

# Proportsionaalsuse põhimõte Saksa Liidukonstitutsioonikohtu praktikas<sup>1</sup>

GERTRUDE LÜBBE-WOLFF

Tõlkinud Piret Luiga, Madis Ernits

**Kokkuvõte.** Saksa Liidukonstitutsioonikohus juurutas proportsionaalsuse põhimõtte oma praktikasse peatselt pärast institutsiooni asutamist eelmise sajandi 50ndatel. Selle peamine kasutusala on vabadusõiguste ja omandipõhiõiguse riivete põhiseaduspärasuse kontroll, kuid seda rakendatakse ka muudes põhiseaduslikkuse järelevalve valdkondades. Riive eesmärk peab olema legitiimne. Proportsionaalsuse põhimõtte elemendid on sobivus, vajalikkus ja mõõdukus. Tööriist on esmajärjekorras mõeldud selleks, et mõistuspärasada riigi sekkumisi ja põhiseaduslikkuse järelevalvet nende sekkumiste üle, aidata ohjes hoida intuiitiivseid hinnanguid ning muuta väärtusotsustused nähtavaks. Kõrvalekaldeid proportsionaalsuse põhimõtte rakendamisel esineb liidukonstitutsioonikohtu praktikas haruharva. Selle rakendamisel on oluline arvestada ka seadusandja mänguruumiga.

**Märksõnad:** proportsionaalsuse põhimõte, põhiseaduslikkuse järelevalve, vabaduspõhiõigused, võrdsuspõhiõigus, õigus kohtulikule kaitsele, Saksa Liidukonstitutsioonikohus, Euroopa Liidu Kohus

Proportsionaalsuse põhimõte ei olnud enneolematu uuendus, kui Saksa Liidukonstitutsioonikohus (*Bundesverfassungsgericht*) seda esimest korda kuulutas. Halduskohtud olid 19. sajandil välja arendanud vajalikkuse standardi, piirates politseivõimu (täiendsõna „politsei“ tuleb mõista ajalooliselt väga laias tähenduses, nii et see hõlmab kõiki haldusvõimu kandjaid) nõudega, et üksikisiku vabaduse või omandi riive ei tohi olla ulatuslikum, kui on kavandatud eesmärgi seisukohalt vajalik. Haldusõiguskirjanduses hakati standardit hiljem nimetama proportsionaalsuse põhimõtteks.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artikkel ilmus esialgselt väljaandes Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2014.

<sup>2</sup> S. Naas. Die Entstehung des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931. Tübingen 2003, lk 145–146.

Liidukonstitutsioonikohtu praktikasse ilmus sõna „proportsionaalsus“ konstitutsiooniõiguslikku nõuet tähistava terminina esimest korda 1954. a juuni kohtuotsuses, mis käsitles ühe liidumaa valimisseaduse põhiseaduspärasust. Otsuses oli kirjas, et valimistel saavad kandideerida isikud, kes on kogunud teatud arvu allkirju, kuid nõuet ei pea täitma need parteid, kelle liikmetest vähemalt kolm olid eelneval ametiajal liidumaa parlamendis. Erandile mittevastava partei kaebust lahendades täheldas kohus, et valimisseaduse sätted on sobivad, kui arvestada legitiimset eesmärki pärssida poliitilise killustumise ohtu, mis seostub just muutuva liikmeskonnaga, ebastabiilsete ja hooti tegutsevate parteidega, ning et sätteid kehtestades jäi seadusandja proportsionaalsuse põhimõttega seatud raamidesse. Kohus ütles, et kui puuduvad konkreetsemad põhiseaduslikud piirangud, võib seadusandja proportsionaalsuse põhimõtte piires vabalt tegutseda.<sup>3</sup> Ja see oligi kõik. Ei mingisugust seletust, mida proportsionaalsuse põhimõte tähendab, ega – mis on veelgi tähtsam – mingisugust seletust, miks on proportsionaalsuse põhimõte siduv põhiseaduslik põhimõte.<sup>4</sup> See on hea näide kohtu oskusest tuua mängu võimalikult tagasihoidlikul kombel uus kohtuvõimu töövahend.

## I. Kohaldamisala

### 1. Vabadusõigused ja omandipõhiõigus

Proportsionaalsuse põhimõtet sellisena, milliseks see on hiljem paljudes Saksa Liidukonstitutsioonikohtu otsustes arendatud, tuleb alati järgida riigivõimu

<sup>3</sup> Saksa Liidukonstitutsioonikohus (BVerfG) 03.06.1954, 1 BvR 183/54 (E 3, 383, 399). Liidukonstitutsioonikohus oli varasemates kohtuotsustes kohaldanud ilma sõna „proportsionaalsus“ kasutamata elemente, millest hiljem arendati välja täiemahuline proportsionaalsuse test. Näiteks leidis liidukonstitutsioonikohtus heakskiidu kriminaalkohtu otsus paigutada süüdlane vaimse tervise hindamiseks psühhiaatriasutusse kaalutlusel, et süüdlane oli ise nurjanud mitu katset, millega prooviti kontrollida tema vaimset tervist vähem sekkuval moel, s.t ilma sundpaigutamisetä, vt BVerfG 10.02.1953, 1 BvR 787/52 (E 2, 121, 123).

<sup>4</sup> Dieter Grimm märkis, et „põhimõtet esitleti nii, nagu põhimõte oleks iseenesestmõistetav“ (D. Grimm. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. – University of Toronto Law Journal 57/2007/2, lk 385). Selle kohta, kuidas hiljem liiguti selgituse poole, et tegemist on põhiseadusliku põhimõttega, vt BVerfG 25.07.1963, 1 BvR 542/62 (E 17, 108, 177) ja BVerfG 15.12.1965, 1 BvR 513/65 (E 19, 342, 348).

tegevuse (*state act*) puhul, kui tegevus põhjustab olukorra, mida nimetame vabadus- või omandipõhiõiguse riiveks (*Eingriff*).<sup>5</sup>

Saksakeelse termini *Eingriff* ingliskeelse vastena kasutatakse sageli sõna *encroachment* ('sissetungimine, vahelesegamine'). Inglise tõlkevaste *encroachment* on õige ainult juhul, kui seda kasutatakse pelgalt tehnilise terminina, mille tähenduses ei sisaldu mingisugust eelotsustust selle kohta, kas kõnealune riigivõimu tegevus on seaduslik või mitte. Kui aga *encroachment*'i asemel kasutatakse sõnu *restriction, interference, intervention* ('kitsendus, riive, sekkumine'), peab ka neid käsitama neutraalse alatooniga sõnadena. Ülekantud tähenduses öeldes: iga tegevus, millega avaliku võimu kandja – olgu tegemist kas seadusandliku, täidesaatva või kohtuvõimuga – puutub fundamentaalse vabadusõiguse või omandipõhiõiguse kaitsealasse, on *Eingriff*. Kaitsealasse jõudmine ei ole iseenesest seadusevastane, veel vähem põhiseadusevastane, samuti ei kehti sellekohane eeldus. Saksa konstitutsiooniõigus lihtsalt määrab kindlaks nõuded, millele *Eingriff*'i õigustus peab vastama: riigivõimu tegevus peab põhinema seadusel (kui seadus ise ei ole hinnatav riigivõimu tegevus), olema proportsionaalne ja asjakohastel juhtudel täitma protseduurilised või sisulised lisanõuded, mille Saksa põhiseadus sätestab mõnede tagatud põhiõiguste kaitseks.

<sup>5</sup> Vabaduspõhiõigustega seoses väljendas Saksa Liidukonstitutsioonikohus proportsionaalsuse põhimõtet esimest korda 10. juuni 1963. a otsuses BVerfG 10.06.1963, 1 BvR 790/58 (E 16, 194, 201 ja 202). Ka selles kohtuasjas (vrd viide 3) oli küsimuse all kohtumäärus, mis oli süüteo toime pannud inimese vaimse seisundi väljaselgitamiseks. Sel korral oli kriminaalkohus arstide nõuannet järgides määranud kelmuses süüdistatud inimesele tserebrospinaalvedeliku proovi, et teha kindlaks, kas inimesel on süüdimatust põhjustav kesknärvisüsteemihaigus. Saksa Liidukonstitutsioonikohus leidis, et seadusesäte – kriminaalmenetluse seadustiku § 81a –, mille alusel kohtumäärus oli antud ja mis võimaldas võtta vereproove ja teha teisi tervisele ohutuid arstlikke uuringuid inimese nõusolekuta, kui neid oli vaja kohtuasjas tähtsust omavate asjaolude kindlakstegemiseks, on põhiseaduspärane, kuid sätte kohaldamine kõnealusel juhtumil seda ei ole, sest tserebrospinaalvedeliku proov on liiga tõsine meditsiiniline sekkumine, et olla õigustatud selle juhtumi puhul, kus keegi ei kandnud süüteo tõttu tõelist kahju.

