

# Desentralisoinnin oikeudellisia rajoituksia ja mahdollisuuksia

Kaarlo Tuori

## LEGAL LIMITATIONS AND POSSIBILITIES IN DECENTRALIZING THE PUBLIC ADMINISTRATION

Administrative Studies, vol 6(1987): 1. 2—16.

The actual demands of decentralization are related to the critique of the Keynesian welfare state provided a background in the article. The critique of bureaucratization and "over-legalization" is seen as a part of this overall critique. Decentralization, in turn, may be regarded as one of the main means of debureaucratization.

As legal limits of decentralization the author analyzes constitutional provisions concerning the organization of public administration and such decision-making and steering processes as legal norm-giving, budgetary process and parliamentarism. As legal means for decentralization the author distinguishes between deregulation and new types or forms of legal regulation.

Demands for deregulation imply the assumption that without legal regulation the societal relationships in question would correspond to the ideal state aimed at. However, the reason for legal regulation has usually been that this is not the case. Thus, one can argue that deregulation does not solve the problems pointed out in the critique of bureaucratization and over-legalization. Instead, solutions for these problems should be looked for in new, more flexible legal regulation. As such new forms of regulation the author presents norms following the end — means pattern, the so called interestweighing norms and the model of reflexive law which is based on norms concerning questions of organization, procedure and competence. However, the author also warns of some dangers involved in the utilization of more flexible types of legal regulation.

Keywords: decentralization, deregulation, welfare state.

Kaarlo Tuori, D.L. research professor,  
The Finnish Academy, Institute of Public Law,  
University of Helsinki, Hallituskatu 11,  
SF-00100 Helsinki Finland.

1. Hajauttaminen on yksi käytetyimmistä kusanoinnista ja tavoitteista ajankohtaisessa hallinnon kehittämiskeskustelussa. Tämän osoittamiseksi riittänevät seuraavat viittaukset tuoreisiin osin jo toteutettuihinkin virallisuonteisiin ehdotuksiin:

- hallinnon hajauttamiskomitean mietintö (kom.miet. 1986:12)
- suunnittelujärjestelmien arviointiryhmän mietintö (kom. miet. 1985:41)
- normityöryhmän mietintö (kom.miet. 1986:10)
- valtion virkamies- ja virkaehtolainsäädännön uudistaminen (julkishallinnon oikeusasemakomitean mietintö, kom.miet. 1979:60; lait 755 ja 764/1986)
- väliportaanhallinnon uudistaminen, mm. väliportaanhallintokomitean II:n budjetointia koskevat ehdotukset (kom.miet.1982: 71)
- kuntien itsehallinnon vahvistamista koskevat ehdotukset kuten normitoimikunnan mietintö (kom.miet. 1982:21), kuntien itsehallintokomitean mietintö (kom.miet. 1983:3) sekä kunnallistalouden neuvottelukunnassa laadittu ehdotus kuntien valtionosuus- ja valtionavustusjärjestelmän kehittämiseksi (kom.miet. 1982:66)
- valtion liikelaitosten ohjauksen ja organisaatiomuodon uudistaminen (valtion liikelaitoskomitean mietintö, kom.miet. 1985: 2; He n:o 137 v. 1986 vp.)

Hallinnon hajauttaminen ei kuitenkaan ole mikään uusi hallinnon kehittämistavoite. Niinpä tämä tavoite oli keskeisesti esillä jo valtioneuvoston vuonna 1960 tekemässä periaatepäätöksessä valtionhallinnon organisaation kehittämisestä (28.1. 1960/VM:n kiertokirje 24). Tuolloin hajauttamista eli desentralisaatiota kuitenkin perusteltiin ahtaasti tehokkuusnäkökulmasta, jonka rajoitukseksi esitettiin oikeusturvanäkökohdat.

Päätöksen mukaan hallinnon organisaatiomuutoksia harkittaessa tavoitteeksi on asetettava hallinnon tehokkuuden kohottaminen. Tavoite voidaan toteuttaa "sijoittamalla toimivalta kussakin tapauksessa alimpaan sellaiseen portaaseen, jolla on riittävä pätevyys, riittävän laaja näkemys ja tiedosaan asian ratkaisemiseen vaikuttavat seikat". Erillisinä hajauttamiseen liittyvinä kysymyksinä päätöksessä nostettiin esille viranomaisten sisäinen desentralisointi; päätösvalan joustava delegointi keskusvirastoissa ja lääninhallituksissa; kollegisen käsittelyn rajoittaminen keskusvirastoissa; valtion liikelaitosten toiminnan itsenäisyyden, omaaloitteisuuden ja joustavuuden kohottaminen; sekä lääninhallinnon vahvistaminen ja toimivallan siirtäminen keskushallinnosta lääninportaaseen.

Voisi ehkä ajatella, että nykyinen hajauttamiskeskustelu edustaa vain yhtä lähes luonnonvoimaisesti toistuvaa vaihetta hallinnon kehittämishankkeiden ikuisessa kiertokulussa. Tällainen tulkinta on kuitenkin nähdäkseni hätköity. Niinpä tuoreissa ehdotuksissa desentralisaatioon on otettu laajempi näkökulma ja

sille on asetettu monipuolisemmat tavoitteet ja tehtävät kuin neljännesvuosisata sitten. Ja mikä vielä tärkeämpää, ehdotukset sijoittuvat uudelleen kokonaisyhteiskunnalliseen tilanteeseen, pyrkivät vastaamaan uudellaisiin yhteiskunnallisen kehityksen esiin nostamiin haasteisiin.

2. Yhteiskuntakehityksen mukanaan tuomia uusia ongelmia on pyritty jäsentämään niin sanotun *keynesiläisen sosiaalivaltion kritiikissä*. Kritiikin taustana on ollut käsitys, jonka mukaan yhteiskunnan valtiollinen ohjaus ja sääntely on ajautunut ratkaisuaan vaatimaan kriisiin. Jätän tässä yhteydessä pohtimatta, onko esimerkiksi Suomessa käytettävissä riittävästi tutkimustietoa tällaisen kriisin todentamiseksi. Hallinnon hajauttamisehdotusten taustaksi on tärkeintä todeta, että kriisikeskustelun aallot ovat pyyhkäisseet myös Suomen yli, olkooppa, että väitetyt kriisioireet ja niiden parantamiseksi esitetyt lääkkeet ovat toisinaan saattaneet perustua pikemminkin ulkomaisten puheenvuorojen yksioikoiseen siirtämiseen oloihimme kuin kotoisten ongelmiamme erittelyyn.

Mitä keynesiläisellä sosiaalivaltiolla sitten tarkoitetaan? Suhteessa talouteen se voidaan määritellä valtioksi, joka puuttuu korjaavasti autonomisiin, markkinamekanismin välittämiin taloudellisiin prosesseihin erityisesti ehkäistäkseen suhdannevaihteluista aiheutuvia ongelmia. Yhteiskunnan jäsenten sosiaalisen elämänpiirin alueella keynesiläinen sosiaalivaltio taas pyrkii kompensoimaan talousjärjestelmästä välittyviä haittavaikutuksia, esimerkkinä vaikkapa sosiaalivakuutus sekä sosiaali- ja terveydenhuolto.

Keynesiläisen sosiaalivaltion kritiikki ja sen kriisin tulkinta on vaihdellut muun muassa poliittis-yhteiskunnallisten näkemysten mukaisesti; karkeasti jaotellen voimme puhua yhtäältä oikeistolaisista ja toisaalta vasemmistolaisista tulkinnoista. Puheenvuoroja voi ryhmitellä myös sen perusteella, painotetaanko niissä enemmän valtion suhdetta talouteen vai yhteiskunnan jäsenten sosiaaliseen elämänpiiriin. Rohkenen tehdä seuraavan yleistyksen: oikeistolaiset keskustelijat ovan yleensä olleet enemmän huolissaan valtion taloudellisten interventioiden väitetyistä haittavaikutuksista, vasemmistolaiset taas valtion yhä läpikäyvämmästä tunkeutumisesta sosiaaliin suhteisiin.

Oikeistolaisen kritiikin ytimenä voi pitää väitteitä, joiden mukaan keynesiläinen sosiaalivaltio ehkäisee investointeja ja tuottavaa työnteoa, asettaa esteitä edelleenkin perustaltaan terveiden markkinamekanismien toiminnalle: julkinen sektori imee verotuksellaan yhä enemmän resursseja talouden yksityiseltä sektorilta,

haittaa yksityiskohtaisella sääntelyllään vapaata yrittäjätoimintaa, heikentää tehottomuudellaan työn yleistä tuottavuutta ja alentaa sosiaalietuuksillaan yksilöllistä työmotivaatiota. Valtion interventiot ovat kääntyneet tavoitetaan vastaan: ne toimivat pikemminkin taloudellisia ongelmia luovasti ja lisäävästi kuin niitä ehkäisevästi ja poistavasti. Kriisitermistölle käännettynä valtion ja talouden suhteista esitetyt väitteet kuvastavat teesejä keynesiläisen sosiaalivaltion *rationaliteetti- ja rahoituskriisistä*.

Myös valtion ja sosiaalisen elämänpiirin suhteita koskeva kritiikki sisältää väitteen tavoitteiden ja keinojen välisestä ristiriidasta; näin "sosiaalivaltiollisen projektin" dilemmaa luonnehtii esimerkiksi Jürgen Habermas (1985). Tavoitteena on ollut luoda tasa-arvolle rakentuvia elämänmuotoja, jotka mahdollistaisivat myös yksilöllisen itsetoteutuksen. Tavoitteen toteuttamiseksi on kuitenkin turvauduttu keinoihin, jotka uhkaavat murentaa sosiaalisten elämänpiirien omaehtoisia normatiiviskulttuurallisia rakenteita ja samalla supistaa yhteisöllistä ja yksilöllistä autonomiaa. Konkreettiset ja yksilöllisesti eriytyvät sosiaaliset ongelmat abstrahoidaan ja tyypillistetään valtion käytettävissä olevia ohjauskeinoja — valtaa ja rahaa — vastaaviksi; ongelmat määritellään valta- ja rahakeinoista eikä kansalaisten tarpeista käsin. Vaarana on sosiaalisten suhteiden byrokraatisoituminen ja monetarisoituminen, sosiaalisten suhteiden subjektien muuntuminen byrokraattisen vallankäytön objekteiksi, *sosiaalisen elämänpiiriin* ("*Lebenswelt*") *valtiollinen kolonialisaatio*, kuten Habermas pelkäämänsä kehitystä luonnehtii. (Habermas 1981, 531—547; Habermas 1985).

Kun valtion ja talouden suhteissa lisääntyvät yhteiskunnalliset interventiot saattavat johtaa *rationaliteetti- ja rahoituskriisiin*, sosiaalisen elämänpiirin alueella seurauksena voi Habermasin mielestä olla *legitimaatio- ja motivaatio-kriisi*. Valtio on talouteen kohdistuvien tehtäviensä ohella yhä laajemmin omaksunut perheen, muiden lähiyhteisöjen ja vapaaehtoisten yhteenliittymien aiemmin hoitamia sosiaalisia tehtäviä. Tämä lisää valtioon kohdistuvia odotuksia ja samalla politisoi ja saattaa julkisen keskustelun kohteeksi uusia yhteiskuntaelämän alueita; julkisten toimintojen legitimaatio-tarve ja kansalaisten osallistumisvaatimukset kasvavat. Samanaikaisesti murentuvat aieman yksilöllistä sosiaalisatiota ja tarvetulkin-taa ohjanneet kulttuuralliset mallit kuten työ- ja suoritusetiikka tai usko perheeseen. Ellei niitä korvaavia arvoja ja sosiaalisia normistoja kyetä kehittämään, edessä on legitimaatiokriisiä

osaltaan voimistava motivaatiokriisi. (Habermas 1975).<sup>1</sup>

3. Keynesiläisen sosiaalivaltion kritiikin voi varsin kattavasti tulkita tai muuttaa *byrokraatiakritiikiksi*. Niin tieteellisessä kuin yleisessä yhteiskunnallisessakin keskustelussa byrokratiata ja byrokraatisoitumista on tarkasteltu useasta eri näkökulmasta; näiden näkökulmien mukaisesti on myös byrokraatiakritiikki eriytynyt.

