

Pekka Leino

Dos. OTT, VT

**KIRKON OMISTA LÄHTÖKOHDISTA
JOHDETTU PERUSNORMITYYPPIINEN
YLIPOSITIIVINEN OIKEUS KRITIIKKINÄ
KIRKON POSITIIVISOIKEUDELLISELLE
SÄÄNTELYLLE**

EDILEX

Edilex 2012

Artikkeli, versio 1.0

Julkaistu 8.10.2012

www.edilex.fi/artikkelit/9071

Sisällys

Lähteet.....	3
1 Esitelmän aihe	4
2 Mitä oikeus on tai mitä sen (ehkä) pitäisi olla?	4
3 Oikeuden tahdonvaltaisuus tai yliposiitiivisuus	7
4 Oikeuden institutionaalisuus tai yhteisöllisyyteen perustuvuus	8
5 Oikeuden normatiivisuus tai tosiasiallisuus	8
6 Kirkkolakijärjestelmä Suomen evankelis-luterilaisen kirkon juridisena perustana	9
7 Kirkko-oikeuden sisällöllinen oikeellisuus	10
8 Uskonnollisen vakaumuksen ja henkilöön liittyvien ominaisuuksien kollisioiden muodostuminen	11
9 Kirkko on <i>communio sanctorum</i>	11
10 Voiko kirkolla siis olla omaakin oikeutta?	13

Lähteet

Augsburgin tunnustuksen puolustus, luterilaisen kirkon tunnustuskirjat.

Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*. 1977.

Dworkin, Ronald: *Law's Empire*. 1986.

Juntunen, Hannu: Oikeuden idean teologiset perusteet.

Junttila, Juha: *Congregatio Sanctorum, Traditionshistoriallinen tutkimus Confessio Augustanan ekklesiologisen perusilmaisun merkityssisällöstä*. Jyväskylä 1989.

Kvist, Hans-Olof: Kirkon omimmista lähtökohdista nousevien perustavien struktuurien teologista reflektointia kirkkoa, valtion uskontoa, valtiokirkkoa ja tunnustuksetonta valtiota koskevassa asiakentässä. Teoksessa: Ihalainen T. & Laato A. (toim.): *Julkisoikeudellinen yhteisö vai Kristuksen kirkko*, s. 15–77. Lahti 2008.

Lavapuro, Juha. *Uusi perustuslakikontrolli*. Helsinki 2010.

Leino Pekka: *Kirkkolaki vai laki kirkosta*. Vammala 2002a.

Leino Pekka: Oikeus ja uskonto. TA 2002, 438–441. Leino 2002b

Leino Pekka: *Kirkko ja perusoikeudet*. Vammala 2003.

Leino Pekka: *Kirkon oikeudelliset normit*. Vammala 2005.

Luther Martti: *Iso katekismus*.

Schauman, Frans Ludvig: *Handbok i Finlands kyrkorätt. Förra delen*. Helsingfors 1853.

Siltala, Raimo: *Oikeudellisen ajattelun perusteet. Pääsykoekirja 2/2010*. Turku 2010.

Simojoki, Martti: *Näkökohtia kirkkokurin uudistamisesta. Liite XVII varsinaisen kirkolliskokouksen asettaman kirkkolain uudistamiskomitean mietintöön*. 1957.

Tuori, Kaarlo: *Kriittinen oikeuspositivismi*. Helsinki 2000.

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

Tuori, Kaarlo: *Oikeuden ratio ja voluntas*. WSOYpro. Helsinki 2007.

WA (D. Martin Luthers Werke. Kritische Gesamtausgabe 1883–. Weimar).

1 Esitelmän aihe

Olen saanut seminaarin valmistelijoilta yllä olevan otsikon mukaisen aiheen. Aihe on haastava, koska siihen sisältyvät liittymäkohdat oikeusteoreettiseen oikeuden käsitteeseen, mutta myös kirkkoon teologisena ja sosiologisen yhteisön käsitteenä.

Pyrin tässä esitelmässä ensin tarkastelemaan oikeuden käsitettä oikeusteoreettisena käsitteenä. Sen jälkeen on kiinnitettävä huomiota myös siihen, mitä kirkko on teologisesti – mitä ovat sen teologiset lähtökohdat – sekä miten oikeuden yleinen käsittäminen liittyy kirkkoon. Vasta sen jälkeen on mahdollista arvioida, voiko kirkolla olla sen omista lähtökohdistaan johdettua oikeutta. Aiheen antajat ovat rajanneet tämän mahdollisesti johdetun oikeuden perusnormityyppiseksi ylipositiiviseksi oikeudeksi. Tässä tarkastelussa ei varmaankaan ole pitäydyttävä siihen, että vastauksena olisi tämän mahdollisesti johdettavissa olevan oikeuden oleminen vain ja nimenomaisesti perusnormityyppistä ylipositiivista oikeutta. Ennemmin kysymys on siitä, voidaanko ylipäättänsä löytää sellaista nimenomaista kirkon omista lähtökohdistaan johdettua oikeutta, joka toimisi aiheessa edellytetyllä tavalla kritiikkinä kirkon positiivisoikeudelliselle sääntelylle.

Varmaankin seminaarin valmistelijoilla on ollut mielessään aihetta annettaessa aiemmin esittämäni käsite ”Positiivisen kirkkolainsäädännön oikeudellinen kriittisylipositiivinen tarkastelu”.¹ Siten on myös tarpeen lähemmin tarkastella, miten tämä käsite suhtautuu ”perusnormityyppiseen kirkon omista lähtökohdista johdettuun ylipositiiviseen oikeuteen”.

2 Mitä oikeus on tai mitä sen (ehkä) pitäisi olla?

Ensinnäkin vaikeutena on löytää yleisen oikeuden käsitteelle yksiselitteistä määrittelyä. Lähtökohdaisesti voidaan heti esittää oikeudellisessa ajattelussa neljä peruskoulukuntaa² ja niihin kuuluvina tai niistä johdannaisina lukuisia sovellutuksia.³ *Oikeuspositivistiselle* tavalle käsittää oikeus on ominaista oikeuden voimassaolon (mitä oikeus on) ja sen mitä oikeuden *pitäisi olla* tarkkarajainen erottaminen toisistaan. Ainoaksi relevantiksi kysymykseksi oikeuspositivistisen käsityksen omaavalle tällöin jää, mikä on oikeuden sisällön suhde oikeustositseikastoon tiettyinä hetkenä. Oikeus on suveleenin lainsäätäjän määrämuotoisesti ilmaisema tahto määräyksin, joiden noudattamisen takeena on sanktiouhka. Oikeus on lainsäätäjän tekemillä päätöksillä tahdonvaltaisesti luotavissa, muutettavissa ja kumottavissa oleva ilmiö. Sitä ei rajoita mikään oikeuden ulkopuolinen uskonnollinen tai kukaan auktoriteetti.⁴ Tässä kohdin on todettava tämän koulukunnan määrittelyjen lähtökohtien tuottama vaikeus yhdistää oikeuden käsittäminen aiheeseemme sisältyviin kirkon omiin lähtökohtiin tai