Omandipõhiõiguse kitsenduste kohta vt BVerfG 10.07.1958, 1 BvF 1/58 (E 8, 71, 80), kus käsitleti omandi avalik-õiguslikke kitsendusi. Kohtuotsusega tühistati veiniviinamarjakasvatust puudutav regulatsioon selle ebaselguse tõttu (õigusaktis puudusid arusaadavad loa andmise tingimused). Väide, et omandi avalik-õiguslikele kitsendustele kohaldub proportsionaalsuse põhimõte, esitati kõrvalmärkuse korras välja käidud seisukoha kinnituseks, et veiniviinamarjakasvatuse reguleerimiseks on põhimõtteliselt lubatud kehtestada õigusakte. Omandipõhiõiguse kitsendustest üldise ülevaate saamiseks vt BVerfG 19.06.1969, 1 BvR 353/67 (E 26, 215, 222); vrd ka BVerfG 15.01.1969, 1 BvL 3/66 (E 25, 112, 117 ja 118), kus omandipõhiõigust puudutava regulatsiooni jaoks nähti ette vajalikkuse ja mõdukuse nõuded, ilma et oleks kasutatud terminit „proportsionaalsus“.

Seadusereservatsiooni (*Vorbehalt des Gesetzes*) nõude tõttu – mis ei ole proportsionaalsuse testi osa, vaid iseseisev formaalne eeldus – tuleb proportsionaalsuse testi teha sageli mitu korda juhtudel, mil küsimuse all on täidesaatva või kohtuvõimu tegevuse põhiseaduspärasus: esiteks hinnatakse seadust, millel tegevus põhineb, ning kui seadus leitakse olevat proportsionaalne ja lubab kaalutlusõiguse rakendamist või mänguruumi, hinnatakse veel sel seadusel põhinevat üksiktegu.<sup>6</sup>

## 2. Teised valdkonnad

Aja jooksul on proportsionaalsuse nõuet hakatud kasutama riivete hindamisel, mis puudutavad ka muid põhiõigusi, näiteks õigust saada oma subjektiivsetele õigustele tõhusat kohtulikku kaitset<sup>7</sup>, seaduse tagasiulatava mõju eest usalduskaitset pakkuvaid õigusi<sup>8</sup> ja võrdsusõigusi. Proportsionaalsuse põhimõtte kohaldamine võrdsusõigustele on vastuoluline teema.<sup>9</sup> Liidukonstitutsioonikohtu

<sup>6</sup> Vt nt BVerfG 15.01.2002, 1 BvR 1783/99 (E 104, 337, 347 jj): juhtumis leiti, et proportsionaalsuse nõudele vastab seadusesäte, mis keelab uimastamata looma tapmise, kuid lubab erandina usukommetele vastavat uimastuseta loomatappu, kui selleks on saadud eriluba; samas asuti juhtumi puhul seisukohale, et taotlejale eriloa andmisest keeldumine ei olnud kooskõlas proportsionaalsuse nõudega, sest keeldumine põhines usukombeid järgivat loomatappu lubava erandi liiga kitsal tõlgendusel; BVerfG 20.04.2004, 1 BvR 838/01 (E 110, 304, 322 jj): otsuses leiti, et teatud tingimused, millele vastavust seadus nõudis notariametisse pürgijailt, on kooskõlas mõõdukuse nõudega, kuid nende tingimuste kohaldamine selles juhtumis mitte. Teoreetiliselt võib vajalikuks osutada isegi kolmekordne test: seaduslikkuse nõue võib olla täidetud nii, et üksiktegu põhineb määruisel, mis on omakorda antud seaduslikul alusel. Proportsionaalsuse küsimus võib esile kerkida nii seaduse, määruse kui ka määruisel põhineva üksiku teo puhul. Kohtuasjas, kus hinnang tuli anda hindu sätestavale määruisele (mitte määruse kohaldamisele üksikjuhtumile), jõuti tõlgenduseni, et määruse aluseks olev sõjajärgne turuhindade reguleerimist võimaldav seadus lubab – arvestades, et seaduses puudusid sõnaselged hindade määramise sätted – niisuguse määruse andmist üksnes juhul, kui järgitakse proportsionaalsuse põhimõtet, vt BVerfG 12.11.1958, 2 BvL 4/56 (E 8, 274, 313 ja 314).

<sup>7</sup> Vt nt allpool alaptk II. 4.

<sup>8</sup> Kui tagasiulatava mõjuga seadus puudutab mõnda vabadus- või omandipõhiõigust, tuleneb usalduskaitse vastavast vabadus- või omandipõhiõigusest. Selle kohta, et sarnane usalduskaitse peitub ka teistsugustes subjektiivsetes õigustes, vt nt BVerfG 02.05.2012, 2 BvL 5/10 (E 131, 20, 40), kus küsimuse all oli, kas pensioni regulatsioon on kooskõlas avalike teenistujate põhiõigusega saada kohast elatist (*Grundgesetz*'i artikkel 33 lõige 5).

<sup>9</sup> Peamine vaidluskoht on see, kas võrdsuspõhiõigusi tuleks tõlgendada õigustena, mida on võimalik piirata, või tuleks neid käsitada õigustatud eristamise olukorradena, kus eristusalusel on eriline haavatavuse seisund, nagu näiteks rasedus või lapseealisus, nii et need ei kujutagi endast ebavõrdset kohtlemist.

doktriin, mis käsitleb piiranguid, mida seadusandlikule võimule seab üldine võrdsuspõhiõigus (*Grundgesetz*'i artikkel 3 lõige 1), on selline, et piirangud sõltuvad reguleerimisesemest ja kasutatavatest ebavõrdse kohtlemise kriteeriumidest ning võivad seisneda nii pelgas meelevaldsuse keelus kui ka ranges allutatuses proportsionaalsuse kriteeriumidele.<sup>10</sup> Ent siiski on ebaselge, missugustel juhtudel täpselt proportsionaalsuse standard kohaldub ja mida see tähendab just võrdse kohtlemise õiguse kontekstis.<sup>11</sup> Näib nõnda, et niivõrd, kuivõrd proportsionaalsuse põhimõte kohaldub, ei saa see tähendada võrdsuspõhiõiguse kontekstis sama asja kui mõne vabadus- või omandipõhiõiguse puhul.<sup>12</sup> Lühiduse

<sup>10</sup> BVerfG 20.04.2004, 1 BvR 1748/99 (E 110, 274, 291); 11.01.2005, 2 BvR 167/02 (E 112, 164, 174); 21.06.2006, 2 BvL 2/99 (E 116, 164, 180); 18.12.2012, 1 BvL 8/11 (E 132, 372, 388) ja otsuses sisalduvad viited.