Byrokraatiakritiikin voi kohdentaa ainakin neljälle eri tasolle. Kokonaisyhteiskunnallisessa perspektiivissä byrokraatisoitumisella on tarkoitettu julkisen hallinnon tehtävien ja sääntelyn lisääntymistä ja tunkeutumista yhä uusille yhteiskunnan osa-alueille. Tästä näkökulmasta esitetty kritiikki on ollut huolestunut markkinamekanismien toiminnasta sekä yksilöllisen ja yhteisöllisen taloudellisen ja sosiaalisen vapauden kaventumisesta.

2. Poliittis-hallinnollisen järjestelmän kokonaisuudessa byrokraatisoitumisella on ymmärretty toimeenpanokoneiston kasvua ja valtiollisen vallankäytön ja päätöksenteon ainakin tosiasiallisen painopisteen siirtymistä pois edustuksellisista elimistä. Poliittis-hallinnollisen järjestelmän kokonaisyhteyteen voi sijoittaa myös korporatismikritiikin. Tässä kritiikissä väitetään poliittisen vallan keskuksen siirtyneen julkisen ja intressijärjestöjen byrokraatian yhteenkietoutuneelle eliitille; faktinen päätöksenteko tapahtuu tämän mukaan enenevässä määrin valtion toimeenpanokoneiston ja etujärjestön yhteiselimissä tai näiden välisissä neuvotteluissa. Poliittis-hallinnollisen järjestelmän tasolle suuntautuvan kritiikin mittapuuna ovat olleet ennen mutta demokratia- ja legitimitiittinäkökohdat.

3. Hallinnon ja sen yksittäisten organisaatioiden tasolla kriteerinä on puolestaan ollut ennen muuta tehokkuus: byrokraattisten organisaatorakenteiden on katsottu ehkäisevän hallinnon sisäisen tehokkuuden nostamista. Yksilötason byrokraatiakritiikissä on taas omaksuttu joko hallinnon kohteiden tai byrokraattisten organisaatioiden yksittäisten jäsenten näkökulma. Huolenaiheena on ollut yksilön ja byrokraattisesti organisoidun hallinnon etäisyys, näiden vieraantuminen toisistaan; arviointikriteereinä on käytetty yksilön itsetoteutuksen ja osallistumisen mahdollisuuksia sekä hallinnon responsiivisuutta yksilötason tarpeilla.<sup>2</sup>

4. Myös ajankohtainen *oikeusjärjestelmän ongelmista* käyty keskustelu on osaltaan liitettävissä keynesiläisen sosiaalivaltion ja byrokraatisoitumisen kritiikkiin. Tätäkin keskustelua voidaan eritellä samantapaisin kriteerein kuin

sosiaalivaltio- ja byrokraatiakritiikkiä.

Niin sanottua normitulvaa koskevat puheenvuorot<sup>3</sup> voidaan kytkeä kokonaisyhteiskunnallisesta perspektiivistä lähtevään byrokraatiakritiikkiin: jatkuvasti lisääntyneet valtiolliset interventiot talouden ja sosiaalisen elämänpiirin alueille on pitkälti toteutettu juuri laajenevalla norminannolla. Valtiolla (tai laajemmin julkisella hallinnolla) on ensisijaisina yhteiskunnallisina ohjausvälineinään käytettävissään yhtäältä oikeus ja toisaalta raha; silloinkin kun raha on primääri ohjausväline, sen käyttämistä yleensä ohjataan oikeudellisella sääntelyllä. Sääntelyalaltaan laajenevan ja sisällöllisesti tiivistyvän oikeudellisen normiston on nähty yhtäältä asettavan byrokraattisia rajoituksia ja esteitä markkinamekanismien toiminnalle ja yrittäjänvapaudelle sekä toisaalta tuovan yhteiskunnan jäsenten sosiaaliin suhteisiin niille vieraita, ulkopuoliseen vallankäyttöön perustuvia rakenteita.

Luonnostelmani kritiikki sisältää teesin oikeuden *kohderationaliteetin* kriisistä. Kohderationaliteetilla ymmärrän oikeuden vastavutusta sääntelykohteensa sisäisiin vaatimuksiin.<sup>4</sup> Erilaisen tulkinnan tämä kriisi saa siitä riippuen, tarkastellaanko taloudellisten prosessien vaiko sosiaalisten suhteiden sääntelyä: talouden perspektiivistä kyse on autonomisten markkinamekanismien häiriöistä, sosiaalisen elämänpiirin kannalta taas Habermasin Lebensweltin kolonialisatioksi kutsumasta ilmiöstä.

Normitulvakeskustelu sisältää kuitenkin myös muille byrokraatiakritiikin tasoille kytkeytyviä juonteita. Lisääntyneen oikeudellisen norminannon painopiste ei ole ollut niinkään eduskuntalaeissa kuin toimeenpanokoneiston antamissa normistoissa.<sup>5</sup> Havainnot oikeudellisen norminannon muutoksista vastaavat byrokraatiakritiikin teesiä valtiollisen vallan painopisteen siirtymisestä pois edustuksellisista elimistä.

Toimeenpanokoneiston norminanto noudattaa yleensä joko *strategista* tai *instrumentaalista päätöksentekomallia*. Strateginen päätöksenteko nojautuu intressikompromisseille, instrumentaalinen taas ohjautuu objektiivisiksi tulkituista yhteiskunnallisista lainalaisuuksista. Länsimaisten demokratioiden valtiosääntöjen mukaan oikeuden legitimaation on kuitenkin määrä pohjautua *diskursiiviseen menettelyyn*: kansanedustuslaitos säätää lait vapaassa, rationaalisesti argumentoivassa ja julkisessa keskustelussa, jossa erillisintresseistä tiivistyy yleistä (julkista) intressiä vastaava lopputulos.<sup>6</sup> Normitulvan seurannaisilmiöihin voi siten liittää myös demokratia- ja legitimaatio-

ongelmat, joita vielä lisäävät yllä esitellyt kohderationaliteetin pulmat.

Legimaatio-ongelmat kytkeytyvät toiseen oikeuden rationaliteettiulottuvuuteen, sen *normatiiviseen rationaliteettiin*. Normatiivista rationaliteettia arvioitaessa oikeuden legitimitettä ei ymmärretä ainoastaan sen tosiasialliseksi hyväksynnäksi; punnittavana on myös oikeusnormien hyväksyttävyyks.

Suuri osa toimeenpanokoneiston norminannosta toteuttaa julkishallinnon sisäistä ohjausta.<sup>7</sup> Norminannon lisääntyminen onkin antanut aihetta myös hallinnon sisäiseen, tehokkuuskriteeriä painottavaan byrokratiakritiikkiin. Ylempien viranomaisten yksityiskohtaisen sitovan ohjauksen on muun muassa katsottu ehkäisevän alempien yksiköiden itseohjautuvuutta ja niiden joustavaa sopeutumista toimintaympäristön kulloisiinkin, usein nopeisiin muutoksiin; myös toimeenpanokoneiston sisäisen norminannon yhteydessä on ehkä mahdollista puhua kohderationaliteetin kriisistä. Silloin kun valtion hallintoviranomaisten norminannon kohteena ovat kunnat ja kunnalliset elimet, arviointiperusteisiin tuo vielä oman lisänsä kunnallisen itsehallinnon asema (ks. kom.miet. 1982:21 ja 1983: 3).

5. Samalla tavoin eriytyneitä kuin sosiaalivaltio-, byrokratia- ja oikeuskritiikkikin ovat olleet myös kehityssuunnan muuttamiselle, *debyrokratisoinnille*, asetetut tavoitteet ja näiden toteuttamiseksi hahmotellut keinot. Seuraava tavoitteiden kokoava ryhmittely on vain eräs ehdotus; myös muunlaisiin jaotteluihin voitaisiin varmaankin turvautua:

- markkinamekanismien toimintaesteiden purkaminen
- yksilöllisen ja yhteisöllisen sosiaalisen ja kulttuurallisen toimintavapauden (ja vastuun) lisääminen
- julkisen hallinnon ja talouden julkisen sektorin tehokkuuden ja tuottavuuden lisääminen
- hallinnollisten organisaatioiden itseohjautuvuuden ja tuotosvastuun lisääminen
- päätöksenteon demokraattisuuden ja legitimitetin kohottaminen diskursiivisen ideaalin mukaisesti joko edustuksellisten elinten asemaa vahvistaen tai niin sanotuin lähidemokraattisin järjestelyin
- hallinnon responsiivisuuden lisääminen suhteessa kansalaisten tarpeisiin.

Hallinnon hajuttaminen eli *desentralisaatio* on yksi keskeisistä debyrokratisoinnin keinoista. Tarkoitan hajuttamisella hallinnon tehtävien ja toimivallan siirtämistä joko vertikaalisesti tai horisontaalisesti. Horisontaalista ha-

jauttamista edustavat toimivalta- ja tehtäväsiirrot samalla hallintohierarkian tasolla. Vertikaalisessa desentralisoinnissa taas tehtäviä ja toimivaltaa siirretään hallintohierarkiassa alemmille organisaatiotasolle.

Vertikaalisessa suunnassa hajuttaminen voi olla joko hallintoyksiköiden välistä tai niiden sisäistä. Vertikaaliseen hajuttamiseen luen niin ikään — ehkä hieman totunnaisesta poiketen — siirrot valtion keskitetyn hallintohierarkian ulkopuolisille tahoille: kunnallishallintoon, välillisen valtionhallinnon yksiköille tai yksityisille subjekteille. Tulkitsem siten myös yksityistämisen yhdeksi hajuttamisen muodoksi. Vertikaalista hajuttamista voivat näin ollen olla tehtävä- ja toimivaltasiirrot

- valtion keskushallintotasolta toiselle (esim. ministeriöstä keskusvirastoon)
- valtion keskushallinnosta valtion aluehallintoon
- hallintoyksiköiden sisällä osayksiköltä toiselle
- valtionhallinnosta kunnallishallintoon
- valtionhallinnosta välilliseen valtionhallintoon tai
- yksityisille subjekteille (yksityistäminen)<sup>8</sup>.

Vertikaalisen hajuttamisen muodoista yksityistäminen vaatinee vielä täsmennystä. Yksityistäminen tai privatisointi on ollut keskeisiä tunnuksia kuluvan vuosikymmenen sosiaalivaltio- ja byrokratiakritiikissä. Tämänkin käsitteen merkityssisällöt ovat vaihdelleet noudatellen suunnilleen niitä kriteerejä, jotka edellä omaksuin sosiaalivaltio-kritiikkiä jäsentäessäni.

Niinpä yksityisellä on tarkoitettu yhtäältä markkinoita ja toisaalta perhettä ja muita sosiaalisen elämänpiirin yhteisöjä tai vapaaehtoisjärjestöjä; vastaavasti yksityistäminen on saattanut merkitä julkisten toimintojen siirtämistä joko markkinoille tai perheille ja yhteisöille. Edellinen vaihtoehto, markkinoistaminen, on taas saattanut täsmentyä muun muassa seuraaviksi vaatimuksiksi

- julkisen palvelutuotannon ja -jakelun saattaminen markkinamekanismien piiriin, (maksukykyisen) kysynnän ja tarjonnan lakien mukaisesti ohjautuvasti ja samalla yksityisten (palvelujen ostajien) rahoitettavaksi
- verovaroin rahoitettavien toimintojen siirtäminen yksityisille (palvelujen ostamisen)
- julkisen sektorin monopolina olleiden alojen avaaminen myös yksityisille
- julkisyrittäjien luovuttaminen (myyminen) yksityisille
- yksityisen taloudellisen toiminnan julkisen sääntelyn keventäminen tai purkami-

nen (deregulaatio).<sup>9</sup>

6. Oikeuden asemaa hallinnon hajauttamisessa voidaan lähestyä kahdesta eri näkökulmasta. Esinnäkin voidaan kysyä, millaisia rajoituksia, ehtoja ja muotovaatimuksia oikeusjärjestys asettaa desentralisaatiolle, tehtävien ja toimivallan siirtämiselle. Tämän lisäksi oikeutta voidaan lähestyä ikään kuin primäärinä, itsenäisenä hajauttamisen muotona tai keinona. Tällöin kysymys voi olla joko deregulaatiosta eli oikeudellisen sääntelyn purkamista tai sitten vaihtoehtojen etsimisestä perinteiselle oikeudellisen sääntelyn tyyppille.

