

Martensi klausli idee mõjust tänapäevasele riigi- ja karistusõigusele

RAIT MARUSTE

Kokkuvõte: Kirjutis käsitleb Martensi klausli mõju nüüdisaja konstitutsiooniõigusele, humanitaarõigusele ja karistusõigusele. See on pigem essee kui range õigusajaloo või rahvusvahelise õiguse uurimus.

Ideede ülekanne ei ole kunagi sirgjooneline ja üksühene. Seostele viitamine on olemuselt spekulatiivne ja abstraktne. Martensi klausli seos tänapäevase arusaamisega inimese ja võimu suhete, õiguse üldprintsiipide, inimõiguste, humanitaarõiguse ja karistusõiguse vahel on ilmne. 19. sajandi lõpuni käsitasid impeeriumid rahvusvahelist õigust valdavalt võimu ja sõja atribuudina. Peamine, mille poolest Martens oli tuntud nii omas ajas kui tänapäeval, on humanismi vajalikkuse nägemine ebahumaansetes olukordades. Pärast pikki ja tõsiseid vaidlusi ja kahte ilmasõda jõudis Martensi klausli ideestik Genfi konventsioonidesse, Nürnbergi õigusesse, ÜRO Rahvusvahelise Kohtu põhikirja ning isegi mõne suurriigi sõjaväe manuaalidesse. Kontseptsiooni kasutasid ka rahvusvahelised kohtud, sh Euroopa Inimõiguste Kohus ja Haagi Rahvusvaheline Kohus. See on olnud pikk ja vaevaline moraalse ja õigusliku küpsemise tee, milles Martens on mänginud silmapaistvat rolli ning teda võib pidada üheks tänapäevasele humanitaarõigusele alusepanijaks.

Märksõnad: Martensi klausli mõju, humanitaarõigus, inimõigused, sõjaõigus, rahvusvaheline kohtupraktika, Eesti riigiõigus

Friedrich Fromhold von Martens (1845 Pärnu – 1909 Valga)¹ jättis rahvusvahelisse õigusesse kustumatu jälje. Martensist kui rahvusvahelise õiguse tunnustatud spetsialistist on kirjutatud hulgaliselt paljudes keeltes ja väljaannetes. Tema elukäigu, tegevuse ja Eestiga seotuse kohta annab väga põhjaliku ülevaate näiteks professor Lauri Mälksoo artikkel.² Seal toodule on raske midagi lisada ja see pole ka siinse kirjutise taotlus.

¹ Omas ajas rohkem tuntud kui Vene keisririigi tippametnik Fjodor Fjodorovitš Martens.

² Vt L. Mälksoo. F. F. Martens and His Time: When Russia Was an Integral Part of the European Tradition of International Law. – The European Journal of International Law

Enamik võõrkeelsetest teaduskirjutistest keskendub Martensi tegevusele ja osatähtsusele rahvusvahelises õiguses 19. sajandi lõpus ja 20. sajandi alguses ehk n-ö Martensi ajale. Martensi algatuse (klausli) ideestiku, mis algsel kujul oli ajastule omaselt võimu- ja jõukeskne, siirded hakkasid elama oma elu ja ulatusid aja jooksul kaugemale rahvusvahelisest (sõja)õigusest. Klausli idee kandus pika ja valulise arengu käigus edasi õiguse üldpõhimõtetesse, humanitaarõigusesse ning inimõigustesse ja isegi riigiõigusesse. Neid arengusuundi võime täheldada nii rahvusvaheliselt kui ka Eestis.

Siinse essee³ taotlus ei ole ka lisada veel ühte tükikest niigi suuremahulisse rahvusvahelise õiguse teemaliste kirjutiste kogusse. Võõrkeeltes on sellesisulisi artikleid sadu, eesti keeles aga tunduvalt vähem ja piiratuma teemavalikuga. Eestikeelsete käsitluste ühekülgus on üks põhjus, miks see esseelaadne ülevaade on kirjutatud.

Sissejuhatajaks tuleb märkida, et hinnangud Martensi töödele ja ideedele on küllaltki polaarsed. On neid, kes peavad teda ajastuomaseks kõrgeks riigiametnikuks, kes oli rohkem riigiesindaja (poliitik) kui jurist.⁴ Kuid viimasel ajal on üha rohkem neid, nii autoreid kui ka institutsioone, kes hindavad kõrgelt Martensi panust rahvusvahelise sõja- ja humanitaarõiguse arengusse.⁵ Alljärgnevalt püütakse markeerivalt kirjeldada, kuidas Martensi pärandi ideestik on mõjutanud humanitaar-, inim- ja riigiõiguse üldist arengut maailmas ja tänapäeva Eestis ning kujundanud sellega seotud karistusõiguslikku poleemikat.

Et tegu on riigiõiguse aastaraamatuga, siis vajab teemavalik lühiselgitust. Üldises plaanis on riigiõigus normide kogum, mis lähtub põhiseadusest ning sätestab riigi ülesehituse ja toimimise printsiibid ning riigivõimu harude omavahe- lised suhted, toimimiskorra ja pädevuse. Põhiseadus fikseerib ka konkreetse riigi õiguskorra ja rahvusvahelise õiguse suhte, riikluse ja selle õiguskorra aluseks olevad õiguse üldpõhimõtted ning igaihe õigused ja vabadused ehk suhte inim- õigustega. Essees püütakse tõmmata ideeline ülekandeseos Martensi väljendatud

25/2014/3, lk 811–829. Vt samuti V. V. Pustogarov. *Our Martens: F. F. Martens, International Lawyer and Architect of Peace*. The Hague 2000.

³ Siinkirjutatu põhineb osaliselt aastaid tagasi Martensi Seltsis peetud avalikul loengul.

⁴ Vt A. Nussbaum. *Frédéric de Martens. Representative Tsarist Writer on International Law*. – *Nordisk Tidsskrift International Ret* (= *Acta Scandinavica Juris Gentium*) 22/1952, lk 51–66.

⁵ Selles kontekstis on üheks silmapaistvaks autoriks Theodor Meron. Vt T. Meron. *The Martens Clause, Principle of Humanity, and Dictates of Public Conscience*. – *American Journal of International Law* 94/2000/1, lk 78–89. Klausli ideestiku mõju ulatub ka ettepoole, veel sündivasse õigusesse. Vt P. Asaro. *Jus nascendi, robotic weapons and Martens Clause*. *Political Science* 2016; C. Herbert. *Autonomous weapons systems: the permissible use of lethal force, international humanitarian law and arms control*. *Political Science* 2017 jmt.

mõtete ja ideede, nende Euroopa õiguskultuuris ja praktikas aprobeerimise käigu ning tänapäeva (Eesti) riigi- ja karistusõiguse vahele.

Mõistagi ei ole mõju ülekanne lineaarne ja üksühene otsetee. Seostele viitamine on pigem spekulatiivne-abstraktne kui üheselt tõestatav põhjusliku seose juhtum, mida tõsimeelsel positivistliku suunitlusega juristil ehk isegi võõrastav vastu võtta. Kuid ei saa märkamata jääda Martensi klausli põhimõtete seos tänapäevase arusaamisega inimese ja võimu suhtest, inimõigustest ja humanitaarõigusest ning karistusõigusest. Eelosundatu on aga vaieldamatult tänapäeva riigiõiguse, sh Eesti riigiõiguse aineks.

Omaette uurimist väärrib, kuivõrd Martens oli mõjutatud 19. sajandi teisel poolel lääne poliitilises filosoofias üha laiemalt levinud tõekspidamisest, et riigivõimul on teatud piirid. Euroopas ringi liikuva ja keeleoskaja õpetlasena ta kindlasti oli. Kuid kui vaba oli ta seda kõrge riigiametnikuna väljendama, on omaette küsimus.

Taustast

Juba enne kristlust leidsid Vana-Kreeka filosoofid, et igapäevaelus rakendatav õigus peab olema õiglane, peegeldama ülimat, ideaalset õigust. Hilisema arengu käigus sai see mõttesuund tuntuks kui loomuõigus. Valgustatud õpetlased (kes Martens ilma kahtluseta oli) arvasid, et inimolendil on mõned loodusest antud ja sünnipärased tunnused, mis ei pärine võimult ega valitsejalt. Need on esmajoones õigus elule ja inimväärsele kohtlemisele, õigus usutunnistusele, õigus ausale õigusemõistmisele jmt. Eeldati, et valitsustel lasub kohustus kaitsta inimest ja tema õigusi.