<sup>11</sup> Kohtuotsustes on selge sõnaga ja mitu korda öeldud, et teistest rohkem tuleb õigustada niisuguseid ebavõrdse kohtlemise juhtumeid, kus eristusalluseks on inimese kuulumine (etteantud) inimrühma (vrd nt BVerfG 14.07.1999, 1 BvR 995/95 (E 101, 54, 101); 04.04.2001, 2 BvL 7/98 (E 103, 310, 319); 20.04.2004, 1 BvR 1748/99 (E 110, 274, 291)), ning mida suuremat negatiivset mõju võib ebavõrdne kohtlemine avaldada põhivabaduste kasutamisele, seda veenvamad põhjendused tuleb esitada ebavõrdse kohtlemise õigustuseks (vt nt BVerfG 26.01.1993, 1 BvL 38/92 (E 88, 87, 96); 14.12.1994, 1 BvR 720/90 (E 91, 346, 363); 08.04.1997, 1 BvR 48/94 (E 95, 267, 316 ja 317); 18.02.1998, 1 BvR 1318/86 (E 97, 271, 290 ja 291); 20.03.2001, 1 BvR 491/96 (E 103, 172, 193); 06.03.2002, 2 BvL 17/99 (E 105, 73, 110 ja 111); 29.10.2002, 1 BvL 16/95 (E 106, 166, 176); 11.01.2005, 2 BvR 167/02 (E 112, 164, 174)), samuti, mida lähemale ulatuvad eristusallused põhiseaduses sisalduvatele spetsiaalsetele diskrimineerimiskeeldudele (vrd nt BVerfG 26.01.1993, 1 BvL 38/92 (E 88, 87, 96); 27.01.1998, 1 BvL 15/87 (E 97, 169, 181)). Viimasena nimetatud põhimõtet on viimati kasutatud juhtumite puhul, kus eristusallused olid seotud seksuaalse sättumusega, vt BVerfG 07.07.2009, 1 BvR 1164/07 (E 124, 199, 220 jj); 21.07.2010, 1 BvR 611/07 (E 126, 400, 419); 18.07.2012, 1 BvL 16/11 (E 132, 179, 190). Kohus on ka leidnud, et rangemat õigustamisstandardit tuleb kohaldada siis, kui ebavõrdne kohtlemine on seotud isiku selliste tunnustega, mida isik ei saa mõjutada (vt nt BVerfG 26.01.1993, 1 BvL 38/92 (E 88, 87, 96); 21.06.2011, 1 BvR 2035/07 (E 129, 49, 69); 18.07.2012, 1 BvL 16/11 (E 132, 179, 189)), teisisõnu kohaldub rangem õigustamisstandard niisuguste ebavõrdse kohtlemise olukordade puhul, millesse puudutatud isikud ei saa ise midagi parata. Vastuseta on küsimus, kuidas seostub eelnev väitega, et rangem standard kohaldub sellistele ebavõrdse kohtlemise olukordadele, millel on (potentsiaalne) negatiivne mõju vabaduspõhiõiguste kasutamisele; sest iga eristamine, mis lähtub kriteeriumist, mille täitmine või täitmata jätmine sõltub isiku vabast tahtest, omab kaudselt sellist negatiivset mõju, arvestades, et eelnevast järelduvalt on ebavõrdsest kohtlemisest pääsemiseks vajalik nende vabaduspõhiõiguste – vähemalt põhivabaduse tegutseda oma äranägemise järgi (*Grundgesetz*'i artikli 2 lõiget 1 tõlgendatakse moel, et sättest tuleneb see õigus, vt BVerfG 06.06.1989, 1 BvR 921/85 (E 80, 137, 152) ja sealseid viited) – teatud viisil kasutamine. Ei näi olevat erilist mõtet muuta rangemaks standardit, mille alusel hinnata niisugust ebavõrdset kohtlemist, mille vältimine ei ole inimese võimuses, kui seesama rangem standard kohaldub ka kõikidele muudele juhtumitele.

<sup>12</sup> Kriitiliste analüüsidega tutvumiseks vrd S. Huster. Gleichheit und Verhältnismäßigkeit. – JuristenZeitung 1994, lk 541 jj; W. Heuni kommentaarid artiklile 3, äärenr 27 jj. –

huvides ei käsitle ma seda keerukat teemat – nii nagu ei vaatle ma ka proportsionaalsuse nõude rakendamist niisugustes põhiseaduslikkuse järelevalve asjades, kus arutluse all ei ole subjektiivsed õigused<sup>13</sup> – ja keskendun sellele, kuidas proportsionaalsuse põhimõtet kohaldatakse olukordades, kus riivatakse mõnda vabadus- või omandipõhiõigust.

## II. Põhimõtte elemendid

Selleks et proportsionaalsuse nõue saaks täidetud, peab hinnatav riigivõimu tegevus olema:

- 1) eesmärgi edendamiseks sobiv (sobilik, kohane, saksa keeles *geeignet*),
- 2) vajalik (saksa keeles *erforderlich*) ja
- 3) mõõdukas (saksa keeles *angemessen*), mis tähendab, et asjassepuutuvasse vabadus- või omandipõhiõigusse sekkumine ei tohi olla ebaadekvaatne võrreldes nende huvide kaaluga, mis peavad riivet õigustama.<sup>14</sup> Seda põhimõtte elementi nimetatakse ka proportsionaalsuseks kitsamas tähenduses. Teine saksa keelne termin, mida selles kontekstis kasutatakse sageli sõna *angemessen* sünonüümina, on *zumutbar* ('talutav'); termin tähistab niisugust isikule pandud koormist, mille kandmist võib koormist õigustavaid põhjendusi arvestades asjassepuutuvalt isikult mõistlikult eeldada.

Sageli väidetakse, et **eesmärgi legitiimsus** on proportsionaalsuse eraldiseisev element, mida tuleb kontrollida kõige esimese asjana, enne kui asutakse kolme nimetatud nõude juurde. Paljudes Saksa Liidukonstitutsioonikohtu otsustes, eriti

---

Grundgesetz. Kommentar. H. Dreier (toim.). 2. tr. Tübingen 2004.

<sup>13</sup> Vt nt BVerfG 18.01.2012, 2 BvR 133/10 (E 130, 76, 117) erandite kohta, mida on lubatud teha põhiseaduslikust reeglist, mille kohaselt peavad teatavad riigivõimu funktsioonid jääma kindla õigusliku staatusega avalike teenistujate teostada (*Grundgesetz*'i artikkel 33 lõige 4); samuti BVerfG 28.02.2012, 2 BvE 8/11 (E 130, 318, 350) ja BVerfG 19.06.2012, 2 BvC 2/10 (E 131, 230, 235), mis puudutavad parlamentaarse otsustusõiguse parlamendikomisjonile delegerimise küsimust.

<sup>14</sup> Vt nt BVerfG 14.11.1969, 1 BvR 253/68 (E 27, 211, 219), mis puudutas kriminaalmenetluse seadustiku § 81a alusel arstlike uuringute tegemist, vrd viide 5; BVerfG 15.01.2002, 1 BvR 1783/99 (E 104, 337, 347 jj), mis puudutas rituaalse loomatapu piiranguid, vrd viide 6; BVerfG 09.12.2003, 1 BvR 558/99 (E 109, 96, 110 jj), mis puudutas sundkindlustust, vrd viide 15; BVerfG 30.07.2008, 1 BvR 3262/07 (E 121, 317, 346), kus käsitleti kutsevabaduse kitsendusi, mille tingisid baarides ja restoranides suitsetamist keelavad sätted.

just viimase aja otsustes, on tõepoolest nõnda toimitud.<sup>15</sup> Teistes otsustes räägitakse akti põhiseaduspärasuse hindamisel sellega taotletud eesmärgi või eesmärkide legitiimsusest, kuid ei seostata eesmärgi legitiimsust otseselt proportsionaalsuse testiga.<sup>16</sup> On kohtuotsuseid, kus eesmärgi legitiimsust üldse ei mainita. Loogiliselt võttes võib paista üleliigne postuleerida eesmärgi legitiimsust enne, kui on jõutud proportsionaalsuse testi kolmanda elemendini, sest eesmärgi legitiimsus järeldeb niikuinii kolmandast elemendist: kui eesmärk ei ole legitiimne, kaalub riivatud vabadus- või omandipõhiõigus alati eesmärgi

