

RIIGIÕIGUSE AASTARAAMAT

RIIGIÕIGUSE
AASTARAAMAT

2020



2. trükk

EESTI TEADUSTE AKADEEMIA
RIIGIÕIGUSE SIHTKAPITAL

**Aastaraamatu väljaandmist toetab Eesti Vabariigi justiitsministeerium
Eesti Teaduste Akadeemia riigiõiguse sihtkapitali kaudu**

Aastaraamat on eelretsenseeritav väljaanne

VÄLJAANDJA

Eesti Teaduste Akadeemia riigiõiguse sihtkapital
Kohtu 6
10130 Tallinn
E-post: riigioigus@akadeemia.ee

TOIMETUSKOLLEEGIUM

Madis Ernits, Marju Luts-Sootak,
Uno Lõhmus, Lauri Mälksoo

KEELETOIMETAJA

Margit Kiisler

KEELETOIMETAJAD

Kristina Lepist, Daniel Edward Allen

KUJUNDAJA

Endla Toots

© Eesti Teaduste Akadeemia riigiõiguse sihtkapital, 2023
2. trükk

Esmatrükk 2020

ISSN 2806-0911 (trükiväljaanne)

HEA LUGEJA!

Kaante vahele on saanud esimene riigiõiguse aastaraamat. Olgu see üheks märgiks, mis aitab mees pidada Eesti Vabariigi esimese põhiseaduse 100. aastapäeva. Riigiõiguse aastaraamat ei ole mõeldud siiski vaid ühekordse aastapäevätähisena, vaid peaks nüüd ilmuma ka edaspidi.

Aastaraamatu sünniloo mõistmiseks tuleb tagasi minna 2018. aasta lõppu, kui justiitsminister Urmas Reinsalu ja teaduste akadeemia president Tarmo Soomere allkirjastasid lepingu riigiõiguse sihtkapitali loomiseks. Leping sõnastas sihtkapitali peaesmärgina riigiõiguse arendamise ja riigiõiguslase teadustöö edendamise. Selle mõneti kantseiliku sõnakasutuse sisuks on Eesti riigiõiguse jaoks väga olulised tegevused: rahastada riigiõiguse õpikute väljaandmist, innustada rahaliste preemiatega üliõpilasi kirjutama riigiõiguslikke uurimistöid, kutsuda tuntud teadlasi loenguid pidama ning palju muud, mille kohta lugeja leiab teavet teaduste akadeemia kodulehelt.

Riigiõiguse sihtkapitali leping nägi ette ka riigiõiguse aastaraamatu väljaandmise, mille esimene number näebki nüüd ilmavalgust sihtasutuse Iuridicum abil.

Eesti esimesel õigusteadlaste päeval 19. aprillil 1922 rääkis nende päevade otstarbest päeva juhataja Ferdinand Karlson. Ta sõnas: „Õiguslise riigi hing ja elu, tema olemasolu eeltingimus on õiguse mõiste arendamine, süvendamine ja laiendamine kõigi riigiliste ja seltskondliste elualade peale. On ju arusaadav, et selles intensiivses loometöös õigusteadlased igal alal iseäranis tähtsat osa etendavad.“ Sama otstarvet täidab siinne aastaraamat. Riigiõiguslikud ideed, teooriad ja lahendused ei tunne riigipiire, kuid Eesti riigi ees seisvad riigiõiguslikud probleemid tuleb meil endil lahendada. Soovime anda meie juristidele võimaluse käsitleda aktuaalseid riigiõiguse küsimusi, aga uurida ka möödaniiku riigiõiguslikke arutlusi ja valikuid. Samavõrd oluliseks peame tunnustatud riigiõigusteadlaste tööde tutvustamist Eesti lugejale eesti keeles.

Riigiõiguse sihtkapitali esimene aastaraamat sisaldab nii originaal- kui ka tõlkeartikleid. Oleksime soovinud enam algupäraseid töid, kuid võimalike autorite loodetavasti üksnes esialgsete kõhkluste tõttu ilmub seekord ainult kolm algupärandit. Loodame, et tõlkeartiklite valik pakub mõtteainet õigusteadlastele, õiguse loojatele ja selle rakendajatele.

Jaan Kross on kirjanikuna jäädvustanud end kirjanduslukku. Aastaraamatus saame tutvustada teda palju vähem tuntud vaatevinklist: Tartu ülikooli õppejõu ja õigusteadlasena. Vahetult pärast Teist maailmasõda õpetas ta ülikoolis rahvusvahelist õigust ja püüdis selles valdkonnas ka teaduskraadini jõuda. Nii tema õppejõukarjäär kui ka kandidaaditöö kirjutamine jäid vangistamise tõttu pooleli. Tänu Jaan Krossi pärijatele, kes andsid loa avaldada tema lõpetamata kandidaaditöö siinses aastaraamatus, saame me kõik nüüd osa ka sellest seni varjulejäänud kirjatööst.

Innukat lugemist!

Toimetuskolleegium

SAATEKS

President Toomas Hendrik Ilves on öelnud: on ime, et Eesti on üldse olemas. Veel suurem ime on see, et oleme üks kahest riigist, mis eelmisel sajandil saavutasid või taastasid oma iseseisvuse ilma verevalamiseta. Erinevalt Norrast pidime kaks korda üles ehitama täiesti uue riigi. Isegi kui teisel korral oli meile toeks sajandi esimese poole omariikluse kogemus ja kindel usk järjepidevusse, polnud vaja (ega oleks tohtinudki) üle võtta ühtki pealesurutud kohmakat ja kohati inimvaenulikku struktuuri. See on andnud meile unikaalse võimaluse olla ajakohase ja paindliku riigi ülesehitamisel (sh e-riigi arendamisel) pioneeriks kogu maailmas. See on õnnestunud paljudes aspektides, olgu see nüüdisaegse panganduse loomine või edu koolilaste PISA testides. Praegu on selle krooniks osalus ÜRO Julgeolekunõukogus. Ju oleme – president Lennart Meri sõnadega – kõigist raskustest hoolimata õppinud selgeks ühe olulise tõe: kui tahad, et sind koheldakse riigina, tuleb ka käituda riigina.

Ühe tänapäeva riigi olemasolu lahutamatu osa on riigiõigus. See on kaugelt rohkem kui põhiseaduslike riigiorganite ülesehituse ja toimimise juriidiliselt laitmatu kirjeldus või perfektne haldusjaotuse korraldamine. See puudutab igäüht, kes riigiga seotud – olgu kodakondsuse, töö- ja elukoha või eridentsuse kaudu. Sest ka meie kõigi põhiõigused, vabadused ja põhikohustused on kas lausa riigiõiguse südamikus või sellele väga lähedal. Paljud tajusid seda 2020. aasta kevadtalve koroonakriisi ajal, kui harjumuspärase elukorralduse hinnasildile kippusid kerkima mõned meie tuumikvabadused.

Riik on Eestis inimlikult väike, on märkinud Mikk Mikiver. Väiksus on meie eelis. Võib-olla just selle tõttu saame olla uhked selliste õigusteadlaste üle nagu Friedrich Martens või Ilmar Tammelo. Nende ideedest ja loomingust kumab läbi väikeriikide talupojatarkus (ehk kaine mõistus). Väikesed riigid ei saa endale lubada ei rahvusvahelise ega riigisisese õiguse hülgamist. Isegi mitte pisiasjades.

Suurkujud (ka õigusteaduses) ei kasva ilma sobiva keskkonna ja materiaalse toeta. Kui suur osa õigusteadusest on reeglina ühiskonna fookuses, siis riigiõigus on valdkond, kus vaid riik ise saab teadlikult ja sihipäraselt panustada – ja seetõttu ka peab panustama. On saanud käibetõeks, et kõige kõrgemalt haritud inimeste ehk ülikoolide lõpetajate kvaliteet ja nende võimekus panustada riigi ning majanduse arengusse on kogu arenenud maailmas tihedalt seotud ülikoolis nende õpitaval erialal tehtava teadustöö kvaliteediga.

Teadus on oma olemuselt rahvusvaheline ja globaalne nähtus. Selle sees on aga valdkondi, kus üksikutel riikidel on erilised kohustused. Rahvusteaduste all, mida ükski teine teaduskogukond ei saa käsitleda, mõtleme tavaliselt eesti keele, kultuuri, kirjanduse, ajaloo ja mõtteloo uuringuid. Selles kontekstis on õigusteadus vaieldamatult osa rahvusteadustest. Sest iga keelega kaasneb vaikimisi ja nähtamatult hulk struktuure ja tähendusi, millele õigussüsteem ja õiguspraktika toetuvad ning ilma milleta ei saa rääkida ei tõest ega õiguse mõistmisest.

Riigiõigus pole siin erandiks. Ühest küljest on hea teada, kuidas selle valdkonna teooria ja praktika arenevad kogu maailmas ning eriti selles kultuuriruumis, kuhu soovime kuuluda. Kuna meid on vähe, siis ei tasu loota, et kõik parimad mõtted meile endile pähe torgatavad. Maailmast on väärt kogemust võtta pea igas valdkonnas; ka siis, kui kultuuri ja ajaloo kontekst erinevad. Teisest küljest on meil kohustus põhjalikult läbi sorteerida, lahti mõtestada ja muu maailma konteksti panna oma riigi ülesehitamise parim kogemus ning viia siis see teadmine teiste riikide ja rahvaste ette. Me ei ole enam riigina õpipoisid. Kuigi me pole veel viie rikkaima riigi seas majanduslikult, on meil unikaalne edulugu, millest oleks kindlasti paljudel ja palju õppida ning mille kaudu võiks kogu maailm tugevamaks saada ja jätkusuutlikumaks kasvada.

Tarmo Soomere
Eesti Teaduste Akadeemia president
7. mail 2020

SISUKORD

	Hea lugeja	5
Tarmo Soomere	Saateks	7
	Autorid	11
Uno Lõhmus	Põhiseaduslikkuse kohtuliku kontrolli sünniloost	15
Hannes Vallikivi	Põhiõiguste peatükk Eesti 1920. aasta põhiseaduses	62
Sven Anton	Eesti kultuuri ja rahvuse mõiste põhiseaduse preambulis	118
Robert Alexy	Inimõiguste institutsionaliseerimine demokraatlikus põhiseadusriigis <i>Tõlkinud Margot Heinsalu ja Madis Ernits</i>	148
Ernst-Wolfgang Böckenförde	Demokraatia ja esindus. Tänapäevase demokraatiadiskussiooni kriitika <i>Tõlkinud Kaire Kliimask ja Marju Luts-Sootak</i>	165
Mattias Kumm	Institutsionaliseerides sokraatilisest vaidlustamisest: ratsionaalne inimõiguste paradigma, legitiimne autoriteet ja põhiseaduslikkuse järelevalve eesmärk <i>Tõlkinud Birgit Aasa ja Madis Ernits</i>	187
Matthias Klatt, Moritz Meister	Proportsionaalsus kui universaalne põhiseaduslik printsiip <i>Tõlkinud Kaire Kliimask ja Madis Ernits</i>	222
Martin Borowski	Absoluutsed õigused ja proportsionaalsus <i>Tõlkinud Piret Luiga</i>	255

Lauri Mälksoo	75 aastat hiljem: Jaan Kross ja tema pooleli jäänud kandidaaditöö „Rahvusvahelise lepingu mõistest“	294
Jaan Kross	Rahvusvahelise lepingu mõistest	305
	<i>Summaries</i>	365
	Eesti Teaduste Akadeemia riigiõiguse sihtkapital	369

AUTORID

Robert Alexy (sünd. 1945) on üks mõjukamaid tänapäeva õigusfilosoofe nii oma kodumaal Saksamaal kui ka rahvusvaheliselt. Aastakümnete jooksul on palju tähelepanu pälvinud ja elavaid diskussioone ärgitanud tema tööd diskursusteooriast, printsiibiteooriast õiguse rakendamisel ning õiguse ja moraali vahekorra kohta. Alexy õppis õigusteadust ja filosoofiat Göttingenis 1968–1973. Aastal 1978 ilmus Alexy doktoritöö „Theorie der juristischen Argumentation“ („Juriidilise argumentatsiooni teooria“), mis pälvis 1982. aastal Göttingeni Teaduste Akadeemia keeleteaduslik-ajaloolise klassi auhinna ja kujunes Alexy läbimurdeteoseks. Alexy habiliteeriti 1984. aastal Göttingeni õigusteaduskonnas avaliku õiguse ja õigusfilosoofia alal. Alexy habilitatsioonitöö „Theorie der Grundrechte“ („Põhiõiguste teooria“) ilmus 1985. aastal. Seda tunnustatakse olulise panusena põhiõigusteooria struktuurse ja sisulise dimensiooni arendamisel ning Saksa konstitutsiooniõiguse üldkäsitlusena. Sellest raamatust sai kiiresti II maailmasõja järgse perioodi Saksa konstitutsiooniõiguse mõjukaim käsitlus. Eesti lugejal on tänu 2001. aastal ilmunud teosele „Põhiõigused Eesti põhiseaduses“ võimalik tutvuda selle põhiseisukohtadega ka kohandatuna Eesti põhiseadusele. 1992. aastal ilmunud raamat „Begriff und Geltung des Rechts“ („Õiguse mõiste ja kehtivus“) heidab valgust õiguse ja moraali vahekorrale või täpsemalt moraalsete, eetiliste, mõistuslike ja õiguslike põhjenduste omavahelistele suhetele. Äärmiselt ebaõiglaste normide puhul pole kahtluse all üksnes nende moraalne legitiimsus, vaid need on ka õiguslikult kehtetud. Pärast loengute pidamist Regensburgis ja Kielis 1984–1986 eradotsendina sai Alexy 1986. aastal korralise professori koha Kieli ülikoolis. 1991. aastal lükkas Alexy tagasi Grazi ülikooli kutse võtta üle Ota Weinbergeri õppetool ja 1997. aastal Göttingeni ülikooli kutse asuda oma akadeemilise õpetaja Ralf Dreieri õppetoolile. 1994–1998 oli Alexy Rahvusvahelise Õigus- ja

Sotsiaalfilosoofia Ühingu Saksa sektsiooni president. 2002. aastast on Alexy Göttingeni Teaduste Akadeemia täisliige. Alates 2008. aastast on Alexyle antud üle ilma rohkem kui 30 ülikooli, sh Tallinna Ülikooli audoktori (2018) tiitel. 2010. aastal autasustas Saksamaa Liitvabariik Alexyt teeneteristi esimese klassi ordeniga. 2013. aastal sai Alexy Kieli linna teaduspreemia.

Sven Anton (sünd. 1992) sai 2019. aastal Tartu Ülikoolis õigusmagistri kraadi, ta töötab SEB Pangas.

Martin Borowski (sünd. 1966) on Heidelbergi ülikooli avaliku õiguse, konstitutsiooniteooria ja õigusfilosoofia korraline professor. Borowski õppis õigus-teadust Kielis 1985–1991. Aastal 1997 avaldati tema doktoritöö „Grundrechte als Prinzipien“ („Põhiõigused kui printsiibid“), mida juhendas Robert Alexy. Borowski sai oma doktoritöö eest 1997. aastal Kieli ülikooli õigusteaduskonna auhinna. 2004. aastal habiliteeriti Borowski Kieli ülikoolis ja tema habilitatsioonitöö „Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes“ („Usu- ja südametunnistusevabadus [Saksamaa LV] põhiseaduses“) ilmus 2006. aastal. Pärast eradotsendina loengute pidamist Kielis sai Borowski Humboldti uurimisstipendiumi ja veetis selle raames 2005/2006. õppeaasta Washingtoni ülikooli juures Saint Louises Missouriis USAs. 2006 sai Borowskist stipendiaat Washingtoni ülikoolis (Institute for Global Legal Studies). 2006–2007 pidas Borowski õppejõuametit Londonis Westminsteri ülikoolis ja 2007–2012 Birminghami ülikoolis. 2012 võttis Borowski vastu Heidelbergi ülikooli kutse. 2008–2012 oli Borowski Rahvusvahelise Õigus- ja Sotsiaalfilosoofia Ühingu Ühendkuningriigi sektsiooni asepresident, alates 2014. aastast on ta Saksa sektsiooni juhatusel liige. Lisaks doktori- ja habilitatsioonitööle on Borowski sulest ilmunud arvukalt artikleid peamiselt põhiõiguste teooriast ja õigusfilosoofiast.

Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930–2019) oli Saksa õigusteadlane, õigus-teaduse ja filosoofia doktor, 1964–1969 professor Heidelbergis, 1969–1977 Bielefeldis ja seejärel Freiburgis ülikoolis kuni emeriteerumiseni 1995. aastal. Ta õpetas avalikku õigust üldiselt, aga eelkõige konstitutsiooniõigust, lisaks veel õigusajalugu ja õigusfilosoofiat. 1983–1996 oli Böckenförde Saksamaa Liidukonstitutsioonikohtu liige. Siinse kirjutise avaldamise ajaks olid temalt ilmunud juba paljud olulised publikatsioonid: „Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe

des staatsrechtlichen Positivismus“ („Seadus ja seadusandlik võim. Saksa riigiõigusõpetuse algusaegadest riigiõigusliku positivismi haripunktini“. Berlin 1958, 2. vlj 1981); „Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung“ („Organisatsioonivõim valitsuse valdkonnas“. Berlin 1964); „Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat“ („Õiguse mõiste kommunistlikus riigis“. München 1967); „Kirchlicher Auftrag und politische Entscheidung“ („Kiriklik korraldus ja poliitiline otsus“. Freiburg 1973); „Staat, Gesellschaft, Freiheit“ („Riik, ühiskond, vabadus“. Frankfurt a. M. 1976); „Der Staat als sittlicher Staat“ („Riik kui kõlbeline riik“. Berlin 1978). Pärast ilmus veel mitu olulist raamatut ja kogumikku, näiteks „Staat, Gesellschaft, Kirche“ („Riik, ühiskond, kirik“. Freiburg 1982); „Die verfassunggebende Gewalt des Volkes“ („Rahva konstitutsiooniandmisvõim“. Frankfurt a. M. 1986); „Recht, Staat, Freiheit“ („Õigus, riik, vabadus“. Frankfurt a. M. 1991, 4. vlj 2006); „Staat, Nation, Europa“ („Riik, rahvus, Euroopa“. Frankfurt a. M. 1999, 2. vlj 2000); „Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht“ („Teadus, poliitika, konstitutsioonikohus“. Berlin 2011).

Matthias Klatt (sünd. 1973) on Grazi ülikooli õigusfilosoofia, õigussotsioloogia ja õiguspoliitika professor. Klatt õppis 1993–1999 õigusteadust Göttingeni ja Müncheni ülikoolis. Tema Robert Alexy juhendamisel valminud doktoritöö „Theorie der Wortlautgrenze: semantische Normativität in der juristischen Argumentation“ („Tähenduspiiri teooria: semantiline normatiivsus juriidilises argumentatsioonis“) ilmus 2004. aastal. Selle töö eest sai Klatt koguni kolm auhinda: 2002. aastal auhinna European Award for Legal Theory, 2003. aastal Kieli auhinna Doctores Iuris ja 2003. aastal Rahvusvahelise õigus- ja sotsiaalfilosoofia ühingu auhinna Young Scholar Prize. Aastatel 2008–2015 oli Klatt Hamburgi ülikooli nooremprofessor, ta habiliteeriti samas 2013. aastal professor Stefan Oeteri juures avaliku õiguse, Euroopa Liidu õiguse, rahvusvahelise avaliku õiguse ja õigusteooria alal. 2013–2014 oli Klatt asendusprofessor Berliinis Humboldti ülikoolis ja 2014–2015 Osnabrücki ülikoolis. 2015. aastal võttis Klatt vastu Grazi ülikooli kutse. Lisaks doktoritööle on Klatt avaldanud arvukalt artikleid peamiselt põhiõiguste teooria ja õigusfilosoofia teemal.

Jaan Kross (1920–2007) oli 20. sajandi teise poole silmapaistvaim eesti kirjanik. Aastatel 1938–1944 õppis ta Tartu Ülikooli õigusteaduskonnas ja töötas samas

riigi- ja rahvusvahelise õiguse õppejõuna kuni vahistamiseni 1946. aastal Eesti NSV Riikliku Julgeoleku Rahvakomissariaadi poolt.

Mattias Kumm (sünd. 1967) on New Yorgi ülikooli Inge Rennerti nimelise õppetooli professor ja Berliini Humboldti ülikooli professor. Peale selle on ta uurija-professor programmis „Rule of Law in the Age of Globalization“ („Õigusriik globaliseerumise ajastul“) ja Berliini Sotsiaaluuringute Keskuse (WZB) juures asuva globaalse konstitutsionalismi keskuse juht. Kumm õppis 1987–1994 Kielis õigusteadust, politoloogiat ja filosoofiat, Pariisis Panthéon-Sorbonne'i ülikoolis õigusteadust ning Pariisi katoliiklikus instituudis filosoofiat. 1995–1996 läbis ta *LL.M.*-programmi Harvardi ülikoolis, 1996 sooritas advokaadieksami New Yorgis. 2003 sai Kumm *J.S.D.*-kraadi Harvardi ülikoolis. Aastatel 2000–2010 oli Kumm õppejõud ja külalisõppejõud paljudes ülikoolides USA-s, Euroopas ja Aasias, teiste seas Harvardis, Yale'is ja New Yorgis. 2010 sai Kummist New Yorgi ülikooli professor ja 2011 Inge Rennerti nimelise õppetooli juhataja. Ta õpetab Euroopa õigust, rahvusvahelist õigust, võrdlevat konstitutsiooniõigust ja õigusfilosoofiat ning on neil teemadel kirjutanud arvukalt artikleid.

Uno Lõhmus (sünd. 1952) on endine Riigikohtu esimees, Euroopa Inimõiguste Kohtu ja Euroopa Kohtu kohtunik.

Moritz Meister (sünd. 1982) on 2013. aastast advokaat Hamburgis. Ta õppis õigusteadust ja majandust Hamburgis ja Bayreuthis. Tema Matthias Klatti juhendamisel valminud doktoritöö „Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz“ („Vabaduse kaitse süsteem [Saksamaa LV] põhiseaduses“) ilmus 2011. aastal. Lisaks doktoritööle on Meister avaldanud mitu artiklit proportsionaalsusest ja kaalumisest.

Lauri Mälksoo (sünd. 1975) on Tartu Ülikooli rahvusvahelise õiguse professor, Eesti Teaduste Akadeemia ja Institut de Droit Internationali liige.

Hannes Vallikivi (sünd. 1974) on vandeadvokaat, advokaadibüroo Derling Primus partner, Tartu Ülikooli õigusteaduskonna doktorant.

U. Lõhmus. Põhiseaduslikkuse kohtuliku kontrolli sünniloost. – Riigiõiguse aastaraamat 1/2020, lk 15–61

Põhiseaduslikkuse kohtuliku kontrolli sünniloost

UNO LÕHMUS

Kokkuvõte. Artiklis kirjeldatakse seaduste kohtuliku kontrolli sünnilugu eri riikides alates klassikalisest Ateenast kuni Eesti Vabariigi 1920. aasta ja 1937. aasta põhiseaduseni. Seaduste kohtuliku kontrolli idee pärineb Antiik-Ateenast, kuid realiseerus Ameerika Ühendriikides. Revolutsioonid Ameerika Ühendriikides ja Prantsusmaal 18. sajandi lõpul andsid kirjutatud konstitutsiooni, mis sõnaselgelt seaduste kohtulikku kontrolli ette ei näinud. Seaduste konstitutsioonile vastavuse detsentraliseeritud kontrolli kehtestas Ameerika Ühendriikide Ülemkohus *Marbury vs. Madisoni* kohtupretsedendiga. Prantsusmaal, kus tunti vastumeelsust vana režiimi kohtunike vastu, keelas parlament seaduste kohtuliku kontrolli. Austria 1920. aasta põhiseadus kujundas põhiseaduslikkuse tsentraliseeritud kohtuliku kontrolli mudeli. Weimari põhiseadus vaikis kohtulikust kontrollist, kuigi õigusteadlased kontrolli üle aktiivselt mõtteid vahetasid. Seaduste vastavust põhiseadusele ei näinud ette ka Eesti Vabariigi 1920. aasta põhiseadus. Õigusteadlased kaldusid eelistama Ameerika Ühendriikide kohtuliku kontrolli mudelit.

Märksõnad: seaduste kohtulik kontroll, põhiseaduskohus, parlamendi suveräänsus, võimude lahusus

Seaduste ja haldustegevuse kohtulik kontroll, mis hõlmab haldusaktide ja toimingute ning õigustloovate aktide kohtulikku kontrolli, on meie õiguspraktikas juurdunud ning kohtuasutuste tavapärase tegevus. Õigustloovate aktide ehk üldaktide kohtulikku kontrolli nimetatakse põhiseaduslikkuse järelevalveks. Põhiseaduse järgi on Riigikohus põhiseadusliku järelevalve kohus (§ 149 lg 3). Kuid põhiseadus annab kõikidele kohtutele pädevuse kontrollida õigusaktide põhiseadusele vastavust ehk volitus põhiseaduslikkuse järelevalveks tuleneb põhiseaduse §-st 152, mis sätestab, et „[k]ohus jätab kohtuasja lahendamisel kohaldamata mis tahes seaduse või muu õigusakti, kui see on vastuolus põhiseadusega“. Sama paragrahvi teine lause annab Riigikohtule volituse tunnistada kehtetuks mis tahes seadus või õigusakt, kui see on vastuolus põhiseaduse sätte

või mõttega. Eestis tunnustati põhiseaduslikkuse kohtulikku järelevalvet esimest korda sõnaselgelt 1992. aasta põhiseadusega ning täpsustati 5. mail 1993 vastu võetud põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadusega, mis jõustus 24. mail 1993.¹ Vähem kui kuu pärast seaduse kehtima hakkamist tegi Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium esimese otsuse järelevalve asjas, mille algatas Vabariigi President.²

Põhiseaduse koostajad on ühelt poolt tunnustanud seadusandliku, täite- ja kohtuvõimu lahususe ja tasakaalustatuse põhimõtet (PS § 4), kuid samas andnud kõigile kohtutele volituse valvata, et seadusandliku ja täitevõimu tegevus vastaks põhiseadusele. Riigikohus on põhiseaduse ülim valvur, kellel on õigus tunnistada kehtetuks mis tahes seadus või õigusakt, mis pole üksnes vastuolus põhiseaduse sättega, vaid ka mõttega. Vastuolu põhiseaduse mõttega on tõlgendatud kui vastuolu mõne põhiseaduse sätete taga oleva põhiseaduse aluspõhimõttega, mis kogumina moodustavad Eesti Vabariigi põhikorra tuumiku.³

Kohtute kontrollifunktsioon pole siiski üles ehitatud selgele pädevuste eristusele, põhiseaduslikkuse järelevalve käigus kontrollib kohus seadusandja tegevust, halduskohtu pädevusse kuulub seevastu täitevõimu asutuste kontrollimine. Põhiseaduslikkuse järelevalve hõlmab nii Riigikogu seadusandlikku tegevust kui ka täitevõimu, eelkõige valitsuse õigusaktide põhiseaduslikkuse kontrolli. Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse esemeks on Riigikohtu tõlgenduse järgi õigustloov ehk üldakt, mis sisaldab üldkohustuslikke abstraktseid käitumiseeskirju sõltumata nende nimetusest.⁴ Seevastu halduskohtumenetluses on kohus pädev kontrollima, kas haldusorgani poolt üksikjuhtumi reguleerimiseks antud, isiku õigusi või kohustusi tekitav, muutev või lõpetav õigusakt⁵ või haldusmenetluses tehtud toiming, haldusorgani tegevusetus või viivitus on seaduslik.⁶ Igäühe õiguse pöörduda kohtusse oma õiguste ja vabaduste rikkumise korral annab põhiseaduse § 15 lõige 1.

Mul pole kavatsust analüüsida õigusaktide kohtulikku kontrolli ulatust, põhimõtteid ja tõlgendusi. Kirjeldasin eespool kohtute poolt teostatava seadus-

andliku ja täitevõimu õigusaktide ja toimingute kontrolli põhijooni ülevaatliselt vaid selleks, et näidata, kui ulatuslikud on kohtute volitused Eesti põhiseaduse järgi. Põhiseaduse koostajad nägid kohtutes tugevat põhiseaduse tagajat ning usaldasid kohtunikele inimeste põhiseaduses sätestatud õiguste ja vabaduste kaitse, mis poleks pelgalt illusoorne, vaid tegelik ja tõhus. Poliitikud ja ametnikud on alates põhiseaduse vastuvõtmisest kohtu sellist rolli võrdlemisi üksmeelselt tunnustanud. Hiljaaegu kõlas ühe erakonna esindajate suust siiski arvamus, et võimude lahususe põhimõte nõuab kohtute pöördumist tagasi Montesquieu tuntud ütelse juurde, et kohtunik on vaid seaduse suu, *la bouche de la loi*.⁷ Väljend, mida nüüdisaegses kontekstis Itaalia konstitutsioonikohtu kohtunik, professor Marta Cartabia on tabavalt nimetanud muinasteaduslikuks relikteks.⁸

Kohtuniku loodud õigus on saanud reaalsuseks riikides, kus võim valvata põhiseaduse üle on pandud kohtutele. Nende riikide arv on üha suurenenud. Põhiseaduslikkuse järelevalve on laienenud üle maailma. Ginsburg ja Versteeg on arvutanud, et 1951. aastal tunnustas kohtulikku kontrolli seaduste põhiseadusele vastavuse üle 38% maailma riikide põhiseadusi, kuid 2011. aastal oli juba 83% põhiseadusi omavatest riikidest andnud kohtutele võimu valvata konstitutsiooni kohaldamise üle ning õiguse jätta kõrvale seadused, mis pole kooskõlas konstitutsiooniga.⁹ See, mida Alexis de Tocqueville 1835. aastal kirjeldas Ameerika Ühendriikide eripärana¹⁰, on nüüd maailmas laialt levinud praktika. Selliste põhiseaduste arvu suurenemine, mis tunnustavad kohtunike õigust valvata põhiseaduse üle, ei tingi iseenesest kohtunike mõju suurenemist õigusloomes. Põhiseaduslikkuse järelevalve mõjuvõimu kasvu tingisid muutused põhiseaduse iseloomus ja ulatuses II maailmasõja järel. 20. sajandi esimesel poolel vaadeldi Euroopa riikides põhiseadusi peamiselt poliitiliste instrumentidena ning kohtutel oli vaid piiratud õigus sekkuda põhiseaduslikesse vaidlustesse. II maailmasõja järgse Euroopa poliitikud mõistsid nii põhiseaduse autoriteedi kui ka

¹ RT I 1993, 25, 435.

² RKPJKo 22.06.1993, III-4/1-1/93, Riigivapi seadus.

³ M. Ernits. Põhiseaduse § 152 kamm. 30. – Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Toim. Ü. Madise jt. Tallinn: Juura 2017.

⁴ RKPJKo 22.11.2010, 3-4-1-6-10, p 44, Tallinna Veevärgi hinnakujundus.

⁵ Haldusmenetluse seadus, § 51 – RT I 2001, 58, 354.

⁶ Halduskohtumenetluse seadustik, § 6 – RT I, 23.07.2011, 3.

⁷ Riigikogu 20.30.2017 stenogramm. Arvutivõrgus: <http://stenogrammid.riigikogu.ee/et/201703201500>.

⁸ M. Cartabia. Mauro Cappelletti: One of the “precious few” of our generation. – International Journal of Constitutional Law 2016, Vol. 14, No 2, lk 470. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mow028>.

⁹ T. Ginsburg, M. Versteeg. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2013-29. University of Virginia School of Law, September 2013, lk 2. Arvutivõrgus: <http://ssrn.com/abstract=2319363>.

¹⁰ A. de Tocqueville. Tähelepanekuid Ameerika demokraatiast. Tõlk. H. Rajandi. Hortus Litterarum 1995, lk 83.

põhiõiguste maksmapanemise tähtsust. Uued põhiseadused esitasid põhiõiguste ulatusliku kataloogi. Loodi põhiseaduskohtud, kellele anti pädevus need õigused maksta panna. Kuna indiviidide põhiõigusi sisaldavad normid muutusid siduvateks õigusnormideks ning nähti ette protseduurid õiguste kasutamiseks ning tagamiseks, siis sai selgeks, et põhiseaduselt oodatakse põhiõiguste tagamisel palju olulisema rolli täitmist.¹¹ Abstraktselt ja väärtusorientatsiooni keeles sõnastatud põhiõigusnormide tõlgendamine nõuab palju suuremas ulatuses loominguilisust kui tavaseaduste kohaldamine. Nagu märgib Garlicki, hakkas põhiseaduskohtute rikas praktika mõjutama põhiseaduse originaalteksti ning see praktika muutus järk-järgult olulisemaks kui põhiseaduse tekst. Põhiseaduse kohaldamispraktika tekib peamiselt põhiseaduskohtute praktika kaudu.¹²

Osa õigusteadlasi on sellise arengu pärast skeptilised. Põhiseaduskohtute võimuvolituste kasvu on kritiseeritud eri vaatekohtadest. Levinud on vaade, et „juristokraatia“ peegeldab õigus- ja poliitilise eliidi huve ja soove, mitte aga tavainimese huve.¹³ Poliitilise konstitutsionalismi teoreetikud¹⁴ argumenteerivad, et poliitilisi küsimusi ei saa otsustada keegi peale rahva. Tähelepanu alla on võetud kohtulik aktivism.¹⁵

Kriitilistele teooriatele vaatamata ühendab põhiseaduslikkuse järelevalve lai levik Lustigi ja Weileri sõnutsi kahte usku. Esiteks usku kõrgemasse seadusse, mis seob isegi demokraatlikku seadusandjat ning mille oluliseks sisuks on normid, mis kaitsevad individuaalseid õigusi ja vabadusi türannia vastu, isegi demokraatliku enamuse türannia vastu. Teiseks usku kohtutesse, olgu selleks tavakohus või põhiseaduskohus, kui kõige tõhusamasse kõrgema õiguse rakendamise tagatisse.¹⁶

¹¹ L. Garlicki. Constitutional Courts versus Supreme Courts. – International Journal of Constitutional Law 2007, Vol. 5, No 1, lk 47. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mol044>.

¹² Samas, lk 47–48.

¹³ Vt nt R. Hirchl. Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press 2007. Eestis on tundnud „juristokraatia“ pärast muret Ülle Madise, vt Ülle Madise: juristokraatia ja põhiseadus. – Postimees, 21.11.2018.

¹⁴ Vt nt R. Bellamy. Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy. Cambridge University Press 2007. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511490187>.

¹⁵ Eestis: B. Aaviksoo. Kohtulik aktivism põhiseaduslikkuse järelevalve funktsioonina. Kui aktivistlik on Eesti põhiseaduskohus. – Juridica 2005/5, lk 487–498; K. Kõo. Kohtulik aktivism – selle vähendamise vajalikkusest ja võimalustest. Magistritöö. Tartu 2019.

¹⁶ D. Lustig, J. H. H. Weiler. Judicial Review in Contemporary World – Retrospective and Prospective. – International Journal of Constitutional Law 2018, Vol. 16, No 2, lk 316. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moy057>.

Lustig ja Weiler näitavad, et olukord on siiski palju keerulisem kui mõnikümmend aastat tagasi, kui seaduste kohtulik kontroll plahvatuslikult levis. Lainete metafoori kasutades kirjeldavad nad arengut Euroopas ja nüüdisaegses maailmas tervikuna. Esimene laine oli kohtuliku kontrolli horisontaalne laienemine riikide õiguskorras. Teine laine seadis esiplaanile rahvusvahelise kõrgema õiguse ning allutas riigid rahvusvahelistele tribunalidele ka riigisiseste õigusaktide puhul – Euroopas Euroopa Inimõiguste Kohtule ja Euroopa Kohtule. Teisele lainele on iseloomulik üha kasvav rahvusvaheliste normide kui kõrgemate normide kasutamine riigisiseses põhiseaduslikus korras riigi kohtute poolt. Kolmandal lainel on kaks tahku. Osaliselt näitab see riikide kohtute esilekerkimist kontrolliasutusena, mis teostab kohtulikku järelevalvet riikidevahelise ja rahvusvahelise valitsemise ning kohtumõistmise üle. Osaliselt loob see mulje uuest identiteediotsingust konstitutsioonilises diskursuses. Mõlemad tahud tekitavad õiguskorra jaoks keerulisi normatiivseid küsimusi. Lustig ja Weiler väidavad, et kolmas laine on reaktsioon kahele esimesele.¹⁷

Ma ei soovi visandada tervikpilti põhiseaduslikkuse järelevalve arengust ja seisundist. Eesmärk on palju tagasihoidlikum. Soovin anda üldise ülevaate, kuidas kohtulik kontroll seadusandja üle jõudis riikide õiguskordadesse.

Tavaliselt seostatakse kohtuliku kontrolli alghetke Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu 1803. aasta otsusega *Marbury vs. Madisoni* asjas, tsentraliseeritud põhiseaduskohtu teket aga Kelseni teoreetiliste töödega ning Austria Põhiseaduskohtu loomisega 1920. aastal. Tõepoolest, esimene laine, Lustigi ja Weileri hinnangul tõeline tsunami, sai alguse Marbury kohtuasjast. Kuid nagu paljudes valdkondades tuleb idee algeid otsida antiikajast. Nii on see ka õigusaktide kohtuliku kontrolliga. Seepärast hakatuseks põige antiiki.

¹⁷ Samas, lk 318–319.

I. Õigusaktide kohtulik kontroll Ateena linnriigis

6. kuni 4. sajandini eKr

Ateena elas põhikorra all, mida nad nimetasid Kleisthenese reformidest 508/507 eKr kuni Demosthenese surmani 322/321 eKr *demokratia*'ks.¹⁸ Kleisthenest¹⁹ peetakse demokraatliku korra alusepanijaks Ateenas. Pärast türann Hippiase kukutamist alustas Kleisthenes 508/507. aastal eKr demokraatlike reformidega. Õigupoolest jätkas ta Ateena riigimehe, seadusandja ja poeedi Soloni (640–560 eKr) alustatud Ateena sotsiaalse süsteemi ümberkujundamist. Solon lõi 400 nõukogu, kes valmistasid ette laiema rahvakoosoleku arutelud. Selle tulemusena polnud poliitiline kontroll enam täielikult Ateena eliidi käes. Ta lõhkus juhtivate perekondade võimu, asendas selle omandile tugineva võimuga ning tekitas ka uue õiguskoodeksi. Kõik kodanikud olid seaduse ees võrdsed. Soloni seadused kehtisid peaaegu 200 aastat.²⁰

Kleisthenese reformid jätkasid aristokraatlike perekondade võimu murenemist. Need reformid parandasid vaesemate kodanike osalemist valitsemises. Nõukogu liikmete arvu suurendati 500-ni – 50 liiget igast hõimust, kes nimetati liisuga. Rahvakoosolek sai uusi võimuvolitusi. Järgnenud kümnenditel kujunes välja otsedemokraatia süsteem.²¹ Ateena *demokratia* kuldajaks peetakse siiski Periklese (494/495–429 eKr) aega Ateenas.²²

Ateenlaste jaoks demokraatia (*demokratia*) andis reegliid (*kratos*) *demos*'ele ehk Ateena rahvale (tegelikult meessoost kodanikele, sest orjad, naised ja välismaalased olid riigiasjade otsustamisest kõrvale jäetud). *Demokratia* kõrgajal olid valitsemise kolm keskset institutsiooni rahvakoosolek (*ekklesia*), nõukogu (*boule*) ja rahvakohus (*dikasterion*).²³ Kui demokraat kasutas sõna *demos*, siis ta mõtles

kodanike kogu, kes võis osa võtta rahvakoosolekust.²⁴ Arvatakse, et 5. sajandil eKr oli Ateena täiskasvanud meeste arv, kes võisid osaleda rahvakoosolekul, 40 000–60 000, 4. sajandil 20 000–30 000, kuid rahvakoosolekutest võttis tavaliselt osa palju vähem mehi.²⁵ Nõukogu võttis vastu dekreete (*psephismata*) konkreetsete küsimuste lahendamiseks, kuid tema peamine ülesanne oli rahvakoosoleku päevakorra ettevalmistamine.²⁶ 4. sajandil valiti liisuga 6000 rahvakohtuniku hulgast mitte üksnes kohtunikud (*dikastai*), vaid ka seadusandjad (*nomothetai*), kellele usaldati seaduste koostamine.

Ateenas valitseti 4. sajandil eKr seadustega (*nomoi*, ainsus *nomos*) ja dekreetidega (*psephismata*, ainsus *psephisma*). Dekreete võeti vastu rahvakoosolekul või nõukogus, seadusi rahvakoosolekul. Seaduste koostamiseks ja vastuvõtmiseks oli keeruline menetlus, mida nimetati *nomothesia*'ks.²⁷

4. sajandil eKr hakati tegema selget vahet *nomos*'e (seadus) ja *psephisma* (dekreet) vahel. Kujundati õigusaktide hierarhia, kus seadus oli kõrgemal kui dekreet. Demosthenes olla öelnud: „Ühelgi dekreedil, ei nõukogu ega rahvakoosoleku poolt vastuvõetud, ei ole rohkem autoriteeti kui seadusel.“²⁸ Seadused võisid kindlaks määrata, milliseid dekreete võis vastu võtta. Canevaro arvab, et seaduste ja dekreetide vaheteoga eristati seadusandlust ning haldamist.²⁹ Seaduste puhul oli võtmelemendiks nende üldine iseloom. Seda kinnitas reegel, mille kohaselt polnud lubatud jõustada seadust indiviidi suhtes, kui sama seadus ei kehtinud kõigi ateenlaste suhtes. Seadusel peab olema üldine sisu ja seda saab rakendada ühtviisi kõigile kodanikele. Järgiti ka seaduste stabiilsuse põhimõtet, mis väljendus nõudes, et seaduse kehtivus ei ole ajaliselt piiratud.³⁰ Õiguskorda iseloomustas põhimõte, et seadustel (*nomoi*) on suurem autoriteet kui dekreetidel (*psephismata*), ning kehtisid vaid seadused, mis olid kirjutatud puuplaatidele või raiutud kivisse ja pandud välja avalikus kohas.³¹

¹⁸ M. H. Hansen. Was Athens a Democracy? Popular Rule, Liberty and Equality in Ancient and Modern Political Thought. Historisk-filosofiske Meddelelser 59. Copenhagen 1989, lk 4.

¹⁹ Tema sünni- ja surma-aasta pole selge. Sünniaastaks on nimetatud 560. ja 565. aastat eKr, surma-aastaks 508 ja 500 eKr.

²⁰ Solon. – Ancient History Encyclopedia. Arvutivõrgus: <https://www.ancient.eu/solon>.

²¹ Cleisthenes. – Ancient History Encyclopedia. Arvutivõrgus: <https://www.ancient.eu/cleisthenes>.

²² Pericles. – Ancient History Encyclopedia. Arvutivõrgus: <https://www.ancient.eu/pericles>.

²³ C. W. Blackwell. Athenian Democracy: A Brief Overview. – *Dēmos: Classical Athenian Democracy*. Stoa 2003, lk 3. Arvutivõrgus: https://www.stoa.org/demos/democracy_overview.pdf.

²⁴ M. H. Hansen. The Concept of *Demos*, *Ekklesia*, and *Dikasterion* in Classical Athens. – Greek, Roman and Byzantine Studies 2010, Vol. 50, No 4, lk 505.

²⁵ Samas, lk 8.

²⁶ Samas, lk 17.

²⁷ Samas, lk 28–29.

²⁸ Samas, lk 30.

²⁹ M. Canevaro. Making and Changing Laws in Ancient Athens. – Oxford Handbook of Ancient Greek Law. Ed. by M. Canevaro, E. Harris. Oxford University Press 2015, lk 41. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199599257.013.4>.

³⁰ Samas, lk 42.

³¹ C. W. Blackwell (viide 23), lk 31.

Dekreetide seadustele vastavuse tagamiseks juurutati 415. aastal eKr vahend õigusakti vaidlustamiseks, kui see oli vastuolus seadusega. Selle protseduuri nimeks oli *graphe paranomon*. Nagu öeldud, 5. sajandi lõpul eKr tekitasid õigusreformaatorid õigusnormide hierarhia. Teoorias *psephisma* ei tohtinud olla vastuolus *nomos*'ega ning uus seadus ei tohtinud vastuolus olla jõus oleva seadusega, kui seda jõus olevat seadust samal ajal ei asendatud uuega. *Graphe paranomon*'i protseduuriga sai vaidlustada dekreete. Teine protseduur *graphe nomon me epitedeion thenai* loodi uute seaduste vaidlustamiseks.³²

Küsimusele, miks ateenlased lasid liisuga valitud kohtunikel tühistada õigusakte, mida kodanikud võtsid vastu rahvakoosolekul, kus eeldatavasti osalesid ka hilisemad kohtunikud, annavad allikad Hanseni arvates erinevaid vastuseid. Esiteks olid kohtunikud vanemad. Rahvakoosolekul võisid osaleda kõik kodanikud, kes olid saanud 20-aastaseks (mõne töö kohaselt 18-aastaseks). Kohtunikud valiti üle 30-aastaste meeste hulgast. Teiseks andis igal aastal 6000 rahvakohtunikku vande, mida rahvakoosolekul osalevad kodanikud ei pidanud tegema. Kolmandaks, kohtus toimusid terve päev või ka mitu päeva tulised vaidlused kahe poole vahel. Rahvakoosolekul olid vaidlused pigem kaootilised. Neljandaks hääletati rahvakoosolekul käe tõstmisega, seevastu hääletus kohtus oli salajane.³³ 4. sajandil eKr oli *dikasterion* sageli üle *ekklesia*'st, kui küsimus ei puudutanud sõda, rahu ja välispoliitikat.³⁴

Canevaro arvates oli õigusaktide kohtulik kontroll vajalik õiguse stabiilsuse tagamiseks. Uus protseduur lubas deemosel vastu võtta uusi reegleid igapäevaelu korraldamiseks, kuid samal ajal hoidis ära sellise seaduse vastuvõtmise, mis oli vastuolus esivanemate loodud õigusega. Kontrollimehhanism hoidis ära õiguslikud muutused.³⁵ Selles protsessis oli olulise tähtsusega selge vahetegu *nomoi* ja *psephismata* vahel. Hiljem nähti ette reeglid, mis andsid deemosele võimaluse kehtestada seadusi ja muuta endisi ilma õiguskorda lõhkumata, kuid selge ja legitiimse protseduuri järgi. Nende protseduuridega *nomoi* ja *psephismata* vahetegu institutsionaliseeriti, mis tõi kaasa seaduse ja dekreeidi vastuvõtmise erinevat rada

mööda.³⁶ See süsteem tagas Canevaro hinnangul rahva suveräänsuse ja õiguslikud muutused, kaitses õigusriigi printsiipi ning andis Ateenale konstitutsioonilise stabiilsuse, mis kestis kuni Makedoonia invasioonini 322. aastal eKr.³⁷

Klassikalises Ateenas tunnustati seega võimude lahusust, õigusaktide hierarhiat ning õigusnormide kohtulikku kontrolli. Rahvakohtule oli antud võimuvolitused tühistada iga määrus (*psephisma*), mille oli vastu võtnud *ekklesia*, ja iga seadus (*nomos*), mille oli heaks kiitnud *nomothetai*, kui kohtunike enamus tunnistas määruse või seaduse konstitutsioonivastaseks (kui õigusakt oli vastuolus seadusega, mis oli arvatud parandatud seaduste kogumikku, või põhimõtetega, millele toetus demokraatlik konstitutsioon).

Kuid milline oli Ateena linnriigi poliitilise süsteemi ja demokraatia kui ideoloogia, mida iseloomustasid kaks väärtust, võrdsus ja vabadus, mõju tänapäevale? Hanseni arvates polnud Ateena demokraatia traditsioon oluline osa 18. sajandi revolutsionääride intellektuaalsest taustast.³⁸ Ta seletab seda asjaoluga, et poliitilises filosoofias 1200.–1800. aastani pärinevad osutused demokraatiale Aristotelese ja Platoni kirjeldustest. Need suurkujud arutlesid demokraatia üle üldiselt ning olid selle valitsemisvormi suhtes pigem kriitilised. Ameerika ja Prantsuse revolutsionääre, samuti Inglise radikaale inspireeris enam Rooma kui Ateena.³⁹ Ameerika Ühendriikide loojad osutasid Roomale, sest see oli vabariik, mille põhikord oli segu. Ateenale pöörati vähe tähelepanu, sest demokraatiat nähti esindusdemokraatiana, mitte aga Ateena moodi otsedemokraatiana.

Ehkki nüüdisaegne seaduste kohtulik kontroll on märkimisväärselt sarnane Ateena *graphe paranomon*'i ja *graphe nomon me epitedeion thenai*'ga, pole Hanseni sõnutsi tõendeid, et Ateena instituudid olid Ameerika kohtuliku kontrolli mudeliks.⁴⁰

³² A. Lanni. Judicial Review and the Athenian Constitution. Public Law & Legal Theory Working Paper Series. Paper No. 10-21. Harvard Law School 2010, lk 2. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1555858>.

³³ M. H. Hansen (viide 24), lk 531.

³⁴ Samas, lk 534.

³⁵ M. Canevaro (viide 29), lk 30.

³⁶ Samas, lk 44.

³⁷ Samas, lk 61.

³⁸ M. H. Hansen. The Tradition of Ancient Greek Democracy and its Importance for Modern Democracy. Copenhagen 2005, lk 9.

³⁹ Samas.

⁴⁰ Samas, lk 22.

II. Kohtuliku kontrolli kujunemine Ameerika Ühendriikides

Paradoksaalselt sai seaduste kohtulik kontroll alguse riigist, mille konstitutsiooni kohtute sellist pädevust polnud sisse kirjutatud. Kuid enne kui asuda põhiseaduslikkuse järelevalve tähiseks nimetatud *Marbury vs. Madison* kohtuasja juurde, on kasulik meenutada, kust pärinesid tollaste Ameerika juristide teadmised ja kogemus. Mõistagi koloonia emamaalt Inglismaalt. 17. sajandi tuntud juristide nimekirja esiosas on sör Edward Coke (1552–1634), kes oli Inglismaa peakohtunik 1606–1629 ning keda peetakse oma aja suurimaks juristik. Iga õpetatud jurist Inglise kolooniates ja varajases Ameerika Ühendriikides omandas teadmisi Coke'i kirjutiste põhjal. Tema raamat „Coke upon Littleton“ oli esimene raamat, mida kasutasid Thomas Jefferson ja John Adams. Uurimused on näidanud, et revolutsioonilisel perioodil Ameerikas osutati sageli Edward Coke'i teosele „Second Reports“, eriti tema tähelepanekutele „Magna Carta“ kohta.⁴¹ Coke tunnustas Inglise põhikorra ja üldõiguses aluseadust. Seda on seostatud „Magna Cartaga“, kuid Coke tegi selgeks, et „Magna Carta“ oli üldõiguses sisalduva vanema aluseaduse väljendus. See vanem aluseadus ühendas põhikorra ja üldõiguse ning juristid olid arvamisel, et üldõigus peab põhikorra küsimused kindlaks määrama.⁴² Sagedasti tsiteeritakse ühte lõiku Coke'i kirjutatud *dr Bonhami* otsusest: „Kui parlamendiseadus on üldise õiguse ja loogilise kaalutluse vastu või vastuoluline või seda on võimatu täita, siis üldõigus kontrollib seda ning otsustab, et see seadus on kehtetu.“⁴³ Selle lõigu tähtsuse üle on vaieldud. Lobban eeldab, et kuigi Coke toetas parlamendi suveräänsust, võis ta silmas pidada, et on põhikorra printsiibid, millest parlament ei tohi üle astuda.⁴⁴ Kuid see pole vastus küsimusele, kes võib kontrollida ja tagada üldõiguse üliluslikkust suverääni ja parlamendi omavoliliste otsuste vastu. Kuigi Mauro Cappelletti arvates oli Coke'i vastus selge: kontroll ja tagamine on kohtu ülesanne,⁴⁵

⁴¹ A. Zimmermann. Sir Edward Coke and the Sovereignty of the Law. – *Macquarie Law Journal* 2017, Vol. 17, lk 139.

⁴² I. Williams. Edward Coke. – *Constitutions and the Classics. Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham*. Ed. by D. Galligan. Oxford University Press 2014, lk 93.

⁴³ Tsiteeritud M. Lobani artikli „The Common Law Mind in the Age of Sir Edward Coke“ (*Amicus Curiae* 2001, No 33) lk 20 järgi. DOI: <https://doi.org/10.14296/ac.v2001i33.1348>.

⁴⁴ Samas, lk 21.

⁴⁵ M. Cappelletti. *Judicial Review in Comparative Perspective*. – *California Law Review* 1970, Vol. 58, No 5, lk 1028. DOI: <https://doi.org/10.2307/3479676>.

ei pidanud Inglise kohtud kunagi enesestmõistetavaks kontrollida parlamendi seadusi. Liiatigi polnud Inglismaal tollal seadusandlus ja õigusemõistmine selgelt eraldatud.⁴⁶

Mauro Cappelletti märgib, et Ameerika kolonialistid pärisid kaks Inglise traditsiooni – seadustest kõrgemate printsiipide teadvustamine ning sügav austus kohtunike ja nende sõltumatuse vastu – ning pidasid neid kasulikeks nende oma revolutsiooni situatsioonis ja ka hiljem.⁴⁷

1688. aasta revolutsioon (*Glorious Revolution*), mida on nimetatud ka parlamentlikuks riigipöördeks, tõukas troonilt viimase Stuartite soost kuninga, katoliiklase James II. Selles revolutsioonis aadel ja kodanlus ühinesid Stuartite dünastia vastu, kui see püüdis laiendada oma võimu Mandri-Euroopa mudeli eeskujul. Kuigi Inglise revolutsiooni tagajärjeks polnud valitsemisüsteemi muutus ega ka konstitutsiooni vastuvõtmine, andis revolutsioon parlamendile juhtiva koha võimuharude süsteemis ning märkis seadusandja ja positiivse õiguse üliluslikkuse triumfi Inglismaal. 1689. aastal Inglismaal vastu võetud õiguste deklaratsiooniga (*Bill of Rights*) algas Inglise parlamentaarne demokraatia. Ameerikas tekitas revolutsioon Inglismaaga võrreldes erineva tagajärje. Ameerikas oli revolutsiooni tulemuseks koloniaalkohtunikele õiguse andmine jätta tähelepanuta kohalikud seadused, mis pole kooskõlas Inglise õigusega.⁴⁸ Paradoksaalselt Inglise seadusandja kontrollimatu üliluslikkuse printsiip pigem aitas kui takistas Ameerikas vastupidise süsteemi tekkimist.⁴⁹ Ameerika revolutsiooni eesmärgiks polnud muuta sotsiaalset korda, vaid kaitsta juba eksisteerivat vabadusel põhinevat korda, mis, tõi küll, põhines orjamajandusel. Sotsiaalse korra kaitsmine tõusis päevakorda, kui Briti parlament, milles kolooniad ei olnud esindatud, kehtestas kolooniatele maksud seitsmeaastase sõja pidamise kulude katteks. Kuna Inglise seadustest ei saanud kolonistid abi, katkestasid nad revolutsiooni teel sideme emamaaga. Kui Inglismaal peeti parlamenti põhiõiguste kaitsevalliks, siis Ameerika kolooniad pidasid Briti parlamendi tegevuse tõttu parlamenti ohuks põhiõigustele. Seetõttu tõstsid nad põhiõigused kõrgemale seadusandlikust võimust.

⁴⁶ P. Brest, S. Levinson, J. M. Balkin, A. R. Amar. *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials*. 4. ed. Aspen Publishers 2000, lk 80.

⁴⁷ M. Cappelletti (viide 45), lk 1027.

⁴⁸ Samas, lk 1030.

⁴⁹ Samas, lk 1031.

Ameerika juhtivate poliitikute ja kohtunike emamaa intellektuaalne taust küll mängis rolli kohtuliku järelevalve tekkimisel, kuid väidetavalt otsustavamaks teguriks olid põhjapanevad muutused Ameerika valitsemis- ja õigusideedes. Professor Wood nimetab nelja põhjapanevat muutust arusaamades valitsemisest ja seadustest:

- 1) võimude lahususe ümbermõtestamine, mille tulemusena kohtunikud saavutasid seadusandja ja täitevvõimuga samasuguse staatuse;
- 2) riigi toimimise ja ülesehituse jaoks põhjapanevate normide kehtestamine konstitutsioonis;
- 3) konstitutsiooni positiivseks õiguseks tunnistamine, mille tulemusena saab seda kohaldada kohtus nagu tavaseadust;
- 4) poliitika ja õiguse lahutamine.⁵⁰

Ükski neist teguritest eraldivõetuna ei tinginud kohtuliku järelevalve teket. Iga tegur oli vajalik, kuid mitte piisav. Kohtulik järelevalve oli protsesside kumuleerumise tulemus.

Kohtuliku järelevalve seemned hakkasid idanema koloniaalperioodil. Koloniaalrežiimi ajal olid kohtunikud kuningavõimu pikenduseks. John Adams järeldas 1766. aastal, et realselt on vaid kaks konstitutsioonilist võimu: seadusandlik ja täitevvõim koos õigusemõistmise korraldamisega, mis on täitevvõimu osa.⁵¹ 1776. aasta iseseisvusdeklaratsioonist alates hakkasid kõik osariigid arhailist Inglise õigust ümber tegema. Vajadus uute õigusaktide järele tulenes ka kaubanduse hoogustumisest. Seaduste kirjutamise ja vastuvõtmise kaootilisuse tõttu polnud inimesed enam suutelised seadusi järgima. Lisaks seaduste tohutule arvule ka seetõttu, et osa neist oli halvasti sõnastatud. Madison mõistis varem kui keegi teine, et turbulentne kildkondlik huvipoliitika, mis iseloomustas riikide seadusandjaid, ei olnud sobilik keskkond heade seaduste tegemiseks. Ta mõistis, et reformi põhiküsimus on seadusandliku võimu kontrollimine.⁵² Ameerika juhtivad poliitikud hakkasid õigusliku segaduse ja kaose ees hirmu tundma ning nägid

lahendust kohtutes. Riigi loojad mõistsid ka seda, et valitsemine nõuab mehhanismi, mis seob osariigid põhiseadusega. Ülemkohus ja põhiseaduse ülimuslikkuse klausel pidid taltsutama jõude, mis ähvardasid uue riigi lõhkuda.⁵³

Väljapääsuna olukorrast leiti, et seadusandja sõnastab mõned üldised õiguspõhimõtted ja jätab nende tõlgenduse kohtutele.⁵⁴ Ameeriklased hakkasid uskuma, et eluajaks määratud kohtunikud on iseseisva ja sõltumatu demokraatliku valitsemise osa – võrdsed oma staatusest ja autoriteedilt seadusandja ja täitevvõimuga.⁵⁵ Kohtunike määratlemine seadusandliku ja täitevvõimuga võrdsete rahva agentidena muutis Woodi arvates kohtunikonda Ameerikas ja mõjutas sügavalt nende rolli seaduste tõlgendamisel. Kuid see polnud veel piisav, et luua kohtulik järelevalve.⁵⁶

1776. ja 1777. aastal endistes kolooniates ja hilisemates osariikides vastu võetud põhiseadused⁵⁷ muutusid reaalselt riigi põhikorra dokumentideks, mida varem polnud olnud. See polnud kujutletav kogum põhimõtteid tuhande eri arvamusega, vaid kirjutatud dokument. Sai ka selgeks, et Ameerika seadusandja on seotud kirjutatud dokumendiga viisil, nagu Inglise parlament seda ei olnud. Selge polnud aga see, kas kohtud võivad seada seadusandjale piirid. Nii Jefferson kui ka Madison mõtlesid, et kohtunikud võivad tegutseda rahva õiguste kaitsjana, kuid nad ei uskunud kunagi, et kohtunikel on eriline ja ainulaadne võim tõlgendada põhiseadust.⁵⁸

Lisaks asjaolule, et konstitutsioon oli kirjalik dokument, mis sisaldas riigikorralduse põhialused, andis sellele dokumendile märkimisväärse tähenduse asjaolu, et see oli kasutuses tavalises kohtusüsteemis koos seadustega, mida kohaldatakse tavakohtus võistlevas menetluses. Seaduste, nende hulgas konstitutsiooni rakendamine eeldab õigusnormide tõlgendamist. Ehkki endisel emamaal polnud kirjutatud põhiseadust ning poliitilises süsteemis tunnustati parlamendi suveräänsust, oli Briti õiguslikul mõttel Ameerika kohtunikele

⁵⁰ G. S. Wood. The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made Out of Less. – Washington & Lee Law Review 1999, Vol. 56, No 3, lk 792–808. Arvutivõrgus: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3> (23.08.2019). Vt samuti G. F. Hobson. The Origins of Judicial Review: A Historian's Explanation. – Washington & Lee Law Review 1999, Vol. 56, No 3, lk 812.

⁵¹ G. S. Wood (viide 50), lk 790.

⁵² G. F. Hobson (viide 50), lk 815.

⁵³ M. Schor. Mapping Comparative Judicial Review. Legal Studies Research Paper Series No 07-24. Suffolk University Law School 2007, lk 263. Arvutivõrgus: <http://ssrn.com/abstract=988848>.

⁵⁴ G. S. Wood (viide 50), lk 790–791.

⁵⁵ Samas, lk 793.

⁵⁶ Samas, lk 794.

⁵⁷ Seitsme osariigi (Virginia, Delaware, Pennsylvania, Maryland, Põhja-Carolina, Massachusettsi ja New Hampshire'i) põhiseadused 11-st sisaldasid põhiõiguste kataloogi.

⁵⁸ G. S. Wood (viide 50), lk 795.

endiselt mõju. Ameerika kohtunike mõtteviisi mõjutasid 18. sajandi Briti kohtunikud, kes rõhutasid kohtu õigust tõlgendada üldõigust.⁵⁹ Nii õigusautoriteet William Blackstone (1723–1780) kui ka Lord Mansfeld (1705–1793), peakohtunik aastatel 1756–1788, nõustusid parlamendi suveräänsusega, kuid lubasid kohtunikel kohandada ja tõlgendada seadusi nii, et need vastaksid üldõigusele. Ameerikas muutus konstitutsioon tavakohtus kohaldatavaks õigusaktiks. Kohtutel polnud õigus mitte üksnes seletada ja tõlgendada konstitutsiooni, vaid seda ka kohaldada nagu tavalist seadust. Professor Woodi hinnangul oli see ülitähtis muutus, sest andis Ameerika kohtunikele erilise põhiseadusliku autoriteedi, millist polnud kohtunikel mujal maailmas.⁶⁰

Kui konstitutsiooni tõlgendamine muutus kohtus maad väristavast poliitilisest tegevusest tavapäraseks, siis selle tagajärjel õigusemõistmine liikus eemale poliitikast ja seadusandlusest. Koloniaalajastul ega ka pärast seda polnud kohtunikud ei professionaalid ega sõltumatud. Nad olid ühtaegu ametnikud, poliitikud või nõukogude liikmed. Kohtunikud nägid teenistust kohtus kui üldise poliitilise tegevuse laiendust. Kohtu muutumine võimuharuks muutis ka kohtunike käitumist. Nad lahkusid poliitikast ja pühendusid õigusemõistmisele. Õigusemõistmine kasvas üha enam lahku poliitikast.⁶¹

Ameerikas hakati uskuma, et see maa ei vaja üksnes institutsioone ja õiguslikke protsesse, mida saab kohandada kiiresti areneva majandusega, vaid ka aristokraatia mõõdukat mõju. Tocqueville pidas Ameerika kohtuid võimsaks relvaks poliitiliste kogude türannia ohjeldamiseks.⁶²

18. sajandi lõpu ja 19. sajandi alguse Ameerika ühiskonna arengu kirjeldus annab võimaliku seletuse, mille järgi seaduste konstitutsioonile vastavuse kohtulik järelevalve tekkis poliitiliste, õiguslike ja intellektuaalsete tegurite koosmõjul. Tõsi, termin „kohtulik järelevalve“ (*judicial review*) mõeldi välja alles 1910. aastal ning selle kasutuselevõtmist seostatakse ajaloolase Edward Corwini nimega.⁶³ Tingimuste teke kohtulikuks järelevalveks ning kohtupretsedendid ajavahemikul

1787 kuni 1803⁶⁴ on nähtavasti andnud aluse hinnanguks – kui püütakse määrata hetke, millal Ameerika Ühendriikide Ülemkohus saavutas võimu anda hoop põhiseadusega vastuolus olevatele seadustele –, et liialt suur rõhk on pandud ühele kuulsale kohtuasjale *Marbury vs. Madison*.⁶⁵ Kuid Hobson tunnistab, et kuigi Marshall ei mõelnud välja konstitutsiooni kohtulikku järelevalvet, viis just tema selle kaugemale algsest kontseptsioonist, mille järgi on kohtulik järelevalve erakorraline, harva abiks võetav konstitutsiooni kaitse vahend.⁶⁶

Kohtuasja *Marbury vs. Madison* (1803) taust oli iseäralik, seotud sündmustega, mis toimusid vahetult enne presidendivahetust Ameerika Ühendriikides. 1800. aasta presidendivalimised võitis Ameerika Ühendriikide iseseisvusdeklaratsiooni üks koostajaid, vabariiklane Thomas Jefferson, kes vahetas 4. märtsil 1801 presidenditoolil välja John Adamsi. Enne presidenditooli loovutamist esitas Adams senatile riigisekretär John Marshalli kandidaadi kinnitamiseks peakohtuniku ametisse. Presidendi otsuse tingis senise peakohtuniku Oliver Ellsworthi ametist lahkumine tervislikel põhjustel. Senat kinnitas 45-aastase, kohtunikukogemusteta John Marshalli 4. veebruaril 1801 ametisse, kuhu ta jäi kuni oma surmani 6. juulil 1835. John Marshall oli vaadetelt veendunud föderalist. Kongress, kus domineerisid föderalistid, võttis neli päeva enne Jeffersoni ametisse asumist vastu ringkonnakohtu seaduse, millega vähendati ülemkohtu kohtunike arvu kuult viiele ja loodi kuus uut ringkonnakohtu 16 kohtunikuga. Adams nimetas kiiresti kõik kohtunikud ja sai senati kinnituse kaks päeva enne Jeffersoni ametisse asumist. Peaaegu kõik nimetatud olid föderalistid.⁶⁷ Adams nimetas samuti 42 rahukohtunikku Columbia ja Alexandria ringkonda. Nimetamise korraldas Marshalli kontor ning kinnitas senat päev enne valitsemise üleminekut vabariiklaste kätte. Marshall oli endiselt riigisekretär, kuigi oli olnud juba peaaegu kuu aega riigi peakohtunik. Presidendiameti üle võtnud Jefferson andis uuele riigisekretärile, Ameerika Ühendriikide põhiseaduse ühele koostajale James Madisonile, kellest hiljem sai ühendriikide neljas president, korralduse peatada kohtunike teavitamine ametisse nimetamisest. See korraldus

⁵⁹ Samas, lk 799.

⁶⁰ Samas, lk 802.

⁶¹ Samas, lk 804–805.

⁶² A. de Tocqueville (viide 10), lk 87.

⁶³ G. S. Wood (viide 50), lk 789. Aastal 1914 ilmus Princetoni ülikooli kirjastuse väljaandel Edward Corwini raamat „The Doctrine of Judicial Review: Its Legal and Historical Basis and Other Essays“.

⁶⁴ William Treanor tõestas, et õigusaktide kohtulik kontroll oli juba enne *Marbury vs. Madisoni* otsust praktikas kasutusel, vt W. Treanor. Judicial Review before Marbury. – Stanford Law Review 2005, Vol. 58, No 2, lk 455–562.

⁶⁵ G. F. Hobson (viide 50), lk 812.

⁶⁶ Samas, lk 816.

⁶⁷ W. Van Alstyne. A Critical Guide to Marbury v. Madison. – Duke Law Journal 1969, Vol. 18, No 1, lk 4. DOI: <https://doi.org/10.2307/1371456>.

ajendas edukat Marylandi ärimeest ja poliitikut William Marbury esitama 21. detsembril 1801 ülemkohtule kaebuse, et sundida Madisoni saatma teade tema nimetamise kohta kohtunikuks.⁶⁸ Avalikkus jälgis suure huviga, kas föderalistidest koosnev kohus soovib piirata vabariiklaste täitevvõimu.

Selles kohtuasjas kirjutas peakohtunik Marshall oma kuulsa otsuse, mis sai tema kolme kohtunikust kolleegi, William Patersoni, Samuel Chase'i ja Bushrod Washingtoni heakskiidu.⁶⁹ Otsus oli tugev avaldus ülemkohtu staatuse kohta võrdse võimuharu peana. Otsus kinnitas, et kohtul on õigus tunnistada kongressi seadused konstitutsioonivastaseks, sest kohtul on konstitutsiooni tõlgendajana tähtis positsioon. Otsusele annab erilise kaalu asjaolu, et 1789. aastal jõustunud konstitutsioon ei näinud ette kohtulikke järelevalvet seaduste konstitutsioonile vastavuse üle. Järelevalve loodi kohtu pretsedendiga, mis tugineb järgmistele põhiargumentidele: a) konstitutsioon on seaduse suhtes ülimuslik; b) konstitutsiooniga vastuolus olev seadus on kehtetu; c) kui seadus on kehtetu, siis ei saa seda rakendada. *Marbury vs. Madisoni* otsuse tähtsus väljendus tollal selles, et esimest korda arutles Ameerika Ühendriikide Ülemkohus seaduste konstitutsioonile vastavuse kohtuliku kontrolli üle, ning nagu on märkinud professor Troper: see sisaldab peaaegu kõiki neid argumente, mida on esitatud põhiseaduslikkuse järelevalve kasuks.⁷⁰

Kohtu pädevust kontrollida seaduste vastavust konstitutsioonile tunnistati 1918. aastaks ühe erandiga (Rhode Island) kõigis osariikides, kuid poliitiliste institutsioonide formeerumise ajal aastatel 1789 kuni 1861 rakendati kohtulikke kontrolli harva ja suure ettevaatlikkusega. Kohtuliku kontrolli uus ajastu algas pärast kodusõda (1861–1865), mida mõjutasid ka põhiseadusse lisatud 13., 14. ja 15. täiendus. Nende täienduste ning muutuste tõttu majanduselus muutus oluliselt föderaalkohtute jurisdiktsioon osariikide seaduste üle.⁷¹

Põhiseaduse kohtuliku järelevalve teket Ameerika Ühendriikides on osaliselt seostatud riigi föderatiivse iseloomuga, kuid nähtavasti mõjutas järelevalve teket

⁶⁸ Samas.

⁶⁹ Kohtunikud William Cushing ja Alfred Moore ei saanud haiguse tõttu osaleda kohtuistungil või otsuse ettevalmistamisel.

⁷⁰ A. Troper. Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy. – International Journal of Constitutional Law 2005, Vol. 3, No 1, lk 24. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moi002>.

⁷¹ F. R. Aumann. The Doctrine of Judicial Review. – Kentucky Law Review 1932, Vol. 20, No 3, lk 283–284.

samuti põhiõiguste sõnastamine põhiseaduses. Virginia oli esimene osariik, mis võttis 1776. aastal vastu põhiseaduse, kus oli deklaratsioon inimese õigustest. Föderaalsel tasandil 1791. aastal vastu võetud õiguste deklaratsioon lisas Ameerika Ühendriikide põhiseadusesse kümme esimest täiendust. Õiguste sõnastusi mõjutasid Inglise allikad: „Magna Carta“ (1215), õiguste petitsoon (*Petition of Rights*, 1628), „Habeas Corpus Act“ (1679) ja õiguste deklaratsioon (1689). Inglise põhiõiguste kontseptsioon erines aga oluliselt Ameerika Ühendriikide kontseptsioonist. Inglise õigus, mis ei tunnistanud loomuõigusi, andis subjektidele kinnitusi kollektiivsete ja individuaalsete õiguste kohta, et luua tulevaste seaduste jaoks printsiipe. Parlament oli kõikvõimas ning tema seadused olid ühesuguse väärtusega. Parlamendi suveräänsuse põhimõte Inglismaal väljendus eelkõige täitevvõimule piirangute seadmises. Parlamenti peeti õiguste kandjate esindajaks, põhiõiguste kaitsevalliks. Ameerikas kogeti parlamenti pigem ohuna põhiõigustele kui nende kaitsjana. Seepärast Ameerika konstitutsioonid sisaldavad ettekirjutusi, mis seisavad kõrgemal kui tavaline seadus. Kui kohtunik jõuab veendumusele, et seadus rikub põhiõigust, siis peab ta keelduma selle seaduse rakendamisest.

19. sajandi keskel võttis Alexis de Tocqueville Ameerika konstitutsionalismi kokku järgmiselt: „Ameerikas juhib konstitutsioon nii seadusandjaid kui lihtkodanikke. Ta on seega esmane seadus, mida ei saa teiste seaduste abil muuta. Järelikult on igati õiglane, et kohtud alluvad eeskätt konstitutsioonile ja alles seejärel kõigile muudele seadustele. See on kooskõlas kohtuvõimu põhilise olemusega: kohtunikul peab olema teatav loomulik õigus valida kõikvõimalike seadustatud kohustuste hulgast nimelt see, mis teda kõige enam seob.“⁷²

Marbury otsus kujundas põhiseaduslikkuse järelevalve mudeli, mille järgi on iga kohus pädev kontrollima seaduse vastavust põhiseadusele, kui seaduse põhi-seaduspärasus on otsustava tähtsusega asja lahendamiseks. Otsus on seejuures siduv vaid kohtuvaidluse pooltele. Ameerika Ühendriikide kohtute järelevalvet iseloomustab detsentraliseeritud, konkreetne, *inter partes* kontrolliskeem. *Inter omnes* mõju tagab kohtute hierarhia koostöös *stare decisis*'e doktriiniga. See doktriin nõuab, et madalama astme kohtud peavad järgima kõrgema kohtu pretsedenti. *Inter partes* otsus muutub praktikas *inter omnes* otsuseks, kui riigi kõrgem kohus on asja otsustanud.

⁷² A. de Tocqueville (viide 10), lk 84.

III. Miks Prantsusmaa ei järginud Ameerika Ühendriikide eeskujut?

Revolutsioonilised sündmused Ameerika Ühendriikides ja Prantsusmaal toimusid ajaliselt lähestikku. Ameerika iseseisvusdeklaratsioon võeti vastu 2. juulil 1776. Esimese osariigina ratifitseeris konstitutsiooni New Hampshire 5. jaanuaril 1776. Samal aastal võttis põhiseaduse vastu Virginia, mille konstitutsioon sisaldas ka põhiõiguste kataloogi. Ameerika Ühendriikide põhiseadus loodi 1787. aastal ning see jõustus 4. märtsil 1789. Õiguste deklaratsioon pärineb aastast 1791.

Prantsuse inimese ja kodaniku õiguste deklaratsioon võeti vastu 1789. aasta augustis, esimene põhiseadus 1791. Esimese vabariigi teine põhiseadus võeti vastu kaks aastat hiljem, 1793. aastal ning 1795. aastal veel kolmaski.

Prantsuse inimese ja kodaniku õiguste deklaratsioonil on tugevad Ameerika Ühendriikide mõjutused. Deklaratsiooni koostamise algatas rahvusassamblees markii de La Fayette, Prantsuse aristokraat, kes osales kindralina Ameerika iseseisvussõjas. Tema koostas ka esialgse deklaratsiooni kava. Jellinek on väitnud, et kava eeskujuks oli Virginia põhiseadus ning teised Ameerika osariikide konstitutsioonid.⁷³

Sündmuste ajaline lähedus Ameerika Ühendriikides ja Prantsusmaal ei viinud neid riike ühesuguse riikliku korralduseni. Tõenäoliselt ei saanudki viia, sest riigid erinesid mitmes aspektis. Revolutsioon Ameerikas ei toimunud selleks, et muuta ühiskondlikku korda. Ameerikas polnud feodaalsüsteemi ega seisuste barjääre, kuigi eksisteeris orjamajandus. Ameerika revolutsiooni eesmärgiks oli kaitsta ühiskondlikku korda emamaa võimude eest. Prantsusmaal valitses range absolutism. Erinevalt Ameerika iseseisvusdeklaratsioonist oli Prantsuse revolutsiooni eesmärgiks kõrvaldada seisustel põhinev vana kord (*ancien régime*). Selleks tuli muuta feodaalset ning kanoonilist õiguskorda. Põhiõigused Ameerika riikide konstitutsioonides täitsid negatiivset funktsiooni: hoida ära riigi sekkumine vabadustesse. Prantsuse 1789. aasta inimese ja kodaniku õiguste deklaratsioon (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*) täitis aga ülesannet luua alus õigussüsteemi muutusteks.⁷⁴ Deklaratsioonis sõnastatud vabadusi ei mõistetud kui

õigusi, mida saab kohtus maksma panna, vaid pigem kui demokraatlikku seadusandjat siduvaid poliitilisi eesmärke.

Mõlema revolutsiooni tulemusena jõustati konstitutsioon. Kui Ameerika Ühendriigid säilitasid konstitutsionalismi suhteliselt sirgjoonelise arengu – 1789. aasta põhiseadus on seniajani jõus –, siis Prantsuse konstitutsionalismi areng oli heitlik. Prantsuse konstitutsioonid 18. ja 19. sajandil tegid kahel korral panuse konstitutsioonilisele monarhiale (1791 ja 1814), kahel korral vabariigile (1793 ja 1848) ning kahel korral impeeriumile (1804 ja 1852). Prantsusmaa revolutsiooni-ajalugu näitab, et revolutsionäärid olid võimelised vabastama end vanast poliitilisest korrast, kuid olid võimetud looma stabiilset põhiseaduslikku korda. Prantsuse põhiseaduslikku ajalugu alates 1789. aasta revolutsioonist kuni kolmanda vabariigi kindlustamiseni võib kirjeldada võitlusena kahe jõu vahel, millest üks andis ülemvõimu parlamendile, teine aga täitevvõimule.

Ometi mängisid vana korra (*ancien régime*) kohtud, mida Prantsusmaal nimetati *parlement*'deks, revolutsiooni vallandanud sündmuste ahelas märkimisväärt osa. Seda paradoksaalselt just õigusaktide kohtulikku kontrolli toimetades. *Parlements* panid oma võimu maksma suveräänide akte kontrollides ning keeldusid neid rakendamast, kui need *parlement*'de arvates olid kokkusobimatud kuningriigi alusseadustega. Seda vahendit kasutades eeldasid *parlements* endal olevat kohtuliku kontrolli pädevus, mis tugines keskaegsele alusseaduste mõistele. Kohtunikud pidasid ennast vanade alusseaduste kaitsjaks, seades õiguspärase valitsemise kuningliku tahte meelevaldsuse vastu.⁷⁵ Pariisi *parlement* oma 1763. aasta protestis maksumeetmete vastu eristas kuninga määrusi (*ordonnances des rois*) ja kuningriigi määrusi (*ordonnances du Royaume*) ning kinnitas oma õigust kontrollida, kas esimesed vastavad teisele. Kuningriigi määrused öeldi olevat puutumatud selles mõttes, et kuninga valitsus oli nendega seotud, sest kuninga autoriteet toetus neile, enamasti kirjutamata alusseadustele. See vahetegu löi kohtutele ruumi kontrollida kuninglike aktide vastavust riigi ja ühiskonna aluspõhimõtetele.⁷⁶ Kohtunikuamet oli päritav, seda võis müüa ja osta ning kohtuniku töö maksis kinni kohtusse pöörduja. Kohtunike staatus, haridus, isiklik, perekonna- ja klassihuvi kombineerituna määrasid nende konservatiivsuse ning

⁷³ G. Jellinek. The Declaration of the Rights of Man and Citizens. A Constitution to Modern Constitutional History. World Library Classics 2009, lk 16–17.

⁷⁴ D. Grimm. Constitutionalism. Past, Present, and Future. Oxford University Press 2016, lk 13. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198766124.001.0001>.

⁷⁵ R. Kubben. L'Abbé de Sieyès: national Representation and Constitutions. – Constitutions and Classics. Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham. Ed. by D. J. Galligan. Oxford University Press 2014, lk 294. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198714989.003.0013>.

⁷⁶ Samas.

feodaalühiskonna mõttelaadi. Pisimatki liberaalset uuendust pidasid nad sobimatuks.⁷⁷ *Parlements'* kohtunikel oli reputatsioon, et nad sekkuvad liigselt riigiorganite tegevusse, on vastu liberaalsetele reformidele ning ka revolutsioonilistele muudatustele, mistõttu tegi giljotiin jakobiinide diktatuuri ajal nende hulgas laastava töö.⁷⁸ Üks tuntumaid kohtunikke, tõi küll muudel põhjustel, oli Charles-Louis de Secondat, kohtunike perekonna võsu, kes 27-aastasena sai oma surnud onult päranduseks kohtunikuameti Bordeaux *parlement's* ning nime Montesquieu. Rahva tundeid *parlements'* vastu peegeldab varjatud kujul tema kuulsaim, 1748. aastal avaldatud töö „Seaduste vaim“ („De l'Esprit des lois“).⁷⁹

Parlement osutas alusseadustele ka 1788. aastal, et takistada valitsuse reformi, mis tõukas valitsust kokku kutsuma generaalstaadid. Generaalstaatide esimese koosoleku ootuses tehtud üleskutse kehtestada Ameerika eeskujul kirjalik konstitutsioon muutus avaliku arvamuse juhtideeks.⁸⁰

Järgnenud revolutsioonilised riigiõiguslikud deklaratsioonid ja ümberkorraldused, eelkõige inimese ja kodaniku õiguste deklaratsioon⁸¹ ning 1791. aasta põhiseadus, tuginesid osaliselt Ameerika Ühendriikide praktikale ja põhiseadustele, kuid prantslastel oli omast käest võtta eesrindlikud teoreetilise mõtted, mille tuntumad esitajad olid parun Montesquieu (1689–1755), Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) ning Emmanuel Joseph Sieyès (tuntud ka kui abee Sieyès, 1748–1836). Vähesed vana korra intellektuaalid said oma vaateid realiseerida aktiivse tegevuse kaudu poliitikas. Abee Sieyès sai. Tema pisitrükis „Mis on kolmas seisus?“ („Qu'est-ce que le tiers état?“) kuulub Prantsuse revolutsiooni klassikasse. Tema töö oli suunatud monarhia ja aadlike vastu. Vaidlustes generaalstaatide organiseerimise üle samastas ta kolmanda seisuse Prantsuse rahvaga ja kinnitas, et vaid rahval on õigus koostada konstitutsiooni. Ta oli seotud ka 1791. aasta põhiseaduse koostamisega. Rousseau poliitiline filosoofia, eriti tema töö „Ühiskondlikust lepingust“

⁷⁷ M. Cappelletti. Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice. – Catholic University Law Review 1986, Vol. 35, No 1, lk 11. Arvutivõrgus: <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol35/iss1/3>.

⁷⁸ M. Cappelletti (viide 45), lk 1025–1026.

⁷⁹ Töö on osaliselt tõlgitud eesti keelde, vt C. de Montesquieu. Seadustest, mis kujundavad poliitilist vabadust seoses konstitutsiooniga. Tõlk. H. Sarv. – Akadeemia 1990, nr 3, lk 565–580.

⁸⁰ R. Kubben (viide 75), lk 295.

⁸¹ J. Adamsi tõlge koos saatesõnaga arvutivõrgus: <https://www.humanrightsestonia.ee/esimene-inimese-ja-kodanikuoiguste-deklaratsioon/>. Vt samuti H. Hattenhauer. Euroopa õiguse ajalugu. Tõlk. M. Luts-Sootak jt. Juura 2007, lk 572–580.

(„Du Contrat Social“)⁸², mis nägi trükivalgust 1762. aastal, mõjutas tugevasti nii Prantsuse kui ka Ameerika revolutsiooni.

Läänemaailmas on võimude jaotuse idee ning koos sellega vabaduse juhtimõte riigi kontseptsioonis kesksel kohal. See on Montesquieu peamine panus poliitilisse filosoofiasse, sõltumata sellest, milline on idee mõju eri konstitutsioonilistele süsteemidele. Samas on õpetlased kogenud, et tema põhitöö „Seaduste vaimust“ ei hiilga selge ülesehituse ning tekstiga, mistõttu võimaldab erinevaid tõlgendusi.⁸³ Montesquieu tegi kindlaks kolm võimu, mis vastavad ligikaudu neile võimudele, millest räägime tänapäeval. „Igas riigis on kolme liiki võimu: seadusandlik võim, täidesaatev võim asjades, mis olenevad rahvusvahelisest õigusest, ja täidesaatev võim asjades, mis olenevad tsiviilõigusest. Esimese abil teeb monarh või valitsuskogu seadusi teatavaks ajaks või alatiseks ning parandab või tühistab juba tehtuid. Teise abil kuulutab ta rahu ja sõda, lähetab või võtab vastu saadikuid, kindlustab julgeolekut, ennetab vägivaldseid sissetunge. Kolmanda abil karistab kuritegusid või mõistab kohut eraisikute tülüküsimustes. Seda viimast nimetatakse kohtuvõimuks ja teist lihtsalt täidesaatvaks võimuks.“⁸⁴ Riklini järgi Montesquieu, vastandina Sieyèsile ja Kantile, ei soovitanud ranget võimude lahusust (*séparation des pouvoirs*), vaid mõõdukat võimude jaotust (*distribution des pouvoirs*) – segu võimude jaotusest ja vastastikusest seotusest.⁸⁵ Võimude jaotuse eesmärgiks pidi olema üksteise kontrollimine ehk nagu väljendas Montesquieu: „Le pouvoir arrête le pouvoir.“⁸⁶ Montesquieu kaitstud võimude paindliku jaotuse doktriin oli aluseks kontrolli ja tasakaalustamise (*checks and balances*) doktriinile, mis muutus oluliseks riigiõiguslikuks põhimõtteks Ameerika Ühendriikides 18. sajandi lõpus ja 19. sajandi alguses.⁸⁷ Võimude paindliku jaotuse tõttu võis seadusandlik võim kontrollida, kas vastuvõetud seadused on korralikult rakendatud, ning monarhil oli seadusandlik funktsioon seaduse tagasilükkamise kujul. Kohtuvõimu kohta kirjutab Montesquieu

⁸² Eesti keeles 1998. aastal sarjas „Avatud Eesti raamat“. Tõlk. M. Lepikult.

⁸³ G. Grotanelli de' Santi. Montesquieu. – Constitutions and Classics. Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham. Ed. by D. J. Galligan. Oxford University Press 2014, lk 252. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198714989.003.0011>.

⁸⁴ C. de Montesquieu (viide 79), lk 568.

⁸⁵ A. Riklin. What Montesquieu Could not Have Known Yet. Reflections on a revision of the separation of powers theory. – Ancilla Juris (anci.ch), 11.06.2006, lk 20. Arvutivõrgus: https://www.anci.ch/articles/ancilla2006_20_riklin.pdf.

⁸⁶ „Võim peatab võimu.“

⁸⁷ G. Grotanelli de' Santi (viide 83), lk 259.

„Seaduse vaimu“ XI raamatu 6. jaos, mis kandis pealkirja „Inglismaa konstitutsioonist“, et pole vabadust, kui kohtuvõim pole eraldatud seadusandlikust ning täitevvõimust.⁸⁸ Sellegipoolest pole kohtute roll Montesquieu teoorias selge. Sageli tsiteeritakse kahte Montesquieu avaldust, et kohtunikud on vaid suu, mis räägib seaduse sõnu (*bouches de la loi*), ning et nad on mehhaanilise õigusemõistmise näidis (*l'organe, en quelque façon machinal de loi*), mis üksnes kohaldab abstraktse reegli konkreetsele asjale.⁸⁹ Osa teadlasi ei pea sellist tõlgendust põhjendatuks, eriti kui arvestada, kui suurt tähelepanu pälvis Montesquieu töös Inglise riigikorralduse mudel ning indiviidi vabaduse tähtsustamine.⁹⁰ Väidetakse, et Montesquieu kujutus kohtunikust kui seaduse suust ei osuta mehhaanilisele kohtumõistmisele, vaid vastupidi, kohtu sõltumatusele teistest võimuharudest.⁹¹ Sellegipoolest domineeris Prantsuse revolutsiooni ajal arvamus, et kohtuvõimu ülesandeks on õiguse või avaliku tahte kohaldamine spetsiaalsetele faktidele, mis pole midagi muud kui seaduse täitmine.⁹² Kohtunik edastab seadusandja tahte just selliselt nagu see on seaduses määratud. Selline arusaam domineeris Prantsusmaal aastaid.⁹³ Prantsuse autorid on arvamisel, et 1791. aasta põhiseaduse loojad olid küll mõjutatud Montesquieu võimude jaotuse ideest, kuid lähtusid võimude absoluutse lahususe tõlgendusest, mille järgi lähtutakse rangest, ilma eranditeta spetsialiseerumisest ja sõltumatusest.⁹⁴

Möllers tõdeb, et konstitueerivaks rahvussambleeks muutunud kolmanda seisuse positsiooni revolutsiooniline parandamine avas tee rahva suveräänsuse põhimõttele, nagu seda nägi ette Rousseau ning institutsionaliseeris Sieyès.⁹⁵ Kohtud ei mänginud Rousseau „Ühiskondliku lepingu“ mõtisklustes riigi institutsionaalse

⁸⁸ C. de Montesquieu (viide 79), lk 569.

⁸⁹ L. van den Berge. Montesquieu and Judicial Review of Proportionality in Administrative Law: Rethinking the Separation of Powers in the Neoliberal Era. – European Journal of Legal Studies 2017, Vol. 10, No 1, lk 205.

⁹⁰ C. Möllers. The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers. Oxford University Press 2013, lk 18. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199602117.003.0002>.

⁹¹ L. van den Berge (viide 89), lk 210.

⁹² M. Troper. The Judicial Power and Democracy. – European Journal of Legal Studies 2007, Vol. 1, No 2, lk 5.

⁹³ G. Grotanelli de' Santi (viide 83), lk 260.

⁹⁴ M. Troper. Séparation des pouvoirs. – Dictionnaire Montesquieu. Dir. C. Volpilhac-Augier. Lyon: ENS Éditions 2013, p 12–13. Arvutivõrgus: <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376427308/fr/>.

⁹⁵ C. Möllers (viide 90), lk 19.

korra kohta mingit rolli. Rousseau järgi üldine tahe (*volonté générale*) juhib riiki kooskõlas eesmärgiga, milleks on üldine heaolu. Üldist tahtet väljendab üldine ja abstraktne seadus. Vabaduse kontseptsiooni järgi demokraatlik riigivõim ei tekita ohtu individuaalsetele vabadustele – arusaam, mida ei jagatud teisel pool ookeani. Rousseaul on seadusandja kõikide vabaduste, ka individuaalsete vabaduste allikas.⁹⁶ Prantsuse revolutsiooni üheks tagajärjeks oli seaduste ja haldusaktide kohtuliku kontrolli keelamine 1790. aasta seadusega. See keeld võeti ka 1791. aasta konstitutsiooni. Keeld tulenes soovist eraldada poliitiline funktsioon (seadusandlus) juriidilisest funktsioonist (vaidluste lahendamine) ning kindlustada sellega seaduste ülimuslikkus õigussüsteemis. Oma osa mängis ka revolutsiooni usaldamatus vana korra aegsete ja feodaalseid eesõigusi kaitsvate kohtute vastu. Mauro Cappelletti tõdes, et Prantsuse revolutsiooni seadused, kuigi soovisid inimesi kaitsta türannia eest, jätsid ukse avatuks nii seadusandja kui ka täitevvõimu türanniale.

Prantsuse revolutsiooni teoreetikust praktik Sieyès eristas positiivset seadust (*lois positives*) ja konstitutsioonilist seadust (*lois constitutionnelles*). Valitsuse jaoks on konstitutsiooniline seadus rikkumatu seadus. 1795. aastal soovitas ta luua uue institutsiooni, kuhu tema kava järgi kohtunikud ei pidanud kuuluma, kuid millel pidi olema pädevus kontrollida seadusi ja valitsuse akte ning tunnistada need kehtetuks, kui need on vastuolus konstitutsiooniga. Tema ettepanek lükati 1795. aastal tagasi, kuid võeti vastu 1799. Sieyès'ist sai ka *collège des conservateurs*'iks kutsutud institutsiooni esimene president.⁹⁷ *Collège des conservateurs* ei kujunenud siiski põhiseaduslikkuse järelevalve institutsiooniks. Seetõttu tuleb nõustuda hinnanguga, et seaduse puutumatus dogma (*la intangibilité de la loi*) koos müüdigaga kohtunikust kui „süllogismimasinast“ kindlustus Prantsusmaal 19. sajandi jooksul.⁹⁸

Alles Prantsusmaal 1958. aasta põhiseaduse loojad nägid ette institutsiooni, millel oli põhiseaduslikkuse kontrolli pädevus *a priori*. Konstitutsiooninõukogu (*Conseil constitutionnel*) võis pärast seaduse vastuvõtmist, kuid enne väljakuulutamist presidendi, peaministri, rahvussamblee presidendi, senati presidendi, 60 saadiku või 60 senaatori taotlusel uurida seaduse põhiseadusele vastavust. Aastate jooksul konstitutsiooninõukogu laiendas oma pädevust. Kohtulik *coup d'état* toimus

⁹⁶ Samas, lk 20.

⁹⁷ R. Kubben (viide 75), lk 302.

⁹⁸ F. Fabbrini. Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of *A Posteriori* Constitutional Review of Legislation. – German Law Journal 2008, Vol. 9, No 10, lk 1302.

1971. aasta otsusega *Liberté d'association* asjas⁹⁹, milles konstitutsiooninõukogu inkorporeeris 1958. aasta põhiseaduse preambuli põhiseaduslikkuse järelevalve võrdlusnormide hulka (*bloc de constitutionnalité*), mida arvestatakse kohtuliku järelevalve tegemisel. Preambulis kinnitatakse Prantsuse rahva ustavust 1789. aasta inimese ja kodaniku õiguste deklaratsioonile. 1971. aasta otsus muutis konstitutsiooninõukogu põhiõigusi kaitsvaks institutsiooniks. Põhiseadusesse 2008. aastal lisatud täiendus (art 61-1) andis konstitutsiooninõukogule *a posteriori* kontrolli pädevuse. Seejuures kasutatakse kahekordset filtrit.¹⁰⁰ Kui madalama astme kohus seisab silmitsi põhiseadusliku küsimusega, võib ta teha ettepaneku kassatsioonikohtule (*Cour de cassation*) või riiginõukogule (*Conseil d'État*) saata küsimus konstitutsiooninõukogusse. Need kohtud otsustavad, kas asi väärrib saatmist konstitutsiooninõukogusse. Põhiseaduslikkuse *a posteriori* järelevalve loomine oli tähtis riigi õigusajaloos, sest traditsiooniliselt oli Prantsusmaa olnud vaenulik kohtuliku kontrolli ja parlamendi suveräänsuse piiramise suhtes.¹⁰¹

IV. Mis toimus Saksamaal 19. sajandil ning 20. sajandi alguses?

19. sajandi alguses oli Saksamaa veel valdavalt geograafiline mõiste. Püha Rooma riigi järeלטulijaks sai Saksa Liit (*Deutscher Bund*). See oli Viini kongressil 1814–1815 loodud 35 riigi ja 4 vabalinna lõtv liit, mille ainsaks ühisorganiks oli liidupäev (*Bundestag*) Austria keisri eesistumisel, kusjuures suurriigid Preisimaa ja Austria ei saanud häälte jaotuse tõttu kumbki oma tahet peale suruda. Saksa Liit oli rahvusprintsipi eitus, katse korraldada Saksamaad mitte kui terviklikku riiki Euroopa keskmes, vaid kui Euroopa huvide tasakaalustamise välja.¹⁰² Pärast mitu aastat kestnud vabadusliikumise puhanguid pöörati Austria ja Preisimaa tagasi absolutismile.¹⁰³ Siiski olid mõned väiksemad riigid kärmed vastu võtma demokraatlikku põhiseadust. Baierimaa tegi seda 1818. aastal, samal aastal ka Baden, aasta hiljem Württemberg.¹⁰⁴ Need põhiseadused sisaldasid esimest korda tagatise kohtunike sõltumatuse kohta. Kuid kohtunikud jäid ametnikeks,

täidesaatva võimu osaks. Kohtumõistmine oli ainuvalitseja igivana õigus ning see privileeg säilitati. Selline olukord sobis kokku absolutismi traditsiooniga, kus kohtunikud olid suverääni teenijad.¹⁰⁵

1848. aastal tuhis üle Euroopa järjekordne revolutsioonilaine. Prantsusmaal kuulutati 24. veebruaril välja teine vabariik, mille eluiga oli küll vaid pisut üle nelja aasta. Austria kantsler vürst Klemens von Metternich, Euroopa riikide uue korralduse arhitekt, pages Inglismaale ning Austria valitsus muutus teovõimetuks. Preisimaa suudeti ülestõus summutada lubadusega kokku kutsuda Preisi rahvuskogu, mis pidi välja töötama Preisimaa uue põhiseaduse.¹⁰⁶

18. mail 1848 tuli Frankfurdis Pauluse kirikus kokku Saksa rahvuskogu, et vastu võtta põhiseadus ja valida rahvuslik valitsus.¹⁰⁷ Sellel kogul tehti esimene katse anda kohtuliku kontrolli pädevus põhiseaduslikes küsimustes riigikohtule (*Reichsgericht*) ning sõnastada see pädevus põhiseaduses. Arutelu rahvuskogus oli selgelt mõjutatud Ameerika konstitutsionalismist.¹⁰⁸ See kohus pidi esmajoones lahendama liitriigi osade vahelisi vaidlusi, kuid tema pädevuses pidi olema ka seaduste põhiseadusele vastavuse kontroll. 1849. aasta põhiseadus sisaldas ka põhiõigusi, mis peegeldasid valgustusajastu loomuõiguslikku inimesekäsitlemist. Põhiseadus võeti vastu ning moodustati ka ajutine valitsus. Paraku oli Frankfurdi parlament ilma jõu ja võimuta. Nurjus katse luua moodsat tsentraliseeritud Saksa rahvusriiki, mis põhineks rahva suveräänsusel ja inimõigustel.

Ajaloolase Hagen Schulze värvika iseloomustuse järgi sündis Saksa keisririik (*Deutsches Reich*) 1871. aastal Prantsusmaa lahinguväljadel. Selle riigi alused – vürstide liit, Preisi relvad ja rahvalt saadud mandaat – peegeldusid ka põhiseaduses.¹⁰⁹ Preisi kuningas Wilhelm I kuulutati Versailles' lossis Saksa keisriks. Saksa keisririigi 1871. aasta põhiseadus ei näinud ette põhiseaduskohtu loomist, ei andnud kohtunikele õigust teostada õigusaktide kohtulikkude kontrolli ega sisaldanud ka loetelu põhiõigustest.

⁹⁹ Conseil constitutionnel, décision 71-44 DC, 16.07.1971.

¹⁰⁰ F. Fabbrini (viide 98), lk 1306.

¹⁰¹ Samas, lk 1307.

¹⁰² H. Schulze. Saksa ajalugu. Valgus 2005, lk 93–96.

¹⁰³ Samas, lk 97.

¹⁰⁴ H. Hattenhauer (viide 81), lk 612.

¹⁰⁵ M. Stolleis. Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic. – Ratio Juris 2003, Vol. 16, No 2, lk 268. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00236>. – Absolutismi kohta põhjalikumalt vt H. Hattenhauer (viide 81), lk 403–467.

¹⁰⁶ H. Schulze (viide 102), lk 108.

¹⁰⁷ H. Hattenhauer (viide 81), lk 653–657, 667–670.

¹⁰⁸ W. Hoffmann-Riem. Two Hundred Years of *Marbury v. Madison*: The Struggle for Judicial Review of Constitutional Questions in the United States and Europe. – German Law Journal 2004, Vol. 5, No 6, lk 694. DOI: <https://doi.org/10.1017/s2071832200012797>.

¹⁰⁹ H. Schulze (viide 102), lk 131.

Siinkohal tuleb selgitada, et Saksa õigusteadlased eristavad traditsiooniliselt põhiseaduslikkuse järelevalvet (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) ja kohtulikku kontrolliõigust (*richterliches Prüfungsrecht*). Kohtulik kontrolliõigus tähendab kohtuniku õigust otsustada seaduse vastavuse üle põhiseadusele. Põhiseaduslikkuse järelevalve eelnes kohtulikule kontrolliõigusele ning oli seotud Saksa monarhistliku konstitutsionalismi traditsiooniga. Perioodil 1815–1918 keerles Saksa riigiõiguslik mõte riigi ja suveräänsuse kontseptsiooni ümber. Põhiseaduslikkuse järelevalve pakkus mehhanismi liitu moodustavate suveräänsete riikide õiguste defineerimiseks ja nende suhete kindlaksmääramiseks liiduga.¹¹⁰ Kohtulik kontrolliõigus oli seotud Saksa vabariikliku traditsiooniga, mis algas Frankfurdi põhiseadusest ja jätkus Weimari vabariigi 1919. aasta põhiseadusega.

Kohtuliku kontrolliõiguse doktriin, erinevalt põhiseaduslikkuse järelevalvest, oli Saksamaal kohtuvõimu teooriale võõras. Juristide arutlusteemade hulka kohtulik kontroll siiski kerkis. 1860. aastal publitseeris Robert von Mohl olulise uurimuse kohtuliku kontrolliõiguse kaitseks.¹¹¹ Enamik 1863. aastal Saksa Juristide Ühingu koosolekul osalejatest, kelle eestkõnelejaks oli Rudolf von Jhering, kiitis heaks kohtuliku kontrolli selle üle, et seadused ja määrused oleksid vastu võetud põhiseaduse kohaselt.¹¹² Kuigi õpetlased küsimust arutasid, ei läinud nad kaugemale ideest, et kohtunik võib kontrollida üksnes seaduse formaalset kehtivust. Kohtunik pidi nõustuma seaduse sisu kui riigi tahte väljendusega.¹¹³

Kohtuliku kontrolli juurutamise leigust Saksamaal võib Wolfgang Hoffmann-Riemi arvates selgitada monarhi suveräänsuse ja rahva suveräänsuse põhiseadusliku dualismiga, mis välistas neutraalse kõrgema astme institutsiooni tunnustamise. Seadusandlik protsess oli koht, kus konfliktid kahe suverääni vahel lahendati poliitiliste kompromissidega. Tulemus ei tohtinud olla kolmanda institutsiooni sekkumise objektiks.¹¹⁴ Pealegi polnud veel heakskiitu leidnud idee, et indiviididel on põhiõigused, mida nad saavad teostada.

1918. aasta revolutsioon ja uus 1919. aasta põhiseadus muutsid õigussüsteemi radikaalselt. 1918. aasta 9. novembril loobus keiser Wilhelm II troonist ning

Badeni prints Maximilian kantsleriametist. Viimane nimetas oma järeltulijaks Saksa Demokraatliku Partei juhi Friedrich Ebersti, kellest sai ka Weimari vabariigi esimene president. Konstitutsiooniline monarhia asendati vabariigiga ja monarhia põhimõte demokraatliku suveräänsusega. Põhiseaduslik kogu tuli kokku Goethe ja Schilleri linnas Weimaris 1919. aastal. Monarhia muutus ajalooks ning koos sellega Bismarcki 1871. aasta põhiseadus. Weimari põhiseaduse kirjutas peamiselt kokku liberaalne poliitik ja õigusteadlane Hugo Preuß.¹¹⁵

Kooskõlas Weimari põhiseaduse §-ga 108 loodi föderaalne kohtukoda (*Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*) ja föderaalne ülemkohus (*Reichsgericht*). Esimene neist oli mõeldud lahendama poliitilisi küsimusi. Tema pädevusse kuulusid põhiseaduslikud vaidlused Saksa riigi (*Reich*) ja liidumaade (*Land*) või üksikute liidumaade vahel. Põhiseaduse § 13 lõige 2 sätestas, et liidu seadused on ülimuslikud nendega vastuolus olevate liidumaade seaduste suhtes. Kuna alati pole vastuolu ilmselge, siis nähti selle kontrollimiseks ette mehhanism, mille osaks oli *Staatsgerichtshof*. Seega lubati liidumaa seaduste kohtulikku kontrolli, mis oli tsentraalne abstraktne kontroll mõjuga *inter omnes*. *Reichsgericht* võis kontrollida üksnes seda, kas seaduse vastuvõtmisel oli järgitud menetlusreegleid. Liidu seaduste sisulise kohtuliku kontrolli jättis põhiseadus ebamääraseks, kuigi toimus elav arutelu, kas *Staatsgerichtshof* tuleks muuta laiemaks pädevusega põhiseaduskohtuks.¹¹⁶ Vaid Baieri põhiseadus volitas kohtuid sõnaselgelt kontrollima nii liidumaa kui ka liidu seaduste põhiseadusele vastavust.

Arutelud kohtuliku kontrolli üle toimusid ka õigusteaduses. Saksa Riigiõigusteadlaste Ühingu koosolekul 1926. aastal argumenteeris positivismivastase koolkonna esindaja kohtuliku kontrolli poolt, õiguspositivistide esindaja oli vastupidisel arvamusel. Poliitilistelt vaadetelt liberaalne õpetlane Gerhard Anschütz oli kontrolli vastu, konservatiivne monarhist Heinrich Triepel soovis kohtuliku kontrolli kõige mõjukam pooldaja.¹¹⁷ Liberaalid lootsid põhiseadust kaitsta muude vahenditega, eelkõige presidendi vetoõigusega. Triepel veenis osavõtjaid, et parlamentaarses vabariigis on kohtulik kontroll kõige tähtsam, kui

¹¹⁰ D. P. Kommers, R. A. Miller. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed., revised and expanded. Duke University Press 2012, lk 4. DOI: <https://doi.org/10.1215/9780822395386>.

¹¹¹ R. von Mohl. *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*. Tübingen 1860.

¹¹² W. Hoffmann-Riem (viide 108), lk 694.

¹¹³ M. Stolleis (viide 105), lk 269.

¹¹⁴ W. Hoffmann-Riem (viide 108), lk 695.

¹¹⁵ B. J. Hartmann. *The Arrival of Judicial Review in Germany under the Weimar Constitution of 1919*. – *Brigham Young University Journal of Public Law* 2003, Vol. 18, No 1, lk 113. Arvutivõrgus: <https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol18/iss1/4>.

¹¹⁶ L. Vinx. *The Guardians of the Constitution*. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law. Cambridge University Press 2015, lk 6. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9781316136256.002>.

¹¹⁷ B. J. Hartmann (viide 115), lk 121–122.

mitte ainus individuaalsete vabaduste kaitse vahend parlamendi muidu piiramatute võimude vastu.¹¹⁸ Konstitutsionalistid avastasid ka põhiõigused. Alguses käsitati põhiõigusi poliitiliste deklaratsioonidena, nõuetena seadusandjale, millel pole õiguslikku sisu. Alles siis, kui inflatsioon ja poliitiline kriis 1923. aastal ähvardasid vabariiki ja kodanike omandit, hakati põhiõiguste väärtust tunnustama. Põhiõigused andsid vahendi sotsialistide ja äärmuslike seadusandjate vastu. Polnud juhus, et konservatiivsed juristid Heinrich Triepel ja Rudolf Smend panustasid põhiõigustele.¹¹⁹

Õigusteaduses jätkusid arutelud ka järgnenud aastatel. Üheks põhjuseks oli asjaolu, et kõrgelt arenenud konstitutsioonilise õigusemõistmise süsteem oli juba kasutusel Austrias, kus 1920. aasta põhiseadusega oli põhiseaduskohtule antud ulatuslik põhiseaduslikkuse järelevalve pädevus. Arutelud keskendusid sageli sellele, kas Saksamaa peaks üle võtma Austria lahenduse või järgima Ameerika Ühendriikide mudelit. 1928. aastal Saksa Avalik-õiguslaste Ühingu aasta-koosolekul tunnistasid mõlemad põhiesinejad, Heinrich Triepel ja Hans Kelsen, vajadust põhiseaduskohtu järele. Kelseni ettekannet peetakse põhiseaduskohtu, millel on pädevus kontrollida parlamendi ja valitsuse õigusaktide põhiseadusele vastavust, klassikaliseks kaitsekõneks.¹²⁰ Kelseni tuntumaks oponendiks Saksa õigusteadlaste hulgas oli Carl Schmitt, kelle põhiargumendi järgi põhiseaduslik kohtulik järelevalve ületab kohtu legitiimseid võimupiire.

Sellal, kui õigusteadlased olid lootusetult lahkarvamusel, võttis ülemkohus Leipzigi (*Reichsgericht*) seisukoha. 1925. aasta 4. novembril tehtud otsuses nõustus kohus liidu seaduste kohtuliku kontrolli ideega. Ülemkohus kinnitas, et kuigi kohtunik on allutatud õigusele, ei välista see kohtuniku poolt seaduse või mõne selle sätte kehtivuse eitamist niivõrd, kui võrd seadus või selle säte on vastuolus teise ettekirjutusega, millel on seaduse ees eelis ning mida kohtunik peab austama. Kohus võib jätta kohaldamata seaduse, mis on vastuolus *Reich*'i põhiseadusega. Ülemkohtu järgi tulenes kohtu pädevus ja kohustus kontrollida seaduse põhiseaduspärasust asjaolust, et põhiseadus ei sisaldanud sätteid, mille kohaselt pidi otsuse seaduse põhiseaduspärasuse kohta tegema mingi eriasutus. Ülemkohtu poolt tunnustatud kontroll oli sarnane *Marbury* mudeliga: detsentraliseeritud konkreetne kontroll mõjuga *inter partes*. Carl Schmitti arvates oli see siiski

piiratud mõjuga otsus, sest *Reichsgericht* ei soovinud kontrollida tavaseaduste vastavust põhiseaduse üldprintsiipidele. Kohus ei taotlenud üldist volitust kontrollida, kas seadus on kooskõlas põhiseaduse vaimuga ning austab üldisi printsiipe, nimelt põhiõigusi ja võimude lahusust.¹²¹ Schmitti tõlgenduse järgi *Reichsgericht* tegelikult ei eitanud tavaseaduse maksvust. Kohus üksnes jättis tavaseaduse konkreetse asjas kohaldamata põhiseaduse kohaldamise tõttu.¹²² *Reichsgericht* otsus leidis sellegipoolest vastukaja kõigis võimuharudes. Mõistes, et kohtulik kontroll on loodud, ning soovides vältida ebakõla eri kohtute vahel, esitas valitsus riigipäevale eelnõu. Selle järgi oleks *Staatsgerichtshof* saanud riigipäeva 1/3 liikmete ettepanekul õiguse kontrollida seadusi ja täitevvõimu akte, mille põhiseaduspärasus oli kahtluse all. Põhiseaduslik järelevalve kavandati tsentraliseeritud abstraktse normikontrollina ning mõjuga *inter omnes*.¹²³ Seda eelnõu ei võetud kunagi vastu. Hitleri võimuaastatel kaotas parlament oma rolli ning seaduste kohtulik kontroll muutus asjakohatuks.

Saksa 1949. aasta põhiseadus reageeris jõuliselt riigi äsjasele minevikule. Alusideeks võeti põhimõte, et põhiseadus on kõrgeim seadus, mis seob kõiki võimuharusid. Põhiseaduskohtu loomine sõjajärgsel Saksamaal nõuab aga eraldi käsitlust, mida selle artikli maht ei võimalda.¹²⁴

V. Põhiseaduslikkuse järelevalve Põhjamaades

Enne, kui jõuame uut tüüpi põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve loomiseni Austrias ja Hans Kelseni kui olulise asjaosalise juurde, teeme põike Põhjamaadesse. Tavapäraselt on levinud arvamus, et põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve loomisest Ameerikas kuni põhiseaduskohtu asutamiseni Austrias oli õigusaktide kohtulik kontroll Euroopas olematu. Küllap selgitab sellist väidet asjaolu, et uurijate pilgud on enamasti suunatud suurriikidele. Põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve sünnilugu poleks täielik, kui jätaksime kahe silma vahele Norra ja Islandi.

¹²¹ C. Schmitt. *Der Hüter der Verfassung*, 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot 1996, lk 17–18. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-48743-1>.

¹²² Samas, lk 15.

¹²³ B. J. Hartmann (viide 115), lk 126.

¹²⁴ Liidupõhiseaduskohtu loomisest huvitatule soovitan: M. Borowski. *The Beginnings of Germany's Federal Constitutional Court*. – *Ratio Juris* 2003, Vol. 16, No 2, lk 155–186. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00230>.

¹¹⁸ Samas, lk 123.

¹¹⁹ M. Stolleis (viide 105), lk 233.

¹²⁰ L. Vinx (viide 116), lk 7.

Norra teadlased väidavad, et riigi sõltumatus Taanist 1814. aastal loodi ühe kõige radikaalsema põhiseaduse kaudu.¹²⁵ See asutava kogu poolt 17. mail 1814 vastuvõetud põhiseadus, mis oli mõjutatud Briti poliitilisest traditsioonist, Ameerika Ühendriikide ja Prantsuse põhiseadustest, oli omas ajas üks liberaalsemaid ja demokraatlikumaid põhiseadusi maailmas. Norra 1814. aasta põhiseadus on jõus tänaseni, kuigi seda on enam kui 300 korral muudetud. See põhiseadus tunnustas võimude lahususe põhimõtet. Kuna Taani toetas Napoleoni tema sõdades, andsid Ühendkuningriik, Venemaa ja Austria Kieli lepinguga Norra Rootsile. Lõppes 434-aastane unioon Taaniga. Kuid Norra säilitas autonoomia ja oma põhiseaduse.

1860. aastatel toimusid Norras arutelud ja ilmusid kirjutised õigusaktide kohtuliku kontrolli kohta. Neis osutati sageli Ameerika Ühendriikide õigusele.¹²⁶ Õigusajaloolased on dokumenteerinud, et ülemkohus teostas sageli õigusaktide kohtulikku järelevalvet alates 1860. aastast ning valitsev arvamus tunnustas õigusaktide kohtulikku kontrolli alates ajast, kui Norra tunnustatud õigusteadlane Aschehoug sõnastas 1860. aastal oma kohtuliku kontrolli teooria.¹²⁷ Aschehoug innustus Ameerika õiguslikust mõttest ning keskendus õiguste kaitsele ja vajadusele piirata riigi võimu sarnaselt Ameerika Ühendriikide konstitutsiooni-õiguse doktriiniga. Selge sõnaga tunnustas ülemkohus põhiseaduslikkuse kohtulikku kontrolli 1866. aastal,¹²⁸ kuid tegeliku kontrolli kohta on vaid mõned lahendid.

Põhiseaduslikkuse kohtulik kontroll oli tuntud ning kasutusel ka Islandil. Islandi esimene põhiseadus, mis tugines Taani 1849. aasta põhiseadusele, pärineb aastast 1874. Islandi kõrgem kohus otsustas 1877. aastal, et üks kuninglik dekreet on põhiseadusvastane. Esimene kohtuasi, mille arutamisel kõrgem kohus hindas seaduse vastavust põhiseadusele, pärineb 1900. aastast, kuid esimest korda tunnistas kohus seaduse põhiseadusvastaseks 1943. aastal.¹²⁹

¹²⁵ A. Kierulf. *Judicial Review in Norway. A Bicentennial Debate*. Cambridge University Press 2018, lk 12.

¹²⁶ R. Helgadóttir. *The Influence of American Theories on Judicial Review in Nordic Constitutional Law*. Martinus Nijhoff Publishers 2006, lk 26.

¹²⁷ Samas, lk 29.

¹²⁸ A. Kierulf (viide 125), lk 13.

¹²⁹ R. Helgadóttir. *Nonproblematic Judicial Review: A case study*. – *International Journal of Constitutional Law* 2011, Vol. 9, No 2, lk 533.

VI. Põhiseaduskohtu loomine Austrias ja õigusaktide kohtuliku kontrolli põhjendamine Hans Kelseni töödes

Nüüdisaegse põhiseaduskohtu loomist, mis koondas põhiseaduslikkuse järelevalve ühte, ülejäänud kohtusüsteemist eraldiseisvasse institutsiooni, seostatakse Austriaga ning sajandi juristi (20. sajandi) Hans Kelseni (1881–1973) tööde ja tegevusega. Põhiseadusliku õigusemõistmise teist, Ameerika Ühendriikidele vastanduvat mudelit on seepärast nimetatud Euroopa, vahel Austria või Kelseni mudeliks.

Põhiseaduskohtu loomise nägi ette Austria põhiseadus, mis võeti vastu 1. oktoobril 1920. Tegelikult esimene põhiseadus, kus olid sätted põhiseaduskohtu kohta, oli Tšehhoslovakkia Vabariigi põhiseadus, mille vastuvõtmise ajaks on 2. veebruar 1920. Tšehhoslovakkia Vabariigi põhiseaduse projekti kirjutas Kelseni lähedane sõber František (Franz) Weyr. Ühe arvamuse järgi mõjutas just Kelsen Tšehhoslovakkia põhiseaduskohtu kujundamist.¹³⁰ Teise arvamuse järgi oli kohtu loomise taga Kelseni oponent Jiri Hoetzel.¹³¹ Tõele lähemal näib olevat Olechowski, kelle arvates oli sõprusest enam põhjusi, miks Austrias ja Tšehhoslovakkias peaaegu üheaegselt loodi põhiseaduskohtud ja sellega koos põhiseaduslikkuse järelevalve, mis oluliselt erines Ameerika mudelist.¹³² Juured viivad tagasi Habsburgide monarhia riigiõiguse juurde. Ühise mineviku ja intellektuaalse seotuse tõttu toimus areng kahes riigis paralleelselt. Paraku on põhiseaduslikkuse järelevalve kujunemine Tšehhoslovakkias, võib-olla ka Kelseni kuulsuse tõttu, saanud Austriast vähem tähelepanu. Kahe riigi erinevus seisnes selles, et Tšehhoslovakkia oli unitaarriik, kuna aga Austria kujundati liitriigiks. See asjaolu mõjutas ka põhiseaduskohtu pädevust.

Austria põhiseadusliku õigusemõistmise ja Kelseni õigusteooria vaheline side on ilmne. Oma tuntuimas, 1934. aastal ilmunud teoses „Puhas õigusõpetus“ („Reine Rechtslehre“)¹³³ kirjutab Kelsen:

¹³⁰ T. Tetzlaff. *Kelsen's Concept of Constitutional Review Accord in Europe and Asia: The Grand Justices in Taiwan*. – *National Taiwan University Law Review* 2006, Vol. 1, No 2, lk 77.

¹³¹ T. Olechowski. *The Beginnings of Constitutional Justice in Europe. – Law and the Formation of Modern Europe: Perspectives from the Historical Sociology of Law*. Cambridge University Press 2014, lk 82.

¹³² Samas.

¹³³ Eesti keeles: H. Kelsen. *Puhas õigusõpetus*. Sissejuhatus õigusteaduse probleemistikku. Tõlk. H. Kalmo. Tartu Ülikooli Kirjastus 2018.

„Õiguskord pole niisiis mitte ühel astmel üksteise kõrval asetsevate õigusnormide süsteem, vaid astmeline, erinevatest õigusnormide kihtidest moodustuv kord. Normide ühtsus tekib seosest, mis väljendub selles, et ühe normi loomine ja seega kehtivus pärineb mõnest teisest normist, mille loomist määratleb omakorda mõni teine norm – regress, mis ulatub viimaks alusnormini, hüpoteetilise alusreegli ja seega kõrgeima kehtivusaluseni, mis rajab kogu loomisahela ühtsuse.

Kui me peame esmalt silmas vaid riiklikku õiguskorda, siis võib selle astmelist ülesehitust skemaatiliselt esitada järgnevalt: alusnormi kehtivuse eeldamisel [...] moodustab positiivse õiguse kõrgeima astme materiaalselt mõistetud põhiseadus [...].“¹³⁴

Kohus teenib selle teooria järgi kõrgema taseme normide ehk põhiseaduse valvurina. Tõe huvides tuleb lisada, et õiguskorra astmelise ülesehituse ideed oli juba 1918. aastal arendanud Kelseni õpilane Adolf Julius Merkl. Kelsen sidus õiguskorra astmelise ülesehituse teooria puhta õigusõpetuse muude teesidega.¹³⁵

Põhiseadusliku õigusemõistmise (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) Austria mudeli teket mõjutasid poliitiline olukord, õiguspoliitiline traditsioon, mis ulatus tagasi Habsburgide aega, ning väljapaistvad juristid nagu Kelseni mentor Heidelbergis Georg Jellinek, Adolf Julius Merkl ja sotsiaaldemokraatliku partei poliitikud Karl Renner ja Otto Bauer.

1866. aastal lõppes Austria-Preisi sõda Austria jaoks katastroofiga ning Austria oli sunnitud lahkuma Saksa Liidust. Austria kujundati Austria-Ungari konstitutsiooniliseks kaksikmonarhiaks. 1867. aastal loodi keiserlik kohus (*Reichsgerichtshof*), millel oli kolm peamist ülesannet: kaitsta kodanike poliitilisi õigusi, lahendada keskvoimu ja liidumaade konflikte ning valvata haldus- ja kohtuasutuste, samuti riigi ja regioonide haldusasutuste võimupiiride üle.¹³⁶

1918. aastal varises Austria-Ungari kaksikmonarhia kokku. Rahvuskogu otsustas luua rahvusriigi, mille valitsuse etteotsa sai sotsiaaldemokraat Karl Renner. Ta oli ka Austria kantsler kolmes esimeses koalitsioonivalitsuses aastatel

¹³⁴ Samas, lk 68.

¹³⁵ T. Olechowski. Legal Hierarchies in the Works of Hans Kelsen and Adolf Julius Merkl. – Reconsidering Constitutional Formation II Decisive Constitutional Normativity. Ed. by U. Müßig. Springer 2018, lk 354.

¹³⁶ S. Lagi. Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918–1929). – Revista Coherencia 2012, Vol. 9, No 16, lk 275.

1918–1920. Antant vetostas asutava kogu resolutsiooni, mille järgi oleks Saksa-Austria saanud Weimari vabariigi osaks. Saint-Germain-en-Laye lepinguga 10. septembrist 1919 tunnustati Ungari, Tšehhoslovakkia, Poola, Sloveenia, Horvaatia ja Serbia iseseisvust. Austriale jäid saksa keelt kõnelevad Doonau ja Alpi provintsid.

Karl Renner soovis muuta keiserliku kohtu tõeliseks põhiseaduskohtuks. Põhiseaduskohtu (*Verfassungsgerichtshof*) nimetus ei olnud Renneri väljamõeldis. Georg Jellinek oli 1885. aastal kirjutanud lühikese essee pealkirjaga „Põhiseaduskohus Austria jaoks“. Jellinek pani ette kujundada keiserlik kohus ümber põhiseaduskohtuks, sest vaid nii saavat Habsburgide monarhia muutuda soliidseks konstitutsiooniliseks riigiks.¹³⁷ Renner läks sõnadelt üle tegudele 1918. aasta lõpul, kui ta kujundas keiserliku kohtu ümber põhiseaduskohtuks. Kelsen toetas seda ideed 1918. aasta detsembris koostatud memorandumis.¹³⁸ Sellel kohtul oli pädevus lahendada kompetentsivaidlusi ning kontrollida haldusaktide põhiseaduspärasust, kuid puudus seaduste kohtuliku järelevalve õigus. Kelsen märkis juba 1918. aastal, et on reaalne vajadus kohtu järele, mis oleks võimeline kaitsma põhiseadust igal võimalikul viisil.¹³⁹

Hans Kelsen sündis 11. oktoobril 1881 Prahajas juudi perekonnas. 1883. aastal liikus perekond Viini. Kelsen habiliterus 1911. aastal ning 1919. aastast kuni 1930. aastani oli Viini Ülikooli professor. Ta alustas oma juristikarjääri ajal, kui riigiõiguses oli au sees positivism, mida kaitsesid juhtivad Austria ja Saksa riigiõigused. Kelsen oli tugevasti mõjustatud Edmund Bernatziku vaadetest. Tähelepanuväärne on ka asjaolu, et Kelsenil olid tihedad sidemed Austria sotsiaaldemokraatidega, eriti selle juhi Karl Renneriga.¹⁴⁰

Kelseni sõnastatud põhiseadusliku õigusemõistmise mehhanism ei olnud abstraktse teooria produkt. Selle vajadus tulenes ajaloolistest ja poliitilistest teguritest. Olulisim oli Austria riigi institutsionaalne vorm. I maailmasõja järgsete poliitikute ees seisis küsimus, kas kujundada riigist unitaarne tsentraliseeritud riik või liitriik. Impeeriumi lagunemine avas tee vastuoludeks riigi uute institutsioonide ja regioonide (*Länder*) vahel. Sotsiaaldemokraadid, kes olid aastatel 1918–1919 peamine poliitiline jõud Austrias, pooldasid unitaarriiki, kristlikud

¹³⁷ Samas, lk 276–277.

¹³⁸ Samas, lk 277.

¹³⁹ T. Olechowski (viide 135), lk 84.

¹⁴⁰ C. Jabloner. Kelsen and his Circle: The Viennese Years. – European Journal of International Law 1998, Vol. 9, No 2, lk 372–377.

sotsialistid seevastu liitriiki. Kuna unitaariigi idee ei osutunud teostatavaks, tekkis küsimus, kui palju vabadust ja millist pädevust anda liidumaadele.¹⁴¹ Kelsen koostas Renneri juhiste järgi 1919. aasta alguses riigikantslerile ettekande, milles ta kavandas Austria korralduse liitriigina ning pakkus sellise põhiseaduskohtu loomise, millel on pädevus tunnistada liidumaade seadused kehtetuks, kui need on vastuolus põhiseadusega. Asutav kogu nõustus ettepanekuga.¹⁴² Põhiseaduskohus loodi 25. jaanuaril 1919. Põhiseaduskohtu pädevus sattus aga liidumaade kriitika alla, sest andis liitriigi valitsusele õiguse vaidlustada liidumaade õigusakte, kuid ei andnud liidumaa valitsusele õigust vaidlustada föderaalseadusi.

Liidumaade ja liidu vahelised suhted, seega selle, millist tüüpi liitriik luua, pidi lahendama põhiseadus. Renner usaldas põhiseaduse visandamise Kelsenile. Kelsen nägi ette, et Austria tuleb muuta liitriigiks, kuid see ei tähendanud, et Austria pidi olema liidumaade föderatsioon. Tema ning sotsiaaldemokraadid arvasid, et liidumaad ei andnud oma suveräänsust üle asutavale kogule, vaid vastupidi: asutav kogu andis neile suveräänsuse.¹⁴³ Seetõttu pidi põhiseaduslik õigusemõistmine tagama, et liidumaade seadused oleksid kooskõlas põhiseadusega. Nii Renneri kui ka Kelseni arvates oli oluline neutraliseerida liidumaade tsentrifugaaljõudu tulevases liitriigis.¹⁴⁴ 1920. aasta suvel läks põhiseaduse koostamine kolme suure erakonna – sotsiaaldemokraatide, kristlike sotsialistide ja rahvuslaste – kätte. Põhiseaduse teksti kirjutamine anti põhiseadusajade alamkomiteele, kus Kelsen mängis võtmerolli. Kelsen kaitses seadusandliku võimu esmasust ja haldamise seaduslikkust ning koos Merkliga pakkus *ex officio* protseduuri, millega põhiseaduskohus muutuks põhiseaduse objektiivseks kaitsjaks. Kelseni jaoks olid põhiseaduslik ja halduskohtulik õigusemõistmine kaks olulist institutsiooni, et tagada tasakaal föderatsiooni ja regioonide vahel, keskvalitsuse ja liidumaade vahel, et säilitada riigi sisemine ühtsus.¹⁴⁵ Kelseni idee, et põhiseaduskohtul võiks *ex officio* olla õigus algatada protseduur põhiseaduslikes asjades, ei leidnud toetust, sest arvati, et see läheb liiga kaugele. 1920. aasta septembris pakkus Kelsen uue sõnastuse, mille järgi võis liitriigi valitsus vaidlustada liidumaade seadusi ning vastupidi, liidumaa valitsus

föderaalseadusi. Omal algatusel võis kohus kontrollida seaduse põhiseadusele vastavust üksnes juhul, kui kohus kohaldas seadust konkreetses kohtuasjas.¹⁴⁶ Austria 1920. aasta põhiseaduse järgi oli seega kaks teed seaduste põhiseadusele vastavuse kohtulikuks kontrolliks: otsene ja kaudne. Kaudse kontrolliga oli tegemist siis, kui menetlusosaline väitis, et tema põhiseadusega kaitstud õigusi on haldusmenetluses rikutud, sest akt tugines põhiseadusvastasele seadusele. See väide jõudis põhiseaduskohtusse pärast seda, kui läbitud olid kõik kaabeõiguse staadiumid. Vaid ülemkohus ja kõrgem halduskohus võisid saata küsimuse konstitutsioonikohtusse. Ülemkohus ja halduskohus tegutsesid *ex officio*. Otsese kohtuliku kontrolli võisid põhiseaduskohtus algatada riigi valitsus või liidumaa valitsus vastavalt liidumaa ning föderaalsete ja määruste kohta.¹⁴⁷

1920. aastal nimetati Kelsen põhiseaduskohtu kohtunikuks äsja surnud mentori Bernatziku asemele. Kohtuniku ja Viini ülikooli professorina kirjutas Kelsen 1928. aastal oma kuulsa essee „Põhiseaduslik õigusemõistmine“¹⁴⁸, milles ta võttis kokku oma seisukohad põhiseaduslikkuse järelevalve küsimuses. Kelseni järgi ei saa parlament põhiseadusele allumisel toetuda iseendale. Ülesanne tühistada põhiseadusvastased seadused tuleb usaldada eraldi organile, mis on sõltumatu kõigist teistest riigiorganitest. Kriitikutele, kes nägid põhiseaduskohtus tõsiselt ohtu seadusandliku organi suveräänsusele, vastas Kelsen, et seadusandlus ise on allutatud põhiseadusele. Põhiseaduslik õigusemõistmine võimaldab poliitilisest aspektist vältida võimu ülemäärast koondumist ühe organi kätte, mis kahjustaks demokraatiat. Asjaolu, et põhiseaduse muutmise nõuab suurema enamuse toetust, tähendab, et mõned fundamentaalsed küsimused saab lahendada vaid kokkuleppel vähemusega. Lihtenamus ei saa, vähemalt mõnes asjas, oma tahet vähemusele peale suruda, eriti põhiõiguste puhul. Igal vähemusel, kelle huvid on mingil moel põhiseadusega kaitstud, on üldtunnustatud huvi, et seadused vastaksid põhiseadusele. Kelseni arvates on põhiseaduslik õigusemõistmine vähemuste tõhus kaitsevahend ja lõppkokkuvõttes tõeline demokraatia, mis on rajatud dialoogivormis rahumeelsele suhtele enamuse ja vähemuse vahel.

¹⁴¹ S. Lagi (viide 136), lk 278–279.

¹⁴² T. Olechowski (viide 135), lk 85.

¹⁴³ S. Lagi (viide 136), lk 280.

¹⁴⁴ Samas, lk 282.

¹⁴⁵ Samas, lk 283.

¹⁴⁶ T. Olechowski (viide 135), lk 86.

¹⁴⁷ H. Kelsen. Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and American Constitution. – The Journal of Politics 1942, Vol. 4, No 2, lk 194–196.

¹⁴⁸ H. Kelsen. La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle). – Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger 1928, vol. 35, lk 197–259.

Kelsen sobitas põhiseaduskohtu demokraatia teooriasse.¹⁴⁹ Põhiseaduslik õigusemõistmine pole midagi muud kui tagatis, et ühiskonnas järgitakse mängu-reegleid. Põhiseaduskohus muutub vahemeheks, mille eesmärgiks on kaitsta vähemust, demokraatia olulist eeltingimust.¹⁵⁰

Kelsen kaitses teesi, et õigusemõistmine, samuti põhiseaduslik õigusemõistmine, on astmelises õigussüsteemis õigusloome, millel on poliitiline aspekt. See muudab põhiseaduskohtu nii õigusemõistmise kui ka seadusandlikuks institutsiooniks. Sellest teesist lähtuvalt nägi Kelsen ette, et Austria põhiseaduskohtu liikmed valib parlament ning parlamendi liikmed võivad olla kohtunikud.¹⁵¹

Austrias, hiljem paljudes teisteski Euroopa riikides, ei peetud soovitavaks anda kõigile kohtutele piiramatult pädevus kontrollida seaduste vastavust põhiseadusele. Kelsen selgitab, et Ameerika Ühendriikide kogemus mõjutas koondama põhiseaduslikkuse järelevalve ühe institutsiooni, põhiseaduskohtu kätte, kellel ainsana on pädevus tunnustada põhiseadusvastane õigusakt kehtetuks.¹⁵² USA põhiseaduses pole selgeid sätteid põhiseadusvastase akti mõju kohta. Sellise ebamäärasuse vältimiseks peeti vajalikuks seaduste kohtulik kontroll koondada. Ameerika Ühendriikide põhiseaduse järgi on seaduste kohtulik kontroll võimalik üksnes kohtumenetluses, mille eesmärgiks pole kindlaks teha seaduse põhiseadusvastasus, vaid seaduse põhiseadusvastasuse küsimus tõuseb juhul, kui kohtumenetluse pool väidab, et seaduse kohaldamine konkreetsetes asjas on tema huvi ebaseaduslik rikkumine. Kuigi konkreetsetes asjas tuvastatakse seaduse põhiseadusvastasus ning seda ei kohaldata, jääb seadus jõusse. Kelseni arvates on sellises olukorras võimalikud eri arvamused seaduse põhiseaduspärasuse kohta ning ühemõttelise otsuse puudumine tekitab suure ohu põhiseaduse autoriteedile.¹⁵³ Liati oldi Austrias arvamusel, et õigusaktide põhiseaduspärasus on avalik huvi, mis väärib kaitsmist erilise protseduuriga ning kooskõlas selle erilise iseloomuga.¹⁵⁴ Arvesse võeti samuti asjaolu, et Austrias, samuti teistes Euroopa riikides, oli

¹⁴⁹ Vt samuti H. Kelsen. Demokraatia ja maailmavaade. Tõlk. M. Saul. – Akadeemia 1990, nr 6, lk 1219–1225.

¹⁵⁰ T. Ehs. Felix Frankfurter, Hans Kelsen, and the Practice of Judicial Review. – Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2013, Jg. 73, lk 460. Arvutivõrgus: https://www.zaerv.de/73_2013/73_2013_3_a_451_482.pdf.

¹⁵¹ H. Kelsen (viide 148), lk 187.

¹⁵² Samas, lk 194.

¹⁵³ Samas, lk 185.

¹⁵⁴ Samas, lk 193.

üldkohtute kõrval teisi kohtuid, eelkõige halduskohtud, mis ei olnud kohustatud järgima ülemkohtu seisukohti. Euroopas ei olnud ka kasutusel *stare decisis*'e doktriin.¹⁵⁵

Austria 1920. aasta põhiseaduse ettevalmistamise käigus arutati samuti, kas anda õigus igale kodanikule esitada kaebus (*actio popularis*) põhiseaduskohtule, mis on seejärel kohustatud uurima seaduse kehtivust, ning kas pakkuda vähemusele kaebevõimalus, kui enamus võtab vastu seaduse. Kumbki neist vahenditest põhiseadusesse ei jõudnud.¹⁵⁶

1929. aasta põhiseadusreformi tulemusena muudeti demokraatlik ja õiguskeskne Austria Vabariik 1933. aastal autoritaarseks ning 1938. aastal kaotas Austria oma iseseisvuse. Kelsen vallandati põhiseaduskohtu kohtuniku ametist 1930. aastal ning edaspidi pühendus ta teadusele ja õpetamisele.

VII. Hans Kelseni ja Carl Schmitti väitlus

Põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve üks tulihingelisemaid vastaseid oli Saksa õigusteadlane Carl Schmitt. Ehkki Austria põhiseaduskohus oli 20. sajandi kolmekümnendate aastate alguseks tegutsenud juba kümme aastat, pidasid Kelsen ja Schmitt just siis väitluse teemal, kes on põhiseaduse valvur. Küsimus põhiseaduse valvuri kohta oligi Saksa õigusteadlaste, poliitikute ja juristide hulgas keskne arutlusteema, sellal kui Ameerika Ühendriikides oli selline küsimus teisejärguline. Seal peeti kohtuliku kontrolliga seoses olulisemaks küsida, kas konstitutsioon on seadus.¹⁵⁷

1929. aastal avaldas Kelsen oma töö „Põhiseadusliku õigusemõistmise olemus ja areng“ („Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“)¹⁵⁸, milles ta süstemaatiliselt põhjendas põhiseaduskohtu rolli põhiseaduse valvurina. Schmitt kritiseeris Kelseni teooriat 1931. aastal ilmunud teoses „Põhiseaduse valvur“

¹⁵⁵ Samas, lk 186.

¹⁵⁶ Samas, lk 197.

¹⁵⁷ G. Casper. Guardians of the Constitution. – Southern California Law Review 1980, Vol. 53, lk 774.

¹⁵⁸ H. Kelsen. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. – Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Hrsg. von H. R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck. Band 2. Verlag Österreich 2010, lk 1485–1531. Inglisekeelne tõlge raamatus L. Vinx. The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law. Cambridge University Press 2015, lk 22–78.

(„Der Hüter der Verfassung“).¹⁵⁹ Kelsen vastas Schmitti kriitikale samal aastal artikliga „Kes peaks olema põhiseaduse valvur?“ („Wer soll der Hüter der Verfassung sein?“).¹⁶⁰

Õiguspoliitilise tausta mõistmine aitab aru saada väitlejate, eriti Schmitti argumentidest. Austria põhiseadus nägi ette põhiseaduskohtu loomise, kuna aga Weimari põhiseaduses puudusid sätted põhiseaduslikkuse kohtuliku kontrolli kohta. Tõsi, Austrias toimus 1929. aastal põhiseaduse reform, mille tulemusena saadeti põhiseaduskohus laiali ja loodi uus. Sellest reformist algas põhiseaduslikkuse kohtuliku kontrolli allakäik Austrias. Eespool märkisin, et 1925. aasta novembris tegi Saksa *Reichsgericht* otsuse, milles tunnustas liidu seaduste kohtuliku kontrolli ideed. Alates 1930. aasta aprillist ei suudetud Saksa parlamendis, riigipäevas (*Reichstag*) saavutada kokkulepet töötava enamuskvalifikatsiooni moodustamiseks. Olukorda ei muutnud korduvad valimised. Selles situatsioonis oli liidupresident (*Reichpräsident*) ainus Weimari vabariigi toimiv demokraatlik institutsioon. Vabariiki juhiti enamasti täitevvõimu aktidega, milleks õigusliku volituse andis Weimari põhiseaduse § 48 lõige 2.¹⁶¹ Riigipäeva töövõimetus kestis kuni 30. jaanuarini 1933, mil liidupresident Paul von Hindenburg nimetas kantsleriks Adolf Hitleri. 1932. aasta novembris riigipäeva valimistel oli natsipartei (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*) saanud umbes 33% häältest. Hitler saatis riigipäeva kohe laiali. Viimased sündmused väitlejate vaateid siiski ei saanud mõjutada.

