

JUHLAJULKAISU

URHO KALEVA
KEKKONEN

1900 · 3/9 · 1975

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Vammala 1975, Vammalan Kirjapaino Oy

ISBN 951-9068-43-0 (1/2 nahk.)

ISBN 951-9068-44-9 (sid.)

ISBN 978-951-855-874-6 (PDF)

Aulis Aarnio

Ikuinen ja muuttuva oikeus

Katsaus modernin luonnonoikeuden ongelmiin

1. Lähtökohtainen kysymyksen asettelu

Yhteiskunta järjestää jäsentensä väliset suhteet eri tyyppisten ja eri asteisten normien eli kieltojen, käskyjen ja lupien avulla. Jokaisessa pitkälle jäsenytyneessä yhteiskunnassa muodostavat *oikeusnormit* tärkeän ryhmän näiden normien joukossa. Ne järjestävät sitovalla tavalla kansalaisten oikeudet ja velvollisuudet paitsi toisiinsa myös valtioon, kuntaan ja muihin julkisyhteisöihin nähden. Oikeussääntöjen antaminen, niiden noudattaminen ja noudattamisen valvonta onkin meille tavallisissa oloissa itsestään selvyyttä. Emme aseta sitä edes kysymyksen alaiseksi. Periaatteelliselta kannalta katsoen oikeus ja oikeussäännöt ovat kuitenkin perin juurin ongelmallinen asia. Tämän osoittaa jo lyhyt silmäys oikeudellisen ajattelun oppihistoriaan. Oikeusfilosofit ovat vanhastaan pohtineet mm. kysymystä oikeuden, tavan ja moraalien suhteesta toisiinsa. He ovat myös kysyneet, mikä tekee säännöistä juuri *oikeussääntöjä* ja mikä antaa tietylle vallankäytön lohkolle nimenomaan oikeudellisen leiman. Itse asiassa näyttää olevan niin, että nämä ja näiden kaltaiset kysymykset ovat pitkälti muovanneet koko oikeusfilosofian ja samalla ihmisen oikeuteen kohdistuvan älyllisen kiinnostuksen historian. Ne ovat yhdistäneet ja erottaneet ajattelijoita, ne ovat jakaneet heitä oppisuuntiin ja koulukuntiin. Ja kuitenkin vielä tänä päivänä meitä askarruttaa kysymys: *mitä oikeus on?*

Ei liene väärin — eikä edes uutta — todeta, että tämä kysymys saa erityistä merkitsevyyttä *yhteiskunnan kriisiaikoina*.¹ Tämänkertaisen

¹ Ks. esim. Tumanov, V. A., Contemporary Burgeois Legal Thought. 1974 s. 112 ss. Ks. myös Peschka, Vilmos, Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie. 1974. s. 11 ss. ja s. 67 ss.

teemamme, modernin luonnonoikeusopin kohdalla oletus joka tapauksessa näyttää pitävän paikkansa. Se syntyi sodan rikki runteleman Euroopan sydämessä. Natsi-Saksassa toimeenpannut hirmuteot ja rikkomukset ihmisen perusoikeuksia vastaan nostattivat luonnostaan kysymyksen: mitä oikeus on, jos järjestelmä oikeuttaa myös tällaiset teot? Oliko oikeus sanan jaloimmassa mielessä kerta kaikkiaan kuollut? Räikeä ristiriita »oikean» oikeuden vaatimusten ja vallitsevan käytännön välillä johti näin suoraan oikeusfilosofian perimmäisten kysymysten äärelle.

Moderni luonnonoikeusoppi, sellaisena kuin se tässä käsitetään, juontaakin juurensa nimenomaan välittömästi toista maailmansotaa seuranneesta ajasta. Se versoi kolmannen valtakunnan raunioista mutta se on yhä vielä elinvoimainen oppisuunta. Moderni luonnonoikeusoppi etsii vastausta kysymykseen, mistä oikeussäännöt saavat *pätevyytensä*, milloin jokin oikeudelliseksi luonnehdittava sääntö on sitova. Vastauksensa se ammentaa osin vanhasta luonnonoikeudellisesta perinteestä, joka tekee jyrkän eron positiivisen (annetun) oikeusjärjestyksen ja luontaisen oikeuden välillä. Moderni luonnonoikeusoppi merkitsee näin ollen selvää vaihtoehtoa monella suunnalla lähes yksinomaaisena vallitsevalle *oikeuspositivismille* (lakipositivismille).²

Oikeuspositivismi on vakiintuneesti luonnehdittu suuntaukseksi, jonka mukaan voimassa olevan oikeusjärjestyksen pätevyys ei ole riippuvainen mistään sen *ulkopuolella* olevasta sitovuuden lähteestä. Jos oikeussääntö on suvereenin valtiomahdin antama, kuten *Jeremy Bentham* asian ilmaisi, tai se on annettu ylemmänasteisen normin luoman kelpuutuksen turvin (*Hans Kelsen*), on oikeussääntö pätevä. Laillisesti annettu oikeusjärjestys on siis tämän mukaan sellaisenaan pätevä.³

Luontaisoikeudellinen (luonnonoikeudellinen) ajattelu ei tyydy tähän. Sen mukaan positiivinen oikeusjärjestys saa pätevyytensä »ylemänasteisista» normeista, luontaisesta oikeudesta. Positiivinen oikeus toteuttaa ikäänkuin epätäydellisesti tätä ylemmänasteista oikeusjärjestystä, mutta säännöllisesti sen normit kuitenkin ovat sopusoinnussa luontaisen oikeuden normien kanssa. Jos taas positiivinen oikeus joutuu ristiriitaan luontaisen oikeuden vaatimusten kanssa, niinkuin

² Ks. siitä Aarnio, Laki, teko ja tavoite. 1975.

³ Ns. realistiset suuntaukset liittävät edellä sanottuun vielä tehokkuusvaatimuksen: normi on voimassa silloin ja vain silloin, kun sitä noudatetaan oikeuselämässä. Realistiset suuntaukset voidaan edelleen jakaa eri koulukuntiin sen mukaan, mitä »oikeuselämällä» tarkoitetaan. — Ks. Aarnio, m.t. s. 32 ss.

kävi natsi-Saksan oikeudessa, väistyy positiivinen järjestys ja päteväksi osoittautuu vain luontainen oikeus. Juuri näin katsoo moderni luontais-oikeusoppi voittaneensa ihmisoikeuksia loukkaavaan järjestykseen kätkeytävän ristiriidan.

Tähän tapaan hahmoteltuna niin aiempi kuin modernikin luontais-oikeusoppi synnyttävät useita ongelmia. Aihettamme ajatellen päälimmäksi nousee kaksi kysymystä.

- (a) Miten luontainen oikeus tulisi *määritellä* (mistä se saa pätevyytensä, mikä on sen sisältö jne.)?
- (b) Mikä täsmällisesti lausuttuna on positiivinen oikeusjärjestyksen ja luontaisen oikeuden välinen *suhde*?

Seuraavassa pyrin luonnostelemaan lyhyen vastauksen kumpaankin kysymykseen. Rajoitun tällöin tarkastelemaan modernia luonnon-oikeusoppia sellaisena kuin se esiintyy tämänhetkisessä *saksalaisessa* oikeuskirjallisuudessa ja pyrin pelkistykseen uhallakin nostamaan esiin vain joitakin edustavina pitämiäni näkemyksiä. Sitä ennen kuitenkin muutama sana luonnonoikeudellisen ajattelun historiasta.

