineva, Pekka (2002): *Perusoikeudet ja varallisuussuhteet*, Jyväskylä.

- Mackor, Anne Ruth (2013): Law as an abstract object, law as an empirical object: the relevance of ontology and epistemology for theories of legislation, 441—468, *Theory&Practice of Legislation*, Vol.1 Issue 3.
- Mader, Luzius (2007): Legislative Evaluation — A Necessary Elements of Evidence Driven Approaches to Law-Making, *Legislative Evaluation*, 11.–24.6.2007, European Commission for Democracy Through Law.(Mader, 2007)
- Mader, Luzius (2001): Evaluation of Legislation-Contribution to the Quality of Legislation, 17—29, *Evaluation of Legislation: Proceedings of Europe’s Legal Co-operation and Assistance Activities (2000—2001)*, Council of Europe Publishing, 2001.(Mader, 2001)
- Mader, Luzius (2001): Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation, 119—131, *Statute Law Review*, Volume 22, Number 2. (Mader, 2001a)
- Mader, Luzius (1985) *L’Évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, Lausanne.
- Maduro, Miguel Poiars (2004): The EU Constitution in a Contextual Perspective. How Constitutional Can the European Union Be? The Tension Between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union. Jean Monnet Working Paper 5/04. (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501-18.html>) (Maduro, 2004)
- Maduro, Miguel Poiars (2002): We, The Court. The European Court of Justice & the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty, Oxford, 2002 (first published 1998). (Maduro, 2002).
- Maduro, Miguel Poiars (Maduro, 1997): Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights, 55—82, *European Law Journal*, Vol, No 1 March. (Maduro, 1997)
- Makkonen, Kaarle (1998): Luentoja yleisestä oikeustieteestä, *Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja* 16, Helsinki.
- Mattila, Heikki (2002):*Vertaileva oikeuslingvistiikka*. Kauppakaari, Lakimiesliiton kustannus, Helsinki.
- Mayer, Frantz (2004): Competence Reloaded? The Vertical Division of Powers in the EU after the New European Constitution, Jean Monnet Working Paper 5/04. Woodrow Wilson School of Public and International Affairs at Princeton University, Franz Mayer 2004.
- McInerney-Lankford, Siobhán — Sano, Hans-Otto (2010): *Human Rights Indicators in development: an introduction*. World Bank Publications.
- Meade, John (1999): Legal Basis for Proposed Directive on Tobacco Advertising and Sponsorship, 141—160, *The European Ban on Tobacco Advertising, Studies concerning it Compatibility with European Law*, (Eds. Hans-Peter Schneider/Torsten Stein), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden.
- Melander, Sakari (2010): Sääntelytarkkuus rikosoikeudessa, 23—49, *Sääntelytarkkuuden ongelmia, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia*, 251, toim. Jyrki Tala, Helsinki.
- Metropoulos, Demetrios G. (1992): Human Rights, Incorporated: The European Community’s New Line of Business, 131—164, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 29, Number 1, Fall.
- Meuwese, Anne (2008): *Impact Assessment in EU Lawmaking*, Kluwer Law International, Netherlands.
- Mielityinen, Sampo (2006): *Vahingonkorvausoikeuden periaatteet*, Edita Prima Oy, Helsinki.
- Miers, David R. — Page, Alan D. (1990, second edition): *Legislation*, Sweet-Maxwell.
- Milward, A.S. (1992): *The European Rescue of Nation- State*, Routledge.
- Molle, Willem (1991): *The Economics of European Integration, Theory, Practice, Policy*. Dartmouth.
- Morand, Charles-Albert (2000): The contribution of “légistique” to a better knowledge of the law, 57—82, *Access to Legal Norms: Proceedings, Multilateral Seminar, Borovets (Bulgaria)*, 25—27 November 1998, Council of Europe Publishing, Pirnted in Germany.
- Morand, Charles-Albert (1999): *Éléments de légistique formelle et matérielle*, in Charles-Aleber Morand, dir. *Légistique formelle et matérielle*, PUAM (Aix-en-Provence).
- Morand, Charles-Albert (1988): Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation, 391—407, *Droit et société*, no 10, *Pratiques and reserche, questions théoriques et problèmes épistémologiques sur le droit et la société*.
- Müller, Georg (1999): *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, Schulthess.
- Mäenpää, Olli (2017): Judiciary v. Executive: Judicial Review and the Exercise of Executive Power, 242—255, *JFT* 2—4.
- Mäenpää, Olli (2007): *Hallintoprosessioikeus*, Helsinki.
- Mäenpää, Olli (2008): *Oikeus hyvään hallintoon*, Helsinki.
- Mäenpää, Olli (2003): *Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet*, Helsinki.

- Määttä, Tapio (2010): Näkökulmia sääntelytarkkuuteen: Lainsäädäntölähtöisestä analyysistä elävään oikeuteen, 51—76, Sääntelytarkkuuden ongelmia, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia, 251, toim. Jyrki Tala, Helsinki.
- Nassimpian, Dimitra (2010): National legal tradition — United Kingdom, 157—172, in *Judicial Review, Comparative analysis inside the European legal system*, edited by S. Galera, Council of Europe Publishing.
- Nenonen, Anne (2014): Oikeussuoja hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa, Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisu, Helsinki.
- Niemivuo, Matti (2008): Lain kirjain. Lakitekniikka ja lakikieli, Helsinki.
- Niemivuo, Matti (2002): Kansallinen lainvalmistelu, Helsinki.
- Niiniluoto, Ilkka (1999): Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus. Keuruu.
- Ojanen, Tuomas (2005): Eurooppa-tuomioistuimet ja suomalaiset tuomioistuimet, 1210—1228, SLY, Lakimies 7-8.
- Ojanen, Tuomas (1999): EY-oikeuden horisontaalinen välitön oikeusvaikutus, 1070—1079, SLY, Lakimies 6-7.
- Ojanen, Tuomas (1998): The European Way. The Structure of National Court Obligation under EC Law.
- Ojala, Timo (2005) Teleologinen tulkinta ja oikeusperiaatteiden punninta rikostunnusmerkistön tulkinnassa, 221—234, Rikostuomion perusteleminen (toim. Mika Huovila, Raimo Lahti ja Timo Ojala) Helsinki.
- A. Daniel Oliver-Lalana — Meßerschmidt, Klaus (2016): On the “Legisprudential Turn” in Constitutional Review: An Introduction, 1—16, *Rational Lawmaking under Review, Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, editors Meßerschmidt, Klaus, A. Daniel Oliver-Lalana, Springer, Switzerland.
- A. Daniel Oliver-Lalana (2013): Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates, 135—184, *The Rationality and Justification of Legislation, Essays in Legisprudence*, eds. Luc J. Wintgens — A. Daniel Oliver-Lalana, *Legisprudence Library 1*, Springer, 2013.
- Oppetit, Bruno (1999): *Philosophie de Droit*, Dalloz, Paris.
- Peczenick, Alexander (2009): *On Law and Reason*, Springer, 2. edition.
- Peers, Steve (2004): Taking Rights Away? Limitations and Derogations, 141—179, *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, law and policy. Essays in European law*, ed. by Steve Peers and Angela Ward.
- Peers, Steve (2006): Bosphorus. European Court of Human Rights. Limited responsibility of European Union Member States for actions within the scope of Community law. Judgement of 30 June, *Bosphorus Airways v. Ireland*, Application No. 45036/98, 443—455, *European Constitutional Law Review*, Vol 2 issue 3.
- Petersmann, Ernst-Ulrich (2006): Multilevel Trade Governance in the WTO Requires Multilevel Constitutionalism, 5—57, *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation, Studies in International Trade Law*, (ed. by.) Joerges, Christian — Petersmann, Ernst Ulrich. (Petersmann, 2006)
- Pound, Roscoe (1999, orig. 1963): *The Spirit of the Common Law*, originally published in Boston, 1963, with new introduction by Neil Hamilton & Mathias Alfred Jahren, 1999, New Jersey.
- Popelier, Patricia — Verlinden, Victoria (2009): The Context of the Rise of Ex Ante Evaluation, 13—38, teoksessa *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, edited by Jonathan Verschuren, Printed in Netherlands. (Popelier — Verlinden, 2009)
- Popelier, Patricia (2012): Preliminary Comments on the Role of Courts as Regulatory Watchdogs, 257—270, *Legisprudence*, Volume 6, Number 3.
- Radbruch, Gustav (1932): *Rechtphilosophie. Dritte neu bearbeitete und stark vermehrte auflage*, Verlag von Quelle & Meyer in Leipzig.
- Raitio, Juha (2017): *Oikeusvaltion ääriviivat*, Helsinki.
- Raitio, Juha (2006): *Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat*, Helsinki.
- Raitio, Juha (2001): *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Helsingin yliopisto.
- Raunio, Tapio-Wiberg, Matti (2017): *The Impact of European Union on National Legislation*, Discussion Paper, Zentrum für Europäische Integrationsforschung, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn, C240.
- Raworth, Philip (1993): *The Legislative Process in the European Community*. Kluwer.
- Le Robert & Collins (2010): *Dictionnaire Français-Anglais— Anglais-Français*, HarperCollins Publishers, Dictionnaires Le Robert SEJER, ninth edition.
- Rogers, Patricia (2014): *Theory of Change, Methodological Briefs, Impact Evaluation No.2*, UNICEF.
- Rousseau, Dominique (1992): *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Paris.