Valtiosääntömme sisältää perustavat julkisen vallan organisaatioita koskevat oikeussäännöt, jotka voidaan tulkita oikeusjärjestyksen hajauttamiselle asettamiksi rajoituksiksi. Tosin on muistettava, että näistäkin rajoituksista voidaan poiketa perustuslain säätämisympäristössä käsiteltävällä lailla.

Tällaisia perussääntöjä ovat muun muassa hallitusmuodon 2 §:ään nojautuva eduskunnan asema ylimpänä valtioelimenämme sekä saman pykälän sisältämä valtiovallan kolmijako. Hallitusmuodossa myös osoitetaan tasavallan presidentti ja valtioneuvosto ylimmiksi toimeenpanovallan käyttäjiksi. Samoin hallitusmuoto sisältää hajauttamisessakin huomioon otettavia perussääntöksiä väliportaan ja paikallistason hallinnosta. Desentralisaatiossa saatetaan niin ikään joutua pohtimaan kysymystä virkamieshallinnon valtiosääntöisestä asemasta: edellyttääkö hallitusmuoto, että hallintoa hoitavat tehtäviinsä nimetyt, päätoimiset virkamiehet, ja miten ehdottomasti se tätä edellyttää, minkälaisia poikkeuksia se tästä sallii?<sup>10</sup>

Esimerkkeinä mainitsemiani oikeussääntöjä voi kutsua hajauttamisen oikeudellisen organisaatorisiksi reunaehdoiksi. Niiden ohella on desentralisaation mahdollisina esteinä tarkasteltava myös perustuslain tietyille päätöksentekojen ja ohjausjärjestelmille asettamia vaatimuksia. Tällaisina järjestelminä voimme lähestyä esimerkiksi oikeudellista norminantoa, budjetti-prosessia ja parlamentarismia. Niinpä meillä on voimassa perustuslain taseisia sääntöjä, jotka sääntelevät lainsäädännön piiriin kuuluvien normien antamista ja tämän norminantovallan siirtämistä muille kuin hallitusmuodon 2,2 §:n tarkoittamalle lainsäätäjälle. Samoin noudatettavana on perustuslain taseisia sääntöjä, jotka määrittävät päätösvaltaa budjetti-prosessin eri vaiheissa sekä budjetin alaa, rakennetta ja sisältöä. Parlamentarismien periaate taas turvaa eduskunnan valtioneuvoston kautta välittyviä hallinnon ohjaus- ja valvontamahdollisuuksia. Nämä voivat olla esteinä esi-

merkiksi toimivallan siirtämiselle yksiköille, jotka eivät ole valtioneuvoston ohjaus- ja valvontamahdollisuuksien ulottuvissa.

Oikeusjärjestyksemme asettaa niin ikään vaatimuksia niille päätöksentekomuodoille, joita toimivallan ja tehtävien siirrossa on käytettävä. Nämä vaatimukset liittyvät osaitaan näkökohtiin, joita tarkastelin valtiosääntömme desentralisaatiolle asettamina rajoina: silloin kun rajat ylitetään, desentralisaatio on toteutettava perustuslain säätämisympäristössä käsiteltävällä lailla.

Desentralisaatiossa noudatettavia päätöksentekomuotoja määrää muun muassa siirrettävän toimivallan luonne, se, kuuluuko kompetenssi lainsäädäntövallan, toimeenpanovallan tai lainkäyttövallan piiriin vai onko kysymyksessä mahdollisesti näiden ulkopuolelle jäävä toimivallan laji. Merkityksensä on myös sillä seikalla, liittyykö kompetenssi valtio-organisaatiosta ulospäin suuntautuvaan vai pelkästään sen sisäiseen toimintaan.

*Delegation* (ja subdelegation) mahdollisuus päätöksentekomuotoihin liittyvänä osaongelmana eriytyy sekini toimivallan oikeudellisen luonteen mukaisesti. Delegaatiosta on kyse silloin, kun siirrosta päättää toimivaltainen elin itse.<sup>11</sup>

Päätöksenteolta edellytettävään muotoon ja tasoon vaikuttaa myös, siirretäänkö toimivaltaa jo olemassa olevalle elimelle vai luodaanko kompetenssia käyttämään uusi yksikkö. Valittaessa jälkimmäinen vaihtoehto on näet otettava huomioon myös uusien hallintoyksiköiden perustamisjärjestystä koskevat säännöt. Nämä säännöt puolestaan saattavat eriytyä muun muassa sen perusteella, mihin organisaatiokategoriaan uusi yksikkö sijoittuu. Kun yksityistämisen mahdollisuus sivuutetaan, perusvaihtoehtoja ovat valtionhallinto, kunnallishallinto ja välillinen valtionhallinto.

Kysymys oikeusjärjestyksen desentralisaatiolle asettamista rajoituksista ja muotovaatimuksista hajoaa siten moniksi osaongelmiksi. Asetelmien täsmentämiseksi on vastattava ainakin seuraaviin kysymyksiin:

- Millainen on siirrettävän toimivallan oikeudellinen luonne?
- Millaiselta organilta toimivaltaa siirretään?
- Millaiselle organille toimivaltaa siirretään?
- Siirretäänkö toimivaltaa jo olemassa olevalle vaiko vasta perustettavalle organille?

7. *Deregulaatiota* hajauttamisen välineenä on arvioitava oikeudellisen sääntelyn kohteiden mukaan eriytyneesti. Niinpä on erotettava:

- valtio-organisaation sisäisessä ohjauksessa vaikuttavan sääntelyn purkaminen
  - valtion ja kunnallishallinnon välisissä suhteissa vaikuttavan sääntelyn purkaminen
  - valtion ja talousjärjestelmän suhteissa vaikuttavan sääntelyn purkaminen
  - valtion ja sosiaalisen elämänpiirin suhteissa vaikuttavan sääntelyn purkaminen.
- Vastaavasti jakautuvat myös deregulaatiolla tavoiteltavat päämäärät. Pyrkimyksenä voi olla
- nostaa valtio-organisaation sisäistä sääntelyä purkamalla hallinnon tehokkuutta sekä lisätä alemman tason hallintoyksiköiden itseohjautuvuutta ja responsiivisuutta suhteessa yksilötasoihin (kansalaisten tai hallinto-organisaatioiden jäsenten) tarpeisiin
  - vahvistaa kunnallista itsehallintoa ja samalla julkisen päätöksenteon demokraattisuutta ja legitimiisyyttä
  - vapauttaa markkinamekanismien toimintaa talousjärjestelmässä tai
  - lisätä sosiaalis-kulttuurallista toimintavapautta yhteiskunnan jäsenten sosiaalisessa elämänpiirissä.

Deregulaation vaikutuksia voi ennakoida ennen kaikkea arvioimalla, mitä tulee oikeudellisten sääntelyjen tilalle, millaisten normien, päätöissäntöjen ja mekanismien tuloksena aiemmin oikeudellisesti säännellyt toiminnot deregulaation jälkeen määräytyisivät. Seuraavat epäilyt eivät liene täysin perusteettomia.

Valtio-organisaation sisäisissä ohjaussuhteissa deregulaatio saattaa kaventaa poliittisten päätöksentekijöiden, eduskunnan ja valtioneuvoston ohjausmahdollisuuksia hallintoon. Hallintoyksiköiden mahdollisesti lisääntyneen itseohjautuvuuden vastapainona voi olla niiden demokraattisen ohjauksen ja valvonnan supistuminen. Hallinnon sisäisesti ehkä aikaansaa-tava debykroatisointi saattaa näin vahvistaa byrokraatisoitumista poliittis-hallinnollisen järjestelmän kokonaistasolla, lujittaa hallinnon ominaispainoa poliittisten päätöksentekijöiden kustannuksella. Valtionhallinnon sisäisen normiston karsimisella ei sen sijaan ole tällaisia välittömiä vaikutuksia poliittisten päätöksentekijöiden ja hallinnon välisiin suhteisiin.

Kunnallishallinnon valtiollista ohjausta välittävien normistojen purkaminen voi puolestaan erityisesti sosiaali- ja koulutuspalveluja koskevassa päätöksenteossa lisätä kansalaisten eriarvoisuutta palvelujen saannissa. Tämä vaara korostuu varsinkin, ellei palveluja ei ole taattu kansalaisille täsmällisillä, subjektiivisen oikeuden perustavilla säännöksillä. Deregulaatio ei myöskään vielä yksin välttämättä johda pää-

töksenteon demokraattisuuden, legitimiisyyden ja responsiivisuuden lisääntymiseen: kunnallishallinnon sisäiset suhteet saattavat olla yhtä lailla byrokraatiaongelmien rasittamia kuin kuntien valtiollinen ohjauskin.

Valtion ja talouden välisissä suhteissa vaikuttavan sääntelyn purkaminen johtaa ehkä juuri niihin samoihin epäkohtiin, joiden välttämiseksi tämä sääntely on vähitellen kehittynyt. Ei ole suinkaan varmaa, että sääntelyn purkauttua talousjärjestelmää säätelisivät sen paremmin yritysten välisissä kuin niiden sisäisissä suhteissa anonyymit, toimijoiden vapautta ja tasa-arvoa edellyttävät markkinamekanismit. Deregulaation tuloksena voi olla talouden lisääntyvä keskittyminen ja ohjautuminen taloudellisten toimijoiden valta-asemien mukaisesti. Ongelmaksi niin ikään muodostuu, miten torjutaan talousjärjestelmästä yhteiskunnan jäsenten sosiaaliseen elämänpiiriin kanoituvat haittavaikutukset ja miten turvataan sellaisten intressien toteutuminen, jotka eivät kenties vastaa järjestelmän "sisäistä logiikkaa"; esimerkkeinä voi mainita vaikkapa ympäristönsuojelulliset, työsuojelulliset ja kuluttajansuojelulliset näkökohdat.

Valtion ja sosiaalisen elämänpiirin välisissä suhteissa deregulaatio voi lakkauttaa sellaiset tuki- ja suojamuodot, joilla juuri on pyritty turvaamaan yksilöiden sosiaalis-kulttuurallisen toimintavapauden (aineelliset) edellytykset. Sellaisia sosiaalisen elämänpiirin yhteisöjä, jotka korvaisivat byrokraattiset tuki- ja suojamuodot, ei kenties ole olemassakaan, moderni yhteiskunta on kenties ne hajottanut. Mahdollista niin ikään on, että oikeudellisen sääntelyn tilalla astuvatkin sellaiset esivaltiolliset vallankäytömuodot sosiaalisen elämänpiirin instituutioissa ja yhteisöissä, joita esimerkiksi Michel Foucault (1980) on eritellyt kurinpitoyhteiskunnan analyysissään. Oikeudesta vapautetut sosiaaliset suhteet eivät kenties rakennukaan tasa-arvolle ja autonomialle. (Vrt. Abel, 1980).

