

## Inimõigused ja põhiseaduslikkuse järelevalve Saksamaal\*

DIETER GRIMM

Tõlkinud Peeter Roosma ja Silva Soomets  
Toimetanud Madis Ernits

**Kokkuvõte.** Artiklis visandatakse Saksa põhiõiguste, mida artiklis nimetatakse ka inimõigusteks, järelevalve nii kohtumenetlusõiguslikud kui ka materiaalõiguslikud põhielemendid ning antakse lühiülevaate Saksa Liidukonstitutsioonikohtu kõige olulisemast põhiõigustega seotud praktikast kuni 1990. aastate keskpaigani. Seejuures on kohati tõmmatud paralleele Austria ja Ameerika Ühendriikide asjakohase kohtupraktikaga. Viimaks jõutakse välja küsimuseni, mida tähendab kohtulik aktivism põhiseaduslikkuse järelevalves ning kas Saksa Liidukonstitutsioonikohus on aktivistlik põhiseaduslikkuse järelevalve kohus.

**Märksõnad:** inimõigused, põhiõigused, põhiseaduslikkuse järelevalve, mittepositivism, proportsionaalsuse põhimõte, subjektiivsed õigused ja objektiivsed printsiibid, õigus korraldusele ja menetlusele, kaitsekohustus, võrdsus

---

\* Originaal: D. Grimm. Human Rights and Judicial Review in Germany. – International Studies in Human Rights. Vol 34. Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective. David M. Beatty (toim.). Brill 1994, lk 267–295. DOI: [https://doi.org/10.1163/9789004479401\\_009](https://doi.org/10.1163/9789004479401_009). Artiklit on aastaraamatu tarbeks lühendatud.

## SISUKORD

I. Ajalooline taust .....	94
II. Põhilähenemine .....	96
A. [1949. aasta <i>Grundgesetz</i> ] .....	96
B. [Liidukonstitutsioonikohtu inimõiguslane pädevus] .....	98
C. [Mittepositivistlik materiaalne lähenemine] .....	98
III. Meetod rakendatuna .....	101
A. [Kolm olulist täiendavat õigusmõju] .....	101
1. [Inimväärikus, üldine vabadusõigus ja proportsionaalsuse põhimõte] .....	101
2. [Inimõigused kui ühtlasi ka objektiivsed printsiibid] .....	102
3. [Võrdsus] .....	108
B. [Täienduste tagajärjed praktikas] .....	110
1. [Mitterikkumiste korral] .....	110
2. [Rikkumiste korral] .....	112
IV. Hinnang .....	117

## I. Ajalooline taust

Saksamaa sai oma esimesed põhiseadused 19. sajandi alguses. Tol ajal ei olnud ühendatud Saksamaad olemas ja põhiseadused võeti vastu paljudes Saksa riikides. Ühtegi neist 19. sajandi põhiseadustest ei võtnud vastu rahvas, vaid seda tegid suveräänsed valitsejad, ning sageli eelnes sellele kokkulepe valitseja ja esinduskogu vahel. Oma päritolu tõttu ei olnud need põhiseadused demokraatlikud, kuid olid siiski enam-vähem liberaalsed. Peaaegu kõik põhiseadused sisaldasid inimõiguste kataloogi, mis tagas isikuvabaduse, võrdsuse seaduste ees, väljendusvabaduse, omandivabaduse jne. Kuid ükski neist põhiseadustest ei näinud ette konstitutsioonikohut ega põhiseaduslikkuse järelevalvet. Selle asemel peeti inimõiguste tagajateks esinduskogusid, kuna mistahes õiguste piiramist loeti õigustatuks vaid siis, kui see põhines seadusel, ja ühtegi seadust ei saanud vastu võtta parlamendi nõusolekuta. Teisalt ei olnud parlament ainus seadusandja. Iga seaduse vastuvõtmiseks oli vaja parlamendi kahe koja ja monarhi nõusolekut. Seega ei olnud tol ajal peamiseks inimõiguslaselaseks probleemiks inimõiguste kohaldamine kohtutes, vaid nende jõustamine seadusandja poolt. Parlamentide alamkojad algatasid pidevalt seadusi inimõiguste jõustamiseks, kuid enamasti ei

läinud need katsed ülemkodades läbi või ei nõustunud monarhid neile seadusjõu andmisega. Tavalised kohtud kohaldasid seadusi, kuid ei kohaldanud inimõigusi. Neid peeti sõltuvaks transformatsioonist seadustesse ja kus vastav seadusandlus puudus, seal jäi inimõiguste õiguslik mõju väikseks. Poliitiliselt põhjendati nendega igasuguseid nõudmisi ja õiguslikult tõlgendati neid pigem ühiskonnakorra kujundamise põhimõtete kui individuaalsete õigustena.

1848. aasta revolutsioon tõi kaasa esimese asutavas kogus vastu võetud ja Saksamaa kui terviku jaoks mõeldud põhiseaduse. Selle inimõiguste kataloog oli palju põhjalikum kui varasemates konstitutsioonides. See sisaldas kõiki toonastele põhiseadustele iseloomulikke liberaalseid õigusi, kuid vasakpoolsete katsed lisada sinna mitut sotsiaalset õigust nurjusid enamuse vastuseisu tõttu. Väideti, et inimõiguste eesmärk on piirata võimude tegevust individuaalse vabaduse kasuks, mitte hoolitseda inimestele riigiabi tagamise eest. Selleks et inimõigused täiel määral mõjule pääseksid, võeti eeskjuju varasemate konstitutsioonide kogemusest ja seadustati uues põhiseaduses põhiseaduslikkuse järelevalve. Nagu teada, ebaõnnestus 1848. aasta revolutsioon Saksamaal nagu mujalgi. Põhiseadus ei rakendunud ja inimõiguste kataloog, mis oli vastu võetud enne põhiseadust, tunnistati 1851. aastal kehtetuks. Siiski säilitasid Saksa riikide konstitutsioonid suuremal või vähemal määral ülesaksamaalise põhiseaduse inimõiguste standardi, kuid ükski neist ei näinud ette põhiseaduslikkuse järelevalvet. Üldiselt valitses arvamus, et põhiseaduslikkuse järelevalve ei sobi kokku monarhi suveräänsusega, mis oli kõigi tolleaegsete Saksa konstitutsioonide alus. Hiljem, kui Bismarcki Preisimaa saavutas Saksamaa ühendamise, ei sisaldanud impeeriumi konstitutsioon inimõiguste kataloogi, ka kohtutele ei antud põhiseaduslikkuse järelevalve teostamise õigust. Teisest küljest transformeeris liberaalne seadusandlus, mis hakkas esile kerkima juba 1860. aastatel, paljud põhiseaduslikud lubadused seadusandlusesse. Sellest sai alguse suundumus vähendada inimõiguste õiguslikku tähendust. Inimõiguste tähendus taandati reeglile, et isikuvabadust või omandit piirav võimuakt ei kehti, kui see ei põhine seadusel. Seadusloome ise ei olnud aga allutatud inimõiguste järgimise põhimõttele. Sel kombel piiratult ei olnud inimõigused eristatavad õigusriigist (*Rechtsstaat*) üldiselt. Õiguste adus järeldas seetõttu, et inimõigused olid reliktid ajast, mil õigusriik ei olnud veel täielikult välja arenenud ja et neil ei olnud õigusriigist kaugemale ulatuvat õiguslikku tähtsust.

Kui impeerium Esimese maailmasõja lõpus kokku varises, sai Saksamaa demokraatliku põhiseaduse, mille võttis vastu rahvuskogu, kus domineerisid

impeeriumi ajal opositsioonis olnud erakonnad. Weimari põhiseaduses oli inimõiguste kataloog, mis sisaldas klassikaliste liberaalsete õiguste kõrval ka märkimisväärset hulgal sotsiaalseid õigusi, mis olid mõeldud tööliste, töötute, emade, perekondade jne olukorra parandamiseks. Põhiseadus sätestas konstitutsioonikohtu (*Staatsgerichtshof*), kuid selle pädevus piirdus *Reich*'i ja liidumaade (*Länder*) vaheliste vastuolude ning valimisasjade lahendamisega. Kohtul ei olnud õigust teostada põhiseaduslikkuse järelevalvet, kuna seadustes väljendatud rahva tahte kohtulikkude kontrolli peeti ebademokraatlikuks. Püstitati küsimus, kas tavalised kohtud peavad rakendama seadusi, mida nad peavad põhiseadusevastasteks, kuid see jäi vastuseta. Õigusteades mõisteti inimõigusi endistviisi samamoodi nagu impeeriumi ajal. Klassikalised liberaalsed õigused allusid seadusandlikele piirangutele ja nad ei olnud seadusandjale siduvad. Seega ei ületanud nende õiguslik mõju õigusriiki, samal ajal kui sotsiaalseid õigusi peeti pelgalt poliitilisteks, õigusliku kehtivuseta avaldusteks. Oli seadusandja otsustada, kas muuta need siduvateks õigusteks või mitte. Weimari Vabariigi ajal hakkas nooremate teadlaste põlvkond siiski tõlgendama inimõigusi kui põhiseaduslikke põhimõtteid, mis on siduvad mitte ainult täitevvõimule, vaid ka seadusandjale, ja mida kohaldavad kohtud. See vaidlus positivistide ja materialistide vahel, mis on Saksa avaliku õiguse teaduses tuntud kui Weimari riigiõigusõpetuse meetodivaidlus (*Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre*), oli veel lahenduseta, kui Weimari Vabariik läbi kukkus ja natsionaalsotsialistlik valitsus tühistas kõik inimõigused, kaotas kohtunike sõltumatuse ja seadis sisse diktatuuri.

## II. Põhilähenemine

### A. [1949. aasta *Grundgesetz*]

Mõnele küsimustele, mis jäid lahtiseks Weimari-aegse vaidluse käigus, andis otsese vastuse Teise maailmasõja järel 1949. aastal vastu võetud *Grundgesetz*. Kõigi põhiseaduse assamblees tegutsenud poliitiliste jõudude kindel ühine soov oli hoida ära esindusdemokraatia veelkordne läbikukkumine Saksamaal ning luua mõjusad kaitsevahendid diktatuuri ja inimõiguste eiramise vastu. *Grundgesetz* peaks seetõttu olema riigi ülim seadus ja seisma kõrgemal mistahes võimuaktist. Selle eesmärgi saavutamiseks sisaldab *Grundgesetz* mitut olulist garantiid.

(1) Põhiseaduse aluspõhimõtteid – nagu demokraatia, õigusriik, sotsiaalriik, liitriik, inimväärikuse austamine – ei saa üldse muuta, isegi mitte põhiseaduse muutmise teel. Selle, artikli 79 lõikes 3 sisalduva klausliga lükkas *Grundgesetz*

tagasi Weimari-aegse teooria, et põhiseaduse muutmise võim on piiramatu. Enam ei ole võimalik tühistada demokraatlikku põhiseadust demokraatlike vahenditega, nagu see juhtus 1933. aastal.

