

TAMPEREEN YLIOPISTO

Johtamiskorkeakoulu

Elina Pekkarinen

Kontekstuaalisuus, konsensus ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen
tulkintaetiikka

Pro gradu -tutkielma

Julkisoikeus

Tampere 2015

Tampereen yliopisto

Johtamiskorkeakoulu

PEKKARINEN, ELINA: Kontekstuaalisuus, konsensus ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikka

Pro gradu -tutkielma XIII + 148 sivua

Julkisoikeus

Helmikuu 2015

Tutkielma käsittelee ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnassaan käyttämiä periaatteita, kontekstuaalisuutta ja konsensusta. Lisäksi tutkielmassa tarkastellaan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikkaa, joka sinänsä rakentuu omaksi kokonaisuudekseen tulkintaperiaatteisiin nähden, eikä näin ollen ole synonyymi tulkintaperiaatteiden muodostaman kokonaisuuden kanssa. Tutkielman näkökulma on oikeusdogmaattinen, joskin tutkimukseen on liitetty oikeusteorialle ominaisia piirteitä. Tutkielman oikeusteoreettiset piirteet ilmenevät ensisijaisesti ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikkaa, oikeutta tulkintaan, ihmisoikeuksien moraalisuutta ja universaalisuutta käsittelevissä kappaleissa.

Tämän tutkielman pääasiallinen tutkimuskysymys on, mitä kontekstuaalinen tulkinta ja konsensus merkitsevät sille moraalille tulkintakokonaisuudelle, jota tutkielmassa nimitetään Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikaksi. Tutkimuskysymystä selvitetään kolmen pääteeman valossa, joista ensimmäinen on konsensus ja kontekstuaalinen tulkinta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnallisina periaatteina tämän oikeuskäytännön perusteella. Toinen pääteema on konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden rooli ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännön oikeuttajana. Kolmas pääteema on tulkintaperiaatteiden moraaliset sitoumukset, jotka muodostavat tulkintaetiikan kokonaisuuden. Tässä tutkielmassa esiteltyjä oikeustapauksia ei ole tarkoitettu tyhjentäväksi käytännön kuvaukseksi, vaan oikeustapauksien merkitys on rajoitettu lähinnä niiden tarjoamaan argumentatiiviseen tukeen.

Tutkielmassa osoitetaan, että kontekstualismi- ja konsensusperiaatteet eivät ole edes käsitteellisessä katsannossa ongelmattomia ilmiöitä, vaan molemmat käsitteet saavat erilaisia merkityksiä. Konsensusta periaatteena arvioitaessa on huomionarvoista paikantaa ne tekijät, joiden avulla tällainen yhteisymmärrys on paikannettu. Konsensusarvioinnin uskottavuuteen vaikuttaa siis se, kenen konsensuksesta on kyse. Konsensusarviointi on kuitenkin aina paitsi oikeudellinen arvio jäsenvaltioiden oikeustilojen jakamista käsityksistä, myös poliittinen arvio näiden käsitysten luonteesta. Konsensusperiaate on tämän valossa tausta-arvoiltaan neutraali. Tämä merkitsee, ettei konsensustulkinta itsessään sisällä tiettyä moraalikäsitystä, vaan moraalikäsitys kumpuaa kussakin tapauksessa EIS:n jäsenvaltioiden oikeustiloista eikä konsensusperiaatteesta itsestään. Näin ollen konsensusperiaate ei viitoita itsessään tietyn tyyppisen ihmisoikeusstandardin suuntaan.

Tässä tutkielmassa kontekstuaalisuutta hahmotetaan ensisijaisesti EIT:n tulkintaetiikkaan kiinnittyvänä välttämättömänä tekijänä, jolla varmistetaan ihmisoikeuksien ajankohtaisuus ja tarkoituksenmukaisuus. Tällöin kontekstuaalinen tulkinta merkitsee ensisijaisesti vallitsevien erityislaatuisten olosuhteiden painavuutta niin, että nämä olosuhteet perustavat ihmisoikeuksien rajoitusperusteiden täyttämisen välineen. Näin hahmotettuna kontekstualismin avulla toteutetaan ihmisoikeuksien universalismiin liittyvää suhteellisuutta ja pluralismia, eikä kontekstualismi tässä katsannossa niinkään liity poliittisten vaikuttimien sisällyttämiseen ihmisoikeuksilla argumentointiin.

Avainsanat: kontekstuaalisuus, konsensus, Euroopan ihmisoikeustuomioistuin, tulkintaetiikka, tulkintaperiaatteet

Sisällysluettelo

Lähteet	iii
1. Johdanto.....	1
1.1. Tutkimuksen aiheesta ja tutkimusongelmaa taustoittavasta tutkimuksesta yleisesti	1
1.2. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteisiin liittyvät keskeiset käsitteet sekä näiden asemoituminen toisiinsa nähden	6
1.3. Tutkimustehtävä ja -metodi	15
1.4 Tutkimuksen rakenne	17
2. Ihmisoikeudet eurooppalaisessa asiayhteydessä.....	19
2.1. Käsitteitä ihmisoikeuksien ideologisesta sedimentistä	19
2.2. Ihmisoikeuksien universalismi konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden näkökulmasta.....	24
2.3. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteisiin kiinnittyvä lähiaikainen kehitys.....	29
3. Ihmisoikeuksien tulkintaetiikka.....	35
3.1. Ihmisoikeustuomioistuimen oikeus tulkintaan ja tulkinnan etiikka	35
3.1.1. <i>Ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeus</i>	35
3.1.2. <i>Ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan etiikka</i>	42
3.2. Konsensus ja kontekstuaalisuus Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen harjoittaman oikeudellinen aktivismin ja itsekontrollin välineinä	50
3.3. Tulkintaperiaatteita taustoittavasta kokonaisuudesta	60
4. Kontekstualismi ja konsensus oikeudellisina ilmiöinä	68
4.1. Ihmisoikeuksien rajoittamisesta	68
4.1.1. <i>Yksilön oikeuksien ja vapauksien rajoitukseen liittyviä yleisiä näkökohtia</i>	68
4.1.2. <i>Laillisuusvaatimus</i>	71
4.1.3. <i>Vaatimus hyväksyttävästä päämäärästä</i>	78
4.1.4. <i>Välttämättömyysvaatimus</i>	83
4.2. Yleinen etu ja yksilöiden intressit	88
4.3. Kontekstuaalisuus ihmisoikeuksia rajoittavana tekijänä	97
4.4. Kenen konsensus?	108
5. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikan oikeutus	115
5.1. Legitimiteetikeskustelun kansainvälisoikeudellisia lähtökohtia	115
5.2. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomiokäytännön oikeutuksen puolustus ja kritiikki	117
5.3. Konsensuksen ja kontekstualismin suhde Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeutukseen	126
5.4. Tulkintaperiaatteiden kautta kehittyvien ihmisoikeuksien merkitys kansallisille oikeuksille ja näiden periaatteiden kehitys kansallisen oikeuden kehittäjänä	132
6. Loppupäätelmät	142

Lähteet***Kirjallisuus***

Arai-Takahashi, Yutaka: The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR. Intertec. Antwerpen 2.p. 2001.

Barry, Brian: Political Argument: a reissue with a new introduction. Hemel Hempstead : Harvester Wheatsheaf London 1990.

Benvenisti, Eyal: Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards. New York University Journal of International Law and Politics 1999, s. 843–854.

Bosset, Pierre: Leyla Şahin v. Turkey. Teoksessa Eva Brems (toim.): Diversity and European Human Rights: rewriting judgments of the ECHR s. 192–240. Cambridge University Press. Cambridge 2013.

Brauch, Jeffrey A.: The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law. Columbia Journal of European Law, Vol. 11, 2005, s. 113–150.

Brems, Eva: Universality and Diversity. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague 2001.

Brems, Eva: Human Rights: Minimum to Maximum Perspectives. Human Rights Law Review 9 (3), 2009, s. 349–372.

Briggs, Herbert W.: The Travaux Préparatoires of the Vienna Convention on the Law of Treaties. The American Journal of International Law 1975, Vol. 65, No. 5, s. 705–712. Elektroninen aineisto saatavilla osoitteesta <http://www.jstor.org/stable/2199353>, viitattu 29.9.2014.

Cameron, Iain: National Security and the European Convention on Human Rights. Kluwer Law International. Uppsala 2000.

Chaib, Saira Ouald: Suku Phull v. France rewritten from a procedural justice perspective: taking religious minorities seriously. Teoksessa Eva Brems (toim.): Diversity and European human rights: rewriting judgments of the ECHR, s. 218–240. Cambridge University Press. Cambridge 2013.

De la Rasilla del Moral, Ignacio: The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine. German Law Journal 2006, vol. 6, s. 611–624.

Donnelly, Jack: Universal Human Rights in Theory and Practice. Cornell University Press. Ithaca 2013.

Dothan, Shai: Judicial Tactics in the European Court of Human Rights. Chicago Journal of International Law 2011, Vol. 12, No. 1, s. 115–142.

Dworkin, Ronald: Rights as Trumps teoksessa (toim. Waldron Jeremy): Theories of Rights, s. 153–167. Oxford University Press. Oxford 1984.

Dworkin, Ronald: Law's Empire. Harvard University Press. London 1986.

Dzehtsiarou, Kanstantsin: European Consensus: a way of reasoning? University College Dublin Law Research Paper No. 11/2009, 28.5.2009.

Dzehtsiarou, Kanstantsin: Consensus from within the Palace Walls. University College Dublin Law Research Paper No. 40/2010.

Dzehtsiarou, Kanstantsin: European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. 12 German Law Journal 2011, s. 1730-1745. (Dzehtsiarou 2011a)

Dzehtsiarou, Kanstantsin: Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights, Public Law, July 2011, s. 534-553. (Dzehtsiarou 2011b)

Dzehtsiarou, Kanstantsin; Greene, Alan: Legitimacy and the Future of the European Court of Human Rights: Critical Perspectives from Academia and Practitioners. 12 German Law Journal 2011, s. 1707-1715.

Engelhart, Neil A.: Rights and Culture in the Asian Values Argument: The Rise and Fall of Confucian Ethics in Singapore. Human Rights Quarterly 2000, vol. 22, issue 2, s. 548–568.

Feinberg, Joel: In Defence of Moral Rights. Oxford Journal of Legal Studies, 12/1992, s. 149–169.

Frey, R. G.: Interests and Rights: The Case Against Animals. Clarendon Press. Oxford 1980.

Gomien, Donna; Harris, David John ja Zwaak Leo: Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter. Council of Europe Publishing 1996.

Greer, Steven: The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Human rights files No. 17, Council of Europe 2000.

Greer, Steven: The Interpretation of Convention Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation? UCL Human Rights Review 2010, s. 1–14.

Hamilton, Michael: Transition, political loyalties and the order of the state. Teoksessa Antoine Buyse ja Michael Hamilton (toim.): Transitional Jurisprudence and the ECHR - Justice, Politics and Rights s. 151 – 184. Cambridge University Press. Cambridge 2011.

Held, Virginia: The Public Interest and Individual Interests. Basic Books, Inc. New York 1972.

Held, Virginia: Rights and Goods, Justifying Social Action. The University of Chicago Press. New York 1984.

Helper, Laurence R.: Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights. Cornell International Law Journal, 133/1993, s. 133-165.

Helper, Laurence R.: Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime. The European Journal of International Law 2008, Vol. 19 no. 1, s. 125–159.

Hillebrecht, Courtney: Implementing International Human Rights Law at Home: Domestic Politics and the European Court of Human Rights. Human Rights Review 13/2012, s. 279–301.

Jacobs, Francis; White, Robin; Ovey, Clare: The European Convention on Human Rights. Oxford University Press. 3.p. Oxford 2002.

Komori, Teruo ja Wellens, Karel (toim.): Public Interest Rules of International Law. Farnham, Surrey; Burlington, VT, 2009.

Lavapuro, Juha: Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen noudattamien tulkintaperiaatteiden kansallisesta sovellettavuudesta. Defensor Legis 4/2011, s. 467-479.

Letsas, George: The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR. European Journal of International Law 2004, vol. 15, issue 2, s. 279–305.

Letsas, George: A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights. Oxford University Press. 2.p. Oxford 2009.

Letsas, George: Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer. *The European Journal of International Law* 2010, s. 509-541.

Letsas, George: The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy, 2012. Elektroninen aineisto saatavilla osoitteesta <http://ssrn.com/abstract=2021836>, viitattu 3.4.2013.

Lock, Tobias: Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations Under the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review* 2010, Vol. 10, s. 529-545. Elektroninen aineisto saatavilla osoitteesta <http://ssrn.com/abstract=1603937>, viitattu 9.10.2014.

Loucaides, Loukis G.: The European Convention on Human Rights: Collected Essays. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden 2007.

McHarg, Aileen: Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *The Modern Law Review* 1999, vol. 62, no. 5, s. 671-696.

Murzea, Cristinel Ioan: The Theories Of Interpreting The European Convention Of Human Rights – As Shown In The Case Law Of The European Court Of Human Rights. *Curentul Juridic* 52/2013, s. 54–62.

Nathan, Andrew J.: Universalism: A Particularistic Account teoksessa L. Bell, A.J. Nathan ja I. Peleg (toim.): *Negotiating Culture and Human Rights*. Columbia University Press. New York 2001.

Oppenheim, Felix: *Political Concepts: a Reconstruction*. Basil Blackwell. Oxford 1981.

Ovey, Claire; White, Robin C.A.: *Jacobs & White, European Convention on Human Rights*. Oxford University Press. Oxford 5.p. 2010.

Pellonpää, Matti: *Euroopan ihmisoikeussopimus*. Helsinki 2005.

Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EY:n tuomioistuimen vaikutuksista Suomen valtiosäännön kannalta teoksessa *Puhuri käy – Muuttuva suomalainen ja eurooppalainen valtiosääntömme* (toim. Kanninen, Heikki; Koskinen, Hannu; Rosas, Allan; Sakslin, Maija ja Tuori, Kaarlo), s. 103–127. Helsinki 2009.

Pellonpää, Matti; Gullans, Monica; Pölonen, Pasi; Tapanila, Antti: Euroopan ihmisoikeussopimus. Helsinki 2012.

Popovic, Dragoljub: Prevailing of Judicial Activism over Self-restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Creighton Law Review* 2009 vol. 42, issue 3, s. 361–396.

Preis, Ann-Belinda: Human Rights as a Cultural Practice: An Anthropological Critique. *Human Rights Quarterly* 1996, vol. 18, issue 2, s. 286–315.

Rautiainen, Pauli: Moninaisuudessaan yhtenäinen Eurooppa: konsensusperiaate ja valtion harkintamarginaalioppi. *Lakimies* 6/2011, s. 1152–1171.

Rautiainen, Pauli: Kontekstualismi vahvistuu Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkinnassa. *Defensor Legis* 2014/1, s. 128–134.

Renteln, Alison Dundes: *International Human Rights: Universalism Versus Relativism*. Sage Publications. New Delhi 1990.

Ress, Georg: The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order. *Texas International Law Journal* 2004–2005, vol. 4, s. 359–382.

Rui, Jon-Petter: The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court's Interpretation of the European Convention of Human Rights? *Nordic Journal of Human Rights* 1/2013, s. 28–54.

Schokkenbroek, Jeroen: *Toetsing Aan De Vrijheidsrechten Van Het Europees Verdrag Tot Bescherming Van De Rechten Van De Mens*. W.E.J. Tjeenk Willink. Zwolle 1996.

Shany, Yuval: Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law* 2005, Vol. 16, issue 5, s. 907–940.

Siltala, Raimo: *Oikeustieteen tieteenteoria*. Helsinki 2003.

Smith, Matthew Noah: The Law as a Social Practice: Are Shared Activities at the Foundations of Law? *Legal Theory*, Vol. 12, Issue 3/2006, s. 265–292.

Spielmann, Dean: Whither the Margin of Appreciation? UCL – Current Legal Problems lecture, 20.3.2014.

Stavropolou, Nicos: Legal Interpretivism, the Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2014 Edition), (toim. Edward N. Zalta). Elektroninen aineisto saatavilla osoitteesta <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist>, viitattu 5.10.2014.

Stavropolous, Nicos: Interpretivist Theories of Law, the Stanford Encyclopedia of Philosophy (Autumn 2008 Edition), (toim. Edward N. Zalta).

Steiner, Henry J.; Alston Philip: International Human Rights in Context. Clarendon Press. Oxford 1996.

Steiner, Henry J.; Alston Philip; Goodman, Ryan: International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals. Oxford University Press. Oxford 3.p. 2007.

Tiilikka, Päivi: Sananvapaus, yksilönsuoja ja lähdesuoja Ruotsissa, Norjassa ja Alankomaissa sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä, Helsinki 2010.

Tuori, Kaarlo: Tuomarivaltio – uhka vai myytti? *Lakimies* 6/2003, s. 915–943.

Van Dijk, Pieter: Common Standard of Achievement. About Universal Validity and Uniform Interpretation of International Human Rights Norms. *Netherland Quarterly of Human Rights* 1995, s. 105–125.

Van Dijk, Pieter; Van Hoof, Fried; Van Rijn, Arjen; Zwaak, Leo: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. *Insertia*. Dordrecht 4.p. 2006.

Van Dijk, P. ja Van Hoof, G.J.H: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. *Kluwer Law International*. Dordrecht 3.p. 1998.

Viljanen, Jukka: European Court of Human Rights as a developer of the general doctrines of human rights law: a study of the limitation clauses of the European Convention on Human Rights. Tampere 2003.

Viljanen, Jukka: Leyla Sahin vastaan Turkki (Euroopan ihmisoikeustuomioistuin, 4. jaoston tuomio, 29.6.2004, Appl. no 44774/98). *Lakimies* 2004/6, s. 1112–1135.

Waldron, Jeremy (toim.): Theories of Rights. Oxford University Press. Oxford, 1984.

Waldron, Jeremy: Rights in Conflict. *Ethics* vol. 99, no. 3, 1989, s. 503–519.

Zechenter, Elizabeth M.: In the Name of Cultural Relativism and the Abuse of the Individual. *Journal of Anthropological Research* 1997, vol. 53, s. 319–347.

Virallislähteet

Interlaken Declaration 19.2.2010

European Court of Human Rights: Interlaken Follow-Up, Principle of Subsidiarity, note by the jurisconsult 8.7.2010.

European Court of Human Rights: General Statistics 2013. Aineisto saatavilla verkossa http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2013_ENG.pdf, viitattu 5.12.2014.

Oikeustapaustuet

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Suuren jaoston tuomiot on merkitty lyhenteellä SJ

A, B and C v. Ireland (Application no. 25579/05) 16.12.2010 (**SJ**),

Airey v. Ireland (Application no. 6289/73) 9.10.1979,

Al-Adsani v. United Kingdom (Application no. 35763/97) 21.11.2001 (**SJ**),

Al Khawaja and Tahery v. the United Kingdom (Applications nos. 26766/05 and 22228/06) 15.12.2011 (**SJ**),

Animal Defenders International v. the United Kingdom (Application no. 48876/08) 22.4.2013 (**SJ**),

Austin and Others v. the United Kingdom (Applications nos. 39692/09, 40713/09 ja 41008/09) 15.3.2012 (**SJ**),

Autronic Ag v. Switzerland (Application no. 12726/87) 22.5.1990,

Bartik v. Russia (Application no. 55565/00) 21.12.2006,

Bayatyan v. Armenia (Application no. 23459/03), 7.7.2011 (**SJ**),

Borgers v. Belgium (Application no. 12005/86) 30.10.1991,

Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland (Application no. 45036/98) 30.6.2005 (**SJ**),

Chassagnou and Others v. France Applications nos. 25088/94, 28331/95 & 28443/95) 29.4.1999 (**SJ**),

The Church of Jesus Christ of Latter-day Saints v. the United Kingdom (Application no. 7552/09) 4.3.2014,

Christine Goodwin v. the United Kingdom (Application no. 28957/95) 11.7.2002 (**SJ**),

Cossey v. the United Kingdom (Application no. 10843/84) 27.9.1990,

- Del Río Prada v. Spain (Application no. 42750/09) 21.10.2013 (**SJ**),
- Demir and Baykara v. Turkey (Application no. 34503/97) 12.11.2008 (**SJ**),
- Dudgeon v. the United Kingdom (Application no. 7525/76) 22.10.1981,
- El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia (Application no. 39630/09), 13.12.2012 (**SJ**),
- Engel and Others v. the Netherlands (Application nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72) 8.6.1976,
- Fretté v. France (Application no. 36515/97) 26.2.2002,
- Glor v. Switzerland (Application no. 13444/04) 30.4.2009,
- Golder v. the United Kingdom (Application no. 4451/70) 21.2.1975,
- Gorzelik and others v. Poland (Application no. 44158/98) 20.12.2001,
- Gorzelik and others v. Poland (Application no. 44158/98) 17.2.2004 (**SJ**),
- Gough v. the United Kingdom (Application no. 49327/11) 28.10.2014,
- Greece v. the United Kingdom, 1958–1959 Yearbook of the European Court of Human Rights, s. 176.
- Handyside v. the United Kingdom (Application no. 5493/72) 7.12.1976,
- Hatton and others v. the United Kingdom (Application no. 36022/97) 2.10.2001,
- Hatton and others v. the United Kingdom (Application no. 36022/97) 8.7.2003 (**SJ**),
- Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and Others v. Bulgaria (Applications nos. 412/03 and 35677/04) 22.1.2009,
- Kaperzyński v. Poland (Application no. 43206/07) 4.4.2012,
- Kervanci v. France (Application no. 31645/04) 4.12.2008,
- Klass and Others v. Germany (Application no. 5029/71) 6.9.1978,
- Kruslin v. France (Application no. 11801/85) 24.4.1990,

- Labita v. Italy (Application no. 26772/95) 6.4.2000 (**SJ**),
- Leander v. Sweden (Application no. 9248/81) 26.3.1987,
- Leyla Şahin v. Turkey (Application no. 44774/98) 10.11.2005 (**SJ**)
- Lingens v. Austria (Application no. 9815/82) 8.7.1986,
- Malone v. the United Kingdom (Application no. 8691/79) 2.8.1984,
- Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany (Application no. 10572/83)
20.11.1989,
- Marckx v. Belgium (Application no. 6833/74) 13.6.1979,
- Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium (Application no. 9267/81) 2.3.1987,
- Matthews v. the United Kingdom (Application no. 24833/94) 18.2.1999,
- Melnychenko v. Ukraine (Application no. 17707/02) 19.10.2004,
- Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova (Application no. 45701/99) 13.12.2001,
- Micallef v. Malta (Application no. 17056/06) 15.10.2009 (**SJ**),
- Mouvement raëlien suisse v. Switzerland (Application no. 16354/06) 13.7.2012 (**SJ**),
- Müller and others v. Switzerland (Application no. 10737/84) 24.5.1988,
- Opuz v. Turkey (Application no. 33401/02), 9.6.2009,
- Otto-Preminger-Institut v. Austria (Application no. 13470/87) 20.9.1994,
- Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania (Application no. 46626/99)
3.2.2005,
- Podkolzina v. Latvia (Application no. 46726/99) 9.4.2002,
- Rekvényi v. Hungary (Application no. 25390/94) 20.5.1999 (**SJ**),
- Saadi v. Italy (Application no. 37201/06), 28.2.2008 (**SJ**),

Salabiaku v. France (Application no. 10519/83) 7.10.1988,

Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina (Applications nos. 27996/06 and 34836/06) 22.12.2009
(**SJ**),

Selmouni v. France (Application no. 25803/94) 28.7.1999 (**SJ**),

Silver and others v. the United Kingdom (Application nos. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75;
7107/75; 7113/75; 7136/75) 25.3.1983,

Soering v. the United Kingdom (Application no. 14038/88) 7.7.1989,

Stafford v. the United Kingdom (Application no. 46295/99) 28.5.2002 (**SJ**),

Steel and others v. the United Kingdom (67/1997/851/1058) 23.9.1998,

Sukhovetskyy v. Ukraine (Application no. 13716/02) 28.3.2006,

Sunday Times v. the United Kingdom (No 1) (Application no. 6538/74) 26.4.1979,

Tănase v. Moldova (Application no. 7/08) 27.4.2010 (**SJ**),

Tyrer v. the United Kingdom (Application no. 5856/72) 25.4.1978,

Van Mechelen and others v. The Netherlands (Applications nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and
22056/93) 23.4.1997,

Von Hannover v. Germany (No. 2) (Applications nos. 40660/08 and 60641/08) 7.2.2012 (**SJ**),

Young, James and Webster v. United Kingdom (Application no. 7601/76; 7806/77) 13.8.1981.

1. Johdanto

1.1. Tutkimuksen aiheesta ja tutkimusongelmaa taustoittavasta tutkimuksesta yleisesti

Kontekstuaalisella tulkinnalla ja konsensuksella argumentointi ei ole Euroopan ihmisoikeustuomioistuimelle (myöhemmin myös EIT) mitenkään uusi piirre, vaan nämä ovat esiintyneet harkintamarginaalin osoittajina jo ihmisoikeustuomioistuimen alkuajoista lähtien¹. Nämä tulkintaperiaatteet ovat kuitenkin saaneet ihmisoikeustoimikunnan ja -tuomioistuimen historiassa erilaisia merkityksiä. Käsittelen työssäni näiden tulkintaperiaatteiden merkitystä niin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa kuin käsitteellisellä tasollakin. Pyrin ensisijaisesti selvittämään, minkälaisen kuvan konsensus ja kontekstualismi periaatteina eurooppalaisista ihmisoikeuksista rakentavat. Käsitteellisen tason näen merkitykselliseksi erityisesti siitä syystä, että vain tulkintaperiaatteiden käsitteet sitovat Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön ihmisoikeuksien moraaliseen perustaan, mikä muodostaa tämän tutkielman erään olennaisen teemakokonaisuuden. Huomionarvoista kuitenkin on, etten käsitteellisellä ulottuvuudella tarkoita sanakirjamerkitysten etsimistä, vaan käsitteellisellä dimensiolla viitataan ensiarvoisesti tulkintaperiaatteiden välille tehtäviin merkityseroihin ja näiden periaatteiden välisen status quon paikantamiseen.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen jäsenmäärän kasvun sekä tätä kautta lisääntyneen tapausmäärän voidaan katsoa olevan haaste ihmisoikeustuomioistuimen toiminnan tehokkuudelle, mutta myös ihmisoikeustuomioistuimen käyttämille tulkintaperiaatteille ja muille argumentatiivisille apuvälineille. Muilla argumentatiivisilla apuvälineillä tarkoitan tässä yhteydessä sellaisia työkaluja, joiden kautta tulkintaperiaatteita toteutetaan. Kuten tulen myöhemmin tässä pro gradu -tutkielmassa osoittamaan, tulkintaperiaatetta voidaan toteuttaa toiseen tulkintaperiaatteeseen nojautuen, jolloin alkuperäistä tulkintaperiaatetta tukeva itsessäänkin tulkinnallinen periaate ei tässä asiayhteydessä sinänsä kuitenkaan toimi itsenäisenä periaatteena.

¹ Ks. esim Tyrer v. the United Kingdom (25.4.1978), jossa kyse oli lapsen ruumiillisen kurituksen suorittamisesta poliisimiehen toimesta ja tämän rangaistuksen hyväksyttävyydestä Manin saarella. Antamassaan tuomiossa ihmisoikeustuomioistuin totesi, että sillä, millainen käsitys jäsenvaltiolla on oikeuden sisällöstä, ei ole käänteentekevää merkitystä sen suhteen, miten ihmisoikeustuomioistuin kyseessä olevan oikeuden laajuutta tulkitsee. Tämän tulkinnan voidaan katsoa olevan yhteydessä paitsi ajatukseen ihmisoikeussopimuksesta elävänä asiakirjana ja teoriaan ihmisoikeussopimuksen autonomisesta tulkinnasta, mutta myös konsensustulkintaan, sillä luonteeltaan juridiseen päätökseen liittyvä lapsen ruumiillinen kuritus oli rangaistusmuotona poistettu Iso-Britannian lainsäädännöstä eikä tällaista rangaistusmuotoa ollut löydettävissä myöskään suurimman osan muiden jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmistä. Näin ollen voidaan katsoa, että ihmisoikeustuomioistuin otti päättyessään huomioon myös tällaiset jäsenvaltioiden yhteisymmärrykseen viittaavat olosuhteet.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käyttäminen tulkinnallisten mallien suhde ihmisoikeustuomioistuimen toiminnan legitimitettiin on tunnistettu ja aiheena tutkittu². Euroopan neuvoston jäsenpohjan ollessa yhä heterogeenisempi kysymys Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeutuksesta ajankohtaistuu: ovatko EIT:n käyttämät tulkintaperiaatteet uhka vai edellytys tuomioistuimen toiminnan oikeutukselle? Esimerkiksi L.R Helferin käsityksen mukaan tulkintaperiaatteilla argumentointi ilman näiden tulkintaperiaatteiden käsitteellisen sisällön nimenomaista määrittelyä on omiaan rajoittamaan jäsenvaltion suvereniteettia silloin, kun nouseva yhteisymmärrys tietyn oikeuden sisällöstä löydetään muualta kuin jäsenvaltioiden enemmistön lainsäädännöstä ihmisoikeustuomioistuimen tukeutuessa tulkinnassaan muihin oikeuslähteisiin³. Helfer on siis hahmottanut konsensusperiaatteen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeuttajana, mutta toisaalta nähnyt vaarana ihmisoikeustuomioistuimelle tyypillisen tavan jättää tarkkaan määrittelemättä ne elementit, joista sen muodostama tulkinta konsensuksesta tai sen puutteesta rakentuu. George Letsas puolestaan hahmottaa kysymyksen tuomioistuimen toiminnan oikeutuksesta toisin sitomalla sen lupaukseen, jonka jäsenvaltiot ovat tehneet liittyessään Euroopan neuvoston jäseniksi. Letsasin mukaan jäsenvaltiot ovat antaneet tuomioistuimelle toimivallan turvata niiden ihmisoikeuksien toteutumista, mitkä todellisuudessa ovat olemassa ihmisoikeussopimuksen (Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi, 1999/63, myöhemmin myös EIT) suojaamana oikeutena sen sijaan, että EIT turvaisi vain niitä oikeuksia, joita kansalliset viranomaiset tai yleinen mielipide pitävät sopimuksen turvaamana oikeutena⁴. Pyrin tässä tutkielmassa ottamaan kantaa siihen, miten tulkintaperiaatteiden suhde EIT:n legitimitettiin on aiemmin ymmärretty ja miten se oman käsitykseni mukaan rakentuu.

George Letsasin ajattelulla on ollut tutkimuskysymykseni selvittämisen näkökulmasta läpileikkaava vaikutus tälle pro gradu -tutkielmalle, ja siten tämä tutkielma väistämättä heijastelee Letsasin ajatuksia sellaisista ihmisoikeuksien luonteeseen liittyvistä tekijöistä, kuten niiden universalismista, moraalisuudesta tai niiden soveltamiseen liittyvästä eettisyydestä, mutta toisaalta painoarvoa olen antanut myös Letsasin käsityksille konkreettisista tulkintaperiaatteista ja näistä rakentuvista doktriineista. Huomionarvoista kuitenkin on, että Letsas vahvasti torjuu esimerkiksi harkintamarginaalin idean ja suhtautuu skeptisesti harkintamarginaalioppiin liittyvään

² Ks. esim. Helfer 1993, Benvenisti 1999 ja Letsas 2012 s. 14–24.

³ Helfer 1993, s. 143–144. Myöhemmässä tuotannossaan Helfer on kuitenkin painottanut ihmisoikeussopimuksen sitoutumista Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden oikeustiloihin ja katsonut tällaisen sitoutuneisuuden olevan subsidiariteettiperiaatteeseen kiinteästi liittyvä rakenteellinen periaate eurooppalaisessa ihmisoikeusjärjestelmässä. Ks. tarkemmin Helfer 2008.

⁴ Letsas 2012, s. 13–14.

konsensusarviointiin. Siten Letsas ei jaa esimerkiksi Dzehtsiaroun käsitystä konsensusarvioinnin merkityksellisyydestä evolutiivisen laintulkinnan edellytyksenä tai käsitystä konsensusargumentaation ratkaisuudesta ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön legitimitetille⁵. Letsas on siis julkaisuissaan vahvasti korostanut ihmisoikeuksien universalismin ideaa ja ihmisoikeustuomioistuimen velvollisuutta tulkita ihmisoikeussopimuksen määräyksiä niin, että ne tavoittavat oikean – tai ainakin oikeamman – suojan tason. Olen tässä pro gradu -tutkielmassa tukeutunut pitkälti Jack Donnellyn esitykseen ihmisoikeuksien universalismista⁶. Lukijan kannalta huomionarvoista nähdäkseni on, että Letsasin ja Donnellyn ihmisoikeuksien universalismiin liittyvät käsitykset eivät ole yhdenmukaisia: Kun Donnelly painottaa ihmisoikeuksien universalismin joustavuutta ja universalismiin liittyvää suhteellisuutta tämän universalismin toteutumisen takeena⁷, suhtautuu Letsas ihmisoikeuksien universalismiin kategorisemmin. En ole tarkoittanut tätä pro gradu -tutkielmaa Letsasin ajattelun toisinnoksi, ja huomionarvoista niin itseni kuin myös lukijan kannalta on asemoida Letsasin keskustelunavaukset niiden laajempaan asiayhteyteen, jotka liittyvät ensisijaisesti sellaisiin perustavanlaatuisiin kysymyksiin, jotka koskevat esimerkiksi ihmisoikeuksien luonnetta.

Vaikka tässä yhteydessä ei olekaan mahdollista valottaa perus- ja ihmisoikeustutkimuksen suhdetta tarkemmin, lienee tarkoituksenmukaista huomioida, että keskustelu Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintatraditiosta sekä näiden tulkintaperiaatteiden jännitteisestä suhteesta ihmisoikeustuomioistuimen toiminnan oikeutukseen on ainakin osaltaan palautettavissa samantyyppiseen keskusteluun, jota on käyty myös Suomessa tuomarivaltioistumiskehityksestä⁸. Kyseessä ei kuitenkaan ole kahden kokonaisvaltaisesti toisistaan eroavan kysymyksen yhdistymisestä samantyyppiseen tematiikkaan, vaan kyseessä on tosiasiaa pitkälti samankaltaisesta keskustelusta. Tuomarivaltiokeskustelussa on kyse lainsäätämistehtävän siirtymisestä – tai siirtämisestä – kansallisten tuomioistuinten kompetenssiin. Myös oikeudellisen aktivismin kritiikki kiinnittyy tuomareille siirrettyyn tai tuomareiden itse aktiivisesti haltuun ottamaan lainsäädäntötehtävään⁹. Näiden keskustelujen osittainen ajallinen päällekkäisyys auttaa nähdäkseni sisäistämään ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnallisten periaatteiden suhdetta ihmisoikeustuomioistuimelle annettuun mandaattiin turvata niitä ihmisoikeuksia, joita Euroopan neuvoston oikeudenkäyttöpiiriin kuuluvilla ihmisillä de facto on¹⁰. Legitimitetikeskustelu

⁵ Ks. Dzehtsiaroun konsensus-näkemyksestä tarkemmin esim. Dzehtsiarou ja Greene 2011, Dzehtsiarou 2011a ja 2011b, 2010 ja 2009.

⁶ Donnelly 2013.

⁷ Donnelly 2013, s. 104.

⁸ Ks. tarkemmin esim. Tuori 2003 s. 915–943.

⁹ Ks. Popovic 2009, s. 364.

¹⁰ Ks. Letsas 2009, s. 37–74.

rakentuukin siis hyvin pitkälti samantyyppisistä oikeuden sisäisistä elementeistä kuin keskustelu lainsäätäjän ja -käyttäjän työnjaon välillä, vaikka oikeuskeskustelun konkreettiset työvälineet eroavat vahvasti toisistaan riippuen siitä, onko keskustelun kohteena ylikansallinen ihmisoikeusinstituutio vain kansallisen oikeusjärjestyksen osoittama järjestelmä.

Yllä esitetty esimerkki todentaa nähdäkseni ilmaisuvoimaisesti sen, että ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöön liittyy paljon tekijöitä, joilla on syvempi yhteys siihen, miten oikeuden sisältöä hahmotetaan. Ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön perustuvia tapauskommentareja on oikeustieteessä tuotettu runsaasti. Nämä tapauskommentaarit eivät kuitenkaan välttämättä tavoita sellaisia yhteyksiä, jotka kytkeytyvät ihmisoikeuksien moraaliseen luonteeseen. Tästä syystä tarkoitukseni on syventyä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännön lisäksi ihmisoikeuksien luonteeseen yleisemmästä, lähtökohdaltaan universaalista näkökulmasta. Näiden kahden seikan käsittely samassa tutkielmassa vaatii kuitenkin tekijän, jonka avulla on mahdollista liittää yhteen toisaalta ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntö ja toisaalta ihmisoikeuksien moraalinen luonne. Pyrin tässä tutkielmassa osoittamaan, että ihmisoikeustuomioistuimen tulkintadoktriini ja ihmisoikeuksien yleismaailmallisuus ovat nimenomaan yhdistettävissä toisiinsa esiintuomalla niitä tekijöitä, joista ihmisoikeustuomioistuimen tuomiokäytännön oikeutus syntyy.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen turvaamien oikeuksien moraalinen sedimentti ei myöskään ole oikeustieteellisenä tutkimuskysymyksenä tuntematon. Ihmisoikeuksien moraaliseen luonteeseen sekä tästä moraalisuudesta aiheutuvia velvoitteita ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännölle on tutkinut muun muassa jo aiemmin mainittu George Letsas¹¹. Nähdäkseni kuitenkin ne tekijät, joista ihmisoikeuksien moraalisuus tosiasiallisesti kumpuaa, ovat jääneet vähäisemmälle huomiolle. Yleisluontoisia ja hyvin tämän tutkielman tutkimusongelmaa palvelevia teoksia oikeuden ja moraalin suhteesta on toki olemassa¹². Oikeuden ja moraalin suhde erityisesti eurooppalaisessa viitekehityksessä on kuitenkin moniulotteinen. Lienee intuitiivisella tasolla ymmärrettävää, että ihmisoikeuksien universalisuus liittyy ihmisoikeuksien itsensä sisältämään oletukseen yhdenvertaisuudesta. Ihmisoikeuksiin liittyvä yhdenvertaisuus onkin itse asiassa näiden oikeuksien yleismaailmallisuuden edellytys. Ihmisoikeudet eivät ainakaan käsitetasolla voi toteutua yleismaailmallisina, ellei näitä kyetä soveltamaan kaikkiin yksilön omista ominaisuuksista, maantieteellisestä sijainnista tai ajankohdasta riippumatta. Toisaalta ihmisoikeuksien toteuttaminen edellyttää herkkyyttä diversiteetille ja tämän moninaisuuden turvaamista. Ihmisoikeustuomioistuimen kohdalla ihmisoikeusrikkomuksen tuomitseminen on kahden erilaisen

¹¹ Ks. erityisesti Letsas 2009, s. 17–36 ja 120–130.

¹² Ks. esim. Brems 2001 sekä Steiner, Alston ja Goodman 2007.

väitteen yhdistelmä, joka koskee ensinnäkin ihmisoikeuksien moraalista luonnetta ja toisaalta niiden velvollisuuksien luonnetta, joihin jäsenvaltiot ovat sitoutuneet liittymällä Euroopan neuvoston ja näin myös ihmisoikeussopimuksen sopimusosapuoliksi¹³. Ensimmäinen väite liittyy nimenomaan ihmisoikeuksien yleismaailmalliseen luonteeseen: ihmisoikeuksien nauttimiseen on oikeutettu jokainen jo pelkästään jo oman ihmisyytensä johdosta. Ihmisoikeuksien väitetty moraalisuus ei kuitenkaan ole käsite- tai ilmiötasolla ongelmaton, sillä on vaikea kuvitella mitään sellaista tapaa, jonka avulla moraalista relativistisuudesta¹⁴ voitaisiin kokonaisvaltaisesti irrottautua edellä mainitun diversiteetin turvaamiseen liittyvän velvollisuuden vuoksi.

Ihmisoikeuksia tulkitaan käsitykseni mukaan aina arvolähtöisesti. Tällä arvolähtöisyydellä en kuitenkaan viittaa esimerkiksi pyrkimykseen taata enemmistön oikeuksien toteutumista vähemmistöjen oikeuksien kustannuksella. Vastaavasti en viittaa kontekstuaalisen tulkinnan laajentavaan soveltamiseen. Laajentavalla soveltamisella tarkoitan tilanteita, joissa kontekstuaalinen tulkinta palautuu ihmisoikeusrajoitukseen, jossa tiettyjen yksilöiden oikeutta rajoitetaan sellaisen yleisen edun hyväksi, mikä ei puolestaan palaudu tosiasialliseen yksilöiden etuun. Tämän tutkielman lähtökohdana on huomio, että ihmisoikeustuomioistuimen oikeus on aina jonkun oikeutta, se ei siis ole subjektistaan riippumatonta oikeutta ehdottomassa mielessä. Ihmisoikeustuomioistuimen tämän hetkiselällä tavalla etsiä nousevaa konsensusta tai muuten johtaa ihmisoikeussopimuksen suojaamaa oikeutta muista kansainvälisistä oikeuslähteistä saattaa olla hyväksyttävä ja tarkoituksenmukainen keino hahmottaa ihmisoikeussopimuksen suojaamaan oikeuden alaa. Sillä saattaa myös olla universaaliuteen pyrkivä peruste, mutta edes tämä tuomioistuin ei kykene kokonaisuudessaan irrottautumaan omista arvoistaan. Tästä johtuen näenkin tarkoituksenmukaisena ja tälle tutkielmalle välttämättömänä käsitellä ihmisoikeuksien moraalista luonnetta ja tämän yleismaailmallisen, moraalisen luonteen edellytyksiä sekä niitä keinoja, joilla ihmisoikeustuomioistuin pyrkii toteuttamaan ihmisoikeuksien universalisuutta omista lähtökohdistaan.

Tässä pro gradu -tutkielmassa käsitelen kolmea pääteemaa, jotka ovat seuraavat: ihmisoikeuksien toteuttaminen EIT:n tuomiokäytännössä erityisesti konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden avulla, ihmisoikeustuomioistuimen kehittämien tulkintadoktriinien suhde EIT:n toiminnan oikeutukseen sekä kysymys siitä, mistä tekijöistä ihmisoikeuksien moraalinen perusta syntyy ja miten ihmisoikeustuomioistuin tuota moraalisuutta tulkintakäytännössään toteuttaa. Näitä kolmea

¹³ Ks. Letsas 2009, s. 82–83.

¹⁴ Erotan tässä asiayhteydessä toisistaan moraalisen relativismin ja ihmisoikeuksien moraalisen luonteen edellyttämän relativistisen elementin, joka ei sinänsä ole ristiriidassa ihmisoikeuksien universalismin kanssa. Käsitelen ihmisoikeuksien universalismia tarkemmin luvussa 2.2.

teemaa käsitellessäni pyrin luomaan kokonaiskuvan näiden tulkintaperiaatteiden asemoitumisesta ihmisoikeustuomioistuimen käyttämiin muihin tulkinnallisiin periaatteisiin ja näihin liittyviin argumentatiivisiin apuvälineisiin, ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeutukseen sekä tapoihin, jolla EIT on suojaamiensa oikeushyvien yleismaailmallista luonnetta toteuttaa.

Konsensusta on tutkittu pääasiallisesti EIT:n arkitodellisuuden näkökulmasta käsin¹⁵. Sen sijaan keskustelunavaukset siitä, minkälaisiin oikeudellisiin ilmiöihin se liittyy ja minkälaisia taustoittavia keskusteluja sellaisista ihmisoikeusteoriaan liittyvistä perustavanlaatuisista seikoista kuten ihmisoikeuksien universalismista ja moraalista siihen kiinnittyä, ovat jääneet merkittävästi vähäisemmiksi.¹⁶ Myös kontekstualismin tutkimus on jäänyt pitkälti kehitysvaiheessa olevien valtioiden oikeustilojen ja EIT:n suhteen sekä kontekstualismiin liittyvistä poliittisista arvoalinnoista käydyn keskustelun varaan.¹⁷ Näin ollen pyrkimyksenäni ei ole avata tässä pro gradu -tutkielmassa esimerkiksi konsensukseen liittyvien tulkintakontinuumeja tai järjestelmällisesti käydä läpi sitä oikeuskäytäntöä, jota kontekstuaaliseen tulkintaan liittyy, vaan jätän tällaiset keskustelunavaukset muun, jo aiemmin käydyn tieteellisen keskustelun varaan. Tässä tutkielmassa esiin nostetut tapaukset toimivat esimerkinomaisessa tarkoituksessa jäsentämään tutkielmaan liittyvien ydinkysymysten merkitystä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen todellisuudelle. Tämän pro gradu -tutkielman tarkoituksena on siten havainnollistaa, kuinka syviin, oikeustieteen ydinkysymyksiin, konsensus- ja kontekstualismiperiaatteet ulottuvat ja näiden perustavanlaatuisten kysymysten avulla selvittää, mitä konsensus ja kontekstuaalisuus merkitsevät niin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikalle kuin sen kannalta.

1.2. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteisiin liittyvät keskeiset käsitteet sekä näiden asemoituminen toisiinsa nähden

Kuten edeltävästi olen tuonut esiin, tälle tutkielmalle merkityksellisiä on myös se, millä tavalla Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöä käsitteellisellä tasolla jäsennetään, vaikka tietoisesti tahdonkin irrottautua sanakirjamerkitysten etsimisestä, koska oikeuden sisältöä ei voida nähdäkseni tarkoituksenmukaisesti paikantaa pelkän käsitteenmäärittelyyn liittyvän semanttisen arvioinnin avulla. Olen kuitenkin katsonut tarkoituksenmukaiseksi koota keskeisimmät käsitteet alaluvun muodossa yhteen ja pyrkiä kuvaamaan näiden periaatteiden kokonaisuutta. En luo käsittehierarkioita, vaan tavoitteenani on systematisoida olennaisimpia käsitteitä toisiinsa nähden ja tuoda alustavasti esille, minkälaisia vuorovaikutussuhteita tulkintaperiaatteilla on. Ensiarvoista on

¹⁵ Ks. esim. Rautiainen 2011, Helfer 1993, Dzehtsiarou 2009, 2010, 2011a ja 2011b.

¹⁶ Ks. kuitenkin esim. Letsas 2009 ja 2010.

¹⁷ Ks. esim. Rautiainen 2014.

kuitenkin huomioida, etten tässä yhteydessä myöskään anna ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteille kategorisia merkityksiä, vaan ensisijaisesti rakennan perustusta sille käsitteenmäärittelyprosessille, jota jatkan läpi tämän tutkielman. Siten alla esitetyt määrittelyt saattavat vaikuttaa hätäisiltä ja osittaisilta. Tämä liittyy ensisijaisesti siihen, etten katso tarkoituksenmukaiseksi määrittellä käsitteitä useasti yhdenmukaisessa laajuudessa, vaan esimerkiksi konsensusperiaatteen käsitteeseen liittyviä rajanvetoja käsitteiden tarkemmin vasta luvussa 4.4. Tässä asiayhteydessä selvitän käsitteitä suppeasti vain siinä laajuudessa, jonka katson tarkoituksenmukaiseksi tutkimuskysymyksen jäsentämisen näkökulmasta.

Aloitan käsittelemällä harkintamarginaaliopin käsitettä, sillä tämän voidaan katsoa olevan niin konsensus- kuin kontekstualismitulkintaan kiinteästi liittyvä tulkinnallinen väline. Ei liene myöskään liioiteltua sanoa, että harkintamarginaalioppi muodostaa ainakin ihmisoikeustuomioistuimen lähiaikaisen oikeuskäytännön valossa konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden kivijalan, sillä nämä periaatteet pitkälti toteutuvat valtiolle myönnettävän harkintamarginaalin laajuuden turvin. Tutkielmani lähtöoletus on, että konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden sisältämiä taustaolettamuksia ei ihmisoikeustuomioistuimen nykyisessä tulkintaetiikassa voida sisältää ottamatta huomioon harkintamarginaaliopin merkitystä näiden muodostamalle kokonaisuudelle. Katson kuitenkin, että esimerkiksi kontekstualismiperiaate ei itsenäisenä periaatteena sinänsä edellytä harkintamarginaaliopin soveltamista, eikä harkintamarginaalioppi ole ihmisoikeustuomioistuimen legitiimin oikeuskäytännön edellytys. Konsensus- ja kontekstualismiperiaatteet tällä hetkellä kuitenkin toteutuvat valtiolle myönnettävän harkintamarginaalin keinoin tai ainakin harkintamarginaalioppitematiikan avulla, vaikkei harkintamarginaalioppi ole ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikkaan kiinnittyvä välttämättömyys, vaan ensisijaisesti poliittinen tosiasia.

Katson kuitenkin tarkoituksenmukaisena tuoda esiin ikään kuin lukijalle annettavana varauksena, ettei alla esitetty harkintamarginaalin suppea määrittely mitenkään tavoita sitä harkintamarginaaliopin käsitteeseen liittyvää keskustelua, jota esimerkiksi viimeisen 20 vuoden aikana on kysymykseen liittyen käyty. Siten tarkoituksenani ei ole tässä asiayhteydessä kompleksisoida harkintamarginaaliopin käsitettä, eikä alla esitetty valitettavasti tavoita kattavasti koko harkintamarginaalioppi-diskurssin kirjoa¹⁸. Palaan harkintamarginaaliopin määritelmään ja

¹⁸ En myöskään tarkemmin rajaussyistä johtuen selvitä harkintamarginaaliopin oikeushistoriallista taustaa tarkemmin tässä tutkielmassa. Harkintamarginaalioppi on kuitenkin ollut ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä läsnä jo sen alkuvuosista alkaen. Ihmisoikeustuomioistuin sovelsi harkintamarginaalioppia käsitteenä ensimmäisen kerran vuonna 1958 tapauksessa Kreikka v. Yhdistynyt Kuningaskunta. Tapauksessa Kreikka oli tyytymätön siihen, kuinka Yhdistynyt Kuningaskunta hallinnoi Kyproksen saarta. Yhdistynyt Kuningaskunta vetosi tapauksessa ihmisoikeussopimuksen 15 artiklaan, jossa säädetään sopimusvelvoitteista poikkeamisesta hätätilan aikana. Yhdistynyt

siitä käytyyn keskusteluun myös myöhemmin tässä tutkielmassa. Siten alla selvitän harkintamarginaaliopin käsitettä hyvin suppeasti siinä laajuudessa, joka on välttämätön tämän pro gradu -tutkielman lähtöoletusten jäsentämisen kannalta. Harkintamarginaaliopin kuten muidenkin tulkintadoktriinien osalta on ensisijaista huomata, ettei ihmisoikeustuomioistuimen päätäntävalta käytää harkintamarginaalioppia - tai vastaavasti jotakin muuta tulkintaperiaatetta - antamansa tuomion perustana ole aiemmin nojannut Euroopan ihmisoikeussopimuksen konkreettiseen sisältöön¹⁹, joskin 15. lisäpöytäkirja muuttaa tätä oikeustilaa harkintamarginaaliopin osalta. Tulkintaperiaatteiden käytön oikeus ja oikeutus voidaan pikemmin nähdä liittyvän tuomioistuimen sisäsyntyiseen oikeuteen kansainvälisenä ihmisoikeusinstituutiona määritellä omat käytäntönsä ja tehokkaasti turvata niitä oikeuksia, jotka de facto ovat ihmisoikeussopimuksen turvaamaa oikeutta.²⁰

Intuitiivisesti harkintamarginaaliopilla voidaan nähdä olevan yhteys moraaliseen suhteellisuuteen ja ennen kaikkea konkreettisen oikeuskäytännön näkökulmasta *rajoituksen välttämättömyyteen demokraattisessa yhteiskunnassa*. Harkintamarginaaliopissa on ennen kaikkea kyse siitä oikeudellisesta liikkumisvarasta, joka tietyn oikeuden suhteen jäsenvaltiolle myönnetään²¹. Harkintamarginaalin käsitteellisen ulottuvuuden suhteen lähdien George Letsasin esittämästä tavasta jäsentää harkintamarginaaliopin sisältöä. Letsasin mukaan harkintamarginaalioppi voidaan käsitteellisesti jakaa kahteen kokonaisuuteen. Ensimmäistä Letsas nimittää käsitteellä *the substantive concept of the margin of appreciation* ja toista käsitteellä *the structural concept of the margin of appreciation*.²² Suomeksi kutsun näitä sisällölliseksi ja rakenteelliseksi harkintamarginaaliksi.

Ensimmäisellä, sisällöllisellä harkintamarginaaliopin käsitteellä Letsas viittaa perusvapauksien ja kollektiivisten tavoitteiden (jännitteeseen) suhteeseen. Harkintamarginaali liittyy tässä tapauksessa kahteen ehtoon: siihen, että jäsenvaltio on oikeutettu lain perusteella toimimaan kollektiivisten

Kuningaskunta vetosi puolustukseen sopimusvelvoitteista poikkeamiseen, joka merkitsee tosiasiaa hyvin erilaista ja vahvaa irtautumista ihmisoikeussopimuksen velvoitteista force majeure -tyyppisen syyn perusteella kuin sellaisen ihmisoikeusvelvoitteen rajoittaminen, johon itsessään liittyy rajoituslauseke. Komissio tuomioistuimelle antamassaan lausunnossa kuitenkin tällöin katsoi, että valtiolla tulisi olla tietynlaajuinen harkintavalta tilanteen edellyttämiä toimia ja niiden laajuutta arvioidessaan. Harkintamarginaaliin liittyvä merkkipaalu tapaus kuitenkin antoi odottaa itseään vuoteen 1972 asti, jolloin ihmisoikeustuomioistuin antoi ratkaisunsa tapauksessa *Handyside v. Yhdistynyt Kuningaskunta* (17.2.1976).

¹⁹ Euroopan ihmisoikeussopimuksen 45 artiklassa tyydytään toteamaan, että (T)uomiot samoin kuin päätökset ottaa valitukset tutkittavaksi tai jättää ne tutkimatta on perusteltava. Näin ollen tulkintadoktriinien käytön oikeutusta on etsittävä muualta. Ks. myös Letsas 2009 s. 80–81 ja Arai-Takahashi 2001.

²⁰ Tämä ei kuitenkaan näyttäisi olevan ihmisoikeustuomioistuimen erityispiirre, vaan tämä on ominaista myös muille luonteeltaan kansainvälisille oikeudellisille instituutioille. Ks. tarkemmin Shany 2005 s. 911.

²¹ Ks. Rautiainen 2011, s. 1153–1154.

²² Ks. Letsas 2009, s. 84–90.

tavoitteiden saavuttamiseksi ja siihen, että vaikka tällaiset toimet voivat vaikuttaa yksilöiden perusvapauksien käyttöön, tällainen puuttuminen ei saa perustaa ihmisoikeusloukkausta. Nimenomaan sisällöllinen harkintamarginaalioppi kiinnittyy suhteellisuusperiaatteeseen ja ihmisoikeustuomioistuimen korostamaan rajoitusten välttämättömyyteen demokraattisessa yhteiskunnassa.²³ Letsas katsookin ihmisoikeuksien ja -vapauksien rajoitusmahdollisuuden sekä tälle asetetun oikeasuhtaisen tasapainon vaatimuksen olevan sisällöllisen harkintamarginaalin perusajatus.

Harkintamarginaaliopin rakenteellinen käsite viittaa puolestaan sellaiseen tasapainotukseen, jonka tarkoituksena on varmistaa jäsenvaltioiden suvereniteetti ja varmistaa ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön legitimitetti, mutta turvata myös niiden ihmisoikeuksien toteutuminen, joita Euroopan ihmisoikeussopimus ilmentää. Jäsenvaltio nauttii harkintamarginaalia rakenteellisessa mielessä, kun ihmisoikeustuomioistuin ei tarkasta jäsenvaltion viranomaisen päätöstä sisällöllisesti. Kyse onkin siis vahvemmin toimivallan jaosta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja kansallisten viranomaisten välillä, ei niinkään ihmisoikeuksien ja julkisen edun suhteesta.²⁴

Dean Spielmann huomauttaa, että harkintamarginaali siirtää merkittävän osan siitä vastuusta, joka liittyy kansallisten viranomaisten toimien tai laiminlyöntien arviointiin, kansallisille tuomioistuimille. Siten Spielmannin mukaan harkintamarginaalin soveltaminen asettaa kansalliset tuomioistuimet niiden luonnolliseen, ensisijaiseen rooliin ihmisoikeuksien turvaajina.²⁵ Spielmannin mukaan harkintamarginaali esittää perusolemuksestaan herkkyyttä kunkin tapauksen juridiseen ja tosiasialliseen kontekstiin.²⁶ Spielmannin mukaan EIT ei siis niinkään harkintamarginaalioppia soveltaessaan alistu kansallisten viranomaisten kantaan tai jätä arviointiaan kesken, vaan ensisijaisesti siirtää kansalliselle tasolle tietyntasaisen velvollisuuden varmistaa ihmisoikeuksien toteutuminen.²⁷ Siten harkintamarginaali ei Spielmannin käsityksen mukaan rakennu Letsasin ehdottaman rakenteellisen harkintamarginaalin käsitteen keinoin, vaan Spielmann leimaa harkintamarginaaliin liitetyn jäsenvaltioiden suvereniteetin turvaamisajattelun pitkälti väärinymmärrykseksi. Harkintamarginaaliin kiinteästi liittyvä toissijaisuusperiaate ilmentää Spielmannin mukaan EIS:n ja sen sisältämän tuomioistuinmekanismin toissijaisuutta niille

²³ Ibid. Rajoitusten välttämättömyyden arvioinnista hyvän, erittäin tuoreen esimerkin tarjoaa tuomio *Kaperzyński v. Poland* (4.4.2012), jossa ihmisoikeustuomioistuin totesi kantajan sananvapautta loukatun. Ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan rikkomus perustettiin juuri suhteellisuuden arviointiin, eikä rajoitusta ollut katsottavissa välttämättömäksi demokraattisessa yhteiskunnassa (kohta 76).

²⁴ Ks. Letsas 2009, s. 84–92.

²⁵ Spielmann 2014, s. 1.

²⁶ Spielmann 2014, s. 6.

²⁷ Spielmann 2014, s. 11–12.

kansallisille järjestelmille, jotka huolehtivat ihmisoikeuksien turvaamisesta. Näin ollen subsidiariteettikeskustelu ei palaudu Spielmannin mukaan valtioiden suvereniteettiajatteluun.²⁸

Spielmann väittää, että harkintamarginaali on kansallisille tuomioistuimille ensisijaisesti kannuste riittävään ihmisoikeussopimuksen asettamien edellytysten tarkasteluun, kilpailevien oikeuksien tasapainottamiseen, oikeuksien ja yleisen edun väliseen arviointiin sekä ihmisoikeusrajoitusten suhteellisuuden tarkasteluun.²⁹ Spielmannin mukaan harkintamarginaali merkitsee käsitteellisessä katsannossa koko järjestelmää koskevaa päämäärää (*a systemic objective*³⁰), joka sitoo kansalliset tuomioistuimet ihmisoikeussopimusjärjestelmään ja velvoittaa näitä tuomioistuimia sitoutumaan ihmisoikeussopimusjärjestelmän edellyttämiin arvioinnin keinoihin. Näin harkintamarginaali ja tähän sisältyvä toissijaisuusperiaate tuovat ihmisoikeussopimusjärjestelmän painopisteen lähemmäksi kaikkia niitä yksilöitä, jotka nauttivat ihmisoikeussopimuksen tarjoamaa suojaa. Harkintamarginaali merkitsee Spielmannin katsannossa siis pikemminkin välinettä, jonka avulla ihmisoikeussopimus tuodaan konkreettisella tavalla osaksi kansallista oikeutta kuin Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden suvereniteetin taetta.³¹

Konsensus liittyy kiinteästi jo alustavasti määrittelemääni harkintamarginaaliin, ja erityisesti siihen harkintamarginaaliopin osatekijään, jota Letsasin tematiikkaa seuraten nimitän harkintamarginaalin sisällölliseksi ulottuvuudeksi. Konsensusperiaatteella viitataan useimmiten pyrkimykseen löytää jonkinlainen yleiseurooppalainen yhteisymmärrys tietyn oikeuden sisällöstä ja tämän kautta määrittelemään, onko kyseessä tosiasiaa sellainen oikeus, joka nauttii ihmisoikeussopimuksen tarjoamaa suojaa. Konsensuksen käsitteellinen lähtökohta liittyy harkintamarginaalin laajuuden määrittelyyn. Siten mahdollinen ihmisoikeustuomioistuimen löytämä yhteisymmärrys jäsenvaltioiden oikeustiloissa määrittelee, kuinka laaja harkintamarginaali valtiolle on totuttu antamaan. Kun konsensusperiaate määritellään mainitsemani tavalla, konkretisoituu ongelma koskien sitä, minkälainen konsensuksen tulee laajuudeltaan olla, jotta yhteisymmärryksellä tai sen puutteella voidaan tehokkaasti argumentoida tai kenen jakamasta yhteisymmärryksestä ylipäätään on kyse, kun konsensuksesta keskustellaan³².

²⁸ Spielmann 2014, s. 4. Ks. kuitenkin myös Murzea 2013, erityisesti s. 56.

²⁹ Spielmann 2014, s. 12.

³⁰ Spielmann 2014, s. 1.

³¹ Spielmann 2014, s. 12.

³² Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ei ole ollut erityisen halukas määrittelemään tarkkoja puitteita sille, mitä konsensusperiaatteella tarkalleen tarkoitetaan tai minkälaiset konsensuksen löytämisen edellytykset ovat. Ks. esim. Helfer 1993, s. 140–144. , Dzehtsiarou 2009.

Spielmannin mukaan konsensus on keskeinen harkintamarginaaliopin soveltamiseen kiinnittyvä idea³³. Osoitan tässä tutkielmassa myöhemmin, ettei konsensuksen soveltamisen edellytyksenä ole harkintamarginaaliopin soveltaminen, vaan konsensus voi ainakin teoreettisessa katsannossa toteutua myös ilman valtiolle myönnettävän harkintamarginaalin laajuuden arviointia. Spielmannin mukaan jäsenvaltioiden ensisijaisuudesta ihmisoikeussopimuksen ilmentämien oikeuksien turvaajana seuraa, että kansallisilla viranomaisilla on velvollisuus toteuttaa tapaukseen liittyvä alustava arviointi.³⁴ Siten myös konsensusarviointi vaikuttaisi sisältyvän kansallisille tuomioistuimille ja viranomaisille asetettuun tulkinnalliseen prosessiin. Lienee ilmiselvää, ettei konsensus käsitteellisessä mielessä merkitse vakiintuneen laajuista konsensusta, eikä se myöskään merkitse vakiintunutta yhteisymmärrystä tämän yhteisymmärryksen jakajakunnan kesken. Konsensusarviointi ei siten voi koskaan merkitä yhteisymmärrysarvion mekaanista soveltamista. Siten konsensuksen käsitetason jäsentämisen kannalta olennaista siis on sen elastisuuden huomioiminen. Vaikka konsensusperiaate doktriinitasolla saattaakin kiinnittyä erilaisiin konkreettista oikeutta koskeviin tulkintajatkumoihin, ja näissä kontinuumissa konsensus voi saada hyvinkin kiinteän sisällön, ei tämä sinänsä merkitse konsensusarvioinnin jähmettymistä tietynlaiseen tai -laajuiseen yhteisymmärrykseen.

Myös kontekstuaalinen tulkinta kuuluu erottamattomana osana ajatukseen valtiolle myönnettävästä harkintamarginaalista, sillä mahdollisesta yleiseurooppalaisesta yhteisymmärryksestä huolimatta ihmisoikeustuomioistuin voi olla pakotettu tulkitsemaan ihmisoikeussopimusta jonkin jäsenvaltion erityisistä lähtökohdista käsin³⁵. Tällainen ajatus moraalisen suhteellisuuden toteuttamisesta ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä on kohdannut runsaasti vastustusta³⁶. Ihmisoikeussopimuksen sisällön tarkastelu tietyn jäsenvaltion kontekstin ja tämän kontekstin erityispiirteiden näkökulmasta vaikuttaa jännitteiseltä ihmisoikeuksien moraalisen luonteen kanssa. Jännitteisyys ei kuitenkaan ole synonyymi yhteensovittamattomuudelle. Ihmisoikeuksien universaali luonne edellyttää vähemmistön oikeuksien turvaamista, eivätkä näin yleismaailmalliset, yhdenvertaisesti kaikille kuuluvat oikeudet ole ainoastaan enemmistön oikeuksia, ja tästä syystä ihmisoikeuksien universaliteetin edellytys on myös moninaisuuden turvaaminen, mikä saattaa merkitä yksilöiden oikeuksien suhteellistamista. Spielmannin mukaan harkintamarginaali liittyy kuhunkin tapaukseen niiden juridisen ja tosiasiallisen viitekehyksen³⁷. Tässä katsannossa

³³ Spielmann 2014, a. 4.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ks. Rautiainen 2011 ja Rekvényi v. Hungary (20.5.1999).

³⁶ Ks. esim. Benvenisti 1999, s. 843–845. Myös Letsas (2009, erit. s. 81–84) hylkää ajatuksen moraalisesta relativismista.

³⁷ Spielmann 2014, s. 6.

harkintamarginaalin laajuuteen vaikuttavat muut perusteet kuin tiettyjen henkilöiden, yhteisöjen tai valtioiden jakama syvä yhteisymmärrys. Mikäli harkintamarginaalioppi katsotaan tarkoituksenmukaiseksi pitää kiinteänä osana kontekstuaalisten olosuhteiden ja näiden painoarvon arviointia, on kuitenkin huomionarvoista, ettei tällaisilla erityislaatuilla olosuhteilla argumentointi merkitse ihmisoikeussopimuksen ilmentävien oikeuksien rajoitusperusteiden keventämistä. Pikemminkin kontekstuaaliset olosuhteet merkitsevät tällaisten olosuhteiden erityislaatuista painavuutta niin, että ne täyttävät hyväksyttäviltä ihmisoikeusrajoituksilta edellytettävät vaatimukset.

Ihmisoikeuskonfliktien sisällöllisiä ulottuvuuksia on arvioitava muiden keinojen avulla, mikäli tahdotaan konkreettisella tavalla välttää jokseenkin aiheellista pelkoa enemmistön tyranniasta ja vähemmistöjen oikeuksien heikosta välittymisestä jäsenvaltioiden lainsäädäntöön ja oikeudellisiin toimenpiteisiin, jolloin vähemmistön intressit eivät voi nauttia konsensusperiaatteen tarjoamaa suojaa. Tutkielmani lähtökohtana pidänkin kontekstualismin arviointia muuna kuin Letsasin tarkoittamana äärimmäisenä poikkeuksena ja sopimusvelvoitteista poikkeamisena (derogation) hätätilan aikana ³⁸. Nähdäkseni kontekstualismilla Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintadoktriinina on mahdollisuus korjata konsensusperiaatteen käytöstä aiheutuvia puutteita. Tällainen menettely ei puolestaan ole ristiriidassa ihmisoikeuksien universaalien luonteen kanssa, koska tarkoituksena on nimenomaan pyrkiä varmistamaan ihmisoikeuksien toteutuminen tasavertaisesti perustaen ihmisoikeustulkinnat niihin moraalisiin periaatteisiin, joita nämä universaalit ihmisoikeudet ilmentävät³⁹.

Ihmisoikeussopimuksen luonne elävänä asiakirjana (living instrument) ja ihmisoikeussopimuksen sisällön tulkinta ajankohtaisten standardien mukaan on ollut ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön keskiössä tuomioistuimen alkuajoista lähtien ⁴⁰. Tästä syystä katson tarkoituksenmukaiseksi selvittää lyhyesti ihmisoikeussopimuksen luonnetta elävänä asiakirjana ja sen keskeisiä merkityssisältöjä sekä sitä, miten tämä asemoituu erityisesti konsensusperiaatteeseen nähden. Elävä asiakirja -tulkinnan keskiössä on siis tietoinen irtautuminen sopimuksen säätäjän tahdon selvittämisestä ja suuntautuminen vahvan teleologiseen päättelyyn. Lähtökohtana ei siis ole, miten tietyn oikeuden sisältö on ymmärretty ihmisoikeussopimusta laadittaessa, vaan miten tietyn oikeuden sisältöä jäsennetään vallitsevien olosuhteiden valossa. Living instrument -lähestymistapa

³⁸ Ks. Letsas 2009, s. 125. Ks. myös Viljanen 2003, s. 25–26.

³⁹ Ihmisoikeuksien turvaamisesta ja minimistandardeista ks. tarkemmin Letsas 2009, s.125–126.

⁴⁰ Ks. esim. Tyrer v. the United Kingdom (25.4.1978) tai Matthews v. the United Kingdom (18.2.1999). Tyrer-tapauksen keskiössä oli lapsen ruumiillinen kuritus poliisimiehen toimesta Manin saarella, joka nautti laajaa oikeudellista autonomiaa. Tuomiossaan ihmisoikeustuomioistuin totesi yleissopimuksen olevan elävä asiakirja, jota on tulkittava tämän päivän olosuhteiden valossa.

viittaakin ensisijaisesti oikeamman ihmisoikeusstandardin paikantamiseen.⁴¹ Elävä asiakirja - tulkinta ei kuitenkaan rajoitu vain ihmisoikeussopimuksessa tarkkaan nimettyihin oikeuksiin, vaan se voi tuoda ihmisoikeussopimuksen piiriin myös täysin uusia oikeuksia, joita ei ihmisoikeussopimusta solmittaessa ole osattu edes ennakoida.⁴² Idea ihmisoikeussopimuksesta elävänä asiakirjana kiinnittää ihmisoikeussopimuksen sen universaaleihin taustaoletuksiin, mutta samalla konkretisoi myös kysymyksen ihmisoikeustuomioistuimen toiminnan oikeutuksesta. Ihmisoikeussopimuksella on siis myös uusia, sopimukselle itselleen mahdollisesti aiemmin tuntemattomia, oikeuksia luova vaikutus sen sijaan, että se pelkästään tyytyisi turvaamaan ihmisoikeuksien toteuttamisen tietyn vähimmäisstandardin. Ihmisoikeussopimuksen luonne elävänä asiakirjana liittyy läheisesti myös sopimuksen dynaamis–evolutiiviseen luonteeseen.