Martensi-eelsel ja tema kaasajal oli arusaam poliitikast ning riigist ja õigusest üldiselt võimukeskne. Seda mõtte- ja käsituslaadi kajastasid näiteks sellised rahvusvahelise õiguse ja riigifilosoofia arengu verstapostid nagu Hugo Grotiuse teos „De jure belli ac pacis“ (1625) ning Vestfaali kongress ja lepingud (1648)⁶, millega seati paika riikidevaheliste suhete ning võimukäsituse raamid. Vestfaali lepingute järel hakkas senine sõjapidamise praktika muutuma – sõjavange hakati vahetama, sõdurite üldist õigusetust hakati piirama, eraomand ja kaubandus sai sõjategevuse eest teatud kaitse jne. Siiski, kuni 19. sajandi lõpuni pidasid impeeriumid rahvusvahelise õiguse teostamist võimalikuks peamiselt võimu ja sõja abil. Poliitilises plaanis ilmestasid seda perioodi ühelt poolt konservatiivsed

⁶ J. W. Foster. Evolution of International Law. – Yale Law Journal 18/1909/3, lk 149–164.

restauratsioonipüüdlused, mis põrkusid teisalt liberalismi ja natsionalismi suundumustega.

Martensi ajastule omaselt peeti tsiviliseeritud rahvaste hulka (*civilised nations*) või ka tsiviliseeritud maailma (*civilised world*) kuuluvaks neid Euroopa kristlikke riike ja rahvaid, kellel oli sarnane õigus- ja väärtussüsteem. Teised rahvad ja kultuurid, kellel neid (tsiviliseerituse) atribuute ei olnud, arvati tsiviliseerimata rahvaste (*uncivilised nations; rude nations*) kilda ja neid peeti barbariteks.

20. sajandi teisel poolel, ilmasõdades läbielatu mõjul levis riikides tendents võtta rahvusvaheline õigus oma konstitutsioonilisse süsteemi ja kuuluda rahvusvahelistesse organisatsioonidesse ning aktsepteerida nende organisatsioonide väärtused, õigus ja jurisprudents. Seda üldist arengusuunda on järginud ka tänapäeva Eesti riigiõiguslik areng.

Sõjanduses, rahvusvahelises õiguses ja poliitikas hakati arutlema selle üle, milline relvavõitlus on aus/õiglane (*fair*). Jõuti enam-vähem ühtsele arusaamisele, et võitlus (sõda) oleks õiglane (õigustatud), peab selleks olema sõjaline (häda-) vajadus, eristuv väärtus, õigustatus, proportsionaalsus ja humaansus ning tarbetuid kannatusi tuleks vältida. Vaidluste järel jõudis Martensi klauslis väljendatu Genfi konventsioonidesse, Nürnbergi õigusesse ja hiljem ka 1945. aastal loodud ÜRO Rahvusvahelise Kohtu statuuti ning isegi suurriikide sõjavägede manuaalidesse.⁷ Klausli ideestikku kasutasid ka rahvusvahelised kohtud, sh Euroopa Inimõiguste Kohus (EIK) ja Haagi Rahvusvaheline Kohus (ICJ). Edaspidi on klausel saanud kajastuse ja kasutuse isegi keskkonnakaitstes riikidevahelise sõja juhtumil, sh võimalikus tuumasõjakonfliktis.⁸ Dieter Fleck on rõhutanud, et klauslist on kujunenud ühendav lüli rahvusvahelise lepinguõiguse, tavaõiguse, õiguse üldprintsipiide ja hea tava vahel olukordades, kus puudub selge reegel või kui on tegu uue, veel reguleerimata olukorraga. Klausli põhimõtet saab rakendada ja kasutada nii sõjalises konfliktis kui ka konfliktijärgses olukorras (*jus in bello/ jus post bellum*).⁹

Tsiviliseeritud rahvaste tunnustatud õiguse üldpõhimõtetena, mille järgi vaidlusi lahendatakse, on nimetatud muu hulgas heausksust, *res judicata* põhimõtet ja *estoppel*'it ehk kord juba tuvastatud ja otsustatud asjaolude ja väidete uuesti esitamise keeldu. Õigusprintsipiide areng, sh inimväärikuse austamine ja kaitse,

⁷ Pikem ja täpsem ülevaade ülekannetest vt T. Meron (viide 5).

⁸ Vt D. Fleck. The Martens Clause and Environmental Protection in relation to Armed Conflicts. – Goettingeng Journal of International Law 10/2020/1, lk 243–266. Rahvusvaheline Looduskaitseliit (IUCN) lisas Martensi klausli oma 2000. aasta loodushoiu miinimumstandardite preambulis.

⁹ Samas.

surmanuhtluse, piinamise ning ebainimliku ja alandava kohtlemise keeld, õigus ausale õigusemõistmisele jt on nüüdseks jõudnud inimõiguste ja vabaduste rahvusvahelistesse lepingutesse ning osalisriikide põhiseadusesse ning juris-prudentsi. Kõik see pikk teekond on kristliku läänemaailma moraalse ja õigusliku küpsemise pikk ja vaevarikas rada.

Peamine, mille poolest Martens omas ajas ja tänapäeval teada ja tuntud, on humanismi esiletoomine ebahumaansetes olukordades. See põhimõte sidus tollase rahvusvahelise õiguse ja sõjaõiguse kui riigi ja võimu õiguse inimesega, inimsuse ja südametunnistusega. Martensi ettepandukt püüdis tollane rahvusvaheline õigus maailmale öelda, et ka sellises brutaalses tegevuses nagu sõda kehtivad teatud põhimõtted ja väärtused.

Sõnumi (klausli) tekst on kirjas Haagi 1907. a IV konventsioonis järgmises sõnastuses:

„Kõrged lepinguosalisel peavad sobivaks deklareerida, et kuni täielikuma sõjaseaduste kogu väljatöötamiseni jäävad [...] tsiviilisikud ja võitlejad rahvusvahelise õiguse printsiipide, nagu need tulenevad tsiviliseeritud rahvaste hulgas aktsepteeritud tavadest, inimsuse seadustest ja avalikust südametunnistustest, kaitse ja mõju alla.“

Klausli kokkuvõte:

- 1) On vaja täielikumal sõjaseaduste kogu, mille peaksid tulevikus välja töötama tsiviliseeritud rahvad.
- 2) Kuni selle saabumiseni on ja jäävad tsiviilisikud ja võitlejad, kes ka ju algselt tsiviilisikud, rahvusvahelise õiguse printsiipide, inimsuse seaduste ja avaliku südametunnistuse kaitse ja mõju alla.

Martensi pakutud ideestiku edasist arengut arvestades võib teda pidada üheks alusepanijaks nüüdisaja humanitaarõigusele.¹⁰ Tänu sellele on tal mõjukas koht ka inimsusevastaste kuritegude õpetuse ja inimõiguste kaitse kujunemiskäigus. On põhjust arvata, et Martensi ideestik ja tegevus oli üheks teguriks, mis viis aegade jooksul hulga rahvusvaheliste lepingute koostamise ja sõlmimiseni, samuti kohtupraktikani, mis on märkimisväärselt kujundanud riikide ja rahvusvaheliste organisatsioonide õigust ja praktikat. Humanitaarõigus, inimõigused ja vabadused

¹⁰ Seda Martensi rolli võib välja lugeda paljudest viimase aja kirjutistest ja valdkonnaga seotud uurimustest. Hea ülevaate saab eelviidatud Theodor Meroni (viide 5) tööst.

on saanud demokraatlike riikide alusväärtusteks, riikide koostöö ning õiguspraktika osaks ja uurimisaineks.

Õiguse taga inimese nägemise ja inimese kaitsevajaduse võimu kuritarvituse eest rõhutamise ja tsiviliseeritud kohtlemise esiletoomisega oli Martens üks teerajajaid tänasesse. Käidud on pikk tee, läbi elatud kaks ilmasõda, autokraatiad ja totalitarismid. Asjad, vähemalt teoorias, kuid osati ka praktikas, on paranenud. Ometi ei ole tegelikkus alati nii ilus, selge ja hea, nagu see rohkem kui sajandivanuste ideede ja õiguse järgi olla võiks. Miks ei ole?

Martensi klausli ideede järgimise raske tee

Paljud inimesed, eriti juristid ja tihti ka poliitikud, kipuvad mõtlema, et juhul, kui õnnestub mingi nähtus või sündmus ära tunda, seda adekvaatselt kirjeldada ja sõnastada ning reegli või normi vormi valada, siis on sellega muudetud tegelikkust. Siis on normist, väärtusest või printsiibist saanud juhised (tegelikkus) ja usutakse, et elu kulgebki nii, nagu norm või reegel ette näeb, nagu hea tava, inimlikkus ja terve mõistus ütleb. Kiputakse eeldama, et õiguseks vormitud printsiip, mis isegi menetluskorra ja sanktsiooniga tagatud, paneb elu kulgema selle järgi, mis õiguses kirjas. Selline eeldus on igati inimlik, ilus ja vajalik, sest ilma illusiooni, idee ja väärtuseta ei saa muuta ka maailma. Nagu ei saa ka õigusriiki üles ehitada uskumata õigusesse ja õiglusesse. Kuid samas on see lootus pelk ja vahel ka ekslik. Ekslik mitmel põhjusel, millest artikli teemaga seoses võib esile tuua kahte.

