

# Absoluutsed õigused ja proportsionaalsus\*\*

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 proportsionaalsuse doktriinil põhineva kaalumise abil. Muidugi annab kaalumine koos võistlevatele põhimõtetele kaalu määramise fundamentaalsete reeglitega praktilistes olukordades vastuseks **absoluutsuse**. Ent kui see **absoluutsus** 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 käsitluse 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** tavakäsitlust: 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

\* 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.

\*\* M. Borowski. Absolute Rights and Proportionality. – German Yearbook of International Law 2013, Vol. 56, lk 385–423.

käsitamise tutvustuse järel, mille esitan V osas, uurin VI osas seda, millised on need erinevad arutlused, kus tuleb suhtelisena käsitamine 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 käsitamise 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)<sup>1</sup> artiklis 3 sisalduva õiguse ulatuse **suhtelisus** ja Saksamaa põhiseaduse<sup>2</sup> artikli 1 lõigetes 1 ja 2 sätestatud inimväärikuse rekonstruktsioon, mille lõi Robert Alexy.

## II. Proportsionaalsus ja õigused

Laialt levinud seisukoha järgi on proportsionaalsuse analüüsil inimõiguste kaitsel 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.<sup>3</sup> Proportsionaalsus on muutunud võtmekriteeriumiks ka põhiõigusi puudutavas Euroopa Kohtu kohtupraktikas<sup>4</sup> ja proportsionaalsus on nüüd sõnaselgelt ette nähtud EL põhiõiguste harta<sup>5</sup> artikli 52 lõike 1 teises lauses. Enamgi veel, proportsionaalsuse analüüs on õigustanud end põhiseaduslike õiguste kaitsel paljude riikide õigussüsteemis.<sup>6</sup> Lisaks fundamentaalsele või põhiseaduslikele õigustele on proportsionaalsuse analüüsil keskne koht vabaturu edasi arendamisel Euroopa Liidu õiguses<sup>7</sup> ja Maailma Kaubandusorganisatsiooni raamistikus ette nähtud vabaduste edendamisel.<sup>8</sup> Alec Sweet Stone ja Jud Mathews iseloomustasid esimest korda Saksamaal välja arendatud<sup>9</sup>

<sup>1</sup> 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*)

<sup>2</sup> 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*)

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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*.

<sup>5</sup> Euroopa Liidu põhiõiguste harta on kättesaadav: [http://data.europa.eu/eli/treaty/char\\_2012/oj](http://data.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj) (06.01.2020). – *Tlk*.

<sup>6</sup> 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>.

<sup>7</sup> P. Craig, G. De Burca (viide 4), lk 668 *et passim*.

<sup>8</sup> A. Stone Sweet, J. Mathews (viide 6), lk 153–160 ja seal viidatud allikad.

<sup>9</sup> 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, 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 lähenditest 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

proportsionaalsuse rahvusvahelist levikut hiljuti järgmiselt: „1990ndate lõpuks oli peaaegu iga tõhus põhiseadusliku õigluse süsteem maailmas, kui Ameerika Ühendriigid osaliselt välja arvata, omaks võtnud proportsionaalsuse analüüsi põhiseisukohad.“<sup>\*10</sup> Kuigi Ameerika Ühendriikide põhiseadusliku järelevalve sisulistel standarditel on oma ajalugu,<sup>\*11</sup> võib ometi leida häid põhjendusi selle väite toetuseks, et ka Ameerika Ühendriikides kasutatakse mõningaid kaalumise elemente. Praegu vaieldakse peale eelmises lauses nimetatute elavalt ka selle üle, millises ulatuses võib neid elemente pidada proportsionaalsuse pärisosaks.<sup>\*12</sup>

Proportsionaalsust kasutatakse harilikult sisulise kriteeriumina põhiõiguse (*basic right*)<sup>\*13</sup> – näiteks konventsioonist tuleneva õiguse (*Convention right*), fundamentaalse õiguse (*fundamental right*) või põhiseadusliku õiguse (*constitutional right*) – riive õigustamisel.<sup>\*14</sup> Kui lähtuda põhiõiguste ülesehituse standardmudelilt,<sup>\*15</sup> 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 legitiimeeriks 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“.<sup>\*16</sup> Sisulised kriteeriumid puudutavad riive sisu. Näiteks kas riive on ülemäärane selle pärast, et ta on ebaproportsionaalne (*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.<sup>\*17</sup> **Sobivus** nõuab, et riik taotleks legitiimse eesmärgi saavutamist ning abinõu peab sobima eesmärgi saavutamiseks või vähemalt sobima selle edendamiseks. Mittelegitiimsed 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

---

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“.

<sup>10</sup> A. Stone Sweet, J. Mathews (viide 6), lk 75.

<sup>11</sup> **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.

<sup>12</sup> Vt nt M. Cohen-Eliya, I. Porat (viide 9), lk 266–286.

