

Inimõiguste institutsionaliseerimine demokraatlikus põhiseadusriigis*

Tõlkinud Margot Heinsalu ja Madis Ernits

Kokkuvõte. Robert Alexy artikli põhifookuses on inimõiguste ja demokraatliku põhiseadusriigi seosed. Alexy jaoks on inimõigused spetsiifilised moraalsed õigused, mis tuleb nii rahvusvahelisel kui ka riiklikul tasandil institutsionaliseerida, sest ainult nii on võimalik tagada nende realiseerimine. Seejuures tuleneb inimõigustest muu hulgas tõrjeõigus riikliku meelevaldsuse vastu. Sellepärast tuleb välja selgitada, millist tüüpi riigikorraldus (formaalne õigusriik, demokraatlik õigusriik, demokraatlik põhiseadusriik) on inimõiguste realiseerimiseks vajalik. Nende moraalse sisu tõttu on inimõiguste positiivõigusliku transformatsiooni institutsionaliseerimise parim viis demokraatlik põhiseadusriik.

Märksõnad: inimõigused, demokraatlik põhiseadusriik, demokraatlik õigusriik, subjektiivne õigus, inimõiguste universaalsus, inimõiguste moraalne kehtivus, inimõiguste fundamentaalsus, inimõiguste prioriteet, inimõiguste abstraktsus, võimude lahusus, kohtu sõltumatus, halduse seaduslikkus, põhiõigused, demokraatia, põhiseaduslikkuse järelevalve

Seda, et inimõiguste ja riigikorralduse vahel on tihe seos, on öeldud sageli ja vaevalt saab selles kahelda. Probleeme valmistab selle üldise sõnastuse taga seisev küsimus, missugune see seos on. Minu teesiks on, et parimat inimõiguste käsitust on riiklikul tasandil võimalik parimal viisil realiseerida demokraatlikus põhiseadusriigis. See tees mängib rolli ka siinkohal vaatluse alt välja jääva küsimuse puhul inimõiguste rahvusvahelise ellurakendatavuse kohta. Kui olemas oleksid ainult hästi korraldatud demokraatlikud põhiseadusriigid, oleksid rahvusvahelise probleemi lahendamiseks loodud parimad tingimused. Oma teesi põhjenduseks visandan esiteks viie tunnuse kaudu määratletud inimõiguste käsituse ja esitan mõned argumentid, miks seda käsitust teistele eelistada. Teise sammuna näitan, et seda inimõiguste käsitust on niivõrd, kuivõrd see on üldse realiseeritav, võimalik ellu viia ainult demokraatlikus põhiseadusriigis.

* R. Alexy. Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. – Philosophie der Menschenrechte. Hrsg. von S. Gosepath, G. Lohmann. Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1998, lk 244–264.

I. Inimõiguste mõiste

1. Õiguste struktuurist

Inimõigused on (subjektiivsed) õigused. Õigusi on võimalik jaotada erinevate kriteeriumide alusel. Formaalsest aspektist on soovitatav eristada õigusi millelegi, vabadusi ja pädevusi.^{*1} Siin on vaatluse all ainult õigused millelegi. Õigused millelegi on normatiivsed relatsioonid kolme elemendi vahel: õiguse kandja (*a*), adressaat (*b*) ja ese (*G*). Kolmekohalist relatsiooni ennast väljendab õiguste operaator *R*. Õigust millelegi käsitleva lause kõige üldisemat vormi on seega võimalik väljendada järgmiselt:

RabG.

Selle skeemi tulemus on täiesti erinev olenevalt sellest, mida mõeldakse *a*, *b* ja *G* all. Kui valida kandjaks *a* füüsiline isik, adressaadiks *b* riik ja esemeks *G* elu, vabaduse või omandi riivist loobumine, saadakse liberaalse traditsiooni tõrjeõigus, mis on suunatud riigi vastu. Kui *G*-d tõlgendatakse aga positiivse tegevusena teenuse vormis, nagu näiteks meditsiiniabi osutamine või hooldus, tekib teenuste saamise õigus, nagu seda pooldab sotsiaalse riigi suund ja mille sotsialistlik suund kogunisti esiplaanile seab. Kui lõpuks lubada rakendada kandjana *a* ka riike või rahvaid, peab *G*-l laskma esindada veel ainult arengut soodustavaid teenuseid, et jõuda niinimetatud kolmanda põlvkonna või mõõtme inimõiguste juurde.^{*2} Skeem on seega inimõiguste eri käsituste suhtes neutraalne.

Esitatud triaadilise struktuuri vastu võiks väita, et tavapärareses inimõiguste kataloogides on üldjuhul juttu ainult kandjast ja esemest. Nii on kodaniku- ja poliitiliste õiguste rahvusvahelise pakti artikli 6 lõike 1 esimeses lauses kirjas lihtsalt: „Igal inimesel on kaasasündinud õigus elule.“^{*3} Adressaati ei nimetata. Seetõttu võiks mõelda inimõiguste määratlemisele kahekohaliste relatsioonidena kandja ja eseme vahel. Inimõigused ei vastaks sellisel juhul sellele, mida klassikalises terminoloogias nimetatakse *ius in personam*, vaid pigem sellele, mida seal nimetatakse *ius in rem*.

Ei saa kahelda, et lihtsuse huvides on sageli otstarbekas rääkida lihtsalt kandja ja õiguse eseme vahelisest relatsioonist. See on siiski vaid lühendav tähistus.^{*4} Nii osutub mainitud õigus elule lähemal vaatlusel kiiresti õiguste kogumiks, mille juurde kuulub eelkõige õigus kõikide inimeste ja kõikide riikide vastu mitte saada nende poolt tapetud ning asjaomasele pädevale riigile adresseeritud õigus olla kaitstud tapmise eest teiste inimeste poolt.

Lause, et *a*-l on *b* suhtes õigus *G*-le, on ekvivalentne lausega, et *b*-l on *a* suhtes kohustus tagada *G*:

ObaG.

See lause väljendab relatsioonilist kohustust.^{*5} Õigused millelegi ja relatsioonilised kohustused on sama asja kaks külge. Need on loogiliselt võttes pöördrelatsioonid. Sellest nähtub, et õiguste ja normide vahel on vajalik seos. On tõsi, et kui norm kehtib, ei pea vastav õigus alati olema olemas, sest on norme, mis määravad kindlaks üksnes objektiivsed kohustused; aga kui on olemas õigus, peab alati kehtima norm, mis selle õiguse annab. Õiguste olemasolu ja normide kehtimine on seega korrelaadid. Inimõiguste põhjendamise, kohaldamise ja ellurakendamise probleemid on seega konkreetse struktuuri ja sisuga normide põhjendamise, kohaldamise ja ellurakendamise probleemid.