2. Luonnonoikeudellisen ajattelun kehityksestä

Karkeasti voidaan luonnonoikeudellinen ajattelu jaksottaa neljään päävaiheeseen: antiikin, lähemmin sanoen kreikkalaiseen luonnonoikeudelliseen traditioon, kristilliseen luonnonoikeusoppiin, rationalistiseen luontaisoikeuteen sekä moderniin luonnonoikeusajatteluun. Mikään niistä ei muodosta täysin yhtenäistä ja samalla mitalla punnittavaa kokonaisuutta, mutta ajattelun virstanpylväinä kuvaamani jaksot puoltanevat paikkaansa. Modernin luonnonoikeusopin perusajatusten valaisemiseksi yritän piirtää eräitä ääriveriivoja jokaisesta sitä edeltävästä kolmesta vaiheesta.

2.1. Varhaisimmassa kreikkalaisessa ajattelussa maailmanjärjestyksen idea syntyi siitä, että yhteiskunnallinen järjestys, kaupunkivaltion legaalinen ja sitova järjestelmä projisoitiin luontoon. Niinpä esimerkiksi *Anaksimandros* katsoi luonnonlakien takaavan luonnonjärjestyksen oikeudenmukaisuuden samalla tavalla kuin maalliset lait varmistavat ihmisen oikeusturvan. Vähitellen *tietoisuus* luonnonkuvan antropomorfisuudesta kuitenkin katosi ja *luonnonjärjestelmä* oivallettiin primaariseksi. Se oli malli, jota ihmisen yhteiskunnallisen järjestyksen tulisi mukaila. Oikea yhteiskunnallinen järjestys kuvasti jumalallista lainalaisuutta luonnossa.

Toisaalta monilla antiikin ajattelijoidella oli taipumus yhdistää tärkeät asiat *muuttumattomuuden ideaan*. Sitä ilmensi *Platonin* ideaoppi, *Anaksimandroksen* oletus alkusubstanssista (Äärettömästä) ja *Anaksagoraan* opetus Järjestä kaiken yläpuolella olevan perustana. Muuttumattomuuden idea heijastui niin ikään *Demokritoksen* atomiopissa ja se esiintyi myös sellaisilla ajattelijoidella kuin *Herakleitos* ja *Parmenides*. Kaiken kaikkiaan se eri muodoissa ja eri motiiveista syntyneenä oli eräs antiikin ajattelun merkitseviä piirteitä eikä se voinut olla vaikuttamatta myöskään käsityksiin yhteiskunnallisesta järjestyksestä. Yhteiskunnankin tuli olla kuin ihmistä ympäröivä luonto, sillä kaikki tosi, oikea ja hyvä oli muuttumatonta – ikuista.⁴ Niin myös laki. Tässä tulee kiintoisasti esiin toisaalta myös yhteys luonnonjärjestyksen ja yhteiskunnan järjestyksen välillä. Olevaisen järjestys oli samalla myös laki moraalisessa ja juridisessa mielessä. Kreikkalaisille ei siis vielä ollut käynyt selväksi ero, joka vallitsee sen välillä, mikä *on* ja minkä *pitää* olla.

Luonnonoikeusperinnettä ajatellen on muistettava vielä kolmas, nimenomaan kreikkalaisille tyypillinen ajattelutaipumus. Se oli *teleologisuuden* (tarkoituspäisyyden) korostaminen. *Jaakko Hintikka* toteaaakin, että kreikkalaisilla oli taipumus tarkastella kaikkia ilmiöitä niiden lopputilaa tai päämäärää ajatellen.⁵ Päämäärän käsite oli ikäänkuin linssi, jonka läpi he tarkastelivat kaikkea tapahtumista, oli se luonnossa tahi yhteiskunnassa ilmenevää.

Tämä näkyi jopa kreikkalaisten luonnonselityksissä: kappaleet etsiytyivät heidän mukaansa luonnollisiin tiloihinsa. Tärkeämpää on kuitenkin panna merkille toinen seikka. Monet filosofit, ennen muuta *Aristoteles*, korostivat, että tieto toiminnan päämäärästä on edellytyksenä sille, että saadaan aikaan toiminnan tuote. Tieto rakennuksen ideasta on rakennuksen valmistustaidon edellytys. Mutta aivan samoin on yhteiskunnan laita. Valtion olemuksen eli ideaalisen valtion tunteminen on kaiken valtiollisen toiminnan edellytys. Valtiotieto on niin sanoakseni samalla valtiotaitoa.

Näistä aineksista, luonnonjärjestyksen projisoinnista yhteiskuntaan, muuttumattomuuden ideasta ja teleologisuusoletuksesta syntyi kreikkalainen luonnonoikeusajattelu, joka monet ydinajatuksensa säilyttäen pysyi hengissä aina uudelle ajalle asti. Niinpä *Aristoteles* erottaa »luonnollisen» oikeuden »sovitusta» oikeudesta todeten ensiksi mainitun olevan sopusoinnussa ihmisluonnon yleisten pyrkimysten kanssa.

⁴ Ks. tekstissä lausutusta esim. von Wright, G. H., Ajatus ja julistus 1961. s. 18 ss.

⁵ Hintikka, Jaakko, Päämäärä, sattuma ja välttämättömyys. Ajatus XXVL s. 61 ss.

Reijo Wilenius huomauttaakin, että näin sanoessaan Aristoteles tulee korostaneeksi vahvasti teleologisuuden ajatusta.⁶ Hänelle luonnolliset lait eivät olleet oikeastaan lakeja nykyihmisen tuntemassa mielessä, vaan pikemminkin *luonnollisia päämääriä*. Sen vuoksi esim. väite »kaupunkivaltio on olemassa luonnostaan» tulee ymmärrettäväksi teleologisena käsityksenä siitä, että ihmisten liittyminen kaupunkivaltioksi on sopusoinnussa luonnollisen kehityslinjan, luonnollisen lopputilan kanssa.⁷

2.2. Tämä ajattelutapa periytyi, kuten sanottu, kreikkalaisilta myöhemmille ajattelijoille peruspiirteiltään liki muuttumattomana. Huomiota herättävän selkeästi se tulee ilmi *kristillisen* luontois oikeuden huomattavimmalla edustajalla *Tuomas Akvinolaisella*. Hänkin ymmärtää luonnollisuuden tuntemisella tietoa inhimillisen toiminnan päämääristä. Nämä taas perustuvat ihmisen luonnollisiin taipumuksiin (*inclinatio naturalis*), jotka ihminen järkensä avulla voi *tiedostaa*. Luonnollisia taas ovat kaikki ne taipumukset, jotka ovat luonnostaan hyviä. Jos siis tiedämme, mikä on ihmisen luonto, hänen »olemuksensa», tiedämme samalla, mitkä ovat hänen luonnolliset taipumuksensa. Ja koska tämä voidaan intuitiivisesti oivaltaa, on meillä kyky tiedostaa eettiset perusperiaatteet eli luonnollisen lain opetukset.⁸

On mielenkiintoista todeta, kuten *D. J. O'Connor* on osoittanut, että Akvinolaisen mielestä luonnollista lakia ei voida kokonaan poistaa ihmisen sydäimestä, mutta sitä voidaan kyllä ainakin sekundaaristen periaatteiden osalta *muuttaa*. Kohtaamme tässä erään Akvinolaisen ajattelun ongelmallisista kohdista: luonnolliset lait ovat itsestään selviä, mutta kuitenkin joissakin suhteissa ja jollakin tavoin muuttuvaisia.⁹

Akvinolaisen ajatuksissa kiinnittää huomiota kaksi asiaa. Ensinnäkin hän pitäytyy varsin *yksilökeskeisellä* tasolla. Luonnolliset lait kuuluvat — kuten Wilenius lausuu — ennemminkin etiikan kuin politiikan alaan. Hänen ajattelussaan tulee tuskin havaittavasti esiin sellaisten luonnollisten lakien järjestelmä, joiden subjektina on kansa, yhteiskun-

⁶ *Wilenius, Reijo*, Filosofia ja politiikka. s. 15 ss.