Ihmisoikeustuomioistuimen päättelylle on ominaista myös sopimusmääräysten tulkinta itsenäisesti ensisijaisesti itse sopimuksen valossa antamatta määräävää merkitystä sille, miten sopimusosapuolet kansallisella tasolla tietyn oikeuden sisältöä jäsentävät⁴³. Tällainen sopimuksen *autonominen tulkinta* (autonomous concepts) nostaa myös osiltaan esiin kysymyksen ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön legitimitetistä⁴⁴. Toisaalta ne kommentoijat, jotka ovat kritisoineet ihmisoikeustuomioistuimen tapaa varata itselleen oikeus kehittää tulkintadoktriiniansa sisältöä, mutta jättää näiden tulkintadoktriinien nimenomainen sisältö tarkkaan määrittelemättä, eivät ole kyenneet tuomaan esiin toteuttamiskelpoista vaihtoehtoa Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännön ja siinä antamiensa oikeudellisten merkitysten rajaamiselle. Tästä johtuen lähtökohtanani tässä tutkielmassa on autonomisen tulkinnan välttämättömyys, joka aiheutuu ensisijaisesti kahdesta toisistaan poikkeavasta tekijästä. Ensinnäkin ihmisoikeussopimuksen oikeudenkäyttöpiiriin kuuluvat henkilöt eivät kaikki jaa samanlaisia kielellisiä tunnusmerkistöjä, joilla oikeuden sisältöä voidaan tunnistaa⁴⁵. Toiseksi ihmisoikeussopimuksen todellinen sisältö voi vahvasti ylittää sen, miten ihmisoikeussopimuksen sisältöä on luokiteltu ja ymmärretty kansallisissa oikeusjärjestelmissä.⁴⁶

Autonomisen tulkinnan periaate on ilmaistu muun muassa tapauksessa Engel ym. v. Alankomaat (8.6.1976). Tapauksessa kyse oli siitä, miten ihmisoikeussopimuksen 6 artiklaa – siis oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin – oli tulkittava silloin, kun kyseessä ei ollut rikosoikeudellinen sanktio vaan toisenlainen formaali kurinpidon muoto Alankomaiden oikeudessa.

⁴¹ Ks. esim. Letsas 2009, s. 75.

⁴² Letsas 2010, s. 518.

⁴³ Ks. Pellonpää 2005, s. 211–213.

⁴⁴ Ks. Helfer 1993, s. 135.

⁴⁵ Ks. Letsas 2004, s. 279.

⁴⁶ Ibid.

Ihmisoikeustuomioistuin päätyi tunnustamaan päätelyssään epäsymmetrian kansallisen ja ihmisoikeussopimuksen tarkoittaman merkityksen välillä ja tarkasteli tapausta siitä näkökulmasta, perustiko Alankomaiden oikeuden mukainen kurinpidollinen rikkomus ihmisoikeussopimuksen kontekstissa rikosoikeudellisena kohdeltavan menettelyn. Ihmisoikeustuomioistuin on myöhemmin oikeuskäytännössään määritellyt autonomisen tulkinnan tarkoittavan tilanteita, joissa kansallisessa oikeudessa esiintyvälle käsitteelle on annettava vain sellaista suhteellista arvoa, joka muodostaa ainoastaan tulkinnan lähtökohdan. Tästä johtuen ihmisoikeussopimuksen sisältöä on ihmisoikeustuomioistuimen mukaan tulkittava niin, että sen sisältämille käsitteille annetaan itsenäinen merkitys ihmisoikeussopimuksen kontekstissa, eikä merkityksiä perusteta sen varaan, minkälaisia ne kansallisessa oikeudessa sisällöltään ovat.⁴⁷

Autonomisen tulkinnan kiistattomana etuna on, että tämä kykenee jossakin määrin tasapainottamaan niitä haasteita, joita laaja ihmisoikeustasoltaan vaihteleva jäsenvaltiopohja välttämättä aiheuttaa, kun taas esimerkiksi konsensustulkinta legitimoivasta vaikutuksesta huolimatta on hyvin sidottu ajatukseen homogeenisestä sopimusvaltiopohjasta. Nähdäkseni autonomisella tulkinnan legitimoiva vaikutus kiinnittyykin nimenomaan siihen, ettei jäsenvaltioiden määrän kasvu voi ainakaan käsitetulkinnalliselta osin uhata Euroopan ihmisoikeussopimuksen sisältöä tai johtaa ihmisoikeuksiin liittyvään inflaatioon.

Olen yllä käsitellyt niitä ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteita, jotka näyttäytyvät tämän tutkielman näkökulman kannalta erityisen merkityksellisinä. Olen myös osaltaan tuonut esille näihin tulkintaperiaatteisiin liittyviä legitimaatiokysymyksiä. Käsittelemällä näiden tulkintaperiaatteiden merkitystä ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön oikeutuksen näkökulmasta olen pyrkinyt osoittamaan, että käsittelemäni tulkintaperiaatteet nivoutuvat ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä käydyssä keskustelussa kiinteästi yhteen, eikä näitä näin ollen ole mahdollista erottaa keinotekoisesti toisistaan. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteet eivät kehity tyhjiössä, joten yhden tulkintadoktriinin muutos johtaa muutokseen myös muissa tulkintaperiaateissa⁴⁸. Tästä evolutiivis-dynaamisesta otteesta johtuen koenkin epätarkoituksenmukaiseksi tarkkojen raja-aitojen asettamisen tulkintaperiaatteille sekä näiden tulkintaperiaatteiden käytön edellytysten yksityiskohtaisen määrittelyn. Tällaisen yksityiskohtaisen määrittelyn vaarana on tulkintaperiaatteiden käytön rajaaminen etukäteen tavalla, joka on omiaan

⁴⁷ Ks. Letsas 2004, s. 282–283.

⁴⁸ Hyvänä esimerkkinä tällaisesta kehityskulusta toimii konsensusperiaate ja tämän yhteisymmärryksen yhä keveämmät paikantamisperusteet. Se, että ihmisoikeustuomioistuin voi paikantaa kehittyvän konsensuksen myös sellaisista kansainvälisistä suuntauksista, joihin jäsenvaltioiden enemmistö ei ole sitoutunut, vaikuttaa eittämättä myös ihmisoikeussopimuksen evolutiivis-dynaamiseen luonteeseen.

jäädyttämään Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöä paikalleen. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteet voivatkin nähdäkseni kehittyä vain, mikäli myös niiden käsitteellisille ominaisuuksille annetaan tilaa kehittyä. Huomionarvoista on kuitenkin tunnistaa minkälaisia ideologisia taustaolettamuksia ihmisoikeustuomioistuimen tulkintadoktrinaaliset osatekijät sisältävät ja minkälaisia vuorovaikutussuhteita eri tulkintaperiaatteilla toisiinsa nähden on. Siten olennaista ei niinkään ole muodostaa kattavaa tunnusmerkistöä, jonka tulee täytyä ennen kuin ihmisoikeustuomioistuin voi tiettyyn tulkintaperiaatteeseen tehokkaasti vedota.

1.3. Tutkimustehtävä ja -metodi

Tämän tutkielman tarkoituksena on selvittää keskustelua, jota on käyty Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käyttöön ottamista tulkintaperiaatteista. Tutkielmani tavoitteena on selvittää, *mitä kontekstuaalinen tulkinta ja konsensus merkitsevät sille moraalille tulkintakokonaisuudelle, jota tässä pro gradu -tutkielmassa nimitän Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikaksi*. Selvitän, miten konsensus ja kontekstualismi soveltuvat ajatukseen ihmisoikeuksien universalismista, moraalisuudesta sekä ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeudesta, oikeudellisuudesta ja legitimitetistä. Tutkielmassani en kuitenkaan rajoitu pohtimaan, minkälaisia oikeudellisia ja yhteiskunnallisia tavoitteita Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintalähtökohtien soveltamisella aktiivisesti pyritään saavuttamaan, vaan myös asemoin valitsemiani tulkintalähtökohtia Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käyttämien tulkintamallien kokonaisuuteen. Käsittelen yllä mainitsemiani kysymyksiä kolmen eri pääteeman valossa, jotka ovat: *konsensus ja kontekstuaalinen tulkinta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnallisina periaatteina tämän oikeuskäytännön valossa, näiden tulkintaperiaatteiden rooli ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännön oikeuttajana sekä ihmisoikeustuomioistuimen soveltamien tulkintaperiaatteiden moraaliset sitoumukset*. Tutkielmani lähtökohtien näkökulmasta on keskeistä selvittää, minkäläisten tekijöiden kautta universaalit ihmisoikeudet ovat tunnistettavissa ja mitkä tekijät perustavat näiden oikeuksien moraalisen luonteen, joten tästä syystä käsittelen ihmisoikeuksien yleisiä ominaisuuksia myös erillään ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännöstä.

Tutkimustani leimaa eittämättä oikeusdogmaattinen ote. En niinkään ole kiinnostunut – Raimo Siltalan sanoin – tuomarireferenssistä, sillä katsoakseni asioiden nykytilasta ei voida tehdä kategorisia oletuksia vallitsevan tuomariniideologian tarkoituksenmukaisuudesta. Tuomariniideologia tarvitsee ainakin oman tutkimukseni osalta rinnalleen ihmisoikeuksien eri

turvaamismahdollisuuksien kirjon riippumatta siitä, kuinka usein näitä tosiasiallisesti sovelletaan. Esimerkiksi kysymykseen ihmisoikeuksien sisällön laajuudesta ei voida vastata kattavasti vain tutkimalla vallitsevaa tuomarinideologiaa. Tästä syystä pyrin pitämään tutkimusotteeni normatiivis-kriittisenä.⁴⁹

Tämän pro gradu -tutkielman toteutuksen näkökulmasta olisi varmaankin ollut tarkoituksenmukaista valita teoreettisen viitekehyksen tueksi jokin suuri, yleisesti tunnustusta nauttiva ajattelija. Vaikka olen tätä tutkielmaa varten tutustunut muun muassa Ronald Dworkinin tuotantoon, en voi sanoa, että esimerkiksi tällä olisi ollut tutkielmani toteutuksen näkökulmasta käänteentekevä vaikutus. Sen sijaan olen pyrkinyt ylittämään oikeustieteellisen tutkimuksen rajat lähdekirjallisuutta valitessani, ja siten olen tässä tutkielmassa hyödyntänyt muun muassa politiikatutkimuksen tieteenalaan lukeutuvaa tutkimuskirjallisuutta. Tässä tutkielmassa lähtökohtanani on, että ihmisoikeuksien moraalisuus ja universaalius kumpuaa jostakin institutionaalisesta lähtökohdasta. Tällä tarkoitan, että ihmisoikeudet eivät aina ja kaikkialla ole kategorisena faktana luonteeltaan universaaleja, vaan ne voivat sisältää myös sui generis -tyyppisiä sitoumuksia. Ihmisoikeuksien moraalisuutta ei myöskään jälkikäteen voida luoda, ainoastaan vahvistaa.

Konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden käsittely kolmesta eri näkökulmasta – ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön, tulkintaperiaatteiden legitimitetin sekä ihmisoikeuksien moraalisen luonteen perspektiivistä – rajaa nähdäkseni tutkimukseni suhteellisen luonnollisesti hallittavan suuruiseksi. Nämä kolme valitsemaani näkökulmaa kuitenkin tarjoaisivat myös hyvin käyttökelpoisia välineitä konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden laajempien kansainvälisoikeudellisten käyttömahdollisuuksien arvioinnille. Tämän kysymyksen ajankohtaisuudesta huolimatta olen nähnyt tarkoituksenmukaiseksi rajata tulkintaperiaatteiden muut kansainväliset käyttöyhteydet tämän tutkielman ulkopuolelle, joskin aihetta koskevia asiantuntijakirjoituksia⁵⁰ käytänkin tässä tutkielmassa argumentatiivisena tukena. Tämän lisäksi olen rajannut tutkimukseni ulkopuolelle kansallisen näkökulman, enkä tästä syystä tässä tutkielmassa käsittele Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön sekä sen käyttämien tulkintaperiaatteiden merkitystä suomalaiselle valtiosäännölle. Lisäksi rajatakseni tämän tutkielman tutkimuskysymystä olen päättänyt jättää käsittelyalan ulkopuolelle 16. lisäpöytäkirjan merkityksen ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikan oikeutukselle. Olen valinnut jättää käsittelemättä sitä, mitä 16. lisäpöytäkirja merkitsee tulkintaperiaatteiden käyttökelpoisuudelle kansallisessa

⁴⁹ Tutkijanideologioiden erottelusta ks. Siltala 2003 s. 56–57.

⁵⁰ Ks. esim. Shany 2005.

kontekstissa, joten tämä äärimmäisen ajankohtainen ja tarkoituksenmukainen kysymys jää tämän tutkielman laajuuden hallittavuuden vuoksi valitettavasti vain lähinnä maininnan varaan.

Tutkimukseni ei etene oikeustapausten käsittelyn kautta tai sen keinoin. Pysin pitämään oikeustapausaineiston hallittavan kokoisena valitsemalla vain muutamia tiettyjä, tutkielmani tutkimuskysymysten kannalta tarkoituksellisia tapauksia, joiden avulla ihmisoikeustuomioistuimen tulkintadoktriinin sisältöä selvitän soveltuvilta osin. Muilta osin oikeuskäytäntöä olen käyttänyt lähinnä argumentatiivisena tukena, sillä nähdäkseni tarkoituksenmukaista ei ole toistaa ansioituneiden oikeustapauskommentaarien esiintuomia huomioita aloittamalla tunnetun tapauksen käsittely alusta. Keskustelen tässä tutkielmassa oikeustapauksista vahvasti tutkijoiden näkemysten kautta. Merkityksellistä kuitenkin on, etteivät esiin nostamani tutkijoiden näkemykset tietyistä oikeustapauksista ole irrallisia, vaan nämä rakentavat yhdessä oikeustieteellistä diskurssia. Tämä tutkielma ei siis etene soljuvasti oikeustapausanalyysin keinoin, eivätkä ihmisoikeuksien kehitykseen liittyvät tulkintakontinuumit tai vastaavat kehityskulut ole tutkielmassani pääosassa. Sen sijaan tutkielmassani kantavana ajatuksena on EIT:n tulkintaetiikka erityisesti konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden näkökulmasta ja tulkintaetiikan kokonaisuuteen liittyvien oikeustapausten ja tutkimuskirjallisuuden avulla tämän tulkintaetiikan laajuuden ja merkityksen selvittäminen.

1.4 Tutkimuksen rakenne

Johdonmukaisuuden vuoksi etenen tässä tutkielmassa yleisestä erityiseen, ja ensimmäisenä käsittelen ihmisoikeuksia eurooppalaisessa asiayhteydessä. Tämä luku kiinnittyy vahvasti ajatukseen ihmisoikeuksien universalismista. Selvitän tässä pääluvussa ensisijaisesti, minkälaisista tekijöistä ihmisoikeuksien perustavanlaatuisuus rakentuu. Ensisijaisesti olen kiinnostunut tarkastelemaan, minkälainen suhde ihmisoikeuksien universaalilla luonteella on ihmisoikeuksien edellyttämän pluralismin varjelemiseen ja minkälaisia edellytyksiä tämä pluralismi puolestaan ihmisoikeuksien universalismille asettaa. Lisäksi tässä pääluvussa käsittelen ihmisoikeustuomioistuimen yhteen sovelletuimpaan sateenvarjokäsitteeseen, harkintamarginaalioppiin, liittyvää muutosta Interlakenin, Izmirin ja Brightonin julistusten valossa sekä sitä, mitä harkintamarginaaliopin formaali kirjaaminen 15. lisäpöytäkirjalla osaksi ihmisoikeussopimuksen kirjoitettua oikeutta merkitsee konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden sekä näihin liittyvän soveltamisherkkyyden näkökulmasta. Selvitän lisäksi, merkitseekö tämä lähiaikainen kehitys erityisesti kontekstuaalisen tulkinnan periaatetason muutosta.

Kolmannen pääluvun olen nimennyt ehkä hieman paradoksaalisestikin ”Ihmisoikeuksien tulkintaetiikaksi”, vaikka ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikan käsittelyä en tosiasiassa ole rajannut vain yhtä päälukua kattavaksi, vaan kannan tulkintaetiisyyden teemaa tämän tutkielman halki, ja näin se on läsnä jokaisessa luvussa. Kolmannessa luvussa olen tehnyt semanttisen eron ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeuden ja oikeutuksen välillä. Oikeutuskysymystä käsittelen kuitenkin vasta luvussa viisi, joten kolmannessa pääluvussa päätarkoitukseni on selvittää, minkälaisista tekijöistä EIT:n tulkinnan oikeus kansainvälisoikeudellisessa mielessä kumpuaa ja toisaalta mitä ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan eettisyys kansainvälisoikeudelliselta tulkinnalta edellyttää. Lisäksi tarkastelen, kuinka ihmisoikeustuomioistuimen käyttämät tulkintaperiaatteet asemoituvat toisiinsa nähden – siis millaisen kokonaisuuden nämä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintadoktriinissa muodostavat.

Neljännessä pääluvussa tartun konsensus- ja kontekstualismiperiaatteisiin oikeudellisina ilmiöinä. Tämä pääluku kiinnittyy ihmisoikeuksien rajoittamiseen liittyviin perusteisiin. Käsittelen aluksi ihmisoikeuksien rajoitusperusteita erityisesti Jukka Viljasen väitöstutkimukseen⁵¹ nojautuen, jonka jälkeen käsittelen yleisen edun merkitystä ihmisoikeuksien rajoittamiselle ja yleistä etua koskevia teorioita. Tämän jälkeen yhdistän ihmisoikeuksien rajoittamiseen yleensä liittyvät tekijät yleiseltä edulta edellytettäviin tekijöihin ja selvitän, miten kontekstualismi ihmisoikeuksien rajoitusperusteena toteutuu⁵². Neljännän luvun lopussa tarkastelen, kenen konsensuksesta yleiseurooppalaisessa yhteisymmärryksessä on kyse ja kuinka monimuotoisesti tällainen yhteinen eurooppalainen perusta voidaan jäsentää.

Viidennessä pääluvussa käsittelen tulkintaperiaatteiden kaksoisroolia toisaalta ihmisoikeuksien edistäjänä ja valtiosääntöisen suvereniteetin turvaajana, mutta myös jälkimmäisen heikentäjänä. Viides pääluku kiinnittyykin jo aiemmin runsaasti esiintuomaani legitimizeettikeskusteluun. Argumentoin, minkälaisista ainesosista ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön oikeutus rakentuu, ja minkälainen suhde tällä oikeutuksella on ihmisoikeuksien tehokkuusvaatimukseen. Olenkin ensisijassa kiinnostunut kysymyksestä, joka liittyy tämän tehokkuusvaatimuksen ja legitimaation jännitteiseen vuorovaikutukseen.

⁵¹ Viljanen 2003.

⁵² Huomionarvoista kuitenkin on, että luvussa 4.3. otan ensisijaisesti kantaa siihen, kuinka kontekstuaalisuuden tulisi ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikan kannalta toteutua.

2. Ihmisoikeudet eurooppalaisessa asiayhteydessä

2.1. Käsitteitä ihmisoikeuksien ideologisesta sedimentistä

Kun keskustellaan ihmisoikeuksiin liittyvistä ideologisista, moraalisisista, poliittisista ja juridisista kysymyksistä yleisellä tasolla, ollaan väistämättä äärettömän laajan kysymyksenasettelun äärellä. Tässä alaluvussa tarkoitukseni ei ole esitellä sen enempää ihmisoikeuksien historiaakaan kuin yksittäisiä ihmisoikeusteorioitakaan, vaan pyrin ottamaan esille ensisijaisesti sellaisia seikkoja, jotka vaikuttavat konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden hahmottamiseen siinä asiayhteydessä, jossa ne saavat merkityksensä, siis kansainvälisoikeudellisessa ympäristössä. Selvitän aluksi lyhyesti ihmisoikeuksiin liittyviä sisäisiä ja ulkoisia rajanvetoja, minkä jälkeen käsittelen ihmisoikeuksien luonteeseen kiinteästi liittyvää kysymystä ihmisoikeuksien universaalista luonteesta. Vaikka otsikkotasoa antaakin ymmärtää, että selvitän ihmisoikeuksien ideologista taustaa yleisesti, olen sitonut tämän alaluvun Euroopan ihmisoikeussopimuksen kokonaisuuteen ja näin selvittänyt pääasiallisesti, minkälaisista lähtökohdista ihmisoikeudet ihmisoikeussopimuksen viitekehyksessä rakentuvat.

Kun arvioidaan ihmisoikeuksien taustaa, siis sitä, mistä ne kumpuavat ja mikä ne pysyttää voimassa tai mikä saa niissä aikaan muutoksia, joudutaan tekemisiin usean erityyppisen rajanvedon kanssa. Ensimmäinen näistä on ihmisoikeuksien kansainvälinen luonne. Usein yksinkertaistetusti selvitetään, että ihmisoikeudet ovat kansainvälisessä kontekstissa sitä, mitä perusoikeudet ovat kansallisessa viitekehyksessä. On toki totta, että perus- ja ihmisoikeudet limittyvät suurelta osin keskenään ja saattavat käsitteellisestikin vastata toisiaan. Lisäksi joissakin valtioissa, kuten Iso-Britanniassa, ihmisoikeusasiakirjoilla on valtiosääntöinen rooli osana kansallista oikeutta. Ihmisoikeuksien ja perusoikeuksien esittämä normatiivinen kysymys on kuitenkin erilainen. Kun perusoikeuksia koskeva kysymys on, mihin valtio on sitoutunut osana valtiosääntöistä käytäntöään, ihmisoikeudet tavoittavat kysymyksen, mitä yksityiset henkilöt ansaitsevat ja mitä valtio on heille velkaa kansainvälisoikeudellisena seikkana.⁵³

Toinen tällainen rajanveto on ihmisoikeuksien sisäinen, mutta liittyy myös eri seikat ulottaviin normatiivisiin kysymyksiin. Ihmisoikeuksien sisäinen rajanveto vaatii sen selvittämistä, mitä tietyt ihmisoikeudet tavoittavat. Tämä erottelu jakaa ihmisoikeudet niihin, joilla on rooli valtioiden kansainvälisen legitimitietin ehtojen määrittelijänä sekä ihmisoikeuksiin, jotka ilmaisevat muita legitimejä tavoitteita, joita kansainvälisellä yhteisöllä saattaa olla. George Letsas havainnollistaa

⁵³ Letsas 2009 s. 21–22.

tätä eroa ottamalla ensin esimerkiksi kidutuksen. Valtio, joka systemaattisesti tai rutiininomaisesti kiduttaa ihmisiä tai sallii tällaisen kidutuksen, ei kykene pitämään yllä vaatimusta legitimitetistä, jolloin toiset valtiot ovat moraalisesta näkökulmasta oikeutettuja puuttumaan kidutusta harjoittavan valtion toimintaan. Toisena esimerkkinä Letsas nostaa esiin demokratian ja kehityksen. Sellaiset epädemokraattiset valtiot, jotka kuitenkin kunnioittavat yksilöiden perustavanlaatuisia oikeuksia ja vapauksia, eivät ole menettäneet legitimitettivaatimustaan, eikä näin ollen ulkopuolisilla valtioilla ole moraalista oikeutusta puuttua kyseisen valtion toimintaan. Näin ollen ihmisoikeuksien aikaansaama legitimitetikysymys on kaksitasoinen.⁵⁴

Huomionarvoista kuitenkin on, etteivät ihmisoikeudet toteuta samaa normatiivista roolia, eikä myöskään sama ihmisoikeus toimi aina samassa normatiivisessa viitekehyksessä, vaan sen laajuus – ja näin myös tarkoitus – voi nimenomaisesti riippua siitä, minkä normatiivisen roolin se tietyssä tilanteessa saa. Letsas katsoo, että juuri näiden normatiivisten roolien vaihtelut ovat syy sille, ettei voida puhua ihmisoikeuksien hierarkiasta. Tällainen hierarkkisuus nimittäin edellyttäisi, että ihmisoikeuksilla olisi vain yksi normatiivinen taso.⁵⁵ Euroopan ihmisoikeussopimus ei myöskään tunnusta minkäänlaista sen sisältämien oikeuksien formaalia hierarkiaa, vaikka useiden oikeuksien sisäisistä rakenteista ilmeneekin mahdollisuus oikeuksien tasapainottamiseen keskenään silloin, kun ne ovat toisiinsa nähden ristiriidassa⁵⁶.

Kolmas ihmisoikeuksiin liittyvä rajanveto käydään sen välillä, jäsennetäänkö ihmisoikeudet juridisina oikeuksina vai poliittisina päämäärinä. Ihmisoikeudet pitävät sisällään molemmat elementit, ja nähdäkseni näitä ei voida erottaa toisistaan kuin keinotekoisesti, sillä ihmisoikeuksia käytetään ilmaisemaan myös sellaisia moraalisia tavoitteita, jotka eivät kuitenkaan ole juridisia oikeuksia. Letsas hahmottaa tätä jaottelua selvittämällä, että kun ihmisoikeutta rikotaan nimenomaan juridisena oikeutena, rikotaan samalla tämän ihmisoikeuden taustalla olevaa periaatetta ja siten rikkomus kohdistuu myös kaikkiin muihin, jotka nauttivat samasta oikeudesta. Kun keskustellaan ihmisoikeuksista poliittisina tai moraalisisina päämäärinä, vastaavanlaiseen lopputulokseen ei päädytä, sillä poliittiset ja moraaliset päämäärät eivät pidä sisällään sellaisia periaateluonteisia arvoja, joita ihmisoikeudet juridisina oikeuksina sisältävät. Letsas painottaa

⁵⁴ Letsas 2009, s. 22–23.

⁵⁵ Letsas 2009, s. 22–23.

⁵⁶ Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö jonkin tyyppisiä jakoja voida ihmisoikeussopimuksen oikeuksien välillä tehdä. Yksi tällainen jako on jako varauksettomiin ja varauksellisiin oikeuksiin. Ks. lisää Jacobs, Ovey ja White 2002, s. 4–5.

tällaisten erojen huomioimista, sillä mikäli kyseessä olevia eroavaisuuksia ei oteta huomioon, voi se aiheuttaa niin poliittisia erehdyksiä kuin moraalista epävarmuuttakin.⁵⁷

Ihmisoikeuksiin kiinteästi liittyvä kysymys on niiden luonteen hahmottaminen joko universaaleina tai relativistisina oikeuksina. Usein kysymys ihmisoikeuksien universalistisesta tai relativistisesta luonteesta esitetään vastakkainasetteluna ikään kuin nämä olisivat skaalan ääripäät ja näin toisilleen täysin vastakkaisia, siis ristiriidassa keskenään.⁵⁸ Universaalisuus pitää kuitenkin sisällään itsessäänkin vahvan relativistisen elementin, ja tämä relativistinen elementti on vahvasti näkyvillä niin Euroopan ihmisoikeussopimuksessa itsessään kuin ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössäkään. Kun väitetään, että ihmisoikeuksien universalisuus perustuu tämän universalisuuden omaan relativismiin, otetaan samalla vahvasti kantaa siihen, miten ihmisoikeuksia ylipäätään tulisi tulkita ja mistä lähtökohdista ne kumpuavat. Intuitiivisesti voitaisiin ajatella, että tällöin ei oikeutetusti voitaisi puhua ihmisoikeuksien universalista luonteesta laisinkaan.

Universaalisuutta käytetään suomen kielessä usein yleismaailmallisuuden synonyyminä⁵⁹. Oxford English Dictionaryn mukaan käsite *universal* merkitsee muun muassa seuraavaa: “*extending over or including the whole of something specified or implied*”. Oxford English Dictionaryn mukaan *universal* tarkoittaa myös seuraavaa: “*Affecting or involving the whole of something specified or implied*”.⁶⁰ Universaalien käsite on siis sidoksissa siihen ryhmään tai kokonaisuuteen, jossa universalisuus toteutuu ja on siten relativistinen muihin kokonaisuuksiin nähden. Tästä käsitekonstruktiosta käsin universaali on universaalia vain tietyn kokonaisuuden näkökulmasta, ei siis universaalia maailmankaikkeuden tai edes maailman tasolla. Vaikka käsitteellä *universal* on Oxford English Dictionaryn mukaan myös tosiasiallisen universalistinen määritelmä⁶¹, toteaa Jack Donnelly, että vain harvat asiat ovat tässä mielessä universaaleja.⁶² On vaikea nähdä, että ihmisoikeudet, niin juridisessa kuin poliittisessa mielessäkään, olisivat tällaisia maailmankaikkeuteen ja kaikkiin sen sisältämiin asioihin sovellettavissa olevia tekijöitä.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen sisältämiin oikeuksiin ja EIT:n oikeuskäytäntöön liittyvä yksi relativistinen elementti on siis niiden suojelemien oikeuksien konteksti samanmielisten Euroopan maiden välisenä sopimuksena. Jos kuitenkin tunnustamme, että universalisuus pitää sisällään

⁵⁷ Letsas 2009, s. 23–25.

⁵⁸ Donnelly 2013, s. 93.

⁵⁹ Näin esimerkiksi yleisessä suomalaisessa asiansanasto YSA:ssakin.

⁶⁰ Ks. myös Donnelly 2013, s. 93.

⁶¹ OAD:n mukaan *universal* voi tarkoittaa myös: *Of or relating to the universe in general or to all things in it; existing or occurring everywhere or in all things.*

⁶² Donnelly 2013, s. 92–93.

ainakin käsitetasolla relativismin idean, ei ihmisoikeuksien kutsuminen joko universaaleiksi tai relativistisiksi kerro sinänsä mitään ihmisoikeuksien luonteesta. Näin ollen tarkoituksenmukaisempaa on kysyä, miltä osin ihmisoikeudet ovat universaaleja ja miltä osin ne ovat luonteeltaan relativistisia. Kysymyksenasettelun suhteen on kuitenkin tärkeä huomata, ettei ole mitään tiedeyhteisön läpikäyvää yhteisymmärrystä siitä, että universalismi ja relativismi olisivat yhdenmukaisia ilmiöitä. Päinvastoin voidaan katsoa, että universalismi ja relativismi itsessäänkin saavat erilaisia muotoja. Näin ollen universalismin ja relativismin voidaan katsoa luovan erilaisia kokonaisuuksia, joissa universalismin ja relativismin keskinäinen painoarvo vaihtelee, mutta samanaikaisesti näissä kokonaisuuksissa voi esiintyä myös laadullisesti erityyppisiä universalismin ja relativismin muotoja.⁶³

Yksikään ihmisoikeus ei siis ole universaali koko maailmankaikkeuden – tai välttämättä edes koko maailman – käsittämässä mielessä, eikä yksikään ihmisoikeus ole tässä mielessä rajoittamaton, joskin tiettyjen ihmisoikeuksien taustalla vallitsevat moraaliset periaatteet saattavat sellaisia olla. Donnelly huomauttaa, että ihmisoikeuksien sisältöä jäsenetään ainakin kolmella eri tasolla: käsiteulottuvuudessa, soveltamisen ulottuvuudessa ja tulkintaulottuvuudessa. Käsiteulottuvuus on usein taso, jossa ihmisoikeudet toteutuvat universalistisina.⁶⁴ Onhan vaikea nähdä, että yksikään Euroopan neuvoston jäsenvaltio sinänsä vastustaisi esimerkiksi sananvapautta, kokoontumis- ja yhdistymisvapautta, oikeutta nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta tai muuta ihmisoikeussopimuksessa esiintuotua oikeutta. Ihmisoikeussopimuksessa esiintuotujen oikeuksien tulkinta ja soveltaminen kuuluvat toissijaisuusperiaatteen mukaisesti kuitenkin ensisijaisesti jäsenvaltioille. Euroopan ihmisoikeussopimuksessa esiintuodut oikeudet ovat vain käsitteitä, kunnes nämä käsitteet konkretisoidaan oikeusjärjestykseen tulkinnan avulla ja kunnes kyseiset tulkinnat saavat merkityksensä soveltamisen keinoin. Ihmisoikeuksien relativismi toteutuukin Donnellyn mukaan ensisijaisesti ihmisoikeuksia tulkittaessa ja sovellettaessa, vaikka ihmisoikeuksien relativismin aste käsitteen tasolta soveltamisen tasolle vaihtelee ihmisoikeuskohtaisesti.⁶⁵

Ihmisoikeuksien universalismi ihmisoikeuksien käsitetasolla toteutuu Donnellyn mukaan nykymaailmassa hyvin laajalti, eivätkä näin käsitetason erimielisyydet ole kovin yleisiä tai syviä. Ihmisoikeuksien käsitetason yleinen universalismi ei kuitenkaan saa peittää alleen sellaisia tärkeitä erimielisyyksiä, jotka koskevat sitä, minkälaisen merkityksen tietty ihmisoikeus saa tai sitä,

⁶³ Donnelly 2013, s. 104.

⁶⁴ Donnelly 2013, s. 100–101.

⁶⁵ Donnelly näkee, että ihmisarvoon läheisesti liittyvät ihmisoikeudet kuten oikeus elämään, kidutuksen sekä orjuuden ja pakkotyön kiellot ovat luonteeltaan hyvin universaaleja (myös muiden kuin Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden viitekehyksessä) ja lähes jokainen nykyaikainen, moraalista näkökulmasta perusteltu yhteiskunnallinen instituutio tunnistaa ne. Ks. tarkemmin Donnelly 2013, s. 100–101.

minkälaisia implisiittisiä ihmisoikeusrajoituksia voi esiintyä.⁶⁶ Ihmisoikeustuomioistuin on osaltaan kuitenkin pyrkinyt välttämään merkityserojen ja implisiittisten rajoitusten syntymistä soveltamalla tulkintaetiikassaan muun muassa autonomisen tulkinnan periaatetta, jota olen lyhyesti selvittänyt yllä johdannossa⁶⁷. Tämän periaatteen mukaan kansallinen luokitus on relevantti, mutta ei ratkaiseva sen suhteen, miten Euroopan ihmisoikeussopimuksen oikeutta tulee tulkita. Näin ollen ihmisoikeussopimus nauttii semanttista itsenäisyyttä, eikä se, miten tietty oikeus rakentuu käsitteellisesti tai soveltamisalaltaan kansallisessa oikeudessa vastaa automaattisesti ihmisoikeussopimuksen käsite- tai soveltamistasoa.⁶⁸

Ihmisoikeustuomioistuimella on siis käytössään välineitä, joilla sopimukseen liittyviä suhteellisia tai oikeuksia suhteellistavia elementtejä voidaan ainakin vähentää. Näistä suhteellistavista elementeistä ei kuitenkaan kokonaan voida irtautua, ovathan ihmisoikeudet aina relativistisia johonkin muuhun, ulkopuoliseen nähden. Euroopan ihmisoikeussopimus ja sen sisältö on siis relativistista vähintään niihin valtioihin nähden, jotka eivät ole Euroopan neuvoston jäsenvaltioita. Sen lisäksi ihmisoikeustuomioistuimella on itsellään käytössä sellaisia tulkintaperiaatteita, jotka vahvistavat ihmisoikeuksien turvaamiseen liittyvää suhteellista elementtiä. Tällainen periaate on esimerkiksi oppi valtiolle myönnettävästä harkintamarginaalista, mutta nähdäkseni myös kontekstualismi- ja konsensusperiaatteet pitävät sisällään relativistisia taustaoletuksia. Donnelly toteaa kuitenkin, että ihmisoikeuksien yksi keskeinen tarkoitus on suojata vapaiden yksilöiden vapaita valintoja, jolloin yksilöille kuuluvia oikeuksia voidaan oikeuttaa ja toteuttaa niin, miten ne ovat juurtuneet näiden yksilöiden omiin historioihin, kokemuksiin ja kulttuureihin⁶⁹. Ihmisoikeudet ovat tässä katsannossa siis kontekstilähtöisiä, mutta tällainen perustavaa laatua oleva suhteellisuus pikemminkin vahvistaa ihmisoikeuksien ajankohtaisuutta ja universaalisuutta kuin vähentää sitä.

Kun otetaan keskustelunaiheeksi kulttuurinen relativismi, on tärkeää todeta, että myös sille tulee asettaa ihmisoikeuksien asiayhteyteen soveltuvat ja tarkoituksenmukaiset rajat. Myös kulttuurista relativismia voidaan jäsentää myös sen äärimmäisessä muodossa ja todeta, että kulttuureja läpileikkaavia oikeuksia ei voida havaita eikä niistä voi syntyä yksimielisyyttä, joten yksikään kulttuuri ei ole oikeutettu esittämään muille tällaisiin oikeuksiin sitoutumista, koska oikeuksien ideat ovat tosiasiaassa vain yhden kulttuurin omia keksintöjä. Tässä vahvassa muodossa relativismi kuitenkin välttämättä on ylitsepääsemättömässä ristiriidassa ihmisoikeuksiin liittyvien perusoletusten kanssa, ja näin ollen ihmisoikeusinstrumentit, kuten Euroopan neuvosto, sen

⁶⁶ Donnelly 2013, s. 101–102.

⁶⁷ Ks. myös Letsas 2009, s. 41 – 43 ja Engel and Others v. the Netherlands (8.6.1976).

⁶⁸ Letsas 2009, s. 41–43.

⁶⁹ Donnelly 2013, s. 102.

jäsenvaltioiden allekirjoittama ihmisoikeussopimus sekä sopimuksen toteutumista valvova Euroopan ihmisoikeustuomioistuin, ovat pääasiallisesti luonteeltaan universalistisia ja näin myös universalismin puolella universalismi–relativismi -debatissa.⁷⁰ Myös ihmisoikeussopimuksen semantiikka on luonteeltaan universalistista⁷¹.

2.2. Ihmisoikeuksien universalismi konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden näkökulmasta

Konsensusperiaatteeseen liittyvä kritiikki kiinnittyy usein samanaikaisesti esitettyyn kritiikkiin siitä, ettei ihmisoikeuksia tulisi sekoittaa kulttuurisen relativismin ajatukseen. Nähdäkseni kuitenkin olennaista konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden näkökulmasta ei ole huomio, että ne pitävät sisällään relativistisen elementin jo ainoastaan siksi, että ne ovat Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käyttämiä tulkintaperiaatteita ja näin ollen relativistisia eurooppalaisen oikeusjärjestyksen asiayhteydessä. Olennaisempaa on nähdäkseni selvittää, minkälaisista universalistisista elementeistä konsensus- ja kontekstualismiperiaatteet kumpuavat. Huomionarvoista kuitenkin tässä asiayhteydessä on, että ihmisoikeuksien universalismi kansallisten ja kansainvälisten valvontaelinten oikeuskäytännössä kehitty de facto tietyn tyyppisen relativismin kautta, eikä tämä relativistisuus sinänsä poista ihmisoikeuksia taustoittavien moraalisten arvojen merkitystä. Huomionarvoista myös on, etten tällä relativismilla kuitenkaan tarkoita kulttuurista relativismia doktriinina, vaan universalismia suhteuttavaa elementtiä.

Kuten tulen myöhemmin tässä tutkielmassa osoittamaan, konsensustulkinta on sinänsä moraalisilta lähtökohdiltaan neutraali, eikä se sinänsä indikoi mitään tietyyttypistä ihmisoikeussuojan tasoa. Näin ollen konsensustulkinnan kautta kehittyvän ihmisoikeusstandardin vaatimuksena ei ole, että tämä ihmisoikeusstandardi on parempi, vaan sen tulee lähinnä olla erilainen. Tämä erilaisuus on siis neutraalia ihmisoikeuksien moraalisuuden näkökulmasta. Mitä tämä kuitenkin merkitsee ihmisoikeuksien universaliteetin kannalta? Ihmisoikeudet ovat käsitteellisessä katsannossa universaaleja. Tämän universaalisuuden voidaan katsoa olevan sidottu esimerkiksi ihmisoikeuksien laajaan formaaliin hyväksyntään, mikä merkitsee, että universaalius rakentuu sen juridisen tosiasian kautta, että lähes kaikki maailman valtiot ovat hyväksyneet tietyt ihmisoikeuksia sääntelevät sopimukset⁷². Tästä formaalista näkökulmasta käsin kuitenkin lähes-universalismi on yhtä merkityksellistä kuin täysimääräinen universalismi, eikä tiettyjen valtioiden formaalisen

⁷⁰ Steiner ja Alston 1996, s. 192–193.

⁷¹ Tällaisia universalistisia ilmauksia löytyy lähes jokaisesta ihmisoikeussopimuksen oikeuksia konkretisoivasta artiklasta. Tällaisia ilmauksia ovat muun muassa ihmisoikeussopimuksen 3 artiklan *ketään ei saa--* tai 5.1 artiklan *jokaisella on oikeus--*.

⁷² Brems 2001, s. 5–7.

hyväksynnän puute poista tämän vallitsevan universalismin olemassaoloa.⁷³ Formaaliin, normatiiviseen universalismiin liittyy Pieter van Dijkin mukaan myös funktionaalinen elementti, joka merkitsee kansainvälisen yhteisön perustamista ja kansainvälisoikeudellisten valvontamekanismien voimaan saattamista sekä näiden avulla toteutuvan ihmisoikeuksien universalismin varmistamista⁷⁴.

Eva Brems toteaa, että universaliteettiperiaatteen hyväksyntä kulkee kuitenkin käsi kädessä pluralismin hyväksynnän vaatimuksen kanssa.⁷⁵ Ihmisoikeuksien universalismiin sisältyvä varaus tämän universaliteetin spesifisestä kontekstista ei merkitse sitä, että ihmisoikeudet toteutuisivat eri kulttuureissa ja oikeusjärjestyksissä perustavanlaatuisesti eri tavoin, vaan ihmisoikeuksien ydinalueen voidaan katsoa olevan universaali myös koko maailman tasolla. Kuten olen yllä tuonut esiin, on vaikea nähdä, että valtio voisi legitiimisti kieltää sellaisten perustavanlaatuisten moraalisten periaatteiden, joiden ilmaisuna esimerkiksi oikeus elämään tai kidutuksen kieltä ovat, turvaamisen. Valtio, joka ei tunnusta kyseisiä oikeuksia, ei todennäköisesti saisi kansainvälisen yhteisön silmissä valtion statusta laisinkaan.

Sen sijaan, jotta ihmisoikeuksien universaalisuus voisi toteutua, tulee ihmisoikeuksilla olla mahdollisuus mukautua eri kulttuureissa elävien ihmisten tarpeisiin, ja tämän lisäksi ihmisoikeuksien kokonaisuuden tulee pitää sisällään erilaisia elementtejä näistä kulttuureista.⁷⁶ Brems on löytänyt näyttöä siitä, että kansainväliset ihmisoikeudet ovat läpikäyneet merkittävän muutoksen, joka on sisältänyt niin ihmisoikeuksien sisällön muokkautumista kuin niiden laajentumistakin. Tähän muutokseen on Bremsin mukaan vaikuttanut myös muiden valtioiden kuin länsimaiden osallistuminen ihmisoikeuksista käytyyn keskusteluun sekä tällaisten valtioiden tekemät ihmisoikeuksiin liittyvät aloitteet.⁷⁷ Kun ihmisoikeuksien kanssa erottamattomaksi osaksi jäsennetään tällainen pluralismi, ja kun yllä kuvattuun pluralismiin suhtaudutaan enemmänkin ihmisoikeuksien toteutumisen edistäjänä kuin sen esteenä, asemoituu ihmisoikeuksien universalismista ja relativismista käyty keskustelu hyvin eri tavoin. Kun tällainen pluralismi hyväksytään ihmisoikeuksien osaksi, ei niinkään kyse ole siitä, että tietyt oikeudet tai näiden oikeuksien tulkinnassa käytetyt periaatteet olisivat perimmäiseltä luonteeltaan relativistisia

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Van Dijk 1995, s. 110. Ref. Brems 2001, s. 6–7.

⁷⁵ Brems 2001, s. 88.

⁷⁶ Brems 2001, s. 10.

⁷⁷ Brems 2001, s. 11.

doktrinaalisessa mielessä, vaan kyse on ensisijaisesti siitä, että tietyt oikeudet ovat luonteeltaan universalistisempia kuin toiset.⁷⁸

Donnelly huomauttaa, että kulttuurinen relativismi tosiasiana ja kulttuurinen relativismi doktriinina eivät merkitse samaa asiaa, ja näin ollen kulttuuri ei tarjoa uskottavaa justifikaatiota ihmisoikeuksien toteuttamiselle. Kulttuurinen relativismi tosiasiana merkitsee, että kulttuurit vaihtelevat ajassa ja paikassa, mutta kulttuurisen relativismin doktriini saa erilaisen tarkoituksen: se nimittäin indikoi, että kulttuuri on muut tekijät syrjäyttävä mittapuu, jonka avulla tietyn oikeuden legitimitettä voidaan arvioida. Näin ollen kulttuurisessa relativismissa doktriinina on kyse siitä, että ainoastaan kulttuurin standardien avulla voidaan arvioida toimintatapoja, joiksi myös ihmisoikeudet luetaan. Vaihtoehtoinen tapa jäsentää kulttuurista relativismia doktriinina on hahmottaa se absoluuttisessa mielessä, joka merkitsee, että kulttuuri tarjoaa arvioinnin absoluuttiset standardit. Tällöin oikein on se, mitä kulttuuri sen sanoo olevan.⁷⁹ Donnelly lisää, että kulttuurinen relativismi on erityisen ongelmallista silloin, kun kulttuurin jäsenetään olevan koherentti, homogeeninen, yhteisymmärrykseen perustuva ja staattinen, sillä kulttuurien sisäiset eroavaisuudet ovat usein yhtä merkityksellisiä kuin kulttuurin jakamat tekijät, jolloin problemaattista on määritellä tietyn kulttuurin pitävän tiettyä arvoa tai uskomusta merkityksellisenä.⁸⁰

Donnelly huomauttaa, että sen lisäksi, että kulttuurien välillä että niiden sisällä tapahtuu vaihtelua, kulttuurin sisäisiä piirteitä asetetaan myös kiistanalaiseksi. Sen sijaan, että kulttuuri merkitsisi harmoniaa ja yhteisten arvojen jakamista kulttuuriin kuuluvien yhteiskuntien ja niiden jäsenten kesken, merkitsee kulttuuri kiistanalaisia symboleja, toimintatapoja ja merkityksiä, joista yhteiskunnan jäsenet jatkuvasti kiistelevät.⁸¹ Huomionarvoista Donnellyn mukaan on, ettei kulttuuri siis ole luonteeltaan neutraali, rakennetaanhan sitä menneisyydestä ja nykyhetkestä valikoitujen osatekijöiden avulla. Kulttuurisen relativismin puolestapuhujina toimii Donnellyn mukaan usein poliittinen ja taloudellinen eliitti, joka on jättänyt perinteisen kulttuurin taakseen.⁸² Tällöin konkretisoituu kysymys, kenen kulttuurista ylipäättään on kyse, kun kulttuurisen relativismin doktriinin puolesta tehdään kannanottoja.

Vaikka hylkäisimme ajatuksen kulttuurisesta relativismista uskottavana doktriinina ihmisoikeuksien toteuttamisen viitekehyksessä, on tärkeää huomioda, ettei tämä merkitse, että universalismi olisi rajoittamatonta tai absoluuttista. Sen sijaan, jotta ihmisoikeuksia voidaan onnistuneesti turvata

⁷⁸ Ks. esim. Brems 2001, s. 14–15.

⁷⁹ Donnelly 2013, s. 108.

⁸⁰ Donnelly 2013, s. 109.

⁸¹ Vrt. Preis 1996, Nathan 2001 sekä Engelhart 2000 ja Zechenter 1997, ref. Donnelly 2013, s. 110.

⁸² Donnelly 2013, s. 110.

universalistisina periaatteina, saattaa universalismiin kiinnittyä tietty relativistinen vaikutus. Tämä merkitsee sitä, että ihmisoikeuksien universalismi tuo mukanaan ääritapauksissa, joissa kyse on yksilöiden vapauteen ja turvallisuuteen liittyvistä perustavanlaatuisista oikeuksista, toisaalta kansainvälisen yhteisön velvollisuuden tuomita tällaisiin perustavanlaatuisiin oikeuksiin liittyvät rajoitukset, mutta toisaalta velvollisuuden tietynasteiseen suvaitsevaisuuteen⁸³. Tällainen suvaitsevaisuus liittyy itsessäänkin yksilöiden perustavanlaatuisiin oikeuksiin, kuten ajatuksen-, omantunnon- ja uskonnonvapauteen sekä sananvapauteen. Jotkut kulttuuriset toimintatavat vaativat ulkopuolisten harjoittamaa tuomitsemista näiden toimintatapojen hyväksynnän sijaan, mutta tästä huolimatta tietyt, vaikkakin halveksuttavat uskomukset, jotka kovertuvat ihmisoikeuksien moraaliseen ytimeen, vaativat suvaitsevaisuutta. Donnellyn mukaan niin kauan, kun nämä uskomukset pysyttävät edes jotenkin kansainvälisten ihmisoikeuksien sisällä, eikä näitä uskomuksia esimerkiksi toteuteta tai muuten laiteta täytäntöön, ovat myös näiden uskomuksien haltijat oikeutettuja tietynasteiseen hyväksyntään tai sietämiseen ja siihen yksilönvapauteen, jonka tällainen suvaitsevaisuuden vaatimus mukanaan tuo.⁸⁴ Vaikka siis tietyn kulttuurin sisällä toimiva ryhmä jäsentäisi formaalisti tunnustettuja ihmisoikeuksia toisin eikä antaisi niille samanlaista painoarvoa kuin kansainvälinen yhteisö, ei tämä riitä oikeutusperusteeksi tällaisten yksilöiden omien ihmisoikeuksien rajoittamiseksi tai poistamiseksi.

Alison Dundes Renteln toteaa, että vaikkakin ihmisoikeuksiin kiinnittyvään relativismiin liittyvä kiistanalaisin kysymys on, kuinka laajasti relativistien tulee suvaita suvaitsemattomuutta, tulisi argumentin ydin olla, onko monikulttuurisen universaalien luominen mahdollista.⁸⁵ Donnellyn ajattelua seuraten vaikuttaa epätodennäköiseltä, että kulttuurisen relativismin puolestapuhujat voisivat antaa uskottavia vasta-argumentteja toisten kulttuurien harjoittamista käytännöistä ja toimintatavoista. Renteln kuitenkin toteaa, ettei relativismi sulje tällaista argumentaatiota ulkopuolelleen⁸⁶. Relativistit Rentelnin mukaan kuitenkin tunnustavat, että relativistien antama kritiikki perustuu heidän omiin etnosentrisiin standardeihinsa ja tunnustavat lisäksi, että ulkopuolisten harjoittama tuomitseminen saattaa olla kulttuurisen imperialismin muoto. Rentelnin mukaan tarkoituksenmukaisempaa on tuoda julkisesti esiin esitetyn kritiikin lähteet kuin esittää, että kritiikin lähde on paikannettavissa universaaliin.⁸⁷ Renteln katsoo myös, että monikulttuurisen universaalien paikantaminen ei ole ristiriidassa kulttuurisen relativismin kanssa, vaan moraaliset järjestelmät saattavat limittyä päällekkäin, eivätkä nämä tästä johtuen ole toisiinsa nähden

⁸³ Ks. Donnellyn (2013) hypoteettinen orjuuteen liittyvä esimerkki, s. 114–115.

⁸⁴ Donnelly 2013, s. 115.

⁸⁵ Renteln 1990, s. 61.

⁸⁶ Renteln 1990, s. 77.

⁸⁷ Ibid.

vastakkaisia tai kategorisessa ristiriidassa keskenään, vaan pääasiallinen kysymys on, missä laajuudessa tällainen yhdenmukaisuus voidaan paikantaa.⁸⁸ Tämä kysymys on kuitenkin pitkälti empiirinen, eikä näin ollen ulotu tämän tutkielman ydinkysymyksiin. Nähdäkseni sen selvittäminen, miltä osin moraaliset järjestelmät limittyvät päällekkäin ja miltä osin näiden moraalisten järjestelmien arvot eroavat toisistaan, ei ole ihmisoikeuksien näkökulmasta välttämätön arviointikriteeri, sillä universalismi ei sinänsä sulje ulkopuolelleen universaalien ihmisoikeuksien suhteellistamista silloin, kun tämä on välttämätöntä, ja kun tämä välttämättömyys palautuu itsessäänkin yksilöiden oikeuksiin ja vapauksiin⁸⁹.

Universalismin suhteellistaminen ei siis merkitse kulttuurista relativismia rajoitusdoktriinina, sillä tällaisessa doktriinissa piilee paternalismin vaara: Vaikka kulttuurisen relativismin ainakin näennäisen myönteisenä puolena on sen vaikuttimien julkinen ilmaisu, menettää tämä uskottavuuttaan silloin, kun tietyt yksilöt tai ryhmät asettautuvat kulttuurin sisäisten ristiriitojen yläpuolelle. Tällä yläpuolelle asettautumisella viitataan tilanteeseen, jossa nämä yksilöt tai ryhmät pyrkivät yksinkertaistamaan kulttuurin sisäisiä tekijöitä ja ilmaisemaan, että kulttuurissa x pidetään arvoja y merkityksellisinä, sillä kulttuurissa x uskotaan asiaan z, vaikka kulttuurin sisäiset toimintatavat eivät välttämättä ole esitetyllä tavalla yhdenmukaisia. Näin ollen vaikuttaa siltä, että konsensus ja kontekstualismi eivät sinänsä pidä sisällään kulttuuriseen relativismiin doktriinina kiinnittyviä elementtejä, vaan pikemminkin toteutuvat universalismiin liittyvän suhteellistamisen ja pluralismin keinoin. Tällaisen diversiteetin hyväksyminen ja varjeleminen on ihmisoikeuksien universaliteetille välttämätöntä, jotta universaliteetti ei menetä merkitystään.

Olen yllä lyhyesti todennut, että ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan logiikassa konsensusperiaate on sinänsä moraalisilta taustaoletuksiltaan neutraali. Olennaista on kuitenkin huomioida, että ihmisoikeuksien universaliteetti ei ole samalla tavoin neutraalia, vaan formaalisti voimaansaatetut kansainväliset ihmisoikeudet pitävät sisällään sellaisia moraalisia arvoja, jotka suuntaavat ihmisoikeuksien toteuttamista tiettyyn suuntaan. Tämä suunta on nähdäkseni ihmisoikeussuojan oikeampi taso, eikä näin ollen suojan tason yhteneväisyys Euroopan ihmisoikeussopimuksen jäsenvaltioiden viitekehyksessä ole riittävä todiste ihmisoikeussuojan riittävästä universalismista. Siten katson, että universalismi kiinnittyy pitkälti samanlaiseen tematiikkaan kuin ihmisoikeustuomioistuimen moraaliseen luentaan pyrkivät tulkinnalliset periaatteet, kuten evolutiivinen laintulkinta.

⁸⁸ Renteln 1990, s. 78–79 ja 86–87.

⁸⁹ Ks. Yksilöiden oikeuksien rajoittamisesta kontekstuaalisuuden viitekehyksessä tarkemmin tämän tutkielman luku 4.3.

Donnellyn mukaan implisiittiset ihmisoikeuksien rajoitukset rajoittavat samanaikaisesti myös ihmisoikeuksien universalismia.⁹⁰ Donnelly lisää, että universaalien ihmisoikeuksien pääasiallisia tarkoituksia on suojella vapaiden yksilöiden vapaita päätöksiä sekä oikeuttaa ja soveltaa käytäntöön näitä oikeuksia tavalla, miten ne ovat juurtuneet näiden yksilöiden omiin historioihin, kokemuksiin ja kulttuureihin.⁹¹ Universalismi ei näin ollen merkitse, että ihmisoikeuksien tulisi toteutua identtisellä tavalla ajasta ja paikasta riippumatta, vaan universalismi merkitsee samanaikaisesti muiden moraalisten yhteisöjen kunnioittamista. Tämä huomio on nähdäkseni kontekstuaalisen tulkinnan ydin: Jotta ihmisoikeudet voisivat toteutua universaaleina, ei ihmisoikeuksia voi eikä saa arvioida vain yksittäisen kulttuurin näkökulmasta, vaan diversiteetin kunnioitus on universaalien ihmisoikeuksien ydintekijöitä. Tästä näkökulmasta arvioituna kontekstuaalinen tulkinta ei vaikuta niin vahingolliselta tai uhkaavalta, kuten se on oikeustieteellisessä keskustelussa totuttu kuvaamaan⁹². Pikemminkin kontekstuaalisuus toteutuu ihmisoikeuksien universalismin ja näitä oikeuksia taustoittavien moraalisten periaatteiden takeena, sillä suhteellinen universalismi on toivottavampaa ja tarkoituksenmukaisempaa kuin universalismin puuttuminen ihmisoikeussopimuksen suojaamasta oikeudesta kokonaan.

2.3. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteisiin kiinnittyvä lähiaikainen kehitys

Tässä alaluvussa otsikon antamasta käsityksestä huolimatta tarkoituksenani ei ole johdonmukaisesti selvittää, kuinka konsensus- ja kontekstualismiperiaatteet ovat muuttuneet ihmisoikeussopimuksen voimassaolon historiassa. Tähän valintaan liittyy se ilmiselvä varaus, että ihmisoikeustuomioistuin antoi esimerkiksi vuonna 2013 yhteensä 93 396 ratkaisua tai tuomiota, josta tuomioiden osuus oli 3659.⁹³ Siten ihmisoikeustuomioistuimen antamien ratkaisujen ja tuomioiden johdonmukainen selvittäminen ja näistä tiettyjen trendien paikantaminen vaikuttaa tämän tutkielman tutkimuskysymyksen ja laajuuden ylittävältä tehtävältä, joten tässä alaluvussa pyrin keskittymään viimevuosien aikana tapahtuneeseen kehitykseen, joka eittämättä liittyy ensisijaisesti harkintamarginaaliopin aseman entistä merkittävämpään vahvistumiseen ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan logiikassa ja harkintamarginaalin kautta toteutuvien tulkintaperiaatteiden samansuuntaiseen kehitykseen. Näin ollen ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön laajuuden ja tapausmäärän aiheuttama rajoitus tutkimuskysymykselleni hieman ironisesti kiinnittyi samanlaiseen keskusteluun – tai pikemminkin pyrkimykseen tämän

⁹⁰ Donnelly 2013, s. 102.

⁹¹ Donnelly 2013, s. 104.

⁹² Ks. esimerkiksi Rautiainen 2014 ja Letsas 2009, erityisesti s. 120–130.

⁹³ European Court of Human Rights: General Statistics 2013.

oikeuskäytännön ja tapausmäärän rajoittamiseksi, jota seuraavaksi aion tarkastella. Arvioin seuraavaksi pitkälti tätä kehitystä jo julkaistujen tutkimusartikkeleiden valossa.

Kontekstualismiperiaatteeseen liittyvä keskustelu on lähivuosina kiinnittynyt pitkälti pyrkimykseen liittää harkintamarginaalioppi ja subsidiariteettiperiaate 15 lisäpöytäkirjalla kiinteäksi osaksi ihmisoikeussopimusta. Jos ja kun Euroopan neuvoston jäsenvaltiot allekirjoittavat ja ratifioivat 15 lisäpöytäkirjan, merkitsee tämä subsidiariteettiperiaatteen että harkintamarginaaliopin kirjaamista ihmisoikeussopimuksen esipuheeseen. Kontekstualismiperiaatteesta käydyn keskustelun näkökulmasta keskiössä lähivuosina on ollut muutos, mitä muun muassa 15 lisäpöytäkirjan avulla pyritään edistämään. Tällä muutoksella viitataan harkintamarginaaliopin vahvistumiseen ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikassa toisaalta ihmisoikeustuomioistuimen arkitodellisuuden näkökulmasta sekä näkökulmasta, joka liittyy ihmisoikeustuomioistuimen kykyyn tehokkaasti turvata moraalisten ihmisoikeuksien toteutuminen. Interlakenin julistuksesta formaalin alkunsa saanut subsidiariteettiperiaatteen vahvistuminen ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikassa sekä harkintamarginaaliopin yhä vahvempi merkitys ihmisoikeustuomioistuimen tulkintalogiikan kokonaisuudelle on liitetty pyrkimykseen vähentää ihmisoikeustuomioistuimen tapaustaakkaa ja ainakin näennäisesti sitä on esitetty keinoksi tämän tapaustaakan keventämiseksi. Harkintamarginaalin kirjaaminen ihmisoikeussopimuksen kirjoitetuksi osaksi ja tämän kautta toteutuva pyrkimys ihmisoikeustuomioistuimen tapaustaakan vähentämiseksi on liitetty osaltaan myös haluttomuuteen puuttua sellaisiin seikkoihin, joissa on kyse kansallisesta lainsäädännöstä tai tapauksen tosiseikastosta⁹⁴.

Toissijaisuusperiaatteen ja harkintamarginaaliopin vahvistamisella ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännössä on Interlakenin julistuksesta alkaen siis pyritty ratkaisemaan ihmisoikeustuomioistuimen tapaustaakasta aiheutuneita ongelmia. Huomionarvoista on, että Interlakenin julistukseen johtanut Interlakenin konferenssi ei kuitenkaan tarjoa yksiselitteistä ratkaisuja ihmisoikeustuomioistuimen kohtaamiin ensisijaisesti sen tapaustaakaan kiinnittyviin ongelmiin, vaan Interlakenin julistus tarjoaa ensisijaisesti etenemissuunnitelman, jonka tarkoituksena on pitkällä tähtäimellä edistää ihmisoikeussopimusjärjestelmän tehokkuutta erilaisten reformien keinoin.⁹⁵ Brauch huomauttaa, että EIT on muotoillut harkintamarginaaliopin osaksi oikeuskäytäntöään johtuen ensisijaisesti ihmisoikeussopimuksen määräysten kirjoitetusta luonteesta: siis siitä, kuinka ihmisoikeussopimuksen määräykset itsessään on muotoiltu. Brauchin

⁹⁴ European Court of Human Rights: Interlaken Follow-Up, Principle of Subsidiarity, note by the jurisconsult 8.7.2010, s. 17, ref. Rui 2013, s. 33.

⁹⁵ Interlaken Declaration, ref. Rui 2013 s. 33.

mukaan siis ihmisoikeussopimuksen määräysten luonne itsessään antaa tilaa harkintamarginaaliopin soveltamiselle.⁹⁶

Vaikka tämän tutkielman rajauksen näkökulmasta ei ole mielekästä tutustua yksityiskohtaisesti harkintamarginaalin rooliin oikeushistoriallisena tosiasiana ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan kokonaisuudessa, on selvää, että harkintamarginaalilla on ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikan näkökulmasta käänteentekevä rooli riippumatta siitä, kirjataanko se formaaliksi osaksi ihmisoikeussopimusta. Esimerkiksi Hudoc-tietokannasta löytyy 2483 tapausta, jossa harkintamarginaalioppiin on viitattu, ja se on yksi sovelletuimmista avainsanoista kyseisessä tietokannassa yksittäisten ihmisoikeussopimuksen määräysten jälkeen⁹⁷. Nähdäkseni ihmisoikeustuomioistuimen lähiaikaista harkintamarginaalioppiin kiinnittyvää oikeuskäytäntöä tarkasteltaessa huomionarvoista on moraaliin liittyvien seikkojen jäsentäminen ihmisoikeussopimuksen viitekehyksessä. Esimerkiksi tapauksessa Gough⁹⁸ EIT toi esiin, että moraaliin kiinnittyvissä kysymyksissä jäsenvaltiolle tulee jättää laaja harkintamarginaali, sillä Euroopassa ei vallitse yhtenäistä moraalikäsitystä⁹⁹.

Gough-tapauksessa oli kyse yksityisyydensuojan ja sananvapauden sekä alastomana esiintymiselle asetettujen rajoitusten välisestä kysymyksestä: Valittaja Steven Gough uskoo vakaasti ihmiskehon viattomuuteen, ja harjoittaa sosiaalista nudismia (social nudity), jota hän ilmaisee esiintymällä julkisesti alasti. Vuonna 2003 Gough päätti kävellä alasti Englannin Land's Endistä Skotlannin John O'Groatsiin. Vaellusretkensä aikana Gough pidätettiin useasti ja hänet muun muassa vangittiin kolmen kuukauden ajaksi. Gough päätti tehdä vuonna 2005 toisen vaellusretken Land's Endistä, tällöinkin hänen määränpäänään oli John O'Groats. Tämän matkan aikana Gough pidätettiin kuudesti, ja häntä syytettiin rikoksista yleistä järjestystä vastaan. Gough esiintyi myös tuomioistuinkäsittelyissä alasti ja kieltäytyi toistuvasti pukeutumasta. Gough katsoi, että hänen oikeuttaan yksityisyyteen ja sananvapauttaan oli rikottu.¹⁰⁰ Kaiken kaikkiaan vuoteen 2012 mennessä Gough oli vangittu yhteensä noin kuuden vuoden ajaksi.

EIT arvioi Yhdistyneen Kuningaskunnan harkintamarginaalia viittaamalla muun muassa aikaisemmin antamiinsa tuomioihin tapauksissa Animal Defenders International ja Mouvement

⁹⁶ Brauch 2005, s. 116.

⁹⁷ Tapausten määrä on tarkistettu 23.11.2014. Hudoc-tietokannan ainoa harkintamarginaalia yleisempi, ei suoraan ihmisoikeussopimuksen määräyksiin kiinnittyvä avainsana, on suhteellisuus.

⁹⁸ Gough v. the United Kingdom (28.10.2014).

⁹⁹ Ibid, tuomion kohta 166.

¹⁰⁰ Gough vetosi lisäksi ihmisoikeussopimuksen 3, 9, 13 ja 14 artikloihin. EIT ei kuitenkaan tutkinut Goughin valitusta tältä osin, sillä Gough ei ollut turvautunut kaikkiin kansallisiin oikeussuojakeinoihin.

raélien suisse.¹⁰¹ EIT toisti, että valtio nauttii tietynasteista harkintamarginaalia myös rajoituksen välttämättömyyden arvioinnissa, ja 10 artiklan kontekstissa tämä välttämättömyys viittaa ensisijaisesti painavaan yhteiskunnalliseen tarpeeseen. Harkintamarginaali puolestaan konkretisoituu EIT:n mukaan pääasiallisesti valtion oikeutena arvioida ja määrittellä, mikä mainittu painava yhteiskunnallinen tarve on. EIT kuitenkin lisäsi, että harkintamarginaali kulkee käsi kädessä eurooppalaisen valvonnan kanssa.¹⁰² Yleisiä periaatteita arvioidessaan EIT viittasi myös muun muassa tapaukseen Leyla Şahin¹⁰³ arvioidessaan pluralismin sekä demokratian toteutumisen merkitystä ihmisoikeuksien toteutumisen ja näkökulmasta. EIT yleisten periaatteiden viitekehäyksessä toisti jo tapauksessa Chassagnou and Ohters¹⁰⁴ esiin tuomansa huomion, jonka mukaan vaikkakin yksilöiden intressit tulee joissakin tilanteissa alistaa ryhmien intresseihin nähden, ei EIT:n mukaan demokratia merkitse enemmistön käsityksen kategorista hallitsemista. EIT:n mukaan sen sijaan olennaista on saavuttaa sellainen tasapaino, joka turvaa vähemmistöihin kuuluvien yksilöiden oikeuden- ja asianmukaisen kohtelun ja jolla vältetään hallitsevan aseman väärinkäyttö.¹⁰⁵ EIT toisti yleisiä periaatteita arvioidessaan myös, että sananvapauden harjoittaminen tuo mukanaan velvollisuutta ja vastuuta, jonka laajuus riippuu kyseisen vapauden harjoittajan tilanteesta ja niistä keinoista, joita hän käyttää. EIT:n mukaan tämä velvollisuus ja vastuu tulee tuomioistuimen ottaa huomioon, kun se arvioi rajoituksen välttämättömyyttä.¹⁰⁶

EIT ainakin näennäisesti otti tapauksessa huomioon ihmisoikeuksien toteuttamiseen liittyviä elementtejä ja pyrki välttämään enemmistön tyranniaan kiinnittyvän kritiikin. EIT kuitenkin jatkoi Animal Defenders International- ja Mouvement raélien suisse -tapauksille ominaista Interlakenin julistuksesta johdettavaa tematiikkaa ja toi toisaalta esiin, että sillä on oikeus antaa lopullinen ratkaisu, onko rajoitus yhdenmukainen sananvapauden kanssa siten, miten se ilmenee ihmisoikeussopimuksen 10 artiklasta¹⁰⁷. EIT kuitenkin painotti, että valtio on kansainvälistä tuomioistuinta paremmassa asemassa arvioimaan moraaliin liittyvien edellytysten sisältöä että näihin vaatimuksiin kohdistuvien keinojen välttämättömyyttä.¹⁰⁸ Gough-tapauksessa EIT katsoi valtiolle asetettuun laajaan harkintamarginaaliin nojautuen, että ne perusteet, joihin

¹⁰¹ Gough v. the United Kingdom (28.10.2014), tuomion kohdat 165 ja 166.

¹⁰² Gough v. the United Kingdom (28.10.2014), tuomion kohta 165.

¹⁰³ Leyla Şahin v. Turkey (10.11.2005).

¹⁰⁴ Chassagnou and Others v. France (29.4.1999).

¹⁰⁵ Gough v. the United Kingdom (28.10.2014), tuomion kohta 168. Ks. myös Chassagnou and Others v. France (29.4.1999), tuomion kohta 112.

¹⁰⁶ Gough v. the United Kingdom (28.10.2014), tuomion kohta 167. Ks. myös esimerkiksi tuomiossa viitattu Handyside v. the United Kingdom (7.12.1976), tuomion kohta 49.