Esiteks. Inimloomus oma ürgses bioloogilises alges on tunduvalt robustsem, vägivaldsem, isegi kiskjalikum ja rigidsem kui inimese mõtlemine ja sotsiaalne käitumine. Inimese pikas biogeneesi ajaskaalas on sotsiaalse ja bioloogilise suhe üks üheksakümne ühele. Seetõttu inimese käitumist, eriti selle instinktiivset, ürgset-loomalikku osa muuta või suunata abstraktse printsiibi või väärtusega, ka siis, kui see on õiguseks vormitud, ei ole kerge. Teatud alg-, kriisi- või eksistentiaalse ohu situatsioonides ilmselt pea võimatu. Seda näitavad ilmekalt ka tänapäeva sõjad ja vägivaldpuhangud, mil võimust võtab 99-protsendiline osa inimesest. Ehk nagu Enn Soosaar kunagi kirjutas, ei ole „demokraatia arendanud uut inimtõugu, kes rõõmsal meelel austab ühiväärtusi ja peab kinni üllaist põhimõttest“.

Teiseks. Ideed, väärtused ja printsiibid on olemuselt abstraktsed, disharmonilised, mitte alati üksteisega kooskõlas, sageli isegi vastuolus. See võib ajada segadusse ja lõppeda kogupildist ühe osise väljanõppimise ja ületähtsusta-

misega, mis võib kogumis anda sootuks vildaka või lausa sootsiumit kahjustava arusaamise. Et seda vältida, peavad nii ühiskonnal kui ka hindajal olema ühelt poolt selge ilmavaateline ja väärtuseline püramiid ning teisalt baasteadmised valdkonnast ning suutlikkus vallata mõtlemise-hindamise metoodikat.

Printsiipide ja väärtuste abstraktne sisu, kattuvus ja kohatine vastuolulisus võimaldavad huvidele vastavat ning ka meelevaldset tõlgendamist ja kasutamist. Et olla konkreetne – me kõik teame nii *ius cogens*'i reeglit kui ka inimsusevastaste kuritegude universaalsuse ja aegumatuse põhimõtet, teame ka karistusõiguse retrospektiivse kohaldamise keeldu ja *nullum crimen sine lege* põhimõtet. Nende põhimõtete mõistmine ja õige rakendamine eeldab selget väärtuskaalat, head õigusfilosoofia, teooria ja normihierarhia tundmist. Kuid nõrga teoreetilise ettevalmistuse, piiratud ilmanägemise, moraalidefitsiidi ja emotsionaalse mõtlemise korral või populismist pimestatult võib jõuda JOKK-meetodini ja kergesti ohverdada kõrgemad väärtused väiksematele, väärtusjurisprudentsi õigusformalismile ja kitsale positivismile.

Enam kui sajandipikkustele rahvusvahelise õiguse humaniseerimise püüdlustele ja saavutatud edule vaatamata on edasimineku senini olnud habras ja haavatav. Me kogeme seda pea iga päev üle ilma lahvavate kriiside ja konfliktide näol. Seda nii ühelt poolt tumeda-ürgse destruktivse jõu ja võimu kontrollimatu vallandumise oludes kui ka teisalt nõrga, manipuleeritud, ebajärjekindla või isegi kuritarvitatud väärtuskäitumise ja doktriinikasutuse kaudu.

Eelloetletud üldist laadi vastuolud kumavad üsna selgelt vastu üksikjuhtumites, mida on käsitletud või käsitlevad paljud rahvusvahelised institutsioonid, sh rahvusvahelised kohtud nagu Rahvusvaheline Kriminaalkohus, Endise Jugoslaavia Rahvusvaheline Kriminaaltribunal (ICTY), Rwanda tribunal jne. Probleemiga oli ja on vastakuti teiste hulgas ka Euroopa Nõukogu ja EIK.¹¹ EIK on käsitletud arvukalt sedalaadi kaasusi,¹² mille üksiknäited on *Kononov vs. Läti, Banković jt vs. Belgia* ja 16 teist Euroopa Nõukogu liikmesriiki, Venemaa ja Gruusia konfliktiga seotud kaasused jne.

Nagu eespool viidatud ja ajalugugi näidanud, on arusaamine, nagu saaks õigusnormide, kirjutatud õiguse, lepingute või tavadega või isegi jurisprudentsiga olukorda parandada, sageli heauskne ja idealistlik. Sõda järgneb tavaliselt siis,

¹¹ Vt European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes against Humanity and War Crimes ETS No 082; ÜRO võttis aegumatuse konventsiooni vastu 26. novembril 1968, NSVL ratifitseeris selle 22. aprillil 1969 ning Eesti Vabariik ühines ÜRO konventsiooniga 21. oktoobril 1991. Vt ka Digests of the European Court for Human Rights jurisprudence on core international crimes. The Hague 2017.

¹² Vt arvutivõrgus: <https://www.hudoc.echr.coe.int>.

kui muud (tsiviliseeritud) vahendid (läbirääkimised, diplomaatia ja lepingud) ei ole andnud tulemust. Või need jäetakse kõrvale kui ebaefektiivsed ja kasutusele võetakse destruktsioon, vägivald. Seadused ja kohtud jäävad sõjas üldjuhul kõrvaltvaatajaks. Kuis asjad tegelikkuses käisid, näitasid esimene ja eriti teine ilmasõda, sõda Balkanil, Gruusias, Ukrainas. Põhimõtteist, isegi kui neist oldi teadlikud, sõideti üle. Mis aga ei tähenda kaugeltki, nagu olnuks Martensist lähtuv areng kasutu. See oli pika ja vaevalise teekonna esimene oluline samm. Mitte küll ehk Martensi otsemõjul, vaid pigem suunasid kogetud sõjakoledused ja metsikused tsiviliseeritud rahvaid astuma otsustavaid samme humanismi ja inimväärikuse toetuseks ja tagamiseks. Väärrib meeles pidamist, et igitaplevas Euroopas on rahuaeg kestnud juba kolmveerand sajandit. Ja peaosa selles on mänginud Euroopa moraalne ja õiguslik küpsemine ning tõhusa õiguse rakendusraamistiku loomine.

Maaailma ja Euroopa mõttelaadi ja suhtumise muutumises oli Martensi ideedel ja tegevusel kindlasti oma osa. 1996. aastal pidas Rahvusvaheline Kohus Martensi klauslit tõhusaks abivahendiks sõjatehnoloogia kiire arenguga kaasnevate probleemide käsitlemisel.¹³ Sündisid Nürnbergi lahendid ja printsiibid, loodi väärtusi ja printsiipe edendavate ja nende üle valvavate institutsioonide (ÜRO, Euroopa Nõukogu jt) võrgustik. Koostati ja kehtestati genotsiidivastane konventsioon ja konventsioon aegumistähtaja mittekohaldamisest sõjakuritegude ja inimsusevastaste kuritegude suhtes. Samasuunalised olid ka mitmed muud väljatöötatud ja kehtestatud humanitaarõiguslikud konventsioonid. Toimusid sõjakurjategijate protsessid ja jätkuprotsessid. Oluline osa uuest õigusest kodifitseeriti ka riikide siseõigusesse, sh põhiseadusesse. Võinuks arvata, et möödunud sajanditel toimunu on möödanik, järeldused tehtud, abinõud tarvitusele võetud, reeglid paigas ja järelevalvemehhanismid üles ehitatud, seega – brutaalsuse, vägivalda ja inimväärikuse jalge alla tallamise aeg on jäädavalt möödas. Kuid ei, Balkani sõjas varises see kõik jälle kokku.

Põhjusi, miks riigid või võimud nõnda toimivad, on palju ja mõnele sai osutatud juba eespool. Lisaks, võimu sisu pole midagi muud kui võimu omavate inimeste ideed ja tahe ning ühiskond, kes on valmis selle võimuga kaasa minema. Eriti juhul, kui riikluse ülesehitus pole tagatud asjakohaste ja tõhusate demokraatlike riigiõiguslike mehhanismidega nagu vabad valimised, võimude lahusus

¹³ Martensi klausli tähendust on pikemalt avanud ICJ nõuandvas arvamuses tuumarelvadega ähvardamise ja nende kasutamise õiguspärasuse kohta. Vt International Court of Justice: Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. No 96/23 July 8, 1996. Arvutivõrgus: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>. Teemat käsitleb põhjalikumalt T. Meron (viide 5).

ja tasakaal, sõltumatu võimu teostamise kohtulik kontroll ning kaitstud isikuvabadused.