- Rouvilleis, Frédéric (2006): *L'efficacité des norms. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Working Paper, Fondation pour l'innovation politique, www.fondapol.org
- Sadurski, Wojchick (2002): *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in Comparative Perspective*, Kluwer International Law.
- Sartor, Giovanni (2010): *Doing Justice to Rights and Values: Teleological Reasoning and Proportionality*, 30th July, Revised and edited version to be published in *Artificial Intelligence and Law*. (<http://ssrn.com/abstract=1629689>, *Artificial Intelligence and Law* 18.2: 175–215.
- Sartor, Giovanni (2009): *A Sufficientist Approach to Reasonableness in Legal Decision-Making and Judicial Review*, 17–68, teoksessa *Reasonableness and Law*, Bongiovanni, Giorgio, Sartor, Giovanni, Valentini, Chiara, Springer.
- Scheinin, Martin (1998): *Perustuslaki 2000 -ehdotus ja lakien perustuslainmukaisuuden jälkikontrollista: puoli askelta epämääräiseen suuntaan*, 1123–1131, *SLY, Lakimies* 6-7.
- Scheinin, Martin (1993): *Oikeus, demokratia, informaatio – ajankohtaisia kehityspiirteitä*, 16–26, *Oikeus, demokratia, informaatio, toim. Rosas, Allan, Helsinki*.
- Scheinin, Martin (1991): *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa: valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtiosisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä*, Jyväskylä 1991.
- Schermers, Henry G. – Waelbroek, Denis F. (2001): *Judicial Protection in the European Union*.
- Saraviita, Ilkka (2011): *Perustuslaki*, Helsinki.
- Saraviita, Ilkka (2005): *Suomalainen perusoikeusjärjestelmä*, Helsinki.
- Saraviita, Ilkka (2000): *Perustuslaki 2000*, Helsinki.
- Saraviita Ilkka (1998): *Poikkeuslakijärjestelmä uudessa Suomen Hallitusmuodossa*, 1111–1122, *SLY, Lakimies* 6-7.
- Saraviita, Ilkka (1994): *Sopimus Euroopan talousalueesta ja valtioelinten päätösvaltasuhteiden sääntely pohjoisissa EFTA- valtioissa*, 287–307, *Lakimies* 3.
- Saraviita, Ilkka (1993): *Havainnot perustuslakivaliokunnan toimintatavoissa ilmenneistä muutoksista*, 183–199, teoksessa *Juhlajulkaisu, Antero Jyränki 1933–9/8–1993*, Turun yliopisto, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, A. Juhlajulkaisu N:o 5, Turku.
- von Savigny, Friedrich Carl (1814): *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung and Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimme.
- Schachter, Oscar (1991): *International Law in Theory and Practice*, Kluwer Academic Publishers, Printed in Netherlands.
- Schultze-Fielitz, Helmuth (2016): *An Appraisal of Consultation with Independent Experts, Justification for Legislation, Impact Assessments and Control of Efficacy*, 33–57, *Rational Lawmaking under Review, Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, editors Meßerschmidt, Klaus, A. Daniel Oliver-Lalana, Springer, Switzerland.
- Searle, John R. (2001): *Rationality in Action*, Massachusetts Institute of Technology.
- Sen, Amartya (2010): *The Idea of Justice*, Published by Penguin Books 2010, (Copyright Amartya Sen, 2009)
- Sieckmann, Jan (2016): *Rational Lawmaking, Proportionality and Balancing*, 349–372, *Rational Lawmaking under Review, Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, editors Meßerschmidt, Klaus, A. Daniel Oliver-Lalana, Springer, Switzerland.
- Sieckmann, Jan (2013): *Legislation as Implementation of Constitutional Law: A Foundation for the Demand of Legislative Rationality*, 107–123, *The Rationality and Justification of Legislation, Essays in Legisprudence*, eds. Luc J. Wintgens-A. Daniel Oliver-Lalana, *Legisprudence Library* 1, Springer.
- Sieckmann, Jan (2010): *Balancing, Optimization, and Alexy's "Weight Formula"*, 101–118, *Legal Reasoning: Method of Balancing. Proceedings of the Special Workshop Legal Reasoning: Methods of Balancing held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Beijing, 2009*, edited by Jan-Reinard Sieckmann, Franz Steiner Verlag Stuttgart. (Sieckmann, 2010)
- Sieckmann, Jan (2010): *Legislative Argumentation and Democratic Legitimation*, 69–91, *Legisprudence, International Journal for the Study of Legislation*, May, 2010, Vol. 4. Issue 1. (Sieckmann, 2010a)
- Sieckmann, Jan-Reinard (2007): *The Concept of Autonomy*, 149–169, *Law and Legal Cultures in the 21st Century, Diversity and Unity*, 23rd IVR Congress, August 1–6, 2007, Cracow, Poland, Plenary Lectures edited by Tomasz Gizbert-Studnicki, Jerzy Stelmach, Wolters Kluwer business, Warszawa.
- Sieckmann, Jan-Reinard (1990): *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

- Siehr, Angelika (2016): *Symbolic Legislation Under Judicial Control*, 315–346, *Rational Lawmaking under Review, Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, editors Meßerschmidt, Klaus, A. Daniel Oliver-Lalana, Springer, Switzerland.
- Siehr, Angelika (2008): *Symbolic Legislation and the Need for Legislative Jurisprudence: The Example of the Federal Republic of Germany*, 271–305, *Legisprudence* 2(3).
- Siltala, Raimo (2010): Oikeudellinen sääntelytarkkuus – yleisen oikeustieteen näkökulma, 77–90, *Sääntelytarkkuuden ongelmia, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia*, 251, toim. Jyrki Tala, Helsinki.
- Siltala, Raimo (2004): Oikeudellinen tulkintateoria, *Suomalainen Lakimiesyhdistys, Jyväskylä*.
- Siltala, Raimo (2003): Oikeustieteen tieteenteoria, *Suomalainen Lakimiesyhdistys, Vammala*.
- Similä, Jukka (2007): *Regulating Industrial Pollution. The Case of Finland*, *Forum Iuris*, Helsinki.
- Sipponen, Kauko (1965): *Lainsäädäntövallan delegoiminen. Tutkimus lainsäädännön teoriasta ja oikeussääntöjen hierarkiasta*, Vammala.
- Snellman, W. (1842): *Lärän om Staten*, Stockholm, Zacharias Heggström.
- Suviranta, Outi (2009): *Euroopan integraation, hallinnon ja lainkäytön rajamailta*, 130–136, *Lakimies* 1/2009.
- Suviranta, Outi (2007): *Hallintotoiminnan tuomioistuINVALONTA ja eurooppaoikeus*, 171–193, *Maaliskuun 25 päivän rahasto 100 vuotta*, toim. Ari Saarnilehto, Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta.
- Suviranta, Outi (1996): *Virkamiehen ratkaisutoiminta ja Euroopan yhteisön oikeus. Tutkimus Euroopan unionin jäsenyyden vaikutuksesta virkamiehen ratkaisutoiminnan oikeudellisen ohjauksen rakenteeseen*, Helsinki.
- Tala, Jyrki (2010): *Sääntelytarkkuus lainlaadinnan ongelmana*, 91–122, *Sääntelytarkkuuden ongelmia, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia*, 251, toim. Jyrki Tala, Helsinki.
- Tala, Jyrki (2001): *Lakien vaikutukset. Lakiuudistusten tavoitteet ja niiden toteutuminen lainsäädäntöteoreettisessa tarkastelussa*, Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos, Helsinki.
- Tamm, Ditlev (1997): *Roman Law and European Legal History*, DJØF Publishing.
- Taekema, Sanne (2003): *The Concept of Ideals in Legal Theory*, Kluwer Law International.
- Teasdale, Jonathan (2014): *Linguistics and Law Reform*, 115–121, *The Theory and Practice of Legislation*, Volume 2, Number 2, Hart Publishing.
- Temple Lang, John (1991): *The Sphere in which Member States are Obligated to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles*, 23–35, *Legal Issues of European Integration* 2.
- Tolonen, Hannu (2003): *Oikeuslähteoppi*, Vantaa.
- Tuori, Kaarlo (2007): *Oikeuden ratio ja voluntas*, Vantaa.
- Tuori, Kaarlo (2002): *Legislation between Politics and Law*, 99–107, *Legisprudence. A New Theoretical Approach to Legislation*, ed. Luc Wintgens, Oxford.
- Tuori, Kaarlo (1990): *Oikeus, valta ja demokratia*, Helsinki.
- Tushnet, Mark (2018): *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, second edition, Elgar.
- Türk, Alexander (2010): *Judicial Review in EU law*. Elgar European Law.
- Türk, Alexander (2006): *The Concept of Legislation in Community Law. A Comparative Perspective*, Kluwer Law International, Netherlands.
- Twining, William (2005): *General Jurisprudence*, 609–650, *Law and Justice in a Global society*, IVR May 2005, Plenary Sessions, Universidad Granada, ed. Manuel Escamilla Castillo, Printed in Spain.
- Wahlgren, Peter (2008): *Lagstiftningen. Problem, teknik, möjligheter*. Institut för rättvetenskaplig forskning [CXCI], Norstedts Juridik AB.
- Waldhoff, Christian (2016): *On the Constitutional Duties to Give Reasons for Legislative Acts*, 129–151, *Rational Lawmaking under Review, Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, editors Meßerschmidt, Klaus, A. Daniel Oliver-Lalana, Springer, Switzerland.
- Waldron, Jeremy (2006): *The Core of the Case Against Judicial Review*, 1346–1406, *The Yale Law Journal*, 115.
- Waldron, Jeremy (2007): *Legislation and the Rule of Law*, 91–124, *Legisprudence*, Volume 1, Number 1, Hart Publishing.
- Weatherill, Stephen (2011): *The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising: How the Court's Case Law has become a "Drafting Guide"*, 827–864, *German Law Journal*, Vol 12, No. 03.
- Wedgwood, Ralph (2009): *The Nature of Normativity*. Clarendon Press, Oxford.