(2) Artikli 1 lõike 1 kohaselt on inimväärikus põhiseadusliku korra muutmatu alus.<sup>1</sup> Riik ei ole mitte ainult kohustatud inimväärikust austama, vaid ka kaitsma. See on reaktsioon natsionaalsotsialismi perioodil valitsenud hoolimatusele inimväärikuse suhtes.

(3) Kõigil *Grundgesetz*'iga tagatud inimõigustel on õiguslikult siduv jõud.<sup>2</sup> See klausel artikli 1 lõikes 3 on samuti reaktsioon Weimari konstitutsionalistide enamuse seisukohale, mille järgi inimõiguste kataloog jagati kaheks, õiguslikult siduvaks ja õiguslikult mittesiduvaks osaks.

(4) Veelgi enam, artikli 1 lõige 3 laiendab inimõiguste siduvuse otseselt ka seadusandjale. Siinkohal näeme, et *Grundgesetz* loobub impeeriumiaegsete ja suuresti ka Weimari Vabariigi aegsete konstitutsionalistide hüpoteesist, et seadusandja on vaba inimõigusi oma äranägemisel piirama. Vastavalt artikli 19 lõikele 2<sup>3</sup> on seadusandlikele meetmetele seatud tingimusteta piirang – need ei tohi ühelgi juhul riivata inimõiguste tuumikolemust.

(5) Parlamentaarne Nõukogu, kes *Grundgesetz*'i välja töötas, taaskehtestas klassikalise liberaalsete põhiõiguste kataloogi ja lisas sinna natsidiktatuuri kogemuse valguses mõned uued õigused, näiteks ringhäälingu- ja kunstivabaduse. Kuid Parlamentaarne Nõukogu otsustas mitte järgida Weimari-aegset eksperimenti sotsiaalsete õigustega. Selle asemel kirjutati põhiseadusesse üldine põhimõte, mille kohaselt Saksamaa on sotsiaalriik.

(6) Parlamentaarne Nõukogu lõi spetsiaalse institutsiooni *Grundgesetz*'i rakendamiseks kõigi teiste võimude suhtes. See institutsioon on laialdaste volitustega Liidukonstitutsioonikohus, mille pädevusse kuulub ka põhiseaduslikkuse järelevalve. *Grundgesetz* lahendas seega Weimari-aegse elava debati selle üle, kas põhiseaduslikkuse järelevalve on õigusliku ja mitte ainult sümboolse

<sup>1</sup> „Inimese väärikus on puutumatu. Seda austada ja kaitsta on kogu riigivõimu kohustus.“ („Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“) – *Toim.*

<sup>2</sup> „Järgnevad põhiõigused seovad seadusandlust, täidesaatvat võimu ja õigusemõistmist vahetult kehtiva õigusena.“ („Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“) – *Toim.*

<sup>3</sup> „Ühelgi juhul ei tohi puutuda põhiõiguse olemuslikku tuuma.“ („In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.“) – *Toim.*

väärtusega konstitutsiooni loogiline tagajärg (Kelsen) või on see konstitutsionalismile hukutav, kuna põhjustab poliitika õiguslikustumist ja kohtuvõimu politiseerumist (Carl Schmitt).

## **B. [Liidukonstitutsioonikohtu inimõiguslane pädevus]**

Inimõigustega seoses on kohtul kaks peamist pädevust.

(1) Kohus võib kontrollida mistahes seaduse kooskõla põhiseaduses sisalduvate inimõigustega kas liiduvalitsuse, liidumaa valitsuse või ühe kolmandiku parlamendiliikmete taotlusel (abstraktne normikontroll – artikkel 93 lõige 1 punkt 2) või tavalise kohtu taotlusel, kui kohtul tuleb rakendada seadust, mille põhiseaduspärasuses ta kahtleb (konkreetne normikontroll – artikkel 100). Erandjuhtudel võidakse seaduse põhiseaduspärasust kontrollida ka isiku taotlusel, kelle põhiõigusi on otseselt rikkunud seadus, mitte seaduse rakendamine.

(2) Individuaalkaebuse alusel võib kohus kontrollida avaliku võimu mistahes akti kooskõla inimõigustega (artikkel 93 lõige 1 punkt 4a) eeldusel, et kaebaja on ammendanud kõik võimalused oma õiguste kaitseks tavalistes kohtutes. Neil juhtudel on kontrolli peamine objekt tavaliselt alama astme kohtu otsus, kuid vajaduse korral võidakse hinnata ka esialgset võimuakti ja kohtuotsuste aluseks olevat seadust, kuna ükski akt ega kohtuotsus ei saa olla põhiseaduspärane, kui selle aluseks olev seadus on põhiseadusevastane.

## **C. [Mittepositivistlik materiaalne lähenemine]**

Kui impeeriumiaegses konstitutsiooniõiguslikus mõtlemises domineeris metodoloogiliselt rangelt positivistlik ja formalistlik käsitlusviis ja see jäi suuresti nii ka Weimari Vabariigi ajal, siis konstitutsioonikohus võttis 1951. aastal, algusest peale omaks selgelt mittepositivistliku ja materiaalse lähenemise. Osalt toimus see tänu üldisele mittepositivistlikule suundumusele Saksamaal pärast natsidiktatuuri ja tagasipöördumist traditsiooniliste individualismi väärtuste juurde. Oma osa oli ka hilise Weimari Vabariigi kogemusel, kus positivistliku koolkonna praktiseeritud konstitutsiooniõiguse formalistlik käsitlusviis oli osutunud võimetuks kaitsma põhiseadust põhiseaduslikku vormi rüütatud rünnakute eest. Demokraatia oli olnud taandatud enamuse valitsemisele ega suutnud seetõttu demokraatlike vahenditega ära hoida demokraatia kaotust. Õigusriik oli taandatud pelgalt seaduslikkuseks, kuid ei püstitatud küsimust, kas seadus ise oli põhiseaduslik või mitte. Inimõigused olid taandatud nõudele, et

kõik piirangud pidid põhinema seadusel, aga positivistid ei seadnud mingeid piire seadusandlusele ega andnud juhiseid seaduste tõlgendamiseks.

Kohtu mittepositivistlik seisukoht ei tähenda seda, et põhiseaduse teksti ei arvestataks. Vastupidi, teksti peetakse tõlgendamise lähtepunktiks ja samal ajal ka lõplikuks piiriks. Kohtu mittepositivism tähendab pigem seda, et ta ei järgi imperiumiaegse konstitutsiooniõiguse autoriteedi Paul Labandi kuulsat reeglit, mille kohaselt grammatika ja loogika on ainsad põhiseaduse teksti mõistmise ja tõlgendamise vahendid. Selle asemel võtab kohus ühelt poolt arvesse põhiseaduse sätetes väljendatud ideid ja teiselt poolt ühiskonna tegelikkust, kus konstitutsiooni säte on määratud evima normatiivset jõudu.

Konstitutsiooni põhialustele – nagu demokraatia, õigusriik, sotsiaaliik ja inimväärikuse austamine – viidati esialgu kui väärtustele ja – pärast mõningat kriitikat väärtusfilosoofia võimalike tagajärgede pihta – kui printsiipidele. Erinevalt sõjaeelse perioodi relativismist peetakse põhiseaduslikku korda tervikuna pigem väärtusorienteerituks kui väärtusneutraalseks.<sup>4</sup> Põhiseadust kirjeldatakse kui korda, mis tunnustab õiguse ülimate eesmärkidena individuaalse vabaduse ja inimväärikuse kaitset; see ei kujuta inimest autarksenä, vaid ühiskondlike sidemetega isiksusena, kel on ühiskonna ees kohustusi.<sup>5</sup>

Väärtus- või printsiibiorienteeritus tähendab, et põhiseaduse klauslisse, eriti inimõigust sätestavasse kätketud väärtust tuleb maksimeerida nii palju kui võimalik.<sup>6</sup> Sellisel seisukohal on kaks peamist tagajärge. Esiteks, kui ilmneb kahe või enama põhiseaduslikult tagatud väärtuse kollisioon, ei ole küsimus selles, milline neist on kaalukaim, vaid selles, kuidas leida lahendus, mis võimaldaks neil kõigil toimida suurimal võimalikul määral (*praktische Konkordanz*). Seetõttu on lubatavad teatavad piirangud ka põhiseadusega tingimusteta tagatud õiguste

<sup>4</sup> BVerfG 23.10.1952, 1 BvB 1/51 (E 2, 1, 12) – Sozialistische Reichspartei (SRP); 17.08.1956, 1 BvB 2/51 (E 5, 85, 134 jj, 197 jj) – Kommunistische Partei Deutschlands (KPD); 16.01.1957, 1 BvR 253/56 (E 6, 32, 40 j) – Elfes; 15.01.1958, 1 BvR 400/51 (E 7, 198, 205) – Lüth. [Saksa Liidukonstitutsiooniõiguse kodulehel (<https://www.bundesverfassungsgericht.de>) on kättesaadavad lahendid alates aastast 1998. Enamik varasematest ja ka valdav osa hilisematest lahenditest on kättesaadavad veebilehel [https://www.fallrecht.ch/dfr\\_bverfg.html](https://www.fallrecht.ch/dfr_bverfg.html) (05.05.2024). – *Toim.*]

<sup>5</sup> BVerfG 20.07.1954, 1 BvR 459/52 (E 4, 7, 15 j) – Investitionshilfe; 20.12.1960, 1 BvL 21/60 (E 12, 45, 51) – Kriegsdienstverweigerung I; 15.12.1983, 1 BvR 209/83 (E 65, 1, 41) – Volkszählung.