¹ R. Alexy. Theorie der Grundrechte. 2. väljaanne. Frankfurt am Main 1994, lk 171 jj.

² K. J. Partsch. Das Recht auf „internationale Solidarität“ – ein neues „Menschenrecht der 3. Generation“? – Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1980, lk 511 jj; E. Riedel. Menschenrechte der dritten Dimension. – Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1989, lk 12 jj.

³ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte. – Bundesgesetzblatt. Teil II. 20.11.1973, Nr. 60, lk 1534 (1536). (Originaalis: „Every human being has the inherent right to life.“ Kodaniku- ja poliitiliste õiguste rahvusvahelise pakti mittemetlikus eestikeelses tõlkes (RT II 1994, 10, 11) kõlab art 6 lg 1 esimene lause: „Igal inimesel on vöörandamatu õigus elule.“ Termini *inherent* vasteks sobiks siiski pigem *kaasnev* või *kaasasündinud*. – *Tlk.*)

⁴ Koos edasiste viidetega vt R. Alexy (viide 1), lk 172 jj.

⁵ Samas, lk 185 jj.

2. Inimõiguste struktuurist

Kõik õigused ei ole inimõigused. Inimõigusi eristavad teistest õigustest viis tunnust: universaalsus, moraalne kehtivus, fundamentaalsus, prioriteetsus ja abstraktsus.

(a) Universaalsus. – Inimõiguste esimese olulise tunnuse – universaalsuse – puhul tuleb eristada kandja ja adressaadi universaalsust.

Kandjaskonna universaalsus seisneb selles, et inimõigused on õigused, mis on kõigil inimestel. Kandjate ringi selline määratlemine tekitab kolm probleemi. Esimene tuleneb inimese mõiste kasutamisest. Kandjate ringi kõige selgem piiritus saavutatakse mõiste bioloogilise määratlemisega. Selle vastu väidetakse, et tegemist on spetsiesismiga (sks *Speziesismus*), mis on lähedane rassismile.^{*6} See vastuväide jätab siiski tähelepanuta, et inimese bioloogilise mõiste kasutamine kandjate ringi piiritlemiseks puudutab ainult inimõiguse mõistet, mitte aga inimõiguste põhjendust. Kui mõjuvamad põhjused peaksid rääkima selle kasuks, et anda näiteks õigus elule ka loomadele samas ulatuses nagu inimestele, langeks õigus elule **inimõigusena** ära ja tuleks uuesti luua näiteks olendiõigusena (sks *Kreaturenrecht*) ühes laiendatud kandjate ringiga.

Teine probleem tuleneb asjaolust, et kandjate ringi esitatud määratluse kohaselt saavad inimõiguste kandjad olla vaid inimesed üksikisikutena. Seetõttu ei kuulu inimõiguste mõiste alla niinimetatud kolmanda põlvkonna või dimensiooni inimõigused, kuivõrd need on kogukondade või riikide õigused. Selle vastu võiks väita, et kogukondade või riikide õiguste, näiteks arengumaade õiguse arenguabile kasuks räägivad mõjuvad põhjused. Veel kord tuleb rõhutada, et siinkohal ei ole eesmärgiks mingite õiguste põhjendamise, vaid ainult mõiste adekvaatne määratlemine. Kui mõjuvamad põhjused räägivad selle kasuks, et kogukondadel ja riikidel on õigused, näiteks õigus arengule, tuleks neid õigusi nimetada selleks, mis nad on, nimelt **kogukonna õigused** ja **riigi õigused**. Nende õiguste pooldajatel läheks küll kaotsi väljendi „inimõigused“ positiivne evaluatiivne (sks *evaluativ*) tähenduskomponent, kuid selle puuduse saaks korvata, kui nimetada neid õigusi inimõiguste realiseerimise vahenditeks. Niisuguse arusaama eeliseks oleks pilgu teravdamine, et inimõigused ei manduks funktsionääriõigusteks.

Kolmas probleem tekib sellest, et inimõigused on küll õigused, mis on kõigil, kuid mõningaid inimõigusi ei ole kõigil alati võimalik sisse nõuda. Nii võib abi nõuda ainult abivajaja, kasvatamist ainult laps ja kaitset ainult ohustatu. See selgitab, et inimõigused ei erine muudest õigustest mitte selle poolest, et need on oma loogiliselt struktuurilt kategoorilised õigused, vaid hoopis selle poolest, et need on kõigil, ilma et neid oleks vaja omandada. Piisab sellest, kui keegi on abivajaja, laps või ohustatu. See aspekt on erinev kinnistuga seotud õiguste puhul. Kategoorilised on inimõigused niisiis ainult selle poolest, et neid ei tingi omandamist kinnitavad dokumendid.^{*7}

Kandjaskonna universaalsuse kohta öeldu võib kokku võtta niimoodi, et inimõigused on õigused, mis on kõigil inimestel üksikisikutena, sõltumata omandamist kinnitavast dokumendist. **Adressaatide** poolel on universaalsuse küsimus keerulisem. Sageli öeldakse, et inimõigused on õigused *erga omnes*, millest saab järeldada, et inimõigused on kõigi õigused kõigi vastu. Lähemal vaatlusel ilmneb siiski eristamise vajadus. Esimene erinevus seisneb selles, et kuigi kandjatena tulevad kõne alla ainult inimesed, siis adressaatidena seevastu nii inimesed kui ka rühmad ja riigid. Teine erinevus ei ole sugugi vähem tähtis. See on absoluutsete ja suhteliste inimõiguste erinevus. Absoluutsed inimõigused on õigused, mis on kõigil kõigi inimeste, rühmade ja riikide suhtes. Õigus elule on üks näide. Suhtelised inimõigused on õigused, mis on kõigil vähemalt ühe inimese, rühma või riigi suhtes. Näiteks valimisõigus on suhteline inimõigus riigi suhtes. Kõigi riikide kõigil kodanikel on oma riigi suhtes see õigus. Rühma suhtes kehtiva suhtelise inimõiguse näitena võib tuua kõigi laste õiguse saada oma perekonnalt hoolt ja kasvatust.

