

# Institutsionaliseerides sokraatilist vaidlustamist:

ratsionaalne inimõiguste paradigma, legitiimne autoriteet  
ja põhiseaduslikkuse järelevalve eesmärk\*

Tõlkinud Birgit Aasa ja Madis Ernits

**Kokkuvõte.** Mattias Kummi artikkel käsitleb põhiseaduslikkuse järelevalve seoseid sokraatilise vaidlustamise, ratsionaalse inimõiguste paradigma ja võimu legitiimsusega. Kumm väidab, et küpse liberaaldemokraatia mõistlikult soodsates tingimustes on põhiseaduslikkuse järelevalve demokraatlikult vastutava otsustusprotsessi vajalik täiendus. Nii seaduste põhiseaduslikkuse järelevalve kui ka seadusandja poliitiline vastutus valimistel annavad liberaaldemokraatlikust konstitutsionalismist tulenevatele kaas- ja baaskohustustele võrdväärse institutsionaalse väljenduse, moodustades põhiseadusliku legitiimsuse võrdväärseid tugisambad. Sokraatiline vaidlustamine, nii nagu seda on kirjeldatud varastes Platoni dialoogides, seisneb ametivõimude kritiseerimises, hindamaks võimude esitatavate nõuete põhjendatust, ja see jagab mitmeid silmatorkavaid omadusi, funktsioone ja küsimusi institutsionaliseeritud põhiseaduslikkuse järelevalvega. Artiklis käsitletakse kolme tüüpi kõrvalekaldeid, mis aeg-ajalt rikuvad demokraatlikke otsuseid ja mille tuvastamiseks sobib põhiseaduslikkuse järelevalve eriti hästi. Põhiküsimus ei seisne selles, kas põhiseaduslikkuse järelevalve on demokraatlikult legitiimne, vaid selles, kuidas tuleks põhiseaduslikkuse järelevalve korraldada, et saavutada kõige paremini selle eesmärgid: demokraatia tugevdamine ja õiguste kaitse.

**Märksõnad:** põhiseaduslikkuse järelevalve, ratsionaalne inimõiguste paradigma, proportsionaalsuse test, sokraatiline vaidlustamine, demokraatia, majoritaarsusvastasuse probleem

Debatt põhiseaduslikkuse järelevalve (*judicial review*) üle ei ole veel läbi. Hiljutise panusena sellesse ühte klassikalisemasse Teise maailmasõja järgsesse konstitutsionalismiteemalisse vaidlusesse kordavad, teravdavad ja rafineerivad Jeremy Waldron<sup>\*1</sup> ja Richard Bellamy<sup>\*2</sup> vanu argumente kohtute pädevuse vastu kohaldamata jätta või tühistada seadusi põhjusel, et need rikuvad põhi- või inimõigusi.

Põhiseaduslikkuse järelevalve kriitika tuuma võib kokku võtta kahte peamisse argumenti. Esiteks pole vähemalt mõistlikult küpsetes liberaaldemokraatlikes riikides mingit põhjust eeldada, et põhiseaduslikkuse järelevalve kaitseb õigusi enam kui neid kaitseks demokraatlik seadusandja. Õiguste üle peetava juriidilise diskursuse legalistlik olemus, selle keskendumine tekstile, ajaloole, pretsedendile jne, kipub ebaotstarbekalt

\* M. Kumm. Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review. – European Journal of Legal Studies 1 (2008), lk 153–183.

1 J. Waldron. The Core of the Case against Judicial Review. – The Yale Law Journal 115 (2006), lk 1346–1406. DOI: <https://doi.org/10.2307/20455656>.

2 R. Bellamy. Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy. Cambridge: Cambridge University Press 2007. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511490187>. Lisaks põhiseaduslikkuse järelevalvele käsitleb see raamat tunduvalt laiemat hulka põhiseaduse küsimusi.

tähelepanu kõrvale juhtima moraalsetelt küsimustelt, mis on kesksed õigustele tuginevate nõuete kehtestamisel, samas kui need legalistlikud takistused ei koorma poliitilist debatti. Teiseks puudub põhiseaduslikkuse järelevalvel, sõltumata selle tulemustest, demokraatlik legitiimsus. Õiguste kaitse võib olla küll õiguse legitiimsuse eeltingimus, kuid konkreetsetel juhtudel on isikud sellistest õigustest tulenevate tagajärgede suhtes tõenäoliselt mõistlikult eri meelt (*reasonable disagreement*). Sellistel puhkudel nõuab poliitilise võrdsuse idee, et õigusi puudutavad küsimused tuleks samuti otsustada menetluses, mis tagab poliitilise vastutuse. Mõned Waldroni ja Bellamy argumendid, nagu debatt põhiseaduslikkuse järelevalve üle üldiselt, ei leia tõenäoliselt Euroopas tugevat vastukaja. Enamikus Euroopa riikides on põhiseaduslikkuse järelevalve küsimus institutsionaalselt otsustatud positiivse õigusega – kas siis selgete põhiseaduse sätete või rahvusvahelisest õigusest tulenevate kohustustena.<sup>3</sup> Ent esitatud väljakutsed pakuvad teretulnud võimaluse mõtiskleda sügavamalt inim- ja põhiõiguste kaitse praktika olemuse üle, nii nagu see on Euroopas välja kujunenud, ja küsida, millised – kui üldse – on selle erilised vored ja kuidas need vored seonduvad õiguse legitiimsusega liberaalses demokraatias. Nagu selgub, on Euroopa põhi- ja inimõiguste kaitse praktika heaks ajendiks, et mõelda veel kord nende õiguste olemuse, õiguste ja demokraatia vahelise suhte ning institutsioonide üle, mis püüavad neid kohustusi reflekteerida ja realiseerida.

Ma väidan, et Waldron ja Bellamy käsitlevad küll õigeid probleeme, kuid eksivad. Esiteks, põhiseaduslikkuse järelevalve tõenäoliselt parandab tulemusi. Käesolev kirjutis kaitseb konventsionaalset tarkust legalistlike moonutuste eest, keskendudes just nüüdisaegsele Euroopa inim- ja põhiõiguste kaitse praktikale. Selles praktikas peaaegu puuduvad eelkõige Waldroni kirjeldatud legalistlikud moonutused. Euroopas domineerib selle asemel hoopis miski, mida ma nimetan ratsionalistlikuks inimõiguste paradigmat (*Rationalist Human Rights Paradigm*). Selle paradigma raames võimaldab iseäranis neljaastmeline proportsionaalsuse test kohtutel kasutada kõiki asjakohaseid moraalset ja pragmaatilisi argumente sõnaselgelt ning ilma nende legalistlike suuniste ja piiranguteta, mis muidu iseloomustavad juriidilist argumentatsiooni. Lisaks ei tegele kohtunikud seejuures keerulise teoretiseerimisega, vaid suhteliselt igapäevase struktureeritud protsessiga, mis uurib põhjuseid. See protsess on võimeline tuvastama mitmesuguseid poliitilisi kõrvalekaldeid, mis on küllaltki levinud isegi küpsetes demokraatlikes riikides. Ratsionalistliku inimõiguste paradigma kirjeldamisel tõstetakse artiklis esile mõned Euroopa inimõiguste kaitse praktika kesksed struktuuraalsed iseärasused, mis eristavad seda huvitava kombel USA kontekstist, millest lähtub nii Waldron kui üldiselt ka suurem osa kõige keerukamatest põhiseaduslikkuse järelevalvet puudutavatest mõttearendustest.

Teiseks, kuigi ratsionalistlik inimõiguste paradigma ei kehtesta õigustest tulenevaid nõudeid lahendavatele kohtutele just palju seaduslikke piiranguid ega siduvaid juhtnõore, ei süvenda ega kinnita see legitiimsuse probleemi, millele on skeptikute arvates suunatud põhiseaduslikkuse järelevalve aadressil tehtava kriitika teravik. Hoopis vastupidi. Mõistlikult soodsates küpse liberaaldemokraatia tingimustes on põhiseaduslikkuse järelevalve demokraatlikult vastutava otsustusprotsessi vajalik täiendus. Nii seaduste põhiseaduslikkuse järelevalve kui ka seadusandja poliitiline vastutus valimistel annavad liberaaldemokraatlikust konstitutsionalismist tulenevatele nii kaas- kui ka baaskohustustele institutsionaalse väljenduse. Mõlemad on ühtviisi põhiseadusliku legitiimsuse tugisambad. Põhiseaduslikkuse järelevalve väärrib kaitset mitte ainult pragmaatilistel kaalutlustel (kuna see viib paremate tulemusteni), vaid ka põhimõtteliselt.

Et kaitsta põhiseaduslikkuse järelevalvet, tuleb esmajärjekorras anda endale aru selle eesmärgist. Selgitus peab sobima nii kaitstava praktikaga kui ka väljendama, miks on põhiseaduslikkuse järelevalve atraktiivne.<sup>4</sup> Selgitus võib ebaõnnestuda kas seetõttu, et see ei seostu mõistlikult tegeliku praktikaga, või seetõttu, et see ei too välja, mis on seejuures atraktiivne. USA riigiõiguslaste genereeritud rikkalik põhiseaduslikkuse järelevalve kirjandus<sup>5</sup> käsitleb valdavalt USA konstitutsiooni praktikat ega võta arvesse Euroopa

<sup>3</sup> See on loomulikult üldistus. Ühendkuningriigis nagu ka Skandinaavia riikides on kohtute roll põhiõiguslike küsimuste üle siduval otsustamisel piiratud ja debatid kohtuliku kontrolli vajalikkuse üle on vägagi aktuaalsed.

<sup>4</sup> Küsimuse selline püstitus sarnaneb metodoloogiaga, mida kirjeldab Ronald Dworkin, vt R. Dworkin. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press 1986. See käsitlus ei paku üksnes selgitust, mis näitab põhiseaduslikkuse järelevalve praktikast selle parimast küljest, vaid sõnastab ka normatiivse standardi, mille alusel saab selle spetsiifilisi aspekte kritiseerida, kui need ei vasta seatud eesmärkidele.

<sup>5</sup> Olulisimad teosed on nt A. M. Bickel. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis, New York: Bobbs-Merrill 1962; J. H. Ely. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press 1981. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctv102bj77>; R. Dworkin. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press 1996; C. Eisgruber. *Constitutional Self-Government*. Cambridge: Harvard University Press 2001; L. G. Sager. *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*. New Haven: Yale University Press 2004; L. D. Kramer. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York:

põhiseaduslikkuse peamisi jooni. Euroopa praktika eiramine ei võimalda seda ka selgitada.<sup>6</sup> Täpsemalt ei käsitle ükski viidatud kirjandusallikas ratsionaalse inimõiguste paradigma keskseid struktureid eripärast. Teisalt ei ole need õigussüsteemide võrdlejad ega Euroopa konstitutsiooniõiguslased, kelle tähelepanu on rohkem suunatud Euroopa praktikas domineeriva ratsionaalse inimõiguste paradigma põhijoontele,<sup>7</sup> esitanud veenvat läbitöötatud selgitust, miks peaks seda praktikat pidama atraktiivseks. Käesolev kirjutis on katse esitada säärase selgituse miinimumstruktuur. Argumendid on võimalik esitada üksnes põgusalt ja täielikult välja arendamata kujul, samuti jäävad vääriliselt käsitlemata eelnevad rikkalikud küsimusepüstitused ja neile pühendatud tohutu hulk kirjandust.