<sup>6</sup> BVerfG 25.02.1975, 1 BvF 1/74 (E 39, 1, 38) – Schwangerschaftsabbruch I; 08.04.1981, 1 BvR 608/79 (E 57, 70, 99) – Universitäre Krankenversorgung.

nagu südametunnistuse- ja kunstivabadus, kui nende kasutamine ähvardab teisi põhiseaduslikult tunnustatud väärtusi.<sup>7</sup> Teiseks, inimõigusele ei saa anda parimat võimalikku toimet, kui ei arvestata tegelikku olukorda, millele see rakendub. Iseäranis ei ole võimalik kindlaks määrata inimõiguste tähendust, arvestamata muutuvaid olusid. Uued ohud individuaalsele vabadusele nõuavad inimõiguste ulatuse kohandamist. Seega on ühiskondlikust arengust või teaduslikust ja tehnilisest progressist tulenevad uued ohud kaasa toonud inimõiguste uusi tõlgendusi ja ühel juhul peaaegu uue õiguse.<sup>8</sup>

Valides põhiseaduse sätte kahe või enama tõlgenduse vahel, teeb kohus kindlaks nende reaalsed tagajärjed ja võrdleb neid küsimuse all oleva põhiõiguse eesmärgiga. Eelistatakse tõlgendust, mille tagajärjed on lähemal põhiseaduslikule eesmärgile.<sup>9</sup> See tuleneb ideest, et põhiseaduse mõistmine peab muutuma, kui oluliselt muutuvad tingimused, millele seda rakendatakse. Vastasel juhul ei saavutaks tõlgendus põhiseaduse sättega taotletud eesmärki. Tõlgendamisele seavad piirid tekst ja inimõiguse eesmärk. Nende muutmine on jäetud põhiseaduse muudatuste pärusmaaks, samal ajal kui põhiseaduslikule eesmärgile muutuvates oludes parima mõju andmine on tõlgendamise küsimus. Kohus leiab seetõttu, et tal on õigus mitte ainult põhiseaduse sätteid tõlgendada ja neid üksikutele juhtudele kohaldada, vaid põhiseadust ka äsja kirjeldatud piirides arendada. Põhiseaduslik areng leiab seega aset nii muudatuste kui ka tõlgenduste kaudu.

<sup>7</sup> BVerfG 26.05.1970, 1 BvR 83, 244/69 (E 28, 243, 261) – Dienstpflichtverweigerung; 24.02.1971, 1 BvR 435/68 (E 30, 173, 193) – Mephisto.

<sup>8</sup> Kaitse elektroonilise andmetöötluse vastu (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), BVerfG 15.12.1983, 1 BvR 209/83 (E 65, 1, 41 jj) – Volkszählung. Teisi näiteid vt BVerfG 08.08.1978, 2 BvL 8/77 (E 49, 89, 140 jj); 20.12.1979, 1 BvR 385/77 (E 53, 30, 57 jj) tuumaenergia kohta; 14.01.1981, 1 BvR 612/72 (E 56, 54, 73 jj) lennujaama müra kohta; 28.02.1980, 1 BvL 17/77 (E 53, 257, 290 jj); 16.07.1985, 1 BvL 5/80 (E 69, 272, 300) omandiõiguse laiendamine positsioonidele, mis tänapäeva ühiskondades täidavad traditsioonilise omandi funktsiooni.

<sup>9</sup> BVerfG 11.06.1958, 1 BvR 596/56 (E 7, 377, 413 jj) – Apotheken-Urteil; 06.10.1959, 1 BvL 118/53 (E 10, 118, 121) – Berufsverbot I; 05.06.1973, 1 BvR 536/72 (E 35, 202, 226 jj, 238 jj) – Lebach; 07.12.1976, 1 BvR 460/72 (E 43, 130, 136) – Flugblatt; 24.05.1977, 2 BvR 988/75 (E 44, 353, 373 j); 16.10.1977, 1 BvQ 5/77 (E 46, 160, 165) – Schleyer; 22.06.1982, 1 BvR 1376/79 (E 61, 1, 7) – Wahlkampf; 15.12.1983, 1 BvR 209/83 (E 65, 1, 43) – Volkszählung; 13.01.1988, 1 BvR 1548/82 (E 77, 346, 354 j); 09.10.1991, 1 BvR 221/90 (E 85, 23, 31 j); 25.03.1992, 1 BvR 298/86 (E 86, 28, 38 j).



### III. Meetod rakendatuna

#### A. [Kolm olulist täiendavat õigusmõju]

Neid meetodeid rakendades on kohus lisanud inimõigustele võrreldes tekstiga kolm olulist täiendavat õigusmõju.

##### 1. [Inimväärikus, üldine vabadusõigus ja proportsionaalsuse põhimõte]

Esiteks, ta on laiendanud inimõiguste kaitse ulatust. *Grundgesetz* algab inimväärikuse garantiiga, mille järgi on see kogu põhiseaduse juhtpõhimõte ning mis kohustab riiki inimväärikust austama ja kaitsma. Sellele, artiklis 1 sätestatud normile järgneb inimõiguste kataloog, mis hõlmab individuaalse tegevuse valdkondi, sotsiaalseid suhteid ja mitmesuguseid institutsioone, mida võimud kipuvad ohustama, nagu ajalooline kogemus on näidanud. *Grundgesetz*'i artikli 2 lõike 1 kohaselt on tagatud igäühe õigus isiksuse vabale edenemisele.<sup>10</sup> Kohus tõlgendas seda õigust ühes 1958. aasta kohtuasjas mitte kui järgnevate õiguste ja vabadustega sarnast erilist vabadust, vaid kui üldist vabadust, mis kaitseb igasugust inimtegevust, mis ei ole hõlmatud ühegi spetsiaalse põhiseadusliku garantiiga.<sup>11</sup> Sellega rajas kohus terve inimõiguste ja põhiseaduslikkuse järelevalve süsteemi. Kui võimude tegevus puudutab isikute tegevust või käitumist, mida ei ole mainitud üheski spetsiaalses põhiseaduslikus garantiis, saab kohus seda ikkagi kontrollida artikli 2 lõike 1 valguses.

Teiseks, kohus tugevdas inimõiguste kaitsvat jõudu proportsionaalsuse põhimõtet edasi arendades. Varasema doktriiniga võrreldes oli tegemist kaugeleulatuvate tagajärgedega kannapöördega. Impeeriumi ja Weimari Vabariigi ajal oli valitseva doktriini raames jõutud järeldusele, et kuna inimõigusi võis õiguslikult piirata, ei saanud nad olla seaduse suhtes ülimuslikud. Inimõigused eksisteerisid ainult seaduse raames, omamata seega tähendust seaduse enese kujunemisele. Liidukonstitutsioonikohus järeldas artiklist 1, et inimõigused on seaduse suhtes ülimuslikud. Seadused võivad inimõigusi piirata, kuid ainult selleks, et sobitada kokku vastandlikke põhiõigusi või kaitsta teiste isikute põhiõigusi või olulisi ühiskondlikke huve. Kohus otsustas, et inimõiguste mistahes piiramiseks ei piisa

<sup>10</sup> „Igaühel on õigus oma isiksust vabalt edendada [...]“ („Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit [...]“) – *Töim*.

<sup>11</sup> BVerfG 16.01.1957, 1 BvR 253/56 (E 6, 32, 36 j) – Elfes; 06.06.1989, 1 BvR 921/85 (E 80, 137, 152 j) – Reiten im Walde ja eriarvamus, lk 164 jj.

ainult põhiseaduslikult kehtivast põhjusest, vaid see piirang peab olema ka proportsionaalne kaalul oleva põhiõiguse reitingu ja tähtsusega.<sup>12</sup>

Proportsionaalsuse testi rakendatakse kolmes astmes. Esimene küsimus on, kas seadus või muu võimuakt, mis piirab inimõiguse kasutamist, on võimeline saavutama oma eesmärgi. Teine küsimus on, kas selle eesmärgi saavutamine on möödapääsmatult vajalik. Kolmas küsimus on, kas eksisteerib adekvaatne seos ühelt poolt seadusega piiratud inimõiguse ja teiselt poolt eesmärgi vahel, mille huvides piirang on kehtestatud (adekvaatus või proportsionaalsus kitsamas tähenduses). Toimides varasemal astmel kui tuumikolemuse piir artikli 19 lõike 2 mõttes, on proportsionaalsuse põhimõte muutnud viimase peaaegu tähtsusetuks.

## 2. [Inimõigused kui ühtlasi ka objektiivsed printsiibid]

Lisaks põhiseaduse lugemisele viisil, et see kehtestab kõikehõlmava inimõiguste kaitse süsteemi ja väljendab proportsionaalsuse põhimõtet, on kohus tunnustanud inimõigusi millegi enama kui puhtnegatiivsete õigustena, mis võimaldavad isikul end kaitsta võimu sekkumise vastu tema vabadusse. Põhimõtteliselt on see taasavastamine. Kohus mõistab inimõigusi mitte ainult subjektiivsete õigustena, vaid samal ajal ka objektiivsete printsiipidena.<sup>13</sup> Selline oli nende tähendus siis, kui nad Euroopas 18. sajandi lõpus ja 19. sajandi alguses esimest korda kehtestati. Võttes arvesse absolutismist ja feodalismist tingitud õiguskorda ja ühiskondlikku korraldust, oleksid nad blokeeritud vajalikud reformid ja tugevdanud vana korda, kui neid oleks mõistetud isiku kaitsena võimu tegevuse vastu. Seetõttu sätestati põhimõtte, mille kohaselt võim pidi kujundama liberaalse ühiskonna, ja alles siis, kui see reform oleks lõpule jõudnud, saanuksid inimõigused toimida subjektiivsete õigustena vana korda taastada püüdvate või isikute vabadusi kohatult piiravate võimude vastu.

Eesmärkidena läbistavad inimõigused kogu õiguskorda ja ühiskondlikku korraldust. Subjektiivsete õigustena aga kohustavad nad riiki hoiduma teatud tegevusest; objektiivsete printsiipidena kohustavad nad riiki teatud tegevusele, et inimõigusi kaitsta või neid võimestada. Need kaks inimõiguste dimensiooni ei ole tingimata kattuvad. Võimul võib olla kohustusi, millele ei vasta ükski

<sup>12</sup> BVerfG 15.12.1965, 1 BvR 513/65 (E 19, 342, 348 jj); 16.03.1971, 1 BvR 52/66 (E 30, 292, 315) – Erdölbevorratung; 19.10.1982, 1 BvL 34/80 (E 61, 126, 134).

<sup>13</sup> Juhtiv kaasus on otsus asjas BVerfG 15.01.1958, 1 BvR 400/51 (E 7, 198, 204 jj) – Lüth.

subjektiivne õigus. Sellele vaatamata on need kohustused õiguslikult siduvad ja vajaduse korral võib kohus nõuda nende täitmist. Veelgi enam, kohus on haaranud subjektiivsesse õigusesse üha enam objektiivseid elemente, laiendades sel viisil individuaalkaebuse esitajate õigust pöörduda kohtusse.

Enam kui neljakümneaastase kohtupraktika vältel on kohus teinud mitmeid järeldusi eeldusest, et inimõigused on ühtlasi objektiivsed printsiibid.

