

# Kaalumine, subsumeerimine ja õigusteksti kitsendav roll

FREDERICK SCHAUER<sup>1</sup>

Tõlkinud Piret Luiga

**Kokkuvõte:** Autor ei nõustu Alexy kaalumismetoodikale tihti tehtava etteheitega, nagu oleks tegemist irratsionaalse otsustamismenetlusega. Kaalumine ja veel mõni muu otsustamismetoodika võivad küll arvestada sellise hulga eeldustega, et nende kontrollimine ja neist mõtlemine võib osutuda keerukaks ja ehk teostamatukski, kuid see pole irratsionaalne. Autor peab tavapärasest subsumeerimist siiski kaalumisest kohasemaks õigusotsustuste langetamise viisiks, sest subsumeerimises ei kaota oma tähendust õigussätte tekst. Tekstilisus ja sellega kaasnev formaalsus kui õiguse määravad tunnused võivad kaalumismetoodika puhul taanduda muude argumentide ja eelduste ees.

## Printsiibid ja nende kaalu probleem

Robert Alexy paljude õigusteooria heaks antud panuste hulka kuulub tema mõjukas analüüs õiguse printsiipidest ja rollist, mida need mängivad õiguslikus ja kohtulikus argumentatsioonis. Toetades printsiipide kesksel rolli õigusotsuste tegemisel, sarnaneb Alexy positsioon Ronald Dworkini omaga nii selle poolest, et nagu Dworkin, eristab Alexygi reegleid printsiipidest,<sup>2</sup> kui ka selle poolest, et

---

<sup>1</sup> Artikkel valmis sümposiumi „Symposium on Rights, Law and Morality: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy“ jaoks, mis toimus Oxfordi ülikooli New College'is 10.–11. septembril 2008. Autor tänab Mathias Klatti sümposiumi korraldamise eest ja Robert Alexy selle eest, et ta andis sümposiumiks inspiratsiooni ning võttis sellest nii elavalt ja abivalmilt osa.

<sup>2</sup> Piret Luiga on Dworkini õpetuse kohta kasutanud eestipäraselt keelendit „põhimõtted“. Vt R. Dworkin. *Õiguse impeerium*. Tõlk. Piret Luiga. Tallinn 2015. Kuna eesti õigusteoreetilises diskussioonis on käibel mõiste „printsiibiteooria“ seostatult just Alexy õpetusega, on siin artiklis tõlkija nõusolekul kasutatud siiski võõrsõna ja räägitakse „printsiipidest“. – *Toim.*

ta peab printsiipe kaalutavateks. Reeglitega seda teha ei saa.<sup>3</sup> Ent kuna mitte kõigil õigusprintsiipidel ei ole sama kaal ja nende kaalu määratakse tavaliselt üsna umbkaudselt või üldse mitte ning – lõpuks – kuna mitmest printsiibist tulenevad ettekirjutused võivad konkreetse kohaldamise olukorras olla vastandlikud, jääb alles tähtis küsimus, kuidas otsustada, milline vastandlikest printsiipidest on neis olukordades ülimuslik.<sup>4</sup> Nii on õigusotsustuste tegemisel määrava tähtsusega, millisele kahest (või enamast) ühtesobimatust printsiibist peaks omistama suurema kaalu konkreetsetes olukorras, kus sama otsuse puhul kohaldub mitu põhimõtet.

Alexy nimetab seda võistlevate mitteabsoluutsete printsiipide kaalukaasile seadmiseks (*balancing*).<sup>5</sup> Nõnda toimides satub ta silmitsi paljude tuntud, kaalumise suhtes kriitiliste mõttekäikudega, millest enamiku puhul on keskseks väiteks see, et kaalumismenetlus on põhiolemuselt kitsendusteta (*unconstrained*) ja seega väidetavalt irratsionaalne. Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu kohtunik Scalia on näiteks rõhutanud, et kaalumine on õigusväline (*lawless*) tegevus ja võrdub laias laastus ettevõtmisega, kus püütakse otsustada „kumb jääb peale, kas konkreetne joon oma pikkuselt või konkreetne kivi oma raskuselt“.<sup>6</sup> Samal kombel on Jürgen Habermas väitnud, et printsiipide vastuolu korral on kaalumine meelevaldne ja

<sup>3</sup> Vt R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*. London 1977, lk 25–27.

<sup>4</sup> Oluliste analüüside hulka, milles käsitletakse õigusprintsiipe üldiselt, kuuluvad H. Ávila. *Theory of Legal Principles*. Dordrecht 2007; Symposium „Colloquy on Legal Principles“. – *Iowa Law Review* 83/1997, lk 739–941; L. Alexander, K. Kress. *Against Legal Principles*. – A. Marmor (toim.). *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*. Oxford 1995, lk 279.

<sup>5</sup> R. Alexy. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. – *Ratio Juris* 16/2003, lk 433. Vt ka R. Alexy. *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*. – *Ratio Juris* 16/2003, lk 131.

<sup>6</sup> Kohtuasi *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.*, 486 U.S. 888 (1988). Selles kohtuasjas ja mujal on kohtunik Scalia käsitanud subjektiivsust ja ühismõõdutust (*incommensurability*) samastena, kuid on oluline tunnistada, et subjektiivsus ja ühismõõdutatus on kaks ise asja. Mul võib olla väga raske hinnata, kas sa oled õnnelikum siis, kui sööd šokolaadijäätist, või siis, kui Manchester United võidab jalgpallimängu, kuid minu hinnangu subjektiivsusel ei ole ühismõõdutusega midagi pistmist. Ükskõik kui raske ka ei oleks hinnata seda, kumb olukord täidab suurema õnnetundega, on olukordade tekitatavat tunnet (ja seda, kuidas olukorrad seda tunnet tekitavad) võimalik mõõta suuresti samal psühholoogilisel skaalal. Kohtunik Scalia toodud näide on seevastu niisugune, kus kaalu ja pikkuse ühismõõdutud näitajad on üks asi, kuid kummagi näitaja eraldi määramise suhteline objektiivsus hoopis teine asi. Kolmekilose kivi kahemeetrise joonega võrdlemise keerukust ei tingi mingil moel kahe mõõdu subjektiivsus või ebatäpsus ning seega on nende võrdlemise probleem, millel väidetavalt puudub ühine mõõt, hoopis omaette probleem võrreldes sellega, mis tekib olukorras, kus püütakse võrrelda kahte subjektiivset, kuid ühismõõdulist (*commensurable*) kogemust või väärtust, nagu juhtub näiteks kahe inimese õnnetunde võrdlemisel. Vt selle kohta üldiselt R. Chang. *Incommensurability, Incomparability, and*