Veel tuleb mainida ainult inimpopulatsioonile omase repressaali fenomeni üllatavalt tugevat resistentsust. Rahvusvahelises õiguses tähendab repressaali printsiip (pr *tu quoque* – 'sina (tegid) ka') teadupärast vastureaktsioonilist ja kättemaksulist käitumist, sarnaselt karistusõiguses tuntud taliooniprintsiibiga. Repressaali rakendatakse vastumeetmena teise riigi (või rahva) poolt väidetavalt varem toime pandud omavolile või ebasõbralikkusele või ebaseaduslikele tegudele, eesmärgiga lõpetada teise riigi poolt rahvusvahelise õiguse edasine rikkumine.¹⁴ Repressaali ideoloogilist mõtlemist, põhistusi ja õigustust kasutati juba ammustel aegadel, kuid paraku ka esimese ja teise ka ilmasõja ajal ja järel, samuti Balkanil ja lähiajas Kaukaasias ja Ukrainas.

Hegel on kirjutanud, et karistamine on vajalik selleks, et annulleerida kuri-tegu, mis vastasel korral osutuks õigeks, ning taastada õig(l)us. Viide Hegelile ei ole juhuslik. Kuigi sõjakuritegude ja humanitaarõiguse teema oli Haagi ja Genfi konventsioonidena laual juba 20. sajandi algusaastatel, tõusid inimsusevastased kuriteod ja nende menetlemine teravalt päevakorda siis, kui halvad teod juba tehtud ja kannatuste karikas üle voolama hakkas ehk pärast teist maailmasõda.

Üldisest humaansuse ja inimlikkuse põhimõttest nüüdisaegsete inimõigusteni

Pärast teist ilmasõda seisis lääne tsivilisatsioon akuutse vajaduse ees mitte lasta asetleidnud kurjusel, ebainimlikkusel ja õudustel legitimeeruda. Tuli tunnistada, et taoliste juhtumite vältimise ja neile reageerimise adekvaatne ja tõhus õigusraamistik oli puudulik. Oli tavaline, et asjakohane õigus, menetlus ja organid loodi *ex post factum* (mis juura dogmaatikas, eriti aga karistusõiguses, on iseenesest küsimusi ja vaidlusi tekitav).¹⁵

¹⁴ Repressaali piire on aja jooksul aina koomale tõmmatud. Et see võiks olla õigustatud ja vastutus välistatud, peab meede (vastuaktsioon) olema autoriseeritud kõrgeimal võimalikul tasemel, olema proportsionaalne repressaali ajendiks olnud õiguserikkumisega, repressaalist tuleb ette hoiatada ning aktsioonid peavad olema kooskõlas minimaalsete ja igas olukorras taganematute humaansusnõuetega.

¹⁵ Võimalik, et juhul kui võitjad oleksid kätte saanud natsiliidrid kohapeal hukanud või kohaldanud nn Võšinski kohtupidamist, oleks sõjast väsinud maailm selle kättemaksulise reageeringu kergendusohkega heaks kiitnud ja elu läinuks edasi. Aga see polnuks see, mida Martens silmas pidas ja tsiviliseeritus eeldanuks.

Õnneks valiti teine tee, mis juhatas maailmale kätte õigusväärtuselise suuna edaspidiseks. Oluline üldine, kui isegi mitte peamine, mida Nürnbergi protsess ja selle järelprotsessid on tänapäeva maailmale andnud, on ühiskondade tervenemise võimalus. Teadmine ja kindlustunne, et kuriteole järgneb karistus. Et repressaalprintsiiibil ja antihumanismil pole õigustust ning et inimsusevastaste tegude toimepanemist ei saa välja vabandada seaduse mittetundmise ega käsule allumisega. Martensi püüdlus toomaks humaansuse põhimõtted sõdu käsitlevasse rahvusvahelisse tava- ja lepinguõigusesse lähtus loomuõigusest pärineva õigluse ja humanismi põhimõttest. See areng ei ole olnud kiire ja sirgjooneline, kuid siiski järjepidev, kuigi paraku kohati kujuteldamatult kõrge hinnaga.

Haagi konventsiooni sõnastus „[...] tsiviliseeritud rahvaste hulgas aktsepteeritud tavadest, inimsuse seadustest ja avalikust südametunnistustest [...]“ viib meid tänapäevases mõistes inimväärikuse ülimuslikkuse ja austuse juurde. Inimväärikus kui Eesti põhiõiguskorra üks aluspõhimõte on kirjas põhiseaduse paragrahvis 10. Inimväärikust võib rikkuda mitmel moel ja viisil – inimese või inimrühmade eneseväärikust sihilikult haavates ja alandades (julm ja ebainimlik kohtlemine), inimest instrumentaliseerides (käsitlemine orjana, pidamine alandavates ja kehvades elamistingimustes, üldinimlikest esmavajadustest ilmajätmine jmt). Millised on inimese universaalsed võõrandamatud õigused ja vabadused ning karistatavad teod nende rikkumise eest, vajas veel kokkuleppimist ja sõnastamist ning kehtestamist siduvate rahvusvaheliste lepingutega ja nende järelevalveprotseduuridega.

Inimsusevastane kuritegu kui humanismivastane akt ja selle tagajärjed

Inimsusevastase kuriteo mõistet kasutati esimest korda 1915. aastal Prantsusmaa, Inglismaa ja Venemaa valitsuste ühisdeklaratsioonis, millega mõisteti hukka armeenlaste massimõrv Osmanite riigis. Teise maailmasõja ajal ja järel mõistsid liitlased, et suur osa natside toimepandud barbaarsusi ei olnud traditsioonilise rahvusvahelise õigusega kaetud. Üks raskus seisnes selles, et tolle aja (võib öelda ka Martensi-aegne) rahvusvaheline (sõja)õigus käsitles sõjalise konflikti vastaspoole esindajate kohtlemist. Kuid natsid panid ebainimlikkusi toime poliitilistel või rassilistel põhjustel ka oma riigi või allutatud riikide alamate ja nende rühmade, nagu juutide, mustlaste, kommunistide, homoseksuaalide jt suhtes. Samamoodi toimisid ka totalitaarse kommunismi aegsed võimud.

See tühimik tuli täita. Veel Teherani kokkusaamisel rääkis Stalin tõsimeeli, et 50–100 tuhat natsiliidrit tuleb lihtsalt maha lasta. Sarnast mõttearendust võis

leida ka brittide hulgas.¹⁶ 1945. aasta Londoni kokkuleppega otsustati siiski juriidilise (kohtuliku) menetluse kasuks. Rahvusvahelise sõjatribunali põhikirjas nähti ette tribunali kompetents karistada isikuid, kes olid süüdi muu hulgas kuritegudes inimsuse vastu tapmise, hävitamise (*extermination*) või deporteerimise teel, samuti inimeste jälitamises poliitilisel, rassilisel või usulisel põhjusel, sõltumata sellest, kas see oli kooskõlas riigisisese õigusega või mitte.¹⁷ Londoni konverentsi üks teravamaid vaidluskohti oli karistatavate kuritegude määramine. Nõukogude delegatsioon püüdis kuni viimase minutini läbi suruda määratlust, mille järgi osa kuritegusid oleks olnud inimsusevastased kuriteod üksnes siis, kui need on toime pannud natsid. USA delegatsiooni vastuseisu tõttu lükati see ettepanek tagasi ja jäädi laia määratluse juurde ehk vastutus ei sõltu teo toimepanija kuuluvusest teatud rahvuse või liikumise hulka.

Inimsusevastaste kuritegude sisu ja tõlgendus, nagu üldiselt enamik õigusmõisteid, on ajas muutunud. Londonis 8. augustil 1945 sõlmitud kokkulepe sisaldas selgelt kahte tüüpi kuritegusid. Ühed kuriteod ei olnud seotud diskrimineeriva elemendiga ning nendena olid loetletud kohtuväline tapmine ja hävitamine (ekstermineerimine), orjastamine ja deporteerimine ning muud tsiviilelanikkonna vastu toime pandud ebainimlikud aktid. Teise rühma moodustasid teod, kus oli vajalik diskrimineeriv ajend ja tahtlus, s.o inimeste jälitamine poliitilisel, rassilisel ja religioosel alusel. Hilisem rahvusvaheline tavaõigus on selgelt liikunud selles suunas, et inimsusevastaste kuritegude kvalifitseerimiseks ei ole diskrimineerimis-tahtlus obligatoorne tunnus.