<sup>13</sup> Kasutan edaspidi lihtsuse huvides terminit „põhiõigus“ soomõiste tähistamiseks, selle alla kuuluvad „põhiseaduslik õigus“, „konventsioonist tulenev õigus“, „fundamentaalne inimõigus“ jms.

<sup>14</sup> See tähendab, et proportsionaalsust kasutatakse nõudena, mida tuleb õiguste piiramisel järgida. Rekonstruktsioonide kohta, milles proportsionaalsus ja õiguse piiramine on lahutatud, vt artikli X ptk.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

riive on legitiimse eesmärgi edendamiseks kaalukam.<sup>\*18</sup> 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 Liidukonstitutsioonikohtu (*Bundesverfassungsgericht*) kohtunik.<sup>\*19</sup>

Järgmine hüpoteetiline juhtum võib aidata näitlikustada seda, kuidas proportsionaalsust kasutatakse õiguste puhul. John soovib võtta osa oma kiriku usutalitustest. Ent ametivõimud on ajutiselt keelanud iga-sugused kogunemised, 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 piiranguklausele 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 käsitlemisega<sup>\*20</sup> väljub selle artikli raamidest. Piisab sellest, kui rõhutada mõningaid aspekte. Alustuseks tuleb öelda, et proportsionaalsusel põhinev kaalumise on selgelt määratletud õiguse kohaldamise meetod. Seda meetodit ei tohi segi ajada subjektiivsete ja intuitsioonil põhinevate meetoditega. See, milliseid eesmärke peetakse legitiimseteks, sõltub õiguslikust tõlgendamisest, mitte eelarvamustest ega subjektiivsetest eelistustest. Vastates **irratsioonalsuse vastuväitele**, mille kohaselt kaalumisel puuduvad **ratsioonalsed standardid**,<sup>\*21</sup> 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

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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 püüeid 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 määr, mida nõuab praktiline kokkusobivus, on suurem sellest, mida nõuab proportsionaalsus. Kuid seda teemat me siin rohkem ei käsitle.

<sup>20</sup> 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 käsitluste kohta vt B. Schlink. Abwägung im Verfassungsrecht. Berlin: Duncker & Humblot 1976. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-43684-2>.

<sup>21</sup> 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.

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 optimis-  
miks.<sup>\*22</sup> 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“<sup>\*23</sup>. Raskete juhtumite puhul, kus on mõistlikult võimalik, et kaalumise lahenduse suhtes ei saavutata üksmeelt, on iga kaalumisotsuse õigustamine olemuslikult tähtis.<sup>\*24</sup> Kaalumise käigu üle võib arutleda mitmel tasandil: arutleda võivad üldsus, valitsus, õigusteadlastest kommentaatorid ja kohtud oma järgmistes otsustes, kui nad peavad välja pakkuma otsuse üksikasjaliku õigustuse.

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.<sup>\*25</sup> 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 arvamus 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.<sup>\*26</sup>

Mis on neil õigustel ühist, mille poolest nad eristuvad teistest õigustest?

#### A. Absoluutsete õiguste tunnused

Väidetavalt põhineb absoluutsete õiguste tavakäsitlus 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.<sup>\*27</sup> Proportsionaalsus ei puutu asjasse.<sup>\*28</sup> Seda käsitust väljendab näiteks EIK otsus Chahali kohtuasjas.<sup>\*29</sup> Iseloomustades seda, millise kaitse annab EIÕK artik-

<sup>22</sup> 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 kaalumisotsuseid: „Suur osa kaalumisest toimub mustas kastis“ (samas, lk 976). Ja pool tosinat lehekülge hiljem jätkab Aleinikoff: „Probleemid, mis esinevad enamiku kaalumiste puhul, on minu arvates väga kahjustanud selle metodoloogia usaldusväärsust“ (samas, lk 982). Asjaolu, et meetodit ei kasutata hästi, ei ole siiski argument meetodi vastu.

<sup>23</sup> R. Alexy (viide 6), lk 401–402.

<sup>24</sup> Kaalumisotsuste õigustamise tähtsust rõhutavad eriti T. A. Aleinikoff (viide 11, lk 976 *et passim*) ning R. Alexy (viide 6, lk 100–101).

<sup>25</sup> 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>.

<sup>26</sup> 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 art-s 3 ja art 4 lg-s 1, EL põhiõiguste harta art-tes 1, 4 ja art 5 lg-s 1 ning Saksa põhiseaduse art 1 lg-tes 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.

<sup>27</sup> Vt nt D. J. Harris *et al.* (viide 3), lk 69–70.

<sup>28</sup> Vt nt R. C. A. White *et al.* (viide 3), lk 167–168.

<sup>29</sup> EIKo 15.11.1996, 22414/93, *Chahal vs. Ühendkuningriik*.

lis 3 sätestatud piinamise keeld isiku riigist väljasaatmise puhul, ütles EIK sõnaselgelt, et „väärkohtlemise ohtu ei saa seada väljasaatmise põhjenduste vastu kaalukaasile“<sup>30</sup>. 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 kaalukaasile“<sup>31</sup>. Samamoodi on õiguskirjanduses jõuliselt ära põlatud mõte<sup>32</sup>, et proportsionaalsus võiks olla tähtis EIÕK artiklist 3 tuleneva kaitse ulatuse määramisel.