sel tegevusel puuduvad ratsionaalsed standardid.<sup>7</sup> Ka Bernard Schlink leiab, et kaalumismenetlus on olemuselt subjektiivne.<sup>8</sup>

Nende ja sarnaste vastuväidete peale on Alexy öelnud, et kaalumine, ennekoike juhul, kui see toimub tänapäevases põhiseaduslikkuse järelevalve menetluses nii tavapärase proportsionaalsuse kontrolli vormis,<sup>9</sup> on olemuselt ratsionaalne protsess, millele annavad ülesehituse ja mõtte mõneti aritmeetikareeglitega sarnanevad reeglid.<sup>10</sup> Olen veendunud, et selles on Alexyl üldjoontes õigus ning olen veendunud ka selles, et paljud Alexy kriitikud, ja just kaalumise kui niisuguse kriitikud, on segi ajanud ratsionaalsuse, objektiivsuse ja kindluse mõisted, mis on küll omavahel seotud, kuid üksteisest väga erinevad. Proportsionaalsuse kontrolli raames toimuv struktureeritud hindamine (*structured inquiry*) on midagi muud kui blankovolitus toimida õigesti (*do the right thing*),<sup>11</sup> võtta kõike arvesse (*take everything into account*) või teha parim otsus kõiki asjaolusid arvestades (*all things considered*) või mõistlikkusest lähtudes (*on the balance of reasons*). Kui

---

Practical Reason. Cambridge, Massachusetts 1997; F. Agostino. Incommensurability and Commensuration. Aldershot 2003.

<sup>7</sup> J. Habermas. Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy [1992]. W. Rehg (tlk.). Cambridge, Massachusetts 1996, lk 259. Vt ka J. Habermas. Reply to Symposium Participants. – A. Arato, M. Rosenfeld (toim.). Habermas on Law and Democracy. Berkley, California 1998, lk 381.

<sup>8</sup> B. Schlink. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. – P. Badura, H. Dreier (toim.). Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Tübingen 2001, lk 445 ja 460.

<sup>9</sup> Proportsionaalsust seostatakse tänapäeval kõige sagedamini – rääkides kõige väljapaistvamatest näidetest – Saksa põhiseaduse (vt D. P. Currie. The Constitution of the Federal Republic of Germany. Chicago 1994, lk 180–189, 307–310), Kanada õiguste ja vabaduste harta (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) artikli 1, Lõuna-Aafrika põhiseaduse artikli 36 ning Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni sätete (vt EIKo 08.07.2003, 36022/97, *Hatton jt vs. Ühendkuningriik*, punkti 97 (Y. Arai-Takahashi. The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR. Antwerp 2002; G. Letsas. A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights. Oxford 2007, lk 101–105) alusel toimuva põhiseaduslikkuse kontrolliga. Ent isegi kui levinud proportsionaalsuse põhimõtte ja selle kategoorilise hoiaku vahel, mida võib leida Ameerika konstitutsiooniõiguse teatud valdkondadest (vt F. Schauer. Expression and Its Consequences. – University of Toronto Law Journal 57/2007, lk 705), on mõned erinevused, väärib ühtlasi mainimist, et suures osas Ameerika konstitutsiooniõiguses kasutatakse otsuste tegemisel lähenemisviisi – Ameerika tavalises kõnepruugis kutsutakse seda kõige vähem piiravaks alternatiiviks (*least restrictive alternative*) –, mida on kõige paremini võimalik mõista proportsionaalsuse võtmes. Vt E. T. Sullivan, R. S. Frase. Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions. New York 2009, lk 51–90.

<sup>10</sup> R. Alexy. On Balancing (viide 5). Vt ka R. Alexy. A Theory of Constitutional Rights [1985]. J. Rivers (tlk.). Oxford 1985.

<sup>11</sup> Vt L. Alexander, F. Schauer. Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire. – William and Mary Law Review 48/2007, lk 1579.

hindamist struktureerida ning tuua sellesse, nii nagu kombeks, tähtsaid ja tulemust mõjutavaid põhjendamisnõudeid (*burdens of justification*), võib pidada seda, mida Alexy sageli (ja võib-olla eksitavalt<sup>12</sup>) kaalumiseks nimetab, sama ratsionaalseks kui paljusid muid otsustamisviise, mille puhul jääb vajaka matemaatilisest täpsusest ja verifitseeritavusest. Just asjaolu, et suudame teoorias ja praktikas mõista, mille poolest erinevad kriminaalasjade puhul kehtiv väljaspool-mõistlikku-kahtlust-nõue ja tsiviilasjades kehtiv nõue, et asjaolu peetakse tõendatuks, kui enamik tõendeid seda kinnitab,<sup>13</sup> või et saame aru, mille poolest erinevad piiratud apellatsioonimenetluses tehtav kontroll ja kohtulik kontroll, kus kõike võib hinnata *de novo*,<sup>14</sup> on tõendus selle kohta, et põhjendamisnõuete täpsustamine ja hindamisjärjekorra ettenägemine võivad olla olulised. Tüüpiline proportsionaalsuse hindamine on täpselt nõnda üles ehitatud ning põhjendamisnõuete ja eelduste struktuur on see, mille pärast on ekslik pidada proportsionaalsuse hindamist samaväärseks lahtise tulemusega (*open-ended*) otsustamisega, mil otsus tehakse mõistlikkusest lähtudes<sup>15</sup> ja kõiki asjaolusid arvestades. Isegi kui lähtume – vääralt – oletusest, et lahtise tulemusega otsustamine on irratsionaalne, tuleneb selle otsustamisvormi ja proportsionaalsuse hindamise erinevusest proportsionaalsuse hindamise jaoks teatav kitsendus, mida me ei näe olukordades, kus otsus langetatakse kõiki asjaolusid arvesse võttes või toimime-õigesti-põhimõttest lähtudes.<sup>16</sup>