Kelseni vaatepunktist on õigusemõistmine riigiasjades põhiseaduslik õigusemõistmine ning sellisena põhiseaduse kohtulik tagatis. Põhiseaduse kohtulik järelevalve tulenes õiguskorra astmelisest ülesehitusest.¹⁶² Kohtuotsus on „individuaalne õigusnorm – üldise ja abstraktse õigusnormi individualiseering või konkretiseering, õigusloome protsessi jätkamine üldisest individuaalsesse“¹⁶³. Vahetegemine õiguse loomise ehk vastuvõtmise ja õiguse elluviimise ehk

rakendamise vahel pole Kelseni arvates kaugeltki nii absoluutse iseloomuga, nagu väitis traditsiooniline õigusõpetus. Enamik õigusaktidest on samal ajal õiguse loomise ja õiguse ellurakendamise aktid.¹⁶⁴ Astmeliselt ehitatud õiguskorra ühtsus võib sattuda ohtu, kui mõni madalama astme norm hälbib tema loomist või sisu määravast kõrgema astme normist. Probleem on selles, kuidas säilitada ühtsus õiguskorras, loogiliselt suletud normisüsteemis, kui selle süsteemi kahe eri astme normide vahel valitseb loogiline vastuolu – kui samal ajal kehtivad põhiseadus ja seda rikkuv seadus, nii seadus kui ka sellega vastuolus olev kohtuotsus.¹⁶⁵

Millised on tagatised põhiseaduse kaitseks? Kelseni arutluse järgi on põhiseaduse kaitseks preventiivsed ja repressiivsed tagatised. Preventiivsed tagatised soosivad õiguslikult vigaste aktide vastuvõtmise ärahoidmist. Repressiivsed reageerivad õiguslikult vigasele aktile, mis on juba vastu võetud. Õiguslikult vigase akti tühistamine tähendab akti kõrvaldamist koos selle õigusliku mõjuga. Kelsen kinnitas, et mitte ükski teine seaduslikkuse tagatis pole nii loomulik kui õiguslikult vigase akti tühistamise jätmine asutusele, mis andis välja vigase akti. Tõhusaks seaduslikkuse tagatiseks on vorm, et teine asutus teeb kindlaks õigusliku puuduse ning seejärel õigusakti vastu võtnud asutusel on kohustus akt tühistada. Selline asjade kulgu oleks loomulik, kuid Kelsen pidas poliitiliselt naiivseks ootust, et parlament tühistab akti, mille ta on vastu võtnud. Seepärast ei saa parlamenti ennast teha põhiseaduslikkuse garantiks. Võimuvolitused põhiseadusvastase seaduse tühistamiseks tuleb anda teisele, seadusandjast sõltumatule asutusele. Õiguslik-poliitiline vajadus tagada põhiseaduse toimimine nõuab institutsiooni, mis kontrollib teatavate asutuste nagu parlament ja valitsus käitumise kooskõla põhiseadusega. Selliseks institutsiooniks oli Kelseni veendumuse järgi põhiseaduskohus.¹⁶⁶ Kelsen nägi ette kaks võimalikku vastuväidet. Esimene vastuväide: selline lahendus ei sobi kokku parlamendi suveräänsusega. Kelseni arvates kukub argument kokku kohe, kui me mööname, et põhiseadusega kindlaksmääratud seadusandlik protsess pole teistsugune kui seadusega kindlaksmääratud kohtu- või haldusprotseduurid.¹⁶⁷ Teine vastuväide võib tuleneda võimude lahususe põhimõttest. Esialgu võib tõepoolest arvata, et kui õigusakti tühistab asutus, mis pole seda akti vastu võtnud, siis selline tegevus sekkub seadusandja võimuvaldkonda.

¹⁵⁹ C. Schmitt (viide 121). Inglisekeelne osaline tõlge eelmises viites mainitud L. Vinxi raamatus, lk 125–173.

¹⁶⁰ H. Kelsen. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? – Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Hrsg. von H. R. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck. Band 2. Verlag Österreich 2010, lk 1533–1573. Sellegi töö ingliskeelse tõlke leiab lugeja L. Vinxi raamatust, lk 1533–1573.

¹⁶¹ B. A. Schupmann. Carl Schmitt's State and Constitutional Theory. A Critical Analysis. Oxford University Press 2017, lk 2.

¹⁶² H. Kelsen (viide 133), lk 68–78.

¹⁶³ Samas, lk 72.

¹⁶⁴ Samas, lk 74.

¹⁶⁵ Samas, lk 75.

¹⁶⁶ H. Kelsen (viide 158), lk 1504.

¹⁶⁷ Samas.

Kelsen seadis kahtluse alla seadusandluse ja õigusemõistmise täieliku eraldamise funktsionaalsel alusel. Seaduse tühistamine on vastupidine seaduse jõustamisele ning on seepärast seadusandlik funktsioon. Kohus, mis on volitatud seadusi tühistama, on seadusandliku võimuga asutus. Seepärast võime vaadata kohtu pädevust seadusi tühistada kui seadusandliku võimu üleandmist kahele asutusele, selle asemel et pidada seda sekkumiseks seadusandlikku võimupädevusse. Et võimude lahususe põhimõttel oleks demokraatlikus ühiskonnas mõistlik tähendus, siis väljendaks seda Kelseni arvates paremini mõiste „võimude jaotus“.¹⁶⁸

Kelseni oponent Schmitt ei eitanud iseenesest põhiseaduslikkuse kohtuliku kontrolli pädevust. 1928. aastal publitseeritud põhiseaduse teooriat käsitletavas raamatus „Konstitutsiooniõpetus“ („Verfassungslehre“) kirjutas Schmitt, et ta võib nõustuda tavaseaduste põhiseadusele vastavuse kohtuliku kontrolli pädevusega, „millega ei kaasne kohtu mõju seadusandlikule võimule ning võimude lahususe põhimõte jääb puutumata“¹⁶⁹. Kohtunik jääb siin seaduse piiridesse ja isegi siis, kui ta lahendab kahtlusi seaduse kehtivuse suhtes, ei tohi ta hüljata puhtalt normatiivset sfääri.¹⁷⁰ Kontrolliõigus tuleneb erakorralisest olukorrast, milles kohtunik ennast leiab, kui ta kohtuasja lahendamisel on silmitsi seaduse-sättega, mis on põhiseadusega vastuolus, kuid sellegipoolest peab langetama otsuse. Sellises olukorras võib kohtunik jätta seaduse kohaldamata, kuid kohus jääb seotuks seadusega ega muutu põhiseaduse kaitsjaks selle fakti tõttu, et annab üksikjuhul eelistuse põhiseadusele tavaseaduse ees.¹⁷¹ Samas ta tõdeb, et kui oht põhiseadusele kogu 19. sajandi vältel tuli valitsuse poolt, siis tänapäeva mure on esmajoonel seotud seadusandjaga. Nüüdisaegse põhiseaduse sätted pidavat teenima suures osas eesmärgi kaitsta teatavaid asju ja huve, mis võivad olla parlamendi muutuva enamuse otsustamisobjektiks.¹⁷²

Schmitt oli nii parlamendi suveräänsuse kui ka põhiseadusliku õigusemõistmise vastu. Ta arvas, et nüüdisaegne parlament ei ole oma pluralistliku jaotuse tõttu enam võimeline vastu võtma tõeliselt poliitilisi otsuseid kogu rahva nimel.¹⁷³

¹⁶⁸ Samas, lk 1505.

¹⁶⁹ Tsiteeritud raamatu ingliskeelse väljaande järgi: K. Schmitt. *Constitutional Theory*. Transl. and ed. by J. Seitzer. Duke University Press 2008, lk 231–231.

¹⁷⁰ Samas, lk 232.

¹⁷¹ C. Schmitt (viide 159), lk 20.

¹⁷² Samas, lk 25.

¹⁷³ L. Vinx (viide 158), lk 9.

See järeldus peegeldas olukorda Saksamaal 20. sajandi kolmekümnendate aastate alguses.

Schmitti argument Kelseni põhiseaduskohtu kui põhiseaduse valvuri vastu oli ehitatud väitele, et põhiseaduslik õigusemõistmine ületab kohtu legitiimse võimupiiri. Kohtuasutus, mis peab otsustama seaduse või valitsuse akti vastavuse üle põhiseadusele, peab langetama otsuse, mis on vaieldav ning õigustatud eri-arvamuste objektiks. Põhiseaduse sätted on sageli ebaselged ja avatud mõisted, mis ei võimalda mittevaieldavaid otsuseid. Selle tulemusena põhiseaduskohus võib olla sunnitud vastu võtma poliitilise otsuse, mida ei saa enam õigustada kui õigusnormi kohaldamist. Kohus tegutseb seadusandjana, millega rikub võimude lahususe põhimõtet.

Schmitt järeldas Weimari põhiseaduse sisu põhjal, et põhiseaduse valvur juba eksisteerib. Selleks pidi olema Saksa liidupresident. Vaatekoht, et *Reichspräsident* on üksi põhiseaduse valvur, oli Schmitti arvates kooskõlas põhiseaduse aluseks oleva demokraatia põhimõttega. Liidupresidenti valis Saksa rahvas, tema ameti aspektid (7-aastane ametiaeg, sõltumatus parlamendi enamusest) ning tema poliitiline pädevus seadusandja suhtes (eriti parlamendi laialisaatmise ning rahvahääletuse algatamise õigus) olid sisuliselt pöördumine rahva poole.¹⁷⁴

Kelsen arvas, et Schmitt argumenteerib põhiseadusliku õigusemõistmise vastu oma teesi toetuseks, et liidupresident on põhiseaduse valvur. Schmitti kriitikale vastas Kelsen täiendavate põhjendustega.¹⁷⁵ Kelseni arvates Schmitt ja tema mõttekaaslased lähtusid ekslikust eeldusest, et oluline on erinevus õigusemõistmise ja poliitilise funktsiooni vahel ning et otsus seaduse põhiseaduspärasuse kohta on poliitiline akt, mistõttu selline tegevus ei ole õigusemõistmine. Vaade, et vaid seadusandlus on poliitiline tegevus ning õigusemõistmine seda ei ole, on Kelseni väitel sama vale kui usk, et seadusandja üksi on õiguse produktiivne looja ja õigusemõistmine vaid reproduktiivne õiguse kohaldamine. Volitades kohtunikku teatavates piirides kaaluma konfliktis olevaid huvisid ja otsustama ühe poole huvi kasuks, annab seadusandja kohtunikule võimu luua õigust ning kohtu funktsioonile samasuguse poliitilise iseloomu, mis seaduspäraselt on, küll suuremal määral, omane seadusandjale. Seadusandja ja kohtu poliitilise iseloomu vahe on üksnes kvantitatiivne.¹⁷⁶ Need, kes pooldavad põhiseaduskohtu institutsiooni, pole

¹⁷⁴ C. Schmitt (viide 159), lk 158–159.

¹⁷⁵ H. Kelsen (viide 160).

¹⁷⁶ Samas, lk 1541.

kunagi eitanud selle kohtu otsuste suurel määral poliitilist tähendust. Kelsen nõustus, et küsimus õigusemõistmise piiride kohta on põhjendatud, kuid leidis, et see on pigem põhiseadusliku õigusemõistmise rakendamise pragmaatiline küsimus.

Kuigi 20. sajandi kolmekümnendate aastate keskpaigaks ei leidnud kummagi väitleja argumendid riigiõiguses rakendust, annab põhiseadusliku õigusemõistmise tormiline kasv pärast II maailmasõda tunnistust Kelseni õigusteoreetiliste ja -poliitiliste vaadete elujõulisusest, ehkki seniajani kuuldub hääli, mis taasesitavad Schmitti põhiseadusliku õigusemõistmise kriitika argumente.

VIII. Eesti esimesed põhiseadused ja põhiseaduslikkuse järelevalve

Selles kirjatöös jääb lõpliku vastuse ta küsimus, milline on olnud õigusaktide kohtuliku kontrolli areng Eestis möödunud sajandi kahe- ja kolmekümnendatel aastatel. Meie esimene põhiseadus võeti Asutava Kogu poolt vastu 15. juunil 1920, enam kui kümme kuud pärast Weimari konstitutsiooni, neli kuud pärast Tšehhoslovakkia põhiseaduse ning kolm ja pool kuud enne Austria põhiseaduse vastuvõtmist. Kas ja kuidas põhiseaduslikkuse kohtuliku kontrolli küsimust põhiseaduse ettevalmistamise käigus kaaluti, ootab veel selgitamist. Hiljutises uurimuses Eesti parlamendi ajaloost¹⁷⁷ on see küsimus uurija tähelepanu alt välja jäänud.

Varasemast kirjandusest leiame siiski osutuse, et juba Asutava Kogu ajal võeti põhiseaduskohtu suhtes eitava seisukoht.¹⁷⁸ Uuesti võeti põhiseaduskohtu loomine arutusele 1937. aasta põhiseaduse ettevalmistamise käigus. Põhiseaduskohtu asutamise pooldajad (Palvadre, Saarmann, Piip) toonitasid, et säärase asutise puudumise korral on võimalikud konfliktid mitmesuguste riigiasutuste ja kõrgemate riigiorganite vahel. Vastaspool (Eenpalu, O. Kask, Soots) avaldas arvamust, et põhiseaduskohtud eksisteerivad ainult arhailistes riikides, kust meil pole mõtet eeskujuga võtta. Läbirääkimiste lõppemisel asus esimese koja komisjon põhiseaduskohtu loomise suhtes eitavale seisukohale, kuna aga teise koja vastav komisjon otsustas põhiseaduskohtu instituudi eelnõusse võtta,

kusjuures selle kohtu ülesanded otsustati panna Riigikohtule.¹⁷⁹ Põhiseaduse §-i 121 kirjutati: „Seadusega määratakse menetluse algatamine ja kord riigivõimu teostamise seaduspärasuse üle otsustamisel kohtutes.“ See sõnastus ei näinud ette põhiseaduskohtu loomist. Palvadre selgituse järgi „kehtiva põhiseaduse § 3 ja 86 põhjal peab iga kohus vaidluse puhul otsustama ka kohaldamisele kuuluva seaduse põhiseaduspärasuse üle. Sama kord jääb püsima ka uue põhiseaduse § 3 põhjal, kuid iga kohus teostab õigusemõistmist oma võimkonna piirides ja võimkond määratakse seadusega“¹⁸⁰.

Riigikohtu prokurör Richard Rägo kirjutas, et Asutava Kogu põhiseaduskomisjon arutas ka lahendust, mille kohaselt seadusi avaldab seadusandja valitud riigikohtunikest koosnev Riigikohus, kes pidi otsustama, kas vastuvõetud ja avaldamiseks saadetud seadus vastab põhiseadusele. Sellisel kujul läbis eelnõu kaks lugemist. Kolmandal lugemisel otsustati ideest loobuda, sest kardeti ühelt poolt Riigikohtu liigset sekkumist Riigikogu töösse ja teiselt poolt seadusandluse aeglustumist ning lahenduste venimist rahvahääletusele panemise korral, mis oleks juhtunud, kui Riigikogu poleks aktsepteerinud Riigikohtu otsust. Rägo sõnusti näitab see, et põhiseaduse loojatel algusest peale oli mõtte seada kohus põhiseaduse puutumatus valvuriks ühel või teisel teel.¹⁸¹ Oma iseloomult oluks selliselt kujundatud põhiseaduslikkuse järelevalve preventiivne, sest Riigikohus oleks toimetanud kohtulikku järelevalvet enne seaduse jõustumist.

Vaieldamatu on aga fakt, et 1920. aasta põhiseadus sarnaselt Weimari konstitutsiooniga põhiseaduskohtu loomist ette ei näinud ning selles ei sätestatud ka sõnaselgelt kohtute pädevust kontrollida õigusaktide põhiseadusele vastavust.

Üsna pea pärast põhiseaduse jõustumist hakati ka Eesti õiguskirjanduses arutlema, kes on põhiseaduse valvur. Otsa tegi lahti professor Berendts ajakirja *Õigus* 1920. aasta novembrinumbris. Ta järeldas põhiseaduse § 3 sõnade „Eesti riigivõimu ei saa keegi teostada muudu, kui põhiseaduse või põhiseaduse alusel antud seaduste põhjal“, et seadusjõudu omavad ainult need seadused, mis põhiseadusega kooskõlas on: „Seadused, millel see kokkukõla puudub, jäävad ilma seadusliku jõuta, on seega õiguslikult tähtsusetad.“ Ta küsis: „missugune orgaan

¹⁷⁹ Samas.

¹⁸⁰ A. Palvadre. Kohtud uue põhiseaduse alusel. – Põhiseadus ja Rahvuskogu. Tallinn 1937, lk 340.

¹⁸¹ R. Rägo. Kes valvab Eesti põhiseaduse puutumatus järele? – *Õigus* 1922, nr 1, lk 3. Vt samuti H. Schneider. Eesti põhiseadused ja nende järelevalve. – Riigikogu Toimetised 2002, nr 5, lk 195.

¹⁷⁷ J. Valge. Eesti parlament 1917–1940. Poliitiline ajalugu. Tallinn 2019.

¹⁷⁸ A. Mägi. Põhiseaduse koostamise käik rahvuskogus. – Põhiseadus ja Rahvuskogu. Tallinn 1937, lk 205.

peab põhiseaduse puutumatus järele valvajak olema?¹⁸² Ja vastas: „Siin on põhiseaduse puudus. Selle küsimuse peale ei leia me vastust põhiseadusest.“¹⁸³ Berendts arutles, et rahvaesinduse kätte seaduste seaduslikkuse üle valvamist usaldada oleks sama hea kui teda tema enese üle kohtunikuks panna. Berendtsi arvates sai põhiseaduse valvuriks olla kõrgem kohtuasutus riigis, sest ainult sellisel kõrgemal kohtulikul organil on tarvilik objektiivsus, et *sine ira et studio* otsustada, kas üksikseadused vastavad põhiseadusele.¹⁸⁴ Berendts oli ka arvamusel, et organ, kes ülemat kohtuvõimu teostab, etendab suurt osa nii õigusemõistmises kui ka õiguse loomises. „Mitte selles mõttes, et ülemkohus seadusandja asemele astuks, vaid ta saab tema kaastööliseks seaduse arendamises.“¹⁸⁵

Berendtsi kirjutisele reageeris 1922. aasta ajakirja *Õigus* esimeses numbris Rägo, kes Berendtsi järeldustega nõus ei olnud. Rägo osutas Uluotsale, kes olla Tartu ülikooli aastapäeval peetud pidukõnes muu hulgas tähendanud, et Eesti põhiseaduse puutumatus valvajak on põhiseaduse § 86 põhjal seatud kohus.¹⁸⁶ 1920. aasta põhiseaduse § 86 ütles: „Põhiseadus on vankumatuks juhteks Riigikogu ning kohtu- ja valitsusasutuste tegevuses.“ Rägo arutluskäik on järgmine. Riigikogu poolt antud seadusi saab muuta ja tühistada kas tema ise või rahvas rahvahääletusel. Mingisugune teine asutus, ka mitte kohus, ei saa seda teha. Kuid kohtuasja arutamisel võib üks asjaosaline kohtuniku tähelepanu juhtida asjaolule, et tarvitata seadus ei vasta põhiseadusele. Kohtunikule on § 86 vankumatuks juhiseks, mistõttu jätab ta kohaldamata lihtseaduse, mis on põhiseadusvastane. Kohus ei tühista seadust, ta vaid konkreetset juhtumil konstateerib, et lihtseadus pole kooskõlas põhiseadusega. Rägo arvates pidi olema selge, et põhiseaduse puutumatus järele valvab Eestis kohus ning iga kohtunik on kohustatud kohaldama ainult põhiseadusega kooskõlas olevaid seadusi.¹⁸⁷ Rägo arutluse eeskujuks oli Ameerika Ühendriikides kasutusel olev kohtuliku kontrolli mudel, millele ta ka oma artiklis sõnaselgelt osutas. Näib, et samasugune vaatekoht kohtust kui

põhiseaduse valvurist oli II maailmasõja eelses Eesti õigusteoorias domineeriv.¹⁸⁸ Põhiseaduskohtu loomist ei toetatud, kuid kohtutes nähti põhiseaduse valvurit. Marelle Leppiku uurimuse järgi kontrollis Riigikohus aastatel 1927–1931 mitmel korral seaduse sätete vastavust põhiseadusele.¹⁸⁹

XIII õigusteadlaste päevadel Tartus 5. ja 6. aprillil 1934 tegi professor A.T. Kliiman ettekande teemal „Põhiseaduspärasuse kontroll“. Ajakiri *Õigus* avaldas referaadi teesid, millest nähtub, et Kliimani arvates on põhiseaduspärasuse kontroll „tarvilik ja teostatav sellekohase keskinstantsi kaudu“¹⁹⁰. Kliimani põhiseaduspärasuse kontrolli mudel nägi ette ka individuaalkaebused, mida võib esitada iga isik, kelle õigusi või huve on „riigivanema või Vabariigi Valitsuse toimingutega põhiseadusevastaselt puudutatud“¹⁹¹. Siinkirjutajal pole andmeid, kas ettekandja oli ette valmistanud referaadi kirjaliku tervikteksti, mis annaks selgema ülevaate Kliimani ideest, ning kui terviktekst oli, siis kas see on säilinud.

Kokkuvõtteks

Õigusaktide kohtuliku kontrolli idee ei sündinud koos tänapäevase konstitutsionalismi tekkega 18. sajandi lõpul ja 19. sajandi alguses. Idee juured on klassikalises Ateenas. Klassikaline Ateena (6.–4. saj eKr) oli demokraatia, kus tunti võimude lahusust, õigusaktide hierarhiat ning nende kohtulikku kontrolli. Ehkki arvatakse, et puuduvad tõendid, mis kinnitaksid, et Ateena instituudid olid eeskujuks Ameerika põhiseaduspärasuse kontrolli kujundamisel, on Ateena seaduste ja määruste kohtulikule kontrollile ning nüüdisaegsele põhiseaduslikkuse järelevalvele ühine, et sellise kontrolli kehtestamiseks on vaja teatavaid tingimusi. Eelkõige õigusnormide mingisugust hierarhiat, olukorda, kus seadused pole ühesuguse õigusjõuga, ning suuremal või vähemal määral võimude lahusust. Konstitutsiooni olemasolu on põhiseaduslikkuse järelevalve süsteemi oluline koostisosa, kuid põhiseaduspärasuse kontroll ei eelda ilmtingimata kirjutatud konstitutsiooni.

¹⁸² E. Berendts. Eesti Vabariigi Riigikohus ja 1920. aasta põhiseaduse printsiibid. – *Õigus* 1920, nr 2, lk 43.

¹⁸³ Samas.

¹⁸⁴ E. Berendts (viide 182), lk 56.

¹⁸⁵ Samas, lk 59.

¹⁸⁶ R. Rägo (viide 181), lk 2.

¹⁸⁷ Samas, lk 2–4.

¹⁸⁸ N. Maim. Riigiõigus. Koost. H. Anso, A. Pettai. 1932, lk 290; J. Uluots. Riigiõigus. Sõjaväe Õppeasutised 1939, lk 22–23; A. Palvadre (viide 180), lk 340.

¹⁸⁹ M. Leppik. Esimesi märke põhiseaduslikkuse kohtulikust järelevalvest: Riigikohtu praktika 1920. aasta põhiseaduse kehtimisajal. – *Juridica* 2012, nr 3, lk 185–192.

¹⁹⁰ *Õigus* 1934, nr 2, lk 95.

¹⁹¹ Samas.

Ameerika Ühendriikides 18. sajandi lõpul ja 19. sajandi algul tekkinud nüüdisaegsel konstitutsionalismil, mille üheks osaks oli põhiseaduse kohtulik järelevalve, oli tohtu tähtsus riigiõiguse arengule Euroopas. Marshalli sõnastatud argumentid kohtuliku järelevalve õigustamiseks – 1) kirjutatud konstitutsiooni kui alusseaduse siduvus, 2) konstitutsioon kui kõrgeim seadus, mida ei saa muuta tavalises korras, ning 3) kohtunikud on konstitutsiooni ning tavaseaduse konflikti korral kohustatud juhinduma konstitutsioonist – mõjutasid kohtuliku kontrolli teket ühel või teisel määral kõigis Euroopa riikides. Nagu nägime ka sõjaeelse Eesti põhiseaduslikkuse järelevalvet. Tõsi, kulus üsna palju aega enne kui konstitutsiooniline õigusemõistmine Euroopas juurdus.

Arenguteed olid siiski erinevad. Prantsuse revolutsioon sarnanes Ameerika revolutsiooniga selles, et muutis riigivõimu revolutsioonilisel teel ja lõi uue korra kirjutatud konstitutsiooniga. Kuid revolutsioonid erinesid lähtekohtade ja eesmärkide poolest. Ameerika kolooniad juba nautisid ulatuslikku vaba ja liberaalset sotsiaalset korda, kuna aga Prantsuse sotsiaalset korda iseloomustasid kohustused ja köidikud, privileegid ja omandiga seotud piirid ning tõkked. Ameerika jaoks oli piisav asendada poliitiline võim ning luua vahendid kuritarvituste ärahoidmiseks. Ameerikas kogeti parlamenti emamaa parlamendi tegevuse tõttu pigem ohuna põhiõigustele kui nende kaitsjana. Prantsuse revolutsiooni käigus poliitilise võimu asendamine oli vaid hilinev sotsiaalse reformi vahend. Revolutsiooni peamine eesmärk oli üleminek vabaduse ja võrdsuse põhimõtetele. Revolutsioonilisel Prantsusmaal tunnustati Marshalli kahte esimest põhimõtet. Kolmandat, et kohtunikul on võim jätta kõrvale põhiseadusega vastuolus olev seadus, oli raske tunnustada riigis, kus tunti vastumeelsust vana režiimi *parlement*'de suhtes. Prantsuse revolutsioon keelas seaduste kohtuliku kontrolli. Selle eesmärgiks oli kindlustada seaduse ülimuslikkus õigussüsteemis. Seadus väljendas Rousseau õpetuse järgi üldist tahet ning oli ainsaks legitiimseks õiguse allikaks.

Enne I maailmasõda säilitas enamik Mandri-Euroopa riike monarhia dualistliku süsteemi, mis ei pooldanud parlamendi ülimuslikkust ning kus keskne roll oli koodeksitel, mida peeti stabiilsemaks kui põhiseadus ning soliidseks aluseks kohtuliku tõlgendamise jaoks.¹⁹² Kui monarhiad varisesid kokku ja asendati rahva suveräänsusega, nagu paljudes riikides pärast I maailmasõda, siis

tekkis uus takistus. Konstitutsioonilist õigusemõistmist peeti mõnel pool demokraatiaga kokkusobimatuks. Leiti, et rahva esindusorgan, parlament, ei tohi olla välise kontrolli objektiks. Austria oli erand ning kujunes uut tüüpi konstitutsioonilise õigusemõistmise mudeliks.

Ameerika Ühendriikides kujundati *Marbury vs. Madisoni* 1803. aasta otsusega detsentraliseeritud, konkreetne kohtulik järelevalve, millel on mõju *inter partes*, kuid mis *stare decisis*'e doktriiniga laiendab otsuse mõju *inter omnes*. Austria ehk Kelseni kohtuliku järelevalve süsteem oli oluliselt erinev Ameerika süsteemist. Kohtulik kontroll koondati põhiseaduskohtusse, võimuasutustele (Austrias liidumaade valitsus ja keskvalitsus) anti võimalus esitada põhiseaduslikke kaebusi, kohtunikele aga küsida arvamusi.

Eesti 1920. aasta põhiseadus sarnaselt Weimari konstitutsiooniga põhiseaduskohtu loomist ette ei näinud ning selles ei sätestatud ka sõnaselgelt kohtute pädevust kontrollida õigusaktide põhiseadusele vastavust. Õigusteadlased kaldusid toetama seaduste põhiseadusele vastavuse kohtuliku kontrolli Ameerika mudelit.

Pärast II maailmasõda sai Euroopas valdavaks tsentraliseeritud põhiseaduslikkuse järelevalve mudel. Hiljem lisandus abstraktsele normikontrollile individuaalkaebuste läbivaatamine ja muu pädevus. Austria põhiseaduskohus loodi uuesti 1945. aastal. Aasta hiljem loodi Baieri põhiseaduskohus, mis sai eeskujuks Saksamaa Liitvabariigi põhiseaduskohtule. Saksa föderaalne põhiseaduskohus alustas tööd 1951. aastal. Itaalia 1948. aasta põhiseadus nägi ette põhiseaduskohtu loomise, kuid tegevust alustas see kohus alles 1956. Tšehhoslovakkia pöördus tagasi põhiseaduskohtu süsteemi juurde 1991. aastal, pärast selle riigi jagunemist Tšehhi ja Slovaki vabariigiks.

¹⁹² J.-L. Halpérin. *Five Legal Revolutions since the 17th Century. An Analysis of the Global Legal History*. Springer 2014, lk 92.

H. Vallikivi. Põhiõiguste peatükk
Eesti 1920. aasta põhiseaduses. –
Riigiõiguse aastaraamat 1/2020, lk 62–117

Põhiõiguste peatükk Eesti 1920. aasta põhiseaduses

HANNES VALLIKIVI

Kokkuvõte. Artiklis antakse ülevaade Eesti 1920. aasta põhiseaduse põhiõiguste peatüki ja enamiku selle paragrahvide kujunemisest. Põhiõiguste peatüki esimese projekti töötas välja noor õigusteadlane Jüri Uluots. Peatükk sai enam-vähem lõpliku kuju Asutava Kogu 15-liikmelises valdavalt juristidest koosnenud põhiseaduskomisjonis. Komisjonis ja Asutava Kogu täiskogus peetud vaidluste põhjal uuritakse artiklis eri poliitiliste jõudude ja üksikute poliitikute mõju põhiõiguste kataloogi sisule. Jõutakse järeldusele, et välismaistest eeskujudest mõjutasid kataloogi Weimari Vabariigi, Šveitsi ja Soome kõrval mitme teise riigi põhiseadused. Eesti esimesse põhiseadusesse mahtusid klassikaliste isiku- ja kodanikuvabaduste kõrval uudsed sotsiaalsed ja kultuurilised õigused. Väljatöötajate seas domineerisid vasakpoolsete vaadetega saadikud, kes soovisid põhiseadusega vältida tsariaegse politsei riigi praktikaid ja suurendada kodanike võrdsust.

Märksõnad: Asutav Kogu, põhiseadus, põhiõigused, põhiõiguste piirangud

Vaidlused põhiseaduses inimeste ja kodanike õiguste sätestamise üle annavad tunnistust, kuidas põhiseaduse loojad said aru riigi tunnustust ja kaitset vajavatest ühiskondlikest väärtustest. 15. juunil 1920 vastu võetud ja tervikuna sama aasta 21. detsembril jõustunud Eesti Vabariigi esimeses põhiseaduses sisaldus põhiõiguste loend 2. peatükis (§-d 6–26). Eesti oli üks paljudest esimese maailmasõja tulemusel iseseisvunud või uue riigikorra loonud ja selle käigus põhiseaduse saanud riikidest. Enne meid olid uue põhiseaduse vastu võtnud Soome (juulis 1919), Saksamaa (augustis 1919) ja Tšehhoslovakkia (veebruari 1920); meile järgnesid Austria (oktoobris 1920), Gruusia (veebruari 1921), Jugoslaavia (juunis 1921), Läti (veebruari 1922), Leedu (augustis 1922), Iirimaa (oktoobris 1922) ja mitmed teised. Mitte kõik meie põhiseaduse kaasaegsed ei sisaldanud põhiõiguste kataloogi (nt Austria ja Läti).

Käesoleva artikli eesmärk on välja selgitada, kuidas kujunes Eesti põhiõiguste kataloog ning kuidas seda kujundati Asutava Kogu põhiseaduskomisjoni

ja täiskogu parlamentaartsetes debattides. Debattidele ajalise raami loomiseks ning nendes osalejate kaardistamiseks tutvustatakse põgusalt ka põhiseaduse menetlemise käiku. Põhiõiguste kataloogi eeskujude tuvastamiseks võrreldakse projektidesse lülitatud sätteid teiste riikide konstitutsioonidest leitud kõige sarnasemate eeskujudega ning uuritakse menetluse käigus eelnõus tehtud muudatusi ja muudatuste põhjendusi. Teiste riikide konstitutsioonilised aktid olid tähtsad, kuid mitte ainsad mõjutajad – mõju avaldasid ka erakondade ideoloogiad, põhiõiguste peatüki loojate haridus, isiklikud töekspidamised ja paljud muud tegurid. Kõigi nende käsitlemine ühe artikli raames pole võimalik, kuid tulevaste uurimuste tarbeks on artiklis võimalusel ära mainitud põhiseaduse loomises osalenud isikud. Artikli eesmärk ei ole anda hinnangut põhiseaduse koostamisel tehtud valikutele, mistõttu põhiõigusnormide hilisema tõlgendamise ja rakendamise küsimused jäävad siinsest käsitlusest välja. Artiklis uuritakse kodaniku- ja poliitiliste õiguste (võrdsusõiguse, isikupuutumatus, privaatsuse, usu-, sõna-, koosoleku-, ühinemis- ja liikumisvabaduse ning kaebeõiguse) ning sotsiaalsete ja majanduslike õiguste (ettevõtlusvabaduse, omandi kaitse ja sotsiaalse kaitse) sõnastamisel tehtud valikuid. Välja on jäetud riigiametnike kohtuliku immuniteedi välistamise paragrahv (§ 16) kui mittepõhiõigus ning rahvahariduse (§ 12) ja vähemusrahvuste õiguste (§-d 21–23) paragrahvid. Vähemusrahvuste õigusi menetleti komisjonis ülejäänud peatükist eraldi. Need ja haridusküsimused tekitasid palju peamiselt mitteõiguslikke vaidlusi ning väärivad omaette põhjalikumalt käsitlust. Paigutuse tõttu põhiõiguste kataloogis jääb käsitlemata rahvahariduse paragrahvi esimeses lauses sisaldunud teadusvabadus („Teadus, kunst ja nende õpetus on Eestis vaba“). Võib siiski mainida, et see Saksa eeskujust (Weimari põhiseaduse § 142 ja Preisimaa 1850. aasta põhiseaduse § 20) kantud vabadusõigus jõudis kõige esimesest projektist põhiseadusesse ilma vaidlusteta ja sisuliste muudatusteta.

Põhiõiguste kataloogi kui terviku kujunemist Eesti esimeses põhiseaduses ei ole õigus- või ajalookirjanduses seni põhjalikumalt käsitletud. Oluliselt enam on uurijate tähelepanu pälvinud valitsemiskord ja selle probleemid: rahvavõim ja otsedemokraatia, võimuharude tasakaal(utus) ning presidendi institutsioon.¹

¹ Vt nt A. Headlam-Morley. The New Democratic Constitutions of Europe. A comparative study of post-war European constitutions with special reference to Germany, Czechoslovakia, Poland, Finland, the Kingdom of the Serbs, Croats & Slovenes and the Baltic States. Oxford: Oxford University Press 1928, lk 44–46, 91–92, 136–137, 190–192, *passim*; T. Korsakoff. La constitution de la République d'Esthonie. – Reviste de Drept Public 1928, N^o 3/4, lk 501–542;

Põhjalikumalt on uuritud võrdsusõiguse (§ 6) ning sotsiaalsete ja majanduslike põhiõiguste (§-d 24–25 jm) kujunemist 1920. aasta põhiseaduses.² Ülejäänud käsitlused on pindmised ega uuri süstemaatiliselt põhiõiguste tekke- ja arengulugu,³ sageli keskendutakse mõnele üksikule aspektile nagu tasu garantii puudumisele omandi kaitse sättes⁴, vähemusrahvuste õigustele⁵ või sotsiaalse kaitse uudsusele⁶. Olulisematest üldkäsitlustest väärivad mainimist Eugen Maddisoni ülevaade koguteoses „Eesti. Maa. Rahvas. Kultuur“⁷; Istvan Csekey ülevaade

Eesti riigiõiguse, sh põhiõiguste arengust iseseisvuse esimesel kümnendil⁸; 1920.⁹, 1933.¹⁰ ja 1937.¹¹ aasta põhiseaduste kommentaarid ning Artur Mägi ülevaade põhiõiguste kaitsest sõdadevahelisel ajal.¹²

Artiklis on kasutatud peamiselt Asutava Kogu täiskogu stenogramme¹³ ja Riigiarhiivis säilinud Asutava Kogu põhiseaduskomisjoni materjale (fond 15). Üksikuid osi neist materjalidest on taastatud dokumendikogumikes¹⁴ ning mõnede Asutava Kogu liikmete tähtsamad sõnavõttud põhiseaduse teemal on ära toodud „Eesti mõtteloo“ sarja köidetes.¹⁵ Komisjoni protokollid fikseerivad põhiliselt ettepanekuid ja hääletustulemusi, arutelusid on kajastatud ebahühtlaselt: esimese lugemise protokollid 1919. aasta sügisest on lakoonilisemad, teise ja kolmanda lugemise omad 1920. aasta esimesest poolest sisukamad.¹⁶ Põhiseaduse sätete eeskujude tuvastamiseks on kasutatud eespool mainitud uurimusi, Austria¹⁷,

E. Laaman. Põhiseaduse kriisi arenemine 1928–1933. – Põhiseadus ja Rahvuskogu. Tallinn: Rahvuskogu 1937, lk 29–45 (29–31); R. Marandi. Riigivõimude tasakaalu otsingul. Põhiseaduse parandamise puudused Eestis 1929–1933 (1987). – Valitud artikleid Eesti riigist ja poliitikast. Tallinn: Eesti Keele Sihtasutus 2007, lk 19–44; R. Maruste, H. Schneider. Eessõna. – Taasvabanenud Eesti põhiseaduse eellugu. Tartu 1997, lk 9–44 (12–13); A. Mägi. Über die Verfassungsentwicklung in der Republik Estland. Stockholm: Estnische Informationsstelle 1949, lk 225–239; H. Randalu. Eesti Vabariigi põhiseadused. – Looming 1990, nr 1, lk 110–121; J. Valge. Eesti parlament 1917–1940. Poliitiline ajalugu. Tallinn: Eesti Rahvusraamatukogu 2019, lk 132–153.

² N. Kaasik. Majanduslikud põhiõigused 19. ja 20. sajandi põhiseadustes. – Postimees, 05.12.1943, lk 4. Taastrikk: N. Kaasik. Väikeriigid ja rahvad. Tartu: Ilmamaa 2016, lk 80–87; E. Laaman. Isik ja riik Eesti põhiseadustes. – Õigus 1937, nr 3, lk 97–120; E. Laaman. Solidarism ja selle rakendamine meie põhiseadustes. – Õigus 1938, nr 9, lk 406–425; M. Leppik. Soolise võrdõiguslikkuse küsimus Eesti Vabariigi põhiseadustes ja Riigikohtu praktikas 1920–1940. – Ajalooline Ajakiri 2017, nr 2/3, lk 341–362. DOI: <https://doi.org/10.12697/aa.2017.2-3.06>; H. Siimets-Gross, M. Leppik. Estonia: First Landmarks of Fundamental Rights. – First Fundamental Rights Documents in Europe: Commemorating 800 Years of Magna Carta. Ed. by M. Suksi et al. Cambridge: Intersentia 2015, lk 305–307. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781780685281.024>; H. Siimets-Gross. Social and Economic Fundamental Rights in Estonian Constitutions between World Wars I and II: A Vanguard or Rearguard of Europe? – Juridica International 2005, nr 10, lk 135–143; H. Siimets-Gross. Sotsiaalsed ja majanduslikud põhiõigused Eesti põhiseadustes kahe maailmasõja vahel – kaunid sõnad või toimivad normid? – Õpetatud Eesti Seltsi aastaraamat 2007. Tartu 2008, lk 61–86.

³ Vt nt K. Arjakas. Eesti Vabariigi põhiseadustest. – Põhiseaduse tulek. Kogumik. Tallinn 2002, lk 17–39 (23–26); R. T. Clark. The Constitution of Estonia. – Journal of Comparative Legislation and International Law 1921, No 4, lk 245–250 (246); A. Headlam-Morley (viide 1), lk 50–51, 56, 71, *passim*; M. Luts-Sootak, H. Siimets-Gross. Eesti õiguse 100 aastat. Tallinn: Post Factum 2019, lk 13–15; U. Lõhmus. Õigusriik ja inimese õigused. Tartu: Ilmamaa 2018, lk 55–66.

⁴ E. Berendts. Die Verfassungsentwicklung Estlands. Tübingen: Mohr 1924, lk 191–202.

⁵ E. Berendts (viide 4); T. Korsakoff (viide 1), lk 11; H.J. Uibopuu. Üldised inimõigused Eesti 1920., 1937. ja 1992. aasta põhiseadustes. – Juridica 1997, nr 5, lk 235–241.

⁶ M. Ernits. Põhiseaduse II peatüki sisesejuhatus. – Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 4., täiend. vlj. Toim. Ü. Madise jt. Tallinn: Juura 2017, lk 96.

⁷ E. Maddison. Eesti kodanikud ja nende põhiõigused. – Eesti. Maa. Rahvas. Kultuur. Tartu: Haridusministeeriumi Kirjastus 1926, lk 1185–1198.

⁸ I. Csekey. Die Verfassungsentwicklung Estlands 1918–1928. Tübingen: Mohr 1928, lk 178–189.

⁹ E. Maddison, O. Angelus. Das Grundgesetz des Freistaats Estland. Berlin 1928.

¹⁰ J. Kaiv, J. Klesment. Eesti Vabariigi põhiseadus. Tallinn 1934.

¹¹ E. Laaman. Kodaniku põhiõigused ja kohustused. – Põhiseadus ja Rahvuskogu. Tallinn: Rahvuskogu 1937, lk 342–358.

¹² A. Mägi. Inim- ja kodanikuõigused Eesti põhiseadustes (1954). – Akadeemia 1995, nr 1, lk 72–85.

¹³ Asutava Kogu IV istungjärk (13.04.1920–31.07.1920). Protokollid nr 120–154. Tallinn: Täht 1920. Kättesaadav Digaris.

¹⁴ Eesti Vabariigi sisepoliitika 1918–1920. Dokumentide kogumik. Koost. J. Ant jt. Tallinn: Rahvusarhiiv 1999; E.J. Truuvali. Põhiseaduse teel. Tallinn: Ilo 2008, lk 25–129.

¹⁵ K. Päts. Põhiseaduse sünnivalud. – Eesti riik. II. Tartu: Ilmamaa 2001, lk 135–146; K. Päts. Kodanike vabaduste piirid ja vangikojad. – Eesti riik. II. Tartu: Ilmamaa 2001, lk 147–151; O. Strandman. Rahvusvahemused. – Raha rusikas. Tartu: Ilmamaa 2017, lk 95–101.

¹⁶ Sama mainis I. Csekey. Eesti põhiseaduse ajalooline tekkimine ning põhimõtted. – Eesti Politseileht 1928, nr 42, lk 621.

¹⁷ Das Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder. – Reichsgesetzblatt 1867, Nr. 142, lk 394–396.

Preisimaa¹⁸, Soome¹⁹, Šveitsi²⁰, Šveitsi Berni kantoni²¹, Taani²², Tšehhoslovakkia²³ ja Weimari Saksamaa²⁴ ajaloolisi või 1920. aasta alguse seisuga kehtinud konstitutsioonid ning Eesti juristidele tuntud Venemaa 1906. aasta põhiseadus²⁵ ja viimase üheks eeskujuks olnud Vabastusliidu (Союз освобождения), hilisema kadettide partei konstitutsiooniprojekti 1905. aastast.²⁶ Samuti on kasutatud ajakirjandust (Postimees, Päevaleht, Sotsialdemokraat, Vaba Maa jt) ning ülevaateid Asutava Kogu tegevusest ja põhiseaduse eelnõu menetlemisest.²⁷

Artikli ülesehitus järgib põhiõiguste järjestust põhiseaduses ja artikkel on liigendatud põhiseaduse 2. peatüki paragrahvide järgi. Põhiõiguste käsitluse eel kirjeldatakse põhiõiguste peatüki projekti kujunemist ning menetluskäiku põhiseaduskomisjonis ja täiskogus.

¹⁸ Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, 31.01.1850. Arvutivõrgus: <http://www.verfassungen.de/preussen/preussen50.htm>.

¹⁹ Suomen Hallitusmuoto, 94/1919, 17.07.1919. Arvutivõrgus: <https://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/1919/19190094001>.

²⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 29.05.1874. Arvutivõrgus: <http://www.verfassungen.ch/verf74-i.htm>.

²¹ Staatsverfassung des Kantons Bern, 04.06.1893. Arvutivõrgus: <http://www.verfassungen.ch/bern/verf93-i.htm>.

²² Danmarks Riges Grundlov, 05.06.1915. Arvutivõrgus: <http://www.verfassungen.eu/dk/verfassungvergleich1849-1953.htm>.

²³ The Constitution of the Czechoslovak Republic. Prague 1920. Arvutivõrgus: <http://www.archive.org/details/cu31924014118222>.

²⁴ Die Verfassung des Deutschen Reichs, 11.08.1919. Arvutivõrgus: <http://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm>.

²⁵ Свод Основных Государственных Законов. Издание 1906 года. – Свод Законов Российской Империи. Под ред. И. Д. Мордухай-Болтовский. С.-Петербург 1912, lk 1–17

²⁶ Проект основного закона Российской империи. – Конституционное государство. Сборник статей. С.-Петербург 1905, lk 342–357.

²⁷ K. Arjakas. Jaan Poska Asutava Kogu liikmena ja Eesti Vabariigi põhiseadust loomas. – Jaan Poska oma ja meie ajas. Artikleid ja mälestusi. Tallinn 2010, lk 324–350; A. Tammann. Asutava Kogu tegevus Eesti iseseisva riiklise elu korraldamiseks. – Akadeemia 2003, nr 2, lk 292–311; J. Valge (viide 1).

Põhiõiguste peatüki menetlus

Asutav Kogu asus oma peaaülesande, Eesti Vabariigi põhiseaduse väljatöötamise kallale 4. juunil 1919. Samal päeval oli vastu võetud valitsemise ajutine kord ehk ajutine põhiseadus.²⁸ Esimese asjana moodustati 15-liikmeline põhiseaduskomisjon, milles vastavalt jõuvahekordadele Asutava Kogu liikmeskonnas oli viis sotsiaaldemokraatide, neli tööerakonna ja kolm rahvaerakonna saadikut ning üks saadik maaliidu, kristliku rahvaerakonna ja sotsialistide-revolutsionäride fraktsioonist.²⁹

Komisjon pidas teisel koosolekul maha vaidluse põhiseaduse aluspõhimõtete üle,³⁰ kuid seejärel möödus mitu nädalat, kuni otsustati küsida fraktsioonidelt ettepanekuid põhiseaduse sisu kohta.³¹ Kõik erakonnad soovisid eelnõus näha põhiõiguste peatükki ja paigutasid selle põhiseaduse algusesse.³² Tagasiside põhjal määras komisjon põhiseaduse esialgse struktuuri, milles kodanike õiguste ja kohustuste peatükk paiknes maa-ala, riigikorra ja rahva peatükkide järel seaduse alguses.³³ Põhiõiguste peatüki 19. sajandil Mandri-Euroopas välja kujunenud klassikalise paigutusega eristus Eesti 1920. aasta põhiseadus kaasaegsetest moodsaks peetud Weimari 1919. aasta ja Tšehhoslovakkia 1920. aasta põhiseadustest, milles põhiõiguste peatükid olid seaduse lõpus.³⁴

Juulis moodustati kolm alamkomisjoni: riigi- ja valitsemiskorra, kohtu ja kontrolli ning omavalitsuse alamkomisjon. Neist esimese esialgses koosseisus olid tööerakondlased Ado Anderkopp ja Julius Seljamaa, sotsiaaldemokraadid Emma Asson ja Karl Ast, kristlik rahvaerakondlane Nikolai Kann ja rahvaerakondlane

²⁸ RT 1919, 44, 91; vt lähemalt H. Vallikivi. Kodanikuõiguste peatükk Eesti 1919. aasta ajutises põhiseaduses. – Ajalooline Ajakiri 2019, nr 3/4, lk 293–330. DOI: <https://doi.org/10.12697/AA.2019.3-4.01>.

²⁹ Asutava Kogu 1. istungjärk, protokoll nr 26, 04.06.1919, veerg (edaspidi *vn*) 1014. Väljavõtte taastrikk: Eesti Vabariigi sisepoliitika 1918–1920 (viide 14), lk 42–44; vt ka M. Graf. Eesti rahvusriik. Tallinn 1993, lk 310; J. Valge (viide 1), lk 132.

³⁰ RA, ERA.15.2.372, l 4–5: protokoll nr 2, 19.06.1919. Väljavõtte taastrikk: Eesti Vabariigi sisepoliitika 1918–1920 (viide 14), lk 44–46.

³¹ RA, ERA.15.2.372, l 37–37p ja 44: protokoll nr 8, 08.07.1919, ja nr 9, 10.07.1919.

³² RA, ERA.15.2.372, l 45 ja 51–55: sotsiaaldemokraatide, sotsialistide-revolutsionäride, tööerakonna ja rahvaerakonna ettepanekud.

³³ RA, ERA.15.2.372, l 49–49p: protokoll nr 10, 15.07.1919.

³⁴ Vrd Die Verfassung des Deutschen Reichs (viide 24); The Constitution of the Czechoslovak Republic (viide 23).

Jakob Westholm ning see alamkomisjon pidi lisaks riigikorra ja valitsemiskorra peatükkide projektile välja töötama ka põhiõiguste peatüki projekti. Õige pea lisandus sellesse alamkomisjoni maaliitlane Jüri Uluots ja Assoni vahetas välja Jaan Vain.³⁵ 23. juulil 1919 otsustas alamkomisjon teha kodanike õiguste ja kohustuste ning riigivõimude peatükkide väljatöötamise ülesandeks Jüri Uluotsale.³⁶ Kas ja kui palju Uluots teistelt alamkomisjoni liikmetelt tuge sai ja nendega eelnõu arutas, pole teada, sest alamkomisjoni töömaterjale pole säilinud.

Uluotsa esimene projekt valmis 1919. aasta augusti lõpuks. Komisjoni esimees Seljamaa andis vihikulehtedele käsitsi kirjutatud teksti 26. augustil 50 eksemplaris paljundamiseks.³⁷ Pole teada, kellele Uluotsa esimest projekti jagati, samuti ei nähtu järgnenud istungite protokollidest, et seda eelnõu oleks komisjonis arutatud, ning säilinud pole ka mingeid kommentaare selle põhiõiguste peatüki esimese versiooni kohta. Augusti keskpaigas soovis Uluots komisjonis arutada, kui põhjalikult tuleks eelnõus kajastada kodakondsuse, valitsuse korralduse ja valimiste küsimusi. Komisjon suunas need küsimused edasi fraktsioonidele.³⁸ Komisjoni seisukohti ja fraktsioonide tagasisidet Uluotsa üles tõstetud küsimustes ega muidu tema esimese projekti kohta protokollidest ja töömaterjalidest ei nähtu.

Uue, ümbertöötatud projekti esitas Uluots komisjonile 9. oktoobril 1919.³⁹ Augustiprojektiga võrreldes põhiõiguste peatükis kardinaalseid muutusi ei olnud. Kaks paragrahvi (õigus kasutada emakeelt ja intellektuaalomandi kaitse) olid kustutatud. Sõnumisaladuse, liikumisvabaduse ja omandi kaitse sätete kaitseala oli pisut laiendatud. Usu-, sõna-, koosoleku- ja ühinemisvabadus olid muudetud liberaalsemaks ning redigeeritud oli kõigi kaitse- ja vabadusõiguste piiriklausleid. Uluots oli lisanud kõigisse sätetesse nõude, et piirangud ja kitsendused peavad põhinema seadusel, osasse sätetesse veel lisaks, et piiranguid võib seada üksnes seaduses ettenähtud tingimustel ja korras. Mõne piiriklausli esimeses versioonis sisaldunud piirangu lisatingimuse (üldhuvi) oli Uluots kolinud peatüki viimasesse üldsättesse. Piiriklauslite olemasolu ning nende täiustamine ja ühtlustamine

³⁵ RA, ERA.15.2.372, l 44 ja 49p: protokoll nr 9, 10.07.1919, ja nr 10, 15.07.1919.

³⁶ RA, ERA.15.2.372, l 59: alamkomisjoni protokoll, 23.07.1919.

³⁷ RA, ERA.15.2.414, l 90–130: Eesti Vabariigi põhiseaduse eelnõu, 26.08.1919 (edaspidi *Uluotsa esimene projekt* või *augustiprojekt*).

³⁸ RA, ERA.15.2.372, l 69p ja 80p: protokoll nr 14, 12.08.1919, ja nr 15, 21.08.1919.

³⁹ RA, ERA.15.2.414, l 136–140 ja ERA.15.2.373, lk 129–139: Eesti Vabariigi põhiseaduse eelnõu (edaspidi *Uluotsa teine projekt* või *oktoobriprojekt*). Taastrükk: Eesti Vabariigi sise- poliitika 1918–1920 (viide 14), lk 46–54.

annab tunnistust, et Uluots pidas eelnõus sisalduvaid kaitse- ja vabadusõigusi juriidiliselt siduvateks garantiideks (st kohtus realiseeritavateks subjektiivseteks õigusteks), mitte üksnes poliitilisteks deklaratsioonideks.⁴⁰ Mõned kuud varem kiiruga vastu võetud valitsemise ajutise korra põhiõiguste sätteid (või enamikku neist) peeti valdavalt deklaratiivseteks.⁴¹

Põhiõiguste peatüki kujunemist mõjutas veel neljanda alamkomisjoni, oktoobri alguses moodustatud kohtuvõimu alamkomisjoni töö. Alamkomisjon koosseisus Kaarel Parts, Ado Anderkopp, kohtuminister Jüri Jaakson ja riigi-prokurör Lui Olesk pidi läbi vaatama Partsi koostatud kohtute peatüki projekti.⁴² Mõned sätted sellest projektist tõsteti hiljem põhiõiguste peatükki.

Kuigi põhiseaduskomisjoni 14. ja 16. oktoobri 1919. a koosolekute päevakorras oli põhiseaduse esimene lugemine, protokollidest vastavat arutelu ei nähtu.⁴³ 23. oktoobril 1919 valiti ühel häälel komisjoni esimeheks Jaan Poska ja hakati läbi vaatama Uluotsa töö tulemust.⁴⁴ Pärast seda, kui Uluots oli oma projekti tutvustanud, pani sotsiaaldemokraat Minni Kurs-Olesk ette Saksa põhiseaduse eeskujul kodanikuõigused põhjalikumalt lahti kirjutada ja kasutada samasugust jaotust (Weimari põhiseaduse teine osa jagunes üksikisiku, ühiselu, usu ja usuühenduste, hariduse ja koolide ning majanduselu peatükiks). Uluots vaidles vastu ning väitis, et Saksa jaotus ei ole õiguslikult põhjendatud ja „põhiseadusesse ei tule mitte ülesse võtta alasti mõtteid ilma sellekohaste vormideta“. Uluotsa toetas tööerakondlane Peeter Ruubel, kes lisis, et „meie ei ole saksa põhiseadusega tuttavad“ ning soovitas selle asemel arvesse võtta riigiasutuste poolt komisjonile saadetud arvamusi ja ettepanekuid.⁴⁵ Kuigi Uluotsa projektis oli põhiõiguste kataloog Saksa omast märksa lühem ja normid lakoonilisemad, näeme allpool, et Weimari põhiseadusel oli siiski märkimisväärne mõju üksikute põhiõiguste sõnastusele.

⁴⁰ Põhiõigusnormide siduvuse teooria ja praktika kohta Saksamaal ja Eestis vt H. Dreier. Grundrechtsrepublik Weimar. – Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung. München: C. H. Beck, 2018, lk 175–194. DOI: <https://doi.org/10.17104/9783406726774-175>; H. Siimets-Gross. Social ... (viide 2), lk 137–138.

⁴¹ Lähemalt vt H. Vallikivi (viide 28), lk 320–322.

⁴² RA, ERA.15.2.373, l 2: protokoll, 02.10.1919; RA, ERA.15.2.414, l 131–133p: K. Partsi eelnõu Põhiseaduse „Kohtu“ alakomisjonile.

⁴³ RA, ERA.15.2.373, l 4–5: protokoll, 14.10.1919; RA, ERA.15.2.372, l 101: protokoll nr 20, 16.10.1919.

⁴⁴ RA, ERA.15.2.373, l 8–9: protokoll nr 21, 23.10.1919.

⁴⁵ Samas, l 8–8p.

Kommentaatorid on nimetanud Eesti põhiseaduse eeskujudena lisaks Weimari põhiseadusele USA 1787. aasta konstitutsiooni, Prantsusmaa 1789. aasta inimese ja kodaniku õiguste deklaratsiooni, Šveitsi 1874. aasta liidupõhiseadust ja Tšehhoslovakkia 1920. aasta põhiseadust.⁴⁶ Ükski neist põhiõiguste peatüki ülesehitust (st paragrahvide järjestust) ei mõjutanud – see sarnanes Venemaa 1906. aasta ja paljude 19. sajandi, näiteks Belgia 1831., Itaalia 1848., Preisimaa 1850., Austria 1867. ja Jaapani 1889. aasta konstitutsiooni kodanikuõiguste peatüki struktuuriga. Ado Anderkopp rääkis Asutava Kogu täiskogu ees, et põhiseadusesse võeti üle juba tuntud põhimõtteid mitmest põhiseadusest ja muudeti neid viimase aja riigiteaduse ideedele vastavalt.⁴⁷ Anderkopp riike ei nimetanud, aga allpool näeme, et põhiõiguste paragrahvide sõnastuses on Weimari põhiseaduse kõrval aimata Austria, Preisimaa, Soome, Šveitsi, Šveitsi kantonite (nt Berni), Taani ja Venemaa põhiseaduste mõju. USA ja Prantsusmaa eeskujud sätete sõnastuses ei avaldu, pigem üldises liberaalses ideoloogias. Soome valitsuskord oli ainus välisriigi seadus, mille koopia leidub põhiseaduskomisjoni materjalides.⁴⁸

Eelnõu esimene lugemine põhiseaduskomisjonis kestis 21. detsembrini 1919. Põhiõigusi käsitleti 28. ja 30. oktoobri ning 1. ja 4. novembri koosolekul, lahtiseks jäänud paragrahve 19. ja 21. detsembril koosolekul.⁴⁹ Tartusse rahudelegatsiooni juhtima siirdunud Poskat asendas detsembrist sotsiaaldemokraat Juhan Kartau. Oluline roll sätete sõnastamisel oli 10. detsembril moodustatud redaktsiooni-toimkonnal. Toimkonda kuulusid Ado Anderkopp, rahvaerakondlane Nikolai Maim, tööerakondlane Otto Strandman, sotsiaaldemokraat Jaan Vain ja kuni tagasiastumiseni 20. detsembril Jüri Uluots.⁵⁰ Esimesel lugemisel valminud eelnõu saadeti tutvumiseks kõigile Asutava Kogu liikmetele, ministriumidele, kohtutele

⁴⁶ I. Csekey (viide 16), lk 621; E. Maddison, O. Angelus (viide 9), lk 9; H. Siimets-Gross. Sotsiaalsed ... (viide 2), lk 64; E.J. Truuväli (viide 14), lk 34. Csekey mainitud naaberriikide (st Läti ja Leedu) ning Gruusia põhiseadused vaevalt said Eesti põhiseadust mõjutada, kuna need töötati välja hiljem.

⁴⁷ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 133, 27.05.1920, vnr 536.

⁴⁸ RA, ERA.15.2.414, l 31–54: Soome valitsuskord ja seadus Soome valitsuskorra maksmapanemisest; RA, ERA.15.2.415, l 35–55: Soome valitsuskord.

⁴⁹ RA, ERA.15.2.373, l 11, 12–12p, 14, 15, 106–107 ja 118–119p: protokoll nr 23, 28.10.1919; nr 24, 30.10.1919; nr 25, 01.11.1919; nr 26, 04.11.1919; nr 50, 19.12.1919, ja nr 52, 21.12.1919.

⁵⁰ RA, ERA.15.2.373, l 66p, protokoll nr 42, 10.12.1919. Uluotsa lahkumise põhjuseks võis olla sõnavahetus Strandmaniga ja solvumine, et vähemusrahvusi puudutavate sätete aluseks võeti Maimi, mitte Uluotsa ettepanekud. Uluotsa teadet lahkumise kohta vt RA, ERA.15.2.373, l 113: protokoll nr 51, 20.12.1919, ja RA, ERA.15.2.1020, l 53: Uluotsa 20.12.1919 kiri põhiseaduskomisjoni esimehele.

ja muudele riigiasutustele, samuti ajalehetoimetustele.⁵¹ Paljud ajalehed trükkisid eelnõu ära⁵² või avaldasid sellest põhjaliku referaadi.⁵³

Põhiõiguste peatüki kohta laekus kommentaare Riigikohtult, Tallinna ringkonnakohtu, hilisema Kohtupalati esimehelt Jaak Reichmannilt ja veel mõnelt kohtunikult.⁵⁴ Kõige põhjalikuma töö tegi neist esimene. Riigikohtu koosseisu kuulusid selleks ajaks esimees Kaarel Parts ning liikmed Paul Beniko, Roman Koemets, Jaan Lõo, Peeter Puusepp, Hugo Reiman ja Martin Taevere.⁵⁵ Võib eeldada, et riigikohtunistest kaalukama sõnaga oli Parts, kellel oli juba selja taga aktiivne poliitikutegelus ja kes alles mõni kuu varem Asutava Kogu liikmena osales põhiseaduse väljatöötamisel. Ka Riigikohtu abiesimees Jaan Lõo oli Asutava Kogu liikmena osalenud ajutise põhiseaduse aruteludes. Teised olid teeninud kohtunike või muude ametnikena ja nende kogemus riigiõiguslikes küsimustes võis olla tagasihoidlikum.⁵⁶ Samas tundsid nad praktiseerivate juristidena hästi kehtivat Vene kriminaal-, haldus- ja protsessiõigust, millele Riigikohtu kommentaarides põhiseaduse eelnõu kohta korduvalt viidati. Kommentaare eelnõu kohta ilmus ka ajakirjanduses, kuid neis kritiseeriti peamiselt eelnõu keelt ja menetluse aeglust ning sisust puudutati valitsemiskorda enam kui põhiõigusi.⁵⁷

⁵¹ RA, ERA.15.2.373, l 206: eelnõu saajate nimekiri; RA, ERA.15.2.373, l 190–205: põhiseaduskomisjoni poolt esimesel lugemisel vastu võetud põhiseaduse eelnõu, 21.12.1919.

⁵² Eesti Vabariigi põhiseaduse eelnõu. – Sotsiaaldemokraat, 06.01.1920, lk 2; Eesti Vabariigi põhiseaduse eelnõu. – Kaja, 10.01.1920, lk 2–3, ja 11.01.1920, lk 2–3; Eesti Vabariigi põhiseaduse eelnõu. – Postimees, 28.01.1920, lk 1; 29.01.1920, lk 1, ja 30.01.1920, lk 2.

⁵³ Eesti Vabariigi põhiseaduse eelnõu. – Päevaleht, 31.12.1919, lk 3; Eesti Vabariigi põhiseaduse eelnõu. – Tallinna Teataja, 07.01.1920, lk 2, ja 08.01.1920, lk 2; Eesti Vabariigi põhiseaduse eelnõu kava. – Postimees, 12.01.1920, lk 1, ja 13.01.1920, lk 1–2.

⁵⁴ RA, ERA.15.2.1020, l 78–88p: Riigikohtu esimehe 23.01.1920 kiri; RA, ERA.15.2.1020, l 130–133: Reichmanni 11.02.1920 kiri; RA, ERA.15.2.1020, l 106–106p: rahukohtunik Karl Saarmanni 13.01.1920 kiri; RA, ERA.15.2.1020, l 128: rahukohtunik Paul Parts 17.01.1920 kiri.

⁵⁵ Asutava Kogu 2. istungjärk, protokoll nr 78, 31.10.1919, vnr 2266.

⁵⁶ Vt ka T. Anepaio. Eesti Vabariigi Riigikohus (I). – Eesti Jurist 1994, nr 4, lk 29–31 (26–33); T. Anepaio. Kohtunikud, kohtu-uurijad ja prokurörid 1918–1940. Biograafiline leksikon. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2017.

⁵⁷ Nt Civis. Ääremärkused Eesti Vabariigi põhjusseaduse kohta. 1. ja 2. osa. – Vaba Maa, 14.02.1920, lk 2, ja 16.02.1920, lk 2; Longue-vue. Põhiseaduse läbivaatamise ootel. 1. ja 2. osa. – Päevaleht, 17.03.1920, lk 2, ja 18.03.1920, lk 2; M. L. Meie ootame ... – Päevaleht, 31.01.1920, lk 2; O. E. L. Märkused põhiseaduse eelnõu kohta. – Päevaleht, 03.01.1920, lk 2; Rbn. Kui kaua kestab veel Asutava Kogu töö. – Päevaleht, 20.03.1920, lk 2; O. Strandman. Põhiseaduse probleemid. – Vaba Maa, 04.03.1920, lk 2. Taastrükk: O. Strandman. Põhiseaduse probleemid. – Raha rusikas. Tartu: Ilmamaa 2017, lk 88–91.

Põhiõiguste peatüki vastaseid ei olnud. Ainsana kahtles „ilusate deklaratsioonide“ vajalikkuses Jaak Reichmann. Ta kirjutas komisjonile, et eelnõus on palju deklaratiivseid sätteid, mis ei vasta tema arusaamale heast põhiseadusest: „Mina näeksin hea meelega niisugust projekti, kus ühtegi ülearu lauset, ülearu sõna ja ülearu mõtet ei oleks. Minule meeldiks, kui põhiseaduse sisu selge kui kristall, kindel kui raud ja tarvilik, kui iga ehituse vundament oleks. Kõik muu, mis põhiseadust ainult segaseks ja venivaks teevad, võiks ära jääda.“ Reichmann selgitas, et põhiseaduse peaülesanne on riigivõimu korraldust ja asutusi organiseerida, neid piirata ja koostööle suunata. Kõik muu, kaasa arvatud kodanike õiguste ja kohustuste määramine, sõltub sellest, kes on riigivõimu kandjad ja kuidas riigivõimu teostatakse. „Kõige ilusamad deklaratsioonid ei maksa siin midagi, kui riigivõimu esitajad neid miskiks ei pea ja neile võimalus on jäetud kõiki neid ilusaid asju ignoreerida“, kõlas tema kriitika tuum ning ta soovitas kõik udused deklaratsioonid kas põhiseadusest välja jätta või neid võimalikult lühendada.⁵⁸ Reichmanniga üsna sarnast kriitikat eelnõu põhjendamatu deklaratiivsuse kohta avaldas ka keegi Longue-vue Päevalehes. Pseudonüümi all esinenud kriitiline autor tõdes: „Ei võiks aga mitte tõendada, et põhiseaduse eelnõu [kodanike õiguste ja vabaduste peatükis – H. V.] täiuse kõrgusel seisab“, ja arvustas teravalt isikupuutumuse, surmanuhtluse keelustamise, usu- ja sõnavabaduse paragrahve.⁵⁹

Eelnõu teine lugemine põhiseaduskomisjonis kestis 22. jaanuarist 25. märtsini 1920, põhiõigusi arutati 29. jaanuari, 3., 5., 10. ja 12. veebruari koosolekul ning lahtiseks jäänud paragrahve 23. märtsi koosolekul.⁶⁰ Veebruari alguses Tartust naasmise järel kuni surmani 7. märtsil juhatas komisjoni taas Poska, enne

ja pärast teda Karl Ast.⁶¹ Lahtiseks jäänud paragrahvide sõnastamine anti uuele redaktsioonitoimkonnale koosseisus Jaan Vain, tööerakondlane Lui Olesk ja rahvaerakondlane Hugo Kuusner. Neist Oleski ja Kuusneri vahetasid peagi välja Poska ja Anderkopp.⁶² Teisel lugemisel vastu võetud eelnõu saadeti jälle märkuste tegemiseks Asutava Kogu liikmetele, riigiasutustele ja ajalehetoimetustele ning lisaks 1919. aasta lõpus tegevust alustanud Eesti Õigusteadlaste Seltsile.⁶³ Põhiõiguste kohta laekus kirjalikke märkusi üksnes Riigikohtult.⁶⁴ Ajalehed teise lugemise eelnõu ei avaldanud, üksnes Päevaleht avaldas kriitilise ülevaate eelnõus tehtud muudatustest.⁶⁵ Longue-vue kritiseeris eelnõust presidendiameti väljajätmist.⁶⁶

Kolmas lugemine kestis komisjonis 14. aprillist 11. maini 1920, põhiõigusi arutati 15. ja 20. aprilli koosolekul ning lahtiseks jäänud paragrahve 11. mail toimunud kahel koosolekul.⁶⁷ Komisjoni juhiks valiti selle noorim liige, toona vaid 26-aastane Anderkopp, kes oli juba märtsis määratud põhiseaduse üldettekandjaks täiskogus. Põhiõiguste peatüki ettekandjaks määrati Lui Olesk.⁶⁸ Komisjoni lõpliku eelnõu trükkisid ära Sakala ja Kaja.⁶⁹

Sotsiaaldemokraatide häälekandjas väljendati kavatsust teha komisjonis nii põhjalik töö, et Asutaval Kogul poleks põhjust „juhuslike parandustega“ eelnõu täiendada ja sellega sätete kooskõla kaotada.⁷⁰ Kas just eelnõu täiuslikkuse tõttu, aga sotsiaaldemokraatide soov täitus. Põhiseaduse eelnõu oli komisjonist tulnuna sisuliselt valmis ja järgnenud täiskogu menetluses muudeti seda üsna vähe.⁷¹

⁵⁸ RA, ERA.15.2.1020, l 133: Reichmanni 11.02.1920 kiri.

⁵⁹ Longue-vue (viide 57). Artikkel oli lisatud ka põhiseaduskomisjoni töömaterjalide hulka, vt RA, ERA.15.2.1020, l 140. Longue-vue pseudonüümi kasutas väidetavalt ajakirjanik Marta Sillaots (H. Runnel. Kõnelus Marta Sillaotsast. – Kirg ja kavalus. Tartu: Ilmamaa 2012, lk 8–9), kuid juriidilistel teemadel esines selle nime all tõenäoliselt keegi teine. Avaldatud vastustest Longue-vuele võib järeldada, et tegu oli kohtusüsteemi hästi tundva isiku, tõenäoliselt mõne kõrgema astme kohtunikuga (vt nt J. Arro. Veel kord kohtute lahutamise küsimusest. – Õigus 1922, nr 2, lk 34–35 *passim*; S. Meie kohtunikude palgaolud. – Tallinna Teataja, 31.02.1922, lk 5). Käesoleva artikli autor oletab, et pseudonüümi võis kasutada Jaak Reichmann.

⁶⁰ RA, ERA.15.2.374, l 19–20, 27–28, 45–45p, 56–56p, 63–64 ja 148–148p; protokoll nr 55, 29.01.1920; nr 56, 03.02.1920; nr 57, 05.02.1920; nr 58, 10.02.1920; nr 59, 12.02.1920, ja nr 69, 23.03.1920.

⁶¹ K. Arjakas (viide 27), lk 342–345; J. Valge (viide 1), lk 139.

⁶² RA, ERA.15.2.374, l 20 ja 45p; protokoll nr 55, 29.01.1920, ja nr 57, 05.02.1920.

⁶³ RA, ERA.15.2.1021, l 48: komisjoni asjaajaja Suurmatsi 31.03.1920 kiri; RA, ERA.15.2.374, l 245: saajate nimekiri; RA, ERA.15.2.374, l 238–244p: eelnõu tekst.

⁶⁴ RA, ERA.15.2.1020, l 149–154: Riigikohtu esimehe 13.04.1920 ja 14.04.1920 kiri.

⁶⁵ Nn. Eesti vabariigi põhiseadus pärast teist lugemist. I ja II osa. – Päevaleht, 09.04.1920, lk 2, ja 10.04.1920, lk 2.

⁶⁶ Longue-vue. Riigipea peaministri kuues. – Päevaleht, 15.04.1920, lk 2.

⁶⁷ RA, ERA.15.2.375, l 8–8p, 23–26, 110p ja 116 ja 116p; protokoll nr 73, 15.04.1920; nr 75, 20.04.1920; nr 83, 11.05.1920, ja nr 84, 11.05.1920.

⁶⁸ RA, ERA.15.2.375, l 23: protokoll nr 75, 20.04.1920; RA, ERA.15.2.374, l 160p–161: protokoll nr 70, 25.03.1920.

⁶⁹ Eesti Vabariigi põhiseaduse eelnõu. – Sakala, 14.05.1920, lk 1–2, ja 17.05.1920, lk 2–3; Eesti Vabariigi põhiseadus. – Kaja, 19.05.1920, lk 2, ja 20.05.1920, lk 2.

⁷⁰ J. W. Millal põhiseadus valmis saab? – Sotsiaaldemokraat, 05.03.1920, lk 2.

⁷¹ J. Valge (viide 1), lk 141.

Mõned olulised muudatused tehti just põhiõiguste peatükis: tagati streigivabadus ja vähemusrahvustele emakeelne õpetus ning välja jäeti surma- ja ihunuhtluse ja kogu varanduse konfiskeerimise keeld.

Asutava Kogu täiskogus menetleti põhiseaduse eelnõu kokku seitsmel istungil.⁷² 27. mail 1920 kuulati ära komisjoni esimehe Anderkopi ettekanne⁷³ ja jätkati sõnavõttudega, mis lõppesid esimesel lugemisel eelnõu vastuvõtmisega.⁷⁴ Teisel ja kolmandal lugemisel arutati eelnõu paragrahvhaaval. Põhiõiguste peatükki käsitleti teisel lugemisel 3. ja 8. juunil ning lahtiseks jäänud streigivabadust 11. juunil. Eelnõu kolmas lugemine toimus 15. juunil, mil eelnõu ka lõpphääletusel vastu võeti.⁷⁵

Võrdsusõigus

Uluotsa esimeses projektis sisaldus võrdsusõiguse säte järgmises sõnastuses: „§ 7. Kõik Eesti kodanikud on seaduse ees ühetaolised. Avalikka õigusi, mis olenevad sündimisest, sugust ehk seisusest, Eestis ei ole. Nende jalule seadmine on põhi-seaduse vastane.“ Teises projektis oli Uluots teist lauset täiendanud: „Ei või olla avalikke õigusi, eesõigusi ega paheõigusi, mis olenevad sündimisest, sugust ehk seisusest.“ Esimene lause pärines ajutisest põhiseadusest (§ 4) ja uue versiooni teine lause sarnanes Weimari põhiseaduse § 109 lõike 3 esimese lausega „Öffentlich-rechtliche Vorrechte oder Nachteile der Geburt oder des Standes sind aufzuheben“.⁷⁶ Uluots võis vahepeal olla tutvunud 11. augustil 1919 vastu võetud Weimari põhiseadusega ja laenata sealt sõnastusi oma uude projekti. Erinevalt Saksa eeskujust keelas Uluots samas sättes vaheteo ka soo alusel – Weimari põhiseaduses deklareeriti meeste ja naiste võrdõiguslikkust eraldi § 109

lõikes 1.⁷⁷ Uluotsa projektis puudus ajutise põhiseaduse §s 4 sisaldunud seisuste ja tiitlite keeld „Seisuslisi eesõigusi ja tiitlid Eesti vabariigis ei ole“.

Komisjoni aruteludes jäi paragrahv esialgu lahtiseks, sest sooviti sätestada ka tiitlite kaotamine. Uluotsale tehti ülesandeks välja pakkuda uus redaktsioon.⁷⁸ Järgmisel istungil lisati teise lausesse „rahvusest“ (ettepaneku tegijat ei ole protokollitud).⁷⁹ Detsembri lõpus kinnitas komisjon uue redaktsiooni, millest oli kustutatud kolmas lause.⁸⁰ Protokollist ei nähtu tiitlite kaotamise lisandus, kuid esimese lugemise lõplikus tekstis sisaldub uus kolmas lause „Eestis seisuslikka tiitleid ei ole“.⁸¹

Teise lugemise eel tegi Riigikohus ettepaneku teine lause asendada seisuslike eesõiguste keeluga („Seisuseid ja seisuslisi eesõigusi ei ole“) ning kolmas lause kustutada. Kohtunike arvates oli liiga riskantne Eestil ühepoolset kõigi inimeste õiguslikku võrdsust tagada, kuni pole teada, kuidas teised riigid (nt Läti või Venemaa) hakkavad Eesti kodanikke kohtlema. Samuti võis olla tarvis riiklikes huvides kodanikke erinevalt kohelda, näiteks maa või loodusvarade omandamise küsimuses, et „need varandused mitte võõraste olluste kätte ei libiseks“. Riigikohus ei pidanud õigustatuks ka perekonnanimega ühte kasvanud tiitlite keelustamist. Toodi näiteks, et ammu seisused kaotanud Prantsusmaa ei keela tiitleid, ja arvati, et muidu vaba eneseväljendust pooldava Eesti keeld võiks tiitlitega harjunud välismaalastele tunduda väiklane ja pentsik.⁸² Riigikohtu soovitus järginud Kuusneri ettepaneku teine lause välja jätta lükkas komisjon tagasi. Jaan Vainu ettepanekul otsustati muuta kolmandat lauset järgmiselt: „Eestis seisuseid ja tiitleid ei ole.“⁸³

Enne kolmandat lugemist põhiseaduskomisjonis kordas Riigikohus ettepanekut samadel põhjustel teine lause välja jätta ning kolmandas lauses keelata üksnes seisuslikud tiitlid. Riigikohus ei näinud põhjust keelata ametitega kaasnevaid tiitleid nagu „doktor“, „kandidaat“, „magister“, „professor“, „lektor“,

⁷² M. Graf (viide 29), lk 312.

⁷³ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 133, 27.05.1920, vnr 532–563. Taastrükk: Eesti Vabariigi sisepoliitika 1918–1920 (viide 14), lk 59–85; vt ka J. Valge (viide 1), lk 142.

⁷⁴ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 133, 27.05.1920, vnr 564–588, ja nr 134, 28.05.1920, vnr 589–638; vt ka J. Valge (viide 1), lk 142–143.

⁷⁵ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 135, 03.06.1920; nr 138, 08.06.1920; nr 141, 11.06.1920, ja nr 142, 15.06.1920; vt ka J. Valge (viide 1), lk 144 ja 148–149.

⁷⁶ Siin ja edaspidi on mõeldud Weimari 1919. aasta põhiseadust, vt Die Verfassung des Deutschen Reichs (viide 24). Vt ka E. Maddison, O. Angelus (viide 9), lk 17.

⁷⁷ M. Leppik (viide 2), lk 345–346.

⁷⁸ RA, ERA.15.2.373, l 11: protokoll nr 23, 28.10.1919.

⁷⁹ RA, ERA.15.2.373, l 12: protokoll nr 24, 30.10.1919.

⁸⁰ RA, ERA.15.2.373, l 106p: protokoll nr 50, 19.12.1919.

⁸¹ RA, ERA.15.2.373, l 176 ja 192: põhiseaduskomisjoni poolt esimesel lugemisel 21.12.1919 vastuvõetud eelnõu.

⁸² RA, ERA.15.2.1020, l 80–80p: Riigikohtu esimehe 23.01.1920 kiri.

⁸³ RA, ERA.15.2.374, l 19: protokoll nr 55, 29.01.1920.

„ehitusinsener“.⁸⁴ Riigikohtu soovitusi vahendava Uluotsa ettepaneku teine lause välja jätta lükkas komisjon tagasi (poolt 4, vastu 5 häält), kuid kiitis ühehäälselt heaks Anderkopi ettepaneku kolmandas lauses sõna „tiitleid“ ette lisada „seisuslikka“.⁸⁵ Komisjonis tekitas seisuste kaotamisest enam vaidlusi tiitlite lubamine. Seisuste kaotamise tempo ja viisi üle oli vaieldud ajutise põhiseaduse menetlemisel ning asjakohane täpsustav seadus oli juba Asutava Kogu menetluses.⁸⁶

Täiskogus vaidlesid võrdsusõiguse üle sotsiaaldemokraadid omavahel. Johan Jans kordas esimesel lugemisel tehtud kriitikat, et säte on deklaratiivne ja ebavõrdsus tuleneb peamiselt varanduslikust ebavõrdsusest.⁸⁷ Ta tegi ettepaneku lisada teise lause loetellu „varandusest“ ja kolmas lause asendada uuega: „Avalikke õigusi, mis olenevad varanduslikust tsensusest, Eestis ei ole.“ Komisjoni ettekandja Olesk andis teada, et neid küsimusi on komisjonis kaalutud ja Jansi ettepanek taotleb võimatut, sest mingisugune varanduslik ebavõrdsus on alati paratamatu. Seejärel võtsid Jansi ette tema enda erakonnakaaslased. Kurs-Olesk pahandas, et Jans peab oluliseks vaid varanduslikku võrdsust ja alavääristab soolist võrdõiguslikkust. Aleksander Oinas pidas Jansi soovi saavutamatuks ja varanduslike paheõiguste (st koormiste) kaotamist isegi sotsialistide eesmärkide vastaseks. Peale selle soovis Oinas teises lauses kustutada sõnad „avalikke õigusi“ põhjendusega, et soo, rahvuse ja usu määratleb avalik õigus ja seetõttu seonduvad nende nähtustega paratamatult mingid avalikud õigused, näiteks põhiseadus ise määrab vähemusrahvuste õigusi. Ta võrdles paragrahvi sõnastust Weimari põhiseadusega ja nentis, et Eesti versioon on kategoorilisem. August Rei pani ette Oinase kriitika alla sattunud sõnad „avalikke õigusi“ hoopis asendada Weimari põhiseaduses kasutatud sõnaga „avalik-õiguslikke“ ning lisaks jätta välja fraas „usust, sugust ja rahvusest“. Rei põhjendas, et usust, soost ja rahvusest tulenevaid erinevusi ei saa täielikult välistada. Lõpuks fraktsiooni nimel sõna võtnud Ast teatas, et fraktsioon toetab üksnes Oinase ettepanekut. Ta vaidles vastu Reile ja osutas, et avalik õigus ei võrdu eesõigusega – näiteks avalikust õigusest tulenev meeste riigikaitsekohustus ei tähenda, et naistel on avalik

eesõigus sõjaväeteenistusest pääseda. Enne hääletust sõna saanud Olesk teatas komisjoni nimel, et ei toeta ühtki muudatust. Täiskogu lükkas Jansi, Oinase ja Rei teise ettepaneku nähtava enamusega tagasi ning nähtava enamusega kiitis heaks Rei ettepaneku asendada sõnad „avalikke õigusi“ terminiga „avalik-õiguslikke“.⁸⁸

Kolmandal lugemisel võrdsusõiguse üle enam ei vaieldud ja paragrahv kiideti muudatusteta heaks.⁸⁹ Redigeerimise järel jõustus see kujul: „§ 6. Kõik Eesti kodanikud on seaduse ees ühetaolised. Ei või olla avalik-õiguslikke eesõigusi ja paheõigusi, mis olenevad sündimisest, usust, soost, seisusest või rahvusest. Seisusi ja seisuslikke tiitleid Eestis ei ole.“

Aumärkide keeld

Uluotsa projektides aumärkide keeldu ei sisaldunud. Komisjonis teisel lugemisel pani Jaan Vain sotsiaaldemokraatide fraktsiooni nimel ette lisada eelnõusse uus paragrahv: „Eesti Vabariik ei anna oma kodanikkudele mingisuguseid aumärke ega autähti. Ka ei ole kodanikkudel õigust väljamaa aumärka ega autähti vastu võtta.“⁹⁰ Sätte eeskujuks olid üsna ilmselt Weimari põhiseaduse § 109 lõiked 5 ja 6: „[5] Orden und Ehrenzeichen dürfen vom Staat nicht verliehen werden. [6] Kein Deutscher darf von einer ausländischen Regierung Titel oder Orden annehmen.“

Minni Kurs-Olesk seletas komisjoni istungil, et aumärgid tekitavad eristaatuses kodanikke ning välisriigid võivad aumärke andes Eesti inimesi enda huvides mõjutada. Otto Strandman põhimõtteliselt nõustus sellega, aga pidas aumärkide keelamist praktikas teostamatuks. Tema sõnul oli kaitseväelastele lubatud aumärke ja maad, samuti ei kõlbavat välisriikidele aumärke tagasi saata. Rahvaerakondlane Hugo Kuusner möönis, et aumärke kasutatakse sõjaväe innustamiseks. Vain hindas, et sõjaväes pole kuigi suurt huvi aumärkide vastu, küll aga on Eesti sõjameestel suur huvi maad saada. Ast täiendas seepeale sotsiaaldemokraatide ettepanekut loaga anda vabadusriste sõjaajal. Välismaiste aurahade kohta arvas Ast, et nende vastuvõtmine tuleks keelata, kuid juba antud

⁸⁴ RA, ERA.15.2.1020, l 150–150p: Riigikohtu esimehe 13.04.1920 kiri Riigikohtu märkustega.

⁸⁵ RA, ERA.15.2.375, l 8: protokoll nr 73, 15.04.1920.

⁸⁶ H. Vallikivi (viide 28), lk 306–308. Kohtuministeriumis koostatud ja Asutava Kogu seadusandlikus komisjonis ümber töötatud seisuste kaotamise seadust arutati täiskogus 1920. aasta märtsist juunini, vt Asutava Kogu 3. istungjärk, protokoll nr 118, 23.03.1920, vnr 829 jj; Seisuste kaotamise seadus, 09.06.1920. – RT 1920, 129/130, 254.

⁸⁷ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 133, 27.05.1920, vnr 564.

⁸⁸ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 136, 03.06.1920, vnr 704–714.

⁸⁹ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 142, 15.06.1920, vnr 982.

⁹⁰ RA, ERA.15.2.374, l 19: protokoll nr 55, 29.01.1920.

aumärgid tohib alles jätta. Lui Olesk tõi välja veel kaks vastuargumenti: aumärkidega pole üksnes inimesi mõjutatud, vaid nendega on aetud isegi äri ja teiseks võib aumärkide väljaandmisel valitsus sattuda raskesse olukorda saajate väljavalimisel. Komisjon kiitis heaks välismaa aumärkide keelu ja Strandmani ettepaneku saata paragrahv redaktsioonitoimkonnale ühes suunistega keelata kõik rahuaegsed aumärgid ning sõjaajal aumärkide andmine kodanlike teenete eest.⁹¹ Hiljem võttis komisjon vastu redigeeritud sõnastuse, milles keelati kõik aumärgid peale sõjaajal rahvaväelastele antud märkide.⁹²

Eelnõu kommenteerinud Riigikohus oli aumärkide keelu vastu, kuna see võivat aatelisi inimesi tasalülitada: „Autunded on sõjaajal isegi liiga palju kannatanud. Sarnastamise püüded kisuvad neidki, kes veel ideelisi väärtusi austavad ja teisigi omaga võistleva kutsuvad, tagasi ja rõhuvad üleüldist tasapinda.“ Välisriikide aumärke ei tohtinuks Riigikohtu arvates keelata rahvusvahelise viisakuse tõttu.⁹³ Kolmandal lugemisel komisjonis arvas Uluots, et aumärkide saamises pole midagi kurja ja sõjalistele teenetele lisaks on ka muid tunnustust väärivaid teeneid. Uluotsa ettepanek paragrahv kustutada toetust ei saanud ja paragrahv jäeti eelnõusse (poolt 7, vastu 2 häält).⁹⁴

Vaidlused aumärkide üle jätkusid Asutava Kogu täiskogus. Peaminister Jaan Tõnisson pidas õigeks keeld põhiseadusest välja võtta ja jätta küsimus edaspidise praktika kujundada.⁹⁵ Tõnissoni toetas eelnõu teisel lugemisel erakonnakaaslane Kuusner. Viimane märkis, et erinevalt Saksa eeskujust, kus riigil on keelatud mis tahes aumärke välja anda, keelab arutatav säte Eesti riigil oma kodanikele aumärkide andmise, kuid lubab anda välismaalastele. Vain seevastu pidas keeldu vajalikuks ja soovis ka kaitseväelaste erandi kustutamist. Aumärgid tekitavat tema arvates pigem pahameelt kui innustavad. Vain väitis, et sõja ajal anti aumärke teistele kui rindel vahvust üles näidanud võitlejatele. Kuusneri ettepanek lükati tagasi, kuid Vainu oma tekitas paraja segaduse. Vainu parandus kiideti küll heaks (poolt 35, vastu 31 häält), aga seejärel lükkas täiskogu kogu paragrahvi tagasi (poolt 31, vastu 34 häält).⁹⁶

⁹¹ Samas, l 19–19p.

⁹² RA, ERA.15.2.374, l 148: protokoll nr 69, 23.03.1920.

⁹³ RA, ERA.15.2.1020, l 150p: Riigikohtu esimehe 13.04.1920 kiri.

⁹⁴ RA, ERA.15.2.375, l 8: protokoll nr 73, 15.04.1920.

⁹⁵ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 133, 27.05.1920, vnr 572.

⁹⁶ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 136, 03.06.1920, vnr 715–717.

Arusaamatuse põhjustanud Vain palus kolmandal lugemisel keelu ühes kaitseväelaste erandiga eelnõusse tagasi võtta. Komisjoni aruandja Olesk toetas ettepanekut ja paragrahv kiideti täiskogu poolt heaks (poolt 42, vastu 25 häält) järgmises sõnastuses:⁹⁷ „§ 7. Eesti Vabariik ei anna autähti ja aumärke oma kodanikkudele, väljaarvatud kaitseväelastele sõja ajal. Samuti ei ole Eesti kodanikkudel õigust vastu võtta võõraste riikide aumärke ja autähti.“

Isikupuutumatus

Uluotsa esimeses projektis sisaldus isikupuutumatus paragrahv järgmises sõnastuses: „§ 8. Isiku puutumatus on kindlustatud. Keegi ei või olla võimuteostajate poolt taga-aetud, vangistatud ehk üleüldises omas isiklises vabaduses kitsendatud muidu, kui juhtumistel ja tingimustel, mis seadustes määratud.“ Esimene lause sarnaneb Berni kantoni põhiseaduse § 73 lõikega 1 („Die persönliche Freiheit ist gewährleistet“)⁹⁸ enamgi kui Weimari põhiseaduse § 114 lõikega 1 („Die Freiheit der Person ist unverletzlich“). Piiriklausel oli aga kombinatsioon Weimari põhiseaduse sama lõike teisest lausest („Eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt ist nur auf Grund von Gesetzen zulässig“) ning Venemaa 1906. aasta põhiseaduse §-st 30(72) („Никто не может подлежать преследованию за преступное деяние иначе, как в порядке, законом определенном“) ja §-st 31(73) („Никто не может быть задержан под стражею иначе, как в случаях, законом определенных“).⁹⁹ Uluotsa teises projektis oli piiriklauslist välja jäetud viide võimu teostajatele ja seda oli täiendatud samamoodi nagu muid piiriklausleid: „Keegi ei või olla taga-aetud, vangistatud ehk üleüldse omas isiklises vabaduses kitsendatud muidu, kui seaduste põhjal ja juhtumistel ning tingimustel, mis seadustes ettenähtud.“

Esimesel lugemisel komisjonis sooviti täpsustada isikupuutumatus garantiisid ja tehti Uluotsale ülesandeks välja pakkuda uus redaktsioon.¹⁰⁰ Lugemise lõpuks võeti paragrahv vastu Anderkopi pakutud sõnastuses. Esimene lause jäi

⁹⁷ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 142, 15.06.1920, vnr 982–983.

⁹⁸ Siin ja edaspidi on mõeldud Berni kantoni 1893. aasta põhiseadust, vt Staatsverfassung des Kantons Bern (viide 21).

⁹⁹ Siin ja edaspidi on mõeldud Venemaa 1906. aasta põhiseadust, vt Свод Основных Государственных Законов (viide 25; tekstis sulgudes sätte number konsolideeritud versioonis).

¹⁰⁰ RA, ERA.15.2.373, l 11: protokoll nr 23, 28.10.1919.

samaks, teise lause kaitsealasse jäi ainult tagaajamine (st jälitamine) ja samamoodi nagu mitmes muus paragrahvis oli seaduslikkuse nõue asendatud kohtu loa nõudega: „Keegi ei või olla tagaetud muidu, kui kohtuvõimude seadusliku otsuse põhjal.“ Lisandus kolmas lause vahistamise kohta (*habeas corpus*'e vormeliga): „Väljaarvatud kuriteo pealt tabamisel, ei või keegi olla vangistatud, ehk omas isiklikus vabaduses kitsendatud muidu, kui kohtuvõimude seadusliku otsuse põhjal, kus juures see otsus põhjendatuna hiljemalt 24 tundi peale vangistamist vangistatule kuulutatud peab olema.“¹⁰¹ Protokollist ei nähtu, kas Uluots ei pakkunudki sõnastust või eelistas komisjon Anderkopi redaktsiooni. Kolmanda lause eeskujuks võisid olla Taani 1849. aasta põhiseaduse artikli 78 lõige 1 („Enhver, der anholdes, skal inden 24 Timer stilles for en Dommer. Hvis den Anholdte ikke strax kan sættes paa fri Fod, skal Dommeren ved en af Grunde ledsaget Kjendelse, der afgives snarest muligt og senest inden 3 Dage, afgjøre, om han skal fængsles, og, hvis han kan løslades mod Sikkerhed, bestemme dennes Art eller Størrelse“¹⁰²) ja Weimari põhiseaduse § 114 lõige 2 („Personen, denen die Freiheit entzogen wird, sind spätestens am darauffolgenden Tage in Kenntnis zu setzen, von welcher Behörde und aus welchen Gründen die Entziehung der Freiheit angeordnet worden ist; unverzüglich soll ihnen Gelegenheit gegeben werden, Einwendungen gegen ihre Freiheitsentziehung vorzubringen“). Taani põhiseaduse järgi tuli vahistatu viia 24 tunni jooksul kohtuniku ette ja kohtuniku põhistatud vahistamisotsus tuli langetada kolme päeva jooksul. Kuna Anderkopp kasutas muude piiriklauslitega sarnast normistruktuuri, erines tema versioon Taani ja Saksa eeskujudest selle poolest, et Anderkopi järgi oli üldjuhul vahistamiseks tarvis kohtu eelnevat luba. Aastaid hiljem nimetas Anderkopp ise seda sätet õnnetuks redaktsiooniks, sest kohtu eelneva loa nõue takistas kohtuvõimu kitsa tõlgenduse tõttu kurjategijate kinnipidamist näiteks politseinike poolt.¹⁰³ Just sel põhjusel üritati vahistamise korda ühena kahest põhiõiguste kataloogi sättest 1932. ja 1933. aastal remontida, kuid erakondade eelnõud põrusid rahvahääletusel ja vabadussõjalased oma eelnõusse isikupuutumatusse sätte (§ 8) muudatust ei lisanud.¹⁰⁴

¹⁰¹ RA, ERA.15.2.373, l 118: protokoll nr 52, 21.12.1919.

¹⁰² Siin ja edaspidi on mõeldud Taani 1849. aasta põhiseadust 1915. aasta redaktsioonis, vt Danmarks Riges Grundlov (viide 22).

¹⁰³ A. Anderkopp. Põhiseaduse muutmise eelnõud. Tartu: s.n. 1933, lk 16–17.

¹⁰⁴ 1932. aasta augustieelnõu vt Postimees, 03.08.1932, lk 4; 1933. aasta juunieelnõu vt RT Lisa 1933, 16.

Kohtute peatüki projektis sisaldus kohtualluvuse muutmise keeld: „Ühtki kodanikku ei või vastu tema tahtmist temale seaduse poolt määratud kohtu alt teise alla üle viia.“ Komisjon kiitis selle muutmata kujul heaks ja otsustas viia sätte üle põhiõiguste peatükki, kus see lisati isikupuutumatusse paragrahvi viimaseks lauseks.¹⁰⁵ Sätte eeskujudeks võisid olla Šveitsi liidupõhiseaduse § 58 lõige 1 („Niemand darf seinem verfassungsmäßigen Richter entzogen [...] werden“), Soome valitsuskorra § 13 („Älköön Suomen kansalaista tuomittako muussa oikeudessa kuin siinä, jonka alainen hän lain mukaan on“) ja Weimari põhiseaduse § 105 lause 2 („Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden“).

Eelnõu kommenteerinud Riigikohus soovitas kohtu vahistamisloa nõude välja jätta ja taastada Uluotsa projektiga sarnane piiriklausel: „Keegi ei või tagaetud ehk vangistatud ehk oma vabaduses kitsendatud olla muidu, kui seaduses ettenähtud juhtumistel ja korras.“ Riigikohtu väitel selline garantii „oleks Helvetsia kantonite põhiseadusega kokkukõlas“. Kohus pidas silmas Berni kantoni põhiseaduse § 73 teist lauset („Niemand darf verhaftet werden, als in den vom Gesetze bezeichneten Fällen und unter den vorgeschriebenen Formen“) või mõne muu kantoni samasugust normi. Riigikohtunikud võrdlesid kehtivat veneaegset kriminaalmenetlust Taani põhiseaduslike garantiidega ja nentisid, et peale 24 tunni jooksul kohtuniku ette viimise kohustuse on menetlusgarantiid sarnased. Kahtlustatava viimine ööpäeva jooksul kohtuniku ette polnud nende arvates aga Eestis igal pool võimalik, sest ühendusteed ja sidepidamisviisid olevat liiga viletsad. Ka võinuks vahistamisotsuse vormistamine kohtuniku poolt olla pikem Taani kolmest päevast, sest Eestis nappis kriminaalametnikke. Kokkuvõttes leidsid riigikohtunikud, et 24 tunni jooksul loa andmist võiks esialgu katsetada linnades ja seni peaks kehtima jääma seadustes juba sisalduv vahistamis- ja läbiotsimiskord.¹⁰⁶ Kuigi põhiseaduskomisjoni protokollis Anderkopi redaktsiooni eeskujuga ei mainitud, näitab võrdlus Taaniga, et riigikohtunikud olid eeskujust teadlikud.

Kohtunik Reichmann kritiseeris terminit „tagaajamine“ (*преследование*), mis olevat küll mõistetav vene keele oskajatele, aga mitteeskajatele pidi jätma mulje, et kohtu loata ei tohi isegi röövlit taga ajada. Ka tema ei pidanud realistlikuks põhistatud vahistamisloa andmist 24 tunni jooksul. Kohtualluvuse

¹⁰⁵ RA, ERA.15.2.373, l 52 ja 53: protokoll nr 39, 04.12.1919, ja lisa 2 alamkomisjoni projektiga.

¹⁰⁶ RA, ERA.15.2.1020, l 80p–81p: Riigikohtu esimehe 23.01.1920 kiri.

muutmatuse sätet pidas Reichmann eksitavaks, sest kui mõeldud oli erakorralistele kohtutele allutamise keeldu, siis ei tohiks keelata asja arutamist sama kohtuliigi teises kohtumajas.¹⁰⁷ Päevalehes Longue-vue pseudonüümi all ilmunud arvustuses pidas autor eluvõõraks ettekirjutust ühe päeva jooksul eeluurimine lõpule viia, süüdistus koostada, kokku kutsuda vandekohus ja kohut mõista ning pööratas: „Minule näitab see kohustus lihtsalt mõtlemata ära kirjutuseks mõnest seadusest või õpperaamatust, kus sisuliselt midagi muud öeldi, kui meie eelnõu kokkuseadjad öelnud on.“¹⁰⁸ Eeldused, et vahistamisloa peab andma vandekohus ja et loa andmine eeldab asja sisulist arutamist, olid kriitilise autori enda liialdused.

Saaremaa rahukohtunik Paul Parts soovitas kohtu loa nõude asendada seaduslikkuse nõudega. Tema sõnul pidi politseil olema õigus eluasemesse tungida ja läbiotsimist toimetada mitte ainult kohtuvõimude otsusel, vaid seaduses ettenähtud juhtudel, näiteks kurjategija tagaajamise korral.¹⁰⁹ Tallinna rahukohtunik Karl Saarmann pidas õigemaks teises ja kolmandas lauses kohtu „otsuse“ asemel termini „määrus“ kasutamist, sest silmas on peetud üksnes isikupuutumatus riive lubamist, otsus tehakse asja sisulisel lahendamisel. Saarmanni märkus käis ka kodu puutumatus ja sõnavabaduse paragrahvide kohta.¹¹⁰

Teisel lugemisel komisjonis nõudis Olesk, et isikupuutumatus tagamisel tuleb lähtuda kodanike huvidest ja riivete üle peab jääma otsustama kohus. Strandmani arvates võis vahistamisloa andmise liiga lühike tähtaeg raskendada õiguskaitseorganite tegevust, kuid samas ei lahendaks võimude omavoli probleemi. Maim pooldas kohtu loa nõuet, aga soovitas vahistamisloa andmise aega pikendada 48 tunnini. Komisjon langetas põhimõttelise otsuse, et vahistamisotsus tuleb kahtlustatavale ette lugeda hiljemalt kolme päeva jooksul, ning soostus saksa saadikurühma ettepanekuga lisada, et tähtaja rikkumise korral võib vahistamisotsuse vahistatule teatavaks tegemist nõuda iga isik. Paragrahv anti redaktsiooni-toimkonnale sõnastada.¹¹¹ Märtsi lõpus kiitis komisjon lisaaruteludeta heaks toimkonna versiooni, mille teises ja kolmandas lauses sisalduvast fraasist

¹⁰⁷ RA, ERA.15.2.1020, l 131p: Reichmanni 11.02.1920 kiri. Reichmanni arvamuse põhjuseks võis olla see, et ülalmainitud kohtualluvuse muutmatuse naabersätted Šveitsi liidupõhiseaduses (§ 58 lg 1) ja Weimari põhiseaduses (§ 105 lause 1) keelasid erikohtud.

¹⁰⁸ Longue-vue (viide 57).

¹⁰⁹ RA, ERA.15.2.1020, l 128: Partsi 17.01.1920 kiri.

¹¹⁰ RA, ERA.15.2.1020, l 106: Saarmanni 13.01.1920 kiri.

¹¹¹ RA, ERA.15.2.374, l 19p–20 ja 23: protokoll nr 55, 29.01.1920, ja saksa saadikurühma ettepanekud.

„kohtuvõimude seadusliku otsuse põhjal“ oli kustutatud sõna „seadusliku“, 24 tundi oli asendatud kolme päevaga ja neljanda lausena oli sisse võetud sakslaste ettepanek sõnastuses: „Selle otsuse kuulutamist vangistatule nõuda on õigus igal kodanikul, kui kuulutamine mitte eelnimetatud tähtajal sündinud ei ole.“¹¹² Eduard Laaman on tõdenud, et viimane lause sarnanes Inglise muistse *Habeas Corpus Act*’iga aastast 1679.¹¹³

Kolmanda lugemise eel soovitas Riigikohus jälitamist puudutavas teises lauses asendada sõnad „kohtuvõimu otsuse põhjal“ sõnadega „seadustes ettenähtud juhtumistel ja korras“, sest kohtuvõim tegeleb kahtlustatavatega tihti alles pärast tagaajamist (jälitamist) ning kohtu loa nõue võtaks võimaluse kahtlustatavate kohta materjali koguda.¹¹⁴

Viimasel arutelul komisjonis pani Strandman ette kõik kriminaalõiguse küsimusi käsitlevad paragrahvid välja võtta, sest need võisid hakata hiljem takistama kriminaalseaduste väljatöötamist. Teda toetas Uluots, kelle arvates põhiseadus ei tohi takistada kurjategijate tabamist. Nendele vaidles vastu Anderkopp, kes pidas isikupuutumatus sätet vajalikuks. Anderkopp seletas veel, et „tagaajamise“ all ei tule mõista mitte kelmile järele jooksmist, vaid kelmi tagaajamist kohtuvõimude poolt. Komisjon lükkas Strandmani ettepaneku tagasi, mispeale Strandman teatas, et ta kriminaalõiguse paragrahvide hääletamisest osa ei võta. Ülejäänud liikmed kiitsid ühel häälel heaks Riigikohtu poolt teise lausesse soovitatud muudatuse.¹¹⁵ Protokollis versioonis selles lauses sisaldunud sõnad „olla tagaetatud“ on täiskogule esitatud versioonis asendatud sõnaga „jälgida“.

Täiskogus soovitas Jans lisada paragrahvi sanktsiooni, et isikupuutumatus garantiid ei jääks ebamääraseks ja et neid rikkuvaid ametnikke oleks võimalik karistada. Samuti soovis ta kustutada saksa saadikute ettepanekul lisatud *habeas corpus*’e täienduse. Strandmani arvates oli Jansi enda täiendusettepanek ebamäärane. Sotsiaaldemokraatide fraktsiooni nimel esinenud Oinas tõstas küsimuse, miks peaks vahistamise põhjusest teatamine tervelt kolm päeva aega võtma. Tema arvates piisanuks teatamiseks 24 tunnist, sest juba kahtlustatava kinnipidamiseks on vaja kohtu otsust ja järelikult peab olema teada, miks isik kinni peeti. Samaoodi nagu Jans oli Oinas vastu *habeas corpus*’e täiendusele, pidades

¹¹² RA, ERA.15.2.374, l 148: protokoll nr 69, 23.03.1920.

¹¹³ E. Laaman (viide 11), lk 347.

¹¹⁴ RA, ERA.15.2.1020, l 150p: Riigikohtu esimehe 13.04.1920 kiri.

¹¹⁵ RA, ERA.15.2.375, l 8p: protokoll nr 73, 15.04.1920.

seda ebaloogiliseks ja ebavajalikuks. Komisjoni aruandja Olesk ei toetanud kumbagi tema ettepanekut ja täiskogu lükkas mõlemad nähtava häälteenamusega tagasi.¹¹⁶

Kolmandal lugemisel võeti isikupuutumatus paragrahv muudatusteta ja aruteludeta vastu¹¹⁷ ning see jõustus järgmises redaktsioonis: „§ 8. [1] Isikupuutumatus on Eestis kindlustatud. [2] Kedagi ei või jälgida muidu kui seadustes ettenähtud juhtumistel ja korras. [3] Välja arvatud kuriteolt tabamisel, ei või kedagi vangistada või kitsendada isikulises vabaduses muidu kui kohtuvõimude otsusel, kus juures see otsus põhjendatuna peab olema kuulutatud vangistatule mitte hiljemalt kui 3 päeva peale vangistamise. Otsuse kuulutamist vangistatule on õigus nõuda igal kodanikul, kui kuulutamine mitte sündinud ei ole eel-nimetatud tähtjal. [4] Ühtki kodanikku ei või vastu tema tahtmist temale seaduse poolt määratud kohtu alt üle viia teise alla.“

Tagasiulatuva kriminaalseaduse keeld

Teisel lugemisel komisjonis tegi Anderkopp ettepaneku lisada eelnõusse järgmine säte: „Eestis ei või karistada kedagi tema tegevuse pärast, muidu, kui see tegevus karistusvääriliseks on tunnistatud seaduses, mis enne tegevust avaldatud. Õigus karistada on ainut kohtul.“¹¹⁸ Ettepaneku ajendiks võis olla Riigikohtu soovitus lisada põhiseadusesse üldine seaduste tagasiulatuva jõu keeld.¹¹⁹ Sätte esimene lause sarnanes Venemaa 1906. aasta põhiseaduse §-ga 32(74): „Никто не может быть судим и наказан иначе, как за преступные деяния, предусмотренные действовавшими во время совершения сих деяний уголовными законами, [...]“ Maim toetas Anderkopi ettepanekut ja komisjon kiitis täienduse heaks (esimese lause 6 poolthäälega, teise ühehäälselt).¹²⁰

Kolmandal lugemisel tegi Anderkopp ettepaneku jätta välja teine lause kohtu ainuõiguse kohta karistada ja komisjon toetas seda. Kahjuks ei ole sätte autori meele muutuse põhjendust protokollitud.¹²¹ Hiljem redaktsioonitoimkond muutis teksti ja asendas viite avaldamisele viitega karistusseaduse jõustumisele: „Eestis

ei või karistada kedagi tema teo pärast, ilma et see tegu karistusvääriliseks oleks tunnistatud seaduses, mis enne selle teo kordasaatmist maksma hakanud.“¹²² Täiskogus võeti paragrahv nii teisel kui ka kolmandal lugemisel komisjoni sõnastuses ilma igasuguste aruteludeta nähtava häälteenamusega vastu.¹²³

Kodu puutumatus

Uluotsa esimeses projektis sisaldus kodu puutumatus paragrahv järgmises sõnastuses: „§ 9. Eluase on puutumata. Tungimine eluasemesse ehk tema läbiotsimine ei või sündida muidu, kui juhtumistel ja tingimistel, mis seaduses määratud.“ Säte sarnanes Venemaa 1906. aasta põhiseaduse §-ga 33(75): „Жилище каждого неприкосновенно. Производство в жилище, без согласия его хозяина, обыска или выемки допускается не иначе, как в случаях и в порядке, законом определенных.“ Teises projektis oli esimene lause asendatud uuega: „Kodurahu on Eestis kindlustatud“, piiriklauslisse oli lisatud piirangu seaduslikkuse nõue ja sõnastust oli redigeeritud ülejäänud piiriklauslites tehtud muudatustele vastavalt. Uus esimene lause võis saada inspiratsiooni pigem Soome põhiseaduse §st 11 („Suomen kansalaisten kotirauha on loukkaamaton“)¹²⁴ kui Weimari põhiseaduse §st 115 („Die Wohnung jedes Deutschen ist für ihn eine Freistätte und unverletzlich. Ausnahmen sind nur auf Grund von Gesetzen zulässig“). Küll võis Saksamaa säte olla eeskujuks piiriklausli täiendusele.

Komisjon muutis teist lauset, asendades piiriklauslis seaduslikkuse nõude kohtu loa nõudega: „Ei või olla tungimist eluasemesse ehk tema läbiotsimist muidu, kui kohtuvõimude otsuse põhjal.“¹²⁵ Ettepaneku tegijat ega põhjendusi ei ole protokollitud.

Eelnõu kommenteerinud Riigikohus soovitas põhjendusi esitamata paragrahvi muuta: „Kodupaik on puutumata. Ükski riigiametnik ega politseiagent ei tohi kodaniku eluruumisse tungida teisiti kui juhtumistel ja nõuete (vormide) täitmisel, mis seaduses äratähendatud on.“¹²⁶ Komisjon kiitis heaks sotsiaaldemokraadist

¹¹⁶ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 136, 03.06.1920, vnr 717–722.

¹¹⁷ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 142, 15.06.1920, vnr 983.

¹¹⁸ RA, ERA.15.2.374, l 21: protokoll nr 55, 29.01.1920.

¹¹⁹ RA, ERA.15.2.1020, l 88: Riigikohtu esimehe 23.01.1920 kiri.

¹²⁰ RA, ERA.15.2.374, l 21: protokoll nr 55, 29.01.1920.

¹²¹ RA, ERA.15.2.375, l 8p: protokoll nr 73, 15.04.1920.

¹²² RA, ERA.15.2.375, l 110p: protokoll nr 83, 11.05.1920.

¹²³ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 136, 03.06.1920, ja nr 142, 15.06.1920, vnr 722 ja 983–984.

¹²⁴ Siin ja edaspidi on mõeldud Soome 1919. aasta valitsuskorda, vt Suomen Hallitusmuoto (viide 19).

¹²⁵ RA, ERA.15.2.373, l 12: protokoll nr 24, 30.10.1919.

¹²⁶ RA, ERA.15.2.1020, l 81p: Riigikohtu esimehe 23.01.1920 kiri.

liikme Mihkel Nepsi ettepaneku asendada esimene lause Riigikohtu pakutud sõnastusega (ühehäälselt) ning Kalbuse ettepaneku asendada teise lause teine pool Riigikohtu soovitatud sõnastusega „juhtumistel ja nõuete täitmisel, mis seaduses äratähendatud on“ (poolt 8, vastu 2 häält).¹²⁷ Sellega taastati kohtu loa asemel seaduse reservatsiooni põhimõte. Kolmandal lugemisel komisjonis võeti paragrahv ühel häälel muudatusteta vastu.¹²⁸

Täiskogus teisel lugemisel tegi sakslasest saadik Georg von Stackelberg ettepaneku uuesti asendada teise lause teine pool viitega kohtuvõimude otsusele (ehk komisjoni esimese lugemise variandiga). Stackelberg ettepanekut ei põhjendanud. Ettepanekule vaidlesid vastu Anderkopp ja komisjoni aruandja Olesk, kes tõid välja, et kui kodupaika sisenemiseks on tarvis üksnes kohtu luba, ei ole võimalik siseneda näiteks maksude kogumiseks või läbiotsimiseks. Ettepanek hääletati maha ja komisjoni versioon kiideti heaks nähtava häälteenamusega.¹²⁹ Kolmandal lugemisel võeti paragrahv muudatusteta ja aruteludeta vastu¹³⁰ ning see jõustus pärast redigeerimist kujul: „§ 10. Kodu on puutumatu. Ei või olla tungimist eluasemesse või selle läbiotsimist muidu kui juhtumistel ja nõuete täitmisel, mis on seaduses tähendatud.“

Usuvabadus

Uluotsa augustiprojekt sisaldas usuvabaduse paragrahvi järgmises sõnastuses: „§ 10. Usu ja südametunnistuse vabadus on kindlustatud. Keegi ei ole sunnitud usutunnistuslisi tegusi kordasaatma, usutunnistuslike ühingu liige olema ehk maksusi maksma või kohustusi kandma usutunnistuslike ühingu kasuks, mille liige ta ei ole. Usutunnistuste vaba teostamine üksikult ehk koguviisil on kindlustatud piirides, mida lubavad avalik kord ja head kombed. Usutunnistuslike ühingute ning nende varanduste kohta maksavad iseäralised seadused.“ Teises projektis oli sätet muudetud: neljas lause oli välja jäetud ja kolmandas lauses riive lisatingimus (avalik kord ja head kombed) asendatud seaduslikkuse nõudega: „§ 10. Eestis on usu- ja südametunnistuse vabadus. Keegi ei või olla sunnitud usutunnistuslisi tegusi kordasaatma, usutunnistuslike ühingu liige olema ehk

kohustusi kandma usutunnistuslike ühingu kasuks, mille liige ta ei ole. Keegi ei või olla takistatud oma usutunnistuse vabas teostamises üksikule ehk hulga viisil muidu, kui seaduste põhjal ja piirides.“

Uluotsa projektide esimene lause sarnanes Šveitsi liidupõhiseaduse § 49 lõikega 1 („Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist unverletzlich“) ja Weimari põhiseaduse § 135 lõikega 1 („Alle Bewohner des Reichs genießen volle Glaubens und Gewissensfreiheit“).¹³¹ Teise lause eeskujudeks võisid olla Šveitsi liidupõhiseaduse § 49 lõige 2 („Niemand darf zur Teilnahme an einer Religionsgenossenschaft, oder an einem religiösen Unterricht, oder zur Vornahme einer religiösen Handlung gezwungen, oder wegen Glaubensansichten mit Strafen irgendwelcher Art belegt werden“) ja sama paragrahvi lõige 6 („Niemand ist gehalten, Steuern zu bezahlen, welche speziell für eigentliche Kultuszwecke einer Religionsgenossenschaft, der er nicht angehört, auferlegt werden“). Esimese versiooni kolmanda lause eeskuju võis olla Šveitsi liidupõhiseaduse § 50 lõige 1: „Die freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen ist innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung gewährleistet.“ Teist versiooni oli muudetud sarnaselt ülejäänud piiriklauslitega.

Komisjonis jäi paragrahv esialgu lahtiseks, sest sooviti lisada põhimõte, et ametiasutustel ei ole õigust kodanikelt küsida nende usutunnistuse kohta (sooviavaldaja nime ei ole protokollitud).¹³² Detsembris võeti säte vastu Anderkopi redaktsioonis, milles teist lauset oli pisut redigeeritud, kolmas lause oli kustutatud ja lisatud kaks uut lauset: „Keegi ei ole kohustatud oma usutunnistust avaldama; ametikohtadel on õigus usutunnistuslikku ühingusse kuuluvust ainult siis pärida, kui viimasest õigused ja kohustused olenevad. Riigiusku Eestis ei ole.“¹³³ Esimese uue lause eeskujuks võis olla Weimari põhiseaduse § 136 lõige 3 („Niemand ist verpflichtet, seine religiöse Überzeugung zu offenbaren. Die Behörden haben nur soweit das Recht, nach der Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft zu fragen, als davon Rechte und Pflichten abhängen oder eine gesetzlich angeordnete statistische Erhebung dies erfordert“) ja teisel samas § 137 lõige 1 („Es besteht keine Staatskirche“).

Riigikohus tegi ettepaneku tõsta viimane lause („Riigiusku Eestis ei ole“) teiseks, jätta välja üleliigne usutunnistuse küsimise keeld ja lisada uus lause:

¹²⁷ RA, ERA.15.2.374, l 20: protokoll nr 55, 29.01.1920.

¹²⁸ RA, ERA.15.2.375, l 23: protokoll nr 75, 20.04.1920.

¹²⁹ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 136, 03.06.1920, vnr 722–723.

¹³⁰ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 142, 15.06.1920, vnr 983–984.

¹³¹ Siin ja edaspidi on mõeldud Šveitsi 1874. aasta liidupõhiseadust, vt Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (viide 20).

¹³² RA, ERA.15.2.373, l 12: protokoll nr 24, 30.10.1919.

¹³³ RA, ERA.15.2.373, l 106p: protokoll nr 50, 19.12.1919.

„Usutunnistuslised vaated ei või vabanduseks olla kuriteo kordasaatmiseks ehk enda kõrvale hoidmiseks kodaniku kohuste täitmiseks.“ Kohtunike arvates pidi olema võimalik vastutusele võtta neid, kes „usutunnistuslisel põhjusel teiste ehk oma keha osasid vigastavad (näituseks kastreerijad)“ ega tohtinud lubada, et „mõne ususeltsi liikmed (näituseks baptistlased) usulistel põhjustel tõrguvad sõjariistu kandmast ja sõjaväeteenistusest osa võtmast“.¹³⁴ Riigikohtunike pakutud lause sarnanes Šveitsi liidupõhiseaduse § 49 lõikega 5: „Die Glaubensansichten entbinden nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten.“ Kohtunik Reichmann tõi esile vastuolu usutunnistuse küsimise keelus: „kui riik usku ei tunnista, ei saa usust rippuvaid õigusi vist ka tunnistada“. Teisisõnu, kui usust sõltuvaid õigusi ja kohustusi ei eksisteeri, ei saa riik usutunnistuse kohta küsimusi esitada. Reichmanni arvates oli säte vastuolus võrdsusõiguse põhimõttega.¹³⁵ Vastuoluliseks pidas usutunnistuse küsimise keeldu ka anonüümne arvustaja Longue-vue.¹³⁶

Komisjon kiitis teisel lugemisel heaks Kurs-Oleski idee järgi Anderkopi sõnastatud kolmanda lause täienduse, mille järgi riik võis usutunnistust küsida riikliku statistika tarbeks („kui seda arvustiku kogumine nõuab“ – poolt 4, vastu 3 häält), Asti pakutud uue lause „Usulikkude talituste täitmine on takistamata, kui need avaliku korra ja kõlbluse vastu ei käi“ (poolt 5, vastu 2 häält) ning Anderkopi ettepanekul Riigikohtu soovitatud uue lause (poolt 6 häält, 1 erapooletu). Kristliku rahvaerakondlase arst Hans Leesmendi alternatiivne paragrahv toetust ei saanud (poolt 1, vastu 6 häält). Tema soovis riiklikku kaitset usuühingute tegevusele ning usuõpetuse sisseseadmist koolides kohustusliku aina.¹³⁷ Asti täiendus taastas Uluotsa esimese projekti kolmanda lause, mis sarnanes Šveitsi liidupõhiseaduse § 50 esimese lõikega.

Kolmandal lugemisel kahtles sotsiaaldemokraat Juhan Kartau, kas riigi ja kiriku lahutus on piisavalt selgelt väljendatud, kuid ettepanekut paragrahvi muutmiseks ei teinud. Vainu ettepanekut teine lõige (usutunnistuse küsimise keeld) välja jätta komisjon ei toetanud, kuid otsustas kustutada teisel lugemisel lisatud sõnad „või kui seda arvustiku teadete kogumine nõuab“.¹³⁸ Protokollidest ei nähtu, aga Anderkopp rääkis täiskogule peetud ettekandes, et komisjonis oli

haridusküsimuste ja vähemusrahvuste õiguste kõrval üks suuremaid vaidlusteemasid usuvabadus, sh küsimus, kas anda usuühingutele eraõiguslik seisund või nii nagu suuremas osas teistes riikides jätta neile avalik-õiguslik seisund. Osalt said riigi ja kiriku lahutamise debatid peetud avalikkude algkoolide seaduse menetlemisel (viimasega kaotati koolidest usuõpetus) ja põhiseaduskomisjon olevat Anderkopi sõnul lähtunud neis vaidlustes kujunenud seisukohtadest.¹³⁹ Anderkopp võis teiste riikide all silmas pidada Saksamaad, kus Weimari põhiseaduse § 137 lõike 5 järgi jäid senised usuühingud avalik-õiguslikeks.

Täiskogus soovis kristlik rahvaerakondlane kirikuõpetaja Jaan Lattik lisada Saksa põhiseaduse eeskujul kolmandasse lausesse, et ka usuühingute loomine ja neisse koondumine on takistamata. Samuti tahtis ta kustutada neljanda lause lõpust „või kodaniku kohuste täitmisest kõrvalehoidmisele“. Lattiku sõnul olevat juba Vene valitsus kaitsnud ususeltside liikmeid, kelle veendumused ei lubanud verd valada, rakendades neid sanitaridena või muul moel, ja sama pidanuks tegema ka Eesti põhiseadus. Täiskogu lükkas mõlemad ettepanekud nähtava enamusega tagasi. Küll soostus täiskogu tööerakondlase Nikolai Taltsi ettepanekuga kustutada teine lõige (usutunnistuse küsimise keeld). Talts kordas kohtunike argumente, et erand usutunnistuse küsimise keelust on vastuolus võrdsusõiguse põhimõttega ning lõige ülearune.¹⁴⁰

Täiskogus kolmandal lugemisel tegi Jaan Vain ettepaneku taastada usutunnistuse küsimise keeld ilma erandita. Tema arvates oli keeld vajalik, et inimesi ei hakataks seaduse ees hindama nende ilmavaate ja usu järgi. Komisjoni esindaja Olesk pidas täiendust üleliigseks ja keeld jäi täiskogu otsusel välja.¹⁴¹ Redigeerituna jõustus usuvabaduse paragrahv kujul: „§ 11. [1] Eestis on usu ja südame-tunnistuse vabadus. Keegi ei ole kohustatud korda saatma usutunnistuslikke tegusid, olema usutunnistusliku ühingu liige ega kandma selle kasuks avalikke kohustusi. [2] Usuliste talituste täitmine on takistamatu, kui see ei käi avaliku korra ja kõlbluse vastu. [3] Usutunnistus ega ilmavaade ei või vabanduseks olla kuriteo kordasaatmisele või kodaniku kohuste täitmisest kõrvalehoidmisele. [4] Riigiusk Eestis ei ole.“

¹³⁴ RA, ERA.15.2.1020, l 82: Riigikohtu esimehe 23.01.1920 kiri.

¹³⁵ RA, ERA.15.2.1020, l 131p: Reichmanni 11.02.1920 kiri.

¹³⁶ Longue-vue (viide 57).

¹³⁷ RA, ERA.15.2.374, l 27–27p ja 148–148p: protokoll nr 56, 03.02.1920, ja nr 69, 23.03.1920.

¹³⁸ RA, ERA.15.2.375, l 23 ja 110p: protokoll nr 75, 20.04.1920, ja nr 83, 11.05.1920.

¹³⁹ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 133, 27.05.1920, vnr 536; Asutava Kogu poolt 7. mail 1920. a vastu võetud avalikkude algkoolide seadus. – RT 1920, 75–76, 208.

¹⁴⁰ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 136, 03.06.1920, vnr 723–725.

¹⁴¹ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 142, 15.06.1920, vnr 984–985.

Sõnavabadus

Uluotsa augustiprojektis sisaldus sõnavabaduse paragrahv järgmises sõnastuses: „§ 12. Igaühel on vabadus omi mõtteid sõnas, kirjas, trükkis ja piltis avaldada, aga igäüks kannab vastutust vabaduse kuritarvitamise eest seaduste põhjal.“ Teises projektis oli sõnastust muudetud: „§ 12. Eestis on vabadus omi mõtteid sõnas, kirjas, trükkis ehk piltis avaldada. Selle vabaduse teostamises kitsendud ehk tema kuritarvitamises karistud ei või keegi olla muidu, kui seaduste põhjal ja tingimistel ning korras, mis seadustes ettenähtakse.“ Uluotsa esimese lause eeskujuks võisid olla Berni kantoni põhiseaduse § 77 („[1] Die Freiheit der Mitteilung der Gedanken durch Worte, Schrift, Druck und bildliche Darstellung ist gewährleistet. [2] Das Gesetz bestimmt die Strafe des Missbrauches dieser Freiheit“) ja Weimari põhiseaduse § 118 („Jeder Deutsche hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern“). Teine lause oli ühtlustatud sõnumisaladuse ning koosoleku- ja ühinemisvabaduse piiriklauslitiga.

Esimesel lugemisel komisjonis lisati kaitstud väljendusviiside loetellu „kujutuses“, teises lauses asendati seaduslikkuse nõue kohtu loa nõudega: „Seda vabadust kitsendada võib ainult kohtuvõimude otsuse põhjal“, ja lisati kolmas lause tsensuurikeeluga: „Tsensuuri Eestis ei ole.“¹⁴² Ettepanekute tegijaid ega põhjendusi ei ole protokollitud. Kohtu loa nõue seati komisjonis esimesel lugemisel tingimuseks ka isiku- ja kodu puutumatus ning liikumisvabaduse paragrahvides. Tsensuurikeeldu võisid inspireerida Taani põhiseaduse artikli 84 teine lause („Censur og andre forebyggende forholdsregler kunne inngesinde paa ny indføres“), Berni kantoni põhiseaduse § 77 lõige 3 („Es darf niemals die Zensur oder eine andere vorgreifende Massnahme stattfinden“) ja Weimari põhiseaduse § 118 lõige 2. Saksamaal olid küll lubatud erandid filminduses ja piirata võis sõnavabadust kõlvatu kirjanduse leviku takistamiseks ning näidendite ja näituste näitamist noorte kaitseks („Eine Zensur findet nicht statt, doch können für Lichtspiele durch Gesetz abweichende Bestimmungen getroffen werden. Auch sind zur Bekämpfung der Schund- und Schmutzliteratur sowie zum Schutze der Jugend bei öffentlichen Schaustellungen und Darbietungen gesetzliche Maßnahmen zulässig“), Eestis seevastu taheti tsensuurikeeld kehtestada ilma reservatsioonideta.

¹⁴² RA, ERA.15.2.373, l 12ja 106p: protokoll nr 24, 30.10.1919, ja nr 50, 19.12.1919.

Riigikohus soovitas muuta kaitstud väljendusviiside loetelu avatuks ja taastada teises lauses seaduse reservatsiooni: „Seaduses on määratud piirid ja karistused nende vabaduste kuritarvituste vastu.“ Kohtunikud põhjendasid, et vabadusi võib kitsendada seadusega ja kohtuvõim saab üksnes kuritarvituste eest karistada.¹⁴³ Reichmann pidas võimatuks kohtu loa kiiret saamist ja esitas retoorilise küsimuse, kas komisjoni sõnastuse korral „saab kuidagiviisi kuskil kõnemeest takistada, kes kõiksugustele kuritegudele kuulajaid üles kutsub“. Reichmann arvas lisaks, et üldine ja absoluutne tsensuurikeeld ei võimalda kaitsta sõjasaladusi.¹⁴⁴

Komisjonis Poska, Olesk, Ast ja Vain pooldasid võimalikult laia vabadust, mida jooksev seadusandlus ei saaks tagasi võtta, ja soovitasid jääda endise redaktsiooni juurde. Ka Maim pooldas endist redaktsiooni ja põhimõtet, et administratiivsel teel ei tohiks vabadusi kitsendada. Ta soovitas teise lause lõppu lisada „seaduses ettenähtud kuritarvituste korral“. Kurs-Olesk pani ette lisada teise lausesse nõue, et vabaduste piiramine võib sündida „kohtu läbi kõlbluse kaitseks ja riigi olemasolu kaitseks“. Maimi ja Kurs-Oleski ettepanekud võeti vastu ja redaktsioonitoimkonnale tehti ülesandeks pakkuda uus sõnastus.¹⁴⁵ Nädal hiljem arutelu jätkus. Maim soovis kindlasti kohtu loa nõude säilitamist, et vältida veneaegset olukorda, kus administratiivvõimul oli iseseisev suur võim sõnavabadust ja muid vabadusi kitsendada. Ta arvas koguni, et sõnavabaduse kuritarvitaja rikkumiselt tabamise korral peab olema võimalik kohtuvõimud sündmuskohale kutsuda. Anderkopp vaidles Maimile vastu Reichmanni argumentidega, et kohtu luba ei ole võimalik ebaseadusliku teo toimepanemise, näiteks riigivastase kõne pidamise või kombustusvastaste piltide näitamise kestel saada. Ast leidis, et eeltsensuuri trükiteostele pole tarvis, sest need ei jõua kiiresti levida, aga kombuluse ja riigivastaste elavate ettekannete peatamine aegsasti peaks siiski võimalik olema. Strandman sedastas, et „keelekuritegudes olgu samasugune kord, kui muiski kuritegudes. Administratiivne võim toimetab süüdlase kuriteo pealt tabamise korral kohtuvõimude kätte, ilma et ise mingit otsust teeks“. Poska pakkus kompromissina täpsustust, et sõnavabaduse kitsendamine on lubatud kriminaalseadustega. Tema arvates pidi see välistama vabaduste kitsendamise õiguse mineku politsei kätte. Komisjon toetas Poska täiendusega redaktsiooni

¹⁴³ RA, ERA.15.2.1020, l 82–82p: Riigikohtu esimehe 23.01.1920 kiri.

¹⁴⁴ RA, ERA.15.2.1020, l 131p: Reichmanni 11.02.1920 kiri.

¹⁴⁵ RA, ERA.15.2.374, l 45: protokoll nr 57, 05.02.1920.

toimkonna versiooni: „Seda vabadust võib vastavate kriminaalseaduste põhjal kitsendada ainult kõlbluse ja riigi olemasolu kaitseks.“¹⁴⁶

Kolmanda lugemise eel soovitas Riigikohus Poska pakutud viite kriminaalseadusele välja võtta, sest sõnavabaduse teostamise korda ei reguleeri mitte kriminaalseadus, vaid muud seadused. Kriminaalseadus kehtestab vaid karistused. Samuti soovitas Riigikohus Kurs-Oleski pakutud kaitse-eesmärgi „riigi olemasolu“ asendada fraasiga „riigikorra“. Kohtunike arvates oht riigi olemasolule eeldab liiga tugevat rünnet, aga karistamist väärrib ka näiteks riigi äraandmisele kihutamise, mis küll riigi eksistentsi kui sellist veel ohtu ei sea.¹⁴⁷ Komisjon kiitis ühel häälel heaks Strandmani ettepanekud teisest lausest välja jätta viide kriminaalseadusele ja piiranguga kaitstava hüve juurest kustutada „olemasolu“. Seega nõustuti täielikult Riigikohtu seisukohtadega. Oleski ettepanek jätta välja tsensuurikeeld lükati tagasi (poolt 4, vastu 8 häält). Olesk põhjendas ettepanekut sellega, et tsensuur ei tohi saada erakondliku võitluse abinõuks, kuid kuritegevusvastases võitluses võiks tsensuur siiski olla lubatud.¹⁴⁸

Täiskogus teisel lugemisel pakkus Jans paragrahvile täiesti uue sõnastuse: „Eeltsensuuri Eestis ei ole. Mõtete avaldamise eest, sündigu see sõnas, trükis, pildis ehk kujutuses võetakse vastutusele vastavate kriminaalseaduste põhjal ainult siis, kui mõtteavaldus pornograafiat sisaldab ehk kuritegude kordasaatmisele, demokraatliku korra kukutamisele või riigi äraandmisele kutsub.“ Tema arvates oli sõnavabaduse mõiste määratletud liiga laialt, sõnavabadust tohiks piirata üksnes kohtu loal ja kuna põhiõigused on „positiivsed“ (st õiguslikult siduvad, mitte pelgalt deklaratsioonid), peaks piirangu kaitse-eesmärgina lisama ka kuritegude ärahoidmise. Vastasel juhul tulevat karistusseadusest kustutada kaas-kodanike kaitseks ettenähtud karistused näiteks laimamise, solvamise ja välja-pressimise eest. Komisjoni ettekandja Olesk pidas Jansi parandusi otstarbetuteks ja selgitas pikemalt tsensuurikeelu vajalikkust. Tema väitel põhiseaduses tsensuuri eitamine tähendab, et Eestis pole erilist asutust tsenseerimise jaoks, aga sõnaga ei tohi sellegipoolest kuritegusid korda saata. Täiskogu lükkas Jansi paranduse nähtava häälteenamusega tagasi.¹⁴⁹

¹⁴⁶ RA, ERA.15.2.374, l 63–63p: protokoll nr 59, 12.02.1920.

¹⁴⁷ RA, ERA.15.2.1020, l 152p: Riigikohtu esimehe 14.04.1920 kiri.

¹⁴⁸ RA, ERA.15.2.375, l 24–24p: protokoll nr 75, 20.04.1920.

¹⁴⁹ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 136, 03.06.1920, vnr 735–736.

Kolmandal lugemisel võeti sõnavabaduse paragrahv diskussioonideta muutmata kujul vastu¹⁵⁰ ja see jõustus sõnastuses: „§ 13. [1] Eestis on vabadus omi mõtteid avaldada sõnas, trükis, kirjas, pildis või kujutuses. Seda vabadust võib kitsendada ainult kõlbluse ja riigi kaitseks. [2] Tsensuuri Eestis ei ole.“

Sõnumisaladus

Uluotsa esimeses projektis sisaldus sõnumisaladuse tagatis järgmisel kujul: „§ 13. Posti, telegraafi ja telefoni teel mõtete edasiandmise saladus on seaduslikult kindlustatud. Sellest saladusest erandisi teha võib ainult seaduste põhjal.“ Oktoobriprojektis oli esimese lause kaitseala laiendatud (sõnumite edastamise eri viisid olid kustutatud) ja piiriklauslit täiendatud samamoodi nagu muudes paragrahvides: „§ 13. Mõtete edasiandmise saladus on Eestis kindlustatud. Sellest saladusest erandisi teha võib ainult seaduste põhjal ning tingimistel ja korras, mis seadustes ettenähtakse.“ Esimese versiooni esimene lause sarnanes Soome põhi-seaduse §-ga 12 („Kirje-, lennätin- ja puhelinsalaisuus on loukkaamaton, mikäli siitä ei ole laissa poikkeusta säädetty“) ja Weimari põhiseaduse §-ga 117 („Das Briefgeheimnis sowie das Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnis sind unverletzlich. Ausnahmen können nur durch Reichsgesetz zugelassen werden“).

Esimesel lugemisel kiitis komisjon esimese lause heaks, kuid teine lause otsustati mingil põhjusel kustutada. Põhjendusi ei ole kahjuks protokollitud.¹⁵¹

Riigikohus soovitas anda sättele täiesti uue kuju: „Sõnumite ja kirjade saladus, mis posti, telegrahi ja telefoni kaudu edasiantakse, on Eestis kindlustatud. Erandid sellest võib ainult riigiseaduste põhjal lubada. Seadus määrab ära, kes ametnik nende saladuste rikkumise eest vastutust kannab.“¹⁵² Kaks esimest lauset sarnanevad tuntavalt Weimari põhiseaduse §-ga 117. Kohtunikud pidasid komisjoni sõnastust liiga laiaks ja juhtisid tähelepanu, et paragrahvi kaitsealasse langeksid näiteks eraisikute omavahelised suulised sõnumid, salaposti kirjad ja vangide salajane kirjavahetus. Nende arvates sai põhiseadus reguleerida ainult riiklike asutuste kaudu, mitte erateel edasi antavate sõnumite saladust. Kohtunikud selgitasid, et kriminaalkohtupidamise seadus võimaldab teatavate kuritegude jälitamisel kohtu loal sõnumivahetust varjatult jälgida ja see võimalus peaks

¹⁵⁰ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 142, 15.06.1920, vnr 988.

¹⁵¹ RA, ERA.15.2.373, l 12: protokoll nr 24, 30.10.1919.

¹⁵² RA, ERA.15.2.1020, l 82p: Riigikohtu esimehe 23.01.1920 kiri.

eksisteerima ka tulevikus. Veel pidasid riigikohtunikud vajalikuks seadusega sätestada, kes ametnikest saladuse hoidmise eest hoolt ja vastutust peab kandma.¹⁵³

Teisel lugemisel pani Ast ette kiita heaks Riigikohtu sõnastus mõnede muudatustega: „Sõnumite ja kirjade saladus, mis posti, telegrahi ja telefoni, ehk mõnel muul üleüldiselt tarvitataval teel edasi antakse, on Eestis kindlustatud. Erandid sellest võib ainult seaduste põhjal kohtuvõimude nõudmise peale lubada. Sõnumite ja kirjade saladuse rikkumine on nuheldav, sündigu see ametnikkude ehk eraisikute poolt.“ Asti esimeses lauses on sõnumi edastusviisid küll jälle üles loetud, aga loetelu ise on avatud. Teise lausesse lisandunud kohtu loa nõude eeskujuks võisid olla Vene Vabastusliidu eelnõu ning Austria 1867. aasta seaduse asjakohased sätted. Kuigi Venemaa 1906. aasta põhiseadusest oli sõnumisaladuse kaitse välja jäänud, sisaldus sõnumisaladuse kaitse eelnõu aluseks võetud Vene Vabastusliidu projektis, punkti 9 teises lauses: „Письма не могут быть вскрываемы иначе, как по постановлению судебной власти.“ Vabastusliidu projekti eelkäijaks omakorda võis olla Austria kodanikuõiguste põhiseaduse § 10: „Das Briefgeheimniß darf nicht verletzt und die Beschlagnahme von Briefen, außer dem Falle einer gesetzlichen Verhaftung oder Haussuchung, nur in Kriegsfällen oder auf Grund eines richterlichen Befehles in Gemäßheit bestehender Gesetze vorgenommen werden.“¹⁵⁴ Kolmandas lauses võib näha Riigikohtu märkusest tõukunud soovi kaitsta ka eraviisilise sõnumivahetuse saladust. Selle lause eeskujuga ei õnnestunud teistest põhiseadustest leida. Asti sõnastusele soovitas Olesk lisada: „Seaduslikus korras kohtuvõimude poolt vastutusele võetud isikute mõttevahetus võib kohtuvõimude kontrolli alla käia“, ning Maim: „Seadus määrab ära ametnikud, kes nende saladuste rikkumise eest vastutust kannavad.“¹⁵⁵ Paragrahv anti redaktsioonitoimkonnale, kes tagastas komisjonile heakskiitmiseks Asti ettepaneku pisut redigeeritud kaks esimest lauset. Asti kolmas lause ning Oleski ja Maimi täiendused olid välja jäetud. Komisjon kiitis toimkonna pakutud sõnastuse muudatusteta ja aruteludeta heaks.¹⁵⁶ Ka kolmandal lugemisel võeti säte ühel häälel ilma muudatusteta vastu.¹⁵⁷

¹⁵³ Samas, l 82p ja 88–88p.

¹⁵⁴ Siin ja edaspidi on silmas peetud Austria 1867. aasta kodanikuõiguste põhiseadust, vt Das Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 ... (viide 17).

¹⁵⁵ RA, ERA.15.2.374, l 45–45p; protokoll nr 57, 05.02.1920.

¹⁵⁶ RA, ERA.15.2.374, l 63p; protokoll nr 59, 12.02.1920

¹⁵⁷ RA, ERA.15.2.375, l 24p; protokoll nr 75, 20.04.1920.