Ma väidan, et põhiseaduslikkuse järelevalve mõte on sokraatilise vaidlustamise seaduslik institutsionaliseerimine. Sokraatiline vaidlustamine seisneb ametivõimudega kriitilises tegelemises, hindamaks, kas nende esitatavad nõuded on põhjendatud. See praktika, mida on kõige ilmekamalt kirjeldatud varastes Platoni dialoogides,<sup>8</sup> tõi endaga kaasa paljude ametisse seatud võimukandjate, kelle toimimist Sokrates uuris ja kahtluse alla seadis, mõistetava frustratsiooni. See viis ajaloolise Sokratese süüdi- ja surmamõistmiseni kogukonna jumalate teotamise ja demokraatliku Ateena noorsoo moraalse korrumppeerimise eest. Ma väidan, et inim- ja põhiõigustealane õigusemõistmine, nagu see on valdavas osas Euroopast välja kujunenud, on sokraatilise vaidlustamise seadustega institutsionaliseerimise vorm. Kui üksikisikud esitavad inim- või põhiõigustel põhinevaid nõudeid, kohustavad nad kohtuid ametivõime kriitiliselt kaasama ja hindama, kas nende tegevust ja kaebajatele pandud kohustusi on võimalik vastuvõetavalt õigustada. Sokratesele, keda Platon kirjeldab oma varastes dialoogides, kuulub õigustatult aukoht demokraatlikus Ateena polises, selle asemel et kannatada sepietatud süüdistuste all, et tema tegevus solvas kogukonna väärtusi ja korrumppeeris noorsugu. Eurooplased on põhjendatult seadustega institutsionaliseerinud sokraatilise vaidlustamise praktika kui lakmuspaberi testi, mille ametivõimude mis tahes tegevus peab õigusliku vaidluse korral läbima. Seadustega institutsionaliseeritud sokraatiline vaidlustamine on soovitatav nii seetõttu, et see kipub tulemusi parandama, kui ka seetõttu, et see väljendab kesket liberaalset pühendumust tingimustele, mis peavad olema täidetud, et õigus oleks legitiimne.

Kirjutise esimene osa toob välja ratsionalistliku inimõiguste paradigma peamised struktuurilised tunnused, aidates olulisel määral selgitada Euroopa inim- ja põhiõiguste kaitse praktikat. Teine osa püstitab väite, et sellise struktuuriga õiguskaitsepraktika institutsionaliseerimise eesmärk on sokraatilise vaidlustamise praktika kehtestamine seadusega. Sokraatiline vaidlustamine on praktika, mis annab institutsionaalse väljenduse ideele, et võimu kogu legitiimsus sõltub selle põhinemisest üldisel mõistlikkusel ehk teisisõnu: kui seda saab teistele selliselt õigustada, et nad võiksid seda mõistlikult aktsepteerida.<sup>9</sup> Praktikas sobib sokraatiline vaidlustamine hästi, lahendamaks mitmesuguseid poliitilise protsessi tavapäraseid kõrvalekaldeid. Kolmas osa asetab kõigepealt nii ratsionalistliku inimõiguste paradigma kui ka põhiseaduslikkuse järelevalve ajaloolisesse konteksti, et seejärel väita, et õiguste põhiseaduslikkuse järelevalve ei ole demokraatliku legitiimsusega kokkusobimatu, vaid hoopis selle vajalik täiendus. Ma väidan, et valimistel ja ühetaolisel valimisõigusel põhineva võistleva poliitika idee ja õigustele rajatud sokraatilise vaidlustamise praktika on liberaaldemokraatliku konstitutsionalismi, mille legitiimsus ei põhine ainult tulemustest lähtuvatel argumentidel, komplementaarsed institutsionaalsed põhielemendid. Ilma põhiseaduslikkuse järelevalveta oleks liberaalne demokraatia mittetäielik ja ebapiisav. Viimane osa sisaldab esialgset hüpo-

Oxford University Press 2004; M. Tushnet. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press 1999. DOI: <https://doi.org/10.1515/9781400822973>.

<sup>6</sup> Selle on õigesti välja toonud D. M. Beatty. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press 2004. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199269808.001.0001>.

<sup>7</sup> R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford, New York: Oxford University Press 2002; D. M. Beatty. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press 2004. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199269808.001.0001>.

<sup>8</sup> Siinkohal järgin ma Gregory Vlastost, kes teeb vahet Platoni varasema perioodi elenktiliste dialoogide Sokratesel ja hilisemates dialoogides kujutatud Sokratesel. Elenktilised dialoogid tähestikulises järjekorras on „Apoloogia“, „Charmides“, „Euthyphron“, „Gorgias“, „Hippias (lühem)“, „Ion“, „Kriton“, „Laches“, „Protagoras“ ja esimene raamat teosest „Politeia“. Vt G. Vlastos. *Socrates: Ironist and Moral Philosopher*. Cambridge: Cambridge University Press 1991, lk 46. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511518508>.

<sup>9</sup> See sõnastus erineb sellest, mida Scanlon kasutab, kujutamaks liberaalse lepinguõigluse kontseptsiooni tuuma, ja mille järgi on nõutav „õigustatus teiste suhtes põhjustel, mida nad ei saa mõistlikult tagasi lükata“ („justifiability to others on grounds they could not reasonably reject“), vt T. M. Scanlon. *What We Owe to Each Other*. Cambridge: Harvard University Press 1998. Erinevus nende sõnastuste vahel peegeldab erinevust katsete vahel sõnastada õigluse ja legitiimsuse kriteeriumid. Kuigi see küsimus on teatava kaaluga, ei ole seda siinkohal võimalik käsitleda. Nagu selgitan põhjalikumalt allpool, on põhiseaduslikkuse järelevalve seotud legitiimsuse, mitte õiglusega.

teesi selle kohta, miks on peetud nii palju arutelusid antimajoritaarsuse probleemi (*counter-majoritarian difficulty*) ja põhiseaduslikkuse järelevalve üle ning vähem majoritaarsuse probleemi üle. Alles viimase viie-kümne aasta vältel on Euroopas hakanud liberaaldemokraatlik põhiseadustraditsioon järk-järgult vabana autoritaarsetest, kollektivistlikest ja sageli natsionalistlikest eelarvamustest, mis on – demokraatia kui kollektiivse omavalitsuse konstitutsiooniliste teooriate kujul – jätkanud rahvusriikide ajastul märkimisväärselt põhiseadusteoreetilise mõtlemise kujundamist. Hobbesi vari hõljab endiselt suure osa tänapäeva konstitutsiooniteooria kohal.

## I. Ratsionaalne inimõiguste paradigma

Inim- ja põhiõiguste praktika Euroopas on suures ulatuses mitte legalistlik, vaid ratsionalistlik. See kesken-dub valdavalt mitte seaduste tõlgendamisele, vaid üldisest mõistlikkusest lähtudes avaliku võimu organite tegevuse põhjendamisele. Argumentidel, mis tuginevad õigustekstidele, ajaloolle, pretsedentidele jmt, on Euroopa põhiõiguste praktikas suhteliselt tagasihoidlik roll. Selle asemel on inim- või põhiõiguste teemaliste vaidluste toimiv süda proportsionaalsuse test (1). See test pakub pisut enam kui vaid kontrollnimekirja individuaalselt vajalikest ja kollektiivselt piisavatest kriteeriumidest, mis peavad olema täidetud, et avaliku võimu organite tegutsemine oleks üldisest mõistlikkusest lähtudes õigustatud. See loob struktuuri üldise mõistlikkuse hindamiseks (2). Lisaks sellele ei ole huvide ring, millele laieneb *prima facie* kaitse kui (subjektiivne) õigus, üldjuhul kitsas ja piiritletud, vaid ekspansiooniline. Näiteks nii Saksa Liidukonstitutsioonikohus kui ka Euroopa Kohus tunnustavad nii üldist õigust vabadusele kui ka üldist õigust võrdsusele. See tähendab, et peaaegu iga üksikisiku huve riivavat akti saab vaidlustada põhi- või inimõiguste rikkumisele tuginedes ja see peab olema üldisest mõistlikkusest lähtudes õigustatud (3).

(1) On tõsi, et kõik õiguslikes dokumentides loetletud põhi- või inimõigused ei eelda proportsionaalsuse analüüsi ega muid arutelusid piirangute üle. Õiguste kataloogid riikide põhiseadustes ja rahvusvahelises inimõigusi käsitlevates dokumentides sisaldavad ka norme, millel on lihtne kategooriline reeglitaoline struktuur. Nad võivad kehtestada midagi sellist nagu „Surmanuhtlus on kaotatud“ või „Igal vahi alla võetud on õigus 24 tunni jooksul kohtulikule ärakuulamisele“. Enamikku sellistest konkreetsetest reeglitest tuleb mõista kui põhiseadusandja langetatud siduvaid otsuseid selle kohta, kuidas olulised esmatasandi moraali ja otstarbekuse kaalutlused rakenduvad reeglina määratud asjaoludel. Hoolimata äärealadel tekkida võivatest tõlgendamisprobleemidest, ei allu selliste reeglite kohtulik jõustamine ilmselgelt proportsionaalsuse analüüsile ega ühelegi muule moraalsete kaalutluste mõtestatud rakendamise meetodile.

Kuid tänapäevase inim- ja põhiõiguste praktika keskmes on teistsugused õigused. Nüüdisaegsed põhi-seadused kehtestavad abstraktsed nõuded nagu õigus väljendusvabadusele, koosolekuvabadusele, usu-vabadusele jne. Näib, et need õigused ei saa usutavalt olla samasuguse struktuuriga kui eespool loetletud konkreetset õigused. Sellistel õigustel peavad ju olema mingid piirangud. Rahvast täis kinos pole õigust karjuda „Tulekahju!“ ega korraldada tipptunnil keset Champs Élysée'd spontaanset massimeeleavaldust. Kuidas tuleks need piirid kindlaks määrata?

Osaliselt pakuvad põhiseaduste tekstid lisateavet selle kohta, kuidas tuleks need piirid kujundada. Tekstilise ülesehituse vaatenurgast on kasulik eristada kolme lähenemisviisi õiguste piiridele.

Esimene tekstiline lähenemisviis on vaikida piirid maha. Ameerika Ühendriikide konstitutsiooni esimene *amendment* ütleb näiteks lihtsalt, et „Kongress ei võta vastu ühtegi seadust [...] mis piiraks väljendusvabadust [või] religiooni vaba väljendust“.<sup>10</sup> Pole üllatav, et USA põhiõiguste kultuuri ainulaadseks omaduseks on käsitada õigusi kitsalt, et neist tuleks teha nii vähe erandeid kui võimalik.<sup>11</sup>

Teine lähenemisviis on iseloomulik inimõiguste konventsioonidele ja peale Teist maailmasõda vastu võetud põhiseadustele. Selle ajajärgu õiguste kodifitseeringutele on iseloomulik õiguste sätestamine kahes

<sup>10</sup> „Congress shall make no laws [...] abridging the freedom of speech [or] the free exercise of religion“. Võib-olla ka põhjustel, mis on seotud USA konstitutsiooni teksti ülesehitusega, leidub seal seisukoht, et kohtud, kelle ülesandeks on selliste sätete jõustamine, peaksid neid käsutama lühiviitena spetsiifilistele reeglitele, mida kas oleks soovinud põhiseaduslik seadusandja või mis peegeldavad poliitilise kogukonna sügavat ajaloolist konsensust. Kui kohtud ei leia sellist konkreetset ja spetsiifilist reeglit, peaks seadusandjal olema vabadus seadustada mida iganes ta vajalikuks peab.

<sup>11</sup> F. Schauer. *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*. – *European and US Constitutionalism*. G. Nolte (ed.). Cambridge: Cambridge University Press 2005. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511493904.004>. Vt ka C. Fried. *Right and Wrong*. Cambridge, London: Harvard University Press 1978. DOI: <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674332508>.

osas. Sätte esimene osa määrab kindlaks õiguse kaitseala. Teine osa kirjeldab õiguse piire, määrates tingimused, mille täitmise korral on õiguse riive õigustatud. Näiteks sätestab Euroopa inimõiguste konventsiooni artikkel 10:

„Igaühel on õigus väljendusvabadusele [...]; nende vabaduste kasutamise [...] kohta [võidakse] seaduses ette näha formaalsusi, tingimusi, piiranguid või karistusi, mis on demokraatlikus ühiskonnas vajalikud riigi julgeoleku, territoriaalse terviklikkuse või ühiskondliku turvalisuse huvides, korratuste või kuritegude ärahoidmiseks, tervise või kõlbluse või kaasinimeste maine või õiguste kaitseks, konfidentsiaalse teabe avalikustamise vältimiseks või õigusemõistmise autoriteedi ja erapooletuse säilitamiseks.“

Samamoodi on Saksa *Grundgesetz*'i artikli 2 lõikes 1 öeldud: „Igaühel on õigus oma isiksuse vabale eneseteostusele niivõrd, kuivõrd ta ei riku teiste õigusi, põhiseaduslikku korda ega kõlblusreegleid.“

Esimene osa määrab kaitstavate huvide ala, milleks on antud juhul kõik need huvid, mis on seotud vastavalt väljendusvabaduse või isiksuse vaba eneseteostusega. Teine osa kehtestab tingimused, mille korral nende huvide riive võib olla õigustatud: „piirangud [...] mis on demokraatlikus ühiskonnas vajalikud“ ja „kuivõrd ta ei riku teiste õigusi, põhiseaduslikku korda ega kõlblusreegleid“. Põhiseaduspärasuse analüüsi esimene samm seisneb tavaliselt selle kindlakstegemises, kas mingi akt riivab õiguse kaitseala. Kui riivab, siis on tegemist õiguse *prima facie* rikkumisega. Teise sammuna tuleb välja selgitada, kas seda riivet saab õigustada piiriklausli alusel. Ainult juhul, kui seda ei saa teha, on tegemist õiguse definitiivse rikkumisega.