(b) Moraalne kehtivus. – Inimõiguste teine olemuslik tunnus on see, et need on moraalsed õigused. Moraalne õigus on olemas siis, kui seda tagav norm kehtib moraalselt. Norm kehtib moraalselt, kui seda on võimalik põhjendada igapähele, kes on vastuvõtlik ratsionaalsele põhjendusele.^{*8} Inimõigused on seega

⁶ C. S. Nino. *The Ethics of Human Rights*. Oxford 1991, lk 35.

⁷ Eritingimusi kujutavad endast piiriklauslid. Need ei seostu siiski kandjaskonna universaalsusega, vaid puudutavad inimõiguste piiratavuse küsimust.

⁸ R. Alexy. *Diskurstheorie und Menschenrechte*. – R. Alexy. *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main 1995, lk 127 jj.

olemas täpselt siis, kui neid on võimalik esitatud tähenduses igapäevale põhjendada. Inimõiguste **struktuuri universaalsusele**, mis seisneb selles, et need on põhimõtteliselt kõigi õigused kõigi suhtes, lisandub seega **kehtivuse universaalsus**, mis on määratud nende põhjendatavusega kõigile, kes on vastuvõtlikud ratsionaalsele põhjendusele.

Võiks arvata, et inimõiguste moraalne iseloom takistab nende õiguslikku institutsionaliseerimist. See vastuväide oleks õige, kui inimõiguste määratlemine moraalsete õigustena tähendaks nende kuulumist moraalsuse valdkonda Kanti mõistes.⁹ See oleks nii juhul, kui inimõigused oleksid õigused, mida saab täita ainult kohustuse tõttu, see tähendab nende enda pärast (sks *um ihrer selbst willen*). Kuid siiski pole kahtlust, et inimõigusi saab rakendada ka sunni abil. Vastus küsimusele, kas inimõigus on tagatud või mitte, ei sõltu motivatsioonist, vaid ainult välisest tegevusest. Inimõigused kuuluvad seega Kanti terminoloogias legaliteedi ehk seaduslikkuse valdkonda. Nende moraalseteks õigusteks liigitamise ainus eesmärk on nende eristamine positiivsetest õigustest.

Õigus on positiivne õigus, kui seda tagav norm sotsiaalselt või juriidiliselt kehtib.¹⁰ Siinkohal pakub huvi ainult juriidiline kehtivus. Õigust, mis põhineb juriidiliselt kehtival normil, tuleb nimetada **positiiv-õiguslikuks õiguseks**. Moraalsete õiguste paigutamisel Kanti mõistes seaduslikkuse valdkonda on see eelis, et inimõigusi saab esiteks ilma nende sisu mis tahes viisil muutmata ja teiseks nende moraalse kehtivuse kaotamine ümber kujundada positiiv-õiguslikeks õigusteks ehk lühidalt positiivseks õiguseks. Positiiveerimise kaudu lisatakse neile kehtivuse lisaalusena üksnes juriidiline kehtivus, mis on järgnevas juriidilises diskussioonis mõistagi kehtivuse otsustav alus. Inimõiguste moraalne iseloom ei takista seega nende institutsionaliseerimist positiiv-õiguslike õigustena.

Vaieldakse selle üle, millised õigused inimõigustena moraalselt kehtivad. See on inimõiguste põhjendamise probleem. Inimõiguste põhjendamise probleem on inimõigusteteemalise diskussiooni kõige tähtsam ja keerulisem probleem. Sellegipoolest ei käsitleta seda siinkohal, et saaks keskenduda inimõiguste institutsionaliseerimise teemale. Teema valikust nähtub aga, et inimõiguste põhjendamise võimalikkust tuleb eeldada, sest kui neid ei oleks võimalik põhjendada, kaotaks nende institutsionaliseerimise küsimus paljugi oma tähendusest. See muutuks illusiooni, otsuse või ideoloogia institutsionaliseerimise küsimuseks. Kuid kui inimõigused on põhjendatavad, siis pole põhjendatavad mitte ainult inimõigused kui sellised¹¹, vaid ka teatava sisuga inimõigused. Kuigi põhjenduse juures tuleb viidata mujal esitatud seisukohtadele¹², tuleb vähemalt öelda, milliseid õigusi eeldatakse siinkohal igapäev suhtes ja seega moraalselt põhjendatavatenä. Need on 1) liberaalse traditsiooni tõrjeõigused, mis kaitsevad õigust teiste tegevusetusele, st mis kaitsevad negatiivsete õigustena selliseid inimõiguste hüvesid nagu elu ja vabadus; 2) kaitseõigused, mis kohustavad riiki positiivse tegevusega kaitsma üksikisikut teiste sekkumise eest; 3) poliitilised õigused, mis võimaldavad õiguskogukonna liikmetel osaleda poliitilises otsustusprotsessis; 4) sotsiaalsed õigused, mis tagavad elatusmiinimumi, ja 5) menetlusõigused, mis tagavad punktides 1–4 nimetatud õiguste rakendamise.

(c) Fundamentaalsus. – Inimõiguste kolmas konstitutiivne tunnus on nende fundamentaalsus. Fundamentaalsus puudutab õiguste **eset**. Inimõigused on fundamentaalsete huvide ja vajaduste kaitsmiseks ja rahuldamiseks. Huvi või vajadus on fundamentaalne, kui selle rikkumine või mitterahuldamine tähendab surma või raskeid kannatusi või puudutab autonoomia tuumikvaldkonda.¹³ Inimõiguste fundamentaalsuse ja nende moraalse kehtivuse vahel on seos, kuid need ei ole identsed. Seos tuleneb asjaolust, et õigust on seda lihtsam kellegi suhtes põhjendada, mida fundamentaalsem see on. Laialdane konsensus õiguse elule suhtes on üks näide. Siiski ei ole fundamentaalsus siin määratletud tähenduses moraalse kehtivuse vajalik tingimus. Nii näiteks on hõlbus moraalselt põhjendada sellise reegli moraalselt kehtivust,

⁹ I. Kant. *Metaphysik der Sitten*. – Kant's gesammelte Schriften. Bd. 6. Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.). Berlin 1907/14, lk 219 jj.

¹⁰ R. Alexy. *Begriff und Geltung des Rechts*. 2. Aufl. Freiburg, München 1994, lk 31 jj, 139 jj.

¹¹ Inimõigused kui sellised oleksid pigem nagu inimõiguste vorm.