⁷ Aristoteleen luonnollisten lakien järjestelmän ei näin ollen ollut *deonttinen* käskyjen, kieltojen ja lupien järjestelmä. Luonnollisista päämääristä voidaan kuitenkin *johtaa* ns. teknisiä normeja: jos haluat sitä, sinun *pitää* toimia niin ja niin.

⁸ Ks. tekstissä lausutusta *O'Connor, D. J.* Tuomas Akvinolainen ja luonnollinen moraalilaki. 1969. s. 5 ss.

⁹ Toisaalta on huomattava, että Akvinolainen ei ilmeisestikään *perustanut* luonnollisia lakeja välittömästi Jumalan ilmoitukseen ja sitä kautta *uskoon*. Ne olivat hänelle *järjellä* käsitettävää totuuksia, mutta hän katsoi niiden olevan sopusoinnussa Raamatusta ilmenevien eettisten periaatteiden kanssa. — Ks. *O'Connor* s. 9 ss. verr s. 37 ss.

ta. Toisaalta kiinnittää huomiota se, jo kreikkalaisilla tapaamamme seikka, että *luonto, oikeus ja moraali* eivät Akvinolaisen ajattelussa ole erottautuneet toisistaan. Ikuinen järjestys on samalla »oikea» moraalinen ja juridinen järjestelmä. Lakien takana on ihmisen haluista riippumaton moraalilaki, joka puolestaan on sopusoinnussa luonnon ikuisen järjestyksen kanssa. Oikeastaan voitaisiinkin tämä tietien sanoa, että koko myöhemmän oikeudellisen ajattelun historia on näiden kolmen elementin, luonnon, oikeuden ja moraalien irroittautumista toisistaan. Tämä kehitys, joka huipentuu oikeuspositivismissa, toteutui osaksi jo luonnonoikeusopin seuraavassa kehitysvaiheessa, jota voidaan nimittää *rationalistiseksi luontaisoikeudeksi*.

2.3. Ajan mittaan, etenkin 1600-luvulle tultaessa kristillisen luonnonoikeusopin voima alkoi ehtyä. *Uskonpuhdistus* toi uusia piirteitä teologiseen etiikkaan ja keskiajan teologinen oppirakennelma sysättiin Lutherin ja Calvinin toimesta syrjään. Tämän kristinuskon sisällä tapahtuneen muutoksen ohessa alkoi orastaa yhteiskunnallinen murros. Sitä enteili se, että yksilökeskeisen kristillisen moraalifilosofian rinnalle alkoi yhä enemmän työntyä *sosiaalietiikka*, kiinnostus yhteiskunnallisten oikeuksien ja velvollisuuksien sisältöön ja alkuperään.¹⁰

Tämä näkyi luontaisoikeudessa mm. siinä, että huomiota alettiin kiinnittää *positiivisen oikeusjärjestyksen* ja luontaisoikeuden väliseen suhteeseen. Niinpä *Grotius, Thomasius ja Pufendorff* hyväksyivät monin kohdin ajatuksen luonnollisista oikeuksista (luontaisista päämääristä) mutta kytkivät sanotun idean nyt oikeusjärjestykseen. Järjellä käsitettävä luontainen oikeus loi perustan positiivisen oikeusjärjestyksen pätevyydelle.

Rationalistisella luontaisoikeudella oli kuitenkin tarjottavanaan merkittävä lisä myös oikeudellisen ajattelun *metodiikkaan*. Lisän toi 1700-luvulla *Christian Wolff* siitä huolimatta, että hän ei varsinaisesti ollutkaan lainoppinut.¹¹ Wolffin luomiskausi osui 1700-luvun ensimmäisille vuosikymmenille. Tuohon aikaan rationalistista metodologiaa pidettiin erityisessä arvossa. Vaikka luonnontieteelliset menetelmät olivatkin valtaamassa alaa, katsottiin teologia, matematiikka ja oikeustiede edelleen johtaviksi ja samalla ei-empiiriksi, aksiomeihin nojaaviksi rationaalisiksi tieteiksi. Mallina pidettiin nimenomaan Euklideen geo-

¹⁰ Ks. tästä *Anners, Erik*, Europas rättshistoria. Del 2 s. 11 ss. ja s. 41 ss.

¹¹ Ks. *Aarnio*, m.t. s. 61 s.

metriaa. Sen pohjalta *Spinoza* kehitteli etiikan teoriaansa ja *Descartes* loi tunnetun filosofisen järjestelmänsä. Oli sen vuoksi yksinomaan luonnollista, että myös *Wolff* asetti oikeusoppinsa metodiseksi rungoksi juuri geometrian. Oikeustieteen tuli työskennellä siten, että se johti *deduktiivisesti* yleisistä oikeusperiaatteista (luonnonoikeuden ylimmistä periaatteista) yksityiskohtaisia käyttäytymisvaatimuksia. Oikeusjärjestelmä tuli näin siis tiukan systemaattiseksi ja samalla aksiomaattiseksi. Se lepäsi tukevasti luontaisen oikeuden ikuisten lakien varassa.

2.4. Tätä taustaa vasten on ymmärtääkseni selvää, että moderni luonnonoikeusoppi ansaitsee sekin todella luontoisoikeudellisen suuntauksen nimen. Yhteys edellä kuvattuun perinteeseen on selvä ja asiallisesti, joskaan ei ajallisesti läheinen.

Modernia luonnonoikeusoppia askarruttaa ensinnäkin kysymys *muuttumattomasta* oikeudesta, sellaisista oikeusperiaatteista, jotka ajasta ja paikasta riippumatta antavat ohjeen oikeusjärjestyksen muodostajalle tai sen soveltajalle. Kuten myöhemmin havaitsemme, muuttumattomuusongelmaan omaksutut kannat myös jakavat modernin luonnonoikeusopin edustajia kahteen eri leiriin.