- Weiler, J.H.H. (2004): *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press. (first published 1999).
- Weiler J.H.H. (1996): *European Neo-constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order*, 517–533, *Political Studies* XLIV.
- Weinberger, Ota (1991): *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Kluwer Academic Publishers, Netherlands.
- Weinberger, Ota (1986): *A Logical and Methodological Reflection on a Basic Problem for the Social Sciences*, 77–92, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, by Neil MacCormick, Ota Weinberger, Reidel Publishing Company.
- Weinberger, Ota (1986): *The Analytico-Dialectical Theory of Justice: A Sketch of an Action-Theoretical and Non-Cognitivist Theory of Justice*, 145–170, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, by Neil MacCormick, Ota Weinberger, Reidel Publishing Company.
- Wennerström, Erik O. (2007): *The Rule of Law and the European Union*, Uppsala.
- Verhoeven, Amaryllis (2002): *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, Kluwer Law International.
- Westerman, Pauline (2013): *Breaking the Circle: Goal-Legislation and the Need for Empirical Research*, 395–414, *The Theory and Practice of Legislation*, Volume 1, Number 3, December.
- Westerman, Pauline (2007): *Governing by Goals: Governance as a legal style*, 51–72, *Legisprudence*, Volume 1, Number 1.
- Viljanen, Veli-Pekka (2005): *Perustuslain etusija ja ristiriidan ilmeisyyden vaatimus*, 309–323, *teoksessa Oikeuskulttuuria ja teoriaa, juhlaKirja Hannu Tolonen, toim. Tala, Jyrki – Wikström, Kauko, Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta.*
- Viljanen, Veli-Pekka (2003): *Eurooppalaistuminen valtioiden välisissä suhteissa*, 1169–1183, *Lakimies* 7–8.
- Viljanen, Veli-Pekka (2001): *Perusoikeuksien rajoitusedellytykset*, Vantaa.
- Vilkkonen, Eero (1970): *Hallintotoimen mitättömyydestä*, Vammala.
- De Vrieze, Franklin (2018) *Principles of Post-Legislative Scrutiny by Parliaments*, Westminster Foundation for Democracy.
- Walén, Laura (2010): *Alkio- ja kantasolututkimuksen sääntely bio-oikeudellisena mallina*, Helsinki.
- Wikström, Kauko (2011): *Millä tavalla perustuslaki ohjaa muuta lainsäädäntöä?* 87–98, *Lainvalmistelu, tutkimus, yhteiskunta, Jyrki Talan juhlaKirja, (toim.) Pakarinen, Auri, Hyvärinen, Anne, Ervasti Kaijus, Turun yliopisto, Jyväskylä.*
- Wintgens, Luc (2016): *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*, Routledge.
- Wintgens, Luc (2013): *The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence*, 1–31, *The Rationality and Justification of Legislation, Essays in Legisprudence*, eds. Luc J. Wintgens-A. Daniel Oliver-Lalana, *Legisprudence Library* 1, Springer.
- Wintgens J. Luc (2007): *Legitimacy and Legitimation from the Legisprudential Perspective*, 3–42, *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, ed. Luc J. Wintgens.
- Wintgens, Luc (2006): *Legisprudence as a New Theory of Legislation*, 1–25, *Ratio Juris*, Vol. 19 No. 1 March 2006.
- Wintgens J. Luc (2005): *Legisprudence as a New Theory of Legislation*, 3–5, in *The Theory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence*, Edited by Luc J. Wintgens, Ashgate.
- Wintgens J. Luc (2004): *Legisprudence and Comparative Law*, 299–315, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, ed. Mark Van Hoecke, Hart Publishing.
- Wintgens J. Luc (2002): *Legislation as an object of the Study of Legal Theory: Legisprudence*, 9–39, *Legisprudence: a new theoretical approach to legislation: proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory*, *European Academy of Legal Theory series*, (ed.) Luc Wintgens, Hart Publishing.
- de Witte, Bruno (2000): *Institutional Principles: A special Category of General Principles of EC Law*, 143–159, *General Principles of European Community Law* (ed. Bernitz Ulf, Nergelius Joakim), Kluwer Law International.
- de Witte, Bruno (1991): *Community Law and National Constitutional values*, 1–22, *Legal issues of European Integration* 2.
- Wiklund, Ola – Bengoetxea, Joxerramon (2000): *General Constitutional Principles of Community Law*, 119–142, *General Principles of European Community Law* (ed. Bernitz Ulf, Nergelius Joakim), Kluwer Law International.
- von Wright, Georg Henrik (1998): *Logiikka ja humanismi*, Keuruu.

- Voermans, Wim JM (2011): Delegation is a Matter of Confidence: The New EU Delegation System Under the treaty of Lisbon, 313–330, *European Public Law*, Issue 2.
- Voermans, Wim (2009): Is the European Legislator after Lisbon a real legislature? 391–413, *Legislação*, N. 50 Outubro – Decembro.
- Voermans, Wim – Hartmann, Josephine M.R. – Kaeding, Michael (2014): The Quest for Legitimacy in EU Secondary Legislation, 5–32, *The Theory of and Practice of Legislation*, Volume 2, Number 1, July.
- Woleński, Jan (2007): Models of Legal Reasoning, 37–59, *Law and Legal Cultures in the 21st Century, Diversity and Unity*, 23rd ivr World Congress, August 1–6, Cracow, Poland, Plenary Lectures, ed. by Tomasz Gizbert-Studnicki, Jerzy Stelmach, Wolter Kluwer Business, Warszawa.
- Xanthaki, Helen (2014): *Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation*, Bloomsbury Publishing.
- Xanthaki, Helen (2010): Drafting Manuals and Quality in Legislation: Positive Contribution Towards Certainty in the Law or Impediment to the Necessity for Dynamism of Rules, 111–128, *Legisprudence*, Volume 4, Number 2, October.
- Zwaan, Pieter – van Voorst, Stijn, – Mastenbroek, Ellen (2016): Ex post legislative evaluation in the European Union: questioning the usage of evaluations as instruments of accountability, 674–693, *International Review of Administrative Sciences*, Volume 82 issue 4.

MUUT LÄHTEET (ESITELMÄT, SEMINAARIT):

- Beverly McLachlin (2017): High Courts and Political Power: A Conversation with three prominent jurists in justice, Chief Justice, Supreme Court of Canada, in plenary panel in I-CON conference 7 July 2017 in Copenhagen.
- Maduro, Miguel Pórigues (2005): The Importance of Being Called a Constitution. Constitutional Authority and the Authority of Constitutionalism. Seminaari 28. – 29.1.2005, Helsingin yliopiston kansainvälisen taloustieteiden instituutti. (Maduro, 2005)
- Shaw, Jo (2004): Helsingin yliopisto, seminaari, ”Mainstreaming Equality in European Union Law and Policy-Making”, Kansainvälisen taloustieteiden instituutti, 10.11.2004. (Shaw, 2004)
- Temple Lang, John (2003): ”The Convention on the Future of Europe – so far”, esitelmä, Helsingin yliopisto, 12.5.2003. (Temple Lang, 2003)

VIRALLISAINEISTO

HALLITUKSEN ESITYKSET

- Hallituksen esitys HE 135/1994 vp eduskunnalle Suomen liittymisestä Euroopan unioniin tehdyn sopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä, niteet I–V.
- Hallituksen esitys HE 1/1998 vp eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
- Hallituksen esitys HE 93/2001 vp eduskunnalle Euroopan unionista tehdyn sopimuksen sekä Euroopan yhteisöjen perustamissopimusten ja niihin liittyvien tiettyjen asiakirjojen muuttamisesta tehdyn Nizzan sopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta.
- Hallituksen esitys HE 19/2013 eduskunnalle rikoslain, pakkokeinolain 10 luvun 7 §:n ja poliisilain 5 luvun 9 §:n muuttamisesta, HE 19/2013 vp.