## B. Kuidas absoluutseid õiguseid ära tunda?

Niisi 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.<sup>33</sup> Sama käib EIÕK artikli 4 lõike 1 kohta.<sup>34</sup> 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 tagasiulatuva kohaldamise keeld.<sup>35</sup> 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 surmanuhtlust<sup>36</sup> 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“<sup>37</sup>. Kui EIÕK artiklis 15 sisalduvasse nimekirja kuulub õigus, mida selgelt ei käsitata absoluutseks, 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 sõnaselgelt piiranguklauslit ja EL põhiõiguste harta artikli 2 lõike 1 suhtes kohaldub harta artikli 52 lõikes 1 sätestatud üldine piiranguklausel.<sup>38</sup>

<sup>30</sup> Samas, p 81.

<sup>31</sup> EIKo 01.06.2010, 22978/05, *Gäfgen vs. Saksamaa*.

<sup>32</sup> 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>.

<sup>33</sup> 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. 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.

<sup>34</sup> D. J. Harris *et al.* (viide 3), lk 113; R. C. A. White *et al.* (viide 3), lk 195.

<sup>35</sup> EIÕK art-s 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.

<sup>36</sup> Seda sätet tuleb siiski lugeda koos EIÕK protokolliga nr 6 art-ga 1 (sõnastuses, nagu see kehtib pärast EIÕK protokolliga nr 11 tehtud muudatust), millega kaotati surmanuhtlus rahuajal, ja EIÕK protokolliga nr 13 art-ga 1, millega üldse kaotati surmanuhtlus. EIÕK protokolliga nr 6 on ratifitseerinud kõik Euroopa Nõukogu liikmesriigid peale Venemaa. Protokolliga nr 13 on tänaseks ratifitseerinud organisatsiooni 47 liikmesriigist 42 (Euroopa Nõukogu veebilehe andmetel on nüüdseks protokolliga nr 13 ratifitseerinud 44 liikmesriiki. – *Tlk*). Saksamaal kaotati surmanuhtlus 1949. aastal põhiseaduse art-ga 102 ja Euroopa Liidus EL põhiõiguste harta art 2 lg-ga 2.

<sup>37</sup> Vt nt D. J. Harris *et al.* (viide 3), lk 61–62; R. C. A. White *et al.* (viide 3), lk 145.

<sup>38</sup> EL põhiõiguste harta art 52 lg 3 esimese lause kohaselt tuleb harta art 2 kohaldamisel koos harta art 52 lg-ga 1 arvestada EIÕK art 2 lg 2 piiranguklauslit.

## 2. Kas absoluutsed õigused, sest puudub piiranguklausel?

Tavatähenduses absoluutseid õigusi, mida eespool nimetasin, seob ka sõnastuslik sarnasus: nimelt puudub neid õigusi ettenägevates sätetes piiranguklausel.<sup>\*39</sup> See võib väga hästi tähendada seda, et õigus on olemuselt absoluutne siis, kui õigust ettenägevas 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 piiratavatteks 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.<sup>\*40</sup> Kuigi puudub neid õigusi piirav kirja pandud piiranguklausel, saab neid proportsionaalsusele tuginedes piirata, mis tähendab seda, et nende õiguste puhul eeldatakse kirjutamata piiranguklausli olemasolu.<sup>\*41</sup>

Näiteks EIÕK puhul näeb EIÕK protokoll nr 1 artikli 2 esimene lause<sup>\*42</sup> 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 artiklist 2 tulenev vanemate õigus, et austataks nende usulisi ja filosoofilisi veendumusi, millest lähtudes nad suunavad oma laste haridust.“<sup>\*43</sup> Veel üks näide: proportsionaalsust peetakse EIÕK artikli 5 rakendamisel olemuslikult tähtsaks sellest hoolimata, et artiklil 5 puudub kirja pandud piiranguklausel.<sup>\*44</sup>

## 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 inimväärikuse 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 õigus 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,

<sup>39</sup> See seisukoht on vähem veenev EL põhiõiguste harta art-te 1, 4 ja 5 puhul, kuna harta art 52 lg-s 1 sisalduv üldine piiranguklausel võib kohalduda ka neis artiklites sätestatud õigustele.

<sup>40</sup> Saksa Liidukonstitutsioonikohus, BVerfGE 28. kd, 243, lk 261. Seda mõjukat 1970. aasta otsust järgitakse endiselt. Vt nt Saksa Liidukonstitutsioonikohus, BVerfGE 107. kd, lk 104 (118).

<sup>41</sup> 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>.

<sup>42</sup> EIÕK protokoll nr 1 uus eestikeelne redaktsioon on kättesaadav: [https://www.riigiteataja.ee/akt/13320300\(06.01.2020\)](https://www.riigiteataja.ee/akt/13320300(06.01.2020)). – *Tlk*.