Kuigi Alexy esitab veenva selgituse selle kaitseks, miks proportsionaalsusel põhinev otsustamine ei ole irratsionaalne,<sup>17</sup> ei ole tema jutt nii veenev siis, kui

<sup>12</sup> Vt allpool viide 17.

<sup>13</sup> Vt F. Schauer, R. Zeckhauser. On the Degree of Confidence for Adverse Decisions. – *Journal of Legal Studies* 25/1996, lk 27.

<sup>14</sup> Tutvumaks olulise teoreetilise ülevaatega, milles käsitletakse kohtuliku kontrolli piiranguid, vt P. Soper. *The Ethics of Deference: Learning from Law's Morals*. Cambridge 2002.

<sup>15</sup> Fraasi „mõistlikkusest lähtuv“ kasutab Joseph Raz peaaegu sama mõtte kohta, millele mina siin viitan. J. Raz. *The Morality of Freedom*. Oxford 1986, lk 41–42; J. Raz. *Practical Reason and Norms*. Princeton 1990, lk 77.

<sup>16</sup> Et tutvuda arutlusega sellest, mille poolest erineb õiguslikult struktureeritud otsustamine toimime-õigesti-põhimõttest lähtuvast otsustamisest, vt L. Alexander, F. Schauer (viide 11).

<sup>17</sup> On võimalik leida õigustus sellele, miks on ratsionaalne täiesti lahtise tulemusega (*open-ended*) kaalumismenetlus, milles otsustajad lihtsalt üritavad langetada parima kõiki asjaolusid arvestava otsuse. Kuigi sellise menetluse usaldusväärsus väga sõltuks otsustaja võimest anda hinnang erinevatele kaalumistulemustele ja ühismõõdututele väärtustele, ning kuigi asjaolu, et niisuguseid otsuseid ei usaldata, võib tingida selle, et neid tegelikult ei kasutata, tundub ebakorrektna nimetada reegliteta kaalumise (*rule-free weighing*) ja printsiipideta (*principle-free*) otsustamise protsessi irratsionaalseks. Ometi on oluline eristada eelkirjeldatud otsustamisprotsessi proportsionaalsuse struktureeritud hindamisest, mida Alexy võib-olla ekslikult

tuleb võrrelda seda mõõndavasti ratsionaalset protsessi teise, samamoodi ratsionaalse, rangetele reeglitele allutatud subsumeerimisprotsessiga. Eelduste juurest järelduseni jõudmist peab Alexy subsumeerimise puhul loogikal põhinevaks, kuid kaalumise puhul pigem aritmeetikal põhinevaks sammuks,<sup>18</sup> ent kaalumise ratsionaalsust õigustades jõuab ta peaaegu selleni, et peab nii subsumeerimist kui ka kaalumist ühtemoodi formaalselt ratsionaalseks ja mis veelgi tähtsam, ühtemoodi objektiivseks. Alexy ei väida loomulikult seda, et kumbki tegevus oleks täiesti objektiivne protsess, eriti raskete, tõenäoliselt apellatsioonikohtusse jõudvate juhtumite puhul. Kuid ta käsitab subsumeerimist ja proportsionaalsusest lähtuvat kaalumist niimoodi, et mõlemad on laias laastus võrdselt kitsendavad oma formaalse ratsionaalsuse tõttu. Selle konkreetse väite vastu soovin siin sõna võtta.

## Kaalumise olemusest

Kaalumise metafoori kasutatakse kõikjal,<sup>19</sup> ent ei ole sugugi selge, mida selle metafooriga öelda tahetakse. On võimalik, et termin „kaalumine“ – rakendatult õigusele – põhineb sellel, kuidas seda sõna kasutati Ameerika Ühendriikide 1950. aastate kõneabaduse teemalistes vaidlustes. Niinimetatud absolutismi toetajad, kelle hulka kuulusid Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu kohtunikud Hugo Black<sup>20</sup> ja William O. Douglas<sup>21</sup> ning poliitikafilosoof Alexander Meiklejohn<sup>22</sup>, väitsid, et kõneabadust tuleb kaitsta tingimusteta. Samas kaalumise eest-kõnelejad, nagu näiteks Ülemkohtu kohtunikud Felix Frankfurter<sup>23</sup> ja John

---

nimetab „kaalumiseks“, ja tunnistada, et proportsionaalsuse hindamise ratsionaalsust on mõnevõrra lihtsam õigustada kui esimesena nimetatud menetluse oma.

<sup>18</sup> R. Alexy. On Balancing (viide 5), lk 449.

<sup>19</sup> T. A. Aleinikoff. Constitutional Law in the Age of Balancing. – Yale Law Journal 96/1986–1987, lk 943.

<sup>20</sup> Kohtuasi *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961), lk 56 (Ülemkohtu kohtunik Black jäi eriarvamusele); H. Black. The Bill of Rights. – New York University Law Review 1960/35, lk 865.

<sup>21</sup> Kohtuasi *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), lk 714 (Ülemkohtu kohtunik Douglas jäi eriarvamusele); kohtuasi *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), lk 508–513 (Ülemkohtu kohtunik Douglas jäi eriarvamusele).