8. Täydellistä deregulaatiota koskevissa vaatimuksissa tavallaan oletetaan, että ilman oikeudellista sääntelyä sen kohteena olevissa suhteissa vallitsisi tavoiteltava ihannetila, olikoonpa kysymys sitten hallinnon tehokkuudesta, itseohjautuvuudesta ja responsiivisuudesta; hallinnollisen päätöksenteon paikallistason demokraattisuudesta ja legitimiisyydestä; taloudellisen toiminnan (yritystäjyyden ja työnteon) vapaudesta; taikka yksilöllisestä tai yhteisöllisestä sosiaalis-kulttuurallisesta toimintavapaudesta. Tämä oletamus tuskin pitää paikkaansa. Oikeudelliseen sääntelyyn on yleensä turvauttu juuri siksi, ettei näin ole asianlaita, etteivät sääntelyn kohteeksi otetut yhteiskunnalli-

set suhteet täytyy ihannetilän vaatimuksia.

Deregulaatio merkitsisikin useissa tapauksissa ilmeisesti vain kehityksen pyörän kääntämistä taaksepäin, niiden epäkohtien palaamista, joita sääntelyllä alun alkaen pyrittiin ehkäisemään. Sosiaalivaltio-, byrokraatia- ja oikeuskritiikki ilmentää kuitenkin käsitystä, että sääntely ei ole toteuttanut tavoitettaan tai että vanhojen epäkohtien sijaan se on synnyttänyt uusia. Näytämme olevan umpikujassa: oikeudellinen sääntely on epäonnistunut mutta siitä luopuminen palauttaisi meidät myös epätoivottavaksi koettuun alkupisteeseen siihen liittyneine ongelmineen. Mitä tehdä?

Alustavia vastauksia tähän kysymykseen voi nähdäkseni etsiä seuraavalta suunnalta: ratkaisuna kritiikki- ja kriisikeskustelussa esille otettuihin ongelmiin ei ehkä niinkään ole täydellinen deregulaatio vaan *oikeudellisen sääntelyn luonteen muuttaminen*, uudet sääntelytyypit. Oikeudellisen sääntelyn luonteen muuttaminen on ollut keskeinen teema viimeaikaisessa modernin oikeuden evoluutiosta käydystä keskustelusta, jossa myös on haettu ratkaisuja sosiaalivaltiolaisen oikeuden väitettyyn kriisiin.

Keskustelun lähtökohtana on usein ollut Max Weberin erittely *formaalis-rationaalista oikeudesta*, joka hänen mukaansa on ominainen länsimaisille kapitalistisille yhteiskunnille. Kapitalistisen markkinatalousyhteiskunnan oikeus on formaalia itseriittoisuudessaan ja suljettisuudessaan: oikeudellisten ratkaisujen premisit löytyvät oikeudesta itsestään, oikeus ei viittaa itsensä ulkopuolisiin normijärjestelmiin kuten moraaliin tai uskuntoon eikä poliittisuonteisiin tai utilitaristisiin hyötynäkökohtiinkaan. Oikeus tyytyy luomaan yksityisille toimijoille — Weber tarkasteli ennen muuta taloudellista, markkinakäyttäytymistä — selkeät ja ennustettavuuden vaatimukset täyttävät, ulkoiset pelisäännöt, jotka mahdollistavat toimijoille tavoiterationaalisen, strategisen käyttäytymisen. Oikeusnormit eivät sen sijaan itse lyö lukkoon yhteiskunnallisen (taloudellisen) toiminnan tavoitteita ja niitä palvelevaa käyttäytymistä. Nämä määräytyvät oikeuden ulkopuolisista ja sen kannalta indifferenteista intresseistä ja yhteiskunnallisen toimintaympäristön (markkinoiden) strategiselle käyttäytymiselle kulloinkin asettamista rajoituksista ja vaatimuksista.

Weberin formaalis-rationaalista oikeudesta piirtämä kuva on liitettävissä kapitalistisen yhteiskunnan ja valtion liberalistiseen vaiheeseen. Jo Weber näki, syntymässä olleen interventio- ja sosiaalivaltion kynnyksellä, merkkejä oikeuden materiaalistumisesta — tai ehkä täs-

mällisemmin: remateriaalistumisesta. Tällaisina hän piti muun muassa oikeuden ulkopuolisiin normijärjestelmiin viittaavia yleislausekeita, poliittisten ja muiden hyötynäkökohtien tunkeutumista lainsäädäntöön ennen kaikkea työväenliikkeen valtiollisen vaikutusvallan lisääntynyttä sekä oikeustieteen intressilainopillisia suuntauksia. Weber oli kehityksestä huolissaan: kapitalistisen markkinatalouden oikeudelta edellyttämä formaalis-rationaalinen luonne oli hänen mukaansa vaarassa murentua. (Weber 1980, erit. 387—513).

Weberin erittelemää formaalioikeutta seuraavaa vaihetta modernin oikeuden evoluutiosta on kutsuttu *jälkiliberaaliseksi* tai *materiaaliseksi*. Sen yhtenä keskeisenä, formaalioikeudesta eroavana tunnusmerkkinä on pidetty tavoitesuuntautuneisuutta, pyrkimystä yhteiskunnallisten prosessien ja suhteiden tavoitteelliseen ohjaukseen. Materiaalinen oikeus ei enää tyydy formaalioikeuden tavoin ulkoisten pelisääntöjen asettamiseen yhteiskunnallisille prosesseille ja toimijoille: se määrittelee myös tavoitteita ja näitä palvelevia enemmän tai vähemmän täsmällisiä käyttäytymisvaatimuksia. (Esim. Unger 1976, 192—223 ja Teubner 1982).

Materiaalinen oikeus on nimenomaan keynesiläisen sosiaalivaltion oikeutta. Juuri oikeuden materiaalistumisen on katsottu tuottaneen niitä kohderationaliteetin ongelmia yhtäältä talouden ja toisaalta sosiaalisen elämänpiirin sääntelyssä, joihin oikeuteen täsmennetyssä sosiaalivaltio- ja byrokraatiakritiikissä on kiinnitetty huomiota: näille yhteiskuntaelämän alueille, niiden "sisäiselle logiikalle" vieraita rakenteita, jotka yhtäältä ehkäisevät markkinamekanismien toimintaa ja toisaalta rajoittavat sosiaalis-kultuurialaista autonomiaa.

Jotkut nykykeskusteluun osallistujat ovat kuitenkin olleet havaitsevinaan jo oireita oikeuden eräänlaisesta jälkimateriaalisesta kehitysvaiheesta, joka myös poistaisi materiaalisen oikeuden aiheuttamat haittavaikutukset. Tämä on muun muassa länsisaksalaisen Günter Teubnerin teesi: keynesiläiselle sosiaalivaltiolle ominainen materiaalinen oikeus on korvautumassa *refleksiivisellä oikeudella*.

Teubnerin tarkoittama refleksiivinen oikeus ei materiaalisen oikeuden tavoin osoita sääntelilleen yhteiskunnallisille osajärjestelmille ikään kuin ulkoakasin toiminnallisia tavoitteita ja sisältöjä. Refleksiivinen oikeus kunnioittaa näiden osajärjestelmien omalakisuuutta, luottaa niiden itsesääteilypotentiaaleihin. Se tyytyy lähinnä sääntelemään kompetensseja, organisaatioita ja menettelyjä; näin se pyrkii lujittamaan ja tukemaan sääntelemiensä osajärjestelmien omia refleksiivisiä prosesseja. (Teub-

ner 1982).

9. Ruotsalaisen oikeussosiologin Håkan Hydénin analyysikehikko saattaa tarjota teoreettisia välineitä oikeudellisen sääntelyn muutosten erittelyyn ja ratkaisumallien kehittelyyn oikeuden nykyisiin kriisi-ilmiöihin. Hydén on luonut oikeudellisen normijärjestelmän sisäisten rakenteiden jäsentämistä palvelevan normitypologian. Normitypologiansa avulla hän on ensinnäkin arvioinut eri normityyppien edellyttämiä viranomaispäätöksenteon argumentaatiomalleja ja päätöksenteko-organien henkilököönpanoja. Toiseksi hän on suhteuttanut tyypologiansa oikeuden ulkoisiin funktioihin, jotka hän on eriyttänyt oikeuden sääntelykohteiden mukaisesti.

Hydén on erottanut konstituivat, menettely- ja toimintasäännöt. *Konstituivia sääntöjä* ovat mm. kompetenssi ja organisaationormit; ne vastaavat kysymykseen: kenen on määrä toimia? *Menettelysäännöt* taas osoittavat, millaisia muotoja säänneltävässä toiminnassa on noudatettava, eli vastaavat kysymykseen: miten? *Toimintasäännöt* taas määräävät toiminnan sisällöstä eli vastaavat kysymykseen: mitä?

Toimintasäännöt Hydén jakaa vielä velvollisuus-, punninta- ja tavoite — keino-normeihin. Kutakin toimintasääntöjen tyyppiä vastaa myös erityinen viranomaispäätöksenteon ja -argumentaation malli sekä päätöksentekoolimelle ominainen henkilököönpano.

*Velvollisuusnormit* perustuvat oikeustosi-seikkojen ja oikeusseuraamusten kytkennälle. Niin sanottua subsumptiologista mallia noudattava päätöksenteko edellyttää ennen muuta oikeudellista asiantuntemusta. Päätöksenteko kohdistuu menneeseen tapahtumaan: päätöksenteossa ovat relevantteja vain jo realisoituneet faktat, eivät sen sijaan itse päätöksenteon faktiset seuraamukset.

Velvollisuusnormeihin turvaudutaan Hydénin mukaan ennen muuta silloin, kun säänneltävän alueen toimijat ovat yksityisiä subjekteja, kun oikeus luo toiminnolle ainoastaan ulkoiset puitteet ja pelisäännöt ja kun toiminnan sisältö määrättyy olennaisesti sääntelyalueen sisäisistä itsesääntelymekanismeista. Esimerkinä voi käyttää oikeuden suhdetta markkinamekanismien mukaisesti ohjautuvaan taloudelliseen järjestelmään.

*Punnintanormit* osoittavat säänneltävässä toiminnassa huomioon otettavat intressit ja mahdollisesti myös niiden keskinäisen painotuksen. Päätöksenteko nojautuu normien osoittamien intressien merkityksen arviointiin, ja päätöksentekoolimille on siksi usein ominaista eturyhmäedustus.

Punnintanormeja käytettäessä poliittis-hallinnollisen järjestelmän ja sääntelyalueen välillä vallitsee interventiosuhde: toimijat ovat yksityisiä subjekteja mutta oikeus puuttuu heidän toimintaansa myös sisällöllisesti pyrkiessään varmistamaan sellaisten intressien huomioon ottamisen, joita sääntelyalueen itsesääntelävät mekanismit eivät "luonnostaan" toteuta, pyrkiessään ratkomaan näiden mekanismien ulkoisista vaikutuksista aiheutuvia tavoite- ja intressikonflikteja. Tämänkaltaista interventiota talouteen edustavat vaikkapa ympäristön-, kuluttajan- ja työsuojelulainsäädäntö.

*Tavoite — keino-normeja* soveltava päätöksenteko on puolestaan luonteeltaan tavoiterationaalista ja edellyttää eri päätösvaihtoehtojen todennäköisten faktisten, kausaalisten vaikutusten arvioimista. Toisin kuin velvollisuusnormeja sovellettaessa tavoitekeino-normeihin perustuva päätöksenteko suuntautuu korostetusti tulevaisuuteen ja vaatii juridisen tietämyksen sijasta ensisijaisesti yhteiskuntatieteellisesti orientoitunutta asiantuntemusta, sääntelyalueen kausaalisten lainmukaisuuksien tuntemista.

Tavoitekeino-normeja Hydén pitää luonteenomaisina suunnitelluille systeemeille, joissa primääritoimijoina ovat valtion ja kuntien viranomaiset. Tällaisia järjestelmiä ja niitä vastaavia normeja on luotu ennen muuta niin sanottujen julkisten palveluiden tuotantoon ja jakeluun. (Hydén 1984 & 1985).

