

### **Austatud lugeja!**

Kui Juridica autor saab toimetatud artikli ülevaatamiseks, sisaldab see sageli toimetusepoolseid märkusi. Paljud neist märkustest algavad ettepanekuga kaaluda ühe või teise muudatuse tegemist. Mõned neist puudutavad käsitluse sisulist poolt. On olnud juhtumeid, kus autorid protesteerivad selliste ettepanekute vastu ja leiavad, et toimetus on sellega ületanud oma pädevust. Sellisel juhul selgitame, et meie peame oma ülesandeks võimalikule probleemile tähelepanu juhtida – kui autor näeb probleemi, siis saab ta teksti muuta; kui ei näe, siis ei pea ta seda tegema. Muudatuste tegemine on autori otsustada.

Ilmselt on sõna „kaalumine“ jõudnud toimetuse igapäevasesse keelekasutusse läbi Juridica artiklite. See oli aasta 2001, kui Juridica avaldas Robert Alexy artikli „Kollision ja kaalumine kui põhiõiguste dogmaatika põhiprobleemid“. Juridica andmebaas näitab, et kui enne 2001. aastat oli 36 Juridica artiklit kasutatud sõna „proportsionaalsus“, siis pärast on seda sõna Juridicas kasutatud peaaegu 200 korral. Kaalumise kohta kirjutatud enam kui 500 korral. Proportsionaalsusest on saanud mitte ainult argument, vaid ka paljude teemade käsitlemise meetod. Seejuures on huvitav, et proportsionaalsustesti kriitikat Juridicas seni avaldatud pole. See ei näita mitte toimetuse meelsust, vaid asjaolu, et selliseid artikleid Juridicales esitatud pole. Kui see ei ole ühe teooria võidukäik, siis mis selleks on?

Ja see ei puuduta üksnes õiguskirjandust. Nagu kirjutab Madis Ernits oma raamatus „Põhiõigused, demokraatia, õigusriik“, on printsipiiteooria järjekindel rakendamine selle kogumis Riigikohtu põhiseaduslikkuse õigusemõistmise suurimaid dogmaatilise saavutusi. Siiski, õigusemõistmises on selle teooria ainuõigsust ja universaalsust ka kahtluse alla seatud. Nagu kirjutab riigikohtunik Eerik Kergandberg oma eriarvamuses kohtuasjas 3-1-3-10-02, on põhiõiguste selgepiiriline jagunemine reegliteks ja printsiipideks vaid üks paljudest võimalikest teoreetilistest hüpoteesidest, millele on võimalik leida rohkesti kummutatavaid vastuargumente. Riigikohtunik Tambet Tampuu märgib erinevalt üldkogu enamusest kohtuasjas 3-4-1-6-12, et „ESML artikli 4 lõike 4 põhiseadusele vastavuse hindamisel ei olnud õige hinnata põhiseaduse põhimõtete riive proportsionaalsust. Nn proportsionaalsuse test sobib õigusakti sätte põhiseadusele vastavuse hindamiseks juhtudel, kus lahendatakse isiku põhiõiguste riive lubatavuse küsimust. Antud juhul ei ole tegemist sellist liiki vaidlusega.“ Näib, et just viimati nimetatud eriarvamus on andnud Hent Kalmole ajendi analüüsida proportsionaalsusteooriat kriitilises võtmes. Toimetusel on hea meel lõpuks ometi ka üks selline käsitlus lugejani tuua.

Hent Kalmo kirjutab, et normi rakendajana ei saa me alati erinevate hüvede kaalumist läbi viia. Selle kaalumise on meie eest juba ära teinud seadusandja, otsustades vastava normi kehtestamise. Normi rakendaja, kes hakkab uuesti kaaluma normi taga peituvaid põhjendusi, sisuliselt tühistab selle otsuse ja asendab põhiseadusandja valiku iseenda omaga. Iga konstitutsiooni mõte on välistada valikud, mis seadusandjale või kohtutele tunduvad igati mõistlikud ja proportsionaalsed. Konstitutsioon rajaneb juba mõiste poolest eeldusel, et reeglite rakendamine ja väärtuste kaalumine ei ole sama asi. Vastasel juhul võiksid kohtud rakendada otse väärtuskorda ja põhiseadust polekski tarvis.

Mõelgem selle peale. Head lugemist!



Katrin Prükk