Täiskogu istungil kritiseeris Jans, et sekkumisõigus on liiga lai, ja pakkus välja paragrahvi uue sõnastuse: „Sõnumite ja kirjade saladusest võib väljavõtteid teha ainult üksikutele juhtudel, kohtuvõimude käsul raskete kuritegude ärahoidmiseks ja kuritegijate tabamiseks.“ Muudatuse vastu olid Konstantin Päts ja komisjoni aruandja Olesk. Nemad pidasid Jansi sõnastust liiga kitsaks. Saadikud lükkasid ettepaneku nähtava enamusega tagasi.¹⁵⁸ Kolmandal lugemisel võeti sõnumisaladuse paragrahv muudatusteta vastu¹⁵⁹ ja redigeerituna jõustus see põhiseaduses kujul: „§ 14. Eestis on kindlustatud sõnumite ja kirjade saladus, mis edasi antakse posti, telegrahi ja telefoni või mõnel muul üldtarvitataval teel. Erandeid teha on õigus kohtuvõimudel seadustes ettenähtud juhtumistel.“

Kaebeõigus

Uluotsa esimeses projektis sisaldus kaebeõiguse säte: „§ 15. Õigus pöörata kirjalikkude palvetega ja kaebtustega vastavate riikliste või omavalitsusliste asutuste poole on kindlustatud. Riiklised või omavalitsuslised asutused on kohustud neile pööramistele seaduslikku käiku andma.“ Teises projektis oli kustutatud pöörumise kirjalikkuse nõue ning „riiklikud ja omavalitsusasutused“ oli asendatud mõlemaid hõlmava „avalike asutustega“. Esimese lause eeskujuks võib pidada Weimari põhiseaduse § 126 esimest lauset: „Jeder Deutsche hat das Recht, sich schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständige Behörde oder an die Volksvertretung zu wenden.“

Esimesel lugemisel komisjonis Uluotsa sõnastust ei muudetud. Küll arvas komisjon paragrahvi esimese hooga eelnõust välja, aga taastas lugemise lõpuks.¹⁶⁰ Ka teisel lugemisel kiideti säte heaks muutmata kujul (poolt 5, vastu 4 häält).¹⁶¹ Vastuhäälte põhjusi pole protokollitud, kuid need võisid olla seotud Riigikohtu kommentaariga. Kohtunikud nentisid, et kaebeõigus juba tulenes kohtupidamise ja muudest seadustest ning säte ei lisanuks õiguskorda midagi uut. Kui paragrahv siiski alles jätta, tulnuks Riigikohtu arvates lisada, et pöördumistega ei tohi kaasas käia relvaähvardust.¹⁶²

¹⁵⁸ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 136, 03.06.1920, vnr 736–738.

¹⁵⁹ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 142, 15.06.1920, vnr 987–988.

¹⁶⁰ RA, ERA.15.2.373, l 12p ja 107; protokoll nr 24, 30.10.1919, ja nr 50, 19.12.1919.

¹⁶¹ RA, ERA.15.2.374, l 45p; protokoll nr 57, 05.02.1920.

¹⁶² RA, ERA.15.2.1020, l 82p; Riigikohtu esimehe 23.01.1920 kiri.

Kolmanda lugemise eel kordas Riigikohus soovitus paragrahvi täiendada relvastatud või muu surveabinõu kasutamise keeluga. Kohtunike arvates võis muidu juhtuda, et kui riigipöördekatsele anda palve kuju, jääks see tegevus karistamata.¹⁶³ Oleski ettepanekul lisati üksmeelse otsusega lause „Pööramiste kaasas ei tohi käia mingi surveabinõu“ ning redaktsioonikomisjoni ettepanekul asendati sõnad „neile pööramistele“ sõnaga „asjale“.¹⁶⁴

Täiskogus teisel lugemisel nimetas tööerakondlane Nikolai Talts paragrahvi sõnastust raskepäraseks ja pakkus välja uue: „Igal Eesti kodanikul on õigus pöörata kaebtusega ja palvetega vastavate avalikkude asutuste poole, millega ühenduses ei tohi käia mingi surveabinõu. Vastavad asutused on kohustatud asjale seaduslikku käiku andma.“ Komisjoni aruandja Olesk ei pidanud pakutut komisjoni versioonist paremaks ja täiskogu pooldas samuti komisjoni versiooni (poolt 34, vastu 17 häält).¹⁶⁵

Kolmandal lugemisel võeti kaebeõiguse paragrahv muudatusteta ja aruteldeta vastu¹⁶⁶ ning see hakkas kehtima kujul: „§ 15. Eestis on kindlustatud õigus pöörata kaebustega ja palvetega vastavate avalikkude asutuste poole. Pööramiste kaasas ei tohi käia mingi surveabinõu. Vastavad asutused on kohustatud asjale andma seadusliku käigu.“

Ebainimlike karistuste keeld

Kohtute peatüki esimeses projektis sisaldus säte: „Surmanuhtlusega ja varanduse konfiskeerimisega ei karistata ühtki süüdlast /väljaarvatud sõjaseisukorras sellekohase seaduse alusel.“¹⁶⁷ Surmanuhtluse keelustamise kava pärines tsaariaegsete revolutsionäride ideedest.¹⁶⁸ Võimalikest õiguslikest eeskujudest võivad veel kõne alla tulla Šveitsi liidupõhiseaduse § 65 (1879. aasta referendum redaktsioonis), mis keelas surmanuhtluse poliitiliste süütegude eest ja ihunuhtluse („Wegen politischer Vergehen darf kein Todesurteil gefällt werden. Körperliche Strafen sind untersagt“), ning Preisimaa 1850. aasta põhiseaduse § 10, mis keelas

õigusvõime täieliku kaotamise ja karistusena vara konfiskeerimise („Der bürgerliche Tod und die Strafe der Vermögenseinziehung finden nicht statt“).¹⁶⁹ Komisjon otsustas pärida kaitseväge juhatus seisukohta surmanuhtluse küsimuses, kuid vastust ootamata kiitis keelu heaks, täpsustades, et konfiskeerimise keeld käib kogu vara kohta ja erandid on lubatud lisaks sõjaseisukorrale ka kaitseisukorras. Samuti otsustas komisjon viia sätte üle põhiõiguste peatükki.¹⁷⁰

Riigikohtu enamus pidas kogu vara konfiskeerimise keeldu ülearuseks, sest niisugune karistusmäär oli juba Prantsuse revolutsioonist saadik karistusõigusest välja jäetud. Riigikohus selgitas, et kogu vara konfiskeerimine eirab karistuse individualiseerituse eesmärki ja karistab süüdlasest enam tema perekonda ja pärijaid; isegi Vene seaduses oli see karistus ette nähtud ainult mässu eest riigi vastu. Riigikohtunike vähemus siiski soovitas konfiskeerimise keelu põhiseadusesse võtta.¹⁷¹ Komisjon teisel lugemisel konfiskeerimise keeldu ei kustutanud, vaid lisas Maimi ettepanekul uue lause „Ihunuhtlusega karistamine on Eestis keelatud“.¹⁷²

Komisjonis kolmanda lugemise eel soovitas Riigikohus kogu paragrahvi põhiseadusest välja jätta ja otsustada karistuste keelamine lihtseadustega. Kohtunikud selgitasid, et kui rahuajal tundusid paragrahvis loetletud karistused kohatud, siis sõjaaja koledused meenutavad, et ühiskond vajab kaitset „nende vasta, kes teiste elust ja hääst käekäigust põrmugi ei hooli“. Põhiseadusega surmanuhtluse kaotamine võis nende arvates süvendada jultunud kurjategijates karistamatuse tunnet, samuti meelitada Eestisse anarhiste karistamatult välisriikide vastu plaane sepitsema.¹⁷³ Surmanuhtluse keelamise paragrahvi oli varem kritiseerinud ka kohtunik Jaak Reichmann, kes nimetas keeldu ilusaks sõnakõlksuks. Reichmann soovitas jätta karistusliikide üle otsustamise karistusseadustiku koostajatele, „muidu ehk juhtub riik sagedaste sõjaseaduse alla ka siis, kui seda tarvis ei ole ja kus ka need surma mõistetakse, kes seda ära ei ole teeninud“¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat (viide 18).

¹⁷⁰ RA, ERA.15.2.373, l 47: protokoll nr 38, 03.12.1919; RA, ERA.15.2.373, l 52: protokoll nr 39, 04.12.1919; RA, ERA.15.2.373, l 193: esimese lugemise eelnõu.

¹⁷¹ RA, ERA.15.2.1020, l 82p–83: Riigikohtu esimehe 23.01.1920 kiri.

¹⁷² RA, ERA.15.2.374, l 45p: protokoll nr 57, 05.02.1920.

¹⁷³ RA, ERA.15.2.1020, l 152p–153: Riigikohtu esimehe 14.04.1920 kiri.

¹⁷⁴ RA, ERA.15.2.1020, l 131p–132: Reichmanni 11.02.1920 kiri. Erikohtualluvusega kaasnenud kõrgemaid karistusmäärasid, k.a surmanuhtluse rakendamist, on käsitletud nt F. Karlson. Meie sõjakohtu reform. – Õigus 1921, nr 11/12, lk 189–195; M. Sedman. Sõjakohtud ja Riigikohtu roll sõjakohtute süsteemis Eesti Vabariigi esimesel iseseisvusperioodil. – Juridica 2019, nr 9, lk 642–654.

¹⁶³ RA, ERA.15.2.1020, l 152p: Riigikohtu esimehe 14.04.1920 kiri.

¹⁶⁴ RA, ERA.15.2.375, l 24p ja 110p: protokoll nr 75, 20.04.1920, ja nr 83, 11.05.1920.

¹⁶⁵ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 136, 03.06.1920, vnr 738–739.

¹⁶⁶ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 142, 15.06.1920, vnr 987–988.

¹⁶⁷ RA, ERA.15.2.373, l 53: protokoll nr 39 lisa II.

¹⁶⁸ J. Valge (viide 1), lk 140.

Kaitseseisukorra erandiga surmanuhtluse keeldu kritiseeris Reichmanniga väga sarnaste argumentidega anonüümne kriitik Longue-vue: „[...] kõige kardetavamatele kurjategijatele antakse võimalus niikaua sigineda, kui kaitseseaduse väljakuulutamise tarvilikuks saab, et siis kõiki suuri ja väikseid pahategijaid üheskoos surmale suigutada.“ Kriitikule tuletas seesugune surmanuhtluse kaotamine meelde nõukogude Venemaad.¹⁷⁵

Komisjonis kolmandal lugemisel tegi Olesk ettepaneku surmanuhtluse keeld paragrahvist välja jätta, sest „surmanuhtlus on ainukene seltskonna kaitseabinõu röövlite ja mõrtsukate vastu“. Ka Uluots ei pidanud õigeks põhiseadusesse sätete lisamist, mis võivad edaspidi kahjulikud olla. Seevastu rahvaerakondlane Kuusner ja sotsiaaldemokraat Kurs-Olesk pooldasid surmanuhtluse keelustamist. Ihunuhtluse keeld sulatati surmanuhtluse ja kogu vara konfiskeerimise keeluga samasse lausesse. Kuna komisjoni hääled läksid pooleks (poolt 6, vastu 6 häält), hääletati paragrahvi hiljem uuesti ja võeti vastu (poolt 7, vastu 5 häält) järgmises redaktsioonis: „Surmanuhtlusega, ihunuhtlusega ja kogu varanduse konfiskeerimisega ei karistata ühtki süüdlast, välja arvatud kaitseseisukorras sellekohaste seaduste alusel.“¹⁷⁶ Komisjonis vaieldi surmanuhtluse ja konfiskeerimise keelu kõrval vastu ka ihunuhtluse keelule. Viimast peeti enesestmõistetavaks ja arvati, et selle sisse jätmise korral tuleks paragrahvis üles lugeda ka muud ebakultuursed karistused nagu „liikmete murdmine ratta peal, väljavenitamine, ninasõõrmete lõhkikiskumine jne“.¹⁷⁷

Täiskogus esimesel lugemisel keeldu kaitsnud Jans mainis, et enamlased, kes kõige valjuhäälemalt nõuavad surmanuhtluse keelamist, ise kõige metsikumal viisil tapavad. Ta soovitas surmanuhtluse erandlikku lubamist täpsemalt reguleerida ja keelata rahuajal poliitiliste kuritegude eest surmanuhtlusega karistamine.¹⁷⁸

Teisel lugemisel soovitas Jans ihunuhtluse keelu eraldada teise lausesse, et oleks selge, et ka kaitseseisukorras ei tohiks ihunuhtlust rakendada. Strandman pidas ebaõigeks põhjalikku arutelu vajavate kriminaalpoliitiliste otsuste lange-tamist põhiseaduses ja arvas, et mis tahes karistuste (ka nt koolis lastele vitsa andmise) lubamine võiks jääda lihtseaduste otsustada. Ta tõi veel välja, et kui

¹⁷⁵ Longue-vue (viide 57).

¹⁷⁶ RA, ERA.15.2.375, l 24p ja 116: protokoll nr 75, 20.04.1920, ja nr 84, 11.05.1920.

¹⁷⁷ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 133, 27.05.1920, vnr 539.

¹⁷⁸ Samas, vnr 567.

surmanuhtlus keelata, siis pigem kaitseseisukorra ajal, sest just sõjakohtutes võis kiirmenetluses sisult valesid otsuseid sündida. Kuusner pidas keeldu vajalikuks ega nõustunud Strandmaniga, et põhiseaduses ei tohiks keerulisi ühiskonnaelu küsimusi otsustada. Keelu vastane Olesk meenutas, et vastuseis surmanuhtlusele on tekkinud selle tõttu, et surmanuhtlust kuni hilise ajani oli ära kasutatud poliitilise võitluse abinõuna. Kaitseseisukorras surmanuhtluse erandlik lubamine võivat viia Venemaa traditsiooni taastamiseni, kus kaitseseisukorda kasutati ka kuritegevusvastases võitluses. Oinas toetas Jansi ettepanekut muuta ihunuhtluse keeld absoluutseks, lisaks soovis ta kogu vara konfiskeerimise keelu väljajätmist. Täiskogu toetas Strandmani ettepanekut paragrahv välja jätta (poolt 44, vastu 20 häält).¹⁷⁹

Kolmandal lugemisel pani Ast ette taastada paragrahv komisjoni pakutud sõnastuses. Ast ei nõustunud surmanuhtluse kaitsjatega, kes väitsid, et surmanuhtlus pole eluaegsest vangistusest oluliselt karmim või metsikum karistusviis. Ta tõi välja, et eluaegne vangistus on praktikas tähtajaline ja lubab ka näiteks 20 aasta järel elu uuesti alustada. Astile vaidles vastu Olesk, kelle arvates ei tohiks põhiseadus takistada teaduslikku lähenemist. Kui kriminoloogia peab surmanuhtlust õigeks, ei tohi põhiseadus seda keelata. Sotsiaaldemokraat Hans Nurk kordas Jansi ja Oinase teise lugemise ettepanekut viia ihunuhtlusega karistamise piirang eraldi lausesse, kuid Asutava Kogu enamus lükkas paragrahvi taastamise ettepaneku tagasi (poolt 31, vastu 41 häält).¹⁸⁰ Kuigi teise lugemisega võrreldes surmanuhtluse vastaste arv kasvas, jäi Asutava Kogu vasakpoolne enamus keelul kahtlema ja polnud üksmeelne.

Liikumisvabadus

Uluotsa esimese projekti liikumisvabaduse paragrahv kõlas: „§ 17. Vaba, ilma iseäralise lubata, liikumine on kõigile kindlustud. Ainult seaduste põhjal ja üleüldistes huvides võib seda vabadust kitsendada.“ Oktoobriprojektis oli kaitseala laiendatud elukohavalikule, piiriklauslist oli riive lisatingimus (üleüldine huvi) viidud peatüki viimasesse üldsättesse (vt allpool) ja sõnastust oli ühtlustatud sõnumisaladuse ning sõna-, koosoleku- ja ühinemisvabaduse piiriklauslitega:

¹⁷⁹ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 138, 08.06.1920, vnr 786–791.

¹⁸⁰ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 142, 15.06.1920, vnr 988–990.

„§ 15. Liikumine ja elukoha muutmine on Eestis vaba. Selle vabaduse teostamises kitsendud ehk takistud ei või keegi olla muidu, kui seaduste põhjal ja seadustes ettenähtud tingimistel, piires ja korras.“ Sätte kaudseteks eeskujudeks võisid olla Soome põhiseaduse § 7 lõige 1 („Suomen kansalaisella on oikeus oleskella omassa maassa, vapaasti täällä valita asuinpaikkansa ja kulkea paikkakunnasta toiseen, mikäli laissa ei ole toisin säädetty“) ja Weimari põhiseaduse § 111 („Alle Deutschen genießen Freizügigkeit im ganzen Reiche. Jeder hat das Recht, sich an beliebigen Orte des Reichs aufzuhalten und niederzulassen, Grundstücke zu erwerben und jeden Nahrungsweig zu betreiben. Einschränkungen bedürfen eines Reichsgesetzes“). Ei ole teada, mis põhjusel Uluots lisas esimesse lausesse kohamäärusena „Eesti“ ja kas ta võis soovida välistada normi kaitsealast piiriülese liikumise, sh emigreerumise õiguse, kodanike väljasaatmise keelu ja Eestisse tagasipöördumise õiguse. Eelnõu esimesel lugemisel Asutava Kogu täiskogus tõi Konstantin Päts 2. peatükki arvustades näiteks nende õiguste puudumise. Päts osutas 102 töölisliikumise tegelase väljasaatmisele, kellest osa oli „piiril hukka saanud“, samuti baltisakslaste Eestisse naasmise takistamisele.¹⁸¹ Asjakohaseid muudatusettepanekuid samas Päts ise ega keegi teine ei teinud ning hiljem selgus, et see säte tagabki ainult riigisisest liikumisvabadust.¹⁸²

Esimesel lugemisel komisjonis asendati teise lause lõpp alates sõnadest „seaduste põhjal“ fraasiga „seaduslikus korras kohtuvõimude poolt“.¹⁸³ Ettepaneku tegijat ega põhjendusi ei ole protokollitud.

Riigikohus soovitas teisest lausest välja võtta viite kohtuvõimudele, sest liikumisvabadust võidakse väljaspool sõjaseisukorda kitsendada ka muudel juhtudel, näiteks sundida haigeid haiglas viibima või epideemiade korral piirata liikumist maakondade vahel.¹⁸⁴ Ast pakkus, et komisjonis võiks täpsustada, et nakkushaiguste leviku tõkestamiseks võivad liikumisvabadust piirata ka muud asutused peale kohtute, ja paragrahv anti redaktsioonitoimkonnale

täiendamiseks.¹⁸⁵ Nädal aega hiljem kiitis komisjon paragrahvi heaks koos sellesse toimkonna lisatud teise lõikega: „Tervishoidlikkudel põhjustel võib selle vabaduse teostamine kitsendatud ehk takistatud olla ka teiste võimude poolt vastavates seadustes ettenähtud juhtumistel ja korras.“¹⁸⁶

Kolmanda lugemise eel soovitas Riigikohus lisada piirangu eesmärgina tervishoiule ka riigi julgeoleku. Kohtunikud leidsid, et vajadus selleks eksisteerib näiteks sõjaväeosade ja riigipiiri läheduses.¹⁸⁷ Komisjon Riigikohtuga ei arvestanud ja võttis paragrahvi ühel häälel ilma muudatusteta vastu.¹⁸⁸

Täiskogus soovis Strandman tööerakonna saadikurühma nimel lisada esimese lõike teise lausesse sõnad „seaduse alusel“. Ta põhjendas, et kohtud ei saa isiku-vabadust oma heaksarvamise järele kitsendada, neil peab sellekohane juhtnõor või põhjendus olema. Samuti tegi Strandman ettepaneku teine lause välja jätta. Ta tõi näiteid, et hiljuti oli peaminister tüüfuse tõttu piiranud liiklust Tallinna ja Narva vahel ning liikumise Kopli ja linna vahel üldse ära keelanud. Strandman arvas, et selliseid erakorralisi kitsendusi peaks reguleerima eriseadusega. Oinas ei nõustunud ja leidis, et isikuvabaduse piirangutele peab olema põhiseaduses alus ning näiteks nakkushaigete ja vaimuhaigete liikumisvabaduse piiramine üksnes kohtuotsuse alusel pole mõeldav. Komisjoni ettekandja Olesk kumbagi muudatust ei toetanud. Täiskogu soostus Strandmani esimese ettepanekuga, kuid teise hääletas maha (poolt 24, vastu 28 häält).¹⁸⁹ Kummalisel kombel on Strandmani täiendus paragrahvi kolmanda lugemise tekstist välja jäänud. Kolmandal lugemisel võeti paragrahv muudatusteta ja aruteludeta vastu ning redigeerituna jõustus see kujul:¹⁹⁰ „§ 17. [1] Liikumine ja elukoha muutmine on Eestis vaba. Selles vabaduses ei või kitsendada ega takistada kedagi muidu kui kohtuvõimude poolt. [2] Tervishoidlikkel põhjustel võivad seda vabadust kitsendada või takistada ka teised võimud vastavais seadustes ettenähtud juhtumistel ja korras.“

¹⁸¹ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 134, 28.05.1920, vnr 605–607. Päts pidas silmas ametiühingute kongressi saadikute ja teiste töölisaktivistide Eestist väljasaatmist 2. septembril 1919. Arreteeritustest 76 saadeti üle rindejoone Venemaale ja 25 arreteeritu kohtuotsuseta hukkamist on nimetatud Irboska veretöök. Vt R. Rosenthal. Kes andis käsu „Irboska veretöök“? – Tuna 2008, nr 2, lk 73–78.

¹⁸² H. Siimets-Gross. Sotsiaalsed ... (viide 2), lk 71–72.

¹⁸³ RA, ERA.15.2.373, l 12p: protokoll nr 24, 30.10.1919.

¹⁸⁴ RA, ERA.15.2.1020, l 83–83p: Riigikohtu esimehe 23.01.1920 kiri.

¹⁸⁵ RA, ERA.15.2.374, l 45p: protokoll nr 57, 05.02.1920.

¹⁸⁶ RA, ERA.15.2.374, l 63p: protokoll nr 59, 12.02.1920.

¹⁸⁷ RA, ERA.15.2.1020, l 153p: Riigikohtu esimehe 14.04.1920 kiri.

¹⁸⁸ RA, ERA.15.2.375, l 24p: protokoll nr 75, 20.04.1920.

¹⁸⁹ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 138, 08.06.1920, vnr 792–793.

¹⁹⁰ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 142, 15.06.1920, vnr 990.

Koosoleku-, ühinemis- ja streigivabadus

Uluotsa esimeses projektis sisaldus korruga kaht põhivabadust tagav paragrahv: „§ 16. Eesti kodanikkudel on õigus koosolekuid pidada ning ühingutesse ja liitudesse koondada piirides, mis avalikule korrale ja rahule kardetav ei ole. Selle õiguse teostamise lähemad tingimused ning karistused teda kuritarvituse eest on seadustes eraldi määratud.“ Teises projektis oli kaitseala piirang (avalikku korda ja rahu segav tegevus) kaotatud ning piiriklausel ühtlustatud sõnavabaduse ja sõnumisaladuse piiriklauslitega: „§ 16. Koosolekute pidamine ning ühingutesse või liitudesse koondumine on Eestis vaba. Selle vabaduse teostamises kitsendud või takistud ehk tema kuritarvitamise eest karistud ei või keegi olla muidu, kui seaduste põhjal ja tingimustel ning korras, mis seadustes ettenähtakse.“ Kummagi versiooni eeskuju ei ole selge, sarnasusi leidub näiteks Preisimaa põhiseaduse §-ga 30 („Alle Preußen haben das Recht, sich zu solchen Zwecken, welche den Strafgesetzen nicht zuwiderlaufen, in Gesellschaften zu vereinigen. [2] Das Gesetz regelt, insbesondere zur Aufrechthaltung der öffentlichen Sicherheit, die Ausübung des in diesem und in dem vorstehenden Artikel (29) gewährleisteten Rechts“), Šveitsi liidupõhiseaduse §-ga 56 („Die Bürger haben das Recht, Vereine zu bilden, sofern solche weder in ihrem Zweck noch in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich sind. [...]“), Venemaa põhiseaduse §-ga 38(80) („Российские подданные имеют право образовывать общества и союзы в целях не противных законам. [...]“) ja Weimari põhiseaduse § 124 lõikega 1 („Alle Deutschen haben das Recht, zu Zwecken, die den Strafgesetzen nicht zuwiderlaufen, Vereine oder Gesellschaften zu bilden. Dies Recht kann nicht durch Vorbeugungsmaßregeln beschränkt werden. [...]“).

Komisjonis jäi paragrahv esialgu lahtiseks. Peeti põhimõtteliselt lubatavaks pidada koosolekuid ainult siis, kui valitsusasutust on koosolekust nõutavas korras teavitatud. Sätte redigeerimine tehti ülesandeks Anderkopile.¹⁹¹ Esimese lugemise lõpuks kiitis komisjon heaks uue esimese lause: „Kõigil Eesti kodanikkudel on õigus seaduses ettenähtud ametivõimudele teatamise korral rahulikult ja sõjariistadeta koosolekuid pidada.“¹⁹² Protokollist ei selgu, kas uue sõnastuse pakkus välja Anderkopp või keegi teine. Uus redaktsioon sarnanes Weimari põhiseaduse § 123 lõikega 1 („Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder

besondere Erlaubnis friedlich und unbewaffnet zu versammeln“), komisjoni suunise kohaselt oli sellele lisatud koosolekust eelneva teavitamise kohustus. Teavitamiskohustuse idee võis pärineda Weimari põhiseaduse sama paragrahvi teisest lõikest („Versammlungen unter freiem Himmel können durch Reichsgesetz anmeldepflichtig gemacht und bei unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verboten werden“). Ühinemisvabadus muutus paragrahvi teiseks ja piiriklausel kolmandaks lauseks. Piiriklausel käis esimese lugemise järel ainult ühinemisvabaduse kohta, sest oli sõnastatud ainsuses („Ühingutesse või liitudesse koondumine on Eestis vaba. Selle vabaduse teostamises kitsendatud või takistatud, ehk tema kuritarvitamise eest karistatud ei või keegi olla muidu, kui seaduste põhjal ja tingimustel ning korras, mis seadustes ettenähtakse.“ – H. V. rõhutus).

Riigikohus kritiseeris paragrahvi liigse üksikasjalikkuse eest, pidades silmas koosolekust teavitamise kohustust. Koosolekute pidamise korda pidid riigikohtunike arvates täpsustama harilikud seadused ja põhiseadus pidi hoiduma liiga piiravatest ettekirjutustest. Liigne piiramine võivat muidu kaasa tuua olukorra, kus ollakse sunnitud alaliselt erakorralisi seadusi tarvitama. Kohtunikud tõdesid, et „lähem minevik annab selleks küllalt mõjuvaid hoiatusi“. Kuna seadused näevad ette ja vajalikud võivad olla ka muud formaalsused peale teavitamise, soovitas Riigikohus asendada fraasi „seaduses ettenähtud ametivõimudele teatamise korral“ üldisema seaduse reservatsiooniga „seaduses ettenähtud korras“. Samuti soovitas Riigikohus piiriklausli asendada lihtsamaga: „Seda õigust võib seadus ainult avaliku julgeoleku huvides piirata.“¹⁹³ Avaliku julgeoleku kaitse tingimus sarnanes Weimari põhiseaduse § 123 lõikes 2 sisalduva piirangueesmärgiga.¹⁹⁴

Teisel lugemisel kiitis komisjon ühel häälhel heaks Asti ettepaneku asendada esimeses lauses „rahulikult“ fraasiga „avalikku rahu rikkumata“ ning Poska ettepaneku asendada Uluotsa piiriklausel Riigikohtu omaga ja laiendada see kogu paragrahvile, st ka koosolekuvabadusele.¹⁹⁵ Riigikohtu kriitika esimese lause detailsuse kohta jäi esialgu tähelepanuta.

¹⁹¹ RA, ERA.15.2.373, 1 12p: protokoll nr 24, 30.10.1919.

¹⁹² RA, ERA.15.2.373, 1 107: protokoll nr 50, 19.12.1919.

¹⁹³ RA, ERA.15.2.1020, 1 83p: Riigikohtu esimehe 23.01.1920 kiri.

¹⁹⁴ Avalikku julgeolekut kui üht kogunemis- ja ühinemisvabaduse piirangu eesmärki seostas Weimari põhiseadusega ka Laaman. Ta leidis samas, et see on politseiline mõiste, mis on Eesti õigusesse tulnud Vene seadustest. Vt E. Laaman (viide 11), lk 349–350.

¹⁹⁵ RA, ERA.15.2.374, 1 45p: protokoll nr 57, 05.02.1920.

Kolmanda lugemise eel soovitas Riigikohus teise lõikesse lisada, et ühingu-tesse ja liitudesse koondumine sünnib registreerimise teel. Põhjuseks toodi, et registreerimiskohustuse puudub riigil avaliku korra ja julgeoleku tagamiseks vajalik ülevaade Eestis tegutsevatest ühingutest.¹⁹⁶ Komisjoni istungil tegi Uluots Riigikohtu soovitus arvestava ettepaneku kustutada esimesest lausest koosolekust teavitamise nõue. Kuusner pooldas nõude säilitamist ning Riigikohtu soovitatud ühingu registreerimise nõude lisamist. Vain soovis samuti teavitamiskõude säilitamist, kuid muul põhjusel. Ta kartis, et kui teavitamiskorda mitte mainida, võidakse teoreetiliselt lihtseadusega kehtestada koosolekute registreerimise kord. Komisjon otsustas koosolekutest teavitamise kohustuse välja jätta (poolt 10, vastu 1 hääl), aga ei toetanud ühingu registreerimise nõuet.¹⁹⁷

Täiskogus kiideti paragrahv teisel lugemisel ilma aruteludeta komisjoni sõnastuses heaks. Pärast hääletust tegi sotsiaaldemokraat Hans Mets ettepaneku lisada eelnõusse uus paragrahv: „Majanduslik streik on Eestis lubatud.“ Mets põhjendas ettepanekut vajadusega luua streigi küsimuses õigusselgus, sest alles hiljaaegu juristid vaidlesid selle üle, kas mõisatöölise streik on mäss või mitte, ning ka Asutava Kogu tegevuse ajal olevat raudteelaste streigi õigustatus tekitanud segadust. Strandman oli vastu, et nii keeruline küsimus lisataks põhiseadusesse ilma eelneva põhjaliku kaalumise. Ka Kuusner oli uue paragrahvi vastu, kuid Jansi ettepanekul otsustas täiskogu nähtava häälteenamusega saata streigiküsimuse põhiseaduskomisjonile läbivaatamiseks.¹⁹⁸ Komisjon arutas streigivabadust 11. juunil 1920 enne täiskogu istungit. Selleks ajaks oli Hans Mets esitanud ettepaneku kirjalikult ning sotsialist-revolutsionäär Jaan Piiskar teinud lisaks ettepaneku jätta sättest välja sõna „majanduslik“. Komisjonis ei pidanud Strandman uut sätet vajalikuks, sest streik on igas demokraatlikus riigis lubatud ja streikimine on keelatud vaid neil aladel, kus „väike ringkond suuri segadusi võib teha“, näiteks linna veevärgi töölisele. Komisjon otsustas parandust eelnõusse mitte võtta (poolt 5, vastu 3 häält).¹⁹⁹

Täiskogus vaeti streigivabadust teise lugemise viimase lahtise küsimusena. Komisjoni esindaja Olesk teatas, et komisjon ei toeta streigivabaduse lisamist põhiseadusesse kahel põhjusel. Streigivabadus kehtivat juba niigi ja see ei saavat

olla absoluutne – näiteks riigi julgeoleku huvides peaks seadusega saama streikimist piirata. Samade põhjendustega soovitas ka peaminister Tõnisson valitsuse nimel täienduse tagasi lükata. Ast soovitus leidis, et streigivabaduse tunnustamine on kultuurriigi tunnus. Ta tõi positiivse näitena streigid Saksamaal ning negatiivse näitena Venemaa ja Itaalia, kus streikimine pole selgelt tunnustatud. Ast tuletas meelde, et juba esimene Ajutine Valitsus oli streigivabadust deklareerinud²⁰⁰, ja tegi sotsiaaldemokraatide fraktsiooni nimel ettepaneku sõnastada streigivabadus eraldi paragrahvis selliselt, et teatavatel juhtudel oleks seda võimalik ka piirata: „§ 20a. Streigivabadus on Eestis kindlustatud. Seda õigust võib seadus piirata ainult avaliku julgeoleku huvides.“ Asti sõnavõtu järel võttis Mets oma ettepaneku tagasi. Mets väitis, et Leedu ajutisse põhiseadusesse on samuti streigivabadus sisse võetud. Ta provotseeris kuulajaid ja kahtles, kas Asutav Kogu üldse streikimist toetab: „ei võigi teisiti oletada, et teie selle paragrahvi tagasi lükkate, sest peaaegu igal ühel teist on teenijad kodus ja igäüks kardab: Jumal teab, kui meie põhiseaduses streigivabaduse välja kuulutame, siis võib juhtuda, et korraga ei saa kohvi, ei hakata saapaid puhastama jne.“ Oinas meenutas saadikutele, et tööerakonna ja rahvaerakonna valimisprogrammides on nõutud streigivabadust. Tema ja Piiskar ei pidanud streigivabadust enesestmõistetavaks ja tõi päevakajalise näite, kus Tõnissoni valitsus algatas raudteelaste streiki plaaninud isikute vastu kriminaalasja.²⁰¹ Tõnisson kaitses valitsuse jõulist käitumist kehtivate Vene seadustega ja õigustas jätkuvate erakorraliste oludega. Tema poliitiline rivaal Konstantin Päts soovitus teatas, et maaliit toetab streigivabaduse lisamist. Päts meenutas eestlaste võitlust streigiõiguse eest 1905. aastal ja tõi, et streigivabadus on oluline väärtus isegi juhul, kui seda ei tarvitse kasutada kõik rahvakihi. Pealegi polevat tegu absoluutse vabadusega, vaid suunise tuleviku seadusandjale. Olesk pakkus kompromissina hoopis uue sõnastuse sotsiaalse kaitse paragrahvi täiendamiseks: „Töötingimuste korralduse puhul toimepandud üleriiklikult korraldatud töötõrkumisest osavõtjaid lepingu rikkumise eest vastutusele võtta ei saa.“ Oinas nimetas seda õnnetuks formuleeringuks. Piiskar tegi ettepaneku Asti sõnastusest teine lause ära jätta, kuna see nullib kõik esimese lausega antud õigused. Täiskogu hääletas laekumiste järjekorras esimesena Asti ettepanekut ja kuna see võeti osalejate häälteenamusega vastu (45 poolthäält),

¹⁹⁶ RA, ERA.15.2.1020, l 153p: Riigikohtu esimehe 14.04.1920 kiri.

¹⁹⁷ RA, ERA.15.2.375, l 25: protokoll nr 75, 20.04.1920.

¹⁹⁸ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 138, 08.06.1920, vnr 793–794.

¹⁹⁹ RA, ERA.15.2.376, l 26: protokoll nr 86, 11.06.1920; RA, ERA.15.2.376, l 6: Metsa ja Piiskari ettepanekud.

²⁰⁰ Eesti Vabariigi kodanikkudele, 16.11.1918. – RT 1918, 1, lk 3–4. Streigiõigust deklareeriti ka iseseisvusmanifestis, vt samas, lk 1.

²⁰¹ Vt nt Valitsus on otsustanud raudteelaste liidu juhatus kaelakohtulikule vastutusele võtta. – Päevaleht, 05.06.1920.

langesid Oleski ja Piiskari alternatiivsed ettepanekud ära.²⁰² Kuigi Asti soov oli võtta streigivabadus eraldi paragrahvi, siis küllap identsete piiriklauslite tõttu lisati streigivabadus redigeerimise käigus koosoleku- ja ühinemisvabaduse paragrahvi.

Kolmandal lugemisel tegi Kuusner ettepaneku streigivabadus välja jätta. Ta pidas streigivabadust liiga laiaks ning piiri lubatud ja avalikku julgeolekut ohustava keelatud streigi vahel liiga ebamääraseks. Kuigi majanduslik streik oli tema sõnul mõistetav, siis näiteks riigiametnikud ei tohiks mingil juhul riigi vastu streikida. Ta mainis veel, et pole kohanud seesugust lauset teistes, ka mitte kõige uuemates põhiseadustes. Täiskogu nähtav enamus lükkas Kuusneri ettepaneku tagasi. Koosoleku-, ühinemis- ja streigivabaduse paragrahv võeti muudatusteta vastu ning redigeerituna jõustus see kujul:²⁰³ „§ 18. [1] Kõigil Eesti kodanikkudel on õigus avalikku rahu rikkumata koosolekuid pidada sõjariistadeta. [2] Ühinguise ja liitudesse koondumine on Eestis vaba. [3] Streigi vabadus on Eestis kindlustatud. [4] Neid õigusi võib seadus piirata ainult avaliku julgeoleku huvides.“

Ettevõtlusvabadus

Ettevõtlusvabadus tekitas ajutise põhiseaduse menetlemisel pika vaidluse ja jäi valitsemise ajutisse korda lisamata.²⁰⁴ Põhiseaduse menetlemisel osutus see üllataval kombel just kõige vähem vaidlusi tekitanud põhiõiguseks. Uluotsa esimeses projektis kõlas ettevõtlusvabaduse paragrahv järgmiselt: „§ 18. Ettevõtete valiku ja teostamise vabadus põllutöös, kaubanduses ning tööstuses on kindlustatud. Ainult seaduste põhjal ja üleüldistes huvides võib seda vabadust kitsendada.“ Oktoobri oli sõnastus pisut muutunud: „§ 17. Vabadus elukutset valida ja ettevõtteid avada ning kasutada nii põllutöös, kaubanduses ja tööstuses kui muil majandusaladel on Eestis kindlustatud. Selle vabaduse teostamises kitsendud ehk takistud ei või keegi olla muidu, kui seaduste põhjal ja piirides.“ Riive lisatingimus (üleüldine huvi) oli viidud peatüki lõppu üldsättesse. Mõlemad versioonid sarnanesid rahvaerakondlase Karl Einbundi ettepanekuga ajutise põhiseaduse menetluses: „Tööala ja ettevõttevabadus on kaubanduses, tööstuses ja põllutööstuses

²⁰² Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 141, 11.06.1920, vnr 931–945.

²⁰³ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 142, 15.06.1920, vnr 990–992.

²⁰⁴ Asutava Kogu 1. istungjärk, protokoll nr 22, 02.06.1919, vnr 845–864; vt ka H. Vallikivi (viide 28), lk 311–312.

kõigile vabariigi kodanikkudele kindlustatud. Seda vabadust võib kitsendada ja piirata ainult riigi huvides ja seadustes ettenähtud tingimistel ning korras.“²⁰⁵ Einbundile võis eeskujuks olla Šveitsi Berni kantoni põhiseaduse § 81: „Die Freiheit des Landbaues, des Handels und der Gewerbe ist gewährleistet. Beschränkungen kann das Gesetz innert den durch die Bundesverfassung gezogenen Schranken treffen.“

Komisjon kiitis paragrahvi esimesel lugemisel aruteluta heaks.²⁰⁶ Riigikohtunikud, kes kommenteerisid pea kõiki eelnõu sätteid, ei teinud ettevõtlusvabaduse kohta ühtki märkust. Teisel lugemisel pani Juhan Kartau ette lisada tingimus, et kitsendamine peab toimuma „riigi huvides“. Maim pidas seaduse reservatsiooni küllaldaseks. Kurs-Olesk soovitas lisada, et „liiakasuvõtmine on keelatud“. Weimari põhiseaduse § 152 teises lõikes oli samasugune keeld: „Wucher ist verboten.“ Redaktsioonitoimkond saatis paragrahvi ilma muudatusteta komisjonile tagasi ja komisjon võttis nii teisel kui ka kolmandal lugemisel paragrahvi algkujul vastu.²⁰⁷ Täiskogus ettevõtlusvabaduse teemal sõna ei võetud ning paragrahv kiideti mõlemal lugemisel muudatusteta heaks.²⁰⁸ Redigeerituna jõustus säte sõnastuses: „§ 19. Eestis on kindlustatud vabadus elukutset valida ja ettevõtteid avada ning kasutada põllutöös, kaubanduses, tööstuses, samuti muil majandusaladel. Selles vabaduses ei või kedagi kitsendada või takistada muidu kui seaduste põhjal ja piirides.“

Omandi kaitse

Eraomandi kaitse oli olnud ajutise põhiseaduse menetlemisel teine tuline vaidlusküsimus ja jäi vasakpoolsete erakondade vastuseisu tõttu samuti seadusest välja.²⁰⁹ 1919. aasta septembris tekkinud valitsuskriisi ajal nõudis parempoolne rahvaerakond koalitsiooni jäämise tingimusena sotsiaalsete eksperimentide pidurdamist

²⁰⁵ Samas.

²⁰⁶ RA, ERA.15.2.373, l 14; protokoll nr 25, 01.11.1919.

²⁰⁷ RA, ERA.15.2.374, l 56 ja 63p; protokoll nr 58, 10.02.1920, ja nr 59, 12.02.1920; RA, ERA.15.2.375, l 25; protokoll nr 75, 20.04.1920.

²⁰⁸ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 138, 08.06.1920, vnr 794–795, ja nr 142, 15.06.1920, vnr 992.

²⁰⁹ H. Vallikivi (viide 28), lk 310–311.

ja eraomandi seaduslikku kaitset.²¹⁰ Tõnissoni ultimaatum võis teed sillutada vasakpoolsete erakondade suhtelisele vaoshoitusele omandi kaitse ja ettevõtlusvabaduse käsitlemisel. Samuti maandas pingeid Asutava Kogu tegutsemisajal kõige pikemaid ja tulisemaid vaidlusi tekitanud maaseaduse vastuvõtmine 1919. aasta oktoobris.²¹¹

Uluotsa projektides sisaldus klassikaliste elementidega omandi kaitse paragrahv. Augustikuu versioon kõlas: „§ 20. Eraomandus on puutumata. Selle võõrandamine ei või sündida muidu, kui seaduste põhjal üleüldistes huvides ning õiglase tasu eest.“ Oktoobriprojektis oli kaitseala laiendatud sundvaldusele ja piiriklauslit oli ühtlustatud muude piiriklauslitega (üldise huvi lisatingimus oli kolitud üldsättesse): „§ 18. Eravarandus on Eestis kindlustatud. Seda varandust ilma omaniku soovita võõrandada, kasutada ehk muul viisil temaga talitada ei või keegi muidu, kui seaduste põhjal ja korras ning õiglase tasu eest.“ Uluots võis eeskujuna kasutada Kaarel Partsi poolt ajutisse põhiseadusse pakutud redaktsiooni: „Eraomandus kindlustatakse kodanikkudele. Eraomanduse kitsendamine ja võõrandamine on võimalik riiklistes ja ühiskondlistes huvides seadustes sätestatud piirides.“²¹² Viimase tõenäoliseks eeskujuks oli Venemaa 1906. aasta põhiseaduse § 35(77): „Собственность неприкосновенна. Принудительное отчуждение недвижимых имуществ, когда сие необходимо для какой-либо государственной или общественной пользы, допускается не иначе, как за справедливое и приличное вознаграждение.“ Weimari põhiseaduse § 153 lõige 1 ja lõike 2 kaks esimest lauset (vastavalt „Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen“ ja „Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt“) erinevad struktuurilt oluliselt, kuigi Uluots võis ka nendest elemente laenata.

Esimesel lugemisel komisjonis tehti mitu osalt redaktsioonilist, osalt üksteisele vastukäivat muutmisettepanekut. Lõpuks kiideti heaks uus redaktsioon, milles piirati kaitseala kodanikega, arvati kaitsealast välja muud riived peale sundvõõrandamise ning kustutati hüvitis: „Eraomandus on Eesti riigis igale

kodanikule kindlustatud. Ilma omaniku nõusolemiseta võib seda ainult seaduste põhjal ja seadustes ettenähtud korras võõrandada.“ Ettepanekute tegijaid ega hääletustulemust ei ole protokollitud.²¹³

Ettevõtlusvabaduse kõrval oli omandi kaitse säte teine, mida Riigikohus ei kommenteerinud. Teisel lugemisel lisas komisjon Kurs-Oleski soovitusel täpsustuse, et omandit võib sundvõõrandada ainult „üleüldistes huvides“.²¹⁴ See tingimus oli sisaldunud Uluotsa projektis ja oli ka Weimari põhiseaduse § 153 lõike 2 esimeses lauses. Kolmandal lugemisel tegi Uluots katse tuua tagasi õiglase hüvitise nõue, kuid see lükati tagasi (poolt 5, vastu 7 häält).²¹⁵ Anderkopp väitis täiskogu ees, et komisjonis vaidlusi tekitanud õiglase hüvitise küsimus oli juba maaseaduse vastuvõtmisega lahendatud ning komisjoni enamuse arvates põhiseadusesse hüvitise lisamine toonuks kaasa maaseaduse revideerimise vajaduse.²¹⁶ Maaseaduses tasu ei reguleeritud, vaid poliitilise kompromissina jäeti see eriseaduse lahendada.²¹⁷

Täiskogus pani maaliitlane advokaat Jaan Teemant sellegipoolest ette lisada teise lausesse sõnad „õiglase tasu eest“. Ta märkis, et maaseadusesse küll lisati viide tasule, kuid see tasu ei ole õiglane ja see võib Eestile raskeid tagajärgi tuua. Tulevikus samasuguste olukordade vältimiseks tuleks lubada eraomandi sundvõõrandamist ainult õiglase tasu eest. Täiskogu nähtav enamus lükkas Teemandi ettepaneku tagasi. Kolmandal lugemisel Teemant kordas ettepanekut, kuid taas lükati see nähtava enamuse poolt tagasi ja omandi kaitse paragrahv võeti vastu komisjoni sõnastuses.²¹⁸ Redigeerimise järel jõustus omandi kaitse paragrahv niisugusena: „§ 24. Eraomandus on Eestis igale kodanikule kindlustatud. Ilma omaniku nõusolekuta võib seda võõrandada ainult üleüldistes huvides seaduste põhjal ja seadustes ettenähtud korras.“

²¹⁰ Asutava Kogu 2. istungjärk, protokoll nr 65, vnr 1758–1762; vt ka K. Aru. Jaan Tõnisson – rahvajuht ja riigivanem. 1. osa. Tartu: Rahvusarhiiv 2019, lk 427.

²¹¹ Maaseaduse üle peetud vaidluste kohta vt J. Valge (viide 1), lk 155–168.

²¹² RA, ERA.15.2.361, l 18p–19: protokoll nr 8, 06.05.1919.

²¹³ RA, ERA.15.2.373, l 14: protokoll nr 25, 01.11.1919.

²¹⁴ RA, ERA.15.2.374, l 56: protokoll nr 58, 10.02.1920.

²¹⁵ RA, ERA.15.2.375, l 25 ja 116: protokoll nr 75, 20.04.1920, ja nr 84, 11.05.1920.

²¹⁶ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 133, 27.05.1920, vnr 541–542.

²¹⁷ J. Valge (viide 1), lk 165.

²¹⁸ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 138, 08.06.1920, vnr 805–806, ja nr 142, 15.06.1920, vnr 994.

Sotsiaalne kaitse

Kolmas suur vaidlusteema ajutise põhiseaduse väljatöötamisel oli sotsiaalse kaitse põhimõtted. Vasakpoolsed pidasid kodanikele inimväärseks eluks vajalike vahendite lubamist maailma mastaabis eesrindlikuks ja toetasid seda üksmeelselt. Parempoolsed pelgasid, et riigil ei jätku ainelisi vahendeid lubaduse täitmiseks.²¹⁹ Uluots pehendas oluliselt ajutise põhiseaduse § 7 kategoorilist sõnastust („Eesti Vabariigis tuleb kindlustada igale kodanikule isikuväärilise elu ülespidamise õigus sellekohases seaduses määratud korras; selle õiguse teostamiseks tuleb kindlustada kodanikkudele õigus maad saada harimiseks ja eluasemeks ning võimalus tööd saada, samuti ema- ja tööjõukaitse ning nooruse, vanaduse-, töövõimetuse ja õnnetuse puhul tarviliku toetuse saamine riigilt“) ja pakkus oma variandi: „§ 21. Isiku elu, au ja tervis on seaduste kaitse all kindlustatud. Üksik- asjalised seadused määravad kaitse nooruse, vanaduse, töövõimetuse ja õnnetuste puhul, samuti ema- ja tööjõukaitse, ning võimalused maad saada ja tööd leida.“ Uluotsa teises projektis oli paragrahvi pisut redigeeritud (esimeses lauses asendatud „isiku“ sõnaga „inimese“ ja ära jäetud fraas „seaduste kaitse all“). Weimari põhiseaduses oli mitu sotsiaalse kaitse sätet, kuid sellega analoogilist mitte.

Esimesel lugemisel arutas komisjon sotsiaalse kaitse paragrahvi mitu korda ja selle sõnastus jäi lahtiseks kuni viimase koosolekuni. Komisjoniliikmed arvasid, et sätet pole üldse vaja või et eelnõusse tuleks võtta valitsemise ajutise korra § 7 redaktsioon või et edasi tuleks töötada Uluotsa versiooniga (ettepanekute tegijaid ei ole protokollitud).²²⁰ Detsembris tehti Kuusnerile ülesandeks välja pakkuda uus sõnastus ja kaks päeva hiljem võeti „Kuusneri tõlgitud redaktsioon“ mõningate parandustega vastu: „Majanduslike elu korraldamine Eestis peab vastama õigluse põhjusemõttele, mille sihiks on inimese väärilise ülespidamise kindlustamine. Nendes piirides tuleb üksiku isiku majanduslist tegevuse vabadust kindlustada.“²²¹ Kuusneri „tõlge“ pärineb ilmselgelt Weimari põhiseaduse § 151 lõikest 1: „Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle

entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern.“²²²

Riigikohus soovitas esimese lause teise poolde lisada „igale kodanikule“ ja teise lause ära jätta. Viimasest polnud riigikohtunike arvates aru saada, kas põhiseadus peab silmas tegevusvabaduse miinimumi või maksimumi.²²³ Kohtunik Reichmann ei pidanud õigeks opereerida põhiseaduses mõistetega, millest iga inimene isemoodi võib aru saada. Ta küsis retooriliselt, missugune on see õigluse põhimõte, mis majandusliku elu korraldamise aluseks on, või missugune on see inimese vääriline ülalpidamine, mida õigluse põhimõte nõuab, ja tõdes, et „mis maaliitlasele õige, on sotsialistile kõver“.²²⁴

Teisel lugemisel komisjonis nõudsid Kurs-Olesk, Kartau ja sotsialist-revolutsionäär Hans Kruus, et põhiseadus peab ka tööliste küsimust ja töökaitset sisaldama. Kurs-Olesk soovitas eelnõusse võtta ajutise põhiseaduse § 7, kus oli neid nimetatud. Strandman arvas, et see pole vajalik ja elu lahendab need küsimused ise ka ilma ilusate deklaratsioonideta. Kuna Poska leidis, et põhiseaduse sotsiaalse kaitse paragrahv on ajutise põhiseaduse §-st 7 laiem, anti paragrahv sõnastada redaktsioonitoimkonnale. Kaks päeva hiljem kiitis komisjon lisaaruteludeta heaks toimkonna versiooni: „Majandusliku elu korraldamine Eestis peab vastama õigluse põhimõtetele, mille sihiks on inimeseväärilise ülespidamise kindlustamine sellekohaste seaduste läbi, mis harimiseks maasaamise, eluaseme ja töösaamise, samuti ema- ja tööjõukaitse ning nooruse, vanaduse, töövõimetuse ja õnnetuste puhul riigilt tarviliku toetuse saamise kohta käivad.“²²⁵ Seega olid kokku liidetud Weimari põhiseaduse § 151 ja ajutise põhiseaduse § 7 teine pool.

Enne kolmandat lugemist soovitas Riigikohus välja jätta sätte teises pooles sisalduva meetmete loetelu („harimiseks maasaamise, eluaseme ja töösaamise“ jne), sest see on „liiga pikk ja ometi mitte kõike ütlev sooviavaldus“.²²⁶ Komisjonis arvas Uluots samamoodi nagu Riigikohus, et kõiki meetmeid ei õnnestu üles lugeda ning seepärast ei maksa neid ka osaliselt sätestada. Kartau teatas, et sotsiaaldemokraatide rühm peab loetelu säilitamist väga vajalikuks. Kurs-Olesk

²¹⁹ H. Vallikivi (viide 28), lk 313–316.

²²⁰ RA, ERA.15.2.373, l 14: protokoll nr 25, 01.11.1919.

²²¹ RA, ERA.15.2.373, l 107 ja 118: protokoll nr 50, 19.12.1919, ja nr 52, 21.12.1919.

²²² Vt ka E. Laaman (viide 11), lk 355.

²²³ RA, ERA.15.2.1020, l 84: Riigikohtu esimehe 23.01.1920 kiri.

²²⁴ RA, ERA.15.2.1020, l 132: Reichmanni 11.02.1920 kiri.

²²⁵ RA, ERA.15.2.374, l 56–56p ja 64: protokoll nr 58, 10.02.1920, ja nr 59, 12.02.1920.

²²⁶ RA, ERA.15.2.1020, l 153p: Riigikohtu esimehe 14.04.1920 kiri.

ja Ast mõnsid, et paragrahv on normitehniliselt kohmakas, kuid Kurs-Oleski arvates loetelu annab aimu prioriteetidest. Kuusner toetas enda pakutud esimese lugemise versiooni, kuid see lükati ülejäänud liikmete poolt tagasi. Komisjoni enamus (4 vastuhäälega) võttis sätte muutmata kujul vastu.²²⁷

Täiskogus teisel lugemisel tegi Jans ettepaneku paragrahvist sõna „riigilt“ välja jätta. Ta seletas, et ülalpidamist ei pea tagama tingimata riik, vaid selle kohustuse võib panna ka näiteks eraettevõtetele, kelle heaks teenistujad on elu- ja tööaeg töötanud. Kuigi komisjoni ettekandja Olesk muudatust ei pooldanud, kiitis täiskogu paranduse heaks (poolt 32, vastu 13 häält).²²⁸

Kolmandal lugemisel pani Kuusner ette jätta välja sätte teine pool alates sõnadest „sellekohaste seaduste läbi“. Ta arvas, et valitsemise ajutisest korrast pärinev teine pool võib olla esimesega vastuolus, ja tõi näite, et elamisväärse ülalpidamise saavutamiseks tuleb võib-olla 12 tundi päevas tööd teha, samas kui sätte lõpuosas nõutavate töökaitseadustega soovitakse kehtestada 6–8tunnine tööpäev. Kuna ta ei olnud sama ettepanekut teinud teisel lugemisel, ei pannud koosoleku juhataja Seljamaa küsimust hääletusele. Seepeale soovis Kuusner kogu paragrahvi välja jätta, kuid täiskogu lükkas nähtava enamusega ettepaneku tagasi.²²⁹ Põhiseadusesse jõudis sotsiaalse kaitse paragrahv sellisel kujul: „§ 25. Majandusliku elu korraldamine Eestis peab vastama õigluse põhimõttele, mille sihiks on inimeseväärilise ülespidamise kindlustamine sellekohaste seaduste läbi, mis käivad harimiseks maasaamise, eluaseme- ja töösaamise, samuti emakaitse, tööjookaitse ning nooruse, vanaduse, töövõimetuse või õnnetuste puhul tarviliku toetuse saamise kohta.“

Üldsätted

Põhiõiguste peatüki viimane paragrahv Uluotsa augustiprojektis koondas kaht üldsätet: „§ 22. Eesti kodanikkude vabadusi ja õigusi, mis ülemaal ülesloetletud (§§ 7–21), ei tule lõpulikult ülesloetuks pidada. Eesti kodanikkude vabadusi ja õigusi kitsendada ehk iseäralisi kohustusi määrata võib ainult sunduslikus korras väljakuulutatud sõja- ja kaitseisukorra põhjal ja vastavate seaduste piirides.“ Oktoobriprojektis oli lisandunud uus teine lause: „Kodanikkude vabadusi ja

põhiõigusi ei või seaduste abil kitsendada muidu, kui üleüldistes riiklikes huvides“, ja kolmanda lause sõnastust oli redigeeritud: „Kodanikkude vabaduste ja põhiõiguste erakorralised kitsendused astuvad jõusse seaduslikus korras väljakuulutatud sõja- ehk kaitseisukorra puhul vastavate seaduste põhjal ja piirides.“

Esimeses lauses sisalduva avatud loetelu põhimõtte analoogi teiste riikide põhiseadustes ei ole õnnestunud tuvastada. Teises lauses sisalduv kõigi põhiõiguste riivete lisatingimus (üleüldine riiklik huvi) tekkis tõenäoliselt üksikute paragrahvide (liikumisvabadus, ettevõtlusvabadus ja omandi kaitse) piiriklausleid ühtlustades ja sealt välja võetud tingimus koliti üldsättesse, kusjuures Uluots lisas tingimusse sõna „riiklik“. Kolmas lause sarnanes valitsemise ajutise korra §ga 8 („Eesti kodanikkude vabadusi ja õigusi kitsendada ning iseäralisi kohustusi määrata võib ainult seaduslikus korras väljakuulutatud sõjaseisukorra põhjal ja sellekohaste seaduste piirides“), millel olid olemas Vene ja Austria eeskujud.²³⁰

Esimesel lugemisel komisjonis otsustati teine lause kustutada.²³¹ Põhjendusi ei ole kahjuks protokollitud. Eelnõu kommenteerinud Reichmann pidas esimest lauset ebavajalikuks; riigikohtunikud nii radikaalsed ei olnud, kuid soovitasid lauset muuta. Reichmanni sõnul: kui kõiki õigusi ja vabadusi ei suudeta üles lugeda, milleks siis ülejäänud kataloog? Selle asemel võinuks sätestada, et lubatud on kõik, mis pole seadusega keelatud.²³² Riigikohus pakkus soovitusel põhjendamata esimese lause sõnastuseks: „Kodanikkude õiguste ja vabaduste üleslugemine eelseisvates §§ (7–21) ei kõrvalda mitte teisi õigusi, mis selle põhiseaduse mõttest järgnevad ehk temaga kokkukõlas on.“²³³

Teisel lugemisel kiideti heaks esimese lause Riigikohtu redaktsioon ning Uluotsa ettepanekul kustutati teises lauses viide sõjaseisukorrale (alles jäi üksnes viide kaitseisukorrale).²³⁴ Kolmandal lugemisel lisati Anderkopi, Kalbuse ja Strandmani poolt tööerakonna nimel soovitud tingimus, et kaitseisukorda saab kehtestada kindlaks tähtajaks.²³⁵ Erakorraliste kitsenduste tähtaegsus sisaldus ka Austria kodanikuõiguste põhiseaduse §-s 20 ja võis olla tööerakondlastele eeskujuks: „Über die Zulässigkeit der zeitweiligen und örtlichen Suspension der in

²³⁰ H. Vallikivi (viide 28), lk 324.

²³¹ RA, ERA.15.2.373, l 15: protokoll nr 26, 04.11.1919.

²³² RA, ERA.15.2.1020, l 132: Reichmanni 11.02.1920 kiri.

²³³ RA, ERA.15.2.1020, l 84: Riigikohtu esimehe 23.01.1920 kiri.

²³⁴ RA, ERA.15.2.374, l 56p: protokoll nr 58, 10.02.1920.

²³⁵ RA, ERA.15.2.375, l 26: protokoll nr 75, 20.04.1920; RA, ERA.15.2.375, l 32 ja 45: protokollile lisatud ettepanek.

²²⁷ RA, ERA.15.2.375, l 25: protokoll nr 75, 20.04.1920.

²²⁸ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 138, 08.06.1920, vnr 806–807.

²²⁹ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 142, 15.06.1920, vnr 994–996.

den Artikeln 8, 9, 10, 12 und 13 enthaltenen Rechte durch die verantwortliche Regierungsgewalt wird ein besonderes Gesetz bestimmen.“

Täiskogu menetluses kiideti komisjoni redaktsioon mõlemal lugemisel heaks ilma igasuguste aruteludeta.²³⁶ Eesti riikluse ajaloos võtmerolli mänginud paragrahv²³⁷ jõustus järgmises sõnastuses: „§ 26. [1] Kodanikkude õiguste ja vabaduste üleslugemine eelseisvais §§ (6-24) ei kõrvalda mitte teisi õigusi, mis järgnevad selle põhiseaduse mõttest ehk on temaga kokkukõlas. [2] Kodanikkude vabaduse ja põhiõiguste erakorralised kitsendused astuvad jõusse seaduslikus korras kindla tähtajani väljakuulutatud kaitseseisukorra puhul vastavate seaduste põhjal ja piirides.“

Kokkuvõte

Eesti 1920. aasta põhiseaduse 2. peatükis sisaldunud põhiõiguste kataloogi projekti koostas toona vaid 29-aastane õigusteadlane Jüri Uluots. Seaduseks saanud põhiõiguste peatükk muutus projektiga võrreldes suhteliselt vähe. 1919. aasta suvel ja varasügisel välja töötatud põhiseaduse projekti arutas Asutava Kogu 15-liikmeline põhiseaduskomisjon kolmel lugemisel 1919. aasta oktoobrist 1920. aasta maikuu keskpaigani. Täiskogu menetles eelnõu mais-juunis mõned nädalad ja tegi eelnõusse vaid üksikuid parandusi.

Põhiõiguste peatükki ei loodud tühjale kohale. 4. juunil 1919 Asutavas Kogus vastu võetud valitsemise ajutises korras (nn ajutises põhiseaduses) sisaldus kodanikuõiguste deklaratsioon. Tänu ajutise põhiseaduse ja ka muude seaduste (maaseaduse, algkooliseaduse, seisuste kaotamise seaduse jt) üle peetud debattidele oli mitu tähtsat põhiõigustesse puutuvat küsimust juba selgeks või selgemaks vaieldud.

²³⁶ Asutava Kogu 4. istungjärk, protokoll nr 138, 08.06.1920, vnr 807–808, ja nr 142, 15.06.1920, vnr 996.

²³⁷ 1934. aasta riigipöörde järel valimiste edasilükkamise ning rahvavõimu piiramise õigusliku alusena toetuti põhiseaduse §le 26, vt J. Klesment. Sisepoliitiline kriis ja põhiseadus. – Põhi-seadus ja Rahvuskogu. Tallinn: Rahvuskogu 1937, lk 59–61; P. Kenkmann. Kas 1933. aasta põhiseadus lubas autoritaarset valitsemist? – Tuna 2009, nr 3, lk 45. Kombinatsioonis valimiste edasilükkamise ja riigikogu vaikivasse olekusse jätmisega võimaldas see paragrahv valitsusel kaitseseisukorra raames pealtnäha seaduslikult piirata kodanike põhiõigusi (nt sõna- ja ühinemisvabadust) ja poliitilise opositsiooni tasalülitada, vt P. Kaasik. Kaitseseisukord ja selle rakendamine okupatsioonivõimu teenistusse. – Sõja ja rahu vahel. II köide. Tallinn: S-Keskus 2010, lk 187 jj.

Põhiseaduskomisjonis tekitasid haridus- ja vähemusrahvuste õiguste kõrval (neid käesolevas artiklis käsitletud ei ole) enim vaidlusi aumärkide ja ebainimlike karistuste (eriti surmanuhtluse) keelamine, usu, sõna- ja koosolekuvabadus ning eraomandi sundvõõrandamisel õiglase hüvitise maksmine. Täiskogus vaieldi samadel teemadel ning lisaks veel võrdõiguslikkuse ja streigivabaduse üle. Valdavalt ei olnud vaidlused õiguslikud, vaid võrsunud erakondade poliitilistest vaadetest, omandi kaitse ja sotsiaalse kaitse puhul olid argumentid ka majanduslikud. Aruteludes tulid esile erakondade poliitilised erimeelsused. Sotsiaaldemokraadid kaitsesid seisuste kaotamist, sotsiaalse kaitse õigust, koosoleku- ja streigivabadust; kodanlikud erakonnad eraomandit ja isikupuutumast. Vasakpoolse tööerakonna juristidest esindajate vaated võisid oluliselt lahkneeda ja fraktsioonis näisid puuduvat ühtsed kooskõlastatud seisukohad (nt isikupuutumast ja usuvabaduse küsimuses). Fraktsiooni sees seisukohtade lahknemist esines ka teistes erakondades (nt sotsiaaldemokraatidel võrdsusõiguse küsimuses), kuid üldiselt kajastus hääletustulemustes maailmavaadete erinevus ja vasakpoolsete vaadete ülekaal nii komisjonis kui ka täiskogus (selgelt nt aumärkide keelu, streigivabaduse, eraomandi sundvõõrandamise tasu ja sotsiaalse kaitse küsimuses).

Õiguslikke vaidlusi peeti ja eelnõu muudeti seoses põhiõiguste piirangutega. Komisjon asendas esimese hooga mitmes paragrahvis piirangu seaduslikkuse nõude kohtu loa nõudega (vahistamise ja kodu läbiotsimise, kirjavahetuse jälgimise, sõna- ja liikumisvabaduse piiramise puhul). Tõenäoliselt sooviti sellega veneaegse halva kogemuse tõttu vältida täitevvõimu omavoli. Riigikohus ja teised kohtunikud olid muudatusele vastu osalt praktilistel kaalutlustel (töökoormuse ohjamiseks ja kuritegevuse tõkestamiseks), osalt võimude lahususe põhimõtte kaitseks (kohus ei saa langetada suvaotsuseid, vaid peab rakendama seadust ja seetõttu peavad piirangud sisalduma seaduses). Kohtu loa nõue säilis vahistamise, kirjavahetuse jälgimise ja liikumisvabaduse piiramise tingimusena.

Põhiseaduskomisjonis diskuteeriti veel selle üle, millistel tingimustel on põhiõiguste piiramine lubatud. Uluotsa eelnõu järgi tohtis põhiõigusi piirata üksnes üleüldistes riiklikes huvides. See lisatingimus asendati menetluse käigus eri sätetes erinevate piiranguesmärkidega: avaliku korra ja kõlbluse kaitsega usuvabaduse piiramisel, kõlbluse ja riigi kaitsega sõnavabaduse piiramisel, avaliku julgeoleku huvidega koosoleku-, ühinemis- ja streigivabaduse piiramisel, tervisekaitsega liikumisvabaduse piiramisel ning üleüldise huviga omandi kaitseks.

Menetluse käigus muutus Uluotsa algversiooniga võrreldes täielikult sotsiaalse kaitse paragrahv (§ 25) ning oluliselt täiendati isikupuutumast (§ 8) ja

usuvabaduse (§ 11) paragrahvi. Peatükki lisandusid Uluotsa projektist puudunud aumärkide keeld (§ 7), tagasiulatuva kriminaalseaduse keeld (§ 9) ja streigivabadus (§ 18 lg 3). Samuti arvati eelnõu menetlemise käigus põhiseadusest välja Uluotsa projektist puudunud, aga kohtute alamkomisjonilt laekunud ebainimlike karistuste keeld.

Ajutise põhiseaduse menetlemisel kõige tulisemalt vaieldud ettevõtlusvabadus (§ 19) ei tekitanud põhiseaduse menetlemisel enam mingeid vaidlusi. Komisjonis ja täiskogus ei vaieldud tagasiulatuva kriminaalseaduse keelu (§ 9), kodu puutumatus (§ 10) ega ühinemisvabaduse (§ 18 lg 2) üle. Täiskogu aktsepteeris muudatusteta komisjoni sõnastatud sõnumisaladuse (§ 14), koosolekuvabaduse (§ 18 lg 1) ja üldsätete, sh põhiõiguste erakorraliste piirangute (§ 26 lg 2) paragrahvid.

Välisriikide eeskujusid põhiõiguste peatüki sätetele oli seni arvatust oluliselt enam. Senises kirjanduses mainitakse peamiselt Weimari 1919. aasta põhiseadust, Šveitsi 1874. aasta liidupõhiseadust ja Ameerika Ühendriikide konstitutsiooni. Viimasel otsest mõju põhiõiguste sõnastusele ei olnud. Weimari põhiseadusest said Uluots ja parandusettepanekute tegijad tõepoolest mõjutusi enamiku paragrahvide formuleerimisel. Märkatavaid sarnasusi leidub ka Šveitsi 1874. aasta liidupõhiseadusega (kohtualluvuse muutmise keeld, usuvabadus, ihu- ja surmanuhtluse keeld) ja senises kirjanduses tähelepanuta jäänud Berni kantoni 1893. aasta põhiseaduse (isikupuutumatus, sõna- ja ettevõtlusvabadus, tsensuuri keeld) sätetega, kuid neile lisaks ka Austria 1867. aasta kodanikuõiguste põhiseaduse (sõnumisaladus ja erakorralised kitsendused), Preisimaa 1850. aasta põhiseaduse (kogu vara konfiskeerimise keeld), Soome 1919. aasta valitsuskorra (kohtualluvuse muutmise keeld, kodu puutumatus, sõnumisaladus ja liikumisvabadus), Taani 1866. aasta põhiseaduse (isikupuutumatus ja tsensuuri keeld), Venemaa 1906. aasta põhiseaduse (isikupuutumatus, tagasiulatuva kriminaalseaduse keeld, kodu puutumatus, ühinemisvabadus ja omandi kaitse) ja isegi Vene 1905. aasta revolutsiooni aegse põhiseaduse projekti (sõnumisaladus) sätetega. Siiski sõna-sõnalt kopeeritud sätteid praktiliselt ei olnud, põhiõiguste kataloog oli süntees mitme riigi eeskujudest. Nii Uluotsa algne kui ka põhiseaduseks saanud kataloog oli läbimõeldud valik. Iseseisvusmanifestis ja ajutises põhiseaduses loetletud klassikalised põhiõigused ja vabadused kindlustati veneaegse seadustuse vältimiseks. Nende kõrvale toodi Saksamaa eeskujul moodsamad sotsiaalsed, majanduslikud ja kultuurilised põhiõigused. Debattides ei tõusnud kordagi küsimust, kas eeskujuks on demokraatliku või isevalitsusliku riigi põhiseadus.

Teise peatüki paragrahvide lõpliku sõnastuse kujunemisel olid maaliitlase Jüri Uluotsa kõrval suurimad teened põhiseaduskomisjoni juhtinud ning mitmeid sõnastusi ja olulisi täiendusi (võrdsusõiguse, isikupuutumatus, tagasiulatuva kriminaalseaduse keelu, usuvabaduse, kaitseseisukorra jm sätetes) pakkunud tööerakondlasel Ado Anderkopil. Riigikohus, mille esimees Kaarel Parts oli eelnõu menetlemise algusjärgus rahvaerakondlasest poliitik ja Asutava Kogu liige, kommenteeris tulemuslikult peaaegu kõiki paragrahve (mh isiku- ja kodu puutumatus, sõnumisaladuse, usu-, sõna, koosoleku- ja liikumisvabaduse, kaebeõiguse ja põhiõiguste avatud loetelu sätteid). Sotsiaaldemokraatide üks liidreid Karl Ast pakkus mitu heakskiidetud sõnastust (aumärkide keeld, sõnumisaladus, usu-, koosoleku- ja liikumisvabadus). Ta juhtis ka natuke aega komisjoni tööd ja esines täiskogus põhiõiguste üle peetud vaidlustes. Komisjoni ainsa naissoost liikme sotsiaaldemokraat Minni Kurs-Oleski sõnavõtte on protokollitud vähe, aga ta soovitusi arvestati (usu, sõna- ja ettevõtlusvabaduse, omandi ja sotsiaalse kaitse paragrahvides). Üksikuid arvesse võetud muudatusi ja täiendusi soovitasid veel näiteks rahvaerakondlased Hugo Kuusner (sotsiaalne kaitse) ja Nikolai Maim (ihunuhtluse keeld), tööerakondlane Nikolai Talts (usuvabadus), sotsiaaldemokraadid Johan Jans (sotsiaalne kaitse), Hans Mets (streigivabadus), August Rei (võrdsusõigus), Jaan Vain (võrdsusõigus ja aumärkide keeld) ja teised. Tallinna Ringkonnakohtu esimees Jaak Reichmann uusi sõnastusi ei pakkunud, vaid soovitas eelnõust „tühje deklaratsioone“ välja rookida. Tema arvamustega langes hämmastaval määral kokku Päevalehes ilmunud salapärase Longue-vue terav kriitika eelnõu aadressil. Reichmanni soovitatud parandusi jõudis isikupuutumatus ja usuvabaduse paragrahvidesse. Komisjoni töö juhtimise või debattides osalemisega põhiõiguste sätete kujunemist mõjutanud Asutava Kogu saadikuid oli teisigi. Nimetamist väärivad mitu kuud komisjoni juhtinud Jaan Poska, täiskogus komisjoni esindanud tööerakondlane Lui Olesk, komisjonis aktiivselt tegutsenud tööerakondlaste liider Otto Strandman ja täiskogus aktiivselt esinenud sotsiaaldemokraat Aleksander Oinas.

S. Anton. Eesti kultuuri ja rahvuse mõiste põhiseaduse preambulis. – Riigiõiguse aastaraamat 1/2020, lk 118–147

Eesti kultuuri ja rahvuse mõiste põhiseaduse preambulis

SVEN ANTON

„Kõikumatus usus ja vankumatus tahtes kindlustada ja arendada riiki, [...] mis peab tagama eesti rahvuse, keele ja kultuuri säilimise läbi aegade [...]“

– Eesti Vabariigi põhiseaduse preambul

Kokkuvõte. Eesti Vabariigi põhiseaduse preambuli järgi on riigi üheks eesmärgiks eesti rahva, keele ja kultuuri säilimise tagamine läbi aegade. Eesmärgi mõistmine eeldab konstitutsiooniõiguslikust vaatevinklist mõistete „kultuur“ ja „rahvus“ tõlgendamist, mida ei ole senini süvitsi käsitletud. Artiklis uurin, kuidas sisustada eesti kultuuri ja eesti rahvuse mõisteid põhiseaduse preambuli tähenduses.

Mõistete sisu avamisel võrdlen kultuuri ja rahvuse mõtestamise eri viise, sh kultuuri ja rahvuseid uurivate teaduste nüüdisaegsed arusaamasid. Eri käsituste analüüsimisel põhiseaduse preambuli eesmärgi, kohtupraktika ning põhiseaduse jt konstitutsiooniliste seaduste kontekstis järeldan, et „eesti kultuuri“ tuleks käsitada antropoloogilises ning „eesti rahvust“ kultuurirahvuslikus tähenduses. Seega ei ole põhiseaduse preambulist tulenevalt eesti kultuuri ja rahvuse säilimise tagamine üksnes spetsiifiline eesmärk, mis on suunatud etnilistele eestlastele, nende pärimuskultuuri ja kunstiloome edendamisele, vaid seab sihiks tagada, et säiliks need inimesed, kes kannavad ja tahavad kanda eesti kultuuri oma igapäevaelu osana.

Märksõnad: põhiseadused, kultuur, rahvus, kultuuripoliitika, riigiõigus

1. Probleemi sõnastamine

1.1. Rahvusluse keerukas olukord

Eesti Vabariigi põhiseaduse (PS) preambul peegeldab ehedalt Eesti omariikluse iseäralikku poliitilist situatsiooni ja arengut. Eesti Vabariigi taasiseseisvumise aluseks oli vankumatu rahvuslik solidaarsus, mis väljendus oma keele ja kultuuri enneolematult jõulises demonstratsioonis laulva revolutsioonina. Impulsist

kantuna nõudis eesti rahvas oma soo ja sellesama kultuuri, mis tegi relvituks ka suuremad poliitilised jõud, kaitsmist põhiseaduses, sest kui põhiseadusega luuakse Eesti riik, peab sellel ka eesmärk olema.¹

Võrdluses teiste riikide konstitutsioonidega on põhiseaduse preambulis kirjutatud kultuuri ja rahvuse säilitamise kohustus omapärane seetõttu, et kohtupraktikas on sellele antud ka sisu.² Seega ei ole preambul üksnes formaalsus, mida kasutada tõlgendamisel argumendina, vaid iseseisev alusväärtus, millele põhiseadus tugineb. Alusväärtuste olulisust põhiseaduses rõhutab ka põhiseaduse täiendamise seaduse esimene paragrahv, mis seab Euroopa Liitu kuulumise lähteluseks põhiseaduse aluspõhimõtted.³ Tähele tuleks panna, et põhiseaduse alustest kirjutades kasutatakse ühteaegu mõisteid nagu alusväärtus, väärtus, printsüübid ja põhimõtted. Selles kontekstis ei ole selge, kas sõnaga „aluspõhimõtted“ sooviti luua uut mõistet juba olemasolevatele lisaks või on tegemist üksnes sünonüümiga.

Kuivõrd rahvuslus on tundlik teema veel tänagi, tuleb olla ettevaatlik rahvuse ja kultuuri põhiseadusliku garantii sõnastamisel. Seda eriti kontekstis, kus kultuurilist enesemääramisõigust kasutatakse vähemuste õiguste piiramise õigustamiseks⁴, ohtude sisustamisel julgeolekupoliitikas⁵ ning sageli ka populistlikel eesmärkidel, õhutades konflikte või kultuurilist kapseldumist. Kuigi õigusteadlastele ei meeldi õigust siduda poliitikaga, on paratamatu, et põhiseaduse pale väljendub poliitikas, millele ta õigustuse annab.

¹ Põhiseadus ja Põhiseaduse Assamblee. Koguteos. Toim. V. Peep. Tallinn: Juura 1997, lk 761.

² Vt p 3.1.1

³ Eesti Vabariigi põhiseaduse täiendamise seadus, § 1. – RT I 2003, 64, 429.

⁴ Nt kodanikuliikumine SA Perekonna ja Traditsiooni Kaitseks (SAPTK) näeb kooseluseaduses ohtu eesti kultuurile, nimetades seda kultuuriliseks allakäiguks, vt V. Vooglaid. Sümbolne meelevaieldus Riigikogu ees ja Vabaduse platsil. SA Perekonna ja Traditsiooni Kaitseks arhiiv 2015. Arvutivõrgus: <https://saptk.ee/arhiiv/symbolne-meelevaieldus-riigikogu-ees-ja-vabaduse-platsil/> (01.01.2020). Eesti Konservatiivne Rahvaerakond (EKRE) on SAPTK-i eeskujul hinnanud kooseluseaduse põhiseadusega vastuolus olevaks, vt T. Randlo. EKRE: Kooseluseadus on vastuolus eesti rahva huvide ja põhiseadusega. – Postimees, 15.06.2014. Arvutivõrgus: <https://www.postimees.ee/2828487/ekre-kooseluseadus-on-vastuolus-estirahva-huvide-ja-pohiseadusega> (01.01.2020).

⁵ J. Toomepuu. Ohud Eesti julgeolekule. – Kultuur ja Elu 2015, nr 1. Arvutivõrgus: http://kultuur.elu.ee/ke519_julgeolek.htm (01.01.2020).

1.2. Eesti kultuuri ja rahvuse mõiste sisustamine

Eesti kultuurile ja rahvusele antud põhiseadusliku garantii tõlgendamine sõltub eesti kultuuri ja rahvuse mõistetele antud sisust. Kuivõrd nende mõistete kohta puuduvad veel ülevaatlilikud käsitlused Eesti õiguses, on juba nende sisustamine mahukas töö. Seetõttu võtangi artikli fookusesse üksnes eesti kultuuri ja rahvuse mõisted.

Siiski tuleb kultuuri ja rahvuse käsitlemisel arvestada ka eesmärgiga, milleks on eesti kultuuri ja rahvuse jätkusuutlikkuse tagamine. Kultuuri ja rahvust ei saa sisustada selliselt, et põhiseadusliku garantii elluviimine muutuks tegevusena sisutuks või võimatuks. Seetõttu on vaja lisaks õigusallikatele abiks võtta ka kultuuri ja rahvuseid uurivate teaduste nüüdisaegsed käsitlused, mis aitavad paremini selgitada kultuuri ja rahvust ühiskondliku nähtusena, sh omadusi, mis tagavad nende jätkusuutlikkuse.

Olgu juba ennetavalt mainitud, et „mõistet sisustama“, mida ma kasutan siinses artiklis kultuurist ja rahvusest kõnelemisel, ei ole sama mis „mõistet defineerima“. Kui definitsiooniga antakse „mõiste oluliste tunnuste lühike täpne esitus“⁶, siis mõiste sisustamisel uurin alles, millised on mõiste olulised tunnused sellest kõnelemisel ja selle kasutamisel. Teisisõnu, artikli tulemusena ma ei väida, et „eesti kultuur on ...“, vaid väljendan, mida tuleks eesti kultuuri all mõista põhiseaduse preambuli tähenduses, võttes arvesse kultuuriteadusi. Metoodiliselt tähendab see, et kultuuri defineerimise asemel annan ma hoopis ülevaate kultuurist kõnelemise viisidest (mõiste „kultuur“ eri sisudest) tavakasutuses, kultuuri uurivates teadustes ja ka õigusallikates. Kasutades õigusteaduses aktsepteeritud tõlgendamisi (grammatiline, teleoloogiline, ajalooline ja süstemaatiline), analüüsin, millisel viisil tuleks kultuurist kõneleda põhiseaduse tähenduses.

Kuigi selline probleemikäsitlus tundub õigusteaduses esialgu ebatraditsiooniline, siis ei ole see kultuuri uurivate teaduste ja ka põhiseaduse enda arengu kontekstis sugugi nii. Kultuuri on küll üritatud defineerida, kuid neid definitsioone on sadu,⁷ millest igaüks haarab küll mingi olulise osa, kuid mitte tervikut.

⁶ Definitsioon. – Eesti keele seletav sõnaraamat. Toim. M. Langemets jt. Eesti Keele Sihtasutus 2009. Arvutivõrgus: <https://www.eki.ee/dict/ekss/index.cgi?Q=definitsioon&F=M>.

⁷ M. Tamm. Sissejuhatus. – Kuidas uurida kultuuri? Kultuuriteaduste metodoloogia. Koost. M. Tamm. Tallinn: Tallinna Ülikooli Kirjastus 2016, lk 20.

Kultuur ei ole ajas püsiv ja oma piirides läbinisti ühtne korrektne asi⁸, vaid ajas muutuv⁹ ja heterogeenne.¹⁰ See ilmestab selgelt, et kultuuri ei saa mõistena defineerida ning seetõttu ei ole mõttekas ka eesti kultuuri kui põhiseadusliku alusväärtuse defineerimine.

Iseenesest ei allu ka teised põhiseaduse alusväärtused defineerimisele. Põhiseaduslike väärtuste üle arutlemisel on Jüri Uluots tabavalt selgitanud, et kuigi „põhiseaduse algkorraldus“ ulatub tagasi juba Eesti esiaegadesse, ei tähenda esivanemate väärtustega arvestamine nendesse kapseldumist. Põhiseadus saab olla jätkusuutlik üksnes siis, kui „suure üldistusastmega üldnimelikud püsiväärtused aluspõhimõtetenähtusena jätavad ruumi ka uutele“¹¹, mis on vajalikud muutuva (kultuuri)-keskkonnaga kohanemisel. Tänapäev poliitiline ja ühiskondlik kontekst esitab põhiseadusele hulgaliselt uusi väljakutseid: üleilmastumine, sotsiaalmeedia, pandeemia(d), ränne ja kliimasoojenemine on vaid mõned näited. Suutmatust toime tulla juba nimetatud nähtustega tähendaks, et põhiseadus ei ole jätkusuutlik. Just seetõttu ei saa olla õigustatud ka teiste põhiseaduslike alusväärtuste suletud tõlgendamine, sh defineerimine.

Kuivõrd rahvuse käsitlemine on tihedalt seotud kultuuriga, seda eriti rahvuskultuuride näitel, nagu seda on eesti kultuur, siis ei ole kuidagiviisi põhjendatud ka eesti rahvuse defineerimine. Nii tulebki kultuuri ja rahvust käsitada põhiseaduse vaimus ajas arenevate nähtustena selliselt, nagu seda käsitavad uurimisobjektidena nüüdisaegsed kultuuri ja rahvuseid uurivad teadused.¹² Just tänapäeva teaduse abil saab eesti kultuur ja eesti rahvus kesta läbi aegade.

⁸ R. Raud. Tähenduste keeris – tervikliku kultuuriteooria visand. Tallinn: Tallinna Ülikooli Kirjastus 2018, lk 33.

⁹ A. Annist, M. Kaaristo. Antropoloogia kujunemine, uurimislugu ja põhimõisted. – Sotsiaal- ja kultuuriantropoloogia. Õpik kõrgkoolidele. Koost. A. Annist, M. Kaaristo. Tallinn: Tallinna Ülikooli Kirjastus 2017, lk 15.

¹⁰ R. Raud (viide 8), lk 35.

¹¹ Seda rõhutas juba Jüri Uluots esimese põhiseaduse loomise juures, kus ta väitis, et kuigi Eesti põhiseaduse algkorraldus ulatub tagasi juba Eesti esiaegadesse, ei tähenda sealsete väärtuskogemuste ja põhimõtete arvestamine nendesse kapseldumist, vt R. Narits, H. Kalmo, L. Madise, H. Schneider. Põhiseaduse preambuli komm. 20. – Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Toim. Ü. Madise jt. 4., täiend. vlj. Tallinn: Juura 2017.

¹² A. Annist, M. Kaaristo (viide 9), lk 13–16.

2. Jätkusuutlik kultuur

2.1. Kultuurist kõnelemise viisid

Hoolimata sellest, et sõna „kultuur“ kasutatakse sageli eri tähendustes, ei tuleks kultuuri mõistest loobuda. Kultuurist kõnelemisel tuleb olla täpsem ja vajadusel selgitada kasutatava mõiste sisu. Arutelu raamistamiseks toongi ma alljärgnevalt mõned näited eri viisidest, kuidas kultuurist kõneleda, ja võtan need seejärel kokku.

Tavapärastelt mõistetakse kultuuri all tegevusi, mis jäävad kultuuriministeeriumi haldusalasse, nagu nt kaunid kunstid (kirjandus, kunst, teater) või rahvuskultuur (rahvatants ja laul). Kultuur võib tähendada aga ka sotsiaalset kapitali. Näiteks võib väita, et inimene on kultuurne, kui ta orienteerub hästi kunstiajaloo ja klassikalises kirjanduses, s.o kaunites kunstides. Kuid kultuursus ei pea olema ilmtingimata seotud kaunite kunstidega. Näiteks võib kultuurseks pidada ka kedagi, kes on kombekas ja tunneb viisakusreegleid kindlates sotsiaalsetes olukordades – nt liikluses (liikluskultuur) või poliitikas (poliitkultuur). Seega võib sõna „kultuur“ kasutada sotsiaalse kapitali kirjeldamisel („kultuurne“), ilma et viidataks tegevustele, mis on otseselt kultuuriministeeriumi haldusalas.

Eesti kultuurist kõneletakse spetsiifiliselt sageli pärimus- või rahvakultuuri tähenduses, nt laulupeo traditsioon, rahvatants ja -riided või rahvusroad. Rahvakultuurile vastandatakse teinekord popkultuuri (massikultuuri), mida nähakse justkui vähem väärtuslikuna või teinekord lausa ohuna selle massilise leviku tõttu. Popkultuurile võivad omakorda vastanduda aga näiteks subkultuurid (nt punkarid, skeiterid, hipsterid), kes eristuvadki just tavapärasest erinevate arusaamade ja valikutega.

Need mõningased näited võikski kokku võtta järgmiste kategooriatega.¹³

- a. Kultuur kui sotsiaalne kapital. Selles tähenduses on sõna „kultuur“ kui mingi omadus, mis kuulub indiviidile või sotsiaalsele rühmale. Näiteks öeldakse, et inimene on kultuurne, kui ta käitub kombekalt või on saanud hea hariduse või kasvatuse. Argielus kasutatakse sellist kultuurikäsitust väljendites nagu „kultuurne inimene“, „liikluskultuur“, „poliitkultuur“.¹⁴

¹³ Jaotuse aluseks on Tõnu Viigi koostatud jaotus, vt T. Viik. Eesti kultuuri muutuvad enesemääratlused. – Eesti rändeajastul. Eesti inimarengu aruanne 2016/2017. Toim. T. Tammaru. Eesti Koostöö Kogu 2017, p 5.1.1, lk 217. Arvutivõrgus: <https://inimareng.ee/eesti-kultuuri-muutused-avatud-maailmas/eesti-kultuuri-muutuvad-enesemaatlused/> (02.01.2020).

¹⁴ Samas.

Siia alla liigituvad ka subkultuurid.¹⁵

- b. Kultuur kui kaunite kunstide ühisnimetaja. Selles tähenduses on kultuur ennekõike professionaalne kunstilooje, nagu nt kunst, kirjandus, teater, muusika ja ka filmikunst.¹⁶
- c. Kultuur kui pärand (pärandkultuur, rahvakultuur). Ka siin on kultuur seoses kunstiloojega, kuid selle tähendus on mõnevõrra kitsam. Siin on kultuur seotud rahvuse või pärimusega, selle aluseks on ajalooliselt tähenduslikud praktikad või objektid rahvuse või geograafia põhjal. Seetõttu kuulub siia alla ka harrastuslik kunstilooje, mis teeb sellise kultuurikäsituse teisalt laiemaks kultuurist kui kaunite kunstide ühisnimetajast. Tänapäeva kultuuriministeeriumi tegevusvaldkonnana nähaksegi peamiselt kultuuri kui kaunite kunstide ühisnimetajat ja kultuuri kui pärandit.¹⁷
- d. Popkultuur. Popkultuuri erinevus tuleb selgelt esile kontrastis pärandkultuuriga, mille suhtes popkultuur on alati justkui võõras või väljast tulnud. Popkultuuri (ka massikultuuri) iseloomustab nn kultuuritööstus, st kultuuri tootmist reguleerib globaalne tarbijate nõudlus mingi kindla kultuuritoote või -teenuse järele.¹⁸ On ilmne, et eesti kultuurist kõneledes ei kasutata sõna „kultuur“ üksnes popkultuuri tähenduses.
- e. Kultuur antropoloogilises tähenduses. Kultuur antropoloogilises tähenduses on sotsiaalsele rühmale omane kollektiivsete hoiakute, uskumuste, väärtuste ja teadmiste kogum, mis väljendub – ja on teaduslikult jälgitav – rühma liikmete käitumises ja mõtlemisvormides. Sellisena mõistetakse kultuuri 20. ja 21. sajandil ka kultuuri uurivates teadustes. Nii kirjeldab kultuur suurte inimkoosluste eluviisi või -stiili, maailma vaadet ja sellest lähtuvat ühiskonnakorraldust ning kõiki vaimseid saavutusi, mis väljenduvad ainult väikeses mahus kaunites kunstides, teaduse professionaalse või harrastusliku (pärimus)loominguna.¹⁹

¹⁵ Tänapäeva sotsioloogias ja kultuuriteadustes kasutatakse subkultuuri asemel pigem mõisteid nagu skeene, uushõim, mis kokkuvõtvalt iseloomustavadki teatud sotsiaalset kapitali (oskused nagu nt rulasõitmine; stiil nagu nt punkaritel jne). Vt A. A. Allaste. Subkultuuride sotsiaalteaduslikest käsitlustest – hälbivast allkultuurist skeene, uushõimu ja elustiilini. – Subkultuurid: elustiilide uurimused. Toim. ja koost. A. A. Allaste. Tallinn: Tallinna Ülikooli Kirjastus 2013, lk 52.

¹⁶ T. Viik (viide 13), lk 217.

¹⁷ Samas.

¹⁸ Samas.

¹⁹ Samas.

2.2. Kultuur antropoloogias

2.2.1. Kollektiivsed tähendused ja keeled

Kui esimesed neli kultuurist kõnelemise viisi on intuiitiivselt haaratavad, sest selliselt kõneldakse kultuurist iga päev, siis kultuur antropoloogilises tähenduses vajab tõenäoliselt rohkem selgitamist. Antropoloogias on sõnal „kultuur“ oluliselt laiem tähendus kui näiteks täna kultuuriministeeriumi haldusalas olevad tegevused, sest kõik inimesed osalevad kultuuris, sõltumata nende kultuurihuvist.²⁰ Teisisõnu, eesti kultuur ei väljendu üksnes rahvatantsus ja -muusikas, folklooris jms, vaid ka inimeste argises käitumises.

Kuid erinevus ei ole siin üksnes kvantitatiivne, st eesmärk ei ole hõlmata üksnes suuremat hulka artefakte ja praktikaid, vaid tegemist on kvalitatiivselt erineva arusaamisega. Antropoloogias ei ole kultuur miski, millele saaks omistada teatava hulga esemeid ja praktikaid stiilis „Kalevipoeg on eesti rahvuseepos. Laulupidu on eesti rahva traditsioon juba 1869. aastast“, vaid sootuks vastupidi: antropoloog uurib hoopis seda, kuidas mingid esemed ja praktikad saavad endale tähenduse uuritavas kultuuris.²¹

Nii on näiteks eesti kultuuri osaks ka teosed (nt koraan, Leonardo da Vinci „Mona Lisa“, „Vahva sõduri Švejki juhtumised maailmasõja päevil“), mida eesti kultuuriga ei seostata.²² Sellised teosed saavad eesti kultuuri osaks just seetõttu, et nad on eesti kultuuri kontekstis tähenduslikud. Isegi kui eestlane ei ole lugenud koraani või Švejki juhtumisi, on tal neist olemas arusaam või sisukad seosed emma-kumma teosega, sest eesti kultuuris on nimetatud teosed tähenduslikud ehk mõtestatud (nt need on tõlgitud või neid on haridusprogrammis käsitletud). Teisisõnu, koraan ja Švejki juhtumised kõnetavad eestlasi, st nad on osa eesti kultuuri kollektiivsetest tähendustest.

Kollektiivsed tähendused ei pea olema teada kõikidele kultuuri kandjatele, sest kultuur ei ole kultuuri kandjate maailmavaateline ühisosa.²³ Pigem vastupidi,

²⁰ A. Annist, M. Kaaristo (viide 9), lk 13

²¹ C. Geertz. Kultuuride tõlgendamine. Valitud esseed. Tõlk. T. Pern. Tallinn: Tänapäev 2017, lk 32.

²² Tekstid, mida iga kultuurikandja lääne kultuuris teab vähemalt kuulduste järgi mingil määral, on „Hamlet“, lauakombed, „Mona Lisa“, Beethoveni 5. sümfoonia algus, põhilised liikluseeskirjad, Eiffeli torn. Sellised tekstid on alustekstid, millest teadmist peetakse sageli ka haridustaseme näitajaks. Vt R. Raud (viide 8), lk 22.

²³ T. Viik (viide 13), lk 219; R. Raud (viide 8), lk 23.

kultuuri iseloomustavad erinevad kogemused ja teadmised, mis väljenduvad kultuurikeeltes.²⁴ Kultuurikeeli tajume kõige reljeefsemalt erinevate ametitega kokku puutudes, nt erialane sõnavara. Kuid kultuurikeeled ei väljendu üksnes loomulikus keeles (kõneldav keel, nt eesti keel), vaid ka kommetes, institutsionaalselt välja kujunenud tavades ja arusaamades jms.²⁵ Kasvõi juristi jaoks niivõrd argine asi nagu kohtulahendite küljendus on eesti õigusele omane kultuurikeel, millest kõrvale kaldumine võib silma paista võõra ja imelikuna – võib tekkida isegi küsimus, kas tegemist on üldse kohtuotsusega. Kuigi Eesti õiguses kasutatav kultuurikeel on võõras paljudele eestlastele, on tegemist eesti kultuuri olulise osaga, mis väljendab seda, kuidas eesti kultuuris õigusest aru saadakse.²⁶

Kultuuris kasutusel olevad loomulikud keeled koos kultuurikeeltega moodustavadki kultuuri sümboolse maatriksi ehk tähenduste võrgustiku, milles kollektiivsed tähendused saavad oma sisu.²⁷ Nii saavadki koraan ja Švejki juhtumised oma sisu eesti kultuuris kultuurikeelte (nt religiooniloo õpetuse, ajaloo, kultuurikriitika) ja loomuliku keele (koraani tõlkimine eesti keelde) kaudu. Kultuurikeelte ja loomuliku keele abil luuaksegi tähendusi kultuuris.

Sellisenä ongi kultuur ka antropoloogia ja kultuuriteaduste uurimisobjektiks. Antropoloogile pakuvadki huvi praktikad nagu dokumentide range tüüpvormistus või ka aktsepteeritavad argumenteerimisviisid, mille poolest õigus paistab jällegi iseäranis silma.²⁸ Nimetatud iseärasustest või sarnasustest²⁹ lähtudes saabki antropoloog kirjeldada uuritavat kultuuri.

²⁴ T. Viik (viide 13), lk 218; R. Raud (viide 8), lk 38.

²⁵ T. Viik (viide 13), lk 218; R. Raud (viide 8), lk 39.

²⁶ Kultuurikeel ei väljenda üksnes kollektiivseid tavasid, vaid ka arusaamu. Nt juba kohtutekstide range liigendus ja nummerdus viitab Mandri-Euroopa positiivsele õigustraditsioonile ja sellest tulenevale rangusele õiguslike argumentide esitamisel.

²⁷ T. Viik (viide 13), lk 218.

²⁸ Vt nt Bruno Latouri antropoloogilist uurimust Prantsuse kõrgemast halduskohtust: *The Making of Law: An ethnography of the Conseil d'Etat*. Cambridge, Malden (Mass.): Polity Press 2010. Siin kirjeldab Latour põhjalikult erinevaid kohtule omaseid arusaamu, töekspidamisi, tavasid ja praktikaid, mis osalejatele endile jäävad sageli märkamata või nende poolt sõnastamata (nn kirjutamata reeglid).

²⁹ Sageli on kritiseeritud erinevustel põhinevat kultuuride uurimist, sest see jätab mulje, justkui oleks tegemist mingisuguse kindlapiirilise nähtusega, mis eri inimgrupe üksteisest eristab. Selline kriitika on eriti asjakohane eksootiliste kultuuride uurimisel. Seega tuleb kultuuride uurimisel erinevustele lisaks tähelepanu pöörata ka sarnasustele ja küsida, miks sarnasused või erinevused esinevad. Vt A. Annist, M. Kaaristo (viide 9), lk 19–24.

2.2.2. Kultuurilised enesekirjeldused

Kultuuride kirjeldusi ei looda ainult eemalt, vaid ka kultuuri enda sees. Paljud kultuurikogukonnad, kes tajuvad ennast kollektiivse subjektina (nt rahvusena) ja suudavad ennast sellena ka kehtestada (ei tähenda ilmtingimata omariiklust), väljendavad ennast kollektiivsete enesekirjelduste kaudu.³⁰ Kõige ilmekamalt väljenduvad enesekirjeldused omariikluse taotlustes, mida õigustatakse näiteks etnilise, kultuurilise, religioosse vm kogukonda liitva ühise tunnusega. Nii on ka põhiseadus, mis viitab oma algsõnastuses nii olemasolevale ühtsele ajaloole, kultuurile ja rahvusele, ehe näide eesti kultuuri enesekirjeldusest.

Enesekirjeldused võivad väljenduda ka kaunites kunstides (Ants Laikmaa „Lääne neiu“, Lennart Meri „Hõbevalge“), enese teaduslikus uurimises (Eesti ajalugu, Eesti majandus) või ka kohtulahendites³¹. Kultuurilisi enesekirjeldusi iseloomustab asjaolu, et neid luuakse kultuuri enda tähendusloome vahenditega, st loomuliku keele või kultuurikeelte vahendusel.³² See aga ei tähenda, et eemalt võõras keeles tehtud uurimused ei või olla enesekirjelduste osaks. Vastupidi, nt uurimused eesti kultuurist võivad saada eestlaste enesekirjelduseks ka populaarteaduslike väljaannete või tunnustatud meediaportalide vahendusel, isegi kui need on inglise keeles.³³ Seega ei ole oluline ainult protsess, kuidas kirjeldus ise luuakse, vaid ka see, kuidas kirjeldusest luuakse kultuuris tähenduslik enesekirjeldus loomulike keelte (tõlge või hea inglise keele oskus teise keelena) või kultuurikeelte (nt teaduskirjandus) vahendusel.

Kultuurilistel enesekirjeldustel on kultuuris oluline roll, nagu ilmestab ka põhiseadus eesti kultuuri näitel. Just enesekirjelduste abil muutuvad kultuuri kandjatele tajutavaks kultuurile ja selle kandjatele (nt rahvus) omased väärtused. Kuid taju on erinev. Eesti näitel jätkates, siis kui osa eestlasi arvab, et Eesti peaks juhinduma

³⁰ T. Viik (viide 13), lk 218–219

³¹ Vt nt Liina Reisbergi ja Tiina Hoffmanni analüüsi riigikohtu otsuse kohta asjas 5-18-5, milles käsitleti samasooliste kooselupaaride perekonnaelu: Riigikohtu otsuse kultuurilistest funktsioonidest samasooliste kooselupartnerite perekonnaelu puudutava kohtuotsuse näitel. – *Juridica* 2019, nr 9, lk 638–639. Artikli 4. peatükis „Identiteedi kujundamise funktsioon“ selgitavad autorid, kuidas kohus osaleb ühiskonnas kollektiivse tähistamise praktikas ja kujundab sellega koos ühiskondlikku identiteeti. Teisisõnu, kohus loob eesti kultuuri enesekirjeldusi tekkinud kohtuvaidluste põhjal.

³² T. Viik (viide 13), lk 219.

³³ Vt nt Eesti IT-riigi kuvandit, mida tunnetatakse sageli just välismeedia vahendusel, nt N. Heller. *Estonia, the Digital Republic*. – *The New Yorker*, 11.12.2017. Arvutivõrgus: <https://www.newyorker.com/magazine/2017/12/18/estonia-the-digital-republic> (02.04.2020).

põhjamaistest väärtustest³⁴, võivad teised eestlased selliseid moodsaid väärtusi (nt samasooliste abielud) pidada hoopis ohuks eesti kultuurile.³⁵ Kummal poolel on siis õigus? Millisest ideoloogiast (nt liberaalne või konservatiivne, kui lihtsustada vastasseisu) peaks Eesti juhinduma eesti kultuuri säilitamisel läbi aegade?

Sellist probleemipüstitust tuleb pidada ebaõnnestunuks, sest kultuuri seisukohalt ei ole küsimuseks see, millised praktikad ja artefaktid on õiged³⁶, vaid millised neist on kollektiivile tähenduslikud. Kui kultuurikogukonnas toimub tervet kogukonda kõnetav debatt selle üle, kuidas ühte või teist praktikat kogukonnas kujundada (nt kas homoseksuaalidel peab olema õigus abielluda), siis on see debatt ise juba elav tõendus mõlema maailmavaate relevantsuse kohta. Teisisõnu, mõlemad ideoloogiad on saanud tähenduslikult kogukonna kultuuri osaks ning pooled mõistavad (isegi kui teine pool väidab, et ei mõista) tähenduslikult üksteise seisukohti kogukonnas kasutusel oleva loomuliku keele ja kultuurikeelte kaudu. Seega emma-kumma maailmavaate välistamine kultuuri kirjeldamisel moonutaks uuritavat kultuuri, jättes mulje justkui oleks kogukond homogeenne.

Kõrvalepõikena tahaksin mainida, et eri maailmavaatest tulenevad väärtuskonfliktid ei ole omased ainult kultuurile antropoloogilises vaates, vaid ka põhiseadusele, mis samuti lepib eri väärtusi konfliktsetes olukordades. Oleks mõeldamatu väita, et pärast kohtulahendit on emb-kumb väärtus täielikult välja tõrjutud põhiseadusest. Sootuks vastupidi: põhiseaduse areng ongi mõistetav erinevate konfliktide näitel, mille dünaamika joonistub välja kohtulahendites ja õigusteaduslikes aruteludes.

2.3. Kuidas tagada kultuuri säilimine läbi aegade?

2.3.1. Elus ja surnud kultuur

Nüüd, kui on olemas ülevaade, millistel eri viisidel kõneldakse kultuurist, tuleb teleoloogilise tõlgenduse jaoks anda ülevaade ka sellest, mida tähendab kultuuri säilimise tagamine, s.o kultuuri jätkusuutlikkus. Järgneva kolme alapunktiga ei

³⁴ Eesti säästva arengu riiklik strateegia. Säätsev Eesti 21. Toim. M. Lauristin, E. Terk ja R. Ruttas. Tallinn 2005, lk 15. Arvutivõrgus: https://www.riigikantselei.ee/sites/default/files/content-editors/Failid/saastev_eeesti_21.pdf (02.04.2020).

³⁵ V. Vooglaid (viide 4).

³⁶ Puhast kultuuri ei ole olemas, sest mitte ükski kogukond ei ole välja mõelnud ja täiesti üksinda loonud seda, kuidas kogukondlikult maailma mõtestada ja sellega suhestuda, vt R. Raud (viide 8), lk 42.

anna ma kindlasti kultuuriteaduslikku programmi, mis aitaks tagada eesti kultuuri säilimist läbi aegade, vaid toon välja mõned kriitilisemad aspektid kultuuri jätkusuutlikkuse mõtestamiseks.

Piltlikult öeldes elab kultuur parasjagu siis, kui leidub sotsiaalne grupp, kes seda kultuuri kannab oma igapäevastes praktikates, väljenduslaadides, mõtetes jms toimingutes. Teisisõnu, elaval kultuuril on olemas kultuuri kandjad. Kui mingil põhjusel kultuuril enam kandjaid ei ole – nt on kultuuri kandjad hukkunud mõne looduskatastroofi või sõjakuritegude käigus või on kultuuri kandjad loobunud kultuurist mõne teise domineerivama kultuuri kasuks –, siis saab kultuurist surnud kultuur või muuseumikultuur.

Ohuna kultuurile on sageli mõtestatud hälbimist kultuuris levinud traditsioonilistest praktikatest ja väärtustest (või võrdsustatakse see mandumisega). Nii peetakse näiteks eesti kultuurile ohuks perekondlike väärtuste ja traditsioonide übermõtestamist või ingliskeelse massikultuuri levikut (nt *halloween* vs. mardipäev). Selline käsitlus kultuuri jätkusuutlikkusest ei ole aga kooskõlas tänapäeva kultuuriteadustega.³⁷

Juba eesti kultuur ise on oma arengus käsitatav rände, kaubanduse, võõrvõimude valitsusaja jt väljast tulenevate kultuurimõjude põiminguna.³⁸ Näiteks on baltisakslastelt üle võetud laulupeo traditsioon, erinevate keeleliste laenude tulemusel on meil sõnad nagu „pitsa“, „krokodill“, kuid ka „seljanka“ ja „borš“ – vene ja ukraina rahvapärased supid, mis esinevad küllaltki sageli Eesti kodustes köökides ja koolimenüüdes. Ka eestlase minapilt kätkeb rohkelt väliseid ja vastandlikke mõjutusi, sisaldades euroopalikke väärtusi,³⁹ aga ka soome-ugri sugulasrahvaste tõekspidamisi, mis teinekord ei ühti nimetatud euroopalike väärtustega,⁴⁰ ning põhjamaiseid⁴¹ ja kristlikke väärtusi, mis mõnel juhul on ühtimatud, sõltuvalt sellest, kuidas väärtused parasjagu sisustatud on.

³⁷ T. Viik (viide 13), lk 221.

³⁸ Samas.

³⁹ Vt nt E. Ergma. Eestis kehtivad euroopalikud väärtused. – Postimees, 04.10.2007. Arvutivõrgus: <https://www.postimees.ee/1657229/ergma-estis-kehtivad-euroopalikud-vaartused> (02.04.2020).

⁴⁰ Vt nt Valdur Mikita tuntust kogunud esseed „Läänemeresoomlase viimane karje“, kus soome-ugri kultuuri nähakse vastandina euroopalikule kultuurile, mille vahel eestlased peavadki sageli tasakaalu otsima: Valdur Mikita: Läänemeresoomlase viimane karje. – Postimees, 25.02.2017. Arvutivõrgus <https://arvamus.postimees.ee/4021373/valdur-mikita-laanemeresoomlase-viimane-karje> (02.04.2020).

⁴¹ Eesti säästva arengu riiklik strateegia (viide 34), lk 15.

Eesti näide ei ole siinjuures midagi eripärast, sest samasugused mõjutused iseloomustavad ka teisi elus ja jätkusuutlikke kultuure. Kultuuri jätkusuutlikkuse kontekstis ei tohiks neid põiminguid käsitada ka kultuuridevahelise kommunikatsiooni paratamatu kõrvalmõjuna, mille tulemusel kultuur kaldub oma õigest teest kõrvale, vaid rikkusena, mis muudab kultuuri elujõulisemaks.⁴² Mida enam suudab kultuur haarata tähendusi teistest kultuuridest, seda rikkalikumaks muutuvad tähendusloome võimalused – kultuurikandjatel on oluliselt suurem tööriistakast enese ideede, mõtete ja minapildi väljendamisel.

Kui tähendusloome võimalused aga vaesuvad, hakkab see tootma piiratud mõistust ning lõpuks võõranduvad kultuuri kandjad ise oma kultuurist, sest keegi ei taha hoida lisaks endale ka oma lapsi eemal võimalustest, mida maailmal on pakkuda.⁴³ Nii ei tohiks kultuuri säilitamist käsitada ainult pärimuse ja selle konserveerimisena.⁴⁴ Pärimuse konserveerimisel kultuur säilib küll füüsilisel kujul eri vormides (dokumendid, esemed, maastikud jne), kuid kaotab oma aktuaalsuse ja atraktiivsuse kultuuri kandjate seas.⁴⁵ Kui kultuuri kandjad loobuvad kultuuri kandmisest, saabki kultuurist muuseumikultuur või surnud kultuur.

Teisisõnu, kui kultuuri säilimise tagamisel keskenduda üksnes olemasolevate väärtuste, traditsioonide ja praktikate säilitamisele, sh asjade konserveerimisele, siis kultuur vaesub, tema atraktiivsus kaob ja kultuur sureb välja. Seega vastupidi tavaarusaamale, mille järgi tuleks kultuuri kaitsta väliste mõjude ja ühiskonnas kujunevate uute arusaamade eest, tuleb kultuur avada välisele mõjudele, selleks et pakkuda kultuuri kandjatele uusi tähenduse loomise viise ja kultuurilisi enese-kirjeldusi. Elujõuline kultuur vajab mõjusaid tähendusloome vahendeid ning see eeldab aina uute ja ajakohastuvate enesekirjelduste loomist.⁴⁶

⁴² T. Viik (viide 13), lk 221.

⁴³ Samas.

⁴⁴ Nagu seda on käsitlenud nt Rait Maruste, kelle hinnangul on eesti rahvuse ja kultuuri säilitamine spetsiifiline ülesanne, mis tuleneb asjalust, et eestlased on väga pikka aega elanud Eesti territooriumil. Maruste hinnangul seisnebki eesti kultuuri säilimise tagamine selle aja jooksul tekkinud kultuuri- ja keskkonnapärandi säilitamises. Vt R. Maruste. Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja -vabaduste kaitse. Tallinn: Juura 2004, lk 211.

⁴⁵ T. Viik (viide 13), lk 221.

⁴⁶ P. Torop. Eesti kultuurikeelte identiteet ja muutumine. – Eesti rändeaastul. Eesti inimarengu aruanne 2016/2017. Toim. T. Tammaru. Eesti Koostöö Kogu 2017, lk 223, 226. Arvutivõrgus: <https://inimareng.ee/estis-kultuurimuutused-avatud-maailmas/estis-kultuurikeelte-identiteet-ja-muutumine/> (02.02.2020).

Olgu juba etteruttavalt mainitud, et nüüdisaegsed tähendusloome vahendid ja enesekirjeldused ei asenda ega peagi asendama olemasolevaid, vaid nad astuvad nende kõrvale. Nii nagu mainisin antropoloogilist kultuurikäsitust selgitades, siis kultuuri uurimise seisukohalt ei ole mõeldav ühtede väärtuste asendamine teisega pelgalt seetõttu, et see teine on kultuurikandjate seas saanud valdavaks. Vastupidi, kultuur ja selle arengudünaamika on mõistetavad koos paralleelselt eksisteerivate arusaamadega, sõltumata sellest, kas need on vastuolulised, konfliktised vm viisil ühtimatud.

2.3.2. Vanad tähendused uues kuues

Tähendusloome ja enesekirjelduste seisukohalt on kultuur protsess, milles ühiselt mõistetav kultuurikogemus luuakse sõnumite vahendusel.⁴⁷ Sõnumeid saab edasi kanda erinevate meelekogemuste kaudu sõnalise, pildilise ja sõnalis-pildilise (audiovisuaalse) infona. Kuivõrd erinevad meelekogemused loovad eri kvaliteediga kultuurikogemusi, vajavad need ka isepäraseid edastamisviise, sh (kultuuri) keeli (nt võõrkeel, släng) ja meediume (nt televisioon, õpik, sotsiaalmeedia), selleks et parendada kultuurikogemust.⁴⁸ Piiratud meediumid (nt ajaloo kujutamine ainult raamatutes või ainult kohalikus keeles) loovad piiratud kultuurikogemusi ja võivad kaasa tuua mittemõistmisi nii kultuuris endas kui ka suhtluses teiste kultuuridega.

Kõige ilmekam näide selle kohta on 2004. aastal Lihula samba püstitamisel tekkinud konflikt, mille puhul mittemõistmine tekkis olemasoleva kultuurilise enesekirjelduse esitamise tõttu uue meediumi vahendusel, s.o skulptuurina. Lihula sammast püstitati 2004. aastal Saksamaa armee ridades langenud eestlaste auks.⁴⁹ Sambal kujutati meest Saksa mundris, mille krael oli Eesti leegioni tunnus, s.o. Vabadussõja ristilt tuntud mõõka hoidev käsi, ja käisel oli Eesti lippu markeeriv embleem.⁵⁰ Hoolimata sellest, et mundril puudusid haakrist ja SS-i sümbol, hakati meedias sammast nimetama natslikuks.⁵¹ Konflikt eskaleerus, kui sammast

⁴⁷ Samas, lk 224.

⁴⁸ Samas, lk 228.

⁴⁹ Samas, lk 226.

⁵⁰ Samas.

⁵¹ Samas.

kajastati rahvusvahelises meedias natslikuna.⁵² Jäi mulje, et Eestis üritatakse püstitada „natsisammast“ õigustusega, et natsisümbolikat ei ole ju kasutatud.

Kuid selle mulje puhul jäetakse arvestamata Eesti keerulise poliitilise ajalooga Teises maailmasõjas, selle kirjeldamine sisaldab siiani vastakaid arusaamu ja tähendusi. Eesti alad okupeeriti mitmel korral: kaks korda Nõukogude liidu ning korra Saksamaa poolt. Kuivõrd mõlemad võõrvõimud mobiliseerisid eestlasi oma ridadesse, tekkis olukord, kus eesti mehed võitlesid mõlemal pool rinnet, sageli ka üksteise vastu. Arusaadavalt tekivad sellest pinged ühiskonnas, mis loovad aluse erinevatele, üksteisega ühtimatutele kultuurilistele minakirjeldustele. Kõige provokatiivsemalt on need väljendunud küsimustes, millised nendest meestest võitlesid Eesti eest tegelikult ning milliseid mehi tuleb sellest lähtuvalt pidada Eesti riigi reetjateks.

Selline probleemipüstitus on ebaõnnestunud – nagu selgitasin kultuuri antropoloogilise käsitluse juures – ja ei ole kultuuri seisukohalt kindlasti produktiivne, sest tähenduste kategoriseerimine õigeks ja valeks ei aita tollast keerulist olukorda kuidagiviisi paremini mõista. Sellegipoolest olid järeltulevad põlvned sunnitud sõjale järgnenud aastatel võtma seisukoha selle suhtes ning eestlastel puudus pikka aega võimalus mälestada neid eesti mehi, kes langesid Teises maailmasõjas Saksamaa ridades. Võimalused nende mälestamiseks tekkisid alles pärast Eesti taasiseseisvumist.

Iseenesest ei olnud Teises maailmasõjas Saksamaa eest langenud eestlaste mälestamine Lihula samba kujul midagi esmakordset, sest Saksamaa eest langenud eestlaste mälestamise probleemi oli juba küllaltki laialt käsitletud nii eestikeelses kirjanduses kui ka meedias.⁵³ Probleemiks oli hoopis sellesama info edastamine visuaalsel kujul, mis oli uus ja harjumatu kogemus nii eestlastele endile kui ka välismaalastele, kellele enamuses oli see keelebarjääri tõttu esmakordne kogemus. Seni oli tähendusi edasi antud üksnes sõnalise info abil, sest meedias ja kirjanduses ei olnud veel harjumuspärane kujutada Saksamaa eest sõdinud eestlasi Saksa mundris. Sama tähenduse kujutamine visuaalselt oli kvalitatiivselt niivõrd uus ja harjumatu (sh keeleülene) kogemus, et tõi kaasa kultuurišoki.⁵⁴

⁵² Vt nt Estonia unveils Nazi war monument. – BBC News, 20.08.2004. Arvutivõrgus: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/3585272.stm> (02.04.2020).

⁵³ P. Torop (viide 46), lk 223.

⁵⁴ Samas.

Kindlasti ei anna ühe kultuurišoki põgus analüüs täit ülevaadet meediumite ja keele rollist kultuuri jätkusuutlikkuse tagamisel, kuid annab kindlasti piisava sisendi selleks, et sisustada kultuuri mõistet põhiseaduse tähenduses. Oluline on mõista, et eri meediumid ja loomulik keel (Eestis eesti keel) on üksnes mõningased võimalused kultuurikogemuse loomisel. Uute meediumite ja keelte kasutamine kultuuris aitab aga oluliselt paremini edasi anda soovitud kultuurikogemust. Näiteks on eesti poliitilise ajaloo keerukus oluliselt paremini mõistetav siis, kui lisaks ajalookirjutistele on olemas ka pildid või filmid või skulptuurid, mis annavad keerukuse edasi mitmekesisema kogemusena.

Tähendusloome võimaluste paljusus loob eeldused ka paremaks kultuuride-üleseks suhtluseks, sest loomulikus keeles (nt eesti keeles) vahendatud tähendused jäävad võrastele kultuuridele keelebarjääri tõttu sageli arusaamatuks. Seda on oluline arvestada kultuuri eksportimisel, sest enesekirjelduste eesmärk kultuuri säilitamisel ei ole üksnes kollektiivsete tähenduste ümberjutustamine, vaid ka nende sisuks oleva kultuurikogemuse vahendamine.

Võimetus selgitada oma kultuurilist konteksti toob kaasa olukorra, kus rahvus on sunnitud sellised tähendused oma kultuurist välja tõrjuma negatiivse tagasiside tõttu. Lihula näitel jääksid (jäid) paljud eestlased ise ilma osast oma kultuurilises minapildis, st võimalusest mälestada hukkunud lähedasi, kes surid Teises maailmasõjas Saksamaa ridades. Selliselt võivad kultuuri kandjad (nt eestlased Lihula samba näitel) kaugeneda omaenese kultuurist, sest neid ei mõisteta ning nende arusaamu ja väärtusi ei tunnustata, ja hakata otsima alternatiive teistest kultuuridest.

2.3.3. Tähenduste mõtestatud vahendamine kultuurikriitika abil

Üksnes avatud ja kultuuriülesele dialoogile suunatud kultuur ei ole jätkusuutlik, kui puudub võimekus tähendusi kriitiliselt mõtestada. Ilma kriitilise refleksiioonita on kultuuril raske toime tulla juba olemasolevate vastuoludega kultuuris endas (nt mittemõistmised, mis tekivad vastuoluliste enesekirjelduste tulemusel). Sellises olukorras jääks vähem ruumi ka uutele tähendustele ja enesekirjeldustele, mis kriitilise vastuvõtuta põhjustaksid aina uusi mittemõistmisi ja konflikte.

Seetõttu ongi jätkusuutliku kultuuri tarvilikuks tingimuseks professionaalne kultuurikriitika, mille ülesandeks on kultuuritekstide tõlkimine, tõlgendamine ja reflekteerimine.⁵⁵ Mida enam tutvustatakse kultuurikriitika vahendusel uusi

⁵⁵ Samas, lk 228.

tähendusi, tähendusloome vahendeid ja enesekirjeldusi, seda edukam on kultuuriliste kogemuste vahetamine nii kultuurisiseselt kui ka üleselt. Kultuuriliste tähenduste edukas vahetamine loob soodsa pinnase ka professionaalsele kunstiloomele, sest kultuuritekstide analüüs ja kultuuri tegemise tase (sh kultuurisise innovatsioon) on omavahel vahetult seotud.⁵⁶ Just seetõttu on ka eesti kultuuri käsitlemisel lausa eraldi rõhutatud, et eesti kultuur ei vaja haridus- ja kultuuri-poliitilist toetust üksnes kultuuriloomes, vaid ka tõlgendamisel.⁵⁷

2.4. Eri viisid mõista eesti kultuuri jätkusuutlikkust

Enne kui alustan õigusliku analüüsiga, teen veel kokkuvõtte kultuurist kõnelemise viisidest eesti kultuuri kontekstis ning ka põgusa sissejuhatuse, mida tuleks jätkusuutlikkuse seisukohalt arvestada kultuuri mõiste sisustamisel. Eeltoodud meelde tuletades, siis kultuurist saab kõneleda viiel viisil: kultuur kui sotsiaalne kapital, kultuur kui kaunid kunstid, pärandkultuur (rahvakultuur), popkultuur ja kultuur antropoloogia tähenduses.

On ilmne, et eesti kultuurist kõneledes ei räägita kultuurist popkultuuri tähenduses. Pikema aruteluta peaks olema arusaadav, et kultuuri põhiseaduse tähenduses ei ole mõistlik sisustada ka kui sotsiaalset kapitali. Kuigi eesti kultuuri saab mõista ka sotsiaalse kapitalina (nt eestlaslik käitumine), viitab „eesti kultuur“ põhiseaduses kindlasti laiemale ühiskondlikule eesmärgile kui üksnes teatavat laadi käitumistavad. Näiteks on kultuuri säilitamise eesmärgil Eestis kaitstud ka ajalooline pärand, nagu näiteks muinsuskaitse all olevad maastikud või ehitised,⁵⁸ mis ei ole kindlasti mõtestatav isikut või gruppi iseloomustava sotsiaalse kapitalina.

Õigusliku analüüsi kontekstis ei ole mõttekas eraldi käsitleda ka kauneid kunste ning pärandkultuuri (rahvakultuuri), sest on selge, et kultuuriministeriumi haldusalasse kuuluvate tegevustena on need mõlemad eesti kultuuri osaks ka põhiseaduse tähenduses. Seega käsitlengi neid edaspidi koos, võttes aluseks kultuuriministeriumi tegevusvaldkonnad ja programmid, nagu nt muuseumid, lõimumisprogramm, muinsuskaitse, muusika, kirjandus, rahvusvaheline koostöö

⁵⁶ Samas.

⁵⁷ Samas, lk 230.

⁵⁸ Eesti kultuuri säilimise tagamise eesmärki täidab ka muinsuskaitseseadus, vt Seletuskiri muinsuskaitse seaduse eelnõu juurde, 684 SE, algatamine 2018, lk 3. Arvutivõrgus: [https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/f9ad59dd-ef98-4b2b-b22b-ba8cf4c87154/Muinsuskaitse seadus \(02.04.2020\)](https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/f9ad59dd-ef98-4b2b-b22b-ba8cf4c87154/Muinsuskaitse seadus (02.04.2020)).

nimetatud valdkondades jne.⁵⁹ Arutelu lihtsuse mõttes nimetan seda käsitlust kultuuriks kitsas tähenduses, sest see on oluliselt kitsam kultuuri antropoloogilisest tähendusest.

Antropoloogilises tähenduses tuleks eesti kultuurina mõista:

- a) eesti rahvusele (eestlastele) omaseid kollektiivseid tähendusi, nt ühised hoiakud, uskumused, teadmised ja väärtused, mis väljenduvad käitumises ja mõtlemises;
- b) tähendusloome vahendeid (eesti keelt ja eesti kultuurikeeli) ning
- c) nende abil loodud enesekirjeldusi.

Eesti kultuuri osaks antropoloogilises tähenduses on ka selliste etnilis-kultuuriliste rahvaste, keda peetakse eesti kultuuri enesekirjeldustes eestlaste eellasteks, kollektiivsed tähendused ja tähendusloome vahendid.

Kuivõrd kultuur antropoloogiliselt võetuna on oluliselt laiem kultuurist kitsas tähenduses, ulatuvad ka kultuuri säilimise tagamiseks nõutavad tegevused oluliselt kaugemale. Kui käsitleda kultuuri jätkusuutlikkust selle kitsas tähenduses, siis piisab kultuuri atraktiivsuse tagamiseks sellest, kui Eestis loodavad kaunid kunstid ja eesti pärandkultuur (rahvakultuur) pakuvad nii eestlastele kui ka teistele kultuuridele suuremal hulgal eneseväljendamise võimalusi. Nii näiteks võiks öelda, et eesti kultuur on heal järjel, kui piisaval hulgal eestlasi viljelevad rahvantsu; kui laulupidu on populaarne; kui eesti autorid ja nende loodud teosed on tunnustatud rahvusvaheliselt jne.

Antropoloogilises tähenduses tuleb kultuuri jätkusuutlikkuse hindamisel hinnata aga kogu ühiskondlikku ruumi. Seega kaunite kunstide ja rahvakultuuri kõrval võivad eesti kultuuri seisukohalt olla olulisteks küsimusteks ka täiesti argised asjad nagu nt ametites asjaajamise kord, isikunime muutmine või kooselu registreerimine. Kultuuri jätkusuutlikkuse seisukohalt tähtsaid küsimusi võib leida ka teiste ministriumite haldusalast, nagu nt hariduse ja teadustöö korraldamine, sh õppekeel (haridus- ja teadusministeerium), või rahvusvaheliste koostöölepingute allkirjastamine (nt rahandusministeerium ja Euroopa stabiilsus-mehhanismi alusleping).

⁵⁹ Vt nt kultuuriministeeriumi kodulehte <https://www.kul.ee/et> (02.04.2020).

3. Eesti kultuur õiguse kontekstis

3.1. Eesti kultuuri puudutav kohtupraktika

3.1.1. Ülevaade kohtupraktikast

Riigikohus on käsitlenud eesti kultuuri ja rahvuse säilimise tagamist lahendites, mis puudutavad eri eluvaldkondi, nagu nt nime muutmine, õppekeel ja rahvusvaheline finantskoostöö. Kuigi kohtupraktika on napp, annab see tugeva sisendi kultuuri mõiste sisustamiseks, sest kõikides lahendites viitab kohtu argumentatsioon kultuuri antropoloogilisele käsitusele. Järgnevalt annangi ülevaate arutelu all olevatest lahenditest ning võrdlen kultuuri kitsa ja antropoloogilise mõiste kasutamist.

Lahendis 3-4-1-7-98 hindas Riigikohus, kas kohaliku omavalitsuse volikogu valimise seadus, mis sätestab eesti keele valdamise üldise nõude volikokku kandideerijale, on põhiseadusega kooskõlas.⁶⁰ Kohus leidis, et selline piirang on kohane ja põhiseaduslikult õigustatud, sest põhiseaduse preambuli järgi on Eesti Vabariigi üheks eesmärgiks eesti kultuuri ja rahvuse säilimise tagamine läbi aegade.⁶¹ Kohtu hinnangul on selline keeleline piirang seotud eesti rahvuse ja kultuuriga, sest piirangud, mis aitavad kaasa eesti keele üldisele kasutatavusele, sh kasutamisele kohaliku omavalitsuse asjaajamises, aitavad kaasa ka eesti rahvuse ja kultuuri säilimisele. Kuigi otsuse tegemise ajal ei olnud preambulit veel täiendatud eesti keele säilimise tagamise kohustusega – see lisati põhiseadusesse alles 2007. aastal⁶² – selgitas kohus, et keel on rahvuse ja kultuuri säilitamise vältimatu ja olemuslik osa ning selle säilitamine kuulub sellest lähtudes ka kultuuri ja rahvuse säilimise eesmärkide hulka.⁶³ Nii leidis kohus juba iseseisvalt, et koos eesti rahvuse ja kultuuriga tuleb kaitsta ka eesti keelt kui rahvuse ja kultuuri lahutamatu osa.

Riigikohtu lahendis 3-4-1-6-01 oli küsimuseks see, kas keeld võtta võõramaist nime võib olla õigustatud rahvusliku identiteedi kaitse eesmärgil. Kohus kinnitas oma argumentatsiooniga rahvusliku identiteedi säilitamise vajadust põhiseadusliku alusväärtusena, viidates põhiseaduse preambulile. Siiski asus kohus seisukohale, et nime vahetamise võimaluste piiramine üksnes sellisel eesmärgil

⁶⁰ RKPJKo 04.11.1998, 3-4-1-7-98, III osa.

⁶¹ Samas.

⁶² RT I 2007, 43, 311.

⁶³ RKPJKo 04.11.1998, 3-4-1-7-98, III osa.

ei ole kooskõlas tänapäevase inimõiguste kohtupraktikaga – üksnes rahvusliku identiteedi kaitsmine ei saa välistada nime muutmist kõikidel juhtudel.⁶⁴ Seega otsustas kohus, et toonane perekonnanime korraldamise seadus oli vastuolus põhiseadusega osas, mis kehtestas absoluutse keelu anda eesti rahvusest või eesti-pärase perekonnanimega sooviavaldajale võrkeelse kujuga perekonnanime.⁶⁵

Riigikohtu otsus 3-4-1-6-12 puudutas Euroopa stabiilsusmehhanismi asutamislepingu (ESML) heakskiitmist rahandusministri poolt.⁶⁶ Õiguskantsleri hinnangul ei olnud ESML-i allkirjastamine rahandusministeeriumi poolt kooskõlas parlamentaarse demokraatia põhimõtte, PS § 65 punktiga 10 ja PS §-ga 115, sest ESML-ga võtab Eesti riik endale varalised kohustused, mis põhiseaduse järgi on Riigikogu pädevuses. Kuigi vaidluse sisu ei ole kuidagi seotud kultuuriga, on tähelepanuväärne, et kohus kasutas eesti rahvuse, keele ja kultuuri säilimise tagamise kohustust olulise argumendina põhiseadusliku riive proportsionaalsuse hindamisel. Kohus selgitas, et just rahvusvaheline koostöö tagab Eestile sellised tingimused, milles Eestil on paremad võimalused kestma jääda ning seeläbi oma eesmärged saavutada.⁶⁷ Koos selle argumendiga leidiski kohus lõpuks, et kuigi ESML-i allkirjastamine rahandusministeeriumi poolt riivab Riigikogu finantspädevust, ei ole riive ebaproportsionaalne eesmärkide suhtes, ning jättis õiguskantsleri taotluse rahuldamata.

Riigikohtu lahendis 3-3-1-52-13 oli vaidlusaluseks küsimuseks Tallinna ja Narva linna esitatud taotlus, milles paluti teha gümnaasiumidele erand eesti õppekeelele üleminekul.⁶⁸ Vabariigi Valitsus jättis taotluse rahuldamata. Tallinna ja Narva linn asusid seisukohale, et eesti keele seadmine kohustuslikuks õppekeeleks on vastuolus PS §ga 37, mille järgi vähemusrahvuse õppeasutustes valib õppekeele õppeasutus. Kohus selgitas kõigepealt, et vähemusrahvuseid tuleb tõlgendada vähemusrahvuste kultuuriautonomia seaduse⁶⁹ (VRKAS) tähenduses ning seetõttu rakenduvad põhiseaduses vähemusrahvustele antud õigused, sh õigus valida õppekeel õppeasutuses, üksnes VRKASs määratud vähemus

rahvustele.⁷⁰ Kuivõrd vaidluse all olevatest gümnaasiumitest ei olnud ükski VRKASi tähenduses vähemusrahvuste õppeasutus, otsustas kohus, et Tallinna ja Narva linn ei saa tugineda PS §le 37. Kohus täiendas, et eesti keele kui kohustusliku õppekeele nõude seadmisel tuleb arvestada PS §i 6, mille järgi on Eestis riigikeeleks eesti keel, ja põhiseaduse preambulis toodud eesmärki, milleks on eesti rahvuse, keele ja kultuuri säilitamine läbi aegade.⁷¹ Seega peavad erandid muus õppekeeles õppimiseks olema väga hästi põhjendatud, arvestades et keelenõudest kõrvalekaldumise jaoks on võimalused ka antud.

3.1.2. Kultuurist kõnelemise viis kohtupraktikas

Kohtupraktika puhul väärrib tähelepanu tõik, et mitte ükski kaasus ei ole seotud kaunite kunstide või pärandkultuuriga (rahvakultuuriga). Küsimused asjaajamise keele kohta kohalikus omavalitsuses, nime ja rahvusliku identiteedi seose ning rahvusvahelise koostöö kohta on kõik ühiskondlikud probleemid, mis jäävad kultuuriministeeriumi haldusalast välja. Seega, kui kohus oleks kultuuri käsitanud kitsas tähenduses, ei oleks olnud isegi võimalik jõuda argumentideni, mis viitavad põhiseaduse preambulis toodud kohustusele säilitada eesti kultuur ja rahvus läbi aegade.

Ometi jõudis kohus ülaltoodud kaasustes tõstatatud probleemi analüüsimisel kultuuri jätkusuutlikkuse küsimuseni ja käsitles argiste praktikate (nt asjaajamine ametiasutustes, nime vahetamine, õppekeel), tähenduste (nime tähendus rahvusliku identiteedi kontekstis) ja ühiskondliku korralduse (rahvusvaheline koostöö) mõju eesti kultuurile. Selliselt on kohus käsitlenud eesti kultuuri küsimust ühiskonnas tervikuna. Just selliselt püstitab kultuuri puudutavad küsimused ka antropoloogia.⁷² Seega võib olemasolevale kohtupraktikale tuginedes asuda seisukohale, et põhiseaduse preambuli tähenduses tuleb kultuuri mõista nii, nagu seda tehakse antropoloogias.

⁶⁴ RKPJKo 03.05.2001, 3-4-1-6-01, p 19.

⁶⁵ Samas, p 20.

⁶⁶ RKPJKo 12.07.2012, 3-4-1-6-12.

⁶⁷ Samas, p 201.

⁶⁸ RKHKo 28.04.2014, 3-3-1-52-13.

⁶⁹ RT I 1993, 71, 1001; RT I, 13.03.2019, 194.

⁷⁰ RKHKo 28.04.2014, 3-3-1-52-13, p 26 ja 14.9.

⁷¹ Samas, p 26 ja 14.8.

⁷² A. Annist, M. Kaaristo (viide 9), lk 20.

3.2. Eesti kultuuri säilimise tagamine põhiseaduses ja teistes seadustes

Kultuuri antropoloogilist käsitust toetavad ka eesti keelele antud põhiseaduslikud garantiid nagu:

- PS § 6, mis kuulutab riigikeeleks eesti keele;
- PS § 51 lõige 1, mis tagab õiguse pöörduda riigiasutuste, kohalike omavalitsuste ja nende ametiisikute poole eesti keeles;
- PS § 52 lõige 1, mis sätestab riigiasutuste ja kohalike omavalitsuste asjaajamise keeleks eesti keele.

Nii ulatub eesti kultuuri koos eesti keelega säilimise tagamise kohustus oluliselt kaugemale kui kultuuriloomel ja rahvakultuur, hõlmates ka argiseid toiminguid nagu asjaajamine ametiasutustes. Kui uurida ka keeleseadust (KeeleS),⁷³ mis eespool nimetatud sätteid konkretiseerib, siis seaduse § 2 lõike 3 järgi võib eesti keelele antud põhiseadusliku garantii realiseerimisel sekkuda ka eraõiguslike juriidiliste isikute ja füüsiliste isikute keelekasutusse. Nii on näiteks KeeleS § 18 lõike 1 järgi kohustus tõlkida eesti keelde avalikult esitatavad audio-visuaalsed teosed, sh saated ja reklaamid; KeeleS § 19 järgi on kohustus sõlmida eesti keeles töölepingud ja võlaõigusseaduse alusel sõlmitud lepingud, mis lepingu ühe poole jaoks ei seonu majandus- ja kutsetegevusega. Selliselt ulatub eesti kultuuri ja keele säilimise eesmärk veelgi kaugemale – see reguleerib ka isikutevahelisi suhteid.

Kultuuri laiemale käsitusele põhiseaduses viitab ka kultuuriautonomiam instituut. PS § 50 annab vähemusrahvustele õiguse luua rahvuskultuuri huvides omavalitsusi VRKASs sätestatud korras. VRKAS § 5 järgi on selliste omavalitsuste eesmärgiks emakeelse õppe organiseerimine, vähemusrahvuste kultuuriasutuste moodustamine ja nende tegevuste, sh kultuuriürituste korraldamine ning kultuuri ja hariduse edendamiseks finantsstiimulite loomine. See tähendab, et lisaks võimalusele asutada toetavaid üksusi oma rahvuskultuuri realiseerimiseks ja rahvuspärandi hoidmiseks annab kultuuriautonomiam instituut vähemusrahvustele võimaluse organiseerida ka osa oma argielust. Seega on kultuuri mõiste kultuuriautonomiam instituudi puhul oluliselt laiem kui üksnes kultuuripärandikultuuri tähenduses.

⁷³ RT I, 18.03.2011, 1; RT I, 13.03.2019, 79.

3.3. Eesti kultuur ilma eesti rahvusest

Eespool asusin kohtupraktikale ja seadustele tuginedes seisukohale, et põhiseaduse preambulis tuleks eesti kultuuri mõista antropoloogilises tähenduses.

Tähelepanelikum lugeja on tõenäoliselt juba märganud, et kultuuri antropoloogilisele käsitusele viidates on mainitud ka kultuuri kandjat. Ka praegu eesti kultuurile antud sisu viitan eesti rahvusele (eestlastele) kui kultuuri kandja(te)le. Samuti on kohtupraktikas eesti kultuuri käsitletud alati koos eesti rahvusega, nii nagu see oli ka algselt sõnastatud põhiseaduse preambulis. Seega tekib õigustatud küsimus, kas eesti kultuuri sisustamisel piisab üksnes kultuuri mõtestamisest või tuleb lähemalt uurida ka eesti rahvuse küsimust. Teisisõnu: kas saab olemas olla elujõuline eesti kultuur ilma eesti rahvusest?

Kindlasti mitte – ilma eesti rahvusest pole ka eesti kultuuri kandjaid. Ilma eesti rahvusest saaksime eesti kultuurist rääkida üksnes kui muuseumikultuurist. Seega sõltub elujõuline eesti kultuur rangelt eesti rahvusest ja eesti kultuuri sisustamisel tuleb lahti mõtestada ka eesti rahvuse mõiste.

4. Rahvuse mõistmise viisid

Analoogselt kultuuriga kõneldakse ka rahvusest eri tähendustes. Sageli kasutatakse rahvusega samas tähenduses ka sõna „rahvas“, kuigi viimase tähendus on oluliselt laiem (vrd ka nt „rahvuskultuur“ ja „rahvakultuur“). Rahva ja rahvuse mõiste erinevust tuleb tähele panna ka põhiseaduses, mille järgi on rahvas kõrgeima võimu kandjaks, samal ajal kui eesti rahvus on miski, mille säilimine tuleb tagada läbi aegade. Kuid praegu veel ei ole oluline käsitleda rahvuse ja rahva mõiste erinevusi põhiseaduse tähenduses, sest rahvast, kes on kokku liidetud ühiskondliku lepinguga, saab samuti käsitada rahvusluse vormina (kodaniku-rahvuslus).