¹ Mm. Leino 2002, 28, alav.74, 2003, 21 ja 2005, 185. Ks. myös Juntusen 2003, 227 luonnehdinta kirkko-oikeustieteestä, joka ”ei voi ratkaista, onko kirkko-oikeuden transsendenttinen, jumalallinen perusta olemassa, mutta se voi selvittää, miten tämä perusta ymmärretään ja tulkitaan *sekä onko positiivinen kirkko-oikeus johdonmukaisesti tällä perustalla.*” (Kursiv. tässä).

² Esim. Siltala 2010, 29–129. Siltalan määrittelyn mukaan nämä neljä ovat: oikeuspositivismi, luonnonoikeusfilosofia, oikeusrealismi ja sosiologinen oikeustiede sekä historiallisen koulun oikeuskäsitys.

³ kuten oikeuspositivismiin ja luonnonoikeudellisen ajattelun rajalinjoilla liikkuvat kriittinen oikeuspositivismi (Kaarlo Tuori) tai Ronald Dworkinin oikeusfilosofinen ajattelu.

⁴ Siltala 2010, 29.

niin kuin se voidaan myös ilmaista, kirkon omimmista lähtökohdista nouseviin perustaviin struktuureihin.⁵ Jo kirkon marttyrihistoria osoittaa, ettei kirkossa ole voitu pitää oikeutena kaikkea suverenin hallitsijan noudatettavaksi määräämää. Tässä kohdataan väistämätön yhteiskunnallisen oikeuden käsitteen sisällön ahtaus arvioitaessa sen soveltumista kirkkoon ja sen elämän todellisuuteen. Oikeuspositivistisesti oikeuden käsittävät pitävät oikeuteen kuulumattomana ja moraalifilosofisena kysymyksenä, mitä oikeuden (ehkä) pitäisi olla. Tällaisena kysymyksenä voidaan siten myös kirkkokontekstissa tällaisen formaalisen oikeuspositivistisen näkemyksen mukaan pitää kirkkoa koskevan lainsäädännön sisällön suhdetta kirkon teologiseen perustaan.⁶ Aiheemme kannalta kiinnostavaa on, voidaanko tätä oikeuspositivistista käsitystä pitää oikeana, riittävänä tai tyhjentävänä kirkon oikeudesta tai kirkkoa koskevasta oikeudesta? Asia kulminoituukin siihen, voidaanko ylipääntänsä puhua, niin kuin on tehty, kirkon oikeudesta vai onko kysymys (vain) kirkkoa koskevasta oikeudesta?

*Oikeusrealistisessa*⁷ (law in action) ajattelussa toteutunut ja toteutettavissa oleva *tuomioistuinten ja muiden viranomaisten soveltama* oikeus voi syrjäyttää lainsäätäjän alkuperäiset pyrkimykset, oikeusoppineiden käsitykset ja lainopilliset konstruktiot (law in the books). ”Elävä oikeus” (law in action) on tämän määrittelyn mukaan joko tuomioistuinten tai muiden viranomaisten tehokkaalla tavalla vahvistamien oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuus tai kansalaisten keskinäisissä suhteissaan tehokkaasti noudattamia tavanomaisoikeudellisia käytäntöjä.⁸ Oikeuden yhteiskunnallinen ulottuvuus ja yhteiskunnallinen vallankäyttö toteutuvat oikeusrealistisen näkemyksen mukaan käsitetyssä oikeudessa, tosin parlamentaarisen ja kansanvaltaisen kontrollin menettämisen kustannuksella.⁹ Siltalan mukaan myös Saksan vapaa-oikeuskoulu ja sen edustajat toteuttavat oikeusrealismin ohjelmaa.¹⁰ Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa 1920-luvulta alkaen vaikutti skandinaavinen oikeusrealismi.¹¹ Sosiologista oikeustiedettä edustivat Oliver Wendell Holmes Jr. (1841–1935), Roscoe

⁵ Kvist 2008, 15–77.

⁶ Merkitystä ei siten oikeuspositivistisen näkemyksen mukaan ole esim. kirkkoa koskevan lainsäädännön kirkon tunnustuksen mukaisuudella tai muulla virheettömyydellä tai puutteellisuudella. Riittävää on lainsäädännön muodollisesti oikea syntymistapa ja sen voimassa oleminen.

⁷ Siltala 2010, 102–126 sijoittaa ”väljän oikeusrealismin ja sosiologisen oikeustieteen otsikon alle joukon erilaisia lähestymistapoja oikeuteen. Niille on yhteistä oikeuden määrittely sosiologisena, empiirisenä tai tosiasiallisena ilmiönä muodollisesti pätevällä tavalla velvoittavien oikeussääntöjen tai luonnonoikeusfilosofian hahmotteleman oikean ei ehdottoman oikeuden mukaisuuden oikeuden sijaan.

⁸ Siltalan 2010, 103 mukaan tämä merkitsee sitä, että ”[K]eskiajan oikeusoppineiden glossaattoreiden, kommentaattorien ja dekretalistien aloittama oppineiden reunahuomautusten taito saisi nyt väistyä oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten analyysin tieltä.” Yhteiskunnallisen käänteen taustalla hän näkee 1900-luvun taitteen manner-Euroopan oikeudellisessa ajattelussa Rudolf von Jheringin (1818–1892) perustaman intressilainopin, joka korosti kaiken oikeudellisen sääntelyn tavoitteellisuutta sekä kritisoi saksalaista käsiteläinoppia ylenmääräisestä formaalisuudesta ja oikeuden tarkoitussidonnaisuuden unohtamisesta (”Tarkoitus on kaiken oikeuden luoja”).

⁹ Siltala 2010, 30–31 kiinnittää oikeuspositivistisen ja oikeusrealistisen näkemyksen mahdollistamiin väärinkäytöksiin esimerkein: Kansallissosialistisen Saksan 1930-luvun juutalaislait, Stalinin käskyt kansanryhmien murhiin, Jugoslavian etniset puhdistukset, Etelä-Afrikan apartheid-lainsäädäntö, joiden mukaan kansalliset tuomioistuimet toimivat.