¹⁰⁷ Gough v. the United Kingdom (28.10.2014), tuomion kohta 165. EIT viittasi tässä yhteydessä myös tapauksen Mouvement raélien Suisse v. Switzerland (13.7.2012), tuomion kohtaan 48 ja Animal Defenders International v. the United Kingdom (22.4.2013), tuomion kohtaan 100.

¹⁰⁸ Gough v. the United Kingdom (28.10.2014), tuomion kohta 166.

syyttäväviranomaisen ja tuomioistuinten toimet tapauksessa perustuivat, olivat relevantteja ja riittäviä. Lisäksi EIT totesi näiden toimien vastanneen painavaa yhteiskunnallista tarvetta, joka liittyi valittajan toistuneeseen käytökseen. EIT totesi myös, että niiden keinojen, joita harjoitettiin vastatoimena Goughin päätökselle ilmaista käsityksensä alastomuudesta esiintymällä jatkuvasti alasti, ei voida edes kumulatiivisesti arvioituna katsoa olevan epäsuhdassa hyväksyttävän päämäärän tavoittelun kanssa, mikä EIT:n mukaan tapauksessa oli epäjärjestyksen ja rikollisuuden estäminen. EIT:n mukaan ihmisoikeussopimuksen 10 artikla ei ulotu niin pitkälle, että sen avulla yksilöt voisivat onnistuneesti ja toistuvasti pakottaa omaa epäsosiaalista käytöstään muille yhteiskunnan jäsenille, ja tämän jälkeen paikantaa ilmaisunvapauden rikkomuksen sillä perusteella, että tätä oikeutta on rikottu valtion puuttuessa ja rajoittaessa tällaista tarkoituksellista ja toistuvaa sosiaalisten normien vastaista käytöstä.¹⁰⁹

EIT huomioi Gough-tapauksessa epähyväksyttävien justifikaatioperusteiden idean, jota käsitellen tarkemmin luvussa 4.2. Epähyväksyttäviä justifikaatioperusteita ajava preferenssi on ulkoinen ja liittyy käsitykseen yleisen edun moraalista paremmuudesta esimerkiksi vähemmistöjen moraalisiin etunäkökohtiin verrattuna. Gough-tapauksessa EIT totesi 10 artiklan laajuutta arvioidessaan, että 10 artikla ei ulotu valittajan harjoittamaan toimintaan edes niissä tapauksissa, joissa yksilö on vakuuttunut oman käsityksensä oikeellisuudesta¹¹⁰. EIT ei kuitenkaan tapauksessa arvioinut, minkälainen merkitys valittajan toiminnalla tosiasiaassa on yleiselle edulle ja toisten yksilöiden oikeuksille olla suojassa käytökseltä, jota EIT itse nimittää sosiaalisten normien vastaiseksi. Näin ollen justifikaatioperusteen hyväksyttävyyden arviointi toteutui tapauksessa vaillinaisena.

Tutkielmassani puolustan vahvasti kontekstuaalisen tulkinnan käyttökelpoisuutta ihmisoikeusstandardin ajankohtaisuuden ja tarkoituksenmukaisuuden turvaajana. Vaikka Gough-tapauksessa kyse ei sinänsä ollutkaan mistään tietyistä erityislaatuista olosuhteista erityisesti yleisen ja yleisön etua arvioitaessa, vaan ensisijaisesti kyse oli laajan harkintamarginaalin kautta toteutuvasta harkinnasta, piilee laajassa harkintamarginaalissa, kuten siis harkintamarginaaliopin vahvistumisessa yleensäkin, kontekstuaaliseen tulkintaan kiinnittyvä uhka. Uhka liittyy tietystä ajassa ja paikassa konkretisoituneisiin erityislaatuisiin olosuhteisiin, joiden perusteella EIT voi irrottautua aiemmista käsitetulkinnostaan, mutta toisaalta tulla tähän uuteen tulkintaan myöhemmin sidotuksi. Esimerkiksi tapauksessa *Austin and others v. Yhdistynyt Kuningaskunta* (15.3.2012) EIT irtautui aiemmasta vapaudenriiston käsitteeseen liittyvästä tulkinnastaan.

¹⁰⁹ *Gough v. the United Kingdom* (28.10.2014), tuomion kohta 176.

¹¹⁰ *Ibid.*

Rui tuo esiin, ettei tapauksessa eksplisiittisesti tuoda esiin käsitteeseen liittyvää uudelleenmäärittelyä, joskin tämä ilmenee tapauksesta verrattaessa sitä aiempiin 5.1 artiklaan kiinnittyviin ratkaisuihin¹¹¹. Rui huomauttaa, että kuvastaa teennäistä logiikkaa olettaa, ettei Austin-ratkaisussa ollut kyse vapaudenriistosta vain siihen perusten, että toimilla katsottiin olleen hyvä tarkoitus ja että toimet olivat välttämättömiä. Rui toteaa lisäksi, että vapaudenriiston käsitettä näin tulkittaessa muuntautuu se käsitteenä absoluuttisesta suhteelliseksi.¹¹² Huomionarvoista on tunnistaa uhka, mitä tällaiset käsitteelliset muutokset merkitsevät kansallisten tuomioistuinten lainkäytölle. Silloin, kun EIT muuttaa yksilöiden perustavanlaatuisiin oikeuksiin liittyvien käsitteiden merkitystä, saattaa tämä johtaa epätoivottaviin käsitetason muutoksiin myös kansallisessa lainkäytössä.

Rui paikantaa myös toisen lähiaikaisen tapauksen, joissa aiemmin absoluuttisen käsitteen suhteellistaminen on ollut ainakin ihmisoikeustuomioistuimen enemmistön käsityksen mukaan tarpeellista, jotta tuomioistuin on voinut katsoa, ettei ihmisoikeusrikkomusta ole syntynyt.¹¹³ Kontekstuaalisen tulkinnan näkökulmasta on katsoakseni ongelmallista, jos aiemmin absoluuttisena jäsenneyistä käsitteistä luovutaan ja siirrytään tällaisten aiemmin absoluuttisena hahmotettujen käsitteiden suhteellistamiseen. Tämä saattaa johtaa oikeuksien liudentumiseen, joka saattaa merkitä myös kontekstuaalisen tulkinnan liudentumista. Vaikka kontekstualismi toimisikin ensisijaisesti selittävänä tekijänä sen kohtuullisen tasapainon, jota EIT suojattavalta edulta ja edun suojaamiseksi kohdistetulta rajoitukselta edellyttää, eikä suojan tason eriäväisyys sinänsä johtuisikaan suoraan erityisistä kontekstuaalisista olosuhteista, ei kontekstualismi periaatteena riitä turvaamaan ihmisoikeuksia, niiden universalismia ja tähän kiinnittyvää pluralismia, mikäli muutos ihmisoikeuksien käsitetasolla johtaa de facto aiemmasta poikkeavaan, alhaisempaan suojan tasoon. Sama on sovellettavissa nähdäkseni myös konsensusarvioon. Mikäli konsensusarviointi vahvistuu harkintamarginaaliopin vahvistumisen seurauksena, ja toisaalta ihmisoikeustuomioistuimen subsidiaarisen aseman korostaminen yhdistetään käsitetasolla toteutuvaan suhteellistamiseen, saattaa tämä johtaa paitsi jäsenvaltioille myönnettävän harkintamarginaalin epätarkoituksenmukaiseen laajentamiseen, myös käsitteiden merkityksen supistamiseen niin, että nämä käsitteet menettävät merkitystään.

¹¹¹ Rui 2013, s. 38–39.

¹¹² Rui 2013, s. 40.

¹¹³ Rui 2013, s.48. Rui tuo esiin Austin-tapauksen lisäksi ratkaisun *Al Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* (15.12.2011).

3. Ihmisoikeuksien tulkintaetiikka

3.1. Ihmisoikeustuomioistuimen oikeus tulkintaan ja tulkinnan etiikka

3.1.1. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeus

Ihmisoikeustuomioistuimen oikeus tulkintaan otetaan usein itsestäänselvyytenä, sillä tulkinta on irrottamaton osa lainkäytön kokonaisuutta. Lainkäyttö ei voine koskaan supistua pelkkään soveltamistekoon, joten ihmisoikeustuomioistuimen toiminta edellyttää tätä tulkinnan mandaattia, jotta se voi harjoittaa sellaista eurooppalaista ihmisoikeusvalvontaa, johon Euroopan neuvoston jäsenvaltiot ovat sitoutuneet. Tulkinnalla viitataan tässä yhteydessä sellaisiin normatiivisiin ehdotuksiin, joita EIT on oikeuskäytännössään hyväksynyt, enkä niinkään viittaa yksittäisiin juridisiin lopputuloksiin¹¹⁴. Kysymys, mistä ihmisoikeustuomioistuimen oikeus tulkintaan on johdettavissa ja mitkä ovat tämän tulkintaoikeuden rajat, sitoutuu pitkälti samantyyppiseen keskusteluun, jota on käyty ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeutuksesta. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeus merkitsee kuitenkin semanttisesti eri asiaa kuin tulkinnan oikeutus. Tulkinnan oikeutus toki edellyttää, että harjoitettuun tulkintaan on itsessään oikeus, mutta tulkinnan oikeus on nähdäkseni johdettavissa ensisijaisesti itse liittymisteosta ihmisoikeussopimukseen ja niihin moraalisiin periaatteisiin, jotka väistämättä taustoittavat ihmisoikeuksia. Nämä moraaliset periaatteet puolestaan ovat johdettavissa sellaisista poliittisista valinnoista, jotka ovat yhdistettävissä valtion liittymiseen Euroopan neuvoston jäsenvaltioksi ja tätä kautta Euroopan ihmisoikeussopimuksen sopimusosapuoleksi, joskin moraalinen velvollisuus suojella tiettyjä yksilöiden oikeuksia ja vapauksia ei tietenkään riipu kansainvälisen sopimuksen olemassaolosta, vaan velvollisuus näiden oikeuksien suojelemiseksi syntyy oikeuksien moraalisesta luonteesta, ei siis kansainvälisoikeudellisesta sopimusvelvoitteesta.

Ihmisoikeussopimuksen status kansainvälisenä sopimuksena merkitsee, että myös tähän sovelletaan Wienin valtiosopimus-oikeutta koskevaa yleissopimusta (33/1980), jonka kolmannessa osassa, siis artikloissa 31–33, säädetään valtiosopimusten tulkinnasta. 31 artiklassa säädetään valtiosopimusten yleisestä tulkintasäännöstä, joka Herbert Briggsin mukaan edellyttää sopimusten tulkinnalta tekstuaalista, kontekstuaalista ja teleologista lähestymistapaa¹¹⁵. Letsas kuitenkin toteaa, että Wienin sopimuksen 31.1 artikla asettaa merkitysjärjestyksessä ensimmäiseksi valtiosopimuksen

¹¹⁴ Tämä valinta on yhtenevä ja myös johdettavissa George Letsasin *Strasbourg's Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer* –artikkelissaan tekemistä metodologisista valinnoista. Katson, että Letsas tavoittaa artikkelissaan vahvasti ihmisoikeuksien moraalisen tulkinnan viitekehyksen, ja katson näin kyseisen temaattisen valinnan palvelevan myös niitä edellytyksiä, joita ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeuden selvittäminen edellyttää. Ks. kyseisestä metodologisesta valinnasta tarkemmin Letsas 2010, s. 509–512.

¹¹⁵ Briggs 1971, s. 708.

tarkoituksen ja päämäärän, ja näin suhtautuminen ihmisoikeussopimukseen elävänä asiakirjana ja ihmisoikeussopimuksen tulkinta tämän päivän olosuhteiden valossa ovat Wienin yleissopimuksen 31.1 artiklan mukaisia.¹¹⁶ Wienin yleissopimuksen 32 artikla rajaa valtiosopimuksen valmistelutyöt ja valtiosopimusta tehtäessä vallinneet olosuhteet täydentävien tulkintakeinojen asemaan, mitä voidaan käyttää Wienin yleissopimuksen 32.1 a)- ja b)-kohtien mukaan silloin, kun 31 artiklan mukainen tulkinta *jättää merkityksen epäselväksi tai hämäräksi tai johtaa lopputulokseen, joka on selvästi mahdoton tai kohtuuton*. Wienin valtiosopimusoikeutta koskeva yleissopimus siis rakentaa oikeudellisen kehyksen ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeudelle. Nähdäkseni riittävää ei kuitenkaan ole rajoittua toteamaan, että tulkinnalle on olemassa kansainvälisoikeudellinen perusta, vaan vähintään yhtä olennaista on selvittää tämän oikeuden moraalista perustaa ja minkälaisia velvollisuuksia se EIT:n tulkinnalle merkitsee.

Ihmisoikeussopimuksen ja sen tulkintaan liittyvien moraalisten periaatteiden selvittämisen näkökulmasta on merkityksellistä huomioida, että EIT on viitannut Wienin valtiosopimusoikeutta koskevan yleissopimuksen 31–33 artikloihin jo ennen sen voimaantuloa katsomalla, että yleissopimuksen 31–33 artiklat ilmaisevat kansainvälisen oikeuden yleisiä periaatteita, jotka tulee ottaa huomioon¹¹⁷. Tämä nähdäkseni heijastelee EIT:n tahtoa suojata ihmisoikeuksien taustalla vaikuttavia moraalisia periaatteita sellaisilta lopputuloksilta, joita ihmisoikeussopimuksen tarkan tekstuaalinen tulkinta saattaisi aiheuttaa. EIT painotti Golder -tapauksessa oikeuden tarkoituksen ja päämäärän selvittämistä ja irtisanoutui ajatuksesta, että täsmällisen säännöksen puuttuminen sopimustekstistä perustaisi esteen sopimuksessa luettelemattoman oikeuden tunnustamiselle¹¹⁸. Lisäksi tapauksessa EIT painotti, että kysymys siitä, voidaanko luettelematon oikeus tunnustaa vai ei, ei ole yhtäläinen sen kysymyksen kanssa, tulisiko EIT:n pitäytyä sopimuksen tosiasiallisessa tekstissä vai laajentaa sen merkitystä tulkinnan kautta. Kysymys oli ensisijaisesti siitä, mitkä ovat tietyille oikeudelle – tässä tapauksessa oikeudelle oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin – synnynnäisiä arvoja ja mitä muita kuin sopimustekstistä tarkasti ilmeneviä oikeuksia nämä arvot tuovat tietyn ihmisoikeussopimuksen määräyksen soveltamisalaan.¹¹⁹

Ihmisoikeussopimuksen tulkinnan oikeudelle on merkityksellistä, että ihmisoikeussopimusta, kuten oikeutta ylipäättään, tulkitaan aina yhteiskunnan viitekehyksessä, eikä sen ulkopuolella.¹²⁰ Ronald Dworkinin käsityksen mukaan luova tulkinta, joka ulottuu myös yhteiskunnallisten toimintatapojen,

¹¹⁶ Letsas 2009, s. 58–59.

¹¹⁷ Ks. *Golder v. the United Kingdom* (21.2.1975), tuomion kohdat 32 ja 34. Ks. myös Letsas 2009, s. 61–65.

¹¹⁸ Letsas 2009, s. 63.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Ks. Dworkin 1986, s. 88.

kuten lainsäädännön¹²¹, tulkintaan omaksuu sen formaalin rakenteen tarkoituksen ideasta.¹²² Vaikka ihmisoikeustuomioistuin onkin pitkälti välttänyt Wienin yleissopimuksen 32 artiklan soveltamista ja sopimuksen säätäjän tarkoituksen selvittämistä, on olennaista huomata myös, että tällaiseen historialliseen merkitykseen palaaminen on arvokysymys itsessään. Kyse ei siis ole siitä, että ihmisoikeustuomioistuin katsoo perustelluksi turvata ihmisoikeussopimuksen määräyksillä suojattavia arvoja ohittaessaan sopimukseen liittyvät esityöt ja sen säätäjän tarkoituksen, vaan tässä yhteydessä ihmisoikeustuomioistuin tekee valinnan sen suhteen, missä se katsoo ihmisoikeussopimuksen määräysten sisältämien arvojen ja moraalien lepäävän. Dworkin selvittää tätä taiteeseen liittyvällä kysymyksenasettelulla ja ehdottaa, että akateeminen väittely laatijan intentiosta tulisi nähdä erityislaatuisten abstraktina ja teoreettisena debattina siitä, missä taiteen arvo sijaitsee¹²³. Tällainen valinta eri arvojen välillä sijoittuu nähdäkseni ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeuden ytimeen. Dworkin huomauttaa, että keskustelu laatijan intentiota selvittävän teorian oikeellisuudesta tulee sitoa mahdollisuuteen, että olemassa on paljon perustavanlaatuisempi oletamus siitä, miksi taideteoksilla on se arvo, mitä niiden esitystapa antaa olettaa¹²⁴. Tämän valossa näyttää siltä, että ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeuteen ei liity ainoastaan kysymys siitä, minkälainen arvovalinta tulkinnan taustalla vaikuttaa, vaan tähän oikeuteen liittyy myös kysymys siitä, miksi valittu lähestymistapa pitää sisällään suojelemisen arvoisia moraalisia periaatteita.

Jotta ihmisoikeussopimuksen tulkintaan olisi ihmisoikeustuomioistuimella oikeus, tulee sen noudattaa tälle tulkinnalle osoitettuja kansainväliseen sääntelyyn liittyviä rajoja, jotka ovat pitkälti palautettavissa Wienin valtiosopimus-oikeutta koskevaan yleissopimukseen ja ihmisoikeussopimukseen itseensä sisältyviin määräyksiin tuomioiden sitovuudesta ja täytäntöönpanosta¹²⁵. Tulkinnan oikeus kytkeytyy nähdäkseni myös ihmisoikeusmääräysten deontologiseen etiikkaan, jota ihmisoikeussopimuksen sopimusosapuolet ovat liittymisteollaan sitoutuneet kunnioittamaan Letsasin ehdottaman mallin sitoumukseen perustuvasta legitimitetistä mukaisesti¹²⁶. Deontologinen etiikka ei kuitenkaan sulje ulkopuolelleen mahdollisuutta tulkita ihmisoikeussopimusta sen esitöiden ja muiden sen säätämisaikankohtaan liittyvien historiallisten näkökohtien valossa, vaan tällaiselle tulkinnalle rajoituksia luo ihmisoikeussopimuksen asema

¹²¹ En tässä yhteydessä problematisoi tämän tutkielman laajuuteen liittyvien rajoitusten vuoksi oikeuden ja yhteiskunnallisten toimintatapojen suhdetta, vaikka tunnistan, että aiheesta on käyty runsaasti keskustelua. Ks. kyseisestä debatista tarkemmin esim. Smith 2006.

¹²² Dworkin 1986, s. 228.

¹²³ Dworkin 1986, s. 60.

¹²⁴ Dworkin 1986, s. 61.

¹²⁵ Ks. erityisesti ihmisoikeussopimuksen 46 artikla.

¹²⁶ Letsas 2012, s. 21–22.

kansainvälisenä sopimuksena. Ihmisoikeussopimuksen sisältämät määräykset ihmisoikeustuomioistuimen tuomioiden sitovuudesta ja täytäntöönpanosta sekä Wienin yleissopimuksen sisältämät määräykset valtiosopimuksen tulkinnasta eivät kuitenkaan rakenna tulkinnan oikeuden moraalista perustaa, vaan rajoittuvat määrittelemään vain sen oikeudellisen kehikon, jonka kautta tätä tulkinnan oikeuteen liittyvää moraalista perustaa on mahdollista rakentaa.

Ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan moraalinen oikeus perustuu nähdäkseni pitkälti siihen seikkaan, että velvollisuus tiettyjen yksilöiden oikeuksien ja vapauksien suojeluun ei riipu niistä kansainvälisistä sopimuksista, joihin valtiot ovat sitoutuneet, vaan valtioilla on kansainvälisestä valvonnasta riippumatta moraalinen velvollisuus suojella näitä oikeuksia¹²⁷. Kun arvioidaan EIT:n oikeutta tulkintaan oikeuksien moraalisuuden – ja näin ollen tulkinnan moraalisuuden – näkökulmasta, on nähdäkseni lisäksi perusteltua tehdä ero juridisten oikeuksien ja moraalisten oikeuksien välillä. Juridisten ja moraalisten oikeuksien ero lepää huomiossa, että moraalisia oikeuksia ei tarvitse, eikä niitä pysty vahvistamaan empiirisen tosiasia-aineiston avulla todisteeksi niiden hyväksynnästä tai toimeenpanosta, koska moraalisten oikeuksien olemassaolo ei riipu niiden tunnustamisesta tai tämän tunnustuksen puuttumisesta¹²⁸. Näillä on sen sijaan jonkinlainen itsenäinen lähde, joka voi ne vakiinnuttaa silloinkin, kun nämä moraaliset oikeudet eivät yleisesti ole arvostettuja tai edes haluttuja.¹²⁹ On kuitenkin olennaista huomata, etteivät nämä mitenkään synnynnäisesti ole toisiinsa nähden vastakkaisia, vaan ne limittyvät keskenään. Kun moraalinen oikeus saa juridisen oikeuden muodon, ei se menetä siihen kiinnittyvää synnynnäistä moraalisuuttaan.

Moraalisiin oikeuksiin ja niiden olemassaoloon liittyy kiinteästi kysymys, mitä tarkalleen ottaen nämä oikeudet ovat ja mistä ne kumpuavat. Tämän kysymyksen selvittäminen ylittäisi jo yksinäänkin pro gradu -tutkielmalle asetetun tavoitelaajuuden, joten joudun selvittämään tähän kysymykseen liittyviä seikkoja erittäin lyhyesti vain muutamalla kappaleella, joskin tunnistan, ettei tämä tee kysymykselle ja sen moninaisuudelle oikeutta. Näin ollen on tärkeä huomata, että esitys moraalisten oikeuksien paikantamisesta on tässä yhteydessä hyvin yksinkertaistettu ja tähän tulee suhtautua tarvittavalla kriittisyydellä. Otankin seuraavaksi esiin vain muutamia moraalisten oikeuksien paikantamiseen ja olemassaoloon liittyviä seikkoja, jotka ovat nähdäkseni olennaisia ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeuden näkökulmasta.

¹²⁷ Ks. myös Letsas 2012, s. 22.

¹²⁸ Feinberg 1992, s. 149–150.

¹²⁹ Ibid.

Feinberg toteaa antaen runsaasti esimerkkejä luonteeltaan moraalisisista oikeuksista, että nämä oikeudet ovat arkipäiväinen osa sitä käsitteellistä mekanismia, jota käytämme, kun päädymme tekemään moraalisia ja poliittisia ratkaisuja¹³⁰. Feinberg käyttää moraalisten oikeuksien määrittelyn apuna Raymond Freyn¹³¹ määritelmää, jossa Frey määrittelee moraalisen oikeuden olevan oikeus, joka ei ole yhteisön lainsäädännön tuote tai yhteiskunnallinen käytäntö ja joka jatkaa olemassaoloaan silloinkin, kun se kohtaa vastakkaista lainsäädäntöä tai yhteiskunnallisia käytäntöjä, ja joka määrittelee sen rajan, jota yksilöt eivätkä yhteiskunta saa ylittää päämääriään tavoitellessaan.¹³²

Feinberg huomauttaa, että on tärkeä erottaa sellaiset moraaliset oikeudet, jotka ovat johdettavissa yhteiskuntien moraalisisista koodeista ja oikeudet, jotka ovat tosiasiasa moraalisia¹³³. Todelliset moraaliset oikeudet kumpuavat Feinbergin mukaan joistakin objektiivisista ja universaaleista moraalisuuden periaatteista, jotka ovat erillisiä niin yhteiskunnallisista käytännöistä kuin niiden juridisesta voimaansaattamisestakin. Tämän lisäksi Feinberg erottaa moraaliset oikeudet, joita voidaan soveltaa ilman juridista tunnustusta ja oikeudet, joiden soveltamisen edellytyksenä on niiden säätämisteko.¹³⁴ Feinberg tekee lisäksi eron sellaisten yksilöiden oikeuksien välillä, jotka koskevat henkilöön itseensä liittyviä syitä ja jotka ovat suunnattuja kaikille yksilöille pelkästä ihmisyydestä (tai inhimillisyydestä) johtuen. Ensimmäiset siis viittaavat Feinbergin mukaan sellaisiin oikeuksiin, joita yksilöt nauttivat esimerkiksi sen roolin perusteella, joka heillä yhteiskunnassa on. Tällaisia *erityisiä oikeuksia* ovat Feinbergin ehdotuksen mukaan muun muassa lasten ja ikääntyneiden oikeudet, opiskelijoiden oikeudet ja rikoksesta epäiltyjen oikeudet. Jälkimmäiset oikeudet ovat puolestaan Feinbergin mukaan juuri niitä oikeuksia, joilla on ihmisoikeuksien asema.¹³⁵ Molemmat oikeuksien tyypit ovat kuitenkin luonteeltaan moraalisia, vaikka ne rakentuvat niiden haltijaryhmien näkökulmasta hieman eri tavoin¹³⁶.

¹³⁰ Feinberg 1992, s. 150–151.

¹³¹ Feinberg kuitenkin toteaa Raymond Freyn olevan oikeuksien moraalisuuden vannoutunut skeptikko. Feinberg 1992, s. 151.

¹³² Frey 1980, s. 7, ref. Feinberg 1992, s. 151.

¹³³ Feinberg kuitenkin huomauttaa, että myöskään yhteiskuntien moraalisiin koodeihin perustuvat moraaliset oikeudet ja todellisesti moraaliset oikeudet eivät ole toisiinsa nähden vastakkaisia tai ääripäitä. Todellisesti moraaliset oikeudet voivatkin olla osa konventionaalisia moraalisia koodeja, ja nämä konventionaaliset moraaliset koodit voivat olla lailla säänneltyjä oikeuksia, jolloin moraalinen oikeus voi olla konventionaalinen moraalinen oikeus, joka on sidoksissa yhteiskunnallisiin toimintatapoihin, todellinen moraalinen oikeus, joka on irrallinen edellä mainituista yhteiskunnallisista toimintatavoista, ja juridinen oikeus, joka liittyy ainoastaan parlamentin säätämistekoon. Ks. Feinberg 1992, s. 152.

¹³⁴ Feinberg 1992, s. 151–152.

¹³⁵ Feinberg 1992, s. 153.

¹³⁶ Ainakin itse ainakin aiemmin intuitiivisesti ajattelin, että ihmisoikeuksien moraalisuus tulisi olla vahvasti sidottu niiden universaaliin soveltamiseen: Jotta oikeus voisi olla moraalinen, tulisi siihen olla oikeus kaikilla yksilöillä. Katsoin näin ollen, että vaikka tällaiset tapauskohtaisesti rakentuvat oikeudet saattaisivat olla tietyissä tilanteissa

Olen yllä selvittänyt ihmisoikeuksien moraalisuutta lähinnä niihin liitettävien raja-arvojen kautta ja osittain pikemminkin selvittänyt, mitä tällaiset moraaliset oikeudet eivät ole, ja näin ollen ihmisoikeuksien moraalisuuden selvittäminen on osittain jäänyt ulkopuollesulkemistekniikan varaan. Katson kuitenkin, että erilaisia moraalisia oikeuksia ei ole perusteltua tarkkarajaisesti ja luettelonomaisesti edes yrittää eritellä, vaan asiaa tulee harkita ensisijaisesti siitä käsin, mistä näiden oikeuksien moraalisuus kumpuaa. Sen selvittäminen, onko oikeus luonteeltaan moraalinen, perustuu Feinbergin ajattelua seuraten kysymykseen, onko oikeus johdettavissa inhimillisyydestä niin, että oikeus tiettyyn oikeuteen syntyy jo pelkän ihmisyyden johdosta. Ihmisoikeuksien moraalisuus tunnustetaan puolestaan selvittämällä, onko oikeus kohdistettavissa kaikkiin yksilöihin riippumatta näihin yksilöihin liittyvistä henkilökohtaisista syistä. Mikäli vastaus ensimmäiseen kysymykseen on myönteinen, kyse on moraalista oikeudesta. Mikäli kumpaankin kysymykseen puolestaan vastataan myönteisesti, kyseessä on moraalinen ihmisoikeus. Tähän erottamattomasti liittyvä kysymys kuitenkin on, mitä moraalisia arvoja ihmisoikeus käsittää. Tätä kysymystä ei kuitenkaan ole mahdollisuutta käsitellä laajemmin tässä asiayhteydessä, vaan rajoitun toteamaan, että vaikka oikeus nauttia tiettyä oikeutta tai vapautta syntyisikin ihmisyyden (tai inhimillisyyden) perusteella, ei tämä merkitse, että vallitsisi jonkinlainen universaali yhteisymmärrys siitä, minkälaisia arvoja nämä oikeudet käsittävät. Näin ollen vaikka jonkinlainen yhteisymmärrys vallitsisi siitä, että tietty oikeus on statukseltaan moraalinen ihmisoikeus, ei tämä sinänsä indikoi, että voitaisiin yksiselitteisesti antaa vastaus siihen, mikä näiden taustoittavien moraalisten arvojen laajuus on, ja juuri tässä ihmisoikeustuomioistuimella näiden arvojen selvittäjänä on ratkaiseva asema.

Ihmisoikeustuomioistuimen harjoittaman tulkinnan oikeus voidaankin siis nähdäkseni jakaa juridiseen ja moraaliseen tulkintaoikeuteen. Juridista oikeutta tulkintaan olen selvittänyt yllä käsittelemällä muun muassa Wienin yleissopimuksen valtiosopimuksen tulkintaa säänteleviä artikloja sekä ihmisoikeussopimukseen itseensä sisältyviä määräyksiä ihmisoikeustuomioistuimen tuomioiden sitovuudesta ja täytäntöönpanosta. Olen yllä tuonut lisäksi esiin, että deontologinen etiikka ei sulje ulkopuolelle mahdollisuutta tulkita ihmisoikeussopimusta sen esitöiden ja muiden vastaavien historialliseen tarkoitukseen palautuvien asiakirjojen valossa, vaan tällainen tulkinnan rajoitus liittyy ensisijaisesti Wienin yleissopimuksen 32 artiklaan kansainvälisoikeudellisena

perusteltuja, eivät tällaiset oikeudet voisi olla luonteeltaan moraalisia. Huomionarvoista niiden oikeuksien kohdalla, joita Feinberg nimittää erityisiksi, kuitenkin on, ettei niiden soveltamisala ole sidottu tiettyihin yksilöihin vaan pikemminkin objektiivisiin ryhmiin, ja nämä oikeudet saa osakseen jokainen yksilö, joka kuuluu tällaiseen ryhmään. Näin ollen, vaikka kyse on henkilöön liittyviin syihin perustuvista oikeuksista, eivät nämä oikeudet rakennu yksilöön liittyvien attribuuttien perusteella mielivaltaisesti. Feinbergin mukaan erityisiksi oikeuksiksi nimitettävät oikeudet siis kohdistuvat yksilöihin yhdenvertaisesti, ja näiden oikeuksien moraalinen sedimentti rakentuu samalla tavoin kuin ihmisoikeuksien yleisinä, kaikkiin yksilöihin kohdistuvina vapauksina. Erityisten oikeuksien ja ihmisoikeuksien välinen ero lepääkin nähdäkseni ensisijaisesti siinä, että erityisten oikeuksien merkitys ja painoarvo yksilöiden näkökulmasta rajoittuu vain tiettyihin ryhmiin.

rajoitustekijänä. Näin ollen ihmisoikeustuomioistuimen harjoittamaa aktiivista arviointia siitä, missä taiteen¹³⁷ - tai konkreettisemmin ihmisoikeuksien - arvo sijaitsee, rajoittaa ihmisoikeustuomioistuimen kansainvälisiin sopimuksiin perustuva juridinen oikeus tulkintaan. Katson kuitenkin, että juridinen oikeus tulkintaan sisältää *per se* ratkaisun ihmisoikeuksien arvon sijainnista. On kuitenkin olennaista huomioda, että vaikka Wienin yleissopimus luo juridisen oikeuden valtiosopimuksen tulkintaan, tulee tämä juridinen oikeus valtiosopimuksen tulkintaan erottaa valtiosopimuksen tulkinnan oikeutuksesta. Kuten tulen myöhemmin luvuissa 3.1.2. ja 5.2. esittämään, valtiosopimuksen tulkinnan oikeutusta on arveluttavaa oikeuttaa toisella valtiosopimuksella, sillä faktan oikeuttaminen faktalla johtaa aina päättymättömään kysymykseen siitä, millä faktalla oikeuttava fakta voidaan oikeuttaa¹³⁸.

Toinen huomionarvoinen Wienin yleissopimukseen liittyvä kysymys on, miten muuten kuin tarkoituksen ja päämäärän valossa valtiosopimusta voitaisiin tulkita. Letsas huomauttaa, että valtiosopimuksen tulkinta sen tarkoituksen ja päämäärän valossa on ilmaisuna neutraali: se ei yksinään sulje ulkopuolelleen muita tulkinnallisia metodeja ja sitoudu vain yhteen. Wienin yleissopimus siis pikemminkin suhteellistaa tulkinnalliset metodit niiden tarkoitukseen ja päämäärän nähden. Näin ollen Letsas katsoo, että ensisijaista on selvittää, mikä sopimuksen tarkoitus ja päämäärä on sen sijaan, että ensin arvioitaisiin, minkälaisin keinoin sopimuksen tarkoitusta ja päämäärä voitaisiin tulkita. Letsas huomauttaa myös, että Wienin yleissopimus jättää auki, kuinka valtiosopimuksen tulkintaan liittyviä elementtejä, kuten valtiosopimuksen erityistä viitekehystä tai muita vastaavia tekijöitä, tulisi tasapainottaa toisiinsa nähden. Näin ollen sopimuksen tarkoitus ja päämäärä on usein moniselitteinen, eikä siten välttämättä vallitse vain yhtä käsitystä siitä, kuinka sopimuksen tarkoitus ja päämäärä tulisi jäsentää. Lisäksi Letsas tuo esiin, että valtiosopimuksen tarkoituksen ja valtion käyttämien keinojen välillä saattaa vallita jännitteitä, sillä joskus valtiot pyrkivät saavuttamaan sellaisia tavoitteita, jotka ovat soveltumattomia niiden keinojen näkökulmasta, joilla valtiot pyrkivät kyseiset tavoitteet saavuttamaan. Näin ollen tarkoituksen ja päämäärän yksilöiminen ei ole mekaaninen tehtävä, vaan jo itsessäänkin tulkinnallinen kysymys.¹³⁹ Nähdäkseni ihmisoikeuksien moraalisten arvojen sijainnin paikantaminen edellyttää siis ensin ihmisoikeussopimuksen tarkoituksen ja päämäärän selvittämistä. Vasta kun tämä tarkoitus ja päämäärä on selvitetty, voidaan ottaa perustellusti kantaa siihen, minkälaiset tulkinnalliset metodit ovat tarkoituksenmukaisia tämän tarkoituksen ja päämäärän täyttämiseksi. Ihmisoikeussopimuksen tarkoituksen ja päämäärän kannalta sekä ihmisoikeuksien

¹³⁷ Taiteen arvon sijaitsemisesta ja tämän debatin luonteesta ks. Dworkin 1986, s. 60.

¹³⁸ Ks. Letsas 2010, s. 534.

¹³⁹ Letsas 2010, s. 532–533.

moraalisten arvojen paikantamisen viitekehyksessä ihmisoikeustuomioistuimen aktiivinen pyrkimys ihmisoikeussopimuksen soveltamisalan laajentamiseen sellaisiin rikkomuksiin, jotka tosiasiallisesti toteutuvat sellaisessa valtiossa, joka ei ole Euroopan neuvoston jäsen, vaikuttaa tarkoituksenmukaiselta. Ihmisoikeussopimuksen tarkoituksen ja päämäärän mukainen moraalinen oikeus tulkintaan asettaakin ihmisoikeustuomioistuimelle velvollisuuden turvata ihmisoikeuksien moraalista taustaa tehokkaasti niin, etteivät ihmisoikeussopimuksen jäsenvaltiot voi keinotekoisesti irtautua ihmisoikeussopimuksen määräyksistä niissäkään tilanteissa, joissa ihmisoikeussopimuksen jäsenvaltioiden oikeudenkäyttöpiiriin kuuluva henkilö on uhassa joutua ihmisoikeussopimuksen määräysten vastaisen oikeudenloukkauksen kohteeksi Euroopan neuvoston ulkopuolisessa valtiossa¹⁴⁰.

Ihmisoikeustuomioistuimen moraalinen oikeus tai pikemminkin velvollisuus tulkintaan on siis nähdäkseni johdettavissa itse liittymisteosta, mutta myös ihmisoikeuksien moraalista luonteesta. On vaikea nähdä, että suvereenit valtiot olisivat tietoisesti liittyneet osaksi moraalisten ja yleisesti yksilöihin sovellettavien oikeuksien ja vapauksien suojelemiseksi kehitettyä kansainvälistä sopimusta, jota nämä jäsenvaltiot eivät kuitenkaan haluaisi tulkittavan niin, että sopimuksessa turvatuille oikeuksille ja vapauksille annettaisiin merkitys, joka niille todellisuudessa kuuluu. Ihmisoikeuksien suojelemisen velvoite ei rajoitu vain kansainväliseen yhteisöön, vaan tällainen velvollisuus on jokaisella valtiolla. Tosiasiallisten ihmisoikeuksien suojelemiseksi ja eurooppalaisen valvonnan toteuttamiseksi ihmisoikeustuomioistuimella onkin näkemykseni mukaan paitsi moraalinen oikeus, mutta myös moraalinen velvollisuus ihmisoikeuksien tulkintaan. Tämä moraalinen velvollisuus kumpuaa nähdäkseni samantyyppisistä moraalista lähtökohdista kuin oikeuksien moraalisuuskin: (vähintään) eurooppalaisesta universalismista ja oikeuksien itsenäisestä arvosta suojattavina oikeuksina, joka on johdettavissa näiden oikeuksien luonnollisuudesta, joka puolestaan on erottamaton osa ihmisyyttä.

3.1.2. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan etiikka

Valitsen käyttää tässä tutkielmassa käsitettä tulkintaetiikka, sillä se tavoittaa nähdäkseni huomion, että ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntö ei ole arvoista vapaata, vaan ihmisoikeustuomioistuin oikeuskäytännöllään tavoittaa ihmisoikeuksiin liittyvät moraaliset arvot ja tekee aktiivisesti näihin taustoittaviin moraalisiin arvoihin liittyviä valintoja. Tulkintaetiikan käsitettä on käyttänyt muun muassa George Letsas¹⁴¹. Letsas nimittää tulkintaetiikaksi sellaista

¹⁴⁰ Ks. tarkemmin esim. *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia* (13.12.2012) ja *Saadi v. Italy* (28.2.2008).

¹⁴¹ Ks. esim. Letsas 2010.

arvioivaa tehtävää, jonka avulla pyritään selvittämään, kuinka sellaiset moraaliset arvot, jotka eivät ole liitoksissa faktuaalisiin selityksiin, normatiivisesti rajoittavat valtioiden yhteistoiminnan toteutumista¹⁴². Letsas huomauttaa, että se painoarvo, jonka tulkitsijan tulee antaa sopimusosapuolten aikomuksille tai sopimuksen semanttisille näkökohdille riippuu valtioiden tavoitteleman hankkeen moraalista luonteesta. Näin ollen erilaiset hankkeet edellyttävät erilaisia tulkinnan keinoja, sillä sopimuksen tulkinnassa on pohjimmiltaan kyse moraalisten arvojen tulkinnasta.¹⁴³

Letsas jäsentää ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikkaa merkkipaalaratkaisujen, kuten Golder-¹⁴⁴, Tyrer-¹⁴⁵, Engel-¹⁴⁶ ja Airey -tapauksen¹⁴⁷ kautta. Näissä merkkipaalaratkaisussa erityislaatuista on se, että näissä EIT esitteli tuomiokäytäntöön uudenlaisia tulkinnallisia ratkaisuja. Golder-tapaus asetti perustan EIT:n tulkintaperiaatteille ja otti kantaa siihen, minkälainen ihmisoikeussopimuksen yleisen tulkintateorian tulisi olla ja minkälainen merkitys tekstuaalisella ja intentionaalisella tulkinnalla sopimuksen tulkinnassa on¹⁴⁸. Tyrer-tapauksessa EIT esitteli tulkintakäytäntöön ihmisoikeussopimuksen tulkinnan elävänä asiakirjana, ja puolestaan Engel-ratkaisussa EIT systematisoi autonomisen tulkinnan (autonomous concepts) lähestymistavan sen oikeuskäytännön kokonaisuuteen¹⁴⁹. Airey-tapauksessa EIT otti käyttöön käytännöllisten ja tehokkaiden oikeuksien idean ihmisoikeussopimuksen soveltamisessa.¹⁵⁰ Golder-tapauksessa EIT irtautui niin tekstuaalisesta kuin intentionaalisestakin lähestymistavasta ihmisoikeussopimuksen tulkinnassa, mutta tapauksessa EIT – tai ainakin suurin osa tuomareista – katsoi myös, ettei luettelemattoman oikeuden sisällyttäminen tietyn artiklan sisältöön sinänsä merkitse uuden oikeuden lisäystä ihmisoikeussopimuksen soveltamisalaan. Pikemminkin ihmisoikeussopimuksen ilmentämän oikeuden, Golder-tapauksessa siis oikeuden oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, käsitteen ydinsisältöön lukeutuu pääsy tuomioistuimeen. Siten sellainen oikeus, jota ei nimenomaisesti ole sopimustekstissä mainittu, ei merkitse ihmisoikeussopimuksen soveltamisalan laajentamista uusilla oikeuksilla, vaan sopimuksen soveltamisalaan saattaa sisältyä sellaisia luettelemattomia oikeuksia, jotka tästä maininnan puutteesta huolimatta kuuluvat ihmisoikeussopimuksen sisältämien määräysten ydinsisältöön ja ovat ihmisoikeussopimukselle synnynnäisiä.

¹⁴² Letsas 2010, s. 512.

¹⁴³ Letsas 2010, s. 512. Ks. myös Stavropolous 2008 ja 2014.

¹⁴⁴ Golder v. the United Kingdom (21.2.1975).

¹⁴⁵ Tyrer v. the United Kingdom (25.4.1978).

¹⁴⁶ Engel and Others v. the Netherlands (8.6.1976).

¹⁴⁷ Airey v. Ireland (9.10.1979).

¹⁴⁸ Letsas 2010, s. 514–515 ja 2009, s. 61–65.

¹⁴⁹ Tähän palaan tarkemmin luvussa 3.3.

¹⁵⁰ Letsas 2010, s. 515.

EIT on irrottanut kokonaisvaltaisesti intentionalistisesta tulkintatavasta. Sen lisäksi, että EIT on tunnustanut sellaisten oikeuksien sisältyvän ihmisoikeussopimuksen soveltamisalaan, mitä ihmisoikeussopimuksen laatijat eivät ole yksiselitteisesti tarkoittaneet, on EIT tunnustanut myös sellaisia oikeuksia, jotka sopimuksen valmistelijat ovat nimenomaisesti tarkoittaneet jättää sopimuksen soveltamisalan ulkopuolelle.¹⁵¹ Letsas tuo esimerkkinä tällaisesta ratkaisusta esiin tapauksen *Young, James and Webster*¹⁵². Tapauksessa oli kyse ihmisoikeussopimuksen 11 artiklan yhdenmukaisuudesta niin sanotun closed shop -järjestelmän¹⁵³ kanssa. Ihmisoikeussopimuksen esitöistä käy ilmi, että sopimuksen laatijat tarkoittivat nimenomaan sulkea yhdistymis- ja kokoontumisvapauden negatiivisen ulottuvuuden, siis oikeuden olla kuulumatta yhdistykseen, ihmisoikeussopimuksen soveltamisalan ulkopuolelle ainakin siltä osin, kun tämä koskee closed shop -järjestelmiä.¹⁵⁴ EIT kuitenkin katsoi, ettei tämä ollut ratkaisevaa 11 artiklan loukkauksen paikantamisen näkökulmasta. Sen sijaan EIT painotti, etteivät ihmisoikeussopimuksen esityöt merkitse, että yhdistymisvapauden negatiivinen ulottuvuus jää kokonaan ihmisoikeussopimuksen 11 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle. EIT painotti myös, että ammattijärjestöjen automaattinen pakkojäsenyys merkitsisi ulottautumista 11 artiklan takaaman vapauden ytimeen.¹⁵⁵ Näin ollen EIT katsoi, että tapauksessa closed shop -järjestelmän edellyttämä ammattiyhdistyksen pakkojäsenyys merkitsi lainvastaista puuttumista valittajien yhdistymisvapauteen.¹⁵⁶

Letsas kokoaa edellä mainittujen tapausten valossa ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikan merkitsevän ensisijaisesti ihmisoikeuksien sisällön ja näiden oikeuksien sisältöä palvelevien demokraattiseen yhteiskuntaan liittyvien moraalisten arvojen selvittämistä tietyn tapauksen valossa. Letsasin mukaan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikassa ei näin ollen ole niinkään kyse käsitteiden merkitykseen liittyvistä kielitieteellisistä arvioinneista tai empiirisiin tutkimuksiin perustuvista käsityksistä ihmisoikeussopimuksen laatijoiden aikeista. Lisäksi Letsas huomauttaa EIT:n oikeuskäytännön valossa ja erityisesti *Golder*-tapaukseen perustuen, että EIT on hylännyt sellaisen oikeudellisen arvioinnin, joka liittyy sanojen merkityksen semanttiseen arviointiin, eikä näin ollen EIT ole antanut sanakirjakäsitteille ratkaisevaa painoarvoa. Letsas väittää tähän huomioon perustuen, että käsitteiden kielellisen arvioinnin hylkääminen on merkinnyt

¹⁵¹ Letsas 2010, s. 518.

¹⁵² *Young, James and Webster v. United Kingdom* (13.8.1981), ref. Letsas 2010 s. 518–520.

¹⁵³ Tällä viitataan järjestelmiin, jossa tietyt yritykset palkkaavat vain nimenomaisen ammattiyhdistyksen jäseniä.

¹⁵⁴ *Young, James and Webster v. United Kingdom* (13.8.1981), tuomion kohta 51, ref. Letsas 2010, s. 519.

¹⁵⁵ *Ibid*, tuomion kohta 52, ref. Letsas 2010, s. 519.

¹⁵⁶ *Ibid*, tuomion kohta 55, ref. Letsas 2010, s. 519. Letsas huomauttaa, että tapauksessa EIT oli varovainen tuomitessaan loukkauksen, eikä tarkoittanut ulottaa tuomiota koskemaan closed shop -järjestelmiä yleisesti. Sen sijaan EIT huomautti, että ammattiyhdistyksen pakkojäsenyys ei välttämättä ole kaikissa tilanteissa ihmisoikeussopimuksen vastainen.

samanaikaisesti Wienin yleissopimuksen määräysten merkitysten ainakin jonkin asteista tyhjentymistä.¹⁵⁷

Huomionarvoista toki on, että EIT:n tulkintakäytäntöön vahvasti kiinnittyvä *autonomous concepts* - tulkintatapa vaikuttaa irtautuvan Wienin yleissopimuksen 31.1 artiklassa säädetystä vaatimuksesta, jonka mukaan valtiosopimusta tulkittaessa sopimuksessa käytetyille käsitteille tulee antaa niiden *tavallinen merkitys*. Autonominen tulkinta kuitenkin eroaa tästä vaatimuksesta ratkaisevasti, merkitseehän se EIT:n oikeutta määrittellä käsitteet itsenäisesti ainakin jokseenkin irrallisina kansallisista käsitteenmäärittelyistä ja näihin liittyvistä soveltamisalakysymyksistä, jolloin merkityksellistä ei niinkään ole se, miten jäsenvaltiot tietyn käsitteen sisällön mieltävät, vaan ihmisoikeussopimuksen määräyksiä tulee tulkita autonomisesti erityisesti ihmisoikeussopimuksen sisäisessä viitekehyksessä.¹⁵⁸ Huomionarvoista kuitenkin myös on, että Wienin yleissopimukseen sisältyy sopimuksen tulkinnalle sen tarkoituksen ja päämäärän valossa alisteinen – tai pikemminkin toissijainen – täydentävien tulkintakeinojen valikoima. Tämän valossa sopimusta tulee tulkita muun muassa intentionaalisesti vain silloin, kun ensisijaiset tulkintakeinot jättävät merkityksen epäselväksi tai johtavat tulokseen, joka on selvästi mahdoton tai kohtuuton. Ensisijaisista tulkintakeinoista säädetään yleissopimuksen 31.1 artiklassa.

Intentionaalisen tulkinnan alistaminen toissijaiseen asemaan pitää nähdäkseni sisällään *per se* tietynlaisen arvotarkaisun muiden kuin sopimuksen laatijan tarkoitukseen tai muihin historiallisiin olosuhteisiin perustuvan tulkinnan puolesta. Näin lienee siitä huolimatta vaikka oletettaisiin, että Wienin yleissopimuksen vaatimus tulkita sopimuksen määräyksiä sen tarkoituksen ja päämäärän valossa jättäisi avoimeksi sen, kuinka sopimusta tulee *de facto* tulkita, eikä näin ollen kyseessä oleva vaatimus toimisi tulkintakeinojen näkökulmasta tiettyjä keinoja poissulkevana tekijänä, laatijan tarkoitukseen tai muihin historiallisiin olosuhteisiin palautuvan tulkinnan puolesta. Vaikka siis hyväksyttäisiin Letsasin oletus siitä, ettei valtiosopimuksella voida määrätä toisen oikeushierarkkisesti samanarvoisen sopimuksen tulkinnasta niin, että onnistuneesti vältettäisiin uuden oikeutuskysymyksen syntyminen¹⁵⁹, voi nähdäkseni Wienin yleissopimuksen 31 ja 32 artikloiden mukainen etusijajärjestys pitää sisällään Letsasin edellyttämän epäfaktuaalisen,

¹⁵⁷ Letsas 2010, s. 520.

¹⁵⁸ Tapauksessa *Chassagnau and Others v. France* (29.4.1999) EIT konstruoi ajatuksen-, omantunnon- ja uskonnonvapauden sekä sananvapauden viitekehyksessä käsitteiden autonomista tulkintaa seuraavasti: *Freedom of thought and opinion and freedom of expression, guaranteed by Articles 9 and 10 of the Convention respectively, would thus be of very limited scope if they were not accompanied by a guarantee of being able to share one's beliefs or ideas in community with others, particularly through associations of individuals having the same beliefs, ideas or interests. The term "association" therefore possesses an autonomous meaning; the classification in national law has only relative value and constitutes no more than a starting-point.* Tuomion kohta 100. Ks. myös Letsas 2004, s. 283.

¹⁵⁹ Letsas 2010, s. 534–535.

demokraattisten yhteiskuntien moraalisiin arvoihin perustuvan, oikeutusperusteen. Tällöin Wienin yleissopimuksen yleinen tulkintasääntö ei vaikutakaan yhtä vanhentuneelta tai epätarkoituksenmukaiselta ihmisoikeussopimuksen tulkintaetiikan näkökulmasta, vaan näin arvioituna Wienin yleissopimuksen yleinen tulkintasääntö auttaa justifioimaan myös sellaisia tulkinnallisia periaatteita, jotka ensiarvion perusteella vaikuttavat Wienin yleissopimuksen määräyksiin nähden ulkopuolisilta tai irrallisilta.

Kuten yllä on tuotu esiin, sopimuksen tarkoitusta ja päämäärää tulee aina arvioida valtiosopimuksen sisäisessä viitekehyksessä. Jotta ihmisoikeuksia ja niiden heijastelemia moraalisia arvoja voitaisiin tulkita niiden tarkoituksen ja päämäärän valossa, tulee käytetyille käsitteille antaa niiden tavallinen merkitys Euroopan ihmisoikeussopimuksen viitekehyksessä. Tämä tavallinen merkitys voi siis sopimuksen tarkoituksen ja päämäärän valossa erota kansallisista käsitteenmäärittelyistä, mutta sopimuksen tarkoituksen ja päämäärän toteuttamisesta voi myös esimerkiksi seurata välttämättömyys sellaisten tulkinnallisten menetelmien käyttöön, jotka pyrkivät sopimuksen sisältämien moraalisten arvojen paljastamiseen. Tällaiset tulkinnalliset menetelmät saattavat irrottautua esimerkiksi yleiseurooppalaisen konsensuksen aiheuttamista rajoitteista ihmisoikeuksien toteuttamiselle yksilöiden todellisten oikeuksien toteuttamisen ja turvaamisen eduksi. Tämä saattaa merkitä toisaalta myös konsensuservioinnin ulottamista sellaisiin kansainvälisoikeudellisiin kehityskulkuihin, jotka ulottuvat Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden ulkopuolisiin oikeustiloihin.

Tällöin näiden tulkinnallisten menetelmien käytön justifikaatio ei ole paikannettavissa Wienin yleissopimuksen yleiseen tulkintasääntöön sellaisena kansainvälisoikeudellisena tosiasiana, johon kyseisen sopimukseen sitoutuneet valtiot ovat tietoisesti liittyneet, vaan sopimuksen itsessäänkin heijastelemaan arvoihin. On kuitenkin olennaista huomioda, ettei tämä arvorkausu ole kaikkien valtiosopimusten viitekehyksessä yhtäläinen, vaan arvorkausu on sidoksissa jokaisen sopimuksen, jota Wienin yleissopimus sääntelee, sisäiseen kontekstiin. Vaikka Wienin yleissopimus itsessään pitää nähdäkseni sisällään ihmisoikeuksien moraalista sedimenttiä turvaavan arvorkausun, voi tämä yleisen tulkintasäännön ja täydentävien tulkintasääntöjen välinen hierarkia merkitä toisenlaista arvorkausua sellaisten valtiosopimusten kontekstissa, joiden keskiössä ovat muut kuin yksilöiden oikeuksiin ja vapauksiin välittömästi tai välillisesti liittyvät määräykset.

Ihmisoikeussopimuksen tulkintaetiikka rakentuu siis nähdäkseni Letsasin mukaan sellaisista EIT:n käyttämistä tulkinnallisista menetelmistä, jotka tähtäävät ihmisoikeuksien sisältämien moraalisten arvojen merkityksen selvittämiseen, näiden tunnustamiseen sekä turvaamiseen. Tällaisiin tarkoituksiin on liitettävissä myös pyrkimys paikantaa kansainvälisen oikeuden jakamia yhteisiä

arvoja. Kansainvälisen oikeuden jakamiin yhteisiin arvoihin liittyvät kysymykset voidaan jakaa ensinnäkin niihin tapauksiin, joissa EIT on hakenut johtoa sellaisista kansainvälisistä sopimuksista, jotka eivät ole voimassa kaikissa jäsenvaltioissa (sisältäen myös tapaukset, joissa vastaajavaltio ei kuulu kyseiseen sopimukseen). Toisen tapauskategorian muodostavat ne ratkaisut, joissa EIT on käyttänyt ns. Bosphorus-presumptiota¹⁶⁰. Bosphorus-presumption mukaan niin kauan, kun kansainvälisen organisaation voidaan katsoa suojelevan perustavanlaatuisia oikeuksia, ja tämän voidaan katsoa tarjoavan vähintään ihmisoikeussopimuksen suojaa vastaavan tason, EIT olettaa, että valtio on toiminut ihmisoikeussopimuksen mukaisesti silloin, kun valtiolla ei ollut harkintavaltaa sen suhteen, implementoiko valtio kansainvälisen organisaation jäsenyydestä johtuvia oikeudellisia määräyksiä. Presumptio voidaan kuitenkin torjua, jos voidaan osoittaa, että suojan taso on tietyssä tapauksessa ollut ilmiselvän puutteellinen.¹⁶¹ Jätän kuitenkin Bosphorus-doktriinin käsittelyn tässä asiayhteydessä hyvin vähälle huomiolle, sillä vaikkakin sillä on eittämättä merkitystä ihmisoikeussopimuksen tulkinnan etiikalle, on huomionarvoista, että Bosphorus-doktriini ja sen tulevaisuus nykyisessä kansainvälisoikeudellisessa tilanteessa vaikuttaa vähintäänkin epävarmalta.

Letsas tuo esiin, että muihin kansainvälisiin sopimuksiin viittaaminen ja näistä tulkinnallisen ohjauksen etsiminen kiinnittyy pyrkimyksiin todentaa olemassa oleva yhteinen perusta.¹⁶² EIT on Demir and Baykara-tapauksessa (12.11.2008) vahvistanut doktriinin, jonka mukaan EIS ei ole sopimuksessa taattujen oikeuksien ja vapauksien ainoa tulkinnallinen viitekehys, vaan ihmisoikeussopimuksessa käytettyjen käsitteiden määrittelyssä saa ja tulee ottaa huomioon myös muut kansainvälisen oikeuden elementit.¹⁶³ Yhteisen perustan olemassaolo ja etsintä saattaa merkitä samalla yleiseurooppalainen konsensuksen paikantamista, mutta toisaalta saattaa olla tästä irrallinen. EIT on oikeuskäytännössään vahvistanut, että sillä on kompetenssi arvioida, mitkä muut kansainväliset sopimukset ovat relevantteja kunkin tapauksen näkökulmasta ja minkälainen painoarvo näille kansainvälisille sopimuksille ja muille kansainvälisen oikeuden materiaaleille tulisi antaa.¹⁶⁴

Kansainvälisten sopimusten ja muun kansainvälisoikeudellisen informaation valossa EIT saattaa siis paikantaa yleiseurooppalaisen suojan tason tai tietyn yhteneväisen perustan, mikä saattaa sinänsä olla liitettävissä konsensusajatteluun. Kun EIT kuitenkin pyrkii paikantamaan tällaista

¹⁶⁰ Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland (30.6.2005).

¹⁶¹ Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland (30.6.2005), tuomion kohdat 155 ja 156. Ks. myös Lock 2010, s. 530–531.

¹⁶² Letsas 2010, s. 521–522.

¹⁶³ Demir and Baykara v. Turkey (12.11.2008), tuomion kohdat 67 ja 85. Ks. myös Letsas 2010, s.521–522.

¹⁶⁴ Ks. esim. Tănase v. Moldova (27.4.2010), tuomion kohta 176.

yhteneväistä perustaa sellaisten kansainvälisoikeudellisten sopimusten ja orgaanien valossa, johon vastaajavaltio tai Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden enemmistö ei ole sitoutunut, romuttuu ajatus, jonka mukaan valtiolle ei tule asettaa uusia velvoitteita, ellei olemassa ole nimenomaista konsensusta jäsenvaltioiden välillä¹⁶⁵. Siten vaikuttaa siltä, että kansainvälisten sopimusten tai järjestöjen olemassaoloon perustuva yhteneväinen perusta ei merkitse täysin samaa asiaa kuin yleiseurooppalainen konsensus, sillä näiden lähtöoletukset ovat perustavanlaatuisesti erilaiset. Tällaisen yhteneväisen perustan etsiminen näyttää olevan sopusoinnussa sen käsityksen kanssa, jota tässä luvussa on hahmotettu käsitteellä ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikka. Erillinen kysymys kuitenkin on, ovatko pyrkimyksestä moraalisten arvojen turvaamiseen irralliset tulkinnalliset ratkaisut osa ihmisoikeussopimuksen tulkinnan etiikkaa, vai ovatko nämä tulkintaetiikan näkökulmasta jollakin tapaa irrallisia ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön osatekijöitä, jotka eivät kuitenkaan ole osa ihmisoikeussopimuksen tulkinnan eettisyyden ydintä.

Jotta yllä mainittua kysymystä voitaisiin tarkoituksenmukaisesti eritellä, mielestäni perusteltua on arvioida sitä, mitä tällaiset ihmisoikeuksien moraalisuudesta irrottautuvat tulkinnalliset periaatteet ovat. Katson, että konsensustulkinta sellaisena, kun esimerkiksi Dzehtsiarou sen esittää, lukeutuu moraalisiin tausta-arvoista irrottautuviin periaatteisiin. Dzehtsiaroun mukaan kyse on ensisijaisesti Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden enemmistön yhteisymmärryksestä koskien tiettyjä arvoja ja moraalisia periaatteita.¹⁶⁶ Huomautan kuitenkin, etten katso kontekstuaalisen tulkinnan olevan tällainen ihmisoikeustuomioistuimen tulkinta-etiikan näkökulman kanssa huonosti yhteen sovitettava tulkintakeino ainakaan silloin, kun kontekstuaalisella tulkinnalla pyritään turvaamaan myös yksilöiden oikeuksiin palautuvia arvoja, ja kun kontekstuaalista tulkintaa toteutetaan ihmisoikeussopimuksen rajoitusperusteiden kautta eikä erillisenä rajoitustekijänä.

Sellaisia tulkinnallisia periaatteita, joiden tarkoitus ja päämäärä sitoutuvat muihin tekijöihin kuin ihmisoikeuksien moraaliseen ytimeen, ovat katsoakseni sellainen konsensuarviointi, joka sitoutuu vahvasti vain EIS:n sopimusosapuolten oikeustiloihin sekä muun muassa myös tähän kiinnittyvä oppi valtion harkintamarginaalista. En pyri kuitenkaan tässä asiayhteydessä tarjoamaan tyhjentävää listaa moraalisiin arvoihin kytkeytyvistä ja näihin kytkeytymättömistä tulkinnallisista periaatteista, sillä kuten ihmisoikeustuomioistuimen tulkintalogiikassa yleensäkin, eivät nämä periaatteet ole tausta-arvoiltaan kategorisia. Konsensustulkinnan avulla ihmisoikeustuomioistuin voi ansaita ratkaisevaa argumentatiivista tukea ihmisoikeuksia taustoittavien moraalisten arvojen

¹⁶⁵ Ks. myös Letsas 2010, s. 523.

¹⁶⁶ Dzehtsiarou 2009.

tunnistamiseksi ja suojelemiseksi esimerkiksi silloin, kun se päättyy ihmisoikeusloukkauksen paikantamiseen tulkittessaan ihmisoikeussopimusta elävänä asiakirjana¹⁶⁷.

Harkintamarginaalioppi puolestaan kiinnittyy pitkälti tapaan, miten ihmisoikeussopimuksen määräykset sopimuksessa rakentuvat. Brauch huomauttaa, että harkintamarginaalin laajuuden arviointi kytkeytyy laajalti ihmisoikeussopimuksen rajoitusperusteihin sisältyvään välttämättömyysharkintaan. Kysymys harkintamarginaalissa on Brauchin mukaan pääasiallisesti siitä, kuinka laajan harkintavallan EIT antaa kansallisille viranomaisille sen määrittelemiseksi, onko tiettyyn oikeuteen puuttuminen välttämätöntä tähän tiettyyn oikeuteen liittyvien rajoitustekijöiden valossa.¹⁶⁸ Siten harkintamarginaali ei per se ole ihmisoikeuksien moraalisen luennan vastainen, vaan sen voidaan katsoa vahvasti kiinnittyvän valtion suvereniteetin kunnioittamiseen¹⁶⁹. Siten harkintamarginaaliopilla voidaan hyvin turvata ihmisoikeuksien moraalista ydintä yhdessä muiden tulkintaperiaatteiden kanssa, mutta vahingollinen siitä ihmisoikeuksien moraalille tausta-arvoille tulee muun muassa silloin, kun sitä käytetään epäselvin käsittein ja kun nämä johtavat huonosti ennustettaviin lopputuloksiin¹⁷⁰.

Se, minkä katsotaan olevan ihmisoikeuksien tulkintaetiikan päämäärä, vaikuttaa nähdäkseni olennaisesti siihen, kuinka tulkintaetiikkaan soveltuvia tulkinnan keinoja hahmotetaan. Mikäli tulkintaetiikan päämäärän arvioidaan olevan ihmisoikeuksien moraalisen ytimen sisällön selvittäminen ja tämän turvaaminen, on selvää, että konsensusharkinta ja valtion harkintamarginaalioppi näyttävät tietyissä tilanteissa soveltuvat tähän tulkintaetiikan kokonaisuuteen huonosti. Huomionarvoista on, etteivät tulkintaetiikka ja ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö ole keskenään synonyymejä, vaan tulkintaetiikka kohdistuu ensisijaisesti ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössään esittelemien tulkinnallisten metodien kokonaisuuteen. Tulkintaetiikka ei kuitenkaan merkitse samaa kuin ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteet. Tulkintaperiaatteet käsitteellisessä mielessä eivät nimittäin sinänsä sisällä implisiittistä oletusta niiden sisältämistä tausta-arvoista, ja ovat näin nähdäkseni moraalisesti neutraaleja. Tulkintaetiikkaan sisältyy kuitenkin aina moraalinen lataus, jota olen Letsasin ajattelua seuraten kuvannut yllä. Katson kuitenkin, että tulkintaetiikkaan saattaa

¹⁶⁷ Ks. esim. Marckx v. Belgium (13.6.1979), tuomion kohta 41.

¹⁶⁸ Brauch 2005, s. 116.

¹⁶⁹ Muun muassa Spielmann on kuitenkin leimannut harkintamarginaaliopin ja sen kytköksen valtion suvereniteetin turvaamisen pitkälti väärinymmärrykseksi. Spielmannin mukaan harkintamarginaali pikemminkin sitouttaa valtioita harjoittamaan niille ensisijaisesti kuuluvaa tulkinnallista tehtävää EIS:n valossa, eikä harkintamarginaalioppi Spielmannin katsannossa niinkään merkitse valtion täysivaltaisuuden turvaamiseen perustuvaa tulkinnallista metodologiaa. Ks. tarkemmin Spielmann 2014.

¹⁷⁰ Ks. tarkemmin harkintamarginaaliopin uhasta oikeusvaltioperiaatteelle Brauch 2005, s. 125–147.

kiinnittyä tapauskohtaisesti myös muita suojelun arvoisia tekijöitä, jotka ovat sinänsä irrallisia ihmisoikeuksien moraaliseen ytimeen.

Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikkaa ja sen sisältöä arvioitaessa ensiarvoista on tässäkin asiayhteydessä pitää mielessä sen tarkoitus ja päämäärä. Näin ollen katson, että sellaisia tulkinnallisia periaatteita, jotka eivät sinänsä vaikuta tähtäävän ihmisoikeuksien moraaliseen luentaan, ei voida kategorisesti sulkea ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikan ulkopuolelle, sillä ihmisoikeuksien tulkintaetiikkaan saattaa tapauskohtaisesti lukeutua muitakin tavoitteita kuin ihmisoikeuksien moraalisen ytimen turvaamiseen kytkeytyviä päämääriä. Tällä en kuitenkaan siis viittaa sellaisiin päämääriin, jotka ovat ihmisoikeuksien moraalisuuden vastaisia, vaan viittaa ensisijaisesti tätä moraalisuutta täydentäviin tavoitteisiin. Nämä täydentävät tavoitteet kytkeytyvät puolestaan nähdäkseni ihmisoikeussopimuksen sisäiseen universalismiin, joka toteutuu hieman paradoksaalisesti tietäntyyppisen relativismin kautta.

3.2. Konsensus ja kontekstuaalisuus Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen harjoittaman oikeudellisen aktivismin ja itsekontrollin välineinä

Kun arvioidaan konsensuksen ja kontekstuaalisuuden asettautumista ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikkaan, tulee nähdäkseni samanaikaisesti arvioitavaksi, miten konsensus ja kontekstuaalisuus suhteutuvat ihmisoikeustuomioistuimen harjoittamaan oikeudellisen aktivismin ja toisaalta sen tulkintakäytäntöön sisältyviin itsekontrollia edustaviin elementteihin. Ihmisoikeustuomioistuimen harjoittamasta oikeudellisesta aktivismista Pauli Rautiainen antaa esimerkiksi tuomioistuimen mahdollisuuden selvittää sopimustekstin merkityssisältöä sopimusosapuolten oikeuksien aineellista sisältöä koskevista käsityksistä sekä näissä käsityksissä tapahtuvista muutoksista¹⁷¹. Käsittelen konsensus- ja kontekstuaalisuuden periaatteita tässä asiayhteydessä johdonmukaisuuden vuoksi osittain erikseen, vaikka katson, että konsensus- ja kontekstuaalisuuden periaatteet tavoittavat pitkälti samankaltaisia kysymyksiä, mitä tulee niiden rooliin EIT:n oikeudellisen aktivismin ja toisaalta itsekontrollin välineinä.