Rahvusluse kontekstis käsitletakse rahvuseid üldiselt kahest ideoloogilisest perspektiivist lähtuvalt: kodaniku- ja kultuurirahvuslus.⁷⁴ Sellise jaotuse aluseks võib pidada valgustusajal Jean-Jacques Rousseau ja Johann Gottfried Herderi populaarseks saanud ühiskonnateooriaid. Rousseau esindab kodanikurahvuslikku käsitust, milles rahvus kui sotsiaalne grupp on kokku liidetud ühiskondliku

⁷⁴ E. Piirimäe. Teoreetilisi perspektiive 19. sajandi eesti rahvusluse uurimiseks. – Vene impeerium ja Baltikum: venestus, rahvuslus ja moderniseerimine 19. sajandi teisel poolel ja 20. sajandi alguses: 1. Eesti Ajalooarhiivi toimetised 16 (23). Tartu 2009, lk 168.

lepinguga (nt põhiseadus). Kodanikurahvusliku käsituse iseloomulikeks joonteks on individualism, vabadus ja poliitiline võrdsus, mille riik tagab ühiskondliku lepinguga.⁷⁵

Herder esindab kultuurinatsionalistlikku käsitust, mille järgi rahva ühendamisel riigiks on määrav roll aja jooksul välja kujunenud ühtsel kultuuril.⁷⁶ Kultuurinatsionalistliku käsituse tunneb sageli ära rahvusromantilistes jutustustes ja ajalookirjutustes, millega luuakse emotsionaalsed ning sidusad rahvuslikud enesekirjeldused. Eesti rahvuse kuvandi kujundamisel on sellisteks näideteks Lennart Meri „Hõbevalge“, milles esitatakse poolteaduslik ja fantaasiaküllane versioon eestlaste jt läänemeresoomlaste minevikust⁷⁷, ja Eestis 13. sajandil toimunud ristisõdade mõtestamine muistse vabadusvõitlusena.⁷⁸

Sõltuvalt rõhuasetusest rahvusliku narratiivi loomisel saab kultuurinatsionalismist kõneleda eri tähendustes. Kui rahvuslikes jutustustes peetakse oluliseks etnost,⁷⁹ s.o. etnilis-kultuurilist ühtsust, siis iseloomustavad rahvust ajaloo käigus välja kujunenud ühtsed arusaamad, väärtused, praktikad või keel, mida rahvus ise tajub ja tunnetab rahvuslike enesekirjelduste vahendusel. Teisisõnu, rahvuseks tuleks pidada sotsiaalset gruppi, mida iseloomustab neile eripärane kultuur kultuuri antropoloogilises tähenduses ning rahvuslikud enesekirjeldused, mis selle kultuuri omapärasid reflekteerivad (edaspidi ka: kultuurirahvuslus).

⁷⁵ Samas, lk 169.

⁷⁶ Samas.

⁷⁷ Nt on Valter Langi sõnutsi kirjutanud justnimelt Lennart Meri eestlaste mällu arusaama, et eestlased on Eestis elanud juba 5000 aastat. Tänapäeva teadustulemused näitavad aga, et eestlastena tuntud rahvad asusid Eestisse elama 3000 aastat tagasi. Tegemist ei ole üksnes aastaarvude täpsustamisega, vaid Eesti aladel on varem elanud ka teised rahvad. Samuti ei pea paika palju kasutatud loosung, et eestlaste keha on läänest, keel idast, jpt eestlusele iseloomulikuks peetud väited. Vt P. Kriivan. Eesti lugu. Meie tulemised (raadiosaade). – Vikerraadio, 30.03.2019. Arvutivõrgus: <https://vikerraadio.err.ee/920905/eesti-lugu-meie-tulemised> (29.04.2019).

⁷⁸ Tolle perioodi käsitlemine vabadusvõitlusena põhjustab valesid seoseid ja hinnanguid ning seetõttu vaadeldakse seda ajaloolistes käsitlustes osana üleüldistest ristisõdadest, vt E. Tarvel. Eesti rahva lugu. Tallinn: Varrak 2018, lk 31.

⁷⁹ Etnosümbolistlikust teoreetilisest perspektiivist lähtudes peetakse rahvuse tekke eelduseks etnilis-kultuurilist ühtsust ehk etnost (pr *ethnie*). Etnost on rahvusest eristanud Anthony D. Smith. Etnose all mõistetakse rahvusele eelnevat etnilise identsusega kollektiivi. Sellise mõistekasutuse on üle võtnud ka Laar ja Jansen, kuid piir, kust algab etnos ja kust rahvus, on ebaselge. Vt E. Piirimäe. Eesti Rahvuslus Euroopa kontekstis. – Ajalooline Ajakiri 2007, nr 1 (119), lk 95.

Kõrvalepõikena on hea rõhutada, et kultuurirahvuslikus tähenduses peetakse rahvuseks üksnes neid sotsiaalseid kollektiive, kes on etnilis-kultuuriliselt ühtsed ning ühtlasi teadlikud sellest enesekirjelduse kaudu.⁸⁰ Seega ei piisa rahvuse sisustamisel üksnes etnosest. Mart Laar on erinevuse kirjeldamisel kasutanud näiteks ärkamise kujundit, mille järgi etnos on justkui magav rahvuslus, kes pärast ärkamist saabki rahvuseks.⁸¹ Põhjus, miks eelrahvuslikke ühiskondi tuleks rahvuslikest eristada – kuigi praktikas on piir küllaltki hägune – seisneb selles, et rahvuste korral väljendub etnos sageli küllalt selgelt nendessamad kultuurilistes enesekirjeldustes. Eesti rahvuse sisustamisel ei ole õnneks vaja sellist eristust teha, kuid oluline on teada, et eesti rahvuse etnilis-kultuuriline ühtsus väljendubki sageli eesti kultuurilistes enesekirjeldustes.

Rahvusliku narratiivi loomisel võidakse kõige olulisemaks kriteeriumiks pidada ka geneetilist sarnasust põlise kogukonnaga, nagu seda teeb rahvuse primordialistlik käsitus.⁸² Rahvuse primordialistliku käsituse kõige ekstreemsemaks vormiks saab pidada natsismi, millel kandvaks narratiiviks rahvusliku enesekirjelduse loomisel olid rassilised tunnused. Kuigi rahvuse primordialistlik käsitus ei keskendu üksnes rassile, vaid geneetilisele sarnasusele üldisemalt, on teaduslikes uurimustes primordialistlikust käsitusest loobutud, sest see ei suuda kirjeldada rahvuse sotsiaalset aspekti.⁸³ Näiteks tänapäeva eestlase genoom on kujunenud mitme sisserände tulemusena nii läänest, idast ja Lähis-Idast, Ida-Euroopa stepialadelt kui ka Siberi aladelt, millest viimane kattub läänemeresoome keelte saabumise ajaga.⁸⁴ Tõenäoliselt läheks sotsiaalse praktikaga vastuollu see, kui eestlase mõiste mõtestataks ümber üksnes geeniuuringutele tuginedes. Praktikas on ka vastupidiseid näiteid, kus sarnase genoomiga kogukondadel on täiesti iseseisev rahvuslik identiteet, nt Rwandas asuvad hutud ja tutsid.

Seega ei pea rahvuse aluseks olema ilmtingimata ühtne geneetiline päritolu, vaid selleks võib olla ka ühine usuline või kultuuriline ajalugu või majandus- ja poliitikaalu.⁸⁵ Seetõttu ei ole rahvuse määratlemine geneetiliste eripärade

⁸⁰ Samas.

⁸¹ Samas.

⁸² Sellisel käsitletakse rahvuseid primordialistlikes või perennalistlikes teooriates. Ingliskeelne sõna *perennial* tähendab eesti keeles alalisust ja põlisust. Vt E. Piirimäe (viide 74), lk 177–178.

⁸³ Samas.

⁸⁴ L. Saag. The Prehistory of Estonia from a Genetic Perspective: New insights from ancient DNA. University of Tartu Press 2019, lk 49.

⁸⁵ Eesti säästva arengu riiklik strateegia (viide 34), lk 13.

(nt rass, silmade ja juuste värv jne) põhjal kasutusel ka enam teaduses⁸⁶ ja kultuurinatsionalistlikus käsitluses on mõistlik kõneleda rahvusest ühtse etnose, s.o. etnilis-kultuurilise ühtsuse kaudu.

Alljärgnevalt kasutangi artiklis neid kahte rahvuse käsitamise viisi:

- a) kodanikurahvuslik käsitlus, mille järgi on rahvuse tunnuseks ühiskondlik leping ja õiguslik suhe riigiga, mis liidab erinevad indiviidid ühes riigis kokku kogukonnaks, s.o. rahvuseks;
- b) kultuurinatsionalistlik (kultuurirahvuslik) käsitlus, mille järgi rahvuse tunnuseks on etnos ehk etnilis-kultuuriline ühtsus. Etnilis-kultuuriline ühtsus ei sea eelduseks geneetilist sarnasust põliste asukate või kultuuriliste eelkäijatega.

5. Eesti rahvuse õigusteaduslik käsitlus

5.1. Eesti rahvas ja eesti rahvus põhiseaduses

Eesti rahvuse mõiste sisustamine põhiseaduses kodanikurahvuse käsitusest lähtuvalt tähendaks, et „Eesti rahvas“ ja „eesti rahvus“ on samatähenduslikud. Kuivõrd PS § 56 järgi teostab rahvas, kes põhiseaduse kontekstis ongi Eesti rahvas, oma võimu hääleõiguslike Eesti kodanike kaudu, tuleks Eesti rahvaks pidada vähemalt⁸⁷ kõiki Eesti kodanikke. Lühidalt, iga Eesti kodanik on eestlane, st eesti rahvuse liige.

Tekib aga küsimus, kas selline tõlgendus ei lähe vastuollu preambuli eesmärgiga, mis seab koos eesti rahvusega kaitse ka eesti kultuurile. Kuivõrd eespool analüüsitud, eesti rahvust ja kultuuri puudutavates lahendites kasutas kohus mõistet „kultuur“ antropoloogilises tähenduses, võiks intuitsivselt eeldada, et koos sellega tuleb ka eesti rahvust tõlgendada kultuurirahvuslikus tähenduses. See ei pea ilmtingimata nii olema, sest ka Eesti kodakondsuse saamisel naturalisatsiooni

⁸⁶ Teaduskirjanduses nimetatakse rahvuste „loomist“ geneetiliste eripärade alusel ka banaalseks rahvusluseks. Banaalse rahvusluse korral luuakse rahvuslik identiteet passiivsete tegevuste vahendusel, nagu nt rahvusliku kuuluvuse rõhutamine spordiüritusel, riiklike tähtpäevade tähistamine või rahvussümbolika olulise rõhutamine rutiinsetes tegevustes. Geneetiliste eripärade rõhutamine sobib siia konteksti hästi, sest võimaldab kogukonna liikmetel kogeda ja taastoota rahvuslikku identiteeti üksnes millegagi, mis neil juba olemas on: teatav geneetiline eripära. Vt M. Tamm. Rahvuste tegemine. – Keel ja Kirjandus 2018, nr 1-2, lk 17.

⁸⁷ Omaette küsimus on, kas Eesti rahvana tuleks käsitada nt ka Eestis elavaid välismaalase passiga isikuid.

korras nõutakse teatavat kultuurilist seotust Eestiga, nt keeleoskust, Eestis elamist ja põhiseaduse tundmist ning lojaalsust Eesti riigile (kodakondsuse seaduse § 6 p-d 2 ja 2¹, 3, 5 ja 6). Seega ei oleks eesti rahvuse kodanikurahvuslik käsitlus vastuolus eespool toodud kohtupraktikaga ning jääb küsimus, kas iga Eesti kodanik on eestlane või eeldab eestlus ikkagi tihedamat seost (nt etnilisus, eesti kultuuris aktiivne osalemine vms tunnus) eesti kultuuriga, kui sätestab kodakondsuse seadus.⁸⁸

Tegemist on täiesti praktilise probleemiga Eesti ühiskonnas eestivenelaste näitel, nagu on õigesti märkinud Lauri Mälksoo.⁸⁹ Iseenesest ongi põhiseadusesse selline konflikt lahendamata kujul sisse kirjutatud, sest põhiseadus on rahvuslikes väärtustes kantud kahest eri hoovusest: herderlik-rahvuslikust (kultuurinatsionalistlikust) ja kantilik-vabariiklikust (kodanikurahvuslikust) hoovusest.⁹⁰ Seega käsitleb põhiseadus eestlast korraga nii etnilis-kultuuriliselt ühtse kooslusena kui ka kodanikena. Mälksoo hinnangul ongi sellises olukorras nii eestivenelastel kui ka teistel erineva etnilise päritoluga Eesti kodanikel identiteediks raske leida pidepunkti. Seetõttu tulekski eestlase mõiste sisustamisel loobuda etnilisuse kriteeriumist ning käsitleda eestlast poliitilise mõistena.⁹¹

Siinkohal vaidleksin Mälksoole vastu. Mälksoo on õigesti osutanud põhiseaduslikule konfliktile eestlase mõiste sisustamisel ning sellega kaasnevatele probleemidele ühiskonnas, kuid on lahenduses jätnud arvestamata eestlase mõistega VRKAS § 1 punktis 3 ja rahvuse mõiste käsitlustega PS §-des 49 ja 50. VRKAS § 1 punkt 3, mis on vastu võetud PS § 50 alusel, käsitleb vähemusrahvusena neid Eesti kodanikke, kes erinevad eestlastest oma etnilise kuuluvuse, kultuurilise omapära, religiooni või keele poolest. Kui eestlane võrdsustada Eesti kodanikuga, siis VRKAS § 1 punkt 3 muutuks sisutühjaks ja vastuoluliseks, sest Eesti kodanik ei saa etniliselt või kultuuriliselt erineda eestlasest, kui eestlust ei ole määratletud kummagi kriteeriumi järgi. Eestlaste etnilisust saaks käsitleda ainult Eesti kodanike etnilisusest lähtudes, mis tähendaks, et vähemusrahvuse liige peaks etniliselt erinema ka iseendast.

Eesti rahvuse tõlgendamine poliitilise kategooriana või siis kodanikurahvuslikult ei oleks kooskõlas ka PS §-ga 49, mis annab igaühele õiguse säilitada oma

⁸⁸ RT I 1995, 12, 122; RT I, 07.02.2020, 8

⁸⁹ L. Mälksoo. Põhiseaduspatriotism – kas ka Eesti jaoks? – Vikerkaar 2009, nr 10-11, lk 133. Arvutivõrgus: <https://www.vikerkaar.ee/archives/12016> (02.04.2020).

⁹⁰ Samas.

⁹¹ Samas.

rahvskuuluvus. Samal ajal kui erineva etnilise päritoluga rahvused saavad säilitada oma rahvskuuluvuse, identifitseerides ennast etnilisuse järgi, siis eestlane oleks sunnitud sellest põhiseaduse tähenduses loobuma. Veelgi enam, puudub igasugune alus eeldada, et teise etnilise või kultuurilise päritoluga Eesti kodanik üldse tahab ennast eestlasena identifitseerida. Eestivenelaste näitel ilmestab sedanna halli passi probleem, kus Eestis elavad välismaalase passi omavad isikud võivad Eesti kodakondsuse jätta taotlemata põhjusel, et nad ei soovi olla eestlased.⁹²

Põhiseadus pakubki siinkohal eri rahvustest inimestele rohkem võimalusi kui üksnes eestlase identiteet: nt õigus säilitada oma rahvskuuluvus (PS § 49), võimalus luua rahvuskultuuri huvides omavalitsusasutusi (PS § 50) või korraldada õpet oma rahvuskultuuris (PS § 37 lg 4). Kui aga teisest rahvusest Eesti kodanik soovib ennast eestlasena identifitseerida, mis eeldab aktiivsemat osavõttu ka eesti kultuurist, siis eesti kultuuri jätkusuutlikkuse huvidest lähtudes (vt p 2.3) tuleb sellisele Eesti kodanikule ka selleks võimalused tagada. Nii saabki jõuda eesti kultuuri säilimise tagamise suhtes olulisele järeldusele, et põhiseaduse preambuli 5. lõigu kohaselt (kohustus säilitada eesti kultuur) tuleb Eesti kodanikule, sõltumata tema rahvusest või etnilisest päritolust, tagada võimalus osaleda eesti kultuuris. Selliselt oleks tagatud ka kõikide Eesti kodanike võrdne kohtlemine põhiseaduses, sest õigus säilitada oma rahvskuuluvus, sh praktiseerida rahvuskultuuri, on antud kõikidele rahvustele, ka eestlastele, kes ei pea oma rahvustunnet alla surudes rääkima eestlasest üksnes kui poliitilisest kategooriast.

On tähelepanuväärne, et selline tõlgendus aitab ületada ka kodaniku- ja kultuurirahvusliku vastuolu põhiseaduses. Mõiste „rahvus“, nt „eesti rahvus“, „vähemusrahvus“, saab sisustada kultuurirahvuslikus tähenduses etnilis-kultuurilise ühtsuse kaudu, ilma et see kuidagi häiriks mõistet „Eesti rahvas“ või „rahvas“, mille puhul põhiseadus säilitab kodanikurahvusliku käsituse. Teisisõnu: Eesti põhiseaduse järgi on kõrgeima võimu kandjaks eri rahvustest koosnev Eesti rahvas; põhiseadus on seadnud eesmärgiks ja tagab Eesti rahvale eesti rahvuse ja kultuuri säilimise läbi aegade. Kuivõrd kultuuri säilimise vältimatuks eelduseks on võimalus seda praktiseerida, siis peab põhiseadus võimaldama eesti kultuuris osalemist kõigile Eesti rahva liikmetele rahvusest sõltumata.

Seega kokkuvõtvalt: eesti rahvust tuleks mõista põhiseaduse preambulis kultuurirahvuslikust käsitusest lähtudes. Eesti rahvus, mille säilimise tagamise

⁹² L. Velsker. Ülevaade: millised õigused annaks halli passi omanikele kodakondsus. – Postimees, 24.01.2017. Arvutivõrgus: <https://www.postimees.ee/3990789/ulevaade-millised-oiigused-annaks-halli-passi-omanikele-estti-kodakondsus> (02.04.2020).

on põhiseadus võtnud eesmärgiks, on erinev kollektiiv Eesti rahvast, kes teostab võimu Eesti riigis.

5.2. Eesti rahvust puudutav kohtupraktika

Suurem osa eesti rahvust puudutavatest kaasustest, mida analüüsisin eesti kultuuri juures (vt p 3.1.1), käsitlevad eesti rahvuse ja kultuuri säilimist eesti keele seisukohalt (Riigikohtu lahendid 3-4-1-98 ja 3-3-1-52-13). Nendele tuginedes ei ole võimalik eristada, millises tähenduses on „rahvust“ kasutatud, sest mõlemad rahvuslikud käsitused iseloomustavad eestlast eesti keele oskuse järgi. Kui kultuurirahvuslikult, kultuurilisest aspektist, iseloomustab eestlast eesti keel, siis kodanikurahvuslikus tähenduses seob eestlase eesti keelega PS § 6, mis sätestab riigikeelena eesti keele.

Ka eespool analüüsitud Riigikohtu otsus 3-4-1-6-13 (vt p 3.1.1), mis käsitleb eesti rahvuse ja eesti kultuuri säilimise tagamist ühiskondliku jätkusuutlikkuse ja heaolu seisukohast üldisemalt, ei aita täpsemalt lahti mõtestada rahvuse mõiste sisu. Ei ole selge, kas kohus soovis viidata eesti rahvuse säilimise tagamisele konkreetselt ehk viitas eestlasele koos eesti kultuuriga kultuurirahvuslikus tähenduses või pidas ta silmas Eesti kodanikke ja Eestis elavaid inimesi üldiselt, kelle heaolu peab riik samuti tagama.

Sama probleem on ka lahendites, milles eesti rahvuse jätkusuutlikkust on käsitletud eesti kultuurist eraldiseisvana. Lahendis 5-18-5 selgitas Riigikohus, et välismaalaste seadusest tulenev perekonnapõhiõiguse riive – riigi õigus otsustada välismaalastest pereliiget riiki mitte lubada – on õigustatud Eesti riigi sisemise rahu kaitse ning eesti rahvuse säilimise eesmärgiga.⁹³ Kohtuasjas 3-4-1-7-13 arutles Riigikohus, et riiklikud toetusmeetmed, mis soodustavad lapse kasvatamisele pühendumist, seonduvad ka preambulis seatud eesmärgiga tagada eesti rahvuse säilimine.⁹⁴ Kummaski lahendis ei käsitleta rahvuse mõistet täpsemalt ning seega jääb avatuks küsimus, kas viide eesti rahvusele tähendab põhiseaduse spetsiifilist eesmärki, milleks on eesti rahvuse säilimise tagamine, või üldist eesmärki, milleks on Eesti kodanike ja Eestis elavate inimeste turvalisuse ja perekonnapõhiõiguste tagamine.

⁹³ RKÜKo 21.06.2019, 5-18-5, p 67–70.

⁹⁴ RKPJKo 14.05.2013, 3-4-1-7-13, p 29.

Kultuurirahvuslikule käsitusele viitab siiski Riigikohtu lahend 3-4-1-6-01 (vt p 3.1.1), mis käsitles nime muutmise keeldu rahvusliku identiteedi säilitamise seisukohalt. Rahvuslikku identiteeti, mida inimese nimi esindab, saabki sageli seostada just inimese etnilis-kultuurilise päritoluga, sest nimede (edasi)andmine on tihedalt seotud etnilis-kultuuriliste eripäradega. Seega saab nimega kaitstavast rahvuslikust identiteedist tähenduslikult rääkida üksnes kultuurirahvuslikus kontekstis. Kuivõrd kohus oli nõus, et nime vahetamise piiramine on legitiimne eesmärk eesti kultuuri ja rahvuse säilimise tagamisel, on selge, et kohus on olnud nõus eesti rahvuse käsitamisega kultuurirahvusluse tähenduses, s.o. etnilis-kultuurilise ühtsuse kaudu.

1.3. Eesti rahvus kui eesti kultuuri kandja

Kuigi kohtupraktikast ei saa teha tugevaid järeldusi eesti rahvuse mõiste sisustamiseks põhiseaduse tähenduses, tuleks Riigikohtu lahendi 3-4-1-6-01 ning põhiseaduse süsteemse, teleoloogilise ja grammatilise tõlgenduse tulemusena jõuda arusaamale, et eesti rahvust mõtestatakse etnilis-kultuurilise ühtsuse kaudu. Siinkohal tuletangi kohe meelde, et kultuurirahvusliku käsituse järgi ei eelda etnilis-kultuuriline ühtsus geneetilist sarnasust põliste rahvaste või kultuuriliste eelkäijatega. Seega eestluse kriteeriumiks ei ole geneetiline või bioloogiline sarnasus varem Eesti aladel elanud või eesti kultuuri viljelenud kollektiividega.⁹⁵

Eesti rahvuse eripärad saab tuletada eelkõige tema kultuurilisest erilisusest ning seetõttu on põhjendatud eesti rahvuse säilimise käsitlemine koos eesti kultuuri ja keelega, nii nagu see täna ka põhiseaduses kirjas on. Seega, võttes aluseks nii eesti rahvuse kultuurirahvusliku käsituse kui ka eesti kultuuri mõiste antropoloogilises tähenduses, tuleks eesti rahvuse all mõista inimeste kooslust, mida iseloomustab teistest rahvuskultuuridest selgesti eristatav eesti kultuur ning sellisest erinevusest tulenev kollektiivne eneseteadvus, sh rahvuslik identiteet ja ajalootunnetus. Eesti rahvuse liige ehk eestlane on eesti kultuuri kandja, kes tunneb eesti kultuuris kasutatavaid kollektiivseid tähendusi, tähendusloome vahendeid (eesti keelt ja eesti kultuurikeeli) ja nende abil loodud enesekirjeldusi.

Siinjuures rõhutan jällegi, et tegemist ei ole definitsiooniga. Kuigi eestlast iseloomustab eesti keele oskus, ei ole kuidagiviisi määratav keeleoskuse tase,

⁹⁵ Eesti säästva arengu riiklik strateegia (viide 34), lk 13.

millest alates võib kedagi eestlaseks pidada. Samuti ei ole võimalik kvantifitseerida kollektiivsete tähenduste või eestlase ja Eesti enesekirjelduste tundmise taset. Kuigi eestluse defineerimine meetodipõhiselt võib olla põhjendatud sotsiaalteadusliku uuringu tegemisel, ei ole see vajalik eesti rahvuse ja kultuuri säilimise tagamisel, sest eesti rahvus ja kultuur säilivad siis, kui eesti kultuur on avatud, atraktiivne ja kättesaadav kõikidele rahvusest sõltumata ning Eestis on tagatud nii sisemine kui ka väline ühiskondlik stabiilsus⁹⁶ ja julgeolek.⁹⁷

6. Lõpetuseks

Artiklis andsin ülevaate kultuuri ja rahvuse teaduslikest käsitlustest, asetades need Eesti õigusteaduslikku konteksti. Õigusteaduses napib eesti rahvuse ja kultuuri mõistete käsitlusi, kohtupraktikas on harvad viited neile mõistetele. Seetõttu on artiklis pühendatud enam tähelepanu kultuuri ja rahvuseid uurivatele teadustele, kuid seostatud vaateid kultuurile ja rahvusele ka Eesti kohtupraktikaga. Ehkki artiklil pole tavapärasest õigusteaduslikku sügavust, loodan, et see artikkel annab tõe ja panuse edasisteks aruteludeks. Just õiguslikes diskussioonides ja käsitlustes areneb välja õigusteaduslik sisu ja kontekst, mis võimaldab teha asjakohasemaid järeldusi eesti rahvuse ja kultuuri tõlgendamise kohta põhiseaduse preambuli tähenduses.

⁹⁶ RKPJKo 12.07.2012, 3-4-1-6-12, milles rahvusvahelist koostööd ja finantsstabiilsust käsitleti kui eesti rahvuse ja kultuuri säilimise eeldust.

⁹⁷ RKÜKo 21.06.2019, 5-18-5, mille järgi eesti rahvuse säilimise eesmärgil on õigustatud välismaalasest perekonnaliikmete Eesti riiki elama asumise piiramine.

R. Alexy. Inimõiguste institutsionaliseerimine demokraatlikus põhiseadusriigis. – Riigiõiguse aastaraamat 1/2020, lk 148–164

Inimõiguste institutsionaliseerimine demokraatlikus põhiseadusriigis*

ROBERT ALEXY

Tõlkinud Margot Heinsalu ja Madis Ernits

Kokkuvõte. Robert Alexy artikli põhifookuses on inimõiguste ja demokraatliku põhiseadusriigi seosed. Alexy jaoks on inimõigused spetsiifilised moraalised õigused, mis tuleb nii rahvusvahelisel kui ka riiklikul tasandil institutsionaliseerida, sest ainult nii on võimalik tagada nende realiseerimine. Seejuures tuleneb inimõigustest muu hulgas tõrjeõigus riikliku meelevaldsuse vastu. Sellepärast tuleb välja selgitada, millist tüüpi riigikorraldus (formaalne õigusriik, demokraatlik õigusriik, demokraatlik põhiseadusriik) on inimõiguste realiseerimiseks vajalik. Nende moraalse sisu tõttu on inimõiguste positiivõigusliku transformatsiooni institutsionaliseerimise parim viis demokraatlik põhiseadusriik.

Märksõnad: inimõigused, demokraatlik põhiseadusriik, demokraatlik õigusriik, subjektiivne õigus, inimõiguste universaalsus, inimõiguste moraalne kehtivus, inimõiguste fundamentaalsus, inimõiguste prioriteet, inimõiguste abstraktsus, võimude lahusus, kohtu sõltumatus, halduse seaduslikkus, põhiõigused, demokraatia, põhi-seaduslikkuse järelevalve

Seda, et inimõiguste ja riigikorralduse vahel on tihe seos, on öeldud sageli ja vaevalt saab selles kahelda. Probleeme valmistab selle üldise sõnastuse taga seisev küsimus, missugune see seos on. Minu teesiks on, et parimat inimõiguste käsitust on riiklikul tasandil võimalik parimal viisil realiseerida demokraatlikus põhiseadusriigis. See tees mängib rolli ka siinkohal vaatluse alt välja jääva küsimuse puhul inimõiguste rahvusvahelise ellurakendatavuse kohta. Kui olemas oleksid ainult hästi korraldatud demokraatlikud põhiseadusriigid, oleksid rahvusvahelise probleemi lahendamiseks loodud parimad tingimused. Oma teesi põhjenduseks

* R. Alexy. Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. – Philosophie der Menschenrechte. Hrsg. von S. Gosepath, G. Lohmann. Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1998, lk 244–264.

visandan esiteks viie tunnuse kaudu määratletud inimõiguste käsituse ja esitan mõned argumendid, miks seda käsitust teistele eelistada. Teise sammuna näitan, et seda inimõiguste käsitust on niivõrd, kuivõrd see on üldse realiseeritav, võimalik ellu viia ainult demokraatlikus põhiseadusriigis.

I. Inimõiguste mõiste

1. Õiguste struktuurist

Inimõigused on (subjektiivsed) õigused. Õigusi on võimalik jaotada erinevate kriteeriumide alusel. Formaalsest aspektist on soovitatav eristada õigusi millelegi, vabadusi ja pädevusi.¹ Siin on vaatluse all ainult õigused millelegi. Õigused millelegi on normatiivsed relatsioonid kolme elemendi vahel: õiguse kandja (*a*), adressaat (*b*) ja ese (*G*). Kolmekohalist relatsiooni ennast väljendab õiguste operaator *R*. Õigust millelegi käsitleva lause kõige üldisemat vormi on seega võimalik väljendada järgmiselt:

RabG.

Selle skeemi tulemus on täiesti erinev olenevalt sellest, mida mõeldakse *a*, *b* ja *G* all. Kui valida kandjaks *a* füüsiline isik, adressaadiks *b* riik ja esemeks *G* elu, vabaduse või omandi riivist loobumine, saadakse liberaalse traditsiooni tõrjeõigus, mis on suunatud riigi vastu. Kui *G*-d tõlgendatakse aga positiivse tegevusena teenuse vormis, nagu näiteks meditsiiniabi osutamine või hooldus, tekib teenuste saamise õigus, nagu seda pooldab sotsiaalriigi suund ja mille sotsialistlik suund kogunisti esiplaanile seab. Kui lõpuks lubada rakendada kandjana *a* ka riike või rahvaid, peab *G*-l laskma esindada veel ainult arengut soodustavaid teenuseid, et jõuda niinimetatud kolmanda põlvkonna või mõõtme inimõiguste juurde.² Skeem on seega inimõiguste eri käsituste suhtes neutraalne.

Esitatud triaadilise struktuuri vastu võiks väita, et tavapärares inimõiguste kataloogides on üldjuhul juttu ainult kandjast ja esemest. Nii on kodaniku- ja poliitiliste õiguste rahvusvahelise pakti artikli 6 lõike 1 esimeses lauses kirjas

¹ R. Alexy. Theorie der Grundrechte. 2. väljaanne. Frankfurt am Main 1994, lk 171 jj.

² K. J. Partsch. Das Recht auf „internationale Solidarität“ – ein neues „Menschenrecht der 3. Generation“? – Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1980, lk 511 jj; E. Riedel. Menschenrechte der dritten Dimension. – Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1989, lk 12 jj.

lihtsalt: „Igal inimesel on kaasasündinud õigus elule.“³ Adressaati ei nimetata. Seetõttu võiks mõelda inimõiguste määratlemisele kahekohaliste relatsioonidena kandja ja eseme vahel. Inimõigused ei vastaks sellisel juhul sellele, mida klassikalises terminoloogias nimetatakse *ius in personam*, vaid pigem sellele, mida seal nimetatakse *ius in rem*.

Ei saa kahelda, et lihtsuse huvides on sageli otstarbekas rääkida lihtsalt kandja ja õiguse eseme vahelisest relatsioonist. See on siiski vaid lühendav tähistus.⁴ Nii osutub mainitud õigus elule lähemal vaatlusel kiiresti õiguste kogumiks, mille juurde kuulub eelkõige õigus kõikide inimeste ja kõikide riikide vastu mitte saada nende poolt tapetud ning asjaomasele pädevale riigile adresseeritud õigus olla kaitstud tapmise eest teiste inimeste poolt.

Lause, et *a*-l on *b* suhtes õigus *G*-le, on ekvivalentne lausega, et *b*-l on *a* suhtes kohustus tagada *G*:

ObaG.

See lause väljendab relatsioonilist kohustust.⁵ Õigused millelegi ja relatsioonilised kohustused on sama asja kaks külge. Need on loogiliselt võttes pöördrelatsioonid. Sellest nähtub, et õiguste ja normide vahel on vajalik seos. On tõi, et kui norm kehtib, ei pea vastav õigus alati olema olema, sest on norme, mis määravad kindlaks üksnes objektiivsed kohustused; aga kui on olemas õigus, peab alati kehtima norm, mis selle õiguse annab. Õiguste olemasolu ja normide kehtimine on seega korreelaadid. Inimõiguste põhjendamise, kohaldamise ja ellurakendamise probleemid on seega konkreetse struktuuri ja sisuga normide põhjendamise, kohaldamise ja ellurakendamise probleemid.

³ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte. – Bundesgesetzblatt. Teil II. 20.11.1973, Nr. 60, lk 1534 (1536). (Originaalis: „Every human being has the inherent right to life.“ Kodaniku- ja poliitiliste õiguste rahvusvahelise pakti mitteametlikus eestikeelses tõlkes (RT II 1994, 10, 11) kõlab art 6 lg 1 esimene lause: „Igal inimesel on võõrandamatu õigus elule.“ Termini *inherent* vasteks sobiks siiski pigem *kaasnev* või *kaasasündinud*. – *Tlk.*)

⁴ Koos edasiste viidetega vt R. Alexy (viide 1), lk 172 jj.

⁵ Samas, lk 185 jj.

2. Inimõiguste struktuurist

Kõik õigused ei ole inimõigused. Inimõigusi eristavad teistest õigustest viis tunnust: universaalsus, moraalne kehtivus, fundamentaalsus, prioriteetsus ja abstraktsus.

(a) Universaalsus. – Inimõiguste esimese olulise tunnuse – universaalsuse – puhul tuleb eristada kandja ja adressaadi universaalsust.

Kandjaskonna universaalsus seisneb selles, et inimõigused on õigused, mis on kõigil inimestel. Kandjate ringi selline määratlemine tekitab kolm probleemi. Esimene tuleneb inimese mõiste kasutamisest. Kandjate ringi kõige selgem piiritus saavutatakse mõiste bioloogilise määratlemisega. Selle vastu väidetakse, et tegemist on spetsiesismiga (sks *Speziesismus*), mis on lähedane rassismile.⁶ See vastuväide jätab siiski tähelepanuta, et inimese bioloogilise mõiste kasutamine kandjate ringi piiritlemiseks puudutab ainult inimõiguse mõistet, mitte aga inimõiguste põhjendust. Kui mõjuvamad põhjused peaksid rääkima selle kasuks, et anda näiteks õigus elule ka loomadele samas ulatuses nagu inimestele, langeks õigus elule **inimõigusena** ära ja tuleks uuesti luua näiteks olendiõigusena (sks *Kreaturenrecht*) ühes laiendatud kandjate ringiga.

Teine probleem tuleneb asjaolust, et kandjate ringi esitatud määratluse kohaselt saavad inimõiguste kandjad olla vaid inimesed üksikisikutena. Seetõttu ei kuulu inimõiguste mõiste alla niinimetatud kolmanda põlvkonna või dimensiooni inimõigused, kuivõrd need on kogukondade või riikide õigused. Selle vastu võiks väita, et kogukondade või riikide õiguste, näiteks arengumaade õiguse arenguabile kasuks räägivad mõjuvad põhjused. Veel kord tuleb rõhutada, et siinkohal ei ole eesmärgiks mingite õiguste põhjendamine, vaid ainult mõiste adekvaatne määratlemine. Kui mõjuvamad põhjused räägivad selle kasuks, et kogukondadel ja riikidel on õigused, näiteks õigus arengule, tuleks neid õigusi nimetada selleks, mis nad on, nimelt **kogukonna õigused** ja **riigi õigused**. Nende õiguste pooldajatel läheks küll kaotsi väljendi „inimõigused“ positiivne evaluatiivne (sks *evaluativ*) tähenduskomponent, kuid selle puuduse saaks korvata, kui nimetada neid õigusi inimõiguste realiseerimise vahenditeks. Niisuguse arusaama eeliseks oleks pilgu teravdamine, et inimõigused ei manduks funktsionääriõigusteks.

⁶ C. S. Nino. *The Ethics of Human Rights*. Oxford 1991, lk 35.

Kolmas probleem tekib sellest, et inimõigused on küll õigused, mis on kõigil, kuid mõningaid inimõigusi ei ole kõigil alati võimalik sisse nõuda. Nii võib abi nõuda ainult abivajaja, kasvatamist ainult laps ja kaitset ainult ohustatu. See selgitab, et inimõigused ei erine muudest õigustest mitte selle poolest, et need on oma loogiliselt struktuurilt kategoorilised õigused, vaid hoopis selle poolest, et need on kõigil, ilma et neid oleks vaja omandada. Piisab sellest, kui keegi on abivajaja, laps või ohustatu. See aspekt on erinev kinnistuga seotud õiguste puhul. Kategoorilised on inimõigused niisiis ainult selle poolest, et neid ei tingi omandamist kinnitavad dokumendid.⁷

Kandjaskonna universaalsuse kohta öeldu võib kokku võtta niimoodi, et inimõigused on õigused, mis on kõigil inimestel üksikisikutena, sõltumata omandamist kinnitavast dokumendist. **Adressaatide** poolel on universaalsuse küsimus keerulisem. Sageli öeldakse, et inimõigused on õigused *erga omnes*, millest saab järeldada, et inimõigused on kõigi õigused kõigi vastu. Lähemal vaatlusel ilmneb siiski eristamise vajadus. Esimene erinevus seisneb selles, et kuigi kandjatena tulevad kõne alla ainult inimesed, siis adressaatidena seevastu nii inimesed kui ka rühmad ja riigid. Teine erinevus ei ole sugugi vähem tähtis. See on absoluutsete ja suhteliste inimõiguste erinevus. Absoluutsed inimõigused on õigused, mis on kõigil kõigi inimeste, rühmade ja riikide suhtes. Õigus elule on üks näide. Suhtelised inimõigused on õigused, mis on kõigil vähemalt ühe inimese, rühma või riigi suhtes. Näiteks valimisõigus on suhteline inimõigus riigi suhtes. Kõigi riikide kõigil kodanikel on oma riigi suhtes see õigus. Rühma suhtes kehtiva suhtelise inimõiguse näitena võib tuua kõigi laste õiguse saada oma perekonnalt hoolt ja kasvatust.

(b) Moraalne kehtivus. – Inimõiguste teine olemuslik tunnus on see, et need on moraalsed õigused. Moraalne õigus on olemas siis, kui seda tagav norm kehtib moraalselt. Norm kehtib moraalselt, kui seda on võimalik põhjendada igapähele, kes on vastuvõtlik ratsionaalsele põhjendusele.⁸ Inimõigused on seega olemas täpselt siis, kui neid on võimalik esitatud tähenduses igapähele põhjendada. Inimõiguste **struktuuri universaalsusele**, mis seisneb selles, et need on põhimõtteliselt kõigi õigused kõigi suhtes, lisandub seega **kehtivuse universaalsus**, mis on

⁷ Eritingimusi kujutavad endast piiriklauslid. Need ei seostu siiski kandjaskonna universaalsusega, vaid puudutavad inimõiguste piiratavuse küsimust.

⁸ R. Alexy. Diskurstheorie und Menschenrechte. – R. Alexy. Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main 1995, lk 127 jj.

määratud nende põhjendatavusega kõigile, kes on vastuvõtlikud ratsionaalsele põhjendusele.

Võiks arvata, et inimõiguste moraalne iseloom takistab nende õiguslikku institutsionaliseerimist. See vastuväide oleks õige, kui inimõiguste määratlemine moraalsete õigustena tähendaks nende kuulumist moraalsuse valdkonda Kanti mõistes.⁹ See oleks nii juhul, kui inimõigused oleksid õigused, mida saab täita ainult kohustuse tõttu, see tähendab nende enda pärast (*sks um ihrer selbst willen*). Kuid siiski pole kahtlust, et inimõigusi saab rakendada ka sunni abil. Vastus küsimusele, kas inimõigus on tagatud või mitte, ei sõltu motivatsioonist, vaid ainult välisest tegevusest. Inimõigused kuuluvad seega Kanti terminoloogias legaliteedi ehk seaduslikkuse valdkonda. Nende moraalseteks õigusteks liigitamise ainus eesmärk on nende eristamine positiivsetest õigustest.

Õigus on positiivne õigus, kui seda tagav norm sotsiaalselt või juriidiliselt kehtib.¹⁰ Siinkohal pakub huvi ainult juriidiline kehtivus. Õigust, mis põhineb juriidiliselt kehtival normil, tuleb nimetada **positiiv-õiguslikuks õiguseks**. Moraalsete õiguste paigutamisel Kanti mõistes seaduslikkuse valdkonda on see eelis, et inimõigusi saab esiteks ilma nende sisu mis tahes viisil muutmata ja teiseks nende moraalsete kehtivuse kaotsimine kuta ümber kujundada positiiv-õiguslikeks õigusteks ehk lühidalt positiivseks õiguseks. Positiivseerimise kaudu lisatakse neile kehtivuse lisaalusena üksnes juriidiline kehtivus, mis on järgnevas juriidilises diskussioonis mõistagi kehtivuse otsustav alus. Inimõiguste moraalne iseloom ei takista seega nende institutsionaliseerimist positiiv-õiguslike õigustena.

Vaieldakse selle üle, millised õigused inimõigustena moraalselt kehtivad. See on inimõiguste põhjendamise probleem. Inimõiguste põhjendamise probleem on inimõigusteteemalise diskussiooni kõige tähtsam ja keerulisem probleem. Sellegipoolest ei käsitleta seda siinkohal, et saaks keskenduda inimõiguste institutsionaliseerimise teemale. Teema valikust nähtub aga, et inimõiguste põhjendamise võimalikkust tuleb eeldada, sest kui neid ei oleks võimalik põhjendada, kaotaks nende institutsionaliseerimise küsimus paljugi oma tähendusest. See muutuks illusiooni, otsuse või ideoloogia institutsionaliseerimise küsimuseks. Kuid kui inimõigused on põhjendatavad, siis pole põhjendatavad mitte ainult inimõigused kui sellised¹¹, vaid ka teatava sisuga inimõigused. Kuigi põhjenduse juures tuleb

⁹ I. Kant. Metaphysik der Sitten. – Kant's gesammelte Schriften. Bd. 6. Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.). Berlin 1907/14, lk 219 jj.

¹⁰ R. Alexy. Begriff und Geltung des Rechts. 2. Aufl. Freiburg, München 1994, lk 31 jj, 139 jj.

¹¹ Inimõigused kui sellised oleksid pigem nagu inimõiguste vorm.

viidata mujal esitatud seisukohtadele¹², tuleb vähemalt öelda, milliseid õigusi eeldatakse siinkohal igäühe suhtes ja seega moraalselt põhjendatavatena. Need on 1) liberaalse traditsiooni tõrjeõigused, mis kaitsevad õigust teiste tegevusetusele, st mis kaitsevad negatiivsete õigustena selliseid inimõiguste hüvesid nagu elu ja vabadus; 2) kaitseõigused, mis kohustavad riiki positiivse tegevusega kaitsma üksikisikut teiste sekkumise eest; 3) poliitilised õigused, mis võimaldavad õigus-kogukonna liikmetel osaleda poliitilises otsustusprotsessis; 4) sotsiaalsed õigused, mis tagavad elatusmiinimumi, ja 5) menetlusõigused, mis tagavad punktides 1–4 nimetatud õiguste rakendamise.

(c) Fundamentaalsus. – Inimõiguste kolmas konstitutiivne tunnus on nende fundamentaalsus. Fundamentaalsus puudutab õiguste **eset**. Inimõigused on fundamentaalsete huvide ja vajaduste kaitsmiseks ja rahuldamiseks. Huvi või vajadus on fundamentaalne, kui selle rikkumine või mitterahuldamine tähendab surma või raskeid kannatusi või puudutab autonoomia tuumikvaldkonda.¹³ Inimõiguste fundamentaalsuse ja nende moraalse kehtivuse vahel on seos, kuid need ei ole identsed. Seos tuleneb asjaolust, et õigust on seda lihtsam kellegi suhtes põhjendada, mida fundamentaalsem see on. Laialdane konsensus õiguse elule suhtes on üks näide. Siiski ei ole fundamentaalsus siin määratletud tähenduses moraalse kehtivuse vajalik tingimus. Nii näiteks on hõlbus moraalselt põhjendada sellise reegli moraalselt kehtivust, et – hädaolukorrad välja arvatud – järjekorras ei tohi vahele trügida; kuid see ei puuduta midagi inimese eksistentsi ega autonoomia jaoks fundamentaalset.

Inimõiguste esemete piiritlemine inimeste eksistentsi või autonoomia jaoks fundamentaalsega tähendab, et inimõiguste valdkond ei lange kokku õigluse valdkonnaga. See, mis rikub inimõigusi, on paratamatult ebaõiglane; kuid kõik, mis on ebaõiglane, ei riku tingimata ühtlasi inimõigusi. Näiteks, nagu juba

¹² R. Alexy (viide 1), lk 410 jj; R. Alexy. Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft. – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 51 (1993), lk 26 jj; R. Alexy (viide 8), lk 144 jj.

¹³ See määratlus seob tahteteooria (vt Fr. C. v. Savigny. System des heutigen Römischen Rechts. 1. kd. Berlin 1840, lk 7, 331 jj. DOI: <https://doi.org/10.1515/9783111692302>) elementid huviteooria (vt R. v. Jhering. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 5. Aufl. Leipzig 1906, lk 339) elementidega. Esimesel on seos autonoomia tuumikvaldkonnaga, teisel surma ja raskete kannatustega. Mõlema kohal kõrgub lai huvi mõiste, sest võib eeldada, et inimeste huvid ei piirdu üksnes teatavate esemete või seisunditega, nagu näiteks elu ja kannatuste vältimine, vaid neil on ka huvi ise määrata, mis neid huvitab. Autonoomia on seega kõrgema taseme huvi.

mainitud, on olemas inimõigus elatusmiinimumile.¹⁴ On lihtne ette kujutada rikkuse jaotust, mis küll tagab kõigile elatusmiinimumi, kuid on sellegipoolest äärmiselt ebaõiglane. Sellisel juhul ei ole enam tegemist inimõiguste probleemi, vaid õiglase jaotamise küsimusega, mis tuleb otsustada poliitilises protsessis, mida omakorda tagavad inimõigused. Inimõigused kui sellised väljendavad seega ainult õigluse minimaalset kontseptsiooni.¹⁵

Inimõigustega määratud õigluse minimaalse kontseptsiooni raames on võimalik eristamist jätkata, sest inimõiguste fundamentaalsus on määra küsimus. Sel moel saab eristada inimõiguste tuuma, mis muutub keskmel suunas ajaloo suhtes üha vähem tundlikuks¹⁶, ning ääreala, mis on keskmest kaugenedes üha enam avatud ajaloolistele variatsioonidele.

(d) Prioriteet. – Inimõigusi iseloomustav neljas tunnus on nende prioriteet ehk esimene positiivse õiguse suhtes. Eristada tuleb nõrka ja tugevat prioriteeti. **Nõrk** prioriteet tähendab seda, et inimõiguste sisu mõõdupuu ei ole positiivne õigus, vaid inimõigused on positiivse õiguse sisu mõõdupuu. Inimõiguste austamine on positiivse õiguse legitiimsuse vajalik tingimus. Positiivne õigus, mis rikub inimõigusi, on sisult ebaõige õigus. Vaieldav on, kas see ebaõigsus on ainult moraalne ebaõigsus või on sellel ka õiguslik iseloom. Seda siin siiski ei arutata.¹⁷ Siinkohal on oluline ainult see, et üksnes nõrga prioriteedi korral ei kaasne inimõiguste rikkumisest tuleneva ebaõigsusega õigusliku kehtivuse või õigusliku iseloomu kaotsiminekut. See juhtub alles **tugeva** prioriteedi korral. Sel juhul langeb inimõiguse rikkumisega ära vastuolus oleva positiivse õiguse õiguslik iseloom ja seega ka õiguslik kehtivus. Tugeva prioriteedi küsimus on õiguspositivismi üle peetava vaidluse tuum. Nii mõnigi asjaolu räägib selle poolt, et mitte küll kõik, kuid siiski iga äärmuslik inimõiguste rikkumine võtab positiivselt, st nõuetekohaselt kehtestatud ja sotsiaalselt toimivalt õiguselt selle õigusliku iseloomu ja seega ka õigusliku kehtivuse. Kuid seegi ei kuulu siinkohal edasiarendamisele.¹⁸ Siin esitatava mõttekäigu jaoks piisab moraalset või õiguslikku laadi nõrga prioriteedi eeldamisest.

¹⁴ Siin on võimalik sellise õiguse olemasolu ainult väita, mitte aga põhjendada. Põhjenduse elementide kohta vt R. Alexy (viide 1), lk 454 jj.

¹⁵ E. Tugendhat. Vorlesungen über Ethik. Frankfurt am Main 1993, lk 390 jj.

¹⁶ R. Alexy. Law, Discourse, and Time. – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 64 (1995), lk 4 jj.

¹⁷ Õigusliku ebaõigsuse või vigasuse argumentide kohta vt R. Alexy (viide 10), lk 64 jj, 129 jj.

¹⁸ Samas, lk 70 jj.

(e) Abstraktsus. – Inimõigusi iseloomustav viies omadus on, et inimõigused on abstraktsed õigused. Abstraktsuse mõõtmed ja määrad on erinevad. Võtame näiteks lause „Igaühel on õigus vabadusele“. Sellele lausele vastav õigus on abstraktne kolmes mõttes või mõõtmes. Esimene on seotud adressaatidega. Ei ole öeldud, kelle vastu õigus on suunatud, see on adressaadist abstraheeritud. Teine on õiguse eseme modaalsus. Jääb lahtiseks, kas õigus on ainult õigus, et hoidutaks vabaduse riivetest, st liberaalne tõrjeõigus, või nõuab see ka positiivset tegevust, mis omakorda saab seisneda kas ainult kaitses teiste sekkumise eest või ka vabaduse kasutamise tegelike, näiteks majanduslike eelduste loomises. Abstraktsuse kolmas mõõde puudutab õiguse piire. Ükski õigus vabadusele ei ole piiramatult, vaid leiab oma piirid hiljemalt seal, kus satub kokku teiste vabadusega. Eeltoodud lauses sellest juttu ei ole. Piiriklausel puudub. Abstraktsuse kolmele mõõtmele lisandub õiguse eseme üldistatuse kõrge määr. Näiteks õigus väljendus-, väljarände- või kutsevabadusele oleks palju piiritletum.

Võib proovida luua inimõiguste katalooge, mille abstraktsuse määr oleks võimalikult väike. Selliste katsete näited on inimõiguste deklaratsioonid ja rahvusvahelise õiguse paktid. Siiski on sellised kataloogid sageli väga abstraktsed seal, kus kokkulepe sündis alles tänu kompromiss-sõnastusele. Kuid isegi siis, kui sellised poliitilised probleemid kõrvale jätta, on inimõiguste konkretiseerimisel kataloogide abil teoreetilised piirid. Tõeliselt konkreetne loetelu viiks lõppkokkuvõttes inimõiguste kasuistikani. Üksikasjadeni ulatuv konkretiseerimine on võimalik ainult kindlas ajaloolises olukorras teatud kindla õigussüsteemi protseduuride ja institutsioonide raames. Samal ajal, nagu sai märgitud fundamentaalsust käsitlevas mõttekäigus, kasvab koos kaugusega keskmest juhuse roll.

II. Inimõigused demokraatlikus põhiseadusriigis

Kui inimõigused on universaalsed, moraalsed, fundamentaalsed, prioriteetsed ja abstraktsed õigused, siis on nende õiguslik institutsionaliseerimine vajalik nii rahvusvahelise kui ka riigisisese õiguse tasandil. Siinkohal on, nagu juba märgitud, vaatluse all ainult inimõiguste positiveerimine riigisiseses õiguses.

1. Positiivsesse õigusse muundamise vajalikkus

Inimõiguste positiivsesse õigusse muundamise vajalikkusel on kolm põhjust: rakendamise, kognitsiooni (sks *Erkenntnis*) ja organisatsiooni argument.

(a) Rakendamine. – Inimõigusi kui moraalseid õigusi on küll võimalik sisse nõuda ja võimalik on ka nende rikkumist moraalselt hukka mõista, kuid nagu Tugendhat on tabavalt märkinud, koosnevad sellised täitemeetmed „väga eeterlikust materjalist“. ¹⁹ Keegi ei oleks „vastastikuse vägivalla eest kaitstud“. ²⁰ Kui on näiteks olemas moraalne, st kõigi suhtes põhjendatav õigus elule, siis peab olemas olema ka kõigi suhtes põhjendatav õigus sellele, et luuakse ühine rakendus- asutus, mis seda õigust tagab. Vastasel korral ei oleks moraalse õiguste tunnustamine tõsine tunnustamine ning see läheks vastuollu nende õiguste fundamentaalse ja prioriteetse iseloomuga. Inimõiguste rakendamiseks loodav ühine rakendus- asutus on riik. Seega on olemas inimõigus riigile. Riigi loomine rakendus- asutusena kujundab üksikisikute moraalsed õigused üksteise suhtes ümber positiivse õiguse samasisulisteks õigusteks. Lisaks tekivad uute õigustena üksikisiku tõrje-, kaitse- ja menetlusõigused riigi suhtes.

Seni esitatud argument põhineb inimõiguste olemasolul ja iseloomul ning eeldusel, et pelgalt moraalne kehtivus ei taga isegi siis, kui tegemist on inimõigustega, alati kõigi asjakohast käitumist. See on inimõiguste positiivsesse õigusse muundamise peamine argument. Täiendavate argumentidena saab lisada veel kaks argumenti. Esimene lähtub ebamoraalse käitumise eeliste ebaaususest (sks *Unfairness*). Kui neil, keda moraalne taunimine ei heiduta, on hõlpsasti võimalik inimõiguste rikkumisest kasu saada, on neilt, kes soovivad moraalselt käituda, nendest eelistest loobumist raske oodata. Aususe probleemi (sks *Fairness-problem*) saab lahendada sunniga tagatud õiguse kehtestamisega, mis suurendab ebamoraalse käitumise riske ja alandab moraalset käitumise kulusid. Teine lisa- argument on tuntud kõigi kasu maksimeerimise tees. Riikliku kaitse alternatiiviks on kõigi enesekaitse kõigi vastu, seega kodusõja üks või teine variant. Selline ühiskonnakorraldus ei ole vähemalt siis, kui pikaajaline koosseksisteerimine on vältimatu või pikaajaline koostöö on kasulik, üldjuhul kellegi jaoks optimaalne.

(b) Kognitsioon. – Kui rakendamisprobleem lähtub eelkõige inimõiguste moraalsest iseloomust, tuleneb kognitsiooni- ehk teadmiste saamise probleem peamiselt nende abstraktsusest. Inimõiguste kohaldamine konkreetsetes olukordades tõstatatakse sageli keerulisi tõlgendamise- ja kaalumisküsimusi. Pikaajaline

¹⁹ E. Tugendhat (viide 15), lk 349: „aus einem sehr ätherischen Material“.

²⁰ I. Kant (viide 9), lk 312: „vor Gewaltthätigkeit gegen einander sicher“.

vangistus mõrva eest ei riku kindlasti inimõigusi; sama karistus õuna varguse eest teeb seda kahtlemata. Selliste äärmuste vahele jääb palju juhtumeid, mille õige lahenduse üle võib vaielda. Sõjajärgsel purustatud Saksamaal vastas väga madal elatustase inimõiguste nõuetele. Kui tänapäeval rakendatakse Saksamaal sotsiaalabi arvestamisel tolleaegseid mõõdikuid, rikuks see inimõigust elatusmiinimumile. Kuid selle üle, kui palju suurem peab võrreldes toonasega olema toetus, võib vaielda. Neid kahte näidet võiks laiendada lõpmatu loeteluga kaheldavatest juhtumitest. Nendel juhtudel ei ole vaieldav abstraktne inimõigus kui selline, vaid **konkreetne inimõiguse rakendamise otsus**, milles väljendub ühe või mitme inimõiguse kohaldamine konkreetsele juhtumile või juhtumite rühmale. Paljudel vaidlusalustel juhtudel ei ole ühelt poolt võimalik ettenähtavas tulevikus üksmeelele jõuda, teiselt poolt ei saa aga otsust edasi lükata. Seetõttu saab otsus olla tehtud vaid õiguslikult reguleeritud menetluses kas mitme isiku poolt mis tahes viisil kujundatud enamuspõhimõtte alusel või ühe isiku poolt. Niisiis viib ka kognitsiooniprobleem õiguse vajalikkuseni.²¹

(c) Organisatsioon. – Negatiivsed õigused elu ja vabaduse riivetest hoidumisele on suunatud kõigi vastu. Adressaatide universaalsus pole nende puhul probleem. Positiivsete õiguste, näiteks õiguse elatusmiinimumile korral on see teisiti. Siin ei esine samasugust adressaatide universaalsust kui tõrjeõiguste puhul. Kui negatiivsete õiguste puhul on kõigil kohustus hoiduda kõigest, mis õigust rikub, siis positiivsete õiguste puhul ei pea igaüks õigust täielikult täitma. Kui eeldada, et elatusmiinimumi makstakse rahas, tähendaks see ju, et abivajajal oleks õigus saada summa, mis võrdub elatusmiinimumi ja abi mittevajajate arvu korrutisega. Ka abikohustuse jagamine ei ole mõttekas, näiteks viisil, et abivajajal oleks õigus nõuda igalt abi mittevajajalt summat, mis vastaks elatusmiinimumi ja abi mittevajajate arvu jaotisele. Suures ühiskonnas peaks abivajaja pisikesed killud oma õigusest elatusmiinimumile läbi suruma määratu suure arvu kohustatud isikute suhtes. Transaktsiooni- ja sunnikulud ületaksid tunduvalt õiguse väärtust. Sellele otstarbekuse argumentile lisandub õigluse argument. Kõigilt abi mittevajajatelt sama toetuse nõudmine oleks ebaõiglane, sest abi mittevajajate klassi piires võib esineda sooritusvõime olulisi erinevusi. Lisanduv ebaõiglus oleks vältimatu, kui iga abivajaja tohiks välja valida abi mittevajaja, kes peab talle maksma elatus-

²¹ Kognitsiooniargument on võimalik siduda rakendusargumentiga, kuna vaidlus inimõiguste sisu üle võib kergesti olla nende mittejärgimise ajendiks. Mõlema argumenti seose kohta vt I. Kant (viide 9), lk 312.

miinimumi. Siis võib juhtuda, et mõne abi mittevajaja kasuks langetavad valiku paljud, mõne teise kasuks aga mitte ükski abivajaja. Kui aga anda abi mittevajajale, kes on juba ühele abivajajale maksnud elatusmiinimumi, teiste abivajajate suhtes täitmisest keeldumise õigus, tekiks taas otstarbekuse probleem. Abivajajad peaksid alustama vaevalist abi mittevajaja otsingut, et leida keegi, kellel ei ole veel keeldumise õigust. Organisatsiooni puudumise tõttu oleks paljudel juhtudel tegemist lõputu otsinguga. Abivajajate valimise ja makse suuruse kindlaksmääramise jätmine abi mittevajajate hooleks ei oleks väljapääs. See kõrvaldaks õiguse elatusmiinimumile kui õiguse ning muudaks asja halastuse, suuremeelsuse ja tarkuse küsimuseks.

Sellest kõigest oleks ebaõige järeldada, et adressaadina võiks kõne alla tulla ainult riik. Kõigepealt vastutavad vanemad ja lähedased ning võib-olla ka muud väiksemad kogukonnad.²² Kui need aga ära langevad, saab adressaadina kõne alla tulla ainult kõigile ühine rakendusamet, st riik. Ent riik eksisteerib üksnes õiguslikus vormis organisatsioonina. Seega peavad õigus ja riik olema olema juba teatud adressaatide vastu suunatud ja selles mõttes täielikult väljakujundatud abi saamise õiguste olemasolu põhjendamiseks, mitte alles nende teostamiseks. Sama kehtib kaitseõiguste kohta.

Siinkohal ei ole kavas käsitleda küsimust, mida teha, kui riik, kuhu abivajaja kuulub, ei soovi või ei suuda abi osutada. Kas siis on teistel riikidel kohustus aidata? Igal juhul näib olevat selge, et kui sellistes olukordades on teistel riikidel kohustused, tekib taas organisatsiooniprobleem. Kui abivajajal on oma riigi tõrke tõttu õigus saada abi teistelt riikidelt, ei ole tal siiski õigust oma abistajat vabalt valida. Kui teiste riikide abistamiskohustused on olemas, on abikontingendi jaotamine kõne alla tulevate abistajate vahel koorma õiglase jagamise ning sellisena jaotava õigluse probleem, mille peab lahendama õiguslikus vormis organisatsioon.

2. Demokraatliku põhiseadusriigi vajalikkus

Rakendamise, kognitsiooni ja organisatsiooni argumenti tulemus, st õiguse ja riigi vajalikkus, on iseäralikus kontrastis kogemusega, et miski ei saa inimõigusi sel määral ohustada kui riik, mistõttu on inimõigused põhilises osas isiku tõrjeõigused riigi vastu. See kahetine olemus viib demokraatliku põhiseadusriigi vajalikkuseni. Demokraatlik põhiseadusriik hõlmab formaalse ja demokraatliku

²² E. Tugendhat (viide 15), lk 355 jj.

õigusriigi põhimõtted. Alustan seetõttu ajalooliselt kõige varasema ja süstemaatilisel elementaarsema vormi, formaalse õigusriigiga, liigun seejärel edasi demokraatliku õigusriigi ja lõpuks demokraatliku põhiseadusriigi juurde.

(a) Formaalne õigusriik. – Inimõiguste tõeline muundamine mõne riigi õiguseks esineb ainult juhul, kui neil on seal siduva õiguse jõud. Seda ei esine, kui inimõigused jäävad juhtiva poliitilise jõu käsutusse. Selle vältimiseks vajalik tingimus on võimude lahusus. Kui tagatud ei oleks isegi kohtute sõltumatus ega halduse seaduslikkus, sõltuks kõik täielikult nende jõudude poliitilisest tahtest, kellele lisaks seadusandlikule võimule alluvad ka kohtu- ja täitevvõim. Kogemused näitavad, et inimõiguste mõju on sellistes riikides väike või sootuks olematu. Valitsevad jõud võivad neid olenevalt poliitilisest otstarbekusest meelevaldselt võimaldada ja uuesti tagasi võtta. Tüüpiline on sellistel puhkudel „sulailma“ ja „jääaja“ vaheldumine. Sellistes tingimustes ei suuda inimõigused ilmutada poliitikat õigusega siduvat jõudu. Seega on võimude lahusus prioriteedi postulaadile vastava ja selles mõttes tõelise inimõiguste õiguseks muundamise vajalik tingimus.²³ Teadmine selle kohta on vana. On iseloomulik, et vanimas inimõiguste deklaratsioonis, milleks on 12. juuni 1776. a *Virginia Bill of Rights*, on riigikorralduslik võimude lahususe põhimõte selge sõnaga kajastatud: „Riigi seadusandlik ja täidesaatev võim peavad olema kohtusüsteemist eraldatud ja eraldi seisvad.“²⁴

(b) Demokraatlik õigusriik. – Niivõrd möödapääsmatu, kui on inimõiguste institutsionaliseerimiseks võimude lahusus, niivõrd ebapiisav on see eesmärgi saavutamiseks. Seadusandlusele ei ole üksnes võimude lahususe kaudu määratletud formaalses õigusriigis seatud muid piiranguid kui see, et kohtuvõimu sõltumatust ja halduse seaduslikkust ei tohi kõrvaldada. Seadusandlik võim ei ole õiguslikult inimõigustega seotud.

Klassikaline vahend sellise siduvuse saavutamiseks on inimõiguste lisamine põhiseadusse. Inimõigused muutuvad seejuures põhiõigusteks. Seeläbi ei saavuta

nad mitte ainult õiguslikku kehtivust, vaid ka põhiseaduse järgu. Nende sisu jääb samaks. Nende struktuuris tekib siiski muutus. Põhiõigused on õigused riigi vastu, samas kui inimõigused on ka õigused teiste inimeste vastu. See struktuuri muutus on siiski vähem sügav, kui esmapilgul võib tunduda. Seda näitab diskussioon põhiõiguste kolmikmõju üle. Selle diskussiooni esemeks on küsimus, kas ja mil määral mõjutavad põhiõigused kui isiku õigused riigi suhtes ühe isiku suhteid teise isikuga (st kolmanda isikuga).²⁵ Sellised mõjud on olemas, mida kinnitavad kõige selgemini riigi kaitsekohustused. Riigi põhiõiguslikud kaitsekohustused²⁶ ei jää oma ulatuselt alla inimõigustest tulenevatele kohustustele hoiduda tegevusest. Seega ei kao inimõiguste mõju isikutevahelistes suhetes pärast nende muundamist põhiõigusteks. Tekib ainult juriidiline konstruktsiooniprobleem.

Põhiseadus, mis ei sisalda põhiõigustena kõiki inimõigusi, ei ole legitiimne. Lisaks võib põhiseadus anda rohkem põhiõigusi, kui inimõigused nõuavad. Inimõigustega nõutud ja täiendavate põhiõiguste probleemid on riigivõimu seotust ja nimetatud seotuse järelevalvet puudutavas osas põhiolemuselt ühesugused. Seetõttu võib edaspidi inimõiguste asemel rääkida ka põhiõigustest.

Põhiõiguste lisamisest põhiseadusse ei piisa. Otsustav küsimus on, kes teostab järelevalvet selle üle, kas seadusandja järgib põhiõigusi. Põhimõttelisi vastuseid on kaks: demokraatlik protsess või põhiseaduskohus.

Igäüks, kes pooldab, et seadusandja ainus kontrollija on demokraatlik protsess, pooldab **demokraatlikku õigusriiki**. Seevastu see, kes taotleb lisaks põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalvet, kaitseb **demokraatlikku põhiseadusriiki**.²⁷ Demokraatlik õigusriik ja demokraatlik põhiseadusriik ei ole omavahel rangelt alternatiivses suhtes, vaid nad täiendavad teineteist vastastikku. Minu tees demokraatliku õigusriigi kohta kõlab, et nii see kui ka formaalne õigusriik on inimõiguste institutsionaliseerimise vajalikud tingimused, kuid kummastki selleks ei piisa. Et tekiks demokraatlik põhiseadusriik, tuleb neid täiendada põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalvega.

Demokraatlik õigusriik ei ole midagi muud kui formaalse õigusriigi ühendamine demokraatiaga. Inimõiguste seisukohast saab demokraatia ja seega

²³ M. Kriele. Menschenrechte und Gewaltenteilung. – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 33 (1988), lk 22 jj.

²⁴ Virginia Bill of Rights, Sec. 5: „That the legislative and executive powers of the State should be separate and distinct from the judiciary.“ Viidatud F. Hartung, G. Commichau. Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart. 5. Aufl. Göttingen, Zürich 1972, lk 52 järgi.

²⁵ R. Alexy (viide 1), lk 480.

²⁶ J. Isensee. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. – Handbuch des Staatsrechts. Bd. 5. J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.). Heidelberg 1992, § 111 äärenr 77 jj.

²⁷ H. H. Klein. Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsstruktur. – Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik. Festschrift für Franz Klein. P. Kirchhof, K. Offerhaus, H. Schöberle (Hrsg.). Köln 1994, lk 514.

ka demokraatliku õigusriigi vajalikkust põhjendada kahe argumendiga: autonoomia ja õigsusega.

Autonoomia on fundamentaalne inimõigustega seotud hüve (sks *Gut*).²⁸ Sellel on kaks mõõdet: era ja avalik autonoomia. Eraautonoomia seisneb individuaalse valiku tegemises ja isikliku hüve kontseptsiooni realiseerimises. Avaliku autonoomia ese on üheskoos teistega tehtav valik ning õigluse ja hüve poliitilise kontseptsiooni realiseerimine. Kui tahetakse inimõiguste puhul piirduda privaatautonoomiaga, siis toimuks üksikisiku enesemääramine ainult täielikult teiste poolt kehtestatud seaduste raames. See oleks aga vastuolus autonoomia ideega. Kui autonoomia mistahes aspekti saab õigustada, ei saa sellist piirangut põhjendada. Autonoomiat ei saa jagada. Võib küll esineda poliitilisi olukordi, kus inimene peab taluma mittetäielikku autonoomiat; mida aga ei ole, on mõjuvad põhjused, et selline olukord säiliks. Seega on õigus osaleda riikliku tahte kujundamise protsessis inimõigus. See inimõigus, mis koosneb poliitilistest põhiõigustest, ulatudes väljendus-, koosoleku-, ühinemis- ja ajakirjandusvabadusest kuni õiguseni üldistele, otsestele, vabadele, ühetaolitele ja salajastele valimistele, tuleb muundada põhiseaduslikku järku positiivseks õiguseks. Kui neid õigusi kasutatakse ja tagatakse, valitseb demokraatia.

Teine argument on seotud seadusandluse õigsusega. Inimõigusi rikkuvad seadused on ebaõiged seadused. Kui inimõigused on olemas, siis kehtib nõue, et neid ei tohi rikkuda. Selles sisaldub ka nõue mitte vastu võtta selles tähenduses ebaõigeid seadusi. Õigsuse mõiste ühendab seega inimõiguste mõiste demokraatia mõistega eeldusel, et demokraatia ja õigsuse vahel on seos. Selline seos on olemas, kui esiteks mõistetakse demokraatia all deliberatiivset ehk arutlevat demokraatiat või diskursiivset riigivormi²⁹ ja teiseks, kui diskursuste ja õigsuse vahel on seos.³⁰

(c) Demokraatlik põhiseadusriik. – Demokraatia, autonoomia ja õigsuse visandatud seost silmas pidades võiks arvata, et demokraatliku õigusriigiga on inimõiguste institutsionaliseerimine riiklikul tasandil lõpule viidud. Kas see peab paika, sõltub sellest, millisest demokraatia mõistest lähtutakse: ideaalsest või reaalsest. **Ideaalses** demokraatias jõustuvad ainult sellised seadused, mis on diskursiivses

õigusloomeprotsessis **tegelikult** saanud kõigi puudutatud isikute heakskiidu. Kuna ideaalmudel on nõusolek diskursiivselt õilistatud ja seetõttu ratsionaalne enesemääramine, ei saa ükski seadus ühtegi põhiõigust rikkuda. Ideaalne demokraatia läheneb ideaalsele diskursusele sedavõrd, et inimõigused pälvivad nii ühes kui ka teises kõigi nõusoleku ja neid rikkuv seadus muutub diskursiivselt võimatuks. Õiguse adressaatide samasus õiguse autoritega, millest Habermas nii sageli räägib³¹, oleks selles mudelis täielikult saavutatud. Demokraatia oleks inim- ja põhiõiguste täiuslik tagatis. Kõik pinged põhiõiguste ja demokraatia vahel oleksid kõrvaldatud. Põhiõigused ja demokraatia oleksid tingimusteta lepitud. Selle kõige hind oleks aga kõrge ja seisneks täielikus idealiseerimises. See, kes soovib institutsionaliseerimist ja inimõiguste realiseerimist sellises maailmas, nagu see tegelikult on, ei ole võimeline sellist hinda maksma.

Mis tahes **reaalses** demokraatias tekib kohe pinge põhiõiguste ja demokraatia vahel. Põhiõigused mängivad selles kahesugust rolli. Ühelt poolt on need demokraatliku protsessi eeltingimused, teiselt poolt piiravad aga seadusandjat, sidudes demokraatlikult legitimeeritud enamuse otsustusõigust.³² See võib olla legitiimne, kui osutub õigeks, et ka demokraatlikku seadusandjat ei saa piiramatult usaldada. Ajalugu õpetab, et piiramatuks usalduseks pole põhjust. Enamuspõhimõtte kujutab endast püsivat ohtu alalistele, raskesti organiseeruvatele ja ühiskonna ääre- poolsetele vähemustele. Võim ja raha võivad moonutada poliitilist protsessi ja asendada ratsionaalse argumenteerimise teel saavutatavaid kompromisse. Poliitiline avalikkus võib kogeda murenemise, uimasuse ja allakäigu perioode. Reaalne demokraatlik protsess kui selline ei taga seega piisavalt inim- ega põhiõigusi.

Niisiis osutub vajalikuks ka seadusandja põhiõigustega seotuse institutsionaliseerimine. Kõne alla tuleb kas seadusandja enesekontroll, mis võib olla korraldatud enam või vähem kohtu sarnaselt³³, või põhiseaduslikkuse kohtulik järelevalve. Enesekontrolli vastu räägib see, et keegi ei tohiks olla kohtunik omas asjas. Kui eesmärk on tõepoolest kontrollida seadusandja seotust põhiõigustega, on põhiseaduslikkuse kohtulik järelevalve mõõdapääsmatu.

²⁸ R. Alexy (viide 8), lk 148 jj.

²⁹ M. Kriele. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen 1979, lk 31: „Staatsform der Diskussion“.

³⁰ Selle kohta põhjalikumalt vt R. Alexy. *Grundgesetz und Diskurstheorie. – Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*. W. Brugger (Hrsg.). Baden-Baden 1996, lk 315 jj.

³¹ J. Habermas. *Faktizität und Geltung*. 4. Aufl. Frankfurt am Main 1994, lk 52, 135, 153, 160, 492 ja 503.

³² R. Alexy (viide 1), lk 407.

³³ J. Habermas (viide 31), lk 295 jj.

See, et ainult põhiseaduslikkuse kohtulik järelevalve on tõeline järelevalve, ei tähenda veel seda, et järelevalveprobleemile on lahendus leitud. Põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve puudused võivad osutuda suuremateks kui selle kaudu saavutatavad demokraatliku protsessi kontrollimise eelised. Puuduseks on põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve paternalismi kaldumise oht³⁴, mille tagajärjeks võib olla „üleminek parlamentaarselt seadusandlusriigilt põhiseaduskohtulikule jurisdiktsiooniriigile“³⁵.

Neid ohte saab vältida üksnes põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve demokraatliku protsessiga õnnestunud loimimise abil. See eeldab esiteks, et põhiseaduskohus mõistab end poliitilist protsessi reflekteeriva instantsina, ja teiseks, et seda ka tegelikult sellisena aktsepteeritakse. Põhiseaduskohus, mis astub inim- ja põhiõiguslike argumentidega vastu poliitilise protsessi tulemusele, mõistab end poliitilist protsessi reflekteeriva instantsina, kui ei pane lihtsalt **negatiivselt** maksma, et see on inim- ja põhiõiguslike mõõdikute järgi läbi kukkunud, vaid taotleb ka **positiivselt** isikute nõustumist kohtu argumentidega eeldusel, et nood on valmis osalema ratsionaalses põhiseadusõiguse diskursuses. Põhiseaduskohut aktsepteeritakse poliitilist protsessi reflekteeriva instantsina, kui kohtu argumentid leiavad avalikkuses ja poliitilistes institutsioonides vastukaja, tuues endaga kaasa mõttevahetusi ja diskussioone, mille tulemuseks on mõtestatud veendumused. Kui avalikkuse, seadusandja ja põhiseaduskohtu vaheline reflektatsiooniprotsess püsivalt stabiliseerub, võib rääkida inimõiguste edukast institutsionaliseerimisest demokraatlikus põhiseadusriigis.

³⁴ Samas, lk 323.

³⁵ E.-W. Böckenförde. Staat, Verfassung, Demokratie. Frankfurt am Main 1991, lk 190: „Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“.

E. W. Böckenförde. Demokraatia ja esindus. Tänapäevase demokraatiadiskussiooni kriitika. – Riigiõiguse aastaraamat 1/2020, lk 165–186

Demokraatia ja esindus. Tänapäevase demokraatiadiskussiooni kriitika*

ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE

Tõlkinud Kaire Kliimask ja Marju Luts-Sootak

Kokkuvõte. Ernst Wolfgang Böckenförde näitab oma artiklis, kuidas väidetav otse-demokraatia ei ole kunagi otsene rahva osalus riigivõimu teostamises, vaid alati üksnes mingi väiksema huvigrupi algatus ja huvide teostamine. Nii tuleb esindust pidada demokraatia paratamatult vajalikuks elemendiks. Igatahes eeldab demokraatia püsimiseks ja toimimiseks vajalik esindus, et esindajad võtaksid esindatavate seisukohti ja soove tõsiselt ning täidaksid oma ülesandeid mitte kitsalt iseenda või oma selja taga seisva huvigrupi, vaid üldise hüvangu saavutamiseks.

Märksõnad: demokraatiateooria, otsedemokraatia kriitika, esindusdemokraatia legitimeerimise eeldused, *volonté générale*

Demokraatia teaduslikul käsitlemisel ei peaks rõhuasetus olema inimõigustel, nagu seda tänapäeval mõnikord võib näha, vaid demokraatiale peaks lähenema tegelikust uurival ja seda arvestaval analüütilis-teoreetilisel viisil. Alljärgnev püüab seda teoks teha. Alustuseks võetakse ette demokraatia teooria traditsiooniline valupunkt, nimelt küsimus, milline on demokraatia ja esindamise suhe. Kas esindamine, mis osutub demokraatias hädavajalikuks, on hoopis demokraatia puudus või sootuks vastupidi: kas võib olla, et esindamine, demokraatlik esindamine ongi realiseeritud demokraatia vältimatu ja loovutamatu element? Kas demokraatia kui riigi- ja valitsemisvorm saabki ehk oma legitimeerimise alles esinduse olemasolust?

* E.-W. Böckenförde. Demokratie und Repräsentation. Zur Kritik der heutigen Demokratie-diskussion. – Schriftenreihe der niedersächsischen Landeszentrale für politische Bildung: Grundfragen der Demokratie. Folge 4. Hannover 1983.

Ma tahan esimeses osas rääkida demokraatia olemusest ja mõistest (A), teises osas esindusest demokraatias (B) ja lõpuks teha kolmandas osas mõned märkused demokraatliku esindamise raskuste kohta meie ajal (C).

A

I. Küsimus demokraatia olemuse kohta

Küsimusele demokraatia olemuse kohta on olemas päris levinud vastus: demokraatia tähendab oma tuumas rahva valitsemist tema enda poolt ja seda, et rahvas otsustab ise oma asjade üle. Demokraatia puhul peavad otsustama kodanikud, rahvas ise, ja mitte keegi teine, kes seisab nõ rahva vastas või kellel on rahva suhtes mingi eriline autoriteet. Tegelikult, täiusliku demokraatiana tundub **vahetu** demokraatia, valitsejate ja valitsetavate ühtsus või identsus. Kurt Eichenberger konstateerib, et demokraatia selline käsitlus on kõige levinum ja määravam ka Šveitsis: „Tõelise, ehtsa, tubli, püüdlemisväärse riigivormina tundus ja tundub nii nn tavalisele inimesele [...] kui ka paljudele ametnikele ja mõne akadeemilise distsipliiniga jaoks otsene demokraatia. Carl Schmitti demokraatia valem – valitsejate ja valitsetavate identsus – oleks nagu maha kirjutatud 19.-20. sajandi keskmise šveitslase tundeilmast.“¹

On terve rida pidepunkte, mis annavad sellele käsitusele otsesest, vahetust demokraatiast kui demokraatia ehtsast vormist lisaks selle reaalsele levikule ka teoreetilist usutavust ja legitiimsust. Olgu siin välja toodud neist pidepunktidest kolm olulisemat.

1. Pärimus Ateena demokraatia iseloomust 5. ja 4. sajandil eKr selle nimetatud klassikalisel ajastul. Selle pärimuse kohaselt otsustasid Ateenas kõiki olulisi küsimusi kõik täieõiguslikud kodanikud ühiselt rahva koosolekul; poliitiline valitsusvõim oli otsedemokraatiale kohaselt nende endi kätes.²

¹ K. Eichenberger. *Der Staat der Gegenwart*. Basel, Frankfurt am Main 1980, lk 96.

² Ateena demokraatia kirjeldust vt nt H. Kurz. *Volkssouveränität und Volksrepräsentation*. Köln *et al.* 1965, lk 28 jj. Atika rahvastiku koosseisu kohta, kellest kõige rohkem kolmandik kuni neljandik olid täieõiguslikud kodanikud, vt V. Ehrenberg. *Der Staat der Griechen*. 2. Aufl. Zürich, Stuttgart 1965, lk 37 jj; T. Tarkiaainen. *Die athenische Demokratie*. München 1972, lk 48 jj, 51 jj, 53 jj.

2. Nüüdisaegse demokraatia ühe põhistaja Jean-Jacques Rousseau tees, et rahvale võõrandamatuna kuuluvat suveräänsust ei ole võimalik delegeerida. Rousseau kuulutas rahvasuveräänsuse nii võõrandamatuks kui ka esindamatuks.³
3. 1871. aasta Pariisi kommuun, nagu Karl Marx seda kirjeldas – realiseerunud näitena rahva vahetust demokraatlikust iseenda valitsemisest. Kommuun ei olnud Marxil juba varem olemas olnud riigivõimu revolutsioonilise muutmise protsess, mis jääb ka muudetuna iseenesest püsima, vaid revolutsioon riigi kui sellise vastu, et purustada „see klassivõimu jäletu masinavärk“ ja asendada see rahva poolt iseenda vahetu valitsemisega, valitsejate ja valitsetavate identsusega.⁴

Need pidepunktid legitimeerivad ja põhistavad ühte demokraatia mõistet, mille kohaselt demokraatia olemus seisneb eneseküllase rahva poolt iseenda vahetus valitsemises, mitte rahvast pärinevate ja iseseisvalt tegutsevate juhtorganite konstitueerimises, mis tegutsevad rahva jaoks ja rahvana, samas rahva ees vastutades. Sellise demokraatia mõiste järgi saab vahendlik, esindusdemokraatia olla õigustatud üksnes faktilis-tehniliste tingimuste tõttu: tänapäeva poliitiliste ühenduste ruumiline avarus ja nende elanike suur hulk muudavad selle vältimatuks. Niisugusena tundub see demokraatia idee kõrval aga vähem väärtuslikuna, „teise teena“, mille puhul ei jää varjule ehtsa demokraatia puudumine. Sellel mõtteviisil on tagajärjed ka vahendliku ehk esindusdemokraatia kontseptsiooni jaoks: kui siin leidub vahetu demokraatia elemente, siis neile omistatakse suurem legitiimsus, need on „demokraatlikumad“ kui esindus. Kui esindust ja vahendlikkust ei saagi lõpuni vältida, siis tuleks neid ikkagi lubada ja kasutada võimalikult vähesel määral.

Sellisest demokraatiamõistest lähtub tänapäeval nn alusdemokraatia liikumine. Demokraatia tähendab selle liikumise jaoks altpoolt alguse saanud osalust, üksikisikute osalemist kõikides otsustes, mis neid puudutavad (puudutatute põhisisus). Selles nähakse samal ajal võimuprobleemi lahendamise viisi, nimelt

³ J.-J. Rousseau. *Du Contrat social*. III raamat, 15. ptk (eestikeelses tõlkes J.-J. Rousseau. *Ühiskondlikust lepingust ehk riigioiguse põhiprintsiibid*. Tallinn 1998, lk 130 jj „Saadikutest ehk esindajatest“ – *tlk*).

⁴ K. Marx. *Erster Entwurf zum „Bürgerkrieg in Frankreich*. – K. Marx, F. Engels. *Werke*. Bd. 17. Berlin (Ost) 1962, lk 541 jj; K. Marx. *Der Bürgerkrieg in Frankreich*. – Samas, lk 338 jj.

eneseületamise ja lõpuks võimu kaotamise tähenduses. Tegemist on „kõikide kodanike (puudutatud isikute) osalemisega diskussioonis, lahendatava probleemi otsustamise protsessis“⁵, mis seeläbi kaotab oma olemuse rahvast (puudutatutest) eraldiseisva võimu teostamise vahendina.

II. Vahetu osalusdemokraatia kontseptsiooni kriitika

Alljärgnevalt seatakse kriitiliselt kahtluse alla siin ülal just lühidalt kirjeldatud demokraatia kontseptsioon. See kriitika lähtub teesist, et vahetu demokraatia kui demokraatia ehtsa vormi ettekujutusest kujundatakse demokraatia mõiste, mis on irreaalne – mitte ainult pragmaatilises tähenduses, sest seda ei ole võimalik teostada praktilises poliitikas, vaid see kontseptsioon on irreaalne ka teoreetilises tähenduses. See tees kõlab pretensioonikalt ning vajab põhjendamist.

1. Esimene põhjendus seondub rahva tahte väljendamise ja teostamise tingimuste analüüsiga. Kui me räägime rahva tahtest, tekib alati küsimus, on see üldse reaalselt olemas või on tegemist hoopis fiktsiooniga. Kas rahva tahtest saab rääkida mõnes muus tähenduses kui pelgalt kokkuvõtten nimetus suure hulga üksikute tahete kohta, mis jäävad tegelikkuses oma ainulisuses püsima? Kogemus kinnitab, et selline asi nagu rahva tahe on täiesti olemas ja seda saab väljendada reaalse suurusena, ka reaalse poliitilise suurusena. Ometi ei eksisteeri ta seejuures vaba ja sõltumatuna üksiktahetest. Rahva tahe ilmneb näiteks selles, kuidas määratlemata hulganähtena koos elavad inimesed tahavad moodustada ühe rahva, ühise riigi, kujundada ja korrastada oma poliitilisi ja ühiskondlikke elutingimusi.⁶ Aga rahva tahtel on oma eriline omapära. See omapära seisneb asjaolus, et rahva tahe on iseenesest vormimata, difuusne, vajab veel vormimist. Ta sisaldab eneses potentsiaalseid **võimalusi**, aga üksnes ja ainult konkreetse iseolemise võimalusi, mis alles vajavad tegelikult muutmist. Tema tegelikult saamine sõltub sellest, kas tema järele päritakse, ning tema konkreetse realiseerimise suuna ja liigi määrab ära see, kes ja millisel viisil tema järele pärib, piltlikult öeldes: paneb ta kõnelema. Rahva tahe ei eksisteeri nagu juba iseeneses valmisolev teadmus, mis vajab vaid päringu tegemist, pigem kutsutakse ta alati tema konkreetsetes

määratletuses esile ja muudetakse tegelikult just pärimise ja küsitlemise peale, mis omakorda on juba ette kuidagi kujundatud. Rahva konkreetseks saanud, aktualiseerunud tahtel on alati ja paratamatult vastuse iseloom.⁷

Selgeim näide selle kohta on referendum. Referendumil kutsutakse rahvast üles tegema siduv otsus, aga otsustada tuleb küsimuse üle, mis on rahvale ette antud väljastpoolt, mingi teise instantsi poolt. Selle küsimuse sisule ja formuleeringule ei ole rahval oma vahetus osaluses mingit mõju ning ta saab esitatud küsimusele vastata ainult kas „jah“ või „ei“. Referendumi puhul on otsustava tähtsusega küsimuse esitamise õigus: kellel on õigus rahvale küsimus esitada, millisel alusel ja ajal ta seda teha võib ning kuidas ta selle võib formuleerida.⁸ Küsimisest ja küsimuse asetusest ei sõltu ainult referendum tulemus. Vastupidi levinud arvamusele kehtib see samamoodi ka rahvaalgatuse puhul. Rahvaalgatus sõltub iga kord selle käivitaja initsiatiivist. Tema määrab rahvaalgatuse küsimuse. See päris algatus on alati väheste asi, olgu siis tegemist üksikisiku või grupiga. Erinevus referendumist seisneb vaid selles, et rahvaalgatuse puhul on õigus küsimust püstitada vaba ja kuulub kõigile, mitte üksnes teatavale piiratud hulgale isikutele või mõnele riiklikule organile. Lubades rahvaalgatust, antakse niisiis päris oluline potentsiaal poliitiline võimupositsioon mingile hulgale kodanikele või ühiskondlikele gruppidele. Selle kohta leiab palju näiteid referendumidemokraatia praktikast Šveitsis.⁹

2. Teine põhjendus puudutab demokraatia pluralismi teooria tulemusi ja sellega kaasnenud diskussiooni, mida on peetud eelkõige Ameerika Ühendriikides.¹⁰ Demokraatia pluralismi teooria lähtealuseks ja mudelettekujutuseks on huvitatute üldine osalus ja huvide relevantsus poliitilise tahte kujundamise protsessis – mis lõpuks vastab otsedemokraatia lähtekohale. Empiirilised vaatlused ja analüüsid viisid aga selge eliidiga struktuuri tuvastamiseni: ainult teatav eliit

⁷ Samas, lk 26.

⁸ W. Weber. *Mittelbare und unmittelbare Demokratie* (1959). – W. Weber. *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*. 3. Aufl. Berlin 1970, lk 185 jj. „Referendum on alati vastus küsimusele. Selle vastuse sisu sõltub täiesti sellest, millistel asjaoludel, millise teema kohta ja millise formuleeringuga rahvale küsimus esitatakse. Sellest tuleneb, et referendum korraldamise, selle ajahetke, selle teema ja selle formuleeringu otsustamine kuulub konkreetsel juhul ülimate põhiseaduslike funktsioonide hulka.“

⁹ Vt selle kohta nt L. Neidhart. *Plebizit und pluralitäre Demokratie*. Bern 1970; J.-F. Aubert. *Le référendum populaire dans la révision totale de 1872/74*. – *Revue de droit suisse* 1974, vol. 93 N° I, lk 431; K. Eichenberger (viide 1), lk 103 jj.

¹⁰ F. W. Scharpf. *Demokratiethorie zwischen Utopie und Anpassung*. 2. Aufl. Kronberg 1975, lk 29 jj koos edasiste viidetega.

⁵ W. Euchner. *Demokratiethoretische Aspekte der politischen Ideengeschichte*. – *Politikwissenschaft*. Hrsg. von G. Kress, D. Senghaas. Frankfurt am Main 1969, lk 45.

⁶ E. Kaufmann. *Zur Problematik des Volkswillens*. Berlin 1931, uuesti avaldatud väljaandes: *Grundprobleme der Demokratie*. Hrsg. von U. Matz. Wege der Forschung, Bd. 141. Darmstadt 1973, lk 22 jj.

kasutab olemasolevaid osalusvõimalusi ning väljendab seejuures iseenda kitsamaid huve. Seetõttu saavad need poliitilises protsessis eelisseisundi. Selline protsess toimib väiksema kommuuni tasandil niisamuti kui riigis.¹¹

Põhjust pole raske ära tunda. Üldise poliitilise osalusraami täitmiseks on vaja algatust; see aga ei lähtu igalt inimeselt, vaid algatuse kandjalt, kes ühinevad esindavateks juhtorganiteks ning saavad oma küsimusele vajaliku tagasiside. Just niimoodi, aga ka ainult niimoodi toimub huvide demokraatlik organiseerimine. Järgmine äratundmine seisneb selles, et üldise poliitilise osalusraami täitmine pluralistlike huvidega ja ärakasutamine kirjeldatud viisil toob endaga kaasa poliitilise tahtekujunduse **segmenteerumise**.¹² Kui moodustunud huvigrupid on poliitilise tahte kujundamisel määravateks ja konstitueerivateks teguriteks, puudub poliitilises protsessis koht fundamentaalsete konfliktide lahendamisele. Need surutakse alla või tõrjutakse kõrvale, sest saavad väljendumisvõimaluse vaid kõikide kodanike kaasamise korral. Kodanike üldine kaasamine satuks aga vastuollu iga spetsiifilise huvi väljendamise ja selle huvi üle vaidlemisega ning purustaks elitaarsete huvigruppide süsteemi. Ka sellele tähelepanekule on olemas mõistetav selgitus. Fundamentaalse konfliktide väljendamine, milles osalevad kõik, ei toimu samuti iseenesest. Ka selleks on vaja juhtorganeid, kes tõstatavad ning formuleerivad diskuteeritava küsimuse, mille kohta saab langetada otsuse. Huvide pluralismile rajatud poliitilises osalusraamis on sellega aga omad raskused. Tegelemine fundamentaalsete konfliktidega ei vasta ühele või teisele spetsiifilisele huvile, pigem on see kõikide nende huvide suhtes risti vastupidine ning poliitilise väljendusvalmiduse potentsiaal on arutus erinevate huvide üle suuresti juba absorbeerunud või ammendunud.

Küsimine nende asjaolude põhjuse järele viis empiirilisel tõestatud tulemuseni, et poliitilise osalemise huvi ei ole kodanike jaoks fundamentaalne sellisel viisil, et osutuks kõigist teistest huvidest olulisemaks ja esmasemaks. Pigem konkureerib poliitiline osalemishuvi üksikisiku kõigi teiste huvidega ning just see konkurentsiolukord on poliitilise osalemishuvi jaoks fundamentaalse tähendusega.¹³ Üksikisiku elu ei ole pühendatud poliitilisele osalemisele. Erinevalt ehk Ateena demokraatiast, mille kodanikel kui isandatel olid orjad ja teenijad, ei ole poliitiline osalus tänapäeval kodanike jaoks isegi mitte olulisem muudest huvidest.

¹¹ Selle olulise tulemuseni jõuti demokraatia pluralismi teooria raames, vt R. A. Dahl. *Who Governs? Democracy and Power in an American City*. New Haven 1961.

¹² F. W. Scharpf (viide 10), lk 48 jj.

¹³ Selle kohta rohkem vt samas, lk 57 jj.

Poliitiline aktiivsus ja sellega kaasnev kaasamine on seetõttu nagu iseenesest vähemuse asi. Eelkõige kehtib see igapäevase poliitilise tegevuse kohta, ehkki selle mõju ja tähtsus üha kasvavad. Siia lisandub eesseisvate otsuste üha suurem hulk ja otsustamise keerukuse kasv – needki tingivad kumbki omalt poolt poliitilise osalemise üha professionaalsemaks muutumise.

Ka siit tuleneb oluline järeldus. Üksikisikute üldise poliitilise osalemise võimaluse postulaat, niisamuti sellele vastavalt kujundatud põhikorraraamistik näivad väljapoole ja normatiivselt vaadates küll omavat otsedemokraatia iseloomu, tegelikus poliitikas õigustatakse sellega aga aktiivsete vähemuste poliitiliste võimu- ja mõjupositsioonide legitiimsust ja arenguruumi. Otsedemokraatia mantel pakub kattevarju esindusstruktuuridele, mis saavad seejuures toimida vabalt ja kontrollimatult.

3. Kolmanda põhjenduse eest võlgname tänu Hermann Hellerile.¹⁴ Tema analüüsis ühelt poolt ühiskondliku tegelikkuse reaalsel vormi ning teiselt poolt sotsiaalse ja poliitilise ühenduse olemust organiseeritud tegevus- ja mõjuüksusena. Heller on otsedemokraatia probleemi käsitlenud sotsiaalteaduslikult ja ka organisatsiooniteoreetiliselt ning taandanud selle oma alusteni.

Heller uuris sotsiaalsete ja poliitiliste ühenduste tekkimist ja püsijäämist inimkooslustes. Need ei teki ega püsi eraldi substantsidena ega ka paljalt subjektiivsete ettekujutustena, vaid üksnes mõju- ja tegevusüksustena. Nad teostavad end organisatsiooniliste protsesside kaudu: inimliku tegutsemise ja käitumise mitmesuguses ja -kordses koondumises, selle kindlaksmääratud suunas ning vastavas realiseerimises.¹⁵ Siit kasvab välja tegevuste põimik, milles sagedased tegevused koonduvad ühtseks tegevusstruktuuriks ning sellest tekib toimeüksus, mis võib olla liigendatud. Kui sellist koondumist ega suundumust ühtseks tegevusstruktuuriks ei ole, siis jäävad eraldiseisvad, koordineerimatult teotsevad üksikisikud lihtsalt üksteise kõrvale tegutsema. Grupp kui piiritletud üksus tuleneb alles selgesuunalisest, omavahel seotud interaktsioonist. See kutsub esile, loob ja kannab edasi grupi kui tegevus- ja toimeüksuse ühtsuse.

Seda sidet aitab ette kujutada jalgpallimeeskonna või marsisammul liikuva sõjalise kompanii näide. Nii väljapoole paistev kui ka toimiv tegevusüksus moodustub ja tekib alles tänu ühtsele juhtimisele ja selle kaudu, mis võimaldab mitmete või paljude üksikisikute käitumist siduda ühtse eesmärgiga ja sellele suunata.

¹⁴ H. Heller. *Staatslehre*. 3. Aufl. Leyden 1971, lk 81 jj, 228 jj.

¹⁵ Samas, lk 83 jj, seoses riigiga lk 231.

Mõjuüksuste teokssaamine sellisel viisil sõltub omakorda ühe või mitme juhtiva organi olemasolust, mille ühendav ja organiseeriv funktsioon leiab väljenduse tekkinud mõjuüksuses.¹⁶ Selle funktsiooni täitmine ei ole juba olemasoleva mõjuüksuse väljund, pigem kutsutakse mõjuüksus kui kindlal viisil kujundatud, suunatud ja ühendatud mõjusuhe siin alles esile. Heller osutab õigesti asjaolule, et sellise tegevus- ja mõjuüksuse teokssaamiseks ei piisa isegi kõikidel osalejatel tõepoolest eksisteerivast ühtsustahtest, nn tahteühendusest.¹⁷ Selline ühtsustahe on veel vormimata. Et niisugune ühtsustahe võiks muutuda tegevusüksuseks, on lisaks vaja otsustusi plaanitava koondumise liigi ja eesmärgi kohta, ühiselt kantud ja ühiselt elluviidava sisulise suuna kohta ja seega teiste võimaluste välistamise kohta, samuti seejuures kasutatavate vahendite kohta.

Selle paratamatult vajaliku tegevuse juures toimivad juhtivad organid omal algatusel ja iseseisvalt. Nende tegutsemine võib olla ajendatud või ka soovitatud olemasolevast olukorrast ja sellest tulenevatest ülesannetest, paljude üksikisikute tahtest või ootustest. Konkreetse, sisuliselt määratletud algatusena, mis kutsub esile ja kannab edasi tahte koondumise ja mõjuüksuse, on see oma olemuselt loov akt, mitte juba paikapandu täideviimine või pelk rakendamine.¹⁸ See selgitab sotsiaalsete ja poliitiliste tegevusüksuste toimimisviisi ja tegelikkuses väljenduvat vormi paratamatult omapära: see on ikka ja jälle korduv, asja enese pärast vajalik küsimise ja vastamise, väheste tegevuse ja paljude heakskiidu või tagasilükkamise suhe.

Heller ise rakendas oma teooriat demokraatia kui riigi- ja valitsusvormi analüüsimisel. Tema „Riigiõpetuses“ on selle kohta märgitud: „Ka võrdsete sotsiaalsete võimalustega demokraatia tingimustes saab rahvas valitseda ainult valitsemisorganisatsiooni abil. Igal organisatsioonil on vaja aga autoriteeti ja kogu võimu teostamine allub väikeste arvude seadusele: need, kes viivad ellu organisatsiooniliselt ühendatud võimuambitsioone, peavad alati omama teatud määral otsustamisvabadust, mis ei ole demokraatlikult seotud.“¹⁹ Lisaks rõhutas ta, et see kehtib ühtviisi nii riigiaparaadi kui ka poliitiliste parteide võimustruktuuri kohta.

¹⁶ Samas, lk 88 jj, 230.

¹⁷ Samas, lk 89 jj.

¹⁸ Samas, lk 233

¹⁹ Samas, lk 247. Vt ka H. Heller. Politische Demokratie und soziale Homogenität (1928). – Grundprobleme der Demokratie (viide 6), lk 10.

III. Demokraatia kui riigivormi mõiste ja ülesehitus

Mis tuleneb nendest põhjendustest demokraatia mõiste ja tegelikkuse jaoks?

1. Esimene tulemus on võimalik kokku võtta nii, et demokraatia kui riigivormi mõistet ei saa sisustada vahetu demokraatiana. Igapäevane rahvahääletus (*plébiscite de tous les jours*) ei ole riigivorm (Carl Schmitt). Sellega muutuks mõistekujunduse lähtekohaks teaduslikus uurimises kindlaks tehtud ja tõendatud irrealsus ning moodustataks demokraatia mõiste, mille tuum ja tegelikult ka eesmärk oleksid algusest peale realiseerimatud. Iga tegelik demokraatia oleks sellise mõiste jaoks vigane, puudulik või koguni legitimeerimatu. Demokraatia nõuete permanentne mittetäitmine muutuks demokraatia mõiste paratamatuks osaks. Ma ei pea võimalikuks, et see saaks olla teadusliku mõistekujunduse idee.

Kui riigivormina on demokraatia poliitilise võimu ja võimu organisatsiooni vorm, siis peab ta igal juhul moodustama teatava otsustamis- ja mõjuüksuse ning kutsuma esile üksiktahete suhtelise ühtlustamise süsteemi.²⁰ Selleks on vältimatult vajalikud juhtivad ja iseseisvalt tegutsevad, selles mõttes representatiivsed organid. Need on demokraatliku võimuorganisatsiooni võimalikkuse paratamatud tingimused. Ja nimelt mitte alternatiivina või järeleandmisena faktilistele ruumilistehnilistele või arvulistele asjaoludele, vaid algupäraselt vajalikena. Poliitilise kogukonna demokraatliku organisatsiooni ülesandeks ei saa seega olla korraldustest sõltumatu juhtimisvõimu ja iseseisvalt tegutsevate esindajate kaotamine või nende tähtsuse piiramine vältimatu miinimumini – lähenemaks „ehtsale“ demokraatiale. Pigem seisneb ülesanne selles, et selline juhtimisvõim ja sellised esindajad peavad igal juhul jääma ja need tuleb vajadusel isegi püsivaks muuta, kuid allutada samas demokraatlikule legitimeerimisele ja demokraatliku tahtekujunduse avatud protsessile, samuti siduda vastutuse ja demokraatliku kontrolliga, et nende tegutsemine oleks ning ka saaks olla autoriseeritud tegutsemine rahva jaoks ja rahva nimel.²¹ Demokraatia mõiste peab sisaldama ja väljendama realiseeritavat kontseptsiooni demokraatlikust võimuorganisatsioonist ja võimu teostamisest, mis kaasab esindamise kui demokraatiat konstitueeriva elemendi, mitte lähtuma demokraatia tegelikkuse ja teostamistingimuste vastu olevast illusoorsest ja utoopilisest mõttemudelist.

²⁰ Samas.

²¹ Selle kohta vt ka Saksamaa Liitvabariigi parlamendi põhiseadusreformi uurimise komisjoni lõpparuannet: BT Drs. VII/5924 = Beratungen und Empfehlungen zur Verfassungsreform (I), Parlament und Regierung. Zur Sache 3/76, lk 49.

2. Riigivõimu realiseeritava demokraatliku organisatsiooni üksikud elemendid võib kokku võtta kolmes põhipunktis.²² Esiteks, iseseisvalt tegutsev juhtimis- ja otsustamisvõim peab olema pidevalt seotud rahvaga, st riigivõimu ja riigiametite õiguslikult legitiimne ülesehitus on alt üles.²³ Teiseks tuleb takistada esindajate iseseisvuse kasvamist suveräänse positsioonini, sest nende juhtimisvõim saab olla üksnes ametiga seotud ja õiguslikult piiratud volitus. Kolmandaks, esindajate juhtimis- ja otsustusvõim peab olema demokraatlikult korrigeeritav ja tasakaalustatud, olgu siis esindajate tagasikutsumise või rahva enda poolt tehtavate sisuliste otsuste kaudu. Rahva otsustel üksikutes sisulistes küsimustes rahvahääletuse kaudu on riigivõimu demokraatlikul korraldamisel kindlasti oma roll, ainult et mitte kogu konstruktsiooni aluspõhimõttena, vaid tasakaalustava ja korrigeeriva elemendina. Sellistena võib ja tulebki neid mõista demokraatliku põhikorra organisatsiooni osana.²⁴

Mis on siis riigikorra demokraatliku organisatsiooni teostatavuse ja riigivõimu seesuguse teostamise tulemus? Sellega pannakse alus riikliku tegevusüksuse toimimiseks paratamatult vajalike iseseisvate juhtimisorganite ja nende juhtimisvõimu juriidiliselt kujundatud, korduvalt ja pidevalt toimuvale **demokraatlikule autoriseerimisele**. Kuivõrd see autoriseerimine ei toimu vaid üks kord ja edaspidi ollakse igasugusest kontrollist vaba, nagu Thomas Hobbesi teoorias,²⁵ vaid pidevalt nii tagasikutsumise kui ka vastutuse kaudu, paneb see aluse omistamissuhte. Iseseisvad juhtimisorganid, mis on sellises vormis autoriseeritud, tegutsevad rahva nimel ja rahva jaoks, kujutavad endast rahvast, mis on organiseerunud poliitiliseks tegevusüksuseks. Selles tähenduses on nad rahva esindajad ja nii organiseeritud riigivõim on demokraatlik esinduslik riigivõim.

²² Selle kohta vt ka H. Heller (viide 19), lk 10 jj; M. Kriele. Einführung in die Staatslehre. 1975, lk 244 jj.

²³ Roman Herzog räägib tabavalt „demokraatliku legitimaatsiooniahela“ põhimõttest, vt T. Maunz, G. Dürig, R. Herzog, R. Scholz. Grundgesetz: Kommentar. München, art 20 äärenr 48 jj.

²⁴ See kehtib ka põhiseaduse kehtestamisel ja muutmisel. Oluline kriitika Saksa põhiseaduse reformi uurimise komisjoni lõpparuande kohta, millega peaks nõustuma ka selle komisjoni liige, käib asjaolu kohta, et erinevalt seadusandluse rahvahääletuslikest vormidest ei käsitletud selles aruandes üldse rahva osalemist põhiseaduse muutmisel.

²⁵ T. Hobbes (Leviathan, 17. ptk) riigi rajamise ja allutamise lepingu tuumast, mis seisneb selles, et „to appoint one Man, or Assembly of men, to beare their Person; and every one to owne, and acknowledge himself to be the Author of whatsoever he, that beares their Person, shall act or cause to be acted“ (artikli autori rõhutus). Vt ka H. Hofmann. Repräsentation. Berlin 1974, lk 382–392, eriti 386 jj.

B

Sellega tekib aga küsimus, kas niisuguse omistamissuhte loomisega teostub juba ka rahva sisuline esindamine riiklike juhtimisorganite tegevuses. Raske on ju vastu vaielda asjaolule, et mainitud legitimeerimistoimingute ja tagasisidesuhete teel loodud omistamissuhte võib muutuda paljaks, teatud määral alasti tahte delegerimiseks, ilma et selles avalduks püüd esitada ja panna maksma rahva tegelik tahe selle mitmekülguses, aga ka ühises siduvuses. Nii tekib põhimõtteline küsimus esindamise tähenduse kohta demokraatias kui realiseerunud rahvavõim.

I. Esindamise erinevad mõisted

Sellele vastamiseks küsime kõigepealt esinduse mõiste kohta. Nüüdisaegses riigi- ja konstitutsiooniteoreetilises diskussioonis kasutatakse „esindamist“ kahes tähenduses.²⁶

1. Formaalses tähenduses räägitakse esindamisest seoses iseseisvate juhtimisorganite autoriseerimisega rahva või kodanike poolt. Esindamine tähistab olemasolevat või sellega loodud legitimeerimis- ja omistamissuhte juhtimisorganite tegutsemise ja rahva vahel. Juhtimisorganid tegutsevad esindamisel rahva nimel ja rahvana, neil on voli kohustada rahvast oma tegutsemise kaudu.²⁷ Selles

²⁶ Siinkohal ei saa käsitleda „esinduse“ mitut muud tähendusvarianti, mis kujundati eelkõige riigiteoreetilistes diskussioonides 19. ja 20. sajandil. Varase 20. sajandi esindusteooriate kriitilist käsitlust vt H. J. Wolff. Theorie der Vertretung. Berlin 1934, lk 16–91; esindamise diskussiooni alguse ja arenduste kohta vt J. H. Kaiser. Repräsentation. – Staatslexikon der Görres-Gesellschaft. 6. Aufl. Bd. 6. 1961, veerg 865 jj; P. Badura. Grundgesetz. Bonner Kommentar. 2. Aufl. 1966, art 38 äärenr 23–34.

²⁷ Nii nimetas Prantsusmaa 1791. a konstitutsiooni III ptk art 2–4 seadusandlikku organit ja kuningat kui Prantsuse rahva *représentants*, kellele rahvas on „delegerinud“ *pouvoir législatif*’i ja *pouvoir exécutif*’i. Ka J. C. Bluntschli (Allgemeines Staatsrecht. 3. Aufl. Bd. 1. München 1862, lk 478 jj) jaoks on esindamise juures primaarne autoriseerimis- ja omistamissuhte organite kui üksiknähtuste tegutsemise ja rahva kui ühtsuse ja kogumi vahel, mida piiras osalise esindamise seisuslik põhimõte. Samas tähenduses rääkis esindamisest Otto von Gierke, sidudes selle riigi isiksuse (*Staatspersönlichkeit*) mõistega, vt O. Gierke. Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien: Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik (1. Aufl. 1880). 4. Aufl. Berlin 1929, lk 211 jj; O. Gierke. Das deutsche Genossenschaftsrecht. Bd. 1. Berlin 1868, lk 822 jj. Juriidiliselt formaliseerituna ja selle poliitilisest seosest eraldatult kasutab esindamise mõistet G. Jellinek. Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl. Berlin 1914, lk 566 (sissejuhatavas definitsioonis) ja lk 582 jj.

tähenduses tuleb rääkida esindamisest formaalses tähenduses (formaalse esindamisena).

2. Sisulise esindamise puhul on seevastu oluline, et ükskõik mis moel rahva poolt autoriseeritud ja legitimeeritud tegutsemises viiakse ellu ja väljendatakse rahva tahet sisuliselt. Siin seisneb esindamine selles ja saab teoks nii, et üksikisikud ja kodanikud tervikuna (rahvas) saavad juhtimisorganite tegutsemises tunda ära iseennast, taasleiavad nii igäihe erinevad arusaamad kui ka selle, mida kõik koos õigeks peavad ja tahavad. Selle juurde kuulub, et üksikisikud – esmalt üksnes formaalselt esindatuna – näevad kõiki kooselu üldisi küsimusi esindajate poolt läbi räägituna ja lahendatuna viisil, mis vaatamata eriarvamustele ja arusaamade erinevusele võimaldab ja tekitab võimaluse nende lahenduste ja otsustega samastuda. Esindajate volituse kõrvale väliselt kohustada (st käsutada) asetub siin võime saavutada nõusolek ja valmidus kuuletuda.²⁸

Esindamine selles sisulises mõttes on protsess, täpsemalt vaimne poliitiline protsess. Tegemist ei ole eelnevalt ja iseenesest olemasoleva, ehkki nähtamatu entiteedi või substantsiga, mis saab selles protsessis väljenduse;²⁹ esindus võib teostuda või ebaõnnestuda ja laguneda. Õiguslikult vaadatuna, see tähendab õiguslike meetmete kaudu, saab seda küll võimaldada, aga mitte tagada – see peab kaju saama esindajate konkreetsetes tegevuses ja selle kaudu.

3. Teostunud demokraatia jaoks on vajalikud mõlemad esindamisviisid. Formaalse esindamise puhul on demokraatiale oma õigusvormiline autoriseerimis-, legitimeerimis- ja omistamissuhe. See loob demokraatliku riigi struktuuri selle välisel kujul, aga ka ainult sel kujul. Alles sisulise esindamise lisandumine on tingimus selleks, et demokraatia ei manduks vaatamata oma vormilisele representatiivsele struktuurile delegeerivaks individuaal- või grupivõimuks ega ka mitte enamuse vahelduvaks absolutismiks, vaid teostaks rahva võimu ja üksikisiku poliitilist osalust. Selles mõttes konstitueeritakse demokraatias ühelt poolt

²⁸ Põhjanevalt selle kohta vt M. Drath. Die Entwicklung der Volkspräsentation (1954). – Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und der Repräsentativverfassung. Hrsg. von H. Rausch. Darmstadt 1968, lk 275 jj, 292 jj; lisaks S. Landshut. Der politische Begriff der Repräsentation (1964). – Samas, lk 491 jj; U. Scheuner. Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie. – Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag 24. Mai 1961. Bern 1961, lk 240 jj koos viidetega. Tänu osutuse eest volitusele teisi kohustada kui esindamise tunnusele võlgnen oma kolleegile Wilhelm Hennisele Freiburgist.

²⁹ Selles „staatilises“ mõttes on esindamise mõistet käsitlenud veel C. Schmitt. Verfassungslehre. 5. Aufl. Berlin 1970, lk 209 jj; teda järgides ka J. H. Kaiser (viide 26), veerg 865.

(formaalse) esindamise kaudu võimu, teiselt poolt teenib (sisuline) esindamine võimu piiritlemist ja sisulist sidumist rahvaga. Sellest vahendamisprotsessist sõltub iga demokraatia, sest ta ei ole realiseeritav vahetu osalusdemokraatiana.

II. Demokraatliku esindamise sisu ja teostamine

Kuidas see sisuline esindamine aga teostub ning kuidas see võiks püsida?

1. W. Hennis on osutanud ameti mõiste tähtsusele esindusdemokraatia jaoks.³⁰ Mulle näib, et see on õige lähtepunkt. Kui mõista iseseisvalt tegutsevate formaal-representatiivsete juhtimisorganite positsiooni ametina, siis on leitud tagatis, et esindusliku tegutsemise eeldusena paratamatult vajalik vabastamine partikulaarseostest ja baasimperatiividest ei manduks meelevaldsuseks, individuaalsete võimukandjate „paljaks“ tahteks. Ameti mõistesse kuulub kasulikkus teistele, suunatus ülesannetele ja vastutusele, mis erinevad omaenese huvidest;³¹ inglise keeles nimetatakse seda *trusteeship*. Esindavate juhtimisorganite tegutsemisele ülekantuna tähendab see, et määrav ei tohi olla tegutsevate individide endi loomulik tahe, vaid „ametlik“, avalik tahe, mis vastab üldsuse nõudmistele, kogu rahva huvidele ja mis realiseerib objektiveeritud ülesande. Tegutsemise suund on määratud üldisest, loomuliku tahte ja loomulike huvidega kattumatust lähtekohast ning see realiseerib just üldisest tuleneva seose ja kohustuse.

2. Milles seisneb aga see üldine lähtekoht **demokraatliku** esinduse jaoks? Siinkohal kerkib üles probleem, mis vajab veel lahendamist. Ühelt poolt on tõusmine pelgalt loomulikust empiirilisest tahtest ja sellega seotusest kõrgemale vajalik, et sisuline esindamine üldse realiseeruks; teisalt ei saa see suunatus ja suhe olla volitus, mis lubaks juhtimisorganite tegutsemise täielikult lahti haakida demokraatlikust tahtekujundamise ja mõttevahetuse protsessist. Kui see oleks nii, kujutaks sisulise esindamise nõue endast vaid argumenti, varjamaks seda, et avalik huvi, üldsuse huvid, üldine heaolu jms määratletakse ülimuslikult, rahvast ja demokraatlikust protsessist äralõigatult. Üldist, kõiki hõlmavat lähtepunkti ei ole seetõttu võimalik leida ilma rahvast arvesse võtmata. Siin ei mõelda ideaalset

³⁰ W. Hennis. Amtsgedanke und Demokratiebegriff. – Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962. Tübingen 1962, lk 51 jj ja passim. Samal moel ja sellest lähtudes: M. Kriele (viide 22), lk 242 jj.

³¹ H. J. Wolff, O. Bachof. Verwaltungsrecht II. 4. Aufl. München 1976, § 73 I, lk 28–32; lisaks H. Krüger. Staatslehre. 2. Aufl. Stuttgart 1966, § 19, eriti lk 258 jj.

või hüpoteetilist, vaid tegelikku rahvast. Vaid sel juhul on sisuline esindamine ka demokraatlik esindamine.³²

Kuidas seda lähtepunkti aga määrata, ilma et esindamine muutuks ühelt poolt taas vaid loomulike empiiriliste tahete summaks, täpsemalt paljude üksikisikute loomulikeks empiirilisteks taheteks, ja et teisalt ei osutuks esindamine lõpptulemusena pelgalt arvamusuuringute kogumiks?³³ Mulle tundub, et viimaste aastakümnete diskussioon esindamise teemal lubab siin edasi minna ja annab osutatud probleemile võib-olla ka lahenduse. Selles diskussioonis on saanud selgeks, et sisulise demokraatliku esindamise üldine lähtekoht sisaldab paratamatult normatiivset momenti ja peabki seda sisaldama, st juhatab meid väljapoole loomulike empiiriliste tahete ja vastava tahte delegerimise sfääri.

Tasub täpsemalt vaadelda mõlemaid diskussiooni suundi, mis siin on tekkinud: pigem teoreetilise orientatsiooniga diskussiooni Saksamaal ja pigem empiirilise orientatsiooniga diskussiooni Ameerika Ühendriikides. Saksa diskussioon lähtub sellest, et esindamise käsitlemine ajatute ideede või väärtuste väljenduse või kehastusena, nagu see oli määrav veel Gerhard Leibholzi käsitluses,³⁴ on kuulutatud problemaatiliseks. Samas ei tohiks esindamisena käsitada ka lihtsat empiiriliste üksiktahete esindamist. Nii ei ole Carl Schmitti jaoks esindamine seotud mitte kõikide üksikisikute tahtega, ka mitte rahva empiirilise tahtega, vaid rahva kui **poliitilise ühendusega**, mida eristatakse rahvast selle loomulikus olekus.³⁵ Erich Kaufmanni käsitluses on esindamise lähtepunkt rahvavaimu kui indiviide mõjutava reaalse vaimse jõu kujundatud rahva tahe, mis vormub ja

väljendub selle rahva esindajas rahvavaimu toimele.³⁶ Siegfried Landshuti jaoks ei avaldu ega ilmne esindamises mitte rahva empiirilise psühholoogiline tahe, vaid **regulatiivne printsiip**, (avaliku poliitilise) elamisviisi juhtidee, mispeale suure inimhulga elu omandab ühendava tähenduse: rahva elu on üldine ja ühine selle kaudu, et rahvas näeb ja mõistab end ühisusena paljudes üksikutes.³⁷

Ameerika diskussioon püüab ületada antinoomiat ühelt poolt üksnes formaalse esindamise vahel, mis annab valimise kaudu legitimeeritutele täieliku tegutsemisvabaduse iseseisvate ja sõltumatute usaldusisikutena (*trusteeship*), ja teiselt poolt korraldustest sõltuva esindamise vahel, mis vastab imperatiivse mandaadi ja üldise poliitilise osalemise mõttele. Ameerika diskussiooni kandvaks mõisteks on muutunud **reageerimine** (*responsiveness*).³⁸ Natuke lihtsustatult kokkuvõetuna tähendab **reageerimine** esindajate vastuvõtlikkust ja tundlikkust esindatavate soovide ja huvide suhtes, millega seondub ka kohane vastuvõtuvõime. See ei sea esindajat neist sõltuvusse ega jäta talle vaid täideviija rolli, vaid säilitab esindaja omaalgatuse ning võime näha ette või ennetada vajadusi ja huve, samuti valmiduse langetada vastandlike või lahknevate huvide ja nõudmiste korral asjakohaseid otsuseid, mis on suunatud õiglase kompromissi või üldise huvi saavutamisele. Lähemal vaatlusel jõutakse siin samuti normatiivsetest arusaamadest kujundatud keskohta äärmuslike positsioonide vahel, kus ühele poole jääb mandaadivaba formaalne esindamine ja teisele poole instruksioonidest sõltuv volitatus. Kui arendada seda reageerimise mõistet edasi, siis viib see ühe vana ideeni representatsiooni diskussioonis, mille eest võlgname tänu Hegelile. Selle kohaselt eeldab esindamine spetsiifilist mittejuriidilist suhet mõlema poole –

³² See demokraatliku esindamise jaoks vajalik seos jäetakse representatsiooni diskussioonis sageli tähele panemata. Esindamise toetuspunktina käsitatakse vahetult ideid, väärtusi või üldist heaolu, mistõttu jäetakse esindamine demokraatlikust poliitilisest protsessist suuremal või väiksemal määral eraldatuks. Vt nt G. Leibholz. Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems. Berlin 1929, lk 32 jj. DOI: <https://doi.org/10.1515/9783111414270>; sarnase lähtekohaga ka W. Hennis (viide 30), lk 54 jj. Ka rahva empiirilise ja hüpoteetilise tahte eristamine, mida tõstab esile E. Fraenkel (Die repräsentative und plebiszitäre Komponente im modernen Verfassungsstaat. – Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und der Repräsentativverfassung. Hrsg. von H. Rausch. Darmstadt 1968, lk 330 jj) peidab endas demokraatlikust protsessist eraldamise tendentsi. Vt ka P. Badura (viide 26), art 38 äärenr 28 jj.

³³ Selle kohta vt W. Hennis. Meinungsforschung und repräsentative Demokratie. Tübingen 1957.

³⁴ G. Leibholz (viide 32).

³⁵ C. Scmitt. Verfassungslehre. 5. Aufl. 1970, lk 212, ka lk 210.

³⁶ E. Kaufmann (viide 6), lk 22 jj.

³⁷ S. Landshut (viide 28), lk 492 jj. J. H. Kaiser kasutab „esindamist“ ühes teises tähenduses, ühiskondlike jõudude ja huvide esindusena riigis ja riigi suhtes. Pärast seda, kui poliitilised parteid on muutunud oma positsiooni, tõustes riigi tasandile, on ühiskonna esindamine muutunud muude ühenduste ja huvigruppide asjaks; seepärast ei toimi esindus riiklikus institutsioonis, vaid ainult faktilisena, olles üksnes *representation de fait*. Vt J. H. Kaiser (viide 26), veerg 867; J. H. Kaiser. Die Repräsentation organisierter Interessen. 2. Aufl. Berlin 1979, lk 338 jj. Siin jätkatakse 19. sajandi konstitutsionalismi traditsioonilise problemaatikaga, mille keskmes ei ole demokraatliku esindamise probleem.

³⁸ H. Eulau *et al.* The Role of the Representative: Some Empirical Observations on the Theory of Edmund Burke. – American Political Science Review 1959, Vol. 53, lk 742 jj. DOI: <https://doi.org/10.2307/1951941>; H. Eulau. Changing Views of Representation. – Contemporary Political Science: Toward Empirical Theory. Ed. by I. de Sola Pool. New York 1967, lk 53 jj; H. Eulau, P. D. Karp. The Puzzle of Representation: Specifying Components of Responsiveness. – Legislative Studies Quarterly 1977, Vol. 2, lk 233 jj. DOI: <https://doi.org/10.2307/439340>.

esindaja ja esindatava – vahel, mis põhineb usaldusel ja tuleb selles esile: „Me usaldame inimest, sest näeme teda aru saavat, et ta ajab minu asja nagu enda asja, oma parimate teadmiste ja veendumuste kohaselt.“ Esindamisel ei ole siis enam sellist tähendust, nagu oleks „üks (isik) teise asemel“ tegutsemas, vaid huvi, asi, millega on tegemist ja mida aetakse, on esindajas „tegelikult olemas“.³⁹

Mõlemad diskussioonid osutavad sellisele esindamise mõistele, milles sisaldub üldine normatiivne moment. See ei ole aga iseseisev ega enese jaoks olemas, ei otsi täiuslikke ideid ega kehtima pidavaid väärtusi iseenesest, vaid lähtub rahvast ja kodanikest ning vahendab seejuures nende vajadusi ja huve neid ühendavate ettekujutustena. Nii nähtub esindamine (dialektilise) protsessina, mitte juba valmis oleva substantsi või entiteedi lihtsa esituse ja väljendusena.⁴⁰ Selle kutsub esile esindajate tegutsemine, mis vastab teatavatele sisulistele nõudmistele: erinevate huvide ja vajaduste sissetoomine nende tegutsemisse ja otsustamisse, samas aga selle esitus ja väljendus, mida kodanikud on teadvustanud ja tajunud oma ühiselu korralduse siduva ühisosana (kus on oluline ka vajaduste ja huvide tasakaalustamine ja käsitlemine kindlal viisil). Just nii saavutatakse see, et üksikisikud samastavad end esindajate tegutsemisega, näevad end olevat esindatud ning lasevad end sisemiselt kohustada.

3. Demokraatliku esindamise protsessi ja struktuuri saab niimoodi selgesti kirjeldada. Demokraatlik esindus on kodanikes leiduva rahva kui sellise olemuse ja pildi esitus ja väljendus, mis vastab kodanike ettekujutusele üldiste küsimuste käsitlemisest ning vajaduste ja huvide vahendamisest üldiseks. See on nii, kui üksikisikud näevad omaenese kodanikumina (*citoyen*) ja rahvas oma rahvamina üldise tahte (*volonté générale*) avaldumisena esindajate tegutsemises, nende kaalutlustes, otsustustes ja küsimustes rahvale.⁴¹ Esindus osutub siin vahendamisprotsessiks kodanike tahtest üldiseks tahteks, mille olemus kui *volonté générale* on silmnähtavalt erinev pelgalt kõikide tahete summast (*volonté des tous*). Demokraatlik esindamine saab sellisel viisil tekkida ja kindlustuda, aga ka lõppeda ja laguneda.

³⁹ G. W. F. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts. Hrsg. von E. Gans. 3. Aufl. Stuttgart 1952, § 309 kokkuvõtte ja § 311 märkus.

⁴⁰ Süstemaatiliselt on näidanud esindamise seda olemust eelkõige M. Drath (viide 28), lk 268 jj, 275 jj, 292–296.

⁴¹ M. Drath (viide 28), lk 295 jj. Et nüüdisaegse sotsiaalpsühholoogia teadmised mitte ainult ei toeta esindamise sellist analüüsi ja selgitamist, vaid panevad sellele lausa aluse, näitas hiljuti veenvalt D. Suhr. Repräsentation in Staatslehre und Sozialpsychologie. – Der Staat 1981, Jg. 20, lk 517 jj.

III. Demokraatlik esindus ja lahknemise probleem

(Sisulise) demokraatliku esindamise omapära ja teostumise äratundmine aitab aru saada sellest põhjapanevast tähendusest, mille demokraatia omandab esindusdemokraatiana. Esindamisele toetuv ja sellest sõltuv demokraatia aktsepteerib lahknemist ning sellega toimetulemist avalikult ja avatult.⁴² Poliitiline tahtekujundus ja valitsemine kujunevad esindusdemokraatias nii, et siin ei jäeta tähelepanuta ega heideta ka organisatoorselt kõrvale isiku lahknemist inimeseks (*homme*) ja kodanikuks (*citoyen*) konkreetset juhul ning kõikide tahte (*volonté des tous*) ja üldise tahte (*volonté générale*) lahknemist rahva puhul. Need lahknemised võetakse hoopis avatult teatavaks ja arvesse. Osalusdemokraatia eeldab, et lahknemine on vahetult kohalviibiva rahva otsuse puhul juba varem lahendatud ja väljenduse leidnud, autoritaarsed poliitilised korrakontseptsioonid võtavad selle lahendamise poliitiliselt protsessilt ära ning annavad ühe isiku või väikese isikute grupi (juhtorganite) meelevalda. Esindusdemokraatia seevastu hoiab seda lahknemisega toimetulemist avatu ja avalikuna ning asetab selle lahendamise poliitilisse protsessi; rahvamina realiseerumine ja toime saab avatud esindamisprotsessi kaudu võimalikuks nii institutsionaalselt kui ka menetluslikult ning peabki just sellises poliitilises protsessis teoks saama. Mida üksikisik kogeb oma elus ülesande ja probleemina ja mille lahendamiseks tal peab olema vabadus, kordub siin kohasel moel poliitilise ühiselu organiseeritud praktikas.⁴³ Selles mõttes võib demokraatlikku esindamist mõista tõepoolest grupi dialektilise suhtlusena iseendaga.⁴⁴

Seejuures tekib reaalne võimalus leida positiivne ja produktiivne lahendus lahknemise probleemile. Lahknemise teine poolus ei eksisteeri mitte ainult üksikisiku nõudena iseendale, see iseseisvub institutsionaalselt representatiivsetes juhtorganites ja jõuab neis konkreetse teostuseni. Nad astuvad avaliku isikuna vastu üksikisiku loomulikule minale ja iseendale.⁴⁵ See lihtsustab tegeliku mina

⁴² Lahknemise mõiste kohta vt J. Ritter. Entzweiung. – Historisches Wörterbuch der Philosophie. Bd. 2. Basel, Stuttgart 1972, veerg 566–571.

⁴³ Siin on näha Lorenz von Steini mitmeplaaniilise idee sügavam tähendus, et riik on inimeste ühiselu vormina „isiksuse kõrgeim vorm“, milles korduvad üksikisiku elemendid ja elu-avaldused, vt L. von Stein. Die Verwaltungslehre. T. 1. 2. Aufl. Stuttgart 1869, 1. ptk, lk 3–7.

⁴⁴ H. Krüger. Staatslehre. 2. Aufl. Stuttgart 1966, lk 241. Krüger näeb selles protsessis küll primaarselt üksikisiku ja rahva „enesehüvitamist“ (*Selbstvergütung*), mistõttu probleem asetatakse ennekõike moraali ja kasvatuse tasandile.

⁴⁵ Vt selle kohta samas.

ja iseenda väljendamist kindlal viisil: esindajad võivad sellist nõuet avalikult väljendada ning nad võivad selle esitada küsimusena paljudele ja piisab vaid hulga heakskiidust. Üldise esiletoomiseks ja esitamiseks pole vaja kasutada ideed paljude vahetust osalusest ning ära jäävad ka sellega seotud raskused. Siin kirjeldatut võib sõnastada ka teistpidi. Kui lahknemine on esile tulnud ja nõuab lahendamist ning seega tuleb hakkama saada sotsiaalsete, majanduslike ja poliitiliste konfliktidega, ei teki poliitilise võimu orienteeritus kodanike ühistele arusaamadele ja avaliku elu põhimõtetele iseenesest rahva identiteedist ja vahetust osalusest. Lahknemine tuleb pigemini enamasti kõigepealt saavutada, teadlikult tekitada. Selle eelduseks on poliitilise otsustamise suhteline iseseisvus vahetust demokraatlikust osalemisest ja selle representatiivne kujundamine.⁴⁶ Siin peituvast võimalusest tuleb ainult kinni haarata, eelkõige nende poolt, kes on seatud iseseisvalt tegutsema vaba mandaadi kaudu selleks olemasolevates juhtorganites, parlamendis ja valitsuses; nad peavad **tahtma** olla rahva esindajad (sisulises mõttes). Kui nad seda ei tee, siis ei saa realiseeruda (sisuline) esindamine ning rahvas jääb ilma võimalusest end väljendada.⁴⁷

C

Kui demokraatlik esindamine ei ole juba tagatud demokraatlikus legitimeerimis-, tahtekujundus- ja otsustamismenetluses, vaid see tuleb alles luua ja saavutada, tekib küsimus esindamise ärajäämise või lagunemise tagajärgede kohta. Sellega oleme jõudnud demokraatliku esinduse probleemide ja raskuste juurde tänapäeval. Demokraatliku esindamise ärajäämise tagajärjed võivad iseenesest olla väga mitmesugused ja erineva raskusastmega. Tänapäeval väljenduvad need eeskätt kodanikualgatuste suuremas esilekerkimises, aga ka võõrandumises poliitilistest parteidest või üldse poliitikast.⁴⁸ Kui esindajate tegutsemise kaudu saavad

⁴⁶ Nii oli Rousseau, kelle kohta ei saa kindlasti öelda, et ta oleks olnud kaudse demokraatia vastane, muu hulgas just seetõttu demokraatia kui valitsemisvormi vastu, et see eeldab kommete suurt lihtsust, mis ei ajenda raskeid läbirääkimisi pidama, ning peaaegu täielikku võrdsust seisuse ja vara poolest, vt J.J. Rousseau. Du Contrat social. III raamat, 4. ptk (eesti-keelses tõlkes: J.J. Rousseau. Ühiskondlikust lepingust (viide 3), lk 95 jj – *tlk*).

⁴⁷ E.-W. Böckenförde. Der Staat als sittlicher Staat. Berlin 1978, lk 38 jj. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-04254-8>.

⁴⁸ Öelda „riigiväsimus“ või „-törksus“, nagu seda nähtust enamasti nimetatakse, ei näita probleemi õigesti. Tegemist ei ole väsimuse või törksusega riigi, vaid parteide valitsemissüsteemi

üksikisikute või ka üldse kodanike poolt esindamisele seatud ootused petetud ja nad ei suuda end esindajate tegutsemises ära tunda, tekib paratamatult küsimus demokraatliku tahtekujunduse ja otsustamismenetluste mõtte ja isegi legitiimsuse kohta. Seejuures ei ole pettumuse või samastumise jaoks oluline see, kas igal konkreetsel juhul on esindajate esitatud argumendid sisuliselt kooskõlas nende tehtud otsustega; tegemist ei ole kokkulangemise või isegi vastavuse müüdi probleemiga.⁴⁹ Oluline on veel kord rõhutada, et käsitletavaid küsimusi arutatakse ja lahendatakse viisil, mis töötab isegi eksisteerivate eriarvamuste korral üldist arusaamist ning kinnitab, et tegemist on kõiki ühiselt puudutavate ja sellest aspektist lahendatavate asjadega, et toimub üksikute arusaamade vahendamine üldiseks arusaamaks. Selles tähenduses ei ole võimalik demokraatlikku esindamist asendada, selle puudumine või lagunemine puudutab vältimatult demokraatia legitiimsust ning sellega kohe ka valmidust alluda olemasolevatele menetlustele ja tehtud otsustele. Vastutus demokraatia saatuse eest, selle õnnestumine või selle lagunemine on seetõttu esmajoonel esindavate juhtorganite, valitud ja vastutavate esindajate kätes parlamendis, valitsuses ja parteilise demokraatiaga riikide puhul ka poliitilistes parteides.⁵⁰

Siin öeldust võib jääda mulje, et demokraatia teoreetilised ja praktilised poliitilised probleemid kantakse kergel käel üle moraali tasandile – nagu oleks esindusdemokraatias esinevate vajakajäämiste sügavama analüüsi asemel osutatud moraalinõuetele. Lisaks võiks esitada veel ühe vastuväite: kui esindusdemokraatia funktsioneerimise tingimuste ja legitimeerimise hulka kuulub (sisulise) demokraatliku esindamise teostamine, siis kas selle tegeliku teostamise võimalus on üleüldse suurem kui eespool kõrvale heidetud vahetu osalusdemokraatia kontseptsioonil? Kas selliselt vaadates ei põhine esindusdemokraatia samuti illusoorsetel eeldustel ja oletustel?

Sellistesse vastuväidetesse ei või suhtuda kergekäeliselt, sest need näitavad veel kord selgesti demokraatia kui riigi- ja valitsemisvormi probleemi. Vahetu demokraatia kui demokraatia ehtsaima vormi kontseptsiooni kriitika tugines

suhtes, selle suhtes, et poliitiliste parteide tegutsemises silmnähtavalt puudub sisuline demokraatlik esindamine.

⁴⁹ Sellele tuleb viidata, vältimaks romantilisi või ka totalitaarseid arusaamatusi, vt M. Drath (viide 28), lk 292–296. Vt ka K. Eichenberger (viide 1), lk 510.

⁵⁰ Väga selgesti väljendab parlamentide vastutust U. Scheuner (viide 28), lk 246: „Seega on õige pidada tänapäevase vabadusliku riigi käekäiku lahutamatu seotuks tema parlamendi omaga.“

asjaolule,⁵¹ et see räägib vastu rahva tahte kujunemise ja väljendamise sotsiaal-majanduslikult ja sotsiaalteoreetiliselt tõendatud tingimustele ning poliitiliste tegevusüksuste eksisteerimise vormidele. Esindusdemokraatia realiseerimise probleemid on teistsugused. Need ei asu tegelike, sotsiaalstruktuuriliste, vaid **eetilis-normatiivsete** asjaolude ja võimaluste valdkonnas. Asjaolu, et sellised eetilis-normatiivsed asjaolud ja võimalused kuuluvad samuti riigivormi realiseerimise tingimuste hulka, võib näida esialgu võõrastav. Aga see toetub üksnes vanale kogemusele, mis on küll alates 19. sajandist riigi- ja riigivormiõpetuses sügavale unustusehõlma lükatud,⁵² nimelt et inimeste kooselu kandvat korda ei saa luua ja sisse seada üksnes organisatsiooni, osaluse, legitimatsiooni ja kontrolli küsimuste, st ratsionaalsete ja funktsionaalsete abinõude kaudu. Lisaks sellele on vaja eetilis-normatiivseid orientiire, kujundamist ja realiseerimist. See, mis üksikisiku elus omab suurt tähtsust, isegi otsustab tema elu õnnestumise või ebaõnnestumise, ei saa inimeste poliitilises kooselus muutuda ühtäkki ebaoluliseks või jääda täiesti tähelepanuta. Organiseeritud kooselus mängib seejuures olulist rolli institutsionaalne kujundamine kui sild orientiirist realiseerumiseni; see takistab eetilis-normatiivsete orientiiride jäämist algusest peale vaid abstraktseteks postulaatideks ning kergendab nende elluviimist, osutub isegi teostamise tagatiseks üldse.⁵³

Demokraatias vältimatult vajalik eetilis-normatiivne orientiir leiab oma väljenduse ja seda kujundatakse demokraatlikus esinduses. Selle kujundamise omapära on, et ta on toetatud küll menetluslikult (formaalne esindamine), aga vaid vähesel määral institutsionaalselt ning olulisel määral asetatud just avalikku poliitilisse protsessi; seal on tema teostumise võimalus, aga ka kõik teostamise riskid. See võimalus peab võitlema kahe raskusega, mida ei tohi alahinnata. Esimene raskus seisneb selles, et demokraatlikul esindusel puuduvad eelvormid, mis aitaksid üksiktahteid ja huve vahendada üldiseks – funktsioon, mida vana

korra (*ancien régime*) puhul täitsid idee kohaselt korporatsioonid.⁵⁴ Tänapäeva ühiskond on struktureeritud ja organiseeritud individualistlikult ja huvide pluralismi alusel. Ühendused ja huvigrupid näevad oma ülesande või lausa kohustusena tuua esile enese grupihuvid, võidelda nende tunnustamise ja maksmapanemise eest. Üldisele huvile, üldisele hüvangule vms mõtlemise jätavad nad riiklikele instantsidele, kelle otsuseid nad aktsepteerivad demokraatliku korra raames, aga nad ei tee sellest oma ülesannet. See tähendab aga, et vahendamisega üksiktahetelt üldiseni peavad tegelema ainult riiklikud juhtorganid, tehes seda poliitika valdkonnas, ning vahendamine on seal kontsentreeritud ega saa teostuda astmeliselt või sammhaaval. On arusaadav, et esindusorganid pingutavad seetõttu sageli, võib-olla isegi pidevalt üle: esindava tegutsemise ülesanne ja nõue, mis on peale pandud praktiliselt neile üksi, muutub nende jaoks liiga suureks.

Teine raskus tuleneb sellest, et esindavad juhtorganid rahvaesinduses ja valitsuses on oma positsiooni pärast avatud konkurentsi olukorras, kusjuures selle positsiooni kaitsmine sõltub valijate häälte konsensusest.⁵⁵ Pingutus, mida nõuab esindav tegutsemine, ei muutu seeläbi vähemaks. Alatasa hõigatakse välja näiliselt mugav ja lühiajalist edu lubav üleskutse, et piirduda võiks vaid kõikide loomuliku tahtega, mitte püüda maksvusele aidata ehtsat üldist tahet. Demokraatia ei tunne ega talu institutsionaalseid vahendeid, mis sellist mõtteviisi takistada saaksid. Demokraatliku esindamise õnnestumine jääb seetõttu lahtiseks erilisel viisil. Sellest saab delikaatne või ebamugav probleem, kui tuleb võtta vastu otsuseid, mis puudutavad valusalt teatud üksikisikuid või grupe. Kui siis mingis demokraatlikus riigis puuduvad südikad, esindava tegutsemise ja rahvale vajalike küsimuste esitamise proovikiviks valmis juhtisikud ja -grupid – need on hädavajalikud parlamendis, valitsuses ja poliitilistes parteides –, mandub demokraatia kiiresti poliitiliseks iseteeninduseks või vajub raskete otsustamist vajavate küsimuste korral koguni agooniasse, ilma et seda saaks institutsionaalselt takistada või pidurdada.