<sup>43</sup> 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*)

<sup>44</sup> 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>.

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 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 inimesel 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?<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> Näiteks liigub sellise lahutamise suunas Saksa põhiseaduse artikli 1 inimväärikuse rekonstruktsioon, mille lõi Robert Alexy.<sup>47</sup> Siiski ei ole see lahendus kooskõlas absoluutsete

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> Rangelt võttes ei vasta see tõe. 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.

<sup>47</sup> Vt allpool X ptk alaptk B.



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.<sup>\*48</sup>

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.<sup>\*49</sup> Mis puutub teistesse 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, kuivõrd 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 ülimumlikuks. 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 ülimumlikud.<sup>\*50</sup>

## B. Absoluutsete õiguste absoluutne ülimumlikkus 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 suhtes<sup>\*51</sup> absoluutselt ülimumlikuks, st ülimumlikuks 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 tunnustatakse sellest hoolimata, et piirangupõhjendused on kaalukamad.

<sup>48</sup> Vt allpool X ptk.

<sup>49</sup> 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; 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.

<sup>50</sup> Selles mõttes ei kajastu üks tähtis tahk iseloomustuses, millega peetakse absoluutseid õigusi õigusteks, „mis on tingimata ülimumlikud muude õiguste suhtes, mida ei tähistata absoluutse õiguse sildiga“, vt M. K. Addo, N. Grief (viide 33), lk 516.

<sup>51</sup> Kui jätta kõrvale absoluutsete õiguste omavahelise võistluse küsimus.

## 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 riive<sup>\*52</sup> –, 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. Inimvääriskusele tuginevate nõuete vahelist võistlust silmas pidades küsis Horst Dreier, kas ühe inimese inimvääriskuse kaitsega saab **õigustada** teise inimese inimvääriskuse riivet.<sup>\*53</sup> Nii et Dreieri kohaselt jõuame mingites traagilistes olukordades sinna, kus õigus enam vastust ei anna.<sup>\*54</sup> See väide, mis ei ole ei uudne<sup>\*55</sup> ega ulmeline, pälvis palju kriitikat. Selleks et muuta 2003. aastal inimvääriskuse ääreala suhtes proportsionaalsuse analüüsi tegemine võimalikuks, asus Matthias Herdegen eristama inimvääriskuse tuuma ja inimvääriskuse ääreala. Tema kirjutatud analüüs Saksa põhiseaduse artiklis 1 sätestatud inimvääriskuse 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 inimvääriskust puudutava kommentaari. Kuna Dürigi inimvääriskust puudutavad, klassikaks saanud leheküljed olid kantud loomuõiguse ideedest, pidasid mõned seda ebasobivaks, et Dürigi kirjutist asus asendama kirjutis, mille kohaselt tuleks inimvääriskust kaaluda võistlevate õiguste ja hüvede suhtes. Eriti kritiseeris Herdegeni kirjutist 3. septembril 2003 Frankfurter Allgemeine Zeitungis ilmunud artiklis<sup>\*56</sup> endine Saksa Liidukonstitutsioonikohtu kohtunik Wolfgang Böckenförde. Kuna inimvääriskus jääb Herdegeni tõlgenduse kohaselt ilma oma eristaatusest, ei saa inimvääriskus 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.<sup>\*57</sup>

See vaidlus näitab, et on olemas mitu inimvääriskuse rekonstrueerimisega tegelevat leeri. Ühest küljest tekitab tees, mille järgi on inimvääriskus kitsas mõttes absoluutne õigus, hulga tõsiseid probleeme, teisest küljest peetakse ebasobivaks käsitada inimvääriskust lihtsalt ühena põhiõiguste seas. Minu meelest siiski näitab **suhtelise absoluutsuse** idee, kuidas on võimalik lahendada eri leeride vastuolud.

## V. Absoluutsete õiguste suhtelisena 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

<sup>52</sup> Põhiõiguste ulatuse kohta vt R. Alexy (viide 6), lk 196–217.

<sup>53</sup> H. Dreier. Art. 1 I. – Grundgesetz. Kommentar. Band I. Hrsg. von H. Dreier. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck 2004, lk 139, p 133.

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> E.-W. Böckenförde. Die Würde des Menschen war unantastbar. – Frankfurter Allgemeine Zeitung, 03.09.2003, lk 33.

<sup>57</sup> 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.

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 suhtelise 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 kaalukausile 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 suhtelise käsitamise üksikasjalikumat uurimist tasub rõhutada, et tavamõttes absoluutsete õiguste suhtelise käsitamine, mille artiklis välja pakun, ei ole mõeldud selleks, et muuta nõrgemaks niisuguste õiguste pakutavat kaitset, ja tegelikult suhtelise käsitamine seda kaitset ka ei nõrgesta. Isegi kui tavamõttes absoluutsed õigused peaksid ilma jääma oma struktuursest tunnusest, et nende puhul proportsionaalsuse analüüsi ei tehta, ei jää nad ilma oma sisulistest tunnustest: ülimest 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 omaks võetud veendumust tuleb tõsiselt võtta. Esitan artiklis suhtelise 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** suhtelise 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**.<sup>58</sup> Näiteks võib tuua Gäfgeni juhtumi, mille kohta EIK suurkoda tegi otsuse 2010. aasta juunis.<sup>59</sup> Frankfurdis elanud juuratudeng Magnus Gäfgen võttis pantvangi 11-aastase Jakob von Metzleri, nõudes

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> 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>.

