

# Proportsionaalsus kui universaalne põhiseaduslik printsiip\*

Tõlkinud Kaire Kliimask ja Madis Ernits

**Kokkuvõte.** Matthias Klatti ja Moritz Meisteri artikkel käsitleb moodsa üleilmastuva konstitutsiooniõiguse diskursuse üht silmapaistvamat ja enim diskuteeritavat elementi – proportsionaalsuse põhimõtet. Arvestades muret tekitavat pinevussuhet ühelt poolt proportsionaalsuse põhimõtte võidukäigu ning teiselt poolt selle kriitika arvukuse ja teravuse vahel, pakub artikkel proportsionaalsuse põhikriitika lühianalüüsi eesmärgiga näidata, et põhilised vastuväited ei veena. Tuginedes Robert Alexy valitsevale printsiibiteooriale selgitab artikkel tänapäevast proportsionaalsuse ja kaalumise teooriat ning teeb mitu ettepanekut selle edasiarendamiseks.

**Märksõnad:** proportsionaalsuse põhimõte, põhiõigused, kaalumine, moraalne argumentatsioon, juriidiline argumentatsioon, seesmine õigustamine, välimine õigustamine, inkommensuraablus, avar tõlgendamine

## I. Sissejuhatus

Proportsionaalsuse põhimõte on põhiõiguste ja õigusriigi põhimõtte olulise elemendina vastavalt *Grundgesetz*'i artikli 20 lõikele 3 leidnud oma kindla koha nii Saksa riigiõigusõpetuses kui ka kohtu- ja täitevvõimu praktikas. Kui mõned kriitilised hääled<sup>\*1</sup> välja arvata, siis valitseb üksmeel<sup>\*2</sup> selle suhtes, et

\* M. Klatt, M. Meister. Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip. – *Der Staat* 51 (2012), lk 159–188.

<sup>1</sup> Vt viimati C. Hillgruber. Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren. – *Juristenzeitung* 66 (2011), lk 862. DOI: <https://doi.org/10.1628/002268811797435016>. Vt ka F. Ossenbühl. – Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. *Besteuerung und Eigentum*. VVDStRL 39 (1981), lk 189 (arutelu osalisena); E. Denninger. Polizei und demokratische Politik. – *Juristenzeitung* 25 (1970), lk 152. Osaliselt on kriitika suunatud eelkõige proportsionaalsuse kontrolli viimase astme vastu, mis seisneb kollideerivate huvide kaalumises; selle kohta eelkõige vt M. Jestaedt. The Doctrine of Balancing. Its Strengths and Weaknesses. – *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. M. Klatt (Hrsg.). Oxford 2012, lk 152–172. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0007>; R. Poscher. The Principles Theory. How many Theories and What is their Merit? – *Samas*, lk 218–247. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0010>; J. H. Klement. Common Law Thinking in German Jurisprudence. On Alexy's Principles Theory. – *Samas*, lk 173–200. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0008>; E.-W. Böckenförde. Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. – E.-W. Böckenförde. *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt a. M. 1991, lk 188–197; J. Habermas. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt a. M. 1992, lk 310–318; A. Fischer-Lescano. Kritik der praktischen Konkordanz. – *Kritische Justiz* 41 (2008), lk 172. DOI: <https://doi.org/10.5771/0023-4834-2008-2-166>.

<sup>2</sup> BVerfG 10.06.1963, 1 BvR 790/58 (E 16, lk 194 (201 jj)); 07.04.1964, 1 BvL 12/63 (E 17, lk 306 (313 jj)); 15.12.1965, 1 BvR 513/65 (E 19, lk 342 (348 jj)); 05.03.1968, 1 BvR 579/67 (E 23, lk 127 (133)); 18.07.1973, 1 BvR 23, 155/73 (E 35, lk 382 (400 jj)); 05.11.1980, 1 BvR 290/78 (E 55, lk 159 (165)); 12.05.1987, 2 BvR 1226/83, 101, 313/84, (E 76, lk 1 (50 jj)); 26.04.1995, 1 BvR 1454/94 (E 92, lk 262 (273)); 27.02.2008, 1 BvR 370, 595/07 (E 120, lk 274 (322)); 08.06.2010, 1 BvR 2959/07 (E 126, lk 112 (144 jj)); 21.07.2010, 1 BvR 420/09 (E 127, lk 132 (146)). Kirjandusest vt ainult E. Schmidt-Aßmann. *Der Rechtsstaat*. – *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. 2. J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.). 3. Aufl. Heidelberg 2004, § 26 äärenr 87; P. Lerche. *Übermaß und Verfassungsrecht*. Köln 1961.

proportsionaalsus on igasugusele riigi tegutsemisele seatav põhinõue. See on „populaarne ja üldlevinud“<sup>3</sup>. Saksa Liiduhalduskohtu jaoks ei ole see midagi vähemat kui „üldkehtiv väärtusmastaap“<sup>4</sup>.

Rahvusvahelisel tasandil on pilt seevastu märkimisväärselt diferentseeritud. Ka siin leidub positiivseid hinnanguid. Just viimase kahekümne aasta jooksul võib täheldada lausa dramaatilist proportsionaalsuse põhimõtte levikut paljudes õigussüsteemides üle kogu maailma.<sup>5</sup> Proportsionaalsus olevat kogu maailma liberaalsetes demokraatiates põhiõiguste järelevalve keskseks hindamiskriteeriumiks.<sup>6</sup> Seda nimetatakse „põhiseaduspärasuse universaalseks kriteeriumiks“<sup>7</sup> ning selles nähakse „globaalse konstitutsionalismi vundamenti“<sup>8</sup>. Proportsionaalsuse põhimõtte kehtib rahvusvahelises õiguses<sup>9</sup>, Euroopa Liidu õiguses<sup>10</sup>, rahvusvahelises inimõiguste kaitses ja riigisiseses põhiseadusõiguses mitte ainult Euroopa riikides, vaid näiteks ka Ladina-Ameerikas, Kanadas, Lõuna-Aafrikas, Iisraelis ja Uus-Meremaal<sup>11</sup>. Proportsionaalsuse kontrolli viimane aste – kaalumine – on õiguses üldlevinud.<sup>12</sup> Tegemist on põhiõigusi puudutavas kohtupraktikas valitseva meetodiga<sup>13</sup>, mis domineerib suures osas põhiseaduslikkuse järelevalve praktikas. Mattias Kumm on hinnangutest ja arengust teinud tabava kokkuvõtte, mille järgi võib proportsionaalsuse põhimõtte olla kõige edukam 20. sajandi teise poole juriidiline siirik.<sup>14</sup>

<sup>3</sup> Selline on sissejuhatav iseloomustus: D. Merten. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. – Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Bd. 3. D. Merten, H.-J. Papier (Hrsg.). Heidelberg 2009, § 68 äärenr 1.

<sup>4</sup> BVerwG 15.07.2008, 1 WDS-VR 11/08 (juris), äärenr 30.

<sup>5</sup> J. Saurer. Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. – Der Staat 51 (2012), lk 3 jj. DOI: <https://doi.org/10.3790/staa.51.1.3>; M. Cohen-Eliya, I. Porat. Proportionality and the Culture of Justification. – American Journal of Comparative Law 59 (2011), lk 467. DOI: <https://doi.org/10.5131/ajcl.2010.0018>.

<sup>6</sup> M. Kumm. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification. The Point of Rights-Based Proportionality Review. – Law & Ethics of Human Rights 4 (2010), lk 142: „a central feature of rights adjudication in liberal democracies worldwide.“ DOI: <https://doi.org/10.2202/1938-2545.1047>. Vt ka M. Kumm. Political Liberalism and the Structures of Rights. On the Place and Limits of the Proportionality Requirement. – Law, Rights and Discourse. The legal philosophy of Robert Alexy. G. Pavlakos (ed.). Oxford 2007, lk 131 jj. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781472563989.ch-007>; N. Emiliou. The Principle of Proportionality in European Law. A comparative study. London 1996, lk 1; W. Sadurski. Rights Before Courts. A study of constitutional courts in post-communist states of Central and Eastern Europe. Dordrecht 2008, lk 266; T. Hickman. Proportionality. Comparative Law Lessons. – Judicial Review 12 (2007), lk 31. DOI: <https://doi.org/10.1080/10854681.2007.11426507>.

<sup>7</sup> D. M. Beatty. The Ultimate Rule of Law. Oxford 2004, lk 162. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199269808.001.0001>.

<sup>8</sup> A. Stone Sweet, J. Mathews. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. – Columbia Journal of Transnational Law 47 (2008), lk 160. Vt ka D. S. Law. Generic Constitutional Law. – Minnesota Law Review 89 (2005), lk 652.

<sup>9</sup> G. Nolte. Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law. – Rights, Balancing & Proportionality 4 (2010), lk 244. DOI: <https://doi.org/10.2202/1938-2545.1050>; T. M. Franck. Proportionality in International Law. – Rights, Balancing & Proportionality 4 (2010), lk 230. DOI: <https://doi.org/10.2202/1938-2545.1049>; CCPR General Comment No 10 (1983), äärenr 8; CCPR General Comment No 22 (1992), äärenr 8; CCPR/C/21/Rev 1/Add 9 General Comment No 27 (1999), äärenr 27; Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, UN Doc E/CN 4/1985/4, Annex (1985). Proportsionaalsuse põhimõtte tähenduse kohta Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitses konventsiooni puhul vt EIKo 23.09.1982, 7151/75 ja 7152/75, *Sporrong ja Lönnroth vs. Roots*, p 69: „The search for this balance is inherent in the whole of the Convention [...]“; vt ka J. Rivers. Proportionality and Variable Intensity of Review. – Cambridge Law Journal 65 (2006), lk 182 jj. DOI: <https://doi.org/10.1017/s0008197306007082>; S. Greer. “Balancing” and the European Court of Human Rights: A contribution to the Habermas-Alexy Debate. – Cambridge Law Journal 63 (2004), lk 412. DOI: <https://doi.org/10.1017/s0008197304006634>.

<sup>10</sup> J. Schwarze. European Administrative Law. London 2006, lk 718–726; J. H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R. J. G. M. Widdershoven. Europeanisation of Public Law. Groningen 2007, lk 146; T. Tridimas. The General Principles of EU Law. Oxford 2006, lk 136 jj.

<sup>11</sup> R. Clayton. Regaining a Sense of Proportion. The Human Rights Act and the Proportionality Principle. – European Human Rights Law Review 5 (2001), lk 504; R. Clayton. Proportionality and the HRA 1998. Implications for Substantive Review. – Judicial Review 7 (2002), lk 124. DOI: <https://doi.org/10.1080/10854681.2002.11427215>; R. Clayton, H. Tomlinson. The Law of Human Rights. Oxford 2009, lk 323 jj; T. Hickman (viide 6), lk 31; T. Hickman. The Substance and the Structure of Proportionality. – Public Law 2008, lk 694; A. Stone Sweet, J. Mathews (viide 8), lk 112 jj; T.-I. Harbo. The Function of the Proportionality Principle in EU Law. – European Law Journal 16 (2010), lk 171 jj. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2009.00502.x>.

<sup>12</sup> F. Schauer. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. – Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy. M. Klatt (Hrsg.). Oxford 2012, lk 307–316. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199582068.003.0014>; R. Alexy. On Balancing and Subsumption. – Ratio Juris 16 (2003), lk 436. DOI: <https://doi.org/10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x>.

<sup>13</sup> A. Stone Sweet, J. Mathews (viide 8), lk 72; T. A. Aleinikoff. Constitutional Law in the Age of Balancing. – The Yale Law Journal 96 (1987), lk 943. DOI: <https://doi.org/10.2307/796529>.

<sup>14</sup> M. Kumm. Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A review essay on a Theory of Constitutional Rights. – International Journal of Constitutional Law 2 (2004), lk 595. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/2.3.574>.