Letsas tuo esiin kaksi tapaa, joiden avulla ihmisoikeustuomioistuin on argumentaationsa nojannut konsensusperiaatteeseen: Ensimmäinen tavoite on ensisijaisesti luonteeltaan laskennallinen ja pitkälti ihmisoikeustuomioistuimen harjoittamaan oikeusvertailuun perustuva, jolloin konsensusarvioinnin keskiössä on ollut sen selvittäminen, kuinka merkittävässä osassa ihmisoikeussopimuksen osapuolina olevista valtioista on tapahtunut sellainen oikeustilaan

¹⁷¹ Rautiainen 2014, s. 129–130.

vaikuttava muutos tietyn oikeudellisen kysymyksen viitekehyksessä, että EIT on voinut katsoa yleiseurooppalaisen yhteisymmärryksen syntyneen. Toinen konsensuksen jäsentämistapa liittyy Letsasin mukaan puolestaan pitkälti evolutiiviseen laintulkintaan ja rakentuu pikemminkin tämän päälle sen sijaan, että se toimisi itsenäisenä oikeutusperusteena.¹⁷² Jälkimmäisen tavan arvioida konsensusta ihmisoikeustuomioistuin vakiinnutti Marckx-ratkaisussaan¹⁷³, jossa vaatimus konsensuksesta välittyi EIT:n oikeuskäytäntöön hyvin väljänä, eikä niinkään ihmisoikeussopimuksen sopimusosapuolten sisäisiin oikeustiloihin ja niiden muutokseen liittyvänä ankarana laskutoimituksena. Marckx-ratkaisussa ihmisoikeustuomioistuin ei selvittänyt, kuinka yhteiskuntien välinen yhteinen perusta voidaan paikantaa, vaan maininta yhteiskuntien välisestä yhteisestä perustasta toimi Letsasin mukaan ainoastaan aineellisoikeudelliseen päättelyyn liittyvänä lisäyksenä. Letsas tähdentää, ettei EIT todennut, että modernit yhteiskunnat eivät enää hyväksyneet jaottelua legitiimeihin ja epälegitiimeihin perheisiin tai että tämä syntynyt hyväksynnän puute olisi ollut se nimenomainen tekijä, jonka perusteella EIT katsoi ihmisoikeussopimuksen 8 ja 14 artiklaa rikutun. Sen sijaan EIT katsoi, että jaottelu legitiimeihin ja epälegitiimeihin perheisiin rikkoo ihmisoikeussopimuksen 8 ja 14 artiklaa sen perusteella, mitä ne tosiasiallisesti merkitsevät, ja sen lisäksi yllä mainitun jaottelun hyväksynnän puutteesta on tulossa modernien yhteiskuntien yhteistä perustaa.¹⁷⁴

Siten vaikuttaa siltä, että konsensusarvionti saattaa kiinnittyä pitkältikin ihmisoikeussopimuksen määräyksiä taustoittavien moraalisten periaatteiden selvittämiseen, jolloin konsensuksen etsiminen asemoituu merkittävästi toisin kysymykseen sen roolista ihmisoikeustuomioistuimen oikeudellisesta aktivismissa ja toisaalta sen merkityksessä EIT:n harjoittamalle oikeudelliselle itsekontrollille. Tämä merkitsee nähdäkseni ensisijaisesti sitä, ettei konsensusperiaatteen rooli EIT:n oikeudellisen aktivismin ja itsekontrollin näkökulmasta ole kategorinen, vaan konsensuksen roolin tunnistamisen edellytyksenä on sen selvittäminen, miten käsillä oleva konsensusarvio asemoituu ihmisoikeussopimuksen taustalla oleviin yhteisiin, universaaleihin arvoihin. Argumentoin alla muutamiin oikeustapauksiin nojautuen, että näillä yhteisillä arvoilla on ratkaiseva merkitys sille, minkälaisessa roolissa konsensusperiaate ihmisoikeustuomioistuimen tulkintalogiikassa toimii.

Marckx-tapaus on konsensustulkinnan näkökulmasta merkkipaalaratkaisun asemassa. Kuten edellä olen esittänyt, tapauksessa EIT nimenomaisesti arvioi aviottomien ja avioliitossa syntyneiden lasten ja heidän äitiensä asemaa sen perusteella, minkälainen arvo ihmisoikeussopimuksen 8 artiklalla ja sen taustoittamilla yhteisillä eurooppalaisilla arvoilla tosiasiallisesti on. EIT selvitti

¹⁷² Ks. esim. Letsas 2010, s. 529–531.

¹⁷³ Marckx v. Belgium (13.6.1979).

¹⁷⁴ Letsas 2009, s. 76–78, Letsas 2010, s. 529–531. Ks. myös Rautiainen 2014, s. 130–131.

ihmisoikeussopimuksen jäsenvaltioissa tapahtunutta oikeustilan muutosta viittaamalla kahteen kansainväliseen sopimukseen, joita ei kuitenkaan ollut ratifioitu läheskään kaikissa EIS:n jäsenvaltioissa. Lisäksi se viittasi siihen kehitykseen, jota Belgian omassa oikeustilassa oli tapahtunut.¹⁷⁵ Vaikka EIT selvittikin laajasti tapahtunutta kehitystä, ei konsensustulkinta tapauksessa toteutunut niinkään laskennallisena toimituksena, vaan EIT rajoittautui tulkitsemaan konsensusta yhdessä evolutiivisen laintulkinnan periaatteen kanssa, jolloin konsensus sai paitsi ynnäävän, myös tapahtunutta kehitystä painottavan roolin. Marckx-tapauksessa EIT lunasti itselleen oikeuden tulkita konsensusta sellaisena trendinä, jonka osatekijät eivät ole toisiinsa nähden samanarvoisia, vaan myös konsensuksen osatekijöille tulee antaa evolutiivisen laintulkinnan näkökulmasta niiden tarkoituksenmukainen painoarvo. Vaikka EIT käytti tässä tapauksessa konsensustulkintaa yhdessä evolutiivisen laintulkinnan kanssa valtion harkintamarginaalia rajoittaakseen, ei se katsonut tarkoituksenmukaiseksi selvittää tarkemmin valtaosassa jäsenvaltioita tapahtunutta kehitystä. Tapauksessa kansainvälisiin sopimuksiin viittaaminen viesti pikemminkin tapahtuneesta evoluutiosta kuin konsensuksesta.

Rautiainen huomauttaa, että konsensuksen puuttuminen paikannetaan usein viittaamalla vain yhteen oikeudelliseen lähteeseen, kuten jäsenvaltioiden lainsäädäntöön, kun taas niissä tapauksissa, joissa konsensusargumentaatiota käytetään jäsenvaltioille myönnettävän harkintamarginaalin kaventamiseksi, näyttäytyy konsensuksen arviointi kokonaisvaltaisempana, jolloin konsensuksen tunnistusprosessissa käytetään laaja-alaisesti erilaisia lähteitä.¹⁷⁶ Kun konsensustulkintaa käytetään yhdessä muiden tulkinnallisten periaatteiden kanssa, on kuitenkin nähdäkseni huomionarvoista tehdä ero näihin tulkintaperiaatteisiin liittyvien argumenttien välillä. Esimerkiksi sellaisiin kansainvälisiin sopimuksiin viittaaminen, joita merkityksellinen osa Euroopan neuvoston jäsenvaltioista ei ole ratifioinut, indikoi pikemminkin evoluutiosta eurooppalaisissa arvoissa kohti laajempaa – tai oikeampaa – ihmisoikeusstandardia kuin tiukasti yleiseurooppalaiseen yhteisymmärrykseen tai sen puutteeseen perustuvaa konsensusarviointia. Ero evolutiivisen laintulkinnan ja konsensusarvioinnin argumenteissa on tärkeä tehdä siksi, että evolutiivinen laintulkinta pitää sisällään itsessäänkin arvolatauksen, jonka päämääränä on oikeamman ihmisoikeussuojan tavoittelu, kun taas pelkkä konsensusarviointi on taustoittavilta arvoiltaan sinänsä neutraali ja saattaa sen paikantamispyrkimyksestä riippuen viestiä kehittyvästä suojan tasosta, mutta toisaalta myös muihin perusteisiin perustuvasta kehityksestä tietyissä oikeustiloissa.

¹⁷⁵ Marckx v. Belgium (13.6.1979), tuomion kohta 41.

¹⁷⁶ Rautiainen 2011, s. 1157.

Rautiainen hahmottaa konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden sisältöä pitkälti harkintamarginaaliopin kautta. Dzehtsiarou kuitenkin toteaa, että sen lisäksi, että konsensusperiaatetta on käytetty valtion harkintamarginaalin määrittäjänä, on konsensustulkinta liitetty esimerkiksi epäselvien käsitteiden määrittelyyn, jo yllä sivuttuun evolutiiviseen laintulkintaan ja valtion toimien suhteellisuuden arviointiin.¹⁷⁷ Nähdäkseni kumpikaan yllä mainituista periaatteista ei sisällöltään tyhjenny ainoastaan harkintamarginaaliopin välineelliseen toteuttamiseen. Kuitenkin harkintamarginaalin, ja samalla myös konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden ydin, on nähdäkseni huomio, että EIT suojelee ihmisoikeuksia ihmisoikeussopimuksen luomien rajojen kehityksessä. Ilmiselvää on, että ihmisoikeustuomioistuimien aktiivisesti arvioi näitä rajoja, ja näiden rajojen olemassaolo ja jatkuva uudelleen arviointi vaikuttaa siihen, mitä ihmisoikeussopimuksen suojaama oikeus de facto on, ja näin rajojen uudelleen arviointi vaikuttaa puolestaan myös siihen, miten konsensus- ja kontekstualismiperiaatteet ihmisoikeustuomioistuimen tulkintalogiikassa näyttäytyvät. Vastaavasti kuitenkin myös se, miten konsensus ja kontekstuaalisuus näyttäytyvät tässä tulkintalogiikassa vaikuttaa siihen, miten ihmisoikeussopimuksen rajat ymmärretään.

Oikeudellisesta aktivismista käyty keskustelu kiinnittyy pitkälti samanlaiseen argumentaatioon, mitä on käyty Suomessa tuomarivaltioistumisesta. Tämä on ymmärrettävää, sillä kyse on tosiasiasa pitkälti samasta keskustelusta. Myös tuomarivaltiokekskelussa on kyse lainsäätämistehtävän siirtymisestä tai siirtämisestä kansallisten tuomioistuimien kompetenssiin. Lisäksi oikeudellisen aktivismin kritiikki kiinnittyy tuomareille siirrettyyn tai tuomareiden itse aktiivisesti haltuun ottamaan lainsäädäntötehtävään¹⁷⁸. Siten keskustellessamme kansallisessa viitekehityksessä tuomarivaltiokehityksestä, yleisesti tuomioistuimen harjoittamasta oikeudellisesta aktivismista tai ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön legitimitetistä, keskustelemme tosiasiasa samasta asiasta. Oikeudellinen aktivismi ja tuomioistuimen itsekontrolli eivät kuitenkaan sinänsä ole toisiinsa nähden täysin vastakkaisia, eikä näin ollen voida sanoa, että näistä toinen näistä toteuttaisi jollakin kategorisella tapaa paremmin tuomioistuimelle asetettua tehtävää. Dragoljub Popovic huomauttaa, että tietty oikeudellinen luovuus on ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännölle luontaista, ja tämä johtuu ihmisoikeussopimuksen määräysten luonteesta, mitä EIT puolestaan tulkitsee¹⁷⁹. EIT:n rooli Euroopan neuvoston kokonaisuudessa puolestaan takaa EIT:n oikeuskäytännön luovuuden¹⁸⁰. Siten ihmisoikeustuomioistuimen harjoittamaa oikeudellista aktivismia ja itsekontrollia tulee arvioida yllä mainituista lähtökohdista käsin. Konsensusta ja

¹⁷⁷ Dzehtsiarou 2009

¹⁷⁸ Popovic 2009, s. 364.

¹⁷⁹ Popovic 2009, s. 363–364.

¹⁸⁰ Popovic 2009, s. 363.

kontekstuaalisuutta oikeudellisen aktivismin ja itsekontrollin välineinä tuleekin siis arvioida paitsi ihmisoikeussopimuksen määräysten luonteen, myös ihmisoikeustuomioistuimen roolin näkökulmasta koko Euroopan neuvoston viitekehyksessä.

Siten siis se, kuinka tulkitsemme ihmisoikeussopimuksen merkitystä tiettyjen yksilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaajana ja kuinka vastaamme kysymykseen, mikä ihmisoikeussopimuksen tarkoitus ja päämäärä on ja minkälaisen painoarvon tälle määritellylle tarkoitukselle ja päämäärälle annamme, vaikuttaa siihen, kuinka konsensus ja kontekstuaalisuus näyttäytyvät oikeudellisesta aktivismista ja itsekontrollista käydyssä keskustelun näkökulmasta. Kuten olen aiemmin tässä tutkielmassa tuonut esiin, jäsenen ihmisoikeussopimuksen tarkoitusta ja päämäärää yleiseurooppalaisena velvollisuutena suojella niitä oikeuksia ja vapauksia, joita yksilöillä tosiasiallisesti on niiden oikeuksien ja vapauksien suojelemisen sijaan, joita valtiot uskovat yksilöillä mahdollisesti olevan. Popovic tuo esiin, että modernit oikeusjärjestelmät heijastavat turvautumista niin oikeudelliseen aktivismiin kuin itsekontrolliin¹⁸¹. Siten Popovicin mukaan tuomarin tehtävä on mitata ja määrittellä oikeudellisen aktivismin ja itsekontrollin soveltamista juridisen tulkinnan käytännön todellisuuteen: Popovicin mukaan tuomarin tehtävänä on erityisesti määrittellä oikeudellinen aktivismi ja itsekontrolli niin, että tämä määrittely on johdonmukainen oikeuslaitoksen perinteisen roolin kanssa, mutta kuitenkin samanaikaisesti määrittellä kyseiset käsitteet tavalla, joka antaa oikeudelle sen tarkoituksenmukaisen sisällön ja toteuttaa oikeuden lainsäädännöllisiä tavoitteita.¹⁸²

Ihmisoikeustuomioistuimen kannalta yllä mainittuun liittyvä merkityksellinen kysymys on, miten ihmisoikeustuomioistuimen perinteinen rooli jäsentyy. Ihmisoikeustuomioistuimen traditionaalista roolia tuskin voi onnistuneesti jäsentää kansallisten lainkäyttäjien perinteisen roolin kautta – onhan tämä rooli paitsi oikeusjärjestyskohtainen – myös vahvasti sidottu ajatukseen kansallisesta lainsäätäjistä enemmistön edustajana. Nähdäkseni ihmisoikeustuomioistuimen perinteinen rooli ei aukea ihmisoikeussopimuksen esitöitä tutkimalla tai nojautumalla ainoastaan ihmisoikeussopimuksen esipuheeseen, vaan tätä roolia tulee selvittää ensisijaisesti EIT:n käyttämien tulkintaperiaatteiden avulla. Kuten olen luvussa 3.1. tuonut esiin, ihmisoikeustuomioistuin on hylännyt niin tekstuaalisen kuin intentionaalisenkin tavan tulkita ihmisoikeussopimuksen määräyksiä ja laajentanut ihmisoikeussopimuksen soveltamisalaa nimenomaisesti myös sellaisiin oikeuksiin, jotka ihmisoikeussopimuksen säätämishetkellä on ollut tarkoitus jättää sopimuksen

¹⁸¹ Popovic 2009, s. 365.

¹⁸² Popovic 2009, s. 366.

soveltamisalan ulkopuolelle. Vaikuttaakin siltä, että ihmisoikeustuomioistuimen perinteinen rooli sen oman oikeuskäytännön valossa ei tyhjenny oikeudelliseen itsekontrolliin.

Kuten myöskään konsensusperiaate, ei kontekstuaalinen tulkinta viitoita kategorisesti oikeudellisen itsekontrollin suuntaan, vaikka kontekstuaalinen tulkinta välittyikin ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöön pääsääntöisesti harkintamarginaalin kautta. Merkityksellistä on, että ihmisoikeussopimuksen määräysten suojan tason eriäväisyys ei niinkään johdu suoraan erityisistä kontekstuaalisista olosuhteista, vaan siitä, että nämä erityislaatuiset olosuhteet ovat niin painavia, että ne läpäisevät ihmisoikeuksien rajoitustestit. Rautiainen toteaa, että eurooppalaiseen ihmisoikeusstandardiin liittyvä moninaisuus on usein toteutunut valtion harkintamarginaaliopin ja tähän liittyvän subsidiariteettiperiaatteen keinoin¹⁸³. Tämän luvun ydinkysymys on, kuinka kansallinen ihmisoikeusstandardi voi poiketa eurooppalaisesta suojan tasosta ja mitä tämän poikkeaman – tai yhteisen eurooppalaisen perustan – paikantaminen ja arviointi ihmisoikeustuomioistuimen tulkintalogiikan sijoittautumisesta oikeudellisen aktivismin ja itsekontrollin kentälle merkitsee. Tällöin tulee ensin arvioitavaksi, miten ihmisoikeustuomioistuin ylipäätään valitsee lähestyä konsensus- ja kontekstualismiperiaatteita sekä näihin kiinteästi liittyviä ilmiöitä.

Katson, että eurooppalaiseen ihmisoikeusstandardiin liittyy erottamattomalla osalla tietyn asteinen pluralismi, joka ei sinänsä sulje eurooppalaista ihmisoikeuksiin liittyvää universalismia ulkopuolelleen. Jotta ihmisoikeuksien turvaamisella voitaisiin siis tavoitella sellaisia oikeuksia ja vapauksia, joita yksilöillä de facto on, tulee ihmisoikeustuomioistuimen osoittaa herkkyyttä erityislaatuisille olosuhteille, jotka kiinnittyvät itsessään hyväksyttäviin periaatteisiin, kuten siirtymävaiheessa olevien yhteiskuntien demokratian ja oikeusvaltioperiaatteen turvaamiseen. Kuitenkin pyrkimys harkintamarginaalin kirjaamisesta ihmisoikeussopimuksen johdanto-osaan viestii nähdäkseni hyvin erilaisesta pyrkimyksestä konsensus- ja kontekstualismiperiaatteiden toteuttamiseksi, sillä ihmisoikeusstandardiin sisältyvän pluralismin turvaaminen ei sinänsä edellytä harkintamarginaaliopin soveltamista, eikä se siten edellytä harkintamarginaaliopin formaalia kirjaamista osaksi ihmisoikeussopimuksen kirjoitettua oikeutta.

Shai Dothan esittää, että tuomioistuimen oikeudellisen aktivismin ja itsekontrollin aste on sidottu tuomioistuimen omaan maineeseen, jota se kehittää toisaalta oikeudellista aktivismia ja toisaalta itsekontrollia tasapainottaen. Dothan katsoo, että tuomioistuimella, jolla on hyvä maine, on suuremmat mahdollisuudet saavuttaa laaja-asteinen sitoutuminen tuomioiden noudattamiseen kuin

¹⁸³ Rautiainen 2014, s. 128–129.

tuomioistuimilla, joiden maine on heikompi.¹⁸⁴ Näin ollen ihmisoikeustuomioistuin turvautuu helpommin oikeudellista itsekontrollia heijastelemaan keinovalikoimaan silloin, kun tapauksessa vastaajan roolissa on valtio, jolla itsellään on korkea maine, sillä korkeamaineisen valtion valinta jättää noudattamatta ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisua aiheuttaisi suuremman kolhun EIT:n maineelle kuin sellaisen valtion vastaava valinta, minkä ihmisoikeusstandardi on vastaavasti matalampi. Dothan väittääkin, että EIT pyrkii antamaan sellaisia ratkaisuja, jotka ovat lopputulokseltaan mahdollisimman kalliita, mutta joita se voi olettaa valtioiden noudattavan.¹⁸⁵ Dothanin mukaan tällainen malli, jota hän itse nimittää teoriaksi, perustuu ihmisoikeustuomioistuimen tuomiokäytäntöön liittyvään kritiikkiin, jonka mukaan EIT antaa ankarampia tuomioita kehittyville valtioille kuin valtioille, joiden ihmisoikeusperinne on vahvempi.¹⁸⁶

Dothanin mukaan ihmisoikeustuomioistuimen antamien tuomioiden noudattamisen korkea aste on vaikuttanut merkittävästi EIT:n maineeseen, ja puolestaan maineen kasvaminen on luonut ihmisoikeustuomioistuimelle mahdollisuuden antaa kokonaisvaikutuksiltaan kalliimpia ratkaisuja. Dothan kuitenkin huomauttaa, että tämän ihmisoikeustuomioistuimen strategisen mallin ilmaannuttua valtiot ovat kehittäneet asiaan liittyviä omia ratkaisuja, joiden avulla valtiot ovat pyrkineet vähentämään ihmisoikeustuomioistuimen käyttämän strategian vaikutuksia omiin oikeustiloihinsa. Tällainen strateginen vastaus saattaa Dothanin mukaan olla esimerkiksi valtion itse indikoima uhka siitä, ettei valtio tule noudattamaan annettua tuomiota, mikäli se on valtion näkökulmasta kokonaiskustannuksiltaan kallis. Tuomion noudattamatta jättäminen vaikuttaa kuitenkin myös valtion maineeseen heikentävästi ja noudattamatta jättämisen kustannukset saattavat hetkellisesti olla korkeammat kuin tuomion noudattamiseen liittyvät materiaaliset kustannukset, mutta valtion EIT:lle osoittamalla viestillä, ettei se aio noudattaa kokonaiskustannuksiltaan kalliiksi tulevia tuomioita, on arvoa itsessään.¹⁸⁷

Dothan huomauttaa, että tällä viestillä on ihmisoikeustuomioistuimen kehittyvän oikeuskäytännön näkökulmasta merkitystä kuitenkin lähinnä vain tilanteissa, joissa valtion antama viesti itsessään on uskottava. Uskottavuuden edellytyksenä on Dothanin mukaan, että viestin lähettävä valtio on sellainen, jolla itsellään on korkea maine ja ihmisoikeusstandardi ja jonka tästä korkeasta maineesta johtuen odotetaan noudattavan EIT:n antamaa tuomiota. Kun korkean maineen valtio uhkaa jättää

¹⁸⁴ Ks. Dothan 2011, s. 115–126.

¹⁸⁵ Dothan 2011, s. 115. Ks. myös tarkemmin EIT:n antamien ratkaisujen käytännöllisistä, poliittisista ja yhteiskunnallisista vaikutuksista Ress 2004–2005, s. 375–377.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Dothan 2011, s. 117.

noudattamatta ihmisoikeustuomioistuimen antamaa ratkaisua, voi noudattamatta jättäminen aiheuttaa merkittävää haittaa EIT:n maineelle. Sellaisten valtioiden ollessa kyseessä, joiden maine on alhaisempi ja joihin kohdistettuihin tuomioihin liittyvää noudattamattomuutta voidaan odottaa, ei kuvattu tottelemattomuus vaikuta tällöin erityisen heikentävästi EIT:n omaan uskottavuuteen. Siten kuvatuunlaiset valtiot eivät voi käyttää yllä esitettyä strategista vastausta ihmisoikeustuomioistuimen harjoittamaa oikeudellista aktivismia vastaan. Tästä johtuen Dothanin mukaan ihmisoikeustuomioistuin voi antaa kokonaiskustannuksiltaan kalliita ratkaisuja erityisesti matalan maineen valtioille tai kokeilla uudentyyppisiä tulkinnallisia doktriineja näihin valtioihin liittyvissä ratkaisuissa.¹⁸⁸

Yllä mainituista syistä ja yllä kuvatulla tavalla ihmisoikeustuomioistuimella on Dothanin mukaan mahdollisuus ansaita oikeutusta esittelemilleen uudentyyppisille tulkinnallisille ratkaisuille ja doktriineille, ja näiden kautta ansaitun legitimitetin avulla käyttää tällaisia tulkintaratkaisuja myös korkean profiilin valtioita kohtaan.¹⁸⁹ Dothanin mukaan ihmisoikeustuomioistuimen antamien tuomioiden korkea noudattamisen aste sitoutuu pitkälti Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden tahtoon suojella mainettaan, ja näin välttää tuomion noudattamatta jättämisestä aiheutuva haitta valtion maineelle ihmisoikeuksien asiayhteydessä.¹⁹⁰ Valtion maine tässä asiayhteydessä toimii osoituksena siitä, minkälaisen arvon valtiot antavat kansainvälisen oikeuden noudattamiselle sekä jäsenyydelle eurooppalaisessa ja kansainvälisessä yhteisössä.¹⁹¹ Huomionarvoista on, että niiden valtioiden, jotka sitoutuvat vahvasti kansainvälisen oikeuden noudattamiseen sekä ihmisoikeussopimukseen, ihmisoikeustuomioistuimen antaman tuomion noudattamisesta seuraava lisämaine on vähäisempi kuin sellaisen valtion ansaitsema maineen lisäys, minkä profiili on matalampi. Kuitenkin korkeaprofiilisen jäsenvaltion mainetta heikentää enemmän tuomion noudattamatta jättäminen kuin sellaisen valtion mainetta, jonka ihmisoikeusstandardi itsessään on matalampi.¹⁹²

Dothan jäsentää ihmisoikeustuomioistuimen oikeudellista aktivismia ja itsekontrollia sekä valtioiden sitoutumista ihmisoikeussopimukseen pitkälti rationaalisen valinnan teorian kautta, jolloin oikeudellisen aktivismin ja itsekontrollin suhde määräytyy pitkälti näkökulmaltaan yhteiskuntatieteellisenä laskutoimituksena. Vaikka ihmisoikeustuomioistuimen toimintaan

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Dothan 2011, s. 119.

¹⁹¹ Dothan 2011, s. 121.

¹⁹² Dothan 2011, s. 122.

kiinnittyvästä mainearvioinnista voidaan esittää ainakin valikoitua näyttöä¹⁹³, ei ihmisoikeustuomioistuimen tulkintalogiikan arviointi ainoastaan EIT:n oman maineen ja ihmisoikeussopimuksen osapuolten maineen arvioinnin valossa nähdäkseni rakenna tyhjentävää kuvaa ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikasta. Oikeudellisen aktivismin ja itsekontrollin välillä tehtävät valinnat ihmisoikeustuomioistuimen ja Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden maineen näkökulmasta eivät ota huomioon keskustelua, jota EIT:n legitimitetistä on käyty kansainvälisoikeudellisena valvontaelimenä. Dothan ei myöskään ota arvioinnissaan huomioon eriasteisten oikeudenloukkausten kirjoa, eikä erittele oikeudenloukkausten vakavuusarviointia tai oikeudenloukkauksen vakavuuden merkitystä tuomion noudattamisen asteen näkökulmasta. Keskeistä kuitenkin on, että maine on sellainen faktatiedosta erillinen seikka, mikä ilmaisee normatiivisen ehdotuksen, jota empiiriset tosiasiat eivät voi falsifioida¹⁹⁴. Tämän valossa näyttää, että Dothanin esittämä mainearviointi vaikuttaa käyttökelpoiselta tavalta arvioida ihmisoikeustuomioistuimen tulkintalogiikkaa ihmisoikeussopimuksen tarkoituksen ja päämäärän määrittelijänä, vaikkakin Dothanin arvio perustuu laajalti oikeudenloukkausten samankaltaistamiseen ja vertaamiseen tilanteissa, joissa tapaukset eivät tosiasiasa ole esimerkiksi oikeudenloukkauksen perustavanlaatuisuuden vuoksi verrattavissa muihin annettuihin tuomioihin. Oikeudelliseen aktivismiin ja itsekontrolliin sekä näihin liittyvät rajanvedot Dothanin esittämän mainearvioinnin valossa eivät myöskään ota huomioon ihmisoikeussopimuksen suojeleminen oikeuksiin kiinteästi liittyvää moraalista elementtiä ja tästä EIT:lle aiheutuvaa velvollisuutta suojella näitä oikeuksia sellaisina, mitä sopimusmääräyksiä taustoittava moraalisuus edellyttää.

Jotta konsensusta ja kontekstuaalisuutta voidaan onnistuneesti arvioida oikeudellisen aktivismin ja itsekontrollin näkökulmasta, tulee siis ensimmäisenä ottaa kantaa siihen, kuinka konsensusta ja kontekstuaalista tulkintaa ylipäättään jäsennetään osana ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan etiikkaa. Kuten olen esittänyt, eurooppalaisiin oikeustiloihin perustuva konsensustulkinta on sinänsä moraaliselta taustaltaan neutraali, eikä indikoi mitään tietynlaista lopputulosta ihmisoikeuksien turvaamisen kannalta. Konsensus ei siis sinänsä merkitse, että yhteisestä eurooppalaisesta perustasta paikannettavan yhteisymmärryksen tulee olla jollakin tapaa parempi kuin aiemmin vallinnut oikeustila, vaan se merkitsee osana harkintamarginaalioppia vain, että tämä yhteisymmärrys on tietyn tapaukseen liittyvän, vallitsevan oikeustilan kannalta erilainen. Kun konsensustulkinta kuitenkin yhdistetään esimerkiksi osaksi evolutiivista laintulkintaa, jonka Letsas

¹⁹³ Kontekstuaalisen tulkinnan osalta vrt. esim. *Animal Defenders International v. the United Kingdom* (22.4.2013) ja *Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova* (13.12.2001).

¹⁹⁴ Ks. tarkemmin Letsas 2010, s. 534–535.

hahmottaa ihmisoikeussopimuksen moraalisenä luentana¹⁹⁵, sitoutuu myös konsensusperiaate ihmisoikeussopimuksen sisältämään yhteiseen moraaliseen perintöön, jolloin myös konsensuksella voidaan aktiivisesti kehittää ja tarkentaa ihmisoikeussopimuksen suojaaman oikeuden rajoja. Siten konsensusperiaate yksinään moraalisilta taustaoletuksiltaan neutraalina sinänsä indikoi oikeudelliseen itsekontrolliin turvautumista. Kuitenkin huomionarvoista on, että tulkinnallisia periaatteita käytetään yksinään vain harvoin. Nämä pikemminkin nivoutuvat kokonaisuudeksi, jolloin myös konsensus osana tulkintaperiaatteiden kokonaisuutta toimii oikeudellisen aktivismin välineenä.

Kontekstuaalisen tulkinnan perusongelma piilee pääasiallisesti siinä, että kontekstualismin keinoin kasvatetaan valtion harkintamarginaalia arvioitaessa sopimusmääräykseen liittyviä rajoitusperusteita. Kun tämä yhdistetään ihmisoikeussopimuksen laajaan ja heterogeeniseen jäsenvaltiopohjaan ja vakavien ihmisoikeusloukkauksien käsittelemiseen, on kontekstualismin vaara ihmisoikeussopimuksen määräysten alan merkityksellinen kapeneminen, johon EIT voi esimerkiksi oikeusvarmuuden vuoksi itsensä sitoa. Tästä saattaa puolestaan olla vaikea myöhemmin legitimitettä menettämättä irtautua. Tällä hetkellä herkkyys Euroopan neuvoston heterogeenisen jäsenvaltiopohjan erityislaatuisten olosuhteiden tunnistamiselle ja turvaamiselle toteutuu pitkälti harkintamarginaaliopin kautta, ja siten myös kontekstuaalinen tulkinta toteutuu pääasiallisesti harkintamarginaalin keinoin.

Pyrin tässä tutkielmassa osoittamaan, ettei kontekstuaalista tulkintaa kuitenkaan voida kategorisesti leimata sellaiseksi epätoivottavaksi kehityskulukuksi ihmisoikeustuomioistuimen kehittyvässä tulkintakäytännössä, mikä olisi toivottavaa kitkeä pois ihmisoikeustuomioistuimen keinovalikoimasta. Kontekstuaalinen tulkinta ei näyttäydykään yhtä epätoivottavana tekijänä ihmisoikeuksien moraaliseen luonteelle, kun kontekstuaalisen tulkinnan keinoin sallitaan herkkyys tietyille jäsenvaltion oikeustilan kannalta merkityksellisille poikkeuksille sellaisissa kysymyksissä, joihin ei välttämättä liity samanlaista painoarvoa muissa jäsenvaltioissa, ja kun tällä poikkeuksella pyritään tosiasiallisesti suojelemaan yksilöiden oikeuksiin palautuvia tekijöitä. Tällöin kontekstuaalisella tulkinnalla on pikemminkin oikeutta kehittävä kuin rajoittava luonne, eikä näin kontekstuaalisuus palaudu ihmisoikeustuomioistuimen tekemään rationaaliseen laskutoimitukseen. Tämä laskutoimitus nimittäin indikoisi, että ihmisoikeustuomioistuin ei ole halukas suojelemaan ihmisoikeussopimuksessa taattuja oikeuksia sellaisina kuin ne moraalista näkökulmasta näyttäytyvät, kun vaakakupissa on pelko EIT:n legitimitetin menettämisestä tai heikentymisestä korkean profiilin jäsenvaltion edessä.

¹⁹⁵ Ks. esim. Letsas 2010, s. 527–532.

3.3. Tulkintaperiaatteita taustoittavasta kokonaisuudesta

Steven Greer jakaa EIT:n tuomareiden tulkinnallisen tehtävän kahteen eri kokonaisuuteen, jotka määrittävät ihmisoikeussopimuksen tulkintaa. Greerin mukaan tuomareiden tulkinnallinen tehtävä on ensinnäkin käsitteellinen. Ihmisoikeussopimuksen tulkinta edellyttää ensinnäkin sen selvittämistä, mitä sopimuksessa esiintuodut oikeudet de facto tarkoittavat ja miten ne asemoituvat toisiinsa sekä yleiseen etuun nähden. Greerin mukaan toinen tulkinnallinen tehtävä on puolestaan valtiosääntöoikeudellinen: ihmisoikeussopimus itsessään – tosin implisiittisesti - osoittaa, että tulkintaprosessin tai sen lopputuloksen ei tarvitse olla sama monikansallisella tai kansallisilla tasoilla.¹⁹⁶

Tällaisessa tulkintaprosessissa harkintamarginaalilla voidaan vähintään intuitiivisesti ajatella olevan merkityksellinen rooli. Muiden tulkintaperiaatteiden hahmottaminen harkintamarginaalin kautta on kuitenkin aina tietoinen valinta, eikä harkintamarginaalin korottaminen ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan ytimeen ole mikään väistämätön tosiasia, vaan aktiivisen tulkinnan seuraus. Näin siis mitä ajattelemme harkintamarginaalin merkityksestä ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan käytännössä, vaikuttaa siihen, miten tulkintaperiaatteiden kokonaisuutta hahmotamme. Tulkintaperiaatteiden kokonaisuuden hahmottamisen näkökulmasta on puolestaan merkittävää huomioida, minkälaisista laajemmista periaatteista nämä kumpuavat. Tulkintaperiaatteet, kuten esimerkiksi juuri konsensus- ja kontekstualismiperiaatteet tai evolutiivisen laintulkinnan periaate, eivät esiinny ihmisoikeussopimuksen tekstissä, vaan esimerkiksi Greer katsoo niiden olevan peräisin Wienin yleissopimuksen valtiosopimuksen tulkintaa sääntelevistä artikloista 31, 32 ja 33, joissa esiintuodaan valtiosopimusten teleologisen tulkinnan periaate.¹⁹⁷ Kuten olen jo yllä tuonut esiin, tilanne harkintamarginaaliopin osalta on kuitenkin erilainen, onhan se tarkoitus kirjata osaksi ihmisoikeussopimuksen kirjoitettua oikeutta lisäämällä se ihmisoikeussopimuksen esipuheeseen.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käyttämät tulkintaperiaatteet ovat Greerin mukaan luonteeltaan valtiosääntöisiä, sillä ne juontuvat pääasiallisesti kahdesta luonteeltaan valtiosääntöisestä pääperiaatteesta, jotka ovat oikeus- ja demokratiaperiaatteet. Valtiosääntöisiä periaatteita EIT:n tulkintaperiaatteet ovat, koska ne osoittavat kaksi toisistaan eroavaa ja pohjimmiltaan valtiosääntöistä kysymystä. Ensimmäinen näistä kysymyksistä on luonteeltaan normatiivinen: Mitä tietty ihmisoikeussopimuksessa esiintuotu oikeus tarkoittaa? Tähän kysymykseen tulee sisällyttää myös arvioinnit siitä, mikä on tietyn oikeuden sisältö toisiin

¹⁹⁶ Greer 2010, s. 1.

¹⁹⁷ Greer 2010, s. 5.

(ihmisoikeussopimuksen) oikeuksiin ja yleiseen etuun nähden. Toinen kysymys on puolestaan pohjimmiltaan institutionaalinen. Institutionaalinen pääkysymys on, minkä instituutioiden tulisi olla vastuussa vastauksen antamisesta ensimmäiseen kysymykseen. Tällä tavoitellaan siis niin kysymyksiä koskien mielekästä päätöksenteon tasoa (kansallinen–ylikansallinen) kuin myös kysymyksiä koskien päätöksentekoinstituution luonnetta.¹⁹⁸

Oikeudelliseen periaatteeseen sitoutuva pääteesi on, että ihmisoikeussopimuksen esiintuomia oikeuksia tulisi demokraattisessa yhteiskunnassa suojella ensisijaisesti kansallisten tuomioistuinten sekä ihmisoikeustuomioistuimen lainsäädännön välikappaleina. Demokratiaperiaatteeseen sitoutuva pääteesi puolestaan on, että kansallisten, luonteeltaan muiden kuin oikeudellisten, instituutioiden tulisi pyrkiä toteuttamaan ja tavoittelemaan yleistä etua, mutta tämän pyrkimyksen yleiseen etuun tulisi tapahtumia lainsäädännön tarjoamassa viitekehyksessä. Kolmas valtiosääntöinen periaate Greerin mukaan on ihmisoikeussopimuksen oikeuksien ensisijaisuusperiaate, joka toimii oikeudellisen ja institutionaalisen periaatteen tasapainottajana edellyttäessään, että EIS:n oikeudet ottavat menettelyllisen etusijan yleiseen etuun nähden, kuten ihmisoikeussopimuksessa on säädetty. Neljäs valtiosääntöisyyteen sitoutunut periaate on legaliteettiperiaate, joka kuitenkin Greerin mukaan toteutuu lähinnä kolmen ensimmäisen periaatteen kautta.¹⁹⁹

Greer siis näkee oikeudellisen periaatteen, demokratiaperiaatteen, ensisijaisuusperiaatteen sekä legaliteettiperiaatteen olevan ensisijaisia tulkinnan keinoja tulkintaperiaatteisiin nähden. Siten tulkintaperiaatteiden tehtäväksi jää tarjota monimutkainen ja päällekkäinen tukiverkko, minkä avulla näiden kolmen tai neljän ensisijaisen periaatteen merkitystä voidaan tehostaa ja niiden toteutuminen varmistaa²⁰⁰. Greer katsoo, että harkintamarginaalioppi sitoutuu ainoana tulkintaperiaatteena demokratiaperiaatteeseen silloin, kun harkintamarginaalia tulkitaan ankarasti. Näin ollen puolestaan sellaiset periaatteet kuin evolutiivisen ja dynaamisen laintulkinnan periaatteet, Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkinta itsenäisenä asiakirjana sekä konsensusperiaate kumpuavat oikeuksien periaatteesta²⁰¹.

Tulkintaperiaatteiden kokonaisuuden hahmottamisen näkökulmasta on siten merkityksellistä ottaa huomioon, miten tulkintaperiaatteet sitoutuvat ja asemoituvat toisiinsa sekä yleisen edun tavoitteluun nähden. Greerin mukaan harkintamarginaalioppi eroaa taustaoletuksiltaan muista tulkintaperiaatteista, joten harkintamarginaaliopin nostaminen tulkintaperiaatteiden arvioinnin

¹⁹⁸ Greer 2010, s. 6.

¹⁹⁹ Greer 2010, s. 7–8.

²⁰⁰ Greer 2010, s. 8.

²⁰¹ Greer 2010, s. 8. Greer käyttää käsitettä *commonality* kuvatessaan tulkintaperiaatetta, jota tässä työssä kutsun konsensusperiaatteeksi.

mittapuiksi saattaisi tuntua luonnolliselta. Eri tulkintaperiaatteiden asemoimista toisiinsa tai yleiseen etuun nähden ei kuitenkaan voida tehdä ottamatta huomioon ihmisoikeussopimuksen tarkoitusta ja päämäärää. Greerin mukaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen tarkoitus ja päämäärä on suojella tiettyjä yksityisten oikeuksia ja perusvapauksia jäsenvaltioiden oikeudenloukkauksia vastaan demokratian ja oikeusvaltioperiaatteen viitekehysessä.²⁰²

Greerin jaotellessa pääperiaatteet ja tulkintaperiaatteet yllä esitetyn mukaisesti ottaa hän samanaikaisesti kantaa näiden väliseen prioriteettijärjestykseen. Intuitiivisesti voitaisiin katsoa, että koska yleensä ihmisoikeuksia ei rakenneta etusijajärjestyksen varaan, ei tällainen jaottelu olisi myöskään tulkintaperiaatteiden osalta mahdollinen. Greer kuitenkin näkee, että oikeuksien ja niiden rajoitusten ei tulisi toteutua pelkästään ad hoc -tyyppisellä tasapainottamisella tai suhteellisuusarvioinnin keinoin, vaan ensin tulisi taata tietty universaali vähimmäistaso, jota voidaan rajoittaa vaan tämän vähimmäistason reuna-alueilla.²⁰³ Siten Greer irtisanoutuu ihmisoikeussopimuksessa taattujen oikeuksien periaatteellisesta yhdenvertaisuudesta. Tätä ajatusta tukevat myös tiettyjen ihmisoikeussopimuksessa esiintuotujen oikeuksien ja niihin liittyvien rajoitusten sanamuodot²⁰⁴.

Tulkintaperiaatteiden yleisen jäsentämisen näkökulmasta on ratkaisevaa, kuinka ihmisoikeussopimuksessa taattuja oikeuksia toteutetaan suhteessa toisiinsa. Esimerkiksi harkintamarginaalioppi saa täysin erilaisia merkityksiä, mikäli sitä sovelletaan priority to rights -periaatteen näkökulmasta oikeuksien ad hoc -tyyppisen tasapainottamisen sijaan. Harkintamarginaaliin vaikuttaa myös, minkälaisen käsitteellisen ulottuvuuden oikeudet konkreettisessa tapauksessa saavat. Kuten olen tuonut esiin, tämän käsitteellisen ulottuvuuden arviointi on ihmisoikeustuomioistuimen yksinoikeutta. Käsitteellinen ulottuvuus konkreettisessa tapauksessa puolestaan osaltaan vaikuttaa siihen, miten työnjako EIT:n ja kansallisten tuomioistuinten välillä järjestyy. Mikäli siis ihmisoikeussopimuksessa esiintuotuja oikeuksia voidaan asettaa jonkinlaiseen etusijajärjestykseen, näin voitaneen tehdä myös tulkintaperiaatteiden osalta.

Jos siis oletetaan, että ihmisoikeussopimuksen oikeuksien välille voidaan rakentaa jonkin tyyppinen etusijajärjestys ja tämä etusijajärjestys pitää sisällään oletuksen siitä, että oikeudet ja yleinen etu eivät ole toisiinsa nähden yhdenvertaisia muuttujia, joita voidaan tasapainottaa niiden painoarvon

²⁰² Greer 2010, s. 7. Euroopan ihmisoikeussopimuksen tarkoitusta ja päämäärää olen käsitellyt tarkemmin luvussa 3.1.1.

²⁰³ Greer 2010, s. 9.

²⁰⁴ Esimerkiksi ihmisoikeussopimuksen 2 artiklassa säänneltyä oikeutta elämään voidaan 2.2 artiklan mukaan rajoittaa vain silloin, kun se seuraa voimankäytöstä, joka on *ehdottoman välttämätöntä* tietyissä, ihmisoikeussopimuksen erikseen määrittelemissä tilanteissa. Ks. myös Greer 2010, s. 9.

mukaisesti, jäsenyyttä harkintamarginaalioppi seuraavalla tavalla: Ihmisoikeussopimuksen ensisijaiset valtiosääntöiset periaatteet, oikeus-, demokratia-, ensisijaisuus- ja legaliteettiperiaatteet antavat olettaa, ettei ole olemassa mitään todellista harkintamarginaalia ei-juridisten instituutioiden osalta sikäli, kun kyseessä ovat ihmisoikeussopimuksen oikeuksien määritelmät ja niiden yhtymäkohdat. Kun kyseessä on ihmisoikeussopimuksessa esiintuodun oikeuden toteuttamisen ja yleisen edun välinen ristiriita, EIT:n tehtävänä ei ole pelkästään hyväksyä kansallisten ei-juridisten ja juridisten elinten ad hoc -tyyppistä tasapainotustehtävää. Sen sijaan EIT:n tulee varmistaa, että priority to rights -periaate on otettu riittävästi huomioon. Priority to rights -periaatteen riittävän huomioimisen varmistaminen edellyttää puolestaan myös tasapainottamista, mutta tämän ei Greerin mukaan tulisi toteutua ad hoc -tyyppisen tasapainottamisen keinoin, vaan kyseeseen tulisi ensisijaisesti tulla jäsenetty tasapainottaminen.²⁰⁵ Näin ollen harkintamarginaalioppia ja suhteellisuusarviointia ei tulisi käyttää apuna ristiriitojen ratkaisussa silloin, kun kyseessä on lähinnä käsitetason ristiriita.

Tulkintaperiaatteiden rooli Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön ja EIT:n harjoittaman harkinnan näkökulmasta rakentuu siis aina vähintään kolmen osatekijän varaan: tulkintaperiaatteiden asemasta toisiinsa ja yleiseen etuun verrattuna, mutta myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen sisäiseen logiikkaan nähden. Vaikka yksilöiden etu tulee joskus alistetuksi ryhmän etuun nähden, ei tämä ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa saa merkitä kategorista enemmistön intressien hallitsemista. EIT on sen sijaan toistanut useassa tapauksessa, että olennaista on saavuttaa sellainen tasapaino, joka varmistaa vähemmistöjen oikeasuhtaisen ja asianmukaisen kohtelun ja välttää hallitsevan aseman väärinkäytön²⁰⁶. On kuitenkin vaikea nähdä, että ihmisoikeussopimuksen rajoituslausekkeen sisältämien artiklojen 8–11 väliset ristiriidat olisi ratkaistavissa näiden sisäisellä prioriteettijärjestyksellä ja prioriteettijärjestykseen liittyvällä tulkintaperiaatteiden hierarkialla, vaan tällaisia viittauksia ihmisoikeuksien artiklojen 8–11 sisäisiin ja välisiin hierarkioihin voidaan tehdä vain hyvin yleisellä tasolla ja hyvin rajoitetusti²⁰⁷.

Kuitenkin huomionarvoista on, ettei Greer ehdota kategorista prioriteettijärjestyksestä ihmisoikeustuomioistuimen käyttämien toissijaisten tulkintaperiaatteiden välillä, joita siis esimerkiksi harkintamarginaalioppi sekä konsensus- ja kontekstualismiperiaatteet edustavat. Greer sen sijaan ehdottaa, että tarkoituksenmukaista olisi rajata harkintamarginaaliopin soveltaminen

²⁰⁵ Greer 2010, s. 10–11.

²⁰⁶ Ks. esim. Leyla Şahin v. Turkey (10.11.2005), tuomion kohta 108 ja Bayatyan v. Armenia (7.7.2011), tuomion kohta 126.

²⁰⁷ Vrt. esimerkiksi sananvapauden viitekehyksessä lehdistön yleiseen etuun kiinnittyvä rooli muihin sananvapauden toteutumismuotoihin nähden.

hyväksyttäviin rajoihin pääasiallisesti huomioimalla sen alisteisuus ihmisoikeussopimuksen ensisijaisiin valtiosääntöisiin periaatteisiin nähden. Lisäksi Greer ehdottaa, että merkityksellistä olisi ottaa huomioon harkintamarginaalin suhde muihin toissijaisiin periaatteisiin ja erityisesti suhteellisuuteen nähden. Näin ihmisoikeussopimuksen esiintuomat oikeudet toteutuisivat universaaleina, mutta myös kykenevinä tulla tulkituiksi ja sovelletuiksi toisistaan poikkeavin tavoin vaihtelevissa kansallisissa viitekehyksissä.²⁰⁸

Tulkintaperiaatteiden jäsentämisen näkökulmasta mielenkiintoista on myös, miten ne vaikuttavat toisaalta kansainväliseen ihmisoikeuskeskusteluun, ja toisaalta minkälaisen viestin tulkintaperiaatteiden soveltamisella ihmisoikeustuomioistuin pyrkii antamaan Euroopan neuvoston jäsenvaltioille. Ihmisoikeustuomioistuin ei ole rajoittautunut käyttämään argumentaationsa tukena vain sellaisia kansainvälisiä sopimuksia, jotka valtaosa Euroopan neuvoston jäsenvaltioista on ratifioinut, vaan ihmisoikeustuomioistuin on käyttänyt konsensusta tai oikeustiloissa tapahtunutta evoluutiota etsiessään myös sellaisia valtiosopimuksia, joihin vain vähemmistö ihmisoikeussopimukseen liittyneistä valtioista on sitoutunut. Ihmisoikeustuomioistuin on viitannut myös muiden kuin Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden oikeustiloissa tapahtuneeseen kehitykseen²⁰⁹. Siten faktualisoituu myös kysymys, asettaako ihmisoikeussopimus ja -tuomioistuin vain minimistandardeja, vai voidaanko tulkintaperiaatteiden käytöllä viestiä jäsenvaltioille ja toisaalta kansainväliselle ihmisoikeusyhteisölle myös toisenlaajuisesta standardista. Tähän keskusteluun liittyy myös sen doktrinaalinen puoli, joka ei välttämättä ulotu sellaisiin konkreettisiin kansainvälisoikeudellisiin asiakirjoihin kuten valtiosopimuksiin, vaan sen keskiössä on ihmisoikeustuomioistuimen tehtävä kansainvälisen ihmisoikeusdoktriinin kehittäjänä.

Christine Goodwin -tapauksessa (11.7.2002) EIT toi esiin, ettei 43 ihmisoikeussopimuksen jäsenvaltion, joiden oikeusjärjestelmät ja perinnöt vaihtelevat runsaasti, välisen yhteisymmärryksen puute ole yllättävää. EIT:n mukaan kuitenkin toissijaisuusperiaate huomioon ottaen on jäsenvaltioiden ensisijainen tehtävä päättää niistä toimista, jotka ovat välttämättömiä ihmisoikeussopimuksen määräysten turvaamiseksi, ja siten jäsenvaltiot nauttivat laajaa harkintamarginaalia mitä tulee sellaisiin käytännön ongelmiin, jotka liittyvät sukupuolenkorjaustoimenpiteen jälkeisen sukupuolen oikeudelliseen tunnustamiseen. EIT kuitenkin kiinnitti tapauksessa vähemmän huomiota yhteisen eurooppalaisen mittapuun puuttumiseen ratkaisuna tapaukseen liittyviin oikeudellisiin ja käytännöllisiin ongelmiin, ja painotti sen sijaan kiistämätöntä ja selkeää näyttöä edelleen jatkuvasta kansainvälisestä trendistä, joka ei ainoastaan

²⁰⁸ Greer 2010, s. 14.

²⁰⁹ Ks. esim. Christine Goodwin v. the United Kingdom (11.7.2002), tuomion kohdat 84 ja 85.

liity transseksuaalien yhteiskunnalliseen hyväksyntään, mutta myös uuden seksuaali-identiteetin oikeudelliseen tunnustamiseen.²¹⁰

Spielmann tuo esiin Mouvement Raélien Suisse -tapauksen (13.7.2012) tuomareiden Sajó, Lazarova Trajkovska ja Vučinić eriävässä mielipiteessä esiintuodun käsityksen harkintamarginaalista. Eriävän mielipiteen mukaan harkintamarginaaliopin doktriini on arvokas väline kansallisten viranomaisten ja ihmisoikeussopimuksen täytäntöönpanomekanismin välillä, eikä harkintamarginaalia ole siten ikinä tarkoitettu periaatteettoman kunnioituksen välineeksi.²¹¹ Spielmannin mukaan harkintamarginaalioppi-doktriinin luonne ja tarkoitus merkitsevät kansallisten viranomaisten ensisijaista tehtävää ihmisoikeusrajoituksen arvioinnissa, vaikka viimekätinen arvointivalta jääkin ihmisoikeustuomioistuimelle.²¹² Spielmann painottaa myös, ettei harkintamarginaalioppi-doktriini ei sovellu kaikkiin ihmisoikeuksiin, kuten ihmisoikeussopimuksen 3 artiklan soveltamiseen. Se ei myöskään Spielmannin mukaan merkitse jäsenvaltiolle myönnettyä rajoittamatonta kompetenssia arvioida rajoituksen edellytyksiä.²¹³

Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteita taustoittavan kokonaisuuden näkökulmasta huomionarvoista on jo aiemmin sivuttu harkintamarginaalin ja toissijaisuusperiaatteen kirjaaminen osaksi ihmisoikeussopimusta. Olennainen kysymys on, minkälainen viesti näiden kirjaamisella osaksi ihmisoikeussopimuksen kirjattua oikeutta halutaan antaa toisaalta kansallisille toimijoille ja toisaalta kansainväliselle yhteisölle. Spielmannin mukaan ihmisoikeussopimuksen sopimusosapuolten tarkoitus ei kuitenkaan ollut säätää ja siten kontrolloida harkintamarginaalia²¹⁴. Vain tulevaisuus kuitenkin näyttää, jäädyttääkö harkintamarginaaliopin ja subsidiariteettiperiaatteen kirjaaminen osaksi ihmisoikeussopimusta oikeuskäytäntöä paikalleen, kun harkintamarginaalille pyritään antamaan sellainen kiinteä merkitys, jota sillä ei luontaisesti ole.

Spielmannin mukaan harkintamarginaalin tarkoitus on sitouttaa kansalliset tuomioistuimet tulkitsemaan niiden eteen tuotuja tapauksia ihmisoikeussopimuksen heijastelemien periaatteiden valossa.²¹⁵ EIT:n tuomioita ei anneta eivätkä ne toteudu tyhjiössä, vaan myös EIT osallistuu aktiivisesti kansainvälisen ihmisoikeusdoktriinin kehittämiseen. Siten tulkintaperiaatteet eivät ole vain Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteita, vaan nämä vaikuttavat paitsi kansallisiin oikeuksiin ja oikeustiloihin, myös yleisempään kansainväliseen

²¹⁰ Ibid, tuomion kohta 85.

²¹¹ Spielmann 2014, s. 4.

²¹² Ibid.

²¹³ Spielmann 2014, s- 4–5.

²¹⁴ Spielmann 2014, s. 8.

²¹⁵ Spielmann 2014, s. 6–7.

ihmisoikeuskeskusteluun. Konsensusarviointi, joka irtautuu Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden sisäisistä oikeustiloista ja näissä vallitsevista mahdollisissa yhteisymmärryksissä tai erimielisyyksistä, ja suuntautuu kohti laajempaa kansainvälisoikeudellista trendiä, viestii ihmisoikeustuomioistuimen tahdosta osallistua laajemmin käytyyn kansainvälisoikeudelliseen keskusteluun, joka liittyy ihmisoikeuksien sisältöön ja laajuuteen.

Ihmisoikeussopimuksen määräykset sisältävät myös positiivisia toimintavelvoitteita, jotka ulottuvat niin absoluuttisiksi katsottuihin oikeuksiin kuin myös sellaisiin oikeuksiin, joita voidaan suhteellistaa. Siten ihmisoikeussopimuksen määräykset ulottuvat myös muihin kuin valtiollisiin toimijoihin, joskin ihmisoikeussopimukseen sisältyvien tiettyjen oikeuksien jus cogens -luonne merkitsee Euroopan neuvoston jäsenvaltioille osoitettua turvaamisvelvollisuutta. Kuten Spielmann on todennut, ei valtion harkintamarginaali kuitenkaan ulotu sellaisiin oikeuksiin, jotka ovat luonteeltaan ehdottomia. Saadi v. Italia -tapauksessa (28.2.2008) EIT katsoi, että ihmisoikeussopimuksen 3 artiklan ehdottomuudesta johtuen yksilön vaarallisuuteen perustuvaa turvallisuusuhkaa ei voida punnita sitä riskiä vastaan, jonka yksilö voi vastaanottavassa valtiossa kohdata²¹⁶. EIT:n mukaan yksilön vaarallisuuden ja tämän mahdollisesti kohtaaman vaaran käsitteitä voi arvioida vain toisistaan irrallisina, sillä näillä ei ole vaikutusta toisiinsa. Yksilön vaarallisuus ei määräydy sen mukaan, kohtaako hän vastaanottajavaltiossa epäinhimillisen kohtelun uhan, eikä yksilön mahdollinen vaarallisuus siten vaikuta tähän riskiin.²¹⁷ Sen lisäksi, että ihmisoikeustuomioistuin on katsonut, ettei harkintamarginaalioppi sovellu absoluuttisiksi miellettyihin oikeuksiin, eikä absoluuttiseksi miellettyjä oikeuksia voida tasapainottaa tai punnita muihin tai muiden oikeuksiin nähden, laajentaa tällaisten oikeuksien luonne valtion velvollisuutta turvata ehdottomien oikeuksien toteutuminen myös yksityisten välisissä suhteissa.

Opuz v. Turkki -tapaus (9.6.2009) liittyi ihmisoikeussopimuksen 2, 3 ja 14 artikloihin. Opuz-tapauksessa kyse oli valtion velvollisuudesta turvata ihmisoikeussopimuksessa turvatut oikeudet myös yksityisten välisissä suhteissa. Interights²¹⁸ toimi tapauksessa ihmisoikeussopimuksen 36 artiklan tarkoitettuna sivuväliintulijana. Tapauksessa EIT päätyi lopputulokseen, jonka mukaan Turkin viranomaiset tiesivät, tai näiden olisi ainakin tullut tietää tosiasiallisesta ja välittömästä uhasta, joka kohdistui valittajan ja hänen äitinsä henkeen. Siten EIT katsoi, että valtiolle syntyi positiivinen toimintavelvoite turvata valittajan ja hänen äitinsä oikeus elämään ja puuttua yksityisen henkilön aiheuttamaan riskiin, joka uhkasi tämän perustavanlaatuisen oikeuden toteutumista. EIT katsoi myös, että Turkin valtio oli syyllistynyt ihmisoikeussopimuksen 3 artiklan rikkomukseen,

²¹⁶ Tuomion kohta 139.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ The International Centre for the Legal Protection of Human Rights.

sillä kansalliset viranomaiset eivät ryhtyneet sellaisiin valittajaa suojeleviin toimenpiteisiin, jotka olisivat riittäneet turvaamaan valittajan henkilökohtaisen koskemattomuuden.

14 artiklan mahdollista loukkausta arvioidessaan EIT otti huomioon kansainvälisen käytännön, jonka perusteella valtion laiminlyönti naisten suojelemiseksi perheväkivallalta tämän laiminlyönnin mahdollisesta tahattomuudesta riippumatta merkitsee syrjinnän kiellon rikkomusta, ja siten tällainen laiminlyönti rikkoi naisten oikeutta yhdenvertaiseen oikeudelliseen turvaan. EIT:n argumentaatio 14 artiklan mahdollisen loukkauksen yhteydessä nojasi pitkälti kansalaisjärjestöiltä saatuihin tietoihin. Tapauksessa EIT ei keskittynyt niinkään Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden väliseen yhteisymmärrykseen syrjinnän kiellon merkityksestä, vaan osallistui laajemmin kansainväliseen ihmisoikeuskeskusteluun ja seurasi kansainvälisessä käytännössä vakiintuneita ratkaisuja, jotka liittyivät naisten oikeudelliseen turvaan kotiväkivaltilanteissa²¹⁹. Tähän käytäntöön perustuen EIT katsoi, että Turkin valtio oli laiminlyönnillään syyllistynyt ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan rikkomukseen.

Ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöllä ei siten ole merkitystä vain Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden viitekehyksessä, vaan EIT ottaa aktiivisesti kantaa kansainväliseen ihmisoikeuskeskusteluun myös laajemmassa mittakaavassa. Konsensusarviointi ei merkitse siten väistämättä ainoastaan yleiseurooppalaisen yhteisymmärryksen identifiointia, vaan konsensusarviointi saatetaan paikantaa myös Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden ulkopuolisiin oikeustiloihin erityisesti niissä tilanteissa, joissa ihmisoikeussopimuksen osapuolten oikeustilat tietyssä oikeuskysymyksessä eroavat runsaasti toisistaan. Tällöin konsensusarviointi kuitenkin lähenee evolutiivista laintulkintaa. Tulkintaperiaatteita taustoittavan kokonaisuuden näkökulmasta on siten merkityksellistä huomioida, ettei tulkintaperiaatteiden asema yleiseen etuun tai toisiinsa nähden ole kiinteä, vaan tällainen asemointi joustaa konkreettisissa tapauksissa, sillä tulkintaperiaatteiden kehittämisessä – ja kehittämisessä – on aina kontekstuaalinen virite.

²¹⁹ Ks. esim. tuomion kohdat 184–191.

4. Kontekstualismi ja konsensus oikeudellisina ilmiöinä

4.1. Ihmisoikeuksien rajoittamisesta

4.1.1. Yksilön oikeuksien ja vapauksien rajoitukseen liittyviä yleisiä näkökohtia

Käsittelen alaluvussa 4.3. kontekstuaaliseen tulkintaan ja sen rajoihin liittyviä peruselementtejä, joita EIT ei nähdäkseni ole oikeutettu ylittämään tulkinnassaan. Lisäksi käsittelen kyseisessä alaluvussa ihmisoikeuksien rajoitusperusteita kontekstuaalisuuden näkökulmasta ottaen esille sellaisia erityisiä perusteita ja näkökohtia, jotka liittyvät yksilön oikeuksien ja vapauksien sekä yleisen edun välisiin kollisioihin sellaisissa tilanteissa, joissa kyse on tietyn jäsenvaltion sisäisistä erityislaatuista olosuhteista, jotka voivat indikoida perusteltua irtautumista totutusta suojan tasosta. Sellaisten tulkintaperiaatteiden soveltamiseen, joita käytetään perusteltaessa ihmisoikeusrajoituksia, kiinnittyy kuitenkin ihmisoikeuksien rajoittamiseen yleisesti liittyviä testejä, jotka myös osaltaan rajoittavat tällaisten tulkinnallisten välineiden soveltamista konkreettisiin oikeustapauksiin. Käsittelen nyt näitä yleisiä perusteita aloittaen rajoituksen laillisuusvaatimuksesta siirtyen hyväksyttävän päämäärän vaatimukseen. Tämän jälkeen käsittelen rajoituksen välttämättömyysvaatimusta ja tähän liittyvää suhteellisuusarviointia. Vaikka ihmisoikeuksien rajoitusperusteet ovat aina sidoksissa ihmisoikeussopimuksen asiayhteydessä rajoitettavaan oikeuteen, pyrin käsittelemään ihmisoikeuksien rajoitusperusteita yleisesti soveltuvilta osin hahmottaen niiden kokonaisuutta.

Kuten olen yllä tuonut esiin, kontekstualismin merkitys voidaan ainakin periaatteellisella tasolla jäsentää kahdella toisistaan eroavalla tavalla. Ensimmäinen näistä on kontekstuaaliselle tulkinnalle annettu hieman perinteisempi merkitys sosio-kulttuurisille erityisolosuhteille osoitettavana herkkytenä ja näiden erityisolosuhteiden – esimerkiksi yleisen edun – suojaaminen silloin, kun kyseiset erityisolosuhteet ovat itsessään suojaamisen arvoisia. Tällöin yleisen edun toteuttamisen tulee tosiasiaassa kiinnittyä ihmisoikeussopimuksen taustalla vaikuttaviin yleisiin periaatteisiin. Yleisen edun tulee myös olla palautettavissa muihin konkreettisiin ihmisoikeussopimuksen osoittamiin yksilön oikeuksiin ja vapauksiin. Toinen kontekstuaaliseen tulkintaan liittyvä käsitys on erilaisen suojan tason salliminen jäsenvaltiolle silloin, kun kyseinen erilaisen suojan tason myöntämättä jättäminen voisi johtaa yhteiskunnan kannalta kestämättömään lopputulokseen. Erilaisen suojan tason salliminen voi mahdollistua myös jossakin erityisen painavissa erityisolosuhteissa, jotka eivät niinkään ole sosio-kulttuurisia, vaan viittaavat ensisijaisesti vakaviin yhteiskunnallisiin kriisitilanteisiin, joista seuraa, että jäsenvaltio joutuu irtautumaan totutusta suojan tasosta.

Jukka Viljanen painottaakin, että on olennaista tehdä ero ihmisoikeuksien rajoittamisen (*limitation*) ja sopimusvelvoitteista poikkeamisen (*derogation*) välillä²²⁰. Sopimusvelvoitteista poikkeamisesta määrätään ihmisoikeussopimuksen 15 artiklassa. 15 (1) artiklan mukaan sopimusvelvoitteista poikkeaminen on sallittua *sodan tai muun yleisen hätätilan aikana, joka uhkaa kansakunnan elämää*. Sopimusvelvoitteista poikkeamisen tulee tapahtua siinä laajuudessa, kun tilanne vaatii, eivätkä nämä toimet eivät saa olla ristiriidassa jäsenvaltion muiden kansainvälisen oikeuden mukaisten velvoitteiden kanssa. Ihmisoikeussopimus käsittää kuitenkin myös sellaisia oikeuksia, joista ei ole sallittua poiketa. Näitä ovat oikeus elämään, kidutuksen kieltäminen, orjuuden ja pakkotyön kieltäminen sekä ihmisoikeussopimuksen 7 artiklassa määrätty ei rangaistusta ilman lakia -vaatimus²²¹.

Siten ihmisoikeussopimuksen määräyksistä osittainen poikkeaminen on luonteeltaan hyvin erilaista kuin ihmisoikeussopimuksen määräysten rajoittaminen, mitä säännellään ihmisoikeussopimuksessa oikeuskohtaisesti ihmisoikeussopimuksen artikloissa 8–11. Sen lisäksi, että ihmisoikeussopimuksen määräyksissä määritellään erityisesti ne tilanteet, joita ihmisoikeussopimuksessa ei tarkoiteta ja näin ne jäävät tietyn määräyksen soveltamisalan ulkopuolelle²²², ihmisoikeussopimuksen määräyksiin on sisällytetty erityisiä rajoitusklausuuleja, jotka ilmaisevat artiklassa säännellyn yksilön oikeuden tai vapauden rajoittamisen perusteet. Viljanen tuo esiin, että Donna Gomienin, David John Harrisin ja Leo Zwaakin mukaan ihmisoikeuksien rajoituslausekkeet palvelevat kahta toisiinsa yhteydessä olevaa tehtävää: Ensinnäkin rajoituslausekkeet määrittelevät ne perusteet, joita jäsenvaltiot voivat soveltaa oikeutta rajoittaessaan, mutta lisäksi tällainen rajoitusperusteluuttelo auttaa yksilöitä suojaamaan itseään ja ihmisoikeussopimuksessa määrättyjä oikeuksiaan valtion mielivaltaisia puuttumisia vastaan.²²³ Näin ollen yleissopimuksen rajoituslausekkeet voidaan ymmärtää niin apuvälineenä jäsenvaltioille, minkä perusteella näillä on mahdollisuus pidättäytyä sellaisista toimenpiteistä, jotka eivät ole ihmisoikeussopimuksen määräysten mukaisia, ja toisaalta ne myös auttavat yksityisiä suojelemaan oikeuksiaan valtion sattumanvaraisia rajoitusyrityksiä kohtaan. Näin yksilöt myös kykenevät Viljasen mukaan vaatimaan sellaista lainsäädäntöä, joka kohtaa

²²⁰ Viljanen 2003, s. 25–26.

²²¹ Ks. myös Viljanen 2003, s. 25–26. Oikeuksista, joista ei ole sallittua poiketa, määrätään ihmisoikeussopimuksen 15 (2) artiklassa. Sopimusvelvoitteista poikkeamisesta ks. tarkemmin esim. Ovey ja White 2010, s. 112–120 ja van Dijk ja van Hoof 1998, s. 735–741.

²²² Esimerkiksi 4 (3) artiklassa määritellään, että orjuuden ja pakkotyön kiellolla ei tarkoiteta seuraavia tilanteita:

- a) tämän yleissopimuksen 5 artiklan määräysten mukaisesti määrätyn vapaudenriiston aikana tai ehdonalaisessa vapaudessa tavanomaisesti määrättyä työtä;
- b) aseellisen palveluksen luonteista palvelusta tai sellaista palvelusta, joka vaaditaan sen sijasta maissa, jotka hyväksyvät aseellisesta palveluksesta kieltäytymisen omantunnon syistä;
- c) sellaista palvelusta, jota vaaditaan silloin, kun vaara tai onnettomuus uhkaa yhteiskunnan olemassaoloa tai hyvinvointia;
- d) sellaista työtä tai palvelusta, joka kuuluu yleisiin kansalaisvelvollisuuksiin.

²²³ Gomien, Harris ja Zwaak 1996, s. 206, ref. Viljanen 2003, s. 26.

hyväksyttävät vaatimukset ja on yhdenmukainen ihmisoikeussopimuksessa määriteltyjen oikeuksien kanssa.²²⁴

Seuraan tässä alaluvussa Jukka Viljasen väitöskirjassaan²²⁵ esittämää ajatusta kolmivaiheisesta rajoitustestistä, jolloin ihmisoikeuksien yleisten rajoitusperusteiden käsittelyn ulkopuolelle jää kysymys, sisältyykö väitetty ihmisoikeusrikkomus yleissopimuksessa mainitun yksittäisen oikeuden soveltamisalaan ja rikkooko valituksenalainen toimenpide tosiasiallisesti kyseisen oikeuden sisältöä²²⁶. Vaikka kaikkien kolmen – tai neljän – rajoitusperusteen tulee täytyä, jotta ihmisoikeusrikkomus voidaan välttää, ei Viljasen mukaan EIT aina arvioi kaikkia kolmea vaatimusta, vaan rajoitusperusteiden arviointi päättyy usein oikeudenloukkauksen paikantamiseen. Viljanen kuitenkin huomauttaa, että tällaisessa puutteellisessa arvioinnissa on vaara, että se voi johtaa tilanteeseen, jossa EIT korjaa vain yhden ongelman. Tällöin samansisältöinen asia voi kuitenkin palautua ihmisoikeustuomioistuimen tutkittavaksi, jolloin EIT joutuu antamaan tästä erillisen tuomion, jolla oikaistaan ensimmäistä problematiikkaa seuraava ongelma, vaikka kaikkiin ihmisoikeusongelmiin olisi tosiasiallisesti voitu viitata ja ne oikaista ensimmäisessä annettussa tuomiossa, mikäli tuomioistuin olisi harjoittanut kokonaisvaltaista rajoitusperusteiden arviointia ensimmäistä kertaa asiaa käsitellessään. Tämä huomio on Viljasen mukaan yksi pääargumentti, joka puhuu sen puolesta, että olisi perusteltua käsitellä ihmisoikeuksien rajoitusten arviointia kokonaisvaltaisena prosessina sen sijaan, että rajoitusten arviointi erotettaisiin yksittäisiin askeliin.²²⁷

Rajoituslausekkeet on semanttisesti totuttu konstruoimaan toisistaan erillisinä. Tämä käy ilmi niin ihmisoikeussopimuksen määräyksistä, mutta myös oikeuskäytäntö on tottunut ainakin osittain seuraamaan yleissopimuksen osoittamaa linjaa. Tosiasiallisesti, irrallisina teoreettisesta viitekehystä, rajoitusperusteet kuitenkin ihmisoikeustuomioistuimen arvioinnissa nivoutuvat yhteen. EIT:n tulkinta onkin ensisijaiselta luonteeltaan tapauksen asiayhteyden kokonaisuudessa toteutuvaa arviointia kuin pelkkää mekaanista askeleittain tapahtuvaa rajoituslausekkeiden tulkintaa. Siten olemassa ei tosiasiallisesti ole kolmea erillistä ja toisistaan täysin itsenäistä rajoitusperusteiden testausvaihetta. Viljanen tuo esiin, että EIT ei päättelyssään arvioi rajoitusperusteita systemaattisesti, vaan kolme vaihetta toteutuvat ideaalilla tavalla lähinnä silloin, kun kysymys palautuu rajoituksen välttämättömyysarviointiin ja kaksi muuta ehtoa – siis laillisuusvaatimus ja tavoiteltavan päämäärän hyväksyttävyyden vaatimus – täyttyvät. Viljanen

²²⁴ Viljanen 2003, s. 26.