Keskeisen ongelmaryhmän muodostaa myös *oikeuden ja moraalin* välinen suhde. Aikaisemmin huomautin siitä, että oikeudellisen ajattelun historiassa on selvästi todettavissa pyrkimys näiden kahden asian irroittamiseen toisistaan, asian, jotka vielä sen paremmin antiikin kuin kristillisen luonnonoikeusajattelun aikaan eivät kuuluneet eri kategoriioihin. Etenkin anglosaksisessa maailmassa ja myös pohjoismaisessa oikeusteoriassa tämä on tiennyt irtautumista luonnonoikeudellisesta perinteestä ja liittymistä oikeuspositivistiseen traditioon. Moderni luonnonoikeusoppi merkitsee tässä katsannossa eräänlaista vastareaktiota. Päinvastoin kuin oikeuspositivismissa sen keskeisiä tendenssejä on *lähentää* luonnonoikeutta ja positiivista oikeutta toisiinsa ja ratkaista tätä kautta oikeuden ja moraalin välinen dilemma.¹²

Saadaksemme otteen tästä modernin luonnonoikeusopin pyrkimyksestä meidän on tarkasteltava hieman laajemmin kysymystä positiivisen oikeuden ja luonnonoikeuden suhteesta. Analyttisesti voidaan erottaa kaksi erilaista tapaa suhtautua asiaan.

¹² On selvää, että jo em. syistä modernia luonnonoikeusoppia on kiinnostanut myös kysymys oikeudellisen ajattelun *metodista* eli välineistä, joilla *tieto* luonnonoikeuden periaatteista saavutetaan. Tätä kautta tärkeä osa luonnonoikeudellista problematiikkaa kytkeytyy ns. rationalismin peruskysymyksiin.

3. Positiivisen oikeuden ja luonnonoikeuden suhde

3.1. Toisinaan kuulee väitettävän, että mitään luontaisoikeutta ei ole »olemassakaan». Sen vuoksi ei voi syntyä ristiriitaakaan positiivisen oikeusjärjestyksen ja luontaisen oikeuden välille. Väite kuvaa tietynlaista ääriasennetta luonnonoikeuteen nähden. Sen mukaan on hyödytöntä ja tarpeetonta etsiä positiivisen järjestyksen takeita jostakin sen ulkopuolelta.

Kannanotto vaikuttaa selväpiirteiseltä ja monet ovat nähtävästi taipuvaisia yhtymään siihen. Se on kuitenkin samalla monimielinen. Sillä: mitä merkitsee väite siitä, että luontaista oikeutta ei ole »olemassa»?

Erään — ja sellaisenaan luonnolliselta vaikuttavan — mahdollisuuden väitteen tulkittamiseksi näyttäisivät tarjoavan *Hans Kelsenin* asiaa koskevat tarkastelut.¹³ Hän lähtee siitä, että vain positiivinen oikeusjärjestys on *oikeudellisesti* pätevä järjestys. Luontainen oikeus on käsitettävä pelkästään *moraalisten* periaatteiden kokoelmaksi, moraalijärjestykseksi. Kelsen allekirjoittaa oikeuspositivistina siis täysin sen edellä puheena olleen erottelun moraalin ja oikeuden välillä, jota jo ehdin väittää leimalliseksi koko oikeusfilosofian myöhemmälle kehitykselle. Hänen mukaansa positiivinen oikeus ei saa *pätevyyttään* luontaiselta oikeudelta, mutta niiden välillä vallitsee *arvotussuhde*. Luontaisen oikeuden periaatteet muodostavat *arvotusmittapuun* punnittaessa voimassa olevan (positiivisen) oikeusjärjestyksen moraalista sitovuutta. Hyvin samaan tapaan näyttää ajattelevan modernin luonnonoikeusopin tunnettu edustaja *Helmut Coing*, joka niin ikään erottaa luontaisoikeuden moraalisenä järjestyksenä positiivisesta *oikeusjärjestyksestä*. *Coing* kirjoittaa: »Autorität und Geltung der Regeln des Naturrechts sind moralischer Art. Ihre Geltung reicht soweit wie die Geltung der sittlichen Werte, von denen sie abgeleitet wird. Die Macht des Staates steht ihnen nicht zur Seite. Sie können nur an das Gewissen appellieren. Insofern richten sie sich aber an jeden einzelnen. Die Sanktion des Naturrechts ist nicht staatlicher Zwang, sondern moralischer Aufruf zum Widerstand aktiver oder passiver Natur. Das naturrechtswidrige Gesetz ist moralisch unverbindlich».¹⁴

Moraaliperiaatteiden voidaan ajatella vaikuttavan kahta tietä positiiviseen oikeusjärjestykseen. Ensinnäkin ne saattavat olla

¹³ *Kelsen, Hans*, Puhdas oikeusoppi. 1968 (suom.) s. 235 ss. Ks. myös *sama*, General Theory of Law and State.

¹⁴ *Coing, Helmut*, Grundzüge der Rechtsphilosophie. 2. Aufl. 1969. s. 207.

mallina tai mittana *lainlaatijalle* hänen pyrkiessään luomaan uusia normeja. Sellaiset käsitteet kuin oikeudenmukaisuus, kohtuus, tasa-arvoisuus jne. saattavat siis tätä kautta (osaksi) realisoitua positiivisessa oikeusjärjestyksessä. Toisaalta luontaisen oikeuden periaatteet voivat olla mittapuuna arvioitaessa jo voimassa olevaa oikeusjärjestystä. Lähinnä tämä tulee esiin pohdittaessa jonkin normin *soveltuvuutta* esillä olevaan tilanteeseen. Moraalinen periaate saattaa kieltää lain soveltajaa tuomitsemasta »lain mukaan», koska se johtaa ilmeiseen epäoikeudenmukaisuuteen.

3.2. Moderni luonnonoikeusoppi ei kuitenkaan ole kauttaaltaan tyytynyt edellä kuvattuun näkemykseen luonnonoikeudesta positiivisen oikeusjärjestyksen (moraalisena) *mittaamiskriteerinä*. Kuten aikaisemmin huomautin, tendenssinä on ollut kytkeä luontainen oikeus ja positiivinen oikeus läheisemmin yhteen kuin esimerkiksi kelseniläinen oikeuspositivistinen käsitys tekee. Miten tämä »lähentäminen» on sitten toteutettu?

Oikeastaan jo *Coingin* ajatukset enteilevät jotakin tästä yhteenkytkeytymisestä. Vaikka hän liittääkin luonnonoikeuden moraalin maailmaan, hän ei silti irroita positiivista oikeutta ja luonnonoikeutta täysin toisistaan. »Nein, das Naturrecht lebt . . . gerade im positivem Recht. Dieses leitet gerade daraus, dass es Sätze der Gerechtigkeit aufgenommen hat, seine innere Autorität ab, die für seine Geltung ebenso notwendig ist wie der Befehl des Gesetzgebers».¹⁵ Luonnonoikeuden moraaliperiaatteet ovat tämän mukaan sitä oikeudenmukaisuutta, jota positiivinen oikeusjärjestys toteuttaa.

Monet modernin luonnonoikeusopin edustajat menevät kuitenkin vielä askeleen pitemmälle. He katsovat, että luonnonoikeuden periaatteet ovat nekin *oikeudellisia* periaatteita. Ne ja vasta ne *antavat* positiiviselle oikeusjärjestykselle pätevyyden.