<sup>22</sup> A. Meiklejohn. The First Amendment is an Absolute. – The Supreme Court Review 1961, lk 245.

<sup>23</sup> Kohtuasi *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951) (Ülemkohtu kohtunik Frankfurter pooldas otsuse seisukohti).

Marshall Harlan<sup>24</sup> ning poliitikateadlane Wallace Mendelsohn<sup>25</sup>, olid veendumusel, et iga juhtumi puhul tuleb selles esinevad mitmesugused huvid üksteise vastu kaalukausile seada. Ent vaidluste edenedes ja keerukamaks muutudes sai selgeks, et palju sõltus üldistusastmest, millel võistlevaid huve tuli käsitada. Kaalumise sai kõnevabaduse pooldajate silmis külge mõnevõrra halva maine, sest see toimus sageli väga madalal üldistusastmel, nii et tekkis kartus ohtliku kohtuliku meelevaldõiguse ja selle ees, et võimude tasakaalustatust moonutab olukorraspetsiifilistest põhjustest tingitud näiline vajadus piirata konkreetseid väljendusakte. Ent kui kord mõisteti, et üldistatud huve saab kaaluda kõrgemal abstraherituse astmel,<sup>26</sup> sai selgeks, et kaalumises endas leidis väga vähe sellist, mis nõudnuks, et üks kaalukauss peab paratamatult teise üles kaaluma, ja mitte midagi sellist, mis loogiliselt või paratamatult soodustaks või pärsiks kõnevabadust või mistahes muid huve.

Peale küsimuse, millisel üldistusastmel tuleks võistlevaid huve kirjeldada ja käsitada, on küsimuseks ka see, milliseid võistlevate huvide tunnuseid tuleks arvesse võtta. Mida vähem on neid teo või sündmuse tunnuseid, mida peetakse õiguslikult tähenduslikuks, seda sirgjoonelisem on kaalumismenetlus. Tõepoolest, mida vähem tunnuseid arvesse võetakse, seda rohkem hakkab teo või sündmusega seotud kaalumise sarnanema reeglite või teokategooriate kaalumiselega. Seevastu mida rohkemaid konkreetsete tegude, sündmuste või olukordade tunnuseid käsitatakse otsuse osana, seda enam sarnaneb see otsustamine reegliteta otsustamisprotsessiga, mille käigus lihtsalt langetatakse parim kõiki asjaolusid arvesse võttev otsus. Enamgi veel – kuna juhtumi oluliste tunnuste väljavalimise jätab õigus harilikult peaaegu (kui isegi mitte täielikult) kitsendamata, suurendab võimalus valida nii võrdlemisele kuuluvate sündmuste, tegevuste või huvide olulisi tunnuseid kui ka üldistusastet, millel neid tunnuseid tuleb kirjeldada ja käsitada, nende muret, kes peavad sellist otsustamismenetlust suuresti irratsionaalseks.

Kui kriitikud nagu Habermas esitavad süüdistuse, et kaalumismenetlus on irratsionaalne, siis tundub, et nad tegelikult tahavad öelda „kitsendusteta“. Me ju tavaliselt ei pea teisi lahtise tulemusega otsustamisviise irratsionaalseks lihtsalt seepärast, et nende puhul on tõenäoline muutlikkus (*variability*), s.t erinevad tulemused. Näiteks võib puhtakujulise, ent keeruka teoutilitarismi järgimine

<sup>24</sup> Vt viide 20.

<sup>25</sup> W. Mendelsohn. The First Amendment and the Judicial Process: A Reply to Mr. Frantz. – Vanderbilt Law Review 17/1964, lk 11.

<sup>26</sup> Vt G. Gunther. In Search of Judicial Quality on a Changing Court: The Case of Justice Powell. – Stanford Law Review 24/1972, lk 1001.

esitada otsustajate mõtlemisvõimele liiga palju ja liiga keerulisi nõudmisi ning tähendada, et eri otsustajad võivad anda asjassepuutuvatele suhtelistele kasudele väga erisuguseid hinnanguid, kuid on raske väita, et teoutilistlik (või mõni muu) arvutus ise on irratsionaalne. Ja paljuski sama võib öelda erinevate nn pragmaatiliste, kontekstist lähtuvate või kõiki asjaolusid arvesse võtvate otsustamismetodoloogiate kohta, sealhulgas niisuguste kohta, mida üritatakse tuua õigusotsuste tegemisse.<sup>27</sup> Isegi kui niisuguste metodoloogiate täpne ja järjekindel rakendamine ületab lihtsurelike arutlusvõimet, ei ole need metodoloogiad seepärast veel irratsionaalsed. Ennekõike on nende metodoloogiate puhul probleemiks liigne ratsionaalsus, mitte see, et nad poleks piisavalt ratsionaalsed: metodoloogiate kasutamine esitab päriselu otsustajate ratsionalismile selliseid nõudmisi, millele ekslike inimolendite kognitiivsed ja muud otsustamisel kasutatavad võimed ei vasta. Ja samamoodi: kuigi toidu, veini, raamatute, teatrietenduste, kunsti või teadustööde arvustamine (või hindamine) on sageli märksa subjektiivsem kui arvustajad ise usuvad või tajuvad, ei peaks sellest tegema järeldust, et nõnda suurt osa inimtegevusest on kõige õigem pidada irratsionaalseks.