VALIOKUNTIEN MIETINNÖT JA LAUSUNNOT

- Eduskunnan lakivaliokunnan lausunto N:o 1/1992 vp Eduskunnan ulkoasiainvaliokunnan mietintö valtioneuvoston selonteosta.
- Perustuslakivaliokunnan lausunto PeVL 14/1994 vp hallituksen esityksestä Suomen liittymisestä Euroopan unioniin tehdyn sopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä.
- Perustuslakivaliokunnan mietintö PeVM n:o 25/1994 vp hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäädösten muuttamisesta.
- Perustuslakivaliokunnan mietintö PeVM 10/1998 vp hallituksen esitys uudeksi Suomen hallitusmuodoksi.

- Perustuslakivaliokunnan lausunto PeVL 10/1998 vp, hallituksen esitys Euroopan unionista tehdyn sopimuksen, Euroopan yhteisöjen perustamissopimusten ja niihin liittyvien tiettyjen asiakirjojen muuttamisesta tehdyn Amsterdamin sopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä.
- Perustuslakivaliokunnan lausunto PeVL 56/2001 vp— VNS 3/2001 vp, Valtioneuvoston selonteko Euroopan unionin tulevaisuudesta.
- Suuren valiokunnan lausunto SuVL 2/2003 vp, Valtioneuvoston selonteko konventin tuloksista ja valmistautumisesta hallitusten väliseen konferenssiin.
- Perustuslakivaliokunnan lausunto PeVL 7/2003 vp, Valtioneuvoston selonteko konventin tuloksista ja valmistautumisesta hallituksen väliseen konferenssiin.
- Lakivaliokunnan mietintö LaVM 11/2013 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslain, pakkokeinolain 10 luvun 7 §:n ja poliisilain 5 luvun 9 §:n muuttamisesta, LaVM 11/2013 vp — HE 19/2013 vp
- Perustuslakivaliokunnan lausunto PeVL 16/2013 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslain, pakkokeinolain 10 luvun 7 §:n ja poliisilain 5 luvun 9 §:n muuttamisesta, PeVL 19/2013 vp — HE 19/2013 vp
- Lakivaliokunnan lausunto LaVL 16/2013 vp, Valtioneuvoston selonteko EU-politiikasta.
- Perustuslakivaliokunnan lausunto PeVL 12/2012 vp — U 21/2012 vp, Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta asetukseksi yksilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta (Yleinen tietosuojasetus) sekä direktiiviksi yksilöiden suojelusta toimivaltaisten viranomaisten henkilötietojen käsittelyssä rikosten torjumiseksi, tutkimiseksi, selvittämiseksi tai niistä syyttämiseksi tai rikosoikeudellisten seuraamusten täytäntöönpanemiseksi ja näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta (Tietosuojadirektiivi).
- Perustuslakivaliokunnan lausunto 18/2014 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle tietoyhteiskuntakaareksi sekä laeiksi maankäyttö- ja rakennuslain 161 §:n ja rikoslain 38 luvun 8 b §:n muuttamisesta.

VALTIONEUVOSTON SELONTEOT, SELVITYKSET, KOMITEANMIETINNÖT, LAINSÄÄDÄNNÖN VALMISTELUAINEISTO

- Sopimus Euroopan talousalueesta sekä siihen liittyvät muut sopimukset I—II. Ulkoasianministeriön julkaisuja 6 ja 7, Helsinki 1992.
- Valtioneuvoston selonteko Eduskunnalle konventin tuloksista ja valmistautumisesta hallitusten väliseen konferenssiin, VNS 2/2003 (VNS 2/2003).
- Perusoikeustyöryhmä 1992, mietintö. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 2/1993. Helsinki 1993, (Perusoikeustyöryhmä 1992).
- Ulkopoliittisen päätöksentekojärjestelmän uudistamistarpeet ja -tavat. Komiteamietintö 1994:4, (KM 1994:4).
- Lainkirjoittajan opas. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita, 37/2013, Helsinki 2013.

MUU VIRALLISAINAINEISTO

EUROOPAN UNIONIN VIRALLISIASIAKIRJAT (EUROOPPA-NEUVOSTON, EUROOPAN PARLAMENTIN JA KOMISSION ASIAKIRJAT, KONVENTIN VALMISTELUASIAKIRJAT)

- Conseils Européen des 1/2 Avril 1976 Á Luxembourg (www.cuej.u-strasbg.fr/archives/europe/europe_conclusions).
- Toimielinten välinen sopimus yhteisön lainsäädännön valmistelun laatua koskevista yhteisistä suuntaviivoista 22, joulukuuta 1998 (1999/C 73/01), Euroopan parlamentti, Euroopan unionin neuvosto ja Euroopan yhteisöjen komissio.
- Eurooppa-Neuvosto 23.—24. maaliskuuta 2000 Lissabon, puheenjohtajavaltion päätelmät (www.europarl.eu.int/summits).
- Ehdotus Euroopan unionin perusoikeuskirjaksi. Puheenjohtajiston ilmoitus. Selitykset perusoikeuskirjan täydelliseen tekstiin sellaisena kuin se on asiakirjassa CHARTE 4487/00 CONVENT 50, Bryssel, 11. lokakuuta 2000, CHARTE 4473/00 CONVENT 49.

Eurooppalainen hallintotapa, valkoinen kirja. Euroopan yhteisöjen komissio, Bryssel 25.7.2001, KOM (2001) 428 lopullinen.

Laekenin julistus— Euroopan unionin tulevaisuus. Laeken, 15.12.2001. SN 273/01.

Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla 2000/C/ 365/E/17.

Komission tiedonanto neuvostolle, Euroopan parlamentille, talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle, Verkko- ja tietoturva: Ehdotus eurooppalaiseksi lähestymistavaksi, Bryssel 16.6.2001 KOM (2001) 298 lopull

Euroopan yhteisöjen komissio. Valkoinen kirja eurooppalaisesta hallintotavasta. Demokratian syventäminen Euroopan unionissa. Työsuunnitelma. Komission valmisteluasiakirja. SEC (2000) 1547/7.

Komission tiedonanto neuvostolle ja Euroopan parlamentille, Palvelujen sisämarkkinastrategia, KOM(2000) 888 lopullinen.

Euroopan yhteisöjen komissio. Komission tiedonanto Euroopan unionin tulevaisuudesta. Eurooppalainen hallintotapa. Yhteisömenettelyn uudistaminen. Bryssel 5.12.2001, KOM(2001) 727 lopullinen.

Eurooppa-valmistelukunta, sihteeristö. Oikeudelliset välineet — nykyinen järjestelmä. Muistio, Bryssel, 13. kesäkuuta 2002, (CONV 162/02).

Komission tiedonanto, lainsäädännön yksinkertaistamista ja parantamista koskeva toimintasuunnitelma, KOM (2002) 278 lopullinen, Bryssel, 5.6.2002

Eurooppa-valmistelukunta, sihteeristö. Toissijaisuusperiaatetta käsittelevän työryhmän (työryhmä I) päätelmät, Bryssel, 23. syyskuuta 2002, (CONV 286/02)

Eurooppa-valmistelukunta, sihteeristö. Kansallisten parlamenttien asemaa käsittelevän työryhmä 4:n loppuraportti, Bryssel 22. lokakuuta 2002, (CONV 353/02).

Eurooppa-valmistelukunta, sihteeristö, Yksinkertaistamista käsittelevän työryhmä 9:n loppuraportti, Bryssel, 29. marraskuuta 2002, (CONV 424/02).

Eurooppa-valmistelukunta, sihteeristö. Euroopan unionin ja jäsenvaltioiden välinen toimivallan jako – Nykyinen järjestelmä, ongelmat ja pohdittavia seikkoja, Bryssel, 15. toukokuuta 2002, (CONV 47/02).

Eurooppa-valmistelukunta, puheenjohtaja. Rooman julistus, V. Giscard D'Estaing, Eurooppa-valmistelukunnan puheenjohtaja, Roomassa 18. heinäkuuta 2003.

Eurooppa-valmistelukunta, sihteeristö, Valmistelukunnan puheenjohtajisto, Perusoikeuskirjan teksti ja päivitetty selitykset, Bryssel, 18. heinäkuuta 2003, (CONV 828/1/03 REV 1).

Euroopan yhteisöjen komissio. Komission tiedonanto Neuvostolle, Euroopan parlamentille, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle. Yhteisön säännösten päivittäminen ja yksinkertaistaminen. KOM (2003) 71 lopullinen.

Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä (2003/C 321/01), Euroopan parlamentti, Euroopan unionin neuvosto ja Euroopan yhteisöjen komissio.

Euroopan parlamentin, neuvoston ja komission yhteisen käytännön opas, yhteisöjen toimielimissä säädöstekstien laatimiseen osallistuville, Euroopan yhteisöt, 2003, Belgia. (Yhteisen käytännön opas, 2003)

Evaluating EU Activities. European Commission. A Practical guide for the Commission services, DG Budget – Evaluation Unit, July 2004.