Teine suurem erinevus algperioodi ja tänase päeva käsituste vahel on see, et esialgu peeti inimsusevastaseid kuritegusid seotuks sõjaolukorraga. Pärast aastakümneid kestnud debatte ja erisuunalist kohtupraktikat lõpetas Rooma statuudi vastuvõtmine 1998. aastal vaidluse ning seos sõjalise konfliktiga polnud enam obligatoorne. Professor M. Cherif Bassiouni¹⁸ on öelnud, et sõjakuritegudel ja inimsusevastastel kuritegudel on erinevusi ja on ka kokkupuutealasid. Bassiouni järgi ei kohaldu sõjaõigus ja sõjaliste konfliktide tavaõigus riigisisestele konfliktidele või türanniavalitsuste tegudele oma elanike vastu ning selliste situatsioonide kohta ei kehti ka asjakohased rahvusvahelised õigusaktid ja nende kohaldamis-

¹⁶ Vt lähemalt F. Hirsch. *The Soviet Judgement at Nuremberg*. New York 2020.

¹⁷ Võib märgata, et Martensi „inimsuse seadused” võisid olla olemuslikuks, ideeliseks lätteks neile otsustele. Nagu ka täna Euroopa Liidus otsustatud ja Eestis diskuteeritavale vaenukõne kriminaliseerimisele. See ei ole midagi muud, kui ühe inimsusevastaste tegudeni viiva käitumise preventiivne tõrjumine.

¹⁸ Vt M. C. Bassiouni. *Crimes Against Humanity in International Law*. Cambridge 1999, lk 204.

praktika. Seda vaadet ei ole aga toetanud näiteks EIK praktika, mille järgi inimsusevastaste kuritegude õigus ja jurisprudents kohaldub ka kuritegudele oma elanikkonna vastu, nii sõja- kui rahuolukorrale, võitlejatele ja mittevõitlejatele ning kõigile olukordadele, mis on kindlaks määratud sellekohastes õigusaktides ja tõlgendustes.¹⁹

Tänapäeva üldises rahvusvahelises õiguses on inimsusevastased kuriteod suhteliselt selgelt määratletud teatud ühiste joonte kaudu. Neile on iseloomulik, et nad:

- 1) on tõsised ja rasked ründed inimväärikuse vastu üldiselt või suunatud üksikute inimeste või inimrühmade rängale alandamisele ja nende inimväärikuse kahjustamisele;
- 2) ei ole eraldiseisvad või üksikud aktid, vaid on osa valitsuse (või tegelikku võimu omava režiimi) poliitikast või valitsuse poolt heaks kiidetud või lubatud laialt levinud ja süstemaatilise praktikast. Inimsusevastase kuriteo üksikakt peab olema olemuslikult seotud üldise vastavasisulise poliitika või praktikaga või sellest ajendatud;
- 3) on keelatud ja karistatavad olenemata sellest, kas need on toime pandud sõja- või rahuajal.
- 4) on kuriteod, mille ohvriteks on tsiviilised või isikud, kes on võitlusvõimetud (*hors de combat*), nagu haavatud, vangid ja allaandnud võitlejad.²⁰

Võib täheldada, et Martensi ja tema toetajate ideestik on ligi sajandivanuse arengu ühe tulemusena andnud inimsusevastaste kuritegude kontseptsiooni. Inimsusevastaste kuritegude mõistet on edaspidi täpsustatud eelviidatud rahvusvaheliste kohtute põhikirjade, kohtupraktika ja *opinio juris*'e arendamise käigus. On välja kujunenud enam-vähem üldtunnustatud loend tegudest, mis võivad olenevalt asjaoludest olla arvatud inimsusevastaste kuritegude hulka.

Inimsusevastaste kuritegude sisustamine ja tõlgendamine on peale (rahvusvahelise) kriminaalõiguse tihedalt seotud ka rahvusvahelise humanitaarõigusega ning inimõiguste õigusega. Viimase puhul omakorda igäühe õigusega elule ning õigusega mitte olla piinatud ning ebainimlikult või alandavalt koheldud või karistatud, samuti õigusega õiglasele õigusemõistmisele, kui nimetada üksnes kõige olulisemad.

¹⁹ Samas, lk 6.

²⁰ Vt A. Cassese. *International Criminal Law*. Oxford 2003, lk 64.

Eelkirjeldatud arengujooned on rahvusvaheliste lepingute, järelevalveorganite ja kohtupraktika kaudu kandunud ka riikide põhiseadustesse ning kodifitseerunud riigisisestesse karistus- ja menetlusõigustesse. Nii ka Eestis, kus kehtiv õiguskord on tänapäevane ja hilisloomeline, mistõttu eespool nimetatud põhimõtted on kirjas ka Eesti Vabariigi põhiseaduse paragrahvides 16 ja 18. Hilisloomelisuus ja poliitiline püüe eitada totalitarismi ning olla osaks Euroopa tsivilisatsioonist on andnud Eestile võimaluse üle võtta kõik selles valdkonnas oluline ning vajalike muutustega kaasa minna.

Inimsusevastaste kuritegudega seonduv retrospektiivsuse poleemika

Nagu iga õigusfenomeni areng sisaldab diskussioone ja vastuolusid, nii on see ka selle kuriteoliigiga. Õigemini, eriti selle liigiga, sest inimsusevastase kuriteoga on väga tihedalt seotud poliitilised huvid, tihti „õige“ ajalookirjutus ja sündmusosaliste moraalne ja õiguslik renomee ja vastutus.

Nullum crimen sine lege printsiip on tekkinud ja käibele tulnud teatavasti selleks, et kaitsta aadlit monarhi omavoli eest ning nii jõudis põhimõtte ka „Magna Carta“ teksti. Kriminaal- ja rahvusvahelise õiguse autoriteet Franz von Liszt arvas, et legitiimsusprintsiip on inimestele kaitsemüüriks riigi kõikvõimsuse vastu, kaitstes indiviidi enamuse brutalse jõu kui Leviathani eest.²¹ Küsimus inimsusevastaste kuritegude aegumatuses ning kriminaalseaduse võimalikust tagasiulatuvast kohaldamisest ja selle mõistmisest on õigusriikluses fundamentaalse tähendusega ning on otsapidi ulatunud ka praeguse aja kohtupraktikasse. Pole imestada, et need, kelle vastu on tõstetud inimsusevastase kuriteo süüdistus või algatatud kriminaalmenetlus ja keda on karistatud selliste kuritegude eest, on enda kaitseks või õigustuseks püüdnud ära kasutada tagasiulatuvuse keelamise argumenti. Seda nii oma riigis kui ka rahvusvahelisel tasandil, sh Euroopa Inimõiguste Kohtus.

11. detsembril 1946 kiitis ÜRO Peaassamblee ühel häälel heaks resolutsiooni, millega kinnitati Nürnbergi tribunali põhikiri. Laias plaanis tähendas see, et õiguslik alus (seadused) toimepanijate karistamiseks loodi pärast tegude toimepanemist ehk tagantjärele. Nii tribunal kui selle õiguspädevuse loojad olid mõistagi teadlikud *nullum crimen sine lege* põhimõttest. Tribunal seisis vastakuti ühe tolle aja õigus(seadus)riikluse alusdogmaga, mis keelas karistamise ilma teo

²¹ F. Liszt. Völkerrecht, 1913. Samuti F. von Liszt. The Rationale for the *Nullum Crimen* Principle. – Journal of the International Criminal Justice 5/2007/4, lk 1009–1010.

toimepanemise ajal kehtinud seaduseta.²² Tribunal võttis seisukoha, et maksim *nullum crimen sine lege* kui õigluse printsiip lubab karistamist ka juhul, kui selliste tegude karistamata jätmine on ilmselgelt ebaõiglane. Oma põhimõttelise suundumuse toeks andis Nürnbergi tribunal Martensi klauslile uue tõlgenduse, pidades seda põhimõtteks, mis muutis „[...] *laws of humanity and dictates of public conscience into legal yardstick*“.²³ Siinkohal on tähelepandav ka tolleaegse (sõjajärgse) Saksa Ülemkohtu seisukoht retroaktiivsuse küsimuses. Nimelt inimsusevastaste kuritegude puhul, kus on toime pandud tõsine ebaõiglus (*schweres Unrecht*), mõistab iga moraalne inimene, et selliste tegude eest karistamine on riigi õiguslik kohustus. Sellisest kohustusest hälbimise hilisem korrigeerimine retrospektiivse karistamisega on õigluse taastamine ning see ei riku õiguskindlust (*Rechtssicherheit*), vaid pigem taastab selle alused ja eeldused.²⁴

Tänu pikale arenguteele läbi erinevate õigussüsteemide on põhimõte praegusajal tunnustatud kui inimõiguste õiguse ja ausa õigusemõistmise oluline põhimõte, mis sisaldub ka Euroopa inimõiguste konventsioonis (EIÕK). See on ka Eesti põhiõiguskorra ning karistusõiguse printsiip (PS § 23; KarS § 2). EIÕK artikli 7 lõige 1 sätestab, et kedagi ei või tunnustada süüdi kuriteos – teos või tegevusetuses, mis selle toimepanemise ajal kehtinud riigisisese või rahvusvahelise õiguse järgi ei olnud kuritegu. Samuti ei või kohaldada raskemat karistust kui kuriteo toimepanemise ajal ettenähtu. Sama artikli lõige 2 aga ütleb, et „artikkel ei takista ühegi isiku mis tahes teo või tegevusetuse suhtes, mis selle toimepanemise ajal oli kuritegu tsiviliseeritud rahvaste²⁵ poolt tunnustatud õiguse üldpõhimõtete järgi, kohtumenetluse läbiviimist arutamist ja isiku karistamist“.