Alexy argument, et kaalumine ei ole irratsionaalne, on seega olulises mõttes õige. Otsustajatest tingitud erisuguste tulemuste võimalus – nähtus, mida sageli kutsutakse ebamäärasuseks või subjektiivsuseks – on tõepoolest õiguse jaoks probleem, ent irratsionaalsus on harva õiguslik probleem. Pakkudes välja nn kaalumise vormi tavapärase ülesehituse, on Alexy esitanud lisatõendid kaalumise ratsionaalsuse kohta. Pealegi näitab Alexy veenvalt, et proportsionaalsusargumenti ülesehitus teeb sellest vähemate muutujatega nähtuse, kui seda on lahtise tulemusega kaalumismenetlus, milles otsustaja ei ole mitte üksnes vaba otsustama, millised tegurid on asjakohased, vaid ka vaba otsustama, milline kaal igale tegurile tuleks anda. Isegi lahtise tulemusega kaalumismenetlus ei ole tingimata näide otsustamise irratsionaalsusest, kuid selle tavapärasest kohaldamisest arvestades on raske väita, et tõeliselt vabas vormis (*free-form*) kaalumise või tõeliselt lahtise tulemusega kõiki asjaolusid arvestava otsustamise puhul ei esineks arvestataval määral otsustajast tingitud muutlikkust.

Seega on mõistlik oletada, et proportsionaalsuse tüüpiline argumentatiivne struktuur, mille kohta Alexy annab ulatusliku selgituse, vähendab muutlikkuse määra. Tõepoolest on isegi veidi eksitav nimetada proportsionaalsusarutlust kaalumiseks, sest kaalumise keelekasutus annab mõista, et vastandlikke huve

<sup>27</sup> Vt nt R. A. Posner. *How Judges Think*. Cambridge, Massachusetts 2008; R. Warner. *Legal Pragmatism*. – D. Patterson (toim.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford 1996, lk 385.

tuleb võrrelda nende endi väärtuse alusel, arvestamata kaalumisreegleid,<sup>28</sup> eeldusi, tõendamiskoormisi või mitmesuguseid muid, tulemust ühes või teises suunas mõjutavaid vahendeid. Ent kas kasutame proportsionaalsuse puhul silti „kaalumine“ või mitte, vähendab proportsionaalsuse reeglina (*proportionality rule*) paika pandud struktuur tõenäoliselt muutlikkuse määra, niivõrd kui otsustajad võtavad seda tõsiselt.

## Subsumeerimine ja muutlikkuse probleem

Alexy arutlus on siamaani mõistlik,<sup>29</sup> kuid seejärel esitab ta palju vaieldavama väite. Ta väidab, et subsumeerimis- ja kaalumisargumentatsiooni vormilistes mõõtmetes on piisavalt sarnasusi, õigustamaks järeldust, et isegi kui subsumeerimis- ja kaalumisargumentatsioon ei ole samased, toetuvad need samale alusele. Alexy hoidub ettevaatlikult väitest, et mõlemad on igas mõttes samased, ja rõhutab samavõrra ettevaatlikult, et nende kahe vormi argumentatiivses sarnasuses ei leidu midagi, mis selgitaks, kuidas nende kahe argumendivormi eeldused võivad olla täitsa erinevad. Ometi on tema arutluse üldine toon selline, et need, kes on ülistanud subsumeerimist ja/või maha teinud kaalumist, ei ole mõistnud nende kahe kõige tähtsamat sarnasust – nimelt seda, et mõlemal on formaalne argumentatiivne struktuur, mis võimaldab kaalumisel subsumeerimise moodi pääseda irratsionaalsusesüüdistusest.

Alexy oleks kaalumise ja subsumeerimise eelduste erinevuse küsimust sulgudesse asetades sama hästi võinud asetada sulgudesse ilmselt ühe keskseima õiguslikku argumentatsiooni puudutava küsimuse ehk nagu eespool märkisime, küsimuse sellest, millisel määral kitsendavad õigusallikad jms (*materials of the law*) õiguse valdkonnas tegutsevate igasuguste inimlike annete, vigade, puuduste, nõrkuste ja eripärasustega otsustajate piiramata sisuga ja seega potentsiaalselt muutlikke otsuseid. Isegi kui tunnistame, et need hüpoteetiliselt piiramata sisuga otsused ei ole irratsionaalsed, võivad otsused ikkagi otsustajati väga erineda ja

<sup>28</sup> Vt C. Barzun. Rules of Weight. – Notre Dame Law Review 83/2008, lk 1957.

<sup>29</sup> Kui mitte arvestada vähem tähtsat väidet, et subsumeerimine ja kaalumine on „kaks põhilist õiguse rakendamise viisi“. R. Alexy. On Balancing (viide 5), lk 433. See väide tundub mulle eriti reduktsionistlik ja asjaolu, et õiguslikus arutluses esineb kõikjal näiteks analoogial põhinevaid arutluskäike, mitmesuguseid kooskõlapõhiseid tõlgendamisi (*coherence-type interpretation*) ja teatud mittesubsumeerimis põhiseid tuginemisi autoriteetsetele allikatele, osutab sellele, et me ei saavuta midagi, kui püüame taandada kogu õigusliku arutluse üksnes neile kahele vormile. Õiguslike argumendivormide liigse taandamise kriitika põhjalikum väljaarendamine peab siiski jääma mõneks teiseks korra.



sellisena olla vastuolus peamise põhjusega, mille pärast õiguse võimu (*rule of law*) nii tüüpiliselt peetakse inimese võimu (*rule of men*) vastandiks.

Oma arutluskäiku esitades väidab Alexy õigesti, et nii proportsionaalsus- kui ka kaalumisargumendid rajanevad eeldustel. Ta ütleb sedagi, et nende eelduste kindlakstegemiseks „võib esitada kõiksuguseid õiguslikus diskursuses lubatavaid väiteid“.<sup>30</sup> Nõnda võtab ta oma arutluse aluseks seisukoha, et kui oleme kindlaks teinud, missugused on õiguslikult lubatavad eeldused, sarnanevad kaalumise ja subsumeerimise argumentatiivsed vormid teineteisega rohkem, kui tavaliselt arvatakse, eriti kaalumise kõige suuremate vastaste leeris. Ent oma arutlust nõnda esitades Alexy vähemalt tunnistab ja võib-olla isegi õhutab tagant veendumust, et subsumeerimisargumendis õiguslikult lubatud eeldused sarnanevad nendega, mida lubatakse kaalumisargumendis. See on see sarnasusväide, kahe argumendivormi käsitlemine peaaegu samasena, mille puhul võib väga kergesti kahe silma vahele jääda õiguse enda keskne tunnus: selle läbiv, kui isegi mitte paratamatu tekstilisus ja läbiv formaalsus,<sup>31</sup> mis on õiguse tekstilisuse teenistuses.