⁵¹ Vt eespool osa A p II.

⁵² Tüüpiline on nt riigivormide kujutamine Georg Jellinekil, vt G. Jellinek (viide 27), lk 669–736.

⁵³ Aristoteles (Politik. III raamat, 7. ptk, 1279 a; eestikeelses tõlkes Aristoteles. Poliitika. Tartu 2015, lk 78 jj – *tlk*) nägi seda seost ja eristas just selle järgi häid riigikorraldusi mandunuist. Lorenz von Stein (viide 43, lk 207 jj) formuleeris selle 19. sajandi konstitutsioonilise monarhia kontekstis ameti ja ameti olemuse mõistes, mille ülesandeks olevat „esindada tõelist ja puhast riigiideed riigi sees selliste elementide vastu, mis [...] tahavad kasutada vägivalda ja riigi õigust oma huvides“ (lk 208).

⁵⁴ Ka siin tuleb viidata Hegelile, tema õigusfilosoofia lõplikult väljatöötamata jäänud osale, vt G. F. w. Hegel (viide 39), § 254–256. Korporatsioon (tsunft, gild vms) oli Hegeli jaoks vältimatu vahelüli kodanliku ühiskonna ja riigi vahel, kus töötamine, ühine tegutsemine üldise teostamiseks suunas ja ülendas paljad eraeesmärgid teadlikuks tegevuseks ühise eesmärgi nimel. Hegeli käsitluses ei olnud mingil juhul tegemist kinnihoidmisega revolutsioonieelsest seisulikust korrast, vaid sellega, et anda veel püsivatele vanematele vormidele uus, riigi ja ühiskonna uut moodi lahknevusest tulenev tähendus ning kohane ülesanne, nimelt „otsese kõlbluse arendamine kodanliku ühiskonna lahknemises“ (§ 256 märkus).

⁵⁵ Selle kohta vt J. A. Schumpeter. Kapitalismus, Sozialismus, Demokratie. 3. Aufl. München 1972, lk 427 jj, kus on põhjanev ja tänaseni paikapidav analüüs.

Sellest tulenev demokraatia labiilsus on selle omapära, mida ei saa demokraatlikult selgeks väidelda ega ära organiseerida. Rahvas, kes organiseerib ja kujundab oma poliitilist elu demokraatlikult, peab omama jõudu ja olema valmis seda välja kannatama. Demokraatia on nii vaadatuna äärmiselt nõudlik, võib-olla isegi raske riigivorm; selle eelduseks on poliitilise kultuuri lai ja tugev alus.

M. Kumm. Institutionaliseerides sokraatilist vaidlustamist: ratsionaalne inimõiguste paradigma, legitiimne autoriteet ja põhiseaduslikkuse järelevalve eesmärk. – Riigiõiguse aastaraamat 1/2020, lk 187–221

Institutionaliseerides sokraatilist vaidlustamist: ratsionaalne inimõiguste paradigma, legitiimne autoriteet ja põhiseaduslikkuse järelevalve eesmärk*

MATTIAS KUMM

Tõlkinud Birgit Aasa ja Madis Ernits

Kokkuvõte. Mattias Kummi artikkel käsitleb põhiseaduslikkuse järelevalve seoseid sokraatilise vaidlustamise, ratsionaalse inimõiguste paradigma ja võimu legitiimsusega. Kumm väidab, et küpse liberaaldemokraatia mõistlikult soodsates tingimustes on põhiseaduslikkuse järelevalve demokraatlikult vastutava otsustusprotsessi vajalik täiendus. Nii seaduste põhiseaduslikkuse järelevalve kui ka seadusandja poliitiline vastutus valimistel annavad liberaaldemokraatlikust konstitutsionalismist tulenevatele kaas- ja baaskohustustele võrdväärse institutsionaalse väljenduse, moodustades põhiseadusliku legitiimsuse võrdväärseid tugisambad. Sokraatiline vaidlustamine, nii nagu seda on kirjeldatud varastes Platoni dialoogides, seisneb ametivõimude kritiseerimises, hindamaks võimude esitatavate nõuete põhjendatust, ja see jagab mitmeid silmatorkavaid omadusi, funktsioone ja küsimusi institutsionaliseeritud põhiseaduslikkuse järelevalvega. Artiklis käsitletakse kolme tüüpi kõrvalekaldeid, mis aeg-ajalt rikuvad demokraatlike otsuseid ja mille tuvastamiseks sobib põhiseaduslikkuse järelevalve eriti hästi. Põhiküsimus ei seisne selles, kas põhiseaduslikkuse järelevalve on demokraatlikult legitiimne, vaid selles, kuidas tuleks põhiseaduslikkuse järelevalve korraldada, et saavutada kõige paremini selle eesmärgid: demokraatia tugevdamine ja õiguste kaitse.

Märksõnad: põhiseaduslikkuse järelevalve, ratsionaalne inimõiguste paradigma, proportsionaalsuse test, sokraatiline vaidlustamine, demokraatia, majoritaarsusvastasuse probleem

Debatt põhiseaduslikkuse järelevalve (*judicial review*) üle ei ole veel läbi. Hiljutise panusena sellesse ühte klassikalisesse Teise maailmasõja järgsesse konstitutsionalismiteemalisse vaidlusesse kordavad, teravdavad ja rafineerivad

* M. Kumm. Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review. – European Journal of Legal Studies 1 (2008), lk 153–183.

Jeremy Waldron¹ ja Richard Bellamy² vanu argumente kohtute pädevuse vastu kohaldamata jätta või tühistada seadusi põhjusel, et need rikuvad põhi- või inimõigusi.

Põhiseaduslikkuse järelevalve kriitika tuuma võib kokku võtta kahte peamisse argumenti. Esiteks pole vähemalt mõistlikult küpsetes liberaaldemokraatlikes riikides mingit põhjust eeldada, et põhiseaduslikkuse järelevalve kaitseb õigusi enam kui neid kaitseks demokraatlik seadusandja. Õiguste üle peetava juriidilise diskursuse legalistlik olemus, selle keskendumine tekstile, ajaloole, pretsedendile jne, kipub ebaotstarbekalt tähelepanu kõrvale juhtima moraalselt küsimustelt, mis on kesksed õigustele tuginevate nõuete kehtestamisel, samas kui need legalistlikud takistused ei koorma poliitilist debatti. Teiseks puudub põhiseaduslikkuse järelevalvel, sõltumata selle tulemustest, demokraatlik legitiimsus. Õiguste kaitse võib olla küll õiguse legitiimsuse eeltingimus, kuid konkreetsetel juhtudel on isikud sellistest õigustest tulenevate tagajärgede suhtes tõenäoliselt mõistlikult eri meelt (*reasonable disagreement*). Sellistel puhkudel nõuab poliitilise võrdsuse idee, et õigusi puudutavad küsimused tuleks samuti otsustada menetluses, mis tagab poliitilise vastutuse. Mõned Waldroni ja Bellamy argumentid, nagu debatt põhiseaduslikkuse järelevalve üle üldiselt, ei leia tõenäoliselt Euroopas tugevat vastukaja. Enamikus Euroopa riikides on põhiseaduslikkuse järelevalve küsimus institutsionaalselt otsustatud positiivse õigusega – kas siis selgete põhiseaduse sätete või rahvusvahelisest õigusest tulenevate kohustustena.³ Ent esitatud väljakutsed pakuvad teretulnud võimaluse mõtiskleda sügavamalt inim- ja põhiõiguste kaitse praktika olemuse üle, nii nagu see on Euroopas välja kujunenud, ja küsida, millised – kui üldse – on selle erilised vooarvud ja kuidas need vooarvud seonduvad õiguse legitiimsusega liberaalses demokraatias. Nagu selgub, on Euroopa põhi- ja inimõiguste kaitse praktika heaks ajendiks, et mõelda veel kord nende õiguste olemuse, õiguste ja demokraatia vahelise suhte ning institutsioonide üle, mis püüavad neid kohustusi reflekteerida ja realiseerida.

¹ J. Waldron. The Core of the Case against Judicial Review. – The Yale Law Journal 115 (2006), lk 1346–1406. DOI: <https://doi.org/10.2307/20455656>.

² R. Bellamy. Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy. Cambridge: Cambridge University Press 2007. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511490187>. Lisaks põhiseaduslikkuse järelevalvele käsitleb see raamat tunduvalt laiemat hulka põhiseaduse küsimusi.

³ See on loomulikult üldistus. Ühendkuningriigis nagu ka Skandinaavia riikides on kohtute roll põhiõiguslike küsimuste üle siduval otsustamisel piiratud ja debatid kohtuliku kontrolli vajalikkuse üle on vägagi aktuaalsed.

Ma väidan, et Waldron ja Bellamy käsitlevad küll õigeid probleeme, kuid eksivad. Esiteks, põhiseaduslikkuse järelevalve tõenäoliselt parandab tulemusi. Käesolev kirjutis kaitseb konventsionaalset tarkust legalistlike moonutuste eest, keskendudes just nüüdisaegsele Euroopa inim- ja põhiõiguste kaitse praktikale. Selles praktikas peaaegu puuduvad eelkõige Waldroni kirjeldatud legalistlikud moonutused. Euroopas domineerib selle asemel hoopis miski, mida ma nimetan ratsionalistlikuks inimõiguste paradigmatiks (*Rationalist Human Rights Paradigm*). Selle paradigma raames võimaldab iseäranis neljaastmeline proportsionaalsuse test kohtutel kasutada kõiki asjakohaseid moraalseid ja pragmaatilisi argumente sõnaselgelt ning ilma nende legalistlike suuniste ja piiranguteta, mis muidu iseloomustavad juriidilist argumentatsiooni. Lisaks ei tegele kohtunikud seejuures keerulise teoretiseerimisega, vaid suhteliselt igapäevase struktureeritud protsessiga, mis uurib põhjuseid. See protsess on võimeline tuvastama mitmesuguseid poliitilisi kõrvalekaldeid, mis on küllaltki levinud isegi küpsetes demokraatlikes riikides. Ratsionalistliku inimõiguste paradigma kirjeldamisel tõstetakse artiklis esile mõned Euroopa inimõiguste kaitse praktika kesksed struktuuralsed iseärasused, mis eristavad seda huvitaval kombel USA kontekstist, millest lähtub nii Waldron kui üldiselt ka suurem osa kõige keerukamatest põhiseaduslikkuse järelevalvet puudutavatest mõttearendustest.

Teiseks, kuigi ratsionalistlik inimõiguste paradigma ei kehtesta õigustest tulenevaid nõudeid lahendavatele kohtutele just palju seaduslikke piiranguid ega siduvaid juhtnõudeid, ei süvenda ega kinnita see legitiimsuse probleemi, millele on skeptikute arvates suunatud põhiseaduslikkuse järelevalve aadressil tehtava kriitika teravik. Hoopis vastupidi. Mõistlikult soodsates küpse liberaaldemokraatia tingimustes on põhiseaduslikkuse järelevalve demokraatlikult vastutava otsustusprotsessi vajalik täiendus. Nii seaduste põhiseaduslikkuse järelevalve kui ka seadusandja poliitiline vastutus valimistel annavad liberaaldemokraatlikust konstitutsionalismist tulenevatele nii kaas- kui ka baaskohustustele institutsionaalse väljenduse. Mõlemad on ühtviisi põhiseadusliku legitiimsuse tugisambad. Põhiseaduslikkuse järelevalve väärivad kaitset mitte ainult pragmaatilistel kaalutlustel (kuna see viib paremate tulemusteni), vaid ka põhimõtteliselt.

Et kaitsta põhiseaduslikkuse järelevalvet, tuleb esmajärjekorras anda endale aru selle eesmärgist. Selgitus peab sobima nii kaitstava praktikaga kui ka

väljendama, miks on põhiseaduslikkuse järelevalve atraktiivne.⁴ Selgitus võib ebaõnnestuda kas seetõttu, et see ei seostu mõistlikult tegeliku praktikaga, või seetõttu, et see ei too välja, mis on seejuures atraktiivne. USA riigiõiguslaste genereeritud rikkalik põhiseaduslikkuse järelevalve kirjandus⁵ käsitleb valdavalt USA konstitutsiooni praktikat ega võta arvesse Euroopa põhiseaduslikkuse peamisi jooni. Euroopa praktika eiramine ei võimalda seda ka selgitada.⁶ Täpsemalt ei käsitle ükski viidatud kirjandusallikas ratsionaalse inimõiguste paradigma keskeid struktuurseid eripärasid. Teisalt ei ole need õigussüsteemide võrdlejad ega Euroopa konstitutsiooniõiguslased, kelle tähelepanu on rohkem suunatud Euroopa praktikas domineeriva ratsionaalse inimõiguste paradigma põhijoontele,⁷ esitanud veenvat läbitöötatud selgitust, miks peaks seda praktikat pidama atraktiivseks. Käesolev kirjutis on katse esitada säärase selgituse miinimumstruktuur. Argumendid on võimalik esitada üksnes põgusalt ja täielikult välja arendamata kujul, samuti jäävad vääriliselt käsitlemata eelnevad rikkalikud küsimusepüstitused ja neile pühendatud tohutu hulk kirjandust.

Ma väidan, et põhiseaduslikkuse järelevalve mõte on sokraatilise vaidlustamise seaduslik institutsionaliseerimine. Sokraatiline vaidlustamine seisneb ametivõimudega kriitilises tegelemises, hindamaks, kas nende esitatavad nõuded on põhjendatud. See praktika, mida on kõige ilmekamalt kirjeldatud varastes Platoni

⁴ Küsimuse selline püstitus sarnaneb metodoloogiaga, mida kirjeldab Ronald Dworkin, vt R. Dworkin. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press 1986. See käsitlus ei paku üksnes selgitust, mis näitab põhiseaduslikkuse järelevalve praktikat selle parimast küljest, vaid sõnastab ka normatiivse standardi, mille alusel saab selle spetsiifilisi aspekte kritiseerida, kui need ei vasta seatud eesmärkidele.

⁵ Olulisimad teosed on nt A. M. Bickel. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis, New York: Bobbs-Merrill 1962; J. H. Ely. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press 1981. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctv102bj77>; R. Dworkin. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press 1996; C. Eisgruber. *Constitutional Self-Government*. Cambridge: Harvard University Press 2001; L. G. Sager. *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*. New Haven: Yale University Press 2004; L. D. Kramer. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press 2004; M. Tushnet. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press 1999. DOI: <https://doi.org/10.1515/9781400822973>.

⁶ Selle on õigesti välja toonud D. M. Beatty. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press 2004. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199269808.001.0001>.

⁷ R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford, New York: Oxford University Press 2002; D. M. Beatty. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press 2004. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199269808.001.0001>.

dialoogides,⁸ tõi endaga kaasa paljude ametisse seatud võimukandjate, kelle toimimist Sokrates uuris ja kahtluse alla seadis, mõistetava frustratsiooni. See viis ajaloolise Sokratese süüdi- ja surmamõistmiseni kogukonna jumalate teotamise ja demokraatliku Ateena noorsoo moraalse korrumppeerimise eest. Ma väidan, et inim- ja põhiõigustealane õigusemõistmine, nagu see on valdavas osas Euroopast välja kujunenud, on sokraatilise vaidlustamise seadustega institutsionaliseerimise vorm. Kui üksikisikud esitavad inim- või põhiõigustel põhinevaid nõudeid, kohustavad nad kohtuid ametivõime kriitiliselt kaasama ja hindama, kas nende tegevust ja kaebajatele pandud kohustusi on võimalik vastuvõetavalt õigustada. Sokratesele, keda Platon kirjeldab oma varastes dialoogides, kuulub õigustatult aukoht demokraatlikus Ateena polises, selle asemel et kannatada sepietud süüdistuste all, et tema tegevus solvas kogukonna väärtusi ja korrumppeeris noorsugu. Eurooplased on põhjendatult seadustega institutsionaliseerinud sokraatilise vaidlustamise praktika kui lakmuspaberi testi, mille ametivõimude mis tahes tegevus peab õigusliku vaidluse korral läbima. Seadustega institutsionaliseeritud sokraatiline vaidlustamine on soovitatav nii seetõttu, et see kipub tulemusi parandama, kui ka seetõttu, et see väljendab kesket liberaalset pühendumust tingimustele, mis peavad olema täidetud, et õigus oleks legitiimne.

Kirjutise esimene osa toob välja ratsionalistliku inimõiguste paradigma peamised struktuurilised tunnused, aidates olulisel määral selgitada Euroopa inim- ja põhiõiguste kaitse praktikat. Teine osa püstitab väite, et sellise struktuuriga õiguskaitsepraktika institutsionaliseerimise eesmärk on sokraatilise vaidlustamise praktika kehtestamine seadusega. Sokraatiline vaidlustamine on praktika, mis annab institutsionaalse väljenduse ideele, et võimu kogu legitiimsus sõltub selle põhinemisest üldisel mõistlikkusel ehk teisisõnu: kui seda saab teistele selliselt õigustada, et nad võiksid seda mõistlikult aktsepteerida.⁹ Praktikast sobib

⁸ Siinkohal järgin ma Gregory Vlastost, kes teeb vahet Platoni varasema perioodi elenktiliste dialoogide Sokratesel ja hilisemates dialoogides kujutatud Sokratesel. Elenktilised dialoogid tähestikulises järjekorras on „Apoloogia“, „Charmides“, „Euthyphron“, „Gorgias“, „Hippias (lühem)“, „Ion“, „Kriton“, „Laches“, „Protagoras“ ja esimene raamat teosest „Politeia“. Vt G. Vlastos. *Socrates: Ironist and Moral Philosopher*. Cambridge: Cambridge University Press 1991, lk 46. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511518508>.

⁹ See sõnastus erineb sellest, mida Scanlon kasutab, kujutamaks liberaalse lepinguõigluse kontseptsiooni tuuma, ja mille järgi on nõutav „õigustatus teiste suhtes põhjustel, mida nad ei saa mõistlikult tagasi lükata“ („justifiability to others on grounds they could not reasonably reject“), vt T. M. Scanlon. *What We Owe to Each Other*. Cambridge: Harvard University Press 1998. Erinevus nende sõnastuste vahel peegeldab erinevust katsete vahel sõnastada õigluse ja legitiimsuse kriteeriumid. Kuigi see küsimus on teatava kaaluga, ei ole seda siinkohal

sokraatiline vaidlustamine hästi, lahendamaks mitmesuguseid poliitilise protsessi tavapäraseid kõrvalekaldeid. Kolmas osa asetab kõigepealt nii ratsionalistliku inimõiguste paradigma kui ka põhiseaduslikkuse järelevalve ajaloolisesse konteksti, et seejärel väita, et õiguste põhiseaduslikkuse järelevalve ei ole demokraatliku legitiimsusega kokkusobimatu, vaid hoopis selle vajalik täiendus. Ma väidan, et valimistel ja ühetaolisel valimisõigusel põhineva võistleva poliitika idee ja õigustele rajatud sokraatilisest vaidlustamise praktika on liberaaldemokraatliku konstitutsionalismi, mille legitiimsus ei põhine ainult tulemusest lähtuvatel argumentidel, komplementaarsed institutsionaalsed põhielemendid. Ilma põhiseaduslikkuse järelevalveta oleks liberaalne demokraatia mittetäielik ja ebapiisav. Viimane osa sisaldab esialgset hüpoteesi selle kohta, miks on peetud nii palju arutelusid antimajoritaarsuse probleemi (*counter-majoritarian difficulty*) ja põhiseaduslikkuse järelevalve üle ning vähem majoritaarsuse probleemi üle. Alles viimase viiekümne aasta vältel on Euroopas hakanud liberaaldemokraatlik põhiseadustraditsioon järk-järgult vabanema autoritaarsetest, kollektivistlikest ja sageli natsionalistlikest eelarvamustest, mis on – demokraatia kui kollektiivse omavalitsuse konstitutsiooniliste teooriate kujul – jätkanud rahvusriikide ajastul märkimisväärselt põhiseadusteoreetilise mõtlemise kujundamist. Hobbesi vari hõljab endiselt suure osa tänapäeva konstitutsiooniteooria kohal.

I. Ratsionaalne inimõiguste paradigma

Inim- ja põhiõiguste praktika Euroopas on suures ulatuses mitte legalistlik, vaid ratsionalistlik. See keskendub valdavalt mitte seaduste tõlgendamisele, vaid üldisest mõistlikkusest lähtudes avaliku võimu organite tegevuse põhjendamisele. Argumentidel, mis tuginevad õigustekstidele, ajaloole, pretsedentidele jmt, on Euroopa põhiõiguste praktikas suhteliselt tagasihoidlik roll. Selle asemel on inim- või põhiõiguste teemaliste vaidluste toimiv süda proportsionaalsuse test (1). See test pakub pisut enam kui vaid kontrollnimekirja individuaalselt vajalikest ja kollektiivselt piisavatest kriteeriumidest, mis peavad olema täidetud, et avaliku võimu organite tegutsemine oleks üldisest mõistlikkusest lähtudes õigustatud. See loob struktuuri üldise mõistlikkuse hindamiseks (2). Lisaks sellele ei ole huvide ring, millele laieneb *prima facie* kaitse kui (subjektiivne) õigus, üldjuhul

võimalik käsitleda. Nagu selgitan põhjalikumalt allpool, on põhiseaduslikkuse järelevalve seotud legitiimsuse, mitte õiglusega.

kitsas ja piiritletud, vaid ekspansiivne. Näiteks nii Saksa Liidukonstitutsiooni kohus kui ka Euroopa Kohus tunnustavad nii üldist õigust vabadusele kui ka üldist õigust võrdsusele. See tähendab, et peaaegu iga üksikisiku huve riivavat akti saab vaidlustada põhi- või inimõiguste rikkumisele tuginedes ja see peab olema üldisest mõistlikkusest lähtudes õigustatud (3).

(1) On tõsi, et kõik õiguslikes dokumentides loetletud põhi- või inimõigused ei eelda proportsionaalsuse analüüsi ega muid arutelusid piirangute üle. Õiguste kataloogid riikide põhiseadustes ja rahvusvahelistes inimõigusi käsitlevates dokumentides sisaldavad ka norme, millel on lihtne kategooriline reeglitaoline struktuur. Nad võivad kehtestada midagi sellist nagu „Surmanuhtlus on kaotatud“ või „Igal vahi alla võetul on õigus 24 tunni jooksul kohtulikule ärakuulamisele“. Enamikku sellistest konkreetsetest reeglitest tuleb mõista kui põhiseadusandja langetatud siduvaid otsuseid selle kohta, kuidas olulised esmatasandi moraali ja otstarbekuse kaalutlused rakenduvad reeglita määratud asjaoludel. Hoolimata äärealadel tekkida võivatest tõlgendamisprobleemidest, ei allu selliste reeglite kohtulik jõustamine ilmselgelt proportsionaalsuse analüüsile ega ühelegi muule moraalsete kaalutluste mõtestatud rakendamise meetodile.

Kuid tänapäevase inim- ja põhiõiguste praktika keskmes on teistsugused õigused. Nüüdisaegsed põhiseadused kehtestavad abstraktsed nõuded nagu õigus väljendusvabadusele, koosolekuvabadusele, usuvabadusele jne. Näib, et need õigused ei saa usutavalt olla samasuguse struktuuriga kui eespool loetletud konkreetsete õigused. Sellistel õigustel peavad ju olema mingid piirangud. Rahvast täis kinos pole õigust karjuda „Tulekahju!“ ega korraldada tipptunnil keset Champs Élysée'd spontaanset massimeeleavaldust. Kuidas tuleks need piirid kindlaks määrata?

Osaliselt pakuvad põhiseaduste tekstid lisateavet selle kohta, kuidas tuleks need piirid kujundada. Tekstilise ülesehituse vaatenurgast on kasulik eristada kolme lähenemisviisi õiguste piiridele.

Esimene tekstiline lähenemisviis on vaikida piirid maha. Ameerika Ühendriikide konstitutsiooni esimene *amendment* ütleb näiteks lihtsalt, et „Kongress ei võta vastu ühtegi seadust [...] mis piiraks väljendusvabadust [või] religiooni vaba väljendust“.¹⁰ Pole üllatav, et USA põhiõiguste kultuuri ainulaadseks

¹⁰ „Congress shall make no laws [...] abridging the freedom of speech [or] the free exercise of religion“. Võib-olla ka põhjustel, mis on seotud USA konstitutsiooni teksti ülesehitusega, leidub seal seisukoht, et kohtud, kelle ülesandeks on selliste sätete jõustamine, peaksid neid käsutama lühiviitena spetsiifilisematele reeglitele, mida kas oleks soovinud põhiseaduslik

omaduseks on käsitada õigusi kitsalt, et neist tuleks teha nii vähe erandeid kui võimalik.¹¹

Teine lähenemisviis on iseloomulik inimõiguste konventsioonidele ja peale Teist maailmasõda vastu võetud põhiseadustele. Selle ajajärgu õiguste kodifitseeringutele on iseloomulik õiguste sätestamine kahes osas. Sätte esimene osa määrab kindlaks õiguse kaitseala. Teine osa kirjeldab õiguse piire, määrates tingimused, mille täitmise korral on õiguse riive õigustatud. Näiteks sätestab Euroopa inimõiguste konventsiooni artikkel 10:

„Igaühel on õigus väljendusvabadusele [...]; nende vabaduste kasutamise [...] kohta [võidakse] seaduses ette näha formaalsusi, tingimusi, piiranguid või karistusi, mis on demokraatlikus ühiskonnas vajalikud riigi julgeoleku, territoriaalse terviklikkuse või ühiskondliku turvalisuse huvides, korratuste või kuritegude ärahoidmiseks, tervise või kõlbluse või kaasinimeste maine või õiguste kaitseks, konfidentsiaalse teabe avalikustamise vältimiseks või õigusemõistmise autoriteedi ja erapooletuse säilitamiseks.“

Samamoodi on Saksa *Grundgesetz*'i artikli 2 lõikes 1 öeldud: „Igaühel on õigus oma isiksuse vabale eneseteostusele niivõrd, kuivõrd ta ei riku teiste õigusi, põhiseaduslikku korda ega kõlblusreegleid.“

Esimene osa määrab kaitstavate huvide ala, milleks on antud juhul kõik need huvid, mis on seotud vastavalt väljendusvabaduse või isiksuse vaba eneseteostusega. Teine osa kehtestab tingimused, mille korral nende huvide riive võib olla õigustatud: „piirangud [...] mis on demokraatlikus ühiskonnas vajalikud“ ja „kuivõrd ta ei riku teiste õigusi, põhiseaduslikku korda ega kõlblusreegleid“. Põhiseaduspärasuse analüüsi esimene samm seisneb tavaliselt selle kindlakstegemises, kas mingi akt riivab õiguse kaitseala. Kui riivab, siis on tegemist õiguse *prima facie* rikkumisega. Teise sammuna tuleb välja selgitada, kas seda riivet saab õigustada piiriklausli alusel. Ainult juhul, kui seda ei saa teha, on tegemist õiguse definitiivse rikkumisega.

seadusandja või mis peegeldavad poliitilise kogukonna sügavat ajaloolist konsensust. Kui kohtud ei leia sellist konkreetset ja spetsiifilist reeglit, peaks seadusandjal olema vabadus seadustada mida iganes ta vajalikuks peab.

¹¹ F. Schauer. Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture. – European and US Constitutionalism. G. Nolte (ed.). Cambridge: Cambridge University Press 2005. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511493904.004>. Vt ka C. Fried. Right and Wrong. Cambridge, London: Harvard University Press 1978. DOI: <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674332508>.

Kuigi terminit „proportsionaalsus“ ei ole üldjuhul pärast Teist maailmasõda vastu võetud põhiseaduste piiriklauslites kasutatud, on kohtud aja jooksul hakanud seda tüüpi piiriklausleid tõlgendama praktiliselt ühetaoliselt kui proportsionaalsuse analüüsi nõuet. Proportsionaalsuse nõue on seaduslikkuse nõude kõrval, mille kohaselt peavad üksikisikule mis tahes negatiivset mõju avaldavad piirangud olema sätestatud seaduses, peamine, otsustamaks, kas õiguse kaitseala riive on õigustatud.

Kolmandat lähenemisviisi väljendavad hiljutised õiguste kodifitseeringud, mis tunnistavad ja tunnustavad äsja kirjeldatud arengut ning kipuvad asendama õigusspetsiifilised piiriklauslid üldise ühetaolise piiriklausliga.¹² Näiteks Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikli 52 lõike 1 teises lauses on öeldud, et „[p]roportsionaalsuse põhimõtte kohaselt võib piiranguid seada üksnes juhul, kui need on vajalikud ning vastavad tegelikult liidu poolt tunnustatud üldist huvi pakkuvatele eesmärkidele või kui on vaja kaitsta teiste isikute õigusi ja vabadusi“.

(2) Õiguste seost proportsionaalsuse testiga on põhjalikult analüüsinud Robert Alexy.¹³ Alexy järgi on põhiõiguste kataloogidele iseloomulikud abstraktsed õigused – printsüübid. Printsüübid, nagu Alexy neid mõistab, nõuavad millegi võimalikult ulatuslikku realiseerimist tingimustel, mida võimaldavad vastassuunalised põhjused. Printsüübid on struktuurilt väärtustega ekvivalentsed. Väärtushinnangud saab ümber sõnastada printsüübilisteks otsustusteks (*statements of principle*) ja vastupidi. Võib öelda, et privaatsus on väärtus või et privaatsus

¹² Kanada õiguste ja vabaduste harta art 1 näeb ette, et õigustele võidakse kehtestada „selliseid seaduses sätestatud mõistlikke piiranguid, mida vabas ja demokraatlikus ühiskonnas saab tõendatavalt õigustada“ („such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society“). Lõuna-Aafrika põhiseaduse arts 36 on öeldud, et õigusi võib piirata „üldkehtiva seadusega niivõrd, kuivõrd piirang on mõistlik ja õigustatud inimväärikusel, võrdsusel ja vabadusel rajanevas avatud ja demokraatlikus ühiskonnas, võttes arvesse kõiki asjakohaseid tegureid, sealhulgas (a) õiguse olemust; (b) piirangu eesmärgi olulisust; (c) piirangu olemust ja ulatust; (d) seost piirangu ja eesmärgi vahel; (e) vähem piirava vahendi olemasolu eesmärgi saavutamiseks“ („in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including – (a) the nature of the right; (b) the importance of the purpose of the limitation; (c) the nature and extent of the limitation; (d) the relation between the limitation and its purpose; and (e) less restrictive means to achieve the purpose“).

¹³ R. Alexy. A Theory of Constitutional Rights. Oxford, New York: Oxford University Press 2002. Järgnevad leheküljed tuginevad suures osas järgmisele artiklile: M. Kumm. Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. – International Journal of Constitutional Law 2 (2004), lk 574–596. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/2.3.574>.

on printsiip. Ütle misega, et midagi on väärtus, ei ole veel midagi öeldud selle väärtuse suhtelise prioriteedi kohta abstraktselt ega konkreetses kontekstis teiste väärtustega. Printsiibilised otsustused väljendavad „ideaalset peandumist“ (*ideal ought*). Samamoodi nagu väärtushinnangud ei ole need veel, nagu Alexy ütleb, „seotud faktilise ja normatiivse maailma võimalustega“. Proportsionaalsuse test on vahend, mille abil väärtused seotakse normatiivse ja faktilise maailma võimalustega. Alati siis, kui printsiibi ja vastassuunaliste põhjuste vahel on konflikt, annab proportsionaalsuse test meie käsutusse kriteeriumid, mille abil saab kindlaks teha, millised põhjused on antud asjaoludel esimuslikud. Proportsionaalsuse test annab analüütilise struktuuri, hindamiseks, kas printsiibi realiseerimisele konkreetses olukorras seatud piirid on õigustatud.

Proportsionaalsuse test ei ole pelgalt mugav pragmaatiline vahend, mis aitab luua õigusliku analüüsi jaoks teoreetilise struktuuri. Kui õigused printsiipidena sarnanevad väärtushinnangutega, kujutab proportsionaalsuse struktuur endast analüütilist raamistikku vajalike ja piisavate tingimuste hindamiseks, mille esinemise korral jääb (subjektiivne) õigus võrreldes konkureerivate kaalutlustega peale, muutes selle esmatasandi poliitilise moraali küsimuseks. Õigust puudutav põhjendus on põhjendus selle kohta, kuidas konkreetne väärtus seostub nõuetega asjaoludele. See eeldab üldist praktilist argumentatsiooni.¹⁴

Näide Euroopa Inimõiguste Kohtu praktikast illustreerib, kuidas proportsionaalsuse analüüs toimib õigustest tulenevate nõuete lahendamisel.

Kaebajad kohtuasjas *Lustig-Prean ja Beckett vs. Ühendkuningriik*¹⁵ kaebasid, et nende seksuaalse sättumuse uurimine ja kuninglikust mereväest vabastamine ainuüksi põhjusel, et nad on homoseksuaalid, rikkus Euroopa inimõiguste konventsiooni (EIÕK) artiklit 8. Artikkel 8 sätestab asjakohases osas järgmist:

„Igaühel on õigus sellele, et austataks tema era- [...] elu. [...] Ametivõimud ei sekku selle õiguse kasutamisse muidu, kui kooskõlas seadusega ja kui see on demokraatlikus ühiskonnas vajalik riigi julgeoleku [...] huvides, [...] korratuse [...] ärahoidmiseks [...]“

¹⁴ Kui juriidiline argumentatsioon on üldise praktilise argumentatsiooni erijuhtum (vt R. Alexy. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Clarendon Press 1989), siis on õigusi kui printsiipe puudutav argumentatsioon juriidilise argumentatsiooni erijuhtum, mis sarnaneb rohkem üldise praktilise argumentatsiooniga ilma juriidilise argumentatsiooni eritunnusteta.

¹⁵ Euroopa Inimõiguste Kohtu otsus, 27.09.1999, 31417/96 ja 32377/96, *Lustig-Prean ja Beckett ning Smith ja Grady vs. Ühendkuningriik*.

Kuna valitsus oli nõustunud, et kaebajate õigust eraelu austamisele oli riivatud – esines õiguse *prima facie* rikkumine –, oli küsimus vaid selles, kas riive oli õigustatud või kujutas riive endast mitte pelgalt *prima facie*, vaid õiguse definitiivset rikkumist. Valitsuse tegevus oli kooskõlas riiklike seaduste ja Euroopa Ühenduse kohalduva õigusega ning vastas seega seaduslikkuse nõudele. Küsimus oli selles, kas valitsuse tegevust lubav seadus kvalifitseerub demokraatlikus ühiskonnas vajalikuks. Kohus tõlgendas seda nõuet sisuliselt proportsionaalsuse testi kehtestamisena. Alljärgnev on rekonstrueeritud ja kokkuvõtlik ülevaade kohtu põhjendustest.

Esimene küsimus, mille kohus esitas, oli legitiimse eesmärgi olemasolu kohta. Seda nõuet on suhteliselt lihtne täita juhtudel, kui konstitutsiooni sätte ei piiritle üksikasjalikult neid eesmärke, mida peetakse legitiimseteks konkreetse õiguse riivete õigustamisel. Käesoleval juhtumil konstitutsiooni sätte piiras eesmärke, mida peetakse legitiimseks eraelu riivamise õigustamisel. Ühendkuningriik pakkus siin homoseksuaalide relvajõududes teenimise keelamise õigustusena välja relvajõudude moraali, võitlusjõu ja operatiivse tulemuslikkuse säilitamise – eesmärgid, mis on selgelt seotud riikliku julgeolekuga.

Järgmine küsimus on, kas homoseksuaalide relvajõududes teenimise keelamine on sobiv vahend legitiimse otstarbekuseesmärgi edendamiseks. See on empiiriline küsimus. Vahend on sobiv, kui see tegelikult edendab valitsuse deklareeritud otstarbekuseesmärki. Käesoleval juhul näitas valitsuse tellitud uuring, et kui end avalikult homoseksuaalideks tunnistanud isikud teenisid relvajõududes, seisaks need silmitsi integratsiooniprobleemidega. Ehkki kohus oli nende probleemide tõsiduse suhtes skeptiline, tunnistas ta, et kui homoseksuaalidel lubatakse relvajõududes teenida, võiks tekkida mõningaid integratsiooniprobleeme. Seda olukorda arvestades ei olnud kahtlust, et empiirilisel leeveneksid need probleemid märkimisväärselt kui mitte täielikult, kui homoseksuaalid relvajõududest täiesti välja jätta.

Keerulisem küsimus oli, kas homoseksuaalide relvajõududes teenimise keelustamine on vajalik. Meede on vajalik ainult siis, kui soovitava otstarbekuseesmärgi saavutamiseks pole olemas vähem piiravat, kuid sama tõhusat meetet. See test hõlmab USA riigiõiguslastele tuntud nõude, et soovitava otstarbekuseesmärgi saavutamiseks peab meede olema „kitsalt kohandatud“ (*narrowly tailored*), kuid ulatub kaugemale. Vajalikkuse nõue sisaldab „kitsalt kohandatud“ nõuet, sest iga meede, mis ei läbi kitsendavalt kohaldamise testi, ei vasta ka vajalikkuse nõudele. See ulatub aga kaugemale „kitsalt kohandatud“ nõudest,

kuna võimaldab arvesse võtta alternatiivseid vahendeid, selle asemel et rõhutada probleemi lahendamiseks valitud vahendite kitsendamist ja piiramist. Kõnealusel juhul tõusis küsimus, kas distsiplinaarmedetega tagatud käitumisjuhiseid, mis oleksid kindlasti vähem piiravad, võiks pidada sama tõhusaks. Lõppkokkuvõttes leidis kohus, et kuigi distsiplinaarmedetega tagatud käitumisjuhised võiksid märkimisväärselt aidata kaasa integratsiooniprobleemi lahendamisele, olid valitsusel mõjuvad põhjused asuda seisukohale, et see ei oleks piisav, et seda saaks pidada täielikule keelule võrdväärselt tõhusaks alternatiiviks.

Lõpuks pidi kohus hindamiseks, kas meede oli kitsamas tähenduses proportsionaalne, rakendama kaalumistesti (*balancing test*). Kaalumistest kujutab endast selle kohaldamist, mida Alexy nimetab kaalumisseaduseks (*Law of Balancing*): „mida suurem on ühe printsiibi rahuldamata jätmise või kahjustamise määr, seda tähtsam peab olema teise rahuldamine“¹⁶.

Briti relvajõududest vabastatud homoseksuaalsete sõdurite puhul on otsustav küsimus, kas homoseksuaalide relvajõududes teenimise keelamisega saavutatud moraali, võitlusjõu ja operatiivse tulemuslikkuse suurendamine õigustab kaebaja eraelu riive ulatust või on see ebaproportsionaalne. Kohus tugines ühelt poolt sõdurite eraelu riive tõsidusele, arvestades, et seksuaalne sättumus puudutab üksikisiku eraelu kõige intiimsemaid külgi. Teisest küljest oleks relvajõudude töö häirimine ilma sellise regulatsioonita olnud ennustuse järgi suhteliselt vähene. Kohus tõstis esile teiste Euroopa kaitsejõudude kogemusi, kes olid hiljuti avanud relvajõud homoseksuaalidele; Ühendkuningriigi armee edukat koostööd NATO liitlasvägede üksustega, kus teenisid teiste seas ka homoseksuaalid; käitumisjuhiste ja distsiplinaarmedetete kehtestamise võimalust sobimatu käitumise ennetamiseks ning ka edukat kogemust naiste ja rassiliste vähemuste relvajõududesse lubamisega, mis häiris üsna vähe. Kaalukausile asetatuna pidas Euroopa Inimõiguste Kohus Ühendkuningriigi meetmeid ebaproportsionaalseks ja väljaspool valitsuse mänguruumi (*margin of appreciation*) asuvaks ning leidis, et Ühendkuningriik rikkus EIÕK artiklit 8.

¹⁶ R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford, New York: Oxford University Press 2002, lk 102: „the greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other“. Alexy selgitab kaalumisseadust samaväärsuskõverate abil, kasutades meetodit, mida majandusteadlased kasutavad huvidevahelise asendussuhte väljendamiseks. Selline meetod aitab illustreerida analoogiat kaalumisseaduse ja kahaneva piirkasulikkuse seaduse vahel.

See näide illustreerib õigusi puudutava argumentatsiooni kahte iseloomulikku tunnust. Esiteks ei ole õiguse kandjal eriti palju kasu sellest, et tal on (subjektiivne) õigus. Täpsemalt ei tähenda asjaolu, et õiguse kandjal on *prima facie* õigus, veel seda, et tal oleks mingi eelis vastassuunaliste otstarbekuse kaalutluste ees. Õiguse kaitseala riive toimib üksnes päästikuna, mis vallandab riive õigustatuse hindamise. Kuid tõsiasi, et õigused ei ole selles mõttes trumbid, ei tähenda, et need ei tagaks tõhusat kaitset. See näide illustreerib, et praktikas võivad õigused isegi ilma sellise eelisjärguta olla muljet avaldavad relvad. Õigusi puudutava argumentatsiooni teine iseloomulik tunnus on sama mündi teine külg. Kuna tõdemuse tähtsus, et meede riivab õigust, on suhteliselt väike, keskendub õiguste järelevalve üldiselt riive õigustustele. Lisaks pakub proportsionaalsuse analüüsi neljaosaline struktuur enam kui individuaalselt vajalike ja kollektiivselt piisavate tingimuste kontrollnimekirjana toimivat skeemi, mis määrab kindlaks, kas riive õigustusteks esitatud põhjused on konkreetseid tehilolusid arvestades head põhjused. Õiguste riivete õigustatuse hindamine on juhtudel, kui põhiseadus ei anna täiendavaid ega täpsemaid juhiseid, enamjaolt struktureeritud praktilise argumentatsiooni kasutamine ilma paljude piiravate tingimusteta, mis muidu iseloomustavad juriidilist argumentatsiooni. Sellel mudelil põhinev õigusi puudutav argumentatsioon jagab järelikult ratsionaalse otstarbekuse hindamise olulisi struktuurilisi omadusi.¹⁷ Proportsionaalsuse test varustab meid niisiis üksnes struktuuriga akti põhjendamiseks üldise mõistlikkuse seisukohast.

(3) Sellisel viisil õiguste kujutamine aitab selgitada veel üht tänapäevase inim- ja põhiõiguste praktika laialdaselt levinud omadust, mille peatume vaid lühidalt. Kui selle, et sul on (subjektiivne) õigus, tagajärjeks on üksnes positsioon, mille tugevuse konkreetses kontekstis määrab proportsionaalsuse analüüs, puuduvad ilmselgelt põhjused määratleda õigustena kaitstavate huvide ulatust kitsalt. Kas mitte kõik avaliku võimu organite aktid, mis puudutavad üksikisikuid, ei peaks vastama proportsionaalsuse nõudele? Kas proportsionaalsuse test ei anna

¹⁷ See ei tähenda, et need kaks oleksid identsed. Materiaalse õiguste analüüsi ja üldise otstarbekohasuse hinnangu vahel on vähemalt neli erinevust. Esiteks ei pea kohtud konkureerivaid otstarbekohasuse ettepanekuid tegema ega neid hindama, vaid peavad üksnes hindama, kas teiste institutsioonide tehtud valikud on õigustatud. Teiseks hindavad kohtud otstarbekohasuse põhjendatust üksnes niivõrd, kui võrd see puudutab subjektiivse õiguse kaitseala. Kolmandaks eksisteerivad sageli spetsiifilised põhiseaduslikud reeglid põhiõiguste piiride kohta või varasem kohtupraktika, millest tulenevad reeglid, mis fikseerivad tingimuslikud eelistused (*conditional relations of preference*). Neljandaks jätab proportsionaalsuse analüüs teistele institutsioonidele ruumi otsuste tegemiseks. Euroopa Inimõiguste Kohus nimetab seda mänguruumiks.

meie käsutusse mitte üldist eesmärgi testi, tagamaks, et avalik võim võtaks üksikisikuid ja nende huve tõsiselt ning tegutseks ainult mõjuval põhjusel? Pole üllatav, et proportsionaalsusele orienteeritud inim- ja põhiõiguste praktika üks tagajärg on selle tähelepanuväärne ulatus. Õigustena kaitstud huvid ei piirdu õiguste klassikalise kataloogiga, nagu kitsas mõttes väljendus-, koosoleku- ja usuvabadus ning eraelu puutumatus. Selle asemel kallutab proportsionaalsuse analüüsi levik lisama *prima facie* kaitset pakkuvate õiguste hulka kõikvõimalikke vabadusega seotud huve. Näiteks tunnustas Euroopa Kohus kutsevabadust osana Euroopa Liidu liikmesriikide ühisest põhiseaduslikust pärandist, võimaldades sel moel allutada märkimisväärse hulga sotsiaalseid ja majanduslikke norme proportsionaalsuse analüüsile. Euroopa Inimõiguste Kohus käsitab EIÕK artikliga 8 tagatud eraelu puutumatus ekspansiivselt ning Saksa Liidukonstitutsioonikohus peab igasugust vabadusega seotud huvi *prima facie* kaitse alla kuuluvaks õiguseks. Saksamaal tõlgendatakse õigust isiksuse vabale eneseteostusele üldise vabadusõigusena, mida mõistetakse õigusena teha või mitte teha mida iganes. Saksa Liidukonstitutsioonikohus on otsustanud hõlmata sellised igapäevased asjad nagu õigus ratsutada hobusel läbi avaliku metsa, õigus süüa tuvisid avalikul väljakul või õigus kaubelda kindlat tõugu koertega. Sel viisil kasutatakse inim- ja põhiõiguste keelt, et allutada praktiliselt kõik avaliku võimu organite aktid, mis mõjutavad üksikisikute huve, proportsionaalsuse järelevalvele ja seeläbi üldisele mõistlikkuse testile.¹⁸

II. Õiguste mõte: Sokraatilisest vaidlustamisest õiguslik institutsionaliseerimine

Kuid mis mõte on anda kohtutele volitused otsustada peaaegu kõigi otstarbekohasuse küsimuste üle tingimusel, et need on ratsionalistliku inimõiguste paradigma järgi tunnustatud õigusi puudutavateks küsimusteks?

(1) Põhiseaduslikkuse järelevalve tarkuse mõistatusel on struktuuriliselt palju ühist sokraatilisest tarkuse mõistatusega sellisel kujul, nagu see avaldub Platoni varastes dialoogides. Nii nagu Sokrates käis ringi ja püüdis sundida Ateena

poliitilisest *establishment*'i debateerima õigluse põhiküsimuste üle ja selle üle, mida tähendab elada oma elu hästi, nii püüavad konstitutsioonikohtud õigustada oma rolli avalikus elus.

Viitamine autoriteedile ei lahenda, vaid süvendab seda mõistatust. On tõsi, et Sokratese puhul nägi Delfi oraakel ette, et Sokrates on kõige targem inimene.¹⁹ Samamoodi on põhiseadustes ja Euroopa inimõiguste õiguses siduvalt kindlaks määratud kohtud, kellele on antud positiivse õigusega viimase sõna õigus inim- ja põhiõigusi puudutavates küsimustes, tõenäoliselt uskudes, et on parem anda see ülesanne just neile kui kellelegi teisele. Kuid mõistatus jääb alles. Kuidas saab neil instantsidel olla õigus? Kas see on mõistlik? Selles on küsimus. Sokrates, ametilt käsitöeline, eitab, et tal oleks mingeid eriteadmisi õigluse või millegi muu kohta. Ta ei ole ega väida end olevat selline filosoof-kuningas, keda Platon kirjeldab hiljem kui vabariigi ideaalset riigimeest.²⁰ Tegelikult korrutab ta järjekindlalt, et ainus, mida ta teab, on see, et ta midagi ei tea. Samamoodi ei ole ka põhiseaduskohtutele ega inimõiguste kohtutele, kus töötavad väljaõppinud juristid, antud eriteadmisi selle kohta, mida nõuab õiglus, ning konstitutsioonikohtunikud taanduvad üldjuhul mõtte ees, et nad peaksid endast kujutama filosoofekuningaid,²¹ sest nad annavad endale aru oma piiratud oskusest. Ainuke asi, mille kohta võivad kohtunikud usutavalt väita, et nad seda teavad, on seadus. Irooniliselt kombel on see enam-vähem sama, mis öelda, et nad ei tea midagi, sest ratsionalistliku inimõiguste paradigma raames annab seadus – kui mõistame seda kui siduvalt kehtestatud normikogumit, mis suunab ja piirab kohtumõistmist – tavaliselt väga vähe juhiseid konkreetsete õigustest tulenevate nõuete lahendamiseks. Nii nagu pole põhjust arvata, et tagasihoidliku tausta ja positsiooniga mees nagu Sokrates oli kõige targem inimene, näib puuduvat ka põhjus arvata, et juristidega mehitatud kohtud on sobivad lõppotsustajad vaieldavates õigusi puudutavates küsimustes, kui nad seavad kahtluse alla demokraatlikult vastutavate poliitiliste võimuorganite otsused, mida langetades on läbi käidud proportsionaalsuse testi pakutav kontrollnimekiri.

¹⁹ Platon. Apoloogia, 21a.

²⁰ Nagu Vlastos osutab, on ainult keskmiste ja hilisemate dialoogide Sokratesel välja töötatud keerukad teooriad metafüüsika, epistemoloogia, teaduse jms kohta.

²¹ Väidetavalt ei muutnud kohtunikke Ronald Dworkini kohtumõistmiskäsitluse suhtes miski umbusklikumaks kui Dworkini väide, et õigusemõistmine eeldab pooljumalikku Heraklese-laadset intellektuaalset tööd, vt eriväljaanne Dworkini kohta: International Journal of Constitutional Law 1 (2003), No 4. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/1.4.555>.

¹⁸ Argumendi kohta, et ka Euroopa Kohtu inimõigustealane kohtupraktika sobib ratsionalistliku inimõiguste paradigmaga, vt M. Kumm. Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm. – The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Treaty of Rome. M. P. Maduro, L. Azoulay (eds.). Oxford, Portland: Hart 2010, lk 106–118. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781472564979.ch-011>.

Kuid võib-olla peitub Sokratese ja konstitutsioonikohtunike eriline tarkus mitte selles, mida nad teavad õigluse või otstarbekuse teooriatest, vaid küsimustes, mida nad oskavad küsida teistelt, kes on – vähemalt *prima facie* – targemad. Kuigi Sokrates peetakse kõige targemaks inimeseks, läheb ta ometi ja otsib üles need, kes näivad olevat temast targemad, ja uurib nende väiteid. Alles kohates neid, keda peetakse targaks või kes peavad iseennast targaks, hakkab Sokrates mõistma, miks oraaklil oli õigus, kui ta nimetas teda kõige targemaks inimeseks. Sokraatiline küsitlemine paljastab palju mõtlematust, labasust, kokkuleplust või jõhkrat võimuga kauplemist, mis küll püüab maskeeruda tarkuseks, kuid kukub kokku nagu kaardimaja, kui küsida õigustuste järele. Sokratese suhteline tarkus seisneb selles, et ta ei arva, et ta teab midagi, kui ta tegelikult ei tea, samas kui teised arvavad, et nad teavad midagi, kuigi, nagu selgub, tegelikult ei tea.

Siinkohal on kasulik heita pilk sellele, mida Platoni varaste dialoogide Sokrates tegelikult teeb. Kuidas täpselt ta teisi kaasab? Esiteks on Sokrates küllaltki tüütu tegelane, kes nõuab lugupeetud *establishment*'i esindajatelt, eelkõige riigimeestelt,²² nende seisukohta kõikjal, kus ta satub nendega vestlema sellest, mis nende meelest on hea või õiglane, isegi kui nad seda ise ei taha või on sellest tüdinud. Mõnes dialoogis vestluspartner lõpuks põgeneb, mõnes teises alistub küüniliselt ning vastab „Jah“ kõigele, mida Sokrates ütleb, selleks et vestlus kiiremini lõpetada. Sokrates sunnib teistele peale kindlat tüüpi küsimusepüstitusi. Teiseks on Platoni varastele dialoogidele iseloomulik sokraatiline meetod *elenchus*.²³ Üldises tähenduses on *elenchus* „isiku küsitlemine tema väite kohta, esitades talle lisaväiteid nõudvaid küsimusi lootuses, et need määravad tema esimese väite mõtte ja tõeväärtuse“²⁴. Sokraatiline *elenchus* on vastandav ja sarnaneb risküsitlusega. Sokratese roll väitluses pole enda väite kaitsmine, vaid üksnes vestluspartneri väite uurimine. Ta tegutseb peamiselt küsitlejana, uurides eeltingimusi ja järeldusi, mis tulenevad eeldustest, mida teine pool aktsepteerib, et teha kindlaks, kas need on vastuolulised või usutavad. Sokrates ei tea ise midagi, kuid ta soovib teada, mis põhjused on teistel uskuda, et nende esitatud väited

vastavad tõe. Ta testib teiste isikute vaadete koherentsust. Kolmandaks, kuigi Sokrates teeb seda, mida ta teeb, avalikes kohtades, toimub see siiski väljaspool tavapärasest demokraatliku poliitika praktikast. Tema poolt harrastatavat avalikku argumentatsiooni on, nagu ta ise väidab,²⁵ võimatu jätkata, kui tulevad mängu tavapärase demokraatliku poliitika huvid ja kired.

Seda sorti sokraatilisest kaasamisest on ühiseid jooni kohtu vahekorraga teiste avaliku võimu organitega. Esiteks sunnivad kohtud avaliku võimu organeid osalema põhjendamisprotsessis. Avaliku võimu organid peavad end kaitsma, kui kaebaja pöördub kohtusse väitega, et tema õigusi on rikutud. Samamoodi nagu Sokratese vestluspartnerid asetatakse nad rambivalgusesse ja kaasatakse protsessi, mida nad muud oleks ilmselt vältinud. Teiseks on kohtu ja avaliku võimu organite vahekorra mõned jooned silmatorkavalt sarnased Sokratese *elenchus*'ega.²⁶ Kohtumenetluse keskmes on argumentide uurimine, seda nii kirjalikus menetluses, kus vaidluse pooled saavad esitada kõik asjakohased argumendid, piiratud määral ka suulises menetluses, kus see on olemas, kui ka lõplikus kohtuotsuses. Peale selle on argumentide uurimise protsessi osalisteks need, kes argumente esitavad. Kohtu roll seisneb küsimuste – eriti proportsionaalsuse testi nelja osa puudutavate küsimuste – esitamises ja poolte antud vastuste koherentsuse hindamises. Kohtud ei keskendu keerukate teooriate aktiivsele konstrueerimisele,²⁷ vaid oluliselt tavapärasemale tegevusele, mis seisneb teiste esitatud argumentide hindamises, et teha kindlaks nende usutavus. Kolmandaks toimub kaasamine avalikus menetluses, mis lõpeb avaliku kohtuotsusega, samal ajal kui kohtuniku sõltumatust tagavad institutsionaalsed reeglid kaitsevad kohtumenetlust tavapärase poliitilise protsessi surve eest.²⁸

²² Platon. Apoloogia, 21c.

²³ Põhjalikku analüüsi vt G. Vlastos. The Socratic Elenchus. – Oxford Studies in Ancient Philosophy 1 (1983), lk 27–58.

²⁴ R. Robinson. Plato's Earlier Dialectics. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press 1953, 2. ptk: „examining a person with regard to a statement he has made, by putting to him questions calling for further statements, in the hope that they will determine the meaning and the truth value of his first statement“.

²⁵ Platon. Apoloogia, 31c–32a.

²⁶ Ma ei väida, et Sokratese elenktiline põhjendamine oleks üldjoontes samasugune nagu proportsionaalsuse analüüs või et risküsitlus mängiks olulist rolli põhiseaduskaebuste lahendamisel. Väide seisneb hoopis selles, et kohtud ja varajane Platoni Sokrates osalevad praktikast, kus nad kutsuvad teisi üles oma väiteid põhjendama ja hindavad nende põhjenduste sisemist konsistentsi ja koherentsust. See on nende kahe praktika puhul ühine. Seda, kuidas „Gorgias“ lasi Platon Sokratesel kirjeldada erinevust oma toimimisviisi ja kohtumenetluse vahel, vt Platon. Gorgias, 471e–472c, 474a, 475e.

²⁷ See ei tähenda, et kunagi ei esineks olukordi, kus teoreetiline keerukus on vajalik.

²⁸ Huvitaval kombel asub kõrgeim kohus sageli geograafiliselt mitte poliitilise võimu keskuses, vaid provintsis. Euroopa Kohus asub unises Luksemburgi hertsogiriigis, mitte Euroopa poliitilise võimu keskuses Brüsselis. Euroopa Inimõiguste Kohus paikneb Strasbourgis, mis ei ole Euroopa pealinn. Saksa Liidukonstitutsioonikohus asub Karlsruhe, mitte Berliinis. Teisest küljest ei ole ma teadlik ühestki Euroopa riigist, mille kõrgeimad poliitilised organid

(2) Kuid isegi kui Platoni varastes dialoogides kirjeldatud sokraatilise vaidlustamise ja kohtute praktika vahel võtta avaliku võimu organid õigustel põhinevate nõuete esitamise korral pihtide vahele on olulisi struktuurseid sarnasusi, siis millist tulu sellest praktikast tõuseb? Sokrates väitis, et viis, kuidas ta oma elu elas – tema lakkamatu kriitiline küsitlemine – oleks pidanud tooma talle aukoha Ateenas. Ta väidab, et ta on Ateena elanike jaoks justkui parm suursuguse, kuid loiu hobuse jaoks.²⁹ Veendes ateenlasi, et nad on teadmatuses asjadest, mida nad arvavad teadvat – ajades neid segadusse ja mõnikord oma vestluspartnereid tuimestades nagu elektrirai³⁰ – tekitab Sokrates olukorra, kus võib-olla hakatakse suurema tõsidusega otsima tõde, sest valed veendumused ei toida enam võltsi enesega rahulolu. Teadmiste tõttu, mida tema kriitiline küsitlemine päevavalgele toob, kirjeldatakse teda ämmaemandana, kes aitab sünnitada teadmisi, mis oleksid muidu jäänud välja arendamata või sootuks varju. Aga miks on põhjendamise ja tõe otsimise praktika säilitamine sedavõrd oluline? Mis on selles siis halba, kui eneseimetlejatest koosnev rahvas valitseb ennast demokraatlikult? Platoni filosoofia kohaselt peitub vastus ühelt poolt teadmiste poole pürgimise ja vooruse vahelises seoses ning teiselt poolt vooruse mitte teha teistele ülekohut keskses asendis. Sokrates rõhutab, et mida iganes sa ka ei teeks, sa ei tohi kunagi teha ülekohut. Hullem on ülekohut teha kui ülekohut taluda. Türranni elu on armetum kui nendel, keda türrann rõhub.³¹ Kui aga peamine on mitte teha ülekohut, siis kuidas vältida ülekohtu tegemist? Lihtne vastus oleks, et tuleb teada, mida õiglus nõuab. Paraku on aga selgunud, et teadasaamine, mida õiglus nõuab, polegi nii lihtne. Selles suhtes on palju erimeelsusi. Sokraatilise vaidlustamise vooruseks on, et see aitab elus hoida küsimust, mida õiglus nõuab, selleks et me ei teeks ülekohut teadmatuses.³²

Samamoodi on võimalik käsitleda kohtute inim- ja põhiõigustealase õigusemõistmise voorusi.

ei koonduks ühte linna. Ainus erand sellest reeglist on Euroopa Parlamendi laialdaselt kahtluse alla seatud Strasbourgi ja Brüsseli topeltasukoha kokkulepe.

²⁹ Platon. Apoloogia, 30e.

³⁰ Platon. Menon, 84.

³¹ Platon. Politeia, I raamat.

³² Nüüdisaegse poliitilise mõtte teoorias oli Hannah Arendt see, kes Sokratese ja Eichmanni kujude kaudu käsitles ühelt poolt seost õigluse ja mõtlemise ning teiselt poolt kurjuse ja mõtlematuse vahel, vt H. Arendt. *The Life of the Mind*. San Diego, New York, London: Harvest 1981, lk 3–16.

Esiteks kujutab juba ainuüksi kohtutele antud pädevus hinnata, kas avaliku võimu organite tegevuseks on mõjuvad põhjused, endast institutsionaliseeritud meeldetuletust, et igasugune liberaalses demokraatias rakendatav sunnimeede peab olema käsitatav kollektiivse mõistuse häälena selle kohta, mis on õiglane ja otstarbekas. Nii tuletatakse kõigile meelde, et õigusakti legitiimsus sõltub sellest, kas seda on võimalik õigustada selliselt, et seda võiksid mõistlikult aktsepteerida isegi need, kes peavad kandma kõige suuremat koormat. Iga midagi ratsionalistliku inimõiguste paradigma taolist rakendav kohtumenetlus, selle raames tehtud kohtuotsus ja esitatud arvamus on selle idee rituaalne kinnitus.

Teiseks ei ole sugugi välistatud, et praktikas toimib kohtumenetlus mõistlikul määral hästi, selleks et jõuda paremate tulemusteni. Kõige veenvam viis selle põhjendamiseks oleks analüüsida lähemalt piisavas hulgas õiguskordades juhuslikult valitud suurt hulka kaasuseid, mille esemeks oleks piisavalt lai valik teemasid. Sellise analüüsi tulemuseks võib olla poliitilise protsessi kõrvalekallete tüpoloogia, mida kohtud aitavad edukalt avastada ja päevakorda tõsta. See võib samas paljastada ka kohtumenetluse piirid ja puudused, kui kohtud ei suuda täita neile pandud ülesandeid. Kuid kõik see ei ole käesoleva artikli teema. Siinkohal oleme sunnitud piirduma mõnede üldiste tähelepanekutega, mis aitaksid muuta väite, et põhiseaduslikkuse järelevalve annab paremaid tulemusi, esmapilgul pisutki usutavamaks.

Selleks võib kõigepealt olla kasulik vastata veel ühele väitele, mille on esitanud Waldron ja Bellamy. Nende kahtlused põhiseaduslikkuse järelevalve abil parema tulemuse saavutamises ei tugine üksnes väitele, et põhiseaduslikkuse järelevalve olemus on häirivalt legalistlik. Nad väidavad ka üldiselt, et poliitiline protsess pakub sobiva koha, kus saab esitada kõrgetasemelisi argumente, nende üle arutleda ja neid hinnata. Waldron toob näiteks abordidebati ning võrdleb USA Ülemkohtu kesist põhjendust sisuka ja kõrgel tasemel parlamendidebatiga Ühendkuningriigis.³³ Waldron on oma näite hästi valinud. Esiteks keskendub ta kaasusele, kus USA Ülemkohtu³⁴ õiguslik põhjendus oli eriti puudulik ega veennud kedagi, kes polnud juba veendunud muudel põhjustel. Teiseks kirjeldab ta poliitilist protsessi Ühendkuningriigis, kus see toimus sedavõrd hästi, kui keegi võiks üldse loota, ja kus kõigi osaliste argumente hinnati hoolikalt. Waldronil on kahes asjas õigus:

³³ J. Waldron. *The Core of the Case against Judicial Review*. – *The Yale Law Journal* 115 (2006), lk 1346–1406. DOI: <https://doi.org/10.2307/20455656>.

³⁴ USA Ülemkohus, *Roe vs. Wade*, 1973, 410 US 113.

poliitiline protsess toimibki paljudel juhtudel hästi ja mõnedel juhtudel on kohtulik põhjendus kehv. Kuid väite kinnitamiseks oleks olnud kasulik valida võrdluseks USA osariikide tüüpilised abordi keelustamise debadid, mitte Ühendkuningriigis toimunud arutelu. Võib-olla oleks selgunud, et paljudes USA osariikides kehtivad seadused eksisteerivad eeskätt traditsiooniliste patriarhaalsete vaadete tõttu soorollidele, mille kohaselt on meestel keskne roll naiste seksuaalsuse kontrollimisel. Arvestades, et USA Ülemkohus oli nende eelarvamuste ja stereotüüpidega varem kokku puutunud, näiteks rasestumisvastaste vahendite kättesaadavuse asjas,³⁵ ei pruugi Ülemkohtu sekkumise vastane argument olla tugev, isegi kui oleks võinud loota paremini põhjendatud otsust. Ühendkuningriigi näide pakub vaid argumenti, kinnitamaks väidet, et kui tõsine, laiaulatuslik ja vastastikku lugupidav parlamentaarne arutelu on toimunud enne küsimuse otsustamist, on see kohtu jaoks hea põhjus suhtuda aupaklikult saavutatud tulemusse. Kuid selline järeldus on üsna lähedal tautoloogiale. Kui küpse liberaalse demokraatia tingimustes on toimunud laiaulatuslik, teadvustatud ja vastastikku lugupidav arutelu, siis põhinevad kõik saavutatud tulemused suure tõenäosusega mõjuvatel põhjustel ning väärivad ja tõenäoliselt ka saavad seetõttu õigust mõistvate kohtute aupakliku suhtumise osaliseks.

Palju kõnekam näide on Euroopa Inimõiguste Kohtu kaasus homoseksuaalide kohta relvajõududes, mis pärineb samuti Ühendkuningriigist. Sokraatilisest vaidlustamise mõjuvõimu mõistmiseks on tarvis eemalduda aruteludest operatiivse tulemuslikkuse ja moraali üle, mis domineerivad suure osa arvamuste puhul. Sokraatilisest vaidlustamisest tähtsus ei piirdu sellega, mida see esile toob, vaid hõlmab ka selle, mida ta alla surub. Miks läks nii, et homoseksuaalsuses kahtlustatavaid uuriti pealetükkivalt, ja kui kahtlustused leidsid kinnitust, siis vabastati nad ametikohalt väärilt? Spekuleerigem pisut. Mõned oletuslikud vastused, mida mõned relvajõududes juhtivatel kohtadel olevad isikud, ministriteeriumite ametnikud ja parlamendiliikmed võiksid avalikkuse valvsa pilgu eest varjule jäävatel otsekohesuse hetkedel anda, on järgmised: „Me pole siin kunagi homoseksuaale sallinud“; „Me kõik leiame, et siin pole kohta homoseksuaalidele“; „Me lihtsalt ei taha neid siia“; „Peded on vastikud“.³⁶ Kõik need argumentid, kui

soovite neid nii nimetada, rajanevad traditsioonil, kokkuleplusel ja eelistustel ning taastoodavad eelarvamusi. Peale selle oleks võinud mõned kristlased kooskõlas paljude – kuigi sugugi mitte kõigi – ametlike kirikuõpetustega pühakirjale toetudes väita, et homoseksuaalne praktika on jumalavastane ja pühaduse teotus. Need argumentid rajanevad sellel, mida mõned poliitilised filosoofid nagu Rawls nimetaksid hüve tervikkontseptsiooniks (*comprehensive conceptions of the good*). Inimõiguste riivete õigustamise praktika on oluline seetõttu, et seda tüüpi põhjuseid ei võeta arvesse. Need ei ole legitiimsed põhjused õiguste piiramiseks ega vasta proportsionaalsuse testi esimese astme tingimustele. Traditsioonid, kokkuleplused ja eelistused, olemata millegi enama osa, ei kujuta endast legitiimseid põhjuseid, millega õigustada kellegi õiguste riivet. Samamoodi pole seda teoloogilised käsitused selle kohta, kuidas elada elu ilma patuta – sõltumata sellest, kas tegemist on pühakirja usutava tõlgendusega või mitte. Nii nagu mõnedel tegelastel, kellega Sokrates tülitseb Platoni varastes dialoogides, on ka neil, kes esitavad sedalaadi põhjendusi, head põhjused hoida kõrvale sokraatilisest küsitlemisest. Olles sunnitud õigustama praktikat üldise mõistlikkuse seisukohast, tuleb osalejatel oma argumentid ümber orienteerida, mille tõttu tulevad puhastatud kujul esile hoopis operatiivse tulemuslikkuse ja moraaliga seotud argumentid. Kuid kui keskenduda ainult sedalaadi legitiimsetele põhjustele, siis võib juhtuda, et need osutuvad sageli ebapiisavaks, et õigustada meetmeid, mida nad peaksid õigustama, sest eraldi võetult osutuvad need kas mittevajalikeks või ebaproportsionaalseteks. Väga sageli seisneb proportsionaalsuse analüüsi mõtte mitte selles, et asendada sedasama kulude ja tulude analüüsi, mille seadusandja juba tegi, kohtuotsusega, vaid selles, et sõeluda välja põhjused, mis on konkreetse küsimuse puhul asjassepuutuvad, ning jätta kõrvale põhjused, mis seda pole, ja alles seejärel kontrollida, kas need legitiimsed põhjused õigustavad usutavalt avaliku võimu organite tegevust. Proportsionaalsuse analüüsi üks oluline funktsioon on töötada kui filter, mis aitab kindlaks teha, kas demokraatlik protsess võis mittelegitiimsetel põhjustel olla õiguste kandja kahjuks moonutatud.

On olemas veel üks mõtlematuse vorm, mida põhiseaduslikkuse järelevalve mõistlikult hästi tõrjub – nimetan seda ideoloogiliseks argumentatsiooniks, kuid saan seda siin üksnes lühidalt kirjeldada. Ideoloogiline argumentatsioon ei mänginud kohtuasjas *Lustig Preen vs. Beckett* mingit rolli. Kuid see mängib suurt rolli näiteks terrorismivastases võitluses võetud meetmete kontekstis. Ideoloogilise argumentatsiooni vajalik komponent on idee võimsast ja pahelisest vastasest, kelle vastu tuleb tõhusalt võidelda. Mõistagi pole kõik väited, et leidub võimas ja

³⁵ USA Ülemkohus, *Griswold vs. Connecticut*, 1965, 381 US 479.

³⁶ Mõistagi ei ole mulle teada, kui laialt levinud olid sellised meeleolud tolle aja Briti ohvitserikorpusel, ministriteeriumites või parlamendis. Ma üksnes eeldan, et Briti kontekst ei erinenud tol ajal radikaalselt vaadetest, mida kohtasin selle ja seotud küsimuste arutamisel, kui viibisin 1980ndatel ajateenistuses suhteliselt progressiivses Saksa *Bundeswehr*'is.

paheline vastane, kelle vastu tuleb tõhusalt võidelda, ideoloogilised. Sellised väited võivad peegeldada ka tegelikkust, nagu juhtus siis, kui Roosevelt mobiliseeris oma riigi võitluseks Natsi-Saksamaa vastu. Ideoloogilise mõtlemise iseloomulikeks tunnusteks on, et ohtu iseloomustatakse asjassepuutuvatele üksikasjadele suuremat tähelepanu pööramata ja et seda kaitstakse tõsiselt võetava järelevalve eest kas halvustamise või ähvardustega või saladuse hoidmise ettekäändel, seejuures korrutatakse järjekindlalt vastaste kurjust ja oma eesmärgi üllust. Lisaks peetakse pärimist väidetavalt vajalike vastumeetmete eesmärgi ja abinõu suhte järele nõrkuse või koguni vaenlasesse soosiva suhtumise märgiks. Ideoloogiline mõtlemine on iseloomulik totalitaarsetele diktatuuridele.³⁷ Kuid nagu viimase aja areng on näidanud, võib see vähemalt ajutiselt võtta võimust ka küpsetes demokraatlikes põhiseadusriikides, õõnestades neid ja manades esile õudusunenäo liberaaldemokraatliku põhiseadusriigi mandumisest valimisdiktatuuriks. Sellises sünges maailmas on ründesõjad õigustatud ennetavate löökidena, riigipea võib karistamatult lasta isikuid piiramatult kinni pidada, kuna tema volitus selleks tuleneb sellest, et tema ütleb nii, ja meetmeid, mida võib pidada piinamise näidisjuhtumiteks, ei arutata tagandamismenetluses ega rahvusvahelise kriminaalõiguse kontekstis, vaid neid kaitstakse avalikult kui „täiustatud ülekuulamistehnikaid“. Nii USA-s kui ka Euroopas lisandub üha enam kohtupraktikat, mis annab tunnistust ideoloogilise mõtlemise olemasolust terrorismisõja kontekstis. See näitab, kuidas põhiseaduslikkuse järelevalve võib ideoloogilist mõtlemist vähemalt mingil määral nõrgendada ja tuua tagasi pisutki reaalsustaju aruteludesse legitiimsete julgeolekumurede üle. Lisaks ei ole sugugi välistatud, et poliitiline kultuur, mis toetab õiguslikult institutsionaliseeritud sokraatilise vaidlustamise praktikat, on ideoloogilise mõtlemise eest paremini kaitstud kui poliitiline kultuur, mis kaldub ära needma igasugust erapooletut kolmanda osalise põhjendatud järelevalvet kui ebademokraatlikku ja elitaarset. Põhiseaduslikkuse järelevalve ei lahenda neil ja sarnastel juhtumitel ühiskondade ees seisvaid raskeid probleeme, mis tulenevad ideoloogilisest mõtlemisest ja seda iseloomustavast propagandast. Põhiseaduslikkuse järelevalve ei ole hoolimata oma väärtustest imerohi. Kuid põhiseaduslikkuse järelevalvel võiks olla oma osa kaalukausside tasakaalustamisel, et takistada vähemalt kõige hullemaid otstarbekusotsuseid ja pakkuda institutsionaalset tuge poliitilistele jõududele, kes püüavad neile vastu töötada.

³⁷ H. Arendt. *The Origins of Totalitarianism*. San Diego: Harvest 1985, lk 461–474.

Olen tuvastanud kolme tüüpi poliitilise protsessi kõrvalekaldeid, mille suhtes pole isegi küpsed demokraatiad üldjuhul immuunsed ja millele õigustel põhinev sokraatilise vaidlustamise praktika on usutavasti hea vastumürk. Esimene pahe on traditsioonidel, kokkuleplusel või eelistustel põhinev mõtlematus, mis põhjustab eri tüüpi kalduvust kas jätta tähelepanuta olemasolev ebaõiglus või tekitada uut ebaõiglust sellega, et uut tehnoloogiat ei tehta kättesaadavaks rühmadele, kes seda kõige rohkem vajavad. Teiseks leidub hüve vaatenurgast mittelegitiimseid põhjused, mis ei austa üldise mõistlikkuse piire ega aluseid, mis volitavad avaliku võimu organeid kasutama sunnimeetmeid. Kolmas on ideoloogia probleem. Ideoloogiliste väidete puhul on väide üksnes kaudselt seotud küsimusega, mis iseenesest on legitiimne. Kuid ideoloogilised väited ei suuda õigustada konkreetseid meetmeid, mida nendega õigustada püütakse, kuna neil väidetest puudub tegelikkuses kindel ja piisavalt konkreetne vundament ning need pole mõistlikult kohandatud eesmärgi ja abinõu suhtele.

Kokkuvõttes võib öelda, et sokraatilise vaidlustamise õiguslik institutsionaliseerimine aitab elus hoida ideed, et avaliku võimu organite tegevus peab olema arusaadav kui kollektiivse mõistuse hääle otsus selle kohta, mida õiglus ja otstarbekohasus eeldavad, et olla legitiimne. Sellel on tõenäoliselt distsiplineeriv mõju avaliku võimu organitele ja see aitab tugevdada ühiskondlikku usaldust kodanike seas. Teiseks aitab toimiv õigustel põhinev sokraatilise vaidlustamise praktika tõenäoliselt parandada tulemusi, sest selline vaidlustamine paneb tõhusalt proovile terve rea poliitilisi kõrvalekaldeid, mille suhtes ei ole isegi küpsete demokraatiate seadusandlus immuunne. Ilmselgelt ei õigusta käsitletud piiratud hulk näiteid ega esitatud piiratud arv argumente ammendavalt põhiseaduslikkuse järelevalvet kui sokraatilist vaidlustamist. Kuid praeguseks esitatud argumentidest, millest vähemalt mõni peaks olema kaalukas, võiks piisata, et näidata, miks teatavat tüüpi ratsionalistlikul inimõiguste paradigmat põhinev põhiseaduslikkuse järelevalve võiks olla atraktiivne. Üle jääb veel vaid uurida, kas seda tüüpi põhiseaduslikkuse järelevalve võib tekitada tõsiseid probleeme seoses demokraatliku legitiimsusega.

III. Sokraatiline vaidlustamine, ratsionaalne inimõiguste paradigma ja õiguse legitiimsus

On vähemalt kaks olulist erinevust selle vahel, mida varased Platoni dialoogid kirjeldasid Sokratesest tegevat, ning inim- ja põhiõigustele tuginevate nõuetega seoses õigusemõistmisel, mida teevad pärismaailma kohtunikud. Esiteks on Sokratese pühendumuses argumentatsioonile midagi kangelaslikku, samas kui sokraatilisest vaidlustamisest institutsionaliseerimine ei nõua kohtunikelt üldjuhul samasugust kangelaslikkust, nagu see oli iseloomulik Sokratesele. Sokratese uurimistele iseloomulik erapooletu hoiak ja pühendumus põhjuste esitamisele on kohtute puhul tagatud institutsionaalsete reeglite abil, mis garanteerivad suhtelise sõltumatuse otsesest poliitilisest survest. Kohtunikud paiknevad episteemilises keskkonnas, mis soosib, toetab ja kaitseb tõsiste poliitiliste tagasilöökidest just sellist vastandumisele orienteeritud praktikat, mille nimel Sokrates riskis eluga.³⁸ Teiseks, kuigi Sokrates võis alandada oma vestluspartnereid ja õõnestada nende autoriteeti, ei olnud tema tegevusel mingit otsest õiguslikku toimet. Kohtute tegevusel on seevastu õiguslik toime, kui nad tunnistavad kehtetuks inim- või põhiõigustega vastuolus olevaid sageli poliitilisi otsuseid. See tõstatab põhiküsimuse, kas vaatamata tulemuste parandamise väite usutavusele kahjustab sokraatilisest vaidlustamisest praktika õiguslik institutsionaliseerimine ülemäära demokraatlikku põhiseadusriiki.

1. Õiguste ja demokraatia suhe

Õiguste ekspansiivses käsitluses, nagu seda on ratsionalistlik inimõiguste paradigma, pole midagi uut. USA iseseisvusdeklaratsioonis on öeldud, et valitsuse mõte ja eesmärk on tagada üksikisikute õigused. USA konstitutsiooni loojad teadsid, et konkreetsed õigused, mis on loetletud *Bill of Rights*'is, ei kujutanud endast sugugi ammendavat kataloogi õigustest, mida põhiseadus peaks kaitsma.³⁹ Prantsuse revolutsioonilises traditsioonis käsitati õigusi suuresti ratsionalistliku inimõiguste paradigma võtmes. Prantsuse inim- ja kodanikuõiguste deklaratsioonis on sätestatud igapäevane võrdne õigus võrdsusele ja vabadusele. Valgustus-

ajastu traditsioonis, millest kasvas välja nüüdisaegne konstitutsionalism, määratakse piiratud valdkond, kuhu ei saa demokraatlikult sekkuda. Tõsi küll, tõelises vabariigis oli demokraatliku sekkumise põhiülesanne piiritleda üksikisikute vabadussfäär, võttes neid tõsiselt ja koheldes neid võrdsetena, edendades seejuures kõige paremal moel üldisi huve ja võimaldades kasutada vabadusi mõistlikul viisil. Seetõttu ei peetud demokraatiat üksnes õigustel rajanevaks, vaid ühe selle ülesandena nähti just õiguste üksteisest piiritlemist ja kujundamist. Seadusandlus, nagu näiteks *Code civil*'i vastuvõtmine, oli õiguste kujundamine ja ellurakendamine.

Seadusandja oligi inim- ja kodanikuõiguste deklaratsioonis väljendatud abstraktsete õiguste ainus kujundaja, tõlgendaja ja ellurakendaja. Kohtud ei mänginud algselt üldse mingit rolli küsimuse otsustamisel, kuidas piiritleda vabaduse ja võrdsuse sisu konkreetsel juhtumil. *Ancien régime*'i osana diskrediteeritud kohtud – *noblesse de robe* – pidid toimima „seaduse suudena“, jõustades vaid seadusandja poolt kehtestatud ja omamata mingit iseseisvat põhiseaduslikku rolli. Õigusi ja demokraatiat ei käsitatud pinevussuhtes olevana, vaid teineteist vastastikku toitvatena. Õigused vajasisid kujundamist ja ellurakendamist demokraatliku seadusandja poolt ning viimase võimuvolitused seisnesid ainult selles, et väljendada pühendumust igapäevase õigusele olla koheldud vaba ja võrdsena. Õigused ja demokraatia olid võrdselt olulised ja teineteisest sõltuvad. Demokraatlikud tegevused, mida ei saanud käsitada õiguste kujundamise ega ellurakendamiseks – näiteks ühtainsat religiooni ainsa õige religioonina määratlev seadus –, olid samamoodi illegitiimsed nagu õiguste mittedemokraatlik kujundamine ja ellurakendamine. Üksikisikute põhiõigustesse oli lubatud sekkuda ainult seadusandjal, keda õigused seejuures ühtlasi abstraktselt suunasid ja piirasid.⁴⁰

Selgub, et ratsionalistlik inimõiguste paradigma pole midagi muud kui selle idee konstitutsionaliseerimine. Õiguste kontseptsiooni tasandil ei sisalda ratsionalistlik inimõiguste paradigma midagi radikaalset ega uut. Teise maailmasõja järgne konstitutsionalism on toonud uue aspektina sisse kohtu üldise järelevalvefunktsiooni õiguste kujundamise ja ellurakendamise protsessis. 20. sajandi teisel poolel on enamik neist riikidest, kes on üle elanud natsionaalsotsialistliku,

³⁸ L. G. Sager (viide 5), lk 199–201.

³⁹ USA konstitutsiooni 9. *amendment*; C. L. Black. *A New Birth of Freedom: Human Rights, Named and Unnamed*. New Haven: Yale University Press 1997.

⁴⁰ Veel tänapäeva Prantsusmaa puhulgi võib täheldada institutsioonides, mis on seatud õigusi kaitsma, midagi kummalist. Prantsusmaal ei peeta kohtuks *Conseil constitutionnel*'i, institutsiooni, mis tegeleb üha enam eespool kirjeldatud õiguste analüüsiga. Ehkki tal on vetoõigus, kuna ta võib takistada seadusandlike aktide jõustumist põhjendusega, et need rikuvad õigusi, jääb ta siiski seadusandja „nõukoguks“, kuhu üksikisikud ei saa pöörduda.

fašistlik-autoritaarse, kommunistliku või lihtsalt rassistliku režiimi ja muutunud seejärel mõistlikult kaasavaks liberaaldemokraatlikuks põhiseadusriigiks, teinud tähelepanuväärse ja uude institutsioonivaliku, luues Kelseni tüüpi konstitutsioonikohtu ja põhiseadustades õigused, mis üldjuhul võimaldavad neil, kelle mitte-triviaalseid huve avaliku võimu organite tegevus puudutab, pöörduda nende kaitseks kohtu poole.⁴¹ Kohus saab seejärel hinnata, kas antud asjaoludel on avaliku võimu organi, kelleks võib olla ka valitud seadusandja, tegevus mõistlikult õigustatud. Mõistagi jääb vabade ja võrdsete isikute vabadussfääride piiritlemine endiselt eelkõige seadusandja ülesandeks. Seadusandjad jäävad liberaaldemokraatlikes põhiseadusriikides seaduste autoriteks. Ent kohtud on haaranud olulise redigeerimisfunktsiooni⁴² kui noorempartnerid ja vetoõiguslikud menetlusosalised (*veto players*) ettevõtmises, mille sisuks on kujundada ja ellu rakendada põhiseaduste pühendumust õigustele. Kohtud kui inim- ja põhiõiguste valvurid ja subsidiaarsed jõustajad toimivad institutsioonina, mis pakub säärast foorumit, kus seadusandjaid saab vastutusele võtta selliste puudutatud isikute taotlusel, kes väidavad, et nende legitiimseid huve ei ole tõsiselt võetud.

2. Õiguste ja demokraatia institutsionaalne küsimus

Kuna sageli ollakse mõistlikult eri meelt küsimuses, millised õigused üksikisikutel konkreetsetel juhtudel on, siis kas otsuseid, mis aitavad neid erimeelsusi lahendada, ei peaks mitte langetama poliitilises protsessis, kus valimisvastutust kandvad poliitilised otsustajad saaksid tõmmata vajalikud piirid? Kas siis algselt Prantsusmaalt pärinev institutsionaalne pühendumus valitud esinduskogu seadusandlusele oli eksitus? Arvestades mõistlikke erimeelsusi, kas siis poliitilise võrdsuse idee ei nõua mitte, et igapäevaste vaateid, kuidas õigusi piiritleda, tuleks võrdväärselt austada? Kas poliitilise võrdsuse idee ei saa mitte kahjustada, kui valimisvastutust mitte-kandvatele kohtutele antakse volitus lükata tagasi seadusandlike piiritlemisotsuseid? Kui ma õigesti aru saan, on see iseäranis Waldroni ja Bellamy esitatud

kriitika tuum. Alljärgnevalt käsitlen argumenti, et ratsionalistlikul inimõiguste paradigmat rajanevat põhiseaduslikkuse järelevalvet tuleb pidada samavõrd põhjapanevaks liberaaldemokraatliku konstitutsionalismi institutsiooniliseks elemendiks, nagu seda on võrdsel hääleõigusel põhinev valimisvastutus. Põhiseaduslikkuse järelevalve legitiimsuses pole midagi hämmastavat. Hoopis huvitavam küsimus seisneb selles, miks saab põhiseaduslikkuse järelevalve sedavõrd palju kriitiliselt tähelepanu.

(1) Ajaloolises perspektiivis võib täheldada veidrat asümmeetriat: ühelt poolt kriitiline hoiak põhiseaduslikkuse järelevalve suhtes ja teiselt poolt representatiivse, valimistel põhineva otsustusprotsessi suhteliselt muretu omaksvõtt. Ajalooliselt oli üleminek otsedemokraatialt – Ateena, Genf ja Uus-Inglismaa raad – rahvaesindajate valimisele tõsine samm. Demokraatia tähendas algselt ainult sellist menetlust, kus rahvas võttis seadusi vastu vahetult. 18. sajandi Prantsusmaal pidasid paljud esindusdemokraatia ideed vastuoluliseks iseenesest ja USA-s olid konstitutsiooni loojad seisukohal, et nad loovad vabariiki, mitte demokraatiat, just seetõttu, et põhiseaduses ei leidunud kohta riiklikule raele ega üleriigilisele referendumile. 19. sajandil mõtestati demokraatia kontseptsioon ümber ja sellesse hõlmati ka valitud rahvaesindajate seadusandlus. Osaluse mõttes tähendab see üleminek märkimisväärset ametnike mõjuvõimu suurendamist rahva kahjuks. Samamoodi võib Teise maailmasõja järgset kohtute kui uute vetoõiguslike menetlusosaliste loomist käsitada veel ühe sammuna rahvast eemale mõjuvõimu andmise kaudu uuele ametnike rühmale, kelle ülesandeks sai muu hulgas järelevalve eelmise ametnikerühma tegevuse üle. Põhimõtteliselt ma mõistan nende kahtlusi, kes keeldusid aktsepteerimast esindusdemokraatiat demokraatiana selle sõna otseses mõttes. Ent kui ametnikele antud volitus võtta seadusi vastu rahva nimel on põhimõtteliselt heaks kiidetud, siis on raske mõista, miks see, kui nende ametnike volitusi seatakse piirama teised ametnikud, kes on tavaliselt ametisse määratud seadusandlike volitustega ametnike endi poolt, peaks olema põhimõtteliselt vale. Kui esindusdemokraatia ise on legitiimne, siis miks ei võiks olla legitiimne ka esindusdemokraatia, mille osaks on õigustel põhinev kohtulik vetovõim? Kõik kolm otsustusprotsessi on majoritaarsed. Rahvahääletusel loeb hääletajate enamus, seadusloomeotsuste tegemisel loeb rahvaesindajate enamus ja kohtulike otsuste tegemisel kohtunike enamus. Peale selle on kõik need institutsioonid vabariiklikud, kuna nad väidavad tegevat otsuseid rahva nimel ja tuletavad oma legitiimsuse lõppkokkuvõttes valijate heakskiidust. Põhinerinevus seisneb asjakohase otsustusvõimu teostamise ja valijaskonna vahelise

⁴¹ Üksikisikud saavad oma õigusi kaitsta kas esitades individuaalkaebuse konstitutsioonikohtule pärast muude õiguskaitsevahendite ammendumist või veendes tavakohut, et nende põhiseaduslik nõue on perspektiivikas, ja nõudes, et see suunaks küsimuse konstitutsioonikohtule.

⁴² P. Pettit. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press 1997. Larry Sager viitab kohtule kui liigsele kvaliteedikontrolli mehhanismile, vt L. G. Sager (viide 5). Tom Franck viitab kohtute funktsioonile pakkuda teist arvamust, vt T. Franck. *Proportionality as Global Second Opinion*. (Avaldamata, olemas artikli autoril).

seose otsesuse astmes. Kui demokraatia printsiip nõuaks võimalikest kõige otsema ja vahetuma osalusvormi kasutamist, siis oleks tänapäeva tingimustes suur osa representatiivsest otsustusprotsessist illegitiimne. Näib, et on üsna ühtemoodi põhjust rääkida volituste ebademokraatlikkusest nii valitud rahvaesindajate puhul, kes võivad seadusi vastu võtta, ilma et rahval oleks seadusandlikus otsustusprotsessis otsest sõnaõigust, kui ka kohtunike volituste ebademokraatlikkusest, kes teevad otsuseid ilma rahva otsese osaluseta. Põhjus, miks esindusdemokraatiat ei peeta illegitiimseks, on arvatavasti see, et mistahes usutatav pühendumus demokraatialle võimaldab kompromisse osaluse otsesuse aspektist, kui kaudsemal menetlusel on suhteline eelis (*comparative advantages*) mõnes teises aspektis, näiteks läbirääkimiste kvaliteet või tulemused. Jääb arusaamatuks, millise sisuga võiks olla see süvaprintsiip, mille alusel tuleks hukka mõista põhiseaduslikkuse järelevalve, kuid mitte valimiste representatiivsus.

Vähemasti on täiesti ebaseaduslik väita, et tavapärasel seadusandlikus menetluses otsustab poliitilisi küsimusi rahvas ise, samal ajal kui nõuetekohaselt ametisse nimetatud kohtunikke käsitatakse kui platoonilisi valvureid (*platonian guardians*), kes suruvad rahvale peale oma tahet. Neid, kes midagi sellist väidavad, ei saa tõsiselt võtta, sest argumenteerimise asemel tegelevad nad retoorilise mustkunstiga. Miks mitte väita hoopis, et valitud rahvaesindajad on rahva võimu usurpeerinud ja langetavad nüüd rahva eest otsuseid? Miks peaks seadusandja olema rahva meedium? Kui see aga on nii, miks mitte öelda siis, et hoopis rahvas ise tegutseb mõnikord kohtumenetluse kaudu kontrolli alt väljunud seadusandja taltsutajana? Mis välistab võimaluse, et ka kohus võiks olla meedium, kelle kaudu rahvas end väljendab? Rahvas-ise-retoorika saboteerib selget mõtlemist. Puudub igasugune usutatav põhjus identifitseerida rahva hääl ühe institutsiooni häällega, isegi kui see institutsioon on parlament. Parlament on parlament, mitte rahvas. Teie ja mina ning teised, kelle üle teostavad avaliku võimu organid pädevuse piires oma võimu, on rahvas. Teie ja mina saame kodanikena osaleda poliitilises protsessis. Kuid üksikisikuna miljonite sarnasel positsioonil olevate üksikisikute seas ei saa praktiliselt keegi meist üksi poliitilises protsessis osalemisega eriti palju muuta. Hääletamine või hääletamata jätmine ei muuda tõenäoliselt kunagi ametis olevat valitsust. Tõenäosus, et teie või minu individuaalne hääl eraldi võetuna midagi muudab, pole suurem kui tõenäosus võita üleriiklikul loteriil. Diskuteerides poliitiliste küsimuste üle võime hakata sügavamalt mõistma seda, millesse me usume ja kes me oleme kodanikena. Mõni meist võib asutada liikumise ja saada selle karismaatiliseks liidriks või kandideerida valimistel. Kuid

tõenäoliselt ei too miski, mida suurem osa meist kunagi teeb, endaga kaasa ühtegi olulist muudatust riigi avalikes otstarbekusotsustes. Kõige tõenäolisem viis, kuidas kodanik saab üleüldse muuta riigi poliitilise protsessi mõnda tulemust, on pöörduda kohtusse ja väita, et avaliku võimu organid on tema õigusi rikkunud. Kui teie argumendid veenavad kohut rohkem kui avaliku võimu organite vastu argumendid, siis olete tegelikult öelnud „Ei, mitte niimoodi!“ viisil, mis ka päriselt tulemust muudab. Tänapäeva territoriaalse demokraatiaga tegelikkuses annab õigus veenda kohut vetostama otstarbekusotsust vähemalt sama tugeva võimu kui õigus hääletada selleks, et sellist otsust muuta.

(2) Kuid mõistatus on veelgi suurem. Poliitilise protsessi legitiimsus sõltub valitsetavate nõusolekust. Sellega nõustuvad nii lepinguteooria pooldajad kui ka Prantsuse ja Ameerika revolutsionäärid. Seejuures tuleb tähele panna, et legitiimsuse arutelu lähtekoht on konsensus, mitte enamus. Muidugi on pärismaailmas võimatu saavutada tegelikku konsensust, isegi mõistliku erimeelsuse korral. Kui legitiimne õigus peaks üleüldse olema võimalik – ja arvestades probleeme, mida õigusel tuleb lahendada, oleks parem, kui see oleks võimalik – tuleb välja töötada vähem ranged põhiseadusliku legitiimsuse kriteeriumid, mis on kohandatud tegeliku poliitilise elu tingimustega, et need saaksid pärismaailmas toimida surrogaatide ja konsensusele lähendajatena. Nüüdisaegses põhiseaduslikus praktikas on kaks sellist surrogaatingimust, mis peavad olema kumulatiivselt täidetud, et seadus oleks põhiseaduse seisukohalt legitiimne. Esiteks peab poliitilise otsustusprotsessi keskmes olema menetlus, mis peegeldab pühendumist poliitilisele võrdsusele ja rajaneb otsuste majoritaarsel vastuvõtmisel. See on põhiseadusliku legitiimsuse nõude menetluslik pool. Kuid see on ainult üks jalgadest, millel põhiseaduslik legitiimsus seisab. Teine on seotud tulemusega. Tulemust peab saama kvalifitseerida kollektiivse mõistuse hääl otsuseks selle kohta, milliseks muundub pühendumus isiku õigustele seaduse esemeks olevate konkreetsete asjaolude valguses. Isegi kui ei peeta vajalikuks, et kõik tegelikult tulemusega nõustuksid, peab tulemust olema võimalik õigustada, nii et ka need, kes ei nõustu, võiksid seda mõistlikult aktsepteerida. Isegi need, keda seadus kõige enam ja kõige raskemini koormab, peavad olema käsitatavad vabade ja võrdsete partneritena ühises seadusloomes. Neil, keda seadus koormab, peab olema võimalik näha ennast mitte ainult kaotajatena poliitilises lahingus, kus võitja pool jäi peale (oo, need võidu magusad viljad!), vaid tõlgendada seadust mõistliku katsena täpsustada, mida isikud – kõik isikud, sealhulgas kaotajad – üksteisele vabade ja võrdsetena võlgnevad. Kui kohtud rakendavad proportsionaalsuse testi,

hindavad nad tegelikult seda, kas õigusakti saab õigustada üldisest mõistlikkusest lähtudes, s.t põhjendustega, mida iga isik võiks mõistlikult aktsepteerida, isegi kui ta seda tegelikult ei tee. Kui säärane õigustamine õnnestub, ütleb kohus õigust nõudvale kaebajale tegelikult midagi seesugust: „See, mida avaliku võimu organid teevad, kasutades selleks seaduses ette nähtud demokraatlikke protseduure, on langetada heas usus kollektiivne mõistlik otsus, mida õiglus ja otstarbekohasus antud olukorras nõuavad. Arvestades mõistlikku erimeelsust asjaomasel küsimuses ja sellest tulenevat mängu-/kaalutusruumi, mille kohtud säärasel olukorras valimisvastutust kandvatele poliitilistele institutsioonidele jätavad, on võimalik, et avaliku võimu organid eksivad ja teil on õigus, et avaliku võimu organid oleksid pidanud käituma teisiti. Kuid kohtu institutsionaalne roll ei ole tagada, et avaliku võimu organid oleksid leidnud esitatud küsimusele ainuõige vastuse (*the one right answer*); kohtu ülesanne on valvata mõistlikkuse piire ja tühistada õiguste rikkumise tõttu sellised avaliku võimu organite aktid, mida lähemal vaatlusel ei saa veenvalt õigustada üldisele mõistlikkusele tuginedes.“ Teiselt poolt vaadatuna ütleb kohus õigusi rikkuvat õigusakti tühistades avaliku võimu organitele ja abinõu toetanud valijaskonnale: „Meie ülesanne ei ole valitseda ega anda avaliku võimu organitele üldiseid juhtnõure, mida õiglus ja otstarbekohasus nõuavad; kuid meie ülesanne on tuvastada ja tühistada seadustatud ebaõiglust juhtudel, kus abinõu – olgu see siis enamuse toetuse saanud või mitte – koormab isikut, kuid kus seda ei ole võimalik üldise mõistlikkusega piisavalt usutavalt kaitsta.“ Kohtute rolli säärane käsitlus tunnistab mõistlikke erimeelsusi ja seda, et mõistlikke erimeelsusi on kõige parem lahendada poliitilises protsessis. Kuid see toob välja ka selle, et isegi küpsetes demokraatides ei ole kõik poliitiliste lahingute võitjad ega kõik erimeelsused alati mõistlikud. Tihtipeale see pole nii. Poliitiliste lahingute võitmiseks panustatakse teinekord mõtlematult traditsioonide põlistamisele, kinnitatakse eelarvamusi eelistusi, tuginetakse ideoloogiale või teostatakse lihtsalt ühemõttelist huvigrupipoliitikat, mis ei mahu kõrgetasemelise poliitika radarikraanile. Sokraatiline vaidlustamine on mehhanism, mille abil kohtud teevad kindlaks, kas avaliku võimu organite ja õiguste kandja vahelise lahkarvamuse silumine on tegelikult mõistlik. Kohtud ei tegele mõistlike erimeelsuste lahendamise ja ebamõistlike erimeelsuste vahelise piiri valvamisega ning tagavad, et võidukas pool, kellel avaneb võimalus

valada oma vaated seaduse vormi, poleks ebamõistlik.⁴³ Avaliku võimu organite ebamõistlikud aktid ei saa liberaaldemokraatlikus põhiseadusriigis usutavalt tugineda legitiimsusele õigustusele. Küsimus ei ole selles, mis õigustaks mittevõlitud kohtunike poolt tulemuste antimajoritaarset⁴⁴ pealesurumist. Küsimus on hoopis selles, mis õigustab seadusandlikku otsust, kui on piisava kindlusega võimalik kindlaks teha, et see koormab ilma usutava õigustusega üksikisikuid. Sokraatiliselt vaidlustamise kohtupraktika, mida struktureerivad mõisteliselt ratsionalistlik inimõiguste paradigma ja proportsionaalsuse test ning mida kaitsevad institutsionaalse sõltumatuse, erapooletuse ja õigusliku põhjenduse normid, on eriti sobiv kõnealuse põhiseadusliku legitiimsuse aspekti väljendamiseks ja jõustamiseks. Põhiseaduslik legitiimsus ei seisa ainult ühel jalal.

(3) Õigus vaidlustada üksikisikut koormavaid avaliku võimu organite akte on sama oluline liberaaldemokraatliku konstitutsionalismi institutsionaalne alustala kui võrdne hääleõigus. Nii nagu liberaaldemokraatliku konstitutsionalismi aluseks olevaid ideale ei ole võimalik täielikult realiseerida ilma institutsionaliseerimata tõeliselt võistluslikke valimisi, kus kõigil kodanikel on võrdne hääleõigus, ei ole neid võimalik realiseerida ka ilma sokraatiliselt vaidlustamise praktikata, mis rajaneb õigustel ja üldisel mõistlikkusel ning on institutsionaliseeritud. Siin on sümmeetria, mis väärib pisut põhjalikumalt käsitlemist, sest see aitab teravustada eespool esitatud argumenti.

Kumbki – ei võrdse hääleõiguse põhiseaduslik õigustus ega sokraatiliselt vaidlustamise õiguslik institutsionaliseerimine – ei sõltu ainult saavutatud tulemustest. Mõlemad põhiseaduslikud kohustused on õigustatud, sest need kujutavad endast põhiseaduslike põhikohustuste arhetüüpseid väljendusi⁴⁵. Kodanikel

⁴³ Muudugi viitab kasvõi õigustel põhinevate kohtuvaidluste toimumise fakt, et mõistliku erimeelsuse piiride suhtes valitseb samuti mõistlik erimeelsus. Siinkohal taasilmub metatasandil algne argument, et õigustega seotud mõistlik erimeelsus ongi demokraatliku protsessi pärisosa. Kuigi väide, et vaidlus õigluse üle on demokraatliku protsessi kese, on usutav, ei ole sugugi ilmne, et demokraatlik protsess sobiks ka mõistlikkuse valdkonna üle valvamiseks. Igal juhul ei ole mingit põhjust mitte usaldada mõistlikkuse valdkonna piiritlemist kohtule, seda nii põhimõtteliselt – kui tuua välja seos legitiimsuse ja mõistlikkuse vahel – kui ka seetõttu, et see parandab tulemusi (vt allpool).

⁴⁴ Antimajoritaarsuse probleemi kui USA riigiõiguslaste akadeemilise kinnisidee kohta üldiselt vt B. Friedman. *The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship*. – *Northwestern University Law Review* 95 (2001), lk 933 jj.

⁴⁵ Idee kohta, et õiguslik arhetüüp on kui õiguslik reegel, mis on iseloomulik laiemale pühendumusele, vt J. Waldron. *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*. – *Columbia Law Review* 105 (2005), lk 1681 jj.

on võrdne hääleõigus suuresti seetõttu, et see väljendab pühendumust võrdsusele. Üksiku hääle kaal ei sõltu erinevate kaalukuste omistamise ja võimalike tulemuste hoolikast kalibreerimisest. Me ei küsi, kas see parandaks tulemusi, kui ülikooli-kraadiga või lastega või rohkem makse maksvate kodanike hääled kaaluksid rohkem, ehkki see pole täiesti mõeldamatu küsimus.⁴⁶ Valimisseadustes on palju aspekte, mille kallal annaks nokitseda, et tulemusi modifitseerida. Kuid need seadused peegeldavad pühendumust ideele, mille kohaselt on iga kodaniku hääle võrdne kaal, selleks et olla vastuvõetav. Sama kehtib ka sokraatilise vaidlustamise idee kohta. Selles väljendatakse pühendumust ideele, et mis tahes legitiimne võim üksikisiku üle on piiratud sellega, mida on võimalik õigustada üldise mõistlikkusega. Kui seadusandlik akt koormab üksikisikut viisil, mida ei saa mõistlikult ja aktsepteeritavalt õigustada, siis ei vääri see seadusena jõustamist. Me ei peaks arutlema selle üle, kas näha ette õiguste kohtulik kaitse või mitte, kuigi tulemuste paranemine on suhteliselt ilmne. Oluline mõtlemise koht on hoopis see, kuidas kujundada menetlused ja institutsioonid nii, et institutsionaliseeritud oleks sokraatiline vaidlustamine. Kas igal üksikisikul peaks olema võimalik pöörduda põhiõiguse küsimusega igasse kohtusse? Kas põhiseaduslike küsimuste otsustamiseks peaksid olema olemas spetsiifilise eksklusiivse pädevusega konstitutsiooni-kohtud? Kuidas tuleks kohtunikke ametisse nimetada? Kui pikk peaks nende ametiaeg olema? Missugused peaksid olema reeglid, mis reguleerivad eri-arvamuste, *amicus curiae* arvamuste esitamist jne? Milline on kohtuotsuste seos poliitilise protsessiga? Millised on kohtuvõimu naasmise võimalused? Millised on piiriülese inimõiguste kaitse kui täiendava põhiseaduslikkuse järelevalve kihi eelised ja puudused? Neid küsimusi tuleb arutada, pidades silmas tulemusi arvestavaid kaalutlusi. Kuid pühendumus sokraatilise vaidlustamise õiguslikule institutsionaliseerimisele on samaväärne põhikohustus nagu võrdne hääleõigus ja see on teataval määral immuunne tulemusi arvestava kriitika suhtes, samuti nagu seda on võrdne hääleõigus.

Kahtlemata sõltuvad nii valimisdemokraatia kui ka põhiseaduslikkuse järelevalve edukas institutsionaliseerimine kultuuriliste, poliitiliste ja majanduslike eelduste keerulisest segust. Euroopas üldiselt puudusid 19. sajandi lõpu ja 20. sajandi esimese poole ideoloogiliselt lõhestunud maailmas soodsad tingimused

⁴⁶ Isegi kui valimisõigus võetakse ära nt süüdimõistetud vangidelt, nagu tehakse paljudes riikides, ei ole selle põhjuseks tulemus, vaid vangi karistamine sellega, et talt võetakse sõnaselgelt ära poliitilise kogukonna võrdväärse liikme staatus.

sokraatilise vaidlustamise institutsionaliseerimiseks. Alles Teise maailmasõja ja Külma sõja lõpp muutsid tingimusi Euroopas sedavõrd, et võimalikuks sai liberaal-demokraatia täielik konstitutsionaliseerimine. Põhiseaduslikkuse järelevalve kui sokraatilise vaidlustamise eduka konstitutsionaliseerimise eeltingimustena tulevad siin kõne alla poliitilise eliidi tugev ja valdav pühendumus õigustepõhisele demokraatiale ning poliitiline kultuur, kus peetakse oluliseks läbirääkimisi (*deliberation*) ja põhjendamist. Nii nagu võib olla häid ettevaatusele manitsevaid argumente, miks mitte forsseerida üleminekut valimisteta suuremeelselt despootialt vabadel valimistel põhinevale valitsemisvormile – sest sellel võivad mõnes poliitilises keskkonnas olla katastroofilised tagajärjed –, võib olla ka kontekstispetsiifilisi tulemusele orienteeritud argumente mitte minna puhtalt valimistel põhinevalt valitsemisvormilt üle sellisele, mis institutsionaliseerib ka õigustepõhise sokraatilise vaidlustamise praktika. Kuid mõlemal juhul on neil, kes on pühendunud liberaaldemokraatlikule konstitutsionalismile, põhjust tunda tõsist kaotusvalu.

IV. Kokkuvõte

Inim- ja põhiõiguste kohtuvaidlused kui sokraatilise vaidlustamise institutsionaliseerimine on enam kui parimal juhul mänguline ja halvimal juhul eksitav analoogia. See aitab selgitada, kuidas vastata kahele peamisele küsimusele, mis on tõusnud seoses Euroopale nüüdisajal omase inim- ja põhiõiguste praktikaga, mis on põhiseaduslikkuse järelevalve arutelude keskmes. Kas põhiseaduslikkuse järelevalve parandab tulemusi ja kas see on demokraatlikult legitiimne? Väitsin selles artiklis, et põhiseaduslikkuse järelevalve kui sokraatiline vaidlustamine on atraktiivne nii seetõttu, et sellega saavutab paremaid tulemusi, kui ka seetõttu, et see peegeldab sügavat pühendumist liberaalsele demokraatiale.

Veelgi enam, sokraatiline vaidlustamine pakub vastumürgi kollektivistlikele ja sageli natsionalistlikele⁴⁷ eelarvamustele, mis moodustavad suure osa 20. sajandi

⁴⁷ Kas see on juhus, et Euroopa Liidu liikmesriikidel, kellel puudub tugev põhiseaduslikkuse järelevalve, on riigipeaks enamjaolt monarh (nt Ühendkuningriik, Holland, Taani, Rootsi) kui rahvusliku ühtsuse esindaja? Kas see on juhus, et – ainsa erandina Hispaania – pole ühtegi riiki, kus esineks ühtaegu nii monarhia kui ka põhiseaduslikkuse järelevalve tugev vorm? Kas on juhus, et valitsus, kes tugendas Ühendkuningriigis EIÖK põhiseaduslikku rolli, oli sama valitsus, kes julges radikaalselt reformida püha, kuid sügavalt ebademokraatlikku riiklikku institutsiooni Lordide Koda ja julgustada detsentraliseerimist? Need mustrid vajaksid vähemalt

demokraatiateemalise konstitutsiooniteooria alusest.⁴⁸ Pole juhus, et õiguslikult institutsionaliseeritud sokraatilisest vaidlustamisest Euroopas oli integratsiooni ja natsionalistlike kirgede, mis kogu 19. sajandi ja 20. sajandi algupoole Euroopat piinasid, suhtelise vaibumise kaasnähe. Euroopa ei näe enam oma õiguslikku vundamenti kollektivistlikus makrosubjektis, mis alustas oma elu müütilise koletisena nimega Leviathan.⁴⁹ See koletis ei ole ikka veel välja surnud, vaid jätkab maailma kummitamist oma pideva nälgjaga ülistamise, alistamise ja ohverdamise järele. Samas ei kannata enam 17. ja 18. sajandi suveräänse kuninga rüüd, 19. sajandi suveräänse riigi riidetust ega ka 20. sajandi suveräänse rahva rõivaid. Kus iganes see koletis tänapäeva läänemaailmas eksisteerib, on ta riidetud kui „Meie, rahvas“ (*We the People*) ja väidab end olevat demokraatia kehastus. Ükskõik, milliseid rõivaid ta kannab, räägib ta lõppastmes tahte, mitte aga õigustepõhise põhjenduse keelt. Tal saab alati olema ebakindel ja ebapüsiv suhe sokraatilisest vaidlustamisest praktikaga. Sokrates ei ole kunagi kaitstud avaliku võimu organite valitsemise all, kes kujutavad ennast ise ette suveräänina. Euroopas on see koletis esialgu taltsutatud, õigustatult oma troonilt tõugatud ning asendatud ideega inimväärikusest kui õiguse vundamendist. Inimväärikus ei ole aga sugugi vähem salapärase õiguse vundament kui suveräänsus, arvatavasti koguni vastupidi. Kuid mis iganes selle salapära mõistmiseks on vaja, ei nõua see Leviathani kui eba-jumala teenimist. Leviathan peab ennast maiseks jumalaks, kes mitte ainult ei paku ultimatiivset tähendushorizonti ega määra oma kodanike jaoks piire, kes need on, vaid väidab ka, et tal on sunnivõim oma kodanike teenistusse võtmiseks, et lasta neil tappa tema määratud vaenlasi ja vajadusel nõuda kodanikelt oma elu ohverdamist. Inimväärikuse kui õiguse vundamendi suur voores ja proovikivi on see, et filosoofilise ideena jätab see lahtiseks ja iga üksikisiku enda avastada, mida see tähendab ja milles see seisneb. Selle piirid ühtivad isiku julguse piiridega

tõsiselt uurida oma eksistentsi horisonti. Selle salapära seisneb võimalikus eksistentsiaalses küsimuses, mis võib esineda lõpmatul hulgal eri kujudel või olla eiratud nende poolt, kes otsustavad seda teha. Sellisel küsimusel võib olla tugev poliitiline komponent, aga see võib olla ka vaimse rõhuasetusega või ei kumbki.⁵⁰ Kuid avaliku võimu organeid kohustava õigusliku postulaadina on inimväärikus proosaline ja mõistlikult sirgjooneline. Sellest tuletatud⁵¹ ettekirjutuste seas on kesksel kohal nõue, et avaliku võimu organid aitaksid üles ehitada ja säilitada maailma, kus austatakse, kaitstakse ja viiakse ellu inimõigusi. Õiguslikult institutsionaliseeritud sokraatilisest vaidlustamisest praktika on koos valimisvastutuse ja piiriülese õigusliku integratsiooniga sellise maailma kesksed elemendid.

lisaanalüüsi. [Euroopa Liidu liikmesriikidest puudub tugev põhiseaduslikkuse järelevalve ka Soomes, mis ei ole monarhia. *Tlk.*]

⁴⁸ Autoritaarne ja kollektivistlik eelarvamus on midagi, mis ühendab 20. sajandi konstitutsiooniteooriat suure osa 18. sajandi konstitutsiooniteooriaga. Kontinentaalsete mõtlejate nagu Rousseau, Kant või Fichte puhul on tähelepanuväärne see, kui kiiresti nad muutuvad – hoolimata kontseptuaalsest lähtepunktist, et kodanikud tunnustavad üksteist vastastikku vabade ja võrdsetena – tugeva tsentraliseeritud riigi apoloogeetideks. Hobbesi vari on pikk ja püsib endiselt suure osa konstitutsiooniteooria kohal.

⁴⁹ Sisuliselt tuleneb Euroopa Liidu lepingu artist 6, et inimõigused, demokraatia ja õigusriigi põhimõtted on õiguse vundament. Lõppkokkuvõttes tulenevad need omakorda pühendumisest inimväärikusele.

⁵⁰ Carl Schmitt vihjas, et eksistentsiaalne tõsidus on seotud ainult draamaga, mille tingib poliitilisus, nii nagu tema seda mõistab. See väide on nii ilmselgelt puudulik, et seda on raske mitte mõista kutsena psühholoogilisele spekulatsioonile. Vt C. Schmitt. *Der Begriff des Politischen*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humboldt 1963.

⁵¹ On olemas veel kaks konkreetsemat inimväärikusest tuletatud reeglit: esiteks üldine keeld isikuid ilma nende nõusolekuta vahendina kohelda; teiseks alandamise vastane reegel. Selle kohta, kuidas inimväärikust on inimõiguste diskursuses mõistetud, vt *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*. D. Kretzmer, E. Klein (eds.). The Hague: Kluwer Law International 2002.

M. Klatt, M. Meister. Proportsionaalsus kui universaalne põhiseaduslik printsiip. – Riigiõiguse aastaraamat 1/2020, lk 222–254

Proportsionaalsus kui universaalne põhiseaduslik printsiip*

MATTHIAS KLATT, MORITZ MEISTER

Tõlkinud Kaire Kliimask ja Madis Ernits

Kokkuvõte. Matthias Klatti ja Moritz Meisteri artikkel käsitleb moodsa üleilmastuva konstitutsiooniõiguse diskursuse üht silmapaistvamat ja enim diskuteeritavat elementi – proportsionaalsuse põhimõtet. Arvestades muret tekitavat pinevussuhet ühelt poolt proportsionaalsuse põhimõtte võidukäigu ning teiselt poolt selle kriitika arvukuse ja teravuse vahel, pakub artikkel proportsionaalsuse põhikriitika lühianalüüsi eesmärgiga näidata, et põhilised vastuväited ei veena. Tuginedes Robert Alexy valitsevale printsiibi-teooriale selgitab artikkel tänapäevast proportsionaalsuse ja kaalumise teooriat ning teeb mitu ettepanekut selle edasiarendamiseks.

Märksõnad: proportsionaalsuse põhimõte, põhiõigused, kaalumine, moraalne argumentatsioon, juriidiline argumentatsioon, seesmine õigustamine, välimine õigustamine, inkommensuraablus, avar tõlgendamine

I. Sissejuhatus

Proportsionaalsuse põhimõtte on põhiõiguste ja õigusriigi põhimõtte olulise elemendina vastavalt *Grundgesetz*'i artikli 20 lõikele 3 leidnud oma kindla koha nii Saksa riigiõiguseõpetuses kui ka kohtu- ja täitevvõimu praktikas. Kui mõned

kriitilised hääled¹ välja arvata, siis valitseb üksmeel² selle suhtes, et proportsionaalsus on igasugusele riigi tegutsemisele seatav põhioõue. See on „populaarne ja üldlevinud“³. Saksa Liiduhalduskohtu jaoks ei ole see midagi vähemat kui „üldkehtiv väärtusmastaap“⁴.

Rahvusvahelisel tasandil on pilt seevastu märkimisväärselt diferentseeritum. Ka siin leidub positiivseid hinnanguid. Just viimase kahekümne aasta jooksul võib täheldada lausa dramaatilist proportsionaalsuse põhimõtte levikut paljudes õigussüsteemides üle kogu maailma.⁵ Proportsionaalsus olevat kogu maailma

¹ Vt viimati C. Hillgruber. Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren. – Juristenzeitung 66 (2011), lk 862. DOI: <https://doi.org/10.1628/002268811797435016>. Vt ka F. Ossenbühl. – Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. Besteuerung und Eigentum. VVDStRL 39 (1981), lk 189 (arutelu osalisena); E. Denninger. Polizei und demokratische Politik. – Juristenzeitung 25 (1970), lk 152. Osaliselt on kriitika suunatud eelkõige proportsionaalsuse kontrolli viimase astme vastu, mis seisneb kollideerivate huvide kaalumises; selle kohta eelkõige vt M. Jestaedt. The Doctrine of Balancing. Its Strengths and Weaknesses. – Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy. M. Klatt (Hrsg.). Oxford 2012, lk 152–172. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0007>; R. Poscher. The Principles Theory. How many Theories and What is their Merit? – Samas, lk 218–247. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0010>; J. H. Klement. Common Law Thinking in German Jurisprudence. On Alexy's Principles Theory. – Samas, lk 173–200. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0008>; E.W. Böckenförde. Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. – E.W. Böckenförde. Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt a. M. 1991, lk 188–197; J. Habermas. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt a. M. 1992, lk 310–318; A. Fischer-Lescano. Kritik der praktischen Konkordanz. – Kritische Justiz 41 (2008), lk 172. DOI: <https://doi.org/10.5771/0023-4834-2008-2-166>.

² BVerfG 10.06.1963, 1 BvR 790/58 (E 16, lk 194 (201 jj)); 07.04.1964, 1 BvL 12/63 (E 17, lk 306 (313 jj)); 15.12.1965, 1 BvR 513/65 (E 19, lk 342 (348 jj)); 05.03.1968, 1 BvR 579/67 (E 23, lk 127 (133)); 18.07.1973, 1 BvR 23, 155/73 (E 35, lk 382 (400 jj)); 05.11.1980, 1 BvR 290/78 (E 55, lk 159 (165)); 12.05.1987, 2 BvR 1226/83, 101, 313/84, (E 76, lk 1 (50 jj)); 26.04.1995, 1 BvR 1454/94 (E 92, lk 262 (273)); 27.02.2008, 1 BvR 370, 595/07 (E 120, lk 274 (322)); 08.06.2010, 1 BvR 2959/07 (E 126, lk 112 (144 jj)); 21.07.2010, 1 BvR 420/09 (E 127, lk 132 (146)). Kirjandusest vt ainult E. Schmidt-Aßmann. Der Rechtsstaat. – Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. 2. J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.). 3. Aufl. Heidelberg 2004, § 26 äärenr 87; P. Lerche. Übermaß und Verfassungsrecht. Köln 1961.

³ Selline on sissejuhatav iseloomustus: D. Merten. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. – Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Bd. 3. D. Merten, H.J. Papier (Hrsg.). Heidelberg 2009, § 68 äärenr 1.

⁴ BVerwG 15.07.2008, 1 WDS-VR 11/08 (juris), äärenr 30.

⁵ J. Saurer. Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. – Der Staat 51 (2012), lk 3 jj. DOI: <https://doi.org/10.3790/staa.51.1.3>; M. Cohen-Eliya, I. Porat. Proportionality

* M. Klatt, M. Meister. Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip. – Der Staat 51 (2012), lk 159–188.

liberaalsetes demokraatias põhiõiguste järelevalve keskseks hindamiskriteeriumiks.⁶ Seda nimetatakse „põhiseaduspärasuse universaalseks kriteeriumiks“⁷ ning selles nähakse „globaalse konstitutsionalismi vundamenti“⁸. Proportsionaalsuse põhimõtte kehtib rahvusvahelises õiguses⁹, Euroopa Liidu õiguses¹⁰, rahvusvahelises inimõiguste kaitse ja riigisisese põhiseadusõiguses mitte ainult Euroopa riikides, vaid näiteks ka Ladina-Ameerikas, Kanadas, Lõuna-Aafrikas, Iisraelis

ja Uus-Meremaal¹¹. Proportsionaalsuse kontrolli viimane aste – kaalumine – on õiguses üldlevinud.¹² Tegemist on põhiõigusi puudutavas kohtupraktikas valitseva meetodiga¹³, mis domineerib suures osas põhiseaduslikkuse järelevalve praktikas. Mattias Kumm on hinnangutest ja arengust teinud tabava kokkuvõtte, mille järgi võib proportsionaalsuse põhimõtte olla kõige edukam 20. sajandi teise poole juriidiline siirik.¹⁴

Proportsionaalsuse põhimõtte sellist triumfi¹⁵ saadab rahvusvahelises kirjanduses aga ka selgelt väljendatud kriitika.¹⁶ Grégoire Webberi jaoks ei ole proportsionaalsus paljulubav,¹⁷ vaid viivat põhiõiguste kaitse kadumiseni.¹⁸ Webber

and the Culture of Justification. – American Journal of Comparative Law 59 (2011), lk 467. DOI: <https://doi.org/10.5131/ajcl.2010.0018>.

⁶ M. Kumm. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification. The Point of Rights-Based Proportionality Review. – Law & Ethics of Human Rights 4 (2010), lk 142: „a central feature of rights adjudication in liberal democracies worldwide.“ DOI: <https://doi.org/10.2202/1938-2545.1047>. Vt ka M. Kumm. Political Liberalism and the Structures of Rights. On the Place and Limits of the Proportionality Requirement. – Law, Rights and Discourse. The legal philosophy of Robert Alexy. G. Pavlakos (ed.). Oxford 2007, lk 131 jj. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781472563989.ch-007>; N. Emiliou. The Principle of Proportionality in European Law. A comparative study. London 1996, lk 1; W. Sadurski. Rights Before Courts. A study of constitutional courts in post-communist states of Central and Eastern Europe. Dordrecht 2008, lk 266; T. Hickman. Proportionality. Comparative Law Lessons. – Judicial Review 12 (2007), lk 31. DOI: <https://doi.org/10.1080/10854681.2007.11426507>.

⁷ D. M. Beatty. The Ultimate Rule of Law. Oxford 2004, lk 162. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199269808.001.0001>.

⁸ A. Stone Sweet, J. Mathews. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. – Columbia Journal of Transnational Law 47 (2008), lk 160. Vt ka D. S. Law. Generic Constitutional Law. – Minnesota Law Review 89 (2005), lk 652.

⁹ G. Nolte. Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law. – Rights, Balancing & Proportionality 4 (2010), lk 244. DOI: <https://doi.org/10.2202/1938-2545.1050>; T. M. Franck, Proportionality in International Law. – Rights, Balancing & Proportionality 4 (2010), lk 230. DOI: <https://doi.org/10.2202/1938-2545.1049>; CCPR General Comment No 10 (1983), äärenr 8; CCPR General Comment No 22 (1992), äärenr 8; CCPR/C/21/Rev 1/Add 9 General Comment No 27 (1999), äärenr 27; Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, UN Doc E/CN 4/1985/4, Annex (1985). Proportsionaalsuse põhimõtte tähenduse kohta Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni puhul vt EIKo 23.09.1982, 7151/75 ja 7152/75, *Sporrong ja Lönnroth vs. Rootsi*, p 69: „The search for this balance is inherent in the whole of the Convention [...]“; vt ka J. Rivers. Proportionality and Variable Intensity of Review. – Cambridge Law Journal 65 (2006), lk 182 jj. DOI: <https://doi.org/10.1017/s0008197306007082>; S. Greer. “Balancing” and the European Court of Human Rights: A contribution to the Habermas-Alexy Debate. – Cambridge Law Journal 63 (2004), lk 412. DOI: <https://doi.org/10.1017/s0008197304006634>.

¹⁰ J. Schwarze. European Administrative Law. London 2006, lk 718–726; J. H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R. J. G. M. Widdershoven. Europeanisation of Public Law. Groningen 2007, lk 146; T. Tridimas. The General Principles of EU Law. Oxford 2006, lk 136 jj.

¹¹ R. Clayton. Regaining a Sense of Proportion. The Human Rights Act and the Proportionality Principle. – European Human Rights Law Review 5 (2001), lk 504; R. Clayton. Proportionality and the HRA 1998. Implications for Substantive Review. – Judicial Review 7 (2002), lk 124. DOI: <https://doi.org/10.1080/10854681.2002.11427215>; R. Clayton, H. Tomlinson. The Law of Human Rights. Oxford 2009, lk 323 jj; T. Hickman (viide 6), lk 31; T. Hickman. The Substance and the Structure of Proportionality. – Public Law 2008, lk 694; A. Stone Sweet, J. Mathews (viide 8), lk 112 jj; T.I. Harbo. The Function of the Proportionality Principle in EU Law. – European Law Journal 16 (2010), lk 171 jj. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2009.00502.x>.

¹² F. Schauer. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. – Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy. M. Klatt (Hrsg.). Oxford 2012, lk 307–316. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0014>; R. Alexy. On Balancing and Subsumption. – Ratio Juris 16 (2003), lk 436. DOI: <https://doi.org/10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x>.

¹³ A. Stone Sweet, J. Mathews (viide 8), lk 72; T. A. Aleinikoff. Constitutional Law in the Age of Balancing. – The Yale Law Journal 96 (1987), lk 943. DOI: <https://doi.org/10.2307/796529>.

¹⁴ M. Kumm. Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A review essay on a Theory of Constitutional Rights. – International Journal of Constitutional Law 2 (2004), lk 595. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/2.3.574>.

¹⁵ M. Borowski. Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52 (2) Charter of Fundamental Rights of the European Union. – Legisprudence 1 (2007), lk 210. DOI: <https://doi.org/10.1080/17521467.2007.11424665>.

¹⁶ Tekstis allpool nimetatud autorite kõrval ka A.C. Martineau. La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans les discours juridiques). – Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger 123 (2007), lk 1014; M. Koskenniemi. The Politics of International Law. – European Journal of International Law 1 (1990), lk 19. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.ejil.a035781>; S. Greer (viide 9), lk 412–434.

¹⁷ G. Webber. Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. – Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (2010), lk 179: „There is much to suggest that there is no promise at all in proportionality reasoning.“ DOI: <https://doi.org/10.1017/s0841820900004860>.

¹⁸ Samas, lk 202: „nothing short of a loss of rights“.

kritiseerib, et kogu põhiõigusteadus on täielikult mähkunud proportsionaalsuse ja kaalumise diskursusesse.¹⁹ Frederick Schauer rõhutab, et Ameerika põhiseadusõigus ei tunne proportsionaalsuse põhimõtet ja osutub seetõttu küpsemaks õigussüsteemiks.²⁰ Tema arvates näitab proportsionaalsus õigussüsteemi väiksemat küpsust. Sellel olevat ainult ajutine funktsioon üleminekul küpsema põhiseadusõiguseni. *International Journal of Constitutional Law* trükkis hiljuti ära tulise debati proportsionaalsuse põhimõtte plusside ja miinuste üle.²¹ Stavros Tsakyrakis püüdis seal proportsionaalsust kujutada kui „atentaati põhiõigustele“²², samas kui Madhav Khosla ei pidanud tõendatuks ühtainustki miinust.²³

Proportsionaalsuse kontrolli nähtava edu ja terava kriitika vahel valitseva pinevussuhte taustal uuribki käesolev kirjutis, mil määral on õigustatud proportsionaalsuse põhimõte kui üleilmse konstitutsionalismi element, st kui universaalne põhiseaduslik printsiip. Seejuures on tähelepanu keskmes eelkõige need vastuväited, mis domineerivad uuemas rahvusvahelises diskussioonis. Kõigepealt analüüsime proportsionaalsuse põhimõtte aluseks olevat arusaama individuaalsetest põhiõigustest seoses teiste kontseptsioonidega, mis mõtestavad õigusi eelkõige huvide või trumpidena. Koostame mudeli, mis kombineerib omavahel ületrumpamise ja kaalumise (II). Seejärel arutleme moraalsete argumentide funktsiooni üle proportsionaalsuse järelevalves (III), samuti inkommensuraabluse vastuväite üle (IV). Pärast seda tegeleme vastuväitega, mille kohaselt proportsionaalsus seab asjatult

¹⁹ Samas, lk 179: „engulfed by the discourse of balancing and proportionality“.

²⁰ F. Schauer. *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States. A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*. – *European and US Constitutionalism*. G. Nolte (ed.). Cambridge 2005, lk 68. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511493904.004>; F. Schauer. *The Exceptional First Amendment*. – *American Exceptionalism and Human Rights*. M. Ignatieff (ed.). Princeton 2005, lk 32. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctt7skx6.4>. Kaalumisviiside eri päritolu kohta USA-s ja Mandri-Euroopas ning nende tagajärgede kohta vt M. Cohen-Eliya, I. Porat. *American Balancing and German Proportionality: The historical origins*. – *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), lk 263. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moq004>.

²¹ S. Tsakyrakis. *Proportionality: An assault on human rights?* – *International Journal of Constitutional Law* 7 (2010), lk 468. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mop011>; M. Khosla. *Proportionality: An assault on human rights?: A reply*. – *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), lk 298. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moq002>; S. Tsakyrakis. *Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla*. – *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), lk 307. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moq017>.

²² S. Tsakyrakis (viide 21), lk 468; S. Tsakyrakis. *A rejoinder* (viide 21), lk 307.

²³ M. Khosla (viide 21), lk 298.

mehhanistliku tingimuse, mis väidetavalt nõuab matemaatilist täpsust (V). Lõpuks on vaatluse all seos proportsionaalsuse ja põhiõiguste koosseisude kitsa või laia tõlgendamise vahel (VI).

II. Põhiõigused, huvid ja trumbid

Vastuväited proportsionaalsuse põhimõttele viitavad sageli ebaadekvaatsele arusaamale põhiõiguste suhetest teiste huvide ja printsiipidega. Just kaalumisel konkureerivad põhiõigused võrdväärse era- ja avalike huvidega.²⁴ See võrdväärus vähendavat põhiõiguste normatiivset jõudu, kuna põhiõiguslik kaitse eksisteerib igal üksikjuhul alles pärast kaalumist teiste printsiipidega.²⁵ Kaalumise käigus ei olevat põhiõigustel aga määravat mõju,²⁶ seetõttu puuduvat ka tõhus kaitse.²⁷ Tingimusteta tagamisest ei saavat enam juttugi olla, tagatipuks jäetakse kõrvale hoopis põhiõigused ise.²⁸

Sellise vastuväite õigustatuse kontrollimiseks on vaja heita pilk selle eeldustele. Vastuväide peab nimelt paika vaid siis, kui proportsionaalsuse kontrollimise raames määratletakse legitiimne eesmärk laialt ning põhiõigusi käsitatakse kaalumisel ülejäänud huvidega võrdväärse. Kui mis tahes legitiimne eesmärk võiks õigustada iga põhiõiguse riivet, oleks riigil vabadus toetuda põhiõiguse riive õigustamiseks mis tahes mõeldavale huvile. Iseäranis oleks sellisel juhul võimalik tugineda korraga tervele hulgal avalikele huvidele. See tooks endaga kaasa olukorra, kus kaalumisel konkureeriks hulk vastandlikke huve puudutatud põhiõigusega võrdväärse – selles suhtes peab vastuväide paika.²⁹ Põhiõigustel ei oleks mingit eelisjärku ülejäänud huvide suhtes.³⁰ Iga suvaline huvi võiks peale jääda kaalumisel põhiseaduses

²⁴ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 471.

²⁵ Samas, lk 471, 470.

²⁶ D. M. Beatty (viide 7), lk 171.

²⁷ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 489. Sarnane kriitika: G. Webber. *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*. Cambridge 2009, lk 101. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511691867>.

²⁸ B. Rusteberg. *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung*. Tübingen 2009, lk 71.

²⁹ M. Kumm. *Political Liberalism and the Structures of Rights* (viide 6), lk 142.

³⁰ M. Kumm (viide 14), lk 582; M. Kumm. *Political Liberalism and the Structures of Rights* (viide 6), lk 139; M. Kumm. *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification* (viide 6), lk 150; T.I. Harbo (viide 11), lk 166. Vt ka A. McHarg. *Reconciling Human Rights*

tagatud põhiõiguslike positsioonidega. Tagajärjeks oleks, et põhiõigusi ei oleks enam võimalik tõhusalt kaitsta, sest üks osa põhiõiguste toimejõust oleks kõrvaldatud.

Kirjeldatud tagajärgede vältimiseks argumenteeritakse, et põhiõigusi ei tule mõista kui ülejäänud era- ja avalike huvidega võrdväärseid huve, vaid kui nende suhtes eelisjärguga õiguspositsioone,³¹ kui *trumps*³², *side constraints*³³ või *fire walls*³⁴. See nõue põhineb põhimõttelisel liberaalsel ettekujutusel, mille kohaselt tuleb põhiõigustele anda algusest peale eriline kaal, et neil oleks eelisjärk ülejäänud huvide suhtes.³⁵ Sest põhiõiguste kataloogidele olevat immanentne põhiõiguste tugev rõhutamine eelisjärgu tähenduses ülejäänud kaalutluste suhtes.³⁶ Põhiõigustel olevat seega alati eelisjärk teiste, põhiõigustega mitte seotud kaalutluste suhtes. Seetõttu olevat üleliigne ka põhiõiguste ja ülejäänud, põhiõigustega mitte seotud kaalutluste omavaheline kaalumine. Kokkuvõttes ei ole nende seisukohtade järgi niisiis võimalik kaalumise kontseptsiooni põhiõiguste eelisjärguga ühitada.³⁷

Sellisele argumentatsioonile tuleb vastu vaielda.³⁸ Me näitame, et proportsionaalsuse põhimõtet on võimalik kombineerida põhiõiguste eelisjärgu põhjendusega (1) ja et alles see kombinatsioon võimaldabki põhiõigusi tõhusalt kaitsta (2).

and the Public Interest. Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. – *Modern Law Review* 62 (1999), lk 673. DOI: <https://doi.org/10.1111/1468-2230.00231>; T. A. Aleinikoff (viide 13), lk 945 jj.

³¹ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 473, 470; Sarnaselt eristab A. McHarg (viide 30), lk 673; M. Kumm. *Political Liberalism and the Structures of Rights* (viide 6), lk 141; T.I. Harbo (viide 11), lk 166 jj.

³² R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*. London 1978, lk 193.

³³ R. Nozick. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford 1974, lk 28–33.

³⁴ J. Habermas. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge 1996, lk 254. DOI: <https://doi.org/10.7551/mitpress/1564.001.0001>.

³⁵ S. Greer. *The European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects*. Cambridge 2006, lk 208. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511494963>; R. Dworkin (viide 32), lk 193; J. Rawls. *A Theory of Justice*. Oxford 1972, lk 42–44. Vt ka ülevaadet J. Waldron. *Fake Incommensurability. A Response to Professor Schauer*. – *Hastings Law Journal* 45 (1993–1994), lk 816–817.

³⁶ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 475.

³⁷ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 468: „In [...] balancing, there cannot be any concept of fundamental rights having priority over other considerations“; V. Afonso Da Silva. *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*. – *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011), lk 9. DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqr004>.

³⁸ Vt selle kohta põhjalikult ka M. Klatt, M. Meister. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford 2012, lk 15 jj. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199662463.001.0001>.

1. Põhiõiguste eelisjärk

Proportsionaalsuse kontrolli raames võib põhjendatuks pidada põhiõiguste kahekordset eelisjärku.³⁹ Esiteks on põhiõigustel põhiseadusega tagatud õiguspositsioonidena definiitivne eelisjärk mittepõhiseaduslike kaalutluste suhtes. Teiseks on põhiõigustel *prima-facie*-eelisjärk samaväärsete mittepõhiõiguslike kaalutluste suhtes.

Sellise kahekordse eelisjärgu konstrueerimiseks on proportsionaalsuse kontrolli raames vaja arvestada kahe elemendiga. Esimene element mõjutab legitiimse eesmärgi määratlemist. Põhiseadusega tagamata õiguspositsioonide suhtes põhiõiguste eelisjärgu põhjendamiseks ei tohi arvesse tulla mis tahes legitiimne eesmärk. Kitsam määratlus on selline, mille kohaselt ainult muud põhiseadusega tagatud õiguspositsioonid tohivad põhiõigusi kui põhiseadusega tagatud õiguspositsioone kõrvale tõrjuda.⁴⁰ Selline legitiimse eesmärgi kitsam määratlus põhjendab proportsionaalsuse põhimõtte raames põhiõiguste eelisjärku mittepõhiseaduslike kaalutluste suhtes. Proportsionaalsuse põhimõtte mõttes legitiimsete eesmärkide määratlemiseks võime seega sõnastada järgmise esimese eelisjärguseaduse:

Põhiõigustel on definiitivne eelisjärk mittepõhiseaduslike printsiipide suhtes.

Seega ei ole juba nende eesmärkide, mida põhiseadus ei kaitse, järgimine legitiimne. See toob proportsionaalsuse kontrolli edasises käigus endaga kaasa selle, et põhiõigused konkureerivad kaalumise raames ainult samuti põhiseaduslikult kaitstud õiguspositsioonidega. See kõrvaldab ohu, et kaalumise raames võiks põhiõigusi kõrvale tõrjuda suvalised, põhiseadusega mitte kaitstud huvid. Legitiimse eesmärgi kitsa määratlemise korral ei jõuagi need kaalumiseni.

See muidugi ei tähenda, et põhiõigustel oleks eelisjärk ka muude põhiseaduslikult kaitstud õiguspositsioonide suhtes. Senise mõttekäigu kohaselt konkureeriksid põhiõigused jätkuvalt samaväärsena näiteks suure hulga

³⁹ Põhiõiguste eelisjärgu põhjendamise teiste võimaluste kohta vt M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 15 jj.

⁴⁰ R. Alexy. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a. M. 1994, lk 258; A. von Arnould. *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*. Baden-Baden 1999, lk 111; K. Misera-Lang. *Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsrechte*. Frankfurt a. M. 1999, lk 9; R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights*. J. Rivers (transl.). Oxford 2002, lk 185; M. Borowski (viide 15), lk 213.

põhiseaduslikult kaitstud avalike huvidega. Siin tuleb mängu teine element. Põhiõigustele võib kaalumise raames anda eelisjärgu ka põhiseaduslikult kaitstud muude, mittepõhiõiguslike õiguspositsioonide suhtes, seeläbi et neile omistatakse suurem abstraktne kaal.

Selline diferentseerimine on võimalik alljärgnevalt kirjeldatud viisil. Kaalumisel kontrollitakse, kas legitiimse eesmärgi järgimise tähtsus õigustab põhiõiguse riive intensiivsust. Mida suurem on põhiõiguse mittetäitmise määr, seda tähtsam peab olema seda õigustavate printsiipide täitmine.⁴¹ Sellise kaalumise juures võib olulist rolli mängida kollideerivate printsiipide abstraktne kaal. Abstraktne kaal on printsiibil võrdluses teiste printsiipidega suhteliselt, konkreetsest juhtumist olenemata. Põhiõiguste kataloogi sees on täiesti võimalik, et eri põhiõigustel on erinev abstraktne kaal.⁴² Näiteks võiks inimväärikusele või õigusele elule omistada suurema abstraktse kaalu kui omandile või üldisele vabadusõigusele.⁴³ Need seosed on teada. Uus on aga see, et just sellisel viisil saaks põhiõigustele omistada ka üldiselt suurema abstraktse kaalu kui teistele põhiseaduslikult põhjendatavatele õiguspositsioonidele, millega kaalumisel tuleb arvestada. Tulemuseks oleks põhiõiguste eelisjärk ülejäänud põhiseaduslikult kaitstud õiguspositsioonide suhtes. Seda mõju saab lõputult tugevdada, sest põhiõiguste abstraktset kaalu on võimalik lõputult suurendada.