¹² R. Alexy (viide 1), lk 410 jj; R. Alexy. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. – *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 51 (1993), lk 26 jj; R. Alexy (viide 8), lk 144 jj.

¹³ See määratlus seob tahteteooria (vt Fr. C. v. Savigny. *System des heutigen Römischen Rechts*. 1. kd. Berlin 1840, lk 7, 331 jj. DOI: <https://doi.org/10.1515/9783111692302>) elementid huviteooria (vt R. v. Jhering. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 5. Aufl. Leipzig 1906, lk 339) elementidega. Esimesel on seos autonoomia tuumikvaldkonnaga, teisel surma ja raskete kannatustega. Mõlema kohal kõrgub lai huvi mõiste, sest võib eeldada, et inimeste huvid ei piirdu üksnes teatavate esemete või seisunditega, nagu näiteks elu ja kannatuste vältimine, vaid neil on ka huvi ise määrata, mis neid huvitab. Autonoomia on seega kõrgema taseme huvi.

et – hädaolukorrad välja arvatud – järjekorras ei tohi vahele trügida; kuid see ei puuduta midagi inimese eksistentsi ega autonoomia jaoks fundamentaalset.

Inimõiguste esemete piiritlemine inimeste eksistentsi või autonoomia jaoks fundamentaalsega tähendab, et inimõiguste valdkond ei lange kokku õigluse valdkonnaga. See, mis rikub inimõigusi, on paratamatult ebaõiglane; kuid kõik, mis on ebaõiglane, ei riku tingimata ühtlasi inimõigusi. Näiteks, nagu juba mainitud, on olemas inimõigus elatusmiinimumile.^{*14} On lihtne ette kujutada rikkuse jaotust, mis küll tagab kõigile elatusmiinimumi, kuid on sellegipoolest äärmiselt ebaõiglane. Sellisel juhul ei ole enam tegemist inimõiguste probleemi, vaid õiglase jaotamise küsimusega, mis tuleb otsustada poliitilises protsessis, mida omakorda tagavad inimõigused. Inimõigused kui sellised väljendavad seega ainult õigluse minimaalset kontseptsiooni.^{*15}

Inimõigustega määratud õigluse minimaalse kontseptsiooni raames on võimalik eristamist jätkata, sest inimõiguste fundamentaalsus on määra küsimus. Sel moel saab eristada inimõiguste tuuma, mis muutub keskme suunas ajaloo suhtes üha vähem tundlikuks^{*16}, ning ääreala, mis on keskmest kaugenedes üha enam avatud ajaloolistele variatsioonidele.

(d) Prioriteet. – Inimõigusi iseloomustav neljas tunnus on nende prioriteet ehk esimus positiivse õiguse suhtes. Eristada tuleb nõrka ja tugevat prioriteeti. **Nõrk** prioriteet tähendab seda, et inimõiguste sisu mõõdupuu ei ole positiivne õigus, vaid inimõigused on positiivse õiguse sisu mõõdupuu. Inimõiguste austamine on positiivse õiguse legitiimsuse vajalik tingimus. Positiivne õigus, mis rikub inimõigusi, on sisult ebaõige õigus. Vaieldav on, kas see ebaõigsus on ainult moraalne ebaõigsus või on sellel ka õiguslik iseloom. Seda siin siiski ei arutata.^{*17} Siinkohal on oluline ainult see, et üksnes nõrga prioriteedi korral ei kaasne inimõiguste rikkumisest tuleneva ebaõigsusega õigusliku kehtivuse või õigusliku iseloomu kaotamist. See juhtub alles **tugeva** prioriteedi korral. Sel juhul langeb inimõiguse rikkumisega ära vastuolus oleva positiivse õiguse õiguslik iseloom ja seega ka õiguslik kehtivus. Tugeva prioriteedi küsimus on õiguspositivismi üle peetava vaidluse tuum. Nii mõnigi asjaolu räägib selle poolt, et mitte küll kõik, kuid siiski iga äärmuslik inimõiguste rikkumine võtab positiivselt, st nõuetekohaselt kehtestatud ja sotsiaalselt toimivalt õiguselt selle õigusliku iseloomu ja seega ka õigusliku kehtivuse. Kuid seegi ei kuulu siinkohal edasiarendamisele.^{*18} Siin esitatava mõttekäigu jaoks piisab moraalset või õiguslikku laadi nõrga prioriteedi eeldamisest.

(e) Abstraktsus. – Inimõigusi iseloomustav viies omadus on, et inimõigused on abstraktsed õigused. Abstraktsuse mõõtmed ja määrad on erinevad. Võtame näiteks lause „Igaühel on õigus vabadusele“. Sellele lausele vastav õigus on abstraktne kolmes mõttes või mõõtmes. Esimene on seotud adressaatidega. Ei ole öeldud, kelle vastu õigus on suunatud, see on adressaadist abstraheritud. Teine on õiguse eseme modaalsus. Jääb lahtiseks, kas õigus on ainult õigus, et hoidutaks vabaduse riivetest, st liberaalne tõrjeõigus, või nõuab see ka positiivset tegevust, mis omakorda saab seisneda kas ainult kaitses teiste sekkumise eest või ka vabaduse kasutamise tegelike, näiteks majanduslike eelduste loomises. Abstraktsuse kolmas mõõde puudutab õiguse piire. Ükski õigus vabadusele ei ole piiramatult, vaid leiab oma piirid hiljemalt seal, kus satub kokku teiste vabadusega. Eeltoodud lauses sellest juttu ei ole. Piiriklausel puudub. Abstraktsuse kolmele mõõtmele lisandub õiguse eseme üldistatuse kõrge määr. Näiteks õigus väljendus-, väljarände- või kutsevabadusele oleks palju piiritletum.

Võib proovida luua inimõiguste katalooge, mille abstraktsuse määr oleks võimalikult väike. Selliste katsete näited on inimõiguste deklaratsioonid ja rahvusvahelise õiguse paktid. Siiski on sellised kataloogid sageli väga abstraktsed seal, kus kokkulepe sündis alles tänu kompromiss-sõnastusele. Kuid isegi siis, kui sellised poliitilised probleemid kõrvale jätta, on inimõiguste konkretiseerimisel kataloogide abil teoreetilised piirid. Tõeliselt konkreetne loetelu viiks lõppkokkuvõttes inimõiguste kasuistikani. Üksikasjadeni ulatav konkretiseerimine on võimalik ainult kindlas ajaloolises olukorras teatud kindla õigussüsteemi protseduuride ja institutsioonide raames. Samal ajal, nagu sai märgitud fundamentaalsust käsitlevas mõttekäigus, kasvab koos kaugusega keskmest juhuse roll.