Hydénin toimintasääntöjen luokitus on kytkettävissä myös viimeaikaisessa keskustelussa usein käytettyyn konditionaalisen ja finaalin ohjelmoinnin erotteluun. *Konditionaalinen ohjelma* seuraa kaavaa jos — niin, finaalin ohjelma puolestaan rakentuu tavoitteiden ja keinojen kytkennälle. Konditionaalisesti strukturoidussa ohjelmassa jos-lause ilmaisee päätöksenteon laukaisevan tapahtuman tunnusmerkit, niin-lause taas päätöksen sisällön. Konditionaalista ohjelmaa sovellettaessa päätöksen faktiset seuraamukset ovat soveltajan kannalta periaatteessa yhdenkäteviä eikä tämä myöskään ole niistä vastuussa.

Syysseuraus-suhteen näkökulmasta konditionaalisisessa ohjelmassa on määräävässä asemassa syy: jos lauseen tunnusmerkit täyttävää faktista tapahtumaa voi pitää syynä, joka johtaa niin-lauseen määrittelemään päätökseen. Sen sijaan *finaalisessa ohjelmassa* asetelma on päinvastainen: tavoiteltu vaikutus määrää käytettävät keinot, jotka ovat siihen nähden syysuhteessa. Toisin kuin konditionaalista kaavaa seurattaessa päätöksenteon keskeisenä kriteerinä ovat sen ennakoituvat faktiset seuraamukset.



Hydénin toimintasääntöjen luokituksessa velvollisuusnormit, jotka perustuvat oikeustosi-seikkojen ja oikeusseuraamusten kytkennälle, noudattavat konditionaalista ohjelmointia. Tavoitekeino-normit taas vastaavat tyypillisesti finaalista ohjelmaa. Punnintanormeja puolestaan voinnee pitää eräänlaisina konditionaalisen ja finaalin ohjelmoinnin yhdistelminä: ohjelmoidussa päätöksenteossa huomioon otettavat ja yhteen sovitettavat intressit edustavat ohjelmoinnin finaalista elementtiä, joka edellyttää myös päätöksen faktisten seuraamusten huomioon ottamista.<sup>12</sup>

Hydénin typologian avulla on mahdollista tarkentaa modernin oikeuden eri kehitysvaiheiden väitetyjä ominaispiirteitä. Kehityksen formaalioikeuden vaiheesta materiaaliseen oikeuteen voi alustavasti ilmaista seuraavasti. Formaali-oikeuden vaiheessa pääpaino oli — toimintasääntöihin pitäytyttäessä — konditionaalista ohjelmointia seuraavissa velvollisuusnormeissa. Oikeuden materiaalistuminen puolestaan merkitsee finaalin ohjelmoinnin, toisin sanoen punninta- ja tavoitekeino-normien, lisääntymistä. Teubnerin tarkoittamassa refleksiivisessä oikeudessa taas sääntelyvälineinä käytetään ensisijaisesti konstituivia ja menettelysääntöjä, ei niinkään toimintasääntöjä.

10. Esittämäni oikeuden väitettyjen kehitysvaiheiden luonnehdinta Hydénin normitypologian avulla on kuitenkin yksinkertaistava. Varsinkin siirtymä formaalioikeudesta materiaaliseen oikeuteen vaatii täsmennystä. Materiaalisen oikeuden tunnusmerkiksi voinnee eittämättä katsoa finaalin näkökohtien painottumisen oikeudellisessa sääntelyssä. Mutta oikeuden finalisoitumisen ei välttämättä tarvitse näkyä oikeusnormien — Hydénin luokituksessa toimintasääntöjen — luonteen muuttumisena.

Oikeudellinen päätöksenteko on eriytettävissä yhtäältä oikeuden asettamiseen ja toisaalta sen soveltamiseen. Finaalin näkökohtien vaikutus saattaa rajoittua näistä vain edelliseen. Mahdollista näet on, että vaikka lainvalmistelu- ja lainsäätämisen prosessissa painottuu yhteiskuntapoliittinen tavoitteenasettelu, tavoitteita palvelemaan tarkoitetut oikeusnormit itse puetaan konditionaaliseen muotoon. Oikeuden sidonnaisuus konkreettisiin yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin ei siis välttämättä johda finaalista ohjelmaa noudattaviin toimintasääntöihin. Byrokraatia- ja oikeuskritiikissä ei usein olekaan oltu huolestuneita oikeuden finalisoitumisesta sinänsä vaan pikemminkin finalisoitumisen ilmenemisestä nimenomaan konditionaalista kaavaa seuraavina, viranomaisten tai yksityisten subjektien käyttäyty-

mistä tiukasti ohjaavina ja rajoittavina sääntöinä.

Hydén on luokituksessaan lähtenyt oletuksesta, että konditionaalista oikeustosi-seikko-oikeusseuraamus-kaavaa noudattavia velvollisuusnormeja käytetään ennen muuta määrittämään kohteena olevien yhteiskunta-alueiden, kuten markkinajärjestelmän, ulkoisia puutteita ja pelisääntöjä. Mutta tämä oletamus ei byrokraatia- ja oikeuskritiikin valossa pidä paikkaansa. Oikeuden kohderationaliteetin kriisiteesiksi tiivistettävän arvostelun ytimenä nähdäkseni on, että nimenomaan alaltaan laajeneva ja sisällöllisesti tihtyvä perinteisen konditionaalisen kaavan mukainen käyttäytymissääntely ehkäisee sääntelyalueen sisäisten mekanismien toimintaa.

Konditionaalisen käyttäytymissääntelyn vaihtoehtona ja samalla mahdollisena ratkaisuna byrokratisoitumisongelmiin onkin tarkasteltava — Hydénin typologiaa edelleen hyödyn-tääkseni — yhtäältä punninta — sekä tavoitekeino-normeja, toisaalta taas konstituioivia ja menettelyllisiin sääntöihin rajoittuvaa refleksiivistä oikeutta. Kaikki nämä sääntelytyypit edustavat eräänlaista oikeudellisen normeerauksen joustavoittamisidea. Mutta pystytäänkö niiden avulla poistamaan byrokraatia- ja oikeuskritiikissä esille otettuja ongelmia, toteuttamaan debyrokratisoimisen ja hajauttamisen tavoitteita? Onko vaarana kenties se, että pyrkisään poistamaan epäkohtia yhtäällä nämä sääntelytyypit samalla synnyttävätkin uusia ongelmia toisaalla?

11. *Punnintanormit* siis ainoastaan osoittavat säänneltävässä toiminnassa huomioon otettavat intressit mutta jättävät niiden keskinäisen arvioinnin säänneltävälle toiminnalle itselleen. Tällaiset normit saattavat kohdistua joko välittömästi yksityiseen toimintaan tai siten hallintoviranomaisten harjoittamaan yksityisen toiminnan ohjaukseen ja valvontaan; viranomaiskontrolli liittyy kuitenkin yleensä myös punnintanormien sääntelemään yksityiseen toimintaan. Keskeinen asema normien avoimeksi jättämässä intressivertailussa on siten useimmiten soveltavilla oikeus- tai hallintoviranomaisilla.

Punnintanormeja käyttävää sääntelyä voidaan perustella sillä, että soveltamisvaiheessa voidaan ottaa huomioon eri intressien tilannekohtaiset merkitysvaihtelut, että eri intressien kulloistakin painoa ei voida ratkaista etukäteisillä yleissäännöillä. Tällaisella sääntelytyypillä saatetaan näin muun muassa lisätä hallintoyksiköiden responsiivisuutta toimintaympäristönsä kulloisillekin muutoksille.

Poliittis-hallinnollisen järjestelmän koko-

naisperspektiivistä punnintanormit voivat kuitenkin johtaa lisääntyvään byrokratisoitumiseen. Lakitasoisen sääntelyn muuntaminen punnintanormien suuntaan merkitsee tavallaan luopumista eräästä länsimaisten demokraatioiden poliittisen järjestelmän kantavasta ideasta. Tarkoitin diskursiivisen ideaalin sisältämää ajatusta, jonka mukaan erityisintressien yhteensovittaminen ja julkisen intressin siivlöinti tapahtuu nimenomaan kansanedustuslaitoksessa. Lainsäädäntöön otetut punnintanormit voikin nähdä eräänlaisena kansanedustuslaitoksen ratkaisuvallan faktisena delegoimisena: toimeenpanokoneistolle luovutetaan kansanedustuslaitoksen kuuluvia poliittisia tehtäviä. Punnintanormien lisääntyvä käyttö saataakin voimistaa byrokratisoitumiskehitystä valtio-organisaation kokonaisuudessa, vahvistaa toimeenpanokoneiston asemaa kansanedustuslaitoksen kustannuksella Hydénin mukaan punnintanormit implikoivat soveltavien viranomaisten etujärjestöedusteista kokoonpanoa. Ne saattavatkin omalta osaltaan jouduttaa myös korporatisoitumiskehitystä ja sen haittavaikutuksia: poliittisen vallankäytön painopisteen siirtymistä hallintobyrokratian ja etujärjestöbyrokratioiden yhteenkietoutuneelle eliitille, organisoimattomien intressien syrjäyttämistä poliittisessa päätöksentekoprosessissa, päätöksenteon luonteen muuttamista diskursiivisesta strategiseen suuntaan. Tämä vaara on olemassa, vaikka etujärjestöillä ei olisikaan mahdollista asemaa päätöksenteossa. Mikäli punnintanormien osoittamia intressejä edustavat voimakkaat etujärjestöt, on oletettavaa, että niillä on merkittävä faktinen vaikutusvalta virkamieshallintoperiaatteellekin rakentuvan viranomaisorganisaation toimintaan.

12. Tavoitekeino-normien vaikutukset riippuvat pitkälti siitä, miten yksityiskohtaisia yhtäältä tavoite- ja toisaalta keinomääritykset ovat ja mikä on niiden keskinäissuhde. Jos sääntelyn painopiste on keinoissa ja jos keinot määritellään hyvin yksityiskohtaisesti ja vaihtoehdottomasti, lähestytään itse asiassa jo konditionaaliseen muotoon puettuja velvollisuusnormeja. Tavoitemääritykset ovat tällöin lähinnä konditionaalisia velvollisuusnormeja sovellettaessa huomioon otettavaa tarkintamateriaalia, joka ei merkitykseltään paljoakaan poikkea esimerkiksi lainvalmisteluasiakirjojen tavoite- muotoilusta. Hallinnon hajauttamiseen ja debyrokratisoimiseen tällaisilla tavoite-keinoilla ei juurikaan voida vaikuttaa.

Toisin on asianlaita sen sijaan silloin, jos tavoite-keinosääntelyn painopiste on tavoitepuolella, jos säännökset keinojen osalta vain tyyty-

vät luettelemaan tietyn valikoiman, joka ei ehkä sekään ole tyhjentävä. Ääritilanteessa säännökset vain määrittelevät toiminnassa huomioon otettavat tavoitteet, mutta eivät lausu niitä palvelevista keinoista mitään. Tavoitepainotteisessa sääntelyssä sääntelyn kohteen asiaksi jää valita kulloisessakin faktisessa tilanteessa tavoitteen saavuttamiseksi optimaaliset keinot. Toisin kuin keinopainotteisessa, konditionaalaisia velvollisuusnormeja lähestyvässä sääntelyssä säännökset eivät siis tiukasti määritä konkreettisissa tilanteissa omaksuttavaa käyttäytymisvaihtoehtoa. Käyttäytyminen voidaan näin sopeuttaa esimerkiksi toimintaympäristön nopeisiin muutoksiin tai keinovalinnan optimaalisuuteen osaltaan vaikuttavaan teknologiseen kehitykseen.