Kui omistada põhiõigustele kaalumise raames suurem abstraktne kaal, saab idee põhiõiguste eelisjärgust ülejäänud põhiseaduslikult põhjendatavate õiguspositsioonide suhtes ühendada konstruktiivselt kaalumise kontseptsiooniga. Kas ja mil määral tuleks abstraktset kaalu põhiseaduslikult kaitstud huvide klassi siseselt diferentseerida, on esmajoonel põhiseaduspoliitiline küsimus, mida ei pea siinkohal lahendama. Siin on oluline ainult see, et ka proportsionaalsuse põhimõtte raames on olemas vastav konstruktiivne võimalus.

Arvestada tuleb siiski sellega, et põhiõigustele suurema abstraktse kaalu omistamine ei avalda otsustavat mõju kaalumise tulemusele. Põhiõigused saavad tänu neile suurema abstraktse kaalu omistamisele küll kaalumisel teatava eelise

⁴¹ See on esimene kaalumiseseadus, vt R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 40), lk 146; R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* (viide 40), lk 102.

⁴² Kriitiliselt põhiõigustele abstraktse kaalu omistamise võimaluse kohta vt B. Rusteberg (viide 28), lk 52 jj.

⁴³ *Grundgesetz*'i art 2 lgst 1 tuleneva üldise vabadusõiguse väikese abstraktse kaalu kohta vt M. Meister. *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*. Berlin 2011, lk 243 jj. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-53656-6>. Inimväärikuse abstraktse kaalu kohta vt M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 15 jj.

mittepõhiõiguslike põhiseaduslike printsiipide ees. Sääraselt kujutatud eelisjärk on aga ainult *prima facie*, mitte definitiivse iseloomuga. Suurema abstraktse kaaluga põhiõigus ei jää igal juhtumil kollideerivate väiksema abstraktse kaaluga põhiseaduslike printsiipide suhtes peale.⁴⁴ Printsiipide abstraktne kaal on ainult üks paljudest aspektidest, mida tuleb kaalumisel arvesse võtta. Sellele tuginedes saame sõnastada teise eelisjärgu seaduse:

Mida suurem on põhiõiguse abstraktne kaal, seda hõlpsamini jääb põhiõigus kaalumisel kollideerivate põhiseaduslike printsiipide suhtes peale.

Põhiõiguste kahekordset eelisjärku saab niisiis kombineerida proportsionaalsuse põhimõttega. Ühelt poolt on kindlustatud põhiõiguste definitiivne eelisjärk mittepõhiseaduslike kaalutluste suhtes seeläbi, et legitiimsete eesmärkidena käsitatakse eranditult põhiseadusega tagatud õiguspositsioone. Teiselt poolt saab põhiõigustele suurema abstraktse kaalu omistamisega põhjendada kaalumise raames põhiõiguste *prima-facie*-eelisjärku põhiseadusega tagatud ülejäänud õiguspositsioonide suhtes.

2. Tõhus kaitse

Põhiõiguste ülejäänud kaalutluste suhtes eelisjärgu põhjendamise eesmärgiks on tagada põhiõiguste tõhus kaitse. Loodud mudelis, mis kombineerib põhiõiguste kahekordse eelisjärgu teiste kaalutluste suhtes proportsionaalsuse põhimõttega, on põhiõigustel kui põhiseadusega tagatud õiguspositsioonidel kõigepealt definitiivne eelisjärk mittepõhiseaduslike kaalutluste ees. Peale selle on neil tänu neile suurema abstraktse kaalu omistamisele *prima-facie*-eelisjärk põhiseaduslikult põhjendatud kaalutluste suhtes.

Põhiõigustel ei ole aga definitiivset eelisjärku ülejäänud põhiseaduslike printsiipide suhtes. Selle poolest on nende kaitse vähem tõhus võrreldes mudeliga, mis jaatab põhiõiguste abstraktset definitiivset eelisjärku. Sellegipoolest tagab kirjeldatud kombineeritud mudel tõhusa põhiõiguste kaitse. See tuleneb kolmest kaitsemüürist.

⁴⁴ Nii arvab aga J. Rawls (viide 35), lk 43. Vt ka J. Rawls. *Political Liberalism*. New York 1993, lk 296.

Esiteks saavad legitiimse eesmärgi kitsama määratlemise tõttu põhiõigustega kaalumise raames konkureerida ainult sellised printsiibid, millel on põhiseaduslik staatus. Sellega tõrjutakse oht, et riik võiks põhiõiguste piiramiseks toetuda suvalistele avalikele huvidele, mida ei saa põhiseaduslikult põhjendada. Esimese eelisjärguseaduse kohaselt on põhiõigustel nimelt definitiivne eelisjärk kõigi mittepõhiseaduslike printsiipide suhtes. Kaalumise raames konkureerivad põhiõigused seetõttu ainult selliste õiguspositsioonidega, mis on samuti põhiseadusega kaitstud.⁴⁵

Teiseks põhjendab põhiõigustele suurema abstraktse kaalu omistamine nende *prima-facie*-eelisjärku kaalumisel muude põhiseaduslike printsiipidega. Eeskätt on põhiõiguste klassi raames võimalik edasi diferentseerida, omistades eriti olulistele põhiõigustele suurema abstraktse kaalu. Viimased jäävad seetõttu kollideerivate optimeerimiskäskude suhtes eriti hõlpsasti peale. Põhiõigustel võib selles mõttes olla kaalumisel eelis. Kollideeruvatel printsiipidel on sellisel juhul raskem end põhiõiguste suhtes maksma panna. Kehtib teine eelisjärguseadus: mida suurem on põhiõiguse abstraktne kaal, seda hõlpsamini jääb põhiõigus kaalumisel kollideerivate põhiseaduslike printsiipide suhtes peale.

Kolmas kaitsemüür seisneb selles, et põhiõigustega kaitstud õiguspositsioone ei saa ka kombineeritud mudelis kaalumise teel täielikult kõrvaldada.⁴⁶ Igal juhul peab säilima õiguse tuum, selle põhiõigus, mida moonutada ei tohi. Selles mõttes ei ole korrektne argument, et põhiõiguste olemusliku tuuma ideed (*Idee des Wesensgehalts*) ei olevat võimalik ühitada kaalumise kontseptsiooniga.⁴⁷ Põhiõiguse olemuslik tuum on see, mis jääb õigusest järele pärast kaalumist.⁴⁸ Põhiõiguste proportsionaalsed piirangud ei riku põhiõiguste olemuslikku tuuma, isegi kui konkreetsel juhul ei jää õigusest midagi järele.⁴⁹

Siiski saab kaalumise raames alati tagada kaitse absoluutse miinimumi. Seda põhjusel, et riive intensiivistudes muutuvad põhiõigused üleproportsionaalselt tugevamaks.⁵⁰ Väga intensiivseid riiveid on seetõttu kas raske või võimatu

õigustada sellega, et riive õigustuste kaalu pidevalt suurendatakse. Mida suurem on ühe printsiibi mittetäitmise määr, seda raskem on seda õigustada vastandliku printsiibi täitmise olulisusega, isegi kui selle tähtsus on väga suur. Mida rohkem väheneb põhiõiguse täitmine, seda suuremad peavad olema õigustava printsiibiga seotud eelised ja vastupidi. Seda seost saab selgitada kahaneva piirkasulikkuse seaduse nõgusa kasulikkusfunktsiooniga.⁵¹ Viimasel ajal on seda püütud selgitada ka Nashi funktsiooniga.⁵² Teatud tingimustel on kindlus, et ükski vastandlik printsiip ei saavuta definitiivset eelisjärku mingi põhiõiguse suhtes, seetõttu väga suur. Need tingimused moodustavadki põhiõiguse olemusliku tuuma.⁵³ Põhiõiguste olemusliku tuuma ideed saab seega ühitada kaalumise kontseptsiooniga.

Kokkuvõttes tagavad kombineeritud mudeli need kolm kaitsemüüri tõhusa põhiõiguste kaitse sellest hoolimata, et põhiõigustel ei ole definitiivset eelisjärku muude põhiseadusega tagatud õiguspositsioonide suhtes.

3. Tulemus

Eelistada tasub põhiõiguste mudelit, mis kombineerib põhiõiguste kahekordse eelisjärku proportsionaalsuse põhimõttega ja rajab kolm kaitsemüüri põhiõiguste ulatuslike piirangute vastu. Sellisel viisil tagatakse proportsionaalsuse kontrolli raames tõhus põhiõiguste kaitse, ilma et põhiõigustele oleks vaja omistada abstraktset definitiivset eelisjärku kõikide ülejäänud kaalutluste suhtes. See annab võimaluse põhiõiguste paindlikuks kohaldamiseks, mis on optimeeritud konkreetse üksikjuhtumi tegelikele ja õiguslikele tingimustele. Iseäranis on võimalik seada põhiõiguste ja avalike huvide vahel jalule õiglane tasakaal, eiramata seejuures põhiõiguste tähtsust.

⁴⁵ M. Borowski (viide 15), lk 213, viide 71.

⁴⁶ Nii arvab siiski S. Tsakyrakis (viide 21), lk 489: „everything [...] is [...] up for grabs“.

⁴⁷ Samas, lk 492.

⁴⁸ R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 40), lk 269; R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* (viide 40), lk 193. Siinkohal on tegemist tuumikolemuse relatiivse teooriaga.

⁴⁹ R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* (viide 40), lk 193.

⁵⁰ R. Alexy. *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*. – *Ratio Juris* 16 (2003), lk 140. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00228>. Vt M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 45 jj.

⁵¹ R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* (viide 40), lk 103–105; J. Rawls (viide 35), lk 37–40; B. Barry. *Political Argument. A Reissue with a New Introduction*. Hemel Hempstead 1990, lk 3–8.

⁵² P.-E. Veel. *Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making*. – *Rights, Balancing & Proportionality* 4 (2010), lk 218.

⁵³ R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 40), lk 271 jj; R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* (viide 40), lk 195.

III. Proportsionaalsus ja moraal

Palju on kritiseeritud proportsionaalsuse kui õigusliku kategooria käsitust. On väidetud, et pigem on tegemist kõige rohkem poliitilise otstarbekuse või moraalse mõistlikkuse põhimõttega. Kindlasti ei saa eitada, et proportsionaalsuse põhimõte on väga lähedal poliitilistele ja moraalsetele argumentidele: juba esimene kontrolliaste – legitiimne eesmärk – on seotud eesmärgi seadmisega.

Vastuväide läheb aga sügavamale: proportsionaalsuse lähedus moraalile ja poliitikale olevat nii suur, et lahkutakse õigusliku kontrolli tasandilt, varjates seda õigusliku objektiivsuse maskiga. Tsakyrakis väidab, et proportsionaalsuse põhimõte teeskleb, nagu ta suudaks suhestada väärtused omavahel ilma igasuguse moraalse argumentatsioonita. Proportsionaalsus näivat objektiivse ja neutraalsena ning pretendeerivat sõltumatusele moraalsetest kaalutlustest.⁵⁴ Webber heidab proportsionaalsuse põhimõttele ette, et see „depoliteerivat“ põhiõigusi „praalides, et ta muundab (subjektiivse) õiguse piiramisel asjassepuutuvad moraalset ja poliitilised väärtushinnangud kaalu ja tasakaalu tehnilisteks küsimusteks. Kuid katse hoiduda (subjektiivse) õiguse argumenteerimise protsessile omastest poliitilistest ja moraalsetest küsimustest on mõttetu“⁵⁵.

Lähemalt vaadatuna koosneb proportsionaalsuse moraaliga nakatumise argument kahest eeldusest. Esiteks sisaldavat proportsionaalsuse kontroll tingimata moraalset argumente. Teiseks pretendeerivat proportsionaalsuse kontroll moraalsetele neutraalsusele. Esimene eeldus on tõene, teine seevastu väär.

Igasugune proportsionaalsuse kontrollimine eeldab moraalset argumentatsiooni.⁵⁶ Vastupidine seisukoht peab kuulutama juriidilise argumentatsiooni väärtusvabaks alaks, mis ei ole paljudel põhjustel veenev.⁵⁷ Seetõttu tuleb esimese

⁵⁴ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 474. Samuti samas, lk 475: „tends to neglect any moral reasoning“; „risks neglecting the complexity of moral evaluation“; S. Tsakyrakis. A rejoinder (viide 21), lk 308: „reducing human rights adjudication to questions of relative weight in order to bypass the moral discourse on values and priorities.“

⁵⁵ G. Webber (viide 17), lk 191: „by purporting to turn the moral and political evaluations involved in delimiting a right into technical questions of weight and balance. Yet, the attempt to evade the political and moral questions inherent in the process of rights reasoning is futile.“ Vrd R. Alexy. Grundrechte und Verhältnismäßigkeit. – Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig. U. Schliesky, C. Ernst, S. E. Schulz (Hrsg.). Heidelberg 2011, lk 10.

⁵⁶ Selle kohta täpsemalt vt M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 45 jj.

⁵⁷ Õiguse ja juriidilise argumentatsiooni kahetise olemuse kohta vt R. Alexy. Die Doppelnatur des Rechts. – Der Staat 50 (2011), lk 389. DOI: <https://doi.org/10.3790/staa.50.3.389>. Vt ka

eeldusega nõustuda: proportsionaalsuse põhimõte saab vaid siis viia õigete tulemusteni, kui selle kohaldamine reflekteerib ja arvestab moraalset hinnanguid.⁵⁸ Ent juttugi ei saa olla sellest, et proportsionaalsuse põhimõte seda seika varjaks. Seos moraalse argumentatsiooniga on juba ammu aktsepteeritud ning detailideni läbi analüüsitud. Seetõttu tuleb teisele eeldusele vastu vaielda. Moraalsed argumentid on iga proportsionaalsuse kontrolli vajalik element, isegi kui see ei tule kohtupraktikas ega argumentatsioonis alati sõnaselgelt välja.⁵⁹ Seda teesi aitavad kinnitada kaks elementi juriidilise argumentatsiooni teooriast, nimelt erijuhtumi tees (*Sonderfallthese*) ning vahetegu sisemise ja välimise õigustuse vahel.

1. Erijuhtumi tees

Erijuhtumi tees on välja arendatud juriidilise argumentatsiooni jaoks, kuivõrd see järgib õigusliku süllogismi vormi. Siin esindatud seisukoha järgi saab seda aga laiendada proportsionaalsuse kontrolli raames kasutatavale argumentatsioonile, eelkõige kollideerivate printsiipide kaalumisele mõõdukuse ehk kitsamas tähenduses proportsionaalsuse kontrolli raames.⁶⁰ Erijuhtumi tees ütleb, et juriidiline argumentatsioon on üldise praktilise argumentatsiooni erijuhtum.⁶¹

V. Afonso da Silva (viide 37), lk 16. Juriidiliste ja moraalsete printsiipide suhte kohta vt ka R. Poscher (viide 1). Liiga naiivse vaatepunkti kohta vt D. M. Beatty (viide 7), lk 160, 166, 169.

⁵⁸ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 491.

⁵⁹ R. Dworkin. Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge/Mass. 1996, lk 14; D. M. Beatty (viide 7), lk 25–33.

⁶⁰ Subsumptsiooni ja kaalumise kui juriidilise argumentatsiooni kahe põhivormi kohta vt R. Alexy (viide 12), lk 433. Kriitiliselt: M. Jestaedt (viide 1); R. Poscher (viide 1).

⁶¹ R. Alexy (viide 57), lk 403 jj; R. Alexy. A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. Oxford 1989, lk 212–220; erijuhtumi teesi kritiseerivad J. Habermas (viide 34), lk 204, 206, 33 jj; K. Günther. Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis". – Ratio Juris 6 (1993), lk 143. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1993.tb00143.x>. Alexy kaitse sisaldub: R. Alexy. The Special Case Thesis. – Ratio Juris 12 (1999), lk 374. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00131>; R. Alexy. Justification and Application of Norms. – Ratio Juris 6 (1993), lk 157 jj. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1993.tb00144.x>. Vt ka G. Pavlakos. The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law. – Ratio Juris 11 (1998), lk 126. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00081>; I. Dwars. Application Discourse and Special Case Thesis. – Ratio Juris 5 (1992), lk 67. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1992.tb00113.x>.

See koosneb kahest väitest.⁶² Esiteks kujutavad juriidilised diskursused endast üldiste praktiliste diskursuste juhtumeid. Neil on ühine ese, nimelt praktilise filosoofia põhiküsimused, mis on kästud, keelatud ja vabaks antud. Teiseks ise-loomustavad juriidilisi diskursuseid spetsiifilised piirangud. Nad ei püüa vastata normatiivsetele küsimustele üldiselt või absoluutses mõttes. Selle asemel on eesmärgiks anda vastuseid konkreetse õiguskorra raames. Viimane sisaldab aga terve rea piiranguid siduvate normide, kohtupretsedentide ja õigusdogmaatiliste konstruktsioonide kujul. Selle eest, et juriidilist diskursust peetakse üldise praktilise diskursuse erijuhtumiks, võlgneb see tänu oma institutsioonilisele ja autoritatiivsele iseloomule.

Siinses kontekstis on otsustav erijuhtumi teesi esimene väide. Sellest järeldeb, et ka proportsionaalsuse kontroll koos kaalumise ja kujutab endast moraalse argumentatsiooni juhtumit. Tsakyrakis esitatud vastuväide, mille kohaselt proportsionaalsuse põhimõte tõrjub moraalse argumentatsiooni, on seetõttu väär.⁶³ Virgílio Afonso da Silva on sõnastanud selle seose väga selgelt: „[Tsakyrakis] ignoreerib täielikult, et peaaegu kõik juriidilises argumentatsioonis, sealhulgas printsiipide täitmise ja mittetäitmise määrade määratlemine, saab alati olema tuliste vaidluste objektiks, mis hõlmavad kõiki argumentide liike, mida saab kasutada üldises juriidilises argumentatsioonis, sealhulgas moraalsed kaalutlused, mida ta hirmsasti taga igatseb. Nii nagu kõige triviaalsema juriidilise süllogismi eelduste õigustamine ei ole väärtusvaba loogiline protseduur, ei ole seda ka otsustus, kas antud põhiõiguse riive on kerge, keskmine või raske.“⁶⁴

⁶² R. Alexy. *Legal Philosophy: 5 Questions*. – *Legal Philosophy: 5 Questions*. M. E. J. Nielsen (ed.). New York 2007, lk 2.

⁶³ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 488.

⁶⁴ V. Afonso da Silva (viide 37), lk 16: „[Tsakyrakis] completely ignores that, just as almost everything in legal reasoning, the definition of degrees of satisfaction and non-satisfaction of a principle will always be subject to fierce disputes, which will involve all types of arguments that may be used in legal argumentation in general, including the moral considerations he misses so much. Just as the justification of the premises in the most trivial legal syllogism is not a value-free logical procedure, neither is the decision that a given limitation in a constitutional right is light, moderate, or serious.“

2. Sisemine ja välimine õigustus

Ka sisemise ehk internse ja välimise ehk eksternse õigustuse vahetegu puudutab suhet kaalumise ja juriidilise argumentatsiooni vahel.⁶⁵ Ka see arendati algselt välja õigusliku süllogismi analüüsimiseks. Kuid nagu hiljaegu on selgunud, kandub see vahetegu üle proportsionaalsuse kontrolli raames toimuvale kaalumisele.⁶⁶

Sisemise õigustuse küsimus on, kas kaalumise tulemust saab tuletada selle eeldustest. Sellele küsimusele saab vastata kaalumise formaalse struktuuri kaudu, mida väljendab kaalumisevalem (*Gewichtsformel*).⁶⁷ Niipea kui on antud selle struktuuris nõutavad väärtushinnangud, näiteks määratud põhiõiguse riive intensiivsus või õigustava printsiibi kaal, järgib edasine argumentatsioon kaalumisevalemite struktuuri ja juhul, kui kasutatakse arve, siis ka aritmeetikareegleid. See on – samamoodi nagu õiguslik süllogism, mis järgib puhtalt loogikareegleid – üksnes formaalse struktuuri küsimus.

Samas ei määra õiguslik süllogism ega kaalumisevalem eelduste tõesust ega õigust.⁶⁸ Mõlemad näitavad vaid inferentsiaalseid suhteid (*die inferentiellen Relationen*) eelduste ja järelduste vahel. Seevastu välimine õigustus puudutab eelduste tõesust või õigust. Selle esemeks on näiteks hinnangud, kas proportsionaalsuse kontrollile allutatud meede on sobiv või vajalik, samuti kuidas on kaalumisel määratletud vajalik intensiivsus. Välimise õigustuse raames tuleb õigustada näiteks proportsionaalsuse kontrolli viimasel astmel põhiõiguse riive intensiivsusele antud hinnangut „kerge“ või kollideeruva printsiibi kaalule antud hinnangut „raske“.⁶⁹

Just selle välimise õigustuse kaudu sisenevad moraalsed argumendid proportsionaalsuse kontrolli. Riivete intensiivsust ja kaalu saab ilma moraalsele

⁶⁵ R. Alexy. *The Weight Formula*. – *Studies in the Philosophy of Law*. Frontiers of the economic analysis of law. J. Stelmach, B. Brozek, W. Zaluski (toim.). Krakow 2007, lk 9; R. Alexy. *A Theory of Legal Argumentation* (viide 61), lk 211; J. Wroblewski. *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*. – *Rechtstheorie* 5 (1974), lk 39 j. MacCormick kasutab – materiaalses mõttes samas tähenduses – termineid first-order justification ja second-order justification, vt N. MacCormick. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford 1978, lk 101.

⁶⁶ M. Klatt, J. Schmidt. *Epistemic Discretion in Constitutional Law*. – *International Journal of Constitutional Law* 10 (2012), lk 69–105. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mor056>.

⁶⁷ Kaalumisevalemite kohta vt R. Alexy. *The Weight Formula* (viide 65), lk 9.

⁶⁸ M. Jestaedt (viide 1).

⁶⁹ G. Webber (viide 17), lk 184 jj.

kaalutlustele viitamata sama vähe hinnata kui sobivust ja vajalikkust. Kohtud peavad oma otsuseid õigustama nii sisemiselt kui ka väliselt. Seetõttu ei saa nad mööda minna paljude juhtumite keerukast moraalsest mitmetahulisusest. Rahvusvahelises diskussioonis on see osaliselt jäänud kahe silma vahele.⁷⁰

3. Kaalumine ja moraalne argumentatsioon

Proportsionaalsuse ja kaalumise formaalse struktuuri panus on erakordselt oluline just seetõttu, et väga selgelt esitatakse need eeldused, mida on vaja väliselt õigustada. Seetõttu ei saa juttugi olla – nagu väitis näiteks Tsakyrakis –, et sellega varjatakse paljude põhiõiguse juhtumite tuumaks olevaid moraalseid probleeme.⁷¹ Vastupidi, proportsionaalsuse kontroll toob selgelt ja läbipaistvalt välja, et moraalsed kaalutlused on õiguslikus argumentatsioonis olulised ja kus kohas nad olulised on. Proportsionaalsuse kontroll näitab, milliseid väiteid peab kohus väliselt õigustama, et teha õige otsus.⁷² Võib öelda, et otsuse põhjendus on seda selgem ja ratsionaalsem, mida sõnaselgemalt on välja töötatud juhtumi moraalsed argumendid.⁷³ Seesugused formaalsed struktuurid nagu proportsionaalsus ja kaalumine saavad seda ülesannet oluliselt lihtsamaks teha, aidates sellega kaasa põhiseadusliku argumentatsiooni ratsionaalsusele tervikuna.

Sisemine ja välimine õigustus ühendavad proportsionaalsuse kontrolli ja kaalumise tihedalt juriidilise argumentatsiooni teooriaga, mis hõlmab üldise praktilise argumentatsiooni teooria.⁷⁴ Mattias Kumm on seda seost lähemalt selgitanud: „Kaalumise metafoor ei tohiks varjutada tõsiasja, et proportsionaalsuse testi viimane osa eeldab otsustajalt paljudel juhtudel teoreetiliselt informeeritud praktilist argumentatsiooni ja mitte üksnes intuitsioonil põhinevat klassifitseerivat sildistamist. Seal, kus hinnatakse üldhuvi suhtelist tähtsust võrreldes kaalul oleva vabadusega, saab määrata kaalu ja moodustada prioriteete, nii nagu nõuab õigluse korrektne materiaalne teooria. Proportsionaalsuse testi

viimane osa laseb sellisel juhul argumenteeritult inkorporeerida vabaduste käsituse, mis võimaldab väljendada mis tahes prioriteeti, mis on kollektiivsete hüvede ees sisuliselt õigustatud.“⁷⁵

Robert Alexy on oma vastuses Kummile väljendanud samuti seda asjaolu: proportsionaalsuse põhimõtet tuleb tingimata täiendada sisulise poliitilise moraalsuse argumentidega.⁷⁶ Alexy nõustub niisiis Kummiga ning rõhutab: „Proportsionaalsuse analüüs on, nagu näitab kaalumise vale, formaalne struktuur, mis sõltub olulisel määral eeldustest, mis pärinevad väljastpoolt.“⁷⁷

Kokkuvõttes näitavad need arutluskäigud selgelt, mida täpselt tähendab jutt proportsionaalsuse kui formaalse struktuuri neutraalsusest: põhimõte on neutraalne sel määral, kuhu ulatub selle formaalne struktuur. Sellest seisukohast võib seda käsitada põhiseaduspärasuse universaalselt kehtiva kriteeriumina.⁷⁸ Ent hädavajalik on täita see formaalne struktuur moraalse sisuga, väärtuse ja kaaluga seotud argumentidega. Need varieeruvad filosoofilisest perspektiivist ja poliitilistest eelistustest sõltuvalt. David M. Beatty sõnastab selle kujukalt: „Proportsionaalsus varieerub otseselt sellest sõltuvalt, millise kaalu ja väärtuse annavad inimesed asjakohastele huvidele.“⁷⁹

Kui mõista proportsionaalsuse põhimõtet sellisel viisil, võib see vastata neutraalsuse ja üldkehtivuse nõudele ilma seejuures põhiseadusõiguse „depolitiiserimist“⁸⁰ julgustamata.

⁷⁰ A. McHarg (viide 30), lk 681; F. Coffin. *Judicial Balancing. The Protean Scales of Justice.* – *New York University Law Review* 63 (1988), lk 22.

⁷¹ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 493: „obscure the moral considerations that are at the heart of human rights issues“.

⁷² Alexy: „The Law of Balancing tells us what it is that has to be rationally justified“, vt R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* (viide 40), lk 107.

⁷³ Selles tähenduses: S. Tsakyrakis. *A rejoinder* (viide 21), lk 310.

⁷⁴ R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* (viide 40), lk 109.

⁷⁵ M. Kumm. *Political Liberalism and the Structures of Rights* (viide 6), lk 148 jj: „The metaphor of ‘balancing’ should not obscure the fact that the last prong of the proportionality test will in many cases require the decision-maker to engage in theoretically informed practical reasoning, and not just in intuition-based classificatory labeling. At the level of evaluating the relative importance of the general interest in relation to the liberty interest at stake, the weights can be assigned and priorities established as required by the correct substantive theory of justice. The last prong of the proportionality test then provides a space for the reasoned incorporation of an understanding of liberties that expresses whatever priority over collective goods is substantively justified.“ Vt ka M. Kumm (viide 14), lk 575.

⁷⁶ M. Kumm. *Political Liberalism and the Structures of Rights* (viide 6), lk 132.

⁷⁷ R. Alexy. *Thirteen Replies.* – *Law, Rights and Discourse.* The legal philosophy of Robert Alexy. G. Pavlakos (ed.). Oxford 2007, lk 344: „Proportionality analysis is, as the weight formula shows, a formal structure that essentially depends on premises provided from outside.“ DOI: <https://doi.org/10.5040/9781472563989.ch-016>.

⁷⁸ D. M. Beatty (viide 7), lk 162: „a universal criterion of constitutionality“.

⁷⁹ Samas, lk 617 jj: „Proportionalities vary directly with the weight and values people place on the relevant interests.“

⁸⁰ G. Webber (viide 17), lk 191.

IV. Inkommensuraabluse probleem

Proportsionaalsuse põhimõtte, eelkõige sobivuse kontrolli astme kukutab paljude jaoks läbi inkommensuraabluse (*Inkommensurabilität*) probleem. Öeldakse, et üksteisega suhestatud väärtused ja printsiibid ei olevat ühisel skaalal mõõdetavad.⁸¹ Inkommensuraableid väärtusi ei saavat üksteise suhtes kaaluda.⁸²

Inkommensuraabluse vastuväidet peetakse kaalumisoõpetuse tõhusaimaks kriitikaks.⁸³ Sellest on kaks versiooni. Esimene versioon rõhutab, et on olemas printsiibid ja väärtused, mida ei saa kvantifitseerida.⁸⁴ Teine versioon eitab kvantifitseerimise võimalikkust ühisel skaalal.⁸⁵ Versioonid erinevad selle poolest, et esimene puudutab üksikuid printsiipe, teine aga vähemalt kahe printsiibi vahelisi relatsioone.

1. Kvantifitseerimise võimatus

Inkommensuraabluse vastuväite esimene versioon peab kindlasti paika selles osas, et printsiipe saab kvantifitseerida eri määral. Neid õigusi, millel on rahaline dimensioon, nagu näiteks omandivabadus, on kergem kvantifitseerida kui neid õigusi, millel selline mõõde puudub. Seevastu ei pea paika, et mõõdukuse kontrolli raames toimuv kaalumise sõltub kollideerivate printsiipide kaalu täpsest, matemaatilisest väljendamisest. Selle asemel tuleb kaalumist võimalikuks pidada alati siis, kui printsiipidele saab anda kaalu vähemalt kaheastmelisel skaalal. Ordinaalne ehk järgarvuline skaala on täiesti piisav, kardinaalne ehk põhiarvuline ei ole vajalik.⁸⁶

⁸¹ J. M. Finnis. *Natural Law and Legal Reasoning*. – *Natural Law Theory*. Contemporary Essays. R. P. George (ed.). Oxford 1992, lk 146, 151; T. A. Aleinikoff (viide 13), lk 972 jj; L. Zucca. *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford 2007, lk 55–60, 85 jj.

⁸² S. Tsakyrakis (viide 21), lk 471.

⁸³ Samas. Põhjalikku käsitlust vt M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 45 jj.

⁸⁴ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 475: „Our moral universe includes ideas not amenable to quantification.“

⁸⁵ Samas, lk 471.

⁸⁶ J. Griffin. *Incommensurability: What's the Problem? – Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. R. Chang (ed.). Cambridge/Mass. 1997, lk 35; V. Afonso da Silva (viide 37), lk 11.

Lisaks võib selliste printsiipide ja väärtuste, mida ei ole võimalik matemaatiliselt kvantifitseerida, kaalu määrata kolmeastmelisel skaalal kergeks, keskmiseks või raskeks. Kui veel selgemalt väljenduda, siis kvantifitseerimise võimatus ei ole argument printsiipide kaalumise vastu, vaid pigem otsustav argument kolmeastmelise skaala kasutamiseks. Seetõttu kõnelevad just kaalumise *hard cases* proportsionaalsuse mudeli kasuks. Afonso da Silva on kirjeldanud seda aspekti tabavalt: „Just selleks, et otsustada ratsionaalselt neil juhtumitel, kus mängivad rolli inkommensuraablid väärtused või õigused (tugevas mõttes), tuleb nii võrrelda kui ka kaaluda.“⁸⁷

Asjaolu, et keerukatel juhtumitel on väärtuste astmestamine keerulisem ning tundub mõnel juhul peaaegu võimatu, ei ole põhjus jätta hüvasti proportsionaalsuse põhimõtte või kaalumise tervikuna ning sel moel loobuda ka proportsionaalsuse kontrolliga kaasnevast ratsionaalsuse kasvust paljudel juhtudel, mil mudel töötab tõrgeteta.

Mõistagi peab paika, et kaalu astmestamist saab igal konkreetsel juhul kritiseerida ja selle üle diskuteerida. See puudutab aga välimist õigustust ega räägi kolmeastmelise skaala kui sellise vastu. Siinkohal on hästi ära tuntav, et inkommensuraabluse vastuväite esimene versioon ei ole lõppude lõpuks midagi muud kui Habermasi kaalumise irratsionaalsuse vastuväide.⁸⁸ Vaidlustatakse ju võimalust õigustada ratsionaalselt kaalu ja väärtuse kohta esitatud propositsioone. Seetõttu ei ole inkommensuraabluse vastuväite esimene versioon iseseisev argument.

Kolmeastmelise skaala kasutamine oleks vaid siis irratsionaalne, kui suurel hulgal juhtudel või terve juhtude kategooria puhul oleks võimatu otsustada ratsionaalsetel põhjustel kindla astmestamise kasuks. Ent selline väide ei ole veenev. See tähendaks ratsionaalse praktilise argumentatsiooni võimalikkuse vaidlustamist tervikuna ja sellega radikaalsesse skeptitsismi langemist. Lõpuks tähendaks see loobumist põhiseadusega tegelevat õigusteaduse osa teaduseks pidamisest. Samuti loobutaks sellega ettekujutusest, et põhiseadustel võib olla ühine pidepunkt, mille abil on võimalik hinnata kollideeruvaid printsiipe.⁸⁹

⁸⁷ Samas, lk 10: „It is exactly the cases involving incommensurable values or rights (in the strong sense) that, in order to be decided rationally, require both comparison and balancing.“

⁸⁸ J. Habermas (viide 34), lk 259.

⁸⁹ R. Alexy. *The Weight Formula* (viide 65), lk 18.

Tsakyrakis väidab, et kaalumisoõpetus muundab põhiõiguste erilise tähenduse millekski näiliselt kvantifitseeritavaks.⁹⁰ See vastuväide ei aja segi mitte ainult võrreldavust ja kvantifitseeritavust. Tsakyrakis ei ütle ka selgelt, mida täpselt ta põhiõiguste „erilise tähenduse“ all mõtleb. Tema argumentatsiooni kontekstist selgub siiski, et ta peab silmas õiguste võimet tõrjuda tagasi teisi kaalutlusi (*shields*) või neid üle trumbata (*trumps*). Seda võimet tuleb siiski eristada kvantifitseeritavuse ja inkommensuraabluse probleemist, mida on eespool juba käsitletud.⁹¹

Tsakyrakis jätkab argumenteerimist ja väidab, et skaalade kasutamine toob endaga kaasa privilegeerimise probleemi: üldiselt võttes privilegeeritakse kvantifitseeritavaid printsiipe võrreldes mittekvantifitseeritavate printsiipidega. Kvantifitseeritavad printsiibid saavat seeläbi proportsionaalsuse argumentatsioonis rolli, mida neil muidu ei oleks.⁹² Siinjuures vajab selgitamist ka see, mida mõtleb Tsakyrakis „muidu“ all: kui üks kindel printsiip on põhiseaduse seisukohast asjassepuutuv, siis tuleb sellega kaalumisel arvestada ja seda ei saa ignoreerida. Kui printsiibiga tuleb arvestada, siis on sel just selline roll, mis vastab sellele omistatud kaalule. Seda rolli ei saa suvaliselt muuta, vaid selleks tuleb näidata ära põhjused, mis õigustavad teistsuguse kaalu omistamist.

Seetõttu ei pea privilegeerimise vastuväide paika. Kvantifitseeritavate printsiipide privilegeerimise ohtu ei ole. Niipea, kui kaks printsiipi astmestatakse ühisel skaalal – ja see on vajalik iga kaalumise korral – ei saa nende erinev kvantifitseeritavus enam mõju avaldada. Seda seetõttu, et asjaomase kaalu hindamine kergeks, keskmiseks või raskeks peab olema õigustatud välimiselt. See õigustus ei sõltu kvantifitseeritavusest, mistõttu viimane seda ka ei mõjuta. Loomulikult võib uurida välise õigustuse tagamaid ning seda sageli ka tehakse. Kuid see asjaolu ei ole seni piisavaks argumendiks kvantifitseeritavate põhimõtete privilegeerimisele, kuni printsiipe hinnatakse ühisel skaalal ja seetõttu ühisest vaatepunktist.

⁹⁰ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 488: „erodes the rights' distinctive meaning by trans-forming them into something seemingly quantifiable“.

⁹¹ Vt eespool II ptk.

⁹² S. Tsakyrakis (viide 21), lk 485: „assign them a role in the reasoning process that they would otherwise lack“.

2. Võrdluse mõõdupuu puudumine

Inkommensuraabluse vastuväite teine versioon kritiseerib katset muuta inkommensuraablid printsiibid näilise väidetavalt ühise skaala kaudu kunstlikult võrreldavaks.⁹³ Pigem ei olevat säärast ühist skaalat võrdlusmastaabina tihtipeale olemas. Erinevalt esimesest versioonist ei seata selle vastuväitega niisiis kahtluse alla printsiipide astmestamise või skaleeritavuse kui sellise võimalikkust, vaid väidetakse, et astmestamisel puuduvat ühine skaala.⁹⁴

Paika peab selle vastuväite puhul seisukoht, et igasugune printsiipide võrdlemine eeldab ühise skaala olemasolu.⁹⁵ Seejuures on oluline teha vahet inkommensuraabluse tugeva ja nõrga väite vahel. Enamjaolt kaitstakse ainult inkommensuraabluse nõrka väidet, mis pärineb Jeremy Waldronilt. See eitab küll kõigi printsiipide jaoks ühise skaala olemasolu, kuid lähtub siiski sellest, et printsiipide vahel on võimalik eelistussuhteid ratsionaalselt põhjendades kindlaks määrata.⁹⁶ Näiteks Tsakyrakis väidab aga vastu, et need põhjendused peavad kindlasti olema moraalsed põhjendused – samas väitvat proportsionaalsuse põhimõte, et on moraalselt neutraalne.⁹⁷

Oluline on, et inkommensuraabluse nõrk väide peab eelistussuhteid ratsionaalse põhjenduse olemasolu korral võimalikuks. Seejuures eeldab see aga, et põhjendus sisaldab paratamatult moraalseid argumente. Vastuväide põhineb seega lõppastmes eespool juba tagasi lükatud seisukohal, et proportsionaalsuse põhimõte pidavat olema moraalselt neutraalne. Õige on seevastu tõdemus, et proportsionaalsuse kontroll sõltub alati ka üldisest praktilisest argumentatsioonist ning – siingi peitub selle väite tugevus – näitab selgelt, kus täpselt ja millises ulatuses üldine praktiline argumentatsioon esineb.⁹⁸

Seda arvestades võime nõustuda väitega, et eelistussuhete kindlaksmääramine eeldab üldist praktilist argumentatsiooni. Ilma sellise argumentatsioonita

⁹³ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 471: „impossibility of measuring incommensurable values by introducing the image of a [...] common metric“.

⁹⁴ G. Webber (viide 17), lk 194.

⁹⁵ V. Afonso da Silva (viide 37), lk 12, 14 jj.

⁹⁶ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 473 jj.

⁹⁷ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 474: „totally extraneous to any moral reasoning“.

⁹⁸ Vt eespool III.

ei ole tegelikult võimalik võrreldavust tekitada.⁹⁹ Aga vastupidi on samuti õige: kui kasutatakse üldist praktilist argumentatsiooni – ja seda kasutatakse proportsionaalsuse kontrolli raames tänu välisele õigustusele –, siis on raske hoida alal inkommensuraabluse vastuväidet. Seega on tulemuseks, et proportsionaalsuse kontrolli raames saab ühise skaala moodustada välimise argumentatsiooniga.

Veel üks tahk väärrib äramärkimist. Tsakyrakis lähtub küll Waldroni nõrgast inkommensuraablusest, kuid ei võta üle selle kõige olulisemat tunnust. Waldroni definitsioonis on sõltuvus moraalsest argumentatsioonist ainult kõrvalaspekt. Palju olulisem on see, et Waldron lähtub selgetest prioriteetsussuhetest printsiipide vahel.¹⁰⁰ Waldroni nõrga inkommensuraabluse järgi luuakse need prioriteetsussuhted erinevate elementide abil, mille hulka kuulub peale „ületrumpamise, kõrvaltingimuste või sõnalise prioriteetsuse“ (*trumping, side constraints or lexical priority*) ka kaalumise. Vastupidi inkommensuraabluse tugevale väitele jaatab Waldron seega eelistussuhete kindlaksmääramise võimalust. Erinevalt teistest inkommensuraabluse nõrkadest väidetest¹⁰¹ tunnistab ta aga sõnaselgelt kaalumise võimalust: „Meie moraalse printsiipide ja prioriteetide põhjendatud väljendus hõlmab vältimatult selle, mida tavakodanikud võivad käsitada kaalumise või tasakaalustamisena.“¹⁰²

Afonso da Silva võttis hiljuti üle praktilisest filosoofiast pärineva vaheteo,¹⁰³ millega saab näidata, et proportsionaalsuse põhimõttes sisalduvat kaalumisteooriat ei välista inkommensuraabluse tugev ega nõrk väide. Selle kohaselt tuleb eristada inkommensuraablust ja võrreldamatust.¹⁰⁴ See vahetegu puudutab skaala liiki, mida kaalumisel kasutatakse. Kaalumise eeldab võrreldavust ordinaalskaalal. Samas ei ole eelduseks kardinaalskaala, mille looks kommensuraablus.¹⁰⁵

⁹⁹ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 474: „if the moral discourse is lacking, there is no way to demonstrate that values, indeed, are commensurable“.

¹⁰⁰ J. Waldron (viide 35), lk 816: „simple and straightforward priority rule“.

¹⁰¹ Tavaliselt peavad ka disparaatsuse nõrgad väited kaalumist mistahes vormis võimatuks, vt J. Waldron (viide 35), lk 816.

¹⁰² Samas, lk 821: „The reasoned articulation of our moral principles and priorities inescapably involves what ordinary people might regard as weighing and balancing.“

¹⁰³ R. Chang. Introduction. – Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason. R. Chang (ed.). Cambridge/Mass. 1997, lk 1 jj; J. Griffin (viide 86), lk 35 jj.

¹⁰⁴ V. Afonso da Silva (viide 37), lk 4, 10 jj.

¹⁰⁵ R. Chang (viide 103), lk 1.

Oluline punkt on see, et inkommensuraablus ei tingi võrreldamatust. Kaalumised toimivad senikaua, kui kollideeruvad printsiibid muudetakse võrreldavaks. See kehtib täiesti sõltumatult sellest, kas printsiibid on täiesti, nõrgalt või mingis muus mõttes inkommensuraablid. Printsiipide võrreldavus saavutatakse proportsionaalsuse kontrollimisel ühise skaala kasutamise, sellel skaalal võrreldakse kollideeruvate printsiipide vastastikuseid suhteid. Just seda ootavadki põhiseadusõigus ja praktiline mõistus üldiselt iseäranis keerulistel juhtudel õigusteaduselt ja argumenteerimispraktikalt. Seda seost peab silmas Alexy, kui ta räägib sellest, et põhiseadus kujutab endast ühist pidepunkti, taastades sellega kaudselt printsiipide võrreldavuse.¹⁰⁶ Inkommensuraablus on seetõttu mitte takistus, vaid pigem kaalumiste lähtekoht. Elijah Millgram on seda väljendanud järgmiselt: „Kommensuraablus on pigem praktilise arutelu tulemus kui eeltingimus.“¹⁰⁷

3. Moraalse neutraalsuse puudumine

Moraalse neutraalsuse puudumise vastuväite kohaselt eeldab proportsionaalsuse põhimõte kindlat moraaliteooriat. Tsakyrakise ja Waldroni järgi eeldab proportsionaalsuse põhimõte teatavat utilitarismi vormi.¹⁰⁸

Kui see peaks paika, oleks proportsionaalsuse põhimõttel tõepoolest oluline puudus. Selle veenvus ja ratsionaalsus oleneksid sellisel juhul otseselt teatava moraaliteooria veenvusest ja ratsionaalsusest. Tagajärg oleks Tsakyrakise arvates järgmine: „Põhiseaduslikkuse järelevalve teooria võit või kaotus paistab seetõttu sõltuvat õigest vastusest moraalifilosoofia äärmiselt häirivale ja vastuolulisele küsimusele.“¹⁰⁹

Proportsionaalsuse põhimõtte moraalse neutraalsuse eest võitleb vahetegu sisemise ja välimise õigustuse vahel.¹¹⁰ Välimine õigustus on põhimõtteliselt

¹⁰⁶ R. Alexy (viide 12), lk 442.

¹⁰⁷ E. Millgram. Incommensurability and Practical Reasoning. – Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason. R. Chang (ed.). Cambridge/Mass. 1997, lk 151: „Commensurability is the result, rather than the precondition, of practical deliberation.“

¹⁰⁸ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 471 jj: „some form of utilitarianism“. Sarnaselt J. Waldron (viide 35), lk 816: „utilitarian-style weighing and balancing“.

¹⁰⁹ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 471: „It seems to make our theory of constitutional adjudication stand or fall on having the correct answer to an extremely vexing and controversial question in moral philosophy.“

¹¹⁰ Vt eespool III ptk alap 2.

avatud kõigile moraalsele ja õiguslikele argumentidele. Siin ei piirduta ühe kindla moraaliteooria argumentidega. Iseäranis ei järeldu selline piirang ühise skaala jaatamisest. Nii näiteks on astmestamine kolmeastmelisel skaalal neutraalne argumentide suhtes, millega põhjendatakse astmestamist kergeks, keskmiseks või raskeks.

4. Kaalumise mittevajalikkus

Kaalumise mittevajalikkuse vastuväide on abiargument, mida esitatakse siis, kui – nagu ka siin – saab kummutatud inkommensuraabluse vastuväide. Tsakyrakis väidab, et ühise skaala olemasolu korral langeb ära vajadus kaalumise järele.¹¹¹

Sellel vastuväitel on tõene tuum. Sellepärast et see kirjeldab tabavalt üht kaalumise olulist omadust. Kaalumise seisneb kollideerivate printsiipide eelistussuhte kindlaksmääramises, mis on konkreetset juhul esinevate õiguslike ja tegelike võimaluste suhtes relatiivne. Seejuures on vaja teha kolm sammu.¹¹² Esimese sammuna määratakse kindlaks ühe printsiibi kahjustamise määr. Teisel sammul määratakse kindlaks kollideeruva printsiibi täitmise olulisus. Kolmandal sammul määratakse kindlaks, kummal printsiibil on suurem konkreetne kaal, see tähendab, kas kollideeruva printsiibi täitmise olulisus õigustab esimese printsiibi kahjustamist.

Tsakyrakis kirjeldatud arusaama, et kaalumise ei olevat enam vajalik, kui on olemas ühine skaala, saab mõista kaalumise kolmanda sammu kirjeldusena. Niipea kui väärtused on astmestatud, ei ole kaalumise enam kõitev. Põhjusel, et siis muutub õige eelistussuhte väljalugemine kaalumise tulemusest lihtsaks. See ei tähenda aga, et vaja poleks kaalumist kui kolmest sammust koosnevat protsessi tervikuna. Vastupidi, kaalumismudel näitab selgelt ja läbipaistvalt, milliseid elemente on vaja õige tulemuse kindlakstegemiseks, nimelt ratsionaalselt põhjendatud propositsioone riivete intensiivsuse ja olulisuse astmete kohta.

Kaalumismudel sunnib õiguslikult argumenteerijaid kaarte lauale panema ja selgelt välja ütleva, kas kollideerivate printsiipide konkreetset kaalu tuleb hinnata kergeks, keskmiseks või raskeks, ning mis veelgi tähtsam, mis on sellise astmestamise põhjused. Kujutluspilt kolmandast sammust muutub selgelt keerukamaks siis, kui kaalumisel võetakse arvesse teisi muutujaid, nagu näiteks abstraktsed

¹¹¹ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 472.

¹¹² R. Alexy. The Weight Formula (viide 65), lk 10.

kaalud või empiiriliste ja normatiivsete eelduste episteemilised tagatised.¹¹³ Hiljemalt see keerukam analüüs lükkab ümber väite, et ühise skaala korral muutuvat kaalumise tarbetuks.

5. Tulemus

Inkommensuraabluse tugev ega nõrk väide ei räägi lõppastmes ratsionaalsete eelistussuhte kaalumise abil kindlaksmääramise vastu.¹¹⁴ Veenev ei ole kvantifitseeritavuse puudumise ega ühise skaala puudumise vastuväide.¹¹⁵ Inkommensuraabluse ja võrreldamatuse eristamise abil on hoopis võimalik kaaluda omavahel ka inkommensuraableid printsiipe. Peale selle ei vaja kaalumise mingil juhul erilisi moraaliteooriaid, et saavutada inkommensuraablite printsiipide võrreldavust. Formaalse struktuurina on see hoopis moraalselt neutraalne. Lõpuks säilib ka printsiipide võrreldavuse jaatamise korral vajadus kaalumise järele.

V. Kaalumise kui arvutustehe

Proportsionaalsuse põhimõtet seatakse sageli kahtluse alla kui puhtmehhaanilist protsessi. Iseäranis kaalumise kohta rõhutatakse, et see loob illusiooni loodusteaduslikust täpsusest, kuid ei suuda selleni kunagi jõuda.¹¹⁶ Webberi arvates püüab kaalumise ilmaaegu muundada põhiõiguste kohaldamist „juhtimiseks ja matemaatiliseks mõõtmiseks“.¹¹⁷

Afonso da Silva juba osutas, et see vastuväide on juba seetõttu ekslik, et matemaatilist täpsust ei saa tõsiselt võttes eeldada ei juriidiliselt argumentatsioonilt üldiselt ega ka kaalumisel eraldivõetuna.¹¹⁸ Vastuväide sarnaneb seetõttu õlgedest hernehirmutise valmistamisega, selleks et see põlema panna.

Siiski ei saa jätta tähelepanuta, et esmapilgul võiks see vastuväide olla asjakohane printsiibiteooria kaalumismudeli kohta. Lõppastmes opereerib see ju arvude ja kaalumisevalemiga.¹¹⁹ Kuid kui tahta sellest järeldada, et printsiibiteooria

¹¹³ M. Klatt, J. Schmidt (viide 66).

¹¹⁴ Vt ka P.-E. Veel (viide 52), lk 227 jj.

¹¹⁵ Me analüüsime seda põhjalikumalt: M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 45 jj.

¹¹⁶ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 468: „illusion of some kind mechanical weighing“.

¹¹⁷ G. Webber (viide 17), lk 191.

¹¹⁸ V. Afonso da Silva (viide 37), lk 16, viide 77.

¹¹⁹ R. Alexy. The Weight Formula (viide 65), lk 9.

peab kaalumisprotsessi paratamatult matemaatiliseks või mehaaniliseks ettevõtmiseks, oleks tegemist arusaamatusega.¹²⁰

Et kaalumisteooria ei aja taga ülemäärast täpsust, saab päevselgeks juba sise- ja välimise õigustuse eristamisel.¹²¹ Vastavalt saab kaalumine olla algusest peale täpne ainult niivõrd, kui võrd täpsed on selle eelduste välimised põhjendused. Kaalumine justkui pärrib kõik puudused või nõrkused, mis on riive astmestamise või õigustava printsiibi tähtsustamise välimisel õigustusel.¹²² Samas ei kandu puudused üle mudelile. Vastupidi, mudeli üks eelistest on, et argumentatsiooni nimetatud puudused ja nõrkused tulevad selgemini esile.

Kaalumisvalemil numbrid on ainult heuristiline vahend. Need tähistavad hinnanguid „kerge“, „keskmise“ või „raske“. Sel moel näitlikustavad need kaalumise sisemist struktuuri ja suurendavad kogu argumentatsiooni ratsionaalsust.¹²³ Ent mudel töötab sama hästi ka ilma igasuguste numbriteta. Iseäranis ei olene numbrite kasutamisest selle tuumikfunktsioon, milleks on kaalumise kolme astme¹²⁴ väljatoomine.

Niisiis ei esine kaasnähuna keskendumist kaalumise mehaanilisele või koguni matemaatilisele iseloomule. Tõsi küll, mudel sõltub võimalusest esitada ratsionaalselt põhjendatud väiteid riivete intensiivsuse ja kaalu ning nende omavaheliste suhete kohta.¹²⁵ Selle võimaluse üle võib vaielda nii üldiselt kui ka konkreetsetel juhtudel. See on aga hoopis teine teema.

Veel üks oluline argument räägib vastu etteheitele, et kaalumine ajavat taga täpsust, mida ei ole võimalik teoks teha. Selleks on asjaolu, et kaalumisteoorias on tunnustatud episteemiline ja struktuurne mänguruum.¹²⁶ Kui kollideeruvatel

printsiipidel on võrdne konkreetne kaal, siis on tegemist patiseisuga, kus põhiseaduse kohaselt ei pea kummalgi printsiibil olema eelisjärku. Sellega seotud struktuurse mänguruumi piires on otsustajal valikuvabadus anda eelisjärk emmale-kummale printsiibile.¹²⁷ Põhiseadust tõlgendatakse niisiis kui raamistikku. Just seetõttu ei aetagi taga ebarealistlikku täpsust.¹²⁸

VI. Lai tõlgendus

Viimaks kritiseeritakse, et kaalumise viivat põhioiguste liiga laia määratlemiseni. Laialdaselt on tunnustatud, et põhioigusi tohib piirata teiste isikute põhioiguste kaitseks. Teiste isikute põhioigused kujutavad endast seega põhioiguste piiramise legitiimset eesmärki. Väidetakse, et kaalumise tingib piiriklauslite¹²⁹ laia määratluse ning sellega seoses ka põhioiguste kaitsealade laia määratluse. Seeläbi hõlmatakse põhioiguste kaitsealasse arvukalt huve, mida tuleb seetõttu kaalumisel arvestada.¹³⁰ Kaalumisel arvesse võetavaid seisukohti olevat legitiimse eesmärgi tasandil seetõttu liiga palju.¹³¹

Väidetakse niisiis, et põhioigusi tõlgendatakse teiste isikute põhioiguste piiranguna liiga avaralt.¹³² Seejuures on tegemist põhimõttelise küsimusega, kas põhioigusi tuleks määratleda pigem kitsalt või pigem laialt.¹³³ Ühtekokku kuus argumenti kõnelevad selle kasuks, et põhioigusi peab tõlgendama pigem laialt ja loobuda tuleb kitsast määratlusest.¹³⁴

¹²⁰ R. Alexy. On Constitutional Rights to Protection. – *Legisprudence* 3 (2009), lk 9. DOI: <https://doi.org/10.1080/17521467.2009.11424683>; M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 45 jj.

¹²¹ Vt eespool III ptk alap 2.

¹²² R. Alexy. Balancing, Constitutional Review and Representation. – *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005), lk 577: „balancing is as rational as discourse“. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moi040>.

¹²³ R. Alexy (viide 122), lk 576.

¹²⁴ R. Alexy. The Weight Formula (viide 65), lk 10 jj.

¹²⁵ R. Alexy (viide 122), lk 574.

¹²⁶ Kaalumise ja mänguruumi suhte kohta vt M. Klatt, J. Schmidt (viide 66); R. Alexy. A Theory of Constitutional Rights (viide 40), lk 394–425; J. Rivers. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. – *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. G. Pavlakos (ed.). Oxford 2007, lk 169. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781472563989.ch-008>; J. Rivers. Proportionality and Discretion in International and European Law. –

Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives. N. Tsagourias (ed.). Cambridge 2007, lk 107. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511495076.006>.

¹²⁷ R. Alexy. A Theory of Constitutional Rights (viide 40), lk 410.

¹²⁸ Paratamatuse, võimatuse ja võimalikkuse kolme valdkonna kohta vt R. Alexy. A Theory of Constitutional Rights (viide 40), lk 393 jj.

¹²⁹ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 480. Sarnaselt seoses EIÕKga vt A. von Bogdandy. The European Union as a Human Rights Organization? Human rights and the core of the European Union. – *Common Market Law Review* 37 (2000), lk 1332.

¹³⁰ S. Tsakyrakis (viide 21), lk 482, 488.

¹³¹ Samas, lk 488.

¹³² Sama kriitikat seoses avalike huvidega vt M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 45 jj.

¹³³ Määrav on küsimus, kas eelistada tuleks kitsast või laia kaitsealateooriat. Kitsa ja laia kaitsealateooria ning kitsaste kaitsealateooriate eri tüüpide eristamise kohta vt M. Meister (viide 43), lk 33, 35 jj. Vt ka J. H. Klement (viide 1).

¹³⁴ Alljärgneva kohta vt ka M. Meister (viide 43), lk 113 jj koos edasiste viidetega.

Esiteks on kitsad määratlused ainult näiliselt kaalumisvabad.¹³⁵ Põhiõiguste kitsad määratlused on alati kaalumise tulemus, sest nad põhinevad põhiõigusliku kaitse poolt- ja vastuargumentidel.¹³⁶ Selle kohta tõi selgitava näite Steven Greer diskussioonis asjas *Wingrove vs. Ühendkuningriik* tehtud otsuse üle.¹³⁷ Selles kaasuses tegeleti religioossete tunnete haavamisega religioonikriitilises filmis, kollideerusid EIÕK artiklid 9 ja 10: „õigust väljendusvabadusele saab veenvalt defineerida niimoodi, et see välistab õiguse asjatult solvata religioosseid [...] tundeid, samas õigust mõtte-, südametunnistuse- ja usuvabadusele saab veenvalt defineerida selliselt, et see piirdub vaid kaitsega asjatult solvava kriitika eest.“¹³⁸

Greeri väitel ei põhinenud need (kitsad) määratlused kaalumisel.¹³⁹ Sellega ei saa nõustuda. Kui väljendusvabadust määratleda selliselt, et kaitstud on iga-sugune väljendus peale selle, mis võib haavata religioosseid tundeid, siis põhineb see määratlus väljendusvabaduse ja väljendusvabaduse kasutamise puudutatud isikute õiguste kaalumisel.¹⁴⁰ Lai määratlus hõlmaks antud juhul – vähemalt *prima facie* – põhiõigusliku kaitse alla ka sellised väljendused, mis haavavad teiste isikute religioosseid tundeid. Seeläbi muutub nähtavaks kaalumise vältimatus ning see toimuks avalikult ja jälgitavalt eraldi kontrollipunkti raames.¹⁴¹

Teiseks on kitsad määratlused läbipaistmatud. Kaalumise toimub salaja.¹⁴² Seetõttu ei ole neid võimalik jälgida ega kritiseerida. Sellega kaasnevad

¹³⁵ R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 40), lk 290.

¹³⁶ R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* (viide 40), lk 208 jj; R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 40), lk 289.

¹³⁷ EIKo 25.11.1996, 17419/90, *Wingrove vs. Ühendkuningriik*.

¹³⁸ S. Greer (viide 9), lk 424: „the right to freedom of expression can plausibly be defined as excluding the right to cause gratuitous insult to religious [...] sentiments, while the right to freedom of thought, conscience and religion can plausibly be defined as limited to protection only from gratuitously insulting criticism.“

¹³⁹ Samas.

¹⁴⁰ Tegemist on kirjutamata kriteeriumitel põhineva kitsa kaitsealateooriaga, mis põhineb vastandlike põhiseaduslike väärtuste kaalumisel. Selle käsituse ja samasuguste Saksamaal levinud käsituste kohta vt M. Meister (viide 43), lk 94 jj. J. Gerards, H. Senden. *The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights*. – *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), lk 628, on siiski jätkuvalt seisukohal, et *hate speech* on võimalik väljendusvabaduse kaitsealast kaalumata välistada. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mop028>.

¹⁴¹ J. Rivers (viide 9), lk 190.

¹⁴² W. Kahl. *Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik. Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas*. – *Archiv des öffentlichen Rechts* 131 (2006), lk 606, viide 157. DOI: <https://doi.org/10.1628/000389106780220590>.

puudujäägid juriidilise argumentatsiooni läbipaistvuses ja ratsionaalsuses.¹⁴³ Seevastu tuletatakse laiad määratlused põhiõiguse teksti tõlgendamise teel ilma vastandlike huve arvestamata. Vastandlikud huvid tasakaalustatakse eraldi kaalumise raames. Seeläbi muutub argumentatsioon läbipaistvaks, ratsionaalseks ja jälgitavaks.

Kolmandaks on kitsad määratlused probleemsed struktuursest aspektist. Kaitseala ja õigustuse kontrolli astmete eristatavust piiratakse struktuurselt kaheldaval viisil,¹⁴⁴ sest kaalumise nihutatakse kaitsealasse.¹⁴⁵ Sellega aetakse segi õiguse sisu ja selle piirangud. Põhiõiguste kontroll kaotab nii selgelt astmestatus.¹⁴⁶ Mõlemat aspekti tuleb siiski loogiliselt eristada, sest need toimivad erinevalt. Õiguse sisu tuletatakse asjakohase põhiõiguse teksti tõlgendamise teel, vastandlike huve siinkohal arvesse ei võeta.¹⁴⁷ Neid arvestatakse alles õigustuse raames, täpsemalt proportsionaalsuse kontrolli käigus kaalumise raames. Kitsad määratlused panevad ühte patta kogu selle range, loogilistest põhjustest ja meetodilisest selgusest tingitud eristamise. Argumentatsioon muutub struktureerimatuks ja läbipaistmatuks.¹⁴⁸ Laiadel määratlustel on seevastu meetodiline eelis. Põhiõiguse kaitseala tuletatakse ainult teksti tõlgendamise teel ning vastandlike huve käsitletakse eraldi kaalumise raames.

Neljandaks on kitsaste määratluste tagajärjeks õiguskindluse puudumine. Kuna need põhinevad kaalumisel, selgub põhiõiguse kaitseala igal üksikjuhul kaalumise tulemusena. Olenevalt sellest, mil määral kaasatakse vastandlike huve

¹⁴³ Samas.

¹⁴⁴ J. Gerards, H. Senden (viide 140), lk 627.

¹⁴⁵ M. Meister (viide 43), lk 115 jj; W. Höfling. *Kopernikanische Wende rückwärts? Zur neuere Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*. – *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat*. Festschrift für Wolfgang Riefner zum 70. Geburtstag. S. Muckel (Hrsg.). Berlin 2003, lk 336 jj. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-50931-7>; P. M. Huber. *Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?* – *Juristenzeitung* 58 (2003), lk 293; W. Kahl. *Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik*. – *Der Staat* 43 (2004), lk 192; W. Weiß. *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*. – *Archiv des öffentlichen Rechts* 134 (2009), lk 621.

¹⁴⁶ C. Möllers. *Wandel der Grundrechtsjudikatur. Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG*. – *Neue Juristische Wochenschrift* 58 (2005), lk 1977; W. Kahl (viide 142), lk 611.

¹⁴⁷ M. Meister (viide 43), lk 116.

¹⁴⁸ W. Höfling. *Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*. Berlin 1987, lk 172, 174 jj. Samamoodi A. von Arnould (viide 40), lk 87. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-46341-1>.

kaalumisest kaitseala tasandil, varieerub põhiõiguse kaitse ulatus juhtumipõhiselt, sõltudes sugugi mitte viimases järjekorras konkreetsest õiguse rakendajast. Õiguse kaitse ulatust ei ole seega enam võimalik abstraktselt prognoosida.¹⁴⁹ Laiad määratlused defineerivad seevastu õiguse sisu vastandlikke huve arvesse võtmata. Õiguse *prima facie* kaitse ulatus määratakse konkreetsest juhtumist sõltumatult laialt ning seetõttu prognoositavalt ja õiguskindlalt. See, kas eksisteerib definitiivne kaitse, selgub alles teises etapis kaalumise abil avalikult ja jälgitavalt.

Viieandaks vähendavad kitsad määratlused õigusriigi seisukohast kaheldaval viisil riigi põhjendamiskohustust.¹⁵⁰ Kitsad määratlused võimaldavad põhiõiguslikust kaitsest keelduda palja viitega, et teatav käitumine ei ole põhiõigusliku kaitsega hõlmatud. Näiteks käsitatakse kohati osalisi piiramisvõimalusi kui kaitseala kärpeid.¹⁵¹ Selline teguviis on subjektiivne, omavoliline ja manipuleeriv.¹⁵² Kui põhiõiguslikust kaitsest võib keelduda, ilma et selleks peaks avalikustama sisulisi põhjendusi, eksisteerib põhjendamisdefitsiit.

Kuuendaks soodustab see kohtulikku omavoli. Lahendi kontrollitavus on põhjenduste puudumise tõttu piiratud. Laiad määratlused kannavad seevastu hoolt selle eest, et eksisteerib laiulatuslik *prima facie* kaitse.¹⁵³ Sel moel välditakse võimalikult täielikult kaitsealast põhiõigusliku kaitse süsteemis.¹⁵⁴ Kõik riived peavad õigustuse tasandil läbima kontrolli.¹⁵⁵ Riigil on peaaegu iga vabadust vähendava teo puhul põhjalik õigustamiskohustus: näiteks tuleb alati kohaldada õigusriiklikke proportsionaalsuse põhimõtte turvatagatise. See takistab kohtu omavoli. Seetõttu tuleb eelistada põhiõiguste laia määratlemist.

¹⁴⁹ W. Höfling (viide 145), lk 339.

¹⁵⁰ W. Kahl (viide 145), lk 189 jj; W. Kahl (viide 142), lk 610 jj. Kitsaste kaitsealateooriate kohaldamisel tõendamiskoormise vähenemise graafilist kujutist vt M. Meister (viide 43), lk 121.

¹⁵¹ *Limitation as Specification* käsitluse kohta vt G. Webber (viide 27), lk 123 jj. Kriitiliselt J. Rivers. Book review: The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights, by Gregoire C. N. Webber. – Public Law 2011, lk 215.

¹⁵² W. Kahl (viide 145), lk 191 jj.

¹⁵³ M. Kumm. Political Liberalism and the Structures of Rights (viide 6), lk 141: „subject practically all acts of public authorities that affect the interests of individuals to pro-portionality review“.

¹⁵⁴ M. Cohen-Eliya, I. Porat (viide 5), lk 477 jj.

¹⁵⁵ Aspekti kohta, mille kohaselt proportsionaalsuse põhimõtte loob riikliku õigustamiskohustuse põhiõiguste riive korral, vt M. Cohen-Eliya, I. Porat (viide 5), lk 463; M. Kumm. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification (viide 6), lk 168 jj.

VII. Tulemus

Põhiõiguste mõjujõudu ei röövi proportsionaalsuse põhimõtte kohaldamine ega kaalumine. Vastupidi, proportsionaalsuse põhimõtte ja kaalumise meetodilise vahendina on parimad saadaolevad vahendid põhiõiguste ja teiste printsiipide komplekssete ja keeruliste kollisioonide lahendamiseks. Põhiõiguste kohtupraktika põhineb paratamatult kaalumisel ja proportsionaalsuse põhimõtte pakub selleks parimat olemasolevat otsustamisraamistikku.¹⁵⁶

Me lükkasime ümber viis proportsionaalsuse põhimõttele esitatud vastuväidet. Põhiõiguste vaid huvidena käsitamise vastu koostasime põhiõiguste mudeli, mis annab põhiõigustele proportsionaalsuse kontrolli raames kahekordse eelisjärgu teiste kaalutluste suhtes. Sel moel viisime idee põhiõigustest kui *trump*'idest, *side constraint*'idest või *firewall*'idest kooskõlla proportsionaalsuse põhimõttega. Nii luuakse paindlik standard põhiõiguste kohaldamiseks, mis võimaldab tasakaalustada põhiõigusi ja avalikke huve, jätmata samas põhiõiguste kaitset ebamõistlikult hooletusse.

Seoses kaalumise ja moraalsete argumentide vahelise suhtega näitasime erijuhtumi teesi abil, et igas kaalumises sisaldub paratamatult moraalne argumentatsioon. Kaalumine ei ole moraalselt neutraalne. Korrektses kaalumise korral on moraalsed argumendid vältimatud. Kaalumismudel, mis teeb vahet sisemise ja välimise õigustuse vahel, näitab väga selgelt, missugust mõju avaldab moraalne argumentatsioon juriidilisele otsustusprotsessile.

Inkommensuraabluse vastuväite puhul näitasime, et kumbki vastuväite versioon ei ole veenev. Esiteks ei põhine kaalumised matemaatilisel täpsusel väärtustel. Teiseks puudub oht, et kvantifitseeritavaid printsiipe eelistatakse teistele. Kuna inkommensuraabluse nõrk väide ei eita, et moraalne argumentatsiooni abil saab kindlaks määrata printsiipide eelistussuhteid, ja kuna kaalumine sisaldab moraalset argumentatsiooni, siis ei saa inkommensuraabluse nõrk väide kaalumismudelit kummutada. Lisaks näitasime, et olgugi et kaalumismudel tugineb juriidilise ja moraalne argumentatsiooni vahelisele seosele, on see siiski moraalset neutraalne selles mõttes, et see ei rajane ühelgi kindlal moraaliteoorial.

Me esitasime arvukalt argumente selle toetuseks, et eelistada põhiõiguste laia määratlemist kitsale määratlemisele. Kuna kaalumise kontseptsioon suudab

¹⁵⁶ A. Stone Sweet, J. Mathews. All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing. Working Paper 2010, lk 5.

igale kaalutlusele anda sobiva kaalu, siis ei ole vajadust välistada kitsa määratluse abil teatavad kaalutlused juba kaitseala tasandil.

Kokkuvõttes tagab proportsionaalsuse põhimõte niisiis põhiõiguste parima tasakaalustamise teiste õiguste ja huvidega.¹⁵⁷ See on vältimatu analüütilise vahe-teo tegemiseks, mis omakorda aitab välja selgitada kõige erinevamate kaasuste otsustavad aspektid. Seeläbi võimaldab proportsionaalsuse põhimõte sisulist argumentatsiooni. Sellega vastab proportsionaalsuse põhimõte ratsionaalsuse põhilisele standardile¹⁵⁸ kui „väga võimas ratsionaalne instrument“¹⁵⁹. Seetõttu väidame lõpetuseks, et proportsionaalsuse põhimõttel on üleilmses konstitutsionalismis oluline roll.¹⁶⁰

¹⁵⁷ J. Rivers (viide 9), lk 176.

¹⁵⁸ M. Borowski (viide 15), lk 210.

¹⁵⁹ Samas, lk 232: „very powerful rational instrument“.

¹⁶⁰ M. Cohen-Eliya, I. Porat (viide 5), lk 466.

M. Borowski. Absoluutsed õigused ja proportsionaalsus. – Riigiõiguse aastaraamat 1/2020, lk 255–293

Absoluutsed õigused ja proportsionaalsus*

MARTIN BOROWSKI**

Tõlkinud Piret Luiga

Kokkuvõte. Martin Borowski artikkel käsitleb õigusi, mida tavaliselt peetakse kitsas mõttes absoluutseteks, st sellisteks, mida ei saa piirata ja mille puhul pole võimalik proportsionaalsuse analüüs. Borowski väidab, et tavamõttes absoluutsed põhiõigused ei ole kitsas mõttes absoluutsed. Selle asemel saab proportsionaalsuse analüüsi kasutada ka nende puhul ja seda tulekski teha, sest kui rekonstrueerime tavamõttes absoluutseid õigusi proportsionaalsuse analüüsi abil, saame seletuse, miks neid õigusi peetakse valdavalt absoluutseteks. Kitsas mõttes absoluutsete õiguste dogmaatiline, kui mitte öelda aprioorne iseloom taandub käsitluse ees, milles püütakse neid õigusi mõista samade võtete abil, mida kasutatakse mujal proportsionaalsuse analüüsis.

Märksõnad: absoluutsed õigused, proportsionaalsuse põhimõte, kaalumine, empiiriline kindlus, suhteline absoluutsus, inimväärikus, piinamine

I. Sissejuhatus

Üha rohkem konstitutsiooniõiguslike küsimustega tegelevaid juriste on hakanud mõistma, et proportsionaalsuse doktriin on väga oluline põhiõigustele tuginevate nõuete hindamisel. Siiski räägitakse meile, et mingite õiguste puhul – nimetame neid **absoluutseteks õigusteks** – ei ole võimalik teha proportsionaalsuse analüüsi. Kas on võimalik esitada väiteid selle seisukoha kaitseks? Kahtlen selles ja väidan artiklis, et nende õiguste näilikult **absoluutse iseloomu** võib sobitada kokku proportsionaalsuse doktriiniga. Teisiti öeldes saab ka neid õigusi rekonstrueerida

* M. Borowski. Absolute rights and Proportionality.– German Yearbook of International Law 2013, Vol. 56, lk385–423

** Autorina soovin tänada Robert Alexyt, Stephen Greeri, Stanley L. Paulsoni ja George Pavlakost abistavate märkuste eest. Martin Borowski on Heidelbergi ülikooli avaliku õiguse, konstitutsiooniteooria ja õigusfilosoofia professor.

proportsionaalsuse doktriinil põhineva kaalumise abil. Muidugi annab kaalumise koos võistlevatele põhimõtetele kaalu määramise fundamentaalsete reeglitega praktilistes olukordades vastuseks **absoluutsuse**. Ent kui see **absoluutus** tuvastatakse proportsionaalsuse doktriinile vastava kaalumise käigus, siis oleks seda õigem nimetada **suhteliseks absoluutsuseks**. Selle alternatiiv, mida võiks nimetada **kõikehõlmavaks absoluutsuseks**, tähistaks siis kaalumise täielikku välistatust. Absoluutsete õiguste **suhtelisena käsitlemine** ei paku õigustele vähem kaitset kui nende absoluutsena käsitlemine – ja ma väidan, et suhtelisena käsitlemine pakub veenvamat kaitset, sest suhtelisena käsitlemisega väldime probleeme ja paradokse, mis on kaua aega olnud absoluutsete õiguste traditsioonilise käsituse probleemiks.

Esitan üheksas osas seisukohad **absoluutsete õiguste** suhtelisena käsitlemise kaitseks. Teises osas esitan alustuseks visandliku ülevaate sellest, millist rolli üldiselt mängib proportsionaalsuse analüüs põhiõigustele tuginevate nõuete hindamisel. Seejärel uurin III osas **absoluutsete õiguste** tavakäsitust: täpsemalt käsitlen seda, milliseid õigusi peetakse tavamõttes absoluutseteks (*commonly regarded as absolute*) ja missuguseid struktuurseid tunnuseid neile omistatakse. Seejärel selgitan IV osas, milliseid probleeme põhjustavad kitsas mõttes absoluutsete õiguste struktuursed tunnused. Absoluutsete õiguste suhtelisena käsitlemise tutvustuse järel, mille esitan V osas, uurin VI osas seda, millised on need erinevad arutlused, kus tuleb suhtelisena käsitlemine harilikult jutuks. Seejärel esitan VII osas suhtelise absoluutsuse kui proportsionaalsuse üksikasjalikuma selgituse. Kaheksandas osas küsin, kas kõik on suhteline või kas kaalumise kasutamisel on deontilised kitsendused, mis põhinevad keelul, et teist inimest ei tohi kasutada vahendina eesmärgi saavutamisel. **Absoluutsete õiguste** suhtelisena käsitlemise näitlikustamiseks käsitlen IX osas veel üks kord Gäfgeni kohtuasja. Lõpuks uurin X osas seda, kas proportsionaalsuse ja õiguse piiramise (*limitation*) saab lahutada ja kas seda peaks tegema. Kümnendas osas on väga olulisel kohal Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni (EIÕK)¹ artiklis 3 sisalduva õiguse ulatuse **suhtelisus** ja Saksamaa põhiseaduse² artikli 1 lõigetes 1 ja 2 sätestatud inimväärikuse rekonstruktsioon, mille lõi Robert Alexy.

¹ 1950. aastal Roomas allkirjastatud inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsioon. (Selle uus eestikeelne redaktsioon on kättesaadav: <https://www.riigiteataja.ee/akt/13320295> (06.01.2020)). – *Tlk*

² Saksamaa Liitvabariigi põhiseadus (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*). (See on kättesaadav nt Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Bundesamt für Justiz. Gesetze im Internet. Arvutivõrgus: <https://www.gesetze-im-internet.de/index.html> (09.12.2019)). – *Tlk*

II. Proportsionaalsus ja õigused

Laialt levinud seisukoha järgi on proportsionaalsuse analüüsil inimõiguste kaitset määrav roll. Strasbourgis asuva Euroopa Inimõiguste Kohtu (EIK) kohtupraktikas tehakse konventsioonis sätestatud õiguste kohaldamisel üldjuhul proportsionaalsuse analüüs. See vastab tõele ennekõike nende õiguste puhul, mille sätetes on EIÕK-s kirjas piiranguklause, mis sisaldab fraasi „kui see on demokraatlikus ühiskonnas vajalik“: jutt käib EIÕK artiklitest 8, 9 ja 10 ning artikli 11 lõikest 2.³ Proportsionaalsus on muutunud võtmekriteeriumiks ka põhiõigusi puudutavas Euroopa Kohtu kohtupraktikas⁴ ja proportsionaalsus on nüüd sõnaselgelt ette nähtud EL põhiõiguste harta⁵ artikli 52 lõike 1 teises lauses. Enamgi veel, proportsionaalsuse analüüs on õigustanud end põhiseaduslike õiguste kaitset paljude riikide õigussüsteemis.⁶ Lisaks fundamentaalsetele või põhiseaduslikele õigustele on proportsionaalsuse analüüsil keskne koht vabaturu edasi arendamisel Euroopa Liidu õiguses⁷ ja Maailma Kaubandusorganisatsiooni raamistikus ette nähtud vabaduste edendamisel.⁸ Alec Sweet Stone ja Jud Mathews iseloomustasid esimest korda Saksamaal välja arendatud⁹ proportsionaalsuse rahvusvahelist

³ Vt nt D. J. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press 2009, lk 349–359; R. C. A. White, C. Ovey, F. G. Jacobs. *The European Convention on Human Rights*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press 2010, lk 325–332.

⁴ Vt nt P. Craig, G. De Burca. *EU Law: Text, Cases, and Materials*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press 2011, lk 529–530 *et passim*.

⁵ Euroopa Liidu põhiõiguste harta on kättesaadav: http://data.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj (06.01.2020). – *Tlk*.

⁶ Proportsionaalsuse rolli kohta õigustele tuginevate nõuete hindamisel üldiselt vt R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* [1985]. Oxford: Oxford University Press 2002, lk 66–69 *et passim*. Proportsionaalsuse kiire rahvusvahelise leviku kohta vt D. M. Beatty. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press 2004. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199269808.001.0001>; A. Stone Sweet, J. Mathews. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*. – *Columbia Journal of Transnational Law* 2008, Vol. 47, lk 112–160 ning lehekülgedel viidatud allikaid. Vt ka M. Kumm. *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*. – *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Ed. by G. Pavlakos. Oxford: Hart Publishing 2007, lk 131–132. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781472563989.ch-007>.

⁷ P. Craig, G. De Burca (viide 4), lk 668 *et passim*.

⁸ A. Stone Sweet, J. Mathews (viide 6), lk 153–160 ja seal viidatud allikad.

⁹ Esimest korda ilmneb proportsionaalsus konkreetsemal kujul Preisi korrakaitseõiguses, mis oli 18. sajandil haldusõiguse erivaldkond, vt B. Remmert. *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*. Heidelberg: C. F. Müller 1995,

levikut hiljuti järgmiselt: „1990ndate lõpuks oli peaaegu iga tõhus põhiseadusliku õigluse süsteem maailmas, kui Ameerika Ühendriigid osaliselt välja arvata, omaks võtnud proportsionaalsuse analüüsi põhiseisukohad.“¹⁰ Kuigi Ameerika Ühendriikide põhiseadusliku järelevalve sisulistel standarditel on oma ajalugu,¹¹ võib ometi leida häid põhjendusi selle väite toetuseks, et ka Ameerika Ühendriikides kasutatakse mõningaid kaalumise elemente. Praegu vaieldakse peale eelmises lauses nimetatud elavalt ka selle üle, millises ulatuses võib neid elemente pidada proportsionaalsuse pärisosaks.¹²

Proportsionaalsust kasutatakse harilikult sisulise kriteeriumina põhiõiguse (*basic right*)¹³ – näiteks konventsioonist tuleneva õiguse (*Convention right*), fundamentaalse õiguse (*fundamental right*) või põhiseadusliku õiguse (*constitutional right*) –

riive õigustamisel.¹⁴ Kui lähtuda põhiõiguste ülesehituse standardmudelilt,¹⁵ on põhiõigustele tuginevate nõuete hindamisel kolm astet. Esiteks peab õiguse kandja käitumine olema õiguse kaitsealas (*protected area*). Kui on, küsitakse järgmiseks, kas ametivõimud on õigust riivanud. Kui õigust on riivatud, kerkib küsimus, kas riivet on võimalik õigustada. Tavaliselt tuleb õigustuse puhul kontrollida nii formaalseid kui ka sisulisi kriteeriume. Formaalsed kriteeriumid käivad selle kohta, missuguses **vormis** võib riive esineda. Näiteks võib olla nõutud, et riiveks on või riivet legitimeeriks parlamendi poolt vastuvõetud seadus. Formaalse kriteeriumi musternäideteks on EIÕK artiklite 9 ja 10 ning artikli 11 lõikes 2 sisalduvad klauslid „piirata üksnes seadusega“, „võidakse selle kohta seaduses ette näha“, „piirata üksnes seaduses ette nähtud alustel“.¹⁶ Sisulised kriteeriumid puudutavad riive sisu. Näiteks kas riive on ülemäärane selle pärast, et ta on eba-proportsionaalne (*disproportionate*). Konventsioonist tulenevate õiguste puhul on proportsionaalsuse sisuline kriteerium sätestatud näiteks EIÕK artiklites 8, 9 ja 10 ning artikli 11 lõikes 2 väljendiga „kui see on demokraatlikus ühiskonnas vajalik“. EL põhiõiguste harta puhul sisaldub artikli 52 lõike 1 teises lauses üldine piiranguklausel, mis sõnaselgelt nõuab proportsionaalsust, ja kui sõnaselged piiranguklauslid puuduvad, leiab proportsionaalsuse nõude tugevalt juurdununa kohtupraktikast.

Proportsionaalsus laiemas mõttes sisaldab kolme kriteeriumi.¹⁷ **Sobivus** nõuab, et riik taotleks legitiimse eesmärgi saavutamist ning abinõu peab sobima

lk 140 jj. Kuid Saksa 1949. aasta põhiseaduses ei ole proportsionaalsust nimetatud üheski sättes. Varasemateks püüeteks mõista proportsionaalsust Saksa põhiseaduse seisukohalt on muuhulgas järgmised teedrajavad artiklid: H. Krüger. Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz. – Deutsches Verwaltungsblatt 1950, Jg. 65, lk 625 ja 628; G. Dürig. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. – Archiv des öffentlichen Rechts 1956, Jg. 81, lk 146. 1960. aastate alguses võis Peter Lerche eeldada, et proportsionaalsus on Saksa põhiseaduse laialdaselt tunnustatud üldpõhimõte, vt P. Lerche. Übermaß und Verfassungsrecht. Köln: Heymann 1961, lk 350 *et passim*. Saksa Liidukonstitutsioonikohtu lahenditest leiame proportsionaalsust silmas pidades kaks arutluskäiku. Esiteks peetakse proportsionaalsust õigusriigi põhimõtte oluliseks osaks, vt Saksa Liidukonstitutsioonikohtu otsuste ametlik väljaanne, 17. köide, 306, lk 313–314; 23. kd, 127, lk 133–134; 27. kd, 1, lk 8; 30. kd, 250, lk 263; 35. kd, 382, lk 400; 38. kd, 348, lk 368; 49. kd, 24, lk 58; 61. kd, 126, lk 134; 69. kd, 1, lk 35; 76. kd, 256, lk 359; 80. kd, 109, lk 120; 92. kd, 277, lk 325. Teiseks tuleneb proportsionaalsus konstitutsioonikohtu väitel põhiõiguste **olemusest** (*aus dem Wesen*), vt Saksa Liidukonstitutsioonikohtu otsuste ametlik väljaanne, 19. kd, 342, lk 348–349; 61. kd, 126, lk 134; 65. kd, 1, lk 44; 76. kd, 1, lk 50; 77. kd, 308, lk 334. Proportsionaalsuse Saksa päritolu mainitakse sageli nüüdisaegses angloameerika erialakirjanduses, vt A. Stone Sweet, J. Mathews (viide 6), lk 98–112; M. Cohen-Eliya, I. Porat. American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. – International Journal of Constitutional Law 2010, Vol. 8, lk 271–276. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moq004>. Selle kohta, mida proportsionaalsus tähendab Euroopa Liidu õiguse seisukohalt, vt P. Craig, G. De Burca (viide 4), lk 526, kus põhimõtte kohta on öeldud, et see on „kõige rohkem välja arendatud Saksa õiguses“.

¹⁰ A. Stone Sweet, J. Mathews (viide 6), lk 75.

¹¹ **Kaalumise** kohta Ameerika Ühendriikide konstitutsiooniõiguses vt eriti T. A. Aleinikoff. Constitutional Law in the Age of Balancing. – Yale Law Journal 1986/1987, Vol. 96, lk 948–972. DOI: <https://doi.org/10.2307/796529>; M. Cohen-Eliya, I. Porat (viide 9), lk 276–284.

¹² Vt nt M. Cohen-Eliya, I. Porat (viide 9), lk 266–286.

¹³ Kasutan edaspidi lihtsuse huvides terminit „põhiõigus“ soomõiste tähistamiseks, selle alla kuuluvad „põhiseaduslik õigus“, „konventsioonist tulenev õigus“, „fundamentaalne inimõigus“ jms.

¹⁴ See tähendab, et proportsionaalsust kasutatakse nõudena, mida tuleb õiguste piiramisel järgida. Rekonstruktsioonide kohta, milles proportsionaalsus ja õiguse piiramine on lahutatud, vt artikli X ptk.

¹⁵ Selle EIÕK õiguste standardülesehituse kohta, mis kajastub EIK kohtupraktikas, vt nt D. J. Harris *et al.* (viide 3), lk 341–342. Vt veel J. Gerards, H. Senden. The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights. – International Journal of Constitutional Law 2009, Vol. 7, lk 619. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mop028>. Teema kohta üldiselt vt R. Alexy (viide 6), lk 178–200.

¹⁶ Vt nt M. W. Janis, R. S. Kay, A. W. Bradley. European Human Rights Law. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press 2000, lk 213–217; D. J. Harris *et al.* (viide 3), lk 344–348.

¹⁷ R. Alexy (viide 6), lk 66–69; P. Craig, G. De Burca (viide 4), lk 526; M. Cohen-Eliya, I. Porat (viide 9), lk 267. Mõned peavad **legitiimset eesmärki** iseseisvaks nõudeks, mitte sobivuse testi olemuslikuks osaks, ning seetõttu eristub neli nõuet: legitiimne eesmärk, sobivus, vajalikkus ja proportsionaalsus kitsamas mõttes, vt nt A. Stone Sweet, J. Mathews (viide 6), lk 76; M. Fordham, T. De la Mare. Identifying the Principles of Proportionality. – Understanding Human Rights Principles. Ed. by J. Jowell, J. Cooper. Oxford: Hart Publishing 2001, lk 28. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781472562319.ch-002>. See on siiski üksnes erinev viis, kuidas mõtestada ühte ja sama nõuete kogumit.

eesmärgi saavutamiseks või vähemalt sobima selle edendamiseks. Mittelegitiiimsed eesmärgid on algusest peale välistatud; nende puhul on puudu põhiõiguste riivet õigustav alus. Näiteks EIÕK artikli 9 lõikes 2 nimetatud **tervise kaitse** on legitiimseks eesmärgiks, kui küsimuse all on EIÕK artikli 9 lõikes 1 sisalduv südametunnistuse- ja usuvabaduse riive. **Vajalikkuse** kriteeriumi kohaselt peab abinõu olema selline, mis õigust võimalikult vähe piirab. See tähendab, et ei ole ühtegi teist abinõu, mis oleks eesmärgi saavutamisel vähemalt sama tõhus, kuid riivaks üksikisiku õigusi vähem. Lõpuks nõuab **proportsionaalsus kitsamas mõttes**, et üksikisiku õiguse riive ja ametivõimude legitiimse eesmärgi edendamine oleksid kaalutud. Riivet tuleb pidada ebaproportsionaalseks, kui õiguse riive on legitiimse eesmärgi edendamisest kaalukam.¹⁸ Isegi kui paljude juhtumite puhul võidakse otsus teha juba proportsionaalsuse analüüsi esimesel või teisel astmel, on see kolmandal astmel toimuva kaalumise nõue proportsionaalsuse analüüsi tuumaks. Proportsionaalsus on samane või vähemalt väga sarnane praktilise kokkusobivuse (*praktische Konkordanz*) ideega, nagu selle arendas välja Konrad Hesse, mõjukas konstitutsiooniõiguse õpetlane ja Saksa Liidukonstitutsiooni-kohtu (*Bundesverfassungsgericht*) kohtunik.¹⁹

Järgmine hüpoteetiline juhtum võib aidata näitlikustada seda, kuidas proportsionaalsust kasutatakse õiguste puhul. John soovib võtta osa oma kiriku usutalitustest. Ent ametivõimud on ajutiselt keelanud igasugused kogunemised,

¹⁸ Selle kitsamas mõttes proportsionaalsuse tavapärase määratluse järgi peetakse õiguse riivet ebaproportsionaalseks ainult juhul, kui õiguse riive on kaalukam kui ametivõimude edendatav legitiimne eesmärk. Määratluse kohaselt ei ole siiski nõutav, et ametivõimude edendatav eesmärk oleks õiguse riivest kaalukam. On juhtumeid, kus kaalukausid on tasa – jutt on neist olukordadest, kus riive ei kaalu üles eesmärki ja eesmärk ei kaalu üles riivet. Niisuguste juhtumite kohta vt R. Alexy (viide 6), lk 408–414. Tavapärase määratlus annab kahtluse korral eelise ametivõimude edendatavale eesmärgile. Siin väärrib rõhutamist, et küsimus, kummal on kahtluse korral eelis, on pigem sisuline, mitte struktuuri puudutav.

¹⁹ K. Hesse. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller 1995, lk 28. Praktilist kokkusobivust iseloomustades viitab Hesse sõnaselgelt proportsionaalsusele. Proportsionaalsuse ja praktilise kokkusobivuse sarnasuse kohta vt K. Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte. München: C. H. Beck 1994, lk 625 jj. Ent siiski esineb püüdeid eristada proportsionaalsust ja praktilist ühtesobivust teineteisest, vt nt E.W. Böckenförde. Grundrechte als Grundsatznormen. – Staat, Gesellschaft, Freiheit: Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht. Hrsg. von E.W. Böckenförde. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp 1992, lk 184. Eristamine sõltub sellest, kas optimeerimise määra, mida nõuab praktiline kokkusobivus, on suurem sellest, mida nõuab proportsionaalsus. Kuid seda teemat me siin rohkem ei käsitle.

kuna üks kergesti nakkav gripi vorm on muutunud pandeemiliseks. Kas Johnil on nõue EIÕK artiklis 9 sätestatud usuvabaduse alusel? Usutalitustel osalemine on usu väljendusvorm ja seda osalemisõigust kaitseb järelikult EIÕK artiklis 9 sätestatud usuvabadus. Ametivõimude kehtestatud keeld ei võimalda Johnil usutalitusest osa võtta. Niisiis riivab keeld tema õigust. EIÕK artikli 9 lõike 2 piiranguklausel lubab ametivõimudel piirata usuvabaduse – sätte sõnastuses **usu või veendumuste** – teostamist. Kui keeld põhineb parlamendi poolt vastuvõetud seadusel, milles sõnaselgelt antakse pädevatele ametivõimudele volitus kehtestada kogunemiskeeld haiguse leviku tõkestamiseks, on keelul olemas formaalne õigustus, st keeld on **seaduses sätestatud**. Ent kas kogunemiskeeld on ka **demokraatlikus ühiskonnas vajalik**, see tähendab proportsionaalne laiemas mõttes? Ametivõimud püüavad takistada haiguse levikut. Nende tegevuses ilmneb EIÕK artikli 9 lõikes 2 nimetatud tervise kaitse kui legitiimne eesmärk. Kuna inimeste kogunemise korral võib kergelt nakkav haigus levida, siis edendab niisuguste kogunemiste keelamine legitiimset eesmärki. Keeld on proportsionaalsuse mõttes **sobiv**. Pähe ei tule ühtegi vähem piiravat abinõu: seega on niisuguste kogunemiste keelamine ka **vajalik**. Kõige lõpuks tuleb kaaluda, kas Johni huvi võtta osa usutalitustest kaalub üles rahvatervise kaitse, mida edendatakse kogunemise vormis toimuva usutalituse keelamise abil. Arvestades seda, et gripi agressiivsed vormid nõuavad suure tõenäosusega hulga elusid ja et ohus on peale kogunemisel osalejate ka teised inimesed, toetavad väga tugevad argumendid ajutist kogunemiskeeldu. Seevastu on kõigi kogunemiste ärakeelamisega kaasnev ajutine usutalituste korraldamise keeld väga tagasihoidlik usuvabaduse riive. Seega kaalub Johni juhtum rahvatervise kaitse usuvabaduse üles.

Proportsionaalsuse ja kaalumise üksikasjalik analüüs koos mitmesuguste esitatud vastuväidete käsitlesega²⁰ väljub selle artikli raamidest. Piisab sellest, kui rõhutada mõningaid aspekte. Alustuseks tuleb öelda, et proportsionaalsusel põhinev kaalumine on selgelt määratletud õiguse kohaldamise meetod. Seda

²⁰ Kaalumise suhtes tehtud kriitika kohta vt J. Habermas. Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy [1992]. Transl. by W. Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press 1996, lk 253–261. DOI: <https://doi.org/10.7551/mitpress/1564.001.0001>; K. Möller. Balancing and the Structure of Constitutional Rights. – International Journal of Constitutional Law 2007, Vol. 5, lk 459–461. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mom023>; S. Tsakyrakis. Proportionality: An Assault on Human Rights? – International Journal of Constitutional Law 2009, Vol. 7, lk 490–493. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mop011>. Üldiste käsitlete kohta vt B. Schlink. Abwägung im Verfassungsrecht. Berlin: Duncker & Humblot 1976. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-43684-2>.

meetodit ei tohi segi ajada subjektiivsete ja intuitsioonil põhinevate meetoditega. See, milliseid eesmärke peetakse legitiimseteks, sõltub õiguslikust tõlgendamisest, mitte eelarvamustest ega subjektiivsetest eelistustest. Vastates **irratsionaalsuse vastuväitele**, mille kohaselt kaalumisel puuduvad **ratsionaalsed standardid**,²¹ tuleb eristada kaalumise suhtes esinevate hoiakute puhul radikaalselt skeptilist ja mõõdukalt skeptilist hoiakut. Radikaalse skeptiku arvates ei saa ühtegi kaalumisosust kunagi õigustada ratsionaalsete argumentidega – see on väga jõuline väide. Kui oletame näiteks, et üle muru käimist karistatakse surmanuhtlusega, ütleksime asjaoludest olenemata, et üksikisiku õigus elule kaalub üles muru säilitamise huvi. Me ei ütleks, et see on rohkem eelarvamusel ja isiklikel eelistuste põhinev kui objektiivselt õigustatav otsus. Palju mõistlikum on mõõdukalt skeptiline hoiak, mida võiks kaalumise puhul kutsuda ka mõõdukaks optimismiks.²² Selle seisukoha järgi „ei anna kaalumise ratsionaalsel viisil iga juhtumi puhul sama lahendust“, kuid annab mõnede juhtumite puhul ja „niisugused juhtumid on küllalt tähelepanuväärivad, et kaalumise võiks meetodina õigustatud olla“²³. Raskete juhtumite puhul, kus on mõistlikult võimalik, et kaalumise lahenduse suhtes ei saavutata üksmeelt, on iga kaalumisosuse õigustamine olemuslikult tähtis.²⁴ Kaalumise käigu üle võib arutleda mitmel tasandil: arutleda võivad üldsus, valitsus, õigusteadlastest kommentaatorid ja kohtud oma järgmistes otsustes, kui nad peavad välja pakkuma otsuse üksik-asjaliku õigustuse.

²¹ Vt nt J. Habermas (viide 20), lk 259; B. Schlink (viide 20), lk 134–191; B. Schlink. Grundrechte als Prinzipien? – Osaka University Law Review 2009, Vol. 39, lk 55.

²² Kaalumist puudutavate mõõdukalt skeptiliste või siis optimistlike hoiakute kohta vt R. Alexy (viide 6), lk 401–405; M. Borowski, Grundrechte als Prinzipien. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2007, lk 122–123. DOI: <https://doi.org/10.5771/9783845201191>. Ettevaatlikult optimistlik on kaalumise kui õiguse kohaldamise meetodi mõistlikkuse suhtes T. A. Aleinikoff (viide 11, lk 972–979). Ta leiab siiski paljudel juhtudel puudusi selles, kuidas Ameerika Ühendriikide Ülemkohus on õigustanud kaalumisosuseid: „Suur osa kaalumisest toimub mustas kastis“ (samal, lk 976). Ja pool tosinat lehekülge hiljem jätkab Aleinikoff: „Probleemid, mis esinevad enamiku kaalumiste puhul, on minu arvates väga kahjustanud selle metodoloogia usaldusväärsust“ (samal, lk 982). Asjaolu, et meetodit ei kasutata hästi, ei ole siiski argument meetodi vastu.

²³ R. Alexy (viide 6), lk 401–402.

²⁴ Kaalumisosuste õigustamise tähtsust rõhutavad eriti T. A. Aleinikoff (viide 11, lk 976 *et passim*) ning R. Alexy (viide 6, lk 100–101).

Nende juhtumite korral, kus ei ole võimalik objektiivselt välja selgitada, et õigus kaalub asjakohased piirangupõhjendused (*limiting reasons*) üles, ei ole võimalik leida, et õigust on rikutud. On üldteada asjaolu, et kohtud peavad proportsionaalsuse analüüsi tehes jätma ulatusliku kaalutusõiguse ametivõimudele, eriti demokraatlikult valitud parlamendile.²⁵ Lõpuks tasub märkida, et proportsionaalsuse kriitikud ei ole proportsionaalsusele tõsiselt võetavat alternatiivi välja pakkunud.

Asjaolu, et proportsionaalsusel on üldjuhul otsustav tähtsus põhiõiguste kaitsel, ei tähenda tingimata siiski seda, et proportsionaalsus mängiks võtmerolli tavamõttes absoluutsete õiguste puhul. Valitsev seisukoht siiski keeldub seda tunnustamast. Suhteliste õigustega võrreldes peetakse absoluutseid õigusi niisugusteks, mida ei ole võimalik piirata ja mille suhtes ei saa seega teha proportsionaalsuse analüüsi.

III. Absoluutsete õiguste tavakäsitlus

Absoluutsetest õigustest rääkides arvatakse sageli, et kõik teavad, millised õigused on absoluutsed ja millised mitte. Laialt levinud arvamuse kohaselt on absoluutsete õiguste musternäiteks EIÕK artiklis 3 ja EL põhiõiguste harta artiklis 4 sisalduv piinamise, ebainimliku või alandava kohtlemise ja karistamise keeld, EIÕK artikli 4 lõikes 1 sisalduv orjuse keeld, EL põhiõiguste harta artikli 5 lõikes 1 sisalduv orjuse ja sunduse keeld ning EL põhiõiguste harta artiklis 1 ja Saksa põhiseaduse artikli 1 lõigetes 1 ja 2 sisalduv inimväärikus.²⁶

Mis on neil õigustel ühist, mille poolest nad eristuvad teistest õigustest?

²⁵ Diskretsiooni kohta kaalumisel vt R. Alexy (viide 6), lk 394–425; J. Rivers. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. – Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy. Ed. by G. Pavlakos. Oxford: Hart Publishing 2007, lk 167. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781472563989>.

²⁶ Õigusi, mida rekonstrueeritakse struktuurist lähtudes absoluutsena selles mõttes, et nende suhtes ei ole võimalik teha proportsionaalsuse analüüsi ega neid piirata, kutsume artiklis edaspidi **kitsas mõttes absoluutseteks õigusteks** (*absolute rights sensu stricto*). Seevastu õigusi, mis on sätestatud EIÕK arts 3 ja art 4 lgs 1, EL põhiõiguste harta arttes 1, 4 ja art 5 lgs 1 ning Saksa põhiseaduse art 1 lgtes 1 ja 2, nimetame edaspidi **tavamõttes absoluutseteks õigusteks** (*rights commonly regarded as absolute*). Niisugune eristamine on olemuslikult tähtis, sest selle essee põhiseisukoha võib kokku võtta nii: tavamõttes absoluutsed põhiõigused ei ole kitsas mõttes absoluutsed.

A. Absoluutsete õiguste tunnused

Väidetavalt põhineb absoluutsete õiguste tavakäsitus sellel, et neid õigusi ei saa piirata, nende puhul ei mängi rolli proportsionaalsus ja neid ei saa kaaluda. Absoluutsete õiguste riiveid ei ole võimalik õigustada. Absoluutse õiguse iga riive on selle õiguse rikkumine.²⁷ Proportsionaalsus ei puutu asjasse.²⁸ Seda käsitust väljendab näiteks EIK otsus Chahali kohtuasjas.²⁹ Iseloomustades seda, millise kaitse annab EIÕK artiklis 3 sätestatud piinamise keeld isiku riigist väljasaatmise puhul, ütles EIK sõnaselgelt, et „väärkohtlemise ohtu ei saa seada väljasaatmise põhjenduste vastu kaalukausile“³⁰. Gäfgeni kohtuasjas andis EIK tuge juurde seisukohale, et EIÕK artiklis 3 sätestatud õiguse „absoluutsuse tõttu ei tehta selle õiguse kaitsel erandeid, puuduvad kaitset välistavad õigustavad asjaolud ja õigust ei seata teiste huvide vastu kaalukausile“³¹. Samamoodi on õiguskirjanduses jõuliselt ära põlatud mõte³², et proportsionaalsus võiks olla tähtis EIÕK artiklist 3 tuleneva kaitse ulatuse määramisel.

B. Kuidas absoluutseid õiguseid ära tunda?

Niisiis arvatakse, et absoluutsetel õigustel on selged struktuursed tunnused. Siiski on vähem selge see, kuidas absoluutseid õigusi nende struktuursete tunnuste alusel ära tunda. Lühidalt öeldes on küsimus selles, millised õigusi ei saa piirata, proportsionaalsuse seisukohalt analüüsida ega kaaluda.

1. Kas absoluutsed õigused on peatamatud (*non-derogable*) õigused?

Sageli leitakse, et õiguste absoluutsus ja õiguste peatamatus on omavahel seotud. Rääkides EIÕK artiklis 3 sätestatud õigusest kui absoluutsest, rõhutatakse sageli, et selle õiguse kaitset ei või EIÕK artikli 15 alusel peatada.³³ Sama käib EIÕK

artikli 4 lõike 1 kohta.³⁴ Pealegi kuulub EIÕK artiklis 15 sätestatud peatamatute õiguste väga lühikesse nimekirja veel üks tagatis, mida sageli peetakse absoluutseks: selleks on EIÕK artiklis 7 sisalduv kriminaalõiguse tagasiulatava kohaldamise keeld.³⁵ EIÕK artiklis 15 sätestatud nimekirja kuulub siiski ka neljas õigus: EIÕK artiklis 2 sätestatud õigus elule. Traditsiooniliselt ei ole õigust elule peetud absoluutseks. Õigus elule on sätestatud EIÕK artikli 2 lõike 1 esimeses lauses. Artikli 2 lõike 1 teise lausega lubatakse riigil siiski rakendada surmanuhtlust³⁶ ja artikli 2 lõikega 2 lubatakse riigil teatud juhtudel võtta inimeselt elu, kui „see tuleneb absoluutsest vajadusest“: kaitsmaks inimest õigusvastase vägivalla eest (punkt a), inimese seaduslikuks vahistamiseks (punkt b) või rahutuste või mässu mahasurumiseks (punkt c). Proportsionaalsus on olemuslikult tähtis, kui hinnatakse seda, mis „tuleneb absoluutsest vajadusest“³⁷. Kui EIÕK artiklis 15 sisalduvasse nimekirja kuulub õigus, mida selgelt ei käsitata absoluutsena, ei saa õiguse peatamatusest järeldada õiguse absoluutsust.

Peale selle, et ei Saksamaa põhiseadus ega EL põhiõiguste harta ei sisalda sätet, mis annaks ametivõimudele pädevuse peatada õigustega seotud kohustuste täitmine, nagu annab EIÕK artikkel 15, ei peeta ka Saksamaa põhiseaduse artikli 2 lõikes 2 ja EL põhiõiguste harta artikli 2 lõikes 1 sätestatud õigust elule absoluutseks. Saksamaa põhiseaduse artikli 2 lõige 2 sisaldab sõnaselget piiranguklauslit ja EL põhiõiguste harta artikli 2 lõike 1 suhtes kohaldub harta artikli 52 lõikes 1 sätestatud üldine piiranguklausel.³⁸

DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/9.3.510>; D. J. Harris *et al.* (viide 3), lk 69; M. W. Janis *et al.* (viide 16), lk 113–114.

³⁴ D. J. Harris *et al.* (viide 3), lk 113; R. C. A. White *et al.* (viide 3), lk 195.

³⁵ EIÕK arts 7 sätestatud õigust peetakse absoluutseks selles mõttes, et selle õiguse riivete õigustamise üle harilikult ei arutleta, vt nt D. J. Harris *et al.* (viide 3), lk 331–339.

³⁶ Seda sätet tuleb siiski lugeda koos EIÕK protokoll nr 6 artga 1 (sõnastuses, nagu see kehtib pärast EIÕK protokoll nr 11 tehtud muudatust), millega kaotati surmanuhtlus rahuajal, ja EIÕK protokoll nr 13 artga 1, millega üldse kaotati surmanuhtlus. EIÕK protokoll nr 6 on ratifitseerinud kõik Euroopa Nõukogu liikmesriigid peale Venemaa. Protokoll nr 13 on tänaseks ratifitseerinud organisatsiooni 47 liikmesriigist 42 (Euroopa Nõukogu veebilehe andmetel on nüüdseks protokoll nr 13 ratifitseerinud 44 liikmesriiki. – *TK*). Saksamaal kaotati surmanuhtlus 1949. aastal põhiseaduse artga 102 ja Euroopa Liidus EL põhiõiguste harta art 2 lgga 2.

³⁷ Vt nt D. J. Harris *et al.* (viide 3), lk 61–62; R. C. A. White *et al.* (viide 3), lk 145.

³⁸ EL põhiõiguste harta art 52 lg 3 esimese lause kohaselt tuleb harta art 2 kohaldamisel koos harta art 52 lgga 1 arvestada EIÕK art 2 lg 2 piiranguklauslit.

²⁷ Vt nt D. J. Harris *et al.* (viide 3), lk 69–70.

²⁸ Vt nt R. C. A. White *et al.* (viide 3), lk 167–168.

²⁹ EIKo 15.11.1996, 22414/93, *Chahal vs. Ühendkuningriik*.

³⁰ Samas, p 81.

³¹ EIKo 01.06.2010, 22978/05, *Gäfgen vs. Saksamaa*.

³² S. Palmer. A Wrong Turning: Art. 3 ECHR and Proportionality. – The Cambridge Law Journal 2006, Vol. 65, lk 438. DOI: <https://doi.org/10.1017/s0008197306007185>.

³³ Vt nt M. K. Addo, N. Grief. Does Art. 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights? – European Journal of International Law 1998, Vol. 9, lk 513.

2. Kas absoluutsed õigused, sest puudub piiranguklausel?

Tavatähenduses absoluutseid õigusi, mida eespool nimetasin, seob ka sõnastuslik sarnasus: nimelt puudub neid õigusi ettenägevates sätetes piiranguklausel.³⁹ See võib väga hästi tähendada seda, et õigus on olemuselt absoluutne siis, kui õigust ettenäevas sättes puudub piiranguklausel.

Kirja pandud piiranguklausel osutab selgelt, et kõnealust õigust saab piirata ja et seega ei ole õigus absoluutne. Kirja pandud piiranguklausli puudumine ei ole siiski määrav. Võib esineda kirjutamata piiranguklausleid. Tegelikult on mitu õigust, millel puudub kirja pandud piiranguklausel, kuid mida hoolimata sellest peetakse piiratavateks ja proportsionaalsuse seisukohalt analüüsitavateks ning mida seetõttu ei käsitata absoluutsetena. Saksa Liidukonstitutsioonikohtu kohtupraktika kohaselt vastab sellele iseloomustusele terve hulk põhiseaduslikke õigusi Saksa põhiseaduse eri artiklites: õigused artikli 4 lõigetes 1 ja 2, artikli 5 lõikes 3, artikli 6 lõikes 1, artikli 7 lõigetes 2–4, artikli 8 lõikes 1, artikli 9 lõikes 3, artikli 16 lõike 1 esimeses lauses ja artikli 16 lõikes 2.⁴⁰ Kuigi puudub neid õigusi piirav kirja pandud piiranguklausel, saab neid proportsionaalsusele tuginedes piirata, mis tähendab seda, et nende õiguste puhul eeldatakse kirjutamata piiranguklausli olemasolu.⁴¹

Näiteks EIÕK puhul näeb EIÕK protokoll nr 1 artikli 2 esimene lause⁴² ette õiguse haridusele. Artikli järgmises lauses on sätestatud: „[...] riik peab austama vanemate õigust võimaldada lastele oma usuliste ja filosoofiliste veendumustega kooskõlas olev haridus.“ Seda õigust ei piira kirja pandud piiranguklausel. Olles selgitanud, et kehalise karistuse keelamine religioossetes koolides on vanemate usuvabaduse piiramine, ütles leedi Hale Williamsoni kohtuasjas: „Selles valitseb üksmeel, et samamoodi võib olla piiratud EIÕK protokoll nr 1

³⁹ See seisukoht on vähem veenev EL põhiõiguste harta artte 1, 4 ja 5 puhul, kuna harta art 52 lgs 1 sisalduv üldine piiranguklausel võib kohalduda ka neis artiklites sätestatud õigustele.

⁴⁰ Saksa Liidukonstitutsioonikohus, BVerfGE 28. kd, 243, lk 261. Seda mõjumat 1970. aasta otsust järgitakse endiselt. Vt nt Saksa Liidukonstitutsioonikohus, BVerfGE 107. kd, lk 104 (118).

⁴¹ M. Borowski, Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(2) Charter of Fundamental Rights of the European Union. – *Legisprudence* 2007, Vol. 1, lk 217–219. DOI: <https://doi.org/10.1080/17521467.2007.11424665>.

⁴² EIÕK protokoll nr 1 uus eestikeelne redaktsioon on kättesaadav: <https://www.riigiteataja.ee/akt/13320300> (06.01.2020). – *Tlk*.

artiklist 2 tulenev vanemate õigus, et austatakse nende usulisi ja filosoofilisi veendumusi, millest lähtudes nad suunavad oma laste haridust.⁴³ Veel üks näide: proportsionaalsust peetakse EIÕK artikli 5 rakendamisel olemuslikult tähtsaks sellest hoolimata, et artiklil 5 puudub kirja pandud piiranguklausel.⁴⁴

3. Sisulised tunnused

Kui õiguse absoluutsuse küsimust ei saa otsustada formaalsete kriteeriumide alusel, nagu näiteks õiguse peatamatus või kirja pandud piiranguklausli puudumine, kerkib küsimus, kas tavamõttes absoluutsed õigused erinevad teistest õigustest mingite sisuliste tunnuste poolest.

On selge, et tavamõttes absoluutsed õigused kaitsevad erakordselt tähtsaid huve. Olla vaba piinamisest, ebainimlikust ja alandavast kohtlemisest (EIÕK art 3 ja EL põhiõiguste harta art 4), olla vaba orjusest ja sundusest (EIÕK art 4 ja EL põhiõiguste harta art 5) ja inimväärkuse kaitstus (EL põhiõiguste harta art 1 ja Saksa põhiseaduse art 1 lg 1) on üksikisiku erakordselt tähtsad huvid. Muidugi on põhiõigustele iseloomulik, et need kaitsevad pigem tähtsaid kui ebaolulisi huve. Ent isegi põhiõigustega kaitstavate huvide seast paistavad need huvid, mida kaitsevad tavamõttes absoluutsed õigused, oma tõesti erakordse tähtsuse poolest silma. Niisiis peetakse tavakäsituse kohaselt **üksikisiku jaoks silmapaistvalt tähtsat huvi** sisulise kriteeriumina absoluutsete õiguste iseloomulikuks tunnuseks.

Kahtlust tekitab õiguse elule. Kas üksikisiku huvi olla vaba alandavast kohtlemisest (EIÕK art 3) on tema huvist elule (EIÕK art 2) nii palju tähtsam, et esimest õigust tuleb pidada absoluutseks ja teist mitte? See oleks üllatav, sest **elu** on peamine tingimus, et üksikisikul saaks üldse õigusi olla. Seega võiks arvata, et elule omistatav fundamentaalne tähtsus muudab õiguse elule eriti oluliseks. Kui õigusega kaitstava huvi tähtsust arvestades tuleks õigust elule pidada vähemalt sama tähtsaks kui tavamõttes absoluutseid õigusi, siis miks ei peeta õigust elule

⁴³ Otsus kohtuasjas *Regina v. Secretary of State for Education and Employment and others (Respondents) ex parte Williamson (Appellant) and others* [2005] UKHL 15, p 74. (Otsus on kättesaadav: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050224/will-1.htm> (06.01.2020). – *Tlk*)

⁴⁴ Vt nt D. J. Harris *et al.* (viide 3), lk 136–137. Vt lisaks J. McBride. Proportionality and the European Convention on Human Rights. – *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Ed. by E. Ellis. Oxford: Hart Publishing 1999, lk 27. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781472561947.ch-002>.

absoluutseks? Kas õigus elule eristub sisuliselt millegi poolest tavamõttes absoluutsetest õigustest?

Õigus elule erineb tavamõttes absoluutsetest õigustest selle poolest, et tundub palju tõenäolisem leida õigustus, mis lubab riivata õigust elule, kui leida õigustusi tavamõttes absoluutsete õiguste riivetele. Muidugi jõutakse tõsiste moraalsete küsimusteni, häirivate küsimusteni, kui uuritakse seda, millisel juhul on inimeselt elu võtmine õigustatud. Igal juhul osutab EIÕK artikli 2 lõike 2 sõnastus sellele, et vähemalt õiguslikus mõttes on võimalik leida õigustusi, millele tuginedes piirata õigust elule: näiteks kaitseks ebaseadusliku vägivalla vastu, seaduslikuks vahistamiseks ja rahutuste või mässu mahasurumiseks. Kui EIÕK artikli 2 lõike 1 teises lauses nimetatud surmanuhtluse õigustus on aja möödudes kahvatunud, on EIÕK artikli 2 lõikes 2 nimetatud õigustused püsinud tingimusel, et need õigustused on asjakohases juhtumis riive tõsidusega proportsioonis. Seevastu, milline võiks olla EIÕK artikli 4 lõikes 1 nimetatud orjuse õigustus? Või EIÕK artiklis 3 nimetatud piinamise õigustus? Sama küsimuse võime esitada EL põhiõiguste harta artiklis 1 ja Saksa põhiseaduse artiklis 1 nimetatud inimväärikuse riivamise kohta. Siin võiks öelda, et vastus sõltub oluliselt määral inimväärikuse ulatusest (*scope*), mis on ebaselge ja vaieldav: mida kitsam on inimväärikuse ulatus, seda vähem tõenäoline on, et selle riivet on võimalik õigustada.

Eelneva kokkuvõtteks: tavamõttes absoluutseid õigusi ei ole võimalik formaalsete kriteeriumide abil ära tunda. Pigem on **absoluutsetele õigustele** iseloomulik see, et need kaitsevad üksikisiku eriti tähtsaid huve ja nende õiguste piiramiseks puudub kaalukas piirangupõhjendus. Selline õigus kaalub iga mõeldava piirangupõhjenduse tavaliselt mäekõrguselt üles. Siit leiame tuge oma vaistule, mis ütleb, et isegi paljas mõte piirangutest on kujuteldamatu.

IV. Absoluutsete õiguste tavakäsituse probleemid

Niisugune arusaam sellest, milline on kitsas mõttes absoluutne õigus, paistab täiesti veenev. Kui küsimus on absoluutse õiguse riives, ei ole riivet mitte kunagi võimalik õigustada. Võistlevad õigused ja hüved on selle õiguse kõrval lihtsalt ebaolulised: proportsionaalsusele ja kaalumisele pole kohta. Võrreldes piiratavate või suhteliste õigustega puudub kitsas mõttes absoluutsele õigusele tugineva nõude hindamisel kolmas aste – riive õigustamise aste. Kui absoluutsed õigused peaksid saama selle kõikehõlmava õiguste süsteemi osaks, mis koosneb peamiselt suhtelistest õigustest, muutub see vaatepunkt.

A. Absoluutsete õiguste vaheline võistlus

Alustuseks võiks küsida, milline õigus jääb alla olukorras, kus võistlevad kaks absoluutset õigust. Kitsas mõttes absoluutsed õigused on juba oma määratluse järgi mistahes muu võistleva õiguse või huvi suhtes ülimuslikud. Kui on välja selgitatud, et riivatakse kitsas mõttes absoluutset õigust, peavad kõik muud õigused ja huvid taanduma. Näiteks kuidas toimida olukorras, kus ühe inimese inimväärikust saab austada ainult teise inimese inimväärikust riivates?⁴⁵ Jätta need juhtumid lihtsalt lahenduseta, tähendaks jätta lahenduseta kõige tähtsamad juhtumid – juhtumid, kus mõlemal poolel on kaalul erakordselt tähtsad huvid – ja see ei oleks rahuldav käitumine. Niisiis vajame kriteeriumi, mille alusel teha otsuseid olukorras, kus omavahel võistlevad absoluutsed õigused.

Võib tunduda ahvatlev lahutada proportsionaalsuse küsimus õiguse piiramise küsimusest ning kasutada proportsionaalsust pigem riive olemasolu kriteeriumina kui kriteeriumina, mille abil otsustada riive õigustatuse üle. See lahendus tundub kokku sobivat ühe absoluutsete õiguste tunnusega: nimelt sellega, et absoluutseid õigusi ei saa piirata.⁴⁶ Näiteks liigub sellise lahutamise suunas Saksa põhiseaduse artikli 1 inimväärikuse rekonstruktsioon, mille lõi Robert Alexy.⁴⁷ Siiski ei ole see lahendus kooskõlas absoluutsete õiguste teise tunnusega: nimelt sellega, et absoluutsete õiguste puhul pole võimalik kasutada proportsionaalsuse analüüsi ega seetõttu ka kaalumist. Proportsionaalsuse test tuuakse põhiõigustele tuginevate nõuete hindamise standardmudeli kolmandalt astmelt lihtsalt kahele esimesele astmele. Siinkohal piisab tõdemusest, et niisugune lahendus ei sobi kokku tunnustega, mis iseloomustavad kitsas mõttes absoluutseid õigusi.⁴⁸

Saksamaal peetavas inimväärikust puudutavas arutelus on pakutud, et inimväärikuse **kui sellise** piiramine võiks olla lubatud. See tähendab, et ühe inimese inimväärikust võib piirata teise inimese inimväärikus.⁴⁹ Mis puutub teistesse

⁴⁵ Selle üle on eriti arutletud just Saksa konstitutsiooniõiguses. Pean silmas Saksa põhiseaduse art 1 tõlgendust, vt C. Starck. Art. 1 Abs. 1. – Grundgesetz. Kommentar. Hrsg. von H. von Mangoldt, F. Klein, C. Starck. 6. Aufl. München: Vahlen 2010, lk 45 ja 61–63.

⁴⁶ Rangelt võttes ei vasta see tõele. Kaalumise ja õiguse piiramise vahel on olemuslik seos. Kui õigust saab kaaluda, saab seda ka piirata. Õigus on piiratud siis, kui võistlevad õigused või huvid kaaluvad õiguse üles. Vt allpool X ptk.

⁴⁷ Vt allpool X ptk alaptk B.

⁴⁸ Vt allpool X ptk.

⁴⁹ Vt eriti C. Starck (viide 45), lk 45. Vt ka K. Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band IV/1: Die einzelnen Grundrechte. München: C. H. Beck 2006, lk 95–96;

võistlevatesse õigustesse või piirangupõhjendustesse, siis nendega võrreldes oleks inimväärikus ikka absoluutne. Ent kui ühe inimese inimväärikus võistleb teise inimese inimväärikusega, ei ole selles olukorras siiski tegemist mingi inimväärikuse **enda raames** toimuva võistlusega. Võistlevad kaks eri õigust, justkui võistleksid kaks eri sätetest tulenevat õigust. Kõige märkimisväärsem on see, et inimväärikus muutub suhteliseks niivõrd, kui võrd asjasse puutub teise inimese inimväärikus, ning nüüd saab inimväärikuse puhul kasutada proportsionaalsuse analüüsi ja kaalumist. Lühidalt öeldes kaotab eelduslikult absoluutne õigus oma absoluutse iseloomu ja seda täiesti sõltumata asjaolust, et kõigi muude võistlevate õiguste suhtes – kui inimväärikus välja arvata – jääb see ikka rangelt ülimuslikuks. Sama kehtiks *mutatis mutandis* seisukoha puhul, mille järgi ühte õiguste kataloogi kuuluvad erinevad absoluutsed õigused saavad üksteist piirata, kuid on teiste võistlevate õiguste suhtes rangelt ülimuslikud.⁵⁰

B. Absoluutsete õiguste absoluutne ülimuslikkus võistlevate suhteliste õiguste suhtes

Idee, et absoluutsed õigused kuuluvad kõikehõlmavasse õiguste süsteemi, kus enamik õigusi on suhtelised õigused, viib küsimuseni, kas on mõistlik pidada iga absoluutset õigust iga suhtelise õiguse suhtes⁵¹ absoluutselt ülimuslikuks, st ülimuslikuks kõikides kujutletavates olukordades. Kas igasugune absoluutse õiguse riive, olgu see kuitahes ebaoluline, õigustab võistlevate suhteliste õiguste kaitseta jätmist hoolimata tagajärgede tõsidusest? Kas on näiteks mõistlik arvata, et ükskõik milline tavamõttes absoluutne õigus kaalub üles õiguse elule, hoolimata olukorrast ja üksikisikute arvust, kelle õigus elule on küsimuse all? Asjaolu, et kitsas mõttes absoluutsete õiguste kaitse nõuab lõpmata palju, tekitab kahtluse, kui hästi sobivad need õiguste süsteemi, milles enamik õigusi on suhtelised.

Seda rõhutab mõistmine, et tavamõttes absoluutseid õigusi iseloomustatakse nende sisu kaudu. Tavamõttes absoluutsete õiguste sisulisest iseloomustusest

lähtudes võib öelda, et **absoluutsete õiguste** ja **suhteliste õiguste** erinevus sõltub kaalust (*a matter of degree*). Kui **absoluutsed õigused** kaaluvad tüüpilistes olukordades kõik kujutletavad piirangupõhjendused suurel määral üles, siis **suhteliste õiguste** ülekaal piirangupõhjenduste suhtes on harilikult väiksem. Kui suurel määral peaks õigus piirangupõhjendused üles kaaluma, et õigust saaks pidada absoluutseks? Isegi kui määr peab olema suur, võib ette tulla raskeid juhtumeid, kus **absoluutse õigusega** kaitstava huvi kaal on ebaharilikult väike ning sellega võistlevad õigused ja huvid on ebaharilikult kaalukad. Kui tavamõttes absoluutsete õiguste sisuline iseloomustus on õige, ei saa me olla kindlad, et mitte kunagi ei tule ette niisugust rasket juhtumit, kus piirangupõhjendused on erandlikult absoluutsest õigusest kaalukamad. Kui õigust peetakse kitsas mõttes absoluutseks isegi juhul, kui kõiki asjaolusid arvestades on põhjendatum pidada seda õigust piirangupõhjendustest vähem kaalukaks, satume **ratsionaalsuse defitsiiti**, kus absoluutse õiguse ülekaalu tunnistatakse sellest hoolimata, et piirangupõhjendused on kaalukamad.

C. Kitsas mõttes absoluutsete õiguste kitsas ulatus

Kui keegi peab mingit õigust kitsas mõttes absoluutseks, nii et seda õigust ei ole võimalik piirata ega selle suhtes teha proportsionaalsuse analüüsi, kaldub ta ilmselgelt pidama õiguse ulatust kitsaks. Selles, kuidas määrata õiguse ulatus – õiguse kaitseala ja õiguse riive⁵² –, seisnebki põhiõigusele tugineva nõude hindamise kogu probleem. Mida suurem on õiguse ulatus, seda tõenäolisemalt esineb raskeid juhtumeid, kus piirangupõhjendused on tegelikult õigusest endast kaalukamad – isegi kui piirangupõhjendused peaksid õiguse kitsas mõttes absoluutse iseloomu tõttu olema välistatud. Teisiti öeldes: mida suurem on õiguse ulatus, seda tõsisemaks muutub **ratsionaalsuse defitsiidi** probleem. **Ratsionaalsuse defitsiidi** vältimiseks tuleb õiguse ulatus hoida võimalikult kitsana. See tähendab, et õiguse tuuma (*core*) kaitsmise eesmärgil tuleb ohverdada õiguse ääreala (*penumbra*).

Need probleemid, mis tekivad suhteliste õiguste süsteemi kuuluvate kitsas mõttes absoluutsete õigustega, on olnud Saksa konstitutsiooniõiguses toimuva elavaloomulise vaidluse taustaks. Inimväärikusele tuginevate nõuete vahelist võistlust silmas pidades küsis Horst Dreier, kas ühe inimese inimväärikuse

R. Zippelius, T. Würtenberger. Deutsches Staatsrecht. 32. Aufl. München: C. H. Beck 2008, lk 240–242; F. Wittreck. Menschenwürde und Folterverbot. – Die Öffentliche Verwaltung 2003, Jg. 56, lk 879–892.

⁵⁰ Selles mõttes ei kajastu üks tähtis tahk iseloomustuses, millega peetakse absoluutseid õigusi õigusteks, „mis on tingimata ülimuslikud muude õiguste suhtes, mida ei tähistata absoluutse õiguse sildiga“, vt M. K. Addo, N. Grief (viide 33), lk 516.

⁵¹ Kui jätta kõrvale absoluutsete õiguste omavahelise võistluse küsimus.

⁵² Põhiõiguste ulatuse kohta vt R. Alexy (viide 6), lk 196–217.

kaitsega saab **õigustada** teise inimese inimväärikuse riivet.⁵³ Nii et Dreieri kohaselt jõuame mingites traagilistes olukordades sinna, kus õigus enam vastust ei anna.⁵⁴ See väide, mis ei ole ei uudne⁵⁵ ega ulmeline, pälvis palju kriitikat. Selleks et muuta 2003. aastal inimväärikuse ääreala suhtes proportsionaalsuse analüüsi tegemine võimalikuks, asus Matthias Herdegen eristama inimväärikuse tuuma ja inimväärikuse ääreala. Tema kirjutatud analüüs Saksa põhiseaduse artiklis 1 sätestatud inimväärikuse kohta asendas Maunzi/Dürigi kommentaarides – Saksa põhiseaduse kehtivuse esimestel aastakümnetel üsna suurt mõju omanud teoses – toodud, kommentaaride väljaandele alusepanija ja Saksa konstitutsiooniõiguse suurkuju Günter Dürigi inimväärikust puudutava kommentaari. Kuna Dürigi inimväärikust puudutavad, klassikaks saanud leheküljed olid kantud loomuõiguse ideedest, pidasid mõned seda ebasobivaks, et Dürigi kirjutist asus asendama kirjutis, mille kohaselt tuleks inimväärikust kaaluda võistlevate õiguste ja hüvede suhtes. Eriti kritiseeris Herdegeni kirjutist 3. septembril 2003 Frankfurter Allgemeine Zeitungis ilmunud artiklis⁵⁶ endine Saksa Liidukonstitutsioonikohtu kohtunik Wolfgang Böckenförde. Kuna inimväärikus jääb Herdegeni tõlgenduse kohaselt ilma oma eristaatusest, ei saa inimväärikus Böckenförde arvates enam olla Saksa põhiseaduse selgroog. Herdegen leidis end olukorrast, kus ta pidas paremaks oma seisukoht üle vaadata ja see mõõdukamaks muuta. Oma peamisi mõtteid ta siiski karmi kriitika eest kaitses.⁵⁷

See vaidlus näitab, et on olemas mitu inimväärikuse rekonstrueerimisega tegelevat leeri. Ühest küljest tekitab tees, mille järgi on inimväärikus kitsas mõttes absoluutne õigus, hulga tõsisemaid probleeme, teisest küljest peetakse ebasobivaks käsitada inimväärikust lihtsalt ühena põhiõiguste seas. Minu meelest siiski näitab **suhtelise absoluutsuse** idee, kuidas on võimalik lahendada eri leeride vastuolud.

⁵³ H. Dreier. Art. 1 I. – Grundgesetz. Kommentar. Band I. Hrsg. von H. Dreier. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck 2004, lk 139, p 133.

⁵⁴ Vt tema pikemat seisukohta koos kriitikutele antavate vastustega põhiseaduse kommentaari viimases väljaandes: H. Dreier. Art. 1 I. – Grundgesetz. Kommentar. Band I. Hrsg. von H. Dreier. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck 2013, lk 154, p 133.

⁵⁵ C. Starck (viide 45), lk 45. Vt ka K. Stern (viide 49), lk 95–96; R. Zippelius, T. Würtenberger (viide 49), lk 240–242; F. Wittreck (viide 49), lk 879–892.

⁵⁶ E.-W. Böckenförde. Die Würde des Menschen war unantastbar. – Frankfurter Allgemeine Zeitung, 03.09.2003, lk 33.

⁵⁷ M. Herdegen. Art. 1 Abs. 1. GG – Grundgesetz. Kommentar. Hrsg. von T. Maunz, G. Dürig *et al.* München: C. H. Beck 2013, p 46–51.

V. Absoluutsete õiguste suhteliseks käsitamise tutvustus

Kui tavamõttes absoluutsete õiguste sisuline iseloomustus on õige, on see vihje, et absoluutseid õigusi tuleks käsitada niisugustena, mille suhtes rakendub proportsionaalsus ja mida saab kaaluda. Sisust lähtudes on tavamõttes absoluutsed õigused sellised, et need kaitsevad (a) eriti tähtsaid huve (b) piirangupõhjenduste vastu, mis tüüpiliselt ei õigusta sugugi nende õiguste riivet. See tähendab, et sellise õiguse selgrooks olev huvi on eriti kaalukas ja piirangupõhjendused on tavaliselt palju väiksema kaaluga. Isegi kui nende õiguste puhul teha proportsionaalsuse analüüs, on tulemus tüüpilises olukorras ette teada: tavamõttes absoluutse õiguse selgrooks olev huvi jääb peale ja see jääb peale niisuguse kindlusega, et selgesõnaline õigustus tundub üleliigsena. Siiski ei pruugi erandlikes olukordades vastus olla nõnda ilmne, nii et soovitatav oleks esitada sõnaselge õigustus. Äärmuslikes olukordades võivad asjalood olla aga suisa sellised, et tavamõttes absoluutne õigus osutub piiratuks.

Kõiki õigusi suhteliseks pidava käsituse kasuks räägib asjaolu, et seda kasutades kaovad kõik struktuursed probleemid, mis vaevavad käsitust, millega peetakse mõningaid õigusi kitsas mõttes absoluutseks. Struktuuri vaatepunktist leiaks võistlevate **absoluutsete õiguste** probleem lahenduse sellega, kui neid õigusi kaalutakse juhtumi asjaolude valguses. Olukorrad, kus absoluutsed õigused võistlevad, on rasked juhtumid, sest nii ühel kui teisel pool on kaalul eriti tähtsad huvid. On ilmne, et kaalumise pakub struktuuri, milles lahendada normatiivseid probleeme avatud ja läbipaistval viisil. On parem õigusi kaaluda, kui jätta sel põhjusel, et määratluse poolest absoluutne õigus ei saa teisele õigusele alla jääda, lahendamata küsimus, missugune absoluutne õigus jääb teisele alla.

Peale selle muutub suhteliseks käsitamise puhul sootuks tähtsusetuks vaevalt mõistlik eeldus, et iga **absoluutne õigus** on igas olukorras iga suhtelise õiguse suhtes ülimuslik. Tavamõttes absoluutseid õigusi ja suhteliseks peetavaid õigusi saab üksteise vastu kaalukaasile seada. **Absoluutsete õiguste** range ülimuslikkuse asemele astub nende tugev *prima facie* ülimuslikkus. Kuigi tavamõttes absoluutseks peetavad õigused on suhteliste õiguste suhtes peaaegu alati ülimuslikud, ei pruugi nad seda olla väga erandlikes olukordades.

Lõpuks pole ka enam vaja tavamõttes absoluutsete õiguste ulatust võimalikult kitsana konstrueerida, sest **ratsionaalsuse defitsiiti** enam ei tekigi.

Isegi kui tavamõttes absoluutsete õiguste käsitamine suhteliseks peaks ära hoidma mitmed probleemid, jääb ometi üks pakiline küsimus: kas sellega ei vähene nende õiguste pakutav kaitse?

VI. Tulemusele suunatud arutelud (*debates that are result-oriented*) vs. absoluutsete õiguste struktuuriuuringud

Enne absoluutsete õiguste suhtelisena käsitamise üksikasjalikumat uurimist tasub rõhutada, et tavamõttes absoluutsete õiguste suhtelisena käsitamine, mille artiklis välja pakun, ei ole mõeldud selleks, et muuta nõrgemaks niisuguste õiguste pakutavat kaitset, ja tegelikult suhtelisena käsitamine seda kaitset ka ei nõrgesta. Isegi kui tavamõttes absoluutsed õigused peaksid ilma jääma oma struktuurset tunnusest, et nende puhul proportsionaalsuse analüüsi ei tehta, ei jää nad ilma oma sisulistest tunnustest: ülimalt abstraktsest kaalust ega omadusest, et nende vastas olevatel piirangupõhjendustel on tüüpiliselt palju väikesem kaal. EIÕK artikli 3 ja artikli 4 lõike 1, EL põhiõiguste harta artiklite 1, 4 ja 5 ning Saksa põhiseaduse artikli 1 õigused eristuksid endiselt nende sisuliste tunnuste tõttu kõikidest suhteliste õiguste musternäidetest. Seda on laialdaselt tunnustatud, et tavamõttes absoluutsed õigused väärivad eriti tugevat kaitset, ja seda üldiselt omaksvõetud veendumust tuleb tõsiselt võtta. Esitan artiklis suhtelisena käsitamise selleks, et välja pakkuda tugeva kaitse veenvam rekonstruktsioon. Käsitus ei ole esitatud selleks, et muuta neid tulemusi, milleni viib tavakäsitus. Seda asjaolu tuleb rõhutada, sest **absoluutsete õiguste** suhtelisena käsitamist võib kasutada ka relvana vaidluses, mida nimetan tulemusele suunatud aruteluks.

A. Tulemusele suunatud arutelud

Tulemusele suunatud aruteludele on iseloomulik, et neis püütakse õigustada niisugust tulemust, mis ei sobi kokku üldlevinud arvamusega. Oletame, et keegi on lihtsalt veendunud või ta vaist ütleb talle, et mingites eluohtlikes olukordades võib riik õigustatult teha midagi niisugust, mida tavaliselt liigitatakse **piinamiseks**.⁵⁸ Näiteks võib tuua Gäfgeni juhtumi, mille kohta EIK suurkoda tegi otsuse 2010. aasta juunis.⁵⁹ Frankfurdis elanud juuratudeng Magnus Gäfgen võttis

pantvangi 11-aastase Jakob von Metzleri, nõudes tema eest lunaraha. Politsei sai juuratudengi pärast lunaraha üleandmist kätte. Politsei eeldas, et pantvangis olev poiss on ikka elus ja et teda mõistagi ähvardab vahetu hädaoht: arvatavasti janusse suremine abituna mingis lukustatud peidikus. Gäfgen keeldus poisi asukohta avaldamast. Frankfurdi politseiülem Wolfgang Daschner ähvardas kahtluselust, et helikopteriga saabuv politsei erirühm põhjustab talle meditsiinipersonali järelevalve all **väljakannatamatut valu**.⁶⁰ Pärast umbes kümne minuti pikkust ähvardamist avaldas Gäfgen poisi surnukeha asukoha. Poiss oli juba varem surnud lämbumissurma. Juhtum põhjustas elava arutelu selle üle, kui kaugele võib politsei minna olukorras, kus on mõistlik eeldada, et süütu ohvri elu võib olla vahetus hädaohus. EIK suurkoda arvas, et Gäfgenile osaks langenud **kohtlemine oli ebainimlik** ja vastuolus EIÕK artikliga 3.⁶¹

Tulemusele suunatud arutelus võetakse juhtumi lõpptulemus Archimedese punktiks. Tüüpiline avaldus Gäfgeni juhtumi üle peetavas tulemusele suunatud arutelus võiks kõlada nii: „Gäfgeni juhtumis tuleb Daschneri teguviisi pidada lubatavaks.“ Inimestel, kes toetavad seda seisukohta ega nõustu suurkoja otsusega, on võimalik valida üks kahest strateegiast, et põhjendada seda, miks nende meelest ei ole Gäfgenile osaks langenud kohtlemine vastuolus EIÕK artikliga 3. Esimesel juhul võivad nad väita, et niisugune kohtlemine ei ole üleüldse **piinamine ega ebainimlik või alandav kohtlemine** EIÕK artikli 3 tähenduses, ning teisel juhul võivad nad väita, et kuigi tegemist on EIÕK artiklis 3 nimetatud kohtlemisega, on juhtumis esinenud asjaolude korral niisugune kohtlemine erandlikult õigustatud. EIÕK artiklis 3 sätestatud õiguse absoluutse iseloomu eitamine on paratamatult osa teisest strateegiast: kui õiguse puhul võib teha erandi või õigust võib piirata, ei saa õigus olla absoluutne. See tähendab, et õiguse suhtelisusest võib saada tulemusele suunatud arutelu teema. Isegi kui nii juhtub, on see üksnes **eesmärgi saavutamise vahend**: vahendina, mis aitab juhtumis niisuguse tulemuseni, mida peetakse algusest peale mõõdapääsmatuks. Selle strateegia korral on peamine küsimus see, kas on võimalik õigustada juhtumi tulemust, arutelu Archimedese punkt.

⁵⁸ Vt nt W. Brugger. May Government Ever Use Torture? Two Responses from German Law. – American Journal of Comparative Law 2000, Vol. 48, lk 674. DOI: <https://doi.org/10.2307/840910>; W. Brugger. Darf der Staat ausnahmsweise foltern? – Der Staat 1996, Jg. 35, lk 93–95; W. Brugger. Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter? – Juristenzeitung 2000, Jg. 55, lk 170–171. Teda järgib täpselt C. Starck (viide 45), lk 62–63.

⁵⁹ EIKo 01.06.2010, 22978/05, *Gäfgen vs. Saksamaa*. Selle otsuse kohta vt S. Greer. Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished? Reflections on the Gäfgen

Case. – Human Rights Law Review 2011, Vol. 11, lk 67. DOI: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngr001>.

⁶⁰ Muid väiteid Gäfgeni füüsilise ja kehalise väärkohtlemise kohta ei suudetud mõistlikus ulatuses tõendada, vt EIKo 01.06.2010, 22978/05, *Gäfgen vs. Saksamaa*, p 98.

⁶¹ Samas, p 108.