¹⁰ Oskar von Bülow (1837–1907), Eugen Ehrlich (1862–1922), Hermann Kantorowicz (1877–1940) ja Hermann Isay (1873–1938). Siltala 2010, 103 mukaan myös Ranskassa François Gényn oikeuden yhteiskunnallinen tutkimus muistutti tutkintaformalismin kritiikissään saksalaista vapaa-oikeuskoulua.

¹¹ Skandinaavisen oikeusrealismin edustajiksi Siltala 2010, 104 nimeää Karl Olivecronan (1897–1980), Vilhelm Lundstedtin (1882–1955), Per Olof Ekelöfin (1906–1990), Torsten Eckhoffin (1916–1993) ja Alf Rossin (1899–1979).

Pound¹² (1870–1964) ja John Chipman Gray (1839–1915) ennakoiden varsinaista amerikkalaista oikeusrealismia.¹³

Kirkkokontekstiin sovellettuina oikeusrealismin ja sosiologisen oikeustieteen painotukset yhteiskunnallisesta ulottuvuudesta ja vallankäytön mahdollisuudesta eivät ole kirkon tunnustuksen mukaisten ratkaisujen takeita. Ennemminkin yleinen mielipide ja yleisuskonnollisuus voidaan nähdä sekä oikeuspositivistisen että oikeusrealistisen oikeusnäkemyksen taustalla oleviksi käyttövoimiksi. Etenkin kirkon oppiin liittyvissä kysymyksissä on tältä osin ajautettu voimakenttään, jossa kirkon omimmista lähtökohdista nousevat struktuurit ovat joutuneet koetelluiksi.

Oikeusrealismi ja oikeuspositivismi myös jakavat käsityksen siitä, että oikeus perustuu ihmisten tai ihmisyhteisöissä tehtyihin tahdonvaltaisiin päätöksiin. Oikeutta ei näiden käsitystapojen mukaan voida kuitenkaan johtaa esimerkiksi ihmisjärjestä aksiomaattisesti moraalifilosofian välttämättömyyksistä, uskonnollis-eettisesti määrittäytyneistä käsityksistä ihmisen oikeasta ja väärästä tai aristotelisestä opista hyvän elämän politiikasta.¹⁴ Järjen käyttö toki on ihmiskeskeistä, mutta edellä mainittu järjenkäyttö sulkeutuu kuitenkin pois oikeuspositivistisessä ja oikeusrealistisessä ihmiskeskeisessä näkemyksessä. Ne poikkeavat myös toisistaan siinä, että oikeusrealisteille oikeus koostuu vain tehokkaista oikeussäännöistä eli niistä oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista, jotka tuomioistuimet ja muut lakia soveltavat viranomaiset panevat tehokkaalla tavalla käytäntöön.¹⁵

Luonnonoikeusfilosofisten näkemysten mukaan epäoikeudenmukainen lainsäädäntö tai sen pohjalta annetut ratkaisut eivät ole oikeutta lainkaan. Ne ovat oikeuden vääristymää, vallanpitäjien mielivaltaa tai väkivaltaa.¹⁶ Klassisen ja modernin luonnonoikeuden näkökannalta kuitenkin oikeus tulisi määritellä niiden sääntöjen ja periaatteiden kokonaisuudeksi, jotka täyttävät yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksen. Luonnonoikeudellisen ajattelun kritiikin kohde on kuitenkin ollut se, milloin laki tai sen nojalla annettu päätös olisi niin epäoikeudenmukainen, että kansalaisten ei pitäisi sitä noudattaa tai viranomaisten soveltaa.¹⁷ Raimo Siltala on löytänyt vastapainona sosiologisen oikeustieteen edustajalta John Chipman Grayltä sarkastisen (vahvasti oikeuspositivistiselta vaikuttavan) oikeuden määrittelyn: ”Oikeutta ei ole se, mikä vastaa uskonnon, luonnon tai moraalin vaatimuksia: Se ei ole jotain, jonka pitäisi olla, vaan jotain, mikä on.” Tähän ajattelutapaan ei siten sovi liittää oikeuteen vaatimuksia kirkon tunnustuksen merkityksen huomioon ottamisesta myöskään kirkkoa koskevassa lainsäädännössä. Kuitenkin tämän ajattelun vastaisena voidaan pitää esimerkiksi kirkkolakijärjestelmän perusteita, jotka rakentuvat edellytykselle, että kirkko voi toimia tunnustuksensa mukaisesti.

Historiallisen koulun käsitysten mukaan suuntautuneet ovat korostaneet oikeutta yhteisöllisenä ilmiönä, jossa velvoittavuus perustuu oikeusyhteisön jäsenten omaehtoiseen hyväksyntään, yhteisöl-

¹² Siltala 2010, 104 toteaa nimenomaan Poundin suunnan tarkastelua lain kirjaimesta (law in the books) tuomioistuimien ratkaisukäytännön ja oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten arviointiin (law in action).

¹³ Siltala 2010, 104 mukaan varsinaisen amerikkalaisen oikeusrealismin vaikutus oli vahva Yhdysvalloissa vuosina 1920–1940. Sitä edustivat John Chipman Grayn lisäksi mm. Jerome Frank (1889–1957), Karl N. Llewelly (1893–1962), Walter Wheeler Cook (1873–1943) ja Felix S. Cohen (1907–1953).

¹⁴ Siltala 2010, 102–103. Siltala pitääkin oikeusrealismia eräänlaisena positivistisen oikeusajattelun muunnelmana, jossa lähtökohtana on lainsäätäjän asettamien säädösten sijaan tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten tekemät yksittäiset lainsoveltamisratkaisut (tuomioistuinrealismi) tai kansalaisten normikonformiteetti/ vapaaehtoinen oikeussääntöjen noudattaminen (kansalaiskeskeinen oikeusrealismi).

¹⁵ Siltala 2010, 103. Oikeusrealistit eivät myöskään edellytä oikeuskäsityksessään oikeudelle luonnonoikeudellisen ajattelun mukaista ”oikean oikeuden” luonnetta.

¹⁶ Siltala 2010, 31: --”Tuomas Akvinolainen katsoi jo 1200-luvulla: lex iniusta non est lex sed legis corruptio.” Vrt. Olaus Petrin tuomarin ohjeet: ”Mikä ei ole oikeus ja kohtuus, ei voi olla lakikaan.”