Tämä peruslähtökohta on saanut useita eri ilmaisuja. Kärjistetympänä se ilmenee käsityksissä, joiden mukaan *mitään* eroa positiivisen oikeuden ja luonnonoikeuden välille ei ole syytä tehdä. *Peschka* kuvaa sanottua ajatustapaa sanoin: »Das Naturrecht sei kein Gegensatz des positiven Rechts. Das Naturrecht sei das regulative Prinzip, die Grundlage, der Kern, die Richtschnur, Garantie und Schranke des Positiven Rechts».¹⁶ Luonnonoikeus on toisin sanoen *immanentisti* »mukana» positiivisessa oikeudessa. Se on siinä läsnä, siinä vaikuttava. Mutta samalla positiivinen oikeus ilmentää tyhjentävästi luonnonoikeuden

¹⁵ *Coing*, m.t. s. 206.

¹⁶ *Peschka*, m.t. s. 72.

periaatteita. Viimeksi sanottu ikäänkuin *konkretisoituu* positiivisessa oikeusjärjestyksessä. Tämä tapahtuu siten, että lainlaatija ottaa luontaisen oikeuden periaatteet postulaateikseen luodessaan uusia normeja ja lain soveltaja ammentaa ratkaisukriteerinsä luontaisesta oikeudesta silloin, kun selvä lainsäädännös ei anna hänelle riittävää ohjetta. Luontainen oikeus saa siis aina *ilmauksensa* positiivisen oikeuden yksittäisissä säännöksissä.

Tämäntapainen luonnonoikeuden »positivointi» käy kuitenkin ongelmalliseksi eräässä hyvin tärkeässä suhteessa. Se ei anna vastausta silloin, kun olisi punnittava jonkin oikeusjärjestyksen oikeellisuutta *kriisitilanteessa*. Ajatustapa legitimoi minkä tahansa oikeusjärjestyksen johtipa se mielestämme kuinka kohtuuttomiin tuloksiin tahansa. Osaksi juuri tästä syystä onkin joskus erotettu *kaksi puolta* luonnonoikeuden voimassa olostä: latentti ja julkinen voimassa olo. Tällaista erottelua on puoltanut mm. *Rommen*.¹⁷ Hänen mukaansa luonnonoikeuden voimassa olo (pätevyys) ei tule *normaalioloissa* näkyviin. Luonnonoikeus kätkeytyy positiivisen oikeuden normeihin, joiden ilmentämä oikeudenmukaisuuskäsitys vastaa luontaisen oikeuden vaatimuksia. Mutta silloin, kun positiivinen oikeus *vaikenee* jostakin kysymyksestä ja silloin, kun positiivinen oikeus ja luonnonoikeus joutuvat *ristiriitaan* keskenään, paljastuu luonnonoikeuden voimassa olo. Siitä tulee julkinen asia. Luonnonoikeus osoittautuu joko positiivista oikeutta *täydentäväksi* tai sille *vastakkaiseksi* oikeusperiaatteiden systeemiksi.

Rommenin ryhmittely on epäilemättä selventävä. Se ei kuitenkaan hälvennä ongelmallisuutta modernin luonnonoikeusopin yltä. Poimin seuraavassa esimerkinomaisesti esiin muutaman asiaa valaisevan ongelman.

Sitä ennen kuitenkin muutama sana kritiikin täsmennykseksi. Edellä on puhuttu eri yhteyksissä *oikeudellisesta* sitovuudesta ja *oikeudellisista* ratkaisuista vastakohtana moraaliselle sitovuudelle ja vain moraalista relevanssia omaaville ratkaisuille. Juuri tähän tapaan on asiaa lähestynyt esimerkiksi *Kelsen*. Nyt saattaa vaikuttaa siltä, että oikeuspositivistinen käsitys ja sen mukainen luonnonoikeuskritiikki perustuu pelkkään käsitteitten *määrittelyyn*. Oikeudellinen sitovuus on definioitu niin, että se edellyttää oikeudellista sanktiojärjestelmää. Luonnonoikeudelliset periaatteet on silloin helppoa todeta luonteeltaan yksinomaan moraalisiksi. Joku saattaa kuitenkin sanoa — eikä aiheetta — että luonnonoikeusoppia ei toki ole mahdollista osoittaa kestävä-

¹⁷ *Rommen, H. Die ewige Wiederkehr des Naturrechts. 1967. s. 260.*

mäksi pelkällä määrittelyllä. Sitä paitsi luonnonoikeusopin edustajat tulisivat kiistämään tällaisen määritelmän oikeutuksen.

On tärkeää oikaista tämäntapainen väärinkäsitys. Jos ajattelemme vaikkapa *Kelsenin* esityksiä, ei kysymys suinkaan ole siitä, että hän on »mielivaltaisesti» vain määritellyt lähtökohtansa ja perustanut koko luonnonoikeuskritiikkinsä tähän määritelmään. Ongelman ydin on toisaalla. Oikeuspositivistisen ja luonnonoikeudellisen konseptin välinen ero tosin perustuu viime kädessä siihen, että peruskäsite »oikeus» on niissä eri sisältöinen. Mutta ajatustapojen »paremmuus» riippuu yksistään siitä, kumpi kykenee *adekvaatimmin* esittämään esim. lain soveltajan käyttäytymistä. *Kelsen* katsoo, että vain oikeuspositivistinen konseptio on (a) riittävän täsmällinen ja (b) sisäisesti johdonmukainen tähän tehtävään. Ainoastaan silloin, kun oikeus ymmärretään yhteiskunnallisen järjestyksen näkökulmasta – ilman moraalista tausta-ainesta – on mahdollista hallita johdonmukaisesti oikeuden luomiseen, oikeudelliseen ratkaisuun ja juridiseen ajatteluun yleensä liittyvät ongelmat. Tältä kannalta katsoen on siis kysymys kahden erilaisen *oikeusteoreettisen käsitejärjestelmän* välisestä erosta, siitä, miten voidaan saavuttaa mahdollisimman suuri »selitysvaima» oikeudellisia ilmiöitä tarkasteltaessa.

Tässä yhteydessä on aihetta oikaista myös eräs toinen, joskus keskustelua kohtalokkaasti hämmäntävä väärinymmärrys. Oikeuspositivismi, vaikka se onkin oppositioasemassa luonnonoikeuteen nähden, ei ole *moraalinen oppi* siitä, että tuomarin pitää toimia vain lain kirjaimen (tms.) mukaan, olipa se miten kohtuuton, mieletön tai julma tahansa. Ei luullakseni ole oikein ajatella *Kelsenin* oikeuspositivismin merkitsevän samalla sen *sallimista*, että miljoonia ihmisiä surmataan täysin tietoisesti ja päämäärähakuisesti. Mutta: oikeusteoreettisena konseptiona tuollainenkin, moraalisesti kauhistuttava ja epäinhimillinen järjestys on johdonmukaista tulkita oikeusjärjestykseksi sinä ajankohtana ja siinä paikassa, missä se on saatettu voimaan. Eri asia on se, että ihmisyyden nimessä jokaisen tulee ponnistella sellaisen järjestyksen syntymisen estämiseksi tai sellaisen järjestyksen poistamiseksi.

Palatkaamme tämän jälkeen uudelleen modernin luonnonoikeusopin kritiikkiin. Siihen liittyy sisäistä problematiikkaan mm. seuraavissa suhteissa.