Proportsionaalsuse põhimõtte sellist triumfi<sup>\*15</sup> saadab rahvusvahelises kirjanduses aga ka selgelt väljendatud kriitika.<sup>\*16</sup> Grégoire Webberi jaoks ei ole proportsionaalsus paljulubav,<sup>\*17</sup> vaid viivat põhiõiguste kaitse kadumiseni.<sup>\*18</sup> Webber kritiseerib, et kogu põhiõigusteadus on täielikult mähkunud proportsionaalsuse ja kaalumise diskursusesse.<sup>\*19</sup> Frederick Schauer rõhutab, et Ameerika põhiseadusõigus ei tunne proportsionaalsuse põhimõtet ja osutub seetõttu küpsemaks õigussüsteemiks.<sup>\*20</sup> Tema arvates näitab proportsionaalsus õigussüsteemi väiksemat küpsust. Sellel olevat ainult ajutine funktsioon üleminekul küpsema põhiseadusõiguseni. *International Journal of Constitutional Law* trükkis hiljuti ära tulise debati proportsionaalsuse põhimõtte plusside ja miinuste üle.<sup>\*21</sup> Stavros Tsakyrakis püüdis seal proportsionaalsust kujutada kui „atentaati põhiõigustele“<sup>\*22</sup>, samas kui Madhav Khosla ei pidanud tõendatuks ühtainustki miinust.<sup>\*23</sup>

Proportsionaalsuse kontrolli nähtava edu ja terava kriitika vahel valitseva pinevussuhte taustal uuribki käesolev kirjutis, mil määral on õigustatud proportsionaalsuse põhimõtte kui üleilmse konstitutsionalismi element, st kui universaalne põhiseaduslik printsiip. Seejuures on tähelepanu keskmes eelkõige need vastuväited, mis domineerivad uuemas rahvusvahelises diskussioonis. Kõigepealt analüüsime proportsionaalsuse põhimõtte aluseks olevat arusaama individuaalsetest põhiõigustest seoses teiste kontseptsioonidega, mis mõtestavad õigusi eelkõige huvide või trumpidena. Koostame mudeli, mis kombineerib omavahel ületrumpamise ja kaalumise (II). Seejärel arutleme moraalseste argumentide funktsiooni üle proportsionaalsuse järelevalves (III), samuti inkommensuraabluse vastuväite üle (IV). Pärast seda tegeleme vastuväitega, mille kohaselt proportsionaalsus seab asjatult mehhanistliku tingimuse, mis väidetavalt nõuab matemaatilist täpsust (V). Lõpuks on vaatluse all seos proportsionaalsuse ja põhiõiguste koosseisude kitsa või laia tõlgendamise vahel (VI).

## II. Põhiõigused, huvid ja trumbid

Vastuväited proportsionaalsuse põhimõttele viitavad sageli ebaadekvaatsele arusaamale põhiõiguste suhetest teiste huvide ja printsiipidega. Just kaalumisel konkureerivad põhiõigused võrdväärsema era- ja avalike huvidega.<sup>\*24</sup> See võrdväärsus vähendavat põhiõiguste normatiivset jõudu, kuna põhiõiguslik kaitse eksisteerib igal üksikjuhul alles pärast kaalumist teiste printsiipidega.<sup>\*25</sup> Kaalumise käigus ei olevat põhiõigustel

<sup>15</sup> M. Borowski. Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52 (2) Charter of Fundamental Rights of the European Union. – *Legisprudence* 1 (2007), lk 210. DOI: <https://doi.org/10.1080/17521467.2007.11424665>.

<sup>16</sup> Tekstis allpool nimetatud autorite kõrval ka A.-C. Martineau. La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans les discours juridiques). – *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 123 (2007), lk 1014; M. Koskeniemi. The Politics of International Law. – *European Journal of International Law* 1 (1990), lk 19. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.ejil.a035781>; S. Greer (viide 9), lk 412–434.

<sup>17</sup> G. Webber. Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. – *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23 (2010), lk 179: „There is much to suggest that there is no promise at all in proportionality reasoning.“ DOI: <https://doi.org/10.1017/s0841820900004860>.

<sup>18</sup> Samas, lk 202: „nothing short of a loss of rights“.

<sup>19</sup> Samas, lk 179: „engulfed by the discourse of balancing and proportionality“.

<sup>20</sup> F. Schauer. Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States. A Case Study in Comparative Constitutional Architecture. – *European and US Constitutionalism*. G. Nolte (ed.). Cambridge 2005, lk 68. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511493904.004>; F. Schauer. The Exceptional First Amendment. – *American Exceptionalism and Human Rights*. M. Ignatieff (ed.). Princeton 2005, lk 32. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctt7skx6.4>. Kaalumisviiside eri päritolu kohta USA-s ja Mandri-Euroopas ning nende tagajärgede kohta vt M. Cohen-Eliya, I. Porat. American Balancing and German Proportionality: The historical origins. – *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), lk 263. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moq004>.

<sup>21</sup> S. Tsakyrakis. Proportionality: An assault on human rights? – *International Journal of Constitutional Law* 7 (2010), lk 468. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mop011>; M. Khosla. Proportionality: An assault on human rights?: A reply. – *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), lk 298. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moq002>; S. Tsakyrakis. Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla. – *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), lk 307. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moq017>.

<sup>22</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 468; S. Tsakyrakis. A rejoinder (viide 21), lk 307.

<sup>23</sup> M. Khosla (viide 21), lk 298.

<sup>24</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 471.

<sup>25</sup> Samas, lk 471, 470.

aga määravad mõju,<sup>\*26</sup> seetõttu puuduvat ka tõhus kaitse.<sup>\*27</sup> Tingimusteta tagamisest ei saavat enam juttugi olla, tagatipuks jäetakse kõrvale hoopis põhiõigused ise.<sup>\*28</sup>

Sellise vastuväite õigustatuse kontrollimiseks on vaja heita pilk selle eeldustele. Vastuväide peab nimelt paika vaid siis, kui proportsionaalsuse kontrollimise raames määratletakse legitiimne eesmärk laialt ning põhiõigusi käsitatakse kaalumisel ülejäänud huvidega võrdväärseina. Kui mis tahes legitiimne eesmärk võiks õigustada iga põhiõiguse riivet, oleks riigil vabadus toetuda põhiõiguse riive õigustamiseks mis tahes mõeldavale huvile. Iseäranis oleks sellisel juhul võimalik tugineda korraga tervele hulga avalikele huvidele. See tooks endaga kaasa olukorra, kus kaalumisel konkureeriks hulk vastandlikke huve puudutatud põhiõigusega võrdväärseina – selles suhtes peab vastuväide paika.<sup>\*29</sup> Põhiõigustel ei oleks mingit eelisjärku ülejäänud huvide suhtes.<sup>\*30</sup> Iga suvaline huvi võiks peale jääda kaalumisel põhiseaduses tagatud põhiõiguslike positsioonidega. Tagajärjeks oleks, et põhiõigusi ei oleks enam võimalik tõhusalt kaitsta, sest üks osa põhiõiguste toimejõust oleks kõrvaldatud.

Kirjeldatud tagajärgede vältimiseks argumenteeritakse, et põhiõigusi ei tule mõista kui ülejäänud era- ja avalike huvidega võrdväärseid huve, vaid kui nende suhtes eelisjärguga õiguspositsioone,<sup>\*31</sup> kui *trumps*<sup>\*32</sup>, *side constraints*<sup>\*33</sup> või *fire walls*<sup>\*34</sup>. See nõue põhineb põhimõttelisel liberaalsel ettekujutusel, mille kohaselt tuleb põhiõigustele anda algusest peale eriline kaal, et neil oleks eelisjärk ülejäänud huvide suhtes.<sup>\*35</sup> Sest põhiõiguste kataloogidele olevat immanentne põhiõiguste tugev rõhutamine eelisjärku tähenduses ülejäänud kaalutluste suhtes.<sup>\*36</sup> Põhiõigustel olevat seega alati eelisjärk teiste, põhiõigustega mitte seotud kaalutluste suhtes. Seetõttu olevat üleliigne ka põhiõiguste ja ülejäänud, põhiõigustega mitte seotud kaalutluste omavaheline kaalumise. Kokkuvõttes ei ole nende seisukohtade järgi niisiis võimalik kaalumise kontseptsiooni põhiõiguste eelisjärguga ühitada.<sup>\*37</sup>

Sellisele argumentatsioonile tuleb vastu vaielda.<sup>\*38</sup> Me näitame, et proportsionaalsuse põhimõtet on võimalik kombineerida põhiõiguste eelisjärku põhjendusega (1) ja et alles see kombinatsioon võimaldabki põhiõigusi tõhusalt kaitsta (2).

<sup>26</sup> D. M. Beatty (viide 7), lk 171.

<sup>27</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 489. Sarnane kriitika: G. Webber. *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*. Cambridge 2009, lk 101. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511691867>.

<sup>28</sup> B. Rusteberg. *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung*. Tübingen 2009, lk 71.

<sup>29</sup> M. Kumm. *Political Liberalism and the Structures of Rights* (viide 6), lk 142.

<sup>30</sup> M. Kumm (viide 14), lk 582; M. Kumm. *Political Liberalism and the Structures of Rights* (viide 6), lk 139; M. Kumm. *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification* (viide 6), lk 150; T.-I. Harbo (viide 11), lk 166. Vt ka A. McHarg. *Reconciling Human Rights and the Public Interest. Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. – *Modern Law Review* 62 (1999), lk 673. DOI: <https://doi.org/10.1111/1468-2230.00231>; T. A. Aleinikoff (viide 13), lk 945 jj.

<sup>31</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 473, 470; Sarnaselt eristab A. McHarg (viide 30), lk 673; M. Kumm. *Political Liberalism and the Structures of Rights* (viide 6), lk 141; T.-I. Harbo (viide 11), lk 166 jj.

<sup>32</sup> R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*. London 1978, lk 193.

<sup>33</sup> R. Nozick. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford 1974, lk 28–33.

<sup>34</sup> J. Habermas. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge 1996, lk 254. DOI: <https://doi.org/10.7551/mitpress/1564.001.0001>.

<sup>35</sup> S. Greer. *The European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects*. Cambridge 2006, lk 208. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511494963>; R. Dworkin (viide 32), lk 193; J. Rawls. *A Theory of Justice*. Oxford 1972, lk 42–44. Vt ka ülevaadet J. Waldron. *Fake Incommensurability. A Response to Professor Schauer*. – *Hastings Law Journal* 45 (1993–1994), lk 816–817.

<sup>36</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 475.

<sup>37</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 468: „In [...] balancing, there cannot be any concept of fundamental rights having priority over other considerations“; V. Afonso Da Silva. *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*. – *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011), lk 9. DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqr004>.

<sup>38</sup> Vt selle kohta põhjalikult ka M. Klatt, M. Meister. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford 2012, lk 15 jj. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199662463.001.0001>.



## 1. Põhiõiguste eelisjärk

Proportsionaalsuse kontrolli raames võib põhjendatuks pidada põhiõiguste kahekordset eelisjärku.<sup>39</sup> Esiteks on põhiõigustel põhiseadusega tagatud õiguspositsioonidena definitiivne eelisjärk mittepõhiseaduslike kaalutluste suhtes. Teiseks on põhiõigustel *prima-facie*-eelisjärk samaväärsete mittepõhiõiguslike kaalutluste suhtes.

Sellise kahekordse eelisjärgu konstrueerimiseks on proportsionaalsuse kontrolli raames vaja arvestada kahe elemendiga. Esimene element mõjutab legitiimse eesmärgi määratlemist. Põhiseadusega tagamata õiguspositsioonide suhtes põhiõiguste eelisjärgu põhjendamiseks ei tohi arvesse tulla mis tahes legitiimne eesmärk. Kitsam määratlus on selline, mille kohaselt ainult muud põhiseadusega tagatud õiguspositsioonid tohivad põhiõigusi kui põhiseadusega tagatud õiguspositsioone kõrvale tõrjuda.<sup>40</sup> Selline legitiimne eesmärk kitsam määratlus põhjendab proportsionaalsuse põhimõtte raames põhiõiguste eelisjärku mittepõhiseaduslike kaalutluste suhtes. Proportsionaalsuse põhimõtte mõttes legitiimsete eesmärkide määratlemiseks võime seega sõnastada järgmise esimese eelisjärguseaduse:

Põhiõigustel on definitiivne eelisjärk mittepõhiseaduslike printsiipide suhtes.

Seega ei ole juba nende eesmärkide, mida põhiseadus ei kaitse, järgimine legitiimne. See toob proportsionaalsuse kontrolli edasises käigus endaga kaasa selle, et põhiõigused konkureerivad kaalumise raames ainult samuti põhiseaduslikult kaitstud õiguspositsioonidega. See kõrvaldab ohu, et kaalumise raames võiks põhiõigusi kõrvale tõrjuda suvalised, põhiseadusega mitte kaitstud huvid. Legitiimse eesmärgi kitsa määratlemise korral ei jõuagi need kaalumiseni.

See muidugi ei tähenda, et põhiõigustel oleks eelisjärk ka muude põhiseaduslikult kaitstud õiguspositsioonide suhtes. Senise mõttekäigu kohaselt konkureeriksid põhiõigused jätkuvalt samaväärsena näiteks suure hulga põhiseaduslikult kaitstud avalike huvidega. Siin tuleb mängu teine element. Põhiõigustele võib kaalumise raames anda eelisjärgu ka põhiseaduslikult kaitstud muude, mittepõhiõiguslike õiguspositsioonide suhtes, seeläbi et neile omistatakse suurem abstraktne kaal.