²²⁵ Viljanen 2003.

²²⁶ Cameron 2000, s. 33–36, ref. Viljanen 2003, s. 29–30.

²²⁷ Viljanen 2003, s. 29 ja 176–177.

kirjoittaa lisäksi, että kokonaisvaltaisen tulkinnan doktriini ei ole tyypillinen ainoastaan tietyille tapauksille, vaan se on yleisluonteisempi tapa, jonka kautta EIT tulkintaa soveltaa. Tämä puolestaan Viljasen mukaan hankaloittaa tiettyjen tulkintaan vaikuttaneiden osatekijöiden painoarvojen arviointia tulkintaprosessin näkökulmasta, ja koska yllä esitettyä kokonaisvaltaista tulkintadoktriinia ei ilmaista avoimesti EIT:n oikeuskäytännössä, läpinäkyvyyden puute johtaa toisen käden tulkintoihin. Tällöin jokin muu instanssi kuin EIT itse selittää ja arvioi sitä tulkintaa, mitä EIT tosiasiallisesti on itse toteuttanut.²²⁸

Vaikka siis tosiasiallisesti ihmisoikeustuomioistuin arvioikin rajoitusperusteita ensisijaisesti kokonaisuutena kuin kolme itsenäistä testiä sisältävänä prosessina, katson tarkoituksenmukaisesti tämän tutkielman tutkimuskysymyksestä johtuen käsitellä näitä testausvaiheita erikseen. Olen jo yllä todennut, etteivät oikeuksien rajoitusperusteet ole toisiinsa nähden identtisiä, mutta ne eivät myöskään ole luonteeltaan kollektiivisia²²⁹. Esimerkiksi käsitteitä julkinen ja yleinen etu on käytetty vain kahdesta oikeudesta, omaisuudensuojasta ja liikkumisvapaudesta, ja näiden rajoituksista määrätessä. Muiden oikeuksien kohdalla rajoitusperusteet ovat tarkkarajaisempia ja palvelevat legitimejä tarkoituksia.²³⁰ Tällä en siis tarkoita, etteivätkö omaisuudensuojan ja liikkumisvapauden rajoitusten tulisi olla perusteltuja ja näin tarkoituksellisia myös oikeutettuja, vaikka näiden rajoitukset onkin sidottu yleisen edun toteuttamiseen. Viittaan tällä ensisijaisesti siihen, että kun tiettyjen oikeuksien rajoitusperusteet on eksplikoitu yleissopimuksessa tarkkarajaisemmin kuin toisten, on tällä mahdollisuus jo sisäsyntyisestikin aikaansaada erilaajuisia ja -laatuisia suojan tasoja. Vaikka siis rajoitusperusteet eivät olekaan toisiinsa verrattuna identtisiä, katson tässä perustelluksi käsitellä kaikkia kolmea rajoitusperustetta. En sido alla esitettävää ihmisoikeussopimuksen yksittäisiin määräyksiin, vaan yritän pitää esityksen suhteellisen yleisluontoisena.

4.1.2. Laillisuusvaatimus

Laillisuusvaatimus kiinnittyy valtiosääntöoikeudellisessa katsannossa oikeusvaltioperiaatteeseen. Oikeusvaltioperiaatteen voidaankin jäsentää olevan sellainen formaali raja-aita, joka on kehitetty sen varmistamiseksi, että valituksenalaiset toimet ovat tosiasiallisesti läpikäyneet demokraattisen oikeuttamisprosessin, eivätkä näin rajoita yksilönvapautta enempää kuin on välttämätöntä. Oikeusvaltioperiaate voidaan ihmisoikeussopimuksen viitekehyksessä jäsentää myös sellaisena objektiivisena standardina, minkä avulla voidaan määrittellä yksilöiden oikeuksien ja vapauksien

²²⁸ Viljanen 2003, s. 174–178.

²²⁹ McHarg 1999, s. 684.

²³⁰ Ibid.

perusteltu ja oikeutettu liikkuma-ala.²³¹ Aileen McHarg toteaaakin, että laillisuusvaatimuksen täyttämiseksi ei ole riittävää, että ihmisoikeusrajoitus on oikeutettavissa jonkin kansallisen oikeussäännöksen perusteella. Sen lisäksi, että rajoituksen oikeutuksen tulee olla löydettävissä kansallisesta lainsäädännöstä, tulee sen olla yhteensopiva Euroopan neuvoston oikeuskulttuurin kanssa kokonaisuudessaan. Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden yhteiseen oikeusjärjestelmän perintöön viitataan jo ihmisoikeussopimuksen esipuheessa. McHarg lisää, että laillisuusvaatimus perustuu kuitenkin pikemminkin menettelylliseen kuin sisällölliseen vaatimukseen toimenpiteen laillisuudesta.²³²

McHargin mukaan on olemassa jonkinlaista näyttöä siitä, että laillisuusvaatimusta sovelletaan eri tavoin eri viitekehyksissä.²³³ Esimerkiksi tapauksessa *Sunday Times vs. Yhdistynyt Kuningaskunta*²³⁴ tuomioistuimien otti kantaa laillisuusvaatimuksen vaihtelevaan semantiikkaan ihmisoikeussopimuksen eri kieliversioiden välillä²³⁵. Tämän lisäksi *Sunday Times* -tapauksesta kohoaa Viljanen mukaan kolme laillisuusvaatimukseen kytkeytyvää pääasiallista periaatetta, jotka EIT on koonnut yhteen myös tapauksessa *Silver and others* vuodelta 1983.²³⁶ Ensimmäinen periaate, jonka Viljanen mainitsee kumpuavan tapauksesta *Sunday Times*, on vaatimus puuttumisen perustumisesta kansalliseen lainsäädäntöön²³⁷. Vaatimus siitä, että puuttumiselle on löydettävä peruste kansallisesta lainsäädännöstä, tulee kuitenkin ymmärtää laajasti. EIT on todennut muun muassa tapauksessa *Kruslin v. Ranska* vuodelta 1990, että se ymmärtää lain käsitteen sen sisällöllisessä, eikä niinkään formaalissa merkityksessä. Näin ollen lain käsitteelliseen sisältöön sisältyvät myös lakia alemmanasteiset säännökset, mutta myös kirjoittamattomat oikeuslähteet.²³⁸ EIT on joutunut ottamaan kantaa myös romaanis-germaanisen oikeuden ja common law -oikeusjärjestelmien välisen systematiikan eroihin laillisuusvaatimusta tarkastellessaan. EIT kuitenkin on todennut jo edellä mainitussakin *Kruslin*-tapauksessa, että ei ole tarkoituksenmukaista liioitella eri oikeusjärjestelmien eroja, sillä prejudikaattioikeudella on ollut merkittävä asema myös

²³¹ van Dijk ja van Hoof 1998, s. 606, ref. McHarg 1999, s. 685.

²³² McHarg 1999, s. 685.

²³³ Ibid.

²³⁴ *Sunday Times v. the United Kingdom* (No 1) 26.4.1979.

²³⁵ Tuomion kohdat 46–53.

²³⁶ Viljanen 2003, s. 186, *Silver and others v. the United Kingdom* (25.3.1983), tuomion kohdat 86–88 ja *Sunday Times v. United Kingdom* (No 1) 26.4.1979, tuomion kohta 49.

²³⁷ Viljanen 2003, s. 186 ja *Sunday Times v. the United Kingdom* 26.4.1979, tuomion kohta 47 sekä *Silver and others v. The United Kingdom* (25.3.1983), tuomion kohta 86.

²³⁸ *Kruslin v. France* (24.4.1990), tuomion kohta 29.

mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä jopa siinä määrin, että kokonaiset asetetun oikeuden alat seuraavat oikeuskäytännöstä.²³⁹

Toinen Sunday Times -tapauksesta seuraava yleinen laillisuusvaatimukseen kytkeytyvä periaate on vaatimus lainsäädännön saavutettavuudesta (*the accessibility principle*).²⁴⁰ EIT on määritellyt lainsäädännön saavutettavuusvaatimuksen Sunday Times -tapauksessa seuraavasti:

“...the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case.”²⁴¹

Näin ollen – jotta oikeuskysymyksen kannalta relevantit säännökset täyttäisivät saavutettavuusvaatimuksen – tulee yksilöiden tosiasiallisesti olla tietoisia relevantin lainsäädännön sisällöstä ja heillä tulee olla mahdollisuus tutustua tähän. Kuitenkin esimerkiksi Autronic-tapauksessa hyvin monimutkainen sääntelymenetelmä, joka koski kansainvälisten televisiolähetysten esittämistä, katsottiin olevan saavutettavuusvaatimuksen mukainen²⁴². Autronic-tapauksessa osa asian kannalta relevantista sääntelystä oli julkaistu kokonaan, mutta osa sääntelystä oli jätetty julkaisematta. Kuitenkin se sääntelyn osa, jota ei ollut julkaistu, oli mahdollista saada käyttöön, ja tästä käyttömahdollisuudesta oli järjestetty tarkoituksenmukaista ohjausta. Sveitsin hallituksen mukaan osan sääntelyn jättäminen julkaisematta oli tarkoituksenmukaista ja perusteltua jo sääntelyn laajuuteen liittyvistä syistä. Samanlainen käytäntö oli myös löydettävissä ainakin kymmenestä muusta Euroopan neuvoston jäsenvaltiosta.²⁴³

Kolmas Sunday Times -tapauksesta kumpuava, yleiseen laillisuusvaatimukseen kiinnittyvä periaate on ennakoitavuusperiaate.²⁴⁴ EIT totesi antamassaan Sunday Times -tuomiossa, että normia ei voida pitää lakina, ellei sitä ole muotoiltu riittävällä täsmällisyydellä niin, että kansalaisella on mahdollisuus tämän perusteella säännellä käytöstään. Tällöin yksilön tulee kyetä mahdollisen neuvonnan avulla ennustamaan tietyn toiminnan seuraamuksia sillä tarkkuudella, joka on kohtuullinen tapauksen olosuhteet huomioon ottaen. EIT kuitenkin lisäsi, että kyseisten seuraamusten ei tarvitse olla ennustettavissa absoluuttisella varmuudella. Vaikka siis varmuus toiminnan seurauksista on toivottavaa, voi se tuoda mukanaan epätoivottavaa ja liiallista jäykkyyttä,

²³⁹ Ibid. EIT viittasi tapauksiin Müller and others v. Switzerland (24.5.1988, tuomion kohta 29), Salabiaku v. France (7.10.1988, tuomion kohta 29) ja Markt Intern Verlag v. Germany (20.11.1989, tuomion kohta 30), jossa se oli ottanut huomioon mannereurooppalaisten oikeusjärjestelmien oikeuskäytännön laillisuutta arvioidessaan.

²⁴⁰ Ks. myös Viljanen 2003, s. 186.

²⁴¹ Sunday Times vs. the United Kingdom (No 1) 26.4.1979, tuomion kohta 49.

²⁴² Autronic Ag v. Switzerland (22.5.1990), tuomion kohdat 55 ja 59.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Sunday Times. v the United Kingdom (No 1) 26.4.1979, tuomion kohta 49. Ks. myös Viljanen 2003, s. 186.

kun lainsäädännön tulee pysyä muuttuvien olosuhteiden mukana ja ajankohtaisena.²⁴⁵ Kuten kuitenkin myös muita laillisuusvaatimukseen kytkeytyvä periaatteita, on ennakoitavuusperiaate saanut tapauksesta riippuen erilaisia merkityksiä.

McHarg tuo esiin kaksi tapausta, joissa ennakoitavuusperiaatetta ja siihen liittyvää täsmällisyysvaatimusta on sovellettu toisistaan poikkeavalla tavalla. Kruslin-tapauksessa EIT totesi, että telekuuntelun mahdollistavan lainsäädännön tulee olla erityisen täsmällistä, sillä telekuuntelu edustaa vakavaa puuttumista yksityis- ja perhe-elämään. Kuitenkin Leander-tapauksessa salaisen turvallisuus selvitysprosessin katsottiin olevan lain sallima. EIT totesi, että ennakoitavuuden vaatimus niiden turvallisuus selvitysten osalta, jotka koskevat työntekijöitä, jotka työskentelevät kansallista turvallisuutta koskevilla aloilla, ei voi olla sama kuin monen muun toimialan kohdalla. Näin ollen ennakoitavuusvaatimus ei voi merkitä, että yksilöllä tulisi olla mahdollisuus ennustaa tarkalleen, mitä selvityksiä häntä kohtaan suoritetaan. EIT kuitenkin totesi myös, että lainsäädännön tulee olla riittävässä määrin selkeä niin, että tiedossa ovat tarpeellisessa laajuudessa ne olosuhteet, joiden perusteella julkisella vallalla on oikeus turvautua kyseisen tyyppiseen salaiseen ja mahdollisesti vaaralliseen puuttumiseen yksityis- ja perhe-elämään. Tästä huolimatta EIT kuitenkin Leander-tapauksessa katsoi, että salaiset turvallisuus selvitykset ovat lain sallimia, vaikkei tapauksessa ollut tarkkaa tietoa niistä kriteereistä, joiden perusteella tietoa tallennettiin ja julkaistiin.

246

Neljäs laillisuusvaatimukseen liittyvä edellytys kiinnittyy oikeusvaltioperiaatteeseen ja suojaan vallan väärinkäyttöä kohtaan²⁴⁷. Olen suppeasti sivunnut oikeusvaltioperiaatetta jo yllä. Euroopan neuvoston historiallisen viitekehyksen perusteella on ymmärrettävää, että se on sitoutunut edistämään oikeusvaltioperiaatteen toteutumista koko Euroopassa. Onhan sitoutuminen oikeusvaltioperiaatteeseen Euroopan neuvoston jäsenyyden ehto, ja myös kaikilla Euroopan neuvoston instituutioilla on velvollisuus pysyttää kyseinen periaate voimassa ja ajankohtaisena.²⁴⁸ Nähdäkseni oikeusvaltioperiaate voidaankin jäsentää Euroopan neuvoston kontekstissa menettelyllisenä periaatteena, mutta myös sen sisällöllisessä merkityksessä. Sisällöllisellä merkityksellä viitataan kaikkiin niihin sitoumuksiin, joita oikeusvaltioperiaatteella historiallisessa ja kulttuurisessa viitekehyksessä on. Sisällöllisessä merkityksessä oikeusvaltioperiaate vaikuttaa juridisten oikeuksien ja poliittisten päämäärien risteyskohdassa. Koska kuitenkin nyt käsittelyni

²⁴⁵ *Sunday Times v. the United Kingdom* (No 1) 26.4.1979, tuomion kohta 49.

²⁴⁶ *McHarg* 1999, s. 685–686. *Kruslin v. France* (24.4.1990), tuomion kohta 33 ja *Leander v. Sweden* (26.3.1987), tuomion kohta 51.

²⁴⁷ *Viljanen* 2003, s. 186–187.

²⁴⁸ Ks. oikeusvaltioperiaatteen merkityksestä Euroopan neuvoston kontekstissa ja harkintamarginaaliopin näkökulmasta tarkemmin *Brauch* 2005, s. 121–150.

keskiössä ovat ihmisoikeuksien rajoittamiseen liittyvät perusteet in abstracto, jätän oikeusvaltioperiaatteen sisällöllisen merkityksen vähemmälle huomiolle. Pyrinkin nyt ensisijaisesti selvittämään, minkälainen merkitys kyseisellä periaatteella on menettelyllisestä näkökulmasta – siis mitä oikeusvaltioperiaatteen noudattaminen ja suojan tarjoaminen vallan väärinkäyttöä kohtaan edellyttää jäsenvaltioiden oikeudelta sekä ihmisoikeustuomioistuimen päättelyltä laillisuusvaatimuksen näkökulmasta.

Vaikka käsittelen oikeusvaltioperiaatetta ja suojaan vallan väärinkäyttöä kohtaan erillisenä laillisuusvaatimukseen sisältyvänä kokonaisuutena, sitoutuu se tosiasiallisesti kaikkiin yllä esitettyihin laillisuusvaatimukseen kytkeytyviin tekijöihin vaatimukseen puuttumisen perustumisesta kansalliseen lainsäädäntöön sekä saavutettavuus- ja ennakoitavuusvaatimuksiin. Muun muassa Klass-ratkaisussa vuodelta 1978 EIT on tuonut esiin, että yksi demokraattisen yhteiskunnan perustavanlaatuisista periaatteista on oikeusvaltioperiaate, joka on myös ihmisoikeussopimuksen esipuheessa vahvistettu²⁴⁹. EIT on samassa ratkaisussa todennut, että oikeusvaltioperiaate edellyttää muun muassa, että toimeenpanovaltaa harjoittavien instituutioiden puuttuminen yksilön oikeuksiin tulisi alistaa tehokkaalle valvonnalle, jonka tuomioistuinten tulisi ainakin viime kädessä turvata, sillä tuomioistuinvalvonta tarjoaa parhaan takuun itsenäisyydestä, riippumattomuudesta ja asianomaisesta menettelystä.²⁵⁰

Silver-tapauksen perusteluissa EIT viittasi yllä mainittuun Klass-tapaukseen oikeusvaltioperiaatetta käsitellessään. EIT totesi, että yksi ihmisoikeussopimuksen perustavana olevista periaatteista on oikeusvaltio(periaate), joka edellyttää, että puuttuminen yksilön oikeuksiin tulisi alistaa tehokkaalle valvonnalle. EIT toi lisäksi esiin, ettei se tulkitse ilmaisua ”in accordance with law” niin, että se merkitsisi vaatimusta suojakeinojen suojaamisesta siinä tekstissä, joka oikeuttaa rajoitusten asettamisen.²⁵¹ Viljanen tuo kuitenkin tutkimuksessaan esiin, että tätä väitettä arvioitiin 13 artiklan (oikeus tehokkaaseen oikeussuojakeinoon) valossa. Oikeudenloukkaus oli syntynyt, koska Silver-tapauksessa valittajalla ei ollut käytössään tehokasta oikeussuojakeinoa.²⁵² Malone-ratkaisussa EIT ilmentää samaa ratkaisulogiikkaa sitoen lainmukaisuusvaatimuksen lain laatuvaatimukseen (quality of law). Malone-tapauksen mukaan lainmukaisuusvaatimus ei viittaa vain kansalliseen

²⁴⁹ Klass and Others v. Germany (6.9.1978), tuomion kohta 55. Kohdassa 55 EIT viittasi tapaukseen Golder v. the United Kingdom 21.2.1975 (tuomion kohta 25) käsitellessään oikeusvaltioperiaatteen merkitystä demokraattisen yhteiskunnan perustavanlaatuisena periaatteena.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Silver and others v. the United Kingdom (25.3.1983), tuomion kohta 90.

²⁵² Viljanen 2003, s. 186–187 ja Silver and others v. the United Kingdom (25.3.1983), tuomion kohta 117.

lainsäädäntöön, vaan lainmukaisuusvaatimus edellyttää lainsäädännöltä tiettyä laatua, joka on sinänsä sidottu oikeusvaltion ideaan.²⁵³

Viljanen toteaa väitöstutkimuksessaan, että oikeusvaltioperiaate on ollut hyvin merkittävä laillisuusvaatimuksen osatekijä myös väitöstutkimuksen julkaisuhetkellä ajankohtaisessa oikeuskäytännössä²⁵⁴. Tämä trendi näyttää kuitenkin jatkuvan edelleenkin. Ihmisoikeustuomioistuin ei siis ole hylännyt suhteellisen abstraktiin oikeusvaltioperiaatteeseen viittaamista oikeuskäytännössään. Myös ratkaisulogiikka vaikuttaa edelleen hyvin samankaltaiselta. Esimerkiksi tapauksessa *del Río Prada*²⁵⁵ vuodelta 2013 ihmisoikeustuomioistuin jatkoi jo *Malone*-ratkaisusta vuodelta 1984 tuttua päättelyään viitaten *quality of law* -vaatimukseen. Inés del Río Prada oli tuomittu kahdeksassa eri rikosprosessissa yhteensä yli 3000 vuoden vankeusrangaistukseen terroristisessa tarkoituksessa tehdyistä rikoksista. Inés del Río Pradan vankeusrangaistus alkoi helmikuussa 1989, ja vuonna 2000 rangaistukset yhdistettiin niiden läheisestä oikeudellisesta ja kronologisesta yhteydestä johtuen yhdeksi 30 vuoden vankeusrangaistukseksi, joka oli Espanjan vuoden 1973 rikoslain mukainen vankeusrangaistuksen maksimipituus²⁵⁶. Vuoden 1973 rikoslain soveltamiseen päädyttiin, sillä tämä oli rikosten tekohetkellä voimassaoleva lainsäädäntö, ja vuoden 1973 rikoslaki oli tällöin voimassaolevaa, vuoden 1995 rikoslakia, lievempi, ja sen soveltaminen johti näin ollen vastaajalle edullisempaan lopputulokseen. Vuonna 2006 vankien etukäytännöt – erityisesti vankeusrangaistusten pituuksien lieventäminen – kuitenkin muuttuivat Espanjan korkeimman oikeuden 28.2.2006 annettua tuomion, jossa se esitteli niin sanotun *Parot*-doktriinin²⁵⁷. Doktriinin mukaan tuomion pituuden lieventämistä voitiin soveltaa ainoastaan jokaiseen tuomioon erikseen, eikä aiemmin sovellettuun 30 vuoden kumulatiiviseen maksimirangaistukseen. Huhtikuussa 2008 Inés del Río Pradan vapauttamista vankilassa tehdyn työn perusteella ehdotettiin, ja tämän ehdotuksen perusteella *del Río Pradan* oli tarkoitus vapautua heinäkuussa 2008. *Audiencia Nacional* pyysi kuitenkin rikosseuraamusviranomaisista arvioimaan uudelleen *del Río Pradan* vapautumisajankohtaa *Parot*-doktriinin valossa, minkä perusteella *Audiencia Nacional* määräsi *del Río Pradan* viimeiseksi vapautumisajankohdaksi kesäkuun 2017. Inés del Río Pradan valitukset kahteen käytettävissä olevaan kansalliseen oikeusasteeseen hylättiin.

²⁵³ Viljanen 2003, s. 186–187 ja *Malone v. the United Kingdom* (2.8.1984), tuomion kohta 67.

²⁵⁴ Viljanen 2003, s. 189.

²⁵⁵ *Del Río Prada v. Spain* (21.10.2013).

²⁵⁶ *Ibid*, tuomion kohta 14.

²⁵⁷ Henri Parot tuomittiin vuonna 1990 useiden tuhansien vuosien vankeusrangaistukseen muun muassa lukuisista murhista, joihin hän syyllistyi separatistisen ETA-järjestön jäsenenä. 28.2.2006 antamallaan tuomiolla Espanjan korkein oikeus päätti, että niihin rikoksiin, joihin on syyllistytty ennen nykyisen rikoslain voimaantuloa vuonna 1995, ei enää voida soveltaa kumulatiivisesti rakentuvaa 30 vuoden maksimivankeusrangaistusta. Näin ollen Henri Parotista tuli ensimmäinen henkilö, joka de facto tuomittiin elinkautiseen vankeusrangaistukseen.

Kantaja valitti tuomiosta ihmisoikeustuomioistuimeen, jossa pääasiallinen oikeuskysymys koski ihmisoikeussopimuksen 7 artiklan soveltamista. Del Río Pradan mukaan Espanjan korkeimman oikeuden oikeuskäytäntöä on sovellettu hänen tapaukseensa taannehtivasti. Lisäksi del Río Prada katsoi, että hänen vankeusrangaistuksensa oli ihmisoikeussopimuksen 5 artiklan vastainen. Del Río Pradan katsoi myös ihmisoikeussopimuksen 14 artiklaa rikutun, sillä hänen mielestään korkeimman oikeuden uutta oikeuskäytäntöä sovellettiin espanjalaisissa oikeusasteissa pääasiallisesti poliittisista syistä tarkoituksena viivästyttää terroristisessa tarkoituksessa tehdyistä rikoksista tuomittujen vankien vapautumista²⁵⁸. Ihmisoikeustuomioistuin toi päätelyssään esiin, että vaikka rangaistuksen toteuttaminen ei sinänsä ole osa tuomittua rangaistusta, tulee sen arvioida, voiko tietty toimenpide – tässä tapauksessa siis rangaistuksen täytäntöönpano ja toteuttaminen - tosiasiasa olla verrattavissa sisällöltään rangaistukseen ihmisoikeussopimuksen 7 artiklan tarkoittamassa merkityksessä²⁵⁹. Tämän selvittääkseen EIT arvioi tapauksen näkökulmasta olennaisen lainsäädännön saavutettavuutta ja ennustettavuutta. Vaikka vuoden 1973 rikoslaki olikin EIT:n mukaan jokseenkin moniselitteinen, eikä korkein oikeus selventänyt sen sisältöä kuin vasta vuonna 1994, EIT katsoi, että espanjalainen lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö yhdessä kuitenkin rakentuivat tarpeeksi täsmälliseksi niin, että del Río Pradalla oli mahdollisuus olla tietoinen tuomion pituudesta ja siitä, miten se toteutettaisiin²⁶⁰.

EIT kuitenkin toi esiin, ettei kantajalla ollut tosiasiallista mahdollisuutta ennustaa, että tapaan, jolla tuomion pituutta saatettiin lieventää, kohdistuisi oikeuskäytännön muutos, mikä puolestaan vaikuttaisi hänen vapautumisajankohtaansa. EIT katsoi, että niin sanotun Parot-doktriinin soveltamisen ei voida katsoa liittyvän pelkästään asetetun tuomion toimeenpanoon, vaan kyseisen doktriinin käyttöönotto tosiasiasa johti rangaistus-käsitteen uudelleenarviointiin. EIT toisti, että ainoastaan lainsäädännössä voidaan määritellä rikos ja siitä tuomittava rangaistus. Ihmisoikeussopimuksen 7 artikla kieltää rikoslain tulkittamisen laajentavasti rikoksesta syytetyn vahingoksi. Espanjan korkeimman oikeuden uusi tulkinta kuitenkin pidensi kantajan tuomiota taannehtivasti lähes yhdeksällä vuodella, eikä näin ollen edellä mainittu uusi tulkinta koskenut vain kantajalle asetetun tuomion toteuttamista, vaan tosiasiasa sillä oli ratkaiseva vaikutus rangaistus-käsitteen soveltamisalaan 7 artiklan tarkoittamassa merkityksessä. Koska Inés del Río Pradalla ei tosiasiasa ollut mahdollisuutta ennustaa korkeimman oikeuden irtautumista aiemmasta

²⁵⁸ Del Río Prada v. Spain (21.10.2013), tuomion kohdat 61–66.

²⁵⁹ Ibid, tuomion kohta 81.

²⁶⁰ Ibid, tuomion kohta 99.

tuomiokäytännöstään ja uuden tulkinnan soveltamista hänen tuomioonsa taannehtivasti, vahvisti ihmisoikeustuomioistuin 7 artiklaa rikotun.²⁶¹

Sen lisäksi, että ihmisoikeustuomioistuin arvioi del Río Prada -tapauksessa laillisuusvaatimusta sen ennakoitavuus- ja saavutettavuusperiaatteiden valossa, otti EIT esiin myös laillisuusvaatimukseen kiinteästi kytkeytyvän vaatimuksen sisällöllisen ja menetelmällisen oikeusvaltioperiaatteen noudattamisesta. Tällä ihmisoikeustuomioistuin viittaa jo aiemmin esiteltyyn ratkaisulogiikkaan, jonka mukaan laillisuusvaatimuksen noudattaminen viittaa ensisijaisesti kansalliseen oikeuden toimeenpanoon, mutta liittyy myös lainsäädännölle asetettuun tiettyyn laatuvaatimukseen, jonka tulee olla yhdenmukainen oikeusvaltioperiaatteen kanssa. EIT totesi del Río Prada -tapauksessa lisäksi, että oikeusvaltio on luontaisesti läsnä ihmisoikeussopimuksessa ja sen määräyksissä kokonaisvaltaisella tavalla. EIT toisti tapauksessa myös, että se viittaa quality of law -vaatimuksella kansallisesta lainsäädännöstä paikallistettavissa olevien yksilön oikeuteen tai vapauteen kohdistuvien rajoitusten minimistandardiin. Rajoituksen tulee olla riittävässä määrin saavutettavissa, täsmällinen ja ennakoitava, jotta sitä sovellettaessa voidaan välttää rajoituksiin liittyvä mielivaltaisuuden uhka.²⁶² Voidaankin siis katsoa, että oikeusvaltioperiaate on yksilön oikeuksien ja vapauksien rajoitusperusteiden ja erityisesti laillisuusvaatimuksen näkökulmasta kokonaisvaltainen ainakin kahdella eri tavalla. Sen lisäksi, että oikeusvaltioperiaate on ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön sekä ihmisoikeussopimuksen esipuheen perusteella kaikki ihmisoikeussopimuksen määräykset läpikäyvä ja niihin jo synnynnäisesti sisältyvä periaate, tavoittaa rule of law laillisuusvaatimuksen eri osatekijät, eikä se näin ollen rakennu näistä erillisenä. Nähdäkseni laillisuusvaatimuksen eri osatekijöitä ei siis voida arvioida ilman oikeusvaltioperiaatteen huomioon ottamista, mutta myöskään oikeusvaltion edellytyksiä ei voida eristää laillisuusvaatimuksen muista osatekijöistä irralliseksi.

4.1.3. Vaatimus hyväksyttävästä päämäärästä

Hyväksyttävän päämäärän vaatimuksen arviointi toteutuu ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä kahdella eri tavalla: Joko ihmisoikeustuomioistuin nojautuu ihmisoikeussopimuksen tietyssä määräyksessä eksplikoituun rajoitusperusteeseen, joka sisältää tyhjentävän luettelon hyväksyttävistä päämäärästä, tai vaihtoehtoisesti rajoituslausuulin puuttuessa se joutuu nojautumaan yleiseen rajoitusdoktriiniin, joka perustuu aiempaan oikeuskäytäntöön, mikäli kullekin tapaukselle relevantteja oikeustapauksia on olemassa. Viimeisessä tapauksessa

²⁶¹ Ibid, tuomion kohdat 109, 111, 117 118 ja 131.

²⁶² Ibid, tuomion kohta 125.

ihmisoikeustuomioistuinta ei luonnollisesti sido hyväksyttävien päämäärien luettelo, vaan se joutuu arvioimaan päämäärän hyväksyttävyyttä ilman sopimuksen määräysten apua.²⁶³ Viljanen tuo kuitenkin esiin, että erityisesti hyväksyttävän päämäärän vaatimuksen sekä välttämättömyysvaatimuksen kesken vallitsee looginen yhteys. Tätä oletusta tukee Viljasen mukaan tapa, jolla ihmisoikeussopimuksen määräysten rajoitusklausuuli rakentuu, onhan puuttumisen välttämättömyys demokraattisessa yhteiskunnassa sidottu tavoiteltuun hyväksyttävään päämäärään.²⁶⁴

Näin ollen hyväksyttävän päämäärän arviointi konkretisoituu itsenäisenä rajoitusperusteena ihmisoikeustuomioistuimen tulkintalogiikassa vain harvoin, ja usein se yhdistyykin juuri rajoituksen välttämättömyysvaatimukseen. Vaatimus rajoituksen perusteena vallitsevasta hyväksyttävästä päämäärästä voikin vaikuttaa välttämättömyysarviointiin ja erityisesti sen ankaruuteen²⁶⁵. Kuitenkin hyväksyttävän päämäärän vaatimuksesta EIT on päättänyt itsenäisesti usein niissä tilanteissa, joissa osapuolten välillä ei ole vallinnut oikeusprosessin aikana erimielisyyttä siitä, onko rajoituksella hyväksyttävää päämäärää tavoiteltu²⁶⁶. Kuitenkin usein tilanne on edellä kuvattua monimutkaisempi, ja EIT:n tuleekin ottaa kantaa valintaprosessiin silloin, kun osapuolet esittävät tuomioistuimelle useampia hyväksyttäviä päämääriä. Viljanen tuo kuitenkin esiin, että hyväksyttävien päämäärien valintaa koskevaa oikeuskäytäntöä on olemassa vain vähän, ja EIT on ollutkin varovainen puuttuessaan kansallisille viranomaisille kuuluvaan hyväksyttävän päämäärän valintaprosessiin. Ei kuitenkaan ole epätavallista, että EIT on kansallisen viranomaisen kanssa eri mieltä esitetyistä hyväksyttävistä päämääräistä, tai ainakin valitsee yhden päämäärän useiden esitettyjen hyväksyttävien päämäärien joukosta.²⁶⁷

Tuomioistuin on kuitenkin ollut vastahakoinen määrittelemään, että tietty päämäärä tai tarkoitus on ihmisoikeussopimuksen vastainen. Tuomioistuin ei myöskään ole ollut halukas välittömästi ilmoittamaan, että rajoituksella ei ole tavoiteltu lainkaan hyväksyttävää päämäärää. Tämä EIT:n korkea kynnyks hyväksyttävän päämäärän puuttumisen ilmoittamiseen liittyy Viljasen mukaan ideaan, jonka mukaan kansallinen viranomainen on toiminut petollisessa tarkoituksessa. Mikäli siis EIT päätyy lopputulokseen, ettei rajoituksen perusteena ole hyväksyttävää päämäärää, merkitsee se samanaikaisesti, että vastaajavaltio on syyllistynyt ihmisoikeussopimuksen tarkoitukselliseen rikkomiseen.²⁶⁸ Tätä huomiota tukee se, että ihmisoikeustuomioistuimella ei ole ollut tarvetta

²⁶³ Viljanen 2003, s. 222.

²⁶⁴ Viljanen 2003, s. 209.

²⁶⁵ Viljanen 2003, s. 215.

²⁶⁶ *Steel and others v. the United Kingdom* (23.9.1998), tuomion kohdat 95 – 97, ref. Viljanen 2003, s. 217.

²⁶⁷ Viljanen 2003, s. 217.

²⁶⁸ Viljanen 2003, s. 210.

jatkaa rajoituksen oikeutuksen arviointia sen jälkeen, kun se on todennut, että ihmisoikeusloukkaus on syntynyt muilla perusteilla²⁶⁹. Yleisenä kehityssuuntana on Viljasen mukaan ollut, että välttämättömyydestä on ollut keskeinen rajoitusperusteiden arvioinnissa. Hyväksyttävään päämäärään liittyvä problematiikka on käsitelty välttämättömyysvaatimuksen sisäisesti, sillä yksikään hyväksyttävä päämäärä ei ole saavuttanut itsenäisen vaatimuksen asemaa. Näin ollen välttämättömyydestä voidaan Viljasen mukaan kuvata kattavana rajoitusperustetestinä, joka omaksuu osia laillisuustestistä ja yhdistää ne tapauksen kokonaisvaltaiseen arviointiin. Viljanen lisää, että EIT voi kuitenkin rakentaa kattavan rajoitusperustetestin myös toisin laillisuusvaatimukseen liittyvän ennakoitavuusperiaatteen varaan ja yhdistää välttämättömyydestä osia tähän.²⁷⁰ Näin ollen näyttää siis siltä, että osin valtioiden toiminnan bona fide -oletuksesta johtuen ihmisoikeustuomio on ollut halukas selvittämään mahdolliset ihmisoikeusloukkaukset kokonaisvaltaisen rajoitusperustetestin perusteella, minkä se rakentaa tapauskohtaisesti.

Viljanen tuo esiin, että kokonaisvaltaisen rajoitusperustetestin kritiikki liittyy ensisijaisesti kysymykseen siitä, mikä on paras tapa kehittää rajoitusperusteiden testaamiseen kiinnittyvä doktriini. Lisäksi ihmisoikeustuomioistuimen yksi tehtävistä Viljasen mukaan on selvittää kansallisille toimijoille, minkälainen asianmukainen rajoitusperustetesti on, jolloin vakiintuneiden periaatteiden perusteella rajoitusperustetestistä voitaisiin soveltaa myös kansalliseen lainkäyttöön ihmisoikeussopimuksen mukaisesti. Viljanen katsoo, että nykyisellä lähestymistavalla on taipumus muokata rajoitustesti epätasemmiseksi ja sattumanvaraiseksi arvioinniksi, sillä nykyiseltä lähestymistavalta puuttuu läpinäkyvyyttä sen suhteen, kuinka tulkintaprosessi toimii. Siten EIT:n tulisi Viljasen mukaan esitellä päättelynsä kohdistuva kaava, jota voidaan käyttää yleisesti, ei siis pelkästään kussakin tapauksessa erikseen rakennettuna. Tämä olisi Viljasen mukaan olennaista erityisesti rajoitusperusteisiin liittyvän päättelyn näkökulmasta, sillä rajoitusperusteisiin liittyvä tulkinta on hyvin keskeinen kysymys, mitä tulee EIT:n tulkintadoktriiniin.²⁷¹

Kuten olen yllä tuonut esiin, hyväksyttävät päämäärät ovat luonteeltaan joustavia, eivätkä niinkään kategorisia. Ihmisoikeussopimuksen määräyksien rajoittamiseen liittyviä, tyhjentyäsi tarkoitetuista, luetteloita on ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännössä myös tulkittu vastoin yleisiä tulkintasääntöjä laajentavasti²⁷². Hyväksyttävien päämäärien vaatimuksen joustavuus

²⁶⁹ Viljanen 2003, s. 210 ja 222–223, *Malone v. the United Kingdom* (2.8.1984).

²⁷⁰ Viljanen 2003, s. 216.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Viljanen 2003, s. 212–214. Ks. myös Viljasen väitöstudiossa esittelemä jaoston ratkaisu 20.12.2001 *Gorzelik and others v. Poland* sekä suuren jaoston ratkaisu 17.2.2004.

ilmentyy myös Hatton-ratkaisuissa²⁷³. Hatton-tapauksessa kyse oli melun aiheuttamista haitoista, joita uusi yölentosuunnitelma paikallisille asukkaille aiheutti. Hatton-tapauksessa valittajat katsoivat, että unen häiriintyminen, sairastelu ja uupumus, jota valittajien mukaan Heathrow:n yölentöjen uusi suunnitelma sai aikaan, perusti ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan loukkauksen. Yhdistynyt kuningaskunta kuitenkin katsoi, että keskeinen kysymys ensisijaisesti oli, millainen tasapaino yölentöjen aiheuttamien meluhäiriöiden ja näistä kärsivien paikallisten asukkaiden yksityiselämän suojaan liittyvien intressien sekä Yhdistyneen kuningaskunnan taloudellisen hyvinvoinnin välillä on oikeudenmukainen ja tarkoituksenmukainen. Jaoston ratkaisussa EIT katsoi, että pelkkä viittaus valtion taloudelliseen hyvinvointiin ei merkitse, että se olisi muiden oikeuksia tärkeämpi. Jaosto lisäsi, että valtioilla on velvollisuus niin pitkälle kuin mahdollista minimoida näihin oikeuksiin puuttuminen etsimällä vähiten ihmisoikeuksia rajoittavia ratkaisuja.²⁷⁴ Tämän jälkeen jaosto toi esiin, ettei Iso-Britannia ole esittänyt yksityiskohtaista arviota siitä, kuinka yölennot vaikuttavat sen taloudelliseen tilanteeseen tai kantajien unenlaatuun. Näillä perusteilla jaosto katsoi, että ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan loukkaus oli syntynyt.²⁷⁵

Yhdistyneen Kuningaskunnan vaatimuksesta tapaus siirrettiin kuitenkin suuren jaoston käsittelyyn. Suuri jaosto katsoi, ettei Yhdistynyt kuningaskunta ollut rikkonut ihmisoikeussopimuksen 8 artiklaa ottaessaan käyttöön uuden yölentosuunnitelman. Suuri jaosto arvioi tapausta valtion harkintamarginaalin valossa ja toi esiin, että pääasiallisesti ympäristökysymysten ollessa kyseessä valtiolle asetettava harkintamarginaali on laaja, mutta se supistuu, kun valtion toimintamallit puuttuvat yksilön elämän erityisen yksityisiin osatekijöihin²⁷⁶. EIT totesi päättelyssään, että se on tapauksessa kohdannut vastakkaisia näkökulmia, mitä tulee harkintamarginaalin soveltamiseen. Toisaalta valtiolle tulisi myöntää laaja harkintamarginaali, sillä kyse on yleistä politiikkaa (general policy) koskevasta asiasta. Kuitenkin toisaalta kantajien väite, mikä koskee heidän mahdollisuuttaan ja oikeuttaan uneen, antaa olettaa, että harkintamarginaali on kapea, sillä kyseessä oleva oikeus on luonteeltaan erityisen intiimi. EIT kuitenkin jatkoi, että edellä esitettyjen näkökulmien ristiriita voidaan ratkaista vain viittaamalla kyseisen tapauksen kontekstiin.²⁷⁷ Letsas kuitenkin tuo esiin, kuinka myös suuren jaoston puhe oli vahvasti intressipainottunutta: EIT vertaili niin lentoyhtiöiden sekä valtion taloudellisia intressejä, matkustajien intressejä ja valittajien intressejä, joiden mukaista oli välttää yöaikaisia meluhaittoja. EIT pyrki antamaan näille intresseille niiden suhteellisen

²⁷³ Jaoston tuomio *Hatton and others v. the United Kingdom* 2.10.2001 ja suuren jaoston tuomio *Hatton and others v. the United Kingdom* 8.7.2003.

²⁷⁴ *Hatton and others v. the United Kingdom* (2.10.2001), tuomion kohta 97.

²⁷⁵ Ks. Hatton-tapauksesta myös Letsas 2009, s. 126–130.

²⁷⁶ *Hatton and others v. the United Kingdom* (8.7.2003), tuomion kohdat 101 ja 102.

²⁷⁷ *Ibid*, tuomion kohta 103.

painoarvon, ja tämän perusteella päättyi lopputulokseen, jonka mukaan kansalliset viranomaiset eivät olleet ylittäneet heille asetettua harkintamarginaalia. Näin kansalliset viranomaiset olivat EIT:n mukaan muodostaneet tarkoituksenmukaisen tasapainon yksilön oikeuksien ja muiden näihin nähden vastakkaisten intressien välillä.²⁷⁸

Letsas kuitenkin katsoo, että huolimatta siitä, ettei suuri jaosto viimekädessä löytänyt ihmisoikeusloukkausta, voidaan Hatton-ratkaisujen perusteella EIT:ta kohtaan esittää ainakin kahdentyyppistä kritiikkiä. Ensinnäkin niin jaosto kuin suuri jaostokin hyväksyivät, että oikeus uneen on osa ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan suojaamaa yksityiselämää, mikä puolestaan haastaa muiden yksilöiden intressit, joita heillä saattaa olla matkustamisen ja terveen talouden suhteen. Nämä sinänsä puolestaan sisältyvät hyväksyttävän päämäärän soveltamisalaan. Toiseksi, valittajien intresseille, jotka koskivat hyvää unenlaatua, annettiin suhteellisesti enemmän painoarvoa kuin matkustuksen ja talouden intresseille, mutta tästä huolimatta unenlaatuun liittyvät intressit väistyivät tuomion perusteella yleisen hyvän tieltä.²⁷⁹ EIT siis hyväksyi unen osaksi ihmisoikeussopimuksen suojaamaa oikeutta ja antoi tälle verrattain paljon painoarvoa muihin kilpaileviin intresseihin – jotka olivat samalla 8 artiklan rajoituslausekkeeseen sisältyvän hyväksyttävän päämäärän mukaisia – nähden. Kuitenkin annetusta painoarvosta huolimatta EIT katsoi yleisen edun merkityksellisemmäksi, ja päättyi lopputulokseen, jonka mukaan oikeus uneen ja tähän liittyvät loukkaukset eivät ylety yksityiselämän suojan ytimeen samalla tavoin kuin esimerkiksi Dudgeon-tapauksessa²⁸⁰ homoseksuaalisuuden kriminalisointi. Tämän perusteella EIT katsoi, että laaja harkintamarginaali on tapauksessa tarkoituksenmukainen.²⁸¹

Hatton-ratkaisun perusteella vaikuttaa, että vaatimus rajoituksen hyväksyttävästä päämäärästä on joustava myös muuten kuin hyväksyttäviä päämäärien sisältöä laajentavassa mielessä. Se on joustava myös siksi, että hyväksyttävän päämäärän vaatimus voi tarvittaessa väistyä EIT:n päättelyn tieltä, mikäli EIT näin katsoo tarkoituksenmukaiseksi. On olennaista huomioida, että hyväksyttävän päämäärän vaatimus ei voi koskaan rajoittua rajoituslausekkeen tekniseksi soveltamiseksi, vaan se vaatii aina harkintaa, joka ei ole poliittisista tai moraalisisista arvolatauksista vapaa tai irrallinen. Voidaankin siis nähdäkseni katsoa, että EIT ei voinut suorittaa kokonaisvaltaista hyväksyttävän päämäärän arviointia, sillä kyse ei lopulta ollut luonteeltaan moraalisisesta oikeudesta. Ihmisoikeuksien moraalisuus voi toteutua vain sellaisten oikeuksien kohdalla, joilla tosiasiaassa on moraalinen ydin. Siten syvällistä hyväksyttävyyсарviointia ei voida ei-moraalisten oikeuksien

²⁷⁸ Letsas 2010, s. 128.

²⁷⁹ Letsas 2010, s. 128–130.

²⁸⁰ Dudgeon v. the United Kingdom (22.10.1981).

²⁸¹ Letsas 2010, s. 130.

kohdalla edellyttää. Tähän huomioon liittyy toki myös kysymys, onko ihmisoikeustuomioistuimella sijaa ei-moraalisten oikeuksien tulkitsemisessa, ja onko ylipäätään tarkoituksenmukaista, että luonteeltaan ei-moraalisia oikeuksia luetaan ihmisoikeussopimuksen suojaaman oikeuden alaan.

4.1.4. Välttämättömyysvaatimus

Välttämättömyysvaatimus sitoutuu niin ihmisoikeussopimuksen esipuheessa, artiklojen sisällössä kuin ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössäkkin demokratian ideaan. Ei ole riittävää, että rajoitus on välttämätön, vaan sen tulee olla ainakin useimpien oikeuksien suhteen välttämätön demokraattisen yhteiskunnan kontekstissa. Siten kyse ei kaikissa tilanteissa ole ainoastaan välttämättömyydestä, vaan vaatimuksesta, joka koskee rajoituksen välttämättömyyttä demokraattisessa yhteiskunnassa. Demokraattinen välttämättömyydesti sitoutuu erityisesti niihin oikeuksiin, jotka ovat kiinteässä yhteydessä demokratian toteuttamiseen.

Demokraattisen välttämättömyydestin ankaruus vaihtelee tapauskohtaisesti, vaikka välttämättömyydestin yleinen käsite onkin yhteneväinen kaikessa EIT:n oikeuskäytännössä. Välttämättömyydestin intensiteettiin vaikuttavat ainakin loukkauksen vakavuus ja kantajan asema.²⁸² Välttämättömyydesti ei siis ole luonteeltaan muuttumaton, vaan myös siihen kohdistuu tapauskohtainen harkintamarginaalin hahmottelu toissijaisuusperiaatteen tarkoittamalla tavalla²⁸³. Välttämättömyydestin on katsottu abstraktissa mielessä sisältävän vaatimukset siitä, että puuttuminen oikeuteen on olennaista, riittävää ja suhteessa tavoiteltuun päämäärään.²⁸⁴ Näin ollen välttämättömyysvaatimus on ihmisoikeussopimuksen kanssa sopusoinnussa silloin, kun rajoitus on välttämätön tavoiteltuihin intresseihin nähden ja rajoituksen välttämättömyyttä punnitaan suhteessa demokraattisen yhteiskunnan asettamiin vaatimuksiin.²⁸⁵ Kuten olen yllä tuonut esiin, eivät rajoitustestit vaikuta ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä itsenäisinä, vaan usein ne ovat punoutuneet yhteen. Esimerkiksi välttämättömyysvaatimusta arvioidaan usein yhdessä hyväksyttävän päämäärän vaatimuksen kanssa. Välttämättömyysvaatimus rakentuukin EIT:n oikeuskäytännössä usein sen huomion varaan, että välttämättömyyttä pyritään jäsentämään juuri

²⁸² Van Dijk ja Van Hoof 1998, s. 540.

²⁸³ Ks. esim. tapaus the Church of Jesus Christ of the Latter-day Saints. v. the United Kingdom (4.3.2014), tuomion kohta 33.

²⁸⁴ Schokkenbroek 1996, s. 200, Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn ja Zwaak 2006, s. 193, ref. Chaib 2013. Ks. myös esim. tapaukset Müller and others v. Switzerland (24.5.1988) tuomion kohta 32 ja Lingens v. Austria (8.7.1986) tuomion kohta 40.

²⁸⁵ Van Dijk ja van Hoof 1998, s. 583.

hyväksyttävän päämäärän kautta ja arvioimaan, onko rajoitus välttämätön hyväksyttävän päämäärän tavoittelun näkökulmasta.²⁸⁶

Välttämättömyydesti sitoutuu vahvasti ihmisoikeustuomioistuimen harjoittaman valvonnan toissijaisuuden ajatukseen. EIT lähteekin oikeuskäytännössään siitä, että kansalliset viranomaiset ovat ainakin periaatteellisesti paremmassa asemassa arvioimaan, onko hyväksyttävän päämäärän tavoittelu järjestetty välttämättömän rajoituksen keinoin.²⁸⁷ Tällaisissa tilanteissa EIT on tottunut sallimaan kansallisille viranomaisille laajan harkintamarginaalin välttämättömyyttä arvioitaessa. Van Dijk ja van Hoof kuitenkin huomauttavat, että on olennaista tehdä ero tapaukseen liittyvien tosiasioiden ja oikeudellisten kysymysten määrittämisen välillä. Van Dijk ja van Hoof katsovat, että laajan harkintamarginaalin myöntäminen valtioille vaikuttaa oikeutetulta mitä tulee tosiasioiden määrittelyyn. Van Dijk ja van Hoof tuovat kuitenkin esiin, että myös kansallinen lainsäädäntö ja sen tulkinta ovat faktuaalista tietoaineistoa EIT:n näkökulmasta. Siten kansalliset viranomaiset ovat kansainvälisiä toimijoita paremmassa asemassa arvioidessaan kysymystä, mitä tosiasiallisessa tapauksessa tapahtui ja mikä on kansallisen lainsäädännön tarkkamääräinen sisältö ja merkitys. Van Dijk ja van Hoof kuitenkin katsovat, että sen arviointi, perustavatko tosiasiat ihmisoikeussopimuksen loukkauksen kuten ne on tuotu oikeusprosessissa esiin, on viimekädessä vain ihmisoikeustuomioistuimen toimivallassa arvioida.²⁸⁸ Van Dijkin ja van Hoofin ajatus kansallisten tuomioistuinten toimivallasta faktatiedon määrittelyssä sitoutuu pitkälti samantyyppiseen kehityskulkuun, jota Interlakenin, Brightonin ja Izmirin julistukset ovat merkinneet ihmisoikeustuomioistuimen tulkintalogiikalle. Interlakenin julistukseen sisältyvän toimintasuunnitelman 9 a-kappaleessa todetaan seuraavasti:

The Conference, acknowledging the responsibility shared between the States Parties and the Court, invites the Court to:

a) avoid reconsidering questions of fact or national law that have been considered and decided by national authorities, in line with its case-law according to which it is not a fourth instance court--²⁸⁹

Näin ollen vaikuttaa siltä, että sen lisäksi, että välttämättömyydesti pitää sisällään vahvan yhteyden tavoiteltavan päämäärään hyväksyttävyyteen, pitää se sisällään myös merkittävän kontekstuaalisen ulottuvuuden, jonka pääasiallisena arvioijana toimivat kansalliset viranomaiset. Mikäli

²⁸⁶ Van Dijk ja van Hoof 1998, s. 584.

²⁸⁷ Ks. esim. tapaus *Mouvement raélien suisse v. Switzerland* (13.7.2012), tuomion kohta 63 ja tapaus *Müller and Others v. Switzerland* (24.5.1988), tuomion kohta 35.

²⁸⁸ Van Dijk ja van Hoof 1998, s. 585–586.

²⁸⁹ High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration 19.2.2010, ks. myös Rui 2013, s. 53.

välttämättömyyden arviointi kuitenkin rajoittuisi vain kansallisten viranomaisten ensisijaiseen kompetenssiin ihmisoikeustuomioistuimeen nähden – sisältäen siis myös oikeudellisten kysymysten määrittelyyn liittyvät seikat – vaikuttaisi siltä, että tällainen kontekstuaalinen ulottuvuus sulki ulkopuolelleen EIT:n mahdollisuuden paikantaa välttämättömyysvaatimuksen puutteelliseen toteuttamiseen liittyvän ihmisoikeusloukkauksen. Mikäli kuitenkin valtion laajan harkintamarginaalin ulkopuolelle jätetään oikeudellisten kysymysten määrittelyyn liittyvät tekijät, ei tilanne enää vaikutakaan yhtä yksioikoiselta. Lisäksi on tärkeää huomata, että EIT on tuonut esiin, ettei laaja harkintamarginaali kuitenkaan merkitse harkintamarginaalin rajoittamatonta laajuutta²⁹⁰. Van Dijk ja van Hoofin käsitys harkintamarginaalin merkityksestä ja sen laajuudesta on lisäksi yhtenevä Spielmannin esittämän ajatuksen harkintamarginaalista kanssa.²⁹¹

Välttämättömyydestiin liitetty laaja harkintamarginaali ei kuitenkaan ole määrätty, vaan välttämättömyysvaatimukseen liittyvän kontekstuaalisen luonteen vuoksi välttämättömyyden arviointiin liittyvän kansallisen harkintamarginaalin laajuus tulee aina määrittää tapauskohtaisesti²⁹². Kun harkintamarginaaliin liittyvässä arvioinnissa otetaan huomioon van Dijk ja van Hoofin esittämä jaottelu tosiasioiden ja tapaukseen liittyvien oikeudellisten kysymysten rajanvetoon ja määrittelyyn, vaikuttaa siltä, että tapaukseen liittyvät oikeuskysymykset saattavat rajoittaa harkintamarginaalin laajuutta merkittävästikin. Tapauksissa *Handyside v. Yhdistynyt Kuningaskunta* (7.12.1976) ja *Sunday Times v. Yhdistynyt Kuningaskunta No 1* (26.4.1979) EIT arvioi välttämättömyysvaatimuksen käsitteellistä sisältöä ja totesi, että välttämättömyys sananvapauden viitekehyksessä ei merkitse samaa kuin tarpeellinen, eikä pidä sisällään saman laajuista joustavuutta kuin käsitteet hyväksyttävä, tavallinen, hyödyllinen, kohtuullinen ja toivottava.²⁹³ EIT on tuonut tuomiokäytännössään esiin myös, ettei sen tarkoitus ole korvata kansallista lainkäyttäjää, vaan sen tarkoitus on arvioida ihmisoikeussopimuksen valossa kansallisten tuomioistuinten tuomioita ja sitä, miten ne ovat lopputulokseen päätyneet kansallista harkintaa käyttäessään.²⁹⁴

Tämä viestii nähdäkseni tosiseikkojen ja oikeuskysymysten välillä tehtävästä erottelusta välttämättömyysvaatimusta arvioitaessa. EIT ei sinänsä kyseenalaista tapaukseen liittyviä tosiseikkoja ja kansallisen lainsäädännön sisältöä, mutta arvioi kyseessä olevien oikeuskysymysten valossa kansallisen lainsäädännön ja sen soveltamisen yhdenmukaisuutta ihmisoikeussopimuksen

²⁹⁰ Van Dijk ja van Hoof 1998, s. 589.

²⁹¹ Ks. tarkemmin Spielmann 2014.

²⁹² Van Dijk ja van Hoof 1998, s. 589–590.

²⁹³ *Handyside v. the United Kingdom No 1* (7.12.1976), tuomion kohta 50 ja *the Sunday Times v. the United Kingdom* (26.4.1979), tuomion kohta 59.

²⁹⁴ *Ibid.*

määräyksien kanssa. Mikäli kansallinen tuomioistuin puolestaan on EIT:n näkemyksen mukaan ylittänyt tapauksen kannalta keskeisiin oikeuskysymyksiin liittyvän harkintamarginaalin, konkretisoituu välttämättömyysvaatimukseen liitettävä kokonainen – siis sisältäen myös tapauksen tosiseikaston – harkintamarginaali suppeana. Siten toisaalta tapauksen tosiseikasto ja tähän liittyvän välttämättömyyden arviointi kuuluneen pitkälti valtion harkintamarginaalin piiriin, ja näin ollen valtiolla näyttää yleensä olevan ensisijainen kompetenssi arvioida rajoituksen välttämättömyyttä tapauksen tosiseikaston näkökulmasta ja esimerkiksi määritellä, miten tiettyjä käytäntöjä sovelletaan. Välttämättömyysarviointi ei kuitenkaan voi rajoittua tapauksen tosiseikkoihin liittyvän välttämättömyyden toteamiseen, vaan välttämättömyysarviointiin sisältyy kiinteänä osana myös sen arviointi, kunnioittaako kansallinen toimintatapa riittävästi ihmisoikeussopimuksessa taattuja oikeuksia ja vapauksia suhteessa tapauksen tosiseikkoihin.²⁹⁵ Mikäli suojan tason ei voida katsoa olevan riittävä ja hyväksyttävä tavoiteltuihin päämääriin nähden, ei rajoitus ole välttämätön.

Siten myös välttämättömyysvaatimus sisältää vaatimuksen rajoituksen suhteellisuudesta. EIT onkin tuonut oikeuskäytännössään esiin, että sen edellytyksenä, että rajoituksen voidaan katsoa olevan suhteessa tavoiteltuun päämäärään ja välttämätön demokraattisessa yhteiskunnassa, olemassa ei saa olla muita, vähemmän perusoikeutta rajoittavia keinoja, joilla sama päämäärä voitaisiin saavuttaa.²⁹⁶ EIT on vahvistanut tätä näkemystä tuomalla sen esiin myös muissa tapauksissa²⁹⁷. EIT on oikeuskäytännössään tietyissä tapauksissa antanut esimerkkejä vähemmän yksilön oikeutta rajoittavista keinoista²⁹⁸, mutta toisaalta EIT on myös kiinnittänyt huomiota esitetyn vaatimuksen menettelylliseen näkökulmaan, jolloin se ei sinänsä ole edellyttänyt, että vähiten oikeutta rajoittava vaihtoehto tulisi valituksi, vaan vaatimus vähiten rajoittavan vaihtoehdon kriteeristöstä on kohdistunut sen toteennäyttämiseen, että kansallinen viranomainen on de facto sisällyttänyt päättelynsä vähiten rajoittavien vaihtoehtojen arviointia.²⁹⁹

Vaatimus vähiten rajoittavan vaihtoehdon valinnasta yleensä sisällytetään suhteellisuustestin yhteyteen sen arvioimiseksi, voidaanko tietty rajoitus katsoa oikeutetuksi vai ei. Vähiten rajoittavan vaihtoehdon valitsemisen vaatimus ei kuitenkaan Eva Bremsin mukaan kategorinen ja sellaisenaan riittävä. Brems osoittaa EIT:n oikeuskäytännöstä tapauksia, joissa tuomioistuin on kokonaan hylännyt vähiten rajoittavan vaihtoehdon valintaan liittyvän arvioinnin, vaikka valittaja olisikin

²⁹⁵ Ks. esim. Chaib 2013, s. 232.

²⁹⁶ Ks. esim. Van Mechelen and others v. The Netherlands (23.4.1997), tuomion kohta 58, Glor v. Switzerland (30.4.2009), tuomion kohta 94.

²⁹⁷ Ks. esim. Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina (22.12.2009), tuomion kohta 48. Ks. myös tuomari Tulkensin, Spielmannin ja Laffranquen eriyvä mielipide tapauksessa Animal Defenders International v. the United Kingdom (22.4.2013) kohta 16.

²⁹⁸ Ks. esim. tapaus Van Mechelen and others v. The Netherlands (23.4.1997).

²⁹⁹ Ks. Bartik v. Russia (21.12.2006), tuomion kohta 48 ja Brems 2009, s. 362.

esittänyt tähän vaatimukseen liittyviä argumentteja asiansa tueksi.³⁰⁰ Lisäksi hän tuo esiin tapauksia, joissa loukkausta ei katsottu syntyneen huolimatta siitä, että EIT olikin päättelyssään osoittanut, että vähemmän rajoittavia vaihtoehtoja olisi ollut käytettävissä.³⁰¹ Näin ollen näyttää siltä, että vähintään ihmisoikeustuomioistuimen viitekehyksessä rajoituksen välttämättömyys ei sinänsä edellytä yksilön oikeutta vähiten rajoittavaa vaihtoehtoa, vaan tämän vaatimuksen soveltaminen on riippuvainen muiden rajoitusperusteiden soveltamisesta ja näiden muodostamasta kokonaisuudesta kussakin tapauksessa.

Olen jo yllä tuonut esiin välttämättömyysvaatimuksen sekä hyväksyttävän päämäärän vaatimuksen välillä vallitsevan yhteyden ja maininnut suhteellisuusarvioinnista osana välttämättömyydestä. Jukka Viljanen kuitenkin erittelee tarkemmin osatekijöitä, joista hän katsoo välttämättömyydestin ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa rakentuvan³⁰². Viljasen mukaan välttämättömyysarvioinnin päätekijät ovat vaatimus olemassa olevasta, painavasta yhteiskunnallisesta tarpeesta, rajoituksen ja tavoitellun hyväksyttävän päämäärän kohtuullinen suhde sekä vaatimus olennaisista ja riittävästä syistä, jotka tukevat puuttumista yksilön oikeuteen.³⁰³ Viljanen toteaa, että toinen vaihtoehto on painottaa arviointia kolmen erillisen vaatimuksen yhdistelmänä. Viljasen mukaan EIT on kuitenkin tottunut käyttämään terminologiaa, joka viittaa kokonaisvaltaiseen arviointiin.³⁰⁴ Mainittu kokonaisvaltainen arviointi ei kuitenkaan rajoitu vain tapauksen tulkintaan kokonaisuutena, vaan Viljanen tuo esiin, että EIT käyttää ratkaisukäytännössään myös terminologiaa, joka viittaa ihmisoikeussopimuksen tulkintaan kokonaisuutena.³⁰⁵ Siten kokonaisvaltainen arviointi voi ulottua niin tapauksen tosiseikaston ja oikeuskysymysten kokonaisuuteen, mutta myös ihmisoikeussopimuksen tietynlaiseen tulkinnalliseen suuntaan, jota EIT on oikeuskäytännössään vahvistanut. Tällainen kokonaisvaltainen tapa tulkita kutakin oikeustapausta ja ihmisoikeussopimuksen suhdetta kyseessä olevaan tapaukseen vaikuttaa nähdäkseni väistämättä välttämättömyydestin kokonaisuuteen. Koska ihmisoikeussopimusta ei tulkita tyhjiössä, saavat välttämättömyydestin eri osatekijät tapauskohtaisesti erilaisia painoarvoja, mutta näitä osatekijöitä saattaa silti olla mahdotonta erottaa toisistaan juuri ihmisoikeustuomioistuimen harjoittaman kokonaisvaltaisen tulkintatavan vuoksi. Välttämättömyysvaatimuksen arviointia harjoitetaan siis aina tietyssä kontekstuaalisessa ympäristössä, jossa ihmisoikeussopimuksen tarkoitus, tietyn tapauksen tosiseikat ja oikeuskysymys

³⁰⁰ Brems 2009, s. 363.

³⁰¹ Brems 2009, s. 363–364.

³⁰² Viljanen 2003, s. 232–233

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ Ibid. Ks. myös mainittu *The Sunday Times v. the United Kingdom* No. 1 (26.4.1979), tuomion kohta 60.

³⁰⁵ Ibid. Ks. myös mainittu *Soering v. the United Kingdom* (7.7.1989), tuomion kohta 103.

sekä rajoitusperusteiden arvioinnin kokonaisuus kietoutuvat yhteen. Tämä on kuitenkin ongelmallista EIT:n oikeuskäytännön läpinäkyvyyden näkökulmasta ja vaikuttaa siihen, kuinka ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikan oikeutus jäsennetään.

4.2. Yleinen etu ja yksilöiden intressit

Kuinka yleinen etu rakentuu yksilöiden oikeuksiin nähden, riippuu pitkälti teoriasta, jonka valossa yleisen edun merkitystä jäsennetään. En kuitenkaan tässä asiayhteydessä pyri selvittämään kattavasti yleiseen etuun liittyviä teorioita, vaan pyrin tuomaan näitä esiin esimerkinluonteisesti ja peilaamaan näitä ihmisoikeuksien rajoitusperusteisiin sekä erityisesti kontekstualismi- ja konsensustulkintaan. Yleisellä edulla viitataan tässä asiayhteydessä sen merkitykseen yksilöiden oikeuksien vastapuolena näiden välisissä ristiriitatilanteissa, enkä niinkään keskity sellaisiin yksilöiden oikeuksiin, joilla itsessään saattaa olla merkitystä yleisen edun toteuttamiselle³⁰⁶. Jätän tämän luvun kysymyksenasettelun ulkopuolelle myös keskustelun, mitä on käyty kansainvälisen yhteisön intressien suojelemiseen liittyen³⁰⁷. Näiden lisäksi valitsen jättää pitkälti käsittelemättä yleiseen etuun liittyvän utilitaristisen keskustelun, sillä utilitarismi ei nähdäkseni palvele Euroopan ihmisoikeussopimuksen henkeä, eikä sen näkökulmasta voida ainakaan kovin onnistuneesti arvioida yleisen edun ja yksilöiden oikeuksien välisiä jännitteitä. Aileen McHarg jakaa yleiseen etuun liittyvät teoriat Virginia Heldin jaottelua seuraten enemmistöteorioihin (*preponderance / aggregative theories*), yhtenäisteorioihin (*unitary theories*) ja jaetun edun teorioihin (*common interest theories*).³⁰⁸ Käsittelem näitä seuraavaksi lyhyesti, minkä jälkeen selvitan, minkälainen käsitys yleisestä edusta soveltuu parhaiten ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan etiikkaan ja miten muuten yleinen etu voidaan asemoida yksityisten oikeuksiin nähden.

Enemmistö- tai kokoava käsitys lähtee etujen subjektiivisesta määritelmästä, jossa yksilöiden nähdään olevan parhaassa asemassa arviomaan omia intressejään. Näistä intresseistä luotettavin näyttö ovat yksilöiden paljastetut preferenssit. Siksi yleisellä edulla ei ole minkäänlaista itsenäistä sisältöä, vaan se tunnistetaan kokoamalla yhteen yksilöiden omiin arvioihin perustuvat näkemykset edusta. Näin ollen yksilöiden enemmistön etu merkitsee aina samaa kuin yleinen etu. McHarg huomauttaa kuitenkin, ettei olemassa ole minkäänlaista toteuttamiskelpoista mekanismia, jonka avulla voitaisiin määritellä, mikä on enemmistön edun mukaista.³⁰⁹ Lisäksi McHarg toteaa yleisen edun selvittämisen enemmistön preferenssien kautta olevan moraalisesti arveluttavaa, koska

³⁰⁶ Esimerkiksi sananvapaudella saattaa olla nähdäkseni olla tällainen yleisen, tai yleisön, edun ulottuvuus.

³⁰⁷ Tästä keskustelusta ks. tarkemmin esim. Komori & Wellens 2009.

³⁰⁸ Held 1972, ref. McHarg 1999, s. 674.

³⁰⁹ McHarg 1999, s. 674 – 675.

kyseinen kokoamisprosessi turvaa enemmistön edun vähemmistöjen etujen kustannuksella riippumatta niistä ansioista, joita tietyn vähemmistön etuun liittyvillä argumenteilla saattaa olla.³¹⁰ Tästä johtuen enemmistön etuun perustuva teoria yleisestä edusta ei sovellu kuvaamaan yksilön ja yhteisön etua ihmisoikeustuomioistuimen viitekehyksessä, sillä tämän teorian perusteella jokaisessa etujen välisessä konfliktitilanteessa enemmistön etu saisi välttämättä suuremman painoarvon.³¹¹

Yhtenäisteoriat jäsentävät yleisen edun sellaisena ensisijaisena etuna, joka ylittää yksilöiden intressit ja pyrkii sovittamaan yhteen näitä nähtävästi keskenään ristiriidassa olevia etuja. Edun käsitettä jäsenetään tällöin sen objektiivisessa merkityksessä. Yksilön tai ryhmän etu perustuu siihen, mitä niiden tahdon tulisi ihanteellisesti olla tai mikä on näille yksilöille tai ryhmille hyväksi, eikä edun käsite näin ollen perustu yksilöiden tai ryhmien omaan subjektiiviseen arvioon omasta edustaan. Yhtenäisteorioiden tulee siten joko paikantaa kaikkia miellyttävien vaihtoehtoisten toimintamallien olemassaolo tai poistaa yhtälöstä sellaisia etuja, jotka eivät tosiasiaassa ole tarkemmassa katsannossa etuja lainkaan, jotta ne voisivat tunnistaa, mikä yleinen etu kussakin tilanteessa on. Lisäksi poistettaessa yhtälöstä etuja yhtenäisteorioiden tulee määritellä nämä edut jollakin tavalla epäoikeutetuiksi jonkin ensisijaisen moraalisen järjestelmän viitekehyksessä.³¹² Yhtenäisteorioiden soveltamisessa ja tiettyjen etujen ulkopuolelle sulkemisessa toisiin etuihin nähden vähemmän oikeutettuina on kuitenkin aina paternalismin vaara, irtautuvathan ne ihmisten oman edun kokemuksesta.³¹³ Yhtenäisteoriat siis olettavat, että on mahdollista kehittää yhtenäinen moraaliteoria, joka on sisäisesti johdonmukainen ja joka nauttii universaalia arvostusta. McHarg kuitenkin huomauttaa, että yhtenäisteorioiden viitekehyksessä on vaarana, että vahvat ryhmät yksinkertaisesti tunnistavat oman etunsa yleiseksi eduksi ja näin sulkevat ulkopuolelle vähemmistöjen etuun liittyvät näkökohdat.³¹⁴

Jaetun edun teoriat erottavat toisistaan oman edun tunnistamisen ja sen moraalisen oikeutuksen ja näin ollen jättävät auki mahdollisuuden, että yksilön, ryhmän tai yleisen edun tulee mukautua myös muihin tavoitteisiin.³¹⁵ Jaetun edun teoriat siis viittaavat etuun, jonka kaikki yleisön jäsenet jakavat, ja näin ollen tämä etu koostuu kokonaisuudesta, joka on erillinen yksilöiden tai ryhmien omaan etuun nähden. Brian Barryn mukaan yleinen etu voi olla mikä tahansa toimintatapa, joka edistää niiden päämäärien täyttymistä, mitä yleisö haluaa saavuttaa itselleen *kokonaisuutena*. Näin ollen yleinen etu ei ole johdettavissa niistä intresseistä, joita yleisö vain sattuu jakamaan, vaan yleinen etu

³¹⁰ Held 1984, s. 144, ref. McHarg 1999, s. 675.