Kuigi terminit „proportsionaalsus“ ei ole üldjuhul pärast Teist maailmasõda vastu võetud põhiseaduste piiriklauslites kasutatud, on kohtud aja jooksul hakanud seda tüüpi piiriklausleid tõlgendama praktiliselt ühetaoliselt kui proportsionaalsuse analüüsi nõuet. Proportsionaalsuse nõue on seaduslikkuse nõude kõrval, mille kohaselt peavad üksikisikule mis tahes negatiivset mõju avaldavad piirangud olema sätestatud seaduses, peamine, otsustamaks, kas õiguse kaitseala riive on õigustatud.

Kolmandat lähenemisi viisi väljendavad hiljutised õiguste kodifitseeringud, mis tunnustavad ja tunnustavad äsja kirjeldatud arengut ning kipuvad asendama õigusspetsiifilised piiriklauslid üldise ühetaolise piiriklausliga.<sup>\*12</sup> Näiteks Euroopa Liidu põhiõiguste harta artikli 52 lõike 1 teises lauses on öeldud, et „[p]roportsionaalsuse põhimõtte kohaselt võib piiranguid seada üksnes juhul, kui need on vajalikud ning vastavad tegelikult liidu poolt tunnustatud üldist huvi pakkuvatele eesmärkidele või kui on vaja kaitsta teiste isikute õigusi ja vabadusi“.

(2) Õiguste seost proportsionaalsuse testiga on põhjalikult analüüsinud Robert Alexy.<sup>\*13</sup> Alexy järgi on põhiõiguste kataloogidele iseloomulikud abstraktsed õigused – printsiibid. Printsiibid, nagu Alexy neid mõistab, nõuavad millegi võimalikult ulatuslikku realiseerimist tingimustel, mida võimaldavad vastassuunalised põhjused. Printsiibid on struktuurilt väärtustega ekvivalentset. Väärtushinnangud saab ümber sõnastada printsiibilisteks otsustusteks (*statements of principle*) ja vastupidi. Võib öelda, et privaatsus on väärtus või et privaatsus on printsiip. Ütlemisega, et midagi on väärtus, ei ole veel midagi öeldud selle väärtuse suhtelise prioriteedi kohta abstraktselt ega konkreetsetes kontekstis teiste väärtustega. Printsiibilised otsustused väljendavad „ideaalset peandumist“ (*ideal ought*). Samamoodi nagu väärtushinnangud ei ole need veel, nagu Alexy ütleb, „seotud faktilise ja normatiivse maailma võimalustega“. Proportsionaalsuse test on vahend, mille abil väärtused seotakse normatiivse ja faktilise maailma võimalustega. Alati siis, kui printsiibi ja vastassuunaliste põhjuste vahel on konflikt, annab proportsionaalsuse test meie käsutusse kriteeriumid, mille abil saab kindlaks teha, millised põhjused on antud asjaoludel esimuslikud. Proportsionaalsuse

<sup>12</sup> Kanada õiguste ja vabaduste harta art 1 näeb ette, et õigustele võidakse kehtestada „selliseid seaduses sätestatud mõistlikke piiranguid, mida vabast ja demokraatlikus ühiskonnas saab tõendatavalt õigustada“ („such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society“). Lõuna-Aafrika põhiseaduse art-s 36 on öeldud, et õigusi võib piirata „üldkehtiva seadusega niivõrd, kuivõrd piirang on mõistlik ja õigustatud inimväärikusel, võrdsusel ja vabadusel rajanevas avatud ja demokraatlikus ühiskonnas, võttes arvesse kõiki asjakohaseid tegureid, sealhulgas (a) õiguse olemust; (b) piirangu eesmärgi olulisust; (c) piirangu olemust ja ulatust; (d) seost piirangu ja eesmärgi vahel; (e) vähem piirava vahendi olemasolu eesmärgi saavutamiseks“ („in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including – (a) the nature of the right; (b) the importance of the purpose of the limitation; (c) the nature and extent of the limitation; (d) the relation between the limitation and its purpose; and (e) less restrictive means to achieve the purpose“).

<sup>13</sup> R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford, New York: Oxford University Press 2002. Järgnevad leheküljed tuginevad suures osas järgmisele artiklile: M. Kumm. *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice*. – *International Journal of Constitutional Law* 2 (2004), lk 574–596. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/2.3.574>.

test annab analüütilise struktuuri, hindamaks, kas printsiibi realiseerimisele konkreetse olukorras seatud piirid on õigustatud.

Proportsionaalsuse test ei ole pelgalt mugav pragmaatiline vahend, mis aitab luua õigusliku analüüsi jaoks teoreetilise struktuuri. Kui õigused printsiipidena sarnanevad väärtushinnangutega, kujutab proportsionaalsuse struktuur endast analüütilist raamistikku vajalike ja piisavate tingimuste hindamiseks, mille esinemise korral jääb (subjektiivne) õigus võrreldes konkureerivate kaalutlustega peale, muutes selle esmatasandi poliitilise moraali küsimuseks. Õigust puudutav põhjendus on põhjendus selle kohta, kuidas konkreetne väärtus seostub nõuetega asjaoludele. See eeldab üldist praktilist argumentatsiooni.<sup>14</sup>

Näide Euroopa Inimõiguste Kohtu praktikast illustreerib, kuidas proportsionaalsuse analüüs toimib õigustest tulenevate nõuete lahendamisel.

Kaebajad kohtuasjas *Lustig-Prean ja Beckett vs. Ühendkuningriik*<sup>15</sup> kaebasid, et nende seksuaalse sättemuse uurimine ja kuninglikust mereväest vabastamine ainuüksi põhjusel, et nad on homoseksuaalid, rikkus Euroopa inimõiguste konventsiooni (EIÕK) artiklit 8. Artikkel 8 sätestab asjakohases osas järgmist:

„Igaühel on õigus sellele, et austataks tema era- [...] elu. [...] Ametivõimud ei sekku selle õiguse kasutamisse muidu, kui kooskõlas seadusega ja kui see on demokraatlikus ühiskonnas vajalik riigi julgeoleku [...] huvides, [...] korratuse [...] ärahoidmiseks [...].“

Kuna valitsus oli nõustunud, et kaebajate õigust eraelu austamisele oli riivatud – esines õiguse *prima facie* rikkumine –, oli küsimus vaid selles, kas riive oli õigustatud või kujutas riive endast mitte pelgalt *prima facie*, vaid õiguse definiitset rikkumist. Valitsuse tegevus oli kooskõlas riiklike seaduste ja Euroopa Ühenduse kohalduva õigusega ning vastas seega seaduslikkuse nõudele. Küsimus oli selles, kas valitsuse tegevust lubav seadus kvalifitseerub demokraatlikus ühiskonnas vajalikuks. Kohus tõlgendas seda nõuet sisuliselt proportsionaalsuse testi kehtestamisena. Alljärgnev on rekonstrueeritud ja kokkuvõtlik ülevaade kohtu põhjendustest.

Esimene küsimus, mille kohus esitas, oli legitiimse eesmärgi olemasolu kohta. Seda nõuet on suhteliselt lihtne täita juhtudel, kui konstitutsiooni säte ei piiritle üksikasjalikult neid eesmärke, mida peetakse legitiimseteks konkreetse õiguse riivete õigustamisel. Käesoleval juhtumil konstitutsiooni säte piiras eesmärke, mida peetakse legitiimseks eraelu riivamise õigustamisel. Ühendkuningriik pakkus siin homoseksuaalide relvajõududes teenimise keelamise õigustusena välja relvajõudude moraali, võitlusjõu ja operatiivse tulemuslikkuse säilitamise – eesmärgid, mis on selgelt seotud riikliku julgeolekuga.

Järgmine küsimus on, kas homoseksuaalide relvajõududes teenimise keelamine on sobiv vahend legitiimse otstarbekuseesmärgi edendamiseks. See on empiiriline küsimus. Vahend on sobiv, kui see tegelikult edendab valitsuse deklareeritud otstarbekuseesmärki. Käesoleval juhul näitas valitsuse tellitud uuring, et kui end avalikult homoseksuaalideks tunnistanud isikud teeniksid relvajõududes, seisaks need silmitsi integratsiooniprobleemidega. Ehkki kohus oli nende probleemide tõsiduse suhtes skeptiline, tunnistas ta, et kui homoseksuaalidel lubatakse relvajõududes teenida, võiks tekkida mõningaid integratsiooniprobleeme. Seda olukorda arvestades ei olnud kahtlust, et empiirilisel leeveneksid need probleemid märkimisväärselt kui mitte täielikult, kui homoseksuaalid relvajõududest täiesti välja jätta.

Keerulisem küsimus oli, kas homoseksuaalide relvajõududes teenimise keelustamine on vajalik. Meede on vajalik ainult siis, kui soovitava otstarbekuseesmärgi saavutamiseks pole olemas vähem piiravat, kuid sama tõhusat meetet. See test hõlmab USA riigiõiguslastele tuntud nõude, et soovitava otstarbekuseesmärgi saavutamiseks peab meede olema „kitsalt kohandatud“ (*narrowly tailored*), kuid ulatub kaugemale. Vajalikkuse nõue sisaldab „kitsalt kohandatud“ nõuet, sest iga meede, mis ei läbi kitsendavalt kohaldamise testi, ei vasta ka vajalikkuse nõudele. See ulatub aga kaugemale „kitsalt kohandatud“ nõudest, kuna võimaldab arvesse võtta alternatiivseid vahendeid, selle asemel et rõhutada probleemi lahendamiseks valitud vahendite kitsendamist ja piiramist. Kõnealusel juhul tõsis küsimus, kas distsiplinaarmedetega tagatud käitumisjuhiseid, mis oleksid kindlasti vähem piiravad, võiks pidada sama tõhusaks. Lõppkokkuvõttes leidis kohus, et kuigi distsiplinaarmedetega tagatud käitumisjuhised võiksid märkimisväärselt aidata kaasa

<sup>14</sup> Kui juriidiline argumentatsioon on üldise praktilise argumentatsiooni erijuhtum (vt R. Alexy. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Clarendon Press 1989), siis on õigusi kui printsiipe puudutav argumentatsioon juriidilise argumentatsiooni erijuhtum, mis sarnaneb rohkem üldise praktilise argumentatsiooniga ilma juriidilise argumentatsiooni eritunnusteta.

<sup>15</sup> Euroopa Inimõiguste Kohtu otsus, 27.09.1999, 31417/96 ja 32377/96, *Lustig-Prean ja Beckett ning Smith ja Grady vs. Ühendkuningriik*.

integratsiooniprobleemi lahendamisele, olid valitsusel mõjuvad põhjused asuda seisukohale, et see ei oleks piisav, et seda saaks pidada täielikule keelule võrdväärselt tõhusaks alternatiiviks.

Lõpuks pidi kohus hindamiseks, kas meede oli kitsamas tähenduses proportsionaalne, rakendama kaalumistesti (*balancing test*). Kaalumistest kujutab endast selle kohaldamist, mida Alexy nimetab kaalumisseaduseks (*Law of Balancing*): „mida suurem on ühe printsiibi rahuldamata jätmise või kahjustamise määr, seda tähtsam peab olema teise rahuldamine“<sup>16</sup>.