Selline diferentseerimine on võimalik alljärgnevalt kirjeldatud viisil. Kaalumisel kontrollitakse, kas legitiimse eesmärgi järgimise tähtsus õigustab põhiõiguse riive intensiivsust. Mida suurem on põhiõiguse mittetäitmise määr, seda tähtsam peab olema seda õigustavate printsiipide täitmine.<sup>41</sup> Sellise kaalumise juures võib olulist rolli mängida kollideerivate printsiipide abstraktne kaal. Abstraktne kaal on printsiibil võrdluses teiste printsiipidega suhteliselt, konkreetsest juhtumist olenemata. Põhiõiguste kataloogi sees on täiesti võimalik, et eri põhiõigustel on erinev abstraktne kaal.<sup>42</sup> Näiteks võiks inimväärikusele või õigusele elule omistada suurema abstraktse kaalu kui omandile või üldisele vabadusõigusele.<sup>43</sup> Need seosed on teada. Uus on aga see, et just sellisel viisil saaks põhiõigustele omistada ka üldiselt suurema abstraktse kaalu kui teistele põhiseaduslikult põhjendatavatele õiguspositsioonidele, millega kaalumisel tuleb arvestada. Tulemuseks oleks põhiõiguste eelisjärk ülejäänud põhiseaduslikult kaitstud õiguspositsioonide suhtes. Seda mõju saab lõputult tugevdada, sest põhiõiguste abstraktset kaalu on võimalik lõputult suurendada.

Kui omistada põhiõigustele kaalumise raames suurem abstraktne kaal, saab idee põhiõiguste eelisjärgust ülejäänud põhiseaduslikult põhjendatavate õiguspositsioonide suhtes ühendada konstruktiivselt kaalumise kontseptsiooniga. Kas ja mil määral tuleks abstraktset kaalu põhiseaduslikult kaitstud huvide klassi siseselt diferentseerida, on esmajoonel põhiseaduspoliitiline küsimus, mida ei pea siinkohal lahendama. Siin on oluline ainult see, et ka proportsionaalsuse põhimõtte raames on olemas vastav konstruktiivne võimalus.

Arvestada tuleb siiski sellega, et põhiõigustele suurema abstraktse kaalu omistamine ei avalda otsustavat mõju kaalumise tulemusele. Põhiõigused saavad tänu neile suurema abstraktse kaalu omistamisele küll kaalumisel teatava eelise mittepõhiõiguslike põhiseaduslike printsiipide ees. Sääraselt kujutatud eelisjärk

<sup>39</sup> Põhiõiguste eelisjärgu põhjendamise teiste võimaluste kohta vt M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 15 jj.

<sup>40</sup> R. Alexy. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a. M. 1994, lk 258; A. von Arnould. *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*. Baden-Baden 1999, lk 111; K. Misera-Lang. *Dogmatische Grundlagen der Einschränkungsvorbehaltloser Freiheitsrechte*. Frankfurt a. M. 1999, lk 9; R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights*. J. Rivers (transl.). Oxford 2002, lk 185; M. Borowski (viide 15), lk 213.

<sup>41</sup> See on esimene kaalumisseadus, vt R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 40), lk 146; R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* (viide 40), lk 102.

<sup>42</sup> Kriitiliselt põhiõigustele abstraktse kaalu omistamise võimaluse kohta vt B. Rusteberg (viide 28), lk 52 jj.

<sup>43</sup> *Grundgesetz*'i art 2 lg-st 1 tuleneva üldise vabadusõiguse väikese abstraktse kaalu kohta vt M. Meister. *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*. Berlin 2011, lk 243 jj. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-53656-6>. Inimväärikuse abstraktse kaalu kohta vt M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 15 jj.

on aga ainult *prima facie*, mitte definiitvise iseloomuga. Suurema abstraktse kaaluga põhiõigus ei jää igal juhtumil kollideeruvate väiksema abstraktse kaaluga põhiseaduslike printsiipide suhtes peale.<sup>\*44</sup> Printsiipide abstraktne kaal on ainult üks paljudest aspektidest, mida tuleb kaalumisel arvesse võtta. Sellele tuginedes saame sõnastada teise eelisjärgu seaduse:

Mida suurem on põhiõiguse abstraktne kaal, seda hõlpsamini jääb põhiõigus kaalumisel kollideeruvate põhiseaduslike printsiipide suhtes peale.

Põhiõiguste kahekordset eelisjärku saab niisiis kombineerida proportsionaalsuse põhimõttega. Ühelt poolt on kindlustatud põhiõiguste definiitvne eelisjärk mittepõhiseaduslike kaalutluste suhtes seeläbi, et legitiimsete eesmärkidena käsitatakse eranditult põhiseadusega tagatud õiguspositsioone. Teiselt poolt saab põhiõigustele suurema abstraktse kaalu omistamisega põhjendada kaalumise raames põhiõiguste *prima-facie*-eelisjärku põhiseadusega tagatud ülejäänud õiguspositsioonide suhtes.

## 2. Tõhus kaitse

Põhiõiguste ülejäänud kaalutluste suhtes eelisjärku põhjendamise eesmärgiks on tagada põhiõiguste tõhus kaitse. Loodud mudelis, mis kombineerib põhiõiguste kahekordse eelisjärku teiste kaalutluste suhtes proportsionaalsuse põhimõttega, on põhiõigustel kui põhiseadusega tagatud õiguspositsioonidel kõigepealt definiitvne eelisjärk mittepõhiseaduslike kaalutluste ees. Peale selle on neil tänu neile suurema abstraktse kaalu omistamisele *prima-facie*-eelisjärk põhiseaduslikult põhjendatud kaalutluste suhtes.

Põhiõigustel ei ole aga definiitvset eelisjärku ülejäänud põhiseaduslike printsiipide suhtes. Selle poolest on nende kaitse vähem tõhus võrreldes mudeliga, mis jaatab põhiõiguste abstraktset definiitvset eelisjärku. Sellegipoolest tagab kirjeldatud kombineeritud mudel tõhusa põhiõiguste kaitse. See tuleneb kolmest kaitsemüürist.

Esiteks saavad legitiimse eesmärgi kitsama määratlemise tõttu põhiõigustega kaalumise raames konkureerida ainult sellised printsiibid, millel on põhiseaduslik staatus. Sellega tõrjutakse oht, et riik võiks põhiõiguste piiramiseks toetuda suvalistele avalikele huvidele, mida ei saa põhiseaduslikult põhjendada. Esimese eelisjärguseaduse kohaselt on põhiõigustel nimelt definiitvne eelisjärk kõigi mittepõhiseaduslike printsiipide suhtes. Kaalumise raames konkureerivad põhiõigused seetõttu ainult selliste õiguspositsioonidega, mis on samuti põhiseadusega kaitstud.<sup>\*45</sup>

Teiseks põhjendab põhiõigustele suurema abstraktse kaalu omistamine nende *prima-facie*-eelisjärku kaalumisel muude põhiseaduslike printsiipidega. Eeskätt on põhiõiguste klassi raames võimalik edasi diferentseerida, omistades eriti olulistele põhiõigustele suurema abstraktse kaalu. Viimased jäävad seetõttu kollideeruvate optimeerimiskäskude suhtes eriti hõlpsasti peale. Põhiõigustel võib selles mõttes olla kaalumisel eelis. Kollideeruvatel printsiipidel on sellisel juhul raskem end põhiõiguste suhtes maksma panna. Kehtib teine eelisjärguseadus: mida suurem on põhiõiguse abstraktne kaal, seda hõlpsamini jääb põhiõigus kaalumisel kollideeruvate põhiseaduslike printsiipide suhtes peale.

Kolmas kaitsemüür seisneb selles, et põhiõigustega kaitstud õiguspositsioone ei saa ka kombineeritud mudelis kaalumise teel täielikult kõrvaldada.<sup>\*46</sup> Igal juhul peab säilima õiguse tuum, selle põhiolemus, mida moonutada ei tohi. Selles mõttes ei ole korrektne argument, et põhiõiguste olemusliku tuuma ideed (*Idee des Wesensgehalts*) ei olevat võimalik ühitada kaalumise kontseptsiooniga.<sup>\*47</sup> Põhiõiguse olemuslik tuum on see, mis jääb õigusest järele pärast kaalumist.<sup>\*48</sup> Põhiõiguste proportsionaalsed piirangud ei riku põhiõiguste olemuslikku tuuma, isegi kui konkreetsel juhul ei jää õigusest midagi järele.<sup>\*49</sup>

Siiski saab kaalumise raames alati tagada kaitse absoluutse miinimumi. Seda põhjusel, et riive intensiivistudes muutuvad põhiõigused üleproportsionaalselt tugevamaks.<sup>\*50</sup> Väga intensiivseid riiveid on seetõttu

<sup>44</sup> Nii arvab aga J. Rawls (viide 35), lk 43. Vt ka J. Rawls. *Political Liberalism*. New York 1993, lk 296.

<sup>45</sup> M. Borowski (viide 15), lk 213, viide 71.

<sup>46</sup> Nii arvab siiski S. Tsakyrakis (viide 21), lk 489: „everything [...] is [...] up for grabs“.

<sup>47</sup> Samas, lk 492.

<sup>48</sup> R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 40), lk 269; R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* (viide 40), lk 193. Siinkohal on tegemist tuumikolemuse relatiivse teooriaga.

<sup>49</sup> R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* (viide 40), lk 193.

<sup>50</sup> R. Alexy. *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*. – *Ratio Juris* 16 (2003), lk 140. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00228>. Vt M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 45 jj.

kas raske või võimatu õigustada sellega, et riive õigustuste kaalu pidevalt suurendatakse. Mida suurem on ühe printsiibi mittetäitmise määr, seda raskem on seda õigustada vastandliku printsiibi täitmise olulisusega, isegi kui selle tähtsus on väga suur. Mida rohkem väheneb põhiõiguse täitmine, seda suuremad peavad olema õigustava printsiibiga seotud eelised ja vastupidi. Seda seost saab selgitada kahaneva piirkasulikkuse seaduse nõgusa kasulikkusfunktsiooniga.<sup>\*51</sup> Viimasel ajal on seda püütud selgitada ka Nashi funktsiooniga.<sup>\*52</sup> Teatud tingimustel on kindlus, et ükski vastandlik printsiip ei saavuta definitiivset eelisjärku mingi põhiõiguse suhtes, seetõttu väga suur. Need tingimused moodustavadki põhiõiguse olemusliku tuuma.<sup>\*53</sup> Põhiõiguste olemusliku tuuma ideed saab seega ühitada kaalumise kontseptsiooniga.

Kokkuvõttes tagavad kombineeritud mudeli need kolm kaitsemüüri tõhusa põhiõiguste kaitse sellest hoolimata, et põhiõigustel ei ole definitiivset eelisjärku muude põhiseadusega tagatud õiguspositsioonide suhtes.

### 3. Tulemus

Eelistada tasub põhiõiguste mudelit, mis kombineerib põhiõiguste kahekordse eelisjärku proportsionaalsuse põhimõttega ja rajab kolm kaitsemüüri põhiõiguste ulatuslike piirangute vastu. Sellisel viisil tagatakse proportsionaalsuse kontrolli raames tõhus põhiõiguste kaitse, ilma et põhiõigustele oleks vaja omistada abstraktset definitiivset eelisjärku kõikide ülejäänud kaalutluste suhtes. See annab võimaluse põhiõiguste paindlikuks kohaldamiseks, mis on optimeeritud konkreetse üksikjuhtumi tegelikele ja õiguslikele tingimustele. Iseäranis on võimalik seada põhiõiguste ja avalike huvide vahel jalule õiglase tasakaal, eiramata seejuures põhiõiguste tähtsust.

## III. Proportsionaalsus ja moraal

Palju on kritiseeritud proportsionaalsuse kui õigusliku kategooria käsitust. On väidetud, et pigem on tegemist kõige rohkem poliitilise otstarbekuse või moraalse mõistlikkuse põhimõttega. Kindlasti ei saa eitada, et proportsionaalsuse põhimõte on väga lähedal poliitilistele ja moraalsele argumentidele: juba esimene kontrolliaste – legitiimne eesmärk – on seotud eesmärgi seadmisega.