Esiteks otsustas kohus, et iga seadust, mis piirab inimõiguse kasutamist, tuleb tõlgendada selle õiguse valguses.<sup>14</sup> See 1958. aastal tehtud otsus muutis senist traditsiooni põhjapanevalt. Enne seda otsust oli kohtul põhiseaduslikkuse hindamisel ainsaks küsimuseks, kas inimõigust piirav seadus ise on põhiseaduspärane. Sellise seaduse tõlgendamine ei toonud endaga kaasa põhiseaduslikke küsimusi. See oli tavaliste kohtute ja nende asjassepuutuvast õiguslikust küsimusest arusaamise asi. Nüüd aga tuleb inimõigust puudutavat seadust tõlgendada ja rakendada põhiseaduslikul viisil. See nõuab – seaduse tõlgendamise kontekstis – taas kaalul oleva inimõiguse ja selle piirangu eesmärgi tasakaalustamist.

See põhimõte on eriti oluline eraõiguses.<sup>15</sup> Traditsiooniliselt oldi seisukohal, et eraõigus jääb väljapoole inimõigusi, mida peeti eranditult isiku ja riigi suhteid reguleeriva avaliku õiguse osaks. Uus doktriin allutab kogu õiguskorra inimõigustele, mis tähendab, et kõik tavaliste kohtute otsused alluvad põhiseaduslikkuse järelevalvele tingimusel, et seadus, mida nad tõlgendavad ja rakendavad, puudutab inimõigust. Vahe saab selgeks võrdluse kaudu Austria süsteemiga. Austria Konstitutsioonikohtu järelevalve piirdub seadusandja aktidega. Ta ei saa teostada järelevalvet teiste kohtute otsuste üle. Selle tulemuseks on, et põhiseaduse mõju ei küüni tavaliste seaduste tõlgendamise ja rakendamiseni, isegi kui viimasega kaasneb inimõiguse piiramine.

Teine järeldus, mille kohus on tuletanud ideest, et inimõigused on ka objektiivsed printsiibid, on see, et võimud võivad olla kohustatud andma isikule või isikute klassile õiguse kasutamiseks vajalikud vahendid. See kehtib eriti valdkondades, kus riik kannab hoolt kodanike sotsiaalse turvalisuse ja kultuurilise identiteedi eest. Selles vallas ei piisa algsest mõistest „vabadus riigist“ ning sellele peab lisanduma avalikes institutsioonides osalemise või hüvedest osasaamise kontseptsioon. See on põhiseaduslikult kaitstud vabaduse pelgalt formaalselt mõistelt sisulisele mõistele ülemineku tagajärg. Formaalselt mõistetuna tähendab

<sup>14</sup> BVerfG 15.01.1958, 1 BvR 400/51 (E 7, 198, 206, 208 j) – Lüth.

<sup>15</sup> BVerfG 15.01.1958, 1 BvR 400/51 (E 7, 198, 204 jj) – Lüth.

vabadus võimudepoolse sekkumise puudumist. Isiku tegelik võimalus kasutada oma vabadust jääb väljapoole konstitutsiooniõiguse haaret. Sisulise lähenemise puhul hõlmab vabadus ka vabaduse kasutamise tegeliku võimaluse. Kohus lähtus sellest käsitusest esmakordselt asjas, milles ta pidi kontrollima liidumaade seadusi, mis piirasid pääsu arstiteaduskondadesse selliselt, et paljusid soovijaid, kes formaalselt vastasid vastuvõtutingimustele, keelduti vastu võtmast.<sup>16</sup>

Kuna niisuguse kohustuse täitmiseks on palju teid ja põhiseadus ei kirjuta ette konkreetseid vahendeid, ei kaasne võimude kohustusega tavaliselt isiku õigust. Mõnel erandjuhtumil võib kohustusega siiski kaasneda subjektiivne õigus. See on nii juhul, kui inimõigus oleks ilma võimude aktiivsete sammudeta isiku jaoks täiesti kasutu. See võib olla nii ka juhul, kui riik ise allutab õiguse kasutamise nõuetele, mida ei ole tavapäraselt võimalik ilma riigipoolsete aktiivsete sammudeta täita. Asjakohane näide on põhiseaduslik erakoolide asutamise garantii artikli 7 lõikes 4. *Grundgesetz* tunnustab selliseid institutsioone tingimusel, et nende tase on võrdne riigikoolidega, et õpetajate olukord on õiguslikult ja majanduslikult kindel ning et kool ei taotle õpilaste eraldamist nende vanemate jõukuse järgi. Õigustamiseks järeltust, et riik on kohustatud erakoole toetama, tugines kohus selle sätte tõlgendamisel tõsiasjale, et eraisikutel on kõigi nende tingimuste täitmine muutunud äärmiselt keeruliseks.<sup>17</sup> Tuleb siiski silmas pidada, et säärasel puhul rakendab kohus midagi äraspidise proportsionaalsuse põhimõtte taolist. Isikul on õigus nõuda vaid seda, mida ta võib ühiskonnalt mõistlikult eeldada, võttes arvesse teiste kohustuste kogumit, mida valitsus peab täitma.<sup>18</sup> Niisiis, arstiteaduskondade asjaga sarnanevates asjades, kus kohustuse täitmine nõuaks tohutu rahasumma kulutamist, ei kohusta kohus võime seda kulu kandma, vaid leidis selle asemel, et võimud peaksid midagi ette võtma, et tulevikus olukorda parandada.

Kolmas järeltust, mille kohus on tuletanud inimõiguste objektiivsest iseloomust, on seadusandjate kohustus kaitsta inimõigusi isikutelt või gruppidele lähtuvate ohtude eest. See põhimõte arendati välja 1986. aastal otsustatud esimeses abordiasjas.<sup>19</sup> Seadusandja otsustas suurema karistusõigusreformi käigus loobuda aborti karistatavusest, kui abort tehakse esimese kolme raseduskuu

<sup>16</sup> BVerfG 18.07.1972, 1 BvL 32/70 (E 33, 303, 330 jj) – Numerus clausus I.

<sup>17</sup> BVerfG 08.04.1987, 1 BvL 8/84 (E 75, 40, 62 jj) – Privatschulfinanzierung I.

<sup>18</sup> BVerfG 18.07.1972, 1 BvL 32/70 (E 33, 303, 333) – Numerus clausus I.

<sup>19</sup> BVerfG 25.02.1975, 1 BvF 1/74 (E 39, 1, 42) – Schwangerschaftsabbruch I.

jooksul. Kohus otsustas, et õigus elule *Grundgesetz*'i artikli 2 lõikes 2<sup>20</sup> mitte ainult keelab riigil endal elu hävitada, vaid lisaks sellele kohustab riiki kaitsma inimelu teistelt isikutelt lähtuvate rikkumiste eest. Selle põhiseadusliku kohustuse adressaat on seadusandja, kes peab võtma vastu seadusi, mis tagaksid inimõiguse kaitse. Teises abordiajas 1993. aastal lisas kohus, et kaitse peab olema piisav, pidades silmas kaalul oleva inimõiguse asendit ja tähtsust. Seal, kus inimõiguse piirangud saavad minna liiga kaugemale (*Übermaßverbot*), ei pruugi kaitse oma eesmärki saavutada (*Untermaßverbot*).<sup>21</sup> Saksa kohtu arusaam on teravas vastuolus traditsioonilisema mõtlemisega, mida järgis Austria kohus, kui temalt taotleti väga sarnase seaduse läbivaatamist. Austria kohtu järgi ei puutunud põhiseaduslik küsimus asjasse, kuna riik ei tapanud looteid ise, vaid jättis karistuse abordi eest sätestamata.<sup>22</sup>

Kuigi abordiasi oli esimene kord, kui kohus tunnustas seadusandja kohustust astuda aktiivseid samme inimõiguste kaitseks ohtude eest, mis lähtuvad kolmandatelt isikutelt (*Schutzpflicht*), on nüüdseks selge, et see otsus ei kujutanud endast tüüpilist asja, kus see kohustus on asjassepuutuv. Abordiajas oli tegemist seadusandliku aktiga, mis tühistas pikka aega eksisteerinud kaitse. Tüüpiline kaitsekohustuse rakendamise juhtum on selline, kus mõni uus tehniline, majanduslik või ühiskondlik uuendus põhjustab inimõigusele uue ohu. See on nii näiteks keskkonnakaitse juhtudel, inimelu ja tervise kaitse juhtudel tuumaenergia kasutamise eest, geneetika juhtudel, isiksuse vaba edenemise kaitse juhtudel automatiseeritud andmetöötluse võimaluste eest, ülemäärase müra eest kaitse juhtudel jne. Kohus on öelnud, et kui sellised suundumused mõjutavad tõsiselt inimõigust, siis lasub seadusandjal põhiseaduslik kohustus võtta meetmeid ohustatud õiguse tagamiseks.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> „Igaühel on õigus elule ja kehalisele puutumatusese.“ („Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.“) – *Toim*.

<sup>21</sup> BVerfG 28.05.1993, 2 BvF 2/90 (E 88, 203, 281 jj) – Schwangerschaftsabbruch II.

<sup>22</sup> Verfassungsgerichtshof Österreich 11.10.1974, G 8/74 ([https://www.vfgh.gov.at/downloads/VfSlg\\_07400.pdf](https://www.vfgh.gov.at/downloads/VfSlg_07400.pdf) (05.05.2024)). – *Toim*.

<sup>23</sup> BVerfG 16.10.1977, 1 BvQ 5/77 (E 46, 160, 164) – Schleyer; 08.08.1978, 2 BvL 8/77 (E 49, 89, 130 jj, 140 jj) – Kalkar I; 20.12.1979, 1 BvR 385/77 (E 53, 30, 57 jj) – Mülheim-Kärlich; 14.01.1981, 1 BvR 612/72 (E 56, 54, 73 jj) – Fluglärm; 30.11.1988, 1 BvR 1301/84 (E 79, 174, 201 j) – Straßenverkehrslärm; 25.03.1992, 1 BvR 1430/88 (E 85, 386, 400 j) – Fangschaltungen.