Vaatame näiteks Lõuna-Aafrika Vabariigi 1996. aasta põhiseaduse artikli 35 lõike 1 punkti d, mis sätestab muu hulgas järgmist:

„igäühel, kes peetakse kinni väidetava õigusrikkumise tõttu, on õigus [...] kohtulikule ärakuulamisele niipea kui mõistlikult võimalik, kuid mitte hiljem kui (i) 48 tundi pärast kinnipidamist või (ii) kui 48 tundi saab täis kohtutööpäevavalisel ajal või päeval, mis ei ole tavapärase kohtutööpäev, siis järgneva esimese kohtutööpäeva lõpul.“

Ja siis võrrelda sätet sama põhiseaduse artikli 36 lõikega 1, mis sätestab:

„Põhiõiguste hartas sätestatud õigusi võib piirata ainult üldiselt kohalduvate seadusesätetega niivõrd, kui võrd piirang on mõistlik ning inimväärikusel, võrdsusel ja vabadusel põhinevas avatud demokraatlikus ühiskonnas õigustatud, võttes arvesse kõiki asjakohaseid tegureid, sealhulgas (a) põhiõiguse olemust, (b) piirangu eesmärgi olulisust, (c) piirangu iseloomu ja ulatust, (d) piirangu ja selle eesmärgi vahet ja (e) eesmärgi saavutamise kõige vähem koormavaid viise.“

<sup>30</sup> R. Alexy. On Balancing (viide 5), lk 435.

<sup>31</sup> F. Schauer. Thinking Like a Lawyer: a New Introduction to Legal Reasoning. Cambridge, Massachusetts 2009; F. Schauer. Formalism. – Yale Law Journal 97/1987, lk 509.

Selle põhiseaduslike sätete paari puhul on üks paljudest huvitavatest asjaoludest see, kuidas need sätted pakuvad korruga näiteid nii subsumeerimisest kui ka proportsionaalsusel põhinevast kaalumisest. Oletame, et mingis olukorras on küsimus selles, kas kinnipeetava õigusi oleks rikutud (ja sel juhul oleks tal õigus pääseda vabadusse, aga vabastamise põhjendus ei ole siin asjakohane), kui ta oleks kinni peetud esmapäeva pärastlõunal kell kaks ja talle oleks võimaldatud kohtulik ärakuulamine alles kolmapäeva õhtul kell viis. Nii et vastus tuleb anda küsimusele, kas artikli 35 vastu on eksitud, kui inimest on kinni peetud 51 tundi, ilma et talle oleks võimaldatud kohtulikku ärakuulamist. Sellest tulenevale küsimusele, kas 51 tundi tähendab „hiljem kui 48 tundi“, tuleb loomulikult vastata jaatavalt.

Võrdluse mõttes oletame, et valitsus ütleb äsja kirjeldatud juhtumi puhul, et kinnipeetud isik on väga ohtlik ja kinnipeetava ohtlikkus õigustas kinnipidamist üle 48 tunni ilma kohtuliku ärakuulamiseta. Nüüd oleks asjakohaseks sätteks artikkel 36 ja küsimusteks oleksid artikli 36 alusel tehtaval proportsionaalsuse struktureeritud hindamisel see, kas kinnipidamine oli mõistlik ja „inimväärikusel, võrdsusel ja vabadusel põhinevas avatud demokraatlikus ühiskonnas õigustatud“ ning kas piirang oli õigustatud, arvestades kohtuliku ärakuulamise õiguse tähtsust, ohtlikkuse väite tugevust, 51 tunni ligilähedust (või mitteliligilähedust) 48 tunnile, ulatust, milles täiendav kinnipidamine aitas vähendada mingit ohtu, ja seda, kuivõrd oleks ohtu, mida väidetavalt vähendati, saanud vähendada, ilma et inimest oleks põhiseaduses sätestatud maksimumajast kauem kohtuliku ärakuulamiseta kinni peetud. Alexy esitab seisukoha – ja mõistliku seisukoha –, et see hindamine erineb lahtise tulemusega ehk n-ö irratsionaalsest hindamisest ning seega ei ole proportsionaalsuse hindamine sama, kui küsida näiteks seda, kas kinnipidamine oli kõiki asjaolusid arvesse võttes mõistlik või õigustatud.

Isegi kui artikli 36 alusel tehtav hindamine on struktureeritud, on see tegevus hoopis midagi muud, kui anda vastus küsimusele, kas 51 tundi on kauem kui 48 tundi. Ja see ei ole pelgalt tingitud asjaolust, et „48 tundi“ on eriti täpne keeleline väljend. Ka juhul, kui artikliga 35 seotud küsimus oleks esitatud selle kohta, kas teatud tüüpi ajutine kinnipidamine on vahistamine, või selle kohta, kas tööpäev, mil kohus lõpetas pensionile jääva kohtuniku lahkumispeo tõttu tööpäeva varem, on tavapärane kohtutööpäev, oleks analüüsi puhul proovikiviks ikkagi rangelt ette kirjutatud ja autoriteetne sõna või väljend ning subsumeerimisargumendi eeldused kirjutaks ette ja eelduste valikut kitsendaks nende sõnade tähendus. Peale selle, ja see ongi ehk kõige tähtsam, võib olla ka nii, et hulk juhtumi seisukohalt häid väiteid on sobimatud täpselt ja ainuüksi seetõttu, et need ei mahu kanoonilise tekstikeele lubatud tõlgenduse piiridesse.