<sup>15</sup> Vt nt BVerfG 14.07.1999, 1 BvR 2226/94 (E 100, 313, 373), mis puudutas eesmärgi legitiimsust teatud kuritegude ohu ärahoidmise puhul; otsuses leiti, et vaidluse keskmes olnud seaduse alusel antavad pealtkuulamise load ei olnud proportsionaalsuse põhimõttega kooskõlas sel juhul, kui neid anti võltsimiskuritegude ärahoidmiseks, ilma et oleks arvesse võetud juhtumi tõsidust; BVerfG 27.10.1999, 1 BvR 385/90 (E 101, 106, 127 ja 128) pidas legitiimseks eesmärgiks niisuguse teabe saladuses hoidmist, mille avalikuks tulek kahjustaks liitriiki või liidumaad; BVerfG 03.04.2001, 1 BvR 2014/95 (E 103, 197, 221) pidas legitiimseks eesmärgiks hooldusteenuste osutamiseks vajalike rahaliste vahendite tagamist: sundhoolduskindlustuse kehtestamine oli selle eesmärgi saavutamiseks proportsionaalne abinõu; BVerfG 15.01.2002, 1 BvR 1783/99 (E 104, 337, 347) pidas loomade kaitset legitiimseks eesmärgiks, vt viide 6; BVerfG 09.12.2003, 1 BvR 558/99 (E 109, 96, 110 ja 111) puudutas küsimust, kui legitiimne on eesmärk tagada pension talupidajate abikaasadele, kelle töökoht on talu; seda eesmärki arvestades oli neile sundkindlustuse kehtestamine sobiv, vajalik ja mõõdukas meede; BVerfG 05.05.2009, 1 BvR 1155/03 (E 123, 90, 103) kinnitas, et põhiseaduspärane on abiellumisel nime valikut reguleeriv seadusesäte, mis ei lubanud võtta perekonnanimeks kolme nime kombinatsiooni, mille moodustasid naise perekonnanimi ja mehe kahest nimest koosnev liitperekonnanimi; BVerfG 21.07.2010, 1 BvL 8/07 (E 126, 331, 361) pidas omandisuhete kordaseadmist ühinenud Saksamaal legitiimseks eesmärgiks, millega on võimalik välistada nende kaaspärijate pärimisõigus, keda pole võimalik üles leida; BVerfG 22.02.2011, 1 BvR 699/06 (E 128, 226, 259) pidas lennujaama turvalisust ja toimivuse tagamist legitiimseks eesmärgiks, millega õigustada eraisiku opereeritavas lennujaamas koosolekuvabadusele kehtestatud kitsendusi; BVerfG 24.91.2012, 1 BvR 1299/05 (E 130, 151, 187) pidas tõhusat kriminaaljälitust ja ohutõrjet legitiimseteks eesmärkideks, et õigustada preventiivset liiklus- ja asukohaandmete talletamist; vrd ka BVerfG 27.05.2008, 1 BvL 10/05 (E 121, 175, 191–196): selles kohtuotsuses asuti seisukohale, et eri soost isikute abielu institutsiooni säilitamine võib olla legitiimseks eesmärgiks eraõiguse normidele, mis ei võimaldanud abielus transseksuaalsel isikul saada õiguslikku tunnustust sellele soole, mis soost ta tajub end olevat, kui sellise tunnustamisega oleks abielu muutunud samasooliste abieluks, kuid kohus leidis, et abinõu ei ole siiski kitsas mõttes proportsionaalne, sest ei saa eeldada, et isik lahutaks oma abielu selleks, et tema tajutavat sugu õiguslikult tunnustataks. BVerfG 06.12.2005, 1 BvL 3/03 (E 115, 1, 17): kohtuasjas peeti sama eesmärki mõõdukuse seisukohalt ebapiisavaks õigustuseks sättele, millega ei lubatud transseksuaalsel isikul abiellumise korral alles jätta eesnime, mille ta oli endale võtnud oma tajutava soo järgi (ent mis ei läinud kokku tema bioloogilise sooga).

<sup>16</sup> Vt nt BVerfG 17.07.1961, 1 BvL 44/55 (E 13, 97, 112); 08.02.1977, 1 BvR 79/70 (E 43, 242, 289 ja 290); 14.11.1989, 1 BvL 14/85 (E 81, 70, 87); 31.05.1990, 2 BvL 12/88 (E 82, 159, 190 ja 191).

üles.<sup>17</sup> Teisest küljest võib siiski olla mõistlik mitte raisata aega testi kahe esimese elemendi peale, vaid selgitada kohe alguses välja, kas eesmärk on legitiimne. Legitiimse eesmärgi kindlakstegemine kohe alguses aitab ühtlasi meeles pidada, et kõigil eelnimetatud astmetel teeb proportsionaalsuse test viite teatud sihile või eesmärgile, mis peab olema välja selgitatud enne testi tegemist.

Missugune tähendus on selles kontekstis legitiimsusel? Et eesmärk oleks legitiimne, piisab tavaliselt sellest, et eesmärk on kooskõlas seadusega või – juhul kui hinnatavaks aktiks on seadus – ei ole põhiseadusega keelatud. Erinevalt näiteks Kanada Ülemkohtust<sup>18</sup> ei too Saksa Liidukonstitutsioonikohus tavaliselt sellel järelevalve astmel mängu eesmärgi tähtsust ega selle suhtelist kaalu asjassepuutuva subjektiivse õigusega võrreldes; kaalumine jääb viimasele astmele, kus leiab aset mõõdukuse test.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Esmapilgul võiks selle arutluskäigu järgi ka sobivuse, vajalikkuse ja mõõdukuse eristamise küsimuse alla seada. Kas vajalikkus ei sisalda juba sobivust (kas küündimatut riivet saab eales vajalikuks pidada?) ja kas mõõdukus ei sisalda vajalikkust (kas ebavajalik sekkumine saab eales olla mõõdukas?)? Tõepoolest mitte. Esitatud vastuväites lähtutakse sõnade kõnekeelsest tähendusest, kuid proportsionaalsuse analüüsi järgnevatel astmetel kasutatavate terminite tehnilis-õiguslikust tähendusest on eemaldatud sisu, mis on juba leidnud käsitlemist eelnevatel astmetel. Sellest tulenebki kitsamas ja laiemas tähenduses proportsionaalsuse erinevus.

<sup>18</sup> D. Grimm (viide 4), lk 388, kus ta viitab 28.02.1986. a otsusele *R. v. Oakes*, 1986 CanLII 46 (SCC), [1986] 1 SCR 103 (vt kohtuotsuse punkti 69) ja 24.04.1985. a otsusele *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, 1985 CanLII 69 (SCC), [1985] 1 SCR 295.

<sup>19</sup> Üldisest erinevalt on traditsiooniliselt kutsevabadust (*Grundgesetz*'i artikkel 12) puudutavates kohtuasjades kasutatud erilist testi, mis eeldab eesmärgi erinevaid tähtsuse astmeid sõltuvalt sellest, millist tüüpi riivega on tegemist. Erilist artikli 12 testi kasutas kõigepealt BVerfG 11.06.1958, 1 BvR 596/56 (E 7, 377). Hilisematest kohtuotsustest, kus kohaldati selle testi asjassepuutuvaid elemente, vt nt BVerfG 09.06.2004, 1 BvR 636/02 (E 111, 10, 32 jj); 03.07.2007, 1 BvR 2186/06 (E 119, 59, 83).

Teistsuguse üldise käsituse kohta vt Winfried Hassemeri eriarvamust hiljutises kohtuasjas, kus kohtunike enamik leidis, et õe ja venna vahelise intsesi kriminaliseerimine on põhiseaduspärane (BVerfG 26.02.2008, 2 BvR 392/07 (E 120, 224, eriarvamus lk 255 jj)). Hassemer ütleb, et enne kui kontrollida karistusi ettenägevate normide vastavust sobivuse, vajalikkuse ja mõõdukuse nõuetele (kohtuasjas vastas karistusõigusnorm neile nõuetele), peab kõigepealt veenduma, et sätte eesmärk oleks mitte ainult legitiimne, vaid ka fundamentaalse tähtsusega (samas, lk 256). Liidukonstitutsioonikohtu otsused, mida Hassemer selles kontekstis tsiteerib, toetavad tõepoolest seisukohta, et kriminaliseerida tuleks ainult niisugune ebakohane käitumine, mis on vastuolus ühiselu põhiväärtustega; ent kui neis otsustes esitatigi seesuguseid väiteid, siis esitati süstemaatilise proportsionaalsuse analüüsi raames neid väiteid alati proportsionaalsuse testi mõõdukuse astmel.



Akti eesmärk ei pea tingimata olema asjakohases õigusaktis sõnaselgelt nimetatud.<sup>20</sup> Seaduse eesmärgi väljaselgitamiseks pööratakse mõnedes liidukonstitutsioonikohtu otsustes seadusandliku menetluse materjalide poole,<sup>21</sup> teistes tuletatakse eesmärk lihtsalt arutlusaluse sätte sisust. Arvestades põhimõtet, et seadusandja ei ole üldjuhul kohustatud põhjendama, miks ta loob niisugust õigust, nagu ta loob,<sup>22</sup> tundub loogiline leppida iga legitiimse sihiga, mis võib olla sätet õigustav eesmärk, ja mitte nõuda tõendeid selle kohta, et eesmärgi poole püüeldi teadlikult.