- (a) Jos luonnonoikeus on normaalitilanteessa (tai aina) latentisti »mukana» positiivisessa oikeusjärjestyksessä ja jos luonnonoikeus samalla katsotaan oikeudellisesti päteväksi järjestykseksi,

jää epäselväksi, mikä oikeutus on ylipäättään erotella positiivista oikeutta ja luonnonoikeutta *oikeusjärjestyksinä* toisistaan. Osittainkin luonnonoikeuden »positivointi» tekee positiivisen oikeusjärjestyksen (tältä osin) käsitteenä tarpeettomaksi. Ja päinvastoin: jos kerran jo positiivinen oikeus pätevänä oikeusjärjestyksenä ilmaisee luonnonoikeuden periaatteet, miksi otaksua voimassa olevan positiivisen järjestelmän taustalle erityistä luontaista oikeutta. Minkä vuoksi olettaa *kahden* oikeudellisesti pätevän normijärjestelmän voimassa olo, jos ne ainakin tietyin edellytyksin ovat identtiset?¹⁸

Osittain samasta asiasta on huomauttanut *Kelsen*. Hän toteaa, että jos luontaisoikeus tulkitaan sillä tavoin positiivisen oikeuden voimassa olon perusteeksi, että kaikkinaisen konflikti niiden välillä käy mahdottomaksi, kumoaa luonnonoikeus itsensä. »Se luopuu tuolla tavoin luontaisoikeuden päätehtävästä positiivisen oikeuden arvonmittana ja siis sen mahdollisena oikeaksi osoittajana», *Kelsen* kirjoittaa.¹⁹

Näyttää siis siltä, että käsite »luontaisoikeuden latentti voimassa olo» on rommenilaisessa mielessä *tarpeeton*, jos sillä viitataan erityisen *oikeusjärjestyksen* pätevyyteen. Se osoittautuu sisällöllisesti tyhjäksi hypoteesiksi, joka on luotu lähtien siitä premissistä, että *aina* on »olemassa» luontaisten oikeuksien järjestelmä – ei moraalisen vaan *oikeudellisesti sitovana* järjestelmänä.

- (b) Siinä tapauksessa, että Rommenin tavoin hyväksytään positiivisen ja luontaisen oikeuden välisen *ristiriidan* mahdollisuus, syntyy uusi ongelma: kumpi näistä järjestelmistä on tässä tilanteessa juridisesti sitova. Kun luonnonoikeusoppi asettaa etusijalle luontaisen oikeuden, se joutuu vastausvelkaan monessa suhteessa.

Ensimmäiseksi törmätään kysymykseen siitä, milloin ristiriita positiivisen oikeuden ja luonnonoikeuden välillä nousee *niin suureksi*, että positiivinen oikeus syrjäytyy. Mitkä toisin sanoen ovat tapaukset, joissa luonnonoikeuden voimassa olo käy *julkiseksi*? Asiaa pohtiessaan *Messner* huomauttaa, että positiivisen oikeuden normeja vahvemmat oikeusperiaatteet tulevat käyttöön silloin, kun positiivinen oikeus törmää sietämättömällä (unerträglich) tavalla yleisiin inhimillisiin perusoi-

¹⁸ Todettakoon tässä yhteydessä, että jos luonnollinen oikeus katsotaan sellaiseksi oikeusperiaatteiden suljetuksi järjestelmäksi, josta positiivisen oikeuden yksittäiset säännöt seuraavat *loogisesti*, ei mikään ristiriita luonnollisen oikeuden ja positiivisen oikeuden välillä luonnollisestikaan ole mahdollinen. Vrt. toisaalta, mitä *Coing* sanoo m.t. s. 203–204.

¹⁹ *Kelsen*, Puhdas oikeusoppi s. 238.

keuksiin.²⁰ Messnerin esitys lieenee tyypillinen kahdessakin mielessä. Se korostaa toisaalta sitä, että loukkauksen tulee olla *poikkeuksellisen* suuri johtaakseen positiivisen oikeuden syrjäytymiseen, mutta toisaalta se jättää hyvin epämääräisen viittauksen varaan sen, *milloin* tuo poikkeuksellinen yleisten oikeusperiaatteiden loukkaus on tapahtunut. Luonnonoikeusoppi ei toisin sanoen ole voinut esittää edustamansa ylemmän oikeusjärjestyksen *soveltamiseksi* (K) likikään sellaisella tavalla, että käytännössä olisi mahdollista ratkaista kysymys positiivisen oikeuden syrjäytymisestä. Tässäkin kohden luonnonoikeusoppi on myös modernissa muodossaan jäänyt siis eräänlaisen ohjelmanjulistuksen tasolle.²¹

Opin epämääräisyys tulee esiin toisessakin suhteessa. Se ei kerro mitään siitä, millainen on sijaan tulevan luontaisen oikeuden *sisältö*. Luonnonoikeusoppi vetoaa siihen, että voimme tietää (tiedostaa) luonnostaan oikeiden periaatteiden sisällön. Perustana on siis intuitio ja evidenssin tunne. Mutta kuten *Alf Ross* huomauttaa, evidenssi ei voi sellaisenaan olla totuuden kriteeri. »Evidensen som sandhedskriterium forklarer de metafysiske påstandes fuldkommen vilkårlige karakter. Den hæver dem op over enhver form for intersubjektiv kontrol og slår døren op for ubunden digt og dogmatik», sanoo *Ross*.²² Samaan seikkaan viittaa *Kelsen*, joka toteaa, että luontaisoikeuden edustajat eivät ole »julistaneet yhtä luontaisoikeutta, vaan lukuisia sangen erilaisia ja keskenään sotivia luontaisoikeuksia». ²³

Kritiikin ydin on siinä, että luontaisen oikeuden periaatteet jäävät – vaikka puhuisimmekin niiden yhteydessä tiedosta – moraalisten periaatteiden tasolle. Niiden *täsmällinen* sisältö jää tietomme saavuttamattomiin. Luonnonoikeuden periaatteet ovat pikemminkin esittäjänsä omia toiveita tai vaatimuksia siitä, miten asioiden *tulisi* olla.

Olettakaamme kuitenkin nämä vaikeudet voitetuiksi. Jäljellä on tärkeä mutta luonnonoikeudellisessa kirjallisuudessa melko vähän kosketeltu kysymys. Jos vallitsee kriteeri (K) ja jos tiedämme kysymykseen tulevan luonnonoikeudellisen periaatteen (N) sisällön, on edellytettävä jokin normi (N₁), joka sanoo, että normia (N) on tässä tapauksessa seurattava. Kuten *Kelsen* huomauttaa, koko luonnonoikeudellinen konstruktio edellyttää normia (N₁) »Luonnon käskyille on oltava kuuliaisen». ²⁴ Modernin luonnonoikeusopin edustaja ei voi epäillä tätä *nor-*

²⁰ *Messner*, Das Naturrecht. 1960 s. 363.

²¹ Ks. myös *Peschkan* kritiikkiä, m.t. s. 105 ss.

²² *Ross, Alf*, Om ret og retfaerdighed. 1960 s. 340.

²³ *Kelsen*, Puhdas oikeusoppi s. 238.