¹⁷ Siltala 2010, 31.

liseen oikeusvakaumukseen, tavanomaisen oikeuteen ja kansan oikeustajuun. Historiallisen koulun painotukset ovat kuitenkin oikeuslähdeopillisissa luokitteluissa jääneet taka-alalle, kun keskeisen merkityksen on saanut lainsäädäntö. Sinänsä kirkkokontekstiin sopivaa on oikeuden korostaminen yhteisöllisenä ilmiönä. Kirkolla nimenomaan *communio congregatio*’na ja *sanctorum communio*’na tulisi olla keskeinen merkitys arvioitaessa oikeutta kirkossa. Tällöin on kysymys kirkosta yhteisönä, uskonyhteisönä.

Seuraavassa tarkastelen oikeustieteen koulukuntien oikeuskäsityksiä Raimo Siltalan esittämän ko-koavan kolmen kohdan avulla yhteiskunnallisen oikeuden käsitettä ja arvioin sen merkitystä ja sisältöä kirkkokontekstiin nähden.¹⁸

3 Oikeuden tahdonvaltaisuus tai ylipositiivisuus

Siltala lähestyy ensin ajatusta oikeudesta tahdonvaltaisuuden ja ylipositiivisuuden näkökulmasta. Oikeuspositivismia, oikeusrealismia ja sosiologista oikeustiedettä yhdistävinä hän pitää ajatusta oikeudesta tahdonvaltaisesti luotavissa, muutettavissa, täytäntöön pantavissa ja kumottavissa olevana yhteiskunnallisena ilmiönä. Oikeus perustuu näiden käsitystapojen mukaan joko ensisijaisesti parlamentaarisen lainsäätäjän asettamiin yleisiin säädöksiin (oikeuspositivismi) tai tuomioistuimen ja muiden viranomaisten tekemiin yksittäisiin soveltamisratkaisuihin (oikeusrealismi). Syntytapansa perusteella oikeutta pidetään joko velvoittavana (oikeuspositivismi) tai toteutuneena ja toteutettavissa olevana oikeutena niiden oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä, joille lainsoveltajat ovat antaneet tehokasta oikeussuojaa (oikeusrealismi). Yhteiskunnallisten asiointilojen ja rationaalisen sääntelyn mahdollistaa nimenomaan oikeuden tahdonvaltaisuus. Kun sen sijaan luonnonoikeudellisen ajattelun kannattajien mielestä oikeus on ylipositiivista ”oikeaa oikeutta”, sen tulee mahdollistaa ehdottoman oikeudenmukaisuuden vaatimukset täyttävä yhteisöllinen järjestys. Siltala korostaa, että tämä vaatimus on eri aikoina merkinnyt eri asioita.¹⁹ Historiallisen koulun oppeja Siltala ei sen sijaan katso voitavan ongelmitta sijoittaa tahdonvaltainen/ylipositiivinen oikeus -luokittelun alle. Lainsäädännön tulisi historiallisen koulun edustaman käsityksen mukaan myötäillä kansan aitoa oikeusvakaumusta, jota Siltalan mukaan tavanomainen oikeus ja kehittyneempien oikeusjärjestysten oikeustieteen tuottama ”juristioikeus” edustaisivat parhaiten.

Tahdonvaltainen/ylipositiivinen oikeus -luokittelu jättää siten yleisesti oikeuden käsittämiseen va-jeen. Esimerkiksi Ronald Dworkinin ”kolmas teoria oikeudesta” pyrkii sillan rakentamiseen näiden kahden perusnäkemysten välille korostaessaan oikeusperiaatteita ja oikeudellista eheyttä.²⁰

Kirkkokontekstissa oikeuden käsitteen hahmottaminen ei tämän käsiteparin mukaan ole ainakaan yksinkertaisempaa kuin mitä se yleisesti ottaen on yhteiskunnallisessa oikeudessa. Kirkossa oikeu-den tahdonvaltaisuuden ja ylipositiivisuuden erottaminen on käsitteellisesti haastavaa kirkon teolo-gisesta olemuksesta johtuen.

¹⁸ Siltala 2010, 129–131.

¹⁹ Siltala 2010, 130. Antiikin Kreikan kaupunkivaltiossa polis merkitsi oikeaa yhteisöllistä järjestystä. Keskiajan skolastisessa luonnonoikeudessa oikeus oli kaikkivaltiaan Luojaan antamaan ilmoitukseen perustuvia luonnonoikeuden sääntö-jä ja periaatteita. Rationaalisessa luonnonoikeudessa 1600- ja 1700-luvuilla oikeus tuli merkitsemään ihmisjärjen avulla (vrt. oikeuspositivismi ja oikeusrealismi) ihmisen muuttumattomasta luonnosta johdettuja luonnonoikeuden ylimpiä periaatteita, kuten *pacta sunt servanda* (Hugo Grotius). Moderni luonnonoikeus puolestaan on etsinyt humaaneja peri-aatteita ihmisoikeuksiin.

²⁰ Esim. Dworkin: *Taking Rights Seriously* (1977) ja *Law’s Empire* (1986).

4 Oikeuden institutionaalisuus tai yhteisöllisyyteen perustuvuus

Oikeus on lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemiin päätöksiin palautettavissa oleva institutionaalinen ilmiö oikeuspositivisteille, oikeusrealisteille ja sosiologisen oikeustieteen kannattajille. Tämä käsitys vaikuttaa välittömästi oikeuslähteoppiin. Sen perustana ovat *institutionaaliset oikeuslähteet*²¹ primääreinä. Sen sijaan luonnonoikeudellisessa ja historiallisen koulun mukaisessa oikeusajattelussa keskeistä on korostaa oikeutta viranomaisten tekemistä päätöksistä riippumattomana, yhteisöllisenä ilmiönä. Luonnonoikeudellisessa oikeuden määrittelemisessä painotus on yhteisöllisessä oikeudenmukaisuudessa. Historiallisessa koulussa oikeus on nähty siinä, miten se on ilmentynyt vakiintuneissa yhteisöllisissä käytännöissä. Näissä kahdessa näkemystavassa oikeuslähteoppi painottuu *yhteisöllisiin oikeuslähteisiin*²².

Kirkkokontekstiin sijoitettuna kysymystä oikeuden institutionaalisuudesta tai yhteisöllisyydestä voidaan tarkastella kansankirkon tunnistamissäännön²³ perusteella. Tällöin merkitystä on sillä, tarkastellaanko kirkkoa uskonyhteisönä vai sosiologisen yhteisön näkökulmista.