¹⁴ Siin on võimalik sellise õiguse olemasolu ainult väita, mitte aga põhjendada. Põhjenduse elementide kohta vt R. Alexy (viide 1), lk 454 jj.

¹⁵ E. Tugendhat. Vorlesungen über Ethik. Frankfurt am Main 1993, lk 390 jj.

¹⁶ R. Alexy. Law, Discourse, and Time. – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 64 (1995), lk 4 jj.

¹⁷ Õigusliku ebaõigsuse või vigasuse argumentide kohta vt R. Alexy (viide 10), lk 64 jj, 129 jj.

¹⁸ Samas, lk 70 jj.

II. Inimõigused demokraatlikus põhiseadusriigis

Kui inimõigused on universaalsed, moraalsed, fundamentaalsed, prioriteetsed ja abstraktsed õigused, siis on nende õiguslik institutsionaliseerimine vajalik nii rahvusvahelise kui ka riigisisese õiguse tasandil. Siin kohal on, nagu juba märgitud, vaatluse all ainult inimõiguste positiveerimine riigisiseses õiguses.

1. Positiivsesse õigusse muundamise vajalikkus

Inimõiguste positiivsesse õigusse muundamise vajalikkusel on kolm põhjust: rakendamise, kognitsiooni (sks *Erkenntnis*) ja organisatsiooni argument.

(a) Rakendamine. – Inimõigusi kui moraalseid õigusi on küll võimalik sisse nõuda ja võimalik on ka nende rikkumist moraalselt hukka mõista, kuid nagu Tugendhat on tabavalt märkinud, koosnevad sellised täitemeetmed „väga eeterlikust materjalist“.^{*19} Keegi ei oleks „vastastikuse vägivalda eest kaitstud“.^{*20} Kui on näiteks olemas moraalne, st kõigi suhtes põhjendatav õigus elule, siis peab olemas olema ka kõigi suhtes põhjendatav õigus sellele, et luuakse ühine rakendusasutus, mis seda õigust tagab. Vastasel korral ei oleks moraalse õiguste tunnustamine tõsine tunnustamine ning see läheks vastuollu nende õiguste fundamentaalse ja prioriteetse iseloomuga. Inimõiguste rakendamiseks loodav ühine rakendusasutus on riik. Seega on olemas inimõigus riigile. Riigi loomine rakendusasutusena kujundab üksikisikute moraalsed õigused üksteise suhtes ümber positiivse õiguse samasisulisteks õigusteks. Lisaks tekivad uute õigustena üksikisiku tõrje-, kaitse- ja menetlusõigused riigi suhtes.

Seni esitatud argument põhineb inimõiguste olemasolul ja iseloomul ning eeldusel, et pelgalt moraalne kehtivus ei taga isegi siis, kui tegemist on inimõigustega, alati kõigi asjakohast käitumist. See on inimõiguste positiivsesse õigusse muundamise peamine argument. Täiendavate argumentidena saab lisada veel kaks argumenti. Esimene lähtub ebamoraalse käitumise eeliste ebaaususest (sks *Unfairneß*). Kui neil, keda moraalne taunimine ei heiduta, on hõlpsasti võimalik inimõiguste rikkumisest kasu saada, on neilt, kes soovivad moraalselt käituda, nendest eelistest loobumist raske oodata. Aususe probleemi (sks *Fairneßproblem*) saab lahendada sunniga tagatud õiguse kehtestamisega, mis suurendab ebamoraalse käitumise riske ja alandab moraalse käitumise kulusid. Teine lisaargument on tuntud kõigi kasu maksimeerimise tees. Riikliku kaitse alternatiiviks on kõigi enesekaitse kõigi vastu, seega kodusõja üks või teine variant. Selline ühiskonnakorraldus ei ole vähemalt siis, kui pikaajaline kooseksisteerimine on vältimatu või pikaajaline koostöö on kasulik, üldjuhul kellegi jaoks optimaalne.

(b) Kognitsioon. – Kui rakendamisprobleem lähtub eelkõige inimõiguste moraalsest iseloomust, tuleb kognitsiooni- ehk teadmiste saamise probleem peamiselt nende abstraktsusest. Inimõiguste kohaldamine konkreetsetes olukordades tõstatab sageli keerulisi tõlgendamise- ja kaalumisküsimusi. Pikaajaline vangistus mõrva eest ei riku kindlasti inimõigusi; sama karistus õuna varguse eest teeb seda kahtlemata. Selliste äärmuste vahele jääb palju juhtumeid, mille õige lahenduse üle võib vaielda. Sõjajärgsel purustatud Saksamaal vastas väga madal elatustase inimõiguste nõuetele. Kui tänapäeval rakendatakse Saksamaal sotsiaalabi arvestamisel toleaegseid mõõdikuid, rikuks see inimõigust elatusmiinimumile. Kuid selle üle, kui palju suurem peab võrreldes toonasega olema toetus, võib vaielda. Neid kahte näidet võiks laiendada lõpmatu loeteluga kaheldavatest juhtumitest. Nendel juhtudel ei ole vaieldav abstraktne inimõigus kui selline, vaid **konkreetne inimõiguse rakendamise otsus**, milles väljendub ühe või mitme inimõiguse kohaldamine konkreetsele juhtumile või juhtumite rühmale. Paljudel vaidlusalustel juhtudel ei ole ühelt poolt võimalik ettenähtavas tulevikus üksmeelele jõuda, teiselt poolt ei saa aga otsust edasi lükata. Seetõttu saab otsus olla tehtud vaid õiguslikult reguleeritud menetluses kas mitme isiku poolt mis tahes viisil kujundatud enamuspõhimõtte alusel või ühe isiku poolt. Niisiis viib ka kognitsiooniprobleem õiguse vajalikkuseni.^{*21}

¹⁹ E. Tugendhat (viide 15), lk 349: „aus einem sehr ätherischen Material“.

²⁰ I. Kant (viide 9), lk 312: „vor Gewaltthätigkeit gegen einander sicher“.

²¹ Kognitsiooniargument on võimalik siduda rakendusargumentiga, kuna vaidlus inimõiguste sisu üle võib kergesti olla nende mittejärgimise ajendiks. Mõlema argumenti seose kohta vt I. Kant (viide 9), lk 312.