Nürnbergi tribunali legitimeerimise aegu polnud inimsusevastaste kuritegude aegumatus otsustajate päevakorras. Samas arutati teemat selleaegsetes doktriinides. Õigusteadlaste ja poliitikute elav arutelu lõppes sellega, et inimsusevastaste kuritegude aegumatus printsiip sai rahvusvahelise lepinguõigusliku regulatsiooni (alles) 1968. aasta ÜRO konventsioonis. 26. novembril 1968 võttis ÜRO Peaassamblee resolutsiooniga nr 2391 (XXIII) vastu konventsiooni

²² Põhimõte on kirjas Eesti kehtiva põhiseaduse § 23 lõikes 1. Samasuguse reegli nägi ette ka 1938. a põhiseadus, mille § 11 kohaselt „[k]edagi ei või karistada tema teo pärast, kui see tegu ei ole karistatavaks tunnustatud seaduses, mis jõustunud enne selle teo toimepanemist“. – R. Maruste (koost. ja komm.). Eesti omariikluse põhidokumendid. Tallinn 2020.

²³ Law Reports of Trials of War Criminals, 1949.

²⁴ Vt lähemalt D. O. Pendas. Retroactive Law and Proactive Justice: Debating Crimes against Humanity in Germany, 1945–1950. – Central European History 43/2010/3, lk 428–463.

²⁵ Tsiviliseeritud rahva mõiste ideestik kestab edasi, kuigi „tsiviliseeritud rahvaste“ kui õigusemõiste kasutamisest ollakse tänapäeval üldiselt ja põhjendatult loobunud.

aegumistähtaegade kohaldamatuse kohta sõjakuritegudele ja inimsusevastastele kuritegudele. Konventsioon jõustus 11. novembril 1970. Nõukogude Liit ratifitseeris selle 22. aprillil 1969. Eesti ühines konventsiooniga 21. oktoobril 1991. Ajas varasemad Nürnbergi otsused ja neist inspireeritud paljud kohtulahendid said laia avaliku toetuse ja tunnustuse ning legitimeerusid seeläbi rahvusvaheliseks tavaõiguseks.

Euroopa Inimõiguste Kohus on pidanud neid probleeme lahkama seoses teise maailmasõja ajal toimepandud tegudega (nt *Paponi* ja *Touvier'* kohtuasjad Prantsusmaa vastu või *Kononovi* kaebus Läti vastu). Kohtulikul hindamisel on olnud ka vahetult sõjajärgse perioodi teod (nt *Kolgi ja Kislõi* ning *Penarti* kaebused Eesti vastu) või 1956. aasta Ungari ülestõusuga seotud asi (nt *Korbely* kaebus Ungari vastu) ja lõpetades Ida-Saksa piiripõgenike tapmisega ja süüdlaste karistamisega ühinenud Saksamaal (*Streletz, Kessler ja Krenz* Saksamaa vastu). Loend ei ole ammendav, vaid üksnes näitlik.²⁶

Võib vaielda, kuivõrd üldtunnustatud olid Nürnbergi printsiibid ja nende rakendamise praktika, eriti nende omaksvõtt tugeva õiguspositivismi traditsiooniga riikides. Kuid on selge, et nad olid lääne tsivilisatsioonis läbi arutatud, teada ja tunnustatud ning ÜRO poolt heaks kiidetud. Seega tolles ajas maksimaalsel võimalikul määral ning valdkonna hilisem areng ainult kinnitas nende kehtivust ja õigsust.

Kokkuvõtvalt *nullum crimen sine lege* põhimõttest ja rangest legaalsusest (*strict legality*) tulenev rahvusvaheliselt tunnustatud kriminaalseaduse ettenähtavuse ja juurdepäätavuse nõue võib kaotada primaarsuse juhtudel, kus inimväärlikust toestavad rahvusvahelised väärtused ja normid satuvad tõsisesse ohtu või neid on sügavalt eiratud.

Õigus ja õiglus

Tänapäeval jätavad tagasiulatuvuse keelamise argumendi kasutajad või selle absolutiseerijad kas teadlikult või teadmatuses tähelepanuta, et argument on rakendatav demokraatliku, õigusriikliku (ehk tsiviliseeritud) riigikorralduse juures. Ning ta ei ole rakendatav olukorras, kus avalik võim ja selle loodud õigus on ilmselgelt ja jõhkralt väljunud üldtunnustatud inimlikkuse, õigluse ja moraalse vastutuse paradigmast ning toimib inimsusevastaselt („on muutunud Leviatha-

²⁶ Vt lähemalt M. Arpo. The Martens Clause and International Crimes in Estonia. – ENDC Proceedings 15/2012, lk 101–106.

niks“). Nagu juhtus teise ilmasõja ajal ja vahetult pärast sõda mitmel pool Euroopas ja Nõukogude Liidus või hiljem Balkanil. Professor Cassese arvates on eelviidatud *favor societatis*’e ekstreemavalduste näideteks nõukogude õigussüsteem aastatel 1918–1958 ja Natsi-Saksamaa õigussüsteem aastatel 1933–1945.²⁷

Nüüdse aja õigusriikluse paradigmas on toimunud märkimisväärne nihe, millel on vähemalt kaudne mõjuseos Martensi algatusega. Nimelt on võimu suveräänsuse paradigma asendunud juba Rooma õiguses tuntud maksiiimiga *hominum causa omne jus constitutum est* ehk kogu õigus on loodud inimese (ehk mitte võimu) heaks. See tähendab muu hulgas seda, et õigust ei või ära kasutada ebaõigluse ja kurja õigustamiseks ning vastutusest pääsemiseks.

On tõsi, et Nürnbergi tribunalis esitasid kitsa legaalsuse doktriini pooldajad teravalt *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* vastuväite. Tribunal lükkas selle vastuväite tagasi põhjendusega, et maksiiim *nullum crimen sine lege* ei ole esmajoonel mitte suveräänsuse piiramise, vaid üldine õiguse ja õigluse printsiip. Siinkohal sobib lisaks viidata Saksa Konstitutsioonikohtu põhjendusele 24. oktoobrist 1996 asjas *Streletz ja Kessler*, kus kinnitati põhiseaduses fikseeritud *nullum crimen* printsiibi üldist kehtivust kuritegude määratluse ja karistuste kohta, kuid tehti reservatsioon selles, et karistusotsustuste põhjenduste puhul parlamendi seadusloome prerogatiiv ei rakendu ning kriminaalõigusliku põhjenduse argumendid võivad olla tuletatud ka tavaõigusest.²⁸ Ehk siis kasutada ka Nürnbergi *case-law*’d ja Martensi klausli tõlgendusi.

Teine, kuid eelkäsitletud *ex post facto* argumendiga seotud vastuväide oli ja on, et inimsusevastasuste toimepanijad toimisid õiguspäraselt ehk teisisõnu omas riigis tol ajal kehtinud õiguskorra kohaselt. Ka see sügavalt formaalne ja legalistlik argument lükati sõjakuritegude menetlemise kontekstis kõrvale. Tolleaegset ühiskondlikku ja õiguspõhjust näitab 1946. aastal professor Radbruch’i sõnastatud ning hiljem Saksa õiguspraktikas aprobeeritud ning õiguskirjanduses hästi tuntud Radbruch’i reegel. Selle kohaselt tuleb positiivset, kirjutatud õigust, mis on talumatus vastuolus õiglusega, käsitada kui õiglusevastast ning seetõttu jätta kõrvale ja mitte kohaldada.²⁹ Oleks ka ebamõistlik eeldada, et totalitaarne inimvaenulik režiim kehtestab ennast ja enda käsilasi piirava või hukkamõistmist ja

²⁷ A. Cassese (viide 20), lk 140.

²⁸ Vt ülevaatlilikult: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22%3A%5B%22237201/97%22%5D%7D>.