5 Oikeuden normatiivisuus tai tosiasiallisuus

Oikeutta voidaan tarkastella luonnonoikeusnäkökulmasta ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden näkökulmista ideaalis-normatiivisesti (sellaisena kuin sen tulisi olla). Oikeusrealistinen, sosiologisen oikeustieteen ja historiallisen koulun edustajien näkökulmat oikeuteen ovat sen sijaan painottuneet oikeuden tarkasteluun sellaisena kuin se on joko tuomioistuimen ja muiden lakia soveltavien viranomaisten tekemien yksittäisten päätösten (oikeusrealismi ja sosiologinen koulu) tai yhteiskunnassa vallitsevien tavanomaisoikeudellisten yhteisöllisten käytäntöjen ja juristikunnan hyväksymien käsitysten²⁴ kokonaisuutena (historiallinen koulu). Siltalan havainnon mukaan sen sijaan oikeuspositivistien käsityksenä yhdistää aineksia sekä ideaalis-normatiivisesta että empiiris-tosiasiallisesta oikeuskäsityksestä. Sen mukaisesti oikeus on analyttinen ja institutionaalisen oikeuspositivismin mukaan lainsäätäjän ja tuomioistuinten tahdonvaltaisesti luotavissa, muutettavissa ja kumottavissa oleva ilmiö (oikeuspositivismin empiiris-tosiasiallinen ainesosa).²⁵ Institutionaaliset, oikeudelliset päätökset sisältävät samalla normatiivisena ainesosana viranomaisia ja/tai kansalaisia oikeudellisesti velvoittavia oikeussääntöjä ja oikeusperiaatteita (oikeuspositivistisen käsityksen ideaalis-normatiivinen ainesosa).

Kirkkokontekstissa on erityisen vaikeaa hahmottaa kirkon kaksinaisuuden merkitys oikeuden normatiivisuudessa ja tosiasiallisuudessa. Esimerkiksi kirkon tunnustus on kirkon uskonyhteisönäkökulmasta tosiasia, mutta myös normatiivinen ainesosa kirkon konstituution kannalta.

²¹ Institutionaalisina oikeuslähteitä ovat ratkaisuperusteet, jotka ovat palautettavissa lainsäädäntöön, prejudikaatteihin ja muuhun oikeuskäytäntöön sekä viralliseen lainvalmisteluaineistoon.

²² Yhteisöllisinä oikeuslähteinä voidaan ei-institutionaalisia oikeuslähteitä, sellaisia kuten esim. maan tapa, vakiintunut käytäntö.

²³ Leino 2002b, 441, Leino 2003, 2005, 30–31.

²⁴ Vrt. Aulis Aarnion käsitykseen juristiauditorion merkitykseen lain tulkinnassa.

²⁵ Siltala 2010, 130–131. Sanotut päätökset voidaan löytää oikeudellisista asiakirjoista (esim. valtiopäiväasiakirjat, tuomioistuinpöytäkirjat, viranomaispäätökset ja niihin liittyvät pöytäkirjat).

6 Kirkkolakijärjestelmä Suomen evankelis-luterilaisen kirkon juridisena perustana

Pohdittaessa oikeudellisten koulukuntanäkemyksen ja niistä johdettavien käsiteparien taustaa vasten kirkkolakijärjestelmän²⁶ luonnetta, siinä voidaan havaita aineksia erilaisiin käsityksiin. *Oikeuspositivistisen* näkökannan mukaan kirkolliskokouksen hyväksymät ja sisällöltään muuttumattomina säädetyt ja näin kirkkolakijärjestelmän tuotoksena syntyvät säädökset ovat Suomen evankelis-luterilaisessa kirkossa voimassa olevaa ja oikeusjärjestykseen sisältyvää oikeutta. Oikeusrealistisen näkemyksen sisällyttämiseen kirkkolakijärjestelmään puolestaan kuuluu kirkkolakiin nyttemmin otetun muutoksenhakujärjestelmän ”ulkoistaminen” yleiseen hallinto-oikeusjärjestelmään. Tämä on käytännössä merkinnyt eräänlaista ”valtakirjan antamista” myös kirkon sisäisiksi kuuluvien asioiden hallinto-oikeudelliseen käsittelemiseen ”maallisissa” tuomioistuimissa. Samalla on syntynyt paradoksaalinen tilanne kirkon oppia koskevien kysymysten käsittelyn toimivaltaisuussuhteissa. Myöskään luonnonoikeuskoulun mukaista ajattelumallia ei voida sulkea kirkkolakijärjestelmän luonteen tarkastelussa ulkopuolelle. Kirkossa pitkään vallinneen käsityksen mukaan kirkolliskokouksen ei ole katsottu voivan ehdottaa sellaista kirkkolakia, joka olisi sisällöltään kirkon oppiperustan tai Raamatun vastainen. Varmaan myös rationaalisen luonnonoikeudellisen käsitystavan mukaisesti kirkolliskokouksen ja kirkon muidenkin viranomaisten on ajateltu tekevän päätöksiä, jotka voivat johtua ainakin moraalifilosofian välttämättömyyksistä tai uskonnollis-eettisesti määrittäneistä käsityksistä ihmisen oikeasta ja väärästä, vaikkakaan eivät välttämättä johtuisi ainakaan keskeisesti aristotelisen hyvän elämän politiikasta. Luonnonoikeudelliselle käsitykselle on ominaista oikeuden sisällön jääminen hämäräksi. Vaikka kysymys oikeusteoreettisesti on ylipositiivisesta oikeudesta, ei luonnonoikeusajattelun anti oikeuden käsittämisessä kirkkolakijärjestelmän kautta syntyvälle kirkkolain sisällölle ole suurempi kuin lainsäädännöllä yleensä. Sen sijaan yksinomaan kirkolle kuuluvan erillisen oikeusteoreettisen käsitteen, *kirkon ylipositiivinen oikeuden*,²⁷ osalta asia on toisin. Tällöin perustana on, että kirkkoa koskevan lainsäädännön sisällön, kirkkolain tai muun lainsäädännön, on oltava sisällöltään kirkon tunnustus pohjaan nähden yhteensopiva. Tämä soveltuu myös historiallisen koulun näkemyksiin, koska kirkkolakijärjestelmän tarkoituksena yhteisöllisenä ilmiönä nimenomaisesti on pyrkiä täyttämään kirkon tarvetta omaleimaisen lainsäädännön aikaansaamiseen. Tällaisen kirkkoa koskevan lainsäädännön on myös perustuttava yhteisölliseen oikeusvakaumukseen. Tämän oikeusvakaumuksen on tosin täytettävä myös kirkon tunnustukseen perustuvan yhteisen uskonvakaumuksen konsensusvaatimus.