Briti relvajõududest vabastatud homoseksuaalsete sõdurite puhul on otsustav küsimus, kas homoseksuaalide relvajõududes teenimise keelamisega saavutatud moraali, võitlusjõu ja operatiivse tulemuslikkuse suurendamine õigustab kaebaja eraelu riive ulatust või on see ebaproportsionaalne. Kohus tugines ühelt poolt sõdurite eraelu riive tõsidusele, arvestades, et seksuaalne sättumus puudutab üksikisiku eraelu kõige intiimsemaid külgi. Teisest küljest oleks relvajõudude töö häirimine ilma sellise regulatsioonita olnud ennustuse järgi suhteliselt vähene. Kohus tõstis esile teiste Euroopa kaitsejõudude kogemusi, kes olid hiljuti avanud relvajõud homoseksuaalidele; Ühendkuningriigi armee edukat koostööd NATO liitlasvägede üksustega, kus teenisid teiste seas ka homoseksuaalid; käitumisjuhiste ja distsiplinaarmedetmete kehtestamise võimalust sobimatu käitumise ennetamiseks ning ka edukat kogemust naiste ja rassiliste vähemuste relvajõududes lubamisega, mis häiris üsna vähe. Kaalukausile asetatuna pidas Euroopa Inimõiguste Kohus Ühendkuningriigi meetmeid ebaproportsionaalseks ja väljaspool valitsuse mänguruumi (*margin of appreciation*) asuvaks ning leidis, et Ühendkuningriik rikkus EIÕK artiklit 8.

See näide illustreerib õigusi puudutava argumentatsiooni kahte iseloomulikku tunnust. Esiteks ei ole õiguse kandjal eriti palju kasu sellest, et tal on (subjektiivne) õigus. Täpsemalt ei tähenda asjaolu, et õiguse kandjal on *prima facie* õigus, veel seda, et tal oleks mingi eelis vastassuunaliste otstarbekuse kaalutluste ees. Õiguse kaitseala riive toimib üksnes päästikuna, mis vallandab riive õigustatuse hindamise. Kuid tõsiasi, et õigused ei ole selles mõttes trumbid, ei tähenda, et need ei tagaks tõhusat kaitset. See näide illustreerib, et praktikas võivad õigused isegi ilma sellise eelisjärguta olla muljet avaldavad relvad. Õigusi puudutava argumentatsiooni teine iseloomulik tunnus on sama mündi teine külg. Kuna tõdemuse tähtsus, et meede riivab õigust, on suhteliselt väike, keskendub õiguste järelevalve üldiselt riive õigustustele. Lisaks pakub proportsionaalsuse analüüsi neljaosaline struktuur enam kui individuaalselt vajalike ja kollektiivselt piisavate tingimuste kontrollnimekirjana toimivat skeemi, mis määrab kindlaks, kas riive õigustuseks esitatud põhjused on konkreetseid tehilolusid arvestades head põhjused. Õiguste riivete õigustatuse hindamine on juhtudel, kui põhiseadus ei anna täiendavaid ega täpsemaid juhiseid, enamjaolt struktureeritud praktilise argumentatsiooni kasutamine ilma paljude piiravate tingimusteta, mis muidu iseloomustavad juriidilist argumentatsiooni. Sellel mudelil põhinev õigusi puudutav argumentatsioon jagab järelikult ratsionaalse otstarbekuse hindamise olulisi struktuurilisi omadusi.<sup>17</sup> Proportsionaalsuse test varustab meid niisiis üksnes struktuuriga akti põhjendamiseks üldise mõistlikkuse seisukohast.

(3) Sellisel viisil õiguste kujutamine aitab selgitada veel üht tänapäevase inim- ja põhiõiguste praktika laialdaselt levinud omadust, millel peatume vaid lühidalt. Kui selle, et sul on (subjektiivne) õigus, tagajärjeks on üksnes positsioon, mille tugevuse konkreetses kontekstis määrab proportsionaalsuse analüüs, puuduvad ilmselgelt põhjused määratleda õigustena kaitstavate huvide ulatust kitsalt. Kas mitte kõik avaliku võimu organite aktid, mis puudutavad üksikisikuid, ei peaks vastama proportsionaalsuse nõudele? Kas proportsionaalsuse test ei anna meie käsutusse mitte üldist eesmärgi testi, tagamaks, et avalik võim võtaks üksikisikuid ja nende huve tõsiselt ning tegutseks ainult mõjuval põhjusel? Pole üllatav, et proportsionaalsusele orienteeritud inim- ja põhiõiguste praktika üks tagajärg on selle tähelepanuväärne ulatus. Õigustena kaitstud huvid ei piirdu õiguste klassikalise kataloogiga, nagu kitsas mõttes väljendus-, koosoleku- ja usuvabadus ning eraelu puutumatus. Selle asemel kallutab proportsionaalsuse analüüsi levik lisama *prima*

<sup>16</sup> R. Alexy. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford, New York: Oxford University Press 2002, lk 102: „the greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other“. Alexy selgitab kaalumisseadust samaväärsuskõverate abil, kasutades meetodit, mida majandusteadlased kasutavad huvidevahelise asendussuhte väljendamiseks. Selline meetod aitab illustreerida analoogiat kaalumisseaduse ja kahaneva piirkasulikkuse seaduse vahel.

<sup>17</sup> See ei tähenda, et need kaks oleksid identsed. Materiaalse õiguste analüüsi ja üldise otstarbekohasuse hinnangu vahel on vähemalt neli erinevust. Esiteks ei pea kohtud konkureerivaid otstarbekohasuse ettepanekuid tegema ega neid hindama, vaid peavad üksnes hindama, kas teiste institutsioonide tehtud valikud on õigustatud. Teiseks hindavad kohtud otstarbekusotsuse põhjendatust üksnes niivõrd, kui võrd see puudutab subjektiivse õiguse kaitseala. Kolmandaks eksisteerivad sageli spetsiifilised põhiseaduslikud reeglid põhiõiguste piiride kohta või varasem kohtupraktika, millest tulenevad reeglid, mis fikseerivad tingimuslikud eelistused (*conditional relations of preference*). Neljandaks jätab proportsionaalsuse analüüs teistele institutsioonidele ruumi otsuste tegemiseks. Euroopa Inimõiguste Kohus nimetab seda mänguruumiks.

*facie* kaitset pakkuvate õiguste hulka kõikvõimalikke vabadusega seotud huve. Näiteks tunnustas Euroopa Kohus kutsevabadust osana Euroopa Liidu liikmesriikide ühisest põhiseaduslikust pärandist, võimaldades sel moel allutada märkimisväärse hulga sotsiaalseid ja majanduslikke norme proportsionaalsuse analüüsile. Euroopa Inimõiguste Kohus käsitleb EIÕK artikliga 8 tagatud eraelu puutumatumust ekspansiivselt ning Saksa Liidukonstitutsioonikohus peab igasugust vabadusega seotud huvi *prima facie* kaitse alla kuuluvaks õiguseks. Saksamaal tõlgendatakse õigust isiksuse vabale eneseteostusele üldise vabadusõigusena, mida mõistetakse õigusena teha või mitte teha mida iganes. Saksa Liidukonstitutsioonikohus on otsustanud hõlmata sellised igapäevased asjad nagu õigus ratsutada hobusel läbi avaliku metsa, õigus sööta tuvisid avalikul väljakul või õigus kaubelda kindlat tõugu koertega. Sel viisil kasutatakse inim- ja põhiõiguste keelt, et allutada praktiliselt kõik avaliku võimu organite aktid, mis mõjutavad üksikisikute huve, proportsionaalsuse järelevalvele ja seeläbi üldisele mõistlikkuse testile.<sup>\*18</sup>

## II. Õiguste mõte: Sokraatilise vaidlustamise õiguslik institutsionaliseerimine

Kuid mis mõte on anda kohtutele volitused otsustada peaaegu kõigi otstarbekohasuse küsimuste üle tingimusel, et need on ratsionalistliku inimõiguste paradigma järgi tunnustatud õigusi puudutavateks küsimusteks?

(1) Põhiseaduslikkuse järelevalve tarkuse mõistatusel on struktuuriliselt palju ühist sokraatilise tarkuse mõistatusega sellisel kujul, nagu see avaldub Platoni varastes dialoogides. Nii nagu Sokrates käis ringi ja püüdis sundida Ateena poliitilist *establishment*'i debateerima õigluse põhiküsimuste üle ja selle üle, mida tähendab elada oma elu hästi, nii püüavad konstitutsioonikohtud õigustada oma rolli avalikus elus.

Viitamine autoriteedile ei lahenda, vaid süvendab seda mõistatust. On tõsi, et Sokratese puhul nägi Delfi oraakel ette, et Sokrates on kõige targem inimene.<sup>\*19</sup> Samamoodi on põhiseadustes ja Euroopa inimõiguste õiguses siduvalt kindlaks määratud kohtud, kellele on antud positiivse õigusega viimase sõna õigus inim- ja põhiõigusi puudutavates küsimustes, tõenäoliselt uskudes, et on parem anda see ülesanne just neile kui kellelegi teisele. Kuid mõistatus jääb alles. Kuidas saab neil instantsidel olla õigus? Kas see on mõistlik? Selles on küsimus. Sokrates, ametilt käsitööline, eitab, et tal oleks mingeid eriteadmisi õigluse või millegi muu kohta. Ta ei ole ega väida end olevat selline filosoof-kuningas, keda Platon kirjeldab hiljem kui vabariigi ideaalset riigimeest.<sup>\*20</sup> Tegelikult korrutab ta järjekindlalt, et ainus, mida ta teab, on see, et ta midagi ei tea. Samamoodi ei ole ka põhiseaduskohtutele ega inimõiguste kohtutele, kus töötavad väljaõppinud juristid, antud eriteadmisi selle kohta, mida nõuab õiglus, ning konstitutsioonikohtunikud taanduvad üldjuhul mõtte ees, et nad peaksid endast kujutama filosoofe-kuningaid,<sup>\*21</sup> sest nad annavad endale aru oma piiratud osatusest. Ainuke asi, mille kohta võivad kohtunikud usutavalt väita, et nad seda teavad, on seadus. Iroonilisel kombel on see enam-vähem sama, mis öelda, et nad ei tea midagi, sest ratsionalistliku inimõiguste paradigma raames annab seadus – kui mõistame seda kui siduvalt kehtestatud normikogumit, mis suunab ja piirab kohtumõistmist – tavaliselt väga vähe juhiseid konkreetsete õigustest tulenevate nõuete lahendamiseks. Nii nagu pole põhjust arvata, et tagasihoidliku tausta ja positsiooniga mees nagu Sokrates oli kõige targem inimene, näib puuduvat ka põhjus arvata, et juristidega mehitatud kohtud on sobivad lõppotsustajad vaieldavates õigusi puudutavates küsimustes, kui nad seavad kahtluse alla demokraatlikult vastutavate poliitiliste võimuorganite otsused, mida langetades on läbi käidud proportsionaalsuse testi pakutav kontrollnimekiri.

Kuid võib-olla peitub Sokratese ja konstitutsioonikohtunike eriline tarkus mitte selles, mida nad teavad õigluse või otstarbekuse teooriatest, vaid küsimustes, mida nad oskavad küsida teistelt, kes on – vähemalt

<sup>18</sup> Argumendi kohta, et ka Euroopa Kohtu inimõigustealane kohtupraktika sobib ratsionalistliku inimõiguste paradigmas, vt M. Kumm. *Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm*. – *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Treaty of Rome*. M. P. Maduro, L. Azoulai (eds.). Oxford, Portland: Hart 2010, lk 106–118. DOI: <https://doi.org/10.5040/9781472564979.ch-011>.

<sup>19</sup> Platon. *Apoloogia*, 21a.

<sup>20</sup> Nagu Vlastos osutab, on ainult keskmete ja hilisemate dialoogide Sokratesel välja töötatud keerukad teooriad metafüüsika, epistemoloogia, teaduse jms kohta.

<sup>21</sup> Väidetavalt ei muutnud kohtunikke Ronald Dworkini kohtumõistmiskäsitluse suhtes miski umbusklikumaks kui Dworkini väide, et õigusemõistmine eeldab pooljumalikku Heraklese-laadset intellektuaalset tööd, vt eriväljaanne Dworkini kohta: *International Journal of Constitutional Law* 1 (2003), No 4. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/1.4.555>.