Tavoitekeino-normeja voidaan käyttää sekä valtio-organisaation sisäisessä ohjauksessa että säänneltäessä yksityistä toimintaa tai siihen kohdistuvaa viranomaisohjausta. Jotta tavoitepainotteisella sääntelyllä ylipäätään olisi (oikeudellisia) ohjausvaikutuksia, tavoitteiden tulisi olla suhteellisen täsmällisesti määriteltyjä ja mieluiten kvantitatiivisesti ilmaistuja. Valtio-organisaation sisäisissä suhteissa väljät tavoitemääritykset johtavat helposti samaan ongelmaan kuin punnintanormitkin: byrokratisoitumiskehitykseen edustusellisten elinten ja toimeenpanokoneiston välisissä suhteissa, päätöksenteon painopisteen entistä selvempään siirtymiseen edellisiltä jälkimmäiselle.

Jos taas väljä tavoitesääntely kohdistuu yksityiseen toimintaan tai sen viranomaisohjaukseen, tarpeelliseksi katsottu yksityisen toiminnan valtiollinen ohjaus jää kenties kokonaan vaille merkitystä. Seurauksena voi kuitenkin olla myös lisääntyvät tavoitesäännöksiä täydentävä hallinnollinen norminanto kaikkine normitulkakeskustelussa esille otettuine haittavaikutuksineen. Tällaiseen tilanteeseen tavoiteohjaus voi johtaa myös valtion- ja kunnallishallinnon välisissä suhteissa. Niinpä julkisen hallinnon sektorisuunnittelujärjestelmiä on usein arvosteltu siitä, että valtiollisen tavoite- ja resursipohjaisen ohjauksen varjoon on kasvanut kuntien itsenäisiä toimintamahdollisuuksia rajoittava hallinnollisten normistojen ryteikkö (kom.miet. 1982:21 ja 1983:3).

Hydénin mukaan tavoitekeino-normien ominta aluetta ovat julkisen hallinto-organisaation sisäiset suhteet erityisesti kansalaisille tarjottavien julkisten palvelujen tuotannossa ja jakelussa. Tällä julkishallinnon toiminta-alueella finaalisena ohjaukseen siirtymistä on kuitenkin tarkasteltava myös yksityisten subjektien, palvelujen tarvitsijoiden, näkökulmasta.

Kun kansalaisiin kohdistuvaa hallintotoimintaa ohjataan konditionaalista kaavaa noudattavilla oikeusnormeilla, normit sääntelevät yleensä soveltavien viranomaisten ohella myös yksityisten subjektien oikeusasemaa, näiden julkishallintoon kohdistuvia oikeuksia ja velvollisuuksia. Konditionaalisten sääntöjen takamien oikeuksiensa toteuttamiseksi yksityisillä subjekteilla on myös käytettävissään erityisiä oikeusturvakeinoja. Tämän turvatun asemansa hallintotoiminnan kohteet saattavat menettää, jos konditionaalista kaavaa seuraavista normeista luovutaan ja hallintotoimintaa säännelään pelkästään finaalista mallia edustavilla ohjelmilla. Tämä on vaarana varsinkin silloin, jos ohjelmien vahvistamismuotona ei käytetä lakia vaan budjettia ja suunnitelmia, joilla ei yleensä ole julkisen hallinnon ulkopuolelle suuntautuvia oikeusvaikutuksia. (Vrt. Tuori & Vilkkonen 1986).

13. Entä sitten *refleksiivinen oikeus* ja sen mahdollisuudet debykroatisoinnissa? Refleksiivinen oikeus luottaa sääntelykohteittensa itsesääntelypotentiaaleihin: se ei anna toiminnallisia sääntöjä vaan tyytyy kompetenssien, organisaatioiden ja menettelyjen määrittämiseen. Se myös ikään kuin olettaa, että kukin yhteiskunnallinen osajärjestelmä sisältää tai niihin voidaan ainakin luoda sellaisia mekanismeja, jotka varmistavat niiden toiminnan myös muiden osajärjestelmien kannalta optimaalisella tavalla.

Tämä oletus voidaan kuitenkin asettaa kyseenalaiseksi. Tyypillinen esimerkki itsesäätelvästä järjestelmästä on markkinatalous. Markkinatalouden perinteisen liberalistisen puitesääntelyn voi puolestaan katsoa toteuttavan refleksiivisen oikeuden ideaa: pääpaino siinä oli kompetenssien, organisaatioiden (esim. yritystoiminnan oikeudelliset organisaatiomuodot) ja menettelyiden (esim. sopimusmenettely) sääntelyssä. Mutta tällainen sääntely ei pystynyt torjumaan sen paremmin talousjärjestelmän sisäisiä häiriöitä kuin sen ulkoisikaan haittavaikutuksia (esim. suhteessa luonnonympäristöön tai palkkatyöläisten sosiaaliseen elämänpiiriin).

Epäiltävää onkin, voidaanko talousjärjestelmään — taloudellisten toimintayksiköiden sisälle ja niiden välisiin suhteisiin — luoda sellaisia uusia organisatorisia ja menettelyllisiä rakenteita, jotka itsesäätelyidean mukaisesti torjuisivat järjestelmän sisäiset toimintahäiriöt ja myös varmistaisivat esimerkiksi juuri ympäristön- ja työsuojelullisten näkökohtien huomioon ottamisen taloudellisessa toiminnassa. Eivätkö refleksiivistä oikeutta vastaavat säännökset

vaadi tuekseen vähintäänkin punninta- tai taivoitekeino-normien tyyppisiä toimintasääntöjä? Eräänlaisena välittävänä sääntelymuotona vaikkapa juuri ympäristön- ja työsuojelussa saattaisivat olla täsmälliset yrityksiin kohdistuvat tavoitesäännökset, joiden toteutumista ei pyritä turvaamaan niinkään sitovilla keinomäärityksillä vaan organisatorisilla ja menettelyllisillä säännöksillä.<sup>13</sup>

Refleksiivistä oikeutta on lisäksi arvioitava myös norminasettamisvallan jakautumisen näkökulmasta. Refleksiivistä oikeutta toteuttavat sääntelyt saattavat nimittäin merkitä myös oikeudellisen norminantovallan siirtämistä. Välttämätöntä tämä ei ole; mahdollistahan on, että toimintojen tavoitteet ja sisältö jätetään määräytyväksi muiden tekijöiden kuin oikeudellisten normien mukaisesti. Mutta mikäli reflektiivisen oikeuden toimintasääntöjen osalta jälkeensä jättämä tyhjiö täytetään oikeudellisilla normeilla, edessä ovat norminantovallan siirtämiseen liittyvät ongelmat.

Tämä sääntelytyyppi saattaa jättää toimintasääntöjen sisällön vahvistettavaksi esimerkiksi toimeenpanoelinten päätöksillä tai sopimusteitse, valtion viranomaisten ja etujärjestöjen välisillä tai etujärjestöjen keskinäisillä sopimuksilla. Yritykset ratkaista byrokraatsoitumispulmia refleksiivisen oikeuden tarjoamalla mallilla saattavat siis nekin johtaa toimeenpanokoneiston lisääntyvään normintaan tai poliittisen järjestelmän korporatsoitumiseen. Tämä on vaarana muun muassa niin sanotuissa suunnittelulaeissa, jotka puolestaan voi ymmärtää yhdeksi puitelakien muunnelmaksi.

Suomessa säädettyjen suunnittelulakien perustyypinä voi pitää lakia, jonka painopiste refleksiivisen oikeuden ideaa vastaavasti on Hydénin luokituksen mukaisissa konstituivissa ja menettelysäännöissä: laissa säädetään suunnitteluvollisuuksista ja -kompetensseista sekä suunnitteluorganisaatiosta ja -menettelystä. Näitä säännöksiä saattavat vielä täydentää väljät tavoitemääritykset. Puitelakeja voidaan puolestaan luonnehtia laeiksi, jotka jättävät nimenomaan toimintasääntöjen sisällön avoimeksi, muussa päätöksentekomuodossa kuin lainsäätämismenettelyssä vahvistettavaksi. (Tuori 1985a, 19).

Peruskysymys refleksiivisen oikeuden käytön ja -mahdollisuuksien arvioinnissa on oikeastaan sama kuin deregulaatiossakin: kuka tai ketkä täyttävät oikeuden toimintasääntöjen osalta jättämän tyhjiön, minkälaisen mekanismin välityksellä toiminnan tavoitteet ja sisältö määräytyvät. Saattaa olla, että refleksiivisen oikeuden käyttömahdollisuudet ovat suurimmillaan sosiaalisen elämänpiirin alueella. Ref-

leksiivinen oikeus saattaa olla vaihtoehto selaiselle sosiaalisten suhteiden yksityiskohtaiselle sääntelylle, joka Habermasin mielestä uhkaa johtaa "elämismaailman" (Lebenswelt) byrokratisoitumiseen.

Habermas on tarkastellut modernia perhe- ja koululainsäädäntöä esimerkkeinä sääntelystä, joka saattaa byrokratisoida sosiaalisia, kulttuurialista uusintamista, sosiaalista integraatiota ja sosialisointia välittäviä suhteita. Perheen ja koululaitoksen alueella tulee hänen mukaansa havainnollisesti esille sosiaalivaltiollisen oikeudellistamisen kaksinaisuus: oikeus vaikuttaa sekä vapautta turvaavasti että sitä rajoittavasti, Lebensweltiä sekä suojaavasti että kotalialisoivasti.

Niinpä perhe- ja sosiaalioikeudelliset reformit saattavat murtaa perheen sisäisiä valtarenkaita ja turvata lasten ja naisten oikeuksia. Mutta aiempien riippuvuussuhteiden sijalle voi syntyä uusia. Oikeuksien toteuttaminen saattaa johtaa riippuvuuteen valtiollisesta oikeustai sosiaalibyrokraatiasta. Vaarana on, että perhesuhteet tyypillisinä sosiaalisen elämänpiirin suhteina alistetaan yhä kattavammin valtiollisen byrokratian kontrolliin, suhteiden subjektit muuntuvat byrokratian toimenpiteiden objekteiksi ja subjektien kielellinen kommunikaatio heidän keskinäisenä koordinaatiovälineenään korvautuu byrokratian valtamekanismeilla.

Vastaava analyysi on tehtävissä myös koululainsäädännöstä. Koululaisten perusoikeuksien sekä heidän ja heidän vanhempiansa oikeusturvan takaamisen hintana saattaa olla opetuksen ja oppimisen pedagogisten prosessien byrokratisointi, näiden prosessien objektiivuminen oikeudellisen kontrollin alaisten hallintotoimien sarjaksi. (Habermas 1981, 540—547).

Tämän kaltaisiin ongelmiin refleksiivisen oikeuden malli saattaa tuoda vastauksen. Sen mukaisesti oikeus ei enää niinkään sääntelisi sosiaalisissa suhteissa noudatettavan käyttäytymisen sisältöä. Se pyrki ainoastaan lujittamaan sellaisia rakenteita, jotka auttaisivat näiden suhteiden ja niiden muodostamien instituutioiden kehittymistä diskursiivisen ideaalin suuntaan. Tässä ideaalissa sosiaaliset suhteet perustuvat subjektien kielellisesti välitettyyn, tasa-arvoisessa ja valta-asetelmista vapautuneessa keskustelussa — niin sanotussa pakosta vapaassa diskurssissa — saavutettuun yhteisymmärrykseen.<sup>14</sup>

14. Oikeuden evoluutiokeskustelussa kehitys nähdään toisinaan ikään kuin hyppäyksenomaisena: siirtymät vaiheesta toiseen esitetään ehdottomina ja jyrkinä. Tällaista tulkin-taa voidaan moittia taipumuksesta absolutisoi-

da jokin, sinänsä ehkä kylläkin reaalin kehityspiirre, nostaa se koko oikeusjärjestelmää leimaavaksi.