Vastuväide läheb aga sügavamale: proportsionaalsuse lähedus moraalile ja poliitikale olevat nii suur, et lahutakse õigusliku kontrolli tasandilt, varjates seda õigusliku objektiivsuse maskiga. Tsakyrakis väidab, et proportsionaalsuse põhimõte teeskleb, nagu ta suudaks suhestada väärtused omavahel ilma igasuguse moraalse argumentatsioonita. Proportsionaalsus näivat objektiivse ja neutraalsena ning pretendeerivat sõltumatusele moraalsest kaalutlustest.<sup>\*54</sup> Webber heidab proportsionaalsuse põhimõttele ette, et see „depolitiiseerivat“ põhiõigusi „praalides, et ta muundab (subjektiivse) õiguse piiramisel asjasepuutuvad moraalsed ja poliitilised väärtushinnangud kaalu ja tasakaalu tehnilisteks küsimusteks. Kuid katse hoiduda (subjektiivse) õiguse argumenteerimise protsessile omastest poliitilistest ja moraalsest küsimustest on mõttetu“<sup>\*55</sup>.

Lähemalt vaadatuna koosneb proportsionaalsuse moraaliga nakatumise argument kahest eeldusest. Esiteks sisaldavat proportsionaalsuse kontroll tingimata moraalseid argumente. Teiseks pretendeerivat proportsionaalsuse kontroll moraalsele neutraalsusele. Esimene eeldus on tõene, teine seevastu väär.

<sup>51</sup> R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* (viide 40), lk 103–105; J. Rawls (viide 35), lk 37–40; B. Barry. *Political Argument. A Reissue with a New Introduction*. Hemel Hempstead 1990, lk 3–8.

<sup>52</sup> P.-E. Veil. *Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making*. – *Rights, Balancing & Proportionality* 4 (2010), lk 218.

<sup>53</sup> R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 40), lk 271 jj; R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* (viide 40), lk 195.

<sup>54</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 474. Samuti samas, lk 475: „tends to neglect any moral reasoning“; „risks neglecting the complexity of moral evaluation“; S. Tsakyrakis. *A rejoinder* (viide 21), lk 308: „reducing human rights adjudication to questions of relative weight in order to bypass the moral discourse on values and priorities.“

<sup>55</sup> G. Webber (viide 17), lk 191: „by purporting to turn the moral and political evaluations involved in delimiting a right into technical questions of weight and balance. Yet, the attempt to evade the political and moral questions inherent in the process of rights reasoning is futile.“ Vrd R. Alexy. *Grundrechte und Verhältnismäßigkeit*. – *Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig*. U. Schliesky, C. Ernst, S. E. Schulz (Hrsg.). Heidelberg 2011, lk 10.

Igasugune proportsionaalsuse kontrollimine eeldab moraalset argumentatsiooni.<sup>\*56</sup> Vastupidine seisukoht peab kuulutama juriidilise argumentatsiooni väärtusvabaks alaks, mis ei ole paljudel põhjustel veenev.<sup>\*57</sup> Seetõttu tuleb esimese eeldusega nõustuda: proportsionaalsuse põhimõte saab vaid siis viia õigete tulemusteni, kui selle kohaldamine reflekteerib ja arvestab moraalseid hinnanguid.<sup>\*58</sup> Ent juttugi ei saa olla sellest, et proportsionaalsuse põhimõte seda seika varjaks. Seos moraalset argumentatsiooniga on juba ammu aktsepteeritud ning detailideni läbi analüüsitud. Seetõttu tuleb teisele eeldusele vastu vaielda. Moraalsed argumentid on iga proportsionaalsuse kontrolli vajalik element, isegi kui see ei tule kohtupraktikas ega argumentatsioonis alati sõnaselgelt välja.<sup>\*59</sup> Seda teesi aitavad kinnitada kaks elementi juriidilise argumentatsiooni teoorias, nimelt erijuhtumi tees (*Sonderfallthese*) ning vahetegu sisemise ja välimise õigustuse vahel.

## 1. Erijuhtumi tees

Erijuhtumi tees on välja arendatud juriidilise argumentatsiooni jaoks, kuivõrd see järgib õigusliku süllogismi vormi. Siin esindatud seisukoha järgi saab seda aga laiendada proportsionaalsuse kontrolli raames kasutatavale argumentatsioonile, eelkõige kollideerivate printsiipide kaalumisele mõõdukuse ehk kitsamas tähenduses proportsionaalsuse kontrolli raames.<sup>\*60</sup> Erijuhtumi tees ütleb, et juriidiline argumentatsioon on üldise praktilise argumentatsiooni erijuhtum.<sup>\*61</sup> See koosneb kahest väitest.<sup>\*62</sup> Esiteks kujutavad juriidilised diskursused endast üldiste praktiliste diskursuste juhtumeid. Neil on ühine ese, nimelt praktilise filosoofia põhiküsimused, mis on kästud, keelatud ja vabaks antud. Teiseks iseloomustavad juriidilisi diskursuseid spetsiifilised piirangud. Nad ei püüa vastata normatiivsetele küsimustele üldiselt või absoluutses mõttes. Selle asemel on eesmärgiks anda vastuseid konkreetse õiguskorra raames. Viimane sisaldab aga terve rea piiranguid siduvate normide, kohtupretsedentide ja õigusdogmaatiliste konstruktsioonide kujul. Selle eest, et juriidilist diskursust peetakse üldise praktilise diskursuse erijuhtumiks, võlgneb see tänu oma institutsioonilisele ja autoritatiivsele iseloomule.

Siinses kontekstis on otsustav erijuhtumi teesi esimene väide. Sellest järeldub, et ka proportsionaalsuse kontroll koos kaalumiselega kujutab endast moraalset argumentatsiooni juhtumit. Tsakyrakis esitatud vastuväide, mille kohaselt proportsionaalsuse põhimõte tõrjub moraalset argumentatsiooni, on seetõttu väär.<sup>\*63</sup> Virgílio Afonso da Silva on sõnastanud selle seose väga selgelt: „[Tsakyrakis] ignoreerib täielikult, et peaaegu kõik juriidilises argumentatsioonis, sealhulgas printsiipide täitmise ja mittetäitmise määrade määramine, saab alati olema tuliste vaidluste objektiks, mis hõlmavad kõiki argumentide liike, mida saab kasutada üldises juriidilises argumentatsioonis, sealhulgas moraalsed kaalutlused, mida ta hirmsasti taga igatseb. Nii nagu kõige triviaalsema juriidilise süllogismi eelduste õigustamine ei ole väärtusvaba loogiline protseduur, ei ole seda ka otsustus, kas antud põhiõiguse riive on kerge, keskmine või raske.“<sup>\*64</sup>

<sup>56</sup> Selle kohta täpsemalt vt M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 45 jj.

<sup>57</sup> Õiguse ja juriidilise argumentatsiooni kahetise olemuse kohta vt R. Alexy. Die Doppelnatur des Rechts. – Der Staat 50 (2011), lk 389. DOI: <https://doi.org/10.3790/staa.50.3.389>. Vt ka V. Afonso da Silva (viide 37), lk 16. Juriidiliste ja moraalsete printsiipide suhte kohta vt ka R. Poscher (viide 1). Liiga naiivse vaatepunkti kohta vt D. M. Beatty (viide 7), lk 160, 166, 169.

<sup>58</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 491.

<sup>59</sup> R. Dworkin. Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge/Mass. 1996, lk 14; D. M. Beatty (viide 7), lk 25–33.

<sup>60</sup> Subsumptsiooni ja kaalumise kui juriidilise argumentatsiooni kahe põhivormi kohta vt R. Alexy (viide 12), lk 433. Kriitiliselt: M. Jestaedt (viide 1); R. Poscher (viide 1).

<sup>61</sup> R. Alexy (viide 57), lk 403 jj; R. Alexy. A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. Oxford 1989, lk 212–220; erijuhtumi teesi kritiseerivad J. Habermas (viide 34), lk 204, 206, 33 jj; K. Günther. Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis". – Ratio Juris 6 (1993), lk 143. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1993.tb00143.x>. Alexy kaitse sisaldub: R. Alexy. The Special Case Thesis. – Ratio Juris 12 (1999), lk 374. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00131>; R. Alexy. Justification and Application of Norms. – Ratio Juris 6 (1993), lk 157 jj. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1993.tb00144.x>. Vt ka G. Pavlakos. The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law. – Ratio Juris 11 (1998), lk 126. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00081>; I. Dwars. Application Discourse and Special Case Thesis. – Ratio Juris 5 (1992), lk 67. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1992.tb00113.x>.

<sup>62</sup> R. Alexy. Legal Philosophy: 5 Questions. – Legal Philosophy: 5 Questions. M. E. J. Nielsen (ed.). New York 2007, lk 2.

<sup>63</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 488.

<sup>64</sup> V. Afonso da Silva (viide 37), lk 16: „[Tsakyrakis] completely ignores that, just as almost everything in legal reasoning, the definition of degrees of satisfaction and non-satisfaction of a principle will always be subject to fierce disputes, which will involve all types of arguments that may be used in legal argumentation in general, including the moral considerations he



## 2. Sisemine ja välimine õigustus

Ka sisemise ehk internse ja välimise ehk eksternse õigustuse vahetegu puudutab suhet kaalumise ja juriidilise argumentatsiooni vahel.<sup>\*65</sup> Ka see arendati algselt välja õigusliku süllogismi analüüsimiseks. Kuid nagu hiljaaegu on selgunud, kandub see vahetegu üle proportsionaalsuse kontrolli raames toimuvale kaalumisele.<sup>\*66</sup>

Sisemise õigustuse küsimus on, kas kaalumise tulemust saab tuletada selle eeldustest. Sellele küsimusele saab vastata kaalumise formaalse struktuuri kaudu, mida väljendab kaalumisevalem (*Gewichtsformel*).<sup>\*67</sup> Niipea kui on antud selle struktuuris nõutavad väärtushinnangud, näiteks määratud põhiõiguse riive intensiivsus või õigustava printsiibi kaal, järgib edasine argumentatsioon kaalumisevalemiga struktuuri ja juhul, kui kasutatakse arve, siis ka aritmeetikareegleid. See on – samamoodi nagu õiguslik süllogism, mis järgib puhtalt loogikareegleid – üksnes formaalse struktuuri küsimus.

Samas ei määra õiguslik süllogism ega kaalumisevalem eelduste tõesust ega õigsust.<sup>\*68</sup> Mõlemad näitavad vaid inferentsiaalseid suhteid (*die inferentiellen Relationen*) eelduste ja järelduste vahel. Seevastu välimine õigustus puudutab eelduste tõesust või õigsust. Selle esemeks on näiteks hinnangud, kas proportsionaalsuse kontrollile allutatud meede on sobiv või vajalik, samuti kuidas on kaalumisel määratletud vajalik intensiivsus. Välimise õigustuse raames tuleb õigustada näiteks proportsionaalsuse kontrolli viimasel astmel põhiõiguse riive intensiivsusele antud hinnangut „kerge“ või kollideeruva printsiibi kaalule antud hinnangut „raske“.<sup>\*69</sup>

Just selle välimise õigustuse kaudu sisenevad moraalsed argumendid proportsionaalsuse kontrolli. Riivete intensiivsust ja kaalu saab ilma moraalseste kaalutlustele viitamata sama vähe hinnata kui sobivust ja vajalikkust. Kohtud peavad oma otsuseid õigustama nii sisemiselt kui ka välimiselt. Seetõttu ei saa nad mööda minna paljude juhtumite keerukast moraalsest mitmetahulisusest. Rahvusvahelises diskussioonis on see osaliselt jäänud kahe silma vahele.<sup>\*70</sup>

## 3. Kaalumise ja moraalne argumentatsioon

Proportsionaalsuse ja kaalumise formaalse struktuuri panus on erakordselt oluline just seetõttu, et väga selgelt esitatakse need eeldused, mida on vaja välimiselt õigustada. Seetõttu ei saa juttugi olla – nagu väitis näiteks Tsakyrakis –, et sellega varjatakse paljude põhiõiguse juhtumite tuumaks olevaid moraalseid probleeme.<sup>\*71</sup> Vastupidi, proportsionaalsuse kontroll toob selgelt ja läbipaistvalt välja, et moraalsed kaalutlused on õiguslikus argumentatsioonis olulised ja kus kohas nad olulised on. Proportsionaalsuse kontroll näitab, milliseid väiteid peab kohus välimiselt õigustama, et teha õige otsus.<sup>\*72</sup> Võib öelda, et otsuse põhjendus on seda selgem ja ratsionaalsem, mida sõnaselgemalt on välja töötatud juhtumi moraalsed argumendid.<sup>\*73</sup> Seesugused formaalsed struktuurid nagu proportsionaalsus ja kaalumise saavad seda ülesannet oluliselt lihtsamaks teha, aidates sellega kaasa põhiseadusliku argumentatsiooni ratsionaalsusele tervikuna.