*prima facie* – targemad. Kuigi Sokrates peetakse kõige targemaks inimeseks, läheb ta ometi ja otsib üles need, kes näivad olevat temast targemad, ja uurib nende väiteid. Alles kohates neid, keda peetakse targaks või kes peavad iseenast targaks, hakkab Sokrates mõistma, miks oraaklil oli õigus, kui ta nimetas teda kõige targemaks inimeseks. Sokraatiline küsitlemine paljastab palju mõtlematust, labasust, kokkuleplust või jõhkra võimuga kauplemist, mis küll püüab maskeeruda tarkuseks, kuid kukub kokku nagu kaardimaja, kui küsida õigustuste järele. Sokratese suhteline tarkus seisneb selles, et ta ei arva, et ta teab midagi, kui ta tegelikult ei tea, samas kui teised arvavad, et nad teavad midagi, kuigi, nagu selgub, tegelikult ei tea.

Siinkohal on kasulik heita pilk sellele, mida Platoni varaste dialoogide Sokrates tegelikult teeb. Kuidas täpselt ta teisi kaasab? Esiteks on Sokrates küllaltki tüütu tegelane, kes nõuab lugupeetud *establishment*'i esindajatelt, eelkõige riigimeestelt,<sup>\*22</sup> nende seisukohta kõikjal, kus ta satub nendega vestlema sellest, mis nende meelest on hea või õiglane, isegi kui nad seda ise ei taha või on sellest tüdinud. Mõnes dialoogis vestluspartner lõpuks põgeneb, mõnes teises alistub küüniliselt ning vastab „Jah“ kõigele, mida Sokrates ütleb, selleks et vestlus kiiremini lõpetada. Sokrates sunnib teistele peale kindlat tüüpi küsimusepüstitusi. Teiseks on Platoni varastele dialoogidele iseloomulik sokraatiline meetod *elenchus*.<sup>\*23</sup> Üldises tähenduses on *elenchus* „isiku küsitlemine tema väite kohta, esitades talle lisaväiteid nõudvaid küsimusi lootuses, et need määravad tema esimese väite mõtte ja tõeväärtuse“<sup>\*24</sup>. Sokraatiline *elenchus* on vastandav ja sarnaneb riskiküsitlusega. Sokratese roll väitluses pole enda väite kaitsmine, vaid üksnes vestluspartneri väite uurimine. Ta tegutseb peamiselt küsitlejana, uurides eeltingimusi ja järeldusi, mis tulenevad eeldustest, mida teine pool aktsepteerib, et teha kindlaks, kas need on vastuolulised või usutavad. Sokrates ei tea ise midagi, kuid ta soovib teada, mis põhjused on teistel uskuda, et nende esitatud väited vastavad tõele. Ta testib teiste isikute vaadete koherentsust. Kolmandaks, kuigi Sokrates teeb seda, mida ta teeb, avalikes kohtades, toimub see siiski väljaspool tavapärasest demokraatliku poliitika praktikast. Tema poolt harrastatavat avalikku argumentatsiooni on, nagu ta ise väidab,<sup>\*25</sup> võimatu jätkata, kui tulevad mängu tavapärase demokraatliku poliitika huvid ja kired.

Seda sorti sokraatiliselt kaasamisel on ühiseid jooni kohtu vahekorraga teiste avaliku võimu organitega. Esiteks sunnivad kohtud avaliku võimu organeid osalema põhjendamisprotsessis. Avaliku võimu organid peavad end kaitsma, kui kaebaja pöördub kohtusse väitega, et tema õigusi on rikutud. Samamoodi nagu Sokratese vestluspartnerid asetatakse nad rambivalgusesse ja kaasatakse protsessi, mida nad muud oleks ilmselt vältinud. Teiseks on kohtu ja avaliku võimu organite vahekorra mõned jooned silmatorkavalt sarnased Sokratese *elenchus*'ega.<sup>\*26</sup> Kohtumenetluse keskmes on argumentide uurimine, seda nii kirjalikus menetluses, kus vaidluse pooled saavad esitada kõik asjakohased argumentid, piiratud määral ka suulises menetluses, kus see on olemas, kui ka lõplikus kohtuotsuses. Peale selle on argumentide uurimise protsessi osalisteks need, kes argumente esitavad. Kohtu roll seisneb küsimuste – eriti proportsionaalsuse testi nelja osa puudutavate küsimuste – esitamises ja poolte antud vastuste koherentsuse hindamises. Kohtud ei keskendu keerukate teooriate aktiivsele konstrueerimisele,<sup>\*27</sup> vaid oluliselt tavapärasemale tegevusele, mis seisneb teiste esitatud argumentide hindamises, et teha kindlaks nende usutavus. Kolmandaks toimub kaasamine avalikus menetluses, mis lõpeb avaliku kohtuotsusega, samal ajal kui kohtuniku sõltumatust tagavad institutsionaalsed reeglid kaitsevad kohtumenetlust tavapärase poliitilise protsessi surve eest.<sup>\*28</sup>

<sup>22</sup> Platon. Apoloogia, 21c.

<sup>23</sup> Põhjalikku analüüsi vt G. Vlastos. The Socratic Elenchus. – Oxford Studies in Ancient Philosophy 1 (1983), lk 27–58.

<sup>24</sup> R. Robinson. Plato's Earlier Dialectics. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press 1953, 2. ptk: „examining a person with regard to a statement he has made, by putting to him questions calling for further statements, in the hope that they will determine the meaning and the truth value of his first statement“.

<sup>25</sup> Platon. Apoloogia, 31c–32a.

<sup>26</sup> Ma ei väida, et Sokratese elenkitiline põhjendamine oleks üldjoontes samasugune nagu proportsionaalsuse analüüs või et riskiküsitlus mängiks olulist rolli põhiseaduskaebuste lahendamisel. Väide seisneb hoopis selles, et kohtud ja varajane Platoni Sokrates osalevad praktikast, kus nad kutsuvad teisi üles oma väiteid põhjendama ja hindavad nende põhjenduste sisemist konsistentsi ja koherentsust. See on nende kahe praktika puhul ühine. Seda, kuidas „Gorgias“ lasi Platon Sokratesel kirjeldada erinevust oma toimimisviisi ja kohtumenetluse vahel, vt Platon. Gorgias, 471e–472c, 474a, 475e.

<sup>27</sup> See ei tähenda, et kunagi ei esineks olukordi, kus teoreetiline keerukus on vajalik.

<sup>28</sup> Huvitava kombel asub kõrgeim kohus sageli geograafiliselt mitte poliitilise võimu keskuses, vaid provintsis. Euroopa Kohus asub unises Luksemburgi hertsogiriigis, mitte Euroopa poliitilise võimu keskuses Brüsselis. Euroopa Inimõiguste Kohus paikneb Strasbourgis, mis ei ole Euroopa pealinn. Saksa Liidukonstitutsioonikohus asub Karlsruhe, mitte Berliinis. Teisest küljest ei ole ma teadlik ühestki Euroopa riigist, mille kõrgeimad poliitilised organid ei koonduks ühte linna. Ainus erand sellest reeglist on Euroopa Parlamendi laialdaselt kahtluse alla seatud Strasbourgi ja Brüsseli topeltasukoha kokkulepe.

(2) Kuid isegi kui Platoni varastes dialoogides kirjeldatud sokraatilise vaidlustamise ja kohtute praktika vahel võtta avaliku võimu organid õigustel põhinevate nõuete esitamise korral pihtide vahele on olulisi struktuurseid sarnasusi, siis millist tulu sellest praktikast tõuseb? Sokrates väitis, et viis, kuidas ta oma elu elas – tema lakkamatu kriitiline küsitlemine – oleks pidanud tooma talle aukoha Ateenas. Ta väidab, et ta on Ateena elanike jaoks justkui parm suursuguse, kuid loiu hobuse jaoks.<sup>\*29</sup> Veendes ateenlasi, et nad on teadmatutes asjadest, mida nad arvavad teadvat – ajades neid segadusse ja mõnikord oma vestluspartnereid tuimestades nagu elektrirai<sup>\*30</sup> – tekitab Sokrates olukorra, kus võib-olla hakatakse suurema tõsidusega otsima tõde, sest valed veendumused ei toida enam võltsi enesega rahulolu. Teadmiste tõttu, mida tema kriitiline küsitlemine päevavalgele toob, kirjeldatakse teda ämmaemandana, kes aitab sünnitada teadmisi, mis oleksid muidu jäänud välja arendamata või sootuks varju. Aga miks on põhjendamise ja tõe otsimise praktika säilitamine sedavõrd oluline? Mis on selles siis halba, kui eneseimetlejatest koosnev rahvas valitseb ennast demokraatlikult? Platoni filosoofia kohaselt peitub vastus ühelt poolt teadmiste poole pürgimise ja vooruse vahelises seoses ning teiselt poolt vooruse mitte teha teistele ülekohut keskses asendis. Sokrates rõhutab, et mida iganes sa ka ei teeks, sa ei tohi kunagi teha ülekohut. Hullem on ülekohut teha kui ülekohut taluda. Tüüranni elu on armetum kui nendel, keda tüürann rõhub.<sup>\*31</sup> Kui aga peamine on mitte teha ülekohut, siis kuidas vältida ülekohtu tegemist? Lihtne vastus oleks, et tuleb teada, mida õiglus nõuab. Paraku on aga selgunud, et teadasaamine, mida õiglus nõuab, polegi nii lihtne. Selles suhtes on palju erimeelsusi. Sokraatilise vaidlustamise vooruseks on, et see aitab elus hoida küsimust, mida õiglus nõuab, selleks et me ei teeks ülekohut teadmatusest.<sup>\*32</sup>

Samamoodi on võimalik käsitleda kohtute inim- ja põhiõigustealase õigusemõistmise voorusi.

Esiteks kujutab juba ainuüksi kohtutele antud pädevus hinnata, kas avaliku võimu organite tegevuseks on mõjuvad põhjused, endast institutsionaliseeritud meeldetuletust, et igasugune liberaalses demokraatias rakendatav sunnimeede peab olema käsitatav kollektiivse mõistuse häälena selle kohta, mis on õiglane ja otstarbekas. Nii tuletatakse kõigile meelde, et õigusakti legitiimsus sõltub sellest, kas seda on võimalik õigustada selliselt, et seda võiksid mõistlikult aktsepteerida isegi need, kes peavad kandma kõige suuremat koormat. Iga midagi ratsionalistliku inimõiguste paradigma taolist rakendav kohtumenetlus, selle raames tehtud kohtuotsus ja esitatud arvamus on selle idee rituaalne kinnitus.

Teiseks ei ole sugugi välistatud, et praktikas toimib kohtumenetlus mõistlikul määral hästi, selleks et jõuda paremate tulemusteni. Kõige veenvam viis selle põhjendamiseks oleks analüüsida lähemalt piisavas hulgas õiguskordades juhuslikult valitud suurt hulka kaasuseid, mille esemeks oleks piisavalt lai valik teemasid. Sellise analüüsi tulemuseks võib olla poliitilise protsessi kõrvalekallete tüpoloogia, mida kohtud aitavad edukalt avastada ja päevakorda tõsta. See võib samas paljastada ka kohtumenetluse piirid ja puudused, kui kohtud ei suuda täita neile pandud ülesandeid. Kuid kõik see ei ole käesoleva artikli teema. Siinkohal oleme sunnitud piirduma mõnede üldiste tähelepanekutega, mis aitaksid muuta väite, et põhiseaduslikkuse järelevalve annab paremaid tulemusi, esmapilgul pisutki usutavamaks.