See kehtib isegi lepinguliste suhete kohta. Privaatautonomia, mida mõistetakse kui õigust määrata lepinguga kindlaks, mis poolte vahel kehtib, eeldab teatavat jõudude tasakaalu lepingupoolte vahel. Kui see tasakaal on tugevasti häiritud, kipuvad lepingud tooma kaasa väärastunud tulemusi. Juhtudel, kus ühe poole põhiõigusi on raskesti kahjustatud, on seadusandja kohustatud rakendama kaitseabinõusid. Selliste seaduste puudumisel on tavalistel kohtutel, kui nad tõlgendavad ja kohaldavad lepinguid, kohustus arvestada inimõigusi nii palju, kui see seaduse tõlgendamise raames vähegi võimalik on.<sup>24</sup>

Viimast järeldust, mis on tuletatud inimõiguste objektiivsest mõõtmest, võib kirjeldada kui inimõiguste kaitset menetluse ja korralduse kaudu. Sellise suundumuse põhjus on säärase asjade arvu kasv, mille puhul ei ole võimalik kaitsta põhiseaduslikult tagatud vabadust seaduse materiaaloiguslike normidega. Seda võib ette tulla, kui riigi tegevuse teatud valdkond on nii keeruline või asjakohased teadmised sedavõrd vähesed, et on võimatu tegevust reguleerida seaduses sätestatu rakendamisega. Kui see tegevus tõenäoliselt puudutab inimõigusi, on vaja kompenseerida puuduvat materiaalselt kaitset. Kohus on leidnud, et seal, kus halduse otsust ei ole võimalik seadusega piisavalt ette kirjutada, peab otsuseni jõudmise menetlus olema sätestatud viisil, mis sunniks haldusorganit arvestama nende inimõigustega, mida see tõenäoliselt riivab.<sup>25</sup> Sama kehtib ka seal, kus inimõigust – nagu õigust varjupaigale artikli 16a mõttes – või mõnda inimõigusest järelduvat õiguslikku positsiooni on võimalik kasutada vaid juhul, kui on olemas asjakohane menetlus.<sup>26</sup> See eeldab menetluslike tagatisi. Seadusandja on niisiis põhiseaduslikult kohustatud sellised seadused vastu võtma.

Sama kehtib ka siis, kui inimõigusi kasutatakse ühiskondlikes institutsioonides, olgu avalikes institutsioonides nagu koolid või ülikoolid<sup>27</sup> või era-institutsioonides nagu ettevõtted<sup>28</sup>, ringhääling vms. Vabadus saab neil juhtudel tegelikkuseks vaid siis, kui need institutsioonid ise on vabalt organiseeritud. Hea näide on ringhääling. Kohus mõistab meediavabadust kui vabadust, mis teenib

<sup>24</sup> BVerfG 07.02.1990, 1 BvR 26/84 (E 81, 242, 255) – Handelsvertreter.

<sup>25</sup> BVerfG 20.12.1979, 1 BvR 385/77 (E 53, 30, 65) – Mülheim-Kärlich ja eriarvamus lk 72 jj.

<sup>26</sup> BVerfG 25.02.1981, 1 BvR 413/80 (E 56, 216, 235); 08.02.1983, 1 BvL 20/81 (E 63, 131, 143); 12.07.1983, 1 BvR 1470/82 (E 65, 76, 94); 18.06.1986, 1 BvR 787/80 (E 73, 280, 294 jj) – Notarstellen.

<sup>27</sup> BVerfG 29.05.1973, 1 BvR 424/71 (E 35, 79, 114 jj) – Hochschul-Urteil; 07.10.1980, 1 BvR 1289/78 (E 55, 37, 58 jj) – Bremer Modell.

<sup>28</sup> BVerfG 01.03.1979, 1 BvR 532/77 (E 50, 290) – Mitbestimmung.

teatud eesmärki, milleks on nii eraviisilise kui ka avaliku arvamuse vaba kujunemine. Arvamuste vaba kujunemine eeldab piiramatut teavet kõigi oluliste sündmuste ja ideede kohta. Ringhääling, mille ülesanne on seda teavet pakkuda, peab ise olema vaba. Vabadus tema ühiskondliku ülesande täitmise mõttes tähendab vabadust mitte ainult riigist, vaid ka vabadust ühiskondlikest jõududest. Sedasorti vabadust ei ole võimalik saavutada pelgalt tururegulatsiooni kaudu. Põhiõigus nõuab seega niisugust ringhäälingukorraldust, mis tõenäoliselt tagab ringhäälingu ülesande täitmise.

Saksa kohtu lähenemine saab selgemaks, kui seda võrrelda USA Ülemkohtu praktikaga samas valdkonnas. Ülemkohus nagu Saksa kohuski on seisukohal, et ringhäälinguvabadus ei ole tagatud ringhäälingu saateettevõtja huvides, vaid kuulava ja vaatava avalikkuse huvides. Selle eesmärk on kujundada informeeritud avalikkus, kes oleks võimeline ise oma asju ajama. Seega peab meediakanal toimima järjepidevalt kooskõlas põhiseaduse eesmärkide ja otstarvetega. Ülimuslik on vaatajate ja kuulajate, mitte ringhäälingu saateettevõtjate õigus.<sup>29</sup> Ülemkohus järeldeb neist eeldustest, et võimudel on õigus ringhäälingut reguleerida. Sellele vaatamata ei nõua ta võimudelt ringhäälingu erasaateettevõtjate üle järelevalve sisseseadmist.<sup>30</sup> Seevastu argumenteerib Saksa kohus, et kuna järgida tuleb artikli 5 lõike 1<sup>31</sup> eesmärke, on võimud kohustatud tegutsema nende eesmärkide saavutamise kindlustamiseks. Lähtudes sellest põhimõttest, on kohus kontrollinud hulka ringhäälinguseadusi ja tunnistanud mitmed nende sätted *Grundgesetz*'i artikli 5 lõikega 1 vastuolus olevaks, kuna need ei näinud ette piisavaid tagatise ringhäälinguvabadusele.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> US Supreme Court 09.06.1969, 395 U.S. 367 (389 jj) – Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission.

<sup>30</sup> US Supreme Court 29.05.1973, 412 U.S. 94 (114 jj) – Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee.

<sup>31</sup> „Igaühel on õigus vabalt väljendada ja levitada oma arvamust sõnas, kirjalikult ja pildis ning saada vabalt informatsiooni üldkasutatavatest allikatest. Ajakirjandus- ja kommunikatsioonivabadus on tagatud ringhäälingus ja filmiteostes. Tsensuuri ei ole.“ („Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.“) – *Toim*.

<sup>32</sup> BVerfG 28.02.1961, 2 BvG 1/60 (E 12, 205, 259 jj) – 1. Rundfunkentscheidung; 16.06.1981, 1 BvL 89/78 (E 57, 295, 323 jj) – 3. Rundfunkentscheidung; 04.11.1986, 1 BvF 1/84 (E 73, 118, 152 jj) – 4. Rundfunkentscheidung; 24.03.1987, 1 BvR 147/86 (E 74, 297, 322 jj) – 5. Rundfunkentscheidung; 05.02.1991, 1 BvF 1/85 (E 83, 238, 295 jj) – 6. Rundfunkentscheidung; 22.02.1994, 1 BvL 30/88 (E 90, 60) – 8. Rundfunkentscheidung.



Nagu eespool mainitud, lähtus kirjeldatud suundumus ideest, et inimõigused ei ole ainult subjektiivsed õigused, vaid ka objektiivsed printsiibid. Sellistena nad ei kohusta võime hoiduma teatud tegevusest, vaid survestavad neid tegutsema, et nad kindlustaksid või rakendaksid individuaalseid vabadusi sotsiaalsete riskide või ohtude vastu. Seetõttu tundub kohane subsumeerida kõik need tagajärjed kaitsekohustuse alla (*Schutzpflicht*). Seda kohustust võib nimetada inimõiguste mündi teiseks pooleks; esimeseks on tõrje riigi tegevuse vastu. Riik on põhiseaduslikult kohustatud seda kohustust täitma. Tegevusetus on selle kohustuse rikkumine. Kui riik ei täida oma kohustust, võib kohus selle tuvastada ja kohustada võime võtma kohaseid meetmeid.

Kaitsekohustus võib määratleda selle täitmise üldise suuna, kuid kohus ei dikteeri inimõiguse nõuete täitmise ainuvõimalikku konkreetset viisi. Eri õigused seovad riiki, olenemata sellest, kas ta tegutseb või mitte. Kuid riigil – ja eriti seadusandjal – on laiaulatuslik valikuvabadus, kuidas täita põhiseaduslikku kohustust. Kui põhiseaduses puuduvad konkreetsed nõuded, saab kohus kohustada riiki vaid inimõigust kaitsvaks tegevuseks, kuid ei saa kindlaks määrata tarvitusele võetava abinõu sisu ega üksikasju. Konkreetsed abinõud, mida rakendatakse positiivse tegutsemiskohustuse täitmiseks, on poliitikute otsustada. Seda on kohus ikka ja jälle kinnitanud.

### 3. [Võrdsus]

Seni oleme keskendanud tähelepanu küsimustele, mis puudutavad isiku vabadusi ja selle kontseptsiooniga seotud kohustusi. Nüüd tuleb meil lausuda mõni sõna nüüdisaja põhiseaduste teise suure samba – võrdsuse – kohta. *Grundgesetz* näeb ette üldise võrdsuse seaduse ees ja mõned spetsiaalsed võrdsusklauslid, nagu rassilise, soolise, usulise jne diskrimineerimise keeld. Spetsiaalseid võrdsusklausleid tõlgendatakse kitsalt. Üldklausli puhul on see võimatu. Üldise võrdsusklausli kohaldamine eeldab alati, et võrreldakse asjaolusid või juhtumeid, mis on mõnes osas võrdsed ja mõnes teises ebavõrdsed. Täielik võrdsus oleks samasus. Küsimus seisneb selles, kas kohaldamisjuhtumil tuleb asjakohaseks pidada võrdseid või ebavõrdseid tegureid. Enamasti on selle üle otsustamine seadusandja pädevuses. Põhiseadus, nii nagu kohus seda tõlgendab, nõuab ebavõrdseks kohtlemiseks mõistlikku põhjust ning tasakaalu ebavõrdsuse määra ja eesmärgi vahel, mida teenib ebavõrdne kohtlemine. See nõue on seda rangem,



mida enam seadus puudutab inimõiguste kasutamist või mida vähem see võimaldab isikul vältida ebavõrdset kohtlemist.<sup>33</sup>

Mis puudutab sugu, siis *Grundgesetz* sisaldab mitte ainult diskrimineerimisvastast sätet artikli 3 lõikes 3<sup>34</sup>, vaid ka erilist soolise võrdsuse garantiid artikli 3 lõike 2 lauses 1<sup>35</sup>, mis lisati *Grundgesetz*'i pelga diskrimineerimisvastase klausliga rahulolematute ja eritagatist nõudnud naiste arvukate kaebuste tagajärjel. Kohus oli pikka aega seisukohal, et need kaks klauslit on sisult identsed ning et artikli 3 lõike 2 lause 1 on artikli 3 lõike 3 kordus. Uuemates otsustes on kohus siiski pidanud ebatõenäoliseks, et kahel erineval algteksti sättel on ühesugune tähendus. Sellest lähtuvalt tõlgendab kohus artikli 3 lõiget 2 ajutise erandina rangest diskrimineerimiskeelust artikli 3 lõikes 3. Artikli 3 lõige 2 kehtestab kohtu arvates lisaks formaalsele ka sisulise võrdsuse meeste ja naiste vahel.<sup>36</sup> Kuna naiste olukord ühiskonnas on endiselt mõneti ebasoodsam, tõlgendab kohus artikli 3 lõiget 2 nii, et see lubab anda naistele erilisi eesõigusi seni, kuni faktiline ebavõrdsus kestab.<sup>37</sup> Niipea kui võrdsus on saavutatud, muutub see sätte iganenuks ja kohaldamisele kuulub üksnes diskrimineerimisevastane klausel artikli 3 lõikes 3.