(c) Organisatsioon. – Negatiivsed õigused elu ja vabaduse riivetest hoidumisele on suunatud kõigi vastu. Adressaatide universaalsus pole nende puhul probleem. Positiivsete õiguste, näiteks õiguse elatusmiinimumile korral on see teisiti. Siin ei esine samasugust adressaatide universaalsust kui tõrjeõiguste puhul. Kui negatiivsete õiguste puhul on kõigil kohustus hoiduda kõigest, mis õigust rikub, siis positiivsete õiguste puhul ei pea igäüks õigust täielikult täitma. Kui eeldada, et elatusmiinimumi makstakse rahas, tähendaks see ju, et abivajajal oleks õigus saada summa, mis võrdub elatusmiinimumi ja abi mittevajajate arvu korutisega. Ka abikohustuse jagamine ei ole mõttekas, näiteks viisil, et abivajajal oleks õigus nõuda igalt abi mittevajajalt summat, mis vastaks elatusmiinimumi ja abi mittevajajate arvu jaotisele. Suures ühiskonnas peaks abivajaja pisikesed killud oma õigusest elatusmiinimumile läbi suruma määratu suure arvu kohustatud isikute suhtes. Transaktsiooni- ja sunnikulud ületaksid tunduvalt õiguse väärtust. Sellele otstarbekuse argumentile lisandub õigluse argument. Kõigilt abi mittevajajatelt sama toetuse nõudmine oleks ebaõiglane, sest abi mittevajajate klassi piires võib esineda sooritusvõime olulisi erinevusi. Lisanduv ebaõiglus oleks vältimatu, kui iga abivajaja tohiks välja valida abi mittevajaja, kes peab talle maksma elatusmiinimumi. Siis võib juhtuda, et mõne abi mittevajaja kasuks langetavad valiku paljud, mõne teise kasuks aga mitte ükski abivajaja. Kui aga anda abi mittevajajale, kes on juba ühele abivajajale maksnud elatusmiinimumi, teiste abivajajate suhtes täitmisest keeldumise õigus, tekiks taas otstarbekuse probleem. Abivajajad peaksid alustama vaevalist abi mittevajaja otsingut, et leida keegi, kellel ei ole veel keeldumise õigust. Organisatsiooni puudumise tõttu oleks paljudel juhtudel tegemist lõputu otsinguga. Abivajajate valimise ja makse suuruse kindlaksmääramise jätmine abi mittevajajate hooleks ei oleks väljapääs. See kõrvaldaks õiguse elatusmiinimumile kui õiguse ning muudaks asja halastuse, suuremeelsuse ja tarkuse küsimuseks.

Sellest kõigest oleks ebaõige järeldada, et adressaadina võiks kõne alla tulla ainult riik. Kõigepealt vastutavad vanemad ja lähedased ning võib-olla ka muud väiksemad kogukonnad.²² Kui need aga ära langevad, saab adressaadina kõne alla tulla ainult kõigile ühine rakendusamet, st riik. Ent riik eksisteerib üksnes õiguslikus vormis organisatsioonina. Seega peavad õigus ja riik olema olema juba teatud adressaatide vastu suunatud ja selles mõttes täielikult väljakujundatud abi saamise õiguste olemasolu põhjendamiseks, mitte alles nende teostamiseks. Sama kehtib kaitseõiguste kohta.

Siinkohal ei ole kavas käsitleda küsimust, mida teha, kui riik, kuhu abivajaja kuulub, ei soovi või ei suuda abi osutada. Kas siis on teistel riikidel kohustus aidata? Igal juhul näib olevat selge, et kui sellistes olukordades on teistel riikidel kohustused, tekib taas organisatsiooniprobleem. Kui abivajajal on oma riigi tõrke tõttu õigus saada abi teistelt riikidelt, ei ole tal siiski õigust oma abistajat vabalt valida. Kui teiste riikide abistamiskohustused on olemas, on abikontingendi jaotamine kõne alla tulevate abistajate vahel koorma õiglase jagamise ning sellisena jaotava õigluse probleem, mille peab lahendama õiguslikus vormis organisatsioon.

2. Demokraatliku põhiseadusriigi vajalikkus

Rakendamise, kognitsiooni ja organisatsiooni argumenti tulemus, st õiguse ja riigi vajalikkus, on iseäralikus kontrastis kogemusega, et miski ei saa inimõigusi sel määral ohustada kui riik, mistõttu on inimõigused põhilises osas isiku tõrjeõigused riigi vastu. See kahetine olemus viib demokraatliku põhiseadusriigi vajalikkuseni. Demokraatlik põhiseadusriik hõlmab formaalse ja demokraatliku õigusriigi põhimõtteid. Alustan seetõttu ajalooliselt kõige varasema ja süstemaatiliselt elementaarsema vormi, formaalse õigusriigiga, liigun seejärel edasi demokraatliku õigusriigi ja lõpuks demokraatliku põhiseadusriigi juurde.

(a) Formaalne õigusriik. – Inimõiguste tõeline muundamine mõne riigi õiguseks esineb ainult juhul, kui neil on seal siduva õiguse jõud. Seda ei esine, kui inimõigused jäävad juhtiva poliitilise jõu käsutusse. Selle vältimiseks vajalik tingimus on võimude lahusus. Kui tagatud ei oleks isegi kohtute sõltumatus ega halduse seaduslikkus, sõltuks kõik täielikult nende jõudude poliitilisest tahtest, kellele lisaks seadusandlikule võimule alluvad ka kohtu- ja täitevvõim. Kogemused näitavad, et inimõiguste mõju on sellistes riikides väike või sootuks olematu. Valitsevad jõud võivad neid olenevalt poliitilisest otstarbekusest meelvaldselt võimaldada ja uuesti tagasi võtta. Tüüpiline on sellistel puhkudel „sulailma“ ja „jääaja“ vaheldumine. Sellistes tingimustes ei suuda inimõigused ilmutada poliitikat õigusega siduvat jõudu. Seega on võimude lahusus prioriteedi postulaadile vastava ja selles mõttes tõelise inimõiguste õiguseks muundamise

²² E. Tugendhat (viide 15), lk 355 jj.

vajalik tingimus.^{*23} Teadmine selle kohta on vana. On iseloomulik, et vanimas inimõiguste deklaratsioonis, milleks on 12. juuni 1776. a *Virginia Bill of Rights*, on riigikorralduslik võimude lahususe põhimõtte selge sõnaga kajastatud: „Riigi seadusandlik ja täidesaatev võim peavad olema kohtusüsteemist eraldatud ja eraldiseisvad.“^{*24}

(b) Demokraatlik õigusriik. – Niivõrd möödapääsmatu, kui on inimõiguste institutsionaliseerimiseks võimude lahusus, niivõrd ebapiisav on see eesmärgi saavutamiseks. Seadusandlusele ei ole üksnes võimude lahususe kaudu määratletud formaalses õigusriigis seatud muid piiranguid kui see, et kohtuvõimu sõltumatust ja halduse seaduslikkust ei tohi kõrvaldada. Seadusandlik võim ei ole õiguslikult inimõigustega seotud.