Komission tiedonanto. Perusoikeuskirjan noudattaminen komission lainsäädäntöehdotuksissa, Bryssel 27.4.2005, KOM (2005) 172 lopullinen.

Vihreä kirja Euroopan avoimuusaloite, Bryssel 3.5.2006, KOM (2006) 194 lopullinen.

The European Ombudsman, annual report 2007, European Communities 2008.

Euroopan unionin neuvosto, Bryssel, 26. kesäkuuta 2007, 1128/07, toimeksianto vuoden 2007 HVK:lle. Jäsenvaltioiden hallitusten edustajien konferenssi, päätösasiakirja, Bryssel, 3. päivänä joulukuuta 2007, CIG 15/07.

Voggenhuber Report of the European Parliament – Document ref. A6-0034/2007.

Euroopan parlamentti, Mietintö perusoikeuskirjan noudattamisesta komission lainsäädäntöehdotuksissa: Menetelmä järjestelmällistä ja tiukkaa valvontaa varten (2005/2169 INI), Istuntoasiakirja, lopullinen A6-0034/2007, 12.2.2007

Valkoinen kirja yhteisön kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvista vahingonkorvauskanteista, Bryssel 2.4.2008, KOM (2008) 165 lopullinen

Komission tiedonanto. Euroopan unionin strategia perusoikeuskirjan panemiseksi tehokkaasti täytäntöön. KOM (2010)573 lopullinen, Bryssel 19.10.2010. (COM (2010) 573 final, Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union.)

- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individual with regards to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) Brussels 25.1.2012 COM(2012) 11 FINAL 2012/0011 (COD) C7-0025/12.
- Democratic Scrutiny, transparency, and modalities of vote in the National Parliaments of the Member States and in the European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C, Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Note 2012.
- Report from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2012 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights, Bryssel 8.5.2013, COM (2013) 271 final.
- Democratic Control in the Member States of the European Council and the Euro zone summits, European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C, Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Study 2013.
- High Level Group on Administrative Burden, Cutting Red Tape in Europe, Legacy and outlook, final report, Brussels, 24. July 2014.
- Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi palveluista sisämarkkinoilla annetun direktiivin 2006/123/EY täytäntöönpanosta, palveluihin liittyviä lupajärjestelmiä ja vaatimuksia koskevasta ilmoitusmenettelystä sekä direktiivin 2006/123/EY ja hallinnollisesta yhteistyöstä sisämarkkinoiden tietojenvaihtojärjestelmässä annetun asetuksen (EU) No 1024/2012 muuttamisesta, COM/2016/0821 final – 2016/0398 (COD).
- European Commission, Regulatory Scrutiny Board, Opinion, DG- CNECT – Reform of the electronic communications network and services, Ares (2016)3998953 – 29.7.2016
- Komission yksiköiden valmisteluasiakirja. Tiivistelmä vaikutusten arvioinnista. Oheisasiakirja ehdotukseen Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuoja-asetus) Bryssel 10.1.2017 SWD (2017) 4 final.
- Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of European Parliament and the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and replacing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications, SWD/2017/03 final – 2017/03(COD).
- European Commission, Better Regulation "Toolbox", eu.europa.eu/into/sites/info/files/better-regulation-toolbox_0.pdf.
- European Union Better Regulation Toolbox, eu.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf
- European Commission, Commission Staff Working Document, Better Regulation Guidelines, Brussels, 7 July 2017, SWD (2017) 350.
- Komission ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi muiden kuin henkilötietojen vapaan liikkuvuuden kehityksestä Euroopan unionissa, Bryssel 13.9.2017 COM(2017)495 final 2017/0228(COD).
- European parliament, Review Clauses in EU Legislation, A rolling Check-List, EPRS, European Parliamentary Research Service, Policy Cycle Unit, March 2017, Brussels, European Union 2017.
- European Commission, Brussels, 10.1.2017 SWD(2017) 3 final PART 3/3, Commission Staff Working Document, Impacts Assessments, Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning to respect for private life and protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications).
- Evaluation and review of Directive 2002/58 on privacy and the electronic communication sector, final report, A study prepared for the European Commission DG Communication Networks, Content & Technology by Deloitte, 2017.
- Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yksityiselämän kunnioittamisesta ja henkilötietojen suojasta sähköisessä viestinnässä ja direktiivin 2002/58/EY kumoamisesta (sähköisen viestinnän tietosuoja-asetus) Bryssel, 16.1.2017 (OR. eng) 5358/17, toimielinten välinen asia: 2017/0003 (COD).
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council concerning the respect for private life and protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications) Brussels 10.1.2017 COM (2017) final 2017/0003 (COD).
- European Commission, Brussels, 10.1.2017 SWD(2017) 5 final, Commission Staff Working Document, Ex-post REFIT evaluation of the European Parliament and the Council on the protection of privacy and confidentiality in relation to electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications).

- An assessment of the Commission's Proposal on Privacy and Electronic Communications, study, 2017, European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs. Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs.
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing the Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), Council of European Union, Interinstitutional File: 2017/0003 (COD), Brussels, 4 May 2018 (OR. en) 8537/18.

EUROOPAN NEUVOSTON ASIAKIRJAT

- Venice Commission, European Commission for Democracy Through Law, Opinion n. 256/2003, On the implications of a legally binding EU-charter of fundamental rights on human right protection in Europe, adopted by the Venice Commission at its 57th Plenary Session, Venice, 12.–13, December, 2003, CDL-AD (2003)92. (Opinion no. 256/2003, CDL-AD (2003)92)
- Council of Europe – European Union: “A sole ambition for the European continent” Report by Jean-Claude Juncker, Prime Minister of the Grand-Duchy of Luxembourg, to the attention of the Heads of State or Government of the Member States of the European Council, 2006. (“A sole ambition for the European continent”, 2006)
- Venice Commission, European Commission for Democracy Through Law, Unidem Campus Trieste Seminar, “The Quality of Law”, 14.–17. June 2010, Report “The Relation Between Primary and Secondary Legislation”, by Mr Anthony Bradley, Professor, Substitute member of Venice Commission, UK, Strasbourg 7. July 2010, CDL-UDT (2010)020.
- Venice Commission, European Commission for Democracy Through Law, Unidem Campus Trieste Seminar, “The Quality of Law”, 14.–17. June 2010, Report, “Constitutional Holders of Legislative Initiative: A general overview” by Ms Angelika Nussberger (Professor, University of Cologne, Director, Institute for Eastern Europe Law, Germany, Substitute Member of the Venice Commission, Strasbourg 2010, CDL-UTD(2010)021, (The Quality of Law, 2010).
- Memorandum of the President of the European Court of Human Rights to the States with a View to preparing the Interlaeken Conference, 3. July 2009.
- On Individual Access to Constitutional Justice, draft study, European Commission for Democracy through law (Venice Commission), Study 538/2009, CDL-JU(2010)018, Strasbourg 8 October 2010, Council of Europe. (Individual Access, Venice Commission, 2010)
- Report On the Rule of Law, European Commission for Democracy through law (Venice Commission), Study No. 512/2009, CDL-AD(2011)003 rev, Strasbourg 4. April 2011, Council of Europe. (Report On the Rule of Law, Venice Commission, 2011).
- Venice Commission, European Commission for Democracy Through Law, Opinion 72072013, Opinion On the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary, CDL-AD (2013)12, Adopted by the Venice Commission at its 95th Plenary Session on the basis of Comments by Grabenwarter, Hoffmann-Riem, Suchocka, Tuori, Velaers, Strasbourg 17. June 2013. (Venice Commission, Opinion On the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary, CDL-AD (2013)12)

MUUT KANSAINVÄLISET VIRALLISJULKAISUT, KÄYTÄNNÖN OPPAAT JA INTERNET-SIVUJEN LINKIT

- The United Nations, Rule of Law Indicators, Implementation Guide and Project Tools, United Nations, 2001.
- Glossary of Key Terms in Evaluation and Results Based Management, OECD, 2002.
- Parliament and Legislative Process, House of Lords, Select Committee of the Constitution, 14th Report of Session 2003–04, Volume I Report, Published by the Authority of the House of Lords.
- The Law Commission, Consultation Paper No 178, Post-Legislative Scrutiny, A Consultation Paper 22 December 2005, http://www.lawcom.gov.uk/post_legscrutiny.htm
- HM Government, The House of Lords: Reform, Office of the Leader of the House of Commons, Crown Copyright, 2007.
- Guide Legistic 2007, <http://legifrance.gouv.fr> (6.3.2014).
- Assessing the Quality of Democracy. A Practical Guide. IDEA, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Sweden, 2008. (IDEA, 2008)
- DG Markt Guide to Evaluating Legislation, Brussels, March 2008.
- Better Regulation in Europe, Finland, OECD, 2010.

Quality Standards for Development Evaluation, OECD, DAC Guidelines and Reference Series, OECD, 2010.