²⁴ *Kelsen*, m.t. 238.

mia. Hän hyväksyy sen annettuna, eräänlaisena luonnonoikeuden Grundnormina.²⁵

Ja jos normi (N₁) katsotaan *oikeudellisesti* sitovaksi, on luonnollista ymmärtää koko luonnonoikeudellinen järjestelmä nimenomaan oikeusjärjestyksenä, joskin positiivista oikeutta ylemmänasteisena. Epäselväksi – tai itse asiassa täysin avoimeksi – kuitenkin jää, mitä *merkitsee* tällaisen Grundnormin nimittäminen *oikeus*normiksi. Mitä on sellainen oikeudellinen velvoittavuus, joka ei ilmene esimerkiksi pakkojärjestyksen sanktioina? Eikö tällaisen normin velvoittavuus ole pikemminkin moraalista laatua? Olemme näin kiertyneet luonnonoikeusopin klassiseen ongelmaan: ovatko luontaiset oikeusperiaatteet pohjimmiltaan juridisia vai moraalisia? Tämä kahtiajaon problematiikka on siten viime kädessä Grundnorm (N₁):n problematiikkaa.

Edellä lausuttu tulee varsin selvästi esiin pohdittaessa *lain soveltamisen* ongelmia. Jos ratkaisutilanne on hyvin yksinkertainen, soveltajalla on tieto siitä, mitä normia hänen tulee soveltaa ja itse normi on merkitykseltään selvä, ei luontaisen oikeuden ja positiivisen oikeuden ero tule esiin. Ratkaisija yksinkertaisesti toimii positiivisen oikeusjärjestyksen mukaisesti. Toisin on asia silloin, kun esimerkiksi sovellettava oikeussäännös on *tulkinnanvarainen* tai laki on sanotulta kohdalta *aukollinen*. Tällöin ratkaisija ei voi *seurata* mitään sääntöä sellaisenaan, vaan hänen on omalta osaltaan *luotava* oikeutta. Olen eri yhteyksissä tarkastellut verraten laajasti tätä luomisprosessia, joten tyydyn tässä kirjaamaan muistiin vain joitakin pääkohtia.²⁶

Kun lakiteksti ja muu juridinen materiaali jättää ratkaisijalle liikku-mavaraa, hän joutuu suorittamaan *valinnan* eri ratkaisuvaihtoehtojen kesken. Valinnan kriteereitä hän ei – juuri juridisen aineiston väljyydestä johtuen – saa em. aineistosta itsestään. Hän joutuu nojautumaan niin sanoakseni positiivisen oikeuden »ulkopuolisiin» kriteereihin, *arvostuksiin*. Näin menetellessään ratkaisija ei kuitenkaan toimi täysin subjektiivisesti, omien mielihalujensa mukaan. Hän toimii tiettyssä kulttuuritilanteessa. Hän on sisäistänyt mutkikkaan sosiaalisen prosessin tuloksena määrätyt kokemussäännöt ja valintakriteerit. Ratkaisija ei niin sanoakseni elä »tyhjiössä», vaan hänen toimintaansa edeltää aina tietty historia, joka ei puolestaan voi olla heijastumatta

²⁵ On syytä erottaa tässä yhteydessä kaksi puolta normissa N₁. Se voi *oikeuttaa* poikkeamaan positiivisesta oikeudesta tai se voi *velvoittaa* siihen. Yleensä ongelmaa tarkastellaan jälkimmäiseltä kannalta. Näin on tehty – käytettävissä olevan tilan huomoiden – myös tässä esityksessä.

²⁶ Ks. teostani Laki, teko ja tavoite ja siinä viitattua.

hänen valinnoissaan. Ratkaisija lähestyy maailmaa sen kokonaiskuvan pohjalta, jonka hän on itselleen *sosiaalisen yhteisön jäsenenä* muodostanut.

Olemmeko näin lähestyneet luonnonoikeudellista ajattelua? Onko oletettava, että edellä viitatut kulttuurin perusarvot ovat juuri niitä »luontaisia» periaatteita (luonnollisia päämääriä), joita moderni luonnonoikeusoppi pitää silmällä? Vastaus on kyllä ja ei.

Ensinnäkin on todettava, että ratkaisijan sisäistämät arvopäämäärät ovat pitkän kulttuurikehityksen tuloksia. Osaksi nämä arvopäämäärät ovat tulleet legitimoiduiksi kirjoitetussa laissa. Mutta myös silloin, kun ratkaisija joutuu täydentämään kirjoitetun lain säännöksiä tulkinnalla, hän nojautuu vallitsevaan kulttuuritraditioon. Ratkaisija toteuttaa vallitsevaa yhteiskuntajärjestystä. Sitä vastoin hänen ratkaisunsa eivät voi *täysin* poiketa oikeusjärjestyksen taustalla olevasta arvopäämäärien järjestelmästä.²⁷ Jos näin on asian laita, ratkaisua ei hyväksytä asianomaisessa yhteisössä, vaan se muutetaan ylemmän viranomaisen toimesta. Oikeusjärjestys ja yhteiskunnan arvojärjestelmä muodostavat tässä mielessä yhtenäisen kokonaisuuden. Jos sanottu arvojärjestelmä tulkitaan luontaisoikeudellisten periaatteiden kokoelmaksi, voimme sanoa, että luontainen oikeus on *latentisti* »mukana» positiivisessa oikeudessa. Mutta on huomattava, että näin on asian laita vain siinä tapauksessa, että oikeusjärjestyksen legitimoimat arvot todella vastaavat kulttuuritradition mukaisia, yhteiskunnassa laajalti hyväksytyjä arvopäämääriä.

Äsken sanottuun ei nähdäkseni vaikuta se *arvoteoreettinen* kannanotto, katsotaanko »luontaiset» arvopäämäärät absoluuttisiksi vai relatiivisiksi, subjektiivisiksi vai objektiivisiksi. Tätä koskeva kysymys on edellä sanottuun verrattuna ikäänkuin toisen tason ongelma.²⁸

Toisinaan oikeusjärjestyksessä legitimoidut tai muutoin auktoritatiivisesti vahvistetut arvopäämäärät voivat kuitenkin jyrkästi poiketa kulttuuritradition mukaisista arvoista. Näin käy esimerkiksi silloin, kun

²⁷ *Brusiin, Otto*, Tuomarin harkinta normin puuttuessa. 1938 s. 3 ss. ja esim. 147 ss.

²⁸ Modernissa luonnonoikeusopissa relativistista näkemystä ovat edustaneet mm. *Stammler* (*Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*. 1921) ja *Fechner* (*Rechtsphilosophie*. 1965). *Helmut Coing* puolestaan on voimakkaasti arvostellut tällaista käsitystä todeten sen johtavan mm. siihen, ettei positiivisen oikeuden arviointi enää ole mahdollinen. Relativistinen käsitys legitimoii jokaisen oikeusjärjestyksen (*Coing*, m.t. s. 201 ss.). *Coing* itse edustaa käsitystä, että moraaliperiaatteina ilmenevä luontaisoikeus koostuu ajasta ja paikasta riippumattomista periaatteista (*Summe von Sätzen der Gerechtigkeit*). Ks. *Coingin* käsityksestä lähemmin m.t. s. 202 ss. ja *Peschka* s. 103 ss.

diktatuurin avulla luodaan valtakoneisto, joka poikkeaa ratkaisevasti aikaisemmasta. Luonnonoikeusproblematiikkaamme ajatellen juuri tässä tapauksessa tulee erityisen selkeästi ilmi, miten positiivinen oikeusjärjestys ylläpitää ja vahvistaa (vain) sellaisia arvopäämääriä, jotka ovat yhteiskunnan *valtaapitävien* käsitysten ja etujen mukaisia. Positiiviseen oikeusjärjestykseen ja sen tulkintaperiaatteisiin ikäänkuin »jäädytetään» luodut valtasuhteet. Ja edelleen: juuri tämän valtajärjestyksen pohjalta harkitaan, mikä yhteiskunnassa on kiellettyä, käskettyä tai sallittua. Vain voimassa olevan valtajärjestyksen mukainen viranomaisratkaisu on mahdollista panna yhteiskunnan orgaanien toimesta täytäntöön.