<sup>33</sup> BVerfG 26.01.1993, 1 BvL 38/92 (E 88, 87, 96 j) transseksuaalide lahend viimatisel lahendina pikas reas, mis algas otsusega BVerfG 23.10.1951, 2 BvG 1/51 (E 1, 14, 52) – Südweststaat.

<sup>34</sup> „Kedagi ei tohi diskrimineerida ega eelistada soo, päritolu, rassi, keele, kodumaa ja päritolu, usu, religioossete või poliitiliste veendumuste tõttu. Kedagi ei tohi diskrimineerida puude tõttu.“ („Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“) – *Toim.*

<sup>35</sup> „Mehed ja naised on võrdõiguslikud.“ („Männer und Frauen sind gleichberechtigt.“) – *Toim.*

<sup>36</sup> BVerfG 28.01.1992, 1 BvR 1025/82 (E 85, 191, 206 jj) – Nachtarbeitsverbot; 19.10.1993, 1 BvR 567/89 (E 89, 214) – Bürgschaftsverträge.

<sup>37</sup> 1994. aastal täiendati artikli 3 lõiget 2 lausega 2: „Riik edendab naiste ja meeste võrdõiguslikkuse tegelikku jõustamist ning taotleb esinevate puuduste kõrvaldamist.“ („Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“) – *Toim.*

## B. [Täienduste tagajärjed praktikas]

Kõigil neil uuendustel on kohtupraktikas tagajärjed.

### 1. [Mitterikkumiste korral]

On arvukalt argumente, millele tuginedes on kohus jõudnud järeldusele, et inimõigusi ei ole rikutud.

Esmalt on võimalik, et kaebaja või tema käitumine ei lange selle inimõiguse kaitse alla, mille kaitset taotletakse. Mõned inimõigused, nagu näiteks koosolekuvabadus, on ainult kodanikel, mitte välismaalastel. Sama kehtib ka juriidiliste isikute kohta. Artikli 19 lõike 3 kohaselt võivad koduriigi juriidilised isikud tugineda inimõigustele, mis oma olemuselt ei kohaldu vaid füüsilistele isikutele.<sup>38</sup> Välisriikide juriidilistele isikutele inimõiguste kaitse üldiselt ei laiene. Sama kehtib ka koduriigi avalik-õiguslike juriidiliste isikute kohta, kuna inimõigused on mõeldud isiku kaitseks riigi vastu, mitte riigi kehandite kaitseks teiste avaliku võimu organite vastu.<sup>39</sup> Erand on tehtud vaid niisugustele avalik-õiguslikele juriidilistele isikutele, mis on oma valdkonnas autonoomsed ja teostavad mõnda põhiõigust. Seda on tunnustatud ülikoolide ja avalik-õiguslike ringhäälinguasutuste puhul.<sup>40</sup>

Iga inimõigus on mõeldud teatud eluvaldkonna või teatud tegevuste klassi kaitseks. Kohtu oluline ülesanne on määratleda iga inimõiguse ulatus (*Schutzbereich*). Näiteks väljendusvabaduse asjades on kohus otsustanud, et tahtlik vale ei ole artikli 5 lõikega 1 kaitstud.<sup>41</sup> Samuti ei ole majandusliku surve kasutamine kaitstud väljendusvabaduse garantiiga, kuna see väljub väitluse raamidest.<sup>42</sup>

Põhiseaduslikkuse järelevalve asja tagasilükkamise teine võimalik alus on riigi piisava tegevuse puudumine. Riik kas ei tegutsenud üldse või ei saa tema tegevust iseloomustada kui inimõiguse riivet (*Eingriff*). Riive on keskne mõiste inimõiguste funktsioonis pakkuda tõrjet riigi vastu. Ainult siis, kui inimõigust on riivatud, püstitub küsimus, kas see riive rikub põhiseadust või mitte. Kuna

<sup>38</sup> „Põhiõigused kehtivad ka koduriigi juriidilistele isikutele niivõrd, kuivõrd need neile olemuslikult kohalduvad.“ („Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.“) – *Toim.*

<sup>39</sup> BVerfG 02.05.1967, 1 BvR 578/63 (E 21, 362, 369 jj).

<sup>40</sup> BVerfG 16.01.1963, 1 BvR 316/60 (E 15, 256, 262); 27.07.1971, 2 BvF 1/68 (E 31, 314, 322).

<sup>41</sup> BVerfG 22.06.1982, 1 BvR 1376/79 (E 61, 1, 8) – Wahlkampf.

<sup>42</sup> BVerfG 26.02.1969, 1 BvR 619/63 (E 25, 256, 264 j) – Blinkführer.

põhiseadus lubab riiveid teatud tingimustel, ei riku iga riive põhiseadust. Kuid riive puudumine välistab rikkumise. Esiolgu oli riive kitsas mõiste valdav. Riigi tegevus kvalifitseerus riiveks, kui tegemist oli õigusaktiga, mis oli adresseeritud isikule või isikute grupile ning mille eesmärk oli piirata põhiseadusega kaitstud vabadust. See määratlus iseloomustas olukorda liberaalses riigis, kus ühiskond oli põhimõtteliselt jäetud omapäi ning kus riik tegutses ainult selgete ja vahetute ohtude ärahoidmiseks. Vahend selle ülesande täitmiseks oli erasfääri riive eelkirjeldatud tähenduses. Kitsalt mõistetud riive ei vastanud aga nüüdisaja heaoluriigi vajadustele, mis üha laiendab oma tegevust sotsiaalse turvalisuse tagajana, majandusarengu stimuleerijana, ühiskonna kaitsjana kõikvõimalike riskide eest jne. Kui inimõiguste kaitse piirduks riivetega nende klassikalises tähenduses, puuduks isikul kaitse riigi tänapäevaste tegevuste vastu. Seetõttu mõistab kohus tänapäeval riive all avaliku võimu iga tegevust, mis teeb inimõiguse kasutamise võimatuks või väga raskeks. Teiselt poolt peab tegemist olema õiguse endaga, mida tegevus kahjustab. Pelgad väljavaated, mis rajanevad soodsatel olukordadel, ei ole endiselt kaitstud; samuti ei peeta riiveks tühiseid ebamugavusi ega tüütamist. Edasi tuleb kohtul otsustada, kas riigi poolt üldsusele antav informatsioon või hoiatus, näiteks teave, et teatud usuühendused on noorte arengule ohtlikud, kujutab endast riivet.<sup>43</sup>

Nagu juba mainitud, ei ole sugugi iga inimõiguse riive selle õiguse rikkumine. Tegelikult sisaldab enamik inimõigusi klauslit, mis annab seadusandjale õiguse selle kasutamist piirata. Vahel piirdub põhiseadus seadusliku aluse nõudega seda laadi piirangutele (nimelt et see oleks sätestatud seadusega). Teistel juhtudel peab seadus vastama erilistele nõuetele. Lisaks on kohus välja arendanud eespool kirjeldatud proportsionaalsuse põhimõtte, mida rakendatakse seadustele, mis riivavad inimõigust, ning selliste seaduste rakendusaktidele – pärinegu need täidesaatvalt või kohtuvõimult. Kokkuvõttes on kohus seisukohal, et inimõigust ei ole rikutud, kui (1) õiguse riivel oli seaduslik alus (sätestatud seadusega),

<sup>43</sup> BVerfG 26.06.2002, 1 BvR 670/91 (E 105, 279) – Osho. Vt ka sama päeva lahendit BVerfG 26.06.2002, 1 BvR 558, 1428/91 (E 105, 252) – Glykol. Nende kahe lahendiga piirduv Liidukonstitutsioonikohtu riivet kitsendav kohtupraktika on erialakirjanduses erakordselt palju kriitkat pälvinud, vt nt J. Hufen. Alles „Glykol“ oder was? Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Lebensmittelrecht. – Festschrift für Matthias Horst. M. Girnau (toim.). Hamburg 2013, lk 85–99; S.-C. Lenski. Staatliches Informationshandeln als Grundrechtseingriff. Zur Anwendung der Osho-Rechtsprechung in der verwaltungsgerichtlichen Praxis. – Zeitschrift für das Juristische Studium 1/2008/1, lk 13–17; C. Zott. Aktive Informationen des Staates im Internet – Mittelalterlicher Pranger oder modernes Steuerungsinstrument? Baden-Baden 2016, lk 149–214. – *Toim.*

(2) kui see seadus on nõuetekohaselt vastu võetud, (3) kui see vastab põhiseadusega kitsendustele kehtestatud nõuetele ning (4) kui see ei ole ebaproportsionaalne. Samuti ei esine kohtu arvates inimõiguse rikkumist, kui sellise seaduse rakendusakt võttis arvesse inimõigust ja vastab omalt poolt proportsionaalsuse põhimõttele.

Puutudes kokku seadusega, mis on põhiseadusevastane ainult teatud tõlgenduse korral, hoidub kohus seda kehtetuks tunnistamast ja nõuab selle asemel tõlgendust, mis on põhiseadusega kooskõlas.<sup>44</sup> Seda ei tehta siiski juhtudel, kui põhiseadusega kooskõla loov tõlgendus on selges vastuolus seadusandja tahtega.<sup>45</sup>

Asjades, kus väidetakse, et riik ei ole täitnud oma positiivset kohustust võtta tarvitusele kaitsvaid abinõusid (*Schutzpflicht*), lükatakse kaebus tagasi siis, kui see õigus ei sisalda kõnealuseks nõudeks piisavaid aluseid või kui võimud on õigusest tuleneva kohustuse juba täitnud. Isik saab kindla seaduse vastuvõtmist nõuda üksnes siis, kui põhiseadus paneb võimudele konkreetse kohustuse vastav seadus anda ning kaebaja on selle sätte alusel õigustatud isik.

## 2. [Rikkumiste korral]

Kui pöörame tähelepanu asjadelt, kus inimõiguste rikkumist ei esinenud, asjadele, kus seadust on peetud põhiseadusevastaseks, tuleb kõigepealt eristada mistahes kontrollitava seaduse formaalset ja materiaalsset mõõdet.

(1) Seaduse formaalne ja materiaalne põhiseaduspärasus.

### *Formaalsed nõuded*

Liitriigina jagab Saksamaa seadusandlikku võimu liidu ja selle liikmesriikide vahel. Seetõttu on esimene küsimus, kas seaduse vastu võtnud seadusandlik organ oli pädev seda tegema. Teine küsimus on, kas järgiti kõiki menetlusreegleid. Kui teostatakse järelevalvet valitsuse määruse (*Verordnung*) üle, on lisaküsimuseks, kas valitsusel oli parlamendilt asjakohane volitus ja kas ta järgis *Grundgesetz*'i artiklis 80 sätestatud määruste andmise piiranguid.