Hedelmällisempää on nähdäkseni olettaa, että oikeusjärjestelmän uudet kehityspiirteet eivät suinkaan jäännöksittä tunteen tietään ominaisuuksia, jotka luonnehtivat aiempia kehitysvaiheita. Oikeuden eri alueilla turvautaan erilaisiin sääntelytyyppeihin, ja oikeuden sääntelyalan laajentuessa ja sen kompleksisuuden kasvaessa myös sen käyttämät keinot ovat monipuolistuneet.<sup>15</sup>

Tämä havainto on nähdäkseni siirrettävä myös nykyiset ongelmat parantavien lääkkeiden etsintään. Määrittelin oikeuden *koherderationaliteetin* sen vastaavuudeksi sääntelykohteensa sisäisiin vaatimuksiin. Nimenomaan koherderationaliteetin nostaminen on ollut keskeinen tavoite oikeudellisen sääntelyn joustavoittamispyrkimyksissä. Näitä pyrkimyksiä ilmentävät esittelemäni vaihtoehdot konditionaalille, velvollisuusnormeille rakentuvalla sääntelyllä. Mutta yleispätevää menetelmää oikeuden koherderationaliteetin lisäämiseksi ei ole tarjottavissa; koherderationaliteetti implikoi eri sääntelyalueilla erilaisia ratkaisuja sääntelyalueen "sisäisen logiikan" mukaan. Muun muassa tätä silmällä pitäen olen edeltävissä tarkasteluissa käyttänyt seuraavaa oikeudellisten normistojen sääntelykohteiden ryhmitystä:

- julkisen vallan organisaation sisäiset suhteet, joissa vielä voi erityistarkastelua edellyttävinä erillisryhminä erottaa esimerkiksi kansanedustuslaitoksen ja toimeenpanokoneiston väliset suhteet, toimeenpanokoneiston sisäiset suhteet sekä valtion ja kunnallishallinnon suhteet
- talousjärjestelmä
- yhteiskunnan jäsenten sosiaalinen elämänpiiri.

Joustavoittamisessa käytettävät sääntelytyypit — punnintanormit, tavoitekeino-normit sekä refleksiivinen oikeus — ovat nekin vain eräänlaisia ideaalimalleja, jotka käytännön sääntelyratkaisussa mahdollistavat erilaiset yhdistelmät. Esimerkiksi refleksiivisen oikeuden tunnusmerkkejä vastaaviin säännöksiin voi olla tarpeen yhdistää punninta- ja tavoitekeino-normien toteuttamaa finaalista ohjelmointia.

Tällaisten yhdistelmien tarve saattaa johtua muun muassa siitä, että sääntelykohteen sisäiset vaatimukset eivät aina ole ainoa sääntelyssä huomioon otettava näkökohta. Konditionaalisen sääntelyn vaihtoehdoista nimenomaan refleksiivisen oikeuden malli pyrkii ehkä pisimmälle ottamaan huomioon sääntelykohteensa erityisluonteen. Mutta, kuten edellä on jo tullut ilmi, tätä erityisluonnetta vastaavat normistot

eivät välttämättä aina ole optimaalisia yhteiskunnan muiden osa-alueiden kehityksen kannalta.

Kohderationaliteetin lisääminen on eräs keino toteuttaa debykroatisoinnin tavoitetta muuttamalla oikeudellisen sääntelyn luonnetta. Mutta tämän keinoon käyttäminen voi johtaa debykroatisoinnissa muutoinkin yleiseen dilemmaan. Jo byrokroatisoitumisilmiön monitahoisuudesta ja -tasoisuudesta seuraa, että debykroatisoimistavoitteet voivat olla keskenään ristiriitaisia: debykroatisointiyhtäällä voi voimistaa byrokroatisoitumista toisaalla. Tästä dilemmasta olemme edellä jo kohdanneet esimerkkejä. Oikeudellisen sääntelyn joustavoittaminen saattaa vahvistaa toimeenpanokoneiston ja etujärjestön asemaa kansanedustuslaitoksen kustannuksella ja näin edistää byrokroatisoitumista poliittis-hallinnollisen järjestelmän kokonaisperspektiivissä. Markkinamekanismien toimintaa vapauttavat oikeudellisen sääntelyn muutokset voivat puolestaan tuhota yksilöiden sosiaalisen ja kulttuurallisen autonomian aineellisia edellytyksiä ja näin joutua ristiriitaan debykroatisoinnille sosiaalisen elämänpiirin alueella asetettujen tavoitteiden kanssa. Jo nämä esimerkit osoittanevat, että debykroatisointi, hajauttaminen ja oikeudellisen sääntelyn joustavoittaminen eivät ole poliittis-ideologisesti neutraaleja tavoitteita.

Käytännön sääntelyratkaisuja vaikeuttaa vielä sekin, että sääntelyn joustavoittaminen ei ole suinkaan ainoa oikeusjärjestelmän kehittämisessä huomioon otettava päämäärä. Oikeuskritiikiksi täsmentyvä sosiaalivaltio- ja byrokraatiakritiikki osuu varmaan monissa kohdin oikeaan. Emme silti saa tehdä tästä esimerkiksi sellaista yksioikoista johtopäätöstä, että konditionaalista kaavaa seuraavista, Hydénin luokituksen mukaisia täsmällisiä velvollisuusnormeja käyttävistä sääntelyistä tulisi kokonaan luopua. Konditionaalista sääntelyä tarvitaan edelleenkin ennen muuta aloilla, joilla perinteisten oikeusturvanäkökohtien merkitys korostuu. Yleistäen voinee väittää, että oikeusvaltiollista ihannetta toteuttava oikeusturvakoneisto on luotu nimenomaan konditionaalisten sääntelyjen takeeksi.

Erään alueen, jolla konditionaalista sääntelyä on nähdäkseen jatkossakin käytettävä, olen jo maininnut: sellaisten julkisten palvelujen ja etuuksien saanti, joiden tarkoituksena on turvata yksilöiden sosiaalis-kulttuurallisen autonomian materiaaliset edellytykset. Toinen esimerkki: julkisten organien mahdollisuudet puuttua yksittäistapauksittain siihen vapaustilaan, jonka juridisia rajoja vetävät kansalaisten perusoikeudet. Vaikka esimerkki on perin-

teinen, se on edelleenkin ajankohtainen, turvaltiokeskustelussa (esim. Hirsch 1980) tematisoidut uudet vallankäyttömuodot muistaen kenties jopa vielä ajankohtaisempi kuin oikeusvaltion perustuksia valettaessa. Oikeusvaltiolliset ihanteet ja niitä toteuttavat järjestelyt eivät ole menettäneet merkitystään edes sosiaalivaltion kriisin oloissa!

Konditionaalisen sääntelyn ajankohtaisuutta osoittavat esimerkit paikantuvat yhteiskunnan osa-alueiden, tässä tapauksessa poliittis-hallinnollisen järjestelmän ja sosiaalisen elämänpiirin, rajamaastoon. Tämä antaa kenties aiheen täsmentää esittämäni oikeuden sääntelykohteiden ryhmitystä: on ehkä erotettava sosiaalisen elämänpiiriin sisäiset sekä sen ja julkisen vallan väliset suhteet. Kun refleksiivinen oikeus voi olla sovelias väline sääntelemään edellisiä suhteita, jälkimmäiset voivat puolestaan edellyttää perinteistä konditionaalista normeerausta.

Vastaava ero voi olla tarpeen myös analysoitaessa talousjärjestelmään vaikuttavaa sääntelyä. Ja kolmaskin yhteiskunnan kokonaisuusjäsennyksessä paljastuva yhteiskunta-alueiden rajamaasto saattaa oikeudellisia sääntelytyyppejä punnittaessa edellyttää erillistarkastelua: talousjärjestelmän ja yhteiskunnan jäsenten sosiaalisen elämänpiiriin suhteita välittävät kanavat.

Oikeudellisen sääntelyn kehittämistä pohdittaessa on niin ikään muistettava, että kohderationaliteetti ei ole ainoa oikeuden rationaliteetti-luottavuus. Oikeuden toinen rationaliteettiaspekti, sen *normatiivinen rationaliteetti*, avaa näkökulman oikeusnormeja asettavan päätöksenteon demokraattisuuden sekä oikeuden legitimitetin ongelmiin.

Oikeudellisen sääntelyn joustavoittaminen johtaa monissa tapauksissa kansanedustuslaitoksen lainsäädäntömenettelyssä käyttämän poliittisen vallan kaventumiseen. Olennaista oikeuden normatiivisen rationaliteetin kannalta onkin, minkälaisissa menettelyissä tuota kansanedustuslaitokselta siirtyvää valtaa käytetään.

Ideaalimalli normatiivisen rationaliteetin taakamiseksi on diskursiivinen menettely, jossa päätökset tehdään vapaan, tasa-arvoisen, julkisen ja argumentoivan keskustelun tuloksena. Tähän menettelyyn viittaavatkin lainsäädäntöprosessia sääntelevät säännökset länsimaisten demokraatioiden valtiosäännöissä. Konditionaalisen sääntelyn vaihtoehdoista refleksiivisellä oikeudella organisatorisine ja menettelyllisine säännöksineen on parhaat edellytykset lähentää päätöksentekoa tähän ideaalimalliin. Ajateltavissa jopa on, että kun refleksiivi-

sen oikeuden avulla desentralisoidaan oikeuden asettamista, samalla voitaisiin paikata myös niitä normatiivisen rationaliteetin ongelmia, joita on aiheutunut kansanedustuslaitoksen päätöksenteon tosiasiallisesta muuntumisesta strategiseen ja instrumentaaliseen suuntaan sekä parlamenttia ympäröivän poliittisen julkisuuden murenemisilmiöistä.

Kuten Hydénin normitypologiaa esiteltäessä ilmeni, punnintanormit sen sijaan implikoivat pikemminkin strategista sekä tavoite — keinonormit puolestaan instrumentaalista päätöksentekomenettelyä. Oikeuden normatiiviseen rationaliteettiin liittyvää diskursiivista ideaalia tavoiteltaessa näitä normityyppejä tulisikin täydentää päätöksentekoprosessin demokraattisuuteen tähtäävillä säännöksillä.

Toinen asia on, että diskursiivisen ideaalin mukainen demokraattinen päätöksenteko ei ehkä aina vastaa kohderationaliteettiin liittyviä debykroatisointitavoitteita. Kohderationaliteetti ja normatiivinen rationaliteetti saattavat viitata keskenään ristiriitaisiin ratkaisuihin erityisesti talousjärjestelmää ja hallintoa koskevissa sääntelyissä: miten sopeuttaa toisiinsa yhtäältä markkinavoimien vapauttamisen ja hallinnon tehokkuuden ja itseohjautuvuuden sekä toisaalta päätöksenteon demokraattisuuden tavoitteet?

Jürgen Habermas, joka on ollut keskeisiä inoittajiani oikeuden rationaliteettiaspektien erittelyssä, näyttää rajoittavan diskursiivisen menettelyn ideaalin yhtäältä sosiaalisen elämänpiirin sisäisiin ja toisaalta sen ja julkisen vallan organisaation välisiin suhteisiin. Julkisen vallan organisaation ja talousjärjestelmän muodostaman Systeemin sisäisiin samoin kuin talouden ja sosiaalisen elämänpiirin välisiin suhteisiin sen sijaan soveltuisi — näin olen Habermasia tulkinnut — instrumentaalinen ja strateginen päätöksenteko (Tuori 1985b).

Axel Honnethia mukailien Habermasin omaksumaa Systeemin ja Lebensweltin erotte-lukriteeristöä voi arvostella kahdesta suunnasta: yhtäällä se johtaa käsitykseen demokratisoimismahdollisuuksian ulkopuolelle jäävästä talouden ja hallinnon alueesta, toisaalla taas tulkintaan vallankäyttömekanismeista ja intressiristiriidoista vapaasta sosiaalisesta elämänpiristä. (Honneth 1986, 265—334). Kritiikin voi ilmaista toisinkin: hallinnossa ja taloudessa Habermans näkee diskursiivisen ideaalin toteuttamismahdollisuudet liian vähäisinä, sosiaalisen elämänpiirin puolella taas liian suurina.