Klassikaline vahend sellise siduvuse saavutamiseks on inimõiguste lisamine põhiseadusse. Inimõigused muutuvad seejuures põhiõigusteks. Seeläbi ei saavuta nad mitte ainult õiguslikku kehtivust, vaid ka põhiseaduse järgu. Nende sisu jääb samaks. Nende struktuuris tekib siiski muutus. Põhiõigused on õigused riigi vastu, samas kui inimõigused on ka õigused teiste inimeste vastu. See struktuurimuutus on siiski vähem sügav, kui esmapilgul võib tunduda. Seda näitab diskussioon põhiõiguste kolmikmõju üle. Selle diskussiooni esemeks on küsimus, kas ja mil määral mõjutavad põhiõigused kui isiku õigused riigi suhtes ühe isiku suhteid teise isikuga (st kolmanda isikuga).^{*25} Sellised mõjud on olemas, mida kinnitavad kõige selgemini riigi kaitsekohustused. Riigi põhiõiguslikud kaitsekohustused^{*26} ei jää oma ulatuselt alla inimõigustest tulenevatele kohustustele hoiduda tegevusest. Seega ei kao inimõiguste mõju isikutevahelistes suhetes pärast nende muundamist põhiõigusteks. Tekib ainult juriidiline konstruktsiooni-probleem.

Põhiseadus, mis ei sisalda põhiõigustena kõiki inimõigusi, ei ole legitiimne. Lisaks võib põhiseadus anda rohkem põhiõigusi, kui inimõigused nõuavad. Inimõigustega nõutud ja täiendavate põhiõiguste probleemid on riigivõimu seotust ja nimetatud seotuse järelevalvet puudutavas osas põhiolemuselt ühesugused. Seetõttu võib edaspidi inimõiguste asemel rääkida ka põhiõigustest.

Põhiõiguste lisamisest põhiseadusse ei piisa. Otsustav küsimus on, kes teostab järelevalvet selle üle, kas seadusandja järgib põhiõigusi. Põhimõttelisi vastuseid on kaks: demokraatlik protsess või põhiseaduskohus.

Igakuks, kes pooldab, et seadusandja ainus kontrollija on demokraatlik protsess, pooldab **demokraatlikku õigusriiki**. Seevastu see, kes taotleb lisaks põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalvet, kaitseb **demokraatlikku põhiseadusriiki**.^{*27} Demokraatlik õigusriik ja demokraatlik põhiseadusriik ei ole omavahel rangelt alternatiivses suhtes, vaid nad täiendavad teineteist vastastikku. Minu tees demokraatliku õigusriigi kohta kõlab, et nii see kui ka formaalne õigusriik on inimõiguste institutsionaliseerimise vajalikud tingimused, kuid kummastki selleks ei piisa. Et tekiks demokraatlik põhiseadusriik, tuleb neid täiendada põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalvega.

Demokraatlik õigusriik ei ole midagi muud kui formaalse õigusriigi ühendamise demokraatiaga. Inimõiguste seisukohast saab demokraatia ja seega ka demokraatliku õigusriigi vajalikkust põhjendada kahe argumentiga: autonoomia ja õigsusega.

Autonoomia on fundamentaalne inimõigustega seotud hüve (sks *Gut*).^{*28} Sellel on kaks mõõdet: era ja avalik autonoomia. Eraautonoomia seisneb individuaalse valiku tegemises ja isikliku hüve kontseptsiooni realiseerimises. Avaliku autonoomia ese on üheskoos teistega tehtav valik ning õigluse ja hüve poliitilise kontseptsiooni realiseerimine. Kui tahetakse inimõiguste puhul piirduda privaatautonomiaga, siis toimuks üksikisiku enesemääramine ainult täielikult teiste poolt kehtestatud seaduste raames. See oleks aga vastuolus autonoomia ideega. Kui autonoomia mistahes aspekti saab õigustada, ei saa sellist piirangut põhjendada. Autonoomiat ei saa jagada. Võib küll esineda poliitilisi olukordi, kus inimene peab taluma mitmetäielikku autonoomiat; mida aga ei ole, on mõjuvad põhjused, et selline olukord säiliks. Seega on õigus

²³ M. Kriele. Menschenrechte und Gewaltenteilung. – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 33 (1988), lk 22 jj.

²⁴ Virginia Bill of Rights, Sec. 5: „That the legislative and executive powers of the State should be separate and distinct from the judiciary.“ Viidatud F. Hartung, G. Commichau. Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart. 5. Aufl. Göttingen, Zürich 1972, lk 52 järgi.

²⁵ R. Alexy (viide 1), lk 480.

²⁶ J. Isensee. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. – Handbuch des Staatsrechts. Bd. 5. J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.). Heidelberg 1992, § 111 äärenr 77 jj.

²⁷ H. H. Klein. Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsstruktur. – Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik. Festschrift für Franz Klein. P. Kirchhof, K. Offerhaus, H. Schöberle (Hrsg.). Köln 1994, lk 514.

²⁸ R. Alexy (viide 8), lk 148 jj.

osaleda riikliku tahte kujundamise protsessis inimõigus. See inimõigus, mis koosneb poliitilistest põhiõigustest, ulatudes väljendus-, koosoleku-, ühinemis- ja ajakirjandusvabadusest kuni õiguseni üldistele, otsestele, vabadele, ühetaolistele ja salajastele valimistele, tuleb muundada põhiseaduslikku järku positiivseks õiguseks. Kui neid õigusi kasutatakse ja tagatakse, valitseb demokraatia.