### *Materiaalsed nõuded*

Põhiseadus sõnastab inimõigusi piiravatele seadustele mõned üldised nõuded ja mõned konkreetseid inimõigusi puudutavad erinõuded. Nagu juba öeldud, lähtuvad kohtupraktikast ka mõned täiendavad nõuded.

<sup>44</sup> BVerfG 07.05.1953, 1 BvL 104/52 (E 2, 266, 282); 15.06.1983, 1 BvR 1025/79 (E 64, 229, 241).

<sup>45</sup> BVerfG 11.06.1958, 1 BvL 149/52 (E 8, 28, 34).

Esiteks, inimõigust piirav seadus peab olema üldine seadus. Seadused, mis puudutavad üksikjuhtumeid, on artikli 19 lõikega 1 keelatud.<sup>46</sup> Lisaks sätestab see *Grundgesetz*'i säte, et seadus peab nimetama piiratava inimõiguse.<sup>47</sup> Artikli 19 lõike 2 sõnastuse järgi ei tohi ükski seadus puudutada inimõiguse „tuumik-olemust“ (*Wesensgehalt*). Tagasiulatava jõuga kriminaalseadused on vastavalt artikli 103 lõikele 2 täielikult keelatud.<sup>48</sup>

Enamik *Grundgesetz*'is sätestatud inimõigustest sisaldavad konkreetselt selle õiguse piiramist puudutavaid nõudeid. Tavapärane on selline sõnastus, nagu artikli 2 lõikes 2: „Neid õigusi võib riivata ainult seaduse alusel.“<sup>49</sup> Mõned inimõigusi puudutavad sätted lisavad teatud eesmärgi täpsustavad erinõuded („ainult liidu või ühe liidumaa olemasolu või selle vabauslik-demokraatlikku põhikorda ähvardava ohu tõrjumiseks“ – artikkel 11)<sup>50</sup> või piiravad seadusandlikku võimu, piirdudes vaid teatud liiki juhtudega (näiteks koosolekuvabaduse – artikkel 8 – puhul vaid vabas õhus toimuvate koosolekutega). Seal, kus puudub otsene luba inimõigust piirata, nagu artikli 4 (usu-, südametunnistuse jne vabadus) või artikli 5 lõike 3 (kunsti- ja teadusvabadus) puhul, on kohus leidnud, et lubatud on ainult niisugused kitsendused, mis ühildavad neid inimõigusi teiste sama järku ja samasuguse tähtsusega põhiõigustega.<sup>51</sup> Kui kasvõi ühte nendest nõuetest ei järgita, on tegemist asjassepuutuva inimõiguse rikkumisega, mis tavaliselt lõpeb seaduse kehtetuks tunnistamisega.

<sup>46</sup> „Niivõrd kui võrd käesoleva põhiseaduse järgi saab põhiõigust piirata seadusega või seaduse alusel, peab seadus olema üldkehtiv ja mitte omama kehtivust üksnes üksikjuhul.“ („Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten.“) – *Toim.*

<sup>47</sup> „Peale selle peab seadus nimetama põhiõiguse koos paragrahvi tähistusega.“ („Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.“) – *Toim.*

<sup>48</sup> „Teo eest saab karistada ainult siis, kui selle karistatavus oli seadusega kindlaks määratud enne teo toimepanekut.“ („Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“) – *Toim.*

<sup>49</sup> „Nendesse õigustesse tohib sekkuda ainult seaduse alusel.“ („In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.“) – *Toim.*

<sup>50</sup> „[...] ohu tõrjumiseks, mis ähvardab liidu või ühe liidumaa olemasolu või vabauslik-demokraatlikku põhikorda [...]“ („[...] zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes [...]“) – *Toim.*

<sup>51</sup> BVerfG 26.05.1970, 1 BvR 83, 244/69 (E 28, 243, 251) – Dienstpflchtverweigerung; 24.02.1971, 1 BvR 435/68 (E 30, 173, 193) – Mephisto.

Kõige olulisem kohtupraktikas välja kujundatud nõue on proportsionaalsuse põhimõte. Osas, milles on puudutatud inimõigused kui tõrjevahendid riigi vastu, loetakse seadus põhiseadusevastaseks siis, kui see sisaldab sobimatut, mitte-vajalikku või ebamõõdukat kitsendust. Sobimatu kitsendusega on tegu, kui seadus on võimetu oma eesmärgi järgima; kitsendus on mittevajalik, kui sama mõju saavutamiseks on olemas leebemad vahendid; kitsendus on ebamõõdukas, kui seadusandja ei ole saavutanud adekvaatset tasakaalu kitsendatud inimõiguse ja selle kitsendusega järgitud õigusliku väärtuse vahel.

Õigusriigist on tuletatud veel mõned põhimõtted, sealhulgas tagasiulatuvate seaduste keeld väljaspool karistusõigust<sup>52</sup> ja seaduste piisava määratuse põhimõte<sup>53</sup>.

Seadusandjal on teatud piirides, mis on sätestatud artiklis 80, õigus delegeerida osa seadusandlikku võimu täidesaatvale võimule. Siiski järeldas kohus demokraatia põhimõtteid, et kõik olulised küsimused peab otsustama parlament ise.<sup>54</sup> Küsimust peetakse oluliseks eelkõige siis, kui sätestus mõjutab inimõiguse kasutamist. Seetõttu on hulk valitsuse akte tunnistatud põhiseadusevastasteks põhjendusega, et neil ei olnud piisavat seaduslikku alust.

Mis puutub inimõigustesse kui seadusandliku võimu tegutsemiskohustuste põhjustajaisse, võidakse seadus tunnistada põhiseadusevastaseks juhul, kui see ei kaitse inimõigust piisavalt kas sisulises või menetluslikus tähenduses. Sama kehtib ka seaduste kohta, mis loovad korraldust avalike või erainstitutsioonide tarvis.

Kontrolli tugevus siiski varieerub, sõltudes asjassepuutuvast inimõigusest ja ka sellest, mis liiki seadusega on tegu. Seadusi, mis piiravad isiklikku vabadust või poliitilisi õigusi, kontrollitakse rangemalt kui majandust reguleerivaid ja seega majanduslikke vabadusi puudutavaid seadusi.<sup>55</sup> Tihtipeale eristab kohus ühe ja

<sup>52</sup> BVerfG 19.12.1961, 2 BvL 6/59 (E 13, 261, 272) – Rückwirkende Steuern; 19.12.1967, 2 BvL 4/65 (E 23, 12, 32) – Unfallversicherungsgesetz; 25.05.1993, 1 BvR 1509/91 (E 88, 384, 403) – Zinsanpassungsgesetz.

<sup>53</sup> BVerfG 08.08.1978, 2 BvL 8/77 (E 49, 89, 133 j) – Kalkar I.

<sup>54</sup> BVerfG 14.03.1972, 2 BvR 41/71 (E 33, 1, 10 j) – Strafgefangene; 21.12.1977, 1 BvL 1/75 (E 47, 46, 78 jj) – Sexualekundeunterricht; 08.08.1978, 2 BvL 8/77 (E 49, 89, 126 jj) – Kalkar I; 16.06.1981, 1 BvL 89/78 (E 57, 295, 323 j) – 3. Rundfunkentscheidung; 20.10.1981, 1 BvR 640/80 (E 58, 257, 268 jj) – Schulentlassung; 12.05.1987, 2 BvR 1226/83 (E 76, 1, 75) – Familiennachzug; 29.10.1987, 2 BvR 624/83 (E 77, 170, 230 j) – Lagerung chemischer Waffen; 27.11.1990, 1 BvR 402/87 (E 83, 130, 151 j) – Josefine Mutzenbacher.

<sup>55</sup> BVerfG 20.07.1954, 1 BvR 459/52 (E 4, 7, 17 j) – Investitionshilfe; 11.06.1958, 1 BvR 596/56 (E 7, 377, 400) – Apotheken-Urteil; 01.03.1979, 1 BvR 532/77 (E 50, 290, 339 jj) – Mitbestimmung.

sama õiguse piires isiklikumat ja ühiskondlikumat sfääri, näiteks isiksuse vaba edenemise (artikkel 2 lõige 1), kodu puutumatus (artikkel 13) ja omandivabaduse (artikkel 14) puhul. Peale selle on kohus välja arendanud astmelise kontrollisüsteemi seaduste tarvis, mille tulevane toime on usaldusväärsete teadmiste puudumise ja prognostiliste oletuste vajaduse tõttu ebaselge.<sup>56</sup> Paljudel juhtudel, mis käsitlevad majandustegevuse regulatsioone, küsib kohus ainult, kas seadusandja lähtekohad olid ilmselgelt valed.<sup>57</sup> Seevastu juhtudel, mis puudutavad isiklike vabadusi või kätkevad endas võimalikke ohte inimõigustele, uurib kohus, kas seadusandja lähtekohad olid tõsiseltvõetavalt kujundatud ja jälgitavalt põhjendatud.<sup>58</sup> Kolmandas asjades rühmas, kus seadusel on vahetu mõju isiku sellistele õigustele nagu väärikus, elu, tervis ja väljendus, rakendab kohus seaduse suhtes intensiivset sisulist kontrolli.<sup>59</sup> Kui prognostiline oletus osutub tagantjärele valeks, lasub seadusandjal põhiseaduslik kohustus seadusi parandada.<sup>60</sup> Kuid kohus ei asenda parlamendi lähtekohti omaenda vaadetega. Samuti ei uuri kohus, kas seadusandja leidis parima, tõhusaima, otstarbekaima või õiglaseima viisi probleemi lahendamiseks.

Järeldusel, et seadus on põhiseadusevastane, on erinevaid õiguslikke tagajärgi. Tavapärase tagajärg on seaduse kehtetuks tunnistamine (Liidukonstitutsiooni-kohtu seaduse<sup>61</sup> § 78). Kohus on siiski tunnistanud mõningaid erandeid sellest reeglist. Võrdsusõiguse rikkumise juhtudel on seadusandjal vea parandamiseks

<sup>56</sup> BVerfG 01.03.1979, 1 BvR 532/77 (E 50, 290, 333) – Mitbestimmung.

<sup>57</sup> BVerfG 31.07.1973, 2 BvF 1/73 (E 36, 1, 17) – Grundlagenvertrag; 05.03.1974, 1 BvL 27/72 (E 37, 1, 20) – Weinwirtschaftsabgabe; 14.10.1975, 1 BvL 35/70 (E 40, 196, 223) – Güterkraftverkehr.