³¹¹ McHarg 1999, s. 675.

³¹² Held 1972, kappale 5, ref. McHarg 1999, s. 675.

³¹³ McHarg 1999, s. 675.

³¹⁴ McHarg 1999, s. 676.

³¹⁵ Ibid.

– tai useat yleiset edut – merkitsevät kollektiivista hyötyä kaikille yhteiskunnan jäsenille.³¹⁶ Edun ei kuitenkaan tarvitse olla yhtäläinen kaikille yksilöille ollakseen yleinen. Näin ollen siis yksilöt jakavat yleisen edun sen johdosta, että kyseiset yksilöt ovat yhteiskunnan jäseniä, eikä edun jakaminen sinänsä liity niihin rooleihin, joissa yksilöt yhteiskunnassa toimivat.³¹⁷

Lisäksi yleiset edut ovat kollektiivisia, joka merkitsee, että kun relevantit edut tarjotaan yhdelle, tulee ne tarjota väistämättä myös kaikille muille. Yleisen edun tunnistaminen ei tässä mallissa siis ole ainoa kriteeri, johon julkisen toiminnan oikeutuksen määrittely perustuu. Tarkoituksena onkin ensisijaisesti ollut vakiinnuttaa yleisen edun koherenssi analyttisenä kategoriana, mikä muodostaa yhden päätöksentekoprosessin osatekijän. Tällöin yleinen etu saattaa hallita päätöksentekoa tilanteesta riippuen.³¹⁸ Näin ollen se tosiasia, että tietty intressi on jaettu, ei itsessään pidä sisällään moraalista painoarvoa³¹⁹. Yleinen etu ei siis niinkään viittaa kaikkiin mahdollisiin yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin, vaan se rajoittuu koskemaan vain niitä päämääriä, jotka liittyvät yleisen hyvinvoinnin edistämiseen laajassa merkityksessä. Yhteiskunnassa saatetaan silti päätyä lopputulokseen, joka puoltaa yleisen hyvinvoinnin edistämisen uhraamista tiettyjen yksilöllisten tai ryhmien intressien edistämiseksi. Siten tasapainon määrittely kilpailevien intressien ja päämäärien välillä väistämättä heijastaa arvovalintaa. Tämä arvovalinta ei kuitenkaan ole sellainen, joka hävittää tai edes antaa ymmärtää hävittävänsä alkuperäisen ristiriidan.³²⁰

Jaetun edun teorioita leimaa tietynlainen kontekstisidonnaisuus. Tämä perustuu huomioon, että jaetun edun teorioissa yleisen edun tulee ainakin jollakin tasolla viitata niihin päämääriin, jotka yleisö, siis yhteiskunnan jäsenet, ilmaisevat. Yhteiskunnan jäsenten päätös- ja ilmaisukanavat yhtenäisenä kokonaisuutena toteutuvat pääasiallisesti poliittisten mekanismien kautta, minkä perusteella voidaan olettaa, että päteviä ratkaisuja yleisestä edusta voidaan tehdä vain jonkin tietyn poliittisen järjestelmän kontekstissa.³²¹ Näin ollen yleinen etu on luonteeltaan relativistinen, ja sen merkitys voi vaihdella muun muassa ajan kuluessa tai poliittisten organisaatioiden eri tasojen välillä.³²² Tämä jaetun edun teorioihin sisältyvä käsitys yleisen edun relativistisuudesta kuitenkin aktualisoi kysymyksen, kuinka ihmisoikeuksia, jotka yleensä on totuttu jäsentämään pääasialliselta luonteeltaan universalistisina, voidaan onnistuneesti rajoittaa sellaisten intressien perusteella, joilta sinänsä puuttuu tämä universaali elementti. Tässä asiayhteydessä on tärkeä huomioida, ettei

³¹⁶ Oppenheim 1981, s. 144, ref. McHarg 1999, s. 676–677.

³¹⁷ McHarg 1999, s. 677.

³¹⁸ Ibid.

³¹⁹ Held 1972, s. 100, ref. McHarg 1999, s. 677.

³²⁰ McHarg 1999, s. 677. Ks. myös Barryn net interest-käsitteestä Barry 1990, kappaleet 11 ja 12.

³²¹ Held 1972, s. 100, ref. McHarg 1999, s. 677.

³²² McHarg 1999, s. 677.

universaali kuitenkin merkitse muuttumatonta ainakaan ihmisoikeuksien yhteydessä, sillä ihmisoikeuksiin liitettävä universalisuus ei ole ehdotonta. Yleiseen etuun liitettävää relativismia jaetun edun teorioiden näkökulmasta kuitenkin rajoittaa lisäksi nähdäkseni vaatimus, jonka mukaan edun yleisyyden edellytyksenä on, että se merkitsee kollektiivista, ei siis kuitenkaan välttämättä yhtäläistä, etua kaikille yhteiskunnan jäsenille. Siten yleinen etu ei merkitse samaa kuin enemmistön etu. Jotta etu voisi olla yleinen, tulee se siis olla palautettavissa yksilöiden yhteisesti jakamaan etuun. Ihmisoikeuksien näkökulmasta erityisen merkityksellistä nähdäkseni on, että tämä yleinen etu palautuu siis yksilöiden oikeuksiin ja vapauksiin, eikä niinkään sellaisiin poliittisiin tavoitteisiin, joilla ei ole yksilöiden etuun liittyvää päämäärää laisinkaan, tai tämän edun osalliset ovat rajatut.

Sen lisäksi, että jaetun edun teorioiden ajatus yksilöiden yhteisesti jakamasta edusta yleisenä etuna liittyyne pitkälti John Rawlsin oikeudenmukaisuusteorian mukaiseen ajatteluun, kiinnittyy jaetun edun teorioiden jakama intressiajattelu myös kollektiivisen toiminnan logiikasta käytyyn keskusteluun ja alhaisimman yhteisen nimittäjän ongelmaan. Intuitiivisesti voidaan nähdäkseni ajatella, että jos yleinen etu kulminoituu kaikkien yksilöiden jakamaan etuun, leimaavat tämän yhteisen intressin tunnistamisprosessia kompromissit. Näin yleistä etua puolestaan leimaa se, että se hyödyttää jokaista hieman, mutta merkittävää painoarvoa yksilöiden oikeuksille ja vapauksille sillä ei voi olla etujen välisten ristiriitojen vuoksi, jolloin yksilön oikeus on aina merkittävämpi kuin yleinen etu. Kuten olen kuitenkin jo tuonut esiin, yleinen etu ei merkitse yhtäläistä etua kaikille sen yhteisyydestä huolimatta. Näin ollen yleisellä edulla riippumatta siitä, minkälaisen tulkintakehikon kautta sitä jäsennetään, on moraalisen oikeudenmukaisuuden ideaalin paljastava luonne. Jotta siis yleisen edun nimissä olisi perusteltua rajoittaa yksilön tai tietyn ryhmän oikeutta tai vapautta, tulee yleisen edun olla palautettavissa samankaltaisiin moraalisiin oikeuksiin, joita myös ihmisoikeudet edustavat. Tällöin kysymyksessä ei pohjimmiltaan itse asiassa ole yleisen edun ja yksilöiden intressien välinen vastakkainasettelu, vaan yksilöiden oikeuksien välinen ristiriita, jolloin tasapaino näiden kahden tai useamman oikeuden välillä tulee paikantaa samalla tavoin kuin yksilöiden oikeuksien välisten konfliktien selvittämisessä silloin, kun tällaista palauttamisprosessia konkreettiseen oikeuteen ei tarvitse tosiasiallisten oikeuksien identifioimiseksi tehdä.

Tällöin oikeuksien välisen painotuksen tulisi nähdäkseni tapahtua oikeuksien tai etujen sisällään pitävien arvojen peilaamisella toisiinsa nähden. Yleiselle edulle ja sen suojelemille yksilön oikeuksille voidaan perustellusti antaa etusija rajoitettavaan oikeuteen nähden, jos yksilön oikeuden rajoitukseen liittyvässä tapauksessa oikeuden rajoitus ei ylety kyseisen oikeuden sisältämien arvojen ytimeen ja näin koverra sitä tyhjäksi, mutta yleisen edun suojeeluun liittyvät tausta-arvot uhkaavat

menettää merkityksensä, mikäli yksilön oikeuden rajoitusta ei sallita. Yleisen edun sisältämällä tausta-arvoilla on kuitenkin tiettyjä rajoja, joita käsittelen alla. Tällaisella peilaamisella ja oikeuksien välisellä tasapainotustehtävällä en kuitenkaan viittaa mielivaltaiseen tuomioistuinaktivismiin tai sellaiseen ihmisoikeussuojaan, joka kehittyy ainoastaan esitetyn mielivaltaisen tuomioistuimen oikeuskäytännön kautta ja jota leimaa vahva kontekstisidonnaisuus, vaan viitataan ensisijaisesti yksilöiden oikeuksien ja yleisen edun käsitteellistämiseen.

Jeremy Waldron jakaa epä-utilitaristiset intressiteoriat immuniteettiteorioihin ja oikeuksien reason-blocking -teorioihin.³²³ Reason-blocking -teorioiden keskiössä ei niinkään ole sen arviointi, onko yksilön oikeuksia rajoitettu tai rikottu, vaan kyse on ensisijaisesti siitä, ovatko syyt, joiden perusteella yksilön oikeutta rajoitetaan, hyväksyttäviä. Ronald Dworkinin tapa jäsentää oikeuksia valttikortteina (rights as trumps) sisältyy reason-blocking-teorioihin. Epäoikeutettu harkinnan tapa reason-blocking-teorioiden mukaan koskee tilannetta, jossa harkinta pitää sisällään ulkoisen vaikuttimen. Tällainen ulkoinen vaikutin tarkoittaa Ronald Dworkinin mukaan preferenssiä, jonka mukaan jonkun tulisi kärsiä haittaa hyödykkeiden tai mahdollisuuksien jaossa perustuen muiden arvioon kyseisen yksilön arvokkuudesta tai arvottomuudesta, joka määräytyy yksilöön liittyvien syiden perusteella.³²⁴ Tällöin yksilön oikeuksiin ja vapauksiin kohdistetut rajoitukset eivät perusta ihmisoikeusrikkomusta, jos nämä rajoitukset eivät perustu epäoikeutettuun justifikaatioperusteeseen.³²⁵

Näin ollen siis reason-blocking-malleissa kyse ei niinkään ole siitä, että yksilöillä on tiettyjä vapauksia, jotka ovat merkityksellisiä heidän omille etunäkökohdilleen. Yksilöillä on ensisijaisesti oikeus nauttia oikeuksia ja mahdollisuuksia ilman näiden oikeuksien rajoittamista tai poistamista epä-egalitaristisin perustein, kuten esimerkiksi sen käsityksen perusteella, että oikeutta nauttivien yksilöiden käsitys hyvästä elämästä on tietyllä tavalla alempiarvoisempi kuin toisten yksilöiden. Letsas huomauttaa, että tietyt ihmisoikeudet ovat erityisen merkityksellisiä silloin, kun enemmistö luultavasti vastustaa yksilön vapauksia vaikuttimenaan vihamieliset ulkoiset preferenssit. Tällaisesta tilanteesta Letsas antaa esimerkiksi tilanteen, joissa ulkoiset preferenssit aiheuttavat joiltakin henkilöiltä heidän samanarvoisen asemansa kieltämisen itsenäisinä, henkilökohtaista itsemääräämisoikeutta nauttivina yksilöinä. Letsas selventää, että reason-blocking-malli siis toisin

³²³ Waldron 1984.

³²⁴ Dworkin 1984, s. 161. Dworkin jäsentää ulkoista preferenssiä seuraavalla tavalla: ”Suffer disadvantage in the distribution of goods or opportunities on the ground that others think he should have less because of who he is or is not or that others care less for him than they do for other people.”

³²⁵ Letsas 2009, s. 102.

sanoen keskittyä tapaan, miten poliittisten yhteisöjen tulee kohdella jäseniään samanarvoisina yksilöinä, eikä niinkään siihen, kuinka hyvin yhteiskunta yksilöllisiä etunäkökohtia täyttää.³²⁶

Reason-blocking-mallissa tuomioistuimen harjoittama suhteellisuusarviointi toteutuu seulomalla yhteiskunnallisia käytäntöjä ja suodattamalla niiden ulkopuolelle ne käytännöt, jotka ovat epäoikeutettuja. Kun siis tällaisia epäoikeutettuja käytäntöjä ei ole olemassa ja niitä ei siten sovelleta yksilöiden oikeuksiin, puuttuminen suojattuun oikeuteen on suhteessa tavoiteltavaan päämäärään. Kuitenkin silloin, kun yhteiskunnalliset käytännöt perustuvat tällaisiin epähyväksyttäviin justifikaatioperusteisiin, yksilön (negatiiviset) oikeudet tulevat aktivoituiksi, ja tuomioistuimilla on velvollisuus estää tällaisten epäoikeutettujen, ulkopuolisia vaikuttimia sisältävien käytäntöjen täytäntöönpano.³²⁷ Reason-blocking-malli siis sulkee ulkopuolelleen enemmistön moraalisten preferenssien toteuttamisen yksilöiden oikeuksien ja vapauksien rajoitusperusteena. Letsas kuitenkin huomauttaa, että EIT:n oikeuskäytännön valossa näyttää siltä, ettei EIT ole hyväksynyt mallia kiistatta osaksi harjoittamaansa tulkintaa, vaan intresseihin perustuvat mallit ovat saaneet reason-blocking-mallia vahvemman jalansijan tuomioistuimen oikeuskäytännössä.³²⁸

Olen aiemmin tässä tutkielmassa argumentoinut, etteivät ihmisoikeudet ole ehdottomia. Reason-blocking-malli kuitenkin pitää sisällään ihmisoikeuksiin liittyvän absoluuttisuuden idean ulkoisiin vaikuttimiin nähden. Sellainen yleinen etu, joka voi sinänsä olla palautettavissa toisten yksilöiden oikeuksiin, ei voi saada etusijaa yksilön oikeuteen tai vapauteen nähden, jos tämä yleinen etu tai muu intressi sisältää oletuksen siitä, että yksilön oikeutta on perusteltua rajoittaa, koska tämä yksilö ansaitsee itseensä liittyvien syiden perusteella jollakin tapaa alemman suojan tason. Näin ollen yksilön tahdonvaraiset tai tahdosta riippumattomat ominaisuudet eivät koskaan voi olla peruste suojan tason alentamiselle muiden intressien toteuttamiseksi. Jos yleinen etu on palautettavissa tällaisiin epäoikeutettuihin ulkoisiin vaikuttimiin, ei oikeuksien välistä konfliktia voida ratkaista tasapainottamalla näitä oikeuksia keskenään, sillä tällöin yleinen etu ei voi olla justifioitu ja suhteessa tavoiteltavaan päämäärään, ja näin yksilön oikeudelle tulee antaa etusija yleiseen etuun nähden. Vain näin valtiot voivat täyttää niille asetetun perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvoitteen positiivisen ja negatiivisen ulottuvuuden. Jos puolestaan tuomioistuimen tehtävänä on ensisijaisesti suodattaa pois tällaiset ulkoiset, epäoikeutetut vaikuttimet ja arvioida ihmisoikeuksien rajoituksia sen valossa, onko tällaisia vaikuttimia paikannettu vai ei, ei tuomioistuimen oikeuskäytäntö voi näyttää ulkopuolellekaan mielivaltaiselta.

³²⁶ Letsas 2009, s. 104.

³²⁷ Ibid.

³²⁸ Letsas 2009, s. 104–105.

Katson, että yleisen edun jäsentäminen toteutuu parhaiten erottamalla yleinen ja jaettu etu toisistaan. Etu voi olla yleinen vain silloin, kun kaikki yhteiskunnan jäsenet jakavat sen riippumatta yksilöön liittyvistä ominaisuuksista, vaikkei tämä etu merkitsekään yhtäläistä hyötyä kaikille yhteiskunnan jäsenille. Katson kuitenkin myös, että yleisen edun ja yksilöiden oikeuksien välinen tasapainotustehtävä toteutuu oikeudenmukaisimmin ja ihmisoikeuksien moraalisuutta parhaiten toteuttaen reason-blocking-mallin avulla. Näyttää kuitenkin siltä, että nämä pitävät sisällään ylitsepääsemättömän ristiriidan, joka liittyy jaetun edun teorioiden intressihakuisuuteen ja reason-blocking-teorioiden nimenomaiseen irtautumiseen intressien justifikaatiosta ulkoisten vaikuttimien poissulkemista lukuun ottamatta. Jaetun edun teoriat ovat siis nimenomaan intressiteorioita, ja näin ollen vaikuttaa siltä, että jaetun edun teorioiden näkökulmasta yksilön oikeuden rajoitus on justifioitu aina, kun suojattavalla vapaudella ei ole merkittävää yksilön intressiin perustuvaa perustetta³²⁹.

Brian Barryn mukaan yleinen etu on sellainen preferenssi, jonka yhteiskunnan jäsenet haluavat saavuttaa itselleen yhteiskunnan kokonaisuudessa riippumatta niistä rooleista, joita yksilöillä yhteiskunnassa on. Näin ollen vaikuttaa, että yksilöiden oikeudet ja vapaudet eivät ole suojaamisen arvoisia *per se*, vaan yleinen etu, jolta olen edellyttänyt yksilöiden oikeuksiin palautuvaa luonnetta, on arvokas sen tuottaman hyödyn perusteella ja on näin luonteeltaan utilitaristinen. Reason-blocking-malli puolestaan palautuu pitkälti deontologiaan, joka soveltuu katsoakseni paremmin ihmisoikeuksiin liittyviin moraalisiin taustaoletuksiin. Reason-blocking-malli arvioi yhteiskunnallisia käytäntöjä yksilöiden oikeuksien kautta ja pyrkii suojaamaan yksilöitä sellaisilta epäjustifioiduilta oikeudenluokkauksilta, joita ajava preferenssi on ulkoinen ja liittyy käsitykseen yleisen edun moraalisesta paremmuudesta esimerkiksi vähemmistöjen moraalisiin etunäkökohtiin verrattuna. Reason-blocking-malli on siis intressineutraali siltä osin, kun tehtävä ulkoisten preferenssien ulossuodattamiseksi on täytetty. On kuitenkin merkityksellistä muistaa, ettei reason-blocking-mallin tarkoituksena kuitenkaan ole ottaa kantaa siihen, miten yleinen etu on tunnistettavissa, vaan vahvistaa yksilöiden oikeutta nauttia niistä ihmisoikeuksista, joita heillä on jo pelkästään oman ihmisyytensä johdosta, ilman perusteettomia oikeudenloukkauksia.

Kuitenkin jaetun edun teoriat painottavat yleisen edun paikantamista niin, ettei tämä yleinen etu riipu yhteiskunnan jäsenten rooleista siinä yhteiskunnassa, jossa he toimivat. Siten jaetun edun teoriatkin pitkälti itsestään sitoutuvat sellaiseen preferenssiin, joka on riippumaton yksilöihin liittyvistä henkilökohtaisista perusteista ja näin jaetun edun teoriat suhtautuvat yhteiskunnan jäseniin arvoneutraalisti. Jotta jaetun edun teorioiden avulla voitaisiin tosiasiasa paikantaa

³²⁹ Intressiteorioista ja niiden suhteesta ihmisoikeuksien rajoittamiseen ks. Letsas 2009, s. 102–103.

oikeutettu yleinen etu, tulee sen raja-arvona nähdäkseni toimia reason-blocking-malli. Reason-blocking-mallin soveltaminen jaetun edun teorioiden viitekehyksessä poistaa nähdäkseni jaetun edun teorioihin liittyvän utilitaristisen elementin. Tällöin yleinen etu ei näyttäyty enää laskutoimituksena, joka liittyy yksilön intressin arvon muiden intressien arvoon³³⁰, vaan etu on yleinen silloin, kun se on a) yhteinen, mutta ei välttämättä yhtäläinen, b) kohdistuu kaikkiin yhteiskunnan jäseniin riippumatta heidän henkilökohtaisista ominaisuuksistaan ja asemastaan yhteiskunnassa ja c) edusta palautettavissa oleva yksilön muihin nähden arvoneutraali oikeus perustuu kunkin yksilön intressin merkitykseen, eikä tätä intressiä tarvitse asemoida muiden intresseihin nähden, jotta alkuperäinen intressi olisi itsessään tärkeä ja suojattavan arvoinen. Näin yleinen etu on nähdäkseni tunnistettavissa jaetun edun teorioiden esittämän mallin avulla, mutta sen lisäksi katson, että yleiseltä edulta on tarpeellista edellyttää yksilöiden oikeuteen palautettavaa luonnetta, jotta tosiasiallista ja tasapainoista vertailua voitaisiin harjoittaa. Lisäksi tulisi katsoakseni edellyttää edun palautettavuutta sellaisiin oikeuksiin, jotka ovat tärkeitä *per se*, eikä preferenssin merkitys näin ollen kumpua intressikompromisseista, jotka saattavat pitää sisällään epäoikeutettuja ulkoisia vaikuttimia, jotka asettavat oikeuksien edellytykseksi tietynlaisia yksilöllisiä ominaisuuksia tai tahdonvaraisia toimintatapoja.

Vaikka ihmisoikeussopimuksessa ei käytetä käsitettä ”yleinen etu” kuin kahden oikeuden – ensimmäisen lisäpöytäkirjan ensimmäisessä artiklassa säännellyn omaisuudensuojan ja neljännen lisäpöytäkirjan toisessa artiklassa säännellyn liikkumisvapauden – yhteydessä, ei yleisestä edusta käyty keskustelu menetä merkitystään, sillä muihin artikloihin sisältyvät rajoitusten perusteet vain luovat sisällöllisiä raja-arvoja sille, minkälainen yleisen edun tulee oikeuden rajoittamiseksi olla. On kuitenkin huomionarvoista, etteivät kaikki oikeuksien rajoituksiin liittyvät tekijät ole luonteeltaan kollektiivisia, mutta tämä ei kuitenkaan merkitse, ettei kyseessä voisi olla yleinen etu. Vaikka merkittävällä osalla rajoitusten perusteista on kollektiivinen päämäärä, voi esimerkiksi vähemmistöjen etu olla luonteeltaan yleinen, sillä esimerkiksi pluralismin edistäminen yhteiskunnassa voi hyödyttää yhteiskuntaa laajemmalti, eikä pluralismin edistäminen siten rajoitu vain tiettyjen vähemmistöjen nauttimaan hyötyyn, sillä yhteiskunnan pluraliteetin turvaamisella on muun muassa demokratiaa ja demokraattisuutta edistäviä tavoitteita.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen viitekehyksessä olennaista yleisen edun näkökulmasta ovat kolme luvussa 4.1. käsiteltyä rajoitustestiä – siis laillisuusvaatimus, vaatimus hyväksyttävästä päämäärästä sekä välttämättömyysvaatimus – sekä näiden muodostama kokonaisuus. Yleisestä edusta, sen tunnistamiskriteereistä ja sisällöstä sekä sen suhteesta yksilöiden oikeuksiin

³³⁰ Erilaisista oikeuskäsityksistä ja oikeuksien vastakkainasettelusta ks. tarkemmin esim. Waldron 1989.

keskusteltaessa nämä rajoitustestit tulisi käsitykseni mukaan kuitenkin yhdistää yleisen edun jäsentämiseen jaetun edun esittämän intressien paikantamismallin mukaisesti käyttäen tämän raja-arvona reason-blocking-mallia. Yllä esitetyt käsitykset luovat nähdäkseni raja-arvoja tämän tutkielman pääteemalle. Näillä on nähdäkseni vaikutusta sen arviointiin, minkälaisia oikeushyviä konsensuksella ja kontekstuaalisuudella on EIT:n oikeuskäytännössä de facto pyritty suojelemaan, mutta lisäksi näillä on merkitystä myös sen kannalta, minkälaisen käsityksen näiden soveltaminen antaa ihmisoikeussopimuksen hengestä.

Yleiseurooppalaisen konsensuksen osalta oikeusvertailun, kansallisissa oikeusjärjestelmien viitekehyksessä tehtyjen ratkaisujen ja näiden taustalla vaikuttavien arvojen merkitys nähdäkseni korostuu, kun yksilön oikeuksien ja yleisen edun välisiä ristiriitatilanteita arvioidaan jaetun edun mallin mukaisesti ja liittämällä tähän reason-blocking-teoria. Ei ole riittävää todeta, että yleiseurooppalainen konsensus on syntynyt tai sitä ei ole paikannettavissa, vaan ensiarvoista on selvittää, mihin tämä mahdollinen konsensus tai sen puuttuminen perustuu. Erityisenä mielenkiinnon kohteena nähdäkseni tulisikin olla yleiseurooppalaisen yhteisymmärryksen etsimisen sijaan sen selvittäminen, pitääkö konsensus tai sen puuttuminen sisällään jonkinlaisen salatun agendan tai perustuuko se tiettyihin epäsellittuihin näkökohtiin. Tällaisista epäoikeutetuista harkinnan lopputuloksista Letsas antaa esimerkkinä muun muassa elämänsuunnitelman katsomisen moraalittomaksi, enemmistön halveksunnan kohteeksi joutumisen, käsityksen siitä, että yksilöillä on velvollisuus elää elämäänsä jollakin tietyllä tavalla sekä lopputulokset, jotka varmistavat marginaalisen tai spekulatiivisen hyödyn enemmistölle rajoittamalla olennaisia yksilönvapauksia³³¹.

Kontekstuaalisen tulkinnan kannalta on merkittävää, etteivät yksilöiden oikeuksien tai vapauksien rajoituksen oikeutusperusteena ole sellaiset yhteiskunnan erityislaatuiset olosuhteet, jotka palautuvat yllä esitetyn kaltaisiin epäoikeutetun harkinnan lopputuloksiin. Vaikka kontekstualismiharkinta ei nähdäkseni sinänsä ole este ihmisoikeuksien taustalla vaikuttavien moraalisten arvojen toteuttamiselle eikä ihmisoikeuksien hengen kanssa ylitsepääsemättömässä ristiriidassa, tuo kontekstuaalisuus ihmisoikeuksien rajoitusperusteiden kautta vaikuttavana tekijänä lisävaatimuksia näiden rajoitustestien kattavuuteen. Erityisesti suhteellisuusperiaatteen toteuttamisella on tässä reason-blocking-malliin perustuen ratkaiseva asema. Jukka Viljanen on tuonut esiin Leyla Şahin -tapausta koskevassa kommentaarissaan kaksi ihmisoikeusrajoitukseen liittyvää perustetta, jotka saavat korostuneen aseman. Nämä ovat Viljasen mukaan rajoituksen välttämättömyyden huolellinen testaaminen sekä suhteellisuusperiaatteen tarkka noudattaminen.³³²

³³¹ Letsas 2009, s. 13.

³³² Viljanen 2004, s. 1124.

Vaikka nämä perusteet liittyvät Viljasen kommentissa uskonnonvapauden tulkintaan suomalaisen perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta, ovat nimenomaan nämä perusteet nähdäkseni ratkaisevan tärkeitä paitsi yksilön oikeuksien ja vapauksien oikeutetun ja oikeasuhtaisen rajoituksen näkökulmasta, mutta myös ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan justifikaation perspektiivistä. Jos kontekstuaalisuus näyttäytyy EIT:n oikeuskäytännössä vain pakotienä vähemmän ankaraan arviointiin ja mahdollistaa ulkoisten vaikutteiden tuomisen ihmisoikeussopimuksen soveltamisalaan yksilön oikeuksien ja vapauksien rajoituksen perusteena, ei eurooppalainen valvonta toteudu enää tavalla, johon Euroopan neuvoston jäsenvaltiot ovat liittymisteollaan sitoutuneet. Tällöin ihmisoikeustuomioistuin laiminlyö ensisijaisen tehtävänsä niiden oikeuksien suojelijana, joita ihmisillä tosiasiaassa on, ja rajoittuu suojelemaan niitä oikeuksia, joita ihmisillä kuvitellaan olevan³³³.

Tällainen kehitys ei ainoastaan heikentäisi ihmisoikeuksien nauttimaan suojaa, mutta myös indikoisi, että enemmistön moraaliset preferenssit ja näiden noudattaminen olisi ihmisoikeussopimuksen hengen mukaista. Tästä johtuen yleiseen etuun ja yksilöiden intresseihin sekä kaikkiin niihin ihmisoikeustuomioistuimen käyttämiin tulkinnallisiin työkaluihin, joihin liittyy rajanveto tällaisten etujen, oikeuksien ja vapauksien välillä, on ensiarvoisen tärkeää liittää vakavasti otettava ja kattava suhteellisuusarviointi, jota tulisi toteuttaa yllä selvittämieni mallien mukaisella tavalla. Lisäksi olennaista olisi huolehtia välttämättömyyden huolellisesta testaamisesta. Vain näin voidaan varmistaa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan justifikaatio sekä yleisen edun ja yksilöiden oikeuksien oikeudenmukainen ja oikeasuhtainen tasapainottaminen.

4.3. Kontekstuaalisuus ihmisoikeuksia rajoittavana tekijänä

Ennen kuin voidaan onnistuneesti arvioida kontekstuaalisuutta ihmisoikeuksia rajoittavana tekijänä, on merkityksellistä huomata, että kuten myös kaikilla sellaisilla tulkinnallisilla välineillä, joita käytetään rajoittaessa ihmisoikeuksien määräyksiä, myös kontekstuaalisuudella on tiettyjä raja-arvoja. Ensimmäinen tällainen raja-arvo on yhdenmukaisuus muun kansainvälisen oikeuden kanssa, minkä osa ihmisoikeussopimuskin on.³³⁴ Yhdenmukaisuuden vaatimus muun kansainvälisen oikeuden kanssa kumpuaa muun muassa Wienin valtiosopimus-oikeutta koskevan yleissopimuksen artiklasta 31.3 C, joka määrittelee valtiosopimusten yleistä tulkintasääntöä. 31 (3) C -artiklan mukaan yhteyden lisäksi tulee ottaa huomioon *kaikki osapuolten välisissä suhteissa sovellettavissa olevan kansainvälisen oikeuden asiaanvaikuttavat säännöt*. Ihmisoikeussopimuksen 53 artikla

³³³ Ks. myös Letsas 2012, s. 23.

³³⁴ Tapaus Al-Adsani v. the United Kingdom (21.11.2001), kohta 55.

puolestaan määrää olemassa olevien ihmisoikeuksien suojaamisesta, minkä mukaan ihmisoikeussopimuksen ei voida katsoa rajoittavan tai loukkaavan jäsenvaltioiden lainsäädännössä tai muissa relevanteissa valtiosopimuksissa turvattuja ihmisoikeuksia ja perusvapauksia.³³⁵ Myös kyseiset, yllä mainitut vaatimukset edellyttävät ihmisoikeussopimuksen tulkintaa ensisijaisesti kontinuumissa tyhjiön sijaan.

Toinen kontekstualismia itseään rajoittava tekijä on Pierre Bossetin ajattelua seuraten vaatimus kontekstiarvioinnin konkreettisuudesta. Kun viitataan jossakin jäsenvaltiossa vallitseviin erityisiin olosuhteisiin, ei näitä olosuhteita voida abstrahoida koskemaan kaikkia niitä tilanteita, jossa yksilön oikeutta tai vapautta rajoitetaan joissakin jäsenvaltioissa vallitsevaan ja vahvistettuun valtiosääntöoikeudelliseen periaatteeseen nojaten. Esimerkiksi tapauksissa *Leyla Şahin v. Turkki* (10.11.2005) ja *Kervanci v. Ranska* (4.12.2008) ihmisoikeustuomioistuin itse rakensi tapauksien pääasiallisen oikeuskysymyksen uskonnonvapauden ja sekularismin sekä näiden mahdollisen vastakkainasettelun varaan. Bosset kuitenkin toteaa, että kun sekularismin periaatetta sovelletaan tietyissä kansallisissa ja historiallisissa viitekehyksissä, saa sekularismi välttämättä useita erityyppisiä muotoja³³⁶. Vaikka ihmisoikeustuomioistuin on siis tosiasiallisesti edellä mainituissa tapauksissa ohjannut päättelynsä pääasiallisesti kysymykseen sekularismin periaatteen ja ihmisoikeussopimukseen sisältyvien arvojen yhdenmukaisuudesta, olisi nähdäkseni perusteltua odottaa, että onnistunut kontekstualismipäätelmä toteutettaisiin kokonaisvaltaisesti huomioiden molempien, yksilön oikeuksien ja vapauksien sekä yleisen edun itsenäiseen kontekstiin kiinnittyvät sitoumukset. Näin ollen tietyn jäsenvaltion sisäisen erityisen kontekstin tulisi olla paikannettavissa EIT:n *in concreto* -päätelyn avulla, ei niinkään abstrahoiden jo itsessään kontekstisidonnaisia periaatteita ihmisoikeussopimuksen tarkoituksen ja päämäärän kokonaisuuteen.

Kontekstuaalisuus ei kuitenkaan ole luonteeltaan pakotie, jonka kautta ihmisoikeuksien rajoittamiseen liittyvät, ihmisoikeuksien rajoittamista käsittelevässä luvussa esittelemäni vaatimukset voitaisiin välttää tai ohittaa. Kontekstuaalisuus on ennemminkin selittävä tekijä sen kohtuullisen tasapainon, jota EIT suojattavalta edulta ja edun suojaamiseksi kohdistetulta rajoitukselta edellyttää. Suojan tason eriäväisyys ei siis niinkään johdu suoraan erityisistä kontekstuaalisista olosuhteista, vaan siitä, että nämä erityislaatuiset olosuhteet ovat niin painavia, että ne läpäisevät ihmisoikeuksien rajoitustestit. Tilanne ei siis ole, että erityislaatuiset olosuhteet johtavat *per se* erilaiseen suojan tasoon, vaan erityislaatuiset olosuhteet vaikuttavat ihmisoikeuksien rajoitusperusteiden välityksellä myönnettävän harkintamarginaalin ja ihmisoikeussopimuksen

³³⁵ Ks. myös Bosset 2013, s. 197.

³³⁶ Bosset 2013, s. 198.

tarjoaman suojan laajuuteen³³⁷. EIT on oikeuskäytännössään vahvistanut, että ihmisoikeuksia rajoittavat toimintatavat, jotka kansallinen viranomainen on valinnut tavoitellakseen sellaisia päämääriä, joilla on ensisijainen kansallinen merkitys, ovat relevantteja arvioitaessa puuttumisen hyväksyttävää päämäärää ja suhteellisuutta³³⁸. Nämä päämäärät eivät kuitenkaan EIT:n mukaan voi itsessään olla rajoituksen oikeutus. EIT on todennut tapauksessa *Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church*, että puuttumisen päämäärät ja tapa, jolla puuttuminen toteutetaan, tulee alistaa arvioinnille siltä osin, miten ne vastaavat ihmisoikeussopimusta ja ovat tämän kanssa yhdenmukaisia. Tämä perustuu ajatukseen, jonka mukaan ihmisoikeussopimus suojelee sellaisia perustavanlaatuisia periaatteita, jotka ovat korvaamattomia demokraattisten yhteiskuntien, jotka muodostavat Euroopan neuvoston, olemassaololle ja toiminnalle.³³⁹ Kontekstuaalisuus ei siis vaikuta EIT:n oikeuskäytännön valossa olevan rajoitusedellytys itsessään, vaan rajoitusedellytysten täyttämiseen kiinnittyvä tekijä.

Kontekstuaalisuuden merkitys ihmisoikeuksien rajoituksiin vaikuttaa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa sitoutuvan vahvasti sellaiseen yleiseen etuun, jolla on ratkaiseva merkitys valtion toimintaedellytysten kannalta. Tällainen yleinen etu on muun muassa yhteiskunnan demokraattisuuden turvaaminen, joka puolestaan on kiinnittynyt muun muassa uskonnonvapauteen liittyviin kysymyksiin. EIT:n tuomiokäytännön valossa näyttää myös siltä, että kontekstualismi on liittynyt usein myös pluralismin ideaan, joka tosin itsessäänkin on EIT:n oikeuskäytännön mukaan demokratian edellytys. Lienee selvää, että vain harvat ihmisoikeudet ovat täysin kategorisia, ja tästä johtuen tiettyihin ihmisoikeussopimuksessa taattuihin oikeuksiin voidaan kohdistaa rajoituksia, johon liittyviä yleisiä periaatteita olen yllä käsitellytkin. Yksilön oikeuteen kohdistuvia rajoituksia ei kuitenkaan saa toteuttaa niin, että kyseessä olevan oikeuden perusolemus vaarantuu³⁴⁰. EIT ei ole pääsääntöisesti ollut halukas kirjoittamaan esiin, mitä oikeuksien ydinalueet tosiasiaassa EIT:n oikeuskäytännössä kattavat ja minkälaisen seikkojen voidaan katsoa kuuluvan ihmisoikeuksien ydinalueen ulkopuolelle³⁴¹. Myös ihmisoikeuksien ydinalueeseen liittyvä koskemattomuusvaatimus, joka kuitenkin pitkälti realisoituu muiden rajoitusperusteiden välityksellä, on ratkaiseva arvioitaessa valtion oikeutta kontekstuaaliseen tulkintaan. Nähdäkseni sellainen ihmisoikeusrajoitus, joka heikentää oikeuden perusolemusta, ei voine täyttää ihmisoikeuksien rajoitustestiin sisältyviä vaatimuksia.

³³⁷ Ks. esim. *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania* (3.2.2005), tuomion kohta 58, jossa EIT toi nimenomaisesti esiin, että konteksti ei voi itsessään oikeuttaa tarvetta puuttumiselle.

³³⁸ *Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and Others v. Bulgaria* (22.1.2009), tuomion kohta 145.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ *Labita v. Italy* (6.4.2000), tuomion kohta 201. Ref. Viljanen 2003, s. 233–234.

³⁴¹ Viljanen 2003, s. 233. Ks. myös sananvapauden ydinalueeseen liittyvästä keskustelusta esim. Tiilikka 2010, s. 18.

Sen lisäksi, että kontekstuaaliset tekijät kiinnittyvät usein demokratian ja muiden oikeusvaltion osatekijöiden turvaamiseen, vaikuttaa ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa, että kontekstuaalisuudella on merkitystä myös siirtymävaiheessa olevien yhteiskuntien olemassaolon edellytysten näkökulmasta. Otan tässä luvussa esimerkiksi kaksi tapausta, joissa molemmissa vastaajavaltiona on ollut Moldova. Tapauksessa Metropolitan Church of Bessarabia vastaan Moldova (13.12.2001) EIT katsoi, että uskonnollinen viitekehys oli olennainen niin uskonnon- ja omantunnonvapauden näkökulmasta kuin myös niiden perusteidenkin lähtökohdasta, jolla rajoitusta perusteltiin. Metropolitan Church of Bessarabia -tapauksessa Moldovan hallitus kieltäytyi rekisteröimästä uskonnollista yhteisöä, jonka Moldovan hallitus katsoi olevan ristiriidassa Moldovan valtiollisen kirkon kanssa. Moldovan hallituksen mukaan rekisteröinnistä kieltäytyminen oli oikeutettua, sillä rajoituksen tarkoituksena oli suojella yleistä järjestystä ja turvallisuutta³⁴². Lisäksi Moldovan hallitus argumentoi, että Moldovan valtion alue oli ollut toistuvasti niin Romanian kuin Venäjänkin hallinnassa, ja näin ollen sen väestö oli etnisesti ja kielellisesti moninaista. Tähän perustuen Moldovan hallitus katsoi, että Moldovan tasavallalla, joka oli ollut itsenäinen vasta vuodesta 1991, oli vain vähän mahdollisuuksia turvata oma olemassaolonsa, mutta yksi näistä olemassaoloa edistävästä tekijöistä oli uskonto, olihan enemmistö väestöstä ortodoksisen kirkon jäseniä. Näin ollen Moldovan ortodoksisen kirkon, joka oli Moskovan patriarkan alainen, tunnustaminen mahdollisti Moldovan hallituksen mukaan väestön kokoontumisen kyseisen kirkon yhteyteen. Jos puolestaan valittajana toimiva kirkko olisi rekisteröity, kyseinen side olisi todennäköisesti menetetty ja ortodoksinen väestö olisi hajonnut useamman eri kirkon alaisuuteen. Lisäksi Moldovan hallitus katsoi, että valittajana toimivan kirkon, joka oli Bukarestin patriarkan alainen, taustalla oli sellaisia poliittisia vaikuttajia, jotka toimivat yhdessä romanialaisten intressien kanssa, ja nämä tavoittelivat Bessarabian ja Romanian uudelleenyhdistymistä. Moldovan hallitus argumentoikin tähän perustuen, että valittajakirkon rekisteröinti siten elvyttäisi venäläis-romanalaiset vihamielisyydet väestön keskuudessa ja tätä kautta vaarantaisi yhteiskunnallisen vakauden ja jopa Moldovan alueellisen koskemattomuuden.³⁴³

EIT hyväksyi perustelun yleisen järjestyksen ja turvallisuuden vaarantumisesta ja yhtyi Moldovan hallituksen käsitykseen siitä, että sillä oli ollut hyväksyttävä syy rajoittaa pääperiaatteena toimivaa ajatuksen-, uskonnon- ja omantunnon vapautta³⁴⁴. EIT ei kuitenkaan katsonut, että rajoitus oli välttämätön demokraattisessa yhteiskunnassa. Päätelyssään EIT viittasi muun muassa ajatuksen-,

³⁴² Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova (13.12.2001), tuomion kohta 113.

³⁴³ Ibid, tuomion kohta 111.

³⁴⁴ Ibid, tuomion kohta 113.

uskonnon- ja omantunnonvapautteen demokraattisen yhteiskunnan peruseriaatteena³⁴⁵ ja valtion velvollisuuteen säilyä neutraalina ja puolueettomana harjoittaessaan sääntelyvaltaa. Lisäksi EIT korosti, että kysymyksessä on pluralismin säilyttäminen ja demokratian asianmukainen toimiminen, minkä pääasiallisia tunnusmerkkejä on mahdollisuus ratkoa valtion ongelmia dialogin avulla ilman väkivaltaan turvautumista. EIT korosti myös, että tällaisissa olosuhteissa viranomaisten tehtävä ei ole poistaa jännityksen aiheuttajaa pluralismia hävittämällä, vaan varmistaa kilpailevien ryhmien välinen suvaitsevaisuus.³⁴⁶ EIT katsoi, että Moldovan valtio oli päätöksellään kieltäytyä rekisteröimästä uutta uskonnollista yhdyskuntaa laiminlyönyt sille asetetun puolueettomuuden ja neutraliteetin vaatimuksen, eikä siten rajoitusta voitu katsoa välttämättömäksi demokraattisessa yhteiskunnassa.³⁴⁷ EIT katsoi myös, että valittajana toimivaan kirkkoon kohdistuneella rekisteröintikiellolla oli sellaisia seurauksia valittajien uskonnonvapaudelle, ettei päätöksen voitu katsoa olevan suhteessa tavoiteltuun hyväksyttävään päämäärään.³⁴⁸

Vaikka EIT siis sinänsä hyväksyi, että rajoituksen taustalla oli olemassa hyväksyttävä päämäärä, päätyi EIT lopputulokseen, jonka mukaan Moldova oli epäonnistunut määrittämään tarkoituksenmukaisen tasapainon mainitun päämäärän ja yksilönvapauden välillä. EIT siis hyväksyi Metropolitan Church of Bessarabia -tapauksessa Moldovan hallituksen esittämät erityislaatuiset, yhteiskunnan siirtymävaiheeseen liittyvien olosuhteiden olemassaolon ja katsoi, että nämä muodostavat sellaisen hyväksyttävän perusteen, joilla totutusta suojan tasosta voidaan ainakin periaatteessa poiketa. Kuitenkin myös Metropolitan Church of Bessarabia -tapauksessa kävi ilmi, etteivät kontekstuaaliset olosuhteet itsessään ole riittävä peruste yksilöiden oikeuden tai vapauden rajoitukselle, vaan syntyneen hyväksyttävän perusteen tulee olla paitsi välttämätön, mutta myös suhteessa tavoiteltuun päämäärään. Näin ollen kontekstuaalisilla olosuhteilla oli tapauksessa erityisesti rajoituksen hyväksyttävyyttä justifioiva vaikutus, joka lieneekin kontekstualismiperiaatteen pääarvo kulttuurisen ja yhteiskunnallisen moninaisuuden mahdollistajana ihmisoikeustuomioistuimen harjoittaman eurooppalaisen valvonnan näkökulmasta.

Ihmisoikeustuomioistuimen painotus pluralistisen yhteiskunnan suojelijana on konkretisoitunut myös kontekstuaalisia osatekijöitä sisältävissä tapauksissa. Michael Hamilton kuitenkin toteaa sananvapautta sekä kokoontumis- ja yhdistymisvapautta arvioidessaan muutosvaiheessa olevien yhteiskuntien viitekehityksessä, että EIT on yleisesti ollut haluton sallimaan kontekstuaalisia poikkeuksia silloin, kun poikkeuksen salliminen heikentäisi perustavanlaatuisen oikeuksien

³⁴⁵ Ibid, tuomion kohta 114.

³⁴⁶ Ibid, tuomion kohta 116.

³⁴⁷ Ibid, tuomion kohta 123.

³⁴⁸ Ibid, tuomion kohta 130.

suojaa.³⁴⁹ EIT ei kuitenkaan ole rajoittunut suojelemaan pluralismia vain kieltämällä erityislaatuisiin olosuhteisiin liittyvät poikkeukset, vaan myös joissakin tilanteissa sallinut tällaisia poikkeuksia silloin, jos rajoituksen avulla on voitu turvata yhteiskunnan moninaisuus. Nähdäkseni perusesimerkki tällaisesta tilanteesta on jo aiemmin mainittu tapaus Leyla Şahin. Tapauksessa EIT toisti, että kansallisten viranomaisten tehtävänä ei ole hävittää pluralismia, vaan varmistaa osapuolten välinen suvaitsevaisuus³⁵⁰. Lisäksi EIT toi esiin, suvaitsevaisuus ja avaramielisyys ovat demokraattisen yhteiskunnan tunnusmerkkejä. Vaikka yksilön etu tuleekin tietyissä tilanteissa alistaa ryhmän etuun nähden, demokratia ei kuitenkaan merkitse, että enemmistön käsitysten tulee aina hallita, ja tällaista hallitsevan aseman väärinkäyttöä tulisikin välttää. EIT:n mukaan tulee löytää tasapaino, joka varmistaa oikeuden- ja tarkoituksenmukaisen kohtelun myös vähemmistöille. EIT totesi myös, että pluralismin ja demokratian tulee perustua dialogille, ja että kompromissin henki välttämättä sisältää useita myönnytyksiä yksilöiden tai ryhmien osalta, mitkä ovat oikeutettuja demokraattisen yhteiskunnan ideaalien ja arvojen ylläpitämiseksi ja edistämiseksi. EIT kiinnitti huomiota myös siihen jatkuvaan tasapainon etsimiseen ihmisoikeussopimuksessa suojattujen oikeuksien välillä ja huomautti, että tietyissä tilanteissa yhden oikeuden turvaaminen saattaa edellyttää valtiolta toisen ihmisoikeussopimuksella suojatun oikeuden rajoittamista. EIT:n mukaan juuri tämä jatkuva tasapainon etsiminen sopimuksessa turvattujen oikeuksien välillä on demokraattisen yhteiskunnan perusta.³⁵¹

Ihmisoikeustuomioistuin on siis ollut valmis suojelemaan yhteiskuntien moninaisuutta ja sen tosiasiallisia toteutumismahdollisuuksia myös kontekstuaalisen tulkinnan keinoin. EIT onkin sitonut pluralismin toteutumisen vahvasti demokratian ideaan ja todennut, että pluralismi on demokratian edellytys, eikä ilman pluralismia voi olla demokratiaa³⁵². Hamilton tuo esiin, että EIT on tuominnut useita EIS:n 11 artiklan loukkauksia sillä perusteella, että valtio on kieltäytynyt rekisteröimästä poliittista puoluetta tai pyrkinyt hajottamaan puolueen. Hamilton kuitenkin huomauttaa, että vaikka tuomioistuin on myös korostanut oikeutta asettua ehdolle vaaleissa hyvin toimivan demokratian osatekijänä, on EIT ollut vastahakoinen paikantamaan ensimmäisen lisäpöytäkirjan 3 artiklan (oikeus vapaisiin vaaleihin) loukkausta niissä tilanteissa, joissa yksilöitä on estetty asettumalla ehdolle vaalissa siksi, koska he ovat olleet osallisina aiemmassa hallinnossa.³⁵³ Tilanne viittaa siis aiemmin mainitsemaani yhteiskunnan muutostilaan. Tällä ei nähdäkseni ole siis ratkaisevaa

³⁴⁹ Hamilton 2011, s. 153.

³⁵⁰ Leyla Şahin v. Turkey (10.11.2005), tuomion kohta 107.

³⁵¹ Ibid, tuomion kohta 108.

³⁵² Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania (3.2.2005), tuomion kohta 44. Ref. Hamilton 2011, s. 154.

³⁵³ Hamilton 2011, s. 154 – 155.

merkitystä niiden valtioiden näkökulmasta, joiden demokraattisuuden historia on pitkä, vaan tämä on ensisijaisesti olennaista niille valtioille, joiden itsenäisyys on varsin tuore, tai jotka ovat kohdanneet lähihistoriassaan merkittäviä demokratian toteutumiseen liittyviä haasteita. Hamilton tuo lisäksi esiin, että ensimmäisen lisäpöytäkirjan kolmanteen artiklaan onkin kohdistettu vähemmän vaativaa tarkastelua verrattuna oikeuksiin, jotka on turvattu EIS:n artikloissa 8–11, ja EIT onkin toistuvasti korostanut vaalioikeuden kontekstuaalista epävarmuutta.³⁵⁴ EIT on päätelyssään todennut muun muassa, että vaalilainsäädäntöä tulee arvioida kyseessä olevan valtion poliittisen kehityksen näkökulmasta, joten ominaisuudet, jotka olisivat mahdottomia hyväksyä tietyn järjestelmän viitekehysessä, saattavat olla oikeutettuja toisen järjestelmän kontekstissa.³⁵⁵ Näin ollen ihmisoikeussopimus pitää sisällään myös sellaisia oikeuksia, jotka on kiinteästi sidottu valtion yksilöllisiin olosuhteisiin, eikä niinkään yleiseurooppalaiseen standardiin tai konsensukseen, joka toimii usein muiden oikeuksien kohdalla ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnallisena viitekehysenä.

Yllä mainittujen seikkojen valossa vaikuttaa, ettei niihin oikeuksiin liittyvältä arvioinnilta, mihin kontekstualismi kiinteästi jo itsessään liittyy, voida edellyttää yhtä vahvaa ankaruutta kuin niiltä oikeuksilta, jotka eivät sisällä mainittua kontekstuaalista osatekijää. Näyttää myös, että ihmisoikeustuomioistuin kontekstuaalisten oikeuksien yhteydessä olisi ikään kuin irrottautunut asettamastaan vaatimuksesta, jonka mukaan konteksti ei itsessään voi olla ihmisoikeusrajoituksen peruste. EIT:n oikeuskäytäntö ainakin osittain kuitenkin maalaa hieman erilaisen kuvan. Hamiltonin huomio, jonka mukaan ensimmäisen lisäpöytäkirjan 3 artiklaan liittyvä valvonta on kevyempää kuin EIS:n 8–11 artikloihin liittyvä kansainvälinen valvonta, ei merkitse sitä, etteikö vaalioikeuksiin kohdistettaisi lainkaan kansainvälistä valvontaa tai että valtioiden harkintamarginaali olisi näissä tapauksissa rajoittamaton. Vaalioikeuksiin liittyvän valvonta näyttää EIT:n oikeuskäytännön näkökulmasta toteutuneen lukuisissa tapauksissa kansallisesta viitekehuksesta käsin, mutta EIT on tästä huolimatta edellyttänyt rajoitukselta rajoitustestin kokonaisuuden³⁵⁶ läpäisemistä, eikä ole näin ollen hyväksynyt kansallista kontekstia rajoituksen ainoana justifikaationa. EIT on korostanutkin, että näiden erityislaatuisten olosuhteiden indikoimaa harkintamarginaalia rajoittaa jäsenvaltioiden velvollisuus kunnioittaa vapaita vaaleja koskevan oikeuden ydinaluetta, joka EIT:n mukaan on

³⁵⁴ Hamilton 2011, s. 155.

³⁵⁵ Podkolzina v. Latvia (9.4.2002), tuomion kohta 33, Sukhovetsky v. Ukraine (28.3.2006), tuomion kohta 51 ja Mathie-Mohin and Clerfayt v. Belgium (2.3.1987), tuomion kohta 54, ref. Hamilton 2011, s. 155.

³⁵⁶ Tapauksessa Tănase v. Moldova (27.4.2010), jota käsittelem seuraavaksi, EIT ei arvioinut rajoituksen hyväksyttävyyttä, joten katsom tarkoituksenmukaiseksi puhua rajoitustestin kokonaisuudesta sen sijaan, että käsitteisin rajoitusperusteita yksitellen tässä yhteydessä.

yksilöiden, jotka yhdessä muodostavat lainsäätäjän, oikeus vapaaseen mielipiteenilmaisuun³⁵⁷. Käsittelen seuraavaksi tapausta Tănase v. Moldova, jonka avulla pyrin selvittämään tarkemmin, minkälaisia ulottuvuuksia ensimmäisen lisäpöytäkirjan 3 artiklan sisältämä kontekstuaalisuus on ihmisoikeuksia rajoittavana tekijänä saanut. Käsittelen tapausta alla lyhyesti kiinnittäen huomiota vain niihin seikkoihin, jotka ovat merkityksellisiä tapaukseen liittyvän kontekstuaalisiin tekijöihin kiinnittyvän arvioinnin näkökulmasta.

Tănase-tapauksessa oli kysymys 2008 voimaan astuneesta vaalilainsäädännön muutoksesta Moldovassa, mikä kielsi sellaisia henkilöitä, joilla oli useamman valtion kansalaisuus, tulemasta valituksi kansanedustajiksi parlamenttivaaleissa. Kansanedustajan tehtävän vastaanottamisen edellytyksenä oli siis, ettei valittu saanut olla samanaikaisesti muun valtion kuin Moldovan kansalainen. Etniseltä taustaltaan romanialainen Alexandru Tănase, joka valittiin Moldovan parlamenttiin vuonna 2009 ja joka oli liberaalidemokraattisen puoleen jäsen, joutui lainsäädäntömuutoksen vuoksi luopumaan Romanian kansalaisuudesta ottaakseen vastaan tehtävän Moldovan parlamentissa. Alexandru Tănase katsoi muun muassa, että parlamentin jäsenille asetettu muiden kansalaisuuksien kieltä puuttui hänen ihmisoikeussopimuksen ensimmäisen lisäpöytäkirjan 3 artiklassa suojattuun oikeuteensa asettua ehdokkaaksi vapaissa vaaleissa ja ottaa vastaan paikka parlamentissa valituksi tullessa, mikä olisi turvannut lainsäätäjän muodostavien yksilöiden oikeuden vapaaseen mielipiteenilmaisuun³⁵⁸.

EIT selvitti tapauksessa Moldovan historiallista taustaa ja sen poliittisessa järjestelmässä tapahtunutta kehitystä. EIT arvioi lisäksi rajoituksen laillisuutta, hyväksyttävää päämäärää ja suhteellisuutta, joskin se katsoi, ettei sen ole välttämätöntä päätyä lopputulokseen rajoituksen päämäärän hyväksyttävyydestä, ja näin jätti auki kysymyksen, tavoiteltiinko esitetyllä kiellolla hyväksyttävää päämäärää³⁵⁹. Siten EIT tyytyi toteamaan, ettei se ole täysin tyytyväinen Moldovan hallituksen päämäärään, joka oli turvata kansanedustajien lojaliteetti valtiota kohtaan.³⁶⁰ EIT paikansi yleiseurooppalaisen konsensuksen koskien kaksoiskansalaisten ja muiden henkilöiden, joilla on useampi kansalaisuus, vaalikelpoisuutta ja kelpoisuutta ottaa vastaan poliittisia tehtäviä³⁶¹. EIT totesi, että oikeusvertailun pohjalta paikannettu konsensus indikoi, että henkilön yhtä useampi kansalaisuus ei vaikuttaisi olevan perusteltu este kansanedustajan tehtävän vastaanottamiselle. EIT kuitenkin huomautti, että konsensuksesta huolimatta toisenlainen lähestymistapa saattaa olla

³⁵⁷ Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium (2.3.1987), tuomion kohta 47, Melnychenko v. Ukraine (19.10.2004), tuomion kohta 55 ja Tănase v. Moldova (27.4.2010), tuomion kohta 157.

³⁵⁸ Tănase v. Moldova (27.4.2010), tuomion kohta 94.

³⁵⁹ Ibid, tuomion kohta 170.

³⁶⁰ Ibid.

³⁶¹ Ibid, tuomion kohta 172.

oikeutettu silloin, kun olemassa on erityisiä historiallisia tai poliittisia näkökohtia, joiden perusteella rajoittavampi toimintatapa on välttämätön.³⁶² EIT ei päättelyssään sulkenut ulos vaihtoehtoa, että kansalaisuuksille asetettu rajoitus olisi ollut oikeutettu Moldovan itsenäistymisen välittömänä jälkivaikutuksena itsenäisyyden ja Moldovan kansallisen turvallisuuden suojelemiseksi ja totesi, että rajoitusta tulee arvioida sen erityisessä poliittis-historiallisessa viitekehysessä.³⁶³

EIT kuitenkin kiinnitti huomiota siihen, että rajoitus ei tullut voimaan Moldovan itsenäistyttyä vuonna 1991, vaan 17 vuotta itsenäistymisen jälkeen.³⁶⁴ EIT toi lisäksi esiin, että ajan kuluminen vaikuttaa heikentävästi vaalioikeuksiin kohdistettujen yleisten rajoitusten oikeutukseen.³⁶⁵ EIT katsoi, että olemassa oli tosiasiallisesti toisenlaisia keinoja Moldovan lainsäädännön, instituutioiden ja kansallisen turvallisuuden suojelemiseksi ja arvioi, että kun välitön uhka demokratialle ja itsenäisyydelle on poistunut, tulisi rajoittavat toimet toteuttaa ensin tunnistamalla varteenotettavat uhat valtion edulle erityisessä tilanteessa perustuen spesifiin informaatioon. Näin ollen EIT ei katsonut perustelluksi arvioida rajoitusta lähtökohdasta, jonka mukaan kaikki useamman kuin yhden kansalaisuuden haltijat muodostaisivat uhan kansalliselle turvallisuudelle. Muun muassa näihin seikkoihin perustuen EIT:n katsoi, että Moldova oli vuoden 2008 lainsäädäntöuudistuksellaan rikkonut ihmisoikeussopimuksen ensimmäisen lisäpöytäkirjan 3 artiklaa sen erityisestä historiallis-poliittisesta kontekstista huolimatta.

Ihmisoikeustuomioistuin arvioi Tănase-tapauksessa laajasti Moldovan historiallis-poliittisia lähtökohtia ja sitä viitekehystä, jossa rajoitus oli säädetty. EIT arvioi laajasti myös vuoden 2008 vaalioikeusreformin motiiveja ja pyrki sovittamaan nämä Moldovan kontekstuaalisiin olosuhteisiin. EIT katsoi, ettei rajoitus ollut oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään, joten se ei nähnyt tarkoituksenmukaiseksi arvioida laajemmin muun muassa sitä, oliko rajoituksella hyväksyttävä peruste. Tapauksen valossa näyttää siis, että vaikka pääasiallinen oikeuskysymys koskisikin sellaista oikeutta, johon sisältyy yllä selvittämäni kontekstuaalinen ulottuvuus, tulee oikeutta vapaisiin vaaleihin ja tämän oikeuden passiivista sisältöä arvioida ihmisoikeuksien rajoitusperusteiden kautta. Vaikka valtiossa vallitsevat erityislaatuiset olosuhteet sinänsä voivat perustella poikkeamista yleiseurooppalaisesta standardista, tulee mainittujen erityislaatuisten olosuhteiden olla todellisia ja niillä tulee tavoitella hyväksyttävää ja oikeasuhtaista päämäärää.

³⁶² Ibid.

³⁶³ Ibid, tuomion kohta 173.

³⁶⁴ Ibid, tuomion kohta 174.

³⁶⁵ Ibid, tuomion kohta 175.

Ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa vaikuttaa siltä, että toissijaisuusperiaatteen mukaisesti jäsenvaltio on ensisijainen arvioija kahden tai useamman oikeuden välillä suoritettavan tasapainotustehtävän suhteen niissä tilanteissa, kun tällainen tasapainotustehtävä on suoritettu ihmisoikeustuomioistuimen tapauskäytännöstä ilmenevien kriteerien mukaisesti. EIT on toistanut, että tällaisissa tapauksissa se tarvitsee vahvat perusteet korvatakseen kansallisten tuomioistuinten esittämän näkemyksen omallaan.³⁶⁶ Ongelmalliseksi oletus kontekstuaalisuuden viitekehyksessä muodostuu silloin, kun tällainen oletus yleistetään koskemaan kaikkia sellaisia oikeuksienvälisiä tasapainotustilanteita, joissa ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö on otettu ainakin näennäisesti huomioon. Kansallinen lainsäätäjä ja -käyttäjä eivät voi tehokkaasti pitää huolta ihmisoikeussopimuksen ajankohtaisuuden säilyttämisestä vain nojautumalla EIT:n erilaajuisesti kehittyvään oikeuskäytäntöön, vaan ihmisoikeussopimukseen liittyneiden valtioiden ja erityisesti tuomioistuinten tulee suhteuttaa niiden eteen tuodut tapaukset nykyiseen oikeuden tilaan³⁶⁷. Siten vaikka jäsenvaltiolla on ensisijainen tehtävä oikeuksienvälisissä punnintatilanteissa, on ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeutuksen kannalta ensiarvoista, että EIT ei tee kategorista presumptiota jäsenvaltion arvion oikeellisuudesta.

Kun EIT painottaa kansallisten tuomioistuinten roolia ihmisoikeusloukkauksen arvioinnissa ja korostaa omaa toissijaista asemaansa sekä edellyttää oikeuksienväliseltä uudelleenpunninnalta vahvoja perusteita, viestii se samalla jäsenvaltioille niiden ensisijaisesta tehtävästä ihmisoikeusstandardin asettamisessa, johon EIT tällaisella painotuksella itsensä sitoo. Jos EIT on halukas korvaamaan kansallisen tuomioistuimen näkemystä oikeuksienvälisissä punnintatilanteissa omallaan kuin vain poikkeuksellisesti, luopuu se samalla asemastaan yleiseurooppalaisen ihmisoikeusstandardin asettajana. Tämä saattaa johtaa kaksoisstandardin syntymiseen, jossa ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenevä ihmisoikeusstandardi ei enää vastaa ihmisoikeussopimuksen henkeä.

Olen edellä jäsentänyt kontekstualismin tulkintaperiaatteena merkitsevän sellaisia kansalliseen viitekehykseen sisältyviä erityislaatuista olosuhteita, joiden turvaaminen on perusteltua ja palautuu tosiasiallisesti myös yksilöiden oikeuksiin. Huomionarvoista kuitenkin ihmisoikeustuomioistuimen tulkintalogiikan jäsentämisen näkökulmasta on, että kontekstuaaliseen tulkintaan kiinnittyy myös sellaisia ratkaisuja, jotka eivät tosiasiallisesti liene palautettavissa yksilöiden oikeuksiin, vaan jotka sisältävät sellaisia ihmisoikeuksien rajoituksia, jotka ovat pikemminkin palautettavissa

³⁶⁶ Ks. esim. Von Hannover v. Germany (No. 2) (7.2.2012).

³⁶⁷ Lavapuro 2011, s. 475.

epähyväksyttäviin justifikaatioperusteisiin³⁶⁸. Tällaisista tapauksista esimerkinomaisesti voidaan mainita *A., B. & C. v. Irlanti* (16.12.2010), jossa ihmisoikeustuomioistuin esitteli perustavanlaatuisen moraalisten tunteiden (profound moral views) käsitteen. Tapauksessa EIT viittasi irlantilaisten perustavanlaatuisiin moraalisiin tunteisiin, jotka liittyvät elämän luonteeseen liittyviin käsityksiin ja näistä tunnoista johtuvaan syntymättömien lasten oikeuden elämään turvaamiseen. Tämän perusteella EIT katsoi, että abortin kieltäminen terveyteen ja hyvinvointiin liittyvillä perusteilla ei ylittänyt valtiolle myönnettyä harkintamarginaalia. EIT katsoi tapauksessa lisäksi, että kyseenalaistettu kieltäminen tavoitti tarkoituksenmukaisen kompromissin ensimmäisen ja toisen valittajan kohdalla suhteessa heidän yksityiselämäänsä ja syntymättömän lapsen oikeuksien välillä.³⁶⁹

Epähyväksyttävällä justifikaatioperusteella en tässä yhteydessä sinänsä tarkoita syntymättömän lapsen oikeuksiin viittaamista, vaan aborttikiellon oikeuttamista muiden irlantilaisten perustavanlaatuisilla moraalilla tunnoilla. EIT on myöhemminkin ottanut kantaa moraalisiin kysymyksiin kiinnittyviin seikkoihin ja todennut esimerkiksi jo aiemmin käsitellyssä *Gough*-tapauksessa, että valtiolle myönnettävä harkintamarginaali moraalisiin liittyvissä kysymyksissä on laaja, sillä Euroopassa ei vallitse yhtenäistä moraalikäsitystä³⁷⁰. *Gough*-tapauksessa esiintuotuun huomioon yhtenäisen eurooppalaisen moraalikäsitteen puutteen arvosta tulee kuitenkin suhtautua tarvittavalla kriittisyydellä, sillä esimerkiksi *A., B. & C v. Irlanti* -tapauksessa EIT ohitti aborttioikeuteen kiinnittyvän yleiseurooppalaisen konsensuksen paikantamisen³⁷¹. Tapauksien valossa vaikuttaakin pikemminkin siltä, että moraalikäsitteisiin paikannettavalla konsensuksella tai sen puutteella ei ole merkitystä harkintamarginaalin laajuutta arvioitaessa. Lienee kuitenkin luonnollista, että kontekstuaalisten olosuhteiden ja näiden painoarvon paikantamiseen tulee hakea johtoa muualta kuin muiden valtioiden oikeustiloista. Epähyväksyttävien justifikaatioperusteiden liittäminen kontekstuaalisten olosuhteiden painoarvon selvittämiseen näyttäytyy kuitenkin huolestuttavana kehityskulkuna, sillä saattaaahan tämä merkitä ihmisoikeustuomioistuimen sitoutumista tulevaisuudessa esimerkiksi oikeusvarmuuden vuoksi sellaisiin ratkaisuihin, jotka merkittävästi kaventavat ihmisoikeussopimuksessa turvattujen oikeuksien alaa ja tosiasiallisesti heikentävät yksilöiden oikeuksia ja vapauksia.

³⁶⁸ Epähyväksyttäviä justifikaatioperusteita olen käsitellyt yllä luvussa 4.2.

³⁶⁹ *A., B. & C. v. Ireland* (16.12.2010), tuomion kohta 241.

³⁷⁰ *Gough v. the United Kingdom* (28.10.2014), tuomion kohta 166.

³⁷¹ Ks. aborttioikeuteen kiinnittyvästä konsensuksesta tapauksen *A., B. & C. v. Ireland* (16.12.2010) tuomion kohdat 174 ja 175.

4.4. Kenen konsensus?

Olen yllä käsitellyt konsensusperiaatetta suuremmin problematisoimatta sen käsitettä. Kuitenkin puhuttaessa *yleiseurooppalaisesta konsensuksesta*, on tärkeä ottaa kantaa siihen, kenen tai minkälainen konsensus on kyseessä. On myös olennaista huomioida, että sen lisäksi, että on tarkoituksenmukaista selvittää, kenen käsityksistä yleiseurooppalainen konsensus voi rakentua, vaikuttavat konsensuksen sisältöön osaltaan myös ne ihmisoikeussopimuksessa esiintuodut oikeudet, joiden kohdalla ihmisoikeustuomioistuin on konsensusarviointia harjoittanut. Konsensukseen liittyvä kysymys koskien sen tunnistamiskriteeristöä ja yksilön oikeuksia, joihin se soveltuu ja joiden yhteydessä konsensusarviointia on käytetty, ei kuitenkaan ole yksijakoinen. Sen lisäksi, että yleiseurooppalainen konsensus voi rakentua useiden eri ryhmien sisäisen yhteisymmärryksen varaan ja EIT on sitä arvioinut useiden yksilön oikeuksien ja vapauksien yhteydessä, eri konsensuksen muodot voivat limittyä päällekkäin tai näiden välille voi syntyä jännitteitä. Pyrinkin tässä alaluvussa selvittämään konsensuksen käsitteellistä ulottuvuutta ja sitä, miten ja minkä oikeuksien yhteydessä EIT on konsensusarviointia ratkaisukäytännössään harjoittanut.