Teine argument on seotud seadusandluse õigsusega. Inimõigusi rikkuvad seadused on ebaõiged seadused. Kui inimõigused on olemas, siis kehtib nõue, et neid ei tohi rikkuda. Selles sisaldub ka nõue mitte vastu võtta selles tähenduses ebaõigeid seadusi. Õigsuse mõiste ühendab seega inimõiguste mõiste demokraatia mõistega eeldusel, et demokraatia ja õigsuse vahel on seos. Selline seos on olemas, kui esiteks mõistetakse demokraatia all delibereerivat ehk arutlevat demokraatiat või diskursiivset riigivormi^{*29} ja teiseks, kui diskursuste ja õigsuse vahel on seos.^{*30}

(c) Demokraatlik põhiseadusriik. – Demokraatia, autonoomia ja õigsuse visandatud seost silmas pidades võiks arvata, et demokraatliku õigusriigiga on inimõiguste institutsionaliseerimine riiklikul tasandil lõpule viidud. Kas see peab paika, sõltub sellest, millisest demokraatia mõistest lähtutakse: ideaalsest või reaalsest. **Ideaalses** demokraatias jõustuvad ainult sellised seadused, mis on diskursiivses õigusloomeprotsessis **tegelikult** saanud kõigi puudutatud isikute heakskiidu. Kuna ideaalmudel on nõusolek diskursiivselt õillistatud ja seetõttu ratsionaalne enesemääramine, ei saa ükski seadus ühtegi põhiõigust rikkuda. Ideaalne demokraatia läheneb ideaalsele diskursusele sedavõrd, et inimõigused pälvivad nii ühes kui ka teises kõigi nõusoleku ja neid rikkuv seadus muutub diskursiivselt võimatuks. Õiguse adreessatide samasus õiguse autoritega, millest Habermas nii sageli räägib^{*31}, oleks selles mudelis täielikult saavutatud. Demokraatia oleks inim- ja põhiõiguste täiuslik tagatis. Kõik pinged põhiõiguste ja demokraatia vahel oleksid kõrvaldatud. Põhiõigused ja demokraatia oleksid tingimusteta lepitud. Selle kõige hind oleks aga kõrge ja seisneks täielikus idealiseerimises. See, kes soovib institutsionaliseerimist ja inimõiguste realiseerimist sellises maailmas, nagu see tegelikult on, ei ole võimeline sellist hinda maksma.

Mis tahes **reaalses** demokraatias tekib kohe pinge põhiõiguste ja demokraatia vahel. Põhiõigused mängivad selles kahesugust rolli. Ühelt poolt on need demokraatliku protsessi eeltingimused, teiselt poolt piiravad aga seadusandjat, sidudes demokraatlikult legitimeeritud enamuse otsustusõigust.^{*32} See võib olla legitiimne, kui osutub õigeks, et ka demokraatlikku seadusandjat ei saa piiramatult usaldada. Ajalugu õpetab, et piiramatuks usalduseks pole põhjust. Enamuspõhimõte kujutab endast püsivat ohtu alalistele, raskesti organiseeruvatele ja ühiskonna äärepoolsetele vähemustele. Võim ja raha võivad moonutada poliitilist protsessi ja asendada ratsionaalse argumenteerimise teel saavutatavaid kompromisse. Poliitiline avalikkus võib kogeda murenemise, uimasuse ja allakäigu perioode. Reaalne demokraatlik protsess kui selline ei taga seega piisavalt inim- ega põhiõigusi.

Niisiis osutub vajalikuks ka seadusandja põhiõigustega seotuse institutsionaliseerimine. Kõne alla tuleb kas seadusandja enesekontroll, mis võib olla korraldatud enam või vähem kohtu sarnaselt^{*33}, või põhiseaduslikkuse kohtulik järelevalve. Enesekontrolli vastu räägib see, et keegi ei tohiks olla kohtunik omas asjas. Kui eesmärk on tõepoolest kontrollida seadusandja seotust põhiõigustega, on põhiseaduslikkuse kohtulik järelevalve mõõdapäasmatu.

See, et ainult põhiseaduslikkuse kohtulik järelevalve on tõeline järelevalve, ei tähenda veel seda, et järelevalveprobleemile on lahendus leitud. Põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve puudused võivad osutada suuremateks kui selle kaudu saavutatavad demokraatliku protsessi kontrollimise eelised. Puuduseks on põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve paternalismi kaldumise oht^{*34}, mille tagajärjeks võib olla „üleminek parlamentaarselt seadusandlusriigilt põhiseaduskohtulikule jurisdiktsiooniriigile“^{*35}.

Neid ohte saab vältida üksnes põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve demokraatliku protsessiga õnnestunud lõimimise abil. See eeldab esiteks, et põhiseaduskohus mõistab end poliitilist protsessi reflekteeriva instantsina, ja teiseks, et seda ka tegelikult sellisena aktsepteeritakse. Põhiseaduskohus, mis astub

²⁹ M. Kriele. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen 1979, lk 31: „Staatsform der Diskussion“.

³⁰ Selle kohta põhjalikumalt vt R. Alexy. *Grundgesetz und Diskurstheorie. – Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*. W. Brugger (Hrsg.). Baden-Baden 1996, lk 315 jj.

³¹ J. Habermas. *Faktizität und Geltung*. 4. Aufl. Frankfurt am Main 1994, lk 52, 135, 153, 160, 492 ja 503.

³² R. Alexy (viide 1), lk 407.

³³ J. Habermas (viide 31), lk 295 jj.

³⁴ Samas, lk 323.

³⁵ E.-W. Böckenförde. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt am Main 1991, lk 190: „Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktsionsstaat“.

inim- ja põhiõiguslike argumentidega vastu poliitilise protsessi tulemusele, mõistab end poliitilist protsessi reflekteeriva instantsina, kui ei pane lihtsalt **negatiivselt** maksma, et see on inim- ja põhiõiguslike mõõdikute järgi läbi kukkunud, vaid taotleb ka **positiivselt** isikute nõustumist kohtu argumentidega eeldusel, et need on valmis osalema ratsionaalses põhiseadusõiguse diskursuses. Põhiseaduskohut aksepteeritakse poliitilist protsessi reflekteeriva instantsina, kui kohtu argumendid leiavad avalikkuses ja poliitilistes institutsioonides vastukaja, tuues endaga kaasa mõttevahetusi ja diskussioone, mille tulemuseks on mõtestatud veendumused. Kui avalikkuse, seadusandja ja põhiseaduskohu vaheline reflektiooni-protsess püsivalt stabiliseerub, võib rääkida inimõiguste edukast institutsionaliseerimisest demokraatlikus põhiseadusriigis.