Peale selle üldise probleemi on veel ka tõsiseid kahtlusi, kas käsitus, et EIÕK artiklis 3 sätestatud õigus on suhteline, toetab tõesti seisukohta, et Daschneri teguviisi Gäfgeni juhtumis oli õigustatud. Tulen allpool selle teema juurde tagasi.⁶²

B. Absoluutsete õiguste struktuuriuuringud

Hoopis teistsugune tegevus on absoluutsete ja suhteliste õiguste struktuuri uurimine. Võrreldes tulemusele suunatud aruteluga, milles juhtumi tulemus on keskne küsimus, ei ole õiguste struktuuriuuringute puhul juhtumi tulemus oluline. Mingitele õigustele praktilistes olukordades antud tõlgendusi rekonstrueeritakse kriitiliselt. Kas mingit õigust peetakse tegelikult suhteliseks õiguseks, mille suhtes võib teha proportsionaalsuse analüüsi ja mida võib kaaluda, või absoluutseks õiguseks, mida ei saa kunagi kaaluda? Struktuuriuuringutes ei keskenduta mitte sellele, kuidas kritiseerida juhtumite tulemusi enamuse arvamusest lähtudes, vaid pigem selle mõistmisele, kuidas saab juhtumite tulemusi õigustada.

Olgu igasuguse kahtluse vältimiseks öeldud, et see essee tegeleb tavamõttes absoluutsete õiguste tõlgenduse kriitilise rekonstrueerimisega. Essees ei tegeleta nende juhtumite tulemustega, mida toetab absoluutsete õiguste tavakäsitlus. Näiteks ei toeta absoluutsete õiguste suhtelisena käsitamine Daschneri teguviisi Gäfgeni juhtumis.⁶³

VII. Absoluutsete õiguste suhteline absoluutsus kui proportsionaalsus

Suhteline absoluutsus kui nähtus põhineb tavamõttes absoluutsete õiguste sisulistel tunnustel, nimelt õiguste selgrooks olevate huvide ülimal abstraktsel kaalul ja tüüpiliselt võistlevate põhimõtete väikesel abstraktsel kaalul.⁶⁴ Sellega on seletatav, miks **suhteline absoluutsus** on iseloomulik **absoluutsetele õigustele**, kuid mitte muudele õigustele, vähemalt mitte samal määral. Reeglid, kuidas määrata võistlevate põhimõtete kaal eri tõsidusastmega riivete korral, koos empiiriliste eelduste esinemise kindluse arvesse võtmisega aitavad selgitada, miks

⁶² Vt allpool IX ptk.

⁶³ Vt allpool IX ptk.

⁶⁴ Vt ülal III ptk alaptk B p 3.

on ekslik arvata, et **absoluutsete õiguste** suhtes proportsionaalsuse analüüsi tegemine vähendab nende tähtsust, alandades nende kaitse selliste suhteliste õiguste musternäidetega samale tasemele nagu EIÕK artiklites 8–11 sätestatud õigused.

Ühest küljest ei ole õiguste kaalumise mõte sugugi uus. Teisest küljest on kaalumise struktuuri analüüsimisel tehtud viimastel aastatel olulisi edusamme. Robert Alexy uurimus proportsionaalsusest ja kaalumisest teoses „A Theory of Constitutional Rights“⁶⁵ on põhjustanud elava arutelu kaalumise ja selle rekonstrueerimise üle. Arutelule on andnud hoogu juurde kaalumise valem⁶⁶, mille ta on paari viimase aasta jooksul välja töötanud. Kaalumise valem on püües esitada kaalumise struktuur matemaatilisel kujul. Alexy mõistab väga hästi, et kaalumisel põhinevat otsust ei saa õigustada ainult kaalumise formaalne struktuur, kaalumise matemaatiline esitusviis. Normatiivseid eeldusi, millel põhineb kaalumiseotsus, tuleb õigustada juriidiliste argumentidega.⁶⁷ Kui jätta kõrvale üksikasjad, mis seonduvad Alexy püüdega esitada kaalumise formaalne rekonstruktsioon, juhib Alexy pingutust nõudev ettevõtmine tähelepanu kaalumise mitmetele tahkudele. Selles mõttes on kaalumise struktuuri uurimine juba väärtuslikul moel meie mõistmist edendanud.

A. Õiguste abstraktne kaal

Nagu juba mainisin, on tavamõttes absoluutsetel õigustel eriti suur abstraktne kaal. Suure abstraktse kaaluga õigused on sagedamini võistlevate õiguste ja huvide suhtes ülimuslikud kui väikese abstraktse kaaluga õigused. Suure abstraktse kaaluga õigus ei ole väiksema abstraktse kaaluga õiguste või huvide suhtes siiski alati ülimuslik, sest riive tõsidust tuleb samuti arvesse võtta. See tähendab, et õiguse kaal mingis konkreetse juhtumis sõltub nii õiguse abstraktsusest kaalust kui ka sellest, kui tõsine on riive. Väiksema abstraktse kaaluga õigus võib üles kaaluda suurema abstraktse kaaluga õiguse juhul, kui väiksema abstraktse kaaluga õiguse riive on tõsisem kui suurema abstraktse kaaluga õiguse riive.

⁶⁵ R. Alexy (viide 6).

⁶⁶ Samas, lk 403–410; R. Alexy. The Weight Formula. – *Frontiers of Economic Analysis of Law: Studies in the Philosophy of Law*. Vol. 3. Ed. by J. Stelmach, B. Brożek, W. Zafuski. Krakow: Jagiellonian University Press 2007, lk 9.

⁶⁷ R. Alexy. On Balancing and Subsumption. – *Ratio Juris* 2003, Vol. 16, lk 439. DOI: <https://doi.org/10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x>.

Mida rohkem õiguste abstraktsed kaalud erinevad, seda lihtsam on neid kaaluerinevusi ära tunda. Näiteks on raske öelda, et sõnavabadusel (EIÕK art 10) on suurem abstraktne kaal kui usuvabadusel (EIÕK art 9) või et õigus õiglasele kohtumenetlusele (EIÕK art 6) on üldiselt tähtsam kui õigus era- ja perekonnale elu austamisele (EIÕK art 8) jne. Selles mõttes on enamikus põhiõiguste kataloogides hulk õigusi, millel on laias laastus võrdne abstraktne kaal.⁶⁸ On siiski põhiõigusi, millel on kas eriti suur või eriti väike abstraktne kaal. Näiteks on Saksa põhiseaduse artikli 2 lõikes 1 sisalduv üldine vabadusõigus näide õigusest, millel on üsna väike abstraktne kaal. Iga selle vabadusõiguse riive peab olema õigustatud, olenemata sellest, kas riive puudutab üksikisiku eriliselt tähtsat huvi või mitte. Kuna peaaegu iga parlamendis vastuvõetud seadus riivab üldise vabadusõiguse ühte või teist tahku, on üldise vabadusõiguse riive pigem reegel kui erand. Reegliliselt on siiski ka see, et võistlevad õigused või huvid kaaluvad üldise vabadusõiguse üles. See tähendab, et sel õigusel on suhteliselt väike abstraktne kaal. Seevastu on EIÕK artikli 4 lõikes 1 ja EL põhiõiguste harta artiklis 5 sätestatud õigus olla vaba orjusest näide õiguse kohta, millel on eriti suur abstraktne kaal. Orjus on erakordselt intensiivne vabaduse ja võrdsuse riive, millega röövitakse üksikisikult tema staatus isiksusena. Enamgi veel, arvestades seda, kui suuri kehalisi ja vaimseid kannatusi põhjustab piinamine, on üksikisikul ülekaalukas huvi olla vaba EIÕK artiklis 3 ja EL põhiõiguste harta artiklis 4 nimetatud piinamisest. Orjuse ja piinamise keeld kuuluvad EL põhiõiguste harta artiklis 1 ja Saksa põhiseaduse artiklis 1 väljendatud inimväärikuse tagatiste hulka. Ka muudes inimväärikuse tahkudes leiavad väljenduse üksikisiku eriti tähtsad huvid. Juba sai mainitud, et õigus elule on samuti väga suure abstraktse kaaluga.⁶⁹

Nagu enamik põhiõiguse tahke nii põhjustab ka õiguse abstraktne kaal tõenäoliselt vaidlusi. Abstraktse kaalu alusel tundub siiski olevat võimalik eristada kolme põhiõiguste kategooriat: kõigepealt suhteliselt väikese abstraktse kaaluga õigused, nagu näiteks Saksa põhiseaduse artikli 2 lõikes 1 sätestatud üldine vabadusõigus; teiseks keskmise abstraktse kaaluga õigused, kuhu kuulub näiteks enamik EIÕK õigustest, kuid ennekõike EIÕK artiklites 8–11 sätestatud õigused; ja lõpuks eriti suure abstraktse kaaluga õigused, nagu õigus elule ja teised tava-mõttes absoluutsed õigused.

⁶⁸ R. Alexy (viide 6), lk 406.

⁶⁹ Vt ülalpool III ptk alaptk B p 3.

B. Õiguste ebaproportsionaalselt kasvav vastupanu

Kaalumise olukorras ei ole riive intensiivsus ja asjasse puutuva põhimõtte kaal omavahel proportsionaalses suhtes. See tähendab, et intensiivsema riive õigustamiseks peab õigustus olema riive intensiivsuse kasvuga võrreldes **palju tugevam**, mitte lihtsalt proportsionaalselt tugevam.⁷⁰ Ja seda ebaproportsionaalselt tugevam peab olema õigustus, mida suurem on riivatava õiguse abstraktne kaal.

Kuna tavamõttes absoluutsetel õigustel on eriti suur abstraktne kaal, on iga sellise õiguse riive väga tõsine riive. See tähendab, et ainult tõesti silmatorkavalt tähtsad piirangupõhjendused võiksid üldse sellise õiguse üles kaaluda. Nüüd tuleb mängu tavamõttes absoluutsete õiguste teine sisuline tunnus: kõik võimalikud piirangupõhjendused on tüüpiliselt juhul sellest õigusest palju vähem kaalukad.⁷¹ Enamikul juhtudel jäävad piirangupõhjendused **absoluutsele õigusele** märgatavalt alla. Kordame küsimust: milline piirangupõhjendus võiks orjuse keelu üles kaaluda?

See seletab, miks näiteks inimesed, kes leiavad, et piinamine on mingites olukordades õigustatud, peavad oma arutluskäigu veenvuse tarvis konstrueerima hüpoteetilisi juhtumeid, kus paljude süütute inimeste elu päästmiseks tuleb kurjategijat piinata või teda muul ebainimlikul või alandaval viisil kohelda. Niisuguste juhtumite hüpoteetilisus või kunstlikkus heidab valgust kaalumise puhul olulisele, kuid sageli tähelepanuta jäetud asjaolule, nimelt sellele, kui kindlad ollakse, et esinevad asjakohased empiirilised eeldused.

C. Kindlus asjakohastes empiirilistes eeldustes

Tõsised riived peavad põhinema empiirilistel eeldustel, mille esinemises ollakse kindlad. Väga tõsised riived peavad põhinema empiirilistel eeldustel, mille esinemises ollakse väga kindlad. Need intuiitiivsed tõdemused viivad järgmise mõtte juurde: mida tõsisem on õiguse riive, seda kindlam tuleb olla empiiriliste⁷² eelduste⁷³ esinemises. Niisiis on ka siin asjakohane ebaproportsionaalse

⁷⁰ R. Alexy (viide 6), lk 195; M. Borowski (viide 22), lk 278–279.

⁷¹ Vt ülalpool III ptk alaptk B p 3.

⁷² Kerkib küsimus, kas sama käib ka normatiivseid eeldusi puudutava kindluse kohta. Selle küsimusega tegelemine ei ole siiski selle essee eesmärk.

⁷³ Alexy **tunnetuspõhise kaalumise seaduse** (sks *epistemisches Abwägungsgesetz – tlk*) kohta vt R. Alexy (viide 6), lk 418. Vt veel R. Alexy. Thirteen Replies. – Law, Rights and Discourse:

suurenemise idee. Mida tõsisem on riive ja mida suurem on asjakohase õiguse abstraktne kaal, seda ebaproportsionaalselt suurem kindlus peab valitsema selles, et empiirilised eeldused esinevad. See tähendab, et tavamõttes absoluutsete õiguste puhul, millele on omane eriti suur abstraktne kaal, saavad riivet õigustada ainult tõeliselt kaalukad piirangupõhjendused ja üksnes siis, kui valitseb täielik kindlus empiiriliste eelduste esinemise suhtes. Väide, et olukorda hinnatakse *ex ante* vaatepunktist, mitte tagantjärele, ja et *ex ante* vaatepunktis esineb paratamatult kahtlusi⁷⁴, ei muuda midagi. Kui tegelikkuses on peaaegu võimatu saavutada nõutav kindluse tase selle suhtes, et esinevad asjakohased empiirilised eeldused, siis ei saa õigust realselt piirata.⁷⁵

1. Reisilennukite allatulistamine, inimväarikus ja Saksa Liidukonstitutsioonikohus

Need, kes arvavad, et õiguse piirangu veenvuse tarvis on lihtsalt vaja seada kaalukad piirangupõhjendused **absoluutse õiguse** vastu kaalukausile, vaatavad mööda nõudest, mille kohaselt tohib tavamõttes absoluutset õigust piirata ainult siis, kui ollakse täiesti kindel, et esinevad asjakohased empiirilised eeldused. Saame tuua näiteks lennuohutuseaduse⁷⁶ artikli 14 lõikega 3 kehtestatud õiguse, mis võimaldas reisilennuki alla tulistada olukorras, kus oli alust arvata, et esineb vahetu terrorirünnakuoht, ja mida ettenägeva sätte tunnistas Saksa Liidukonstitutsioonikohus 2006. aastal põhiseadusvastaseks.⁷⁷ Kui tulistatakse alla reisilennuk, mida arvatavalt kasutatakse relvana maapinnal asuva sihtmärgi suhtes

terrorirünnaku toimepanemiseks, hukuvad kõik pardal olevad inimesed. Lennukit alla tulistades riivatakse reisijate, lennukimeeskonna ja terroristide õigust elule. Peale selle arvas kohus, et lennuki alla laskmisega riivatakse reisijate ja lennukimeeskonna inimväarikust, mida kaitseb Saksa põhiseaduse artikli 1 lõige 1, sest, nagu arutles kohus, koheldaks neid pelgalt eesmärgi saavutamise vahendina.⁷⁸ Kohus liigitab inimväarikuse kitsas mõttes absoluutseks õiguseks, nii et selle õiguse riivet ei olegi võimalik õigustada.

Huvitaval kombel arendas kohus välja veel ühe arutluskäigu. Kohus justkui ei olnuks inimväarikuse absoluutsusel põhineva arutluskäigu veenvuses täiesti kindel, vaid märkis **veel lisaks**⁷⁹, et olukorras, kus langetatakse otsus tulistada alla reisilennuk, valitseb mitmes mõttes empiirilisi eeldusi puudutav ebakindlus: pole võimalik eeldada, et alati on olemas „täielik ülevaade faktilistest asjaoludest ja et faktilisi asjaolusid on alati võimalik õigesti hinnata“⁸⁰. Tüüpilisel juhul ei ole (a) täiesti selge, kas reisilennuk on tegelikult terroristide kontrolli all, (b) kas nad kavatsevad kasutada lennukit mingi hoone ründamiseks, ja kui kavatsevad, siis millise hoone ründamiseks ning (c) kas neil on võimalik oma plaan ellu viia jne.⁸¹ Kohus sõnas järgmiseks, et asjaolude sellise ebakindluse korral on **täiesti mõeldamatu** toetada inimväarikuse riivet.⁸² Just seda selgitabki nõue, et mida tõsisem on riive, seda kindlam peab olema selles, et esinevad empiirilised eeldused: kuna inimväarikuse riive on erakordselt tõsine riive, tuleb olla täiesti kindel, et need empiirilised eeldused, millele rajatakse kaalumisosus, esinevad. Lühidalt öeldes saab kohtu täiendavat arutluskäiku kõige paremini mõista kaalumise struktuuride vaates.

2. Hüpotetiliste ja kunstlike juhtumite ebaolulisus

Inimesed, kes õigustavad riiveid, rääkides **absoluutsetest õigustest** nii, nagu neid käsitatakse tulemusele suunatud aruteludes⁸³, võtavad sageli appi hüpotetilised

⁷⁸ Samas, p 119. Terroristide puhul ei ole tegemist nende inimväarikuse riivega ja piirangut, mis riivab nende õigust elule, peetakse õigustatuks, vt samas, p 138–152.

⁷⁹ Samas, p 123.

⁸⁰ Samas.

⁸¹ Kirjeldus selle kohta, kui mitmekesised kõhklused ja tohutu ajasurve vaevaks juhul, kui tuleks langetada otsus, kas lasta alla lennuk, on esitatud samas, p 123–127.

⁸² Samas, p 128.

⁸³ Vt ülalpool VI ptk alaptk A.

The Legal Philosophy of Robert Alexy. Ed. by G. Pavlakos. Oxford: Hart Publishing 2007, lk 342 ja 345. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781472563989.ch-016>; M. Borowski (viide 22), lk 279–280.

⁷⁴ W. Brugger. May Government Ever Use Torture? (viide 58), lk 668.

⁷⁵ Arutluskäigu kohta, mille kohaselt keegi ei saa kindel olla, et arvataval terroristil on olulist teavet ja ta avaldab selle piinamise korral, ning seega ei ole piinamine niisugustel juhtudel kunagi **vajalik**, vt P. Gaeta. May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists? – Journal of International Criminal Justice 2004, Vol. 2, lk 791–792. DOI: <https://doi.org/10.1093/jicj/2.3.785>; F. Jessberger. Good Torture, Bad Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany? – Journal of International Criminal Justice 2005, Vol. 3, lk 1070. DOI: <https://doi.org/10.1093/jicj/mqi076>.

⁷⁶ Saksamaa Liitvabariigi lennuohutuseadus (*Luftsicherheitsgesetz*) on kättesaadav nt Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Bundesamt für Justiz. Gesetze im Internet. Arvutivõrgus: <https://www.gesetze-im-internet.de/index.html> (09.12.2019). – *Tlk*.

⁷⁷ Saksa Liidukonstitutsioonikohus, BVerfGE 115. kd, lk 118.

või kunstlikud juhtumid. Piinamisteemalises arutelus on teada-tuntud näiteks tiksuva pommi stsenaarium, mille puhul terrorist on kusagile pannud pommi ja on ainus, kes suudab selle õigel ajal kahjutuks teha. Faktid esitatakse näites alati nii, et kui terroristi suhtes ei kasutata abinõu, mille me tavaliselt liigitame piinamiseks, hukkab palju inimesi.⁸⁴ Mõte on esitada olukord näites selliselt, et piinamise keeld asuks vastamisi võimalikult kaalukate võistlevate õiguste ja huvidega. Arvatakse, et selle peale küsime retooriliselt: „Kes meist ei toetaks mingit piinamisviisi, kui kaalul on nii paljude inimeste elu?“

Sellistel hüpoteetilistel või kunstlike juhtumitel on tegelike juhtumitega väga vähe pistmist. Kogu empiirilisi eeldusi puudutav ebakindlus hajutatakse lihtsalt järgmiste hüpoteetiliste eeldustega, et terrorist **on päriselt** terrorist, mitte lihtsalt arvatav terrorist; et on **kindel**, et keegi teine ei suuda pommi õigel ajal kahjutuks teha; et on **kindel**, et terrorist avaldab olulist teavet, kui teda veidi piinata; et on **kindel**, et selle teabe abil päästetakse palju inimesi jne.⁸⁵ Neid eeldusi mängu tuues ei muutu olukord näites lihtsamaks, pigem muudetakse sellega fundamentaalselt arutelu ennast. Või nagu ütles Henry Shue hiljuti, et abstraherimine ja idealiseerimine „muudavad hüpoteetilised juhtumid tegelike suhtes ülimuslikuks ja loovad seega hukatuslikult eksitava analoogia, mille alusel teha tegeliku elu kohta järeldusi“⁸⁶. Või tsiteerides üht kolmkümmend aastat vana kirjutist: „[K]unstlike juhtumite najal ei looda head eetikat“⁸⁷ – ja ütlusele tuleks lisada fraas „ega head õigust“.

Piinamisteemalises arutelus on ammu tunnistanud, et empiirilisi eeldusi puudutav kindlus on tähtis. Põhjust aitab selgitada see, et kaalumisel puhul on empiiriliste eelduste esinemise kindluse ja õiguse riive tõsiduse vahel seos. Kuna piinamine on üheks niisuguseks tõsiseks riiveks, peab selle õigustamiseks olema peaaegu täiuslikult kindel selles, et esinevad kõik empiirilised eeldused. See nõutav kindluse määr ei ole tegelikkusega kooskõlas. Lühidalt öeldes on nii, et proportsionaalsusel põhinev kaalumise saab luua teatava absoluutsuse, nimelt suhtelise absoluutsuse.

⁸⁴ Vt nt W. Brugger. May Government Ever Use Torture? (viide 58), lk 662.

⁸⁵ Tiksuva pommi stsenaariumides sisalduvate kunstlike eelduste kohta vt eriti H. Shue. Torture in Dreamland: Disposing of the Ticking Bomb. – Case Western Reserve Journal of International Law 2006, Vol. 37, lk 231–237.

⁸⁶ Samas, lk 231.

⁸⁷ H. Shue. Torture. – Philosophy and Public Affairs 1978, Vol. 7, lk 141.

VIII. Kaalumise absoluutsed piirid

Kas siis kõike saab kaaluda või jookseb kusagilt absoluutse piiri? Mattias Kumm on hiljuti tõstatanud küsimuse, kas proportsionaalsuse analüüs suudab kõikehõlmavalt tabada **poliitilises liberalismis** väljenduvat **õiguste ülimuslikkust**.⁸⁸ Kummi meelest on poliitilisele liberalismile iseloomulikud kolm ideed: täiuslikkusevastasus (*antiperfectionism*), kollektiivsusevastasus (*anticollectivism*) ja tagajärje-eetika vastasus (*anticonsequentialism*).⁸⁹ Keskendun Kummi väitele, mille järgi nõuab **õiguste ülimuslikkus** seda, et õigused ei sõltuks tagajärgedest (*anticonsequential*).⁹⁰ Tagajärje-eetika vastasuses leiab Kummi arvates väljenduse „see põhiline idee, et [...] inimeste isikupuutumatus tingib kitsendusi, mis piiravad tegutsejaid soovitatavate tagajärgede saavutamisel“⁹¹. Kaalutavad õigused piiravad „tegutsejaid, kes püüavad oma tegudega põhjustada soovitavaid tagajärgi“⁹². Kui kaalumisel on üksikisiku õigused kaalukad, piiravad need õigused ametivõime ühe või teise eesmärgi saavutamisel. **Suhteline absoluutsus** kui nähtus osutab meile, et isegi niisugune piirang, mis ei ole tehnilises mõttes rangelt absoluutne, võib siiski olla väga võimas. Seega võib tagajärje-eetika vastase seisukoha arutluskäiku arvesse võtta, kui omistame kaalumisel üksikisiku õigusele kaalu.

Kummi kohaselt kehtivad kaalumisel siiski piirangud, millele ei ole võimalik leida väljendust proportsionaalsuse struktuuris. Oma teesi näitlikustamiseks viitab ta nn trammiprobleemile, mis pärineb 1960. aastate lõpus Philippa Footi kirjutatud esseest.⁹³ See trammiprobleem on pälvinud üksjagu tähelepanu.⁹⁴ Kumm eristab kahte stsenaariumi:

„1. Katkiste piduritega tramm sõidaks viis inimest surnuks, kui kõrvalseisja ei suuna trammi kõrvalrööbastele, samas teades, et tramm sõidaks seal ühe inimese surnuks.

⁸⁸ M. Kumm (viide 6), lk 131.

⁸⁹ Samas, lk 142–164.

⁹⁰ Kummi väidete kohta, mis puudutavad täiuslikkuse- ja kollektiivsusevastasust, vt R. Alexy (viide 73), lk 340–342.

⁹¹ M. Kumm (viide 6), lk 153.

⁹² Samas.

⁹³ P. Foot. Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy. Oxford: Oxford University Press 1978, 2. ptk, lk 23. Viidatud teose 2. ptk sisalduv artikkel ilmus algselt ajakirjas Oxford Review (1967, Vol. 2).

⁹⁴ M. Kumm (viide 6), lk 153 ja seal viidatud allikad.

2. Katkiste piduritega tramm sõidaks viis inimest surnuks, kui kõrvalseisja ei lükka tüsedat meest“ (siit edasi olen võtnud endale vabaduse parafraseerida Kummi öeldut) enda kõrvalt trammi peatamiseks rööbastele. On selge, et tüse mees sellisel juhul hukub.⁹⁵

Kumm väidab, et „laialt levinud arvamuse kohaselt tohib kõrvalseisja esimeses stsenaariumi puhul trammi kõrvalrööbastele ümber suunata [...], kuid teise stsenaariumi puhul tüsedat meest rööbastele lükata ei tohi.“⁹⁶

Olgu alustuseks öeldud, et see on hüpoteetiline või kunstlik stsenaarium, mis ei anna eespool nimetatud põhjustel⁹⁷ meile kuigi palju juhiseid pärisjuhtumite lahendamiseks. Huvitaval kombel tunnistab Philippa Foot oma algses näites, kui oluline on see, kas empiiriliste eelduste esinemise suhtes valitseb kindlus või ebakindlus. Ta kirjutab oma esimese stsenaariumi kohta (vastab Kummi esimesele stsenaariumile), et „päriselus ei saa peaaegu kunagi olla kindel selles, et kõrvalrööbastel seisev mees saab surma, kui tramm sinna juhitakse“⁹⁸. Seevastu ütleb Philippa Foot Kummi teise stsenaariumiga analoogilise stsenaariumi puhul: „Ent kohtunik vajab süütu mehe surma teatud (headel) põhjustel.“⁹⁹ See tähendab, et eri stsenaariumides on asjakohaste empiiriliste eelduste esinemist puudutav kindlus väga erinev, nii et võib-olla ei olegi tarvis muud selgitust selle kohta, miks neid stsenaariume tuleks erinevalt käsitleda. Kui inimestelt küsida nende täiesti kunstlike stsenaariumide kohta, mida nende vaist ütleb, võivad inimesed nende puhul lihtsalt kasutada pärismaailma juhtumite alusel kujunenud vaistlikku tunnetust.

Peale selle on teise stsenaariumi kirjelduses silmapaistev normatiivne mõõde: kellegi trammi ette lükkamine on tabu. Suhtudes teise stsenaariumisse negatiivselt kui esimesse stsenaariumisse, reageerivad inimesed võib olla peamiselt sellele.

⁹⁵ Samas.

⁹⁶ Samas.

⁹⁷ Vt ülalpool VII ptk alaptk B.

⁹⁸ P. Foot (viide 93), lk 23.

⁹⁹ Samas. (See Philippa Footi tsiteeritud lause käib niisuguse stsenaariumi kohta, kus dilemma ees on kohtunik, kes peab otsustama, kas hajutada kogukondadevahelist vaenu sellega, et määrata suvaline süütu inimene surma kuriteo eest, mida ta toime ei pannud. Teine valik on tal mitte teha süüdimõistvat otsust ja lasta jätkuda vaenul, mis toob kaasa rohkemate inimeste surma. – *Tlk*)

Ent Kummi meelest väljendub selles, et stsenaariumidele antakse oletatavasti erinev hinnang, üks teistsugune kaalutus. Esimeses stsenaariumis on ohvri surm **lihtsalt kõrvaltagajärg**, ohver on **võimetustaja** (*disabler*).¹⁰⁰ Seevastu, jätkab Kumm, leiab tüse mees teises stsenaariumis „kasutust **vahendina** viie inimese elu päästmisel“, ta on **võimaldaja** (*enabler*).¹⁰¹ Kumm teeb järelduse, et „ainult võimetustaja nõuete kohta saaks teha proportsionaalsuse analüüsi“, kuid „võimaldaja nõuete puhul on tegevusvõimalused märgatavalt kitsamad“¹⁰².

Isegi kui võimaldaja nõue on võimetustaja nõudest tugevam – ja selle põhjuseks ei oleks asjaolu, et tüüpiliselt on eri stsenaariumides asjakohaste empiiriliste eelduste esinemist puudutav kindlus erinev –, kerkib küsimus, miks peaks **tugevam** tingimata tähendama **absoluutne**. Võimaldaja nõue saaks olla tugevam ka juhul, kui proportsionaalsuse analüüs oleks võimalik nii võimaldaja kui ka võimetu tegija nõuete puhul, ja tugevam nimelt nõndamoodi, et võimaldaja nõudele antakse kaalumisel suurem kaal.

Kummi väide, et on täiesti keelatud kasutada teisi vahendina mingi eesmärgi saavutamisel, tuleb meelde Kanti imperatiivi teoses „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“. Loomulikult on siin üks määrav erinevus. Kanti kohaselt ei tohi ennast ega teist kohelda **pelga** vahendina eesmärgi saavutamisel: „Talita nõnda, et sa inimkonnasse nii oma isiku kui ka ükaskõik millise teise isiku puhul suhtuksid alati kui eesmärgi ja mitte kunagi kui ainuüksi vahendisse.“¹⁰³ Saksa Liidukonstitutsioonikohus kasutas Kanti eesmärgiimperatiivi, kui tõlgendas Saksa põhiseaduse artikli 1 lõikes 1 sätestatud inimväärikust kitsas mõttes absoluutse õigusena.¹⁰⁴ See imperatiiv on siiski kõigest üks element inimväärikuse keerukas tõlgenduses ja kommentaatorid on märkinud, et imperatiiv üksinda annab harva vastuse.¹⁰⁵ Muidugi ei ole selle essee eesmärgiks analüüsida, kuidas Saksa Liidukonstitutsioonikohus on kasutanud Kanti imperatiivi oma

¹⁰⁰ M. Kumm (viide 6), lk 154 (tsitaadis sisalduv fraasi rõhutus pärineb Kummit).

¹⁰¹ Samas (tsitaadis sisalduv fraasi rõhutus pärineb Kummit).

¹⁰² Samas. Kumm jätkab: „Kedagi ei saa sundida kangelaseks ja teiste eest oma elu ohvriks tooma.“ Kui keegi tema tahte vastaselt ohverdatakse, ei ole ta mitte kangelane, vaid ohver. Selles mõttes ei ole need kaks stsenaariumi erinevad. Tüse mees oleks kangelane ainult juhul, kui ta ise otsustaks viie inimese päästmiseks rööbastele hüpata.

¹⁰³ I. Kant. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten [1785]. (Tsitaadi tõlge pärineb teosest S. Blackburn. Oxfordi filosoofialeksikon. Tlk M. Väljataga ja B. Mölder. Vagabund 2002. – *Tlk*)

¹⁰⁴ N. Teifke. Das Prinzip Menschenwürde. Tübingen: Mohr Siebeck 2011, lk 9–15 koos viidetega kohtupraktikale.

¹⁰⁵ Vt eriti H. Dreier (viide 53), lk 167–168.

kohtupraktikas. Piisab, kui öelda, et see ei ole sugugi enesestmõistetav, et Kanti poolt moraalifilosoofias väljaarendatud imperatiiv moodustab kitsas mõttes absoluutse põhiõiguse selgroo. Võib öelda näiteks, et seni, kuni üksikisiku huve kaalumisel kohaselt arvestatakse, ei kasutata teda **pelga** vahendina eesmärgi saavutamisel – seda isegi juhul, kui inimest kasutatakse ühes või teises mõttes eesmärgi saavutamise vahendina. Kokkuvõtteks võib öelda, et ei ole sugugi selge see, et keeld kasutada teisi inimesi vahendina eesmärgi saavutamisel määrab ära kaalumise absoluutse piiri.

IX. Tagasi Gäfgeni juhtumi juurde

Suhtelise absoluutsuse idee usutavuse näitlikustamiseks tasub tagasi tulla Gäfgeni juhtumi juurde. Mis muutub sellest, kui võrdleme absoluutsuse suhtelisena käsitamist absoluutsete õiguste traditsioonilise käsitusega? Kooskõlas traditsioonilise käsituse ja EIK kohtupraktikaga rõhutab EIK suurkoda EIÕK artiklis 3 sisalduva piinamiskeelu absoluutsust ja välistab sõnaselgelt igasuguse **huvide kaalumise**.¹⁰⁶ Ent kas proportsionaalsust kasutades jõutaks juhtumi puhul teistsuguse lahenduseni? Kas asjaolu, et lapse elu oli arvatavasti ohus, õigustab Gäfgenile osaks saanud kohtlemist? See on usutav mõttekäik, et Gäfgenile osaks saanud kohtlemise puhul oli tegemist EIÕK artiklis 3 sätestatud õiguse riivega. Ta oli vahi all ja käeraudades, mis kujutab endast „erilise haavatavuse ja piiratud seisundit“¹⁰⁷. Niisuguses olukorras ähvardati teda väljakannatamatu valuga, kui ta ei avalda kadunud poisi asukohta. EIK suurkoja sõnade kohaselt „tuleb asuda seisukohale, et need tõelised ja vahetud ähvardused, mida kaebuse esitaja pidi taluma ülekuulamise ajal ja mille kohaselt talle pidi peatselt osaks saama sihilik väärkohtlemine, põhjustasid talle palju hirmu, ängistust ja vaimseid kannatusi“¹⁰⁸. Kahtlemata riivati väga tõsiselt tema õigust olla vaba niisugusest väärkohtlemisest.¹⁰⁹ Vastutav politseiametnik Daschner tegutses eesmärgiga päästa kadunud poisi elu. Põhimõtteliselt oli EIÕK artiklis 2 sätestatud poisi õigus elule piirangupõhjendus, millega õigustati Gäfgeni õiguse riivet. Poisi elu päästmine on legitiimne eesmärk. Probleemid ilmnevad juba proportsionaalsuse analüüsi sellel

astmel, kus tegeletakse sobivuse hindamisega, sest piinamise või ebainimliku kohtlemise teel saadud ülestunnistuste usaldusväärsuses tuleb kahelda. Vajalikkuse hindamise astmel kerkib esile ka küsimus, kas oli abinõusid, mis riivanuks Gäfgeni õigust vähem. Võime siiski eeldada, et Gäfgeni kohtlemine edendas vähemalt mingil määral poisi elu päästmise eesmärki ja puudus võrreldavalt tõhus alternatiivne teguviis. Selle juhtumi puhul on kaalumise otsustav. Gäfgenile kuuluvat EIÕK artiklis 3 sätestatud õigust mitte langeda ebainimliku kohtlemise osaliseks riivati väga tõsiselt ja riive negatiivsetes tagajärgedes võis olla täiesti kindel. Niisuguse riive lubamatuse eelduse saab ümber lükata, kui esinevad erakordsed piirangupõhjendused. Sisulisest küljest vaadatuna on lapse elu hindamatu väärtusega. Siiski ei olnud sugugi kindel, et Gäfgeni piinamine päästab poisi elu. Politseiametnikud ei saanud olla täiesti kindlad selles, et vahi all on õige mees. Nad ei saanud kindlad olla ei selles, et Gäfgen teadis, kus poiss peidus on, ega mitte ka selles, et poiss on ikka veel elus. Kogu seda empiirilisi eeldusi puudutavat ebakindlust arvestades tundub, et Daschneri tegu oli kantud meeletusest ega põhinenud mõistlikul empiirilisel alusel. See kallutab kaalukaasi otsustavalt kombel Gäfgeni ja tema EIÕK artiklis 3 sätestatud õiguse kasuks. Selle alusel võib teha üldistuse. Kui võistlevad kaks eriti tähtsat sisulist huvi – nagu näiteks ühel pool ellujäämine ja teisel pool huvi mitte olla piinatud ega ebainimlikult või alandavalt koheldud –, määrab kaalumise tulemus see, kui kindlad ollakse empiiriliste eelduste esinemises. Et piinamine ning ebainimlik ja alandav kohtlemine põhjustavad täiesti kindlalt negatiivseid tagajärgi, on vaevalt võimalik ette kujutada olukorda, kus mõni teine õigus kaalub EIÕK artiklis 3 sätestatud õiguse üles.

X. Proportsionaalsuse ja õiguse piiramise lahutamine

Lõpuks oleme silmitsi küsimusega, kas absoluutsete ja suhteliste õiguste arutelu võiks kompromissi saavutada, kui lahutada proportsionaalsus õiguse piiramisest. Sai juba öeldud, et tüüpiliste piiratud õiguste kohaldamisel toimub proportsionaalsuse analüüs riive õigustamise astmel, st siis, kui otsustatakse õiguse piiramise küsimust.¹¹⁰ Võiks siiski tekkida mõte kasutada proportsionaalsust mujal põhiõigustele tuginevate nõuete hindamise skeemis kriteeriumina selle otsustamisel, kas üldse on tegemist õiguse riivega. Kas nii tekib meil absoluutne

¹⁰⁶ EIKo 01.06.2010, 22978/05, *Gäfgen vs. Saksamaa*, p 107.

¹⁰⁷ Samas, p 95.

¹⁰⁸ Samas, p 103.

¹⁰⁹ Samas, p 108.

¹¹⁰ Vt ülalpool II ptk.

õigus – absoluutne seepärast, et piiramatu –, mille suhtes saab teha proportsionaalsuse analüüsi? Vastus on eitav. Niisugune lahendus erineb üksnes selle poolest, et õiguse piiramine on ära peidetud.

Seda, et proportsionaalsuse ja õiguse piiramise lahutamine võib olla enam kui teoreetiline konstruktsioon, saab näitlikustada EIK ja Saksa Liidukonstitutsioonikohtu kohtupraktika abil. Seejärel analüüsime seisukoha struktuurseid tunnuseid, võttes appi Robert Alexy rekonstruktsiooni Saksa põhiseaduse artikli 1 lõikes 1 sätestatud inimväärikusest.

A. EIÕK artiklis 3 sisalduva õiguse suhtelisus EIK kohtupraktikas

Sai juba mainitud, et kitsas mõttes absoluutsete õiguste ulatuse määramises seisnebki nende õiguste hindamise kogu probleem ja et ulatust kaldutakse määrama kitsalt.¹¹¹ Nõnda ei ole üllatav, et EIÕK artiklis 3 sätestatud õiguse riive esineb ainult üksikisiku ranga väärkohtlemise korral. Kohtuasjas Iiri Vabariik Ühendkuningriigi vastu arvas EIK, et riive tõsidus on **suhteline**: „See, kust maalt alates on tegemist tõsise riivega, on kõiki asjaolusid arvestades **suhteline** [tegemist on artikli autori rõhutusega – *tlk*]: see, kas on tegemist tõsise riivega, sõltub kõigest juhtumi asjaoludest nagu kohtlemise kestus, kohtlemise mõju inimese füüsilisele ja vaimsele seisundile ning mingitel juhtudel ka kohtlemise ohvri sugu, vanus ja tervislik seisund jne.“¹¹² Kohus on seda reeglit arvukates juhtumites uuesti kasutanud.¹¹³ **Absoluutse ja suhtelise** dihhotoomia taustal on pakutud, et sõna „suhteline“ tuleks mõista nii, et see viitab kaalumisele. Seda seisukohta tundub kinnitavat otsus Soeringi kohtuasjas, kus EIK ütles: „See, mida tuleb pidada **ebainimlikuks või alandavaks kohtlemiseks või karistamiseks**, sõltub kõikidest juhtumi asjaoludest“¹¹⁴, kui viidata otsuses lõigule, kus kasutatakse suhtelisuse valemite. Kohus jätkab: „Pealegi on tervele inimõiguste konventsioonile olemuslikult omane püüde leida õiglane tasakaal selle vahel, mida nõuavad

ühiskonna üldised huvid, ja selle vahel, mida on vaja üksikisiku fundamentaalsete õiguste kaitseks.“¹¹⁵ Seevastu ütles EIK hiljem Chahali kohtuasjas: „Neist märkustest, mida kohus on teinud väljasaatmise aluste õonestamise ohu kohta sama otsuse [Soeringu kohtuasja otsuse] punktis 89, ei tohiks järeldada seda, et olukorras, kus tuleb otsustada, kas riigil lasuvad kohustused artikli 3 alusel, on üldse võimalik seada väärkohtlemise ohtu kaalukausile vastamisi väljaandmise alustega.“¹¹⁶

Seda seisukohta väljendati veel jõulisemalt Saadi kohtuasjas, kus leiti, et „**on ekslik** [tegemist on artikli autori rõhutusega – *tlk*] seada kahjuoht, millesse inimene päritoluriiki tagasi saatmise korral satub, vastamisi kaalukausile selle ohuga, mida inimene asukohariiki jäämise korral sealsele ühiskonnale endast kujutab“¹¹⁷. Gäfgeni kohtuotsusest saame isegi lugeda, et „filosoofiline alus, millel põhineb artiklis 3 sätestatud õiguse absoluutsus, ei luba teha mingeid erandeid, võtta arvesse õigustavaid tegureid ega kaaluda huve [...]“¹¹⁸. Kommentaatorid jagunevad kahte leeri. Kui ühed leiavad, et jutt õiguse ulatuse **suhtelisusest** on viide kaalumisele,¹¹⁹ siis teised on olnud selle tõlgenduse vastu.¹²⁰

EIK kohtupraktika täieliku analüüsi esitamine ei ole siiski essee eesmärk. Piisab, kui öelda, et järgmised kaks rekonstruktsiooni on väga tähtsad. Esimeses kasutab kohus proportsionaalsusel põhinevat kaalumist, otsustamaks, kas EIÕK artiklis sätestatud õigust on riivatud. See tähendab, et otsustamaks seda, kas riive tõsiduse künnis on ületatud, tuleb hinnata, missuguse kaaluga on võistlevad õigused või huvid. Esimese rekonstruktsiooni kohaselt on EIÕK artiklis 3 sätestatud õigus selles mõttes absoluutne, et seda ei või selge sõnaga piirata, kuid siiski selles mõttes suhteline, et proportsionaalsuse analüüs moodustab õigusele tugineva nõude hindamise osa. Teise rekonstruktsiooni puhul ei kasuta kohus EIÕK artikli 3 kohaldamisel proportsionaalsusel põhinevat kaalumist ei kriteeriumina otsustamiseks, kas õigust võib piirata, ega otsustamiseks, kas õigust on riivatud. EIÕK artikkel 3 on igas mõttes absoluutne: selles sätestatud õigust

¹¹¹ Vt ülalpool IV ptk alaptk C.

¹¹² EIKo 18.01.1978, 5310/71, *Iiri Vabariik vs. Ühendkuningriik*, p 162.

¹¹³ Vt eriti EIKo 25.04.1978, 5856/72, *Tyrer vs. Ühendkuningriik*, p 30; EIKo 07.07.1989, 14038/88, *Soering vs. Ühendkuningriik*, p 100; EIKo 24.04.1998, 23184/94 ja 23185/94, *Selçuk ja Asker vs. Türgi*, p 76; EIKo 09.06.1998, 22496/93, *Tekin vs. Türgi*, p 52; EIKo 28.07.1999, 25803/94, *Selmouni vs. Prantsusmaa*, p 100; EIKo 03.04.2001, 27229/95, *Keenan vs. Ühendkuningriik*, p 109; EIKo 24.07.2001, 44558/98, *Valašinas vs. Leedu*, p 101; EIKo 10.12.2009, 43707/07, *Koktysh vs. Ukraina*, p 88; EIKo 10.05.2011, 28847/08, *Gladović vs. Horvaatia*, p 34.

¹¹⁴ EIKo 07.07.1989, 14038/88, *Soering vs. Ühendkuningriik*, p 89.

¹¹⁵ Samas.

¹¹⁶ EIKo 15.11.1996, 22414/93, *Chahal vs. Ühendkuningriik*, p 81.

¹¹⁷ EIKo 28.02.2008, 37201/06, *Saadi vs. Itaalia*, p 139.

¹¹⁸ EIKo 01.06.2010, 22978/05, *Gäfgen vs. Saksamaa*, p 107.

¹¹⁹ Vt nt J. McBride (viide 44), lk 28. Vt ka R. Bank. Das Verbot von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe. – EMRK/GG. Konkordanzkommentar. Hrsg. von R. Grote, T. Marauhn. Tübingen: Mohr Siebeck 2006, lk 529–532.

¹²⁰ Vt nt S. Palmer (viide 32), lk 439; D. J. Harris *et al.* (viide 3), lk 111.

ei saa piirata ja selle puhul ei saa rakendada proportsionaalsust. Nn suhtelisuse valem sobib kokku mõlema tõlgendusega. See, kumb rekonstruktsioon on õige, sõltub sellest, kuidas valemit rakendatakse. Soeringu kohtuotsus osutab esimesele rekonstruktsioonile, Chahali kohtuotsus teisele. Kohtu seisukoht Gäfgeni kohtuasjas ei ole selge. Gäfgeni kohtuotsuses esitatud on võimalik mõista nii, et selle kohaselt on kaalumise üldse välistatud. Aga ka nii, et välistatud on üksnes proportsionaalsuse kui riive õigustamise kriteeriumi kohaldamiseks tehtav huvide kaalumise, sest **huvide kaalumist** mainitakse kohtuotsuses **erandite tegemise ja õigustavate tegurite** arvesse võtmisega koos.¹²¹ Viimasel juhul on proportsionaalsust ikka võimalik kasutada kriteeriumina selle otsustamisel, kas õigust on riivatud. Mõistagi ei ole lihtne väita, et EIK seab riive tõsiduse võistlevate õiguste ja huvide vastu kaalukaasile, kui ta rõhutas Chahali kohtuasjas, et ta seda ei tee. Igal juhul on raske ette kujutada, et Euroopa Inimõiguste Kohut ei huvita EIÖK artiklile 3 tuginevate nõuete hindamisel üldse võistlevad õigused ja huvid, ning see asjaolu viib meid mõnes mõttes esimese rekonstruktsiooni juurde.

Huvitava kombel on Saksa Liidukonstitutsioonikohtu kohtupraktika ka inimväärikuse **absoluutsuse** küsimuses kahesugune. Kohtuotsused põhinevad kahel erisugusel arutluskäigul: on otsused, milles rõhutatakse õiguse absoluutsust ja välistatakse selge sõnaga proportsionaalsuse analüüs, ning on teistsugused otsused, kus lahenduses võib täheldada kaalumise struktuure.¹²² Kommentaatorite seas on toetust kaotamas üldiselt tunnustatud seisukoht, et inimväärikus on kitsas mõttes absoluutne õigus, ja kanda kinnitamas mõte kaalumise inimväärikusele tuginevate nõuete hindamisel.¹²³

B. Alexy loodud inimväärikuse mudel – implitsiitne proportsionaalsuse analüüs

Püüdes lepitada Saksa Liidukonstitutsioonikohtu praktikas ilmnevaid suundi – absoluutsust toetavat suunda suhtelisust toetava suunaga –, teeb Robert Alexy vahet kahel inimväärikuse komponendil: **inimväärikuse põhimõttel** ja **inimväärikuse reeglil**.¹²⁴ Ta rõhutab, et „inimväärikuse mõiste on semantiliselt avatud“¹²⁵. Inimväärikuse reegel määrab lahendatavas juhtumis otsustavalt, mis-suguse kaitse annab Saksa põhiseaduse artikli 1 lõige 1. Inimväärikuse põhimõtte on inimväärikuse reegli selgrooks ja see põhimõtte seatakse võistlevate õiguste või huvide vastu kaalukaasile. Inimväärikuse reegel saadakse kaalumise tulemusel: „Inimväärikuse reegli sisu määrab see, kas kaalumisel kaldub kaalukaas inimväärikuse põhimõtte või teiste võistlevate põhimõtete poole.“¹²⁶ Alexy printsipiiteooria kohaselt tuleb põhimõtete kohaldamisel paratamatult teha proportsionaalsuse analüüs: „Põhimõtete olemus tingib proportsionaalsuse põhimõtte.“¹²⁷ Alexy lausub kokkuvõtteks, et tema rekonstruktsiooni eeliseks on see, et „ühest küljest ei ole inimväärikuse põhiseadusnormi vaja tõlgendada nii, justkui selles sisalduks piiranguklausel, kuid teisest küljest saab inimväärikuse põhimõtet ikka seada teiste põhiseaduslike põhimõtete vastu kaalukaasile“¹²⁸. Lühidalt öelduna on proportsionaalsuse analüüs võimalik, ilma et sellega kaasneks õiguse piiramine.

Implitsiitse proportsionaalsuse analüüsi mudeli kasutamine inimväärikusele tuginevate nõuete hindamisel muudab Saksa põhiseaduse artikli 1 lõike 1 mõnes mõttes absoluutseks, st et kui on välja selgitatud inimväärikuse reegel, ei ole enam võimalik ükski erand või õigustus ega kaalumise. Mudelis käsitatakse inimväärikust siiski niivõrd suhtelisena, kuivõrd inimväärikuse põhimõtet saab proportsionaalsusest lähtudes kaaluda. Kui Alexy leiab, et implitsiitset proportsionaalsuse analüüsist tõuseb **tulu**, siis võib küsida, miks sellest analüüsist ei võiks peale inimväärikuse tulu tõusta ka kõigile põhiseaduslikele õigustele. Pöördudes tagasi essee alguses esitatud Johni juhtumi juurde¹²⁹, milles Johnil keelati

¹²¹ EIKo 01.06.2010, 22978/05, *Gäfgen vs. Saksamaa*, p 107.

¹²² M. Borowski (viide 22), lk 273–278 koos seal viidatud allikatega; N. Teifke (viide 104), lk 15–32; M. Baldus. Menschenwürdegarantie und Absolutheitsthese. – Archiv des öffentlichen Rechts 2011, Vol. 136, lk 536–540. DOI: <https://doi.org/10.1628/000389111798369762>.

¹²³ Hiljutine artikkel mõjukas põhiseaduse kommenteeritud väljaandes annab tunnistust sellest suundumusest, vt M. Herdegen (viide 57), lk 32–36. Vt ka M. Baldus (viide 122), lk 548–550 koos seal viidatud allikatega.

¹²⁴ R. Alexy (viide 6), lk 62–64.

¹²⁵ Samas, lk 64, allmärkus nr 69.

¹²⁶ Samas, lk 64.

¹²⁷ Samas, lk 66.

¹²⁸ Samas, lk 64, allmärkus nr 69.

¹²⁹ Vt ülalpool II ptk.

pandeemiaohu tõttu usutalitustest osa võtta, võiksime küsida, kas tuleks vahet teha usuvabaduse põhimõttel ja usuvabaduse reeglil, arvestades, et usuvabaduse reegel on absoluutne. Usuvabaduse põhimõtet tuleb kaaluda juhtumis esinevate võistlevate põhimõtete suhtes ja Johni juhtumis on võistlevaks põhimõtteks rahvatervise kaitse. Rahvatervis kaalub üles usuvabaduse, nii et Johnil ei ole lõplikku õigust (*definitive right*) võtta osa usutalitustest. Mille poolest erineb see implitsiitsel proportsionaalsuse analüüsil põhinev rekonstruktsioon piiratavate õiguste standardmudelil põhinevast rekonstruktsioonist?¹³⁰

On oluline mõista, et proportsionaalsuse kasutamine õiguste suhtes on mõlemal juhul täpselt ühesugune. *Prima facie* õigust (ehk siis põhimõtet) kaalutakse võistlevate õiguste ja huvide suhtes ning kaalumise tulemusel selgub lõplik õigus. Rekonstruktsioonide ainus vahe seisneb selles, et piiratavate õiguste standardmudel keskendub *prima facie* õigusele ja riivete õigustamisele, ent Alexy loodud inimväärikuse rekonstruktsioon – implitsiitses proportsionaalsuse analüüsis – seatakse lõplik õigus kõige keskmesse. Võiks öelda, et kui kohtunikud kasutaksid Alexy inimväärikuse mudelit, oleks vähem ilmne, et nad tegelevad proportsionaalsusel põhineva kaalumise ja asja veel teravamaks ajades võib küsida, kas sellest tõuseb mingit tulu, kui varjata, et põhiõigustele tuginevate nõuete hindamisel tehakse proportsionaalsuse analüüsi. Kui arvestada, et proportsionaalsusel põhineva kaalumise suureks eeliseks peetakse seda, et analüüs heidab valgust asjakohastele eeldustele ja eriti sellele, kuidas õigustatakse võistlevate põhimõtete kaalu,¹³¹ tuleks küsimusele vastata eitavalt.

Formaalsed kriteeriumid nagu seaduses sisalduv piiranguklausel on veel üks tahk, mida ei tohiks kahe silma vahele jätta. Alexy poolt inimväärikuse kohta koostatud implitsiitse proportsionaalsuse analüüsi mudelis puuduvad formaalsed kriteeriumid. See tähendab, et ei täidesaatev ega kohtuvõim ei vaja mingit eelnevat seadusest tulenevat volitust, otsustamiseks, et mingis juhtumis jääb inimväärikuse põhimõte muule alla. Kui tüüpiliste piiratavate õiguste, näiteks EIÕK artiklites 8–11 sätestatud õiguste puhul on nõutav, et volitus nende piiramiseks oleks seaduses ette nähtud, siis miks ei ole see nõutav niisuguste **absoluutsete õiguste** puhul nagu inimväärikus või EIÕK artiklis 3 sätestatud õigus, millele on iseloomulik märgatavalt suurem abstraktne kaal. Nii et Alexy mudelit kasutades tuleks nimetatud formaalset kriteeriumi pidada mudeli osaks. Kui nõnda teha,

muutuvad piiratavate õiguste standardmudeli ja Alexy mudeli struktuursed sarnasused veelgi ilmsemaks.

Kokkuvõtteks tuleb tõdeda, et proportsionaalsuse ja õiguse piiramise lahutamine ei anna uut põhiõiguste struktuurset mudelit. Põhiõiguste standardmudeliga võrreldes on Alexy mudeli peamine iseärasus see, et *prima facie* õiguse piiramist pigem varjatakse, kui tunnistatakse seda sõnaselgelt. Et proportsionaalsuse analüüsi oluline eelis seisneb selles, et analüüs toob esile kaalumise ja kaalumisel tehtavad arutluskäigud, võiks implitsiitselt proportsionaalsuse analüüsist tingitud fookuse nihet pidada parimal juhul kahetsusväärseks.

XI. Kokkuvõte

Kas on vale kasutada proportsionaalsuse analüüsi niisuguste absoluutsete õiguste kohaldamisel nagu EIÕK artiklis 3 sisalduv õigus? On häid põhjusi vastata eitavalt. Tegelikult saab neid juhtumite lahendusi, mida enamik meist peab õigeks, paremini rekonstrueerida kaalumise võtmes. See, kui tähtis on kaalumise puhul empiirilistes eelduste kindluse küsimus, seletab, miks hüpoteetilistest või kunstlikest stsenaariumidest on meil pärisjuhtumite lahendamisel väga vähe abi.

¹³⁰ Standardmudeli kohta vt ülalpool II ptk.

¹³¹ Vt ülalpool II ptk.

L. Mälksoo. 75 aastat hiljem: Jaan Kross ja tema pooleli jäänud kandidaaditöö „Rahvusvahelise lepingu mõistest“. – Riigiõiguse aastaraamat 1/2020, lk 294–304

75 aastat hiljem: Jaan Kross ja tema pooleli jäänud kandidaaditöö „Rahvusvahelise lepingu mõistest“

LAURI MÄLKSOO

Kokkuvõte. Artikkel juhatab sisse kandidaaditöö „Rahvusvahelise lepingu mõistest“, mis Jaan Krossil vahistamise ja Siberisse saatmise tõttu 1946. aastal Tartu Riikliku Ülikooli õigusteaduskonnas kaitsmata jäi ja mille tekst siinses aastaraamatus esimest korda avalikkusele kättesaadavaks tehakse. Võetakse arutusele Krossi teadusliku käsitluse eripärad (tugev toetumine õigusdogmaatikale, loogikale ja juriidiliste mõistete sisustamisele) ja vaadeldakse ka toonase „kodanliku“ ning marksistliku rahvusvahelise õigusteaduse käsituste erinevusi. Avatakse ka 1941. aasta Saksa okupatsiooni ajal hukatud professor Artur-Tõeleid Kliimanni mõju Krossi juriidilisele mõtlemisele siin toodud töö kontekstis.

Märksõnad: Jaan Kross, rahvusvaheline leping, rahvusvaheline õigus, Nõukogude õigusteadus, Artur-Tõeleid Kliimann

1. Sissejuhatus

On sümboolne ja omamoodi ka liigutav, et saame esimeses riigiõiguse aastaraamatus ära trükkida Jaan Krossi (1920–2007) Tartu Riikliku Ülikooli õigusteaduskonnas 1946. aastal pooleli jäänud kandidaaditöö „Rahvusvahelise lepingu mõistest“ käsikirja. Käsikiri avaldatakse seega siinkohal 75 aastat hiljem võrreldes ajaga, kui ta oleks eeldatavasti võinud kaitsmisele minna ja Nõukogude võimul poleks Jaan Krossiga tekkinud teistsuguseid plaane.

Oma juuraõpingutest Tartu Ülikooli õigusteaduskonnas aastatel 1938–1944 on Jaan Kross teatavasti kirjutanud kaasahaarava romaani „Mesmeri ring“.¹ Saksa okupatsiooni lõpul Kross vahistati poliitilise tegevuse eest. Teise maailmasõja ajal paljud Tartu Ülikooli õigusteaduskonna õppejõud kas vahistati, hukkusid või

¹ J. Kross. Mesmeri ring. Tallinn: Kupar 1995.

põgenesid välismaale, mistõttu teaduskonda tuli sisuliselt hakata uuesti komplekteerima. Nõukogude okupatsioonivõimu naastes tekkis Krossil lühikeseks ajaks võimalus hakata õigusteaduskonnas õpetama konstitutsiooniõigust ja rahvusvahelist õigust. Ühtlasi hakkas ta kirjutama oma kandidaaditööd.

2. Jaan Krossi pooleli jäänud kandidaaditöö lugu tema enda mälestustes

Kaitsmata jäänud kandidaaditöö loo on oma mälestusteraamatus ära rääkinud Jaan Kross ise, kellele annamegi siinkohal pikemalt sõna:

„Alates 1944-nda aasta sügisest püüdsin taas tegelda oma esialgse põhitööga, see on kandidaaditöö kirjutamisega teemal r a h v u s v a h e l i s e l e p i n g u m õ i s t e .

Mulle paistis, et eestikeelne rahvusvahelis-õiguslik kirjandus ei sisalda ses küsimuses piisavalt ülevaatlikku kokkuvõtet. Tegelikult olin juba hakanud tajuma, et rahvusvaheline õigus on Balti riikide suhtes, ehk ütleme konkreetset – Eesti suhtes, nähtavasti liitlaste ja Nõukogude Liidu vaheliste lepingutega likvideeritud. Rahvusvahelise õiguse ajastu, olgu see ka minevikus olnud kui suhteline tahes, on lähemaiks või ka kaugemaiks aegadeks asendunud mingite saladiplomaatilise hüperkrüptia aegadega. Selle süveneva veendumuse kõrval esines, vähemalt minul isiklikult, veel piisavalt kahtlusi, piisavalt hetki, kus uskusin: aga äkitselt ei ole nii? Äkitselt tullakse liitlaste poolel siiski veel välja argumentidega sõdadevahelise Euroopa kaitseks? Äkki pole me veel lõplikult ja lootusetult reedetud? Aga salajane veendumus, et me nimelt oleme, süvenes üha, eriti selle taustal, kuidas meie ajakirjandus valgustas Jalta konverentsi kulgu. Selle tõttu võiks tunnistada: kogu mu huvi rahvusvahelise lepingu mõiste vastu oli tegelikult – mäng. Mäng, mille põhjuseks oli parema mängu puudumine. Ja lootus, et seda mängu mängides on vähemalt esialgu (ja edaspidi võibolla üleüldse) võimalik oma elu ära elada. Kui mu pretensioonid piirduksid rangelt üksnes akadeemiliste raamidega ega väljuks hetkekski poliitikasse – võibolla lubataks mul nõukogude võimu poolt e k s i s t e e r i d a ?

Selles lootuses, aga muidugi mitte ilma tõsise huvita asja enese vastu, võtsin endale lisaülesande kirjutada uurimus rahvusvahelise

kollektiivjulgeoleku printsiibi esimestest avaldustest. Mulle sattus Tartu ülikooli raamatukogus kätte üks esimesi sellesuunalisi katsetusi, leping, mille omavahel, tollal muidugi T ü r g i hädaohu tõrjumiseks, sõlmisid noor Hispaania kuningas Karl Esimene, kes sai edaspidi tuntuks Saksa Rahvuse Püha Rooma Riigi keisri Karl Viiendana, Inglise kuningas Henry Kaheksas, Prantsuse kuningas François Esimene ja paavst Leo Kümnes. Muuseas veendusin varsti, et mu enda teadmised võimaldavad selle teksti tõlkimist ladina keelest eesti keelde ainult asja kohutavalt aeglustaval moel. Sedamööda hakkasin otsima Tartust teksti võimalikku tõlkijat. Kuni selgus, et kõnesse-tulevad filoloogid, Lalla Gross ja teised, keeldusid. Neile sisaldas tekst liiga palju juriidilisi lisaprobleeme. Nii et varem-hiljem ja tegelikult üsna pea pöördusin Uku Masingu poole ettepanekuga tõlkida kuningate ja paavsti leping. Ja tema tegi selle töö ära ühe nädala jooksul – kusjuures see oli umbes trükipoogna-mahuline tekst. Muide olen hiljem kasutanud Masingu-kogemust romaanis „Väljakaevamised”. Professor Lepisto ja piiskop Andreas Sunonise järelt leitud käsikiri pakuvad selle kogemuse kasutamiseks ju otse ideaalse raamistuse. Minu visiit Masingu juurde oli kõigis nüanssides tegelikku- sest maha kirjutatud ja erines sellest ainult ühes: selle objektiks ja Masingu tõlketöö tulemuseks polnud Sunonise käsikirja, vaid kuningate lepingu tõlge.²

Krossi 1990. aastal ilmunud romaanis „Väljakaevamised“, millele ta mälestuste- raamatus viitab, mõtiskleb Siberist sundasumiselt naasnud minajatustaja Peeter Mirk järgmist, assotsieerudes kõigepealt oma vana mustast nahast portfelliga:

„Isa oli kinkinud mulle selle portfelli mingi õpilastevahelise kirjandus- võitluse võitmise puhul viimases keskkooliklassis. Väike hõbedane monogramm P.M. oli tal sel ajal küljes. Ja ma olin kandnud temaga viimased keskkoolikuud õpikuid ja vihke kooli ja kodu vahet, ja siis konsepte oma tudengitubade ja ülikooli vahet, ja siis oma luuletuste käsikirju kodu ja varjendi vahet. Ja siis oma poolikut kandidaaditööd Tähtvere ja kateedri vahet – „Inimõigused ja konstitutsionaalne ning rahvusvaheline õigus“ – Tol viimasel hommikul, jaanuaris 46, tulin

² J. Kross. Kallid kaasteelised. Tallinn: Eesti Keele Sihtasutus 2003, lk 168–170.

kella kaheksa ajal kateedrisse, sest meie eeslinnatänavas polnud sel hommikul elektrit, aga kateedris oli see muidugi olemas. Panin oma töö, sada valmis masinakirjalehekülge, kuhu veel umbes viiskümmend lisa tuli kirjutada, portfelist kirjutuslauale. Selle ümber ladusin virnadesse vajalikud väljakirjutused ja kartoteegikaardid, lõin sajanda või saja- esimese masinakirjalehekülje lahti – et silmside seal pooleli oleva mõttega oleks olemas – ja asusin visandama järgmist lehekülge. Olin selle esimese mustandredaktsiooniga – tänu hommikuvärskusele – täiesti valmis, kui uksele koputati. See oli oodatav tudeng, kes pidi tulema kell kümme rahvusvahelise õiguse eksamile. Tõmmu väike poiss võttis teisel pool lauda istet ja tunni aja pärast oli asi ühel pool. Kirjutasin talle tema „väga hea“ õppemärkmikusse ja eksamiprotokoll. Poiss tõusis laua tagant ja me surusime kätt ning ta läks kergendusest õhetades minema – üks öeldavasti seitsmekümnest tuhandest Levinist ja üks neist öeldavasti neljast tuhandest, kelle ideaaliks oli advokatuur.³ Ja kuna seks kellaajaks oli ka Tähtveres valgus piisavalt, olgugi et Moskva aeg meid päikeseaja suhtes tunni võrra nõokis, toppisin oma töö ja selle abimaterjalid uuesti portfelli, luuletuste, loengutekstide ja kõige muu juurde, ning kõndisin koju.

Kõndisin Gustav Adolphi mäest üles – sel ajal polnud Viktor Kingis- sepp Gustav Adolfit veel maja- ja plangunurkadelt erru läkitanud. Ma mäletan: varblased vuristasid kõnniteede serva kuhjatud jäätanud hangede kohal, mõni neist siutsus ka – ja ma mõtlesin: aga kevad on ju veel n i i kuramuse kaugel. Katoliku kiriku juures möödusin kirjute verandaakendega majast, kuhu oli majutunud kasakast ratsaväekindral. Sügisel oli kindrali tentsik köietanud kiriku kõrval pargimurul kindrali ratsut ja ma olin paar korda näinud kindral Põdra või nüüd siis marssal Budjonnoi vuntsidega kindralit, sinised punaste lampassidega ratsapüksid jalas, särgiväel ja karvane rind särgikaelusest paistmas, ajavat hobusega juttu, kord isegi veel nii külma ilmaga, särgikaelus ikka vööni lahti, et kindrali jutt oli hobuse kõrva ümber kui valge aurupily.

Just selle maja ja kiriku vahel, valgel tühjal kiilasjääs tänaval, astusid kaks erariides meest mulle juurde: „Oružije jest?”⁴

³ Tegemist oli hiljem Eestis advokaadina tunnustust leidnud Simon Leviniga (1928–2008). – *Toim.*

⁴ Vene keeles: „Kas relva on?” – *Toim.*

Raputasin pead. Üks haaras mult portfelli, tegi lahti ja kobas selle sisemuses. Ootasin, et teine kobab mu palitu ja kuuetaskud läbi, aga seda ei sündinud. Mõtlesin: arvatavasti rikub ta sellega oma eeskirju. Igaks juhuks palusin neil nende SARK-i tõendid ette näidata – või olid need Julgeoleku omad, jumala eest, ma ei süvenenud neisse. Küsisin, milles on asi. Teine seletas:

„Kantrollida tarvis. Meil kahtluss on: tjeie tjana eessell Tjahhe tjanavas toidupoe rjeevimisest osa võtsjite. Ljahme.“

Kõndisin nende vahel (muidugi mitte Miilitsa, vaid Julgeoleku, tähendab Pälsoni tänava poole) ja küsisin endalt: mida võib nende põhjenduse niisugusest idiootsusest järeldada? Kas tahetakse kinnipeetu kahtlustuse totrusega muretuks muuta? Või tahetakse talle ette ära ütelda: kel meiega tegemist on, ärgu loogikat oodaku ega loogikale lootku? Või ütlevad nad lihtsalt, mida sülg suhu toob?

Minu portfell jäi teise mehe kätte. Ja jäi sinna ka siis, kui nad mu Pälsoni tänavas kellelegi majorile üle andsid, ja ma pidasin otsustatuks, et ma ei näe oma portfelli enam iial. Aga issanda teed on veidrad: kolme nädala eest, kui ma tagasi jõudsin⁵, võttis ema mu portfelli vastu kõiki ootusi mu riidekapi alumisest sahtlist välja. See oli talle pärast minu laagrissaatmist vangla laost kätte antud. Portfell koos kõigi paberitega, mis seal olid leidunud. Kaasa arvatud *stud. jur.* Levini eksamiprotokoll. Ainult monogrammi polnud portfelli enam olnud. Aga muidugi polnud ema teinud sellest küsimust.⁶

Niisiis oli sugulastel õnnestunud arreteeritud Krossile kuulunud portfell koos selle sisuga võimuorganitelt ikkagi kätte saada. Kui veebruaris 2020 tähistati Jaan Krossi 100. sünniaastapäeva, tegi Krossi poeg Eerik-Niiles Kross portfelli leidunud kausta sisu siinkirjutajale kättesaadavaks – mõttega, et Eesti õigus-teadlased võiksid ehk selle materjaliga soovi korral midagi pihta hakata. Sellega nüüd käesolevaga algust teemegi.

Kausta vahel on aeg hangunud nii, nagu ta Jaan Krossi jaoks 1946. aastal kujundlikult öeldes seisma jäi: pooleli jäänud kandidaaditöö mustand, tükike Tartu Riikliku Ülikooli õppejõudude üldkoosoleku protokollist rektor Alfred Koorti

⁵ Romaani „Väljakaevamised“ tegevus toimub aastal 1954. – *Toim.*

⁶ J. Kross. Väljakaevamised. Tallinn: Kupar 1990, lk 16–17.

(1901–1956) sõnavõtu refereeringuga, riigi- ja rahvusvahelise õiguse loengukonspektid (teemadeks valimiste üldisus ja otsesus, demokratismi printsiip NSVL konstitutsioonis, aga ka näiteks „Ühinenud Rahvaste struktuurikava“), venekeelne standardblankett „Teadusliku töötaja õpetamise kaart“⁷ ja erinevaid märkmeid.

3. Krossi kandidaaditöö iseloomustuseks

Käesolevas aastaraamatus avaldatava Jaan Krossi kandidaaditöö kohta tuleb ühe esimese asjana öelda, et tegemist on trükimasinaga kirjutatud poolelijäänud visandiga. Me võime vaid oletada, millised argumendid sellest tööst peamistena välja koorunud oleksid.

Mõnedes kohtades on veel puudu täpsed viited ja prantsuse *accent'*ide tegemine on trükimasinaga ka olnud liiga tülikas. Käsikiri katkeb lõpetamata; selle ideestik jääb poolikuks ja lõpuni välja arendamata; näiteks ei saagi me täpsemalt teada, mida marksistlikud õigusteadlased rahvusvahelistest lepingutest arvasid. Loomulikult oleme siinkohal käsikirja esitanud võimalikult täpselt sellisena, millises seisus see oli, kui see Jaan Krossil pooleli jäi. Käsikirja täpse ja hoolika arvutisse löömise eest väärrib siinkohal suurt tänu Tartu Ülikooli õigusteaduskonna doktorant Reelika Kitsing.

Teemal „Rahvusvahelise lepingu mõistest“ on võimalik kirjutada ja on ka kirjutatud üsna erinevaid akadeemilisi töid.⁸ Krossi käsitlust iseloomustab püüd ühendada üldist õigusteooriat rahvusvahelise õiguse teooriaga, tuginetakse eelkõige õigusloogikale ja õigusdogmaatikale. Krossi huvitab eelkõige õiguslike mõistete loogika, struktuur ja koht üldises õigusteoorias. Arutelu iseloomustab abstraktsuse kõrge tase, aga loogikale suunatud fookusest tingituna mingil määral ka formalism.

Säilinud käsikirjas puuduvad viited õiguspraktikale ja ka konkreetsetele lepingutele; viidatud pole isegi mitte 1920. aastal vastu võetud Alalise Rahvusvahelise Kohtu statuudi artikli 38 lõikele 1, mida peetakse traditsiooniliselt rahvusvahelise õiguse allikaõpetuse positivistlikuks lähtekohaks. Tasub meele pidada, et Nõukogude Liit ei tunnustanud sõdadevahelisel ajal Alalist Rahvusvahelist Kohut ja aktsepteeris Rahvusvahelist Kohut alles pärast Teist

⁷ Venekeelses originaalis „Uchetnaia kartochka nauchnogo rabotnika“.

⁸ Vt nt J. Klabbbers. *The Concept of Treaty in International Law*. The Hague: Kluwer Law International 1996.

maailmasõda, kui (uue nimega) Rahvusvahelise Kohtu statuut seoti ÜRO põhikirjaga ja Rahvusvahelisest Kohtust Haagis tehti üks ÜRO peasutustest.⁹ Samuti tuleb võrdlevalt meeles pidada, et 1969. aastal võeti vastu rahvusvaheliste lepingute õiguse Viini konventsioon¹⁰, millele viitamata tänapäeval diskussiooni rahvusvaheliste lepingute olemuse üle pidada ei saaks. Selles mõttes on Krossi pooleli jäänud teadustöö ajast enne 1969. aasta Viini konventsiooni.

Huvitav on Krossi töö keelekasutus ja leidlikud terminid, mida tänapäeval enam levinuks pidada ei saa: „olmastik“, „esilduma“, „olelu“, „õigustuma“, „seadusandlustama“, „ahelduma“ jne. Mitmeid neid propageeris algselt õigus-teadlane Artur-Tõeleid Kliimann (1899–1941). Üldiselt torkab Krossi pooleli jäänud töös silma ühe tema väljapaistvaima juuraõppejõu ja õigusteoreetiku, sellesama Kliimanni vaimne mõju, isegi kui Kross mõnes kohas Kliimanniga ka vaidlema kipub. Kliimann oli 1939. aastal avaldanud muljet avaldava monograafia „Õiguskord“, 1940. aastal Nõukogude võimuga ülikooli prorektorina kaasa läinud ja mõrvati segaseks jäänud asjaoludel Saksa okupatsiooni alguses 1941. aasta suvel Tartus.

2002. aastal kirjutasin teadusartiklit, milles võrdlesin Artur-Tõeleid Kliimanni ja natsionaalsotsialismiga kaasa läinud silmapaistvat Saksa õigusteadlast Carl Schmitti (1888–1985).¹¹ Sellega seoses oli mul võimalik 17. juunil 2002 intervjuuerida Jaan Krossi tema Harju tänava kodus Tallinnas. Toonastes märkmetes olen Krossi jutust Kliimanni kohta üles kirjutanud mh järgmise:

„Kliimann sai 1941. a kurikuulsaks sellega, et kirjutas kodanlaste kohta: „Väits kõrri ja üle parda!“

Kliimann oli „vältimatu“ – ühelt poolt imposantne ja oluline, teiselt poolt end eksimatuks lugev, isiksusena ebameeldiv ja tüütugi. Kõik, mida ta väitis, oli ülimalt „patentne“. Kross leidis 1945. a kateedri sahtlist Kliimanni „Administratiivakti teooria“ kaanetutvustuse, kus Kliimann oli oma raamatu kohta kirjutanud stiilis: seda peab *iga* jurist lugema!

Käisid kuulujutud, et Kliimann oli enne 1941. a olnud sidemetes Saksa marksistidega.

⁹ Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni põhikiri ning Rahvusvahelise Kohtu statuut, 26.06.1945, art 7 lg 1. – RT II 1996, 24, 95. Arvutivõrgus: <https://www.riigiteataja.ee/akt/555597>.

¹⁰ RT II 2007, 15. Arvutivõrgus: <https://www.riigiteataja.ee/akt/12863800>.

¹¹ Eestikeelne tõlge sellest originaalis saksakeelsest artiklist ilmus raamatus L. Mälksoo. Rahvusvaheline õigus Eestis: ajalugu ja poliitika. Tallinn: Juura 2008.

Tartus sõitis Kliimann voorimehega (nagu Faehlmann). Olevat rääkinud 1941. a sakslaste tülles, et tuleb maale peitu minna, sest Venemaale kapsajuurikaid sööma minna ei taha.

Kliimannil oli briljantse formuleerija kuulsus, ta oli selles n-ö väljaspool konkurentsi. Ta oli ka terav traditsionalistide suhtes („kõik ülejäänud“) ning pidas Kelseni normativismi ainuõigeks. „Vanad mündid“ teadus- ja juristkonnas panid Kliimannile tema üleolevat suhtumist muidugi pahaks. Formuleerijana kasutati teda nii vanemate Riigikohtu härrade poolt kui ka lõpuks Klesmenti ja Pätsi lähikondlastest juristide poolt.

Kliimann rääkis erilise terava klähviva hääletooniga, mille järele- tegemise peale Kross oli ülikooli ajal meister.¹²

Igatahes oli Kliimann kui Saksa okupatsiooni ajal mõrvatud isik üks väheseid Eesti õigusteadlasi, keda sai 1946. aastal õigusteaduslikku tööd kirjutades esile tõsta, kellele autoriteedina tugineda. Krossi tuginemine Kliimannile torkab eriti silma sellel taustal, et teisi Eesti õigusteadlasi, kes enne rahvusvahelistest lepingutest kirjutatud olid, ta ei tsiteeri, tegelikult vaevalt et neid tsiteerida tohtinukski. Nõukogude vangilaagris surnud Ants Piip (1884–1942)¹³ ja pagulusse läinud Nikolai Maim (1884–1976)¹⁴, rääkimata viimasest 1940. aasta Nõukogude ultimaatumiga eelsest peaministrist Jüri Uluotsast (1890–1945)¹⁵, kes toetas Eesti meeste mobilisatsiooni Saksa sõjaväkke 1944. aastal, poleks 1946. aastal kindlasti kommunistide jaoks teaduslikeks autoriteetideks sobinud.

Oma allikate mõttes on Krossi töö siiski suuresti lääne õigusteoreetikute ja rahvusvahelise õiguse teadlaste mõju all. Kui tutvuda 1920.–1940. aastate juhtivate Nõukogude rahvusvahelise õiguse teoreetikute Jevgeni Korovini (1892–1964), Jevgeni Pašukanise (1891–1937) ja Andrei Võšinski (1883–1954) seisukohtadega¹⁶,

¹² Vestlus Jaan Krossiga 17.06.2002, käsikirjalised märkmed autori valduses.

¹³ A. Piip. Rahvusvaheline õigus. Tartu: Akadeemiline Kooperatiiv 1936.

¹⁴ Vt nt N. Maim. Völkerbund und Staat. Ein Beitrag zur Ausarbeitung eines allgemeinen öffentlichen Rechts. Tartu: K. Mattiesen 1932. Vt tema kohta ka L. Leppik, M. Luts-Sootak, H. Siimets-Gross. Nikolai Maim Eesti rahvusülikooli õigusteaduskonna alusepanija ja teadlasena. – Riigikogu Toimetised nr 40, 2019. Arvutivõrgus: <https://rito.riigikogu.ee/nr-40/nikolai-maim-eesti-rahvusülikooli-õigusteaduskonna-alusepanija-ja-teadlasena/>.

¹⁵ J. Uluots. Die Verträge der Esten mit den Fremden im XIII. Jahrhundert. Tartu: Akadeemiline Kooperatiiv 1937.

¹⁶ J. Korovin. Meždunarodnoe pravo perehodnogo vremeni. Moskva: Gosudarstvennoe izdatel'stvo 1924; J. Pašukanis. Otšerki po meždunarodnomu pravu. Moskva: Sovetskoe

nende sisulise suunitluse, allikate ning kohati brutaaalse ja poliitiliselt võitleva stiiliga, siis tagantjärele tarkuses tundub raskesti usutavana, et Kross oleks oma selgelt kodanlike mõjudega ja stiili mõttes kohati isegi veidi estetismi kalduva akadeemilise töö saanud olemasoleval kujul Nõukogude Liidus edukalt kaitsmiseni viia – isegi kui teda poleks 1946. aastal arreteeritud. Kuigi siin ja seal on kohustuslikke viiteid Võšinskile ja Nõukogude teooriale ning praktikale, ühes kohas isegi Stalinile, jääb arutelu põhisuund selgelt kodanlikuks. Õigus on selles mõttemaailmas komplitseeritud teoreetiline süsteem, mille mõisteid tuleb uurida mh loogika vahendite abil, mitte relv klassivõitluses või võitluses imperialistlike riikidega. Võib eeldada, et varem või hiljem oleks keegi tõsiusklik Nõukogude marksist selle „fundamentaalse puuduse“ avastanud ja Krossi kandidaaditöö kaitsmisprotsessile poliitilist pidurit tõmmanud.

Kross mõtiskles hiljem oma mälestustes: „Kui mu pretensioonid piirduksid rangelt üksnes akadeemiliste raamidega ega väljuks hetkekski poliitikasse – võibolla lubataks mul nõukogude võimu poolt e k s i s t e e r i d a?“ Ent Korovinit, Pašukanist ja Võšinskit lugedes saab selgeks, et Krossi lootus rajanes pigem naiivsel eeldusel. Kui „Kallites kaasteelistes“ nimetas Kross oma kandidaaditöö kirjutamist omamoodi mänguks, siis rahvusvahelise õiguse teooria polnud Stalini-aegses Nõukogude Liidus üldsegi ilutsev mäng. Nõukogude Liidus ei seisnud rahvusvahelise õiguse teooria poliitikast eraldi ja seda kõike vahel ka kõige isiklikumas mõttes. Näiteks oli Jevgeni Pašukanis hukatud Stalini algatatud suure terrori käigus 1937. aastal. Hiljem NSV Liidu suursaadikuks ÜRO juures tõusnud ja laiemalt rahvusvahelise õiguse teoorias ning praktikaski Moskvast juhtohjad enda kätte haaranud Andrei Võšinski liikus aga karjääriredelil edasi Stalini näidisprotsesside peaarhitektina. Kumbki neist meestest ei sallinud silmaotsaski kodanlikku formalismi õigusteoorias.

zakonodatel'stvo 1935. Võšinski pidas 1938. aastal Moskva juristide konverentsil kurikuulsa kõne teiste Nõukogude juristide varasemate teoreetiliste eksimuste kohta. Selle tekst ei pruukinud 1945/1946. aastal olla Eestis kättesaadav. Vt A. Võšinski. Osnavnõe zadatši nauki sovetskogo sotsialistitšeskogo prava. – Sovetskoe gosudarstvo 1938, N 4, lk 4–55. Hiljem ilmus: A. Võšinski. Voprosõ meždunarodnogo prava i meždunarodnoi politiki. Moskva: Gosudarstvennoe izdatel'stvo iuriditšeskoi literaturõ 1952. Võšinski rolli kohta Stalini-aegsetel näidisprotsessidel ja Nürnbergi tribunali kontekstis vt nt Stalin's Soviet Justice. 'Show Trials', War Crimes Trials, and Nuremberg. Ed. by D. M. Crowe. London: Bloomsbury 2019. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781350083370>.

4. Lõpetuseks

Me õpime Jaan Krossi poolelijäänud kandidaaditööst, et andekad inimesed on tihti andekad mitmel alal ja kui kuri saatus neile ühes suunas käe ette paneb, siis leiab andekus väljundi kuskil mujal – Krossi puhul niisiis õigusteaduse asemel kirjanduses. On ju tegelikult märkimisväärne, et kaks suurimate hulka kuuluvat eesti kirjanikku – Anton Hansen Tammsaare (1878–1940) ja Jaan Kross – olid mõlemad Tartu Ülikooli õigusteaduskonna vilistlased. Järelikult õigusteadus õpetab meile ka midagi sellist, mis aitab mõnel andekal meist juristidest end ka ilukirjanduslikult atraktiivselt väljendada ja selliselt läbigi lüüa.

Krossi projekt kirjutada kandidaaditöö rahvusvahelise lepingu mõistest vahetult Teise maailmasõja lõpu eel ja järel oli mõeldud ellujäämisprojektina ja „mänguna“. 1920. aastal, s.o Tartu rahulepinguga samal aastal sündinud Krossi jaoks olid Eesti ja Nõukogude Venemaa lepingud, sh 1939. aasta baaside leping, kindlasti elevantõuks toas, kui ta asus annekteeritud Eestis rahvusvahelise lepingu mõiste teema kallale. Õigusloogika sobib vaid päris tarkadele juristidele, aga rahvusvahelise lepinguõiguse põhiküsimus on paratamatult ka poliitiline: kas ja mis tingimustel põhimõtte *pacta sunt servanda* kehtib õiguslikult primaarsena? Või võimaldab asjaolude oluline muutumine (*clausula rebus sic stantibus*) lepingust ühepoolset väljuda, seda rikkuda? Kuigi Kross püüdis oma töö lahendada eelkõige õigusloogika ja dogmaatika võtmes, pidid need lepinguõiguse põhiküsimused – ja just Eesti jaoks saatuslikud küsimused – teda eriliselt huvitama ning inspireerima.

Kirjutada akadeemilist tööd totalitaarse režiimi tingimustes, kui Eesti oli rahvusvahelise õiguse vastaselt okupeeritud ja annekteeritud ning autor pidi pidevalt „munade peal kõndides“ otsustama, millistest allikatest ja seikadest üldse tohib lähtuda ning millised on targem välja jätta, pidi olema kaelamurdev ülesanne. Kuid see Tartus kõrgel akadeemilisel tasemel sooritatud mõtteharjutus valmistas ette Jaan Krossi ka hilisemaks kirjanikukarjäärriks – mitte ainult kirjanikku huvitanud teemade mõttes¹⁷, vaid ka selles mõttes, kuidas

¹⁷ J. Kross. Professor Martensi ärasõit. Tallinn: Eesti Raamat 1984. See eri keeltesse tõlgitud romaan on mõjutanud vene rahvusvahelise õiguse teadlase ja diplomaadi Friedrich (Fjodor Fjodorovitš) Martensi (1845–1909) retseptiooni tänapäeva maailmas arvatavasti enam kui ükski hilisem teadustöö või isegi Martensi enda teosed. Siiski mõned seigad romaanis ei vasta ajaloolisele tõele: näiteks ei lähtunud Martensi viimane rongisõit Pärnust, vaid Valmierast, mille lähedal asus Martensite suvekodu Waldensee. Vt Martensi tütre mälestused:

ka ilukirjandusliku teose loomine on paljuski struktuurse mõtlemise ja isikliku distsipliini ülesanne. Õiguslik mõte ja inimeste loo huvitav kirjapanemine võivad olla sama tarkuse eri vormid.

J. Kross. Rahvusvahelise lepingu mõistest. –
Riigiõiguse aastaraamat 1/2020, lk 305–364

Rahvusvahelise lepingu mõistest

JAAN KROSS

I peatükk. Probleemiasetus

§ 1. Õigusnormi mõiste

- I Käitumisnorm
- II Heteronoomne käitumisnorm
- III Õigusnorm

§ 2. Kehtiva õiguse struktuur

- I Õigusnorm ja õigus
- II Õigus ja kehtiv õigus
- III Kehtiva õiguse struktuur
- IV Probleemiseade

II peatükk. Lepingu mõiste

§ 3. Leping kui plurilateraalne normatiivakt

- I Leping kui normatiivakt
- II Leping kui suvaline normatiivakt
- III Leping kui plurilateraalne normatiivakt
 - A. Käitumisühiku ja organi mõisted
 - B. Leping ning uni- ja plurilateraalsed aktid

§ 4. Leping kui introvertne plurilateraalne normatiivakt

- I Summaar- ja alternatiivadressaatsed aktid
- II Leping kui introvertne akt
 - A. Lepingud in tertiam
 - B. Lepingu definitsioon

III peatükk. Nn. rahvusvahelise lepingu mõiste

§ 5. Nn. rahvusvahelise lepingu käibivaid määranguid

- I Määranguid kapitalistlikust doktriinist
 - A. Traditsionistlikke määranguid
 - B. Normativistlikke määranguid
- II Määranguid sotsialistlikust doktriinist

E. Sollohub. The Russian Countess: Escaping Revolutionary Russia. Impress Books 2011, lk 39 jj, eriti lk 91.

I peatükk. Probleemiasetus

§ 1. Õigusnormi mõiste

I Käitumisnorm

Käitumine alljärgneva mõttes on ikka ja alati inimisiku käitumine¹. Ent järgneva käsitluse mõttes on ta ikka ja alati ühtlasi inimisiku teadlik käitumine². Määrateldagu sellekohaselt, et

- (1) käitumine on inimisiku mistahes tajutava tunnusega iseloomustuv füüsiline või psüühiline seisund³.

Niisugune seisund võib väljenduda niihästi mingisuunalisse teotsemisse vormistavas aktiivteedis kui ka mõningasihilisse teotsematusse vormistavas passiivsuses⁴.

Sellejuures konkreetne käitumine lähtub alati konkreetsest käitumisotsustusest, milles ju käitumise teadlikkus seisnebki⁵. Otsustuse konkreetseks käitumiseks teeb aga käituja alati mingi konkreetse käitumispehimoette alusel. Selliseid käitumispehimoetteid esildub käitujale iga käitumisotsustuse eel tavaliselt mitmeid, kusjuures need pehimoetteid võivad olla niihästi erisulised kui ka koguni kontradiktorsed. Sellekohaselt nad võivad öelda niihästi käitu a!, käitu b! või ka käitu non-a!, käitu non-b!.

Ent niisuguste, käituja teadvusele esilduvate ehk käitujale konstsiensete käitumispehimoette kõrval oleleb in concreto sageli veel käitumispehimoetteid, mille olelus käituja polegi teadlik⁶. Selles mõttes nimetatagu viimaseid käitujale transkonstsienseteiks käitumispehimoetteiks. Ka need, nagu käitujale

konstsienseteki käitumispehimoetteid, võivad talle ette kirjutada niihästi käitumist a, b kui ka non-a, non-b.

Asutagu alamal konkreetsed käitumisi ette kirjutavate, dikteerivate käitumispehimoette vaatlemisele. Seda tehes peetagu aga silmas, et tegeldes üksnes konkreetseid käitumisi resp. käitumisviise dikteerivate käitumispehimoettega selline vaatlus ei tegele konkreetsete käitumisotsustuste aluseks olevate või olla võivate otstarbekusprintsipiidega ega ka küsimusega, millistel psüüholoogilistel eeldustel või kas üldse konkreetseid käitumispehimoetteid saavad või võivad saada konkreetsete käitumisotsustuste aluseks. Selline vaatlus ei tegele siinkohal ka küsimusega, kus vaadeldavat laadi käitumispehimoetteid püstitatakse või kuidas nad püstituvad.

Et selgitatu kohaselt iga alljärgnevas vaadeldav käitumispehimoete on käitumist resp. käitumisviisi ette kirjutav, seda dikteeriv pehimoete, siis tema väljendiks on alati imperatiivne väljend.⁷ Konkreetset käitumist ette kirjutades see pehimoete sõnastub alati väljendis käitu x!. Ent taoline käitumispehimoete, tavalisti, ei nõudle käitumist x ükskõik millistel olustikueeldustel vaid üksnes konkreetse olmastiku olelul. Sellise olmastiku tunnused määratellakse siis vastavas käitumispehimoettes endas. Niisugune, konkreetset olmastikku eeldav käitumispehimoete sõnastub sellekohaselt implikatsioonväljendis⁸, kui on antud y, siis käitu x!⁹

Tundub, nagu oleksid sellise tavaliselt adekvaatseks osutuva vormeli suhtes erandeiks postulaatsed, alati- ja kõikjalkehtivusele pretendeerivad käitumispehimoetteid. Mainitagu taolistena näiteks neid, mis käsevad käituda ausalt, ühiskonnakasulikult või õiguspäraselt. Selliste liiki kuuluvast käitumispehimoettes nimelt ei määratelda selle olmastiku tunnuseid, mille olelul vastav käitumis-

¹ Vrd. Felix Kaufmann, Logik und Rechtswissenschaft, Tübingen 1922, lk. 64.

² Järelikult ei tule siin käitumisena arvesse mitmesugused refleksiivselt, ebateadlikus seisundis või, küll teadlikus seisundis kuid niiöelda „mõttetult“ soorituvad „käitumised“.

³ Vt. A.-T. Kliimann, Õiguskord, Tartu 1939, lk. 209. Vrd. ka Kaufmann, op. cit., ib.: „Als Verhalten eines Menschen sind demnach sämtliche Zustände oder Vorgänge zu erklären, welche sich auf ihn als ihren „Träger“ beziehen.“

⁴ Sest, vt. ib., loc. cit.: „Unser Begriff ist dem Juristen unentbehrlich als gemeinsamer Oberbegriff von Handlung und Unterlassung ...“ Et mõisted Handlung ja Unterlassung, hoolimata välistatud kolmanda lausest, loogiliselt ometi võivad subordineeruda ühisele genusmõistele, selle kohta vt. ib., lk. 66 j.

⁵ Vrd.

⁶ Vrd. A.-T. Kliimann, Õiguskord, Tartu 1939, lk. 121 j., kus seda eriti selgitatakse õiguslike käitumispehimoette kohta.

⁷ Vrd. Kaufmann, op. cit., lk. 68 jj.

⁸ Implikatsioonlausetega kohta vt. lähemalt Kliimann, op. cit. lk. 78 ja seal osundatud kirjandus.

⁹ Ärgu aga selles väljendis y-ga tähistatud olmastikku arvatagu olevat Tatbestand Kelsen'i mõttes. Kelsen'i õigusnormi valemis sisalduv Tatbestand tähendab ikka ainult inimkäitumist ja üksnes erandkorral ka sündmust. Vt. tema Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, lk. 48: „Die... Tatbestände stellen grundsätzlich menschliches Verhalten dar, ... ist menschliches Verhalten nicht allein Inhalt die Rechtsnorm, es tritt auch in Verbindung mit Vorgängen auf, ... sollst nicht menschliches Verhalten sind ... üblicherweise ... bezeichnet werden. Seda selgitab lähemalt Kaufmann, op. cit., lk. 90 j. ning ka Tomoo Oraka, Künftige Aufgaben der reinen Rechtslehre i. Verdross' Gesellschaft, Staat und Recht, Wien 1931, lk. 128 jj. Vt. ka Kliimann, op. cit., lk. 31. Peetagu silmas, et käesolevas y võib tähendada millist-tahes konkreetse käitumise eelduseks olevat ja konkreetse käitumispehimoettes määrateldud faktilist olmastikku.

põhimõtte ütleks käitu x!. Sellepärast näib, nagu jääks niisuguste käitumis-põhimõtete puhul väljendi kui on antud y, siis käitu x implikanss sisutuks. Mõõndagu, et ta seda praktiliselt tõepoolest jääbki. Kuid sellele vaatamata kasutatakse alamal väljendit kui on antud y, siis käitu x! ka niisuguste alati- ja kõikjalkehtivusele pretendeerivate käitumis-põhimõtete väljendina. Seda, esiteks, sellepärast, et ka neis käitumis-põhimõtteis olmastik y loogiliselt ikkagi on antud ja nimelt alati antud¹⁰. Teiseks aga sellepärast, et seda tehes osutub väljend kui on antud y, siis käitu x! ühtseks kasutatavaks väljendiks kõigi konkreetset käitumist dikteerivate käitumis-põhimõtete suhtes.

Selgitatu kohaselt öeldagugi kohe, et

- (2) käitumisnorm on implikatsioonis „kui on antud y, siis käitu x!“ väljenduv käitumis-põhimõte.

II Heteronoomne käitumisnorm

Olles esitatuga piisavalt selgitanud käitumisnormi formaalse mõiste siirdutagu alamal vaatlema, esiteks, sellesse mõistesse mahutuvaid käitumisnormide liike.

Asudes järgnevaile arendustele sobiva käitumisnormide fundamentum divisionis'e otsingule nenditagu, et käitumisnormi mõiste alati eeldab käitujat, kelle käitumist normeeritakse¹¹. Öeldes käitu x! konkreetne käitumisnorm adresseerub sellele, kes peab käituma x. Selles mõttes

- (3) konkreetse käitumisnormi adressaat on see, kelle käitumist konkreetne käitumisnorm normeerib.

Ent nenditagu ühtlasi, et käitumisnormi mõiste eeldab mitte üksnes seda, kelle käitumist normeeritakse, vaid ka toda, kes seda normeerib. Adresseerudes käitujale konkreetne käitumisnorm ei adresseeru ju loogilisest tühjusest, mitte-millestki ega mitte-kellelki vaid adresseerub alati konkreetselt adresseerijalt.

Peetagu nüüd silmas, et konkreetse käitumisnormi essentsiaaliks on tema imperatiivsus, mida väljendab tema elementide, olmastiku y ning käitumise x, implikatiivrelatsioon. Peetagu ühtlasi silmas, et normativiteedina konkreetne käitumisnorm oleleb alles talle imperatiivsuse omistamise hetkest, et ta aga pränormativiteedina, embrüonaalse normimõeldisena põhimõtteliselt oleleb juba

¹⁰ Millele ju nende käitumis-põhimõtete alati- ja kõikjalkehtivuse pretensioon toetubki.

¹¹ Mis, ärgu unustatagu, kaugeltki ei tähenda seda, et käituja on selles normeeringus teadlik ega hoopiski seda, et ta ka selle normeeringu kohaselt käitub.

enne. Hetkest, mil sellisele normimõeldisele omistatakse imperatiivsus, osutub see imperatiivsus juba tema omistamisega tekkinud käitumisnormi kvaliteediks. Selles mõttes õigustume kõnelema niihästi konkreetsese käitumisnormile imperatiivsuse omistamisest ehk tema imperatiiveerimisest kui ka, vastavalt, talle imperatiivsuse omistajast ehk tema imperatiiveerijast.

Et aga, selgitatu kohaselt, just konkreetse käitumisnormi imperatiiveerija selle normi normativiteedina alles loobki, nimetatagu teda konkreetse käitumisnormi autoriks. Sellele vastavalt nenditagu, et

- (4) konkreetse käitumisnormi autor on selle normi imperatiiveerija,

kusjuures konkreetne käitumisnorm, normeerides oma adressaadi käitumist, oma autorilt viimasele adresseerubki.

Peetagu nüüd silmas, et konkreetse käitumisnormi sõnastus, tema väljend võib tema adressaadiks kvalifitseerida esiteks, indiviidi kuid, teiseks, ka kollektiivi.

Individile adresseeruv käitumisnorm põhimõtteliselt dikteerib käitumist, mida individid on loogiliselt võimeline sooritama individuaalselt. Kollektiivile adresseeruv käitumisnorm aga dikteerib käitumist, mida on loogiliselt võimeline sooritama üksnes kollektiiv.

Kui, näiteks, mõnd NSVL Ülemnõukogu vastavat komisjoni kohustatakse võtma konkreetse seaduseelnõu suhtes seisukoht, siis pole ükski komisjoni liikmeist individuaalselt suuteline sooritama käitumist, millega komisjoni kui kollektiivi seisukoht fikseeruks. Kui kontserdipublik kava lõpul soovib orkestrilt mõnd lisapala, siis pole ükski orkestriliige individuaalselt suuteline rahuldama publiku soovi. Mõlemal juhul saab vastava käitumisnormiga dikteeruv käitumine sooritada üksnes niioelda kollektiivi käitumisena. Ent mõlemal juhul eeldab oma väljendiga küll kollektiivile adresseeruv käitumisnorm konkreetsete kollektiiviliikmete käitumisi.

Selgitatust ilmneb, et ka oma väljendiga kollektiivile adresseeruvad käitumisnormid tegelikult ikkagi adresseeruvad kollektiiviliikmeist individidele¹². Kollektiivile nad adresseeruvad üksnes formaalselt. Tegelikeys, materiaalseiks

¹² Vrd. Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig und Wien 1934, lk. 55: „Das die einzelstaatliche Rechtsordnung eine juristische Person verpflichtet oder berechtigt, das bedeutet, dass sie das Verhalten eines Menschen zur Pflicht oder zum Recht macht, ohne das Subjekt selbst zu bestimmen. Dessen Bestimmung wird – kraft Delegation seitens der staatlichen Rechtsordnung – der Teilrechtsordnung Überlassen, deren Einheit in der juristischen Person zum Ausdruck kommt. Es ist eine mittelbare ... Verpflichtung und Berechtigung von Einzelmenschen.“ Vrd. ka ib., lk. 56.

käitajaiks on aga ikka indiviidid¹³. Ilmneb, et kollektiivile adresseeruv käitumisnorm abstrahheerib kollektiiviliikmete üksikkäitumised omaette tervikkäitumiseks ja omistab viimase kollektiivile kui formaalsele käitumisühikule¹⁴

Sellele vastavalt õigustume väitma, et ka indiviidile adresseeruv käitumisnorm selles mõttes abstrahheerib tema poolt dikteeritava käitumise ja et ka tema selle omistab formaalsele käitumisühikule, kelleks aga niisuguse käitumisnormi puhul on materiaalseks käitujaks osutuv indiviid.

Õeldust järelduvalt osutub vajalikuks diferentseerida konkreetsete käitumisnormide adressaate, esiteks, formaalses ja, teiseks, materiaalses mõttes. Sellele vastavalt nenditagu, et ikka ja alati

- (5) konkreetse käitumisnormi adressaadiks materiaalses mõttes on indiviid, kelle käitumist see norm normeerib,

kuna aga

- (6) konkreetse käitumisnormi adressaadiks formaalses mõttes on käitumisühik, kellele konkreetne käitumisnorm omistab temaga normeeritava käitumise.

Käitumisnormide jätkuv vaatlus osutab, et ühtede käitumisnormide puhul nende adressaat materiaalses mõttes on nende normide autoriga identne kuna teiste käitumisnormide puhul on ta nende autori suhtes diferentne. Õeldu kohaselt ühtede käitumisnormidega nende adressaat materiaalses mõttes normeerib enda käitumist ise¹⁵ kuna aga teiste käitumisnormidega normeeritakse tema käitumist väljastpoolt teda ennast.¹⁶

¹³ Vt. ib., lk. 54; „Was verpflichtet und berechtigt wird, das sind die Menschen. Menschliches Verhalten ist es, das den Inhalt der Rechtsnormen und sohin der Pflichten und Rechte bildet; und menschliches Verhalten kann nichts anderes als das Verhalten von Einzelmenschen sein.“ Vrd. ka supra, lk. 1 j.

¹⁴ Vrd. Kelsen, op. cit., lk. 57: „Alle Akte der juristischen Person sind Akte von Menschen, die dem fiktiven Subjekt zugerechnet werden...“

¹⁵ Vt. ib., lk. 124: „Enese käitumiseks isik võib püstitada teatavaid põhimõtteid teinekord vabalt ise.“ „Kas järgmisel puhkepäeval taas minna jahile või osa võtta seltskondlikust lõbusõidust huvitavasse ümbrusse, kas loobuda tänaõhtusest järjekordsest teatrietendusest, kas ikka lõunastada samas restoranis või sellest... normaalsest, normipärasest teha kord sekka mõni anormaalne erand, on oma elu, töö- ja puhkeaega põhimõteteperaselt korraldava isiku subjektiivse tahtmise asi.“

¹⁶ Vt. ib., loc. cit. ja lk. 125. Vrd. ka ib., lk. 127.

Et sellekohaselt esimest liiki käitumisnorm püstitatakse tema autori poolt autori enda käitumise suvalise ja autonoomse normeerunguna, öeldagu, et selline

- (7) autonoomne käitumisnorm on käitumisnorm, millega indiviidi käitumist normeeritakse tema enese poolt.¹⁷

Et aga teist liiki käitumisnorm püstitatakse väljastpoolt tema adressaati materiaalses mõttes ning et see viimase käitumist normeerib ses mõttes heteronoomselt, siis nenditagu, et niisugune

- (8) heteronoomne käitumisnorm on käitumisnorm, millega indiviidi käitumist normeeritakse väljastpoolt.¹⁸

Sealjuures seda väljastpoolset normeerijat, s.t. heteronoomse käitumisnormi autorit tavatsetakse nimetada ka välisautoriteediks²⁰.

Ent heteronoomsete käitumisnormide adressaatidena materiaalses mõttes indiviidid paiknevad alati konkreetsetes sotsiaalses miljöös. Et sellejuures kõigi neile adresseeruvate heteronoomsete käitumisnormide autoreiks olevad välisautoriteedid on alati selle sotsiaalse miljöö komponendeks, siis tavatsetakse heteronoomseid käitumisnorme nimetada ka sotsiaalseiks normeks²¹.

Õelduga on jätkuvale arendusele piisavalt selgitatud ka heteronoomse käitumisnormi formaalne mõiste. Viimane aga osutubki genus proximum'iks õigusnormi formaalsele mõistele, mille selgitamisele asutakse vahetult alamal.

¹⁷ Kliimann nimetab selliseid norme autonoomseiks individuaalseiks normeks. Vt. ib., lk. 124. Niisugune normikategooria eeldab aga ühtlasi autonoomseid kollektiivseid norme, millistest aga Kliimann neid mainimata möödub. Nimetatud liigitus muutub tarbeliseks, kui wautonoomsete ja heteronoomsete normide vaheteo manu asutakse pärast normiadressaatide diferentseerimist normiadressaadeks formaalses ja materiaalses mõttes, nagu see ülemaal toimub.

¹⁸ Vt. ib., lk. 125: „Sotsiaalsete /ehk heteronoomsete/ normide pärases käitumises isik... tajub survet väljastpoolt. Tema teab, et neil puhkudel on tegemist säärase käitumisnormiga, mis on püstitatud mitte tema enda, vaid kellegi teise poolt.“

¹⁹ Käitumisnormide liigituse kohta autonoomseiks ja heteronoomseiks normeks vt. ja vrd. ka Felix Somlo, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917, lk. 66 jj. Ernst Seidler, Die sozialwissenschaftliche Erkenntnis, Wien 1936, lk. 185 jj.

²⁰ Vt. ib., loc. cit.

²¹ Viitava termini kohta vt. ib., lk. 124 j. Viitava lõike kohta vrd. ka Leon Duguit, Traité de droit constitutionnel, I, Paris 1921, lk. 12: „Affirmer que l'homme est un être social, qu'il vit en société et qu'il ne peut vivre qu'en société, c'est affirmer en même temps l'existence d'une loi sociale.“

2. Ülemal aruteldu kohaselt heteronoomsed käitumisnormid püstitatakse väljaspool nende normide adreassaate materiaalses mõttes. Nende normide autorid on aga neilt käitumisnorme saavate käitujate suhtes välisautoriteedeks. Ennekõike püütagu sellepärast vajadusekohaselt piiritlea välisautoriteedi mõistet.

Selleks nenditagu, et kokkukõlas eelpool tooduga välisautoriteedid on neilt heteronoomseid käitumisnorme saavaist isikuist väljaspool asuvad ehk nende isikute suhtes personaalselt diferentseiks osutuvad autoriteedid.

Terminis autoriteet pole meil aga tegemist univokatsiooni vaid ekvivokatsiooniga²². Sellisena autoriteet tähendab, esiteks, autoriteetset sotsiaalset ühikut, kusjuures sotsiaalseks ühikuks võib olla kas indiviid sotsiaalse põhiühikuna või indiviidide paljus mingi sotsiaalse liitühikuna. Ent, teiseks, tähendab ta ühtlasi autoriteetset sotsiaalse ühiku kvaliteeti ja nimelt tema autoriteetsust. Selles viimases mõttes tähendab aga autoriteet konkreetse sotsiaalse ühiku tunnustatust, mis ilmneb temale osutatavas kuulekuses .

Asutagu alamal vaatlema konkreetseile autoriteetidele osutatava kuulekuse objektiivseid põhjusi. Selgusele jõudmaks viimastes vajaneb aga selgitada enne kõike sotsiaalse kollektiivi mõiste.

Sotsiaalne kollektiiv esildub alati mõnesuguse indiviidide paljusena. Ent indiviidide paljustena oleb sotsiaalsete kollektiivide kõrval ka mitmelaadilisi mehaanilisi indiviidide paljusi. Kui mehaanilist indiviidide paljust iseloomustab üksnes temasse kuuluvate indiviidide numeraalne pluraliteet siis sotsiaalset kollektiivi iseloomustab pealeselle alati temasse kuuluvate indiviidide mõningane sotsiaalne ühistunnuslikkus. Sotsiaalselt ühistunnuslike indiviidide paljus pole aga veel adekvaatne sotsiaalse kollektiiviga. Viimane osutub nenditavaks alles

²² Nende mõistete kohta vt. näiteks John Stuart Mill, System of Logics, London, New York and Bombay 1904, lk. 28: „Names have been further distinguished into univocal and aequivocal: these, however, are not two kinds of names, but two diferent modes of employing names. A name is univocal, or applied univocally, with respect to all things of which it can be predicated in the same sense; it is aequivocal, or applied aequivocally, as respects those things of which it is predicated in different senses.“

Kliimanni järgi autoriteet on kuulekuses avalduv tunnustus. Vt. ib., loc. cit. Seda määrangut täpselt interpreteerides pole aga autoriteet ei konkreetne sotsiaalne ühik ega ka selle ühiku kvaliteet. Selle määrangu kohaselt autoriteet on konkreetsele sotsiaalsele sotsiaalsele ühikule teda autoriteediks pidavate, tähendab, temale kuuletuvate isikute poolt osutatav hoiak. Ent autoriteedi mõiste niisugune sisustus on vastuolus Kliimanni enda jätkuvate arendustega. Vt. ib., loc. cit., lk. 115 j. On sellepärast ilmne, et esitatud määrangus on tegemist lapsus'ega. Viimane korrigeerub aga kohe, kui määrangus sisalduv lihtsubstantiiv asendada partitsipiaal-sega, mille tagajärjel see sõnastub määranguks: autoriteet on kuulekuses ilmnev tunnustus.

sääl, kus sotsiaalselt ühistunnuslikud indiviidid on, esiteks, teadlikud oma sotsiaalsest ühistunnuslikkusest ning kus, teiseks, sellest tulenev kokku- ja ühte-kuuluvusteadvus konstitueerib need indiviidid sotsiaalseks teadvusühikuks²³. Selles mõttes sotsiaalne kollektiiv on kokku- ja ühtekuuluvate indiviidide paljus²⁴.

Konkreetse sotsiaalse kollektiivi liikmete sotsiaalset ühistunnust või nende ühistunnuste kompleksi nimetatagu selle kollektiivi homogeeniteediteguriks. Ilmneb, et viimastena kvalifitseeruvaid sotsiaalseid fakte nagu ka nende alusel konstitueeruvaid sotsiaalseid kollektiive esildub sotsiaalses faktitsiteedis tohutult.

III Õigusnorm

Adresseerudes käitujale heteronoomne käitumisnorm nõudleb käitu x!. Selliselt viisakusnorm nõudleb tuttavate tervitamist või nende tervitusele reageerimist, hea tooni norm nõudleb teatavalaadilise riietuse kandmist, moraalinorm nõudleb tänaval kukkunud kaaskodaniku abistamist, õigusnorm aga nõudleb, näiteks, registreerumist elukohale vastavas miilitsaorganis. Selgitatu kohaselt heteronoomne käitumisnorm öeldes oma adreassaadile käitu x! ikka ja alati kohustab oma adreassaati käituma x.

Ilmneb nüüd, et heteronoomsete käitumisnormide sarjas oleleb kahesuguseid norme. Esiteks, oleleb seal norme, mis kohustavad oma adreassaate käituma x ilma, et keegi ühtlasi oleks õigustatud nõudma neilt niisugust käitumist²⁵. Teiseks, oleleb seal aga ka selliseid norme, mis kohustavad oma adreassaate käituma x, kusjuures teatavad teised isikud on õigustatud nõudma, et kohustatud isikud tõepoolest käituksid x.²⁶

Sellekohaselt esimest liiki heteronoomse käitumisnormi puhul puuduvad konkreetset isikud, kel selle normiga kohustatute suhtes oleks nõudeõigus ehk pretensioon. Esimesse liiki kuuluvaid heteronoomseid käitumisnorme tavatsetakse

²³ Öeldu kohta vt. ja vrd. ib., lk. 91 jj. Seidler, op. cit., lk. 52 j. Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, München und Leipzig 1929, lk. 20 jj. Franclin Henry Giddings, The Principles of Sociology, New York 1921, lk. 376 jj. Vrd. selles mõttes ka Duguít' sotsiaalse solidaarsuse doktriini tema op. cit., lk. 22, 47 jj., 72 jj., 120.

²⁴ Vt. Kliimann, op. cit., ib.

²⁵ Vt. Kliimann, op. cit., lk. 126: „...on olemas vaid kohustatud isik, ilma et esineks vastav õigustatud isik. S.t. kui ühel isikul on kohustus millekski, siis teisel isikul, ..., pole ometi õigust nõuda selle kohustuse täitmist...“

²⁶ Vt. ib., loc. cit.: „...kohustatud isikule vastab õigustatud isik. S.t. kui ühel isikul on kohustus, siis on teisel isikul ka õigus nõuda selle kohustuse täitmist...“

summaarselt nimetada moraalnormeks²⁷. Kokkukõlas öelduga õigustume määratlema, et

(8) moraalnorm on pretensioonita heteronoomne käitumisnorm²⁸.

Teist liiki heteronoomsete käitumisnormide puhul oleleb aga alati konkreetseid isikuid, kes selle normiga kohustatute suhtes evivad nõudeõigust ehk pretensiooni. Nenditagu kohe, et õigusnormid ja üksnes õigusnormid selliseiks kirjeldatud mõttes pretensioosseiks käitumisnormeks osutuvadki. Sellele vastavalt määrateldagu ühtlasi, et

(9) õigusnorm on pretensioosne heteronoomne käitumisnorm²⁹.

§ 2. Kehtiva õiguse struktuur

I Õigusnorm ja õigus

Eelnenuga oleme järgnevaile arutlustele piisava täpsusega määratelnud õigusnormi formaalse mõiste. Oleme jõudnud selgusele, et õigusnorm ennekõike on heteronoomne käitumisnorm. Ning oleme ühtlasi jõudnud selgusele, et

²⁷ Vt. ib.: „Kohustus ilma õigustuseta ehk nõudeõigusetä, pretensioonita on vaid moraalne kohustus.“

Vrd. ka John Austin, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive law, I, London 1929, lk. 87: „Though some of the laws or rules, which are set by men to men, are established by political superiors, others are not established by political superiors,...“

„Closely analogous to human laws of this second class are a set of objects frequently but improperly termed laws, being rules set and enforced by mere opinion, that is, by the opinions or sentiments held or felt by an indeterminate body of men in regard to human conduct. Instances of such a use of the term law are the expressions – „The law of honour“, „The law set by fashion,...“

„The aggregate of human laws properly so called belonging to the second of the classes above mentioned, with the aggregate of objects improperly but by close analogy termed laws, I place together in a common class, and denote them by the term positive morality.“ – Vrd. Somlo, op. cit., lk. 72 jj. 170, nota 2.

²⁸ Vt. supra, nota .

²⁹ Vt. Kliimann, op. cit., lk. 126 j.: „Kohustus, millele aga korrespondeerib õigustus ehk nõudeõigus, pretensioon, on õiguslik ehk juriidiline kohustus.“ „Teiste sõnadega, õigus on pretensioosne imperatiiv...“ – Et Kliimanni jaoks vt. ib., „Iga imperatiiv tähendab mingi välisautoriteedi poolt tulevat heteronoomset tahtmust...“, siis ilmneb, et Kliimanni poolt antud õiguse määrang kattub ülemal esitatud õigusnormi määranguga. Selles asjaolus sisalduva kontroversi selgitamisele ning ühtlasi Kliimanni õiguse määrangu vajalikule analüüsimisele asutakse käesoleva käsitluse järgmises paragrahvis.

heteronoomne käitumisnorm on õigusnorm üksnes siis ent ka alati, siis, kui ta on nimelt pretensioosne heteronoomne käitumisnorm.

Nagu aga juba nenditud³⁰, käesolevas esitatud õigusnormi määrang, s.t. määrang (9), kattub Kliimanni poolt antud õiguse määranguga.

Kliimanni järgi nimelt õigus on pretensioosne imperatiiv³¹. Sealjuures selle imperatiivi pretensioosus tähendab seda, et selle imperatiiviga kohustatu suhtes evitakse pretensiooni, imperatiiv ise aga tähendab millist tahes mõnelt välisautoriteedilt adresseeruvat heteronoomset tahtmust³².

Et, sellekohaselt, imperatiiv Kliimanni järgi ongi heteronoomne käitumisnorm,³³ siis ilmneb, et

Kliimanni õigus = käesoleva käsitluse õigusnorm.

Öeldust järeldub, et vajaneb selgitada ennekõike õiguse ning õigusnormi mõistete relatsioon. Ning järeldub ühtlasi, et Kliimanni õiguse määrang ning käesoleva käsitluse õigusnormi määrang saavad osutada samaaegselt kehtivaiks üksnes siis, kui see relatsioon osutub identsusrelatsiooniks.

Osutub aga relatsioon õiguse mõiste ning õigusnormi mõiste vahel mingiks olgu siis milliseks tahes diferentsusrelatsiooniks, saab jääda kehtima üksnes kas Kliimanni õiguse määrang või käesoleva käsitluse õigusnormi määrang.

Öeldule vastavalt asutagu, esiteks, selgitama küsimust, kas õigus ja õigusnorm on või ei ole adekvaatsed mõisted.

Tõusetunud küsimuse lahendamisel lähtutagu õigusnormi struktuurile vastavast eksistentsiaalsest lausendist, mis, kokkukõlas eelpool selgitatuga, võiks sõnastuda järgmiselt

B evib pretensiooni, et y olles antud, A käitugu x.

Peetagu nüüd silmas evidentset tõde, et igal antud momendil võidakse õiguslikust tõelisusest haarata loendamatul arvul konkreetseid õigusnorme, mis veatult mahutuksid esitatud lausendisse. Sisustades esitatud lausendit konkreetse,

³⁰ Vt. supra, nota 29.

³¹ Vt. Kliimanni vastavat arendust op. cit., lk. 124 jj.

³² Vt. ib., loc. cit.

³³ Vt. eriti ib., lk. 125: „Sotsiaalse normativiteedi valdkonnas isik tunneb ennast olevat kohustatud käituma põhimõtte kohaselt, mis alati seondub mingi (...) anonüümse välisautoriteediga. Selliseid kohustavaid käitumisnorme nimetatakse sotsiaalseiks imperatiiviks...“

õiguslikus tõelisuses antud momendil esilduva õigusnormiga võidakse teda sel antud momendil sisustada loendamatute erisusudega.

Sisustades seda lausendit, näiteks, õigusnormiga a tähendab B ühte pretensiooni evivat isikut või ühtesid pretensiooni evivaid isikuid, y õigusnormis a määrateldud eeldusolmastikku, A õigusnormiga a kohustatut või kohustatuid ja x õigusnormiga a dikteeritavat käitumist. Sisustades teda aga õigusnormiga b tähendab B juba hoopis teist pretensiooni evivat isikut või teisi pretensiooni evivaid isikuid, y õigusnormis b määrateldud eeldusolmastikku, A õigusnormiga b kohustatut või kohustatuid ning x õigusnormiga b dikteeritavat käitumist.

Esimesel juhul see abstraktne lausend konkretiseeruks lausendiks

B_a evib pretensiooni, et y_a olles antud, A_a käitugu x_a .

Teisel juhul ta konkretiseeruks aga juba lausendiks

B_b evib pretensiooni, et y_b olles antud, A_b käitugu x_b .

Samaaegselt on ilmne, et sisustades esitatud lausendit antud momendil õiguslikus tõelisuses esilduva õigusega üldse võidakse teda aga sisustada ikka üksnes üheti. Sellise sisustamise puhul see abstraktne lausend saab konkretiseeruda üksnes lausendiks

B_{a-n} evib pretensiooni, et y_{a-n} olles antud, A_{a-n} käitugu x_{a-n} .

Sellejuures sümbol B_{a-n} tähendab kõiki õiguslikult normeeritavate käitumiste suhtes pretensiooni evivaid isikuid, sümbol y_{a-n} tähendab kõigi õiguslikult dikteerivate käitumiste eeldusolmastikke, sümbol A_{a-n} tähendab kõiki õiguslikult kohustatuid ning sümbol x_{a-n} tähendab kõiki õiguslikult dikteeruvaid käitumisi. Toodud arutlusest nähtub evidentselt, et õigus ning õigusnorm ei ole adekvaatsed mõisted.

Et sellisel juhul, nagu juba öeldud, määrang (9) ning Kliimanni õiguse määrang ei saa osutada mõlemad kehtivaiks, vajaneb, teiseks, selgitada, kumb neist määranguist siis kehtib. Et käesolevas, mõistagi, väidetakse määrangu (9) kehtivust, vajaneb sellekohaselt selgitada, miks ei kehti Kliimanni õiguse määrang.

Kokkukõlas eelpool õigusnormi määratlemise puhul öelduga nenditagu, et õigus, nagu seda selgitab Kliimann, tõepoolest on objektiviteet³⁴, objektiviteedina

³⁴ Sellega välistatakse õigus kategooriliselt nende „subjektiivsete“, emotsionaalsete, intuiitivsete ning muude puhtpsühholoogiliste nähtude sfäärist, kuhu seda enama või vähema

idealiteet³⁵, idealiteedina normativiteet ja normativiteedina nimelt sotsiaalne normativiteet³⁶. Nenditagu ühtlasi, et õigeks tuleb võtta ka Kliimanni jätkuvas arenduses sisalduv väide, mille kohaselt õigusnorm on pretensioosne imperatiiv ehk, nagu seda käesolevas väljendati, pretensioosne heteronoomne käitumisnorm³⁷.

Väärale teele sattub aga Kliimann niipea, kui ta oma õigusnormi määrangu expressis verbis sõnastab ühtlasi õiguse määranguna³⁸. Sealjuures ka Kliimannile on temale omases fenomenoloogilises vaatlusmenetluseski³⁹ ilmnenu, et õiguse fenomenaalakt sootuks erineb õigusnormi fenomenaalaktist. Ega ta muidu kõnelnuks kõrvutiasetsevais lauseis õigusest ja tema normist⁴⁰. Ega ta muidu öelnuks, et „õigus on pretensioosne imperatiiv, kuna kõlblus aga tähendab vabu

järjekindlusega on püüdnud paigutada kõik õiguspsühholoogistid, ennekõike aga L.I. Petražicki, Teorija prava i gosudarstva v sviazi s teoriei pravstvonnosti, I, St.-Peterburg 1909.

Niihästi Petražicki kui ka temast mõjutunud idealismikalduvate nõukogude autorite, eriti A.M. Reusner'i kriitikat vt. näiteks A.J. Võšinski, Nõukogude riigioigus, Tartu 1941, lk. 38 jj.

³⁵ Idealiteedina õigus osutub eritunnuslikuks kihistuseks ühiskondlike nähtude materiaalsele baasile toetuvale ideoloogilises pealiskitises. Vt. selle kohta eriti Karl Marx'i põhjaneva tähtsusega mõttekäiku teoses Zur Kritik der politischen Ökonomie, Erstes Heft, Moskau-Leningrad 1934, lk. 4: „Meine Untersuchung mündete in dem Ergebnis, dass Rechtsverhältnisse wie Staatsformen weder aus sich selbst zu begreifen sind, noch aus der sogenannten allgemeinen Entwicklung des menschlichen Geistes, sondern vielmehr in den materiellen Lebensverhältnissen wurzeln, deren Gesamtheit Hegel, nach dem Vorgang der Engländer und Franzosen des 18. Jahrhunderts, unter dem Namen „bürgerliche Gesellschaft“ zusammenfasst, dass aber die Anatomie der bürgerlichen Gesellschaft in der politischen Ökonomie zu suchen sei.“ Ning ib., lk. 5: „In der gesellschaftlichen Produktion ihres Lebens gehen die Menschen bestimmte, notwendige, von ihrem Willen unabhängige Verhältnisse ein, Produktionsverhältnisse, die einer bestimmten Entwicklungsstufe ihrer materiellen Produktivkräfte entsprechen. Die Gesamtheit dieser Produktionsverhältnisse bildet die ökonomische Struktur der Gesellschaft, die reale Basis, worauf sich ein juristischer und politischer Überbau erhebt, und welcher bestimmte gesellschaftliche Bewusstseinsformen entsprechen. Die Produktionsweise des materiellen Lebens bedingt den sozialen, politischen und geistigen Lebensprozess überhaupt.“

Vrd. siin ka Friedrich Engels, Anti-Dühring, Moskau 1939, lk. 12.

³⁶ Objektiviteedi, idealiteedi, normativiteedi ning sotsiaalse normativiteedi sellekohaseid mõisteid vt. Kliimann, op. cit., lk. 121 jj.

³⁷ Vt. supra, lk.

³⁸ Vt. Kliimann, op. cit., lk. 127: „... imperatiiv x on siis ja ainult siis õigus, kui imperatiiv x on pretensioosne imperatiiv. Teiste sõnadega, õigus on pretensioosne imperatiiv...“

³⁹ Kliimanni sissejuhatust oma fenomenoloogilisse vaatlusmenetluses vrd. ib., lk. 68 jj., 79 jj.

⁴⁰ Vt. ib., lk. 123: „Õigus normeerib, sätib, korraldab inimese käitumist. Tema norm on ikka mingi tegevuse, teo, toimingu norm.“

imperatiive⁴¹. Sellest nähtub vaieldamatult, et Kliimann kõlblusnormi mõistab tema mõttes vaba imperatiivina, kõlblust aga tema mõttes vabade imperatiivide paljusena, s.t. tema mõttes vabade imperatiivide kogumõistena.

On evidentne, et sellele vastavalt ka üksnes õigusnorm saab olla pretensioosne imperatiiv ehk et, nagu seda siin veel korratagu, üksnes

(9) õigusnorm on pretensioosne heteronoomne käitumisnorm.

Õigus sellevastu on ning saab olla ainult õigusnormide, s.t. pretensioossete heteronoomsete käitumisnormide paljus⁴² ja sellisena nimelt nende normide kogumõiste⁴³.

Aruteldust järeldub, esiteks, et Kliimanni õiguse määrang, mille kohaselt õigus on pretensioosne imperatiiv, ei osutu kehtivaks, ning et ta ei osutu kehtivaks sellepärast, et see määrang pretensioossete imperatiivide kogumõistet nimetab pars pro toto pretensioosseks imperatiiviks. Aruteldust järeldub, teiseks, et õigusnormide, s.t. pretensioossete heteronoomsete käitumisnormide ehk pretensioossete sotsiaalsete normide kogumõistena

(10) õigus on pretensioosne sotsiaalne normativiteet.

II Õigus ja kehtiv õigus.

Selgitatu kohaselt õiguse mõistesse kui õigusnormide kogumõistesse mahutusid kõik kunagi olnud, mahutuvad kõik praegu olevad ning saavad mahutama kõik olema saavad õigusnormid. Teisiti, õiguse mõistes sisaldusid kõik kunagi kehtinud, sisalduvad kõik praegu kehtivad ning saavad sisalduma kõik tulevikus kehtestuvad õigusnormid.

⁴¹ Vt. ib., lk. 127.

⁴² Õigusnormide kui erilaadsete käitumisnormide paljusena käsitlevad õigust niihästi marksistlikud õigusteoreetikud kui ka, üldiselt, üpris mitmepalgeliste kodanlike doktriinide esindajad. Vrd. Teorija gosudarstva i prava, Moskva, 1940, lk. 154. Vrd. ka Austin, op. cit., lk. . Somlo, op. cit., lk. 105 jj. Vrd. veel Richard Horneffer, Die Entstehung des Staates, Eine staats-theoretische Untersuchung, Tübingen 1933, lk. 40:

„Ohne eine erschöpfende Definition des Rechts geben zu wollen kann man von ihm aussagen, dass es eine Vielheit von Normen zur Regelung menschlichen Verhaltens ist.“

Vrd. ka Heinrich Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899, lk. 28: „Was wir Recht im objektiven Sinne nennen, ist ein Inbegriff einzelner Rechtsnormen.“

⁴³ Õigust õigusnormide kogumõistena tuleb aga teravalt lahus hoida mitmesuguseist õigusnormide kogumi- ja ühikumõisteist. Vt. selle kohta infra, lk. .

Sealjuures küsimusega, milline oli kunagi kehtinud õigus, tegeleb põhimõtteliselt õiguse ajalugu⁴⁴, kuna küsimusega, milline saab olema ja milline peaks olema tulevikus kehtestuv õigus, põhimõtteliselt tegeleb õiguspoliitika⁴⁵. Selle vastu jurisprudents sõna täpses mõttes tegeleb ennekõike küsimustega, mis käsitlevad kehtiva õiguse olemust.

Et õigusnormide kogumõistena õigus on pretensioosne sotsiaalne normativiteet, siis kehtivate õigusnormide kogumõistena kehtiv õigus, mõistagi, on nimelt kehtiv pretensioosne sotsiaalne normativiteet.

Kehtivaks õiguseks osutub aga kogu antud momendil olev õigus. Õiguse kehtivus on üksnes õiguse kui normativiteedi spetsiifiliseks esildumiskvaliteediks⁴⁶. Õiguse kehtivus on õiguse mõistes implitsiivselt antud⁴⁷. See tähendab, esiteks, et ikka ja alati

(11) kui x on õigus, siis x on kehtiv õigus,

teiseks, et

(12) kui x oli õigus, siis x oli kehtiv õigus

ning, kolmandaks, et

(13) kui x saab olema õigus, siis x saab olema kehtiv õigus.

Niisiis, õigus, kuivõrd teda oleleb, oleleb ikka kehtiva õigusena. Selgitatust hoolimata kõneldakse allpool, tegelemata seal õigusajalooga või õiguspoliitikaga,

⁴⁴ Vrd. S.A. Golunskij i M.S. Strogovič, op. cit., lk. ... Vrd. siin ka Rudolf Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, Halle a.d.S. 1911, lk. 752: „...so verbleiben als Gegenstand der Rechtsgeschichte gerade die Besonderheiten von gesetztem Rechte. Es sind die stofflichen Bestandteile irgend eines gegebenen Rechtsinhaltes, die einer notwendigen und unaufhörlichen Veränderung unterstehen ... und darum für sich die geschichtliche Betrachtung fordern.“

⁴⁵ Vrd. Kelsen, op. cit., lk. 1. Vrd. ka Kliimann, Administratiivakti teooria, Tartu 1932, lk. 24., E. Talvik, Juristide missioon, i. Akadeemia 1937, 2, lk. 78: „...jurist-poliitik vaatleb, kuidas peaks ja oleks võimalik õigusnormidega lahendada üht või teist eesmärki või muutunud olukorda. Ta lähtub sihist ja vahendist, ning arvestades otstarbekohasuseprintsipi, loob endale ise mingi ideaalkuju, mis on mõeldav kehtivas õiguses vaid de lege ferenda.“

⁴⁶ Vt. Kelsen, op. cit., lk. 7: „Wenn ... von einer „Geltung“ der Norm gesprochen wird, so soll damit zunächst nichts anderes ausgedrückt werden als die spezifische Existenz der Norm, die besondere Art, in der sie gegeben ist; zum Unterschied von dem Sein der natürlichen Wirklichkeit, das in Raum und Zeit verläuft.“

⁴⁷ Vt. Somlo, op. cit., lk. 126: „Gehört also die Geltung oder die Positivität zum Begriff des Rechts...“

õigusest üksnes harva, küll aga ikka ja aina kehtivast õigusest. Seda tehakse sellepärast, et juurdunud väärassotsiatsioonid terminiga õigus veelgi kipuvad seondama õigusajaloolisi ning õiguspoliitilisi elemente, kuna aga väljendiga kehtiv õigus selliseid elemente ei seendu.

Ärgu aga unustatagu, et õiguse olelu resp. tema kehtivuse eelduseks ikka ja alati on teatav kogemuslikult piisavaks peetav kokkukõla normisüsteemi ning sotsiaalse faktitsiteedi vahel⁴⁸. Ärgu ka unustatagu, et üksnes selliselt mõistetuna kehtiv õigus saab kvalifitseeruda ühiskondlikuks nähteks, sotsiaalseks objektiviteediks, millena teda põhjendatud konsekventsusega käsitleb eriti marksistlik doktriin⁴⁹.

Lisatagu siinkohal, et kõik allpool püstituvad väited taotlevad iseloomustada üksnes antud momendil olevat ehk kehtivat õigust⁵⁰.

III Kehtiva õiguse struktuur

Kui õigus on õigusnormide kogumõiste, siis, nagu juba öeldud, antud momendil olelev ehk kehtiv õigus on antud momendil olevate ehk kehtivate õigusnormide kogumõiste.

Esimeseks nendinguks teel kehtiva õiguse struktuuri manu olgugi kohe see, et kehtivate õigusnormide kogumõistena kehtiv õigus ei ole – nagu mikroskoopia tavatseb nimetada oma vastavaid vaatlusesemeid – „optiliselt tühi“. Vastupidi, kehtivas õiguses esildub mitmesuguseid struktuurielemente. Kehtiva õiguse struktuuriks on aga kehtiv õigusnorm.

⁴⁸ Olgu tähendatud, et sellele seisukohale on lõpuks jõudnud ka kodanliku õigusteooria suurim formalismiprohvēt Kelsen. Vt. tema op. cit., lk. 72: „Daraus, dass die Geltung einer Rechtsordnung, als eines irgendwie geschlossenen Systems von Rechtsnormen, von ihrer Wirksamkeit, das heisst davon abhängt, dass die Wirklichkeit, auf die sich die Rechtsordnung als Ganzes mit ihrem Inhalt bezieht, dieser Ordnung im allgemeinen entspricht, folgt nicht: ...“

⁴⁹ Vrd. S.A. Golunskij i M.S. Strogovič, op. cit., lk. 7: „Marksistko-leninskaja teorija gosudarstva i prava izučaet gosudarstvo i pravo kak osoboe obščestvennoe javlenija, opredeljaemoe v konečnom sčete proizvodstvennõmi otnošenijami, no ne svodit gosudarstvo i pravo k etim otnošenijam. Marksizm-leninizm učit ponimaniju svoeobrazija i osobennostej gosudarstvennõh i pravovõh otnošenij, ih roli i značenija v razvitii obščestva i bor'be klassov. Marksizm-leninizm otvodit poetomu izučeniju gosudarstva i prava osoboe mesto v sisteme obščestvennõh nauk...“

⁵⁰ Et antud momendil olelev õigus ikka ja alati on sel, antud momendil kehtiv õigus, seda peaks vaieldamatult selgitama ilmne contradictio in adiecto, mis sisaldub kehtivale õigusele vastavas kontraarses väljendis kehtetu õigus. Selline väljend on evidentselt sisutu väljend. Ta on puhtal kujul gegenstandslos Husserl'i mõttes. Viimast vrd. Kliimann, Õiguskord, lk. 76.

Jõudmaks kehtivast õigusnormist edasi kehtiva õiguse komplitseeritumate struktuuriühikute juurde nenditagu jatkuvalt järgmist.

Tavalisti ja üldpõhimõtteliselt kehtiv õigusnorm n tuletub kõrgemast kehtivast õigusnormist h⁵¹.

Olgu siinkohal meenutavalt lisatud, et kehtiva õigusnormi n tuletumine kehtivast õigusnormist h tähendab seda, et õigusnorm n on loodud isikute poolt, keda selleks legitimeerib õigusnorm h ning loodud viisil, mille õigusnorm h selleks legaliseerib. Teisiti, kehtiva õigusnormi n tuletumine kehtivast õigusnormist h tähendab nende normide vahelist õiguskontinuiteeti⁵².

Ühe kehtiva õigusnormi tuletudes teisest ja nimelt kõrgemast kehtivast õigusnormist saab aga selgeks, et teatavad kehtivad õigusnormid paratamatult hüpostaseeruvad kõrgeimate ning sellekohaselt ka muist kehtivaist õigusnormest tuletamatute kehtivate õigusnormidena.⁵³ Sellele vastavalt nenditagu, et kehtivas õiguses esildub, esiteks, nn. derivatiivseid kehtivaid õigusnorme, kusjuures

(14) derivatiivne kehtiv õigusnorm on kõrgemast kehtivast õigusnormist tuletuv kehtiv õigusnorm.

Teiseks, esildub kehtivas õiguses aga veel nn. inderivatiivseid kehtivaid õigusnorme, kusjuures

(15) inderivatiivne kehtiv õigusnorm on kõrgemaist kehtivaist õigusnormest tuletamatu kehtiv õigusnorm.

⁵¹ Selles väites sisaldub Adolf Merkel'i poolt esitatud ning kaasaegse õigusteooria põhivaraks saanud õiguskorra astmelise chituse, tema Stufenbau idee. Vrd. selle kohta tema Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien und Berlin 1927, lk. 85: „Es ist im vorstehenden schon wiederholt der Versuch einer neuen Rechtssystematik angedeutet worden: einer Systematik, die an die Stelle der rechtstranzendenten Kriterien ... rechtsimmanente Merkmale setzt.“ „So scheidet sich das ganze einzelstaatliche Recht einerseits in ein Verfassungsrecht, andererseits in ein Recht der Gesetze und der dem Gesetze gleichgeordneten und untergeordneten Rechtsquellen; so gliedert sich auch das unterverfassungsgesetzliche Recht wiederum weiter je nach dem Abstande von der Verfassung. Innerhalb der einzelnen Rechtsstufen ergibt sich wieder eine Unterteilung des Rechtsmaterials je nach der Art der Rechtsquelle, in der das Recht beschlossen ist.“ Vrd. ka ib., lk. 157 jj., 299.

⁵² Õiguskontinuiteedi kohta vrd. Kliimann, op. cit., lk. 149 j.

⁵³ Vrd. siin Kelsen, op. cit., lk. 63 jj. Vt. ka Alfred von Verdross, Zur Konstruktion des Völkerrechts, i. Zeitschrift für Völkerrecht, herausgegeben von Professor Dr. Josef Kohler, VIII. Band, Breslau 1914, lk. 337: „Der Normerfasser muss aber irgendwo haltmachen und irgendeine Norm als die oberste annehmen.“

Nagu neist määranguist nähtub, kehtivad inderivatiivsed õigusnormid ei tuletu ühestki kõrgemast kehtivast õigusnormist, sest neist kõrgemaid kehtivaid õigusnorme ei olele⁵⁴. Kehtivad derivatiivsed õigusnormid tuletuvad aga alati kehtivaist inderivatiivseist õigusnormest. Nad tuletuvad neist kas vahetult või aga kõrgemate ja omakorda kehtivaist inderivatiivseist õigusnormest tuletuvate õigusnormide kaudu.

Kogu eelnenus on teatava skemaatilise lihtsuse mõttes vaadeldud ikka ainult konkreetset, s.t. muist normest irratud ning individualiseeritud õigusnormi. Ärgu aga unustatagu, et niisugune individualiseeritud õigusnorm oleleb ning saab olelda üksnes teaduslikus abstraktsioonis. Õiguslikus tõelisuses esilduvad õigusnormid alati komplitseeritud normikompleksidena⁵⁵. Selliste normikomplekside väljendeiks on mitmesugused normatiivaktid⁵⁶. Et viimaste all tuleb mõista kõiki õiguse normatiivseid allikaid, tähendab kõiki õigustloovaid toiminguid, siis järelikult ka tavaõigus väljendub alati normatiivaktis⁵⁷.

Õigusnormid, mille väljendiks on konkreetne normatiivakt, võivad aga olla kas derivatiivsed või inderivatiivsed normid. Sellekohaselt nenditagu, et normatiivaktid liigituvad, esiteks, derivatiivseid norme väljendavaiks normatiivaktiks ja, teiseks, nderivatiivseid norme väljendavaiks normatiivaktiks. Nimetades

⁵⁴ Olgu tähendatud, et kuigi kehtivad inderivatiivsed õigusnormid ei tuletu kõrgemaist kehtivaist õigusnormest, võivad nad siiski tuletuda teatavaist kunagi kehtinud õigusnormest. Sellisel juhul need inderivatiivsed õigusnormid osutuvad derivatiivseiks ajaloolises mõttes. On selge, et niisugust ajaloolist derivatiivsust märgitsev õiguskontinuiteedi joon väljub antud momendil kehtiva õiguse pinnalt ning kulgeb kunagi kehtinud õiguse mitmesuguseis kihtides.

Toonitagu siinkohal, et kõneldes allpool derivatiivseist ning inderivatiivseist normest ning aktest vastavad normid kvalifitseeritakse derivatiivseiks või inderivatiivseiks ikka üksnes määrangute (14) ja (15) kohaselt, s.t. täiesti arvestamata nende mõeldavat ajaloolist derivatiivsust.

⁵⁵ Vt. Kliimann, op. cit., lk. 234: „Lõppeks juhitage tähelepanu ka sellele, et individuaalsete normide kui üksiknormide kujutus loob väära arvamuse, nagu esineks mingi õigusnorm täiesti üksikult oma kindlal konkreetsetel kujul ja kindlas individuaalses sisus. Nii on see küll vaid lihtsustatud teaduslikus kujutelmis ja objektiveeritud abstraktsioonis. Tõeliselt ei looda kunagi puhtindividuaalseid norme. Tõeliselt iga normatiivtoiming tekitab arvutu hulga väga mitmesulisi normistikke. Normid esinevad alati vaid suurte hulkade kogumina pluraalselt, eriliste normikompleksidena kui multum tantum.“ Vt. ka Somlo, op.cit., lk. 98: „...folgt zugleich, dass es eine Rechtsnorm als isolierte Einheit, ohne dass sie zugleich einer Vielheit von Schwestern angehörte nicht geben kann.“

⁵⁶ Vrd. Kliimann, op. cit., lk. 123.