Sisemine ja välimine õigustus ühendavad proportsionaalsuse kontrolli ja kaalumise tihedalt juriidilise argumentatsiooni teooriaga, mis hõlmab üldise praktilise argumentatsiooni teooria.<sup>\*74</sup> Matthias Kumm on

---

misses so much. Just as the justification of the premises in the most trivial legal syllogism is not a value-free logical procedure, neither is the decision that a given limitation in a constitutional right is light, moderate, or serious.“

<sup>65</sup> R. Alexy. The Weight Formula. – Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the economic analysis of law. J. Stelmach, B. Brozek, W. Zaluski (toim.). Krakow 2007, lk 9; R. Alexy. A Theory of Legal Argumentation (viide 61), lk 211; J. Wroblewski. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. – Rechtslehre 5 (1974), lk 39 j. MacCormick kasutab – materiaalses mõttes samas tähenduses – termineid first-order justification ja second-order justification, vt N. MacCormick. Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford 1978, lk 101.

<sup>66</sup> M. Klatt, J. Schmidt. Epistemic Discretion in Constitutional Law. – International Journal of Constitutional Law 10 (2012), lk 69–105. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mor056>.

<sup>67</sup> Kaalumisevalemiga kohta vt R. Alexy. The Weight Formula (viide 65), lk 9.

<sup>68</sup> M. Jestaedt (viide 1).

<sup>69</sup> G. Webber (viide 17), lk 184 jj.

<sup>70</sup> A. McHarg (viide 30), lk 681; F. Coffin. Judicial Balancing. The Protean Scales of Justice. – New York University Law Review 63 (1988), lk 22.

<sup>71</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 493: „obscure the moral considerations that are at the heart of human rights issues“.

<sup>72</sup> Alexy: „The Law of Balancing tells us what it is that has to be rationally justified“, vt R. Alexy. A Theory of Constitutional Rights (viide 40), lk 107.

<sup>73</sup> Selles tähenduses: S. Tsakyrakis. A rejoinder (viide 21), lk 310.

<sup>74</sup> R. Alexy. A Theory of Constitutional Rights (viide 40), lk 109.

seada seost lähemalt selgitanud: „Kaalumise metafoor ei tohiks varjutada tõsiasja, et proportsionaalsuse testi viimane osa eeldab otsustajalt paljudel juhtudel teoreetiliselt informeeritud praktilist argumentatsiooni ja mitte üksnes intuitsioonil põhinevat klassifitseerivat sildistamist. Seal, kus hinnatakse üldhuvi suhtelist tähtsust võrreldes kaalul oleva vabadusega, saab määrata kaalu ja moodustada prioriteete, nii nagu nõuab õigluse korrektne materiaalne teooria. Proportsionaalsuse testi viimane osa laseb sellisel juhul argumenteeritult inkorporeerida vabaduste käsituse, mis võimaldab väljendada mis tahes prioriteeti, mis on kollektiivsete hüvede ees sisuliselt õigustatud.“<sup>\*75</sup>

Robert Alexy on oma vastuses Kummile väljendanud samuti seda asjaolu: proportsionaalsuse põhimõtet tuleb tingimata täiendada sisulise poliitilise moraalsuse argumentidega.<sup>\*76</sup> Alexy nõustub niisiis Kummiga ning rõhutab: „Proportsionaalsuse analüüs on, nagu näitab kaalumisevalem, formaalne struktuur, mis sõltub olulisel määral eeldustest, mis pärinevad väljastpoolt.“<sup>\*77</sup>

Kokkuvõttes näitavad need arutluskäigud selgelt, mida täpselt tähendab jutt proportsionaalsuse kui formaalse struktuuri neutraalsusest: põhimõte on neutraalne sel määral, kuhu ulatub selle formaalne struktuur. Sellest seisukohast võib seda käsitada põhiseaduspärasuse universaalselt kehtiva kriteeriumina.<sup>\*78</sup> Ent hädavajalik on täita see formaalne struktuur moraalse sisuga, väärtuse ja kaaluga seotud argumentidega. Need varieeruvad filosoofilisest perspektiivist ja poliitilistest eelistustest sõltuvalt. David M. Beatty sõnastab selle kujukalt: „Proportsionaalsus varieerub otseselt sellest sõltuvalt, millise kaalu ja väärtuse annavad inimesed asjakohastele huvidele.“<sup>\*79</sup>

Kui mõista proportsionaalsuse põhimõtet sellisel viisil, võib see vastata neutraalsuse ja üldkehtivuse nõudele ilma seejuures põhiseadusõiguse „depoliteerimist“<sup>\*80</sup> julgustamata.

## IV. Inkommensuraabluse probleem

Proportsionaalsuse põhimõtte, eelkõige sobivuse kontrolli astme kukutab paljude jaoks läbi inkommensuraabluse (*Inkommensurabilität*) probleem. Öeldakse, et üksteisega suhestatud väärtused ja printsiibid ei olevat ühisel skaalal mõõdetavad.<sup>\*81</sup> Inkommensuraableid väärtusi ei saavat üksteise suhtes kaaluda.<sup>\*82</sup>

Inkommensuraabluse vastuväidet peetakse kaalumiseõpetuse tõhusaimaks kriitikaks.<sup>\*83</sup> Sellest on kaks versiooni. Esimene versioon rõhutab, et on olemas printsiibid ja väärtused, mida ei saa kvantifitseerida.<sup>\*84</sup> Teine versioon eitab kvantifitseerimise võimalikkust ühisel skaalal.<sup>\*85</sup> Versioonid erinevad selle poolest, et esimene puudutab üksikuid printsiipe, teine aga vähemalt kahe printsiibi vahelisi relatsioone.

<sup>75</sup> M. Kumm. *Political Liberalism and the Structures of Rights* (viide 6), lk 148 jj: „The metaphor of ‘balancing’ should not obscure the fact that the last prong of the proportionality test will in many cases require the decision-maker to engage in theoretically informed practical reasoning, and not just in intuition-based classificatory labeling. At the level of evaluating the relative importance of the general interest in relation to the liberty interest at stake, the weights can be assigned and priorities established as required by the correct substantive theory of justice. The last prong of the proportionality test then provides a space for the reasoned incorporation of an understanding of liberties that expresses whatever priority over collective goods is substantively justified.“ Vt ka M. Kumm (viide 14), lk 575.

<sup>76</sup> M. Kumm. *Political Liberalism and the Structures of Rights* (viide 6), lk 132.

<sup>77</sup> R. Alexy. *Thirteen Replies*. – *Law, Rights and Discourse. The legal philosophy of Robert Alexy*. G. Pavlakos (ed.). Oxford 2007, lk 344: „Proportionality analysis is, as the weight formula shows, a formal structure that essentially depends on premises provided from outside.“ DOI: <https://doi.org/10.5040/9781472563989.ch-016>.

<sup>78</sup> D. M. Beatty (viide 7), lk 162: „a universal criterion of constitutionality“.

<sup>79</sup> Samas, lk 617 jj: „Proportionalities vary directly with the weight and values people place on the relevant interests.“

<sup>80</sup> G. Webber (viide 17), lk 191.

<sup>81</sup> J. M. Finnis. *Natural Law and Legal Reasoning*. – *Natural Law Theory. Contemporary Essays*. R. P. George (ed.). Oxford 1992, lk 146, 151; T. A. Aleinikoff (viide 13), lk 972 jj; L. Zucca. *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford 2007, lk 55–60, 85 jj.

<sup>82</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 471.

<sup>83</sup> Samas. Põhjalikku käsitlust vt M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 45 jj.

<sup>84</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 475: „Our moral universe includes ideas not amenable to quantification.“

<sup>85</sup> Samas, lk 471.

## 1. Kvantifitseerimise võimatus

Inkommensuraabluse vastuväite esimene versioon peab kindlasti paika selles osas, et printsiipe saab kvantifitseerida eri määral. Neid õigusi, millel on rahaline dimensioon, nagu näiteks omandivabadus, on kergem kvantifitseerida kui neid õigusi, millel selline mõõde puudub. Seevastu ei pea paika, et mõõdukuse kontrolli raames toimuv kaalumise sõltub kollideeruvate printsiipide kaalu täpsest, matemaatilisest väljendamisest. Selle asemel tuleb kaalumist võimalikuks pidada alati siis, kui printsiipidele saab anda kaalu vähemalt kaheastmelisel skaalal. Ordinaalne ehk järgarvuline skaala on täiesti piisav, kardinaalne ehk põhiarvuline ei ole vajalik.<sup>\*86</sup>

Lisaks võib selliste printsiipide ja väärtuste, mida ei ole võimalik matemaatiliselt kvantifitseerida, kaalu määrata kolmeastmelisel skaalal kergeks, keskmiseks või raskeks. Kui veel selgemalt väljenduda, siis kvantifitseerimise võimatus ei ole argument printsiipide kaalumise vastu, vaid pigem otsustav argument kolmeastmelise skaala kasutamiseks. Seetõttu kõnelevad just kaalumise *hard cases* proportsionaalsuse mudeli kasuks. Afonso da Silva on kirjeldanud seda aspekti tabavalt: „Just selleks, et otsustada ratsionaalselt neil juhtumitel, kus mängivad rolli inkommensuraablid väärtused või õigused (tugevas mõttes), tuleb nii võrrelda kui ka kaaluda.“<sup>\*87</sup>

Asjaolu, et keerukatel juhtumitel on väärtuste astmestamine keerulisem ning tundub mõnel juhul pea-aegu võimatu, ei ole põhjus jätta hüvasti proportsionaalsuse põhimõtte või kaalumise tervikuna ning sel moel loobuda ka proportsionaalsuse kontrolliga kaasnevast ratsionaalsuse kasvust paljudel juhtudel, mil mudel töötab tõrgeteta.

Mõistagi peab paika, et kaalu astmestamist saab igal konkreetsel juhul kritiseerida ja selle üle diskuteerida. See puudutab aga välimist õigustust ega räägi kolmeastmelise skaala kui sellise vastu. Siinkohal on hästi ära tuntav, et inkommensuraabluse vastuväite esimene versioon ei ole lõppude lõpuks midagi muud kui Habermasi kaalumise irratsionaalsuse vastuväide.<sup>\*88</sup> Vaidlustatakse ju võimalust õigustada ratsionaalselt kaalu ja väärtuse kohta esitatud propositsioone. Seetõttu ei ole inkommensuraabluse vastuväite esimene versioon iseseisev argument.

Kolmeastmelise skaala kasutamine oleks vaid siis irratsionaalne, kui suurel hulgal juhtudel või terve juhtude kategooria puhul oleks võimatu otsustada ratsionaalsetel põhjustel kindla astmestamise kasuks. Ent selline väide ei ole veenev. See tähendaks ratsionaalse praktilise argumentatsiooni võimalikkuse vaidlustamist tervikuna ja sellega radikaalsesse skeptitsismi langemist. Lõpuks tähendaks see loobumist põhiseadusega tegelevat õigusteaduse osa teaduseks pidamisest. Samuti loobutaks sellega ettekujutusest, et põhiseadustel võib olla ühine pidepunkt, mille abil on võimalik hinnata kollideeruvaid printsiipe.<sup>\*89</sup>

Tsakyrakis väidab, et kaalumiseõpetus muundab põhiõiguste erilise tähenduse millekski näiliselt kvantifitseeritavaks.<sup>\*90</sup> See vastuväide ei aja segi mitte ainult võrreldavust ja kvantifitseeritavust. Tsakyrakis ei ütle ka selgelt, mida täpselt ta põhiõiguste „erilise tähenduse“ all mõtleb. Tema argumentatsiooni kontekstist selgub siiski, et ta peab silmas õiguste võimet tõrjuda tagasi teisi kaalutlusi (*shields*) või neid üle trumbata (*trumps*). Seda võimet tuleb siiski eristada kvantifitseeritavuse ja inkommensuraabluse probleemist, mida on eespool juba käsitletud.<sup>\*91</sup>

Tsakyrakis jätkab argumenteerimist ja väidab, et skaalade kasutamine toob endaga kaasa privilegeerimise probleemi: üldiselt võttes privilegeeritakse kvantifitseeritavaid printsiipe võrreldes mittekvantifitseeritavate printsiipidega. Kvantifitseeritavad printsiibid saavad seeläbi proportsionaalsuse argumentatsioonilise rolli, mida neil muidu ei oleks.<sup>\*92</sup> Siinjuures vajab selgitamist ka see, mida mõtleb Tsakyrakis „muidu“ all: kui üks kindel printsiip on põhiseaduse seisukohast asjaspepuutuv, siis tuleb sellega kaalumisel arvestada ja seda ei saa ignoreerida. Kui printsiibiga tuleb arvestada, siis on sel just selline roll, mis vastab sellele

<sup>86</sup> J. Griffin. *Incommensurability: What's the Problem? – Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. R. Chang (ed.). Cambridge/Mass. 1997, lk 35; V. Afonso da Silva (viide 37), lk 11.