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 kahtlusalust, et helikopteriga saabuv politsei erirühm põhjustab talle meditsiini-personali järelevalve all **väljakannatamatut valu**.<sup>\*60</sup> 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.<sup>\*61</sup>

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.

Peale selle üldise probleemi on veel ka tõsisemid 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.<sup>\*62</sup>

## 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 arvamusel 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. Essee ei tegeleta nende juhtumite tulemustega, mida toetab absoluutsete õiguste tavakäsitus. Näiteks ei toeta absoluutsete õiguste suhtelisena käsitamine Daschneri teguviisi Gäfgeni juhtumis.<sup>\*63</sup>

## 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.<sup>\*64</sup> Sellega on seletatav, miks **suhteline absoluutsus** on iseloomulik **absoluutsetele**

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> Samas, p 108.

<sup>62</sup> Vt allpool IX ptk.

<sup>63</sup> Vt allpool IX ptk.

<sup>64</sup> Vt ülal III ptk alaptk B p 3.

**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 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 kaalumise teoses „A Theory of Constitutional Rights“<sup>65</sup> on põhjustanud elava arutelu kaalumise ja selle rekonstrueerimise üle. Arutelule on andnud hoogu juurde kaalumise valem<sup>66</sup>, mille ta on paari viimase aasta jooksul välja töötanud. Kaalumise valem on püüde 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.<sup>67</sup> 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 konkreetses juhtumis sõltub nii õiguse abstraktsest kaalust kui ka sellest, kui tõsine on õiguse 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.

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 perekonnaelu austamisele (EIÕK art 8) jne. Selles mõttes on enamikus põhiõiguste kataloogides hulk õigusi, millel on laias laastus võrdne abstraktne kaal.<sup>68</sup> 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 erilisel tähtsat huvi või mitte. Kuna peaaegu iga parlamendis vastu võetud seadus riivab üldise vabadusõiguse ühte või teist tahku, on üldise vabadusõiguse riive pigem reegel kui erand. Reeglilis 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 üksikisikul 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.<sup>69</sup>

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

<sup>65</sup> R. Alexy (viide 6).

<sup>66</sup> 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. Załuski. Krakow: Jagiellonian University Press 2007, lk 9.

<sup>67</sup> 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>.

<sup>68</sup> R. Alexy (viide 6), lk 406.

<sup>69</sup> Vt ülalpool III ptk alaptk B p 3.

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 tavamõttes absoluutsed õigused.

## 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.<sup>\*70</sup> 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 tüüpilisel juhul sellest õigusest palju vähem kaalukad.<sup>\*71</sup> 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 empiiriliste<sup>\*72</sup> eelduste<sup>\*73</sup> esinemises. Niisiis on ka siin asjakohane ebaproportsionaalse 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 kahtlusi<sup>\*74</sup>, ei muuda midagi. Kui tegelikkuses on peaaegu võimatu saavutada nõutav kindluse tase selle suhtes, et esinevad asjakohased empiirilised eeldused, siis ei saa õigust reaalselt piirata.<sup>\*75</sup>

<sup>70</sup> R. Alexy (viide 6), lk 195; M. Borowski (viide 22), lk 278–279.

<sup>71</sup> Vt ülalpool III ptk alaptk B p 3.

<sup>72</sup> Kerkib küsimus, kas sama käib ka normatiivseid eeldusi puudutava kindluse kohta. Selle küsimusega tegelemine ei ole siiski selle essee eesmärk.

<sup>73</sup> 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: 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.

<sup>74</sup> W. Brugger. *May Government Ever Use Torture?* (viide 58), lk 668.

<sup>75</sup> 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>.

## 1. Reisilennukite allatulistamine, inimväärikus 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 lennuohutuseseaduse<sup>\*76</sup> 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.<sup>\*77</sup> 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 inimväärikust, mida kaitseb Saksa põhiseaduse artikli 1 lõige 1, sest, nagu arutles kohus, koheldaks neid pelgalt eesmärgi saavutamise vahendina.<sup>\*78</sup> Kohus liigitab inimväärikuse 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 inimväärikuse absoluutsusel põhineva arutluskäigu veenvuses täiesti kindel, vaid märkis **veel lisaks**<sup>\*79</sup>, 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“<sup>\*80</sup>. 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.<sup>\*81</sup> Kohus sõnas järgmiseks, et asjaolude sellise ebakindluse korral on **täiesti mõeldamatu** toetada inimväärikuse riivet.<sup>\*82</sup> Just seda selgitabki nõue, et mida tõsisem on riive, seda kindlam peab olema selles, et esinevad empiirilised eeldused: kuna inimväärikuse riive on erakordselt tõsine riive, tuleb olla täiesti kindel, et need empiirilised eeldused, millele rajatakse kaalumisositus, esinevad. Lühidalt öeldes saab kohtu täiendavat arutluskäiku kõige paremini mõista kaalumise struktuuride vaates.