<sup>58</sup> BVerfG 18.12.1968, 1 BvL 5/64 (E 25, 1, 12 j, 17) – Mühlengesetz; 09.03.1971, 2 BvR 326/69 (E 30, 250, 263); 19.03.1975, 1 BvL 20/73 (E 39, 210, 225 j) – Mühlenstrukturgesetz; 08.08.1978, 2 BvL 8/77 (E 49, 89, 140 jj) – Kalkar I.

<sup>59</sup> BVerfG 11.06.1958, 1 BvR 596/56 (E 7, 377, 415) – Apotheken-Urteil; 17, 269, 276 j; 25.02.1975, 1 BvF 1/74 (E 39, 1, 46, 41 jj) – Schwangerschaftsabbruch I; 21.06.1977, 1 BvL 14/76 (E 45, 187, 238) – Lebenslange Freiheitsstrafe; 26.06.1990, 1 BvR 1165/89 (E 82, 272, 280 j) – „Zwangsdemokrat“; 09.10.1991, 1 BvR 1555/88 (E 85, 1, 13 j, 17 j) – Bayer-Aktionäre.

<sup>60</sup> BVerfG 18.12.1968, 1 BvL 5/64 (E 25, 1, 12 j) – Mühlengesetz; 08.08.1978, 2 BvL 8/77 (E 49, 89, 130 jj) – Kalkar I; 01.03.1979, 1 BvR 532/77 (E 50, 290, 335, 377 j) – Mitbestimmung.

<sup>61</sup> Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG) vom 12.03.1951 in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.08.1993 (BGBl. I S. 1473), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20.11.2019 (BGBl. I S. 1724) geändert worden ist (<https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BjNR002430951.html> (05.05.2024)). – *Toim.*



tavaliselt kaks võimalust. Ta võib kas arvestamata jäetud isikute grupi seadusejärgsete hüvesaajate hulka lisada või jätta kõik hüvest ilma. Seetõttu ei tunnista kohus sellistel juhtudel seadust kehtetuks, vaid jätab seadusandja otsustada, kumba lahendust eelistada.<sup>62</sup> Siiski ei tohi vahepealsel ajal seadust rakendada, kui harvad erandid välja arvata. Peale selle, kui kohus on seisukohal, et põhiseadust kahjustaks seaduse kohene kehtetuks tunnistamine rohkem, annab ta seadusandjale tähtaja uue seaduse vastuvõtmiseks. Kohus järgis sellist lähenemisviisi näiteks siis, kui ta seadis kahtluse alla osa tulumaksuseadusest.<sup>63</sup> Kohus hoidub seaduse kehtetuks tunnistamisest ka siis, kui selle põhiseadusevastasus tuleneb alles hiljaaegu avaldunud ühiskondlikust muutusest.<sup>64</sup> Neil juhtudel kohus pigem kohustab seadusandjat seadust ettenähtud aja jooksul parandama, kui et tunnistab seaduse kehtetuks. Kohus otsustab ka, kas seadust tohib või ei tohi vahepeal rakendada. Äärmiselt harvadel juhtudel on kohus ise kehtestanud üleminekusätte.<sup>65</sup>

(2) Põhiseadusliku puutumusega seaduse kohaldamine haldusorganite või kohtute poolt võib rikkuda põhiseadust, kui seejuures ei võeta piisavalt arvesse inimõigust, mida seadus mõjutab. Loomulikult tekib sel puhul probleem, kuidas eristada (a) tavaliste kohtute pädevusse kuuluvat tavaliste seaduste tõlgendamist ja kohaldamist ning (b) ehtsaid põhiseaduslikke küsimusi. Kohus kasutab üsna ebamäärast vormelit, mille kohaselt kohus ei kontrolli asjaolude väljaselgitamist ega menetlust tavalistes kohtutes, välja arvatud juhul, kui rikutud on mõnda menetluslikku inimõigust, ning ta vaatab ainult seda, kas on esinenud inimõiguse täielik või olemuslik vääritlemist.<sup>66</sup> Muudel juhtudel loeb tavalise kohtu arvamus. Kui kohus tuvastab inimõiguse rikkumise, ei tohi ta asja ise otsustada, vaid ta peab saatma selle tagasi tavalisse kohtusse, mis on kohustatud inimõigusi puudutavates küsimustes järgima konstitutsioonikohtu seisukohta.

<sup>62</sup> BVerfG 28.11.1967, 1 BvR 515/63 (E 22, 349, 359) – Waisenrente und Wartezeit; 07.05.1991, 1 BvL 32/88 (E 84, 168, 186 j); 28.01.1992, 1 BvR 1025/82 (E 85, 191, 211 jj) – Nachtarbeitsverbot.

<sup>63</sup> BVerfG 11.06.1958, 1 BvR 1/52 (E 8, 1, 19 j) – Teuerungszulage; 18.07.1972, 1 BvL 32/70 (E 33, 303, 347) – Numerus clausus I; 27.11.1990, 1 BvR 402/87 (E 83, 130, 154) – Josefine Mutzenbacher.

<sup>64</sup> BVerfG 26.07.1972, 2 BvF 1/71 (E 34, 9, 25 j); 28.02.1980, 1 BvL 17/77 (E 53, 257, 304) – Versorgungsausgleich I; 03.11.1982, 1 BvR 620/78 (E 61, 319, 352) – Ehegattensplitting.

<sup>65</sup> BVerfG 25.02.1975, 1 BvF 1/74 (E 39, 1, 68) – Schwangerschaftsabbruch I; 05.03.1991, 1 BvL 83/86 (E 84, 9, 22 jj) – Ehenamen; 28.05.1993, 2 BvF 2/90 (E 88, 203, 336 jj) – Schwangerschaftsabbruch II.

<sup>66</sup> BVerfG 10.06.1964, 1 BvR 37/63 (E 18, 85, 92 jj).



## IV. Hinnang

Kas Liidukonstitutsioonikohus on aktivistlik kohus või praktiseerib ta kohtulikku enesepiirangut?

Vastus eeldab mõningaid vahetegusid.

(1) Saksa Liidukonstitutsioonikohtul on avarad võimuvolitused. Tema jurisdiktsiooni alla kuuluvad asjad 18 eri alusel.<sup>67</sup> Neist alustest kaht ei ole praktikas siiski kunagi rakendatud (liidupresidenti ja kohtunike kohtulikule vastutusele võtmine). Teistel on olnud võrdlemisi väike osatähtsus (põhiõiguste äravõtmine, parteide ärakeelamine). Kuid ülejäänud kohtu juurde viivad teed on hästi tuntud. Saksa poliitilist protsessi paistab iseloomustavat see, et mitte ainult üksikisikud, vaid ka kaotajad parlamendis või organitevahelistes või föderaalvaidlustes pöörduvad abi saamiseks kohtu poole, kui kaalul on olulised küsimused. Nõnda leidub vaevalt mõni olulisem poliitiline otsus, alates Saksamaa lõimumisest lääneliitlastega peagi pärast liitvabariigi asutamist, üle sisemiste reformide ja Idaga leppimise seitsmekümnendatel kuni taasühinemiseni Ida-Saksamaaga 1990. aastal ja Euroopa Liidu asutamiseni 1993. aastal, mida ei oleks kohtus vaidlustatud. Säärased juhtumid, mis on tekkinud paratamatusest, loovad mulje üsnagi aktivistlikust ja poliitiliselt mõjukast konstitutsioonikohtust.

(2) Kohus ei ole siiski aktivistlik selles mõttes, et ta kalduks kergesti kõrvale põhiseadusega tõmmatud piiridest või et ta õiguslike põhjenduste asemel eelistaks poliitilist argumentatsiooni. Kohus püüab alal hoida tõlgendamise metodoloogilist standardit, mis tagab kontrollitavad tulemused, ja austada varasemaid pretsedente, vaatamata sellele, et Saksamaal ei ole *stare decisis*'e reeglit. Kohus on korduvalt rõhutanud, et põhiseadus on poliitikale vaid raamistik ja üldine juhis, mis jätab vastavalt valimistulemustele avara ruumi poliitilisteks valikuteks ja poliitika muudatusteks. Ometi on ette tulnud juhtumeid, näiteks kuulsas avaliku teenistuja lojaalsuse asjas, kus kohus ületas oma võimuvolitusi ja kasutas pooleliolevat kohtuasja selles tõstatamata küsimuste otsustamiseks, pöörates sel kombel pea peale poliitilise otsustuse ja kohtuliku kontrolli järjekorra.<sup>68</sup> Üsna sageli pöörduvad kohus võimude poole, et need astuks samme inimõiguste kaitseks, ja aeg-ajalt ühendab ta sellise pöördumise või seaduse kehtetuks tunnistamise soovustega, milline peaks seadus põhiseaduslikkuse testi läbimiseks välja nägema. Ükski neist soovustest ei ole õiguslikult siduv, kuid arvestades üpris

<sup>67</sup> Vt BVerfGG § 13. [Praeguseks on neid aluseid kokku 21. – *Toim.*]

<sup>68</sup> Vt nt BVerfG 22.05.1975, 2 BvL 13/73 (E 39, 334) – Extremistenbeschluss.

õiguslikustatud poliitilist kultuuri Saksamaal, on need faktiliselt omandanud mõningase siduva jõu.

(3) Kohus on kindlasti olnud aktivistlik põhiseaduse avamisel ja arendamisel. Ta on välja töötanud inimõiguste teooria, mis ületab enamiku ülejäänud põhiseaduslikkuse järelevalvega maade kohtupraktikat. Esiteks, *implicite* kaitsekohustuse (*Schutzpflicht*) tuletamine inimõiguste mõistest on andnud põhiseadusele kaugeleulatuva tähenduse. Seda mõju on olulisel määral suurendanud proportsionaalsuse põhimõte, eriti selle kolmas aste – vastassuunaliste põhiseaduslike väärtuste nõuetekohane tasakaalustamine. Tõsi küll, kohus on kasutanud neid vahendeid eri moodi. Ta kontrollib rangelt riigi tegevust, kui kitsendatakse isiklike ja poliitilisi vabadusi või kui võrdsuspõhimõtte põhinõudeid eiratakse. Seevastu rakendab kohus enesepiirangut, kui asi on seotud poliitikakujundamise küsimuste või riiklike kulutuste üle otsustamisega. Siiski allutab kohus suure osa poliitilistest ja õiguslikest otsustest põhiseadusele ja järelikult põhiseaduslikkuse järelevalvele. On väljaspool kahtlust, et lõppude lõpuks tähendab see parlamendi võimu kahanemist ja kohtu võimu suurenemist, kuid see leiab aset inimõiguste nimel. Selles süsteemis on ülekaalus pigem inimõigustega tagatud vabadus kui demokraatliku osalusega tagatud vabadus.