²⁹ Saksa õigusprofessor ja poliitik Gustav Radbruch oli enne sõda väljakujunenud õiguspositivist. Ta arvas, et moraal ja õigus tuleb hoida selgelt lahus ning kohaldada kehtivat õigust. Kolmanda Reich’i toimepandud sõjakolektsioonid viisid tema vaadete ümberhindamisele ja omaksvõtule sõjajärgse Saksamaa õigusemõistmises. Radbruch’i reeglit on palju kordi rakendanud Saksa Föderaalne Konstitutsioonikohtu, viimati Ida-Saksa sõdurite-piirivalvurite kohtuasjas, kes

karistamist võimaldava õiguse ja seda ka tulemuslikult rakendaks. Üks välistab teise.

Inimsusevastaste tegude toimepanijad kaitsevad sageli end argumendiga, et nad ei teadnud oma tegude keelatusest või tagajärgede raskusest. Sel puhul tuleb osutada, et tapmine, vägistamine, piinav kohtlemine, nälga, külma, arstiabitusse saatmine, mis võib tähendada ka surma saatmist, on vastuvõetamatu ja karistatav igas moraalses tsiviilühiskonnas ning peab olema teada ja arusaadav igale normaalsele inimesele. Seetõttu ei ole sedalaadi argumendid tõsiselt võetavad.³⁰ Osa inimsusevastaseid tegusid, nagu tapmine ja piinamine, on *jus cogens*'i normide rikkumine ning need kuriteod on aegumatud ja karistatavad iseenesest, *ipso jure*.

Eestile siduvast EIÕK artikli 7 teise lõike sõnastusest tulenev eesmärk on kindlustada tegude, mis ei ole kriminaliseeritud rahvusvahelise lepingu või tavaõiguse alusel, kriminaalkorras karistatavus, lähtudes „tsiviliseeritud rahvaste poolt tunnustatud õiguse üldpõhimõtetest“. Viimased kujutavad endast subsidiaarset õiguse allikat, millele kohtud võivad toetuda juhtudel, kui rahvusvahelise õiguse esmaallikad (relevantsel ajal kehtinud lepingu- ja tavaõigus) ei anna vajalikku tulemust.³¹

Kolgi ja Kislõi kohtuasjas ning hilisemas *Penarti* asjas Eesti vastu tehtud vastuvõetamatuse otsuses toetus kohus EIÕK artikli 7 teisele lõikele, viidates Nürnbergi tribunalile ning kohtu enda varasemale praktikale kohtuasjades *Papon vs. Prantsusmaa* ja *Touvier vs. Prantsusmaa*. Kohus märkis, et „isegi kui kaebajate toimepandud teod võisid olla käsitatavad õiguspärastena nende toimepanemise ajal nõukogude õiguse järgi, leidsid Eesti kohtud, et need teod olid kuriteod inimsuse vastu tol ajal kehtinud rahvusvahelise õiguse järgi ning [Strasbourggi – R.M.] kohus ei näinud põhjust teistsuguseks järelduseks“. Kohus jätkas: „[S]elles kontekstis väärib märkimist, et Nõukogude Liit oli 8. augusti 1945 Londoni kokkuleppe, millega kiideti heaks Nürnbergi tribunali põhikiri, osalisriik. Veel enam, 11. detsembril 1946 kiitis ÜRO Peaassamblee heaks põhikirjas fikseeritud õigusprintsiibid. Et Nõukogude Liit oli ÜRO liikmesriik, ei saa ta väita, et need printsiibid olid nõukogude võimudele teadmata. Seega leiab kohus, et kaebajate väited, et nende toimepandud aktid ei olnud kuriteod inimsuse vastu nende

tulistasid üle piiri põgenevaid inimesi. Vt G. Radbruch. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. – *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1/1946/5, lk 105–108.

³⁰ Vt ka L. May. *Crimes Against Humanity. A Normative Account*. Cambridge 2005, lk 210.

³¹ Vt selle kohta lähemalt ICTY Trial Chamber Furundžija otsus 10.12.1998, §-d 177 jj; samuti G. Werle. *Principles of International Criminal Law*. The Hague 2005, lk 47–48.

toimepanemise ajal ning nad ei olnud neist teadlikud, on alusetud.³² Edasi märkis kohus veel, et inimsusevastaste kuritegude kohta ei kehti aegumistähtjad, need ei sõltu toimepanemise ajast. Eesti ühines nimetatud konventsiooniga 21. oktoobril 1991. Kohus ei näe põhjust seada kahtluse alla Eesti kohtute riigisisese õiguse kohaldamist kooskõlas rahvusvahelise õigusega. Kohus leiab, et kaebajate süüdimõistmiseks oli olemas kohane riigisisene õigus karistusseadustiku paragrahvi 61 lõike 1 näol. Järelikult ei leidnud kinnitust kaebustes tõstetud väited konventsiooni artikli 7 rikkumisest.

Euroopa Inimõiguste Kohtu otsuse põhjendus on suhteliselt lakooniline. Otsus kutsus esile üsna kiire ja paljus kriitilise vastuse rahvusvahelise kriminaalõiguse ühelt kaasaja juhtfiguurilt professor Antonio Casseselt (1937–2011), kes oli kohtu põhimõttelise otsusega nõus, kuid leidis, et selle põhjendused väärivad kriitikat.³³ Üks tema väiteid oli, et n-ö Nürnbergi ajal olid kuriteod inimsuse vastu seostatud sõjaolukorraga ning nende tegude mitteseotus sõjaga legitimeerus rahvusvahelises õiguses alles hiljem.

Selle väitega võib osaliselt nõustuda, kuid asi ei ole siiski üheselt selge. Näiteks Nürnbergi nn kontrollinõukogu 1945. aasta akt nr 10 sellist seost ette ei näinud. Teiseks võib väita ka, et deporteerimine Eestis aastatel 1941 ja 1949 oli vahetus seoses sõja ja sõjajärgse olukorraga ning sellest tingitud ning sellega ka võimude poolt avalikult põhjendatud. Cassese ise pakub üheks lahenduseks, et seos sõjaga tuleneb Nõukogude Liidu agressioonist Eesti vastu ja rahvusvaheliste lepingute rikkumisest 1940. aasta juunis, mil Nõukogude sõjavägi okupeeris Eesti, ning deporteerimisel oli sel juhul vahetu seos ja tingitus Nõukogude (sõjalise) agressiooniga. Sellise käsitusega võib igati nõus olla. Seda, miks EIK ei läinud Cassese pakutud tõlgendusradadele, selgitab tõik, et kohus püüab üldjuhul olla vaoshoitud poliitiliselt tundlike hinnangute andmisel.³⁴

³² Näeme, et EIK toetus Nürnbergi printsiipidele, mis omakorda toetusid ka Martensi klauslile. Seeläbi võib teha (kaudse) järelduse, et Martensi ideestik on mõjustanud ka Eesti õiguskorda.

³³ Vt A. Cassese. *Balancing the Prosecution of Crimes Against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law: The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR.* – *Journal of the International Criminal Justice* 4/2006/2, lk 410–418.

³⁴ Professor Cassese ei pooldanud ka argumenti, et tollaegsed Nõukogude Liidu juhid olid või vähemalt pidid olema teadlikud deporteerimise õigusvastasusest ja kuulumisest inimsusevastaste kuritegude kilda. Selle asemel leiab ta, et nad pidid teadma rahvusvahelise kriminaalõiguse ülimumlikkusest riigisisese õiguse ees ehk sellest, et inimsusevastased kuriteod olid karistatavad tulenevalt Nürnbergi tribunali õigusest ehk sellest, et Nürnbergi protsessi olemuse kohaselt „on indiviididel rahvusvahelised kohustused, mis on ülimald rahvuslike kohustuste ees, mille on indiviididele asetanud riik“. Ka selle argumendiga võib nõustuda, märkusega, et üks ei välista ega lükka ümber teist.

Suur samm Martensi põhimõtete elluviimise ning seni kehtinud õigusdogmaatiliste arusaamade ja riigisiseste õiguslike takistuste ületamise poole tehti asjakohase erikohtu ehk Rahvusvahelise Kriminaalkohtu loomisega. See alaliselt tegutsev kohus loodi mõistmaks õigust genotsiidi, inimsusevastaste kuritegude ja sõjakuritegude üle.³⁵ Kohtu loomise aluseks oleva Rooma statuudi järgi on igal riigil kohustus kasutada oma jurisdiktsiooni nende suhtes, kes on toime pannud inimsusevastaseid kuritegusid. Rahvusvahelises õiguses ei olnud seni selgeid väljakujunenud reegleid ega tavasid, kuidas ja mis alustel menetleda rahvusvahelisi kuritegusid, sh inimsusevastaseid kuritegusid. Üldjuhul on nende aluste valik ja põhjendused jäetud riikide otsustada, kuid aja jooksul on formeerumas üldised standardid.