⁵⁷ Vrd. Hans Morke, Theorie des Gewohnheitsrechts, Problementwicklung und System, Wien 1932, lk. 159 jj., 166 jj.

sellele vastavalt esimesi derivatiivseiks akteks ning teisi nderivatiivseiks akteks määrateldagu, et

(16) derivatiivne akt on derivatiivsete normide väljendusakt,

kuna aga

(17) nderivatiivne akt on nderivatiivsete normide väljendusakt.

Kehtiva inderivatiivse normatiivakti normistikest tuletub derivatiivseid normistikke, viimastest tuletub madalama astme derivatiivseid normistikke ja viimastest omakorda veelgi madalamate astmete derivatiivseid normistikke. Kõik need mitmesuguste astmete derivatiivsed normistikud väljenduvad vastavais derivatiivseis aktes.

Niimoodi nähtub, et konkreetne inderivatiivne akt osutub temast tuletuvate derivatiivsete aktide isepärase püramidaalkonstruktiooni tippaktiks. Nähtub, et konkreetse inderivatiivse akti normistikud moodustavad koos kõigi neist tuletuvate derivatiivsete normistikkudega erilise normatiivse ühiku.

Tuletudes oma tippakti inderivatiivseist normistikest see normatiivühik peab olema loogiliselt ekskludentne kõigi teiste juriidiliste normatiivühikute suhtes. Et niisugune normatiivühik juriidilise korraühikuna on nimelt õiguskord ning et ta, sisaldumatuna muis õiguskorras, esildub normatiivse totaliteedina, tavatsetakse teda nimetada ka totaalõiguskorraks. Totaalõiguskorda definiitsoorselt määratelles öeldagu, et

(18) totaalõiguskord on inderivatiivse normatiivakti normistikest ning sealt tuletuvast derivatiivseist normistikest moodustuv kehtiva õiguse ühik⁵⁸.

Konkreetse totaalõiguskorra inderivatiivseid normistikke nimetatagu sealjuures selle konkreetse totaalõiguskorra tippnormistikeks⁵⁹.

⁵⁸ Totaalõiguskorra kohta vrd. Kliimann, op. cit., lk. 112, 154, 185. Kelsen, op. cit., lk. 54 j., 138, 150. Somlo kohta olgu siin, muide, tähendatud, et tema Rechtsordnung ikka ja alati ongi nimelt totaalõiguskord. Vrd. tema op. cit., lk. 93 jj., 97 j. ning 167 jj.

⁵⁹ Pandagu tähele, et tippnormistikel esitatud mõttes pole midagi ühist fundamentaalnormati ehk Ursprungsnormi’i ehk Grundnorm’iga, nagu seda proponeerib Kelsen, op. cit., lk. 64 jj., id., Allgemeine Staatslehre, lk. 104. Kelsen’i fundamentaalnormati kohta vt. ka Kliimann, op. cit., lk. 39: „Ta /fundamentaalnormati/ pole üldse positiivne ega saagi seda olla, sest sellist sisutut normi ei tunne ükski õiguskord. Tema olelu on tingitud üksnes Kelsen’i süsteemi loogilisest vajadusest. Puhta mõeldisena ta on postulaatprintsipi, mis kehtib vaid „loogiliselt“, olles ainult selleks, et päästa Kelsen’i rakenduslikku dogmatismi loogilisest sulgematusest.“ ning järgmises

Selle kohta, millised õigusnormid – ning sellele vastavalt normatiivaktid – kvalifitseeruvad inderivatiivseiks ülemal selgitatud mõttes, oleb kaasaegses õigusteoorias peamiselt kahesuguseid vaadendeid⁶⁰.

Neist ühtede vaadendite järgi kvalifitseeruvad inderivatiivseiks üksnes mõningad rahvusvahelise õiguse normid, mis koonduvad rahvusvahelise õiguse tavaõiguslikuks tippnormistikuks.

On selge, et nende vaadendite kohaselt osutuvad derivatiivseiks, esiteks, kõik rahvusvahelise õiguse normistikud kuivõrd nad ei sisaldu rahvusvahelise õiguse tavaõiguslikus tippnormistikus ning, teiseks, ka kõik etatistliku internõiguse normistikud⁶¹.

Et nende vaadendite kohaselt kõik need derivatiivsed normistikud tulevad rahvusvahelise õiguse inderivatiivseist normest, siis nad moodustavad, koos vastavate inderivatiivsete normidega, ühtse summaarse totaalõiguskorra⁶². Kuna selle totaalõiguskorra inderivatiivsed normid on nimelt teatavad rahvusvahelise õiguse normid, siis vastavad vaadendid tavatsevad end nimetada ka rahvusvahelise õiguse primaati proponeerivaiks vaadendeiks⁶³. Jatkuvast nimetatagu neid lihtsamalt internatsionaalprimaatseiks vaadendeiks ning neile vastavat kehtiva õiguse struktuurikonstruktsiooni kehtiva õiguse internatsionaalprimaatseks konstruktsiooniks.

Olgu tähendatud, et internatsionaalprimaatsed vaadendid ei osuta üksmeelt selles, milliseid rahvusvahelise õiguse norme käsitleda oma summaarse totaalõiguskorra inderivatiivsete normidena. Internatsionaalprimaatsete vaadendite

enamus serveerib oma summaarse totaalõiguskorra ainsa inderivatiivse normina traditsioonilise pacta sunt servanda⁶⁴. Teiselt poolt internatsionaalprimaatsete vaadendite teatav vähemus näeb oma summaarse totaalõiguskorra tavaõiguslikus fundamentaalaktis väljenduvat, esiteks, normi pacta sunt servanda aga, teiseks, ka neid tavaõiguslikke rahvusvahelise õiguse norme, mis konstitueerivad riigi rahvusvahelise õiguse mõttes⁶⁵.

Lisatagu, et hoolimata siin osutatud kui ka osutamata jäänud põhilisest erisusest üksikuis internatsionaalprimaatseis vaadendeis,⁶⁶ nende vaadendite ühistunnuslikku põhikontseptsiooni pooldab kaasaegsete kodanlike õigusteoreetikute enamus⁶⁷.

Selgitatust nähtub, et käsitletud internatsionaalprimaatsete vaadendite kohaselt kvalifitseerub inderivatiivseiks igal juhul ainult üks normatiivakt ja nimelt rahvusvahelise õiguse tavaõiguslik fundamentaalakt. Vastavaid vaadendeid nimetatagu sellepärast ka singularistlikeks vaadendeiks. Sellevastu teiste, vahetult alamal käsitledavate vaadendite kohaselt kvalifitseerub inderivatiivseiks terve rida normatiivakte. Neid vaadendeid nimetatagu sellepärast pluralistlikeks vaadendeiks.

passuses koguni: „Et selline normiloogiline fundamentaalnorm on loogikavastane ja et temast kui metajuriidilisest ei saa deriveerida juriidilist, on indirektselt tõestatav loogiliku „sub“- ja „kui ... siis“-menetluses.“ Vrd. ka Artur Mägi, Suveräänsuse probleem, Tartu 1937, lk. 23 jj. On ilmne, et tippnormistik käesolevas esitatud mõttes ikka ja alati on positiivse ehk kehtiva õiguse normistik ja nimelt inderivatiivne kehtiva õiguse normistik.

⁶⁰ Nende peamiste vaadenditena, nagu see alamal selgub, käsitletakse siin üksnes monistlike vaadendite kahte põhisuunda, ei käsitleda aga üksikasjalisemalt dualistlike vaadendeid. Vt. infra, lk. .

⁶¹ Väljendit etatistlik internõigus pro lihtsalt internõigus kasutatakse siin põhjusel, et terve rea kodanlike autorite poolt osutatakse ka ekstraetatistlikule internõigusele. Vrd. näiteks Kliemann, op. cit., lk. 110, 129.

⁶² Vrd. siin Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1920, lk. 249 jj.

⁶³ Vt. Kelsen, op. cit., lk. 204 jj., Josef L. Kunz, Die Staatenverbindungen, Stuttgart 1929, lk. 3 jj., eriti aga Walter Schiffer, Die Lehre vom Primat des Völkerrechts in die neueren Literatur, Leipzig und Wien, 1937.

⁶⁴ Vrd. Kunz, op. cit., lk. 10. Näitena vt. Kelsen, op. cit., lk. 217: „...Es /das Völkerrecht/ ist nicht Vertrag, sondern Gesetz, sofern eben unter Gesetz im Gegensatz zum Vertrag eine von dem Willen der Normadressaten unabhängige Rechtssatzung verstanden wird. Und speziell der Völkerrechtsatz pacta sunt servanda verdient ... vollauf den Namen einer Satzung, ..., durch die ein Völkerrecht als die Konstituierung einer Gemeinschaft koordinierter Gemeinwesen allererst ermöglicht wird.“ Rahvusvahelise õiguse suhtes sarnaselt konstrueerib ka muidu küll puhtakujulisse dualismi sattunud Dionizio Anzilotti, Corso di diritto internazionale, Roma 1923, lk. 27.

⁶⁵ Vt. Kunz, op. cit., lk. 11: „Der Primat der Völkerrechtsordnung besagt, dass alle Normen auf die völkerrechtliche Grundnorm zurückzuführen sind. Diese völkerrechtliche Grundnorm ist aber meines erachtens nicht die Einzelnorm „pacta sunt servanda“, sondern ein Grundnormengefüge, das, ..., aus dem Satze „pacta sunt servanda“ und aus der den „Staat im Sinne des Völkerrechts“ determinierenden Norm besteht.“ Vrd. ka id., Die Anerkennung von Staaten und Regierungen im Völkerrecht, Stuttgart 1928, lk. 53 jj.

⁶⁶ Vrd. Schiffer, op. cit., lk. 11: „... man müsste annehmen können, eine so vielfach verteidigte und bekämpfte Theorie stehe ihrem Inhalt nach ... eindeutig fest,... Ein kurzer Blick in das Schrifttum lehrt jedoch, dass von einer eindeutigen Formulierung der Theorie nicht die Rede ist.“

⁶⁷ Vrd. Georges Gurvitch, L'Idée du Droit Social, Notion et système du Droit Social. ..., Paris 1932, lk. 51: „Le droit d'integration de la communauté englobante règle dans ces cas les rapports entre les ordres du droit social particulariste; leurs fonctions précises, leurs cercles de competences dépendent de la règle variable de l'ordre du droit social commun, dans lequel ils sont englobés. A ce point de vue la „primaute du droit international“ sur le droit national, dont on parle tant à l'heure actuelle et qui commence a devenir la communis opinio doctorum...“

Tähendatagu aga kohe, et pluralistlike vaadendite sarjas esineb kahte diferentset tüüpi vaadendeid. Esimest tüüpi pluralistlikud vaadendid väidavad inderivatiivseiks üksnes internõiguslikke normatiivakte. Nende vaadendite kohaselt kvalifitseeruvad inderivatiivseiks nimelt üksnes nn. suveräänsete riikide põhikorraaktid⁶⁸. Teist tüüpi pluralistlikud vaadendid aga kvalifitseerivad inderivatiivseiks, esiteks, nn. suveräänsete riikide põhikorraaktid ent, teiseks, ka veel rahvusvahelise õiguse tavaõigusliku fundamentaalakti⁶⁹. Seda akti kujutlevad need vaadendid tavalisti väljendavana vaid normi pacta sunt servanda⁷⁰ Selgitatust nähtub, et esimest tüüpi pluralistlikud vaadendid osutuvad oma konstruktsioonilt monistlikeks, teist tüüpi pluralistlikud vaadendid aga dualistlikeks vaadendeiks⁷¹.

Olgu aga siinkohal toonitunud, et kaasaegne moodne õigusteooria on juba suhteliselt ammu lakanud tunnustamast dualistlike vaadendeid teaduslikult arvestatavaiks. Nende vaadendite loogiline defektsus saab kummutamatult selgeks eriti Kelseni vastavais arutlustes⁷² kuid ka Wiini kooli hilisemate autorite töis⁷³. Sel põhjusel olgu juba käsitletud singularistlikele vaadendeile allpool vastastatud üksnes nn. pluraalmonistlike vaadendeid. Toonitatuaga ühtlasi, et kuivõrd expressis verbis ei seletata muud, on väljendiga pluralistlikud vaadendid allpool mõeldud ikka üksnes pluraalmonistlike vaadendeid.

Nagu see nähtus pluralistlike vaadendite kohta eelpool juba lausutust, nende vaadendite kohaselt kehtivas õiguses diferentseerub terve rida totaalõiguskordi. Neiks totaalõiguskorriks osutuvad aga sellekohaselt nn. suveräänsete riikide õiguskorrad. Et kõik pluralistlikud, s.t. pluraalmonistlikud vaadendid oma totaalõiguskordade inderivatiivseiks akteks peavad, nagu juba öeldud, internõiguslikke ja nimelt riigiõiguslikke akte, siis vastavad vaadendid tavatsevad end

⁶⁸ Vrd. siin Kliemann, op. cit., lk. 110: „Riigivõim ehk poliitilise ühiku kõrgeim võim erineb kõigist muist selle poolest, et ta kui ühiku juhtimisõigus ei põhine ühelgi kõrgemajõulisel õigusnormil, millest teda saaks deriveerida.“ „Selles mõttes see õigus on tuletamatu, ürgne, originaarne ja suveräänne...“ ning selle kõrval ühtlasi ib., lk. 154. Albert Zorn, Grundzüge des Völkerrechts, Leipzig 1903, Kelsen, op. cit., lk. 154 jj., ka Merkel, Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie, i. Archiv des öffentlichen Rechts, 41. Band, 2. Heft, Tübingen 1921.

⁶⁹ Nii Anzilotti, op. cit. Samuti, ehkki vähem pregnantselt ka Triepel, op. cit.

⁷⁰ Vt. Anzilotti, op. cit., loc. cit.

⁷¹ Monistlike ning dualistlike vaadendite kohta vt. Kunz, Staatenverbindungen, lk. 1 ning seal osundatud kirjandus.

⁷² Vt. siin eriti Kelsen, op. cit., lk. 134 jj. Kelseni vaadendi hilisemat formuleeringut vrd. tema Reine Rechtslehre, lk.

⁷³ Sellistena esildatagu siin ennekõike Verdross, Völkerrecht, Berlin 1937 ning Kunz, op. cit.

nimetada ka riigiõiguse primaati proponeerivaiks vaadendeiks⁷⁴. Jatkuvas nime-tatagu neid lihtsamalt internprimaatseiks vaadendeiks ning neile vastavat kehtiva õiguse struktuurikonstruktsiooni kehtiva õiguse internprimaatseks konstruktsiooniks.

Kõigest eelnenust on nüüd juba selge, et kehtiva õiguse struktuuriühikuks totaalõiguskord osutub üksnes internprimaatse konstruktsioonis. Seda sellepärast, et üksnes sellises konstruktsioonis kehtiv õigus diferentseerub terveks reaks totaalõiguskorriks. Sellevastu internatsionaalprimaatse konstruktsioonis kehtiv õigus sisaldub tervikuna ühes summaarses totaalõiguskorras. Niisuguses konstruktsioonis saavad sellepärast kehtiva õiguse struktuuriühikuiks osutada ainult selle summaarse ning ainsa totaalõiguskorra enda mitmelaadilised struktuuriühikud.

Jatkuvate arenduste fundamentaalse põhitõena olgu siin lõpuks esile tõstetud veel järgmist.

Nagu juba selgitatud, derivatiivse akti normistikud tuletuvad ikka ja alati inderivatiivse akti normistikest. Igale totaalõiguskordade paljust eeldavale konstruktsioonile tähendab öeldu aga seda, et kogu kehtiv õigus jäägitult ja veatult mahutub olelevaisse totaalõiguskordadesse.

IV Probleemiseade

Esitatuga on selgitatud kehtiva õiguse nn. internprimaatse konstruktsiooni olemus. Asutagu nüüd, kasutades eelnevas saavutatud mõistekontseptsioone, konkretiseerima allpool lahendada püütavat küsimust.

Sellele eelnevalt olgu rõhutatud, et järgnevad arutlused ka seal, kus seda ei lisata expressis verbis, ikka baseeruvad kehtiva õiguse internprimaatse konstruktsioonil. Teisiti, nad baseeruvad eeldusel, et kehtivas õiguses esildub terve rida inderivatiivseid akte ning et seal sellele vastavalt diferentseerub ka terve rida separaatseid totaalõiguskordi.

⁷⁴ Vt. supra, lk. 25, nota 64.

Traditsionalistlike autorite töis traditsiooniliselt leiduv konstruktsioonisünkretism – üheaegne lähtumine nii dualistliku kui ka monistliku konstruktsiooni alustelt – ei saa siin tulla lähemale vaatlusele. Selle kohta vt. Kelsen, Das Problem der Souveränität, lk. 139 jj.

Fundeerumine järjekindlalt üksnes internprimaatsel konstruktsioonil on metodoloogiliselt paratamatu kõikjal, kus riigile omistatakse suveräänsus kui Rechtsvoraussetzungsbeff⁷⁵. Fundeerumine sel konstruktsioonil on, teisiti, paratamatu kõikjal, kus riigi õiguskorda peetakse totaalõiguskorraks. Selleks ja üksnes selleks kvalifitseerib teda aga ühtselt kogu kaasaegne nõukogude juriidiline literatuur⁷⁶.

Ei saa siinkohal ometi jätta toonitamata seda, et hüpoteetilise ning puhtloogilise eelduskonstruktsioonina võib kehtiva õiguse struktuuri käsitlemise aluseks olla nii internprimaatne kui ka internatsionaalprimaatne konstruktsioon⁷⁷. Sõltuvalt ennekõike oma poliitilis-ideoloogilisest suunitlusest võib konkreetne käsitleja suvaliselt lähtuda kas ühest või teisest⁷⁸. Sealjuures nõukogude kaas-aegsesse juriidilisse literatuuri puutuvalt piirduagu siin üksnes nendinguga, et säääl konsekventselt baseerutakse internprimaatsel konstruktsioonil. Küsimusele, kas, miks ning kuivõrd sellel konstruktsioonil baseerumine on paratamatu nimelt sotsialistlikust internõigusest lähtujale, asutagu, loodetavasti, selgitust pakkuma teisel.

Nagu seda mainiti juba käesoleva Eessõnas, siin toodavate arutluste sihiks on inordineerida nn. rahvusvaheline leping kehtiva õiguse internprimaatsesse konstruktsiooni.

Esitatuga on jätkuvaks piisava täpsusega piiritletud kehtiva õiguse internprimaatne konstruktsioon. Teisiti, on piiritletud see normisüsteematoloogiline konstruktsioon, millega nn. rahvusvahelist lepingut relatsiooni viia ja nimelt inordinatsioonirelatsiooni viia ongi jätkuva ülesandeks.

⁷⁵ Rechtsvoraussetzungsbeff'i ning talle korrespondeeruva Rechtsinhaltsbeff'i kohta vt. Somlo, op. cit., lk. . Suveräänsuse kui kahetisisustuva mõiste, esiteks, kui Rechtsvoraussetzungsbeff'i ning, teiseks, kui Rechtsinhaltsbeff'i vaheteo selgitab esmakordselt Kunz, op. cit., lk. 21 jj.

⁷⁶ Vrd. Golunskij i Strogovič, op. cit., lk. 301: „Meždunarodno-pravovõe dogovorõ SSSR s kapitalističeskimi gosudarstvami zakrepljajut ih vzjaimnõe prava i objazannosti. Poskol'ku v etih dogovorah võražajutsja te poliitičeskie principõ, kotorõe provodit SSSR i kotorõe ležat v osnove politiki SSSR, meždunarodnoe pravo dolžno bõt' vključeno v sistemu sovetskogo prava kak evo otrasl'...“ Sel eeldusel rajanevat praktilispoliitilist printsibiistikku vrd. J. Stalin, Politisches Bericht des Zentralkomitees an den XVI Parteitag der KPdSU(B), i. id., Fragen des Leninismus, Moskau 1938, lk. 497 jj.

⁷⁷ Seda väidet on eriti põhjendanud Kelsen. Vt. näiteks tema Allgemeine Staatslehre, lk. .

⁷⁸ Vrd. ka Merkl, op. cit., lk. 190 jj. Niihästi säääl kui ka nota 77 viidatus toodavat argumentatsiooni arvestatagu ka internprimaatse ning internatsionaalprimaatse konstruktsiooni suvalist valitavust eitavate väidete suhtes, nagu neid esitab näiteks Kunz, op. cit., lk. 4 jj.

Selle ülesande rahuldav lahendas eeldab aga, mõistagi, piisavalt täpset pilti nn. rahvusvahelise lepingu enda normiloogilisest struktuurist. Viimase tuvastamisele siirdutaksegu käesoleva järgnevais arutlustes. Seda tehakse aga lähtudes kahest siin diskuteerimata jäetavast põhiväitest. Esimeseks neist sellekohaselt aksioomena omaks võetavaist väiteist on väide, et

(19) rahvusvaheline õigus on õigus ehk et, vastavalt väitele (10),

(20) rahvusvaheline õigus on pretensioosne sotsiaalne normativiteet⁷⁹.

Tähendatagu, et väite (19) resp. (20) omaksvõttu siinkohal juba eeldatakse, kuna selleta ei saanud ju tõusetuda eelpool käsitletud primaadikonstruktsioonide küsimus.

Teiseks siin mõeldud põhiväiteks on aga väide, et

(21) nn. rahvusvaheline leping on rahvusvahelise õiguse norme väljendav normatiivväljend⁸⁰.

Õeldule vastavalt püütakse käesolevas selgitada, esiteks, nn. rahvusvahelise lepingu kui eritunnusliku juriidilise normatiivväljendi normiloogilist struktuuri. See selgitatud, püütakse seal, teiseks, inordineerida nn. rahvusvaheline leping kehtiva õiguse internprimaatsesse konstruktsiooni.

Nn. rahvusvaheline leping rahvusvahelise õiguse norme sõnastava normatiivväljendina seondub aga terves reas keeltes etümoloogiliselt lepingu mõistega. Rahvusvaheline leping ehk ka välisleping⁸¹, meždunarodnoj dogovor, traité international, international treaty, tratto internazionale, Staatsvertrag, statsfördrag

⁷⁹ Selle presumptsiooniga välistuvad käesoleva jaoks kõik need tõeliste Völkerrechtsleugner'ite väitestikud, mis, eitamata rahvusvahelist õigust normativiteedina, eitavad teda juriidilise normativiteedina. Siia kuuluvad käesolevas juba viidatud autoreist Austin ja Somlo, pealeselle rida Hegeli õigusfilosoofiast mõjutunud autoreid möödunud sajandist, ennekõike Adolf Lasson, Prinzip und Zukunft des Völkerrechts, Berlin 1871. Sellevastu, nagu see nähtub infra, tulevad käesoleva jaoks erilisel arvesse vaadendid, nagu neid esitatakse nende, mõnelt poolt eksikombel Völkerrechtsleugner'eiks nimetatavate autorite poolt, kes rahvusvahelises õiguses näevad nn. välist riigiõigust. Käesolevas juba viidatud autoreist kuulub siia ennekõike Zorn.

⁸⁰ Mida siin expressis verbis toonitatakse sellepärast, et oleleb ka vaadendeid, mille kohaselt nn. rahvusvahelises lepinguis väljenduv õigus polevat üldse mitte rahvusvaheline õigus.

⁸¹ Seose kohta eesti vastavas terminoloogias tarvitatava välislepingu ning rahvusvahelise lepingu vahel vt. infra, lk. .

viib lingvismi kalduva tõlgendaja kahtlusteta veendumusele, et see ei tähendagi muud kui rahvusvahelise õiguse norme väljendavat lepingut. Kuivõrd niisugune lingvistlik kontseptsioon tänini valdab pea kõigi internprimaatses konstruktsioonist lähtuvate juristide teadvust, nähtub allpool nn. rahvusvahelise lepingu traditsioonilisi määranguid käsitlevas vaatluses.⁸²

Õeldust ilmneb vahetult, et selgitamiseks nn. rahvusvahelise lepingu normiloostruktuuri ennekõike tuleb selgitada nn. rahvusvahelise lepingu relatsioon lepingu mõistega. Teisiti, tuleb selgitada, kas lepingu mõiste on või ei ole genusmõisteks nn. rahvusvahelise lepingu mõistele. Selleks aga vajaneb esmajärjekorras määratella lepingu mõiste.

Selgitatule vastavalt käesolevas tõstatatud probleem osutuks lahendamaks vastustega järgmistele küsimustele

- I. Mis on leping?
- II. Mis on nn. rahvusvaheline leping?
- III. Kuidas inordineerub nn. rahvusvaheline leping kehtiva õiguse internprimaatsesse konstruktsiooni?

Olgu ühtlasi lisatud, et vastamaks neist küsimustest viimasele vajaneb eelnevalt mõnevõrra tutvuda veel ka nn. rahvusvahelise lepingu inordinatsiooniga kehtiva õiguse internatsionaalprimaatsesse konstruktsiooni.

⁸² Vt. infra, lk. .

II peatükk. Lepingu mõiste

§ 3. Leping kui plurilateraalne normatiivakt

I Leping kui normatiivakt

Termin leping on eesti käibekeeles kasutatav üpris paljudes tähendustes. Ent ta on ka meie juriidilise keele juurdunumaid ekvivokatsioone. Tema mitmest tähendusest meie juriidilises keeles esildatagu siin vaid järgmisi:

Esiteks märgitsetakse temaga tsivilistlike aktide ehk eratingute⁸³ mitmeid eritüüpe⁸⁴. Teiseks märgitsetakse temaga mõningaid publitsistlike haldusakte, millistest mainitagu ennekõike normatiiv-, kollektiiv- ning tariifilepinguid⁸⁵. Ning kolmandaks, tavatsetakse temaga märgitseda veel ka neid, rahvusvahelisiks lepinguiks nimetatavaid, normatiivtomininguid⁸⁶, milliste struktuuri tuvastamisega tegeldakse käesolevas.

Nagu aga juba öeldud, lepinguks tema käibekeelses rakenduses nimetatakse pealeselle ka õige mitmelaadseid metajuriidiliste nähete valdkonda kuuluvaid ja nimelt metajuriidilise normativiteedi valdkonda kuuluvaid nähteid⁸⁷. Lepinguiks nimetatakse sel moel ennekõike mitmesuguseid moraalinormativiteedi sfääri

⁸³ Olgu siin juhitud tähelepanu sellele, et käesolevas püütakse võimalust mööda vältida avaliku ning eraõiguse diferentside esildamist. Sellepärast nimetatakse siin ka kõiki, niihästi avalik- kui ka eraõiguslike normatiivtoiminguid normatiivaktteks ega tehta terminoloogilist vahet ühelt poolt eraõiguslike ehk tsivilistlike tehingute ja teiselt poolt avalikõiguslike ehk publitsistlike aktide vahel nagu seda vahet teeb Kliimann (vt. tema Administratiivakti teooria, lk. 42 jj.). Vrd. ka supra, lk. 22 j.

⁸⁴ Vrd. VNFSV Tsiviilkodeksi, Ametlik tõlge, Tallinn 1945. Vrd. ka Nõukogude tsiviilõigus (üldtoimetaja J. F. Mikolenko) Tartu 1941, lk. 121: „Leping on kahe või mitme isiku kokkulepe tsiviilõiguslike suhete tekitamiseks, muutmiseks või lõpetamiseks,“ ning ib., lk. 122: „Sotsialistlike organisatsioonide vaheline leping on seega kahe või mitme sotsialistliku organisatsiooni kokkulepe nende tsiviilõiguslike suhete tekitamiseks, muutmiseks või lõpetamiseks...“

⁸⁵ Vrd. Kliimann, op. cit., lk. 186 jj.

⁸⁶ Vrd. NSVL Konstitutsioon, §§ nende ametlikus eestikeelses tõlkes ning ENSV Konstitutsioon, §§ . Vrd. ka A. Piip, Rahvusvaheline õigus, Tartu 1936, lk. 209 jj.

⁸⁷ Vt. siin eriti Somlo, op. cit., lk. 171: „Ein Vertrag an sich ist noch keine juristische Erscheinung; dazu wird er erst dadurch, dass ihn eine Rechtsnorm für bindend erklärt. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass ein Vertrag schlechthin nicht an und für sich für die Vertragsparteien bindend sei; es ist damit nur gesagt, dass die Vertragsverpflichtung nicht schlechterdings eine juristische Verpflichtung ist.“

lülituvaid „normatiivtoiminguid“⁸⁸. Viimast silmas pidades toonitatu siin kõigepealt, et kui allpool kõneldakse lepingust, siis seal mõeldakse ikka ja alati üksnes juriidilist lepingut. See tähendab, et kõik allpool lepingu kohta väidetav pretendeerib kehtivusele üksnes juriidilise lepingu kohta. Ainult muuseas olgu siin lisatud, et terve rida allpool püstituvaist väiteist, vastava ümbersisustamise korral, iseloomustaksid adekvaatselt ka metajuriidilist lepingut.

Ent juriidilise lepinguna mõistetakse, nagu öeldud, väga erinevaid normatiivtoimingute liike. Ning koguni ka nende üksikute liikide sisustamisel oleleb paljusid ennekõike koolkondlikest suunitlusist tingitud erivaadendeid. Niisuguse mitmetimõistetava akti näitena toodagu siin esmajärjekorras tsivilistlik leping.

Traditsiooniliselt tavatsetakse tsivilistlikku lepingut käsitleda isepärase puht-voluntaristliku aktina. Sellise käsitluse puhul tavatsetakse temas näha kas erilist kongruentsete tahete liidendamisakti⁸⁹ või aga ka diferentsete tahete seondamistoimingut⁹⁰. Ent eratehinguis, ergo siis ka tsivilistlikus lepingus kui teatavat

⁸⁸ Vt. ib., loc. cit.: „Sie /die Vertragsverpflichtung/ kann nämlich auch als bloße ethische oder konventionelle Verpflichtung bestehen. Es kann aber schliesslich ein Vertrag auch bloss auf Grund der Individualnormen Geltung beanspruchen, die im Versprechenswillen der Parteien zum Ausdruck gelangen.“

⁸⁹ Nõnda käsitleb lepingut ennekõike Friedrich Karl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1840, Bd. III, lk. 309: „Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden. Dieser Begriff enthält eine einzelne Anwendung des allgemeineren, ... Begriffes der Willenserklärung. Er unterscheidet sich als einzelne Art von dieser seiner Gattung durch das Merkmal der Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen, Ungetheilten Willen, ...“ Ning ib., lk. 308: „Diese Mehreren müssen irgend Etwas, und zwar beide dasselbe, bestimmt gewollt haben, ...“ Nõnda käsitleb lepingut Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, Düsseldorf 1871, lk. 166 jj. Ning nõnda käsitlevad teda mainitud kannul kõik kodanliku jurisprudenti tsivilistlikud prohvetid.

⁹⁰ Lepinguis kontakti astuvate tahete diferentsust rõhutab Duguít, op. cit., lk. 283: „En résumé, le contrat est un acte juridique dont le caractère spécifique est nettement déterminé. Il est constitué par deux déclarations de volonté, impliquant un accord préalable. Chacune de ces déclarations de volonté a un objet différent; chacune a un but différent parce qu'elle est déterminée par l'autre.“

Sõltumata vaidlustest lepingus väljenduvate tahete kongruentsuse või diferentsuse üle tsivilistliku lepingu mõistet üksiktahete erilises konglomeratsioonis otsiv kontseptsioon püsib eraõiguslaste mõtestikes tänini. Vrd. Vittorio Sciloja, Dizionario pratico del diritto privato, Vol. II, Milano, lk. 433: „La voce contratto presa in senso lato indica qualunque convenzione o negozio giuridico bilaterale, cioè un accordo di due o più volontà per produrre un effetto giuridico.“

juriidilist sihti evivas voluntaristlikus aktis⁹¹ näevad traditsionalistid mitte õigust loovat vaid üksnes õigust rakendavat toimingut. Vana eraõiguslikult mõtestatud õpendi jaoks tsivilistlik leping pole mitte Rechtsschöpfungsakt vaid on, mõistagi ekslikult, üksnes Rechtsanwendungsakt⁹².

Mõnevõrra arvestatavamad on mõistekontseptsioonid, milliseid tavatsetakse esitada publitsistliku ja nimelt haldusõigusliku lepingu jaoks. Ent sellegi juures oleleb terve rida mitmeti erinevaid konstrueerimiskatseid⁹³.

Tähendatagu, et haldusõigusliku lepingu piiritletud on tavalisti mõjutatud tsivilistliku lepingu traditsioonilisest kontseptsioonist. Sellekohaselt nad rõhutavad haldusõigusliku lepingu essentsiaalina temas väljenduvaid tahteavaldusi⁹⁴. Selle kõrval nad ei loobu, samuti essentsiaalse elemendina, rõhutamast ka nende tahteavalduste erilist ning haldusõiguslikule lepingule iseloomulikuks peetavat sihti⁹⁵. Sealjuures ollakse aga ikkagi sunnitud möönma, et haldusõiguslik leping lähtudes tema sihist ometi ei ole juriidiliselt piiritletav. Seda arvestades taandutaksegi enamasti väitma, et avalikõiguslik resp. haldusõiguslik leping on leping, mis väljendab avalikõiguse resp. haldusõiguse norme⁹⁶.

Olgu ühtlasi öeldud, et mõnelt poolt publitsistlikku resp. haldusõiguslikku lepingut koguni ei tatakse üldse. Püütagu teda sisustada kuidas tahes, selliselt

⁹¹ Selle tüüpiliselt tsivilistliku tahtedoktriini kriitikat vt. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911, lk. 121 jj.

⁹² Vrd. id., Reine Rechtslehre, lk. 83: „Der Zwangsakt hat allerdings den Charakter reiner Vollziehung, so wie die Voraus-Setzung der Grundnorm den Charakter reiner Normsetzung hat. Alles aber, was zwischen diesen beiden Grenzfällen liegt, ist Rechtssetzung und Rechtsvollziehung zugleich. So insbesondere auch das Rechtsgeschäft, das man nicht – wie die traditionelle Lehre es tut – als Akt der Rechtsanwendung der Gesetzgebung als einem Akt der Rechtsschöpfung entgegengesetzt darf. Denn Gesetzgebung ist ebenso wie Rechtsgeschäft Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung zugleich.“

⁹³ Vrd. Kliimann, op. cit., lk. 207 j., eriti aga notae 430, 431 ja 432 osundatud kirjandus.

⁹⁴ Vrd. Willibald Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920, lk. 23 j.: „Bei allen diesen Rechtsvorgängen treten als das das Wesen des Tatbestandes bestimmende Moment die Willenserklärungen der am Verträge beteiligten Personen deutlich hervor.“ Vt. ka Karl Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910, lk. 29 jj.

⁹⁵ Vrd. ib., loc. cit.: „Der Gegenstand dieser Willenserklärungen ist in der Regel eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung, ...“

⁹⁶ Vrd. ib., lk. 25: „Dient der zu beurteilende Rechtsvorgang nicht ausschliesslich der Erfüllung von Zwecken der öffentlichen Verwaltung, ... so führen die Übereinstimmenden Willenserklärungen der Beteiligten dann zu einem öffentlichrechtlichen Verträge, wenn das Rechtsverhältnis, dass aus diesen Erklärungen entsteht, dem öffentlichen Rechte angehört.“

poolt ta leitakse ikkagi olevat pelk tsivilistlik tehing⁹⁷. Samalt poolt ei osutata aga ühtlust halduse leppeliste ühisaktide tarvis kasutatavas terminoloogias. Ositi välditakse nende aktide nimetamist lepinguiks⁹⁸, ositi aga ja nimelt nende aktide mõningaid üksikliike ikkagi nimetatakse lepinguiks⁹⁹.

Peetagu silmas, et püüd märgitseda neid akte eriterminiga¹⁰⁰, on tingitud kujutlusest, nagu saaks normatiivakt N tunnustekompleksiga abc olla leping üksnes siis, kui ta on eraõiguslik normatiivakt. Sel puhul jääb aga vastamata küsimus, miks see normatiivakt ei tohi osutada lepinguiks siis, kui ta on avalik-õiguslik akt, nagu jääb vastamata ka küsimus, milleks ta siis osutub avalik-õigusliku aktina.

Jäetagu siinkohal käsitlemata need kontseptsioonid, millistega püütakse sisustada nn. rahvusvahelise lepingu mõistet. Nende üksikasjalisemale käsitlemisele asutakse käesolevas alamal. Ühelt poolt tsivilistliku ning teiselt administratiivistliku lepingu kohta eelpool öeldu laseb aga juba täheldada järgmist:

Lepingut, ja mõistagi nimelt juriidilist lepingut tavatsetakse sisustada kord üksnes tsivilistliku, kord taas nii tsivilistliku kui ka publitsistliku aktina¹⁰¹.

⁹⁷ Vt. Kliimann, op. cit., lk. 206: „Mitmepoolsete administratiivaktide tüüpilise näitena figureerib esikohal nn. avalikõiguslik leping.“ Ning ib., lk. 207: „Nn. avalik-õiguslik leping on ikkagi puht-tsivilistlik tehing,...“

⁹⁸ Vältimaks nende aktide suhtes terminit leping neid tavatsetakse nimetada sobimusteks. Vt. ib., lk. 186 jj., 209 j.

⁹⁹ Sellisteks aktideks on juba mainitud normatiiv-, kollektiiv ning tariifilepingud, milliseid käsitletakse üldsobimuse eriliikidena. Vt. ib., lk. 189 j., 207. Tariifilepingute kohta vrd. ka Julius Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, Leipzig-Erlangen 1922, lk. 57.

¹⁰⁰ Selleks sobimusele vastavaks eriterminiks on sakslastel tavalisti Vereinbarung, mida nad haldusõigusliku lepingu kohta tarvitavad pro Vertrag, prantslastel aga union, mida nad sel kohal tarvitavad pro contrat. Vrd. ib., lk. 56: „Sie /die Vereinbarung/ ist ein öffentliches Rechtsgeschäft, welches aber objektives Recht erzeugt. Sie unterscheidet sich von dem Vertrage, mit dem sie verwandt ist, dadurch, dass die Handlungen, die von ihr ausgelöst werden, auf den gleichen Rechtseffekt ausgehen, während der Vertrag Handlungen mit verschiedenem Rechtseffekt auslöst...“ Vrd. ka Duguit, op. cit., lk. 302: „Tout contrat est une convention, mais il y a beaucoup de conventions qui ne sont pas des contrats. Ce sont ces conventions que certains auteurs allemands appellent des Vereinbarungen et que je propose d'appeler des unions.“ Vrd. ka ib., lk. 303 jj.

¹⁰¹ Vrd. supra, nota 93.

Olgu siin etteruttavalt märgitud, et lepingut kui üldõiguslikku kategooriat, s.t. tema olelut nii tsivilistlikus kui ka publitsistlikus, nii era- kui ka avalikõigus sfääris toonitab ka Kelsen. Vt. tema Allgemeine Staatslehre, lk. 82: „Doch ist der Vertrag ein keineswegs nur für das Privatrecht charakteristischer Tatbestand. Es gibt auch einen sogenannten öffentlich-rechtlichen Vertrag.“

Sellest täiesti sõltumata protesteerib me teadvus ometi igasuguse katse vastu kummutada väidet, et, muidugi juriidilise lepinguna

(22) leping on normatiivakt¹⁰².

Seda ja üksnes seda ta on juba tol evidentsel põhjusel, et teisiti ta ei saaks üldse mitte evida juriidilist relevantsi. Osutumata normatiivaktiks ta saaks, toiminguna, olla üksnes faktiline teotsemisakt. Sellisena peaks ta aga jääma juriidiliselt üldse kvalifitseeritamatuks. Sel juhul võidaks kõnelda veel üksnes tema normipärasusest või normipärasusest.

Normatiivaktina leping on õigusnormide väljendusaktiks. Tema kui normatiivakti eritunnused ilmnevad aga temas väljenduvate õigusnormide formaalseis spetsiaaltunnuseis. Täpsustamaks väitega (22) lepingu iseloomustuseks antud esimest nendingut, vajaneb sellepärast jätkuvalt asuda liigitama normatiivakte. Sealjuures neid vajaneb liigitada, esiteks, dihhotoomselt ja, teiseks, nõnda, et üks igas dihhotoomses liigituses konstitueeruvaist liigest oma species'ega määratleks lepingu eelmisele genus'ele subordineeruva uue genus'e.

II Leping kui suvaline normatiivakt

Esimeseks kirjeldatud sihis vaadeldavaks normatiivaktide liigituseks olgu nende liigitus suvalisiks ja suvatuiks akteks.

Sellele vastavalt määrateldagu, et üldpõhimõtteliselt

(23) suvatu akt on akt, mille andmiseks tema autor on ühtlasi õigustatud ja kohustatud¹⁰³

kuna aga sellevastu

(24) suvaline akt on akt, mille andmiseks tema autor on üksnes õigustatud.

Olgu siin lisatud, et normatiivaktide liigitust suvalisiks ning suvatuiks akteks tavalisti seatakse sõltuvusse veel mõningaist nende aktide obligatoorsusele resp.

¹⁰² Publitsistliku lepingu kohta ei olele ses suhtes nagunii eriarvamusi. Tsivilistlikku lepingut normatiivaktina iseloomustavat modernset käsitlust vrd. Alf Ross, Theorie der Rechtsquellen, Leipzig und Wien 1929, lk. 424 j.

¹⁰³ Pandagu tähele, et siin akti suvalisust resp. suvatust määratellakse mõnevõrra teisiti kui seda määratleb Kliimann, op. cit., lk. 59, 222 jj., 260, aga üsna sarnanevalt vastava vaheteo neile tunnustele, milliseid ta mainib ib., lk. 188 j.

fakultatiivsusele lisanduvaist tunnustest¹⁰⁴. Viimastest on siin loobutud põhjusel, et nende tunnuste puhtgraduaalne laad mainitud liigituse seab sobimatult labiilsele pinnale.

Nagu nähtub määranguist (23) ja (24), suvalisiks akteks loetakse siin selliseid ja ainult selliseid akte, milliste andmiseks kehtiv õigus tema poolt selleks kvalifitseeritud normiautoreid küll õigustab neid aga sealjuures vastavate aktide andmiseks kohustamata. Sellevastu suvatuiks akteks tuleb lugeda neid akte, milliste andmiseks kehtiv õigus tema poolt selleks kvalifitseeritud normiautoreid ennekõike kohustab, mõistagi, varustades neid implicite ka õigustusega vastava kohustuse täitmiseks.

Legislatsioon põhimõtteliselt peab seadusandlustama, jurisdiktsioon peab mõistleva õigust, administratsioon üldpõhimõtteliselt peab kehtestama määrusi ja korraldusi. Näiteks üld- ja üksiksobimusi administratsioon aga kehtestama ei pea kuigi ta neid kehtestada võib.

Õeldule vastavalt nenditagu nüüd ennekõike tsiviilistliku lepingu kohta, et tema autoreid tõepoolest iialgi ei võida kohustada sõlmima tsiviilistlikku lepingut. Niipea, kui seda tehtaks, osutuks nende poolt toimetatud ning mõnes suhtes küll veel tsiviilistlikku lepingut meenutav akt tegelikult sellisest lepingust formaalselt täiesti erinevaks aktiks. Nii osutub, näiteks, varalise hüve obligatoorne loovutamine mitte kinkimis- vaid hoopis võõrandusaktiks, obligatoorne müügiakt aga publitsistlikuks sundmüügiks¹⁰⁵.

Ent ka aktide kohta, milliseid kvalifitseeritakse haldusõiguslikeks lepinguiks või siis peetakse oma struktuurilt tsiviilistlikele lepinguile lähimaiks akteks, tuleb öelda sama. Nendegi autoreid ei võida iialgi kohustada vastavate aktide andmiseks. Niipea, kui neid akte hakatakse kehtestama obligatoorselt, kaugeneksid nad oma struktuurilt tsiviilistlikust lepingust kui lepingu eeldatavast põhitüübist sootuks¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Peale eelmises nota's esitatu vrd. ses suhtes näiteks Cino Vitta, Diritto amministrativo, I, Torino 1937, lk. 288: „Disconsi atti vincolati completamente quelli di cui la legge determina esattamente non solo l'autorità competente ad agire, ma anche se questa deve agire e come deve agire, stabilendo le condizioni dell'attività amministrativa in modo da non lasciar margine a varietà di provvedimenti secondo l'apprezzamento subbiettivo che l'agente faccia delle circostanze del caso...“ Ning ib.: „In quante la legge non vincoli nei suddetti modi l'a.p., l'atto dicesi in parte od in tutto discrezionale.“ Vrd. ka Errico Presutti, Istituzioni di diritto amministrativo Italiano, Roma 1917, lk. 158 jj.

¹⁰⁵ Vrd. Kliimann, op. cit., lk. 208 j.

¹⁰⁶ Vrd. ib., lk. 189: „Kui võtta üldsobimusest tema leppelisus ja suvalisus, muutub ta kohe määruseks või dekreediks.“

Silmas pidades, selgitatule vastavalt, esiteks, tsiviilistliku lepingu kirjeldatud eripära aga, teiseks, ka seoses publitsistliku lepinguga öeldut, nenditagu nüüd, et normatiivaktina ikka ja alati

(25) leping on suvaline normatiivakt¹⁰⁷.

Olles sellega varustanud lepingu kui erilaadse normatiivakti mõiste esimese materiaalse tunnusega siirdutagu edasi, tema järgmiste tunnuste selgitamisele. Mainitule peab aga eelnema täpsustav tutvumine mõninga normatiivaktide jätkuvaid liigitusi konstitueeriva pidemõistega. Neiks vahetult alamal vaadel-davaiks pidemõisteiks on, esiteks, käitumisühiku ja, teiseks, organi mõisted.

III Leping kui plurilateraalne suvaline normatiivakt

A. Käitumisühiku ja organi mõisted

Käitumisnormidena õigusnormid normeerivad oma adressaatide käitumist. Normiadressaatide kontingendis tuleb aga, nagu selgitatud eespool, diferentseerida normiadressaate materiaalses ja formaalses mõttes¹⁰⁸. Vastavalt juba esitatud määrangule (6) konkreetse õigusnormi adressaadiks formaalses mõttes osutub käitumisühik, kellele konkreetne õigusnorm omistab temaga normeeritava käitumise¹⁰⁹.

Õigusnorm omistab temaga normeeritava käitumise aga põhimõtteliselt alati kas individuaalsele või kollektiivsele s.t. kas ühest indiviidist või mingist indiviidide paljusest koosnevale inimühikule. Niisuguse omistusega õigusnorm personifitseerib vastava inimühiku normis endas antud tunnustega individuaalseeritud käitujaks ehk konkreetseks käitumisühikuks¹¹⁰. Fiktsiooniliste „isikutena“ selliseid õigusnormidega käitujaks personifitseeritud inimühikuid tavatsetakse nimetada ka normiisikuks¹¹¹.

¹⁰⁷ Lepingu suvalisuse kohta vrd. ka Kelsen, op. cit., loc. cit.

¹⁰⁸ Vt. supra, lk. .

¹⁰⁹ Vt. supra, loc. cit.

¹¹⁰ Peetagu silmas, et üksnes inimühikute personifitseerimine käitumisühikuks on omane ainult nüüdisaegsele õigusele. Eriti kriminaalõiguse ajalugu teab osutada loendamatu juhtumeid, kus käitumisühikuks siin kirjeldatavas mõttes personifitseeriti ka loomi ent koguni ka esemeid ning tonte ja vaim. Vrd. siin huvitavaid casus'i Franz Helling und Max Bauer, Die Tortur, Geschichte der Folter im Kriminalverfahren aller Zeiten und Völker, Berlin 1926, lk. .

¹¹¹ Vrd. Kliimann, Õiguskord, lk. 209: „...normiisikute, s.o õigusnormistikes isikuteks personifitseeritud ühikute...“

Õeldule vastavalt õigustume väitma, et siin kasutatavas mõttes

(26) käitumisühik on õigusnormistikes käitujaks personifitseeritud inimühik¹¹².

Meenutatagu nüüd, et käitumine, nagu seda mõistetakse määrangus (1), ikka ja alati on kas normatiivne või normivaba käitumine. Meenutatagu, et esimene tähendab antud õiguslikus olustikus muundusi tekitavat, teine aga seda muundamata jätvat käitumist¹¹³.

Oma adressaadeks olevaile käitumisühikuile õigusnormid dikteerivad kord käitumist, mille sooritamisel vastavad adressaadid muundavad antud õiguslikku olustikku, kord taas käitumist, mille sooritamisel vastavad adressaadid antud õiguslikku olustikku, vastupidi, pisimalgi määral ei muunda. Teisiti, ühed õigusnormid dikteerivad oma adressaadeks olevaile käitumisühikuile normatiivset, teised aga normivaba käitumist.

Et normatiivset käitumist dikteeriva õigusnormi adressaat käitumisühikuna peab käituma antud õiguslikku olustikku muundavalt, tähendab uusi õigusnorme loovalt ehk normatiivselt¹¹⁴ siis nimetatagu teda normatiivseks käitumisühikuks. Et sealjuures normivaba käitumist dikteeriva õigusnormi adressaat käitumisühikuna peab, vastupidi, käituma antud õiguslikku olustikku muundamata jätvalt, tähendab uusi õigusnorme loomata ehk normivabalt¹¹⁵, siis teda nimetatagu normivabaks käitumisühikuks.

Kui jätkuvalt asutakse normatiivakte liigitama lähtudes nende autoreiks olevate organite arvust, siis sünnib see lähtudes ühtlasi määrangust, mille kohaselt

¹¹² Tähendatagu, et terminile normiisik eelistatakse siin terminit käitumisühik, esiteks, sellepärast, et esimesele kujutlus indiviidist assotsieerub sobimatult hõlpsamini kui kujutlus kollektiivist ning, teiseks, sellepärast, et normiisiku „isiku“-kvalifikatsioon ju just tema käituja-kvalifikatsioonis seisnebki.

¹¹³ Vrd. id., Haldusprotsess, Tartu 1937, lk. 15 jj., id., Administratiivakti teooria, lk. 30 jj., eriti aga id., Õiguskord, lk. 205, kus normatiivset ja normivaba käitumist käsitletakse õiguskorra vastavate põhifunktsioonide teostamisena: „...õiguskorra universaalülesanne peab teostuma kahe ülesannete erirühma ehk funktsiooni kaudu ja nimelt, esiteks, funktsiooni kaudu, mille sihiks on õiguskorra otsene muundamine, ja teiseks, funktsiooni kaudu, mille sihiks on selle muundamise faktiline võimaldamine ja tagamine loodud normistikkude realiseerimise teel. Ühe rühma ülesandeid täidetakse nn. normatiivtoimingute abil, sest nende toimingute sihiks on normistikkude loomine. Teise rühma ülesandeid teostatakse toimingute abil, mida nimetatakse faktiliseks ehk materiaalseks, aga ka normivabadeks, sest nende sihiks pole mitte normistikkude loomine, vaid õiguspärase faktilise olustiku tekitamine või muundamine.“

¹¹⁴ Vrd. ib., lk. 206.

¹¹⁵ Vrd. ib., loc. cit.

(27) organ on normatiivne käitumisühik.

Väitega (27) esitatud organi-määrang ei vasta hoopiski organi resp. riigiorgani traditsionistlikule tüüp määrangule nagu seda proponeerib Jellinek¹¹⁶. Viimase kohaselt organid resp. riigiorganid on inimisikud, kes väljendavad riigi tahet neile omistatud pädevuse piires¹¹⁷. Ent väitega (27) toodud organi-määrang ei vasta ka organi resp. riigiorgani normativistlikule tüüp määrangule, nagu selle esitab Kelsen. Viimasele vastavalt organ resp. riigiorgan on kõrgemaastmelise normi poolt seatud madalamaastmelise normi looja¹¹⁸. Ning, väitega (27) antud organi-määrang ei vasta, lõppeks, ka Kliimanni korrigeeritud normativistlikule organi-määrangule ega ka tema süstematoloogilisele organi-määrangule.

Esimese kohaselt organ on õiguskorra normatiivfunktsiooni avalikõiguslik teostaja¹¹⁹, teise kohaselt aga lihtsalt õiguskorra funktsioonide s.t. nii normatiivkui ka normivaba funktsiooni avalikõiguslik teostaja¹²⁰.

Kõigist refereeritud organi-määranguist esimene, nimelt Jellineki traditsionalistlik määrang¹²¹ hüljati siin noil evidentsel põhjusil, mis on tinginud Jellineki organiteooria hülgamise üldse¹²². Teisest, nimelt Kelseni normativistlikust määrangust loobuti siin ennekõike sellepärast, st see põhiliselt küll täiesti kasutatav määrang ei rõhuta piisavalt organi ühiklikkuse momenti¹²³. Kolmanda,

¹¹⁶ Vt. Jellinek, op. cit., lk. 540 jj.

¹¹⁷ Seda Jellineki selgitusi summeerivat määrangut vt. Kliimann, op. cit., lk. 295 jj.

¹¹⁸ Vt. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, lk. 262: „Staatsorgan im Sinne eines die Staatliche Ordnung schaffenden Werkzeuges ist somit der durch die Norm höherer Stufe bestimmte Setzer der Norm niederer Stufe.“

¹¹⁹ Vt. Kliimann, op. cit., lk. 304.

¹²⁰ Vt. ib., lk. 305.

¹²¹ Millele muide mõneti läheneb ka prantsuse organiteooria. Vrd. Duguit, op. cit., lk. 351 j. ning op. cit., II, lk. 404 jj., 420 jj., 425: „La theorie française des organes de l'Etat se resume dans les trois points suivants: a) Il existe un organe direct supreme qui exprime la volonte meme de la nation, support de la souverainete originale; b) il existe, suivant les epoques, un ou plusieurs organes de representation qui sont les mandataires de la nation et dont la volonte est comme la volonte meme de la nation; c) il existe des agents de l'Etat qui n'ont point le caractere representatif, qui expriment une volonte qui est la leur en fait et en droit et qui peuvent faire au nom de l'Etat valablement des actes juridiques ou regulierement des actes d'execution materielle, a la condition qu'ils interviennent dans les limites de la competence qui leur est impartie par la loi et pour le but que la loi a eu en vue en leur donnant cette competence.“

¹²² Neid põhjusi analüüsib üksikasjaliselt Kliimann, op. cit., lk. 295 jj.

¹²³ Teises järjekorras loobuti sellest määrangust siin ka põhjusel, et see määrang tõepoolest tarbetult lähtub kõrgema- ja madalamaastmeliste normide relatsioonist haarates niiviisi ka

s.o. Kliimanni korrigeeritud normativistliku määrangu hulgamisele sundis tõik, et see määrang organite teotsemisena mõistab eksklusiivselt üksnes avalik-õiguslikku teotsemist, kuna neljas, s.o. Kliimanni süstematoloogiline määrang pidi jääma kõrvale sellepärast, et ta organite teotsemisena, mis selleski määrangus on üksnes avalikõiguslik, mõistab normatiivse kõrval ka normivaba teotsemist.

Määratelnud organi normatiivse käitumisühikuna¹²⁴ asutagu nüüd, nagu juba mainitud, liigitama normatiivakte lähtudes nende autoreiks olevate organite arvust.

B. Leping ning uni- ja plurilateraalsed aktid

Määrangust (4) nähtub, et konkreetse õigusnormi resp. normatiivakti autoriks on selle akti normativeerija. On aga selge, et viimasena saab kõnesse tulla ikka üksnes mingi olgu siis individuaalne või kollektiivne käitumisühik. Akti normativeerides, s.t. teda normativiteedina luues¹²⁵ see käitumisühik, mõistagi, käitub normatiivselt. Et aga nimelt selline käitumisühik ongi organ, siis ilmneb, et ka

(28) konkreetse normatiivakti autor on selle akti loojana teotsev organ.

Mitmelaadsete normatiivaktide vaatlus osutab, et oleleb, esiteks, akte, milliste loomiseks õigusnormistikud in concreto seavad vastavate normiautoritena teotsema üksnes ühe organi. Ent see vaatlus osutab ühtlasi, et oleleb, teiseks, ka selliseid akte, milliste loomiseks õigusnormistikud in concreto aktiveerivad vastavate normiautoritena mitmeid organeid. Sel alusel tavatsetakse teha vahet, esiteks, unilateraalsete ehk ühe organi poolt antavate ja, teiseks, plurilateraalsete ehk mitme organi poolt antavate aktide vahel¹²⁶.

mitmesuguseid organisatsioone, korporatsioone ja koguni ka riiki. Vt. Kliimann, ib., lk. 304, eriti aga Merkl'i samasuunalist arendust ib., nota 609.

¹²⁴ Sellele määrangule asub sisuliselt päris lähedal Somlo, op. cit., lk. 324: „Wenn die Rechtsmacht irgendwelche ihrer Untergebenen mit der Setzung von ...Normen oder mit deren Durchsetzung beauftragt, so nennen wir diese Untergebenen Organe der Rechtsmacht,...“ Määrangu elemendina Durchsetzung von Normen osutub siin siiski võõraks võrreldes määranguga (27). Ta osutub selleks nimelt silmas pidades seda, et Durchsetzung von Normen Somlo jaoks võib tähendada ka puhtfaktilist sunniakti või muud normivaba tegevust. Vt. ib., lk. 108 j.

¹²⁵ Vt. supra, lk. .

¹²⁶ Vrd. Kliimann, Administratiivakti teooria, lk. 205, kus seda vahetegu selgitatakse etatistlike administratiivaktide kontingendi piires: „Neid akte, milles avaldub vaid ühe ainsa administratiivorgani, asutise või ametniku tahe, tavatsetakse nimetada ühepoolseteks ehk unilateraalseteks administratiivaktideks. Neid akte, milles aga väljendub mitme isiku tahe, tavatsetakse

Peetagu aga silmas, et uni- ning plurilateraalsete aktide niimoodi piiritletud mõisted ei kattu neile doktriinis tegelikult omistatava sisuga. Plurilateraalsete aktide niimoodi piiritletud mõistesse mahutuvad nimelt ka nn. kompleksiiv-aktid¹²⁷, mida aga üldiselt kvalifitseeritakse unilateraalseteks akteks¹²⁸. Sellisteks on näiteks kodanlikes riigis tuntud interministeriaalsed haldusaktid või NSVL-is neile korrespondeeruvad mitme rahvakomissari ühisaktid¹²⁹. Ent sellisteks võidakse lõppeks pidada isegi seadusandlusakte, milliseid antakse parlamendi kahe koja ja halduse tipporgani ühiselt teotsedes¹³⁰.

Õelduga tõusetub küsimus, milline lisatunnus diferentseerib plurilateraalsetid akte neile doktriinis tegelikult omistatavas mõttes muist mitme organi poolt antavaist aktest? Siin kõnesse tulevate aktikontingentide vaatlus näitab, et selleks lisatunnuseks osutub vastavate aktide suvalisuse resp. suvatuse moment.

Et nüüd plurilateraalsete aktide süstematoloogilist mõistet kokkukõlastada tema tegelikult käibiva sisuga, selleks vajaneb ettenähtavalt teostada järgnevad normatiivaktide liigitused. Esiteks, tuleb normatiivakte, lähtudes nende autoreiks olevate organite arvust, liigitada individuaal- ja kollektiivaktiks, kusjuures

(29) individuaalakt on ühe organi poolt antav akt¹³¹, kuna aga

nimetada kahe- või mitmepoolseteks ehk bi- või plurilateraalseteks administratiivaktideks.“ Pandagu tähele, et Kliimanni sõnastus siin pole, muide, hoopiski korrektne. Esiteks, ei tarvitse ju nn. unilateraalne akt väljendada põrmugi üksnes ühe organi, asutise või ametniku tahet vaid, vastupidi, loendamatuult paljude oma. Teiseks, ei tarvitse konkreetne akt olla veel põrmugi plurilateraalne akt, kui ta – et tarvitada Kliimanni sõnastust – väljendab mitme isiku tahet. Majoriteediprintsiibil teotsevate kollektiivorganite unilateraalsed aktid on ikkagi unilateraalsed olgugi, et nad eeldatavasti alati „väljendavad mitme isiku tahet“.

¹²⁷ Saksa literatuur tarvitab nende suhtes enamasti terminit Gesamtakt, millele naaberliikidena seatakse kõrvale Binding'i poolt diferentseeritud Vereinbarung ja Vertrag. Vt. selle kohta lähemalt Rudolf Herrmann Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechtes, Tübingen 1921, lk. 443, nota 3.

¹²⁸ Vrd. Kliimann, op. cit., lk. 213. Vrd. ka Kormann, op. cit., lk. 43: „Vielmehr ist der Gesamtakt, wenn er zu einer Vereinbarung in Beziehung steht, deren Erfüllung, wie z.B. den Erlass der vereinbarten Verfügung. Dies hat Eltzbacher /siit nota 95, Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, I, Berlin 1903, lk. 165, nota 1/ übersehen, der nur an den eigentlichen Gesamtakt gedacht und darauf die Behauptung aufgebaut hat, Vertrag und Gesamtakt seien nicht gleichgeordnet und keine Unterarten des mehrseitigen Rechtsgeschäfts /aut. sör./“

¹²⁹ Selliste aktide kohta vt. .

¹³⁰ Vrd. Kliimann, op. cit., loc. cit.

¹³¹ Individuaalaktid ühe organi poolt antavate aktidena liigituvad omakorda vastavalt sellele, kas neid andvaks organiks on üheisikuline ehk individuaalorgan või mitmeisikuline ehk kollektiivorgan. Sellekohaselt määrateldagu, et

(30) kollektiivakt on mitme organi poolt antav akt¹³².

Teiseks, tuleb aga kollektiivakte, lähtudes nende suvalisusest või suvatusest, liigitada kompleksivakteks ning plurilateraalseteks akteks, kusjuures

(31) kompleksivakt on suvatu kollektiivakt¹³³,

kuna aga

(32) plurilateraalne akt on suvaline kollektiivakt.

Olgu lisatud, et, nagu nähtub individuaalakti siin toodud määrangust, individuaalakt ühe organi poolt antava aktina tähendabki tavalisti unilateraalset nimetatavat akti. Individuaalaktiks eelistatakse teda siin nimetada sellepärast, et ta, nagu nähtub määranguist (30) ja (32), normatiivaktide dihhotoomse liigina ei vastastu mitte plurilateraalsete vaid hoopis kollektiivaktiga.

Määranguga (25) tuvastati lepingu kohta see, et normatiivaktina leping on ikka ja alati suvaline normatiivakt. On evidentne, et nüüd pikemata võidakse vastata ka küsimusele, kas leping on individuaal- või kollektiivakt.

Kujuteldagu lepingut üksnes eraõigusliku normatiivaktina või kujuteldagu teda siis problemaatiliseks peetava avalikõigusliku resp. haldusõigusliku lepinguna. Kujuteldagu tema autoreina ja adressaadina kas üksnes erasikuid, üksnes avalikõiguslikke normisikuid või nii ühtesid kui teisi – on ometi päris selge, et leping pole iialgi mõeldav üksnes ühe organi poolt antava aktina. Ent lepingu olles mõeldamatu individuaalaktina, peab, mõistagi, kehtima väide, et

(33) leping on kollektiivakt.

(29 A) üheisikuline individuaalakt on individuaalorgani poolt antav individuaalakt, kuna aga

(29 B) mitmeisikuline individuaalakt on kollektiivorgani poolt antav individuaalakt.

See liigitus esitatakse siin väljaspool teksti sellepärast, et ta ei ole vahetult vajalik lepingu mõiste jatkuval selgitamisel. Ta osutub aga otstarbekaks infra nähtuvail normisüsteematooloogilistel põhjustel.

¹³² Kollektiivakti niimoodi piiritletud mõiste erineb sootuks kollektiivakti mõistest, nagu seda esildavad mõned saksa ja prantsuse autorid, millistena siin veel mainitagu Hatschek'it ning Duguit'. Nemad nimetavad kollektiivakteks nimelt akte, mis siin antud määrangute kohaselt kvalifitseeruvad kompleksiivakteks. Vt. Hatschek, op. cit., lk. 85, Duguit, op. cit., I, lk. 275, 292 jj.

¹³³ Sellele määrangule sarnanevalt läheneb kompleksivakti mõistele ka Kliemann, op. cit., loc. cit., ent käsitelles neid küll suvatute aktidena, ta käsitleb neid siiski individuaalaktidena ja nimelt ad hoc moodustuva eriorgani poolt antavate suvatute individuaalaktidena.

Et ta aga ühtlasi, nagu see sisaldub määrangus (25), alati on suvaline normatiivakt, siis järeldub, et suvalise kollektiivaktina

(34) leping on plurilateraalne normatiivakt.

Inordineerinud lepingu plurilateraalsete aktide kontingenti jääb üle siirduda viimaste omakordsele alaliigitamisele lepingu mõiste jätkuvaks pretsiseerimiseks.

§ 4. Leping kui introvertne plurilateraalne normatiivakt

I Summaar- ja alternatiivadressaadid

Normatiivakt adresseerub oma autorilt oma adressaadile. Traditsionalistlikus keeles – ta loob oma autori ja adressaadi vahel nn. õigussuhte. Saavutamaks normatiivaktide ja nimelt plurilateraalsete normatiivaktide jätkuvalt vajalikke liigitusi tehtagu sellepärast järgmist. Asutagu ennekõike vaatlema konkreetse plurilateraalsete normatiivakti autoreina teotsevate organite võimalikke sisalduvusasendeid käitumisühikute suhtes, kes osutuvad selle akti adressaadeks formaalses mõttes.

Esimeseks ettenähtavalt olelda võivaks asendirelatsiooniks ühelt poolt vaadeldava plurilateraalsete akti autoreiks olevate autorite ja teiselt poolt tema adressaadeks olevate käitumisühikute vahel on nende täielik diferentsus. Sellisel juhul vaadeldava akti normistikud, adresseerudes mitmesuguseile käitumisühikutele, ei adresseeru kunagi akti autoreile endile. Sellekohaselt niisuguse akti normistikud, kohustades küll mitmesuguseid käitumisühikuid aktis determineeritud käitumiseks, akti autoreid ei kohusta ometi millekski. Adresseerudes üksnes akti autorite suhtes diferentseile käitumisühikutele sellise akti normistikud iseloomustuvad sellega, et nende suund on akti autorite suhtes täiel määral ekstrovertne.

Teiseks kujuteldavaks asendirelatsiooniks ühelt poolt vaadeldava plurilateraalsete akti autoreiks olevate autorite ja teiselt poolt tema adressaadeks olevate käitumisühikute vahel on nende täielik identsus. Sellisel juhul vaadeldava akti normistikud ei adresseeru ühelegi käitumisühikule peale akti autorite eneste. Adresseerudes üksnes viimaseile, sellise akti normistikud iseloomustuvad sellega, et nende suund on akti autorite suhtes puhtal kujul introvertne.

Kolmandaks mõeldavaks asendirelatsiooniks vaadeldava plurilateraalsete akti autorite ja tema adressaatide vahel osutub aga nende partsiaalne identsus kõrvuti nende partsiaalse diferentsusega. Sellisel juhul vaadeldava akti normistikud adresseeruvad, ühelt poolt, akti autoreina teotsevaile organeile ent, teiselt poolt, nad adresseeruvad ka viimaste suhtes diferentseile käitumisühikutele.

Vaadelduna esimeste poolelt võidakse konstateerida akti autorite ning adressaatide identsust, vaadelduna viimaste poolelt aga nende diferentsust.

Kirjeldatud kolme aktitüübi vaatlus osutab, et neist kahe esimese vahel esildub oluline ühistunnus. Esimest tüüpi aktide adressaadeks olid ju nimelt akti autorite suhtes diferentsed käitumisühikud, teist tüüpi aktide adressaadeks aga nimelt akti autoritega identsed käitumisühikud. Sealjuures esimest tüüpi aktide suund osutus jäägitult ekstrovertseks, teist tüüpi aktide suund aga sama jäägitult introvertseks. Selgitatu kohaselt neisse tüüpidesse kuuluvate aktide ühistunnuseks osutubki see, et need aktid adresseeruvad alati alternatiivselt kas oma autorite suhtes diferentseile või nendega identseile käitumisühikuile.

Esildatud ühistunnus piirtab need aktid pregnantselt kolmandale asendirelatsiooni tüübile vastavaist aktest. Viimased ju nimelt sellega iseloomustusidki, et nemad, vastandina esimesele ja teisele tüübile, adresseerusid üheaegselt nii oma autorite suhtes diferentseile kui ka nendega identseile käitumisühikuile.

Õeldust lähtudes võime nüüd esimesele ja teisele asendirelatsiooni tüübile vastavad aktid subsumeerida ühisele liigimõistele. Nende siin iseloomustatud eripärale vastavalt nimetatagu neid alternatiivadressaatseiks akteks. Sellevastu kolmandale asendirelatsiooni tüübile vastavaid akte nimetatagu eelmisele vastanduva aktiliigina summaaradressaatseiks akteks.

Antud deskriptsioonide kohaselt määrateldagu nüüd, et plurilateraalse aktina

(35) summaaradressaatne akt on nii oma autorite suhtes diferentseile kui ka nendega identseile käitumisühikuile adresseeruv akt,

kuna aga

(36) alternatiivadressaatne akt on kas oma autorite suhtes diferentseile või nendega identseile käitumisühikuile adresseeruv akt.

Et lepingu mõiste pretseerimisele suunduvat vaatlust ettenähtavalt ei huvita summaaradressaatsete aktid, asutagu nüüd alternatiivadressaatsete aktide lähemale uurimisele.

II Leping kui introvertne normatiivakt

Alternatiivadressaatse akti mõiste on, nagu see üsna selgesti nähtus juba tema tuletamismenetlusest, puhtal kujul formaalloogiline konstruktsioon. Tema avaramat praktilist vajalikkust ei kavatsenud siin argumenteerida. Tema

otstarbekus antud kontekstis saab aga ilmseks niipea, kui meenutada seda, et temata mõraneks siin arendatav dihhotoomsete liigituste ahel. Ent viimane on just praktiliselt lausa hädavajalik selleks, et, esiteks, ülevaadet kaotamata jälgida kulgeva arutluse käiku ning, teiseks, hõlpsasti kontrollida esitatavate väidete formaalset kehtivust.

Puhtformaalse konstruktsioonina alternatiivadressaatse akti mõiste, nagu see nähtus juba tema konstrueerimisel, haarab kahesuguseid suuresti erinevaid akte. Ta haarab, esiteks, akte, mis adresseeruvad üksnes oma autorite suhtes diferentseile käitumisühikuile. Teiseks, haarab ta aga ka akte, mis adresseeruvad, vastupidi, üksnes oma autoritega identseile käitumisühikuile. Esimesi iseloomustati eelpool aktidena, mille suund on jäägitult ekstrovertne, teisi aga aktidena, mille suund on, vastupidi, jäägitult introvertne. Sellele vastavalt nimetatagu esimest liiki alternatiivadressaatseid akte ekstrovertseiks akteks, teist liiki alternatiivadressaatseid akte aga nimetatagu introvertseiks akteks.

Antud määratluste esiletõstuks öeldagu siis, et plurilateraalse aktina

(37) ekstrovertne akt on üksnes oma autorite suhtes diferentseile käitumisühikuile adresseeruv alternatiivadressaatne akt,

kuna aga

(38) introvertne akt on üksnes oma autoritega identseile käitumisühikuile adresseeruv alternatiivadressaatne akt¹³⁴.

Pandagu tähele, et määrangud (37) ja (38) vastavaid akte eeldavad kollektiivaktidena. Kõnelevad ju mõlemate aktiliikide määrangud vastavate aktide autoreist pluraalselt. On aga selge, et mõlemat liiki aktid on kujuteldavad ka individuaalaktidena. Selliseks puhuks peaks määrangute (37) ja (38) vastavad pluraalsed vormid, mõistagi, asenduma singulaarsetega. Niimoodi sõnastuks määrang (37) järgmiselt: (37₁) ekstrovertne akt on üksnes oma autori suhtes diferentseile käitumisühikuile adresseeruv alternatiivadressaatne akt. Määrang (38) aga sõnastuks järgmiselt: (38₁) introvertne akt on üksnes oma autoriga identseile käitumisühikuile adresseeruv alternatiivadressaatne akt.

Olgu nüüd siinkohal kohe kõrvaldatud oht mõista sellist introvertset individuaalakti mingi autonoomseid norme väljendava või määrangupäraselt ehk koguni väljendama pidava aktina.

134

Autonoomseid norme määrateldi käesolevas mäletatavasti normidena, millistega indiviid ise normeerib enese käitumist¹³⁵. Ei ole sellepärast enam tegemist autonoomsete normidega normide puhul, milliseid kollektiiv normi- autorina adresseerib iseendale kui normiadressaadile formaalses mõttes¹³⁶. Küll aga osutuksid autonoomseiks normeks normid, milliseid niiöelda introvertsete aktidega eneste jaoks kehtestaksid indiviidid. Selliste aktide puhul poleks aga üldse enam tegu juriidiliste normatiivaktidega, sest väljendavad ju viimased alati üksnes õigusnorme ning on ju õigusnormid alati üksnes heteronoomsed normid. Õeldu kohaselt osutub normiloogiliselt mõeldamatuks küll niiöelda üheisikuline¹³⁷ introvertne individuaalakt. Sellevastu mitmeisikulise introvertse individuaalakti mõiste osutub aga loogiliselt kõigiti korrektseks.

Pärast neid selgitusi nõudlevad aga ekstrovertse ning introvertse akti siin kontsepteeritud mõisted veel mõningaid kommentaare.

Kujuteldagu näiteks akti, millega teatav pariteetselt teotsev kollektiivorgan sätib oma kollektiivina menetlemise korda. Selline akt on vaieldamatult puhtakujuline introvertne akt. Tema autoriks olev kollektiivorgan ühtib jäägitult tema adressaadiks oleva kollektiivorganiga. Kujuteldagu nüüd aga näiteks akti, millega toosama kollektiivorgan sätib mõne temaenda poolt kreetitud ning mõningaist temaenda liikmeist koosneva komisjonaalse organi tegevust. Selline akt poleks enam hoopiski mitte introvertne vaid puhtal kujul ekstrovertne akt. Ta oleks seda hoolimata tõigast, et tema adressaadiks olev kollektiivorgan isikkondlikult ühegi erandita sisaldub tema autorina teotsenud kollektiivorganis. Peetagu nimelt silmas, et konkreetne normatiivakt osutub introvertseks üksnes siis, kui tema autor on identne tema adressaadiga formaalses mõttes. Selle identsuse puudumisel konkreetne normatiivakt osutub aga ekstrovertseks täiesti sõltumata sellest, et tema adressaat formaalses mõttes on tema autori suhtes isikkondlikult inkludentne.

Jatkuvalt asutagu nüüd inordineerima lepingut määrangutega (35) ja (36) ning määrangutega (37) ja (38) antud liigitustesse. Selleks vajaneb ettenähtavalt vastata kõigepealt küsimusele, kas leping plurilateraalse normatiivaktina

¹³⁵ Vt. määrang (7), supra, lk. 7.

¹³⁶ Käesolevas mõisteti autonoomsete normidena mäletatavasti üksnes nn. individuaalseid autonoomseid norme. Kollektiivi poolt talle endale kui normiadressaadile formaalses mõttes adresseeritavaid norme võidakse nimetada autonoomseid ning siis juba kollektiivseiks autonoomseiks normeks üksnes eeldusel, et autonoomsete normide mõistet vastava alaliigitusega avardataks. Vrd. supra, nota 17.

¹³⁷ Ühe- ja mitmeisikuliste individuaalaktide kohta vt. supra, nota 131.

adresseerub nii tema autorite suhtes diferentseile kui ka nendega identseile käitumisühikuile või adresseerub ta üksnes kas ühtedele või teistele.

Sellesuunaline vaatlus osutab, et lepinguga loovad endile õigustusi ning kohustusi ennekõike tema autorid. Õigustusi ning kohustusi võidakse aga normatiivaktiga luua üksnes selle akti adressaatidele. Seda sellepärast, et õigustusi ning kohustusi luua pole evidentselt võimalik teisiti kui normeerides nende omandaja käitumist. Normeerida kellegi käitumist tähendab aga kvalifitseerida ta vastavate normide adressaadiks.

Esimeseks lepingu mõiste siin taoteldavat inordinatsiooni puutuvaks nendinguks olgu sellekohaselt tõde, et

(39) leping adresseerub oma autoreile.

Sellest väitest järeldub aga lepingu kohta üksnes see, et leping ei ole ekstrovertne akt. Ent viimast on ilmesti vähe tuletamaks vastust küsimusele, kas leping on summaaradressaatne või siiski alternatiivadressaatne ja viimasel juhul nimelt introvertne akt. Sellekohaselt vajaneb selgitada, kas leping adresseerub üksnes oma autoreile resp. nendega identseile käitumisühikuile või adresseerub ta peale oma autorite veel ka nende suhtes diferentseile käitumisühikuile. Teisiti, vajaneb selgitada, kas leping normeerib üksnes oma autorite käitumist või normeerib ta oma autorite ning ühtlasi mõnede ta autorite suhtes niiöelda kolmandate käitumisühikute käitumist.

Vastava arutluse lähtekohaks olgu kõigis lepingu mõistega tegelevais õigusdistsipliines tunnustatav tõik, et üldpõhimõtteliselt leping normeerib tõepoolest üksnes tema autorite eneste tegevust. Peetagu sellejuures silmas ennekõike seda, et eraõiguslik leping pole ju üldse kujuteldav teisiti kui ainult ja üksnes oma autorite käitumist normeeriva aktina. Seda sellepärast, et kõigi viimaste suhtes diferentseiks osutuvate käitumisühikute, kõigi niiöelda kolmandate käitumist saaks ta normeerida üksnes pretseptiivselt. Pretseptiivse aktina ta aga välistuks üldse eraõiguse sfäärist¹³⁸. Õeldule contra võidaks küll veel väita, et eraõigusliku lepingu paratamatu introvertsus ei tarvitse vahest olla essentsiaaliks lepingu üldkontseptsioonile. Võidaks väita, et see introvertsus vahest on küll karakterne nimelt eraõiguslikule lepingule, et ta seda aga ei ole või ei tarvitse olla avalikõigusliku lepingu jaoks. Taoliste vastuväidete suhtes meenutatagu järgmist.

¹³⁸ Vrd. id., Õiguskord, lk. 140 jj.

Esiteks, mitte kogu avalikõigus pole pretseptiivne ehk nn. sündiv õigus. Ka avalikõiguse sfääris leidub dispositiivseid normistikke¹³⁹, s.o. normistikke, millistega võidakse konkreetsete käitumisühikute käitumist normeerida üksnes nende käitumisühikute eneste tahtel¹⁴⁰, tähendab nende normelooval kaasa-teotsemisel. Teiseks pandagu ühtlasi tähele, et kui üldse mingeid siis nimelt neid avalikõiguslikke dispositiivnormistikke peetakse väljenduvaiks nn. avalikõiguslikes lepinguis¹⁴¹.

A. Lepingud in tertiam

Ent üldpõhimõtteliselt introvertse aktina konstrueeruvale lepingule võidakse erandina seada ikkagi vastu nn. lepingu in tertiam kontseptsioon. Mainitud mõiste juurdub tüüpilisena tsivilistlikus doktriinis, kus temaga märgitsetakse kolmandate huvisfääri mõjutavaid lepinguid. Selt lähtekohalt lepinguid in tertiam tavatsetakse ka diferentseerida lepinguiks kolmandate kahjuks ehk lepinguiks in obligandum tertiam ning lepinguiks kolmandate kasuks ehk lepinguiks in favorem tertiam.

Lepingu in tertiam mõiste lähemaks analüüsamiseks mõtestatagu ta kõigepealt siin arendatavaile kontseptsioonidele vastavalt. Selliseks ümbermõtestatult saab ta tähendada üksnes kolmandate s.o. tema autorite suhtes diferentseiks osutuvate käitumisühikute käitumist normeerivat lepingut. Sel puhul leping in obligandum tertiam tähendaks sellist in tertiam lepingut, mis normeerib kolmandate käitumist neid kohustades kuna aga leping in favorem tertiam tähendaks niisugust in tertiam lepingut, mis normeerib kolmandate käitumist neid õigustades¹⁴².

Millisel moel osutub nüüd lepingu in tertiam kontseptsioon kokkõlastatavaks empiirilise lähteväitega lepingu introvertsusest?

Olgu kõigepealt rõhutatud, et kaasaegne doktriin üldpõhimõtteliselt eitab nn. in obligandum tertiam lepingut. Nagu teda eitas ja pidigi eitama

¹³⁹ Vrd. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, lk. 81 j.

¹⁴⁰ Dispositiivsete normide kohta vrd. Kliemann, op. cit., loc. cit.

¹⁴¹ Vrd. Kelsen, op. cit., loc. cit.

¹⁴² Kolmandaid kohustavaid resp. õigustavaid in tertiam lepinguid nimetatakse mõnikord ka ehtsaiks in fraudem resp. in favorem tertiam lepinguiks. Sel puhul vastastatakse neile ebaehtsad in fraudem resp. in favorem tertiam lepingud. Viimastena mõistetakse siis lepinguid, mis kolmandate huve faktiliselt kahjustavad resp. soodustavad ent kolmandate käitumist sealjuures ei normeeri. Vrd. Carl-Heinz Winkler, Verträge zu Gunsten und zu Lasten Dritter im Völkerrecht, Leipzig 1932, lk. 23, 25, 110, 112.

individualistlikul ideoloogial baseeruv roomaõiguslik lepinguteooria¹⁴³ nii eitab tema eksistentsi ka nüüdisaegne tsivilistlik doktriin¹⁴⁴. Viimane asub seisukohal, et oma laadilt in obligandum tertiam osutuva lepingu kehtivust võidakse päästa üksnes siis, kui võimaldub tõlgendada teda kohustumiseks kolmanda nimel¹⁴⁵. Ent in obligandum tertiam lepingut ei tunne ka kaasaegne publitsistlik internõigus¹⁴⁶. Ning üksnes eitamisi mainib teda rahvusvahelise õiguse doktriin¹⁴⁷ ega tunne teda ka kehtiv rahvusvaheline õigus¹⁴⁸.

Õeldu osutab, et lepingu in obligandum tertiam kontseptsioon õiguslikku tõelisust arvestava vaatluse jaoks tegelikult likvideerub. Sellega jääb siis veel üle tuvastada sobivus või kontroverss lepingu eeldatava introvertsuse ning lepingu in favorem tertiam kontseptsiooni vahel.

In obligandum tertiam lepingu kohta võidi nentida, et kehtiv õigus teda ei tunne ning et doktriin teda, ergo, mainib ainult osutamaks tema üksnes „teoreetiliselt“ olelut. In favorem tertiam lepingu kohta tuleb vastupidi, nentida, et temana

¹⁴³ Vrd. C. G. Bruns, Das Pandektenrecht, i. Encyklopädie der Rechtswissenschaft, begründet von Dr. Franz von Holtzendorff, herausgegeben von Dr. Josef Kohler, Erster Band, Leipzig und Berlin 1904, lk. 367: „Nach römischem Rechte können Verträge stets nur auf Verpflichtungen und Leistungen der Kontrahenten gegeneinander selber gerichtet sein. Man kann weder Leistungen von anderen noch an andere versprechen. Das erstere verpflichtet weder den Promittenten noch den Dritten, ...“

¹⁴⁴ Vt. Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, II Band, Frankfurt am Main 1906, lk. 312: „Wenn jemand die Handlung eines Dritten verspricht, so verpflichtet er dadurch den Dritten nicht, bloss mit der Ausnahme des Falles, wo er die Handlung seines Erben oder einer seiner Erben verspricht [See juhtum ei osutu aga tõeliselt mingiks erandiks, sest siin pärandaja ei määratle üldse mitte pärija kohustust, vaid määratleb üksnes tema „pärija-õigustesse astumise“ tingimuse.] Weiter ist in dieser Beziehung auch das heutige Recht nicht gegangen.“

¹⁴⁵ Vt. ib., loc. cit., nota 2: „Der Vertrag [in obligandum tertiam] kann nur dadurch aufrecht erhalten werden, dass durch Auslegung nachgewiesen wird, der eigentliche Sinn des Versprechenden sei gewesen, im Namen des Dritten zu versprechen.“

¹⁴⁶ Vrd. siinkohal veelkord tsivilistliku lepingu ja halduse üld- ning üksiksobimuste vahetegu nagu seda skitseerib Kliemann, Administratiivakti teooria, lk. 187 jj., 209 jj.

¹⁴⁷ Vrd. Winkler, op. cit., lk. 110: „Echte Verträge zu Lasten Dritter (Dritte verpflichtende Verträge), d.h. Verträge, durch die einem Dritten, ohne dass er an dem Vertragsabschluss beteiligt ist oder dem Vertrag später beigetreten ist, nach dem Willen der Vertragsparteien eine Pflicht auferlegt wird – dergestalt, dass eine oder beide Parteien von dem Dritten eine Leistung fordern können –, oder ein Recht entzogen wird, sind dem Völkerrecht unbekannt...“

¹⁴⁸ Vt. Viktor Bruns, Fontes Iuris Gentium, Series A, Sectio I, Tomus II, Digest of the Decisions of the Permanent Court of Arbitration 1902–1928, Berlin 1931, lk. 92: [Decision] „XIX, p. 23 – It is evident that whatever may be right construction of a treaty, it cannot be interpreted as disposing of the rights of independent third Powers.“

mõistetakse kehtivas õiguses, ennekõike just tsiviilõiguses küllaltki levinud instituuti, millega, muide, tegeleb ka avar monograafiline literatuur¹⁴⁹.

Lepingu in favorem tertiam kohta nenditi juba, et ta siin arendatava mõistete-konstruktsiooni raames peab tähendama lepingut, mis normeerib kolmandate käitumist neid õigustades. Näib olevat ilmne, et sellisena leping in favorem tertiam tähendaks kolmandaile ja nimelt tema normidega õigustatavaile kolmandaile adresseeruvat lepingut. Need kolmandad, mõistagi, tähendaksid sel juhul lepingu autorite suhtes diferentseiks osutuvaid käitumisühikuid. Vaadeldav leping ise aga osutuks juba olgu siis ekstrovertseks või koguni summaaradressaatseks, igal juhul aga mitte introvertseks aktiks.

Pandagu nüüd tähele, et empiiriline lähteväide, mille kohaselt leping on introvertne akt, saab jääda kehtima kahel juhul. Ta jääb kehtima, esiteks, siis, kui ühtlasi väidetakse, et nn. leping in favorem tertiam pole üldse leping selle siin taoteldava üldkontseptsiooni mõttes. Ta jääb aga kehtima, teiseks, ka siis, kui tõestatakse kas see, et lepinguga in favorem tertiam hoopiski ei õigustata kolmandaid, või aga see, et selline leping temaga õigustatavaile kolmandaile ei adresseeru.

Olgu nenditud, et esitatud moodustest esimene kahtlemata oleks praktiliselt lihtsaim. Ent selle mooduse valik oleks ometi väga kaheldava väärtusega. Seda sellepärast, et ta sunniks eitama lepingulist struktuuri aktide man, millistele seda ometi üldiselt tavatsetakse omistada. On sellekohaselt selge, et siirdumine teise mooduse kasutamisele järeldub püüust saavutada siin konsipeeritava lepingu-mõiste ulatuslikemat pragmaatilist verifitseeruvust.

Teine moodus lepingu introvertsuse päästmiseks sisaldab, nagu osutati, omakorda kaks võimalust. Esimene neist tõstataks vajaduse tõestada, et lepinguga in favorem tertiam kolmandaid üldse ei õigustatagi. Teisiti, ta tõstataks vajaduse tõestada, et leping in favorem tertiam ei loo õigustusi tema autorite suhtes diferentseile käitumisühikuile. On aga ilmne, et katse seda väita sattuks risti vastu in favorem tertiam lepingute realiteediga. Tegelikult need lepingud või vähemalt osa neist¹⁵⁰ loovad tõepoolest õigustusi käitumisühikuile, kes mingil

¹⁴⁹ Vt. Nicola Stolfi, Diritto Civile, Volume terzo, Torino 1932, lk. 176, nota 1.

¹⁵⁰ Teadupärast mainitakse sageli ka selliseid in favorem tertiam lepinguid, mis tertius't õigustavad üksnes tema expressis verbis või ka tacite väljendatud nõusolekul. Et aga tertius'e nõusoleku-avaldus sellise lepingu tertius'e suhtes kehtestumise eeldusena viimase kvalifitseerib juba lepingu kaasautoriks, siis selliseid lepinguid ei saa pidada tõelisiks in favorem tertiam lepinguiks.

moel ei teotse kaasa nende normativeerimisel¹⁵¹. Öeldust nähtuvalt jääb veel üksnes üle asuda vaatlema viimast siin aruteldavas teises mooduses sisalduvat võimalust. Sellele vastavalt lepingu introvertsus jääks in favorem tertiam lepingu kontseptsioonist kummutamata siis, kui tõestub, et in favorem tertiam leping ei adresseeru temaga õigustatavaile kolmandaile. Teisiti, lepingu kohta võidaks väita, et ta on introvertne akt, kui selgub, et leping in favorem tertiam ei kvalifitseeri tertius't oma adressaadiks.

Selgitamaks küsimust, kas tertius on või ei ole in favorem tertiam lepingu adressaat tõstetagu veelkord esile konkreetse õigusnormi adressaadi siin konsipeeritud mõiste. Et siinkohal osutub arvestatavaks nimelt konkreetse õigusnormi adressaat formaalses mõttes¹⁵², siis meenutatagu määrangut (6)¹⁵³. Viimastest järeldub, et

- (39) konkreetse õigusnormi adressaat formaalses mõttes on käitumisühik, kellele konkreetne õigusnorm omistab temaga normeeritava käitumise.

Sellest määrangust nähtub vahetult, et

- (40) tertius on in favorem tertiam lepingu adressaat siis ja ainult siis, kui selle lepingu normid omistavad temale nendega normeeritava käitumise.

Sealjuures tohiks olla selge, et normeeritava käitumise K omistamine käitumisühikule Ü ei tähenda ega saagi tähendada muud kui käitumise K käsitlemist Ü käitumisena.

Pandagu nüüd tähele, et in favorem tertiam lepingu normid nende poolt normeeritavat käitumist iialgi ei käsitle tertius'e käitumisena. Ja ega nad saakski seda teha. Sest normeerida kellegi käitumist tähendab ikka ja alati kohustada

¹⁵¹ Vrd. ib., lk. 177: „Invece nei contratti a favore di terzi lo stipulante pattuisce delle prestazioni per un terzo, rimasto estraneo alla conclusione del contratto, e che perciò acquista un'azione autonoma, che puo sperimentare direttamente contro il promittente, senza l'intermediario dello stipulante.“

¹⁵² Konkreetse õigusnormi adressaadiga materiaalses mõttes ei võida siin opereerida, sest tertius võib, mõistagi, olla niihästi individuaalne kui ka kollektiivne käitumisühik.

¹⁵³ Seda konkreetse käitumisnormi adressaati formaalses mõttes defineerivat määrangut vt. supra, lk. 7.

sedä käitujat¹⁵⁴. In favorem tertiam lepinguga ei kohustata aga tertiust millekski¹⁵⁵. See tähendab, et ei saa in favorem tertiam lepingu tertius'ele omistada ka selle lepinguga normeeritavat käitumist. Millest on ainult üks samm väiteni, et kunagi

(41) tertius ei ole in favorem tertiam lepingu adressaat¹⁵⁶.

Ent tertius'e kvalifitseerumine või mittekvalifitseerumine in favorem tertiam lepingu adressaadiks mäletatavasti oligi probleem, mis küsimärgistas väite lepingu introvertsusest. Selle probleemi olles lahenenud negatiivselt võidakse nüüd asuda sõnastama lahendusest tuletuvaid järeldusi.

Olgu normisüsteematoloogilise konsekvantsuse mõttes kõigepealt väljendatud öelduga küll juba endastmõistetavaks saanud tõik, et plurilateraalse normatiivaktina

(42) leping on alternatiivadressaatne akt.

Ning olgu selle järel lõpuks nenditud ka in favorem tertiam lepingu analüüsiga lõplikult õigustunud väide, et alternatiivadressaatse aktina

(43) leping on introvertne akt.

B. Lepingu definitsioon

Lepingu mõiste selgitamiseks teostatud arutluse käigus nenditi, et, esiteks, leping on normatiivakt. Teiseks, nenditi, et ta on suvaline normatiivakt. Kolmandaks nenditi, et ta on ühtlasi kollektiivakt. Suvalise kollektiivaktina ta kvalifitseeriti jätkuvalt plurilateraalseks aktiks. Ning, lõpuks, määranguile (42) ja (43) eelnenud arutlustes selgitati, et leping on, neljandaks, alternatiivadressaatne ja nimelt introvertne akt. Loeteldud tunnuste tuvastamisega ongi nüüd jõutud käesoleva käsitluse vajadusteks küllalt pretsiseeritud lepingu-mõisteni,

Nagu lepingu mõiste eesitatud analüüsist nähtus, tema suvalisus ja tema kollektiivsus sisalduvad implicite tema plurilateraalsuses. Sellest analüüsist nähtus

¹⁵⁴ Üksnes sel eeldusel saab õigusnorm käitumishormina mahutada viimase tarvis supra, lk. antud implikatsioonvormelisse. Üksnes sel eeldusel saab ta vastata õigusnormi kohta supra, lk. 14 antud eksistentsiaalsele lausendile. Üksnes sel eeldusel, lõppeks, saab temas väljenduda Sollen.

¹⁵⁵ On selge, et niipea, kui seda püütakski teha, vastav leping peaks osutama juba nn. in obligandum tertiam lepinguks.

¹⁵⁶ Õigustuste relatsiooni kohta õigusnormide kohustava ja üksnes kohustava sisuga vrd. Schreier, op. cit., lk. 102 jj.

aga ühtlasi, et tema introvertsuses tema alternatiivadressaatsus on samuti implicite antud. Seda arvesse võttes võimaldub nüüd anda, nagu öeldud, käesoleva käsitluse vajadusteks piisav lepingu definitsioon. Viimaseks osutub sellekohaselt väide, et

(44) leping on introvertne plurilateraalne normatiivakt.

Selle definitsiooni formaalne korrektsus tohiks veatult selguda pärast tema ümbersõnastamist implikatsiooniks ning selle kontrollivat konjugeerimist¹⁵⁷. Viimase teostamist pole aga tarvis pidada siinkohal vajalikuks.

Definitsiooni mahu adekvaatsus temaga haarata tahetava normimaterjaliga jäägu tema eventuaalsete kasutajate nentida või kummutada.

Saavutamaks ülevaatlikku pilti lepingu definitsioonini jõudmiseks teostatud arutluskäigust olgu viimane esitatud lõpuks veel ka graafiliselt.

ACEG		BCEG	
	ACEHJ	BCEHI	
	ACFHI	BCFHI	
ACFG	ACFHJ	BCFHJ	BCFG
	ADHJ	BDHJ	
	ADHI	BDHI	
ADG		BDG	

Joonisel esitatud kujund saab kohe selgeks, kui võtta teatavaks, et sellel kujutatud ruuduga mõeldakse normatiivakti üldse ning et üksikute sellesse ruutu planeeritud pindadega mõeldakse normatiivakti liigitamiskäigus diferentseerunud liike. Sealjuures neid normatiivakti liitunnuslikke üksikliike märgitsevad vastavaile

¹⁵⁷ Vrd. Kliimann, op. cit., lk. 36 j., 78.

pindadele paiknevad tähekombinatsioonid. Neis tähekombinatsioones sisalduvad tähed aga märgitsevad A-st lugedes paarikaupa dihhotoomsete põhiliigituste kontraarseid tunnuseid.

Nõnda märgitseb vastava pinnaga mõeldud aktide suhtes

A – vastavate aktide	<u>suvatust,</u>
B –	<u>suvalisust,</u>
C –	<u>individuaalsust,</u>
D –	<u>kollektiivsust,</u>
E – individuaalaktide	<u>üheisikulisust,</u>
F –	<u>mitmeisikulisust,</u>
G – aktide	<u>summaaradressaatsust,</u>
H –	<u>alternatiivadressaatsust,</u>
I –	<u>ekstrovertsust,</u>
J –	<u>introvertsust.</u>

Sellest nähtub, et tähekombinatsioon AD märgitseb vastavaile pindadele paiknevate aktide kompleksiivsust, tähekombinatsioon BD aga märgitseb vastavate aktide plurilateraalsust. Esitatud tähistuse tähendusest järeldub nüüd, et, vastavalt määrangule (44) leping peab asetsema pinnal BDHJ, kusjuures tähekombinatsioon BD märgitseb teda plurilateraalse, täht H alternatiiv-adressaatsuse ja täht J introvertse aktina.

Joonisest selgub muuseas ka see, miks individuaalaktide kontingendis osutus vajalikuks diferentseerida ühe- ja mitmeisikulisi individuaalakte¹⁵⁸. Seda tehti nimelt seetõttu, et selleta joonisel oleks tekkinud pindu, kuhu pidanuksid paiknema niihästi ühe- kui ka mitmeisikulised introvertsed individuaalaktid. Autonoomseid norme väljendavate aktidena esimesed neist asetsevad aga üldse väljaspool juriidiliste normatiivaktide sfääri¹⁵⁹.

Järgnevalt asutagu nüüd selgitama nn. rahvusvahelise lepingu relatsiooni määrangus (44) kontsepeeritud lepingu-mõistega. Lahendamist nõudleb sellepuhul ennekõike küsimus, kas nn. rahvusvaheline leping on või ei ole leping määrangu (44) mõttes.

¹⁵⁸ Vt. supra, lk. , nota 131

¹⁵⁹ Vt. supra, lk. .

III peatükk. Nn. rahvusvahelise lepingu mõiste

§ 5. Nn. rahvusvahelise lepingu käibivaid määranguid

I Määranguid kapitalistlikust doktriinist

Kapitalistliku maailma idealistlik filosoofia ja tema kannul idealistlik teadus konstateerib oma arengus kolme faasi. Ta konstateerib end kulgemas „keskaegsest“ dogmatismist läbi „valgustusaegse“ skeptitsismi „nüüdisaegsesse“ krititsismi¹⁶⁰. Idealistliku teaduse üksikdistsipliinest aheldub, filosoofia järel, nimelt juris-prudents alles õnnetuimalt skeptitsismi faasis. Ning omakorda jurisprudenti üksikdistsipliinest vaevleb skeptitsismi paelus ennekõike rahvusvahelisõigusteadus¹⁶¹.

Õigusteadusliku ning eriliselt rahvusvahelisõigusteadusliku skeptitsismi tipuna olgu siin mainitud kreeklane Jean Spiropoulos¹⁶². Tema jaoks, ent tema jaoks üksnes mõnevõrra konsekvantsemalt kui teiste skeptitsistide jaoks kõik rahvusvahelisõigusteaduslikud mõisted osutuvad täiesti subjektiivseiks. Nad sõltuvad täiel määral vastava konstruktiivse hüpoteesi valikust¹⁶³. Sealjuures valitavast hüpoteesist sõltuvad mitte üksnes konkreetsest normimaterjalist tuletavad konstruktsioonid vaid koguni ka in concreto haaratav normimaterjal ise¹⁶⁴. Hüpoteesi valik ei sõltu aga millestki muust kui ainult normikäsitleja enda suvast¹⁶⁵. Niimoodi kontsepeeruvaile subjektiivseile mõistele omistavad suhtelise

¹⁶⁰ Vrd. Kunz, Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre, Leipzig und Wien 1923, lk. 6–40.

¹⁶¹ Vrd. ib., lk. 69: „Die Völkerrechtswissenschaft, eine der jüngsten Disziplinen der Jurisprudenz, befindet sich in einer eigentümlichen Situation. Es geht ihr ein wenig wie der Soziologie, von der Simmel einmal sagt, sie habe nicht nur Probleme, wie auch alle anderen Wissenschaften, sondern sie sei selbst ein Problem. In der Völkerrechtswissenschaft ist so ziemlich alles kontrovers...“

¹⁶² Vt. tema Théorie générale du droit international, Paris 1930.

¹⁶³ Vt. ib., lk. 12: „c'est le choix de l'hypothèse conceptuelle qui décide du caractère spécifique de ces normes. En d'autres termes: les règles juridiques que nous considérons ne sont pas des règles de „droit des gens“ ou des règles d'un „genre particulier“, etc., par leur contenu, mais par le caractère spécifique que leur confère l'hypothèse conceptuelle...“

¹⁶⁴ Vrd. ib., lk. 58 j.: „c'est affaire à l'expérimentateur de déterminer par une hypothèse adéquate ce qu'il veut voir considérer comme de droit des gens.“

¹⁶⁵ Vt. ib., lk. 4: „Nous avons vu que le „concept“ lato sensu est le second élément de notre matière [esimese olles la constatation du droit]. Et ici „concept“ est un vocable „commun“ servant à désigner une pluralité de résultats de l'activité de l'esprit, la définition, la classification, la division, la formation de catégories etc. Quoiqu'on soit habitué à distinguer au point de vue formel entre ces différentes opérations de l'esprit, elles n'en constituent pas moins, au point de vue immanent, une seule et même opération, à savoir la conception d'hypothèses de la part de l'„expérimentateur“, hypothèses que l'on peut formuler, mais librement formuler. Ces „concepts“ purement

objektiivsuse varjundi üksnes pragmaatilised kokkulepped subjektiivsete hüpoteeside valikul¹⁶⁶. Neile kokkuleppeile fundeerub teoreetiliselt võrdõigete mõistete ainsa „objektiivsus“-kriteeriumina opinion dominante¹⁶⁷.

Oma põhilist skeptitsismi ei mööna kodanlik-idealistik rahvusvahelisõigus-teadus nii enesekriitiliselt muidugi mitte kõikjal. Ent mööndud või möönmata skeptitsismi sugemeid esildub tema kõigis põhilis mõttekäiges¹⁶⁸. Selletõttu tõusetub küsimus, kas ning kuivõrd selle distsipliini subjektivistlikult ning heterogeenselt pinnalt osutub mõeldavaks konstrueerida nn. rahvusvahelise lepingu ühtset kontseptsiooni.

Nn. rahvusvahelise lepingu kodanlikus doktriinis käibivad määrangud osutavad siiski piisavat sugulust katsetamaks sellise kontseptsiooni loomist. Teisiti, „opinion dominante“ nn. rahvusvahelise lepingu mõiste suhtes on kodanlikus doktriinis ometi küllalt ühtne, et summeeruda ühes tüüpilises vaadendis.

Olgu siinse arutluse jätkuvaks ülesandeks redutseerida rea juhtivate kodanlike autorite määrangud mainitud tüüpilisele vaadendile. Sellisele taandavale mõttekäigule peab aga eelnema siin vaadeldavate määrangute refereering.

Sealjuures diferentseeritagu vastavad autorid, esiteks, pluralistlikeks, s.o. mitme totaalõiguskorra olelut eeldavaiks autoreiks ning, teiseks, singularistlikeks, s.o. ühe summaarse totaalõiguskorra olelut eeldavaiks autoreiks¹⁶⁹. Niisugust diferentseerimist tuleb siin eelistada tavalisele vastavate autorite monismi- resp. dualismiprintsiibi alusekvõtust lähtuvale liigitusele. Seda nimelt sellepärast, et esimeste, niisiis pluralistide sarjas tuleb siin vaatlemisele ka mõningaid autoreid,

hypothétiques, l'expérimentateur peut les établir a sa guise. Ils ne s'imposent pas normativement a lui comme les principes de droit; il n'y a pas non plus de norme lui dictant le choix de telle ou telle hypothèse.“ Vrd. ka ib., lk. 13: „...étant donné, que l'établissement de la grandeur variable n'est nullement imposée de façon normative, mais dépend purement de la volonté de l'expérimentateur, toute construction doctrinale n'a jamais une valeur absolue mais purement relative.“

¹⁶⁶ Vt. ib., lk. 17.

¹⁶⁷ Vt. ib., lk. 20: „...bien que toute construction juridique, au point de vue strictement abstrait, soit aussi exacte qu'une autre, il y a entre les différentes constructions imaginables une construction privilégiée en ce sens qu'elle a pour elle l' „opinion dominante“. Cette différence purement extérieure nous fournit le „principe objectif“...“

¹⁶⁸ Vrd. Kunz, op. cit., lk. 16: „Dass dem Dogmatismus der Skeptizismus (Jellinek, Radbruch u.a.) folgte, ist historisch leicht verständlich, umsomehr in der heutigen Zeit, die wie selten eine auf allen Gebieten den Triumph des Zweifels erlebt.“ Samas seoses vt. Kelsen kohta ib., lk. 80.

¹⁶⁹ Terminite pluralistid ja singularistid kohta vrd. lähemalt ka seoses vastavate kehtiva õiguse konstruktsioonidega supra, lk. 27.

kelle seisukohtade ebaselgus ei võimalda iseloomustada neid pregnantselt kas internprimaatses või hoopis dualistlikust konstruktsioonist lähtujaina.

Olgu siin ühtlasi lisatud, et põhjus vaheteoks ühtalt pluralistlike ja teisalt singularistlike autorite vahel seoses nende poolt nn. rahvusvahelisele lepingule antavate määrangutega selgub alamalt varsti. Ta saab selgeks niipea, kui jõutakse, pärast nn. rahvusvahelise lepingu mõiste selgitamist, selle mõiste inordineerimiseni internprimaatses ja internatsionaalprimaatses konstruktsioonis.

A. Pluralistide määranguid

Siin vaadeldavad pluralistid lähtuvad, nagu öeldud, osalt puhtal kujul internprimaatses, osalt dualistlike sugemetega lükitud, osalt aga puhtal kujul dualistlikust konstruktsioonist. Võetagu siin jätkuvalt vaatlemisele nn. rahvusvahelise lepingu määrangud nagu neid esitavad inglise rahvusvahelisõiguslased Lassa Francis Lawrence Oppenheim¹⁷⁰ ja Thomas Joseph Lawrence, prantslane Paul Fauchille ning sakslased Heinrich Triepel ja Franz von Liszt.

Konkreetses autori vaatlusel osutatagu, esiteks, tema pluralistiks kvalifitseerimise alusele, teiseks, esitatagu tema poolt nn. rahvusvahelisele lepingule antav määrang, ning, kolmandaks, täpsustatagu selle määrangu elemente vajadusekohaselt vaadeldava autori vastavate mõistekontseptsioonide selgitamisega.

Loeteldud autoreist Oppenheim kuulub nimelt nende ebapuhtate internprimaatlaste hulka. Oppenheim rõhutab, nagu see on tüüpiline dualistidele¹⁷¹, rahvusvahelise õiguse erinevust internõigusest kumbagi allikais, kumbagi normistikega korraldatavais suhteis ning kumbagi „substantsis“¹⁷². Sellekohaselt rahvusvaheline õigus pole mitte supraetatistlik vaid on suveräänsete riikide vaheline interetatistlik õigus. Sellisena ta on internõigusega võrreldes nõrgem

¹⁷⁰ Tegelikult Saksast pärinev Oppenheim loetakse siin inglise autoriks selletõttu, et tema rahvusvahelisõigusteaduslikud teosed on kirjutatud tema teotsedes vastava distsipliini professorina Cambridge'i ülikoolis ning on kirjutatud inglise keeles, aga ka sellepärast, et ta rohkem kui ühegi teise literatuuri omi representeerib nimelt inglise rahvusvahelisõigus-teaduslikke kontseptsioone.

¹⁷¹ Vrd. Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Wien und Berlin 1926, lk. 34 jj.

¹⁷² Vt. L. Oppenheim, International Law, A Treatise, Edited by Ronald F. Roxburgh, Vol. I., London 1920, lk. 25.

õigus¹⁷³. Et puudub tsentraalne võim rahvusvahelise õiguse normide teostamiseks, siis riigid peavad käsitsema rahvusvahelist õigust ise¹⁷⁴. Sealjuures vaieldamatuks pluralistiks kvalifitseerib Oppenheimi tema traditsionalistlik riikliku suveräniteedi kontseptsioon. Suveräniteet tähendab tema jaoks kõrgeimat võimu, mis on sõltumatu igast muust maisest võimust¹⁷⁵. Sellise kõrgeima võimuna suveräniteeti evivad täielikult nn. täissuveräänsed riigid kuna teda aga osaliselt evivad nn. mitte-täissuveräänsed riigid¹⁷⁶.

Niisuguse põhikonstruktsiooni pinnal

(45) Oppenheimi järgi rahvusvaheline leping on mitmesuguseid huve käsitlev kokkulepe ehk kontrakt kahe või enama riigi vahel¹⁷⁷.

Interetatistliku kontraktina rahvusvaheline leping on arusaadavalt rahvusvahelise õiguse allikas¹⁷⁸. Ent rahvusvahelise õiguse allikaiks on riikide ühistahet väljendavad aktid¹⁷⁹. Konstrueerituna vastavalt tsivilistliku kontrakti põhitunnustele rahvusvaheline leping, mõistagi, ei kohusta kunagi kolmandaid¹⁸⁰. Olgu lisatud, et rahvusvahelisiks lepinguiks määrangu (45) mõttes kvalifitseerib Oppenheim kõiki selletunnuslikke interetatistlikke kokkuleppeid. Mitmelaadilisi

terminoloogilisi erisusi¹⁸¹ ning ka dogmaatilist laadi liigitusi¹⁸² tuleb sellekohaselt pidada teoreetiliselt irrelevantseiks¹⁸³.

Lawrence'i puhul kallak dualismile on veelgi sügavam kui Oppenheimil. Seda sellepärast, et Lawrence üldse õige ettevaatlikult võtab seisukoha küsimuses, kas rahvusvaheline õigus on või ehk koguni polegi õigus¹⁸⁴. Ta kvalifitseerib selle siiski õiguseks, ent mitte veendumuses, et see seik on, vaid arvamuses, et vastupidiseks puudub piisav põhjus¹⁸⁵. Lawrence'i konstruktsiooni puhtakujuline pluralism on aga enam kui selge. Riigi ning suveräänse riigi mõisted ta nimelt retsepeerib täiel määral Austinilt¹⁸⁶. Sellekohaselt Lawrence'i jaoks suveräänne riik on selline riik, milles tsentraalset võimu teostab kollektiiv või individid, kes tavalisti ei kuuleta ühtki maist ülimust¹⁸⁷. Ka Lawrence diferentseerib suveräänsete riikide kõrval nn. osasuveräänseid riike¹⁸⁸.

Olgu nenditud, et nn. rahvusvahelist lepingut Lawrence ei katseta määratella defnitoorselt. Tema sellesihilisist väljendeist nähtub aga, et ta rahvusvahelist lepingut käsitleb ennekõike tahteaktina. Neist nähtub, et

(46) Lawrence'i järgi rahvusvaheline leping on tahteakt, millega riigid oma käitumiseks kehtestavad selle aktiga expressis verbis väljendatavaid norme¹⁸⁹.

¹⁷³ Vt. ib., loc. cit.: „...whereas Municipal Law is a law of a sovereign over individuals subjected to his sway, the Law of Nations is a law not above, but between sovereign States, and therefore a weaker law.“

¹⁷⁴ Vt. ib., lk. 11: „In the absence of a central authority for the enforcement of the rules of the Law of Nations, the States have to take the law in their own hands.“

¹⁷⁵ Vt. ib., lk. 206: „Sovereignty as supreme authority, which is independent of any other earthly authority...“

¹⁷⁶ Vt. ib., lk. 126 jj.

¹⁷⁷ Vt. ib., lk. 652: „International treaties are conventions, or contracts, between two or more States concerning various matters of interest.“

¹⁷⁸ Vt. ib., lk. 21.

¹⁷⁹ Vt. ib., lk. 20.

¹⁸⁰ Vt. ib., lk. 678: „According to the principle pacta tertiis nec nocent nec prosunt, a treaty concerns the contracting States only; neither rights nor duties,... arise under a treaty for third States which are not parties to the treaty.“

¹⁸¹ Vt. ib., lk. 664: „International compacts which take the form of written contracts are sometimes termed not only agreements or treaties, but acts, conventions, declarations, protocols, and the like. But there is no essential difference between them...“

¹⁸² Nagu selliseks on näiteks vahetegu treaty ning agreement'i vahel USA-s, kus president esimese ratifitseerimisel vajab, teise ratifitseerimisel aga ei vaja Senati nõusolekut. Vt. ib., lk. 665 j.

¹⁸³ Vt. ib., lk. 666.

¹⁸⁴ Vt. T.J. Lawrence, The Principles of International Law, Seventh Edition, London /sine anno/, lk. 2: „...we have used the neutral term rules instead of the disputed word laws...“

¹⁸⁵ Vt. ib., lk. 9.

¹⁸⁶ Vrd. ib., loc. cit. Austini vastavaid määranguid vrd. tema op. cit., lk.

¹⁸⁷ Vt. ib., lk. 48: „A state may be defined as a political community, the members of which are bound together by the tie of common subjection to some central authority, whose commands the bulk of them habitually obey.“ „If...the body or individual who receives that habitual obedience of the community does not render the like obedience to any earthly superior, we arrive at the conception of a sovereign...state.“

¹⁸⁸ Vt. ib., lk. 69 jj.

¹⁸⁹ Vrd. ib., lk. 95: „Express consent is given by means of treaties, or international documents having the force of treaties, when such instruments set forth rules of conduct which the signatory powers undertake to observe in future.“ Vrd. ka ib., lk. 299 j., 302 jj.

Niisuguse aktina rahvusvaheline leping, mõistagi, kvalifitseerub rahvusvahelise õiguse allikaks¹⁹⁰, sest ta väljendab riikide kokkukõlastatud tahet¹⁹¹. Ent rahvusvahelise õiguse allikana mõistab Lawrence riikide tahet väljendavate aktide kõrval ka seda tahet ennast. Rahvusvahelise õiguse allikaks selles viimasel mõttes on the consent of nations¹⁹². Olgu lõpuks lisatud, et rahvusvahelise lepinguna määrangu (46) mõttes Lawrence käsitleb kõiki selletunnuslikke akte. Viimane nähtub tollest, et kõneldes mittelepingulistest rahvusvahelisõiguslikult relevantseist akttest ta mõtleb juba hoopis mitmelaadilist internõiguslikku teotsemist¹⁹³.

Fauchille, hoolimata tema siin vaadeldava peateose¹⁹⁴ mahukusest, pakub teoreetilist vaatlust suhteliselt vahest veelgi vähem kui Oppenheim ja Lawrence. Tema konstruktsiooni suhe dualistliku vaadendiga jääb lõpuni ebaselgeks. Pikk arutus contra absoluutne suveräniteet¹⁹⁵ võiks koguni kiusata otsima temalt internatsionaalprimaatse konstruktsiooni sugemeid¹⁹⁶. Ent peetagu silmas, et absoluutse suveräänsusena Fauchille mõistab mitte üksnes allutamatus mingile autoriteedile vaid ühtlasi võimet harrastada faktiliselt takistamatut suvapärast tegevust¹⁹⁷. Selletõttu on mõistetav, et Fauchille'i argumentid niisuguse suveräänsuse vastu ennekõike taotleavad selgitada riigi teotsemise faktilist piiratust. Nõnda ta määratlebki suveräniteeti riigi iseloomuliku tunnuseks, mis väljendub selles, et

¹⁹⁰ Vt. ib., lk. 99: „But the last two decades have witnessed such a wonderful growth of treaties ... that the old views and the old controversies have become obsolete, and we are able to put in their place a new and generally accepted account of treaties considered as sources of international law.“

¹⁹¹ Vt. ib., lk. 95.

¹⁹² Vt. ib., loc. cit.: „If we take the source of a law to mean its beginning as law ... then in regard to international affairs there is but one source of law, and that is the consent of nations...“

¹⁹³ Vt. ib., lk. 108 j.

¹⁹⁴ Paul Fauchille, Traité de droit international public, Tome Ier, Paris 1922.

¹⁹⁵ Vt. ib., lk. 428 jj.

¹⁹⁶ Vrd. ses mõttes ib., loc. cit.: „La volonté de l'Etat constituant sa seule règle, il en resultera que les contrats passés par lui ne devront avoir de force obligatoire que dans la mesure ou il continuera a les vouloir: il pourra les denoncer, les resilier, les violer quand et comme il lui plaira.“ See mõttekäik seguneb aga juba sotsioloogilisse faktitsiteeti kuuluvate elementidega, kui Fauchille jätkab: „Un Etat ne devra resoudre que par ses propres forces les questions ou il juge que ses interets essentiels sont engages.“

¹⁹⁷ Vt. ib., loc. cit.: „Dire d'une personne qu'elle est souveraine, cela ne veut-il pas dire en effet, non seulement qu'elle ne reconnait aucune autorite au-dessus de la sienne, mais qu'elle peut commander a sa guise, faire librement et sans obstacles tout ce que bon lui semble?“

riigile pole superordineeritud ühtki suveräniteeti evivat instantsi, mitte aga selles, nagu võiks riik teha kõike, mida suvatseb¹⁹⁸. See määrang on loogiliselt muidugi täiesti defektne, sest temas sisaldub otse uskumatult primitiivne item per item. Sellest hoolimata on aga ikkagi ilmne, et sellise suveräniteedikontseptsiooni baasil ka Fauchille'i konstruktsioon ei saa olla muu kui puhtal kujul pluralistlik.

Tegeldes rahvusvahelise lepingu mõistega Fauchille diferentseerib, esiteks, spetsiaalseid ja, teiseks, generaalseid ehk kollektiivseid rahvusvahelisi lepinguid. Esimesi ta määratleb kokkuleppeina piiratud arvu riikide vahel nende riikide partikulaarseis huves¹⁹⁹. Teisi ta aga määratleb kokkuleppeina, mida sõlmivate riikide arvu lepingu objekt ei piira²⁰⁰. Mõlemate rahvusvahelise lepingu tüüpide ühistunnuseist moodustub sellekohaselt Fauchille'i rahvusvahelise lepingu üldkontseptsioon. Et Fauchille viimase pretsiseerimiseks ei esita mingeid lisamomente, siis nenditagu lihtsalt, et

(47) Fauchille'i järgi rahvusvaheline leping on interetatistlik kokkulepe.

Ent interetatistliku kokkuleppena üldse rahvusvaheline leping ei osutu rahvusvahelise õiguse allikaks hoopiski mitte igal juhul. Õiguse allikaiks Fauchille nimetab õiguse tekkimise originaarseid viise²⁰¹. Viimase mõttes osutub rahvusvahelise õiguse allikaks tema arvates üksnes generaalne rahvusvaheline leping ja seegi ainult konditsionaalselt²⁰². Rahvusvahelise õiguse allikana ta asetseb oma tähtsuselt igal juhul madalamal tavast²⁰³. Spetsiaalseid rahvusvahelisi lepinguid

¹⁹⁸ Vt. ib., lk. 431: „Tout en considerant la souverainete comme l'attribut caracteristique de l'Etat, il nous semble qu'il faut en donner la definition suivante: La souverainete, ... signifie qu'il n'existe personne au-dessus de l'Etat qui la possede, mais non pas que cet Etat puisse faire tout ce qu'il veut, puisse tout se permettre; un Etat est seul maitre de ses actes, mais il n'est pas libre de faire tous les actes possibles.“ Vrd. ka ib., loc. cit., nota 2 esitatud Le Fur'i määrangut.

¹⁹⁹ Vt. ib., lk. 45: „Les traites speciaux sont des conventions conclues par un nombre limite d'Etats, en vue de leurs interets particuliers.“

²⁰⁰ Vt. ib., lk. 46: „Conclus entre des Etats dont le nombre n'est pas limite par l'objet même du traité, ils /les traités generaux/ ont pour but l'etablissement de règles nouvelles applicables a certains rapports internationaux.“

²⁰¹ Vt. ib., lk. 40.: „Prenons le terme sources dans son sense propre, comme désignant les modes originaires de formation du droit.“

²⁰² Sest, vt. ib., lk. 45: „Les traités speciaux ne sauraient être, par eux seuls, créateurs de règles de droit.“ Ning ib., lk. 46: „Les traités généraux ou collectifs peuvent concourir plus directement a la formation du droit international.“

²⁰³ Vt. ib., lk. 41: „La coutume est la source la plus considerable et la plus abondante...“ Ning ib., lk. 45: „Les traités n'occupent qu'parmiune place secondaire parmi les sources du droit international public.“

võidakse pidada rahvusvahelise õiguse allikaiks ainult teatavas kaudses mõttes. Kui rahvusvahelise õiguse allikaist võidakse neist kõnelda üksnes niivõrd, kuivõrd paljude spetsiaalsete lepingute sisuliselt kattuvad sätted väljendavad üldiselt aktsepteeritud rahvusvahelisi õigusnorme²⁰⁴. Sealjuures aga kolmandate suhtes osutuvad indiferentseiks nii generaalsed²⁰⁵ kui ka spetsiaalsed rahvusvahelised lepingud²⁰⁶.

Triepeli on rahvusvahelisõigusteaduslikus literatuuris tuntud dualistliku konstruktsiooni rajajana. Kuigi tema dualismi-kontseptsioon, tänu tema tunnustatavalt konsekventsele loogikale, maabub õige lähedal täielikult internatsionaalprimaatselle konstruktsioonile²⁰⁷, on ometi ilmne, et teda igal juhul tuleb kvalifitseerida pluralistiks²⁰⁸.

Siirdudes vaatlema Triepeli poolt antavat rahvusvahelise lepingu kontseptsiooni tuleb kõigepealt rõhutada, et Triepeli selle ehitamisel lähtub kahest internõiguslikust mõistest. Tema arutluste fundamendiks on, esiteks, internõiguslik Vertrag ja, teiseks, internõiguslik Vereinbarung. Sealjuures Vertrag on Triepeli jaoks mitmete eri- ent korrespondentihuviliste isikute ühendumine sisuliselt vastupidiseiks, kuid samale välisele sihile suunatud tahtedeklaratsiooniks²⁰⁹. Vereinbarung ei leia Triepeli poolt definiitorset määratlemist. Ent Triepeli nimetab oma käsitlusele piisavaks Binding'i vastava määrangu, mille kohaselt Vereinbarung on Verschmelzung verschiedener inhaltlich gleicher Willen²¹⁰. Selle määrangu ümbersõnastamisel Triepeli Vertrag'i-määrangule korrespondeeruvasse vormi

²⁰⁴ Vt. ib., lk. 45 j.

²⁰⁵ Vt. ib., lk. 46: „...les traités, même collectifs, ne lient que les Etats signataires.“

²⁰⁶ Vt. ib., lk. 45.

²⁰⁷ Vrd. ses suhtes Triepeli vaadendi analüüsi nagu selle esitab Schiffer, op. cit., lk. 13 jj. Triepeli arutluskäigu metodoloogilistele hütele internatsionaalprimaatsesse konstruktsiooni osutab ka Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, lk. 133, ning Kunz, op. cit., lk. 78.

²⁰⁸ Vrd. Triepeli, op. cit., lk. 11 jj. Vt. ka ib., lk. 156: „Die Quellentheoretischen Untersuchungen der vorigen Abschnitte haben zu dem Ergebnisse geführt, dass wir Völkerrecht und Landesrecht als zwei verschiedene Rechtsordnungen begreifen müssen.“

²⁰⁹ Vt. ib., lk. 45: „Somit ist der Vertrag die Vereinbarung mehrerer Personen von verschiedenem, aber korrespondierendem Interesse zu inhaltlich entgegengesetzten, auf denselben äusseren Zweck gerichteten Willenserklärungen.“

²¹⁰ Vt. ib., lk. 50.

nähtub, et Triepeli jaoks Vereinbarung on mitmete samahuviliste isikute ühendumine samasihilisiks tahtedeklaratsiooniks²¹¹.

Esitatud internõigusliku vaheteo Triepeli projekterib ka rahvusvahelisse õigusse. Sellekohaselt ta konstateerib, et oleleb, esiteks, rahvusvahelisõiguslik Vertrag ja, teiseks, rahvusvahelisõiguslik Vereinbarung²¹². Internõigusliku Vertrag'i ning internõigusliku Vereinbarung'i mõisteist järelduvad siis vahetult ka vastavate rahvusvahelisõiguslike mõiste kontseptsioonide tunnused. Internõigusliku Vertrag'i puhtakujulise vastena Triepeli jaoks rahvusvahelisõiguslik Vertrag on eri- ent korrespondentihuviliste riikide ühendumine sisult vastupidiseiks ent samale välisele sihile suunatud tahtedeklaratsiooniks. Sellevastu aga, internõigusliku Vereinbarung'i puhtakujulise vastena²¹³, rahvusvahelisõiguslik Vereinbarung on samahuviliste riikide ühendumine samasihilisiks tahtedeklaratsiooniks²¹⁴.

Rahvusvaheliseks lepinguks, Staatsvertrag'iks, tavatsetakse, nagu toonitab Triepeli, nimetada mõlemaid²¹⁵. Sellekohaselt rahvusvahelise lepingu, Staatsvertrag'i, kontseptsioon konstrueerub Triepeli jaoks ühelt poolt rahvusvahelisõigusliku Vertrag'i ja teiselt poolt rahvusvahelisõigusliku Vereinbarung'i ühistunnustest. Järelikult õigustume väitma, et

(48) Triepeli järgi rahvusvaheline leping on sama- või korrespondentihuviliste riikide ühendumine samasihilisiks tahtedeklaratsiooniks.

Peetagu aga nüüd silmas, et Triepeli jaoks rahvusvahelise õiguse ainsaks ja ainumõeldavaks allikaks on riikide ühistahe²¹⁶.

Ent rahvusvahelisõigusliku Vertrag'i kontseptsioonist järeldub Triepeli jaoks vahetult, et selle puhul kunagi pole ega saagi olla kõnet riikide tõelisest

²¹¹ Niimoodi sõnastatult see määrang osutub kokkukõlaliseks nii kõigi Triepeli poolt ib., lk. 52 jj. toodavate lisaselgitustega kui ka seal esitatavate aktinäidetega.

²¹² Vt. ib., lk. 63 jj.

²¹³ Vt. ib., lk. 66: „Die Vereinbarung der Staaten unterscheidet sich, abgesehen von der Verschiedenheit der Subjekte und der Natur der Verhältnisse, auf die sich beziehen /?/, in keiner Hinsicht von den Vereinbarungen der Individuen. Der formale Begriff ist hier wie dort der gleiche.“

²¹⁴ Vt. ib., lk. 63 jj., 70.

²¹⁵ Vt. ib., lk. 64 jj.

²¹⁶ Vt. ib., lk. 32: „Vermag aber kein Einzelwille eines Staats Völkerrecht zu erzeugen, so ist es allein denkbar, dass ein durch Verbindung dieser Einzelwillen entstehender Gesamt- oder Gemeinwille solche Aufgabe zu erfüllen im Stande ist. Nur ein zu einer Willenseinheit durch Willenseinigung zusammengefloßener Gemeinwille mehrerer oder vieler Staaten kann die Quelle von Völkerrecht sein.“

ühistahtest²¹⁷. Sest internõigusliku Vertrag'i puhtakujulise vastena rahvusvahelisõiguslik Vertrag on ju, nagu juba öeldi, riikide ühendumine just sisult vastupidi-seiks tahtedeklaratsiooneks. Siit on selge, et nn. rahvusvahelise lepingu eriliigina Triepeli jaoks rahvusvahelisõiguslik Vertrag pole ega saagi olla rahvusvahelist õigust loovaks riikide ühistahte aktiks²¹⁸.

Vastupidi rahvusvahelisõigusliku Vereinbarung'i kontseptsioonist järeldeb Triepel kohe, et selle ja üksnes selle puhul alati esildub riikide tõeline ühistahe²¹⁹. Sest internõigusliku Vereinbarung'i puhtakujulise vastena rahvusvahelisõiguslik Vereinbarung on ju, nagu jällegi juba öeldi, riikide ühendumine nimelt samasihilisiks tahtedeklaratsiooneks. Siit on ühtlasi selge, et nn. rahvusvahelise lepingu eriliigina Triepeli jaoks nimelt rahvusvahelisõiguslik Vereinbarung ikka ja alati on rahvusvahelist õigust loovaks riikide ühistahte aktiks²²⁰.

Liszt, viimane siin vaadeldavaist pluralistidest, jääb nii oma teoreetiliste arutluste kaalult kui ka mahult Triepelist kaugele maha. Ses suhtes ta võistleb teiste siin käsitletud pluralistidega. Ka Liszti kvalifitseerib pluralistiks tema riikliku suveräniteedi kontseptsioon. Riigi kvaliteedina suveräniteet tähendab Liszti jaoks kõrgeimat, mitte ühestki kõrgemalasetsejast sõltuvat valitsemisvõimu²²¹. Niisugust suveräänsust evivate riikide ehk suveräänsete riikide kõrval ka Liszt diferentseerib nn. poolsuveräänseid riike. Oma vaheteo aluseks ta seab esimeste piiramatu ja teiste piiratud rahvusvahelisõigusliku teovõime²²².

Niisugusest tüüpiliselt traditsionalistlikust ja ühtlasi tüüpiliselt eraõiguslikust vaatevinklist ta asub, lõpuks, tegelema ka nn. rahvusvahelise lepingu mõistega. Siirdumisel rahvusvahelise lepingu määratlemisele Liszt nimelt toonitab,

²¹⁷ Vt. ib., lk. 67.

²¹⁸ Vrd. ib., lk. 70: „Der Vertrag ist unfähig Rechtssätze zu erzeugen, weil er seiner Natur nach nicht im Stande ist, einen Gemeinwillen hervorzubringen.“

²¹⁹ Vt. ib., lk. 63: „Wie es den Individuen allein durch Vereinbarung möglich ist, einen Gemeinwillen zu erzeugen, so steht auch den Staaten kein anderes Mittel zu Gebote, ihre Sonderwillen zu einem Gemeinwillen zu verschmelzen.“

²²⁰ Vt. ib., lk. 64 j.

²²¹ Vt. Liszt, op. cit., lk. 48: „Souveränität, als Eigenschaft des Staates, ist die höchste, nach aussen wie im Innern selbständige, von keinem Höheren abhängige Herrschermacht (die summa potestas).“

²²² Vt. ib., loc. cit. Sealjuures rahvusvahelisõigusliku teovõime mõiste Liszt sisustab ilmselt puht-eraõigusliku teovõime vastena. Vrd. ib., loc. cit., nota 2.

Summaries

The Story of the Birth of Constitutional Judicial Review

UNO LÕHMUS

Keywords: judicial review of legislation, Constitutional Court, parliamentary sovereignty, separation of powers

The article describes how judicial review of legislation came into being in various countries, chronicling developments from classical Athens through to the 1920 and the 1937 Constitution of the Republic of Estonia. Although the idea of judicial review of legislation originated in ancient Athens, it became reality only much later, in the United States of America. The revolutions in the United States and France toward the end of the eighteenth century gave birth to written constitutions that still did not explicitly establish judicial review of legislation, with decentralised review of laws' constitutionality finally being established by the Supreme Court of the United States in *Marbury v. Madison*. Meanwhile, the French Parliament actually prohibited judicial review of legislation, on account of a general feeling of distaste for the judges of the *Ancien Régime*. It was the Austrian Constitution of 1920 that moulded the model for centralised judicial review of constitutionality. In contrast, the Weimar Constitution was silent about judicial review even though legal scholars actively debated such review. Neither was reviewing the constitutionality of legislation prescribed by the 1920 Constitution of the Republic of Estonia. The review provided by the article elucidates also that legal scholars have tended to prefer the model of judicial review provided by the United States of America.

The Fundamental Rights Chapter of the 1920 Constitution of Estonia

HANNES VALLIKIVI

Keywords: Constituent Assembly, constitution, fundamental rights, limitations of fundamental rights

The article gives an overview of the creation of the chapter of Estonia's 1920 Constitution that deals with fundamental rights, and its particular provisions are examined. The first version of this chapter was drafted by young legal scholar Jüri Uluots, and the chapter was in nearly complete form when submitted to the plenary meeting of the Constituent Assembly by the 15-member Constitutional Committee. Analysis of the various political parties' and individual politicians' influence on the catalogue of fundamental rights is presented on the basis of materials produced by the committee and the plenary meeting. Among the key conclusions is that several other constitutions besides those of the Weimar Republic, Switzerland, and Finland were taken as models for the chapter's provisions. The first Constitution of Estonia accommodated classical individual and citizens' rights alongside what were then quite modern articulations of social and cultural rights. With left-wing politicians predominating, the founders who prepared the Constitution wished to prevent policestate practices such as those of the Russian Empire from running rampant and strove to enhance social equality with the Constitution's aid.

Concepts of Estonian Culture and Estonian Nationality in the Preamble to Estonia's Constitution

SVEN ANTON

Keywords: constitutions, constitutional law, nationality, cultural policy, culture

The Constitution of the Republic of Estonia sets forth preservation of the Estonian nation and culture as one of the many objectives for the state. The interpretation of such an objective is unique from a constitutional law perspective in that it encompasses many concepts – such as nationality and culture – that have not been dealt with in depth thus far. The article addresses this by articulating the concepts of Estonian nationality and culture. To elaborate on the content of the concepts, the author compares various ways of understanding nationality and culture, including approaches taken in modern studies of cultures and nationality. Overall, this analysis of particular understandings in the context of the purpose behind the preamble, relevant court cases, and the Constitution itself, alongside other constitutional law material, indicates that Estonian culture ought to be understood from an anthropological point of view and Estonian nationality from a cultural nationalist perspective. Therefore, one can conclude that the preamble to the Constitution does not establish the preservation of Estonian nationality and culture as a specific task related only to ethnic Estonians and their heritage and arts. Rather, it expresses a general objective of preserving people who would practise and continue practising Estonian culture as part of their day-to-day life.

75 Years Later: Jaan Kross and His Unfinished Candidate Work, “On the Concept of International Treaty”

LAURI MÄLKSOO

Keywords: Jaan Kross, international treaty, international law, Soviet jurisprudence, Artur-Tõeleid Kliimann

The article introduces the candidate work “On the Concept of International Treaty” which remained undefended by Jaan Kross in 1946, at the Faculty of Law of Tartu State University, due to his arrest and deportation to Siberia, and the text of which will be made available to the public for the first time in this year-book. The article discusses the peculiarities of Kross’s scientific approach (strong reliance on legal dogmatics, logic and substantiation of legal concepts) and also observes the differences between the “bourgeois” approach and the Marxist approach to international jurisprudence. The article also describes the influence of Professor Artur-Tõeleid Kliimann, who was executed during the 1941 German occupation, on the legal logic employed by Kross in the context of the work provided here.

Eesti Teaduste Akadeemia riigiõiguse sihtkapital

20. detsembril 2018 allkirjastasid justiitsminister **Urmas Reinsalu** ja teaduste akadeemia president **Tarmo Soomere** koostöölepingu, millega ministeerium toetab riigiõiguse sihtkapitali moodustamist Eesti Teaduste Akadeemia juurde.

Sihtkapitali vahendeid kasutatakse riigiõiguse arendamiseks ja riigiõiguslase teadustöö edendamiseks ning arendamiseks. Sihtkapitali formaat annab võimaluse toetada nii kõrgetasemeliste teadusartiklite avaldamist ja rahvusvahelist teaduskoostööd kui ka nende vundamendiks olevaid tegevusi nagu riigiõiguse õpikute ja õppevahendite väljaandmine, analüüside koostamine, loengute, diskussioonide, konverentside või teadustööde konkursside korraldamine.

Sihtkapitali tegevust suunab nõukoda, mida juhib endine Riigikohtu esimees dr **Uno Lõhmus**. Nõukotta kuuluvad Tartu Ülikooli rahvusvahelise õiguse professor, akadeemik dr **Lauri Mälksoo**; Euroopa Kohtu kohtujurist, endine Riigikohtu esimees dr **Priit Pikamäe**; riigikohtunik, endine riigisekretär **Heiki Loot**; Tartu Ringkonnakohtu halduskohtunik dr **Madis Ernits**; Euroopa Kohtu kohtunik **Küllike Jürimäe**; Tartu Ülikooli õiguse ajaloo professor dr **Marju Luts-Sootak**; endine Riigikohtu esimees ja endine Euroopa Inimõiguste Kohtu kohtunik dr **Rait Maruste**; Justiitsministeeriumi kantsler **Tõnis Saar** ja *ex officio* Eesti Teaduste Akadeemia president dr **Tarmo Soomere**.

Sihtkapitali vahenditest toetatakse eelkõige järgmisi tegevusi:

- riigiõiguse õpikute väljaandmine
- riigiõiguslaste analüüside koostamine
- sihtkapitali asutamislepingus on ette nähtud võimalus finantseerida sobiva kvalifikatsiooniga analüüside koostajaid teaduste akadeemia uurijate-professoritena

- riigiõiguse aastaraamatu väljaandmine
- riigiõigust käsitlevate teadusartiklite ja kommentaaride, ka kõrgetasemeliste teadustööde tõlgete avaldamine
- riigiõiguslase rahvusvaheliste teaduskonverentside korraldamine ja sellistel konverentsidel osalemine
- avalike ürituste (loengud, diskussioonid, esitlused jne) korraldamine riigiõiguse teemade tutvustamiseks
- osalemine üliõpilaste riigiõiguslaste teadustööde konkursside korraldamises

Informatsioon sihtkapitali tegevuse kohta:

<http://www.akadeemia.ee/et/tegevus/uudised/teated/20190513113731/>

Kontakt:

Eesti Teaduste Akadeemia, Kohtu 6, Tallinn 10130

riigioigus@akadeemia.ee

Riigiõiguse sihtkapitali preemiad parimatele riigiõiguslastele üliõpilaste teadustöödele

Üliõpilaste teadustööde riikliku konkursi raames anti 2019. aastal esimest korda välja teaduste akadeemia riigiõiguse sihtkapitali eripreemiad. Üks preemia (1500 eurot) oli ette nähtud magistri- ja doktoriõppe tasemel ning üks preemia (800 eurot) rakenduskõrgharidusõppe ja bakalaureuseõppe tasemel.

12. detsembril 2019 autasustati Tartus Haridus- ja Teadusministeeriumis üliõpilaste teadustööde riikliku konkursi parimaid. **Eesti Teaduste Akadeemia riigiõiguse sihtkapitali eripreemiad riigiõiguse valdkonnas** andis üle nõukoja juht Uno Lõhmus.

Preemiad pälvisid:

- **Sven Anton** (Tartu Ülikool) magistritöö „Eesti kultuuri ja eesti rahvuse mõiste põhiseaduse preambulis. Kultuuri mõiste käsitlemine õiguslikes ja poliitilistes dokumentides“ eest (juhendajad Tõnu Viik ja Raul Narits)
- **Karin Orgulas** (Tartu Ülikool) uurimistöö „Maaõiguslikud probleemid Riigikohtu administratiivosakonnas 1930. aastal ära kirja ERA.1356.2.102 näitel“ eest (juhendajad Marju Luts-Sootak ja Karin Visnapuu)



Riigiõiguse sihtkapitali teabepäev

31. mail 2019 toimus teaduste akadeemia peeglisaalis riigiõiguse sihtkapitali teabepäev. Tervitussõnad ütlesid ministrid Urmas Reinsalu ja Raivo Aeg. Teaduste akadeemia president Tarmo Soomere pidas ettekande „Riik kui teaduse ja õiguse ühine hool“. Sihtkapitali nõukoja juht Uno Lõhmus tutvustas sihtkapitali tegevuskava. Ettekande „Sada aastat Eesti Vabariigi valitsemise ajutisest korrast“ pidasid Marju Luts-Sootak ja Hent Kalmo. Kuulutati välja riigiõiguse õpiku konkurss. Teabepäeva juhatas Justiitsministeeriumi õiguspoliitika asekantsler Kai Härmand.