## 2. Hüpeteetiliste ja kunstlike juhtumite ebaolulisus

Inimesed, kes õigustavad riiveid, rääkides **absoluutsetest õigustest** nii, nagu neid käsitatakse tulemu-  
sele suunatud aruteludes<sup>\*83</sup>, võtavad sageli appi hüpeteetilised 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, hukub palju inimesi.<sup>\*84</sup> 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 hüpeteetilistel või kunstlike juhtumitel on tegelike juhtumitega väga vähe pistmist. Kogu empiirilisi eeldusi puudutav ebakindlus hajutatakse lihtsalt järgmiste hüpeteetiliste 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**,

<sup>76</sup> Saksamaa Liitvabariigi lennuohutuseseadus (*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*.

<sup>77</sup> Saksa Liidukonstitutsioonikohus, BVerfGE 115. kd, lk 118.

<sup>78</sup> Samas, p 119. Terroristide puhul ei ole tegemist nende inimväärikuse riivega ja piirangut, mis riivab nende õigust elule, peetakse õigustatuks, vt samas, p 138–152.

<sup>79</sup> Samas, p 123.

<sup>80</sup> Samas.

<sup>81</sup> 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.

<sup>82</sup> Samas, p 128.

<sup>83</sup> Vt ülalpool VI ptk alaptk A.

<sup>84</sup> Vt nt W. Brugger. *May Government Ever Use Torture?* (viide 58), lk 662.

et selle teabe abil päästetakse palju inimesi jne.<sup>\*85</sup> 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 üliluslikuks ja loovad seega hukatuslikult eksitava analoogia, mille alusel teha tegeliku elu kohta järeldusi“<sup>\*86</sup>. Või tsiteerides üht kolmkümmend aastat vana kirjutist: „[K]unstlike juhtumite najal ei looda head eetikat“<sup>\*87</sup> – ja ütluks tuleks lisada fraas „ega head õigust“.

Piinamisteemalises arutelus on ammu tunnustatud, 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.

## 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 üliluslikkust**.<sup>\*88</sup> Kummi meelest on poliitilisele liberalismile iseloomulikud kolm ideed: täiuslikkusevastatus (*antiperfectionism*), kollektiivsusevastatus (*anticollectivism*) ja tagajärje-eetika vastatus (*anticonsequentialism*).<sup>\*89</sup> Keskendun Kummi väitele, mille järgi nõuab **õiguste üliluslikkus** seda, et õigused ei sõltuks tagajärgedest (*anticonsequential*).<sup>\*90</sup> Tagajärje-eetika vastatuses leiab Kumm arvates väljenduse „see põhiline idee, et [...] inimeste isikupuutumatus tingib kitsendusi, mis piiravad tegutsejaid soovitatavate tagajärgede saavutamisel“<sup>\*91</sup>. Kaalutavad õigused piiravad „tegutsejaid, kes püüavad oma tegudega põhjustada soovitavaid tagajärgi“<sup>\*92</sup>. 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.<sup>\*93</sup> See trammiprobleem on pärinud üksjagu tähelepanu.<sup>\*94</sup> 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.

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 hukkab.<sup>\*95</sup>

Kumm väidab, et „lialt levinud arvamuse kohaselt tohib kõrvalseisja esimeses stsenaariumi puhul trammi kõrvalrööbastele ümber suunata [...], kuid teise stsenaariumi puhul tüsedat meest rööbastele lükata ei tohi.“<sup>\*96</sup>

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> Samas, lk 231.

<sup>87</sup> H. Shue. *Torture*. – *Philosophy and Public Affairs* 1978, Vol. 7, lk 141.

<sup>88</sup> M. Kumm (viide 6), lk 131.

<sup>89</sup> Samas, lk 142–164.

<sup>90</sup> Kummi väidete kohta, mis puudutavad täiuslikkuse- ja kollektiivsusevastatust, vt R. Alexy (viide 73), lk 340–342.

<sup>91</sup> M. Kumm (viide 6), lk 153.

<sup>92</sup> Samas.

<sup>93</sup> P. Foot. *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*. Oxford: Oxford University Press 1978, 2. ptk, lk 23. Viidatud teose 2. ptk-s sisalduv artikkel ilmus algselt ajakirjas *Oxford Review* (1967, Vol. 2).

<sup>94</sup> M. Kumm (viide 6), lk 153 ja seal viidatud allikad.

<sup>95</sup> Samas.

<sup>96</sup> Samas.