Tahdonvaltaisuuden ja ylipositiivisuuden käsiteparin osalta on näiden kesken vallittava harmonia nimenomaan kirkon ylipositiivisuuden suhteen. Kirkolle hyväksyttävää ei siten ole sitä sitova sellainen oikeus, joka ei ole sopusoinnussa kirkon ylipositiivisuuteen. Institutionaalisuuteen ja yhteisöllisyyteen nähden kysymys liittyy samaan rajalinjaan. Kirkon uskonyhteisöluonne asettaa myös institutionaalisia, kirkon järjestysmuotoon ulottuvia vaatimuksia. Saman jännitteen voidaan katsoa ulottuvan kirkkoa koskevan oikeuden normatiivisuuteen ja tosiasiallisuuteen.

²⁶ Leino 2002, 1. Hallinto-oikeudellisen tutkimuksen kohteena oli vuoden 1869 kirkkolaisissa säädetty erityinen oikeusjärjestelmä, *kirkkolakijärjestelmä*, sen oikeudellinen luonne ja toimivuus ”kirkon omia asioita” sisältävänä säädöksenä nykyisessä yhteiskunnassa.

²⁷ Esim. Leino 2002. 39. Leino 2003, 2005, 149–150.

7 Kirkko-oikeuden sisällöllinen oikeellisuus

Oikeustieteen institutionaaliset oikeuttamis- eli justifointiperiaatteet voidaan määritellä yhteiskunnan vakiintuneisiin, säännösidonnaisiin ja oikeudellisesti merkityksellisiin käytäntöihin kiinnittämiseksi perusteiksi.²⁸ Oikeuslähteisiin liittyviä institutionaalisia justifikaatioperiaatteita on määritellyissä löydetty neljänlaisia: demokratiaperiaate eli lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen, tahdon autonomia eli kansalaisten sopimusvapauden kunnioittaminen, oikeudellinen yhdenvertaisuus eli kansalaisten muodollinen oikeusturva ja suvereniteettiperiaate eli ylemmän vallanpitäjän antamien määräysten noudattaminen. Lisäksi keskeisenä ei-institutionaalisen oikeuttamisperusteena voidaan pitää aineellista oikeudenmukaisuutta.²⁹

Juha Lavapuro analysoi väitöskirjassaan käsityksiä oikeuspositivismin vaihtoehdoista. Hän on totesi suomalaisen ja laajemmin skandinaavisen oikeuslähteopin perinteisesti korostaneen lainsäädäntöä tärkeimpänä oikeuslähteenä. Vaikka oikeusjärjestykseen sisältyy myös oikeusperiaatteita, on niidenkin osalta institutionaalisen tuen katsottu olevan johdettavissa lainsäädännöstä.³⁰ Oikeustieteen piirissä on kuitenkin esiintynyt myös diskurssia siitä, millä tavoin lainsäätäjän ja tuomioistuimen roolit olisi otettava huomioon demokratia- ja vallanjakoperiaatteissa yksilöiden välisiä perusoikeuksia punnittaessa.³¹

Oikeuspositivistisen kirkko-oikeusnäkemysten mukaan kirkko-oikeuden muodostaa (muiden kirkkoa koskevien säädösten lisäksi) oikeusjärjestykseen sisältyvän kirkkolakijärjestelmän mukaan keskeisimmin oikein säädetty kirkkolaki. Se muodostaa hyväksyttävyyden perustan sen saamastaan institutionaalista tuesta johtuen. Näin on ymmärretty olevan riippumatta säädöksen aineellisesta sisällöstä ja sen mahdollisesta ristiriitaisuudesta kirkon ja siten myös kirkkolakijärjestelmän teologiseen perustaan nähden. Tämä käsitys liittyy Martti Simojoen kuvaamaan kirkko-oikeuteen ”sanan tavanomaisessa merkityksessä” kuitenkin varauksin siitä, että vanhastaan pyrkimyksenä on selkeästi ollut välttää kirkkolain säätämässä ristiriitaisuutta kirkon tunnustusperustaan nähden.³²

Kirkko-oikeuden legitimitettiin-käsitteen määrittely on yleisesti tapahtunut yleiseen hallinto-oikeuteen soveltuvien modernin oikeusteorian käsitteiden mukaisesti. Kansallinen lainsäädäntö sisältää säännökset kirkkolain säätämisestä. Niiden mukaan säännökset edellyttävät kirkkolain säätämiseksi mm. kirkon aloiteoikeutta, määränemmistösäännösten ja kirkolliskokouksen työjärjestyksen sekä eduskunnan lain käsittelyä koskevien säännösten noudattamista. Tällöin toteutuisi säädetyn kirkkolain legitimitettiin edellyttämä pätevyysvaatimus.³³ Mutta voiko tämä kuitenkaan riittää hyväksymisenä kirkko-oikeuden legitimitetiksi?

²⁸ Siltala 2003, 886 määrittelyn mukaan näiden periaatteiden avulla vallitsevan institutionaalisen oikeuslähteopin käsitteet oikeudelliset ratkaisuperusteet voidaan osoittaa arvoteoreettisesti oikeutetuiksi.

²⁹ Siltala 2003, 886–887.

³⁰ Tuori 2003, 938.

³¹ Lavapuro 2010, 96, vrt. Tuori 2007, 271, 266–267.

³² Simojoen 1957, 134 mukaan tämä kirkko-oikeus on kirkon yleisen järjestyksen ja hallinnon hoitamista lähinnä tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien mukaan.

³³ Jos esimerkiksi kirkolliskokouksen päätös edellyttää määränemmistövaatimusta eikä päätöstä tehdä sen mukaisesti, voidaan sanoa pätevyysvaatimuksen jääneen täyttymättä. Näin on, vaikkei kysymys olisi säädettävästä laista, vaan päätöksestä ylipäätensä, jolta edellytettäisiin hyväksyttävyyttä. Vrt. kirkolliskokouksen syksyllä 2010 yksinkertaisella enemmistöllä käsittelemä ja hyväksymä lupa saada rukoilla asiassa, joka koski samaa sukupuolta olevia. Jos päätöksen sisältö oli KL 20 luvun 7 §:n 2 mom. 2-kohdan mukainen kirkon oppia koskeva päätös, olisi kirkolliskokouksen menettelytapojen legitimitettiin kyseenalaistettavissa.