Selleks võib kõigepealt olla kasulik vastata veel ühele väitele, mille on esitanud Waldron ja Bellamy. Nende kahtlused põhiseaduslikkuse järelevalve abil parema tulemuse saavutamises ei tugine üksnes väitele, et põhiseaduslikkuse järelevalve olemus on häirivalt legalistlik. Nad väidavad ka üldiselt, et poliitiline protsess pakub sobiva koha, kus saab esitada kõrgetasemelisi argumente, nende üle arutleda ja neid hinnata. Waldron toob näiteks abordidebati ning võrdleb USA Ülemkohtu kesist põhjendust sisuka ja kõrgel tasemel parlamendidebatiga Ühendkuningriigis.<sup>\*33</sup> Waldron on oma näite hästi valinud. Esiteks keskendub ta kaasusele, kus USA Ülemkohtu<sup>\*34</sup> õiguslik põhjendus oli eriti puudulik ega veennud kedagi, kes polnud juba veendunud muudel põhjustel. Teiseks kirjeldab ta poliitilist protsessi Ühendkuningriigis, kus see toimis sedavõrd hästi, kui keegi võiks üldse loota, ja kus kõigi osaliste argumente hinnati hoolikalt. Waldronil on kahes asjas õigus: poliitiline protsess toimibki paljudel juhtudel hästi ja mõnedel juhtudel on kohtulik

<sup>29</sup> Platon. Apoloogia, 30e.

<sup>30</sup> Platon. Menon, 84.

<sup>31</sup> Platon. Politeia, I raamat.

<sup>32</sup> Nüüdisaegse poliitilise mõtte teoorias oli Hannah Arendt see, kes Sokratese ja Eichmanni kujude kaudu käsitles ühelt poolt seost õigluse ja mõtlemise ning teiselt poolt kurjuse ja mõtlematuse vahel, vt H. Arendt. *The Life of the Mind*. San Diego, New York, London: Harvest 1981, lk 3–16.

<sup>33</sup> J. Waldron. *The Core of the Case against Judicial Review*. – *The Yale Law Journal* 115 (2006), lk 1346–1406. DOI: <https://doi.org/10.2307/20455656>.

<sup>34</sup> USA Ülemkohus, *Roe vs. Wade*, 1973, 410 US 113.

põhjendus kehv. Kuid väite kinnitamiseks oleks olnud kasulikum valida võrdluseks USA osariikide tüüpilised abordi keelustamise debaadid, mitte Ühendkuningriigis toimunud arutelu. Võib-olla oleks selgunud, et paljudes USA osariikides kehtivad seadused eksisteerivad eeskätt traditsiooniliste patriarhaalsete vaadete tõttu soorollidele, mille kohaselt on meestel keskne roll naiste seksuaalsuse kontrollimisel. Arvestades, et USA Ülemkohus oli nende eelarvamuste ja stereotüüpidega varem kokku puutunud, näiteks rasestumisvastaste vahendite kättesaadavuse asjas,<sup>35</sup> ei pruugi Ülemkohtu sekkumise vastane argument olla tugev, isegi kui oleks võinud loota paremini põhjendatud otsust. Ühendkuningriigi näide pakub vaid argumenti, kinnitamaks väidet, et kui tõsine, laiaulatuslik ja vastastikku lugupidav parlamentaarne arutelu on toimunud enne küsimuse otsustamist, on see kohtu jaoks hea põhjus suhtuda aupaklikult saavutatud tulemusse. Kuid selline järeldus on üsna lähedal tautoloogiale. Kui küpse liberaalse demokraatia tingimustes on toimunud laiaulatuslik, teadvustatud ja vastastikku lugupidav arutelu, siis põhinevad kõik saavutatud tulemused suure tõenäosusega mõjuvatel põhjustel ning väärivad ja tõenäoliselt ka saavad seetõttu õigust mõistvate kohtute aupakliku suhtumise osaliseks.

Palju kõnekam näide on Euroopa Inimõiguste Kohtu kaasus homoseksuaalide kohta relvajõududes, mis pärineb samuti Ühendkuningriigist. Sokraatilise vaidlustamise mõjuvõimu mõistmiseks on tarvis eemaldada aruteludest operatiivse tulemuslikkuse ja moraali üle, mis domineerivad suure osa arvamuste puhul. Sokraatilise vaidlustamise tähtsus ei piirdu sellega, mida see esile toob, vaid hõlmab ka selle, mida ta alla surub. Miks läks nii, et homoseksuaalsuses kahtlustatavaid uuriti pealetükkivalt, ja kui kahtlustused leidsid kinnitust, siis vabastati nad ametikohalt vääritult? Spekuuleerigem pisut. Mõned oletuslikud vastused, mida mõned relvajõududes juhtivatel kohtadel olevad isikud, ministriumite ametnikud ja parlamendiliikmed võiksid avalikkuse valvsa pilgu eest varjule jäävatel otsekoheuse hetkedel anda, on järgmised: „Me pole siin kunagi homoseksuaale sallinud“; „Me kõik leiame, et siin pole kohta homoseksuaalidele“; „Me lihtsalt ei taha neid siia“; „Peded on vastikud“.<sup>36</sup> Kõik need argumentid, kui soovite neid nii nimetada, rajanevad traditsioonil, kokkuleplusel ja eelistustel ning taastoodavad eelarvamusi. Peale selle oleks võinud mõned kristlased kooskõlas paljude – kuigi sugugi mitte kõigi – ametlike kirikuõpetustega pühakirjale toetudes väita, et homoseksuaalne praktika on jumalavastane ja pühaduseteotus. Need argumentid rajanevad sellel, mida mõned poliitilised filosoofid nagu Rawls nimetaksid hüve tervikkontseptsiooniks (*comprehensive conceptions of the good*). Inimõiguste riivete õigustamise praktika on oluline seetõttu, et seda tüüpi põhjuseid ei võeta arvesse. Need ei ole legitiimsed põhjused õiguste piiramiseks ega vasta proportsionaalsuse testi esimese astme tingimustele. Traditsioonid, kokkuleplused ja eelistused, olemata millegi enama osa, ei kujuta endast legitiimseid põhjuseid, millega õigustada kellegi õiguse riivet. Samamoodi pole seda teoloogilised käsitused selle kohta, kuidas elada elu ilma patuta – sõltumata sellest, kas tegemist on pühakirja usutava tõlgendusega või mitte. Nii nagu mõnedel tegelastel, kellega Sokrates tülitseb Platoni varastes dialoogides, on ka neil, kes esitavad sedalaadi põhjendusi, head põhjused hoida kõrvale sokraatilisest küsitlusest. Olles sunnitud õigustama praktikat üldise mõistlikkuse seisukohast, tuleb osalejatel oma argumentid ümber orienteerida, mille tõttu tulevad puhastatud kujul esile hoopis operatiivse tulemuslikkuse ja moraaliga seotud argumentid. Kuid kui keskenduda ainult sedalaadi legitiimsetele põhjustele, siis võib juhtuda, et need osutuvad sageli ebapiisavaks, et õigustada meetmeid, mida nad peaksid õigustama, sest eraldi võetult osutuvad need kas mittevajalikeks või ebaproportsionaalseteks. Väga sageli seisneb proportsionaalsuse analüüsi mõte mitte selles, et asendada sedasama kulude ja tulude analüüsi, mille seadusandja juba tegi, kohtuotsusega, vaid selles, et sõeluda välja põhjused, mis on konkreetse küsimuse puhul asjassepuutuvad, ning jätta kõrvale põhjused, mis seda pole, ja alles seejärel kontrollida, kas need legitiimsed põhjused õigustavad usutavalt avaliku võimu organite tegevust. Proportsionaalsuse analüüsi üks oluline funktsioon on töötada kui filter, mis aitab kindlaks teha, kas demokraatlik protsess võis mittelegitiimsetel põhjustel olla õiguste kandja kahjuks moonutatud.

On olemas veel üks mõtlematuse vorm, mida põhiseaduslikkuse järelevalve mõistlikult hästi tõrjub – nimetan seda ideoloogiliseks argumentatsiooniks, kuid saan seda siin üksnes lühidalt kirjeldada. Ideoloogiline argumentatsioon ei mänginud kohtuasjas *Lustig Preen vs. Beckett* mingit rolli. Kuid see mängib suurt rolli näiteks terrorismivastases võitluses võetud meetmete kontekstis. Ideoloogilise argumentatsiooni vajalik komponent on idee võimsast ja pahelisest vastasest, kelle vastu tuleb tõhusalt võidelda. Mõistagi pole

<sup>35</sup> USA Ülemkohus, *Griswold vs. Connecticut*, 1965, 381 US 479.

<sup>36</sup> Mõistagi ei ole mulle teada, kui laialt levinud olid sellised meeleolud tolle aja Briti ohvitserikorpuses, ministriumites või parlamendis. Ma üksnes eeldan, et Briti kontekst ei erinenud tol ajal radikaalselt vaadetest, mida kohtasin selle ja seotud küsimuste arutamisel, kui viibisin 1980ndatel ajateenistuses suhteliselt progressiivses Saksa *Bundeswehr*'is.

kõik väited, et leidub võimas ja paheline vastane, kelle vastu tuleb tõhusalt võidelda, ideoloogilised. Sellised väited võivad peegeldada ka tegelikkust, nagu juhtus siis, kui Roosevelt mobiliseeris oma riigi võitluseks Natsi-Saksamaa vastu. Ideoloogilise mõtlemise iseloomulikeks tunnusteks on, et ohtu iseloomustatakse asjassepuutuvatele üksikasjadele suuremat tähelepanu pööramata ja et seda kaitstakse tõsiselt võetava järelevalve eest kas halvustamise või ähvardustega või saladuse hoidmise ettekäändel, seejuures korrutatakse järjekindlalt vastaste kurjust ja oma eesmärgi üllust. Lisaks peetakse pärimist väidetavalt vajalike vastumeetmete eesmärgi ja abinõu suhte järele nõrkuse või koguni vaenlasesse soosiva suhtumise märkiks. Ideoloogiline mõtlemine on iseloomulik totalitaarsetele diktatuuridele.<sup>37</sup> Kuid nagu viimase aja areng on näidanud, võib see vähemalt ajutiselt võtta võimust ka küpsetes demokraatlikes põhiseadusriikides, õõnestades neid ja manades esile õudusunenäo liberaaldemokraatliku põhiseadusriigi mandumisest valimisdiktatuuriks. Sellises sünges maailmas on ründesõjad õigustatud ennetavate löökidena, riigipea võib karistamatult lasta isikuid piiramatu aja kinni pidada, kuna tema volitus selleks tuleneb sellest, et tema ütleb nii, ja meetmeid, mida võib pidada piinamise näidisjuhtumiteks, ei arutata tagandamismenetluses ega rahvusvahelise kriminaalõiguse kontekstis, vaid neid kaitstakse avalikult kui „täiustatud ülekuulamis- tehnikaid“. Nii USA-s kui ka Euroopas lisandub üha enam kohtupraktikat, mis annab tunnistust ideoloogilise mõtlemise olemasolust terrorismisõja kontekstis. See näitab, kuidas põhiseaduslikkuse järelevalve võib ideoloogilist mõtlemist vähemalt mingil määral nõrgestada ja tuua tagasi pisutki reaalsustaju aruteludesse legitiimsete julgeolekumurede üle. Lisaks ei ole sugugi välistatud, et poliitiline kultuur, mis toetab õiguslikult institutsionaliseeritud sokraatilise vaidlustamise praktikat, on ideoloogilise mõtlemise eest paremini kaitstud kui poliitiline kultuur, mis kaldub ära needma igasugust erapooletut kolmanda osalise põhjendatud järelevalvet kui ebademokraatlikku ja elitaarset. Põhiseaduslikkuse järelevalve ei lahenda neil ja sarnastel juhtumitel ühiskondade ees seisvaid raskeid probleeme, mis tulenevad ideoloogilisest mõtlemisest ja seda iseloomustavast propagandast. Põhiseaduslikkuse järelevalve ei ole hoolimata oma väärtustest ime-rohi. Kuid põhiseaduslikkuse järelevalvel võiks olla oma osa kaalukausside tasakaalustamisel, et takistada vähemalt kõige hullemaid otstarbekusotsuseid ja pakkuda institutsionaalset tuge poliitilistele jõududele, kes püüavad neile vastu töötada.