## 1. Sobivus

Saksakeelne termin *geeignet* tõlgitakse tavaliselt inglise keelde kui *suitable* või *appropriate* (mõlemad eesti keeles 'sobiv, sobilik'). Neid kahte ingliskeelset sõna kasutavad ka Euroopa Liidu Kohus ja Euroopa Inimõiguste Kohus, et tähistada neis kohtutes kohaldatavate proportsionaalsuse testide esimesel astmel toimuvaid osakontrolle. Minu kõrvus on terminitel *suitability* või *appropriateness* (mõlemad eesti keeles 'sobivus, sobilikkus') väärtusotsuseline tähendusvarjund,<sup>23</sup> mis on vähemalt Saksa õiguse proportsionaalsuse testi esimese astmega kokkusobimatu. Olen seetõttu endalt küsinud, kas ei oleks siinkohal parem kasutada sõnu *apt* ja *aptitude* ('kohane, kohasus'). Minule tundub neis olevat vähem väärtusotsuselist tähendusvarjundit kui terminites *appropriate* või *suitable*, kuid asjaolu, et tajun ka termini *apt* vastandis *inept* ('kohatu') väärtusotsuselist tähendusvarjundit, võib viidata sellele, et tegemist on lihtsalt inglise keelt võõrkeelena rääkiva inimese väärtõlgendusega.

See, kas abinõu on eesmärgi edendamiseks *geeignet*, on üksnes tehniline küsimus, millele vastamine ei eelda väärtusotsuse langetamist. Sobivuse testi edukaks sooritamiseks piisab, kui kõnealune riigivõimu tegevus on kohane (*apt*)

<sup>20</sup> BVerfG 06.12.2005, 1 BvL 3/03 (E 115, 1, 17 ja 18; sellest kohtuasjast on juttu ka viites 15). Üksikjuhtumite suhtes langetatavate kohtu- ja haldusotsuste puhul võib põhiseaduslik nõue, et otsuses endas tuleb määratleda eesmärk, millest lähtudes hinnatakse sobivust, vajalikkust ja mõõdukust, tuleneda otsuse põhjendamise nõudest.

<sup>21</sup> Vt nt BVerfG 15.01.2002, 1 BvR 1783/99 (E 104, 337, 347); 06.12.2005, 1 BvL 3/03 (E 115, 1, 18).

<sup>22</sup> BVerfG 14.02.2012, 2 BvL 4/10 (E 130, 263, 301); sellest põhimõttest on erandeid; võrdluseks vt näidet sealsamas lk 301 jj.

<sup>23</sup> Sobivuse kahekordne kasutamine mõningates Euroopa Liidu Kohtu otsustes (vt viide 38) näib seda kinnitavat.

selle eesmärgi **edendamiseks**, millega akti kõrvutatakse; kohasus eesmärgi täielikuks täitmiseks ei ole nõutav.<sup>24</sup> Näiteks võib eesmärk tagada hooldusteenuse osutamiseks vajalikud rahalised vahendid õigustada seesuguse sundhoolduskindlustuse kehtestamist, mis katab üksnes osa vajalike teenuste kuludest.<sup>25</sup> Kohus leidis, et liiklus- ja asukohaandmete talletamist nõudvad sätted on *geeignet* ('sobivad, kohased') avaliku turvalisuse ja tõhusa kriminaaljälituse eesmärkide saavutamiseks, kuigi kurjategijad võivad jälgimisest salvestatud sideandmete abil kõrvale hoida seeläbi, et kasutavad avalikke interneti pääsupunkte, valenime all soetatud kõnekaarte jne.<sup>26</sup> Vähenõudlikkus, mis on omane sobivuse testile, siis kui hinnatakse seadusi, on seotud eespool mainitud väheste nõudmistega asjassepuutuva eesmärgi tuvastatavusele. Kuna küsimusaluse seaduse eesmärk ei pea olema sõnaselgelt nimetatud aktis endas ega seadusandliku menetluse materjalides, on alati võimalik seadusesätte ebatäiuslik sobivus teatud eesmärgi saavutamiseks muundada täiuslikuks sobivuseks, kõrvutades seadusesätet vähem auahne eesmärgiga ja vastupidi. Pole vahet, kas määratleda sundhoolduskindlustuse eesmärgina (kõigi) hooldusteenuste osutamiseks vajalike rahaliste vahendite saamine ja leida, et see eesmärk pole täidetud, vaid meede ainult edendab seda, või hoopis seada sihiks kulude osaline katmine ja leida, et just täpselt seda sundkindlustusega saavutada tahetaksegi.

Liidukonstitutsioonikohtu praktikas tuleb äärmiselt harva ette otsuseid, kus leitakse, et sobivuse nõue on täitmata. Vaatame kahte neist haruldastest otsustest. Kohus leidis, et loakohustuse kehtestamine ajutisele tasulisele sõidujagamisteenusele, mille puhul sõidujagajad said kokku reklaamitud pakkumiste või elukutseliste vahendajate (sõidujagamisteenuse platvormide) abil, on üldise liiklusohutuse või sõidujagamisteenust kasutavate reisijate ohutuse edendamiseks ebasobiv meede.<sup>27</sup> Samuti leiti, et jaekauplejatele seadusega pandud kohustus omada oskusi kinnitavat tõendit ei ole sobiv meede kaitsmaks tarbijaid tervise- ja majanduslike ohtude eest.<sup>28</sup>

Kommentaatorid, kes on võrrelnud proportsionaalsuse põhimõtet nende traditsiooniliste *common law* põhimõtetega, millele võiks vähemalt ositi omistada proportsionaalsuse põhimõttega samaväärse ülesande täitmise, on arvanud, et

<sup>24</sup> Lisaks järgnevatele näidetele vt BVerfG 09.03.1994, 2 BvL 43/92 (E 90, 145, 172); 16.03.2004, 1 BvR 1778/01 (E 110, 141, 164).

<sup>25</sup> BVerfG 03.04.2001, 1 BvR 2014/95 (E 103, 197, 222).

<sup>26</sup> BVerfG 02.03.2010, 1 BvR 256/08 (E 125, 260, 317).

<sup>27</sup> BVerfG 07.04.1964, 1 BvL 12/63 (E 17, 306, 315 jj).

<sup>28</sup> BVerfG 14.12.1965, 1 BvL 14/60 (E 19, 330, 338 ja 339). Vrd ka BVerfG 29.10.2002, 1 BvL 16/95 (E 106, 166, 179).

haldustegevust, mille puhul sobivuse nõue ei ole täidetud, tuleks *common law* kohaselt pidada *ultra vires* tegevuseks.<sup>29</sup>

## 2. Vajalikkus

Vajalikkuse (*Erforderlichkeit*) nõue tähendab seda, et mitme abinõu hulgast, mis on kõik ühtviisi sobivad eesmärgi edendamiseks, tuleb rakendada kõige vähem koormavat. Riigivõimu akt on siinses mõttes ebavajalik, kui selle eesmärki oleks sama hästi võimalik edendada vähem sekkuval moel. Rõhk on sõnadel „ühtviisi“ ja „sama hästi“. Teisisõnu, eesmärgi edendamise seisukohalt piisab väikesest eelisest võrreldes teiste alternatiivsete meetmetega, selleks et meede osutuks vajalikuks, olenemata selle kulukusest. See, kas eelis on väärt riivatud õigusele tekkivaid negatiivseid mõjusid, ei ole kasutatava meetme vajalikkuse, vaid mõõdukuse küsimus.

Liidukonstitutsioonikohtu praktikas on rohkem juhtumeid, kus kohus on leidnud, et täitmata on vajalikkuse nõue, kui olukordi, kus kohus on leidnud, et täitmata on sobivuse nõue.<sup>30</sup> Siiski on mõõdukuse test see, milles võimuaktid kõige sagedamini läbi põruvad.

## 3. Mõõdukus

See nõue vajab kaalumist, väärtusotsustuse tegemist. Proportsionaalsuse testi kolmandal astmel tuleb anda vastus küsimusele, kas eesmärk, mida edendatakse asjassepuutuvat põhiõigust piirates või sellesse muul moel sekkudes, ja ulatus, milles riive abil eesmärki edendatakse, on tekitatavat kahju väärt. Põhiõigusest

---

<sup>29</sup> B. Schirmer. *Konstitutionalisierung des englischen Verwaltungsrechts*. Osnabrück 2007, lk 256; J. Schwarze. *Europäisches Verwaltungsrecht*. 2. tr. Baden-Baden 2005, lk 679 ja sealsed viited.