Olgu alustuseks öeldud, et see on hüpoteetiline või kunstlik stsenaarium, mis ei anna eespool nimetatud põhjustel<sup>\*97</sup> meile kuigi palju juhiseid pärisjuhtumite lahendamiseks. Huvitaval kombel tunnistab Philippa Foot oma algse 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“<sup>\*98</sup>. Seevastu ütleb Philippa Foot Kummi teise stsenaariumiga analoogilise stsenaariumi puhul: „Ent kohtunik vajab süütu mehe surma teatud (headel) põhjustel.“<sup>\*99</sup> 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 negatiivsemalt kui esimesse stsenaariumisse, reageerivad inimesed võib-olla peamiselt sellele.

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*).<sup>\*100</sup> Seevastu, jätkab Kumm, leiab tüse mees teises stsenaariumis „kasutust **vahendina** viie inimese elu päästmisel“, ta on **võimaldaja** (*enabler*).<sup>\*101</sup> Kumm teeb järelduse, et „ainult võimetustaja nõuete kohta saaks teha proportsionaalsuse analüüsi“, kuid „võimaldaja nõuete puhul on tegevusvõimalused märgatavalt kitsamad“<sup>\*102</sup>.

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 võimetustu 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, tuletab 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 ükskõik millise teise isiku puhul suhtuksid alati kui eesmärgi ja mitte kunagi kui ainuüksi vahendisse.“<sup>\*103</sup> Saksa Liidukonstitutsioonikohus kasutas Kanti eesmärgiimperatiivi, kui tõlgendas Saksa põhiseaduse artikli 1 lõikes 1 sätestatud inimväärikust kitsas mõttes absoluutse õigusena.<sup>\*104</sup> See imperatiiv on siiski kõigest üks element inimväärikuse keerukas tõlgenduses ja kommentaatorid on märkinud, et imperatiiv üksinda annab harva vastuse.<sup>\*105</sup> Muidugi ei ole selle essee eesmärgiks analüüsida, kuidas Saksa Liidukonstitutsioonikohus on kasutanud Kanti imperatiivi oma 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.

<sup>97</sup> Vt ülalpool VII ptk alaptk B.

<sup>98</sup> P. Foot (viide 93), lk 23.

<sup>99</sup> 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*)

<sup>100</sup> M. Kumm (viide 6), lk 154 (tsitaadis sisalduv fraasi rõhutus pärineb Kummilt).

<sup>101</sup> Samas (tsitaadis sisalduv fraasi rõhutus pärineb Kummilt).

<sup>102</sup> 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.

<sup>103</sup> 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*)

<sup>104</sup> N. Teifke. Das Prinzip Menschenwürde. Tübingen: Mohr Siebeck 2011, lk 9–15 koos viidetega kohtupraktikale.

<sup>105</sup> Vt eriti H. Dreier (viide 53), lk 167–168.

## 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**.<sup>\*106</sup> 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 piiratuse seisundit“<sup>\*107</sup>. 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“<sup>\*108</sup>. Kahtlemata riivati väga tõsiselt tema õigust olla vaba niisugusest väärkohtlemisest.<sup>\*109</sup> 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 meeleheitest ega põhinenud mõistlikul empiirilisel alusel. See kallutab kaalukausi 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 tulemuse 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 piiratavate õiguste kohaldamisel toimub proportsionaalsuse analüüs riive õigustamise astmel, st siis, kui otsustatakse õiguse piiramise küsimust.<sup>\*110</sup> 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 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 struktuursete tunnuseid, võttes appi Robert Alexy rekonstruktsiooni Saksa põhiseaduse artikli 1 lõikes 1 sätestatud inimväärikusest.

<sup>106</sup> EIKo 01.06.2010, 22978/05, *Gäfgen vs. Saksamaa*, p 107.

<sup>107</sup> Samas, p 95.

<sup>108</sup> Samas, p 103.

<sup>109</sup> Samas, p 108.

<sup>110</sup> Vt ülalpool II ptk.

## 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.<sup>\*111</sup> 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 kõigist juhtumi asjaoludest nagu kohtlemise kestus, kohtlemise mõju inimese füüsilisele ja vaimsele seisundile ning mingitel juhtudel ka kohtlemise ohvri sugu, vanus ja tervislik seisund jne.“<sup>\*112</sup> Kohus on seda reeglit arvukates juhtumites uuesti kasutanud.<sup>\*113</sup> **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“<sup>\*114</sup>, kui viidata otsuses lõigule, kus kasutatakse suhtelisuse valemit. Kohus jätkab: „Pealegi on tervele inimõiguste konventsioonile olemuslikult omane püüe leida õiglase tasakaal selle vahel, mida nõuavad ühiskonna üldised huvid, ja selle vahel, mida on vaja üksikisiku fundamentaalsete õiguste kaitseks.“<sup>\*115</sup> Seevastu ütles EIK hiljem Chahali kohtuasjas: „Neist märkustest, mida kohus on teinud väljasaatmise aluste õõnestamise 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.“<sup>\*116</sup>

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“<sup>\*117</sup>. 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 [...]“<sup>\*118</sup>. Kommentaatorid jagunevad kahte leeri. Kui ühed leiavad, et jutt õiguse ulatuse **suhtelisusest** on viide kaalumisele,<sup>\*119</sup> siis teised on olnud selle tõlgenduse vastu.<sup>\*120</sup>

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 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

<sup>111</sup> Vt ülalpool IV ptk alaptk C.