Olen tuvastanud kolme tüüpi poliitilise protsessi kõrvalekaldeid, mille suhtes pole isegi küpsed demokraatiad üldjuhul immuunsed ja millele õigustel põhinev sokraatilise vaidlustamise praktika on usutavasti hea vastumürk. Esimene pahe on traditsioonidel, kokkuleplusel või eelistustel põhinev mõtlematus, mis põhjustab eri tüüpi kalduvust kas jätta tähelepanuta olemasolev ebaõiglus või tekitada uut ebaõiglust sellega, et uut tehnoloogiat ei tehta kättesaadavaks rühmadele, kes seda kõige rohkem vajavad. Teiseks leidub hüve vaatenurgast mittelegitiimseid põhjused, mis ei austa üldise mõistlikkuse piire ega aluseid, mis volitavad avaliku võimu organeid kasutama sunnimeetmeid. Kolmas on ideoloogia probleem. Ideoloogiliste väidete puhul on väide üksnes kaudselt seotud küsimusega, mis iseenesest on legitiimne. Kuid ideoloogilised väited ei suuda õigustada konkreetseid meetmeid, mida nendega õigustada püütakse, kuna neil väidetel puudub tegelikkuses kindel ja piisavalt konkreetne vundament ning need pole mõistlikult kohandatud eesmärgi ja abinõu suhtele.

Kokkuvõttes võib öelda, et sokraatilise vaidlustamise õiguslik institutsionaliseerimine aitab elus hoida ideed, et avaliku võimu organite tegevus peab olema arusaadav kui kollektiivse mõistuse hääle otsus selle kohta, mida õiglus ja otstarbekohasus eeldavad, et olla legitiimne. Sellel on tõenäoliselt distsiplineeriv mõju avaliku võimu organitele ja see aitab tugevdada ühiskondlikku usaldust kodanike seas. Teiseks aitab toimiv õigustel põhinev sokraatilise vaidlustamise praktika tõenäoliselt parandada tulemusi, sest selline vaidlustamine paneb tõhusalt proovile terve rea poliitilisi kõrvalekaldeid, mille suhtes ei ole isegi küpsete demokraatiate seadusandlus immuunne. Ilmselgelt ei õigusta käsitletud piiratud hulk näiteid ega esitatud piiratud arv argumente ammendavalt põhiseaduslikkuse järelevalvet kui sokraatilist vaidlustamist. Kuid praegu-seks esitatud argumentidest, millest vähemalt mõni peaks olema kaalukas, võiks piisata, et näidata, miks teatavat tüüpi ratsionalistlikul inimõiguste paradigmat põhinev põhiseaduslikkuse järelevalve võiks olla atraktiivne. Üle jääb veel vaid uurida, kas seda tüüpi põhiseaduslikkuse järelevalve võib tekitada tõsisemaid probleeme seoses demokraatliku legitiimsusega.

<sup>37</sup> H. Arendt. *The Origins of Totalitarianism*. San Diego: Harvest 1985, lk 461–474.

### III. Sokraatiline vaidlustamine, ratsionaalne inimõiguste paradigma ja õiguse legitiimsus

On vähemalt kaks olulist erinevust selle vahel, mida varased Platoni dialoogid kirjeldasid Sokratest tegevate, ning inim- ja põhiõigustele tuginevate nõuetega seoses õigusemõistmisel, mida teevad pärismaailma kohtunikud. Esiteks on Sokratese pühendumuses argumentatsioonile midagi kangelaslikku, samas kui sokraatiline vaidlustamine institutsionaliseerimine ei nõua kohtunikelt üldjuhul samasugust kangelaslikkust, nagu see oli iseloomulik Sokratesele. Sokratese uurimistele iseloomulik erapooletu hoiak ja pühendumus põhjuste esitamisele on kohtute puhul tagatud institutsionaalsete reeglite abil, mis garanteerivad suhtelise sõltumatuse otsesest poliitilisest survest. Kohtunikud paiknevad episteemilises keskkonnas, mis soosib, toetab ja kaitseb tõsiste poliitiliste tagasilöökide eest just sellist vastandumisele orienteeritud praktikat, mille nimel Sokrates riskis eluga.<sup>\*38</sup> Teiseks, kuigi Sokrates võis alandada oma vestluspartnereid ja õõnestada nende autoriteeti, ei olnud tema tegevusel mingit otsest õiguslikku toimet. Kohtute tegevusel on seevastu õiguslik toime, kui nad tunnistavad kehtetuks inim- või põhiõigustega vastuolus olevaid sageli poliitilisi otsuseid. See tõstatab põhiküsimuse, kas vaatamata tulemuste parandamise väite usutavusele kahjustab sokraatiline vaidlustamine praktika õiguslik institutsionaliseerimine ülemäära demokraatlikku põhiseadusriiki.

#### 1. Õiguste ja demokraatia suhe

Õiguste ekspansiivses käsitluses, nagu seda on ratsionalistlik inimõiguste paradigma, pole midagi uut. USA iseseisvusdeklaratsioonis on öeldud, et valitsuse mõte ja eesmärk on tagada üksikisikute õigused. USA konstitutsiooni loojad teadsid, et konkreetset õigused, mis on loetletud *Bill of Rights*'is, ei kujutanud endast sugugi ammendavat kataloogi õigustest, mida põhiseadus peaks kaitsma.<sup>\*39</sup> Prantsuse revolutsioonilises traditsioonis käsitati õigusi suuresti ratsionalistliku inimõiguste paradigma võtmes. Prantsuse inim- ja kodanikuõiguste deklaratsioonis on sätestatud igaihe võrdne õigus võrdsusele ja vabadusele. Valgustusajastu traditsioonis, millest kasvas välja nüüdisaegne konstitutsionalism, määratakse piiratud valdkond, kuhu ei saa demokraatlikult sekkuda. Tõsi küll, tõelises vabariigis oli demokraatliku sekkumise põhiülesanne piiritleda üksikisikute vabadussfäär, võttes neid tõsiselt ja koheldes neid võrdsetena, edendades seejuures kõige paremal moel üldisi huve ja võimaldades kasutada vabadusi mõistlikul viisil. Seetõttu ei peetud demokraatiat üksnes õigustel rajanevaks, vaid ühe selle ülesandena nähti just õiguste üksteisest piiritlemist ja kujundamist. Seadusandlus, nagu näiteks *Code civil*'i vastuvõtmine, oli õiguste kujundamine ja ellurakendamine.

Seadusandja oligi inim- ja kodanikuõiguste deklaratsioonis väljendatud abstraktsete õiguste ainus kujundaja, tõlgendaja ja ellurakendaja. Kohtud ei mänginud algselt üldse mingit rolli küsimuse otsustamisel, kuidas piiritleda vabaduse ja võrdsuse sisu konkreetsetel juhtumil. *Ancien régime*'i osana diskrediteeritud kohtud – *noblesse de robe* – pidid toimima „seaduse suudena“, jõustades vaid seadusandja poolt kehtestatud ja omamata mingit iseseisvat põhiseaduslikku rolli. Õigusi ja demokraatiat ei käsitatud pinevussuhtes olevana, vaid teineteist vastastikku toitvatena. Õigused vajasid kujundamist ja ellurakendamist demokraatliku seadusandja poolt ning viimase võimuvolitused seisnesid ainult selles, et väljendada pühendumust igaihe õigusele olla koheldud vaba ja võrdsena. Õigused ja demokraatia olid võrdselt olulised ja teineteisest sõltuvad. Demokraatlikud tegevused, mida ei saanud käsitada õiguste kujundamise ega ellurakendamisenä – näiteks ühtainsat religiooni ainsa õige religioonina määratlev seadus –, olid samamoodi illegitiimsed nagu õiguste mittedemokraatlik kujundamine ja ellurakendamine. Üksikisikute põhiõigustesse oli lubatud sekkuda ainult seadusandjal, keda õigused seejuures ühtlasi abstraktselt suunasid ja piirasid.<sup>\*40</sup>

Selgub, et ratsionalistlik inimõiguste paradigma pole midagi muud kui selle idee konstitutsionaliseerimine. Õiguste kontseptsiooni tasandil ei sisalda ratsionalistlik inimõiguste paradigma midagi radikaalset

<sup>38</sup> L. G. Sager (viide 5), lk 199–201.

<sup>39</sup> USA konstitutsiooni 9. *amendment*; C. L. Black. *A New Birth of Freedom: Human Rights, Named and Unnamed*. New Haven: Yale University Press 1997.

<sup>40</sup> Veel tänapäeva Prantsusmaa puhulgi võib täheldada institutsioonides, mis on seatud õigusi kaitsma, midagi kummalist. Prantsusmaal ei peeta kohtuks *Conseil constitutionnel*'i, institutsiooni, mis tegeleb üha enam eespool kirjeldatud õiguste analüüsiga. Ehkki tal on vetoõigus, kuna ta võib takistada seadusandlike aktide jõustumist põhjendusega, et need rikuvad õigusi, jääb ta siiski seadusandja „nõukoguks“, kuhu üksikisikud ei saa pöörduda.

ega uut. Teise maailmasõja järgne konstitutsionalism on toonud uue aspektina sisse kohtu üldise järelevalvefunktsiooni õiguste kujundamise ja ellurakendamise protsessis. 20. sajandi teisel poolel on enamik neist riikidest, kes on üle elanud natsionaalsotsialistliku, fašistlik-autoritaarse, kommunistliku või lihtsalt rassistliku režiimi ja muutunud seejärel mõistlikult kaasavaks liberaaldemokraatlikuks põhiseadusriigiks, teinud tähelepanuväärse ja uudse institutsioonivaliku, luues Kelseni tüüpi konstitutsioonikohtu ja põhiseadustades õigused, mis üldjuhul võimaldavad neil, kelle mittetriviaalseid huve avaliku võimu organite tegevus puudutab, pöörduda nende kaitseks kohtu poole.<sup>41</sup> Kohus saab seejärel hinnata, kas antud asjaoludel on avaliku võimu organi, kelleks võib olla ka valitud seadusandja, tegevus mõistlikult õigustatud. Mõistagi jääb vabade ja võrdsete isikute vabadussfääride piiritlemine endiselt eelkõige seadusandja ülesandeks. Seadusandjad jäävad liberaaldemokraatlikes põhiseadusriikides seaduste autoriteks. Ent kohtud on haaranud olulise redigeerimisfunktsiooni<sup>42</sup> kui noorempartnerid ja vetoõiguslikud menetlusosalised (*veto players*) ettevõtmises, mille sisuks on kujundada ja ellu rakendada põhiseaduste pühendumust õigustele. Kohtud kui inim- ja põhiõiguste valvurid ja subsidiaarsed jõustajad toimivad institutsioonina, mis pakub säärast foorumit, kus seadusandjaid saab vastutusele võtta selliste puudutatud isikute taotlusel, kes väidavad, et nende legitiimseid huve ei ole tõsiselt võetud.

## 2. Õiguste ja demokraatia institutsionaalne küsimus

Kuna sageli ollakse mõistlikult eri meelt küsimuses, millised õigused üksikisikutel konkreetsetel juhtudel on, siis kas otsuseid, mis aitavad neid erimeelsusi lahendada, ei peaks mitte langetama poliitilises protsessis, kus valimisvastutust kandvad poliitilised otsustajad saaksid tõmmata vajalikud piirid? Kas siis algselt Prantsusmaalt pärinev institutsionaalne pühendumus valitud esinduskogu seadusandlusele oli eksitus? Arvestades mõistlikke erimeelsusi, kas siis poliitilise võrdsuse idee ei nõua mitte, et igauhe vaateid, kuidas õigusi piiritleda, tuleks võrdväärselt austada? Kas poliitilise võrdsuse idee ei saa mitte kahjustada, kui valimisvastutust mitte kandvatele kohtutele antakse volitus lükata tagasi seadusandlike piiritlemisotsuseid? Kui ma õigesti aru saan, on see iseäranis Waldroni ja Bellamy esitatud kriitika tuum. Alljärgnevalt käsitlen argumenti, et ratsionalistlikul inimõiguste paradigmat rajanevat põhiseaduslikkuse järelevalvet tuleb pidada samavõrd põhjanevaks liberaaldemokraatliku konstitutsionalismi institutsiooniliseks elementiks, nagu seda on võrdsel hääleõigusel põhinev valimisvastutus. Põhiseaduslikkuse järelevalve legitiimsuses pole midagi hämmastavat. Hoopis huvitavam küsimus seisneb selles, miks saab põhiseaduslikkuse järelevalve sedavõrd palju kriitilist tähelepanu.