<sup>30</sup> Vt nt BVerfG 24.02.1971, 1 BvR 438/68 (E 30, 227, 245 ja 246) pidas ühingute nimevaliku piiranguid pettuste ärahoidmiseks ebavajalikuks; BVerfG 07.02.1990, 1 BvR 26/84 (E 81, 242, 263) leidis, et säte, mis välistas prokuura lõpetamise korral kompensatsiooni maksmise lahti lastud prokuristile, keda sidus ühtlasi lepingujärgne konkurentsikeeld, ei olnud käsundandja konkurentsihuvide kaitseks vajalik meede; BVerfG 27.10.1999, 1 BvR 385/90 (E 101, 106, 128) pidas tõhusa kohtuliku kaitse põhiõiguse piirangut ebavajalikuks meetmeks, kaitsmaks saladuses hoidmise huvi, vrd artikli tekstiosa, mille juures on viide 36).

ära võetud portsjoni väärtust tuleb kõrvutada kasu väärtusega, mille edendatav huvi või küsimus äravõtmisest sai. Kaalukaussidel võivad olla vastassuunalised põhiõigused nagu ajakirjandusvabadus ja õigus eraelu puutumatusetele, või subjektiivne õigus ühel ja avalik huvi, näiteks avalik turvalisus, rahvatervis vms teisel.

Järgnevad mõned näited, kus kohus leidis, et meede on ebamõeldukas.

Liidukonstitutsioonikohus asus seisukohale, et liiduhalduskohus (*Bundesverwaltungsgericht*) ei järginud rituaalset loomatappu käsitlevas otsuses mõeldukuse nõuet, sest tuletas loomakaitseaduse sättest nõude, et usukommetele vastava, uimastuseta loomatapu loa saamiseks tuleb tõendada, et asjassepuutuvate isikute usk keelab objektiivselt ja kohustuslikult selliste loomade söömise, kelle tapmisel ei ole täidetud usukombeid. Sunniidist lihuniku põhiseaduskaebuse alusel, kellele ei olnud antud sellele tõlgendusele tuginedes luba usukombeid järgivaks uimastuseta loomatapuks, otsustas Saksa Liidukonstitutsioonikohus, et loomakaitseaduse üldsätted, mis keelasid uimastuseta loomatapu, olid loomade kaitseks sobivad ja vajalikud, kuid oleksid olnud usukogukondade vajadusi arvestava erandita (mis oli seaduses ette nähtud) ebamõeldukad. Selles kontekstis ei olnud see riigivõimuorganite, vaid usukogukonna liikmete endi otsustada, missugust käitumist nende usk nõuab.<sup>31</sup>

Seadus, mis keelas suitsetamise restoranides ja baarides, lubades samas erandina suitsetamist juhul, kui toitlustusasutuses oli selleks eraldi ruum, oli väikeste, üheruumiliste söögikohtade pidajate jaoks ebamõeldukalt koormav. Liidukonstitutsioonikohus leidis, et täielikule, ilma igasuguste eranditeta suitsetamiskeelule ei saaks midagi ette heita, arvestades seda, kui tõsine terviseoht peitub passiivses suitsetamises ja kui suur on tervise ja inimelu väärtus, ent keelust tehtud erandiga koormati ebamõeldukalt väikeste söögikohtade pidajaid, kellel polnud kuidagi võimalik erandit kasutada. Nähes ette erandi, oli seadusandja kohtu arvates otsustanud niisuguse kaitsekäsituse kasuks, mis täieliku suitsetamiskeeluga võrreldes omistas väiksema kaalu tervise kaitsele, ja kohus leidis, et seda väiksemat kaalu arvestades oli keeld ebamõeldukalt koormav väikeste, üheruumiliste söögikohtade pidajate jaoks.<sup>32</sup>

Seadusesätted, mis nägid ette peaaegu kõigi sideandmete üldise talletamise avaliku turvalisuse ja kriminaaljälituse tagamise eesmärgil, olid osaliselt – nimelt niivõrd, kui võrd need ei kehtinud kommunikatsiooni sisu kohta – mõeldukad, kuid ülejäänud osas ebamõeldukad, sest säilitatavate andmete turvalisus ei olnud küllaldaselt tagatud, puudus piisav tagantjärele teavitatus andmete kogumise,

<sup>31</sup> BVerfG 15.01.2002, 1 BvR 1783/99 (E 104, 337, 345 jj).

<sup>32</sup> BVerfG 30.07.2008, 1 BvR 3262/07 (E 121, 317, 344 jj).

kasutamise ja menetluslike tagatiste kohta ning puudus ka piirang, et andmeid võib koguda ja kasutada ainult raskete kuritegude kriminaaljälituse tagamiseks.<sup>33</sup>

#### 4. Kas kohaldamine on olnud süsteemne?

Paljudes Saksa Liidukonstitutsioonikohtu otsustes läbitakse proportsionaalsuse testi kõik kolm astet; teistes otsustes – sagedamini varasemates otsustes – suundutakse kohe sellele astmele, mis paistab olevat konkreetses kohtuasjas määrava tähtsusega. Ent peaaegu üldse ei leidu otsuseid, kus kohus oleks mõnda testi elementi küll sõnaselgelt nimetanud, kuid neid üksteisest valesti eristanud või vales järjekorras käsitlenud.

Mõistagi on erandeid.<sup>34</sup> Leidub kohtuotsuseid, kus elementide eristamine võib olla keeruline. Järgmine näide on huvitav. Liidukonstitutsioonikohus leidis, et haldusmenetluse seaduse norm, mis välistas haldusorganite kohustuse esitada kohtule konfidentsiaalset teavet sisaldavad dokumendid, oli tõhusa kohtuliku kaitse põhiõiguse<sup>35</sup> ebavajalik riive neis juhtumites, kus tõhus kohtulik kaitse ei oleks ilma kohtu ligipääsuta sellele teabele võimalik, arvestades, et vastuolu tõhusa kohtuliku kaitse ja riigi konfidentsiaalsushuvi vahel on võimalik ära hoida, kui dokumentidega saab tutvuda kohus, kuid mitte vastaspool. See piiraks vastaspoole õigust kohtulikule ärakuulamisele, mis tuleneb *Grundgesetz*'i artikli 103 lõikest 1 ja hõlmab iga menetlusosalise õiguse teada seda, millist teavet vahetavad kohus ja teine pool. Kuid liidukonstitutsioonikohus leidis, et vastaspoolele on alati parem saada kohtulikku kaitset piiratud kujul (ja siin peaks

<sup>33</sup> BVerfG 02.03.2010, 1 BvR 256/08 (E 125, 260, 316 jj).

<sup>34</sup> Vt nt BVerfG 05.11.1980, 1 BvR 290/78 (E 55, 159, 165 jj) hindas ebavajalikuks normi, mis nõudis jahikulliga jahipidamiseks tulirelva käsitlemise oskust, sest jahikulliga jahil ei kasutata tulirelvi. Sobivuse küsimust enne ei käsitletud. Asjaolu, et jahikulliga jahil tulirelvi ei kasutata, tundub esmalt tõstatavat küsimuse, kas tulirelva käsitlemise oskuse nõue (arvestades võimalikke legitiimseid eesmärke) on üldse sobiv.