<sup>87</sup> Samas, lk 10: „It is exactly the cases involving incommensurable values or rights (in the strong sense) that, in order to be decided rationally, require both comparison and balancing.“

<sup>88</sup> J. Habermas (viide 34), lk 259.

<sup>89</sup> R. Alexy. *The Weight Formula* (viide 65), lk 18.

<sup>90</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 488: „erodes the rights' distinctive meaning by trans-forming them into something seemingly quantifiable“.

<sup>91</sup> Vt eespool II ptk.

<sup>92</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 485: „assign them a role in the reasoning process that they would otherwise lack“.

omistatud kaalule. Seda rolli ei saa suvaliselt muuta, vaid selleks tuleb näidata ära põhjused, mis õigustavad teistsuguse kaalu omistamist.

Seetõttu ei pea privilegerimise vastuväide paika. Kvantifitseeritavate printsiipide privilegerimise ohtu ei ole. Niipea, kui kaks printsiipi astmestatakse ühisel skaalal – ja see on vajalik iga kaalumise korral – ei saa nende erinev kvantifitseeritavus enam mõju avaldada. Seda seetõttu, et asjaomase kaalu hindamine kergeks, keskmiseks või raskeks peab olema õigustatud välimiselt. See õigustus ei sõltu kvantifitseeritavusest, mistõttu viimane seda ka ei mõjuta. Loomulikult võib uurida välise õigustuse tagamaid ning seda sageli ka tehakse. Kuid see asjaolu ei ole seni piisavaks argumentiks kvantifitseeritavate põhimõtete privilegerimisele, kuni printsiipe hinnatakse ühisel skaalal ja seetõttu ühisest vaatepunktist.

## 2. Võrdluse mõõdupuu puudumine

Inkommensuraabluse vastuväite teine versioon kritiseerib katset muuta inkommensuraablid printsiibid näilise väidetavalt ühise skaala kaudu kunstlikult võrreldavaks.<sup>\*93</sup> Pigem ei olevat säärast ühist skaalat võrdlusmastaabina tihtipeale olemas. Erinevalt esimesest versioonist ei seata selle vastuväitega niisiis kahtluse alla printsiipide astmestamise või skaleeritavuse kui sellise võimalikkust, vaid väidetakse, et astmestamisel puuduvat ühine skaala.<sup>\*94</sup>

Paika peab selle vastuväite puhul seisukoht, et igasugune printsiipide võrdlemine eeldab ühise skaala olemasolu.<sup>\*95</sup> Seejuures on oluline teha vahet inkommensuraabluse tugeva ja nõrga väite vahel. Enamjaolt kaitstakse ainult inkommensuraabluse nõrka väidet, mis pärineb Jeremy Waldronilt. See eitab küll kõigi printsiipide jaoks ühise skaala olemasolu, kuid lähtub siiski sellest, et printsiipide vahel on võimalik eelistussuhteid ratsionaalselt põhjendades kindlaks määrata.<sup>\*96</sup> Näiteks Tsakyrakis väidab aga vastu, et need põhjendused peavad kindlasti olema moraalsed põhjendused – samas väitvat proportsionaalsuse põhimõte, et on moraalselt neutraalne.<sup>\*97</sup>

Oluline on, et inkommensuraabluse nõrk väide peab eelistussuhteid ratsionaalse põhjenduse olemasolu korral võimalikuks. Seejuures eeldab see aga, et põhjendus sisaldab paratamatult moraalseid argumente. Vastuväide põhineb seega lõppastmes eespool juba tagasi lükatud seisukohal, et proportsionaalsuse põhimõte pidavat olema moraalselt neutraalne. Õige on seevastu tõdemus, et proportsionaalsuse kontroll sõltub alati ka üldisest praktilisest argumentatsioonist ning – siingi peitub selle väite tugevus – näitab selgelt, kus täpselt ja millises ulatuses üldine praktiline argumentatsioon esineb.<sup>\*98</sup>

Seda arvestades võime nõustuda väitega, et eelistussuhete kindlaksmääramine eeldab üldist praktilist argumentatsiooni. Ilma sellise argumentatsioonita ei ole tegelikult võimalik võrreldavust tekitada.<sup>\*99</sup> Aga vastupidi on samuti õige: kui kasutatakse üldist praktilist argumentatsiooni – ja seda kasutatakse proportsionaalsuse kontrolli raames tänu välisele õigustusele –, siis on raske hoida alal inkommensuraabluse vastuväidet. Seega on tulemuseks, et proportsionaalsuse kontrolli raames saab ühise skaala moodustada välimise argumentatsiooniga.

Veel üks tahk väärib äramärkimist. Tsakyrakis lähtub küll Waldroni nõrgast inkommensuraablusest, kuid ei võta üle selle kõige olulisemat tunnust. Waldroni definitsioonis on sõltuvus moraalsest argumentatsioonist ainult kõrvalaspekt. Palju olulisem on see, et Waldron lähtub selgetest prioriteetsussuhetest printsiipide vahel.<sup>\*100</sup> Waldroni nõrga inkommensuraabluse järgi luuakse need prioriteetsussuhted erinevate elementide abil, mille hulka kuulub peale „ületrumpamise, kõrvaltingimuste või sõnalise prioriteetsuse“ (*trumping, side constraints or lexical priority*) ka kaalumine. Vastupidi inkommensuraabluse tugevale väitele jaatab Waldron seega eelistussuhete kindlaksmääramise võimalust. Erinevalt teistest

<sup>93</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 471: „impossibility of measuring incommensurable values by introducing the image of a [...] common metric“.

<sup>94</sup> G. Webber (viide 17), lk 194.

<sup>95</sup> V. Afonso da Silva (viide 37), lk 12, 14 jj.

<sup>96</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 473 jj.

<sup>97</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 474: „totally extraneous to any moral reasoning“.

<sup>98</sup> Vt eespool III.

<sup>99</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 474: „if the moral discourse is lacking, there is no way to demonstrate that values, indeed, are commensurable“.

<sup>100</sup> J. Waldron (viide 35), lk 816: „simple and straightforward priority rule“.



inkommensuraabluse nõrkadest väidetest<sup>\*101</sup> tunnistas ta aga sõnaselgelt kaalumise võimalust: „Meie moraalsete printsiipide ja prioriteetide põhjendatud väljendus hõlmab vältimatult selle, mida tavakodanikud võivad käsitada kaalumise või tasakaalustamisena.“<sup>\*102</sup>

Afonso da Silva võttis hiljuti üle praktilisest filosoofiast pärineva vaheteo,<sup>\*103</sup> millega saab näidata, et proportsionaalsuse põhimõttes sisalduvat kaalumisteooriat ei välista inkommensuraabluse tugev ega nõrk väide. Selle kohaselt tuleb eristada inkommensuraablust ja võrreldamatust.<sup>\*104</sup> See vahetegu puudutab skaala liiki, mida kaalumisel kasutatakse. Kaalumise eeldab võrreldavust ordinaalskaalal. Samas ei ole eelduseks kardinaalskaala, mille looks kommensuraablus.<sup>\*105</sup>

Oluline punkt on see, et inkommensuraablus ei tingi võrreldamatust. Kaalumised toimivad senikaua, kui kollideeruvad printsiibid muudetakse võrreldavaks. See kehtib täiesti sõltumatult sellest, kas printsiibid on täiesti, nõrgalt või mingis muus mõttes inkommensuraablid. Printsiipide võrreldavus saavutatakse proportsionaalsuse kontrollimisel ühise skaala kasutamisega, sellel skaalal võrreldakse kollideeruvate printsiipide vastastikuseid suhteid. Just seda ootavadki põhiseadusõigus ja praktiline mõistus üldiselt iseäranis keerulistel juhtudel õigusteaduselt ja argumenteerimispraktikalt. Seda seost peab silmas Alexy, kui ta räägib sellest, et põhiseadus kujutab endast ühist pidepunkti, taastades sellega kaudselt printsiipide võrreldavuse.<sup>\*106</sup> Inkommensuraablus on seetõttu mitte takistus, vaid pigem kaalumiste lähtekoht. Elijah Millgram on seda väljendanud järgmiselt: „Kommensuraablus on pigem praktilise arutelu tulemus kui eeltingimus.“<sup>\*107</sup>

### 3. Moraalse neutraalsuse puudumine

Moraalse neutraalsuse puudumise vastuväite kohaselt eeldab proportsionaalsuse põhimõtte kindlat moraali-teooriat. Tsakyrakis ja Waldroni järgi eeldab proportsionaalsuse põhimõtte teatavat utilitarismi vormi.<sup>\*108</sup>

Kui see peaks paika, oleks proportsionaalsuse põhimõttel tõepoolest oluline puudus. Selle veenvus ja ratsionaalsus oleneksid sellisel juhul otseselt teatava moraali-teooria veenvusest ja ratsionaalsusest. Tagajärg oleks Tsakyrakis arvates järgmine: „Põhiseaduslikkuse järelevalve teooria võit või kaotus paistab seetõttu sõltuvat õigest vastusest moraali-filosoofia äärmiselt häirivale ja vastuolulisele küsimusele.“<sup>\*109</sup>

Proportsionaalsuse põhimõtte moraalse neutraalsuse eest võitleb vahetegu sisemise ja välimise õigustuse vahel.<sup>\*110</sup> Välimine õigustus on põhimõtteliselt avatud kõigile moraalsele ja õiguslikele argumentidele. Siin ei piirduta ühe kindla moraali-teooria argumentidega. Iseäranis ei järeldu selline piirang ühise skaala jaatamisest. Nii näiteks on astmestamine kolmeastmelisel skaalal neutraalne argumentide suhtes, millega põhjendatakse astmestamist kergeks, keskmiseks või raskeks.

### 4. Kaalumise mittevajalikkus

Kaalumise mittevajalikkuse vastuväide on abiargument, mida esitatakse siis, kui – nagu ka siin – saab kummutatud inkommensuraabluse vastuväide. Tsakyrakis väidab, et ühise skaala olemasolu korral langeb ära vajadus kaalumise järele.<sup>\*111</sup>

<sup>101</sup> Tavaliselt peavad ka dispaarsuse nõrgad väited kaalumist mistahes vormis võimatuks, vt J. Waldron (viide 35), lk 816.

<sup>102</sup> Samas, lk 821: „The reasoned articulation of our moral principles and priorities inescapably involves what ordinary people might regard as weighing and balancing.“

<sup>103</sup> R. Chang. Introduction. – Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason. R. Chang (ed.). Cambridge/Mass. 1997, lk 1 jj; J. Griffin (viide 86), lk 35 jj.

<sup>104</sup> V. Afonso da Silva (viide 37), lk 4, 10 jj.

<sup>105</sup> R. Chang (viide 103), lk 1.

<sup>106</sup> R. Alexy (viide 12), lk 442.

<sup>107</sup> E. Millgram. Incommensurability and Practical Reasoning. – Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason. R. Chang (ed.). Cambridge/Mass. 1997, lk 151: „Commensurability is the result, rather than the precondition, of practical deliberation.“

<sup>108</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 471 jj: „some form of utilitarianism“. Sarnaselt J. Waldron (viide 35), lk 816: „utilitarian-style weighing and balancing“.

<sup>109</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 471: „It seems to make our theory of constitutional adjudication stand or fall on having the correct answer to an extremely vexing and controversial question in moral philosophy.“

<sup>110</sup> Vt eespool III ptk alap 2.

<sup>111</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 472.

Sellel vastuväitel on tõene tuum. Sellepärast et see kirjeldab tabavalt üht kaalumise olulist omadust. Kaalumise seisneb kollideerivate printsiipide eelistussuhte kindlaksmääramises, mis on konkreetsel juhul esinevate õiguslike ja tegelike võimaluste suhtes relatiivne. Seejuures on vaja teha kolm sammu.<sup>\*112</sup> Esimese sammuna määratakse kindlaks ühe printsiibi kahjustamise määr. Teisel sammul määratakse kindlaks kollideeruva printsiibi täitmise olulisus. Kolmandal sammul määratakse kindlaks, kummal printsiibil on suurem konkreetne kaal, see tähendab, kas kollideeruva printsiibi täitmise olulisus õigustab esimese printsiibi kahjustamist.