Auditing Behaviour Change, Guide, National Audit Office of UK, Evidence of Economy, Efficiency and Effectiveness, August, 2011, www.nao.org.uk. (Auditing Behaviour Change, 2011)

Measuring Regulatory Performance, Evaluating the Impact Regulation and Regulatory Policy, by Cary Coglianese, OECD Expert Paper No 1, August 2012. (Coglianese, 2012)

International Regulatory Co-operation. Addressing Global Challenges”, OECD, 2013. (OECD, IRC, 2013).

Transposition Guidance: How to implement European Directives effectively, HM Government, 2013.

International Regulatory Co-operation, Addressing Global Challenges, OECD, 2013.

Making EU law into UK law, SN/IA/7002, 22. October 2014, House of Common, Library. (Making EU law into UK law, SN/IA/7002)

Guide to Making Legislation, July 2014, Cabinet Office. (Guide to Making Legislation, 2014)

World Justice Project Rule of Law Index 2014, www.worldjusticeproject.org (kesäkuu 2014) (World Justice Project, 2014)

OECD (2015), Scientific Advice for Policy Making, The Role and Responsibility of Expert Bodies and Individual Scientists, OECD Science, Technology and Industry Policy Papers No. 21, OECD Publishing, Paris. (OECD, 2015, Scientific Advice for Policy Making)

Communicating Science Effectively: A Research Agenda. Washington DC: The National Academies of Science, Engineering and Medicine, 2016, Academies Press: doi: 10.17226/23674.

Post-legislative Scrutiny. Comparative study of practices of Post-Legislative Scrutiny in selected parliaments and the rationale for its place in democratic assistance, Franklin De Vrieze and Victoria Hasson, London, 2017, Westminster Foundation for Democracy (WFD). (Post-legislative Scrutiny, 2017)

Eduskunta, internet-linkki, www.eduskunta.fi/FI/tietoaeduskunnasta/kirjasto/tietopalvelulta-kysytyt/Sivut/kuink (8.10.2018)

IATE, Interactive Terminology for Europe, internet- linkki, <http://iate.europa.eu>. (8.10.2018) Englannin kielen sanakirja, internet-linkki <https://merriam-webster-com>. (8.10.2018)

Kielitoimiston suomen kielen sanakirja, internet-linkki, <https://www.kielitoimistonanakirja.fi>. (8.10.2018)

Lainkirjoittajan opas, <http://lainkirjoittaja.finlex.fi/> (7.10.2018)

OIKEUSTAPAUKSET

EUROOPAN YHTEISÖJEN/UNIONIN TUOMIOISTUIMEN ENNAKKORATKAISUT JA TUOMIOT

C-6/64 Yhteisöjen tuomioistuimen määräys, Flaminio Costa v. ENEL, Ep. I 00211, ECLI:EU:C:1964:66.

C-29/69 Erich Stauder v. City of Ulm – Sozialamt, ECLI:EU:C:1969:57, Ep. I 00419.

C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfür-und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel, Kok. Ep. 00501, ECLI:EU:C:1970:114.

C-4/73 J. Nold Kohlen -und Baustoffgross handlung v. Euroopan yhteisöjen komissio, Ep IV. 00293, ECLI:EU:C:1974:51.

Asia 44/79 Hauer v. Land Rheinland-Pfaltz, Kok. 1979 Ep. 01739, ECLI:EU:C:1979:290.

C-138/79 SA Roquette Frères v. Euroopan yhteisöjen neuvosto, Kok. Ep. I-00411, ECLI:EU:C:1980:249.

C-139/79 Maizena GmbH v. Euroopan yhteisöjen neuvosto, Kok. 1980 I-03393, ECLI:EU:C:1980:250.

C-158/80 Rewe-Markt Steffen v. Hauptzollamt Kiel, Kok. 1981, Ep. I 157, ECLI:EU:1981:163.

C-203/80 Casati, tuomio 11. marraskuuta 1981, Kok. 1981 02595, Kok. Ep. VI 00217, ECLI:EU:C:1981:261.

C-294/83 Parti écologiste Les Verts v. European Parliament, Kok. 1986 Ep. VIII 00551, ECLI:EU:C:1986:166.

C-314/85 Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck Ost, Kok. 1987 04199, ECLI:EU:C:1987:452.

C-45/86 Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan yhteisöjen neuvosto, Kok. 1987 Ep. IX 01493, ECLI:EU:C:1987:163.

C-204/86 Helleenien tasavalta v. Euroopan yhteisöjen neuvosto, Ep. IX I 00689, ECLI:EU:C:1988:450.

Asia 265/87 Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH v. Co. KG v Hauptzollamt Gronau, Kok. 1989 Ep, ECLI:EU:C:1989:303.

Yhdistetyt asiat C- 231/87 ja 129/88 Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 17. lokakuuta 1989, Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d’Arda ym. v. Comune di Carpaneto Piacentino ym., Kok. 1989 03233, ECLI:EU:C:1989:381.

C-70/88 Euroopan parlamentti v. Euroopan yhteisöjen neuvosto, Ep. XI I 00423, ECLI:EU:C:1990:217.

C-300/89 Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan yhteisöjen neuvosto, Kok. Ep. I 00211, ECLI:EU:C:1991:244.

C-369/90 Mario Vicente Micheletti ym. v. Delegación del Gobierno en Cantabria, Kok. 1991 Ep. I 00011, ECLI:EU:C:1992:295.

C-415/93 Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman, Kok. 1995. I 04921, ECLI:EU:C:1995:463.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen lausunto 28 päivänä maaliskuuta 1996. Yhteisöjen liittyminen ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehtyyn yleissopimukseen. Lausunto 2/94, Kok. 1996. I-01759, ECLI:EU:C:1996:140.

C-84/94 Ison-Britannia ja Pohjois-Irlannin Yhdistynyt kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto, Kok. 1996 I 05755, ECLI:EU:C:1996:431.

C-233/94 Saksan liittotasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto, Kok. 1997 I 02405, ECLI:EU:C:1997:231.

C-61/96 Yhdistetyt asiat C-61/96, C-132/97, C-45/98, C-27/99, C-81/00 ja C-22/01, Espanjan kuningaskunta ja Euroopan unionin neuvosto, 2002, Kok. 2002 I 03439, ECLI:EU:C:2002:230.

Yhdistetyt asiat C-46/93 ja 48/93 Brasserie du Pêcheur SA v. Bundesrepublik Deutschland ja The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortime Ltd ym., Kok. 1996 I 01029, ECLI:EU:C:1996:79.

C-226/97 Lemmens, yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 16. kesäkuuta 1998, Kok. 1998 I 3711, ECLI:EU:C:1998:296.

C-44/98 BASF, ECLI: EU:C:1999:440.

C-376/98 Saksan liittotasavalta v. Euroopan unionin parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2000 I08419, ECLI:EU:C:2000:544.

C-377/98 Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2001 I 07079, ECLI:EU:C:2001:523.

C-377/98 R. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen puheenjohtajan määräys 25. heinäkuuta 2000. Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto ja Euroopan unionin parlamentti, Kok. 2000 I 06229, ECLI:EU:C:2000:181.

C-74/99 The Queen v. Secretary of State for Health and Others, ex parte Imperial Tobacco Ltd and Others. Kok. 2000 I 08599, ECLI:EU:C:2000:547.

C-41/99 P Sadam Succerifici et. al. v. Euroopan unionin neuvosto, tuomio 31. toukokuuta 2001, ECLI:EU:C:2001:302

C-192/99 The Queen v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Manjit Kaur, Kok. 2001 I 01237, ECLI:EU:C:2001:106.

C-315/99 P, Iseri Europa Srl v. Euroopan yhteisöjen tilintarkastustuomioistuin, Kok. 2001 I 05281, ECLI:EU:C:2001:391.

Yhdistetyt asiat C-27/00 ja C-122/00 The Queen v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte Omega Air Ltd ja Omega Air Ltd, Aero Engines Ireland Ltd Omega Aviation Services Ltd vastaan Irish Aviation Authority, Kok. 2002 I 02569, ECLI:EU:C:2002:161.

C-445/00 Itävallan tasavalta v. Euroopan unionin neuvosto, 11. syyskuuta 2003, ECLI:EU:C:2003:445.

C-465/00 Österreichischer Rundfunk, ECLI:EU:C:2003: 294.

Yhdistetyt asiat C-184/01 ja C-223/02 Espanjan kuningaskunta ja Suomen tasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2004 I 07789, ECLI:EU:C:2004:497.

C-189/01 Jippes et. al., Kok. 2001 I 05689, ECLI:EU:C:2001:420.

C-361/01 P Kik v. SMHV, ECLI:EU:C:2003:434.

C-491/01 The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd., Kok. 2002 I 11453, ECLI:EU:C:2002:741.

C-338/01 Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto, tuomio 29. huhtikuuta 2004, Kok. 2004 I 4849, ECLI:EU:C:2004:253.

C-189/02 P Dansk Rørindustri A/S et. al, Yhdistetyt asiat, Kok. 2005, I 05425, ECLI:EU:C:2005:408.

C-36/02 Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, Kok. 2004 I 09609, ECLI:EU:C:2004:614.

Yhdistetyt asiat C-184/02 ja C-223/02 Espanjan kuningaskunta ja Suomen tasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2004 I 07789, ECLI:EU:C:2004:497.