Konsensusarviointi ei siis vaikuta EIT:n ratkaisukäytännön perusteella vakaalta tai kaavamaiselta ennalta asetettujen sääntöjen soveltamiselta, eikä näin ollen pelkästään rajoitu määrittelemään valtion harkintamarginaalin laajuuteen liittyviä tekijöitä. Dzehtsiarou tuo esiin, että konsensusarviointia on harkintamarginaalin laajuuden määrittelyä lisäksi käytetty epätasmoisten käsitteiden määrittelyyn, liitetty evolutiiviseen lainlulkintaan ja sillä on ollut merkitystä myös valtion toimien suhteellisuuden arvioinnissa.³⁷² Olen jo yllä määritellyt konsensusarvioinnin Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden enemmistön yhteisymmärrykseksi koskien tiettyjä yksilön oikeuksia ja vapauksia edustavia juridisia arvoja ja moraalisia periaatteita³⁷³. Tällainen määritelmä ei kuitenkaan sinänsä ilmaise sitä, mitä konsensusperiaate ihmisoikeustuomioistuimen omassa arvioinnissa de facto merkitsee.

Konsensusarvioinnin henkilöllistä tai elimellistä ulottuvuutta koskeva läheinen kysymys liittyy ihmisoikeustuomioistuimen harjoittaman oikeusvertailun kattavuuteen. Konsensusperiaate viittaa siis ensisijaisesti ihmisoikeustuomioistuimen tunnistamiin, yleisesti hyväksytyihin arvoihin tai menettelytapoihin³⁷⁴, mutta tämä tavoittaa vain osan ihmisoikeustuomioistuimen konsensustulkintaan liittyvästä päättelystä. Konsensusarvioinnin tulisi Dzehtsiaroun mukaan

³⁷² Dzehtsiarou 2009.

³⁷³ Ks. Dzehtsiarou 2010, s. 2.

³⁷⁴ Dzehtsiarou 2009.

toteutuakin sosio-poliittisten että juridisten osatekijöiden kautta: Sosio-polittinen, materiaallinen osatekijä on Dzehtsiaroun mukaan konsensuksen sisällään pitämä yhteisymmärrys, joka koskee arvoja, moraalialia sekä sosio-poliittista käsitystä kyseessä olevista arvoista. Juridinen, menettelyllinen osatekijä puolestaan edellyttää yhteisymmärryksen paikantamiselta kattavaa sopimusosapuolten lainsäädännön ja oikeuskäytännön vertailua.³⁷⁵ Näin ollen konsensusarviointi pitää sisällään – tai sen vähintään tulisi käsittää – itse konsensusidentifikaation lisäksi kattava arvio yleiseurooppalaisen konsensuksen tunnistamiseen liittyvistä tekijöistä. Se, että ihmisoikeustuomioistuin soveltaa päättelyssään konsensusperiaatetta mutta ei kuitenkaan paikanna yleiseurooppalaista konsensusta, ei jää EIT:n ratkaisukäytännössä merkityksettömäksi. Näin ollen paikantamaton konsensus ei sinänsä poista konsensusperiaatteen arvoa EIT:n tulkinnallisena välineenä.³⁷⁶ George Letsas huomauttaa kuitenkin, että EIT:n tuomarit usein alistavat kysymykset ihmisoikeusrikkomuksista kansallisen lainsäätäjän päätettäviksi aina, kun yleiseurooppalaista konsensusta ei ole paikannettavissa, mutta toimivat kansallisten lainsäätäjien agenttina silloin, kun laajakantoinen yhteisymmärrys kansallisessa viitekehysessä on varmistettu.³⁷⁷ Näin ollen vaikuttaa siltä, että konsensusperiaatteen arvo silloin, kun konsensusta ei ole löydetty, rajoittuu sen merkitykseen harkintamarginaalin laajuuden osoittajana.

Etsittäessä vastausta kysymykseen, kenen konsensuksesta yleiseurooppalaisessa yhteisymmärryksessä on kyse, on olennaista huomioida, että konsensus itsessään – siis se, miten se ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä esiintyy – on käsitteenä hyvin epätäsmällinen. Vaikka Dzehtsiarou huomauttaakin, että konsensusta on käytetty tällaisten epätäsmällisten käsitteiden määrittelijänä³⁷⁸, vaikuttaa vastaintuutiiviselta, että epätäsmällinen tulkintaperiaate voisi tehokkaasti turvata yleissopimuksen määräysten käsitteellisen arvioinnin. Konsensusperiaate pitää kuitenkin sisällään kaksi erilaista ajatusmallia. Ensimmäinen näistä on myös Dzehtsiaroun kuvaama perusajatus konsensuksen sisällöstä Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden jakamana yhteisymmärryksenä arvoista, moraalista ja sosiopoliittisena käsityksenä puheena olevista arvoista. Tämä perusajatus pitää sisällään oletuksen, että kun EIS:n sopimusosapuolten oikeus muuttuu, tulee Euroopan ihmisoikeussopimuksen suojaaman oikeuden alankin muuttua. Tämä oletus ei siis sinänsä itsenäisenä pidä sisällään minkäänlaista viitettä siitä, mihin suuntaan jäsenvaltioiden oikeuden tulee kehittyä, jotta konsensus-argumenttia voitaisiin tehokkaasti soveltaa.

³⁷⁵ Dzehtsiarou 2009.

³⁷⁶ Dzehtsiarou 2009.

³⁷⁷ Letsas 2004, s. 297.

³⁷⁸ Dzehtsiarou 2009.

Toinen konsensuksen sisällään pitämä ajatusmalli taas puolestaan sisältää tietyyntyyppisen normatiivisen käskyn ihmisoikeuksien alan laajentamisesta konsensusperiaatteen keinoin. Letsas toteaa, että *Marckx v. Belgia* -tapauksessa vuodelta 1979, EIT ei sitoutunut kollektiiviseen tulkintakäsitykseen. Letsas päättelee, että se, mikä perustaa ihmisoikeusrikkomuksen, ei riipu oikeussääntöjen ja asenteiden muutoksesta, vaan EIT:n päättely *Marckx*-tapauksessa osoittaa ihmisoikeuksien sisällölliseen ulottuvuuteen kiinnittyvän havainnon tai oikeastaan löytämisen. Tämän ihmisoikeussopimuksen suojaaman oikeuden aineellisen sisällön tosiasiallinen löytäminen antaa olettaa, että valituksenalainen toimintatapa on aina perustanut ihmisoikeusrikkomuksen Euroopan ihmisoikeussopimuksen viitekehyksessä, mutta tätä rikkomusta ei ole aina vain havaittu.³⁷⁹ Näin ollen siis se, miten ihmisoikeustuomioistuin on aiemmin rakentanut tietyn oikeuden sisältöä, on saattanut de facto olla ihmisoikeussopimuksen tarkoituksen ja päämäärän vastainen silloinkin, kun yleinen käsitys on antanut ymmärtää toisin. Tämä tarkoittaa siis onnistuneen konsensusarvioinnin kannalta sitä, että jäsenvaltioiden käsityksen ja ymmärryksen tietystä ihmisoikeuden sisällöstä tulisi olla jollakin tavalla *parempi*, eikä pelkkä erilaisuus aiempaan tilanteeseen nähden riitä. Jälkimmäinen ajatusmalli lähentyy vahvasti evolutiivisen laintulkinnan periaatetta ja ajatusta ihmisoikeustuomioistuimen roolista moraaliseen oikeudenmukaisuudesta kumpuavan totuuden turvaajana³⁸⁰.

Se, jäsennetäänkö konsensusperiaatetta ensimmäisen vai toisen ajatusmallin turvin vaikuttaa siihen, millainen merkitys oikeusvertailulla ja eurooppalaisen yhteisymmärryksen muodostajataholla konsensusargumentaatioon on. Kun konsensusta jäsennetään Dzehtsiaroun tavoin niin, ettei konsensusperiaate pidä sisällään minkäänlaista implisiittistä oletusta syntyneen tai kehittyvän yhteisymmärryksen suunnasta, sijoittuu oikeusvertailu konsensusarvioinnin ytimeen. Tällöin kysymys, kenen konsensuksesta ylipäättään on kyse, faktualisoituu konsensusarvioinnin luotettavuuteen vahvasti kytkeytyvänä seikkana. Konsensusperiaatteeseen liittyvä yllä esittelemäni jälkimmäinen ajatusmalli toteuttaa yleiseurooppalaista yhteisymmärrystä kuitenkin ensisijaisesti evolutiivisen laintulkinnan tukena lisäten ihmisoikeussopimuksen evolutiiviseen luonteeseen eurooppalaisen kontekstin. Tällöin kyse ei ole niinkään siitä, että ihmisoikeustuomioistuin katsoo jonkin toimintatavan perustavan ihmisoikeusrikkomuksen siksi, että suurin osa EIS:n sopimusosapuolista katsoo niin, vaan ihmisoikeusrikkomuksen paikantaminen liittyy ensisijaisesti ihmisoikeussopimuksessa käytettyjen käsitteiden tosiasiallisen merkityksen selvittämiseen ja suuntautuu kohti ihmisoikeussopimuksen moraalisen ulottuvuuden käsitteellistämistä³⁸¹. Kun

³⁷⁹ Letsas 2004, s. 301.

³⁸⁰ Letsas 2004, s. 298–301.

³⁸¹ Letsas 2004, s. 297.

konsensusarviointia käytetään ensisijaisesti erottamattomana osana evolutiivista laintulkintaa, ei oikeusvertailu ja yleiseurooppalaisen yhteisymmärryksen muodostajatahon paikantaminen ole yhtä ratkaisevaa kuin ensimmäisessä konsensukseen liittyvässä ajatusmallissa, sillä tällöin konsensusperiaate ei ole ratkaiseva ihmisoikeussopimuksen määräysten alan määrittelyssä.

Jos kuitenkin konsensusperiaatetta käytetään ohjaamaan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaa tietyn oikeuden sisällöstä niin, että tämä yhteisymmärrys itsessään määrittelee, perustaako tietty toiminta ihmisoikeusrikkomuksen vai ei, korottuu oikeusvertailun merkitys konsensusarvioinnin ytimeen. Tällöin on vaikea nähdä, että yleiseurooppalaisen konsensuksen osoittamiseksi riittäisi hypoteettinen konsensus, vaan konsensuksen tulee näyttäytyä Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden oikeudessa täsmällisenä. Hypoteettinen konsensus, siis ajatus, että tällainen yhteisymmärrys voi rakentua Euroopan neuvoston piirissä omaksuttujen periaatteiden varaan, soveltunee konsensustulkintaan vain silloin, kun konsensustulkinta kiinnitetään evolutiiviseen laintulkintaan ja ihmisoikeussopimuksen moraaliseen käsitteellistämiseen³⁸².

Dzehtsiarou toteaa, että sopimusosapuolten oikeuden vertailevaa analyysia käytetään ratkaistessa moniulotteisia pulmia, jotka liittyvät arvoihin ja moraalisiin kiistoihin, sillä lainsäädäntö Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden sisällä on huomattavasti yhtenäisempää kuin koko maailman tasolla. Näin ollen oikeusvertailun suurin arvo on yhtenäisen juridisen näkemyksen paikantaminen suhteessa tiettyihin, puheena oleviin arvoihin.³⁸³ Sen lisäksi, että konsensus on Dzehtsiaroun mukaan ensisijaisesti Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden enemmistön yhteisymmärrys tietyistä arvoista ja moraalisisista periaatteista, mitkä tunnistetaan oikeusvertailun keinoin jäsenvaltioiden lainsäädännöstä ja oikeuskäytännöstä, faktualisoituu konsensusperiaate EIT:n oikeuskäytännössä Dzehtsiaroun myös seuraavina, jokseenkin toisentyyppisinä yhteisymmärryksinä. Ensinnäkin yleiseurooppalainen konsensus voi toteutua kansainvälisenä konsensuksena, joka on tunnistettavissa kansainvälisten sopimusten avulla. Toiseksi konsensus voi olla tietyn Euroopan neuvoston jäsenvaltion sisäinen. Kolmanneksi kyse voi olla asiantuntijakonsensuksesta ja viimeiseksi konsensus voi toteutua Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomarien välisenä yhteisymmärryksenä.³⁸⁴

Esimerkiksi tapauksessa *Marckx* ihmisoikeustuomioistuin viittasi kahteen kansainväliseen sopimukseen, jotka liittyivät avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten oikeudellisen aseman vakiinnuttamiseen (*The Brussels Convention on the Establishment of Maternal Affiliation of*

³⁸² Täsmällisestä ja hypoteettisesta konsensuksesta ks. tarkemmin Letsas 2004, s. 302.

³⁸³ Dzehtsiarou 2009.

³⁸⁴ Dzehtsiarou 2009.

Natural Children ja The European Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock). Huomionarvoista tapauksessa oli, että esimerkiksi yllä mainitun Brysselin sopimuksen kymmenestä sopimusosapuolesta vain kahdeksan oli tapauksesta Marckx annettuun tuomioon mennessä allekirjoittanut sopimuksen, ja näistä vain neljä oli ratifioinut sen.³⁸⁵ Näin ollen kyseessä ei ollut Euroopan neuvoston sopimusosapuolten enemmistön sitoutuminen yllä mainittuihin kansainvälisiin sopimuksiin, ja tuomiossa EIT irtautuikin oletuksesta, että jäsenvaltioiden oikeuksista löytyvän yhteisen nimittäjän tulisi olla tunnistettavissa nimenomaisesti jäsenvaltioiden lainsäädännöstä.³⁸⁶ Siten eurooppalainen yhteisymmärrys voi rakentua myös sellaisista ihmisoikeusvelvoitteista, joihin tietty jäsenvaltio ei kuitenkaan välttämättä nimenomaisesti ole sitoutunut. Myöskään Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden enemmistön ei tarvitse olla sitoutunut kyseiseen ihmisoikeusasiakirjaan, vaan Marckx-tapauksen valossa näyttää siltä, että joissakin tilanteissa riittää, yhdistettynä jäsenvaltioiden oikeudessa jo tapahtuneeseen ja odotettavissa olevaan kehitykseen, että ihmisoikeusasiakirjat ovat olemassa. Marckx-tapauksessa EIT totesikin, että yllä mainittujen avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten oikeudellista asemaa vahvistavien sopimusten olemassaolo riittää merkitsemään, että moderneissa yhteiskunnissa on olemassa sellainen yhtenäinen perusta, jolla on merkitystä ihmisoikeussopimuksen suojaaman oikeuden rakentumiselle.³⁸⁷ Näin ollen kansainvälisten sopimusten avulla tunnistettava konsensus voi olla myös luonteeltaan myös hypoteettinen ja rajoittautua osoittamaan yleisiä, Euroopan neuvoston piirissä hyväksytyjä periaatteita ja toimintaa näiden periaatteiden mukaisesti.

Toinen Dzehtsiaroun esittämä konsensuksen muoto on tietyn, kulloinkin kyseessä olevan valtion sisäinen yhteisymmärrys, joka liittyy ensisijaisesti valtion sisäisiin, yhteiskunnallisiin erimielisyyksiin.³⁸⁸ Dzehtsiarou katsoo, että EIT:n ratkaisujen ei tulisi perustua ainoastaan kansainväliseen oikeuteen, mutta tekee tähän joitakin varauksia. Dzehtsiarou huomauttaa, että esimerkiksi kansanäänestysten, joiden voidaan katsoa olevan seurausta laajasta valtion sisäisestä keskustelusta, lopputuloksia on vaikea ennustaa jopa vähemmän kiistanalaisten kysymysten yhteydessä, ja näin ollen Dzehtsiaroun mukaan herää kysymys valtion sisäisen konsensuksen tunnistamiskriteeristöstä.³⁸⁹ Tapauksessa Tyrer³⁹⁰ Yhdistyneen kuningaskunnan asiamiehen argumentin mukaan tuomioistuimen asettama rangaistus ruumiillisesta kurituksesta ei perustanut halventavaksi katsottavaa kohtelua, sillä se ei herättänyt yleistä vastustusta Manin saarella.

³⁸⁵ Marckx v. Belgia (13.6.1979), tuomion kohdat 20 ja 41.

³⁸⁶ Letsas 2004, s. 300.

³⁸⁷ Marckx v. Belgia (13.6.1979), tuomion kohta 41.

³⁸⁸ Dzehtsiarou 2009.

³⁸⁹ Dzehtsiarou 2009.

³⁹⁰ Tyrer v. the United Kingdom (25.4.1978).

Ihmisoikeustuomioistuin kuitenkin katsoi, että ruumiillisen kurituksen halventavuutta ei voida määritellä yleisen hyväksynnän perusteella, vaan esitetty ruumiillinen kuritus voi olla yleisön näkökulmasta hyväksyttävää juuri siksi, että se on nöyryyttävää sekä halventavaa, ja voi näin toimia tehokkaana yleisestäjänä.³⁹¹

Ihmisoikeuksien tarkoitus on turvata tehokkaasti myös vähemmistöjen oikeudet, ja vähemmistöjen oikeudet voivat tietyissä tilanteissa olla vastakkaisia enemmistön etuun nähden, eikä siten enemmistö voi onnistuneesti määritellä, mikä yksilön oikeuksien laajuus on kiistanalaisissa oikeudellisissa kysymyksissä. Näin ollen vaikuttaa loogiselta, että Euroopan neuvoston tietyn jäsenvaltion sisäinen yhteisymmärrys ei voi yksinään toimia onnistuneesti ja legitimiesti EIT:n konsensusargumenttina. Kuitenkin esimerkiksi tapauksessa *Borgers v. Belgia* EIT perusti konsensusarviointinsa valtion sisäiselle konsensukselle³⁹², eikä näin ollen valtion sisäisellä yhteisymmärryksellä argumentointi ole ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikalle tuntematonta.

Ihmisoikeustuomioistuin on useissa tapauksissa painottanut, että ihmisoikeussopimusten määräysten tulee toteutua käytännöllisinä ja tehokkaina³⁹³. Näin ollen vaikuttaa siltä, että hypoteettinen konsensus yhdistettynä esimerkiksi evolutiiviseen laintulkintaan kiinnittyvään argumentaatioon saattaa olla ihmisoikeuksien tehokkaan ja käytännöllisen toteutumisen edellytys. Huomionarvoista on, että konsensusargumentaatio ei kuitenkaan ole näiden oikeuksien toteuttamiseen liittyvä välttämättömyys, vaan ensisijaisesti kansainvälisoikeudelliseen legitimitettiin ja ihmisoikeustuomioistuimen arkitodellisuuteen kiinnittyvä tosiasia. Rautiainen tuo esiin, että konsensusarviointi yleisellä tasolla voi kiinnittyä lähes millaiseen asiantilaan tahansa, kunhan se on empiirisesti havaittavissa³⁹⁴. Rautiainen lisää, että konsensusargumentaatio perustuu usein ratkaisussa eriteltyyn oikeusvertailuun tai empiirisiin tutkimuksiin. Tällaisiin tapauksiin liittyvien ratkaisujen pohjalta Rautiainen jaottelee konsensusargumentit kolmeen eri vaihtoehtoiseen tapaan paikantaa käsitelty yhteinen eurooppalainen standardi, jotka ovat oikeudellinen konsensus, asiantuntijamielipiteiden konsensus ja kansalaismielipiteiden konsensus.³⁹⁵

Rautiainen tuo esiin, että esimerkiksi *Fretté*-tapauksessa EIT:n enemmistö ja vähemmistö paikansivat konsensukseen kiinnittyvän tulkinnan itselleen suotuisasta lähdemateriaalista.³⁹⁶ Konsensusargumentaation lähteen paikantaminen vaikuttaa siis olevan ihmisoikeustuomioistuimen

³⁹¹ Ibid, tuomion kohta 31.

³⁹² *Borgers v. Belgium* (30.10.1991), tuomion kohta 26.

³⁹³ Ks. esim. *Airey v. Ireland* (9.10.1979), tuomion kohta 24.

³⁹⁴ Rautiainen 2011, s. 1156.

³⁹⁵ Rautiainen 2011, s. 1156.

³⁹⁶ Rautiainen 2011, s. 1156 ja *Frette v. France* (26.2.2002), tuomion kohta 41.

tulkinnan etiikkaan sisältyvä arvovalinta, joten konsensuksella argumentoinnin itsenäisen periaatteellisen arvon lisäksi konsensusargumentaation merkitystä tulee etsiä konsensuksen paikantamiseen liittyvästä tietoisesta arvovalinnasta. Vaikka lähtökohtaisesti konsensus periaatteena ei sisälläkään moraalista valintaa ihmisoikeuksia taustoittavien moraalisten arvojen turvaamisen puolesta tai näitä vastaan, ei tämä merkitse, että konsensusargumentaatioon kiinnittyvät aktiiviset valinnat olisivat luonteeltaan samalla tavalla moraalisesta näkökulmasta neutraaleja. Jotta siis konsensusta ihmisoikeuksien fundamentaalisen moraalisuuden näkökulmasta voitaisiin onnistuneesti arvioida, on tärkeä vastata *kenen konsensus on kyseessä* -kysymyksen lisäksi kysymykseen, mihin syihin konsensusargumentaation lähteen valinta perustuu.

5. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikan oikeutus

5.1. Legitimiteettikeskustelun kansainvälisoikeudellisia lähtökohtia

Tässä alaluvussa tarkoitukseni on selvittää, minkälainen kansainvälisoikeudellinen perusta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteiden oikeutuksella on sekä minkälaista oikeustieteellistä keskustelua asiasta on käyty. Tarkoitukseni on erityisesti selvittää niitä eri tekijöitä, jotka tekevät eriävien näkökantojen esittämisen ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnallisten periaatteiden oikeutuksesta mahdolliseksi. Pyrin ensisijaisesti vastaamaan kysymykseen, minkälaisista valtiosääntö- ja kansainvälisoikeudellisista elementeistä tulkintaperiaatteiden oikeutus ylipäätään rakentuu ja mitkä tekijät pysyttävät tätä oikeutusta voimassa. Tulkintaperiaatteiden oikeutuksen kiinnitän tässä alaluvussa kahteen eri kansainvälisoikeudelliseen lähtökohtaan: Euroopan ihmisoikeussopimukseen kansainvälisoikeudellisena sopimuksena sekä EIS:n sitovaan luonteeseen. En pyri ottamaan kantaa minkään tietyn jäsenvaltion valtiosääntöiseen perustaan, vaan pysytän keskustelun kansainvälisellä, yleiseurooppalaisella tasolla ja paikannan niitä elementtejä, jotka yhdistävät kaikkien jäsenvaltioiden ihmisoikeuskulttuureja. Tunnistan kuitenkin, että tällainen pyrkimys saattaa kohdata haasteita, sillä lienee vain suppeita perusteluja vaativa tosiasia, ettei Euroopan neuvoston jäsenvaltiopohjaa voida enää 2010-luvun todellisuudessa nimittää homogeeniseksi kokonaisuudeksi. Huomionarvoista lisäksi on, että olen käsitellyt luvussa 3.1.1. ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeutta, joten ihmisoikeustuomioistuimelle luovutettuun mandaattiin tulkita ihmisoikeussopimusta en enää tässä asiayhteydessä tarkemmin perehdy, vaan pääpaino on legitimizeettiin kiinnittyvillä kysymyksillä.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1 artikla on otsikoitu velvollisuudeksi kunnioittaa ihmisoikeuksia, ja sen sisältö on seuraava:

”Korkeat sopimuspuolet takaavat jokaiselle lainkäyttövaltaansa kuuluvalla tämän yleissopimuksen I osassa määritellyt oikeudet ja vapaudet.”

Artikla pitää sisällään kaksi ulottuvuudeltaan erilaista seikkaa. Ensimmäkin se tuo esiin sopimusvelvoitteiden yleisen luonteen ja toiseksi se sisältää sopimusvelvoitteiden henkilöllistä, alueellista ja aineellista ulottuvuutta koskevat perustavanlaatuiset periaatteet. Yleissopimuksen päämäärät eivät ole luonteeltaan tavoitteenomaisia, vaan ihmisoikeussopimuksen suojaama oikeus vaatii jäsenvaltioltaan sen välitöntä turvaamista.³⁹⁷ Tästä lähtökohdasta ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeutus näyttää ongelmattomalta. Ihmisoikeussopimukseen sitoutuneet Euroopan

³⁹⁷ Pellonpää, Gullans, Pölönen ja Tapanila 2012, s. 15.

neuvoston jäsenvaltiot ja näiden oikeusjärjestelmät kuuluvat ihmisoikeustuomioistuimen lainkäyttövallan piiriin sitoutuessaan turvaamaan ihmisoikeussopimuksessa esiintuodut oikeudet. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeutuksen ongelma on kuitenkin monisyisempi, sillä ei liene kyse jäsenvaltion tekemän tahdonilmauksen kansainvälisoikeudelliseen sopimukseen liittymisestä ja sopimuksen kansallisen voimaanpanon suhteesta tai jäsenvaltion kansainväliseen sopimukseen sitoutumisen yleisluonteisesta oikeudellisesta pätevyydestä.

Kyse lienee ennen kaikkea siitä, kenellä on kompetenssi arvioida, mikä on ihmisoikeussopimuksen suojaama oikeutta, toisin sanoen kuinka pitkälle meneviä tulkintoja ihmisoikeussopimuksen sisällöstä voidaan tehdä. Tähän kysymykseen ei kuitenkaan voida vastata edes suuntaa antavasti ilman ihmisoikeussopimuksen sisällön käsittelyä sen kompetenssinäkökulmasta sekä ihmisoikeussopimuksen arviointia yleisestä kansainvälisoikeudellisesta lähtökohdasta, ensisijaisesti Valtiosopimus-oikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen perspektiivistä.

Tulkintaperiaatteiden käytön, näiden käytön oikeutuksen sekä tulkintaperiaatteiden käytön merkityksen kansallisessa asiayhteydessä moninaista asetelmaa kuvaa hyvin käsitykseni mukaan se, että ihmisoikeustuomioistuin itse on vahvasti korostanut kansainvälisen ihmisoikeusvalvonnan toissijaisuutta verrattuna kansallisen tason menettelyihin ³⁹⁸. Ihmisoikeustuomioistuimen harjoittaman ihmisoikeuskontrollin subsidiariteetin ilmauksena voidaan nähdä juurikin lähtökohta, jonka mukaan ihmisoikeussopimuksen suojaama oikeus tulee toteuttaa välittömästi kansallisella tasolla huolimatta ihmisoikeussopimuksen tarjoamista kansainvälisistä oikeussuojakeinoista ³⁹⁹. Tämä subsidiariteettiperiaate, jonka ihmisoikeustuomioistuin on tuonut esiin muun muassa tuomiossa *Handyside v. Yhdistynyt kuningaskunta* (7.12.1972) ⁴⁰⁰, voidaan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella johtaa ihmisoikeussopimuksen 35.1 artiklasta, jossa säädetään yksilövalituksen tutkittavaksi ottamisen edellytyksistä. 35.1 artikla säättää seuraavalla tavalla:

”Tuomioistuin voi ottaa asian käsiteltäväkseen vasta kun siinä on turvauduttu kaikkiin kansallisiin oikeussuojakeinoihin yleisesti tunnustettujen kansainvälisen oikeuden sääntöjen mukaisesti ja kuuden kuukauden kuluessa lopullisen kansallisen päätöksen antopäivästä.”

³⁹⁸ *Handyside v. the United Kingdom* (7.12.1972) ja Lavapuro 2011, s.348.

³⁹⁹ Pellonpää, Gullans, Pölonen ja Tapanila 2012, s. 49.

⁴⁰⁰ Kohta 48: ”The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights.” ja “--The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (Article 26).” On kuitenkin tärkeää huomata, että tutkittavaksi ottamisen edellytyksistä säädetään nykyään ihmisoikeussopimuksen 35.1 artiklassa, jota ihmisoikeussopimuksen alkuperäistekstin 26 artikla sisällöltään vastaa.

Ihmisoikeustuomioistuimen toiminnan lähtökohtana on siis korostunut kansainvälisen valvonnan toissijaisuus. Vaikka tämän subsidiariteettiperiaatteen voidaan nähdä vahvistavan ihmisoikeustuomioistuimen tuomiokäytännön legitimitettä, saa tämä aikaan myös haasteita erityisesti jäsenvaltioille itselleen. Ihmisoikeusmääräysten korostunut yleisluonteisuus ja väljät kirjoitusasut aikaansaavat, että tietyille oikeudelle lienee mahdotonta antaa sellaista joustamatonta merkitystä, joka kokonaisvaltaisesti kykenisi hylkäämään oikeuden dynaamisen luonteen. Tällaiset perustavanlaatuiset oikeudet, joista ihmisoikeussopimuksessakin on kyse, vaativat jäsenvaltioiden osalta perustavanlaatuisia arvoratkaisuja⁴⁰¹. Vaikka ihmisoikeustuomioistuimella on kiistaton oikeus tulkintaan, asettavat tälle tulkinnan oikeudelle ja tähän liittyvälle oikeutukselle rajoja yhä vahvemmin ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä vahvistunut subsidiariteettiperiaate ja harkintamarginaalioppi, jonka kautta pitkälti ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä tätä toissijaisuutta toteutetaan.

5.2. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomiokäytännön oikeutuksen puolustus ja kritiikki

Tähän alalukuun olen pyrkinyt kokoamaan näkökohtia, joita on esitetty ihmisoikeustuomioistuimen toiminnan legitimitetin puolesta ja vastaan. Osa näistä näkökohdista rajoittuu vain tiettyjen tulkintaperiaatteiden oikeutuksen arviointiin. Olen kuitenkin rinnastanut nämä yleisimpien, useampia tulkintaperiaatteita tai tulkintaperiaatteiden kokonaisuutta koskevien näkökohtien kanssa, sillä nähdäkseni ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeutusta ei voitane tehokkaasti arvioida irrottaen tietty periaate tulkintakäytännön kokonaisuudesta. Siten lähtökohtanani on, että tiettyä tulkintaperiaatetta kohtaan esitetty kritiikki voidaan kohdistaa koko ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaeettistä kokonaisuutta kohtaan.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen toimintaa on kritisoitu ensisijaisesti kahdesta erityyppisestä lähtökohdasta. Ensinnäkin on esitetty kritiikkiä niitä tulkintaperiaatteita kohtaan, joiden ideologinen perusta voidaan nähdä olevan ihmisoikeuksien universaalisuuden sijaan relativistissa taustaoletuksissa. Muun muassa Eyal Benvenisti katsoo ihmisoikeussopimuksen ja ihmisoikeussopimuksessa suojattavien oikeuksien turvaamiseksi perustetun ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännön suhteessa sovittamattoman ristiriidan. Tämä ristiriita syntyy Benvenistin mukaan EIS:n ja EIT:n poikkeavista tarkoituseristä: ihmisoikeussopimuksen tarkoitus on asettaa universaalit standardit ihmisoikeuksien turvaamiselle. Tämä universaliteetin tavoite kuitenkin vaarantuu, kun ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöön sisällytetään

⁴⁰¹ Lavapuro 2011, s. 467.

harkintamarginaalioppi, jonka mukaan jokainen sopimuksen jäsenvaltio on oikeutettu tiettyyn marginaaliin ratkaistessaan konflikteja, jotka syntyvät yksilöiden oikeuksien ja kansallisten intressien tai erilaisten moraalisten vakaumusten välillä. Harkintamarginaaliopilla voi Benvenistin mukaan olla kielteisiä seurauksia, jotka vaikutusasteeltaan voivat ylettyä jopa kansainväliseen yhteisöön kokonaisuudessaan sekä myös muihin, Euroopan neuvoston, ulkopuolisiin ihmisoikeustoimijoihin.⁴⁰²

Yleistetysti, irrottaen Benvenistin kritiikki pelkästään harkintamarginaalioppidoktriinista, voidaan tehdä seuraavanlainen päätelmä: Kun ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöön sisältyy sellaisia erilaisia periaatteita, joiden lähtökohdat ovat vaihtelevasti ihmisoikeuksien universaalisuudessa ja toisaalta relativistisuudessa, ihmisoikeustuomioistuimen toiminta ensinnäkin vaarantuu uskottavuudeltaan, koska ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntö voi heikentää ihmisoikeuksien kansainvälistä toimeenpanoa⁴⁰³. Toiseksi se herättää kysymyksen tuomioistuimen kaksinaismoralistista tarkoituksesta, mikäli tuomioistuin voi valita käyttämänsä tulkintaperiaatteet á la carte -tyyppisesti⁴⁰⁴ ja kolmanneksi se voi saada aikaan kansainvälisen ihmisoikeusvalvonnan vastustusta kansallisissa instituutioissa, kun tietyt tulkintaperiaatteet puoltavat vahvasti kansainvälisen valvonnan toissijaisuutta ja kansallisen tuomioistuimen viimekätistä pätevyyttä tietyn ihmisoikeusrajoituksen välttämättömyyden arvioinnissa⁴⁰⁵. Neljänneksi se voi aikaansaada perustellun epäilyksen ihmisoikeustuomioistuimen auktoriteetista luoda ja kehittää tulkintaperiaatteita, sillä kaikkien tulkintaperiaatteiden ideologinen sedimentti ei ole universaalisuudessa ja viidenneksi ja viimeiseksi heikentää myös muiden kansainvälisten ihmisoikeusinstituutioiden oikeutusta⁴⁰⁶.

Viimeinen vaikutus liittyy ihmisoikeuksien viimekätiseen rooliin vähemmistöjen oikeuksien turvaajana ensisijaisesti demokratian rakenteellisten puutteiden korjaamisen kautta. Benvenistin mukaan kansainvälisten ihmisoikeusinstituutioiden pääoikeutus lepääkin pitkälti niiden mahdollisuudessa edistää vähemmistöjen oikeuksia. Enemmistöjen hallitsemille kansallisille instituutioille myönnetty harkintamarginaali kuitenkin vaarantaa ihmisoikeusinstituutioiden mahdollisuudet vähemmistöjen oikeuksien turvaamiseen. Konsensuksella ihmisoikeustuomioistuimen tulkintatraditiona on Benvenistin mukaan samanlainen vaikutus, sillä vähemmistöille olennaiset arvot harvoin välittyvät kansallisiin poliittisiin linjauksiin.⁴⁰⁷ Tästä

⁴⁰² Benvenisti, 1999, s. 843–845.

⁴⁰³ Benvenisti 1999, s. 844.

⁴⁰⁴ Ibid.

⁴⁰⁵ Ibid.

⁴⁰⁶ Benvenisti 1999, s. 845.

⁴⁰⁷ Benvenisti 1999, s. 847–851.

syystä vähemmistöjen ainoaksi mahdollisuudeksi jää turvautua kansallisen oikeusjärjestelmän prosessuaalisiin menettelyihin, mutta sillä itse enemmistöön kuuluvat tuomarit eivät välttämättä kykene omista subjektiivisista lähtökohdistaan arvioimaan vähemmistöön tai sen jäsenen kohdistettua mahdollista oikeudenloukkausta, kansainvälinen ihmisoikeusvalvontainstituutio ja siihen liittyvät tuomioistuinmenettelyt saattavat olla vähemmistöjen viimeinen keino ja ainoa mahdollinen reitti hyvityksen saamiseen.⁴⁰⁸ Jos puolestaan tällaiset ihmisoikeusinstituutiot eivät kykene tehokkaasti valvomaan vähemmistöjen oikeuksia, on koko kansainvälisen ihmisoikeusinstituution toiminnan viimekätinen oikeutus vaarassa.

Toisekseen kritiikkiä on esitetty tulkintaperiaatteiden väljän ja tulkinnanvaraisen määrittelyn näkökulmasta. Ihmisoikeustuomioistuin ei ole ollut halukas määrittelemään niitä elementtejä, joiden perusteella kukin tulkintaperiaate ja siihen liittyvät tarpeelliset olosuhteet voidaan tunnistaa⁴⁰⁹. EIT:n epäonnistuminen konsensustulkinnan alan ja tarkoitusperän tarkassa määrittelyssä voi L.R. Helferin mukaan johtaa vakaviin seurauksiin tuomioistuimen roolin näkökulmasta eurooppalaisten ihmisoikeuksien välittäjänä⁴¹⁰: Helfer näkeekin, että ilman johdonmukaista määritelmää siitä, milloin kehittyvät ihmisoikeusperiaatteet tulee sisällyttää osaksi ihmisoikeussopimuksen suojaamaa oikeutta, tuomioistuin vaarantaa oikeudellisen legitimitettinsä aina, kun se irrottautuu ihmisoikeussopimuksen laatijan tarkoituksesta⁴¹¹.

Helfer tunnistaa, että konsensustulkinta on ihmisoikeustuomioistuimelle ensisijainen keino toteuttaa EIS:n tarkoitusta ja päämäärää: sopimuksen sisältämien oikeuksien maailmanlaajuinen ja todellinen tunnustaminen ja noudattaminen samanmielisten Euroopan maiden hallituksina, joilla on yhteinen poliittisten perinteiden, ihanteiden, vapauden ja oikeusjärjestelmän perintö. Yleistetyksi voidaankin sanoa, että EIT:n käyttämien tulkintaperiaatteiden ensisijainen tarkoitus on ihmisoikeussopimuksen päämäärän turvaaminen. Helfer kuitenkin tuo esiin, että ihmisoikeustuomioistuin on aktiivisen tietoinen, että ihmisoikeussopimus on olemassa vain siihen kuuluvien jäsenvaltioiden suostumuksesta, ja tästä syystä on ensiarvoisen tärkeää, että jäsenvaltiot kokevat ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön oikeutetuksi. Muuten silloin, kun jäsenvaltio saa sellaisen tuomion, jonka kokonaiskustannukset ovat sille kalliit, voi tämä halutessaan vetäytyä kokonaan sopimuksesta tai vaihtoehtoisesti käyttää vähemmän ihmisoikeussopimukseen kajoavia keinoja ja kieltäytyä noudattamasta tuomioita tai lykätä sen voimaansaantoa. Tämä on Helferin mukaan erityisen ongelmallista siksi, koska ainoa ihmisoikeussopimuksen sisällön vahvistuskeino

⁴⁰⁸ Benvenisti 1999, s. 848–849.

⁴⁰⁹ Konsensustulkinnan osalta ks. Helfer 1993, s. 138.

⁴¹⁰ Helfer 1993, s. 135.

⁴¹¹ Helfer 1993, s.137.

on erottaa sopimusta rikkova osapuoli Euroopan neuvostosta.⁴¹² Helfer siis katsoo, että ihmisoikeussopimusta rikkovan jäsenvaltion sekä muiden EIS:n osapuolten keinot ovat vahvassa epäsuhdassa keskenään, sillä ihmisoikeustuomioistuimen tuomiota vastustavalla valtiolla on käytössään laajempi erilaisten poliittisten keinojen valikoima, kun taas muut jäsenvaltiot joutuvat tarkastelemaan vierestä EIS:ta rikkovan jäsenvaltion toimia näihin suurimmaksi osaksi puuttumatta. Huomionarvoista kuitenkin on, ettei ihmisoikeustuomioistuin ole tässä suhteessa passiivinen osapuoli, vaan esimerkiksi Dothan jäsentää ihmisoikeustuomioistuimen harjoittamaa oikeudellista aktivismia ja toisaalta itsekontrollia ihmisoikeustuomioistuimen itse harjoittamana laskutoimituksena, ja näin ollen tulkintaperiaatteiden soveltaminen on EIT:n aktiivisen harkinnan tulos⁴¹³.

Konsensustulkinnan tarkoitus on siis varmistaa, että ihmisoikeustuomioistuimen tulkinta suojattujen oikeuksien sisällöstä on johdonmukainen ihmisoikeussopimuksen hengen kanssa. Helfer kuitenkin näkee tämän sitoumuksen olevan jatkuvassa jännitteessä kansallisen päätöksenteon ja erityisesti tämän päätöksenteon kunnioituksen kanssa, vaikkakin myöhemmin Helfer on painottanut ihmisoikeussopimuksen sulautumista Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden oikeustiloihin ja irtautunut aiemmin esittämästään käsityksestä⁴¹⁴. Jos siis ihmisoikeustuomioistuin odottaa, että jäsenvaltiot noudattavat tämän yksilöiden oikeuksia ja vapauksia yhä kattavammin turvaavaa linjaa, tulee ihmisoikeustuomioistuimen aikaansaada tarkempi määritelmä sen suhteen, missä vaiheessa kehittyvä eurooppalainen näkökanta ansaitsee konsensusstatuksen.⁴¹⁵ Helfer väittää, että aina kun EIT irtautuu aiemmasta oikeuskäytännöstään varmistaakseen, että ”ihmisoikeussopimuksen tulkinta heijastaa yhteiskunnallisia muutoksia ja säilyy nykyhetken standardien mukaisena”, se todellisuudessa rajoittaa kaikkien ihmisoikeussopimuksen osapuolten suvereniteettia⁴¹⁶. Yllä mainitusta Helferin mukaan johtuu, että tarpeen päivittää sopimuksen heijastamia oikeuksia ja vapauksia tulee olla suurempi kuin jäsenvaltioiden perustellun tarpeen luottaa ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön pysyvyyteen⁴¹⁷.

Vaikka ei ole minkäänlaista koko tiedeyhteisön läpikäyvästä yhteisymmärrystä siitä, minkälainen suhde tulkintaperiaatteilla ja niiden uutta oikeutta luovalla vaikutuksella on valtion suvereniteetin näkökulmasta, on nähdäkseen jännite tulkintaperiaatteiden sekä jäsenvaltioiden kannalta ensisijaisen tärkeän oikeusvarmuuden välillä tarkoituksenmukaista asettaa tulkintaperiaatteiden (legitimiteetin)

⁴¹² Helfer 1993, s. 137.

⁴¹³ Dothan 2011, s. 117.

⁴¹⁴ Ks. Helfer 2008.

⁴¹⁵ Helfer 1993, s. 140–141.

⁴¹⁶ Ibid. ks. myös *Cossey v. the United Kingdom* (27.9.1990).

⁴¹⁷ Helfer 1993, s. 142.

arvioinnin lähtökohdaksi, vaikka tiettyjen katsantokantojen näkökulmasta tämä arviointi saattaakin jäädä tarpeettomaksi. Tällä viitataan erityisesti tilanteisiin, joissa ihmisoikeustuomioistuimen katsotaan turvaavan de facto niitä oikeuksia, joita ihmisillä jo luonnostaan on vain siitä johtuen, että nämä yksilöt ovat syntyneet ihmisiksi ja tästä kumpuavan inhimillisyyden perusteella. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että tällaiset perustavanlaatuiset oikeudet olisivat syntyneet ja olemassa tyhjiössä, vaan myös ne altistuvat oikeuden dynaamiselle luonteelle. Tästä syystä myös nämä perustavanlaatuiset oikeudet ja vapaudet kehittyvät muun oikeusaineksen mukana. Jos taas ihmisoikeustuomioistuimen tarkoitus on turvata ne oikeudet ja vapaudet, joita ihmisillä de facto universaalissa mielessä on, jäsenvaltioiden perustellut odotukset oikeuskäytännön pysyvyydestä ovat sekundaarisia näille oikeuksille kaikissa katsannoissa. Siten ei ole nähtävissä mitään sellaista tilannetta, joissa jäsenvaltion tarpeet instituutiona voisivat ylittää yksilöiden tarpeet nauttia niistä ihmisoikeuksista ja perusvapauksista, mitkä heille todellisuudessa kuuluvat.

Dzehtsiarou korostaa myös konsensustulkinnan määrittelyn ensisijaisuutta ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön legitimaation näkökulmasta. Tämän mukaan konsensustulkinta on itse asiassa ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöä oikeuttava metodi, sillä se tuo selkeyttä ja ennustettavuutta EIT:n käytäntöön. Konsensusarviointi ei ole ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisun ainoa peruste, vaan esiintyy asemaltaan toissijaisena sen tulkintakäytännössä. Juuri tämä toissijaisuus tekee Dzehtsiaroun mukaan konsensusperiaatteesta ensiarvoisen käyttökelpoisen välineen EIT:n tuomiokäytännön oikeuttajaksi. Tämä oikeutusvaikutus voi kuitenkin toteutua vain, mikäli konsensusperiaatteen merkitykselle annetaan EIT:n tuomiokäytännössä tarkka määritelmä.⁴¹⁸

Tulkintaperiaatteita ja näihin liittyvää oikeutuskysymystä lähenevät myös suhteellisen samantyyppiset kysymykset, jotka liittyvät Suomessakin käytyyn keskusteluun mahdollisesta tuomarivaltiokehityksestä⁴¹⁹. Tällaisena seikkana voidaan muun muassa esittää kysymys siitä, millainen merkitys on sillä, että ihmisoikeustuomioistuimelle nimenomaan *tuomioistuimena* on annettu sellaista valtaa, jossa EIT:llä on ensisijaisesti oikeutta luova vaikutus sen tehdessä jäsenvaltioita sitovia päätelmiä siitä, mikä tosiasiallisesti on ihmisoikeussopimuksen suojaamaa oikeutta⁴²⁰. Ihmisoikeustuomioistuimen asemaa epäparlamentaarisenä instituutiona kohtaan esitetyt epäilykset eivät ainakaan intuitiivisesti lisää ihmisoikeustuomioistuimen käytännön luonnollista oikeutusta ihmisoikeussopimuksen sisäisenä järjestelmänä. Tästä johtuen Dzehtsiarou katsookin, että EIT:n tulee itsenäisesti ja aktiivisesti pyrkiä oikeuttamaan oikeuskäytäntönsä, koska vaikka

⁴¹⁸ Dzehtsiarou 2011b, s. 534.

⁴¹⁹ Ks. esim. Tuori 2003.

⁴²⁰ Ks. esim. Dzehtsiarou 2011b, s. 535–536.

alkuperäinen liittymisteko olisikin sisältänyt suostumuksen tuomioistuinkontrolliin, ei tämän välttämättä voida katsoa ulottuvan niihin tulkinnallisiin metodeihin, joita ihmisoikeustuomioistuin nykyään päättelyssään käyttää.⁴²¹

Tulkintaperiaatteita sekä näiden oikeutusta koskeva kritiikki voidaan siis jakaa kahteen pääryhmään, joista ensimmäinen liittyy tulkintaperiaatteiden väitetyksi vaihteleviin moraalisiin lähtökohtiin, jotka ovat väitetyssä epäsuhdassa ihmisoikeuksien universaalien ideaalien kanssa. Toinen kritiikin kohde liittyy EIT:n tendenssiin jättää määrittelemättä käyttämiensä tulkintaperiaatteiden tarkka tunnistamiskriteeristö. Kuitenkin myös täysin toisen suuntaisia käsityksiä on esitetty tulkintaperiaatteiden merkityksestä ihmisoikeustuomioistuimen toiminnan oikeutukselle. Näiden näkökulmien mukaan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteiden oikeutus perustuu nimenomaan kyseisten periaatteiden ihmisoikeuksien alaa laajentavaan ja kehittävään vaikutukseen ja yhä vahvemman universaliteetin tavoittelemiseen⁴²². Nähdäkseni tällaisten tulkintaperiaatemyönteisten sekä kriittisten suhtautumiskantojen ero lienee ensisijaisesti siinä, kuinka ihmisoikeuksia yleisellä tasolla jäsennetään. Miten vastataan kysymykseen ”*mitä ovat ihmisoikeudet*” vaikuttaa ratkaisevasti siihen, miten ihmisoikeussopimusta ja siihen sisältyviä valvontamenettelyitä jäsennetään. Tarkennan tätä näkökulmaa tämän alaluvun lopussa ensin käsiteltyäni ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteiden kehitykseen liittyviä myönteisiä kannanottoja.

Nähdäkseni tulkintaperiaatteiden oikeutusta kohtaan esitetty kritiikki palautuu pitkälti valtiosopimuksen tarkoitukseen ja päämäärään sekä tällaiseen kritiikkiin jokseenkin implisiittisesti sisältyvään oletukseen siitä, että ilman tulkintaperiaatteiden tunnistamiskriteeristöä tai näiden periaatteiden moraalisten sitoumusten tarkastamista olisi akuutti vaara siitä, että EIT irtautuu tästä Wienin sopimuksessakin esiintuodusta valtiosopimuksen toimeenpanijaa ja valvojaa koskevasta rajoitteesta. Tällaiset oletukset eivät kuitenkaan huomioi Wienin sopimuksen luonnetta itsekin kansainvälisoikeudellisena sopimuksena. Letsas näkeekin, ettei yksikään sopimus voi indikoida, kuinka muita sopimuksia tulisi tulkita⁴²³. Tämä johtuu Letsasin mukaan ensisijaisesti siitä, että Wienin sopimuksessa esiintuotu periaate valtiosopimuksen tulkinnasta sen tarkoituksen ja päämäärän valossa on itsekin tulkinnallinen kysymys, eikä tällaista vaatimusta voida mekaanisesti toteuttaa. Vaatimus valtiosopimuksen sisällön tulkinnasta sen tarkoituksen ja päämäärän valossa jää pitkälti tyhjäksi toteamukseksi, sillä on vaikea kuvitella mitään muunkaan tyyppistä tapaa

⁴²¹ Dzehtsiarou 2011b, s. 537 sekä tarkemmin tulkintaperiaatteiden originalismista ks. Letsas 2009, s. 58–72.

⁴²² Ks. esim. Letsas 2009.

⁴²³ Letsas 2010, s. 534.

valtiosopimuksen sisällön tulkinnalle.⁴²⁴ Letsasin mukaan on siis olennaista pohtia ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeutusta lähtökohdasta, jonka perusteella Wienin yleissopimuksessa esiintuodun tulkintasäännön tulkintakin on vain tulkintaa. Valtiosopimusten sisältöä on siis mahdoton turvata ja toteuttaa niin, että tulkinnan vaara vältettäisiin kokonaan. Näin ollen Helferin väite siitä, että aina kun ihmisoikeustuomioistuin irrottautuu sen säätäjän tarkoituksesta, rajoittaa se Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden suvereniteettia, muuntuu absurdiksi. Lainsäätäjän tarkoitukseen palaaminenkin on parhaillaan vain tulkintaa, josta johtuu, ettei se ole sisäsyntyisesti sen oikeutetumpaa EIT:n ratkaisukäytännön näkökulmasta kuin muidenkaan tulkinnallisten metodien, kuten konsensuksen ja kontekstualismin, soveltaminen. Myös ihmisoikeustuomioistuimen itse esittelemät tulkinnalliset menetelmät, kuten ihmisoikeussopimuksen luonne elävänä asiakirjana ja ihmisoikeussopimuksen määräysten merkityksen muuttuminen oikeudellisten ja poliittisten muutosten seurauksena rajoittaa EIS:n esitöiden käytettävyyttä sopimuksen määräyksiä tulkittaessa⁴²⁵.

Vaikka Letsas jäsentääkin vaatimuksen valtiosopimuksen sisällön tulkinnasta sen tavoitteen ja päämäärän valossa seikaksi, joka voi parhaimmillaankin saada vain triviaalia merkitystä, myöntää hän siitä huolimatta, että tavoite ja päämäärä -ajattelu voi luoda pohjan valtiosopimuksen tulkinnan oikeutukselle. Letsas kuitenkin huomauttaa, että sopimuksen tavoitteen ja päämäärään määrittelyyn ei riitä ainoastaan faktatieto (kuten esimerkiksi valtiosopimuksen esityöt tai muut säätäjän tarkoitusta valottavat kirjalliset aineistot), sillä tämä johtaa ikuisuuskysymykseen valtiosopimuksen tulkinnan justifikaatiosta. Letsasin mukaan jokaista tosiasiaa, jonka tulkitsija ottaa huomioon sopimuksen tulkinnan näkökulmasta merkityksellisenä seikkana, kohtaan tulee olla epäfaktuaalinen selitys, jolla on kyky selvittää, miksi kyseinen tosiasia on tulkinnan kannalta merkittävä. Jos puolestaan ensimmäistä tosiasiaa pyritään selittämään toisella tosiasialla, törmätään loppumattomaan kysymysten jatkumoon: jos siis pyrimme vastaamaan faktan merkitykseen faktalla, kehkeytyy uusi kysymys siitä, miksi jälkimmäinen fakta on merkityksellinen ja niin edelleen. Tämän jatkumon voi Letsasin mukaan katkaista ainoastaan oikeuttamalla faktaa sellaisella seikalla, joka on faktatiedosta erillinen niin, että se ilmaisee normatiivisen ehdotuksen, jota empiiriset tosiasiat eivät voi falsifioida.⁴²⁶

⁴²⁴ Letsas 2010, s. 533. Letsas tuo esiin, että mikäli hylätään ajatus valtiosopimuksen tulkinnasta sen päämäärän ja tarkoituksen valossa, ei tämä kuitenkaan tarkoita sitä, että nämä olisivat valtiosopimuksen kannalta merkityksettömiä. Tarkoituksen ja päämäärän hylkääminen tarkoittaisi ennen kaikkea sitä, että tarkoitus ja päämäärä itsessään olisivat luonteeltaan sellaisia, että sopimuksen päämäärää ei ole tarkoituksenmukaista tavoitella.

⁴²⁵ Pellonpää, Gullans, Pölönen ja Tapanila 2012, s. 291. ks. myös Lavapuro 2011, s. 472.

⁴²⁶ Letsas 2010, s. 534–535.

Nähdäkseni jo ainoastaan tämä huomio, että ainoastaan faktatieto ei voi vastata yksin valtiosopimuksen tulkinnan oikeutuksen tarpeisiin, nostaa esiin tarpeen soveltaa tulkinnallisia periaatteita kokonaisuutena. Tästä johtuen nähdäkseni tulkintaperiaatteita arvioitaessa tarkoituksenmukaiseksi tulisi nostaa lähtökohta, joka ei sulje muita tulkintaperiaatteita EIT:n päättelyn ulkopuolelle, kun yhtä tulkintaperiaatetta on jo hyödynnetty. Siten tulkintaperiaatteiden käytön – jotta se todellisuudessa olisi edellä mainitun päättelykulun mukaisesti todellisuudessa oikeutettua – tulisi ensisijaisesti perustua tulkintaperiaatteiden kokonaisuuden hyödyntämiseen, jossa tietyn tulkintaperiaatteen sulkeminen EIT:n päättelyn ulkopuolelle olisi tietoinen ratkaisu, eikä tulkintaperiaatteiden soveltaminen johtaisi *á la carte* -tyyppiseen tulkinnan tapaan.

Letsasin mukaan ei voida tehdä kategorista kaiken kattavaa päätelmää siitä, miten valtiosopimuksia tulisi tulkita, vaan tulkinnan etiikka on aina riippuvainen kyseessä olevan valtiosopimuksen luonteesta⁴²⁷. Tämä huomio tuntuu luonnolliselta siitäkin syystä, että valtiosopimuksen luonnetta ei voida erottaa sen tarkoituksesta ja päämäärästä. Kun tarkastellaan ihmisoikeuksia turvaavien sopimusten tarkoitusta ja päämäärää, tulee selväksi, että EIT:n hyödyntämät tulkinnalliset menetelmät ovat oikeutettuja ihmisoikeussopimuksen tarkoituksen ja päämäärän valossa. Jos siis ihmisoikeuksia turvaavien sopimusten tarkoitus on saattaa jäsenvaltionsa vastuuseen niiden perustavanlaatuisen oikeuksien, joita yksilöillä on valtiota vastaan, rikkomuksista, on ihmisoikeustuomioistuimen tehtävänä oltava sellaisten moraalisten käsitysten luominen, joiden kautta voidaan selvittää, mitä tällaiset perustavanlaatuiset oikeudet *de facto* ovat.⁴²⁸

Ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan legitimaatiota voidaan jäsentää myös toisesta näkökulmasta, mikä on sinänsä irrallinen Wienin yleissopimuksen sisältöön liittyvistä päätelmistä. EIT:n oikeutusta voidaan nimittäin jäsentää myös sellaisesta alkupisteestä, jonka mukaan tietyt tulkintaperiaatteet – EIT:n tapauksessa erityisesti sen esiintuoma evolutiivisen tulkinnan periaate – itse asiassa ovat välttämättömiä tuomioistuimen kokonaisvaltaiselle legitimitetille ja näin myös tämän legitimitetin ainoa mahdollinen perusta.⁴²⁹ Letsas jakaa ihmisoikeustuomioistuimen legitimitetin perustan kahteen erilaiseen oikeutuksen muotoon: *auktoriteettiin perustuvaan legitimitettiin ja sitoumukseen perustuvaan legitimitettiin*.⁴³⁰

Auktoriteettiin perustuvalla legitimitetillä Letsas viittaa tapaan, jolla oikeutus voidaan traditionaalisessa mielessä jäsentää. Kysymys, onko jollakin legitimi auktoriteetti jotakin toista

⁴²⁷ Letsas 2010, s. 538.

⁴²⁸ Letsas 2010, s. 540.

⁴²⁹ Letsas 2012, s. 14–15.

⁴³⁰ Letsas 2012, s. 15.

kohtaan, rinnastuu kysymykseen, onko ensimmäisellä, mahdollisen legitimitietin nauttijalla, oikeus päättää tätä toista osapuolta sitovista ratkaisusta riippumatta siitä, ovatko nämä sitovat ratkaisut oikeudenmukaisia tai muuten sisällöltään oikeita.⁴³¹ Auktoriteettiin perustuvaan legitimitettiin on yhdistettävissä kuitenkin erinäisiä ongelmia, jotka liittyvät ensinnäkin siihen, että auktoriteettiin perustuvaa oikeutusta rajoittavat aina tietyt jäsenvaltioiden suvereniteettiin ja tämän takaamiseen liittyvät jäsenvaltioiden sisäiset intressit.⁴³² Näin on erityisesti kansainvälisten instituutioiden tapauksessa, vaikkakin on tärkeää huomioida, että tämä kritiikki lieneekin mahdollista yleistää myös kaikkiin muihin tilanteisiin, joissa tällainen legitimitietin muoto voi esiintyä. Toiseksi, auktoriteettiin perustuva legitimitietti lakkaa olemasta legitiimiä silloin, kun sinänsä oikeutetun auktoriteetin käyttö johtaa selvästi epäoikeudenmukaiseen ratkaisuun⁴³³. Tällaisen ratkaisun ei voida auktoriteettiin perustuvan oikeutuksen suhteen katsoa sitovan auktoriteetille alisteisia osapuolia. Kolmanneksi, auktoriteetin legitimitietti voi riippua siitä, onko sillä todellisuudessa rooli auktoriteettina myös käytännön tasolla, siis noudatetaanko auktoriteetin ratkaisuja todellisuudessa huolimatta siitä, onko tällä mahdollisuutta panna niitä käytäntöön tai muulla tavoin vahvistaa.⁴³⁴ Näiden esitettyjen ongelmien vuoksi on vaikea nähdä, että tällaisen legitimitietin muodon avulla olisi mahdollista käyttökelpoisesti arvioida ihmisoikeustuomioistuimen toiminnan perusteita.

Letsas ehdottaakin auktoriteettiin perustuvan oikeutuksen vaihtoehdoksi ajatusta sitoumukseen perustuvasta legitimaatiosta, joka perustuu huomioon, että jäsenvaltiot ovat tehneet vapaaehtoisin ratkaisun sitoutua ihmisoikeussopimukseen ja tähän kiinteästi liittyviin valvontamenettelyihin, ja että tällä sitoumuksella on myös moraalista arvoa itsessään. Sitoumukseen perustuva legitimitietti ei riipu siitä, ovatko EIT:n ratkaisut Euroopan neuvoston jäsenvaltioille edullisia. Sopimukseen perustuvat velvoitteet eivät ole arvoperustaltaan neutraaleja, vaan ennen kaikkea deonttisia perustuen tähän sopimuksen moraalisuuteen, josta on mahdotonta irrottautua. Ne eivät sido valtioita sopimukseen liittyvien seuraamusmahdollisuuksien vuoksi, vaan ensisijaisesti siitä syystä, että valtiot ovat sitoutuneet kunnioittamaan ihmisoikeustuomioistuinta instituutiona, minkä itse sopimus, johon jäsenvaltiot ovat nyt sitoutuneet, on luonut.⁴³⁵ Ihmisoikeussopimuksen osapuolet ovat siis antaneet ihmisoikeustuomioistuimelle laillisen valtuutuksen luoda oikeussuojakeinoja yksilöihin kohdistuvia oikeudenloukkauksia vastaan riippumatta siitä, mitä tällaiset perustavanlaatuiset, moraaliset oikeudet ovatkaan. Siten ihmisoikeustuomioistuimen on ensisijaisen tärkeää pyrkiä suojelemaan sellaisia oikeuksia, joita ihmisillä de facto on, eikä niinkään sellaisia

⁴³¹ Ibid.

⁴³² Letsas 2012, s. 15–17.

⁴³³ Ibid.

⁴³⁴ Ibid.

⁴³⁵ Letsas 2012, s. 21–22.

oikeuksia, joita ihmisillä kuvitellaan olevan. Tästä johtuen yhä kehittyvä käsitys ihmisoikeuksien ja perusvapauksien luonteesta samalla oikeuttaa että edellyttää ihmisoikeussopimuksen tulkittamista evolutiivisella tavalla.⁴³⁶

Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikan oikeutuksen voidaan siis katsoa lepäävän kahdessa eri lähtökohdassa: Ensinnäkin sen voidaan nähdä perustuvan Wienin sopimuksen 31.1 artiklaan, joka edellyttää valtiosopimuksen tulkintaa sen tarkoituksen ja päämäärän valossa. Toiseksi sen voidaan tulkita perustuvan *pacta sunt servanda* sisäänrakennettuun moraalisuuteen, jota ei voida rajata koskemaan vain joitakin sopimuksen ulottuvuuksia. Sitoutumisteko, joka tehdään, kun luvataan kunnioittaa sopimusta, on siis sitoutumisteko absoluuttisessa mielessä.

5.3. Konsensuksen ja kontekstualismin suhde Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeutukseen

Olen jo edellä sivunnut sitä kritiikkiä, mitä on osoitettu konsensustulkinnan justifikaatiota kohtaan. Pysin kuitenkin tässä alaluvussa selvittämään konsensuksen ja kontekstualismin perustaa kattavammin erityisesti sen kannalta, minkälaisia merkityksiä näillä voidaan nähdä olevan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön oikeutukselle. Pysin tässä alaluvussa tuomaan esiin, että vaikka konsensuksen ja kontekstualismin ideologinen perusta voidaan tietyllä tapaa paikantaa moraaliseen suhteellisuuteen ja se on näin intuitiivisesti ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan eettisyyden kanssa jännitteessä, voidaan tällaisen moraalisen relativistisuuden kautta itse asiassa universaalisuutta toteuttaa kokonaisvaltaisemmin kuin kategorisen konformismin keinoin. Kuten olen jo aiemmin tuonut esiin, konsensusta ja kontekstuaalista tulkintaa yhdistää ensisijaisesti harkintamarginaalioppi, joka liittyy kiinteästi siihen liikkumavaraan, jonka ihmisoikeussopimuksen rajoitusperusteet jäsenvaltiolle mahdollistavat⁴³⁷. Konsensusarviointi sekä kontekstuaalisen tulkinnan periaate itse asiassa toimivat EIT:n oikeuskäytännössä harkintamarginaalin konkreettisina esiintuojina, ja tästä syystä niiden käyttöä tulkinnan apuvälineinä muiden tulkintaperiaatteiden kanssa on tarkoituksenmukaista arvioida EIT:n käytännön oikeuttamisen näkökulmasta.

Ihmisoikeustuomioistuin ei laajankaan harkintamarginaalin alueilla pidättäydy ihmisoikeusvalvonnasta kokonaan, vaan se valvoo tällaisissakin tilanteissa tehdyn rajoituksen päämäärää ja välttämättömyyttä siinä laajuudessa, jonka jäsenvaltioille myönnetty harkintamarginaali ihmisoikeustuomioistuimelle jättää. Laajan harkintamarginaalin jättämä tila ihmisoikeusvalvonnalle saattaa kuitenkin olla niin suppea, ettei laajan harkintamarginaalin alueella

⁴³⁶ Letsas 2012, s. 23.

⁴³⁷ Rautiainen 2011, s. 1153.

voida tehokkaasti turvata ihmisoikeussopimuksessa esiintuotuja oikeuksia ja vapauksia. Nähdäkseni harkintamarginaali itsessään ei voi uhata ihmisoikeustuomioistuimen legitimaatiota silloin, kun Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden sisäisissä oikeustiloissa ihmisoikeuksien turvaaminen toteutuu moitteettomasti. Tällöin kuitenkin ihmisoikeustuomioistuimen valvonnan oikeutuksen arviointi tyhjentyy tarpeettomaksi, sillä kansainvälistä ihmisoikeusvalvontaa ei tarvita ihmisoikeuksien toteuttamiseksi ja turvaamiseksi, jos valtioiden sisäisessä valvonnassa ja turvaamisessa ei ole puutteita.

EIT näyttää ottavan harkintamarginaalin laajuutta määritellessään huomioon suojatun oikeuden asiasisällön ja peilaavan tätä niihin tarpeisiin, joita yhteiskunnalla voi olla oikeuden rajoittamisen kannalta sekä huomioiden näiden tarpeiden vastapainona yksilönvapauden.⁴³⁸ Tämä ei kuitenkaan sinänsä tarkoita, että ihmisoikeustuomioistuimella voitaisiin nähdä olevan kategorista velvollisuutta ihmisoikeushierarkioiden muodostamiseen yksittäistapauksia arvioidessaan. Vaikka onkin ymmärrettävää, että tietyt ihmisoikeudet ovat välttämättömpiä demokraattisen yhteiskunnan olemassaololle kuin toiset, ei tästä voida päätellä, ettei sellaisilla muilla oikeuksilla, joilla ei tällaista valtiosääntöistä statusta ole, olisi yksilölle kuuluvien oikeuksien ja vapauksien sekä näiden muodostaman oikeusturvatarpeen kokonaisuuden kannalta merkitystä.⁴³⁹ Siten harkintamarginaaliopin ja EIT:n oikeuskäytännössä tämän negatiivisena ulottuvuutena faktualisoituvan kontekstuaalisen tulkinnan perusteena ei voitane nähdä tällaisten ihmisoikeushierarkioiden muodostamista, vaan jokaista rajoitusta on arvioitava tapauskohtaisesti.

Se, kuinka kontekstuaalisen tulkinnan oikeutukseen tulee suhtautua ja minkälaisista lähtökohdista sitä on arvioitava, riippuu tässäkin tilanteesta siitä, kuinka kontekstuaalista tulkintaa käsitteellisessä katsannossa jäsennetään. Mikäli kontekstuaalista tulkintaa ollaan valmiita tulkitsemaan laajentavasti, vaarana kuitenkin on kontekstualismin keinotekoinen levittäytyminen kaikkiin niihin oikeudellisiin käytäntöihin, joita jäsenvaltiot eivät tahdo alistaa muihin tulkintatraditioihin palautettavan kontrollin alaisiksi. Kontekstualismin käsitteellisten rajojen laajentava tulkinta voikin johtaa pitkälti legitiimiin huoleen ihmisoikeuksien liudentumisesta. Kontekstualismia ei tulekaan nähdäkseni ymmärtää näin laajana ilmiönä, vaan kontekstin tulee saada suojaa vain silloin, kun konteksti ja sen kollektiiviset hyvät ovat suojaamisen arvoisia itsessään ja näin palautettavissa yksilöllisiin oikeuksiin. On näkemykseni mukaan myös tärkeää ymmärtää kollektiivisten hyvien suojaamiseen liittyvä rajoitus: yhteisöllisten tavoitteiden edistäminen jäsenvaltion puolesta on

⁴³⁸ de la Rasilla del Moral 2006, s. 615-616.

⁴³⁹ de la Rasilla del Moral 2006, s. 616-617.

hyväksyttävää, ja vaikka tällaiset toimet voivat vaikuttaa kielteisesti yksilöiden perusvapauksien laajuuteen, tällainen vaikutus ei saa perustaa yksilön oikeuksien loukkausta⁴⁴⁰.

Vaikka EIT on oikeuskäytännössään vahvistanut, että yksilöiden tulee joissakin tilanteissa alistaa ryhmien etuun nähden, ei poliittisten tavoitteiden tulisi nauttia kontekstuaalista suojaa ihmisoikeuksien kustannuksilla. Harkintamarginaaliopin merkityksen vahvistuminen ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä vaikuttaakin erityisesti tästä syystä ongelmalliselta kehityskululta, sillä halu vahvistaa harkintamarginaaliopin merkitystä ja tämän merkitys ihmisoikeussuojan tasolle on ensisijaisesti poliittinen, eikä niinkään oikeudellinen kysymys, vaikka harkintamarginaaliopin vahvistamisella ja vahvistumisella onkin väistämättä myös oikeudellisia vaikutuksia. Hyväksyttävyyden arvioijana ihmisoikeustuomioistuimella tulee näkemykseni mukaan olla suvereeni asema, vaikkakin EIT voi antaa painoarvoa jäsenvaltion todistustaakalle ja tämän todistustaakan toteuttamisen onnistumiselle. Näin kontekstualismi voidaan kiinnittää Letsasille tyypilliseen argumentaatioon EIT:n tulkintalähtökohtien – osin vain potentiaalisesta, mutta toivottavasta – osittaisesta siirtymästä kohti moraalisen oikeudenmukaisuuden ideaalia. Kontekstualismi voidaan siis kiinnittää samaan kehitykseen konsensuksen kanssa: Mikäli siis se, mikä on moraalisesti oikein, on olennaisempaa kuin se, minkälainen konsensus käsillä olevasta oikeudesta vallitsee⁴⁴¹, ei konsensuksen ja kontekstualismin käsitteellinen erottaminen näyttäydy yhtä tarkoituksellisena kuin niissä näkökulmissa, jossa konsensuksella on merkitystä ensisijaisesti tuomioistuinikäytännön oikeuttajana jäsenvaltiolähtöisesti.