Jos tuomari tällöin tottelee normia (N_1), joka velvoittaa noudattamaan luonnonoikeuden käskyjä, hänen päätöksensä kumotaan ylemmän viranomaisen ratkaisulla ja hänet itsensä kenties saatetaan edesvastuuseen siitä, että hän ei ole toiminut positiivisen järjestyksen mukaan. Lähtökohtamme huomioon ottaen tämä tulos on väistämätön. Sillä jos päätöstä ei kumotakaan ja tuomari todella on noudattanut normia N_1 , on edellytettävä, että normi N_1 sisältyy virallisesti legitimoituun järjestykseen. Mitään ristiriitaa positiivisen ja luontaisen oikeuden väliillä ei tällaisessa tapauksessa voi vallita.

Edellä sanotusta on tärkeä periaatteellinen seuraus. Jos halutaan kuvata johdonmukaisesti ja täsmällisesti esimerkiksi edellä tarkoitetun yhteiskunnan oikeusviranomaisten päätöksentekoa, on oikeus ja oikeussääntö määriteltävä positivistisesti. Siinä tapauksessa, että tuomari toimii positiivisen oikeusjärjestyksen kanssa ristiriitaisen luontaisoikeudellisen periaatteen mukaan, ei hän ole tehnyt *oikeudellisesti* sitovaa ratkaisua. Aikaisemmin sisäistämänsä ja luontaiseksi katsomansa periaatteen mukaan toimiva tuomari käyttäytyy (ehkä) *moraalisesti* oikein, mutta hänen ratkaisuaan ei tuossa yhteisössä pidetä oikeudelliselta kannalta pätevänä. Tai kääntäen: jos tällaisessakin tapauksessa katsotaan luontainen periaate *oikeudelliseksi*, joudutaan työskentelemään sisällöllisesti epäyhtenäisellä käsitteistöllä. Oikeutta on kahdenlaista, sellaista, johon liittyy viranomaiskoneiston toimeenpanemia sanktioita (positiivinen oikeus) ja sellaista, jonka sanktiot ovat moraalista laatua (luontainen oikeus). Tällainen dualismi ei kuitenkaan tuo mitään lisää siihen, mitä jo on saavutettavissa positivistisella peruskäsitteistöllä. On siis tarkoituksenmukaista käyttää »Occamin partaveistä» ja leikata *oikeudellisesta* käsitteistöstä pois luontaisoikeudellinen aines ja siirtää se moraalin maailmaan.

Ratkaisija voi tällaisessakin tapauksessa toimia »vastoin tah-toaan» ja tuomita asian tavalla, joka ei vastaa hänen omaa moraalista käsitystään. Tällöin kuitenkin hän on tavallaan lisännyt moraaliperiaatteidensa joukkoon jotakin: hän on asettanut ehkä kuuliaisuuden järjestelmää kohtaan kaiken muun edelle. Näin hän samalla tekee oikeudellisesti pätevän päätöksen.²⁹

Voidaan siis sanoa, että ratkaisutilanteessa luonnonoikeudelliset periaatteet eivät saa juridista merkitystä koskaan silloin, kun ne poikkeavat yhteiskunnan »virallismoraalista». Syntyvä ristiriitainen tilanne on yksilön ongelma, kysymys hänen moraalisesta vastuustaan ja hänen moraalisesta rohkeudestaan. Äskeistäkin selvemmin tämä tulee näkyviin silloin, kun positiivisen oikeuden *selvä normi*³⁰ sotii luontaisen oikeuden periaatteita vastaan. Juuri tämä ongelma näyttää askarruttaneen niitä oikeusfilosoфеja, jotka pohtivat natsi-Saksan oikeusjärjestyksen pätevyyttä. Olisiko sellaisen järjestelmän vallitessa tuomarilla ollut *oikeudellinen* peruste poiketa lain selvästä kirjaimesta? Ilmeisestikään ei.

Palauttakaamme mieleen edellä puheena olleet tunnusmerkit. Jotta laista poikkeaminen olisi ollut mahdollista, on edellytettävä, että (i) positiivisen oikeusjärjestyksen sisältö on selvä, (ii) luonnollisen oikeuden sisältö on riidaton, (iii) ristiriita positiivisen ja luonnollisen oikeuden välillä on ilmeinen ja (iv) on olemassa normi, joka velvoittaa noudattamaan juuri luonnollista oikeutta. Kuten *Kelsen* ja *Coing* ovat huomauttaneet, viimeksi mainittu normi ei kuitenkaan voi olla *oikeudellisesti* sitova. Sillä jos tämänkaltainen sitovuus käsitetään juridiseksi, lavennetaan oikeuden ja oikeusjärjestyksen käsitettä tavalla, joka tekee täsmällisen käsitteiden käytön mahdottomaksi. Asia tulee havainnollisesti ilmi, jos oletamme, että lain soveltaja rikkoo kohdassa (iv) tarkoitettua normia. Tällaisen rikkeen varalta ei ole annettu minkäänlaista yhteiskunnallista reaktionormia. Ei ole myöskään olemassa organisaatiota, joka toteaa tällaisen normin rikkomisen tai saattaa siitä edesvastuuseen. Ainoa reaktio voi olla sosiaalisen ympäristön taholta tuleva paheksunta tai muu *moraalin* piiriin kuuluva sanktio.

Voimme siis kokoavasti todeta, että luonnollisen oikeuden *latentti* – voimassaolo merkitsee – soveltamistilannetta ajatellen – yksinomaan sitä, että ratkaisija nojautuu kulttuuritradition mukaisiin arvostuksiin.

²⁹ Ks. *Aarnio*, Laki, teko ja tavoite.

³⁰ »Selvällä» normilla tarkoitan tässä sääntöä, jonka sisältö käy riidattomasti lakitekstistä (tai muusta juridisesta materiaalista) selville ja sääntöä, jolle on annettu yksiselitteinen ja auktoritatiivinen tulkinta.

Tämän arvopäämäärien järjestelmän nimittäminen luonnonoikeudeksi ei tuo mitään *lisää* ratkaisutapahtuman kuvaukseen. Luonnollisen oikeuden *julkinen* voimassa olo puolestaan on käsitesekaannus. Oikeudellinen sitovuus ulotetaan ilmiöön, joka liittyy yksinomaan moraaliseen maailmaan.

Kannatettavista pyrkimyksistään ja ylevästä sisällöstään huolimatta moderni luonnonoikeusoppi ei siten voine tuoda sanottavastikaan uutta oikeuden konseptioon.