<sup>112</sup> EIKo 18.01.1978, 5310/71, *Iiri Vabariik vs. Ühendkuningriik*, p 162.

<sup>113</sup> 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.

<sup>114</sup> EIKo 07.07.1989, 14038/88, *Soering vs. Ühendkuningriik*, p 89.

<sup>115</sup> Samas.

<sup>116</sup> EIKo 15.11.1996, 22414/93, *Chahal vs. Ühendkuningriik*, p 81.

<sup>117</sup> EIKo 28.02.2008, 37201/06, *Saadi vs. Itaalia*, p 139.

<sup>118</sup> EIKo 01.06.2010, 22978/05, *Gäfgen vs. Saksamaa*, p 107.

<sup>119</sup> 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.

<sup>120</sup> Vt nt S. Palmer (viide 32), lk 439; D. J. Harris *et al.* (viide 3), lk 111.

üldse välistatud. Aga ka nii, et välistatud on üksnes proportsionaalsuse kui riive õigustamise kriteeriumi kohaldamiseks tehtav huvide kaalumine, sest **huvide kaalumist** mainitakse kohtuotsuses **erandite tegemise** ja **õigustavate tegurite** arvesse võtmisega koos.<sup>\*121</sup> 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 EIÕK artiklile 3 tuginevate nõuete hindamisel üldse võistlevad õigused ja huvid, ning see asjaolu viib meid mõnes mõttes esimese rekonstruktsiooni juurde.

Huvitaval kombel on Saksa Liidukonstitutsioonikohtu kohtupraktika ka inimväärikuse **absoluutsuse** küsimuses kahesugune. Kohtuotsused põhinevad kahel erisugusel arutluskäigul: on otsused, milles rõhutatatakse õiguse absoluutsust ja välistatakse selge sõnaga proportsionaalsuse analüüs, ning on teistsugused otsused, kus lahenduses võib täheldada kaalumise struktuure.<sup>\*122</sup> Kommentaatorite seas on toetust kaotamas üldiselt tunnustatud seisukoht, et inimväärikus on kitsas mõttes absoluutne õigus, ja kanda kinnitamas mõte kaalumisele tuginevate nõuete hindamisel.<sup>\*123</sup>

## 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**.<sup>\*124</sup> Ta rõhutab, et „inimväärikuse mõiste on semantiliselt avatud“<sup>\*125</sup>. Inimväärikuse reegel määrab lahendatavas juhtumis otsustavalt, missuguse 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.“<sup>\*126</sup> Alexy printsibiteooria kohaselt tuleb põhimõtete kohaldamisel paratamatult teha proportsionaalsuse analüüs: „Põhimõtete olemus tingib proportsionaalsuse põhimõtte.“<sup>\*127</sup> Alexy lausub kokkuvõtteks, et tema rekonstruktsiooni eeliseks on see, et „ühel 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“<sup>\*128</sup>. 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 kaalumine. Mudelis käsitatakse inimväärikust siiski niivõrd suhtelisena, kuivõrd inimväärikuse põhimõtet saab proportsionaalsusest lähtudes kaaluda. Kui Alexy leiab, et implitsiitsetest 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 juurde<sup>\*129</sup>, milles Johnil keelati 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.

<sup>121</sup> EIKo 01.06.2010, 22978/05, *Gäfgen vs. Saksamaa*, p 107.

<sup>122</sup> M. Borowski (viide 22), lk 273–278 koos seal viidatud allikatega; N. Teifke (viide 104), lk 15–32; M. Baldus. Menschenwürdegarantie und Absolutheitstheorie. – Archiv des öffentlichen Rechts 2011, Vol. 136, lk 536–540. DOI: <https://doi.org/10.1628/000389111798369762>.

<sup>123</sup> 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.

<sup>124</sup> R. Alexy (viide 6), lk 62–64.

<sup>125</sup> Samas, lk 64, allmärkus nr 69.

<sup>126</sup> Samas, lk 64.

<sup>127</sup> Samas, lk 66.

<sup>128</sup> Samas, lk 64, allmärkus nr 69.

<sup>129</sup> Vt ülalpool II ptk.

Mille poolest erineb see implitsiitsel proportsionaalsuse analüüsil põhinev rekonstruktsioon piiratavate õiguste standardmudelil põhinevast rekonstruktsioonist?<sup>130</sup>

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 rekonstruktsioonis – 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 kaalumisega. 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,<sup>131</sup> tuleks küsimusele vastata eitavalt.

Formaalsed kriteeriumid nagu seaduses sisalduv piiranguklause 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, otsustamaks, 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 implitsiitses proportsionaalsuse analüüsis 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.

<sup>130</sup> Standardmudeli kohta vt ülalpool II ptk.

<sup>131</sup> Vt ülalpool II ptk.