Koska siis ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan keskiössä ovat yksilöiden oikeudet de facto, ei kontekstualismi uhkaa oikeuskäytännön legitimitettiin silloin, kun laajan harkintamarginaalin myöntämisen tarkoituksena on suojella yksilöiden perusvapauksia laajemmalla ihmisoikeusloukkaukselta. Jos kuitenkin kontekstuaalista tulkintaa käytetään suojelemaan sellaisia poliittisia tavoitteita, jotka eivät välttämättä ole palautettavissa yksilöiden oikeuksiin, on vaarana, että ihmisoikeustuomioistuin ylittää harkintavaltansa rajat jättämällä vahvistamatta tosiasiallista ihmisoikeusloukkausta. Tällaisesta käsityksestä ei kuitenkaan ole johdettavissa minkäänlaista kategorista määräystä siitä, että useamman yksilön oikeudet ovat kaikissa katsannoissa merkityksellisempiä kuin yhden yksilön ihmisoikeudet ja perusvapaudet. Mikäli ihmisoikeusinstituutioiden merkitys ihmisoikeuksien universaalista lähtökohdasta käsin sisältää

⁴⁴⁰ Ks. erityisesti Letsas 2009, s. 84–90.

⁴⁴¹ Esimerkiksi tuomio *Selmouni v. France* (28.7.1999, kohta 101) viittaa tähän suuntaan. Tuomioissa tuotiin esiin, että ihmisoikeuksien turvaamiseksi voidaan vaatia yhä kasvavassa määrin korkeampaa ihmisoikeuksien suojan tasoa. Näin ollen tarpeeksi korkean ihmisoikeusstandardin toteuttamiseksi ei riitä pelkästään, että käsitykset suojattavista oikeuksista ja tarve puuttua ihmisoikeusloukkauksiin etenee tulkinnallisesti, vaan tältä tulkinnalta edellytetään myös faktisesti laajempaa suojan tasoa.

merkityksellisenä osana vähemmistöjen oikeuksien suojaamisen ja huomion, jonka mukaan yksilön oikeudet ovat mittaamattoman arvokkaita jo yksinäänkin, on mahdotonta päätellä, että useamman yksilön muodostaman ryhmän oikeudet voisivat olla tätä arvokkaampia.

Kuten olen jo aiemmin tuonut esiin, konsensusperiaatetta on kritisoitu ensisijaisesti kahdesta eri näkökulmasta, joista toinen liittyy sen ideologisiin taustaoletuksiin ja toinen tapaan, jolla EIT on pyrkinyt välttämään eurooppalaisen konsensuksen tunnistamiskriteerien todentamista oikeuskäytännössään. Kolmas kritiikki liittyy kuitenkin Euroopan neuvoston jäsenvaltiopohjan kasvuun kohdistuen erityisesti heikommassa ihmisoikeuksien turvaamistilanteessa olevien valtioiden liittymiseen ihmisoikeussopimukseen. Tällöin vaarana on nähty ihmisoikeusstandardien liudentuminen erityisesti sillä perusteella, että eurooppalaista konsensusta ihmisoikeuksien asiassällöistä on entistä hankalampi löytää, kun jäsenvaltiopohja on heterogeeninen.

Konsensuksen oikeutusvaikutusta voidaan tarkastella kahdesta eri näkökulmasta. Ensimmäinen liittyy jäsenvaltioiden suvereniteetin turvaamiseen ja pyrkimykseen oikeuttaa EIT:n tulkintaetiikkaa jäsenvaltiolähtöisesti. Toinen, osittain vastakkainen, kysymys on konsensusharkinnan vaikutus ihmisoikeuksien turvaamiseen universaaleina, kaikille kuuluvina oikeuksina. Näiden näkemysten voidaan tosiaan katsoa olevan toisiinsa nähden ja osiltaan ensimmäisen oikeutusperusteen hyväksi esiintuodut argumentit voivat asettaa konsensusarvioinnin legitimitetin kyseenalaiseksi toisessa katsannossa. Konsensusarvioinnin yhteys jäsenvaltioille myönnettävän harkintamarginaalin alaan liittyy nähdäkseni pitkälti jäsenvaltiolähtöiseen tapaan jäsentää konsensuksen ja EIT:n tuomiokäytännön oikeutuksen suhdetta.

Kun arviointi kuitenkin kohdistuu siihen, millainen suhde ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikalla ja konsensusperiaatteella on yksilöiden oikeuksien näkökulmasta, joudutaan samalla ottamaan kantaa myös siihen, millainen moraalinen perusta tällaiselle yhteisymmärrykselle on löydettävissä. Kuitenkaan toteamus konsensuksen jäsentämisestä moraalisen relativismin kautta ei ole yksinään riittävä argumentti EIT:n oikeutuksen puolesta tai vastaan, vaan ensisijaista on asettaa tällainen relativismi laajempaan viitekehykseen. Konsensusta arvioitaessa on huomioitava, että ainoastaan sellaisissa järjestelmissä, joissa arvoperusta on täysin yhtenäinen, *presumptio universaliteetista* ei kohtaa ongelmia⁴⁴².

Ihmisoikeuksia suojaavien sopimusten jäsenpohja – näin myös EIS:n tapauksessa – ei kuitenkaan ole arvoperustaltaan yhtenäinen, joten näiden sopimusten käyttämä välineistö säilynee

⁴⁴² Renteln 1990, s. 51.

kiistanalaisena, sillä sopimuksen heijastamia arvoja ei välttämättä jaeta jäsenvaltioiden kesken. Tällä on luonnollisestikin merkitystä tavalle, kuinka ihmisoikeuksien perustaa on tarkoituksenmukaista jäsentää. Tämä huomio tekee myös ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnalliset menetelmät välttämättömiksi: vaikka ihmisoikeuksien lähtökohdaksi otettaisiin universalismi, tulee universalismia joissakin tilanteissa toteuttaa kulttuuriselle relativismille ominaisin välinein, jotta oikeuksien turvaaminen ja toteuttaminen säilyy ajankohtaisena ja tarkoituksenmukaisena. Ihmisoikeuksien universalismiin sisältyvä väistämätön relativistinen elementti ei kuitenkaan siis koverra universalismin merkitystä tyhjäksi. Toisin sanoen oikeuksiin liittyvä relativismi, jota muun muassa edustaa ihmisoikeussopimukseen liittyneiden valtioiden kokonaisuus muuhun maailmaan nähden, ei tee universaaleista oikeuksista relativistisia, sillä universalismi-relativismi-jaottelu ei edusta skaalaa, jonka ääripäät yksin soveltuvat oikeuksien luonteen jäsentämiseen. Eurooppalaisten ihmisoikeuksien relativistinen elementti merkitsee ensisijaisesti, ettei näiden oikeuksien universaalius ole rajoittamatonta tai ehdotonta.

Relativismin kansainvälisten ihmisoikeuksien näkökulmasta käsin ei niinkään tulisi kulminoitua kysymykseen, kuinka pitkälti relativistien tulee suvaita suvaitsemattomuutta, vaan ensisijaisesti tulisi pohtia, onko ylipäättään mahdollista muodostaa kulttuurien välistä universaalia tapaa jäsentää ihmisoikeuksien sisältöä⁴⁴³. Tällainen huomio vaikuttaa kattavasti siihen, kuinka konsensusta ja EIT:n tuomiokäytännön oikeutusta voidaan arvioida. Nähdäkseni konsensusta tulisikin arvioida yhdistäen se muihin EIT:n tulkinnallisiin välineisiin, sillä konsensusarvioinnin kohdalla yleinen moraalikäsite vaikuttaa siihen, nähdäänkö jonkin oikeuden olevan ihmisoikeussopimuksen suojaamaa oikeutta. Konsensusarviointi tästä näkökulmasta on siis enemmistölähtöinen tapa jäsentää ihmisoikeuksien sisältöä. On kuitenkin tärkeää huomata, että vaikka päätös etsiä yleiseurooppalaista konsensusta heijastaa aina ideaa moraalista relativismista, löydetty konsensuksella ei välttämättä tällaista merkitystä ole. Konsensusarvioinnin suhteen ei siis voida antaa minkäänlaista taetta siitä, pohjaako mahdollisesti löydetty konsensus tai sen puute universaaleihin, jaettuihin arvoihin vai jonkinlaisiin toisiin, relativistisiin ja majoritistisiin lähtökohtiin. Siten konsensusarvio tapahtuu aina tietynlaisen tietämättömyyden vallassa mielipiteen ideologisista taustaoletuksista, ja juuri tästä syystä sitä ei tulisikaan käyttää ainoana tulkinnan perusteena riippumatta siitä, kenen arvioon paikannettu konsensus perustuu.

Evolutiivinen laintulkinta, joka huomioi nykypäivän olosuhteet, voi joissakin tilanteissa johtaa konsensuksen kanssa pitkälti samankaltaiseen lopputulokseen. Konsensusarvioinnin ja evolutiivisen laintulkinnan ideologiset lähtökohdat ovat kuitenkin toisistaan poikkeavat. Kun päätös etsiä

⁴⁴³ Renteln 1990, s. 61.

yleiseurooppalaista konsensusta on aina välttämättä relativistinen, evolutiivinen laintulkinta heijastaa ajatusta ihmisoikeuksien universaalista perustasta: tässä ihmisoikeustuomioistuimissa toimii aktiivisena oikeuden kehittäjänä ja tämä on institutionaalisesti oikeutettu arvioimaan oikeuksien universaaleja lähtökohtia. Siten konsensus yhdistettynä muihin tulkintaperiaatteisiin voi mahdollistaa yksilöiden oikeuksien vertailun eri näkökulmista ja saada aikaan monitahoisen ihmisoikeuskäsityksen, jossa ihmisoikeuksien moraaliset lähtökohdat erilaisuudestaan huolimatta eivät ole toisilleen vastakkaisia. Jotta tällainen ihmisoikeuskäsitys voisi kuitenkin syntyä, tulee EIT:n aktiivisesti tiedostaa tällaisen arvioinnin takana piilevät oletukset ihmisoikeuksien luonteesta. Näin ollen ei voitane katsoa, että konsensusperiaate itsenäisenä tulkintaperiaatteena käytettynä voisi aktiivisesti oikeuttaa ihmisoikeustuomioistuimen tuomiokäytäntöä yksityisten oikeuksien näkökulmasta, mutta yhdistettynä muiden tulkinnallisten metodien käyttöön sillä voinee olla tämän kaltainen mahdollisuus.

Dzehtsiaroun mukaan vahvaperusteinen ja tarkoituksenmukaisesti harjoitettu konsensusarviointi tarjoaa kuitenkin paitsi oikeutusperusteen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännölle, myös auttaa tuomareita pääsemään tapauksessa yhteisymmärrykseen. Lisäksi Dzehtsiaroun mukaan eurooppalaisella konsensuksella on tärkeä rooli harkintamarginaalin laajuuden osoittajana.⁴⁴⁴ Konsensusta on kuitenkin totuttu oikeuskirjallisuudessa arvioimaan pitkälti harkintamarginaalin varjossa. EIT:n tulkinnan oikeutusta arvioitaessa mielenkiintoista olisi tarkastella konsensusarviointiin liittyviä tulkintajatkumoa, jotka liittyvät esimerkiksi homoseksuaalien ihmisoikeussuojaan tai vaikkapa aborttioikeuteen poistaen näihin tulkintajatkumoihin liittyvistä tuomioista harkintamarginaaliopin elementin. Katson, ettei harkintamarginaalioppi ole ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan etiikalle tai sen oikeutukselle välttämätön tekijä, vaan kuvastaa lähinnä ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön sisältyvää poliittista elementtiä. Siten ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön oikeutuksen kannalta olisi paljastavaa arvioida, millaisena konsensusarvioinnin sisältävät konkreettiseen oikeuteen palautuvat tulkintajatkumot näyttäytyisivät ilman harkintamarginaaliopin soveltamista, ja miten harkintamarginaaliopin poistaminen yhtälöstä vaikuttaisi konsensusarviointiin perustuvaan ihmisoikeussuojaan.

⁴⁴⁴ Dzehtsiarou 2010, s. 19.

5.4. Tulkintaperiaatteiden kautta kehittyvien ihmisoikeuksien merkitys kansallisille oikeuksille ja näiden periaatteiden kehitys kansallisen oikeuden kehittäjänä

Kuten olen jo yllä tuonut esiin, ei ihmisoikeuksien sisältö tyhjenny ainoastaan oikeudelliseen prosessiin, vaan ihmisoikeudet pitävät sisällään myös vahvan poliittisen elementin. Näin ollen myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuilla on poliittinen ulottuvuus, ja ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen soveltaminen ja tämän soveltamisen onnistuneisuus riippuukin pitkälti kansallisen tason poliittisesta tahdosta⁴⁴⁵. Tällä poliittisella tahdolla on nähdäkseni kiinteä yhteys siihen, pidetäänkö Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöä oikeutettuna. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön oikeutuksen aste vaikuttaa siis nähdäkseni siihen, kuinka suuri poliittinen tahto Euroopan neuvoston jäsenvaltioilla on soveltaa onnistuneesti ja tehokkaasti EIT:n oikeuskäytäntöä kansallisessa viitekehyksessään. Oikeutuskysymyksen voidaan nähdä palautuvan poliittisessa mielessä esimerkiksi siihen, soveltuvatko Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut jäsenvaltion laajempaan ihmisoikeusagendaan⁴⁴⁶. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön kansallinen soveltamishalukkuus ei kuitenkaan ole sama asia kuin kysymys siitä, minkälainen merkitys tulkintaperiaatteiden kautta kehittyvillä ihmisoikeuksilla on kansallisen oikeuden kehitykselle. Vaikka ihmisoikeuksiin kiinteästi liittyvää poliittista ulottuvuutta ei voi jättää kokonaan huomiotta, on pääpaino tässä alaluvussa vahvasti EIT:n tulkintaperiaatteiden siirtymisessä kansalliseen lainkäyttöön ja ihmisoikeuksien turvaamisessa juridisena tosiasiana, ei niinkään poliittisena tavoitteena.

Euroopan neuvoston jäsenvaltiot ja näiden kansalliset tuomioistuimet eivät luonnollisestikaan ole vain passiivisia vastaanottajia, mitä tulee Euroopan ihmisoikeussopimuksessa turvattujen oikeuksien toteutumisen varmistamiseen, vaan näillä on ensisijainen rooli sopimuksessa turvattujen oikeuksien valvojana⁴⁴⁷. Siten oikeutuskysymys ei ole yksisuuntainen tie, joka koskee vai EIT:n velvollisuutta huolehtia oman legitimiteettinsä ylläpidosta. Kyse on vastaavasti myös siitä, miten kansalliset tuomioistuimet voivat oikeuttaa oman tuomiokäytäntönsä ja välttää langettavat tuomiot EIT:ssä. Juha Lavapuro ehdottaakin, että tietyt ihmisoikeustuomioistuimen käyttämät tulkintaperiaatteet olisivat sovellettavissa myös kansalliseen lainkäyttöön⁴⁴⁸. Lavapuro huomauttaa kuitenkin, että sillä ihmisoikeussopimus heijastaa vain ihmisoikeussuojan minimitasoa, eivät kaikki tulkintaperiaatteet sovellu kansalliseen lainkäyttöön, ja näin tietyt tulkintaperiaatteet voivat

⁴⁴⁵ Hillebrecht 2012, s. 279–280.

⁴⁴⁶ Hillebrecht 2012, s. 280.

⁴⁴⁷ Pellonpää, Gullans, Pölönen ja Tapanila 2012, s. 49 sekä Lavapuro 2011, s. 468.

⁴⁴⁸ Lavapuro 2011, s. 470 ja 478.

määrittellä vain sitä oikeudellista lähestymistapaa, jonka kautta ihmisoikeustuomioistuin sopimuksen määräyksiä hahmottaa.⁴⁴⁹

Jotta ihmisoikeussopimuksen oikeutta kehittävä roolia ja sen merkitystä kansalliselle lainkäytölle voitaisiin kokonaisvaltaisesti tarkastella, tulee palata kysymykseen ihmisoikeussopimuksen luonteesta. Olen jo tulkintaperiaatteiden kokonaisuutta erittelevässä alaluvussa käsitellyt lyhyesti EIT:n tuomareille asetettua tulkinallista tehtävää, mutta en sinänsä ole ottanut kantaa siihen, minkälainen rooli ja merkitys ihmisoikeussopimuksella on. Toki olen jo aiemmin selvittänyt ihmisoikeussopimuksen luonnetta kansainvälisenä sopimuksena ja selvittänyt keskustelua, joka liittyy ihmisoikeussopimuksen ja valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen mahdolliseen vastakkainasetteluun. Ihmisoikeussopimuksen rooli ei kuitenkaan tyhjenny pelkästään sen kansainväliseen sopimusluonteeseen, eivätkä Wienin sopimuksen artiklat 31–33, jotka säätelevät kansainvälisen sopimuksen tulkintaa, riitä avaamaan ihmisoikeussopimuksen päämäärää. Ihmisoikeussopimuksen Wienin yleissopimuksesta kumpuava rooli ei kuitenkaan ole merkityksetön, vaan tavoittaa puolet EIS:n määräyksiä koskevasta tulkintatavasta. Tätä Lavapuro kutsuu sopimuksen yleiseksi ulottuvuudeksi.⁴⁵⁰

Valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen 31 artiklan 1 kohdan mukaan valtiosopimusta on tulkittava vilpittömässä mielessä ja antamalla valtiosopimuksessa käytetyille sanonnoille niille kuuluvassa yhteydessä niiden tavallinen merkitys. Tämän lisäksi valtiosopimusta on kuitenkin tulkittava myös sen tarkoituksen ja päämäärän valossa⁴⁵¹. Näin ollen ihmisoikeussopimuksen erityisluonteen merkitys on tietyllä tapaa johdettavissa sopimuksen yleisluonteesta kansainvälisenä sopimuksena. Ihmisoikeussopimuksen päämäärää ja tarkoitusta EIT on avannut muun muassa Soering-ratkaisussa vuodelta 1989. Tapauksessa Soering EIT kokoavasti totesi seuraavasti:

In interpreting the Convention regard must be had to its special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms-- Thus, the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective-- In addition, any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with "the general spirit of the

⁴⁴⁹ Ibid.

⁴⁵⁰ Lavapuro 2011, s. 470 ja Pellonpää, Gullans, Pölönen ja Tapanila 2012, s. 284–286.

⁴⁵¹ Ks. myös Pellonpää, Gullans, Pölönen ja Tapanila 2012, s. 285–286.

Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society".⁴⁵²

Soering-tapauksen perusteella näyttää siis siltä, että Euroopan ihmisoikeussopimuksen erityisluonne on sen rooli *ihmisoikeuksien kollektiiviseksi turvaamiseksi solmittuna kansainvälisenä sopimuksena*⁴⁵³. Soering-ratkaisussakin esitettyä tehokkuusperiaatetta EIT on puolestaan määritellyt muun muassa tapauksessa Airey vuodelta 1979, missä EIT korosti, että yleissopimus on tarkoitettu turvaamaan oikeuksia, jotka eivät ole teoreettisia tai illusorisia, vaan oikeuksia, jotka ovat käytännöllisiä ja tehokkaita⁴⁵⁴. Autonomisen tulkinnan periaate kiinnittyy sopimuksen tulkinnan tehokkuusvaatimukseen erityisesti silloin, kun sanamuodon mukainen tulkinta johtaisi sopimuksen tarkoituksen ja päämäärän kanssa huonosti yhteen soveltuvaan lopputulokseen. Autonominen laintulkinta korostaakin ihmisoikeussopimuksen luonnetta jäsenvaltioiden ”yhteiseen perintöön” sisältyvien oikeuksien ja vapauksien edistämistä silmällä pitäen solmittuna sopimuksena. Näin ollen ihmisoikeussopimuksen tarkoitus ei ole luoda sen sopimusosapuolille vastavuoroisia oikeuksia, vaan kyse on ensisijaisesti kaikkia jäsenvaltioita koskevasta ohjesäännöstä, jolla on historiallisesta näkökulmasta pyritty estämään laajakantoisten ihmisoikeusloukkausten toistuminen.⁴⁵⁵

Sopimusosapuolten ”yhteinen perintö” ei kuitenkaan ole syntynyt tyhjiössä, eikä sitä syntymänsä jälkeenkään ole tarkoitettu muuttumattomaksi. Myöskään sopimusosapuolten välinen yhteinen ymmärrys ihmisoikeuksista ei ole luonteeltaan muuttumaton, vaan myös se altistuu jatkuvasti muutokselle⁴⁵⁶. Tästä muutosalttiudesta ja tarpeesta säilyttää ihmisoikeussopimuksen ajankohtaisuus seuraa tarve dynaamiselle ja evolutiiviselle laintulkinnalle, jotta ihmisoikeustuomioistuimen tulkinta ei tosiasiallisesti muodostuisi esteeksi ihmisoikeussopimuksen kehitykselle.⁴⁵⁷ Ihmisoikeussopimuksen evolutiivisesta ja dynaamisesta luonteesta puolestaan seuraa, että sen esitöillä voi olla vain rajallinen merkitys arvioitaessa, minkälaisen suojan tason ihmisoikeussopimus nykyhetkessä tarjoaa⁴⁵⁸. Näin ollen EIT:n tulkintadoktriinille merkittävästi

⁴⁵² Soering v. the United Kingdom (07.7.1989), kohta 87. Ks. myös Pellonpää, Gullans, Pölönen ja Tapanila 2012, s. 286.

⁴⁵³ Pellonpää, Gullans, Pölönen ja Tapanila 2012, s. 286 ja Lavapuro 2011, s. 470.

⁴⁵⁴ Airey v. Ireland (9.10.1979), kohta 24.

⁴⁵⁵ Pellonpää, Gullans, Pölönen ja Tapanila 2012, 286–287 ja Loucaides 2007, s. 76.

⁴⁵⁶ Ks. myös ihmisoikeussopimuksen esipuhe.

⁴⁵⁷ Pellonpää, Gullans, Pölönen ja Tapanila 2012, s. 289 ja Stafford v. the United Kingdom (28.5.2002), kohta 68. Stafford-ratkaisussa EIT totesi, että vaikkei EIT:n aiempi oikeuskäytäntö muodollisesti sido sen päättelyä, oikeusvarmuudesta, ennakoitavuudesta ja yhdenvertaisuudesta johtuen EIT:n ei tule irtautua aiemmasta käytännöstään ilman painavia perusteita. EIT totesi kuitenkin samanaikaisesti, että sillä yleissopimus on ensisijaisesti ihmisoikeuksien suojaamisen järjestelmä, tulee EIT:n huomioida muuttuvat olosuhteet jäsenvaltioissa ja vastata esimerkiksi jäsenvaltioissa nousevaan konsensukseen mitä tulee tavoiteltaviin standardeihin.

⁴⁵⁸ Pellonpää, Gullans, Pölönen ja Tapanila 2012, s. 290.

olennaisempia ovat dynaaminen ja evolutiivinen laintulkinta kuin sopimusosapuolten alkuperäisen tarkoituksen selvittäminen⁴⁵⁹.

Tietyt tulkintaperiaatteet rajoittavat tuomioistuimen tulkintavapautta sen arvioidessa, onko tietty seikka tosiasiaassa ihmisoikeussopimuksen suojaamaa oikeutta. Yleiseurooppalainen konsensus ja sen syntyminen ei kuitenkaan ole ainoastaan EIT:n oman intuition varassa oleva kehityskulku. Vaikka yleiseurooppalaisen konsensuksen tunnistamiseksi EIT ei ole kehittänyt mitään tiettyjä eksplikoituja standardeja, nojaa se päättelyssään pitkälti oikeusvertailevaan lähestymistapaan. Tällä oikeusvertailevalla lähestymistavalla puolestaan on nähdäkseen vahva legitimisoiva vaikutus. Oikeusvertailu on ihmisoikeustuomioistuimen toiminnan legitimitetille ratkaisevan tärkeää, sillä vaikka tuomioistuin suosiikin sen ratkaisukäytännön vakautta, ei EIT:n tuomiokäytäntö sinänsä pidä sisällään kokonaisvaltaista *stare decisis* -doktriinia⁴⁶⁰.

Lavapuron päättelyä seuraten voidaan katsoa, että Euroopan ihmisoikeussopimus vaikuttaa kansallisella tasolla siis vähintäänkin kahdella tavalla. Ensimmäinen näistä tavoista ovat tuomiot. Toinen vaikutustavoista palautuu puolestaan ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnallisiin periaatteisiin. Tällaisesta kansalliseenkin kontekstiin soveltuvasta tulkintaperiaatteesta voidaan antaa esimerkkinä evolutiivinen laintulkinta. Kansallinen tuomioistuin ei siis voi rajoittautua käsillä olevassa tapauksessa arvioimaan ainoastaan EIT:n aiempaa oikeuskäytäntöä, vaan sen tulee asettaa ja suhteuttaa arviointinsa vallitseviin olosuhteisiin ja nykyiseen oikeuden tilaan. Ihmisoikeussopimusta ei siis tule arvioida vain aiemman tuomiokäytännön valossa, vaan ensisijaisesti sen perusteella, minkälainen sisällöllinen merkitys ihmisoikeussopimuksen määräyksillä ja ihmisoikeussopimuksella oikeutta luovana sopimuksena on asian ratkaisuhetkellä.⁴⁶¹

Ihmisoikeuksien konkretisoiminen tulkintaperiaatteiden kautta kansallisessakin viitekehyksessä näyttää väistämättömältä, mikäli tarkoituksena on välttää langettavat tuomiot EIT:ssä ja näin oikeuttaa myös Euroopan neuvoston suuntaan kansallinen lainsäädäntö ja -käyttö. Tähän liittyy kuitenkin tiettyjä epävarmuustekijöitä. Yksi näistä epävarmuustekijöistä on kysymys siitä, mitkä EIT:n käyttämät tulkintaperiaatteet soveltuvat kansalliseen lainkäyttöön ja miten sinänsä soveltuvia tulkintaperiaatteita voidaan käyttää tehokkaasti niin, ettei kansallisen tuomioistuimen oman ratkaisukäytännön oikeutus vaarannu. Lavapuro katsoo, että EIT:n käyttämien tulkintaperiaatteiden yhtäläisyys kansallisessa viitekehyksessä edellyttää yleissopimuksen tarkoituksesta ja päämäärästä

⁴⁵⁹ Pellonpää, Gullans, Pölönen ja Tapanila 2012, s. 291.

⁴⁶⁰ Popovic 2009, s. 374–375.

⁴⁶¹ Lavapuro 2011, s. 475.

kumpuavien tulkinnan menetelmien, kuten evolutiivisen tulkinnan periaatteen soveltamista myös kansallisessa lainkäytössä. Lavapuro tekee tähän oletukseen kuitenkin yhden poikkeuksen, joka liittyy harkintamarginaalioppiin. Lavapuro toteaa, että harkintamarginaalioppi liittyy pääasiallisesti kansainvälisen toimielimen ja sen sopimusosapuolten keskinäissuhteiden määrittämiseen sen oletuksen perusteella, että kansallinen toimielin on tietyissä tilanteissa paremmassa asemassa arvioimaan ihmisoikeusvelvoitteiden merkitystä juuri käsillä olevassa tilanteessa.⁴⁶² Harkintamarginaalioppi itsenäisenä on siis pikemminkin subsidiariteetin ilmaus kuin aktiivinen tulkintaperiaate, joka yksinään voisi osoittaa ratkaisun käsillä olevaan tapaukseen.

Olen yllä määritellyt konsensus- ja kontekstualismiperiaatteet pitkälti valtion harkintamarginaalin kautta. Olen yllä väittänyt, että konsensus- ja kontekstualismiperiaatteita ei voida tehokkaasti soveltaa tai niiden sisäisiä taustaoletuksia kokonaisvaltaisesti sisäistää ilman niiden sitomista harkintamarginaalioppiin. Lisäksi olen katsonut, että myös näiden periaatteiden käsitteellinen ulottuvuus nojaa pitkälti oppiin valtion harkintamarginaalista. Ihmisoikeustuomioistuin käyttää oikeusvertailua tulkintansa tukena, millä pyritään osaltaan välttämään EIT:n tuomioistuinaktivismiin liittyvä kritiikki⁴⁶³. EIT ei ole ollutkaan halukas tarkkaan määrittelemään niitä elementtejä, joiden perusteella yleiseurooppalainen konsensus on tunnistettavissa, eikä se ole ratkaisuisaan käyttänyt yhtenäistä terminologiaa konsensuksesta puhuessaan. Konsensuksen sisältöä ei ole myöskään määritelty itse sopimustekstissä. Tästä huolimatta perustunee tämän konsensuksen tunnistaminen pitkälti oikeusvertaileviin näkökohtiin, eikä näin ollen tyhjenny pelkästään käsitykseen konsensuksesta harkintamarginaalin osatekijänä tai sen laajuuden määrittäjänä.⁴⁶⁴

Vaikka siis käsitteellisessä katsannossa konsensusperiaate kiinnittyy läheisesti harkintamarginaalioppiin, liittyy konsensusperiaate Dzehtsiaroun mukaan myös muihin tulkintaperiaatteisiin, kuten evolutiiviseen laintulkintaan ja suhteellisuusperiaatteeseen⁴⁶⁵. Kun siis arvioidaan konsensusperiaatteen soveltuvuutta kansallisen tuomioistuimen keinovalikoimaan, tulee nähdäkseni ottaa tarkasti huomioon ne eri roolit, joissa konsensusperiaate on EIT:n ratkaisukäytännössä vaikuttanut. Mikäli konsensusperiaatetta jäsennetään tiukasti vain harkintamarginaaliopin kautta, vaikuttaa siltä⁴⁶⁶, että konsensusperiaate soveltuu huonosti kansallisen tuomioistuimen keinovalikoimaan. Tällöin riskinä on, että konsensuksen puuttumista

⁴⁶² Lavapuro 2011, s. 469.

⁴⁶³ Pellonpää, Gullans, Pölönen ja Tapanila 2012, s. 292.

⁴⁶⁴ Dzehtsiarou 2009.

⁴⁶⁵ Dzehtsiarou 2009.

⁴⁶⁶ Ks. esim. Arai-Takahashi 2002, s. 203 ja 211–213.

voidaan käyttää keinotekoisesti rajoittamaan ihmisoikeussopimuksen määräyksiä. Siten luonnollisestikaan kansallinen lainkäyttö ei saavuta sitä tarkoitusta, jota tulkintaperiaatteiden käytön sisällyttämällä kansalliseen lainkäyttöön on tavoiteltu. Tällöin nähdäkseni legitimitetti vaarantuu molempiin suuntiin: EIT ei enää pysty pitämään kiinni tulkintadoktriininsa oikeutuksesta, kun sitä sovelletaan kansallisessa viitekehyksessä virheellisesti, eikä kansallista lainkäyttöä voida katsoa oikeutetuksi silloin, kun se soveltaa ihmisoikeussopimuksen määräyksiä ottamatta huomioon niiden tarkoitusta ja päämäärää.

Katsoakseni tarkoituksenmukaista ei ole siis se, että kansallisessa lainkäytössä konsensusperiaatetta käytettäisiin vain apuna harkintamarginaalin laajuuden määrittelyyn. Tällöin konsensusperiaatteen käyttöön liittyvät samat riskit kuin harkintamarginaalin omaksumiseen kansalliseen lainkäyttöön. Ensinnäkin vaarana on, että mikäli kansallinen tuomioistuin tukeutuu pelkästään yleiseurooppalaisen konsensuksen puuttumiseen ja päätyy lopputulokseen laajasta harkintamarginaalista, turvaa se ainoastaan ihmisoikeussuojan minimitason, vaikka tosiasiallisesti tuomioistuimella saattaa olla valtiosääntöinen velvollisuus pyrkiä lopputulokseen, joka parhaiten edistää perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista. Toinen riski on oikeuden kehityksen pysähtyminen. Lavapuro toteaaakin, että eurooppalaisen valtiosäännön kehitys pohjautuu pitkälti kansallisten tuomioistuinten tuottamille ärsykeille. Nämä kansallisissa oikeuskulttuureissa tapahtuvat muutokset heijastuvat Euroopan ihmisoikeussopimuksen määräysten tulkintaan muun muassa evolutiivisen tulkinnan ja tähän liittyvän oikeusvertailun kautta. Siten kansallisen arvopohjan edistäminen eurooppalaisessa ihmisoikeuskulttuurissa tapahtuu tehokkaimmin perusoikeuksiin perustuvan argumentaation turvin, eikä niinkään arvioimalla, kuinka laaja harkintavapaus tuomioistuimella ihmisoikeuksien minimistandardin turvaamisen näkökulmasta on.⁴⁶⁷

Kuitenkin myös ajatus ihmisoikeussopimuksesta elävänä asiakirjana ja evolutiivisen laintulkinnan periaate osoittavat herkkyyttä jäsenvaltioissa tapahtuviin olosuhdemuutoksiin. Lavapuro ei näe ongelmaa esimerkiksi evolutiivisen laintulkinnan soveltamisessa kansallisessa viitekehyksessä. Katson, että konsensusperiaate kansallisen lainkäytön välineenä ei osoittaudu yhtä soveltumattomaksi kuin edellä on kuvattu, kun konsensusperiaate rakentuu yhteydessä muihin, vain väljästi harkintamarginaaliin yhteydessä oleviin tulkintaperiaatteisiin. Eurooppalainen konsensus ei siis välttämättä aina merkitse estettä evolutiiviselle laintulkinnalle, vaan EIT on käyttänyt sitä myös merkinä tapahtuneesta muutoksesta ja näin evolutiivisen laintulkinnan tukena⁴⁶⁸. Dzehtsiarou määrittelee konsensuksen olevan oletus (*rebuttable presumption, praesumptio iuris tantum*) sen

⁴⁶⁷ Lavapuro 2011, s. 477–479.

⁴⁶⁸ Ks. esim. Micallef v. Malta (15.10.2009), kohta 78, Tyrer. v. Yhdistynyt Kuningaskunta (25.4.1978), kohta 183 ja Dzehtsiarou 2011a, s. 1731.

ratkaisun puolesta, jonka enemmistö EIS:n sopimusosapuolista on omaksunut, ja eurooppalaista konsensusta voidaan lähestyä dynaamisen laintulkinnan ja harkintamarginaalin välittäjänä.⁴⁶⁹

Kun siis konsensusperiaate kiinnittyy evolutiiviseen laintulkintaan sitä oikeuttaen, ei katsoakseni konsensuksen soveltamiselle ole valtiosisäisessä oikeudessakaan estettä. Kansallisessa lainkäytössä konsensusharkintaa tulisi kuitenkin käyttää varoen. Itsenäiseksi tulkintaperiaatteeksi siitä ei kansallisessa lainkäytössä nähdäkseni kuitenkaan ole silloin, kun se ensisijaisesti indikoi valtion harkinnan marginaalin laajuutta. Konsensuksen käyttäminen muutoksen oikeuttamisen apuvälineenä voi kuitenkin taata kansallisessa lainkäytössä ihmisoikeussopimuksen määräysten toteuttamisen käytännöllisinä ja tehokkaina, joten konsensusharkintaa ei ole tarkoituksenmukaista sulkea automaattisesti kansallisten tuomioistuinten tulkintavalikoiman ulkopuolelle, sillä konsensuksen limittyessä evolutiiviseen laintulkintaan, myös konsensusharkinta lähentyy ideologisilta taustaoletuksiltaan niitä perusteita, joiden avulla evolutiivinen laintulkinta pitää ihmisoikeussopimuksen määräykset nykyaikaisina ja tehokkaina. Tällöin konsensusperiaatteeseen usein liitetty kritiikki sen majoritistisista preferensseistä⁴⁷⁰ ei konkretisoidu.

Dzehtsiarou tuo esiin, että konsensuksen osoittamasta olettamasta irtautunut käytäntö ei välttämättä kaikissa tilanteissa ole automaattisesti ihmisoikeussopimuksen vastainen. Yksi peruste konsensuksen osoittamasta olettamasta irtautumiselle on jäsenvaltion erityisen vahva oikeutus tietyille lainsäädännölle, vaikka se eroaisikin yleiseurooppalaisesta kehityssuunnasta.⁴⁷¹ Kontekstualismiperiaatteen soveltuvuutta kansalliseen lainkäyttöön onkin perusteltua lähestyä konsensusharkinnan näkökulmasta, vaikka kontekstuaalisuudella on myös itsenäistä arvoa osana ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan etiikkaa. Kuten olen yllä todennut, konsensusharkinta ei sovellu kansalliseen lainkäyttöön silloin, kun sen avulla pyritään ainoastaan selvittämään valtion harkintamarginaalin laajuus, sillä valtion harkintamarginaalin laajuuden selvittäminen ei ylipäätään sovellu kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi.

Valtion harkintamarginaalin ilmentämän toissijaisuusperiaatteen mukaan kansalliset instituutiot voivat tietyssä tilanteissa olla kompetentimpia arvioimaan tietyn oikeuden sisältöä (*the better position rationale*⁴⁷²). Mutta voiko valtio itse arvioida, onko sen yhteiskunnallisessa tai oikeudellisessa asemassa tosiasiaa sellaisia painavia erityispiirteitä, jotka oikeuttavat poikkeamaan yleiseurooppalaisesta tulkintalinjasta esimerkiksi yleisen edun hyväksi? Intuitiivisesti

⁴⁶⁹ Dzehtsiarou 2011a, s. 1733.

⁴⁷⁰ Ks. Konsensusperiaatteen kritiikistä esim. Benvenisti 1999.

⁴⁷¹ Dzehtsiarou 2011a, s. 1733.

⁴⁷² Greer 2000, s. 8.

vaikuttaa siltä, että vastaus on varauksetta myönteinen, sillä jo subsidiariteettiperiaate edellyttää, että ratkaisu kontekstualismiarviosta tulee tehdä kansallisella tasolla. Mahdollista kuitenkin on, että kansallinen tuomioistuin ei toteuta tosiasiallista oikeusvertailua tai huomioi ratkaisunsa perusteluissa kansainvälisiä ihmisoikeusasiakirjoja, eikä siten tukeudu samaan tematiikkaan, jota EIT ratkaisukäytännössään käyttää. Näin ollen vaikuttaa siltä, että yleiseurooppalaisesta tulkintalinjasta tietoinen irtautuminen ja erityisen vahvan oikeutuksen löytäminen kyseiseen irtautumiseen voivat liittyä pitkältikin hyvin eri keskusteluun, mitä kansallisen lainkäytön yhteydessä käydään ihmisoikeuksien sisällöstä⁴⁷³. On vaikea nähdä, että kontekstuaalista tulkintaa voisi onnistuneesti ja perustellusti harjoittaa esimerkiksi ilman tukeutumista niihin ihmisoikeusasiakirjoihin, joihin valtio on sitoutunut ja joiden sopimusosapuolena se on.

On kuitenkin tärkeää huomioda, että yllä esitetty logiikka koskee myös muiden tulkintaperiaatteiden soveltamista. Jotta siis valtio voisi omaksua EIT:n tulkintalogiikan omaan lainkäyttöön, tulee sen nähdäkseni tehdä niin kokonaisvaltaisesti. Tällainen kehityskulku onkin nähtävissä muun muassa Suomessa, ottavathan ylimmät oikeusasteet yhä kattavammin huomioon Suomea koskevat kansainväliset ihmisoikeusvelvoitteet ja soveltavat niitä argumentaatioissaan⁴⁷⁴. Ihmisoikeustuomioistuin on kuitenkin tapauksissa, joissa kyse on ollut tietyn oikeuskulttuurin tai yhteiskunnan erityispiirteistä ja niiden vaikutuksesta ihmisoikeusrajoituksiin, korostanut EIT:n roolia toissijaisena valvontajärjestelmänä. Kansallisten viranomaisten tehtäväksi jää tällöin antaa alustava arvio puuttumisen välttämättömyydestä koskien lainsäädäntöä laajassa mielessä sekä tämän lainsäädännön soveltamista. Tällöin kansalliselle lainkäyttäjälle jää käytännössä harkintamarginaali, mutta ihmisoikeustuomioistuimen tehtävä on viime kädessä arvioida, onko tehty päätös yhdenmukainen ihmisoikeussopimuksen määräysten kanssa. Kun valtio harjoittaa kontekstuaalisille seikoille perustuvaa harkintaa koskien yksilöiden oikeuden tai oikeuksien rajoittamista, tulee sen arvioida EIT:n tulkintakäytännön perusteella vähintään rajoitettavan oikeuden tärkeyttä ja rajoitustoimenpiteiden sekä rajoituksen päämäärän luonnetta.⁴⁷⁵ Siten vaikka valtiossa vallitsisivat tosiasiaissa sellaiset erityisolosuhteet, jotka ovat harvinaisia muissa sopimusvaltioissa, ei valtio voi luonnollisestikaan välttää rajoituksen välttämättömyyden arviointia vain mahdollisten vallitsevien erityisolosuhteiden perusteella.

Kuten olen jo aiemmin tuonut esiin, kontekstuaalinen arviointi lepää pitkälti sen arvioinnissa, onko rajoitus välttämätön (demokraattisessa yhteiskunnassa). Tämä tekee kontekstuaalisesta tulkintaa

⁴⁷³ Esimerkiksi Suomessa viittaukset kansainvälisiin ihmisoikeusasiakirjoihin ovat olleet harvassa, eikä välttämättä oikeusvertailua ole onnistuneesti tehty. Tähän siis joku tarkentava viite asiasta.

⁴⁷⁴ Ks. esim. Pellonpää 2009, s. 110–115.

⁴⁷⁵ Viljanen 2004, s. 1118.

painottavasta ratkaisusta huonosti yleistettävän. Jukka Viljanen toteaaakin ratkaisua Leyla Şahin v. Turkki koskevassa kirjoituksessaan, että kansallisessa viitekehyksessä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisulle löytyy käyttöä vasta tarkemman suhteellisuusarvioinnin jälkeen⁴⁷⁶. Viljanen jatkaa toteamalla, että kansallisessa kontekstissa tärkeämpää on EIT:n rajoituslausedoktriinin hyödyntäminen yhdessä oman perusoikeusjärjestelmämme yleisten rajoitusedellytysten kanssa. Viljanen nostaa lisäksi erityiseen asemaan kaksi ihmisoikeusrajoituksiin liittyvää perustetta, jotka ovat rajoituksen välttämättömyyden huolellinen testaaminen sekä suhteellisuusperiaatteen tarkka noudattaminen.⁴⁷⁷

Kontekstuaalisiin näkökohtiin perustuvaan arviointiin ja tällaiseen EIT:n tulkintakannanottoon on siis kansallisessa viitekehyksessä suhtauduttava varauksella, sillä se saattaa olla yleiseurooppalaiseen viitekehukseen huonosti yleistettävissä. On kuitenkin tärkeä huomioda, että EIT:n ratkaisukäytännössä on myös jo sen luonteesta johtuen aukkoja, sillä ratkaiseehan se vain niitä asioita, jotka tuodaan sen käsiteltäväksi. Näin ollen ei ainoastaan EIT:n oma ratkaisukäytäntö ole riittävä keino ihmisoikeusdoktriinin kehittämiseen ja omaksumiseen kansallisessa viitekehyksessä.⁴⁷⁸ Vaikuttaa siis hieman paradoksaaliselta, että EIT:n omaan tulkintadoktriiniin sisältyvä kontekstuaalisen tulkinnan periaate ja siitä syntyneet ratkaisut eivät välttämättä sovellu kansallisen tuomioistuimen tulkintalogiikkaan, mutta sinänsä ei näytä olevan estettä kontekstuaalisen tulkinnan käytölle kansallisessa viitekehyksessä silloin, kun kansallinen tuomioistuin huolehtii suhteellisuus- ja välttämättömyysarvioinnista huolellisesti ja kattavasti. Lopputulos ei kuitenkaan ensivaikutelmasta riippumatta ole lainkaan paradoksaalinen, sillä tuleehan kansallisen lainkäyttäjän ratkaista sen käsiteltäväksi tuodut tapaukset vallitsevan oikeustilan perusteella. On lisäksi huomionarvoista, etteivät EIT:n tulkintadoktriiniin sisältyvät periaatteet sinänsä indikoi mitään tiettyä lopputulosta, ja näin tulkintaperiaatteiden soveltamisesta syntynyt johdonmukaisuus merkitsee lähinnä johdonmukaista sitoutumista määriteltyjä yksilön oikeuksia ilmentävien periaatteiden tehokkaaseen toteuttamiseen muuttuvissa konteksteissa⁴⁷⁹.

Mitä siis tulee valtion harkintamarginaalin ja kontekstuaalismin suhteeseen, ei kontekstuaalisuuden vaikutus mahdollisena poikkeuksena harkintamarginaalin laajuuteen sinänsä sulje kontekstuaalisen tulkinnan mahdollisuutta kansallisen lainkäytön keinovalikoiman ulkopuolelle. Siihen tulee kuitenkin suhtautua pidättyvästi ja tarkastella sitä ensisijaisesti ihmisoikeuksien rajoitusperusteiden

⁴⁷⁶ Tapauksessa Leyla Şahin v. Turkey (2005) Viljanen mukaan EIT ei harjoittanut tiukkaa suhteellisuusarviointia, joka olisi kaikkia asiaan liittyviä oikeuksia läpikäyvä testi, vaan suhteellisuusanalyysi jäi puutteelliseksi. Ks. tarkemmin Viljanen 2004, s. 1121–1122.

⁴⁷⁷ Viljanen 2004, s. 1124.

⁴⁷⁸ Lavapuro 2011, s. 475, ks. myös Pellonpää, Gullans, Pölönen ja Tapanila 2012, s. 490.

⁴⁷⁹ Lavapuro 2011, s. 470.

sekä ihmisoikeussopimuksen päämäärän ja tarkoituksen kautta ja pyrkiä takaamaan, että ihmisoikeussopimuksen määräyksiä toteutetaan ja turvataan käytännöllisinä että tehokkaina. Näin myös kontekstuaalisen tulkinnan avulla ihmisoikeussopimuksen määräykset säilyttävät ajankohtaisuutensa, eivätkä vähennä sen oikeutusta tai nykyaikaisuutta. Kuten myöskään konsensusperiaate, ei kontekstuaalinen tulkinta kuitenkaan sovellu pelkästään valtion harkintamarginaalin määrittelyyn, sillä kontekstualismiperiaatteessa kyse ei ole siitä, mikä on ihmisoikeussopimuksen suojaamaa oikeutta yleisluontoisessa mielessä ja vaihtelevissa olosuhteissa. Kyse on pikemminkin siitä, miten universaaleihin ihmisoikeuksiin kiinteästi liittyvä suhteellisuus saadaan sisällytettyä ihmisoikeussopimuksen sopimusosapuolten oikeuteen tiettyä ihmisoikeutta rajoittaen silloin, kun se on aivan välttämätöntä.

Konsensus- ja kontekstualismiperiaatteet eivät siis nähdäkseni ole täysin yhteen soveltumattomia kansallisen lainkäytön kanssa. Näihin tulee kuitenkin suhtautua varauksella. Nämä periaatteet eivät sovellu pelkästään valtion harkintamarginaaliopin määrittäjiksi, vaan näillä tulee kansallisessa lainkäytössä tavoitella muitakin hyväksyttäviä tavoitteita. Hyväksyttävä tavoite voi olla esimerkiksi tietyn ihmisoikeuden rajoittaminen yleisen edun nimissä silloin, kun yleisellä edulla pyritään takaamaan joitakin perustavanlaatuisia periaatteita, kuten esimerkiksi demokratia- ja yhdenvertaisuusperiaatteita ja kun yleinen etu itsessään on palautettavissa myös yksilöiden nauttimiin oikeuksiin. Kansalliset tuomioistuimet eivät siis voine omaksua omaan käytäntöönsä ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaettistä kokonaisuutta sellaisenaan, vaan ihmisoikeustuomioistuimen käyttämät tulkinnalliset metodit tulee sovittaa kansalliseen viitekehykseen.

6. Loppupäätelmät

Konsensusta ja kontekstuaalisuutta osana ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikkaa voidaan jäsentää usein eri tavoin. Tapa, jolla jäsenämme näitä ilmiöitä, riippuu osittain siitä, kuinka suhtaudumme niitä taustoittaviin oikeudellisiin ilmiöihin. Toisaalta taas sillä, kuinka jäsenämme konsensusta ja kontekstuaalisuutta on vaikutusta siihen, kuinka suhtaudumme näihin taustoittaviin ilmiöihin osana ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikkaa. Konsensus ja kontekstuaalisuus voidaan siis jäsentää toisaalta ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan eettisyyttä edistävinä ilmiöinä, mutta toisaalta nämä voidaan nähdä uhkana ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön kautta välittyville oikeuksille ja vapauksille. Konsensus ja kontekstuaalisuus eivät siis ole ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnallisina välineinä ongelmattomia.

Katson, että erityisesti kontekstuaalisesta tulkinnasta on lähiaikaisessa tutkimuskirjallisuudessa⁴⁸⁰ annettu yksipuolinen kuva, jossa kontekstuaalista tulkintaa on jäsenetty lähinnä uhkana ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön tulevaisuudelle. Kontekstuaalisuuden jäsentäminen huolestuttavana vaikuttimena liittyy pitkälti sellaiseen kehitykseen, jossa poliittisia elementtejä sisällytetään ihmisoikeusrajoituksen välttämättömyyteen ja hyväksyttävyyteen liittyvään arviointiin. Kontekstuaalisuus ei kuitenkaan nähdäkseni tyhjenny vain poliittisten vaikuttimien sisällyttämiseen ihmisoikeusargumentaatioon. Kontekstuaalisen tulkinnan hahmottaminen ratkaisujen, kuten A. B. ja C. v. Irlanti (16.12.2010), *Mouvement raélien suisse v. Sveitsi* (13.7.2012) tai *Otto-Preminger-Institut v. Itävalta* (20.9.1994) valossa antaa kontekstuaalismista periaatteena katsoakseni vaillinaisen kuvan. Nähdäkseni esimerkiksi uskonnollisten tunteiden suojeleminen muiden oikeuksien kustannuksella on ensisijaisesti poliittinen valinta, eikä niinkään ainakaan edellä mainittujen tapausten valossa edusta sellaista ihmisoikeusrajoitusta, jossa rajoitusta arvioidaan kattavasti sen välttämättömyyden ja tähän sitoutuvan suhteellisuuden sekä hyväksyttävyyden perusteella sijoittaen rajoitus suojelemisen arvoiseen kontekstiin. Kontekstuaaliset olosuhteet eivät siis *per se* saa johtaa erilaiseen suojan tasoon, vaan kontekstuaalisten olosuhteiden tulee pikemminkin olla selittävä tekijä sen kohtuullisen tasapainon, jota EIT suojattavalta edulta ja edun suojaamiseksi kohdistetulta rajoitukselta edellyttää. Erityislaatuiset olosuhteiden tulee siis vaikuttaa ihmisoikeuksien rajoitusperusteiden välityksellä myönnettävän harkintamarginaalin ja ihmisoikeussopimuksen tarjoaman suojan laajuuteen, eikä niinkään toimia pakotienä sellaisen rajoituksen hyväksymiseen, joka ei tosiasiallisesti kykenisi täyttämään rajoitukselle asetettuja vaatimuksia ilman tätä erityislaatuista viitekehystä.

⁴⁸⁰ Ks. erityisesti Rautiainen 2014 ja ja Letsas 2009.

Kontekstualismia voidaan siis hahmottaa toisaalta uhkakuvana, jonka merkitys palautuu pitkälti valtioille myönnettävän harkintamarginaalin laajuuteen ja erityisesti sen vahvistumiseen ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä. Itse kuitenkin katson, että kontekstualismi voidaan myös hahmottaa sellaisena ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikkaan kiinnittyvänä välttämättömänä tekijänä, joka varmistaa ihmisoikeuksien ajankohtaisuuden ja tarkoituksenmukaisuuden. Kontekstualismi jälkimmäisessä muodossa ei ole ristiriidassa universalismin kanssa, sillä kontekstualismi toteutuu universalismiin kiinnittyvän suhteellisuuden ja pluralismin keinoin. Kuitenkin silloin, kun kontekstuaalista tulkintaa sovelletaan implisiittisenä ihmisoikeusrajoituksena, on tällä universalismia rajoittava vaikutus. Ihmisoikeustuomioistuin on kuitenkin toistuvasti painottanut pluralismin turvaamista demokraattisen yhteiskunnan takeena, jolloin on vaikea nähdä, että kontekstuaalinen tulkinta edustaisi automaattisesti sellaista tulkintaa, johon EIT:llä ei ole oikeutta tai sellaista EIT:n tuottamaa laskutoimitusta, jonka mukaan EIT päättyy kontekstuaalisten olosuhteiden hyväksyntään ihmisoikeusrajoituksen perusteena silloin, kun sillä ei oman uskottavuutensa säilyttämisen vuoksi ole muutakaan vaihtoehtoa. Sen sijaan, kun kontekstuaalista tulkintaa hahmotetaan ihmisoikeuksiin liittyvien rajoitusperusteiden täyttämisen välineenä ja kun kontekstuaalisella tulkinnalla suojattava hyvä palautuu itsessäänkin suoraan yksilöiden oikeuksiin, tavoitetaan kontekstuaalisen tulkinnan universaali ydin. Tällä ytimellä viitataan ihmisoikeuksien tosiasialliseen universaaliin toteutumiseen, joka edellyttää, ettei ihmisoikeuksia voi tai saa arvioida vain yksittäisen kulttuurin näkökulmasta, vaan pluralismin kunnioittaminen on ihmisoikeuksien universalismin kannalta välttämätöntä.

Olen tässä tutkielmassa toistanut useasti, ettei konsensusperiaate nähdäkseni sisällä moraalisia taustaoletuksia itsessään ja onkin tästä näkökulmasta periaatetasolla neutraali. Mitä tämä kuitenkin konkreettisesti merkitsee ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikan kannalta? Olen yllä kritisoinut poliittisten elementtien sisällyttämistä kontekstuaaliseen tulkintaan liittyvään päättelyyn. Katson kuitenkin, että konsensusarviointi sisältää välttämättömästi poliittisia valintoja, jotka liittyvät jäsenvaltioiden jakamiin arvoihin ja moraalisiin sekä näihin liittyviin käsityksiin. Konsensusarviointi on siis aina paitsi oikeudellinen arvio jäsenvaltioiden oikeustilojen jakamista käsityksistä, myös poliittinen arvio näiden käsitysten luonteesta. Konsensusperiaate siis välttämättä pitää sisällään konkreettisesti soveltamistoimessa arvoja, joilla on moraalisia taustaoletuksia. Konsensusperiaatteeseen sisältyvä neutraalius ei merkitsekään moraalista irtautumista vaan ensisijaisesti sitä, ettei konsensustulkinta sisällä itsessään mitään tiettyä moraalikäsitystä, vaan moraalikäsitys kumpuaa kussakin tapauksessa Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden oikeustiloista eikä konsensusperiaatteesta itsestään.

Olen lisäksi kiinnittänyt konsensusperiaatteen pitkälti valtiolle myönnettävän harkintamarginaalin laajuuteen. Konsensusperiaatteeseen liittyvä jäsenitys on siis pitkälti palautunut sen rooliin harkintamarginaalin laajuuden osoittajana, ja tunnistan, että konsensusperiaatteen muu arvo on saattanut jäädä lukijalle hieman epäselväksi. Konsensusperiaate on kuitenkin vahvasti ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikkaa legitimoiva tekijä, joskin teoreettisessa katsannossa se ei sinänsä olekaan tämän tulkintaetiikan legitimitetin edellytys. Kuitenkaan sillä, ettei ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikka edellytä oikeutuksensa vuoksi konsensusperiaatteen soveltamista, on ihmisoikeustuomioistuimen arkitodellisuudelle ratkaiseva merkitys. Euroopan neuvoston jäsenvaltiopohja on heterogeeninen, ja siten jäsenvaltioiden oikeustiloista paikannettavat samankaltaisuudet viitoittavat vahvasti ihmisoikeusstandardin tasoa. Vaikka konsensusargumentointiin, jonka perusteita ei ihmisoikeustuomioistuimen päättelyssä ole selkeästi eksplikoitu, vastaan on esitetty kritiikkiä, on konsensusperiaate nähdäkseni ansainnut roolin ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan oikeuttajana.

Paikannettu konsensus ei kuitenkaan yksinään riitä oikeuttamaan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöä, sillä konsensusperiaate saattaa viestiä lähinnä enemmistön etuun perustuvaa yhteisymmärrystä erityisesti silloin, kun kyse on Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmistä kumpuavasta yhteisymmärryksestä, eikä niinkään esimerkiksi asiantuntijamielipiteisiin perustuvasta konsensuksesta tai sellaisesta yhteisymmärryksestä, joka ylittää Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden rajat. Juuri tässä katsannossa konsensusperiaate ei voi toimia EIT:n oikeuskäytännön yksinomaisena oikeuttajana, vaan onnistuneen konsensusargumentaation keskiössä ei niinkään tulisi olla kattava konsensusargumentaation perusteiden eksplikointi, vaan konsensusarvioinnin yhdistäminen sellaisiin ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteisiin, joilla pyritään selvittämään ihmisoikeusstandardin tosiasiallinen taso. Konsensusarvioinnin arvo EIT:n tulkintaetiikan oikeuttajana toteutuu siis nähdäkseni kattavimmin yhdistettäessä konsensusargumentaatio muihin ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan välineisiin, olivatpa nämä ihmisoikeustuomioistuimen itse oikeuskäytäntönsä esittelemiä tulkintaperiaatteita tai ihmisoikeussopimuksen luonteesta kansainvälisenä sopimuksena kumpuavia tulkinnallisia malleja.

Lienee kuitenkin ymmärrettävää, että on jokseenkin ongelmallista arvioida, mitkä tulkintaperiaatteet edustavat pyrkimystä oikean ihmisoikeusstandardin paikantamiseen. Toisekseen ongelmallista on arvioida oikean ja tarkoituksenmukaisen ihmisoikeusstandardin tasoa niin, ettei tulkinta johda oikeuksien inflaatioon liiallisesti laajentavien ihmisoikeustulkintojen kautta tai toisaalta oikeuksia epätarkoituksenmukaisesti rajoittavaan tapaan jäsentää ihmisoikeuksien

konkreettista sisältöä. Ihmisoikeusstandardin oikean tason paikantamispyrkimykset ovat itse asiassa juuri sitä toimintaa, jota tässä pro gradu -tutkielmassa olen kutsunut Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikaksi. Olen tässä tutkielmassa käsitellyt kysymystä, sisältyvätkö kaikki ihmisoikeustuomioistuimen käytännössään soveltamat tulkintaa ohjaavat periaatteet tulkintaetiikkaan, vaan voidaanko katsoa, että tietyt periaatteet lukeutuvat tämän tulkintaettisen kokonaisuuden ulkopuolelle. Olen painottanut, etteivät tulkintaperiaatteet merkitse samaa kuin ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikka, sillä tulkintaetiikkaan sisältyy väistämättä sellainen moraalinen lataus, jota tulkintaperiaatteilla ei välttämättä ole.

Katson, että tulkintaetiikan päämäärä on ihmisoikeuksien moraalisen ytimen sisällön selvittäminen ja tämän turvaaminen, toisin sanoen siis pyrkimys oikean ja tarkoituksenmukaisen ihmisoikeussuojan tason paikantamiseen. Olen esittänyt, että tästä näkökulmasta konsensusharkinta ja erityisesti harkintamarginaalioppi vaikuttavat soveltuvan tietyissä tilanteissa huonosti tähän tulkintaettiseen tehtävään. Tulkintaetiikkaan sisältyvä moraalisuus rakentuu kuitenkin nähdäkseni kokonaisuuden kautta ja tosiasiallisen soveltamistoimen keinoin. Näin ollen myös sellaiset tulkinnalliset periaatteet, kuten esimerkiksi konsensus, saattavat konkretisoitua ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä toteuttaen tätä tulkintaettistä tehtävää erityisesti silloin, kun ne yhdistetään muihin tulkinnallisiin menetelmiin. Lisäksi tulkintaetiikkaan saattaa kiinnittyä tapauskohtaisesti muita suojelun arvoisia tekijöitä, jotka ovat sinänsä irrallisia ihmisoikeuksien moraalista ytimeä, mutta jotka saattavat kuitenkin olla välttämättömiä ihmisoikeuksien tarkoituksenmukaisen toteutumisen näkökulmasta.

Olen yllä sitonut ihmisoikeustuomioistuimelle asetetun tulkintaettisen tehtävän ihmisoikeuksien moraalisen ytimen sisällön selvittämiseen ja tämän turvaamiseen sekä tämän kautta toteutuvaan tarkoituksenmukaisen ihmisoikeusstandardin paikantamiseen. Ihmisoikeusstandardin paikantamispyrkimykset vaikuttavat ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella pitkälti toteutuvan harkintamarginaaliopin kautta. Valtioille myönnettävän harkintamarginaalin perusteet, siis se ne syyt, mitkä oikeuttavat juuri tietynlaajuisen harkintamarginaalin kussakin tapauksessa, määrittelevät pitkälti ihmisoikeusstandardin tasoa. Onko näin ollen harkintamarginaalioppi ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikan ytimessä huolimatta siitä, että harkintamarginaali ainakin periaatteen tasolla vaikuttaa paikoitellen sitoutuvan huonosti ihmisoikeuksia taustoittavien moraalisten periaatteiden turvaamiseen? Jotta tähän kysymykseen voidaan antaa perusteltu vastaus, on huomionarvoista todeta, ettei harkintamarginaalioppi nähdäkseni ole itsenäinen periaate, vaan useat eri ihmisoikeustuomioistuimen sisäistämät tulkinnalliset välineet kattava sateenvarjokäsite.

Perusteltu harkintamarginaali edellyttää, että harkintamarginaalin laajuuden osoittajana toimii perusteltu oletus siitä, minkälainen ihmisoikeusstandardi Euroopan neuvoston jäsenvaltioissa vallitsee. Lisäksi erityisen olennaista on jäsentää perusteltu oletus siitä, minkälainen ihmisoikeusstandardin tulisi olla, jotta ihmisoikeuksia taustoittavat moraaliset periaatteet tulisivat turvatuiksi. Harkintamarginaali johdetaan aina näihin tekijöihin liittyvästä itsenäisestä arviosta, jota pyritään paikantamaan erilaisten tulkinnallisten periaatteiden avulla, joita olen myös tässä tutkielmassa käsitellyt. Sellaiset ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnalliset periaatteet kuten konsensusperiaate, evolutiivisen laintulkinnan periaate, ihmisoikeussopimuksen soveltaminen itsenäisenä asiakirjana tai kontekstualismiperiaate tosiasiasa pitkälti toteutuvat ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä harkintamarginaalin keinoin.

Harkintamarginaalin sisältö saattaa siis ihmisoikeustuomioistuimen konkreettisesti soveltamistoimessa jäädä merkityksettömäksi, sillä niillä perusteilla, joiden avulla ihmisoikeustuomioistuin tiettyyn arvioon harkintamarginaalin laajuudesta päätyy, on myös itsenäinen merkitys. Valtion oikeutus toimia kollektiivisten tavoitteiden saavuttamiseksi ja näiden tavoitteiden saavuttamispyrkimysten merkitys yksilöiden oikeuksien ja vapauksien kannalta kuitenkin niin, etteivät nämä pyrkimykset perusta ihmisoikeusloukkausta on mahdollista toteuttaa myös ilman harkintamarginaaliopin soveltamista. Harkintamarginaali ei siis nähdäkseni niinkään ole ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaettisen tehtävän ydin, vaan ensisijaisesti poliittinen tosiasia, joka liittyy harkintamarginaalin tehtävään subsidiariteettiperiaatteen ilmentäjänä.

Harkintamarginaalioppi on siis nähdäkseni ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikalle paitsi tarpeeton, saattaa se olla myös haitallinen. Kun harkintamarginaalioppi johtaa siihen, että kansallisten tuomioistuinten ratkaisujen tarkastelun ulkopuolelle jää näiden ratkaisujen faktuaalinen sisältö, rajoittuu harkintamarginaalin tehtävä pitkälti vain valtion suvereniteetin ja ihmisoikeustuomioistuimen näennäisen legitimitietin turvaamiseen, vaikka myös harkintamarginaalin merkityksestä valtion suvereniteetille on esitetty myös toisenlaisia arvioita. Vain näennäistä tämä legitimitietti on silloin, kun oikeutusta jäsennetään sitoumuksen keinoin. Sitoumukseen perustuvassa legitimitietissä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut eivät sido Euroopan neuvoston jäsenvaltiota sopimukseen liittyvien seuraamusmahdollisuuksien vuoksi, vaan siksi, että nämä jäsenvaltiot ovat sitoutuneet kunnioittamaan ihmisoikeustuomioistuinta instituutiona, jonka ihmisoikeussopimus on luonut. Kun harkintamarginaalioppi puolestaan liitetään pyrkimykseen turvata ihmisoikeussopimuksen (edelleen näennäinen) oikeutus, sovelletaan harkintamarginaalia pikemminkin poliittisena laskutoimituksena kuin tosiasiallisena perustellun ihmisoikeusstandardin paikantamispyrkimyksenä. Siten katson, että harkintamarginaalilla ei ole

erityistä annettavaa oikeamman ihmisoikeusstandardin tavoittamisen näkökulmasta, sillä harkintamarginaaliopin pääasiallinen merkitys ei niinkään ole ihmisoikeussuojan tason arvioinnissa, vaan jäsenvaltioiden suvereniteettiin ja ihmisoikeustuomioistuimen subsidiariteettiin palautuvassa hyöty-haitta-laskutoimituksessa.

Olen tässä pro gradu -tutkielmassa ottanut esiin vain joitakin tapauksia esimerkinomaisessa tarkoituksessa, eikä esiin tuotuja tapauksia ole tarkoitettu tyhjentäväksi käytännön kuvaukseksi. Erityisen kiinnostavaa nähdäkseni kuitenkin myöhempiä tutkimusaiheita ajatellen olisi arvioida kontekstuaalisen tulkinnan merkitystä ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikalle kontekstuaalisen tulkintaan liittyvän kaksoisstandardin syntymisen uhan näkökulmasta. Kaksoisstandardin pohtimisen mahdollisuus antaisi nähdäkseni kattavamman kuvan kontekstuaalisesta tulkinnasta doktrinaalisena arviona. Tällöin mahdollista olisi aikaansaada kokonaiskuva siitä, kuinka tosiasiaassa kontekstualismi EIT:n oikeuskäytännössä toteutuu, sillä tässä tutkielmassa esittämäni käsitykset kontekstualismin merkityksestä EIT:n käytännölle ovat parhaimmillaankin vain arvauksia, jotka perustuvat suhteellisen vähäiseen oikeustapausaineistoon. Konsensusperiaatteeseen kiinnittyvien oikeustapausten arviointi on myös ollut tässä tutkielmassa hyvin vähäistä, ja olen päätenyt painottamaan kontekstuaalista tulkintaa osin konsensusperiaatteen kustannuksella. Tämä johtuu pitkälti siitä, että konsensusperiaatetta EIT:n tulkinnallisena doktriinina on tutkittu merkittävästi kontekstuaalista tulkintaa enemmän, joten olen pyrkinyt kompensoimaan tätä kontekstualismiperiaatteeseen liittyvän tutkimuksellisen orientaation puutetta.

Lienee siis ilmiselvää, ettei tämä tutkielma ole edennyt oikeustapausten kautta tai oikeustapausanalyysin keinoin, vaan oikeustapausten merkitys on lähinnä rajoittautunut niiden tarjoamaan argumentatiiviseen tukeen. Tunnistan, että valinta on jokseenkin jännitteinen tutkimustehtävääni nähden, onhan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaetiikka palautettavissa sen antamiin ratkaisuihin. Vaikka tulkintaetiikka ei ole enempää kuin ihmisoikeustuomioistuimen antamien ratkaisujen summa, eikä tulkintaetiikka sinänsä ole ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin nähden ulkopuolinen tekijä, on nähdäkseni ollut tarkoituksenmukaista selvittää konsensus- ja kontekstualismiperiaatteisiin ja muihin EIT:n tulkinnallisiin välineisiin kiinnittyviä perustavanlaatuisia kysymyksiä, kuten kysymystä ihmisoikeuksien universaalista ja moraalista luonteesta sekä EIT:n harjoittamaan tulkintaan liittyviä kysymyksiä tulkinnan oikeudesta kuin oikeutuksestakin.

Katsoakseni on tuotettu runsaasti ansiokkaita oikeustapausten kuvauksia ja jopa oikeustapausten uudelleenkirjoituksia, mutta ihmisoikeustuomioistuimen käyttämiä tulkintaperiaatteita on

harvemmin sidottu ihmisoikeuksien moraaliseen taustaan. En tarkoita, että katsoisin, ettei ihmisoikeuksien moraliteettia olisi ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaperiaatteiden viitekehyksessä lainkaan tarkasteltu. Sen sijaan tarkoitan, että kun ihmisoikeuksiin kiinnittyvää moraalisuutta on tarkasteltu EIT:n tulkintaperiaatteiden kontekstissa, on vain harvoissa keskustelunavauksissa laajemmin perehdytty siihen, minkälaisia velvollisuuksia ihmisoikeuksia taustoittava moraalisuus, ihmisoikeuksien universaalisuus ja niiden jokseenkin deontologinen luonne merkitsevät ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaprosessille. Tähän perustuen ajattelen, että jatkossa kiinnostavaa olisi tutustua paitsi erityisesti kontekstualismiperiaatteeseen eritellen tiettyyn oikeuteen liittyvää EIT:n ratkaisukäytäntöä, myös esimerkiksi lähiaikaisen oikeustapaustaineiston avulla pyrkiä selvittämään, kuinka ihmisoikeustuomioistuin tosiasiallisesti jäsentää ja toteuttaa sille asetettua tulkinta-asetettua tehtävää.