Kui massilised tapmised, vägistamised või muud sarnased kuriteod leiavad aset maal, mis end lepinguga sidunud pole, siis saab ÜRO Julgeolekunõukogu suunata asja uurimise kriminaalkohtusse ja loob seeläbi kohtu jurisdiktsiooni lepinguga ühinemata riigis. Juhul kui riigid peavad inimsusevastaseid jt sedalaadi kuritegusid menetledes kinni ausa õigusemõistmise põhimõtetest (EIÕK art 6), on rahvusvahelisel jurisdiktsioonil vähe võimalust ja vajadust sekkuda. Selline lähenemine on kooskõlas ka ÜRO Julgeolekunõukogu 1993. a resolutsiooniga 827, mis seadis retributsiooniprintsiibi üheks ICTY aluseks ja eesmärgiks.³⁶ *Martići* kaasuse puhul märkis ICTY, et (Martensi klausel) moodustab aluse kogu rahvusvahelisele relvakonfliktides rakenduvale humanitaarõigusele.³⁷

Martensi ideede ülekanne Eesti riigiõigusesse

Rahvusvahelise õiguse üldtunnustatud põhimõtete normatiivne siduvus lähtub Rahvusvahelise Kohtu statuudi artiklist 38, mille kohaselt lahendab kohus vaidlusi kooskõlas rahvusvahelise õigusega, toetudes õiguse üldpõhimõtetele, mida on tunnustanud tsiviliseeritud rahvad. Mitmed õigusteadlased, sh Madis Ernits ja Lauri Mälksoo, on pidanud selle põhimõtte kaudseks loojaks Friedrich

³⁵ Rahvusvaheline Kriminaalkohus asutati Rooma statuudiga 17. juulil 1998 ja alustas tegevust 1. juulil 2002. – RT II, 2002, 2, 5.

³⁶ Retributsiooniprintsiip ja selle aprobeerimine. ÜRO Julgeolekunõukogu 1993. a resolutsioon 827, millega loodi Jugoslaavia sõjatribunal. Selle preambulis sedastati, et tribunal peab andma oma panuse kindlustamiseks, et lõpeks selliste (s.o tribunali pädevusse kuuluvate) rikkumiste toimepanemine ning tagama nende „efektiivse hävitamise“. Retributsioon seati seega tribunali ametlikuks eesmärgiks ning Kupreškići kaasuses anti sellele pikem selgitus ja põhjendus. Vt lähemalt M. Martić. „RSK“ (IT-95-11). Süüdimõistetud kannab karistust Eestis.

³⁷ *Prosecutor v Martić*. Review of the Indictment Pursuant to Rule 61. Mar. 13, 1996.

Fromhold Martensit.³⁸ Martens kandis oma tegevuse kaudu selle põhimõtte Vene impeeriumi õiguspoliitilisse diskursusesse. Et omaaegsed eesti juhtivad õigus-teadlased ja poliitikud said hariduse enamasti Peterburis, siis võib oletada, et õpingute kaudu kandus ideestik tolleaegse Eesti juristkonna paremiku õigus-haridusse ja mõtlemisse. Just see võib olla üheks seletuseks, miks Eesti esimeses põhiseaduses olid inimeste õigused oma aja kohta silmapaistvalt esindatud.³⁹ Mõistagi võttis aega ja vaja oli poliitilist ning (riigi)õiguslikku küpsemist, et arusaamine riikluse tsiviliseeritusest tähendab inimeste õigustest kinnipidamist ka kõige keerulisemates oludes. Sealhulgas tuli jõuda arusaamisele, et põhiseaduses deklareeritu peab juurduma riigi õiguspraktikasse ja omama tõhusat, võimule siduvat kohtulikku kaitset.

Vajaliku riigiõigusliku eelduse Martensist inspireeritud arengujoonte jõudmiseks Eesti nüüdisaja riigi- ja karistusõigusesse andis Eesti Vabariigi 1992. aasta põhiseadus. Põhiseaduse § 3 esimese lõike teine lause kõlab nii: „Rahvusvahelise õiguse üldtunnustatud põhimõtted ja normid on Eesti õigussüsteemi lahutamatu osa.“ See on üsna selgesuunaline Martensi põhimõtete aprobeerimine, mis andis viite, milline peaks olema Eesti suhe rahvusvahelisse õigusesse ning selle eelkäsitatud arengujoontesse. Põhiseaduse § 10 seab meie riikluse üheks alusväärtuseks inimväärikuse (mida ju pidas sisuliselt silmas ka Martens relva-konfliktis osalenute kohtlemises), § 13 annab igähele kaitse riigivõimu omavoli eest ja § 18 keelab piinamise, julma või väarikust alandava kohtlemise ja karistamise. Eesti on ühinenud kõigi oluliste humanitaarõigusega seotud rahvusvaheliste konventsioonidega.

Põhiseadus ei käsitle otsesõnu Nürnbergi lähtekohti ja Radbruchi reeglit. Kuigi ehk võinuks, eriti kui arvestada seda, mis juhtus Eesti ja eestlastega aastatel 1940 kuni 1953. Siiski, osutatud põhimõtte üldine siduvus ja põhimõtteline kohaldatavus tuleneb eelviidatud põhiseaduse § 3 lõikest 1. Lisaks näitas Martensist lähtuv areng, et rahvusvaheline, riigi- ja karistusõigus on tihedalt seotud ning teatud juhtudel (näiteks sõjakuriteod ja inimsusevastased kuriteod) võib rahvusvaheline õigus olla ülimuslik riigi põhikorra suhtes⁴⁰.

Esimese kohtuliku refereeringu õiguse üldpõhimõtete seisundile Eesti õigus-korras andis taastasutatud Riigikohus 1994. aasta 30. septembri otsuses, kus märgiti muu hulgas, et „[d]emokraatlikes riikides juhitudakse õigusloomes ja

³⁸ Vt M. Ernits. Põhiõigused, demokraatia, õigusriik. Tartu 2011, lk 10.

³⁹ Vt Eesti omariikluse põhidokumendid (viide 22).

⁴⁰ Otsus aprobeeris varasemad kohtu seisukohad – vt *Prosecutor v Milan Martić*. Judgement 8. Oct. 2008, sections 316–320.

õiguse rakendamisel, sealhulgas õigusemõistmisel, seadustest ja ajalooliselt kujunenud õiguse üldpõhimõtetest“. Edasi märkis Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kohtukolleegium oma 1994. aasta 21. detsembri otsuses (kohtuasi nr III-4/A-10/94), et „[r]ahvusvahelise õiguse ülimuslikkusest lähtuvalt on riigid kohustatud järgima rahvusvahelise õiguse norme, sealhulgas rahvusvahelise tavaõiguse norme“. Viidatud Riigikohtu põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve riigiõiguslik *obiter dictum*’i korras antud hinnang kehtib sisuliselt ka Martensi klausli kui valdkonda siduva moraalse ja õigusliku paradigma kohta. Praktilises jurisprudentsis kajastus see ehk esimest korda menetluses *Kolk ja Kislõi Eesti vastu*.⁴¹ Positiivõigusliku värava avas tol ajal kehtinud kriminaalkoodeksi § 6 lõige 4, mis sätestas, et „[i]nimsuse vastane kuritegu või sõjakuritegu on karistatav, sõltumata kuriteo toimepanemise ajast“.

Oleks selgelt liiga kaugeleulatuv väita, et rohkem kui sajandipikkune areng humanismi ja inimlikkuse suunas, vägivaldla ärahoidmiseks ja inimväarikuse kaitseks õiguse ja õigusemõistmise kaudu sai teoks tänu Martensile. Seda mitte. Areng on olnud selleks liialt keerukas, pikaajaline, vaevaline ning osaliste ja huvide vastandlikkuse rohke, kus otsest põhjuslikku seost on võimatu esile tuua. Kuid samas ei saa kuidagi eitada, et Martensile kuulub silmapaistev koht ajaloos, sest tänu temale hakkas areng selles suunas liikuma ja areneb edasi.⁴² Samavõrd on see liikumine mõjutanud Eesti praegusaja riikluse põhikorra aluspõhimõtteid, karistuspoliitikat ja kohtupraktikat.

⁴¹ EIKo 17.01.2006, 23052/04 ja 24018/04, *Kolk ja Kislõi vs. Eesti*.

⁴² Siinkirjutaja nõustub täiesti Theodor Meroniga selles, et Martensi klausel võib rõhutada ilmset, kuid ta teenib humanitaarset eesmärki ja ei ole seetõttu kasutu (*redundant*). Vt T. Meron (viide 5), lk 88.