Oikeuden kolmatta rationaliteettiulottuvuutta, joka niin ikään saattaa vaikuttaa sääntelykeinojen valintaan, voi kutsua *oikeusjärjestyksen sisäiseksi rationaliteetiksi*. Tämän rationa-

liteettiulottuvuuden vaatimuksena on, että oikeusjärjestyksen ja sen eri osa-alueiden — kuten siviilioikeus, rikosoikeus, hallinto-oikeus — tulisi muodostaa yhtenäinen, systemaattinen kokonaisuus.

Oikeusjärjestyksen systemaattisuuteen, sen sisäiseen rationaliteettiin, liittyy useita eri aspekteja. Oikeusjärjestyksen tulisi hierarkkisesti jäsentyä eri tasoiksi, joista kullakin on yksiselitteinen sääntelykompetenssi ja joista alemmat eivät saa olla ylempien kanssa ristiriidassa. Ristiriidattomuuden vaatimus koskee myös samalle tasolle sijoittuvia normeja: niiden mahdollisten kollisiotilanteiden tulisi ratketa yksiselitteisten sääntöjen mukaisesti. Myös niin sanottujen yleisten oikeusperiaatteiden tulisi olla keskenään sopusoinnussa niin oikeudenaloittain kuin koko oikeusjärjestyksenkin tasolla. Lopuksi oikeusjärjestyksen systemaattisuus edellyttää yhtenäistä oikeudelliset ilmiöt vangitsevaa peruskäsitteistöä, joka myös ohjaa lainvalmistelu- ja lainsäädäntötyötä.

Oikeusjärjestelmän kehitys, oikeudellisen sääntelyn alan laajeneminen ja sen käyttämän välineistön monipuolistuminen, on horjuttanut oikeusjärjestyksen sisäistä systemaattisuutta. Niinpä oikeuden finalisoitumisen myötä oikeusnormeja on alettu lisääntyvästi vahvistaa muodoissa, joita valtiosääntöinen säädöshierarkia — perustuslaki, laki ja asetus — ei tunne. Tarkoitan lähinnä budjettia ja suunnitelmia. Konditionaalille sääntelylle vaihtoehdotetut sääntelytyypit puolestaan merkitsevät usein sellaista norminantovallan siirtämistä, jonka suhde lainsäädäntövallan delegoimisen ja subdelegoimisen problematiikkaan voi olla hankalasti määriteltävissä. Myös käsitteistö, johon nämä oikeuden finalisoitumista osaltaan ilmentävät sääntelytyypit tukeutuvat, voi olla vaikeasti sopeutettavissa perinteisiin, lähinnä konditionaalisen sääntelyn näkökulmasta kehittyihin oikeuskäsitteisiin.

Oikeusjärjestyksen systematisointi kuuluu totunnaisessa oikeustieteen sisäisessä tehtävänjaossa lähinnä teoreettiselle lainopille; kunkin oikeudenalan yleiset opit tiivistävät sitä jäsentävät peruskäsitteistön ja yleiset oikeusperiaatteet (Pöyhönen 1981 & Aarnio 1986, 135—139). Ei liene ihme, että useilla lainopillisen tutkimuksen osa-alueilla kiinnostus yleisiin oppeihin on viime vuosina kokenut eräänlaisen renessanssin. Esimerkiksi hallinto-oikeudessa voidaan puhua jopa yleisten oppien kriisikeskustelusta. Keskustelun taustakin on nähdäkseni selvä: oikeuden finalisoituminen, tavoitesidonnaisen sääntelyiden lisääntyminen.

Tässä yhteydessä ei ole mahdollista eritellä yksityiskohtaisesti oikeusjärjestyksen sisäisen

rationaliteetin pulmia. Haluaisin kuitenkin esittää jatkokeskustelun pohjaksi erään kysymyksen. Onko enää ylipäänsä mielekäästä pitää kiinni oikeusjärjestyksen yhtenäisyyden ideaalista? Jos hyväksymme ajatuksen, että oikeusjärjestelmän nykyisten ongelmien ratkaisemiseksi ei ole osoitettavissa yleispätevää lääketä, vaan että erilaisissa yhteyksissä on käytävä erilaisia sääntelytyyppejä, eikö tämä pakota tinkimään oikeusjärjestyksen systemaattisuuden vaatimuksesta?

## VIITTEET

1. Keynesiläisen sosiaalivaltion kriisi- ja kriittikakeskustelun erittelyinä ks. Habermasin teosten ohella myös Offe 1984 sekä Kosonen 1986a & b. Suomalaiseen sosiaalipolitiikkaan kriisikeskustelua on yritetty suhteuttaa teoksessa Karisto-Takala 1985.
2. Byrokraatiakäsitteen ja byrokraatikritiikin kokoavana eriteltyinä ks. Vuorela 1984.
3. Länsi-Saksassa keskustelua on käyty oikeudellistumisen (Verrechtlichung) otsikon alla. Ks. tästä keskustelusta esim. seuraavia kokoomateoksia: Voigt 1980; Voigt 1983, Kübler 1985. Tuoreena suomalaisen erittelyinä on syytä mainita Taia 1986.
4. Olen eritellyt oikeuden rationaliteettiluottuvuuksia artikkelissani Tuori 1985b.
5. Nimenomaan toimeenpanokoneiston ja sen sisällä ministeriöiden ja niiden alaisten keskushallintoviranomaisten normistot ovat meillä ajankohtaisen norminannon uudistushankkeen kohteena. Ks. kom.mlet. 1986:10.
6. Myös norminannossa noudatettavia päätöksentekomenetelyjä olen eritellyt artikkelissani Tuori 1985b.
7. Ks. normityöryhmän mietinnössään, kom.miet. 1986:10, esittämiä tietoja ministeriöiden ja niiden alaisten keskushallintoviranomaisten antamien normien kohdentumisesta.
8. Ks. debyrokraatisoinnin ja desentralisoinnin tavoitteista ja toteuttamismuodoista Tehro Vuorelan (1978 & 1986) tutkimuksia.
9. Yksityistämisaatimuksia on kokoavasti eritellyt mm. Pekka Kosonen, 1986b. Ks. privatisointitunnuksen monimerkityksisyydestä myös Dalberg-Larsen 1984a.
10. Ks. virkamieshallintoperiaatteen valtiosääntöisestä problematiikasta Tuori 1983, 510—518.
11. Ks. delegaatiosta oikeudellisena käsitteenä Uotila 1963 ja Sipponen 1965.
12. Konditionaalisen ja finaalin ohjelmoinnin eroja on eritellyt varsinkin Niklas Luhmann, esim. Luhmann 1972, 227—234 ja 1981, 275—280. Luhmann itse on sitä mieltä, että oikeusnormit tulisi pukea konditionaaliseen kaavaan, kun taas finaalin ohjelmoinnin paikka on oikeusnormien valmistelu- ja asettamisvaiheessa.
13. Tämän tyyppistä sääntelymallia Hans Petter Graver on esitellyt useassakin artikkelissaan, konkreettisena mallinaan norjalainen öljyporaustyhtiöiden työturvallisuuslainsäädäntö. Ks. Graver 1984 ja 1985.
14. Tämän suuntaisia ehdotuksia Hydén (1984) on esittänyt pohtiessaan puitelakimenettelyn mahdollisuuksia modernin oikeuden kohtaamien ongelmien ratkaisemiseksi.
15. Tätä seikkaa ovat pohjoismaisessa keskustelussa korostaneet Hydén (1984) ja Dalberg-Larsen (1984b).

## LÄHTEET

- Aarnio, Aulis: Lain ja kohtuuden tähden, Juva 1986.
- Abel, Richard L.: Delegation: A Critical Review of Its Ideology, Manifestations and Social Consequences. Teoksessa *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band 6. s. 27—47. Opladen 1980.
- Dalberg-Larsen, Jørgen: *Privatisering og graesrodsbeaegelser*. Retfærd 26 (1984), s. 7—18. (1984a).

- Daiberg-Larsen, Jørgen: *Retsstater, veifaerdsstater og hvad så?* København 1984. (1984b).
- Foucault, Michel: *Tarkkailia ja rangaista*. Keuruu 1980.
- Graver, Hans Petter: *Fleksibilitet som reguleringsteknikk*. Retfærd 26 (1984).
- Graver, Hans Petter: *Forvaltningssrettslige nydannelser*. Nordisk Administrativt Tidsskrift (1985), s. 77—98 ja 292—305.
- Habermas, Jürgen: *Legitimation Crisis*, Boston 1985.
- Habermas, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns II*, Frankfurt am Main 1981.
- Habermas, Jürgen: *Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien*. Teoksessa Habermas, Jürgen: *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt am Main 1985.
- Hirsch, Joachim: *Der Sicherheitsstaat*, Frankfurt am Main 1980.
- Honneth, Axel: *Kritik der Macht*, Frankfurt am Main 1986.
- Hydén, Håkan: *Ram eller lag?* Civildepartementet, Stat — kommunberedningen, Ds C 1984:12. Stockholm 1984.
- Hydén, Håkan: *Tili kritiken av den offentliga rätten*. Retfærd 30 (1985).
- Karisto, Antti — Takaia, Pentti: *Sosiaalivaltion kriisi?* Helsinki 1985.
- Komiteanmietinnöt  
1979:60 (julkishallinnon oikeusasemakomitea).  
1982:21 (normitoimikunta).  
1982:66 (kunnallistalouden neuvottelukunta).  
1982:71 (väliportaanhallintokomitea II).  
1983:3 (kuntien itsehallintokomitea).  
1985:2 (valtion liikealitoskomitea).  
1985:41 (suunnittelujärjestelmien arviointityöryhmä).  
1986:10 (normityöryhmä).  
1986:12 (hallinnon hajauttamiskomitea).
- Kosonen, Pekka: *Hyvinvointivaltion kriisi — syyt ja seuraukset sekoittuvat?* Sosiologia 23 (1986), s. 41—55. (1986a).
- Kosonen, Pekka: *Yksityisen ja julkisen rajanveto hyvinvointivaltiossa*. Poliittika 28 (1986), s. 31—39. (1986b).
- Kübler, Friedrich (toim.): *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Frankfurt am Main 1985.
- Luhmann, Niklas: *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg 1972.
- Luhmann, Niklas: *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main 1981.
- Offe, Claus: *Contradictions of the Welfare State*, London 1984.
- Pöyhönen, Juha: *Juridisista teorioista*. Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus: Julkaisuja 3/1981. Helsinki 1981.
- Sipponen, Kauko: *Lainsäädäntövallan delegoiminen*, Vammala 1965.
- Tala, Jyrki: *Oikeudellistuminen*. Oikeus 1986, s. 289—301.
- Teubner, Günther: *Reflexives Recht*. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1982, 13—59.
- Tuori, Kaarlo: *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta 2*, Vammala 1983.
- Tuori, Kaarlo: *Budjetti, laki ja suunnitelma*, Helsinki 1985. (1985a).
- Tuori, Kaarlo: *Oikeusnormien asettamisenettelyt ja oikeuden kriisitendenssit*. Poliittika 27 (1985), s. 189—203. (1985b).
- Tuori, Kaarlo ja Viikonen, Eero: *VALTAVA-uudistuksen ongelmia*. Sosiaalinen aikauskirja 1986:4, s. 2—6.
- Unger, Roberto Mangabeira: *Law in Modern Society*, New York 1976.
- Uotila, Jaakko: *Päätösvallan siirtäminen Suomen valtioonhallinnossa*, Vammala 1963.
- Weber, Max: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1980 (1922).
- Voigt, Rüdiger (toim.): *Verrechtlichung*, Königstein/Ts. 1980.
- Voigt, Rüdiger (toim.): *Abschied vom Recht*, Frankfurt am Main 1983.
- Vuorela, Terho: *Byrokraatisoimisen syyt, mekanismit ja kehityspiirteet*. Tampereen yliopisto, julkishallinnon julkaisusarja B 3/1984. Tampere 1984.
- Vuorela, Terho: *Desentralisointi debyrokraatisoinnin keinona*. Tampereen yliopisto, julkishallinnon julkaisusarja A 6/1986. Tampere 1986.