8 Uskonnollisen vakaumuksen ja henkilöön liittyvien ominaisuuksien kollisioiden muodostuminen

Etenkin pohjoismaisessa luterilaisuudessa reformaation jälkeen kirkkoa koskevassa lainsäädännössä on ollut vallalla kombinaatio yhteiskunnan säätämään oikeuteen. Selkeimmin tämä on tullut esiin valtiokirkkojärjestelmissä jopa ajoittaisissa valtioiden valtiosääntöoikeudellisissa kytkennöissä luterilaisen kirkon tunnustus pohjaan. Kun yhteiskunnissa moniäänisyys on lisääntynyt, on luterilaisen opin mukainen tunnustus pohja jäänyt kuulumaan kirkkojen omaksi toiminta-alueeksi. Nytemmin moniäänisyyden vaatimus on ulottunut myös kirkkojen sisäiseen elämään eikä luterilaisen tunnustuksen mukaista uskoa ole pidetty enää itsestään selvänä edes kirkkojen elämässä. Käytännössä yhteiskunnissa lainsäädäntö on kehittynyt käsittämään yksityiskohtaista sääntelyä henkilöön liittyvistä ominaisuuksista, joiden osalta yhteiskunnassa vallitsevien käsitysten mukaan on vaadittu enenevässä määrin sallivuutta. Tämä yhteiskuntafilosofista perustaa oleva vapaamielisyys on ulottanut vaatimuksensa koskemaan myös uskonnollista vakaumusta, jota on vaadittu mukautumaan yhteiskunnassa vallitsevan ja alistumaan sen mukaisesti säädettyyn yleiseen lainsäädäntöön.

Vaikka yhteiskunnan omaksuma yleishumaaneihin arvoihin perustuvat ihmisoikeussopimusmääräykset ja kansalliset perusoikeusnormit rinnastavatkin sääntötasolla henkilöön liittyvät ominaisuudet uskonnolliseen vakaumukseen, on jälkimmäisten ollut yhteiskunnallisessa lainkäytössä käytännössä ollut väistyttävä edellisten ja varsinkin sukupuoliseen tasa-arvoon tai neutraalisen sukupuolisen suuntautumisen arvostuksen edessä.

Tuorein esimerkki on eduskunnassa hyväksytty ja vahvistettavaksi tuleva lakiehdotus ns. vihapuhe-laista, jossa mm. rikoslain 11 luvun säännöksiä on muutettu. Käytännössä uskonnollisen vakaumuksen osalta alkaa olla kysymys jo ilmaisuvapaudesta.³⁴ Ruotsissa helluntaipastori Åke Green tuomittiin 29.6.2004 kuukaudeksi ehdottomaan vankeuteen, kun hän Bornholmin helluntaiseurakunnassa 20.7.2003 oli saarnassaan³⁵ mm. kuvannut homoseksuaalisuutta ”yhteiskuntaruumiin epänormaalina syöpäkasvaimena” ja esittänyt homoseksuaalien olevan ”pervertikkoja, joiden sukupuoliviettä Saatana käyttää aseenaan Jumalaa vastaan”. Green oli kuitenkin saarnassaan myös esittänyt, että ”me emme saa tuomita näitä ihmisiä, koska Jeesukseen ei tuominut heitä, vaan osoitti syvää kunnioitusta kaikille kohtaamilleen ihmisille.” Greenin valitettua tuomiosta hovioikeus vapautti hänet kaikista syyteistä 11.2.2005 tuomiolla, joka perustui uskonnonvapaudesta annettuun lainsäädäntöön.³⁶

9 Kirkko on *communio sanctorum*

Augsburgin tunnustuksen puolustuksen mukaan ”[O]n näet välttämättä ymmärrettävä, mikä seikka varsinaisesti tekee meistä kirkon jäseniä, nimittäin sen eläviä jäseniä. Jos määrittelisimme kirkon

³⁴ HE 317/2010/ RL 11:10 (Kiihottaminen kansanryhmää vastaan). Mainitun pykälän sisältö tulee kuulumaan: ”Joka asettaa yleisön saataville tai muuten keskuuteen levittää tai pitää yleisön saatavilla tiedon, mielipiteen tai muun viestin, jossa uhataan, panetellaan tai solvataan jotakin ryhmää rodun, ihonvärin, syntyperän, kansallisen tai etnisen alkuperän, uskonnon tai vakaumuksen, seksuaalisen suuntautumisen tai vammaisuuden perusteella taikka niihin rinnastettavalla muulla perusteella, on tuomittava kiihottamisesta kansanryhmää vastaan sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.

³⁵ <http://www.beckerfund.org/index.php/case/93.htm>

³⁶ > Sweden ---Criminalizing Religious Speech – Åke Green Criminalizing Christianity: Sweden's Hate Speech Law.

vain ulkonaiseksi laitokseksi, johon kuuluu hyviä ja pahoja, ihmiset eivät ymmärrä Kristuksen valtakuntaa sydämen vanhurskaudeksi ja Pyhän Hengen lahjaksi, vaan arvelevat, että on kysymys vain tiettyjen jumalanpalvelusmenojen ja ulkonaisten tapojen noudattamisesta. Entä mitä eroa sitten on kansan ja kirkon välillä, jos kirkko kerran on ulkonainen laitos?”³⁷ Kirkon tunnustuskirjoissa tuodaan esiin varsin ajankohtaiselta vaikuttava kysymys liittyen kirkkokäsitykseen.³⁸ Kirkko ei ole vain jokin lainsäädännöllä aikaansaatu ulkonainen laitos, vaan *communio sanctorum*ina Kristuksen valtakunta, sydämen vanhurskaus ja Pyhän Hengen lahja.

Kirkon tunnustuskirjoihin kuuluvassa Isossa katekismuksessaan Martti Luther kirjoittaa kolmannen uskonkohdan selityksessä uskontunnustuksen käyttävän pyhästä kristillisestä kirkosta myös nimitystä *communio sanctorum*, ”pyhien yhteys”.³⁹ *Communio sanctorum* tarkoittaa sekä pyhien ihmisten yhteyttä että yhteyttä pyhiin asioihin (sana ja sakramentit). Lutherin ilmaisu näihin kahteen saanaan oli uskontunnustuksen kolmannen kohdan selityksessä seuraava:

”Minä uskon, että maan päällä on pieni pyhä joukko ja yhteisö, joka koostuu pelkistä pyhistä ihmisistä. Sillä on yksi pää, Kristus, ja Pyhä Henki on kutsunut sen koolle. Sillä on yksi usko, yksi mieli ja yksi ymmärrys. Sillä on monenlaisia armolahjoja, mutta se on yksimielinen rakkaudessa, puolueita ei siinä ole eikä hajaannusta. Siihen minäkin kuulun, olen sen osa ja jäsen, osallinen kaikista sen aarteista ja keskinäisestä yhteydestä. Pyhä Henki on vetänyt minut siihen ja liittänyt sen jäseneksi antamalla minun kuulla Jumalan sanaa, jota edelleenkin saan kuulla. Sanan kuulemisesta alkaa pääsy pyhien yhteisöön.”⁴⁰

Tämä oli Lutherin kirkko, johon hän uskontunnustuksessa sanoi uskovansa. Kirkkolain ja kirkkojärjestyksen ensimmäisten lukujen ensimmäisten pykälien mukaan Suomen evankelis-luterilainen kirkko tunnustaa sitä uskoa, jonka uskontunnustuksessa lausutaan usko tähän Lutherinkin kirkkoon.