C-434/02 Arnold André GmbH & Co. KG v. Landrat des Kreises Herford, yhteisöjen tuomioistuin, suuri jaosto, Kok. 2004 I 11825, ECLI:EU:C:2005:449.

C-105/03 Maria Pupino Kok. 2005, I 9573, ECLI:EU:C:2005:386.

Asia C-176/03 Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen suuri jaosto, Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan Unionin Neuvosto 13. syyskuuta 2005, Kok. I 07879, ECLI:EU:C:2005:542.

C-210/03 The Queen Swedish Match AB ja Swedish Match UK Ltd v. Secretary of State for Health, Kok. 2004 I 11893, ECLI:EU:C:2004:802.

C-310/04 Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto, tuomio 7. syyskuuta 2006, Kok. 2006 I 07285, ECLI:EU:C:2006:521.

C-154/04, yhdistetyt asiat C-155/04 The Queen, ex parte: Alliance for Natural Health ja Nutri-Link Ltd v. Secretary of State for Health, Euroopan yhteisöjen tuomioistuin 12. heinäkuuta 2005, Kok. 2005 I 06451, ECLI:EU:C:2005:449.

C-217/04 Iso-Britannia ja Pohjois-Irlannin Yhdistynyt Kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto, tuomio 2. toukokuuta 2006, Kok. 2006 I 03771, ECLI:EU:C:2006:279.

C-303/05 Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad, Euroopan yhteisöjen tuomioistuin, suuri jaosto, 3. toukokuuta 2007, Kok. 2007 I 03633, ECLI:EU:C:2007:261.

C-161/06 Skoma-Lux sro v. Celní ředitelství Olomouc, Kok. 2007 I 10841, ECLI:EU:C:2007:773.

C-301/06 Irlanti v. Parlamentti ja Neuvosto, suuren jaoston tuomio 10. helmikuuta 2009, Kok. 2009 I 00593, ECLI:EU:C:2009:68.

C-58/08 The Queen, Vodafone Ltd et. al v. Secretary of State for Business, ennakkoratkaisupyyntö, Yhdistynyt Kuningaskunta, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio, suuri jaosto, 8. kesäkuuta 2010, Kok. 2010. I 04999, ECLI:EU:C:2010:321.

Yhdistetyt asiat C-92/09 ja C-93/09 Volker und Markus Schecke GbR et al v Land Hessen, 9. marraskuuta 2010, unionin tuomioistuimen suuri jaosto, ECLI:EU:C:2010:662.

C-236/09 Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ym., Euroopan unionin tuomioistuimen tuomio, suuri jaosto, 1. maaliskuuta 2011, Kok. 2011 I 00773, ECLI:EU:C:2011:100.

C-14/10 Nickel Institute v. Secretary of State for Work and Pensions, Kok. 2011 I 06609, ECLI:EU:C:2011:503.

C-34/10 Oliver Brüstle v. Greenpeace eV., Unionin tuomioistuin, suuri jaosto, 18. lokakuuta 2010, Kok. 2011 I-09821, ECLI:EU:C:2011:669.

C-81/10 P, France Télécom v. komissio, ECLI:EU:C:2011:811.

C-566/10 P Italia v. komissio, ECLI:EU:C:2012:752.

C-146/11 AS Pimix v. Maksu- ja Tolliameti Louna maksu- ja tollikeskus ja Pollumajandusministerium, Unionin tuomioistuimen tuomio 12. heinäkuuta 2012, Kok. 2012, ECLI:EU:C:2012:450.

Yhdistetyt asiat C-274/11 ja C-295/11 Espanjan kuningaskunta ja Italian tasavalta v. Euroopan unionin neuvosto, Euroopan unionin suuren jaoston tuomio 16. heinäkuuta 2013, Kok. 2013, ECLI:EU:C:2013:240.

C-583/11 P Inuit Tapiirit Kanatami, Euroopan unionin tuomioistuin, suuri kokoonpano, 3. lokakuuta 2013, ECLI:EU:C:2013:625.

C-643/11, LVK – 56, ECLI:EU:C:2013:55.

Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger ym., Euroopan unionin tuomioistuimen suuri jaosto, 8. huhtikuuta 2014, ECLI:EU:C:2014:238.

C-65/13 Euroopan parlamentti v. Euroopan komissio, tuomioistuimen tuomio ECLI:EU:C:2014:2289.

C-147/13 Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto, Euroopan unionin tuomioistuin, 5. toukokuuta 2015, suuri jaosto, ECLI:EU:C:2015:299.

C-364/13 International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Euroopan unionin tuomioistuin (suuri jaosto) 18. joulukuuta 2014, ECLI: EU:C:2014:2451.

C-491/13 Mohamed Ali Ben Alaya v. Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:2014:2187.

C-508/13 Viron tasavalta v Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto, unionin tuomioistuimen tuomio 18. kesäkuuta 2015, ECLI:EU:C:2015:403.

C-506/14 Unionin tuomioistuimen tuomio 26.10.2016, Yara Suomi Oy, Borealis Polymers Oy, Neste Oil Oyj ja SSAB Europe Oy v työ- ja elinkeinoministeriö, Korkeimman hallinto-oikeuden esittämä ennakkoratkaisupyyntö, ECLI:EU:C:2016:799.

Yhdistetyt asiat C-203/15 ja C-698/15 Tele2 Sverige AB vs. Post- och telestyrelsen ja Secretary of State for Home Department vs. Tom Watson ym., Euroopan unionin tuomioistuimen suuri jaosto 21.12.2016, ECLI:EU:C:2016:970.

EUROOPAN YHTEISÖN ENSIMMÄISEN ASTEEN TUOMIOISTUIN/ EUROOPAN UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN

- T-135/96 Union Européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) v. Euroopan unionin neuvosto, Kok. 1998 II 02335, ECLI:EU:T:1998:128.
- T-13/99 Pfizer Animal Health SA v. Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2002 II 03305, ECLI:EU:T:2002:209.
- T-43/02 Jungbunzlauer v. Euroopan yhteisöjen komisso, Yhteisöjen ensimmäisen asteen tuomioistuimen tuomio 27. syyskuuta 2006, Kok. 2006 II 03435, ECLI:EU:T:2006:270.
- T-99/04 AC-Treuhand AG v. Euroopan yhteisöjen komissio, tuomio 8. päivänä heinäkuuta 2008, Kok. 2008 II 01501, ECLI:EU:T:2008:256.
- T-18/10 Inuit Tapiriit Kanatami ym. v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2011 II05599, ECLI:EU:T:2011:419.
- T-526/10 Inuit Tapiriit Kanatami v. Euroopan unionin komissio, Euroopan unionin yleisen tuomioistuimen tuomio 25. huhtikuuta 2013, ECLI:EU:T:2013:215.
- T-754/14 Michael Efler ym. v Euroopan komissio, unionin yleisen tuomioistuimen tuomio 10. toukokuuta 2017, ECLI:EU:T:2017:323.

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUKSET

- Julkisasiamies Léger, ratkaisuehdotus 12. maaliskuuta 1996 asiassa C-84/94 Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin Yhdistynyt kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto, Kok. 1996 s. I-05755, ECLI:EU:C:1996:93.
- Julkisasiamies Léger, ratkaisuehdotus 10. joulukuuta 1996 asiassa C-233/94 Saksan liittotasavalta vastaan Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto, Kok. 1997 I 02405, ECLI:EU:C:1996:478.
- Julkisasiamies Nial Fennelly, ratkaisuehdotus 15. heinäkuuta 2000 asiassa C-376/98 Saksan liittotasavalta v. Euroopan unionin parlamentti ja Euroopan unionin Neuvosto, Kok. 2000 I 08419, ECLI:EU:C:2000:324.
- Julkisasiamies Nial Fennelly, ratkaisuehdotus 15. heinäkuuta 2000, asiassa C-74/99 The Queen v. Secretary of State for Health and Others, ex parte Imperial Tobacco Ltd and Others, Kok. 2000 I 08419, ECLI:EU:C:2000:324.
- Julkisasiamies Léger, ratkaisuehdotus 7. marraskuuta 2000 asiassa C-192/99 The Queen v. Manjit Kaur, ECLI: EU:C:2000:602.
- Julkisasiamies Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, ratkaisuehdotus 3. toukokuuta 2001 asiassa C-315/99 P, Ismeri Europa Srl v. Euroopan yhteisöjen tilintarkastustuomioistuin, Kok. 2001 I 05281, ECLI:EU:C:2001:234.
- Julkisasiamies Jacobs, ratkaisuehdotus 14. kesäkuuta 2001 asiassa C-377/98, Alankomaiden kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2001 I 07079, ECLI:EU:C:2001:329.
- Julkisasiamies Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, ratkaisuehdotus 3. heinäkuuta 2001,asiassa yhdistetyt asiat C-367/98, C-483/99 ja C-503/99 Euroopan yhteisöjen komissio v. Portugalin tasavalta, Ranskan tasavalta ja Belgian kuningaskunta, Kok. 2002 I 04731, ECLI:EU:C:2001:369.
- Julkisasiamies L.A. Geelhoedin ratkaisuehdotus 10. syyskuuta 2002 asiassa C-491/01 British American Tobacco, Kok. 2002 I 11453, ECLI: EU:C:2002:476.
- Julkisasiamies Alber, ratkaisuehdotus 9. syyskuuta 2003, asiassa C-338/01 Euroopan yhteisöjen komissio vs. Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2004 I 04829, ECLI:EU:C:2003:433.
- Julkisasiamies Christine Stix-Hackl, ratkaisuehdotus 30. maaliskuuta 2004, asioissa yhdistetyt asiat C-184/02 ja C-223/02 Espanjan kuningaskunta ja Suomen tasavalta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2004 I 07789, ECLI:EU:C:2004:194.
- Julkisasiamies Christine Stix-Hackl, ratkaisuehdotus 18. maaliskuuta 2004 asiassa C-36/02 Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, Kok. 2004 I 09609, ECLI:EU:C:2004:614.
- Julkisasiamies L.A. Geelgoed, ratkaisuehdotus 7. syyskuuta 2004 asiassa C-210/03 The Queen, Swedish Match AB:n ja Swedish Match UK Ltd v. Secretary of State for Health, Kok. 2004 I 11893, ECLI:EU:C:2004:487.
- Julkisasiamies L.A. Geelgoed, ratkaisuehdotus 7. syyskuuta 2004 asiassa C-434/02 Arnold André GmbH & Co. KG v Landrat des Kreises Herford, Kok. 2004 I 11825, ECLI:EU:C:2004: 487.