<sup>35</sup> Niivõrd, kui võrd asi puudutab kaitset täidesaatva võimu aktide eest, on põhiõigus tõhusale kohtulikule kaitsele tagatud *Grundgesetz*'i artikli 19 lõikega 4. Õigus (tõhusale) kohtulikule kaitsele eraisikutevahelistes konfliktides peetakse tagatuks õigusriigi põhimõttega (*Grundgesetz*'i artikkel 20 lõige 3) koosmõjus sellekohase puudutatud materiaalse põhiõigusega (BVerfG 27.10.1999, 1 BvR 385/90 (E 101, 106, 122)) või *Grundgesetz*'i artikli 2 lõikega 1, tõlgendatuna isikusõigusi väga laias mõttes kaitsva sättena (BVerfG 12.02.1992, 1 BvL 1/89 (E 85, 337, 345); 27.01.1998, 1 BvL 15/87 (E 97, 169, 185)).

lisama, piirangu tõttu vähem tõhusat), kui sellest üldse ilma jääda.<sup>36</sup> Seisukoht, et tõhusa kohtuliku kaitse kahjustamine, mille põhjustab konfidentsiaalsetele dokumentidele juurdepääsu täielik keelamine, on ebavajalik, võib olla formaalselt korrektne, kui kohtu eest teabe varjamist võimaldava sätte ainumõeldav eesmärk oleks riigi konfidentsiaalsushuvi kaitse. Aga mis oleks, kui omistada sättele liiteesmärk kaitsta riigi konfidentsiaalsushuvi ilma kohtuliku ärakuulamise õigust kahjustamata? Säte, mis lubab jätta konfidentsiaalsed dokumendid kohtule esitamata, osutuks sel juhul sobivaks ja vajalikuks, ning otsustavaks saaks hoopis sätte mõõdukuse küsimus. Niisugune probleemipüstitus oleks ilmselt taganud suurema tähelepanu väärtusele, mis käib kaasas kohtuliku ärakuulamise õiguse piiramata jätmisega, s.t neile otsestele ja võimalikele kaudsetele tagajärgedele, mis kaasneksid selle õiguse ahendamisega. Ma ei taha väita, et teistsugune probleemipüstitus oleks konkreetses kaasuses paratamatult lõppenud teistsuguse lahendusega, ent oletan, et see juhatanuks igal juhul veenvama põhjenduseni, sest kohtuliku ärakuulamise õiguse piirangu lubatavuse poolt- ja vastuargumente oleks lähemalt uuritud.

See näide aitab ehk mõista, miks tuleb proportsionaalsuse testi tehes näha vaeva kolme astme eristamise ja nende õiges järjekorras läbimisega – test on tööriist, mis juhhib meie tähelepanu eri tahkudele, mida piirangu mõistlikkuse ratsionaalne hindamine alati sisaldab. Esmajärjekorras on test mõeldud selleks, et mõistuspärastada riigi sekkumisi ja põhiseaduslikkuse järelevalvet nende sekkumiste üle, aidata ohjes hoida intuiitiivseid hinnanguid, muuta nähtavaks väärtusotsustused. See, kas testi kasutatakse ka riigivõimu aktide põhiseaduslikkuse järelevalve **intensiivistamise** vahendina, ei sõltu testi ülesehitusest, vaid kohtuliku kontrolli enesepiirangu määrast selle kasutamisel.

Harjumus teha selget vahet proportsionaalsuse testi kolmel elemendil ja veendumus, et neil vahetegudel on mõistuspärastav toime, tingib vahel selle, et Saksa lugejatel on raske leppida viisiga, kuidas käsitab proportsionaalsust Euroopa Liidu Kohus. Euroopa Liidu Kohtu lahendites ei ole alati selge nende terminite tähendus, mida kasutatakse proportsionaalsusest rääkides. Näiteks satun segadusse, lugedes *Rosengreni* kohtuotsusest, et soovides näidata Euroopa Liidu sisest kaubandust piirava normi proportsionaalsust, tuleb tõendada, et see on „vajalik deklareeritud eesmärgi saavutamiseks **ja** et eesmärki ei ole võimalik saavutada vähemate keeldude või piirangutega ega keeldude või piirangutega, millel on

<sup>36</sup> BVerfG 27.10.1999, 1 BvR 385/90 (E 101, 106, 128 ja 129). Selles kohtuasjas oli kaebajaks endine riigihangete ameti ametnik, kes nõudis teavet põhjuste kohta, miks ta ei läbinud teenistussuhte ajal korraldatud julgeolekukontrolli.

väiksem mõju ühendusesisesele kaubandusele<sup>37</sup>. Miks kasutas kohus sõna „ja“? Mulle tundub, et siin lauses sõnaga „ja“ liidetud kriteeriumid, mis justkui oleksid kaks eraldi kriteeriumi, mis peavad olema mõlemad korraga täidetud, ei ole tegelikult muud kui sama kriteeriumi kaks eri sõnastust. Euroopa Liidu Kohus rakendab sageli vajalikkuse testi, ilma vajalikkust (eespool selgitatud tähenduses) selgelt mõõdukusest eristamata.<sup>38</sup> Kuid kohtu seesugune tegevus läheb kokku Euroopa Liidu lepingu artikli 5 lõikes 4 esitatud proportsionaalsuse määratlusega, mis käsitleb proportsionaalsust vajalikkusena<sup>39</sup> ja annab mõista, et selleks, et mõõdukus oleks proportsionaalsuse element (ja seda mõõdukus Euroopa Liidu Kohtu meelest on<sup>40</sup>), tuleb mõõdukust käsitada vajalikkuse elemendina kooskõlas *Fedesa* kohtuasjas antud klassikalise selgitusega, mis kõlab järgmiselt:

„Kohus on järjekindlalt leidnud, et proportsionaalsuse põhimõte kuulub liidu õiguse üldpõhimõtete hulka. Proportsionaalsuse põhimõtte kohaselt on majandus-

<sup>37</sup> EKo 05.06.2007, C-170/04, *Rosengren*, p 50 (rõhutuse tsitaadis on lisanud artikli autor). [Nimetatud otsuse vastava koha eestikeelne originaaltõlge on järgmine: „on sobiv seatud eesmärgi saavutamiseks ja et seda eesmärki ei ole võimalik saavutada vähem ulatuslike või vähem ühendusesisest kaubandust mõjutavate keeldude või piirangutega“. Siin on lisaks segamini aetud vajalikkus ja sobivus. – *Tlk.*]

<sup>38</sup> Tutvumiseks kaheastmelise testiga, milles eristatakse üksnes sobivust ja vajalikkust vt nt EKo 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, p 62; viiteid varasemale kohtupraktikale vt T. von Danwitz. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht. – Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2003*, lk 399. Testi kohta, mis on näiliselt kolmeastmeline, ent milles räägitakse siiski kahel korral sobivusest (teisel korral ilmselt tähistab sõna „sobivus“ mõõdukust/proportsionaalsust kitsamas mõttes), vt EKo 08.04.2014, liidetud kohtuasjad C-293/12, *Digital Rights Ireland*, ja C-594/12, *Kärntner Landesregierung*, p 46 koos sealsete viidetega: „Seoses sellega olgu meenutatud, et Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika kohaselt nõuab proportsionaalsuse põhimõte, et liidu institutsioonide aktid oleksid vastava õigusaktiga taotletavate legitiimsete eesmärkide saavutamiseks sobivad (*appropriate*) ega läheks kaugemale sellest, mis on nende eesmärkide saavutamiseks sobiv (*appropriate*) ja vajalik.“

<sup>39</sup> Nimetatud artiklis on kirjas: „Kooskõlas proportsionaalsuse põhimõttega ei või liidu meetme sisu ega vorm minna aluslepingute eesmärkide saavutamiseks vajalikust kaugemale.“

<sup>40</sup> Hiljuti väljendatud seisukohta vt EKo 21.07.2011, C-2/10, *Azienda Agro-Zootecnica Franchini*, p 73: „Sellega seoses tuleb meenutada, et direktiivi 2009/28 artiklis 13 sätestatud liidu õiguse üldpõhimõtete hulka kuuluv proportsionaalsuse põhimõte nõuab, et liikmesriikide poolt võetud meetmed ei läheks kaugemale sellest, mis on asjaomaste õigusnormidega taotletavate õiguspäraste eesmärkide saavutamiseks sobiv ja vajalik, ning juhul, kui on võimalik valida mitme sobiva meetme vahel, tuleb rakendada kõige vähem piiravat meetet, ja tekitatud halvemus ei tohi olla ebaproportsionaalne (*disproportionate*) seatud eesmärkidega võrreldes [...]“. Vrd ka V. Trstenjak, E. Beysen. *Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung. – Europarecht (EuR) 2012*, lk 265, 270 jj. [Tsiteeritud lõigu lõpp kõlab eestikeelses originaaltõlkes: „[...] tekitatud piirangud peavad olema vastavuses seatud eesmärkidega [...]“ Siin on jäetud oluline mõiste tõlkes kajastamata. – *Tlk.*]

tegevusele kehtestatud keeld õiguspärane siis, kui keelavad meetmed on sobivad ja vajalikud asjassepuutuva regulatsiooniga legitiimselt taotletavate eesmärkide saavutamiseks; kui on võimalik valida mitme sobiva meetme vahel, tuleb rakendada kõige vähem koormavat meetet ja tekitatud kahju ei tohi olla seatud eesmärgi arvestades ebaproportsionaalne (*disproportionate*).<sup>41</sup>