Tämän kirkkokäsityksen mukaan Kristus kantaa pyhiä, jotka uskossa alkavat kantaa toisiaan eri elämänyhteyksissä.⁴¹ *Communio sanctorum*issa ei Lutherin mukaan ole kysymys rakkauden muovaamasta uskosta vaan uskon muovaamasta rakkaudesta. Lutherin kirkossa, *communio sanctorum*issa ”syntiset ovat kauniita, koska heitä rakastetaan, heitä ei rakasteta siksi että he ovat kauniita.”⁴²

Kirkon todelliseen ykseyteen riittää yksimielisyys evankeliumin opista ja sakramenttien toimittamisesta. Augsburgin puolustuksen mukaan kirkko ei kuitenkaan ole sellainen yhteisö, joka vain rakentuu ulkonaisten tekijöiden ja menojen varaan, kuten muut yhteisöt, vaan se on ensisijaisesti uskon ja Pyhän Hengen hengen sydämissä.⁴³ Ulkonaisina merkkeinä, joista kirkko Augsburgin tunnustuksen

³⁷ CA:n puolustus VII ja VIII, 13.

³⁸ Mikä kirkko on, kansankirkko, kansan kirkko vai...?

³⁹ Iso katekismus, kolmas uskonkohta, 47.

⁴⁰ Iso katekismus, kolmas uskonkohta, 51–52.

⁴¹ Junttila 1989, 160: ”Pyhien yhteisö (*congregatio sanctorum*) jakaa tämän Jumalan rakkauden todellisen mutta salatun ja sellaisena pimeyteen kätkeytyvän luonteen. Se perustuu uskossa syntyvään Kristus-yhteyteen (*unio*). Tästä seuraa, että kaikki Kristuksen pelastushyvyydet ovat uskossa yhteisiä (*gemein*). Siksi siinä vallitsee mitä syvin yhteys (*communio*). Kristus-yhteyteen perustuva kommuunio ilmenee myös keskinäisessä rakkaudessa elämänyhteytenä, jossa Kristuksen kantamat pyhät jakavat uskostaan käsin toisensa eksistentiaalisen elämänosan. Uskonyhteisönä pyhien yhteisö on *eo ipso* rakkauden yhteisö.” (Kursiv. Junttilan). Junttila korostaa, että jo Augustinus korosti rakkauden yhdistävää merkitystä pyhien yhteisölle.

⁴² WA I, 365.

⁴³ CA:n puolustus VII ja VIII, 5.

(VII) mukaan tunnetaan, pyhien yhteisönä ovat evankeliumin puhdas julistus ja sakramenttien oikea toimittaminen.⁴⁴

Lutherin ja reformaation kirkko alkuseurakunnan tavoin kiinnittyivät Jumalan sanan synnyttäminä pyhiin asioihin ja Kristus-yhteyteen perustuvina kommuunioina keskinäisessä rakkaudessa elämän-yhteyteen. Nämä yhteisöt toimivat hyvin, vaikkeivät ne perustuneet ulkonaisten tekijöiden varaan eikä niitä koskevaan lainsäädäntöön.

10 Voiko kirkolla siis olla omaakin oikeutta?

Oikeuden käsittämisen pitkässä historiassa voidaan edellä mainitun fragmenttisenkin tarkastelun perusteella todeta oikeudenkin käsitteessä määrittelyvaraisuutta. Merkille pantavaa on ollut, että johdattaessa oikeuden käsitettä on ollut turvauduttava oletettuihin, fiktiivisiinkin perusteisiin. Oikeuspositivismiin ja puhtaan oikeusopin perusta on transsendentaalis-loogisessa perusnormissa. Ronald Dworkinin supervylituomari Hercules puolestaan ns. kinkkisten tapausten ratkaisijana osaa yksin tehdä Hard Case -päätöksen oikeudenmukaisesti. Kristinuskossa on asetettu kulmakivi ja kristinuskon perustaa pitävät siitä osattomat fiktiivisenä. Siihen kuitenkin kuuluu käsitys oikeudesta ja oikeudenmukaisuudesta, jonka mukaan siihen osallisten on tarkoitus elää ja toimia. Toiminnan arvioinnin ajankohdaksi on asetettu historian ajan päättymisen hetki. Tämä antaisi aihetta käsitykseen, että kristillisen kirkon elämään olisi asetettu sääntöjä, jotka ovat tarkoitettut juuri sitä varten. Ne eivät kuitenkaan välttämättä olisi sellaisia, jotka ihmisyyhteisö muuten haluaisi kelpuuttaa yhteiselämän pelisäännöiksi.

Vallitsevan näkemyksen mukaan oikeuden on katsottu olevan yhteiskuntaan ja sen voimankäyttöön liittyvä käsite. Luterilaisena pidetyn regimenttiopin mukaan myös on helposti tehtävissä johtopäätös, jonka mukaan oikeus olisi vain yhteiskunnan miekan käyttämiseen kuuluva asia. Kuitenkin tämän opin mukaan yhteiskunnan miekan käyttäminenkin kuuluu Jumalan regimenttijärjestykseen ja ihmiskuntansa hallintaan. Kaiken hallitsija on antanut evankeliuminsa seurakuntaansa, mutta tämäkään ei voi merkitä seurakunnan elämän joutumista lain ja oikeuden piirin ulkopuolelle. Kirkosakin on järjestyksen vallittava, mutta seurakunnan elämä ei ole yhteiskunnan elämänmuodon mukaan järjestettyä. Seurakunnan perustavien struktuurien⁴⁵ on rakennuttava kirkon omimmista lähtökohdista. Nämä lähtökohdat puolestaan nousevat ainakin luterilaisen käsityksen mukaan Raamatun sanasta ja siihen perustuvasta luterilaisen kirkon tunnustuksesta

⁴⁴ Kvist 1989, 40 ilmaisi CA:n congregatio sanctorum – käsityksen seuraavasti: ”Där evangeliet rent förkunnas och sakramenten utdelas i enlighet med Guds ord, dvs. där villkoren för den sanna kyrkans enhet är uppfyllda, där måste det – om överhuvudtaget någonstans – också finnas en skara av människor, som Gud helgar, en skara av troende människor . (Kursiv. tässä).

⁴⁵ Kvist 2008.