Tsakyrakise kirjeldatud arusaama, et kaalumise ei olevat enam vajalik, kui on olemas ühine skaala, saab mõista kaalumise kolmanda sammu kirjeldusena. Niipea kui väärtused on astmestatud, ei ole kaalumise enam kõitev. Põhjusel, et siis muutub õige eelistussuhte väljalugemine kaalumise tulemusest lihtsaks. See ei tähenda aga, et vaja poleks kaalumist kui kolmest sammust koosnevat protsessi tervikuna. Vastupidi, kaalumismudel näitab selgelt ja läbipaistvalt, milliseid elemente on vaja õige tulemuse kindlakstegemiseks, nimelt ratsionaalselt põhjendatud propositsioone riivete intensiivsuse ja olulisuse astmete kohta.

Kaalumismudel sunnib õiguslikult argumenteerijaid kaarte lauale panema ja selgelt välja ütleva, kas kollideerivate printsiipide konkreetset kaalu tuleb hinnata kergeks, keskmiseks või raskeks, ning mis veelgi tähtsam, mis on sellise astmestamise põhjused. Kujutluspilt kolmandast sammust muutub selgelt keerukamaks siis, kui kaalumisel võetakse arvesse teisi muutujaid, nagu näiteks abstraktsed kaalud või empiiriliste ja normatiivsete eelduste episteemilised tagatised.<sup>\*113</sup> Hiljemalt see keerukam analüüs lükkab ümber väite, et ühise skaala korral muutuvat kaalumise tarbetuks.

## 5. Tulemus

Inkommensuraabluse tugev ega nõrk väide ei räägi lõppastmes ratsionaalsete eelistussuhte kaalumise abil kindlaksmääramise vastu.<sup>\*114</sup> Veenev ei ole kvantifitseeritavuse puudumise ega ühise skaala puudumise vastuväide.<sup>\*115</sup> Inkommensuraabluse ja võrreldamatuse eristamise abil on hoopis võimalik kaaluda omavahel ka inkommensuraableid printsiipe. Peale selle ei vaja kaalumise mingil juhul erilisi moraalteooriaid, et saavutada inkommensuraablite printsiipide võrreldavust. Formaalse struktuurina on see hoopis moraalselt neutraalne. Lõpuks säilib ka printsiipide võrreldavuse jaatamise korral vajadus kaalumise järele.

## V. Kaalumise kui arvutustehe

Proportsionaalsuse põhimõtet seatakse sageli kahtluse alla kui puhtmehhaanilist protsessi. Iseäranis kaalumise kohta rõhutatakse, et see loob illusiooni loodusteaduslikust täpsusest, kuid ei suuda selleni kunagi jõuda.<sup>\*116</sup> Webberi arvates püüab kaalumise ilmaaegu muundada põhiõiguste kohaldamist „juhtimiseks ja matemaatiliseks mõõtmiseks“.<sup>\*117</sup>

Afonso da Silva juba osutas, et see vastuväide on juba seetõttu ekslik, et matemaatilist täpsust ei saa tõsiselt võttes eeldada ei juriidiliselt argumentatsioonilt üldiselt ega ka kaalumisel eraldivõetuna.<sup>\*118</sup> Vastuväide sarnaneb seetõttu õlgedest hernehirmutise valmistamisega, selleks et see põlema panna.

Siiski ei saa jätta tähelepanuta, et esmapilgul võiks see vastuväide olla asjakohane printsiibiteooria kaalumismudeli kohta. Lõppastmes opereerib see ju arvude ja kaalumisevalemiga.<sup>\*119</sup> Kuid kui tahta sellest järeldada, et printsiibiteooria peab kaalumise protsessi paratamatult matemaatiliseks või mehaaniliseks ettevõtmiseks, oleks tegemist arusaamatusega.<sup>\*120</sup>

<sup>112</sup> R. Alexy. The Weight Formula (viide 65), lk 10.

<sup>113</sup> M. Klatt, J. Schmidt (viide 66).

<sup>114</sup> Vt ka P.-E. Veil (viide 52), lk 227 jj.

<sup>115</sup> Me analüüsime seda põhjalikumalt: M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 45 jj.

<sup>116</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 468: „illusion of some kind mechanical weighing“.

<sup>117</sup> G. Webber (viide 17), lk 191.

<sup>118</sup> V. Afonso da Silva (viide 37), lk 16, viide 77.

<sup>119</sup> R. Alexy. The Weight Formula (viide 65), lk 9.

<sup>120</sup> R. Alexy. On Constitutional Rights to Protection. – *Legisprudence* 3 (2009), lk 9. DOI: <https://doi.org/10.1080/17521467.2009.11424683>; M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 45 jj.

Et kaalumisteooria ei aja taga ülemäärast täpsust, saab päevselgeks juba sisemise ja välimise õigustuse eristamisel.<sup>\*121</sup> Vastavalt saab kaalumise olla algusest peale täpne ainult niivõrd, kui võrd täpsed on selle eelduste välimised põhjendused. Kaalumise justkui pärib kõik puudused või nõrkused, mis on riive astmestamise või õigustava printsiibi tähtsustamise välimisel õigustusel.<sup>\*122</sup> Samas ei kandu puudused üle mudelile. Vastupidi, mudeli üks eelistest on, et argumentatsiooni nimetatud puudused ja nõrkused tulevad selgemini esile.

Kaalumisvalemi numbrid on ainult heuristiline vahend. Need tähistavad hinnanguid „kerge“, „keskmine“ või „raske“. Sel moel näitlikustavad need kaalumise sisemist struktuuri ja suurendavad kogu argumentatsiooni ratsionaalsust.<sup>\*123</sup> Ent mudel töötab sama hästi ka ilma igasuguste numbriteta. Iseäranis ei olene numbrite kasutamisest selle tuumikfunktsioon, milleks on kaalumise kolme astme<sup>\*124</sup> väljatoomine.

Niisiis ei esine kaasnähuna keskendumist kaalumise mehaanilisele või koguni matemaatilisele isoleerimisele. Tõsi küll, mudel sõltub võimalusest esitada ratsionaalselt põhjendatud väiteid riivete intensiivsuse ja kaalu ning nende omavaheliste suhete kohta.<sup>\*125</sup> Selle võimaluse üle võib vaielda nii üldiselt kui ka konkreetsetel juhtudel. See on aga hoopis teine teema.

Veel üks oluline argument räägib vastu etteheitele, et kaalumise ajavat taga täpsust, mida ei ole võimalik teoks teha. Selleks on asjaolu, et kaalumisteoorias on tunnustatud epistemiline ja struktuurine mänguruum.<sup>\*126</sup> Kui kollideeruvatel printsiipidel on võrdne konkreetne kaal, siis on tegemist patiseisuga, kus põhiseaduse kohaselt ei pea kummalgi printsiibil olema eelisjärku. Sellega seotud struktuurse mänguruumi piires on otsustajal valikuvabadus anda eelisjärk emmale-kummale printsiibile.<sup>\*127</sup> Põhiseadust tõlgendatakse niisiis kui raamistikku. Just seetõttu ei aetagi taga ebarealistlikku täpsust.<sup>\*128</sup>

## VI. Lai tõlgendus

Viimaks kritiseeritakse, et kaalumise viivat põhiõiguste liiga laia määratlemiseni. Laialdaselt on tunnustatud, et põhiõigusi tohib piirata teiste isikute põhiõiguste kaitseks. Teiste isikute põhiõigused kujutavad endast seega põhiõiguste piiramise legitiimset eesmärki. Väidetakse, et kaalumise tingib piiriklauslite<sup>\*129</sup> laia määratluse ning sellega seoses ka põhiõiguste kaitsealade laia määratluse. Seeläbi hõlmatakse põhiõiguste kaitsealasse arvukalt huve, mida tuleb seetõttu kaalumisel arvestada.<sup>\*130</sup> Kaalumisel arvesse võetavaid seisukohti olevat legitiimse eesmärgi tasandil seetõttu liiga palju.<sup>\*131</sup>

Väidetakse niisiis, et põhiõigusi tõlgendatakse teiste isikute põhiõiguste piiranguna liiga avaralt.<sup>\*132</sup> Seejuures on tegemist põhimõttelise küsimusega, kas põhiõigusi tuleks määratleda pigem kitsalt või pigem laialt.<sup>\*133</sup> Ühtekokku kuus argumenti kõnelevad selle kasuks, et põhiõigusi peab tõlgendama pigem laialt ja loobuda tuleb kitsast määratlusest.<sup>\*134</sup>

<sup>121</sup> Vt eespool III ptk alap 2.

<sup>122</sup> R. Alexy. Balancing, Constitutional Review and Representation. – International Journal of Constitutional Law 3 (2005), lk 577: „balancing is as rational as discourse“. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moi040>.

<sup>123</sup> R. Alexy (viide 122), lk 576.

<sup>124</sup> R. Alexy. The Weight Formula (viide 65), lk 10 jj.

<sup>125</sup> R. Alexy (viide 122), lk 574.

<sup>126</sup> Kaalumise ja mänguruumi suhte kohta vt M. Klatt, J. Schmidt (viide 66); R. Alexy. A Theory of Constitutional Rights (viide 40), lk 394–425; J. Rivers. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. – Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy. G. Pavlakos (ed.). Oxford 2007, lk 169. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781472563989.ch-008>; J. Rivers. Proportionality and Discretion in International and European Law. – Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives. N. Tsagourias (ed.). Cambridge 2007, lk 107. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511495076.006>.

<sup>127</sup> R. Alexy. A Theory of Constitutional Rights (viide 40), lk 410.

<sup>128</sup> Paratamatuse, võimatuse ja võimalikkuse kolme valdkonna kohta vt R. Alexy. A Theory of Constitutional Rights (viide 40), lk 393 jj.

<sup>129</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 480. Sarnaselt seoses EIÕK-ga vt A. von Bogdandy. The European Union as a Human Rights Organization? Human rights and the core of the European Union. – Common Market Law Review 37 (2000), lk 1332.

<sup>130</sup> S. Tsakyrakis (viide 21), lk 482, 488.

<sup>131</sup> Samas, lk 488.

<sup>132</sup> Sama kriitikat seoses avalike huvidega vt M. Klatt, M. Meister (viide 38), lk 45 jj.

<sup>133</sup> Määrav on küsimus, kas eelistada tuleks kitsast või laia kaitsealateooriat. Kitsa ja laia kaitsealateooria ning kitsaste kaitsealateooriate eri tüüpide eristamise kohta vt M. Meister (viide 43), lk 33, 35 jj. Vt ka J. H. Klement (viide 1).

<sup>134</sup> Alljärgneva kohta vt ka M. Meister (viide 43), lk 113 jj koos edasiste viidetega.

Esiteks on kitsad määratlused ainult näiliselt kaalumisevabad.<sup>\*135</sup> Põhiõiguste kitsad määratlused on alati kaalumise tulemus, sest nad põhinevad põhiõigusliku kaitse poolt- ja vastuargumentidel.<sup>\*136</sup> Selle kohta tõi selgitava näite Steven Greer diskussioonis asjas *Wingrove vs. Ühendkuningriik* tehtud otsuse üle.<sup>\*137</sup> Selles kaasuses tegeleti religioossete tunnete haavamisega religioonikriitilises filmis, kollideerusid EIÕK artiklid 9 ja 10: „õigust väljendusvabadusele saab veenvalt defineerida niimoodi, et see välistab õiguse asjatult solvata religioosset [..] tundeid, samas õigust mõtte-, südametunnistuse- ja usuvabadusele saab veenvalt defineerida selliselt, et see piirduv vaid kaitsega asjatult solvava kriitika eest.“<sup>\*138</sup>

Greeri väitel ei põhinenud need (kitsad) määratlused kaalumisel.<sup>\*139</sup> Sellega ei saa nõustuda. Kui väljendusvabadust määratleda selliselt, et kaitstud on igasugune väljendus peale selle, mis võib haavata religioosset tundeid, siis põhineb see määratlus väljendusvabaduse ja väljendusvabaduse kasutamise puudutatud isikute õiguste kaalumisel.<sup>\*140</sup> Lai määratlus hõlmaks antud juhul – vähemalt *prima facie* – põhiõigusliku kaitse alla ka sellised väljendused, mis haavavad teiste isikute religioosset tundeid. See läbi muutub nähtavaks kaalumise vältimatus ning see toimuks avalikult ja jälgitavalt eraldi kontrollipunkti raames.<sup>\*141</sup>

Teiseks on kitsad määratlused läbipaistmatud. Kaalumise toimub salaja.<sup>\*142</sup> Seetõttu ei ole neid võimalik jälgida ega kritiseerida. Sellega kaasnevad puudujäägid juriidilise argumentatsiooni läbipaistvuses ja ratsionaalsuses.<sup>\*143</sup> Seevastu tuletatakse laiad määratlused põhiõiguse teksti tõlgendamise teel ilma vastandlike huve arvestamata. Vastandlikud huvid tasakaalustatakse eraldi kaalumise raames. Seeläbi muutub argumentatsioon läbipaistvaks, ratsionaalseks ja jälgitavaks.