- Julkisasiamies Juliane Kokott, ratkaisuehdotus 22. syyskuuta 2005 asiassa C-217/04 Iso-Britannian ja Pohjois-Irlannin kuningaskunta v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto, Kok. 2006 I 03771, ECLI:EU:C:2005:574.
- Julkisasiamies Colomer, ratkaisuehdotus 26. päivänä toukokuuta 2005, asiassa C-176/03 Euroopan yhteisöjen komissio v. Euroopan unionin neuvosto, 13. syyskuuta 2005, Kok. I 07879, ECLI: EU:C:2005:542.
- Julkisasiamies Eleanor Sharpston, ratkaisuehdotus 16. maaliskuuta 2006 asiassa C-310/04 Espanjan kuningaskunta v. Euroopan unionin neuvosto, ECLI: EU:C:2006: 179.
- Julkisasiamies Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, ratkaisuehdotus 12. syyskuuta 2006, asiassa C-303/05 Advokaten voor de Wereld VZW V. Leden van de Ministerraad, Kok. 2007 I 03633, ECLI:EU:C:2006:552.
- Julkisasiamies Juliane Kokott, ratkaisuehdotus 18. päivänä syyskuuta 2007 asiassa C-161/06 Skoma-Lux sro v. Celni ředitelstvi Olomouc, Kok. 2007 I 10841, ECLI:EU:C:2007:525.
- Julkisasiamies Juliane Kokott, ratkaisuehdotus 2. heinäkuuta 2009, asiassa C-169/08 Presidente del Consiglio dei Ministri v. Regione Sardegna, Kok. 2009 I 10821, ECLI:EU:C:2009:420.
- Julkisasiamies Poiaes Maduro, ratkaisuehdotus 1. lokakuuta 2009, asiassa C- 58/08 The Queen, Vodafone Ltd ym. v Secretary of the State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, ECLI:EU:C:2009:596.
- Julkisasiamies Juliane Kokott, ratkaisuehdotus 30. syyskuuta 2010, asiassa C-236/09 Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL ym. v. Conseil des ministres, Kok. 2011 I-00773. ECLI:EU:C:2010:564.
- Julkisasiamies Eleanor Sharpston, ratkaisuehdotus 17. kesäkuuta 2010, ratkaisuehdotus asiassa C-92/09 ja 93/09 Yhdistetyt asiat Volker und Markus Schecke Gbr et al v. Land Hessen, ECLI:EU:C:2010:353.
- Julkisasiamies Eleanor Sharpston, ratkaisuehdotus 6. kesäkuuta 2013 asiassa C-189/11 Euroopan komissio v. Espanjan kuningaskunta et. al., Kok. 2013, ECLI:EU:C:2013:365.
- Julkisasiamies Cruz Villalón, ratkaisuehdotus 18. heinäkuuta 2013, asiassa C-176/12 Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouche-du-Rhône ja Confédération générale du travail (CGT), Kok. 2014, ECLI:EU:C:2013:491.
- Julkisasiamies Cruz Villalón, lausunto 10. heinäkuuta 2014, asiassa C-65/13 Euroopan parlamentti v. Euroopan komissio, ECLI:EU:C:2014:2071.
- Julkisasiamies Juliane Kokott, ratkaisuehdotus 17. tammikuuta 2013, asiassa C-583/11 P Inuit Tapiirit Kanatami v. Euroopan parlamentti ja Euroopan unionin neuvosto, ECLI:EU:C:2013:21.
- Julkisasiamies Cruz Villalón, ratkaisuehdotus 12. joulukuuta 2013 asiassa Yhdistetyt asiat C-293/12 ja C-592/12 Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications et. al ja Kärtner Landesregierung, Michael Seitlinger ym., ECLI:EU:C:2014:845.
- Julkisasiamies Yves Bot, ratkaisuehdotus 30. tammikuuta 2014, asiassa C-658/11 Euroopan parlamentti v. Euroopan unionin neuvosto, ECLI:EU:C:2014:41.

EUROOPAN IHMISOIKEUSTUOMIOISTUIN

- Euroopan Ihmisoikeustuomioistuinin Sunday Times tuomio 26. huhtikuuta 1979, Sarja A nro. 30.
- Euroopan Ihmisoikeustuomioistuinin Malone tuomio 2. elokuuta 1984, Sarja A nro. 82.
- Euroopan Ihmisoikeustuomioistuinin Gillow tuomio 24. marraskuuta 1986, Sarja A nro. 109.
- Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio asiassa S ja Marper v. Yhdistynyt Kuningaskunta (suuri jaosto), nro 30562/04 ja nro 30566/04 kohta 102, CEDH 2008-V.

KORKEIN HALLINTO-OIKEUS, KORKEIN OIKEUS, MARKKINAOIKEUS

KHO 2001:39

KHO 2005:67

KHO 2006:87

KHO 2007:9

KHO 2007:77

KHO 2007:46

KHO 2008:25

KHO 2008:36.

KKO 1984 II 95

KKO 2008:83

MAO 441/07

OIKEUSKANSLERIN RATKAISUT JA LAUSUNNOT

Valtioneuvoston oikeuskansleri 8.11.1995, Drno 25/51/95, Hallitusmuodon perusoikeusuudistuksessa sisällytettyjen sosiaalisten oikeuksien aseman muuttuminen ja muutoksen vaikutus säädösvalmisteluun.

Valtioneuvoston oikeuskansleri 02.12.1997, Dnro 929/1/97, Ympäristöministeriön menettely direktiivin täytäntöönpanossa.

Valtioneuvoston oikeuskansleri 16.8.2001, Drno 12/21/01, Direktiiviehdotusta koskevan valtioneuvoston kirjelmän viivästyminen.

Valtioneuvoston oikeuskanslerin ratkaisu 11.9.2003 Drno 22/20/01 valtiovarainministeriön toimivallasta antaa hallinnollisia määräyksiä.

Valtioneuvoston oikeuskansleri 16.2.2004, Dnro 14/21/03, Oikeuskanslerin lausunto eduskunnalle EU-asioiden käsittelyn nykytilasta ja kehitystarpeista.

Valtioneuvoston apulaisoikeuskansleri, AOKS 12.7.2005 Drno 26/20/05.

Valtioneuvoston oikeuskansleri, OKA 31.8.2005 Drno 29/20/05.

Valtioneuvoston oikeuskansleri, OKA 3.6.2009 valtioneuvoston kirjelmien toimittaminen eduskunnalle (PL 96 § 2 mom.)

Valtioneuvoston apulaisoikeuskansleri, AOKS 5.6.2017, valtioneuvoston kirjelmän viivästyminen, OKA 2.2.2015 valtioneuvoston kirjelmän toimittaminen eduskunnalle (PL 96 § 2 mom.).

HANNELE ISOLA-MIETTINEN

Ylikansallinen lainsäädäntö on erilaista kuin perinteinen kansallinen. Sen kyky ilmaista oikeuden normeja ei perustu vain tekstiin ja kieleen. Olen tutkinut Euroopan unionin lainsäädäntää prosessina, vaiheina ja ulottuvuuksina. Olen tarkastellut miten unionin lainsäädännön menetelmät edistävät lainsäädännön oikeusvaltiollista laatua. Menetelmät lisäävät lainsäädännön tietoperustaa mutta niiden avulla ei voida määrittellä tyhjentävästi usein monimutkaisia tulevaisuuden asiointiloja.



UNIVERSITY OF
EASTERN FINLAND

uef.fi

**PUBLICATIONS OF
THE UNIVERSITY OF EASTERN FINLAND**
Dissertations in Social Sciences and Business Studies

ISBN 978-952-61-3119-1
ISSN 1798-5749