Teisisõnu: need head väited oleksid hoolimata oma headusest ikkagi selles kontekstis lubamatud õiguslike väidetena, sest neid ei saa mahutada asjakohase ja autoriteetse õigusteksti alla.

Võrreldes subsumeerimisargumendi eeldusi proportsionaalsusargumendi omadega, on meil veel paremini võimalik mõista nende kahe argumendi erinevust. Lõuna-Aafrika Vabariigi põhiseaduse näitega jätkates näeme, et proportsionaalsuse kui kaalumisargumendi eelduste hulka kuuluvad artikli 36 kohaselt „kõik asjakohased tegurid“. Teised proportsionaalsusargumendi vormid ei pruugi lubada piiramata (*open-ended*) hulka eeldusi nii ilmsel viisil, kuid proportsionaalsusargumentidele on iseloomulik see, et nad ei välista asjakohaseid tegureid. Proportsionaalsusargumente isegi kiidetakse just selle eest, et nad lubavad arvesse võtta kõike, mis on asjakohane. Kui kanadalased ülistavad proportsionaalsuse hindamist, mis on iseloomulik näiteks nende sõnavabadusõigusele, siis nad rõhutavad seda, kuidas kohtud ei pea välja jätma ühtegi suhtlusvormi ega keelduma ühegi usutava riikliku huvi arvestamisest, ning vastandavad niisugust hoiakut Ameerika Ühendriikides kasutatavale lähenemisele, mis neile tundub piirduvat subsumeerimisega ja osutub seega protsessiks, mis sageli välistab tõeliselt asjakohased kaalutlused.<sup>32</sup>

Need elulised vastandused teevad selgeks, kui palju on peidus Alexy kasutatud keelendis „kõik õiguslikus diskursuses lubatavad väited“. See on tõsi, et proportsionaalsusargumendile omane eelduste piiramata hulk on õiguslikus arutelus üldisemalt lubatu. Me ei näe seesugust eelduste, tegurite ja kaalutluste valikut mitte ainult proportsionaalsusargumentides, vaid ka *common law* õigusemõistmises<sup>33</sup> ja õiguslike määratluste puhul, mis antakse suuresti kitsendusteta tekstiliste volituste (*textual mandate*) alusel, nagu näiteks „lapse parimates huvides“, „kaubandust ja äritegevust piirav kokkulepe“, „kooskõlastatud käitumine või kokkumäng“, „õiglane kohtupidamine“, „õigus seaduse võrdsele kaitsele“,

<sup>32</sup> Vt nt W. Sumner. *The Hateful and the Obscene*. Toronto 2004; L. C. Weinrib. *Does Money Talk? Commercial Expression in the Canadian Constitutional Context*. – D. Schneiderman (toim.). *Freedom of Expression and the Charter*. Toronto 1991, lk 341. Proportsionaalsusest lähtuva ja reeglipõhise põhiseaduslikkuse kontrolli erinevusi puudutava hoopis teistsuguse lähenemise kohta vt F. Schauer. *Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*. – G. Nolte (toim.). *European and U. S. Constitutionalism*. Cambridge 2005, lk 47.

<sup>33</sup> Olen mujal väitnud, et *common law* ja tavaõiguse (*customary law*) puhul kerkivad esile muutlikkust puudutavad küsimused, mis olulisel moel erinevad ratsionaalsust puudutavatest küsimustest. F. Schauer. *Pitfalls in the Interpretation of Customary Law*. – A. Perreau Saussine, J. B. Murphy (toim.). *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*. Cambridge 2007, lk 13.

„julmad ja ebaharilikud karistused“, „ebamõistlik läbiotsimine ja vara arestimine“. Niisamuti kohtame peaaegu samasugust nähtust siis, kui kohtud otsustavad, mida nõuab mingil juhul „loomulik õigus“ või – pöördudes tagasi Lõuna-Aafrika näite juurde – mis on „inimväärikusel, võrdsusel ja vabadusel põhineva avatud ja demokraatliku ühiskonna“ karakteristikud. Kõigil neil juhtudel ja eriti siis, kui kohtud teevad proportsionaalsusest lähtuvaid otsuseid, on üldiselt õiguslikult lubatavate kaalutluste ja konkreetse juhtumi puhul teoreetiliselt lubatavate kaalutluste hulgas olemuslikult vastavuses.

Ent mitte siis, kui kohus peab otsustama, kas mõni eluline fakt vastab või ei vasta seadusetekstile või muule kanoonilisele õigusreeglile. Siis ei ole küsimuse all teguri asjakohasus, vaid hoopis see, kas tegur – isegi kuitahes asjakohane – sobitub konkreetse õigusreegli piiridesse või mitte. Ja kuigi on tõsi, et selle kindlaks tegemine, missugune käitumine on ebamõistlik või missugune otsus on „lapse parimais huvides“, on täiesti formaalses mõttes nende sõnade alla subsumeerimise menetlus, ja kuigi on tõsi ka see, et proportsionaalsuse struktureeritud hindamine erineb toimi-õigesti-volitusest, võivad need formaalsed sarnasused muuta sisulised, mitteformaalsed erinevused raskesti nähtavaks. Tüüpiline proportsionaalsuse hindamine, nagu osutab sõna „kaalumine“, on suuresti lahtise tulemusega ja suuresti mittekitsendav (*non-constraining*) isegi siis, kui see on struktureeritud, ja olgugi et see pole maksimaalselt mittekitsendav. Samas tüüpiline subsumeerimisprotsess on suuresti kitsendatud (*constrained*), suuresti teksti tõlgendav ja seda iseloomustab paljuski viis, kuidas mõõdukalt selge teksti – kui tekst on olemas – piirid välistavad paljud tegurid ja kaalutlused, mis muidu oleksid mitte ainult asjakohased, vaid oleksid ka tüüpiliselt asjakohased olukorras, kus ei kasutata mitte subsumeerimise, vaid kaalumise või proportsionaalsuse metodoloogiat.