### III. Mänguruum (*margin of appreciation*)

Mis puutub seadustesse, siis nende puhul tunnistab Saksa Liidukonstitutsioonikohus suurt mänguruumi põhiõiguste riive sobivuse ja vajalikkuse hindamisel.<sup>42</sup> Selle tingib niisuguse hindamistegevuse empiiriline või prognoosiv iseloom. Hiljutiste kohtuotsustega on endisest selgemaks saanud, et sama kehtib ka mõõdukuse hindamisel. Näiteks eelmainitud kohtuotsuses, mis puudutas suitsetamise keeldu baarides ja restoranides, leidis kohus, et on seadusandja asi otsustada, kas ja milliseid meetmeid võtta tõenäoliselt ohtlike olukordade vastu ning milline kaal – põhiseadusega ette nähtud piirides – anda asjassepuutuvatele huvidele.<sup>43</sup> Sel puhul kasutas kohus asjast rääkides sõna „mänguruum“ saksakeelseid vasteid.<sup>44</sup> Liidukonstitutsioonikohus on samuti öelnud erisugustes olukordades, et ei ole kohtu asi kontrollida, kas seadusandja on valinud kõige eesmärgipärasema, mõistlikuma või õiglasema lahenduse.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> EKo 13.11.1990, C-331/88, *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA and others*, p 13.

<sup>42</sup> BVerfG 12.12.2006, 1 BvR 2576/04 (E 117, 163, 189); 15.01.2002, 1 BvR 1783/99 (E 104, 337, 347 ja 348).

<sup>43</sup> BVerfG 30.07.2008, 1 BvR 3262/07 (E 121, 317, 356 ja 360) ning sealseid viited.

<sup>44</sup> BVerfG 30.07.2008, 1 BvR 3262/07 (E 121, 317, 356): *Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum* ('asjaolude hindamise, väärtushindamise ja kujundamise mänguruum').

<sup>45</sup> Näited (enamikus ei olnud tegu otseselt proportsionaalsuse testi kontekstiga): BVerfG 27.01.1965, 1 BvR 213/58 (E 18, 315, 325) puudutas piima ja piimatoodete maksustamist; BVerfG 08.04.1997, 1 BvR 48/94 (E 95, 267, 310) puudutas lepinguvabaduse piirangut; BVerfG 09.03.1994, 2 BvL 43/92 (E 90, 145, 173) puudutas kanepi ebaseadusliku käitlemise kriminaliseerimist; BVerfG 26.02.2008, 2 BvR 392/07 (E 120, 224, 256 ja 257) puudutas õe ja venna vahelise intsesti kriminaliseerimist; BVerfG 14.02.2012, 2 BvL 4/10 (E 130, 263, 294); 19.09.2007, 2 BvF 3/02 (E 119, 247, 285) käsitlesid ametnike töötasu vastavust *Grundgesetz*'i artikli 33 lõikele 5; võrdse kohtlemise kaasustest vt nt BVerfG 11.11.2008, 1 BvL 3/05 (E 122, 151, 174).



## IV. Kas proportsionaalsuse nõue on ülemäärase kohtuvõimu tööriist?

Mõned Saksa kriitikud on rünnanud liidukonstitutsioonikohtu proportsionaalsuse doktriini ja eriti selle kolmandat astet, nimetades seda poliitilise võimu haaramise vahendiks.<sup>46</sup> Teistes riikides levinud arusaam, et Saksa Liidukonstitutsioonikohus toimib kohtunike valitsusena (*gouvernement des juges*), mida ei tahaks näha oma riigis, ilmselgelt aitab kaasa kalduvusele pidada proportsionaalsuse põhimõtet imelikuks Saksa leiutiseks, mille pääsu oma õigusesse püütakse iga hinna eest takistada, selleks et ära hoida parlamendi suveräänsuse lõplikku kadu.

Liidukonstitutsioonikohus on vaieldamatult kõike muud kui *puissance en quelque façon nulle*<sup>47</sup> musternäide ja arvamused selle kohta, kuidas kohus on praktikas kasutanud proportsionaalsuse põhimõtet üksikjuhtumitel, võivad lahknedada, ent kui keegi kaldub arvama, et kohus on seejuures liiale läinud, ei tohiks minu arvates süüdistada proportsionaalsuse põhimõtet kui sellist ja ammugi mitte proportsionaalsuse testi kolmeastmelist ülesehitust; test on ju lihtsalt mõistuspärastamise heuristiline abivahend,<sup>48</sup> mille abil teha kindlaks mistahes praktilisest mõistuspärasusest lähtuva intuiitiivse otsuse elemendid. Eri alustel seisvates õigussüsteemides on varuks erisugused vastused küsimusele, kas kohtunikud peaksid või ei peaks mingil määral valvama seadusandliku ja täidesaatva võimu valikute mõistlikkuse üle olukorras, kus kaalul on vastassuunalised väärtused ja küsimuse all on põhiseaduslikud väärtused. Ent kui küsimusele vastata jaatavalt,<sup>49</sup> tuleb nende valikute mõistlikkuse eelkirjeldatud elementide eristamisega vaeva näha. Iseküsimus on, kas kõigi nende testide kohaldamisel

<sup>46</sup> Testi kolmanda astme kriitika kohta vt B. Schlink. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin 1976, lk 217; R. Camilo de Oliveira. *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*. Berlin 2013, lk 205 jj. Veel viiteid leiata M. Klatt, M. Meister. *Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip*. – M. Klatt (toim.). *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Tübingen 2013, lk 62 viide 1. [Eesti k: Proportsionaalsus kui universaalne põhiseaduslik printsiip. – Riigiõiguse aastaraamat 2020, lk 118 viide 1. – *Tlk.*]

<sup>47</sup> C. De Montesquieu. *De l'esprit des lois* (1748). Livre XI, Chapitre VI: „Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle.“ [Eesti k: „Kolmest võimust, millest juttu oli, on kohtuvõim kuidagi võimuta võim.“ Artiklis kasutatud fraasi eestikeelseks tõlkeks võiks Montesquieu tekstist lähtudes olla niisiis 'võimuta võim'. – *Tlk.*]

<sup>48</sup> Vrd A. Barak. *Proportionality*. Cambridge 2012, lk 131 („metodoloogiline tööriist“).

<sup>49</sup> Ralf Brinktrine võrdleva analüüsi kohaselt halduse kaalutusõigusest Saksa ja Inglise õiguses leiab ebamõistlikkuse (*unreasonableness*) teemalisest Inglise kohtupraktikast näiteid nii sellest, kus ebamõistlikkus on seostatav proportsionaalsuse analüüsi mõõdukuse astmega, kui ka sellest, kus ebamõistlikkus on seostatav vajalikkuse astmega. Vt R. Brinktrine. *Verwaltungsermessens in Deutschland und England*. Heidelberg 1998, lk 530.

rakendab kohus enesepiirangut. Vastus oleneb traditsioonidest, institutsionaalsest kultuurist ja kohtu faktilise võimu ulatusest (mida ei tohi segi ajada kohtu õigusliku pädevusega, kuigi need on omavahel seotud<sup>50</sup>). Seega ei tähenda eespool visandatud proportsionaalsuse mõiste omaksvõtt Saksa pigem intensiivse põhiseaduslikkuse järelevalve mudeli omaksvõttu.

---

<sup>50</sup> Liidukonstitutsioonikohtu faktiline võim tuleneb selle tohutust populaarsusest Saksamaal, mis omakorda lähtub kohtu õiguslikust pädevusest teha järelevalvet mistahes riigivõimu akti – sealhulgas kõigi teiste kohtute otsuste – üle, mis riivavad põhiõigusi, samuti sellest, et kohtusse pöörduda on väga lihtne (puudub riigilõiv, kaebajat ei pea esindama advokaat, vrd G. Lübke-Wolff. *The German Federal Constitutional Court from the Point of View of Complainants in Search of Their Constitutional Rights.* – P. Pasquino, B. Randazzo (toim.). *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti.* Milano 2006, lk 61–88), ning see, et kohtul on õnnestunud töötada erapooletul ja ühendaval viisil.