Kolmandaks on kitsad määratlused probleemsed struktuursest aspektist. Kaitseala ja õigustuse kontrolli astmete eristatavust piiratakse struktuurselt kaheldaval viisil,<sup>\*144</sup> sest kaalumise nihutatakse kaitsealasse.<sup>\*145</sup> Sellega aetakse segi õiguse sisu ja selle piirangud. Põhiõiguste kontroll kaotab nii selgelt astmestatuse.<sup>\*146</sup> Mõlemat aspekti tuleb siiski loogiliselt eristada, sest need toimivad erinevalt. Õiguse sisu tuletatakse asjakohase põhiõiguse teksti tõlgendamise teel, vastandlike huve siinkohal arvesse ei võeta.<sup>\*147</sup> Neid arvestatakse alles õigustuse raames, täpsemalt proportsionaalsuse kontrolli käigus kaalumise raames. Kitsad määratlused panevad ühte patta kogu selle range, loogilistest põhjustest ja meetodilisest selgusest tingitud eristamise. Argumentatsioon muutub struktureerimatuks ja läbipaistmatuks.<sup>\*148</sup> Laiadel

<sup>135</sup> R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 40), lk 290.

<sup>136</sup> R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights* (viide 40), lk 208 jj; R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 40), lk 289.

<sup>137</sup> EIKo 25.11.1996, 17419/90, *Wingrove vs. Ühendkuningriik*.

<sup>138</sup> S. Greer (viide 9), lk 424: „the right to freedom of expression can plausibly be defined as excluding the right to cause gratuitous insult to religious [...] sentiments, while the right to freedom of thought, conscience and religion can plausibly be defined as limited to protection only from gratuitously insulting criticism.“

<sup>139</sup> Samas.

<sup>140</sup> Tegemist on kirjutamata kriteeriumitel põhineva kitsa kaitsealateooriaga, mis põhineb vastandlike põhiseaduslike väärtuste kaalumisel. Selle käsituse ja samasuguste Saksamaal levinud käsituste kohta vt M. Meister (viide 43), lk 94 jj. J. Gerards, H. Senden. *The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights*. – *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), lk 628, on siiski jätkuvalt seisukohal, et *hate speech* on võimalik väljendusvabaduse kaitsealast kaalumata välistada. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mop028>.

<sup>141</sup> J. Rivers (viide 9), lk 190.

<sup>142</sup> W. Kahl. *Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik. Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas*. – *Archiv des öffentlichen Rechts* 131 (2006), lk 606, viide 157. DOI: <https://doi.org/10.1628/000389106780220590>.

<sup>143</sup> Samas.

<sup>144</sup> J. Gerards, H. Senden (viide 140), lk 627.

<sup>145</sup> M. Meister (viide 43), lk 115 jj; W. Höfling. *Kopernikanische Wende rückwärts? Zur neueren Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*. – *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Riefner zum 70. Geburtstag*. S. Muckel (Hrsg.). Berlin 2003, lk 336 jj. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-50931-7>; P. M. Huber. *Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?* – *Juristenzeitung* 58 (2003), lk 293; W. Kahl. *Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik*. – *Der Staat* 43 (2004), lk 192; W. Weiß. *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt*. – *Archiv des öffentlichen Rechts* 134 (2009), lk 621.

<sup>146</sup> C. Möllers. *Wandel der Grundrechtsjudikatur. Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG*. – *Neue Juristische Wochenschrift* 58 (2005), lk 1977; W. Kahl (viide 142), lk 611.

<sup>147</sup> M. Meister (viide 43), lk 116.

<sup>148</sup> W. Höfling. *Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*. Berlin 1987, lk 172, 174 jj. Samamoodi A. von Arnould (viide 40), lk 87. DOI: <https://doi.org/10.3790/978-3-428-46341-1>.



määratlustel on seevastu metoodiline eelis. Põhiõiguse kaitseala tuletatakse ainult teksti tõlgendamise teel ning vastandlikke huve käsitletakse eraldi kaalumise raames.

Neljandaks on kitsaste määratluste tagajärjeks õiguskindluse puudumine. Kuna need põhinevad kaalumisel, selgub põhiõiguse kaitseala igal üksikjuhul kaalumise tulemusena. Olenevalt sellest, mil määral kaasatakse vastandlikke huve kaalumisse kaitseala tasandil, varieerub põhiõiguse kaitse ulatus juhtumipõhiselt, sõltudes sugugi mitte viimases järjekorras konkreetsest õiguse rakendajast. Õiguse kaitse ulatust ei ole seega enam võimalik abstraktselt prognoosida.<sup>\*149</sup> Laiad määratlused defineerivad seevastu õiguse sisu vastandlikke huve arvesse võtmata. Õiguse *prima facie* kaitse ulatus määratakse konkreetsest juhtumist sõltumatult laialt ning seetõttu prognoositavalt ja õiguskindlalt. See, kas eksisteerib definitiivne kaitse, selgub alles teises etapis kaalumise abil avalikult ja jälgitavalt.

Viiendaks vähendavad kitsad määratlused õigusriigi seisukohast kaheldaval viisil riigi põhjendamiskohustust.<sup>\*150</sup> Kitsad määratlused võimaldavad põhiõiguslikust kaitsest keelduda palja viitega, et teatav käitumine ei ole põhiõigusliku kaitsega hõlmatud. Näiteks käsitatakse kohati osalisi piiramisvõimalusi kui kaitseala kärpeid.<sup>\*151</sup> Selline teguviis on subjektiivne, omavoliline ja manipuleeriv.<sup>\*152</sup> Kui põhiõiguslikust kaitsest võib keelduda, ilma et selleks peaks avalikustama sisulisi põhjendusi, eksisteerib põhjendamisdefitsiit.

Kuuendaks soodustab see kohtulikku omavoli. Lahendi kontrollitavus on põhjenduste puudumise tõttu piiratud. Laiad määratlused kannavad seevastu hoolt selle eest, et eksisteerib laiulatuslik *prima facie* kaitse.<sup>\*153</sup> Sel moel välditakse võimalikult täielikult kaitseelinki põhiõigusliku kaitse süsteemis.<sup>\*154</sup> Kõik riived peavad õigustuse tasandil läbima kontrolli.<sup>\*155</sup> Riigil on peaaegu iga vabadust vähendava teo puhul põhjalik õigustamiskohustus: näiteks tuleb alati kohaldada õigusriiklikke proportsionaalsuse põhimõtte turvatagatise. See takistab kohtu omavoli. Seetõttu tuleb eelistada põhiõiguste laia määratlemist.

## VII. Tulemus

Põhiõiguste mõjujõudu ei röövi proportsionaalsuse põhimõtte kohaldamine ega kaalumise. Vastupidi, proportsionaalsuse põhimõtte ja kaalumise metoodilise vahendina on parimad saadaolevad vahendid põhiõiguste ja teiste printsiipide komplekssete ja keeruliste kollisioonide lahendamiseks. Põhiõiguste kohtupraktika põhineb paratamatult kaalumisel ja proportsionaalsuse põhimõtte pakub selleks parimat olemasolevat otsustamisraamistikku.<sup>\*156</sup>

Me lükkasime ümber viis proportsionaalsuse põhimõttele esitatud vastuväidet. Põhiõiguste vaid huvadena käsitamise vastu koostasime põhiõiguste mudeli, mis annab põhiõigustele proportsionaalsuse kontrolli raames kahekordse eelisjärgu teiste kaalutluste suhtes. Sel moel viisime idee põhiõigustest kui *trump*'idest, *side constraint*'idest või *firewall*'idest kooskõlla proportsionaalsuse põhimõttega. Nii luuakse paindlik standard põhiõiguste kohaldamiseks, mis võimaldab tasakaalustada põhiõigusi ja avalikke huve, jätmata samas põhiõiguste kaitset ebamõistlikult hooletusse.

Seoses kaalumise ja moraalsete argumentide vahelise suhtega näitasime erijuhtumi teesi abil, et igas kaalumises sisaldub paratamatult moraalne argumentatsioon. Kaalumise ei ole moraalselt neutraalne. Korrektse kaalumise korral on moraalsed argumendid vältimatud. Kaalumismudel, mis teeb vahet sisemise

<sup>149</sup> W. Höfling (viide 145), lk 339.

<sup>150</sup> W. Kahl (viide 145), lk 189 jj; W. Kahl (viide 142), lk 610 jj. Kitsaste kaitsealateooriate kohaldamisel tõendamiskoormise vähenemise graafilist kujutist vt M. Meister (viide 43), lk 121.

<sup>151</sup> *Limitation as Specification* käsitluse kohta vt G. Webber (viide 27), lk 123 jj. Kriitiliselt J. Rivers. Book review: The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights, by Gregoire C. N. Webber. – Public Law 2011, lk 215.

<sup>152</sup> W. Kahl (viide 145), lk 191 jj.

<sup>153</sup> M. Kumm. Political Liberalism and the Structures of Rights (viide 6), lk 141: „subject practically all acts of public authorities that affect the interests of individuals to pro-portionality review“.

<sup>154</sup> M. Cohen-Eliya, I. Porat (viide 5), lk 477 jj.

<sup>155</sup> Aspekti kohta, mille kohaselt proportsionaalsuse põhimõtte loob riikliku õigustamiskohustuse põhiõiguste riive korral, vt M. Cohen-Eliya, I. Porat (viide 5), lk 463; M. Kumm. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification (viide 6), lk 168 jj.

<sup>156</sup> A. Stone Sweet, J. Mathews. All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing. Working Paper 2010, lk 5.

ja välimise õigustuse vahel, näitab väga selgelt, missugust mõju avaldab moraalne argumentatsioon juriidilisele otsustusprotsessile.

Inkommensuraabluse vastuväite puhul näitasime, et kumbki vastuväite versioon ei ole veenev. Esiteks ei põhine kaalumised matemaatiliselt täpsetel väärtustel. Teiseks puudub oht, et kvantifitseeritavaid printsiipe eelistataks teistele. Kuna inkommensuraabluse nõrk väide ei eita, et moraalse argumentatsiooni abil saab kindlaks määrata printsiipide eelistussuhteid, ja kuna kaalumise sisaldab moraalset argumentatsiooni, siis ei saa inkommensuraabluse nõrk väide kaalumismudelit kummutada. Lisaks näitasime, et olgugi et kaalumismudel tugineb juriidilise ja moraalse argumentatsiooni vahelisele seosele, on see siiski moraalselt neutraalne selles mõttes, et see ei rajane ühelgi kindlal moraaliteoorial.

Me esitasime arvukalt argumente selle toetuseks, et eelistada põhiõiguste laia määratlemist kitsale määratlemisele. Kuna kaalumise kontseptsioon suudab igale kaalutlusele anda sobiva kaalu, siis ei ole vajadust välistada kitsa määratluse abil teatavad kaalutlused juba kaitseala tasandil.

Kokkuvõttes tagab proportsionaalsuse põhimõte niisiis põhiõiguste parima tasakaalustamise teiste õiguste ja huvidega.<sup>\*157</sup> See on vältimatu analüütilise vaheteo tegemiseks, mis omakorda aitab välja selgitada kõige erinevamate kaasuste otsustavad aspektid. Seeläbi võimaldab proportsionaalsuse põhimõte sisulist argumentatsiooni. Sellega vastab proportsionaalsuse põhimõte ratsionaalsuse põhilisele standardile<sup>\*158</sup> kui „väga võimas ratsionaalne instrument“<sup>\*159</sup>. Seetõttu väidame lõpetuseks, et proportsionaalsuse põhimõttel on üleilmses konstitutsionalismis oluline roll.<sup>\*160</sup>

<sup>157</sup> J. Rivers (viide 9), lk 176.

<sup>158</sup> M. Borowski (viide 15), lk 210.

<sup>159</sup> Samas, lk 232: „very powerful rational instrument“.

<sup>160</sup> M. Cohen-Eliya, I. Porat (viide 5), lk 466.