## Subsumeerimine, kitsendus ja õiguse formaalsus

Eelnevas alapeatükis esitatut ei tuleks üldse käsitada nii, nagu see kahjustaks Alexy põhilist seisukohta, mille järgi ei ole proportsionaalsuse hindamine (kaalumine) sugugi irratsionaalne ning sel on kitsendav formaalne ja loogiline ülesehitus. Lõppude lõpuks on ratsionaalsus formaalne ja loogiline, otsustajatel lasuva kitsenduse määr on seevastu empiiriline asi. Selle puhul, mil määral teatud reegel või sättetekst päriselt kitsendab õigusotsuste tegemist, ahendades otsustajate valikuvõimalusi võrreldes sellega, millised need oleksid reegli või sättetekstita, on küsimus ühelt poolt ositi selles, missugusena oleksid õigusotsuste tegijad ise

käsitatud valikuvõimaluste hulka enne reegluga silmitsi sattumist, teisalt selles, missuguseid formaalseid ja keelelisi valikuvõimalusi õigusreegel lubab, ja kolmandaks selleski, mil määral peavad otsustajad ennast reegluga seotuks.<sup>34</sup> Ent kui otsustaja näeb, et reegel ei luba seda valikut, mille kasuks ta oleks otsustanud, ja kui otsustaja mõistab reegli siduvust nõnda, et muidu eelistatud valik on muutunud sobimatuks, võivad reeglid, mis harilikult toimivad suuresti subsumeerimise kaudu, tegelikult toimida otsustaja valiku suhtes arvestatava kitsendusena.

Tüüpilises kaalumiskäitumises puudub peaaegu täielikult äsja kirjeldatud frustratsioon ja kitsendus. Otsustaja, kellele on antud juhis kaaluda või hinnata proportsionaalsust, võib anda vale vastuse, kuid harva käsitab ta olukorda sellisena, et ta andis vale või mitte nii hea vastuse lihtsalt normi järgimisest tingituna. Kuna esineb väga väike tõenäosus, et kaalumise või proportsionaalsuse volituse korral ei ole eelistatud vastus asjakohase reegli alla subsumeeritav, leidub kaalumise- või proportsionaalsusotsuste kirjeldustes harva märke frustratsioonist. Kaalumise- või proportsionaalsusotsuse tegemise loogika on harva selline, et otsustamisel välistatakse – tähenduses, mille omistas sellele sõnale Joseph Raz – muidu vastuvõetavad või valitavad alternatiivid.

Kirjutatud teksti tähtsaks pidamine on siiski õiguse iseloomulik, kui isegi mitte määratlev tunnus. Erinevalt laias mõttes praktilisest arutlusest (*practical reasoning*) on õigus formaalne, pidades kirjapandud teksti või sätte olemasolu selleks põhjuseks – või koguni määravaks põhjuseks –, millest lähtudes teha otsus kirjutatud sõnade tähenduse tõttu. Ei pea nõustuma kõigegea või isegi enamikuga sellest, mis moodustab Ronald Dworkini ulatusliku, tõlgendamise olemust puudutava käsituse, nõustumaks temaga selles, et õigus on tõlgendav distsipliin niisugusel kombel, nagu moraalifilosoofia seda ei ole.<sup>35</sup> Isegi kui otsustaja arvates on õigus moraalses mõttes vale või muus mõttes ekslik, on oluline see, mida õigus ütleb. Kui asjalood oleksid teisiti, poleks õigus muud kui laiema praktilise mõistlikkuse (*practical reason*) eristamatu või asendatav osa.

Selles artiklis ei käida läbi vanu vaidlusi teemadel, miks õigus on formaalne või kuidas mõista õiguse formaalset iseloomu või õiguse kirjalikkust. Ent subsumeerimismeetod ja õiguse formaalsus on väga lähedalt seotud ning seega on väga lähedalt seotud subsumeerimine, õiguse formaalsus ja otsustaja kaalutusõiguse

<sup>34</sup> Vt F. Schauer. *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford 1991.

<sup>35</sup> R. Dworkin. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts 1986. [Eesti k: R. Dworkin. *Õiguse impeerium*. Tõlk. Piret Luiga. Tallinn 2015. – *Tlk.*]

kitsendused, millest viimaseid peetakse sageli õiguse võimu enda iseloomulikuks tunnuseks. Subsumeerimine toimib osalt seetõttu, et me suudame mõista sõnade tähendust ja seega mõista, et autoriteetsete sõnade tähendused sageli välistavad muidu soovitavad valikud. Just sel viisil on subsumeerimine paratamatult formaalne. Formaalsus ei ole sugugi õiguse või laiemas mõttes otsustamise ainus voorus ning vaevalt et õigus on irratsionaalne siis, kui kaugeneb otsustaja kaalutusõiguse vooruste ja õigesti toimimise väärtuse tunnistamise nimel talle iseloomulikust formaalsusest. Seda omaks võttes ning kaitstes veenvalt õigus- ja kohtuotsuste puhul mitteformaalse otsustamise ratsionaalsust, on Alexy käsitus täitnud väärtuslikku otstarvet, näidates selgesti, et õiguse mitteformaalne külg ei ole õiguse irratsionaalne külg. Kuid ka õiguse formaalne külg täidab oma otstarvet, seda otstarvet, mida õigus tavaliselt täidab kirjutatud reeglite ja subsumeerimisel põhineva arutlusprotsessiga. Seega püüdes kogu õiguslikku arutlust liiga rangelt formaliseerida, võime ehk isegi iroonilisel kombel kaotada mõned eristused, mis muudavadki õiguse formaalse külje kõige ligitõmbavamaks.