(1) Ajaloolises perspektiivis võib täheldada veidrat asümmeetriat: ühelt poolt kriitiline hoiak põhiseaduslikkuse järelevalve suhtes ja teiselt poolt representatiivse, valimistel põhineva otsustusprotsessi suhteliselt muretu omaksvõtt. Ajalooliselt oli üleminek otsedemokraatialt – Ateena, Genf ja Uus-Inglismaa raad – rahvaesindajate valimisele tõsine samm. Demokraatia tähendas algselt ainult sellist menetlust, kus rahvas võttis seadusi vastu vahetult. 18. sajandi Prantsusmaal pidasid paljud esindusdemokraatia ideed vastuoluliseks iseenesest ja USA-s olid konstitutsiooni loojad seisukohal, et nad loovad vabariiki, mitte demokraatiat, just seetõttu, et põhiseaduses ei leidunud kohta riiklikule raele ega üleriigilisele referendumile. 19. sajandil mõtestati demokraatia kontseptsioon ümber ja sellesse hõlmati ka valitud rahvaesindajate seadusandlus. Osaluse mõttes tähendab see üleminek märkimisväärset ametnike mõjuvõimu suurendamist rahva kahjuks. Samamoodi võib Teise maailmasõja järgset kohtute kui uute vetoõiguslike menetlusosaliste loomist käsitada veel ühe sammuna rahvast eemale mõjuvõimu andmise kaudu uuele ametnike rühmale, kelle ülesandeks sai muu hulgas järelevalve eelmise ametnikerühma tegevuse üle. Põhimõtteliselt ma mõistan nende kahtlusi, kes keeldusid aktsepteerimast esindusdemokraatiat demokraatiana selle sõna otseses mõttes. Ent kui ametnikele antud volitus võtta seadusi vastu rahva nimel on põhimõtteliselt heaks kiidetud, siis on raske mõista, miks see, kui nende ametnike volitusi seatakse piirama teised ametnikud, kes on tavaliselt ametisse määratud seadusandlike volitustega ametnike endi poolt, peaks olema põhimõtteliselt vale. Kui esindusdemokraatia ise on legitiimne, siis miks ei võiks olla legitiimne ka esindusdemokraatia,

<sup>41</sup> Üksikisikud saavad oma õigusi kaitsta kas esitades individuaalkaebuse konstitutsioonikohtule pärast muude õiguskaitsevahendite ammendumist või veendes tavakohut, et nende põhiseaduslik nõue on perspektiivikas, ja nõudes, et see suunaks küsimuse konstitutsioonikohtule.

<sup>42</sup> P. Pettit. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press 1997. Larry Sager viitab kohtule kui liigsele kvaliteedikontrolli mehhanismile, vt L. G. Sager (viide 5). Tom Franck viitab kohtute funktsioonile pakuda teist arvamust, vt T. Franck. *Proportionality as Global Second Opinion*. (Avaldamata, olemas artikli autoril).

mille osaks on õigustel põhinev kohtulik vetovõim? Kõik kolm otsustusprotsessi on majoritaarsed. Rahvahääletusel loeb hääletajate enamus, seadusloomeotsuste tegemisel loeb rahvaesindajate enamus ja kohtulike otsuste tegemisel kohtunike enamus. Peale selle on kõik need institutsioonid vabariiklikud, kuna nad väidavad tegevat otsuseid rahva nimel ja tuletavad oma legitiimsuse lõppkokkuvõttes valijate heakskiidust. Põhierinevus seisneb asjakohase otsustusvõimu teostamise ja valijaskonna vahelise seose otsesuse astmes. Kui demokraatia printsiip nõuaks võimalikest kõige otsesema ja vahetuma osalusvormi kasutamist, siis oleks tänapäeva tingimustes suur osa representatiivsest otsustusprotsessist illegitiimne. Näib, et on üsna ühtemoodi põhjust rääkida volituste ebademokraatlikkusest nii valitud rahvaesindajate puhul, kes võivad seadusi vastu võtta, ilma et rahval oleks seadusandlikus otsustusprotsessis otsesest sõnaõigust, kui ka kohtunike volituste ebademokraatlikkusest, kes teevad otsuseid ilma rahva otsese osaluseta. Põhjus, miks esindusdemokraatiat ei peeta illegitiimseks, on arvatavasti see, et mistahes usutav pühendumus demokraatialle võimaldab kompromisse osaluse otsesuse aspektist, kui kaudsemal menetlusel on suhteline eelis (*comparative advantages*) mõnes teises aspektis, näiteks läbirääkimiste kvaliteet või tulemused. Jääb arusaamatuks, millise sisuga võiks olla see süvaprintsiip, mille alusel tuleks hukka mõista põhiseaduslikkuse järelevalve, kuid mitte valimiste representatiivsus.

Vähemasti on täiesti ebaseenev väita, et tavapärasel seadusandlikus menetluses otsustab poliitilisi küsimusi rahvas ise, samal ajal kui nõuetekohaselt ametisse nimetatud kohtunikke käsitatakse kui platoonilisi valvureid (*platoic guardians*), kes suruvad rahvale peale oma tahet. Neid, kes midagi sellist väidavad, ei saa tõsiselt võtta, sest argumenteerimise asemel tegelevad nad retoorilise mustkunstiga. Miks mitte väita hoopis, et valitud rahvaesindajad on rahva võimu usurpeerinud ja langetavad nüüd rahva eest otsuseid? Miks peaks seadusandja olema rahva meedium? Kui see aga on nii, miks mitte öelda siis, et hoopis rahvas ise tegutseb mõnikord kohtumenetluse kaudu kontrolli alt väljunud seadusandja taltsutajana? Mis väljastab võimaluse, et ka kohus võiks olla meedium, kelle kaudu rahvas end väljendab? Rahvas-ise-retoorika saboteerib selget mõtlemist. Puudub igasugune usutav põhjus identifitseerida rahva hääle ühe institutsiooni häälega, isegi kui see institutsioon on parlament. Parlament on parlament, mitte rahvas. Teie ja mina ning teised, kelle üle teostavad avaliku võimu organid pädevuse piires oma võimu, on rahvas. Teie ja mina saame kodanikena osaleda poliitilises protsessis. Kuid üksikisikuna miljonite sarnasel positsioonil olevate üksikisikute seas ei saa praktiliselt keegi meist üksi poliitilises protsessis osalemisega eriti palju muuta. Hääletamine või hääletamata jätmine ei muuda tõenäoliselt kunagi ametis olevat valitsust. Tõenäosus, et teie või minu individuaalne hääle eraldivõetuna midagi muudab, pole suurem kui tõenäosus võita üleriiklikul loteriil. Diskuteerides poliitiliste küsimuste üle võime hakata sügavamalt mõistma seda, millesse me usume ja kes me oleme kodanikena. Mõni meist võib asutada liikumise ja saada selle karismaatiliseks liidriks või kandideerida valimistel. Kuid tõenäoliselt ei too miski, mida suurem osa meist kunagi teeb, endaga kaasa ühtegi olulist muudatust riigi avalikes otstarbekusotsustes. Kõige tõenäolisem viis, kuidas kodanik saab üleüldse muuta riigi poliitilise protsessi mõnda tulemust, on pöörduda kohtusse ja väita, et avaliku võimu organid on tema õigusi rikkunud. Kui teie argumendid veenavad kohut rohkem kui avaliku võimu organite vastuargumendid, siis olete tegelikult öelnud „Ei, mitte niimoodi!“ viisil, mis ka päriselt tulemust muudab. Tänapäeva territoriaalse demokraatiaga tegelikkuses annab õigus veenda kohut vetostama otstarbekusotsust vähemalt sama tugeva võimu kui õigus hääletada selleks, et sellist otsust muuta.

(2) Kuid mõistatus on veelgi suurem. Poliitilise protsessi legitiimsus sõltub valitsetavate nõusolekust. Sellega nõustuvad nii lepinguteooria pooldajad kui ka Prantsuse ja Ameerika revolutsionäärid. Seejuures tuleb tähele panna, et legitiimsuse arutelu lähtekoht on konsensus, mitte enamus. Muidugi on pärismaailmas võimatu saavutada tegelikku konsensust, isegi mõistliku erimeelsuse korral. Kui legitiimne õigus peaks üleüldse olema võimalik – ja arvestades probleeme, mida õigusel tuleb lahendada, oleks parem, kui see oleks võimalik – tuleb välja töötada vähem ranged põhiseadusliku legitiimsuse kriteeriumid, mis on kohandatud tegeliku poliitilise elu tingimustega, et need saaksid pärismaailmas toimida surrogaatide ja konsensusele lähendajatena. Nüüdisaegses põhiseaduslikus praktikas on kaks sellist surrogaatingimust, mis peavad olema kumulatiivselt täidetud, et seadus oleks põhiseaduse seisukohalt legitiimne. Esiteks peab poliitilise otsustusprotsessi keskmes olema menetlus, mis peegeldab pühendumist poliitilisele võrdsusele ja rajaneb otsuste majoritaarsel vastuvõtmisel. See on põhiseadusliku legitiimsuse nõude menetluslik pool. Kuid see on ainult üks jalgadest, millel põhiseaduslik legitiimsus seisab. Teine on seotud tulemusega. Tulemust peab saama kvalifitseerida kollektiivse mõistuse hääle otsuseks selle kohta, milliseks muundub pühendumus isiku õigustele seaduse esemeks olevate konkreetsete asjaolude valguses. Isegi kui ei peeta vajalikuks, et kõik tegelikult tulemusega nõustuksid, peab tulemust olema võimalik õigustada, nii et ka need, kes ei

nõustu, võiksid seda mõistlikult aktsepteerida. Isegi need, keda seadus kõige enam ja kõige raskemini koormab, peavad olema käsitatavad vabade ja võrdsete partneritena ühises seadusloomes. Neil, keda seadus koormab, peab olema võimalik näha ennast mitte ainult kaotajatena poliitilises lahingus, kus võitja pool jäi peale (oo, need võidu magusad viljad!), vaid tõlgendada seadust mõistliku katsena täpsustada, mida isikud – kõik isikud, sealhulgas kaotajad – üksteisele vabade ja võrdsetena võlgnevad. Kui kohtud rakendavad proportsionaalsuse testi, hindavad nad tegelikult seda, kas õigusakti saab õigustada üldisest mõistlikkusest lähtudes, s.t põhjendustega, mida iga isik võiks mõistlikult aktsepteerida, isegi kui ta seda tegelikult ei tee. Kui säärane õigustamine õnnestub, ütleb kohus õigust nõudvale kaebajale tegelikult midagi seesugust: „See, mida avaliku võimu organid teevad, kasutades selleks seaduses ette nähtud demokraatlikke protseduure, on langetada heas usus kollektiivne mõistlik otsus, mida õiglus ja otstarbekohasus antud olukorras nõuavad. Arvestades mõistlikku erimeelsust asjaomases küsimuses ja sellest tulenevat mängu-/kaalutlusruumi, mille kohtud säärases olukorras valimisvastutust kandvatele poliitilistele institutsioonidele jätavad, on võimalik, et avaliku võimu organid eksisid ja teil on õigus, et avaliku võimu organid oleksid pidanud käituma teisiti. Kuid kohtu institutsionaalne roll ei ole tagada, et avaliku võimu organid oleksid leidnud esitatud küsimusele ainuõige vastuse (*the one right answer*); kohtu ülesanne on valvata mõistlikkuse piire ja tühistada õiguste rikkumise tõttu sellised avaliku võimu organite aktid, mida lähemal vaatlusel ei saa veenvalt õigustada üldisele mõistlikkusele tuginedes.“ Teiselt poolt vaadatuna ütleb kohus õigusi rikkuvat õigusakti tühistades avaliku võimu organitele ja abinõu toetanud valijaskonnale: „Meie ülesanne ei ole valitseda ega anda avaliku võimu organitele üldiseid juhtnööre, mida õiglus ja otstarbekohasus nõuavad; kuid meie ülesanne on tuvastada ja tühistada seadustatud ebaõiglust juhtudel, kus abinõu – olgu see siis enamuse toetuse saanud või mitte – koormab isikut, kuid kus seda ei ole võimalik üldise mõistlikkusega piisavalt usutavalt kaitsta.“ Kohtute rolli säärane käsitus tunnustab mõistlikke erimeelsusi ja seda, et mõistlikke erimeelsusi on kõige parem lahendada poliitilises protsessis. Kuid see toob välja ka selle, et isegi küpsetes demokraatlates ei ole kõik poliitiliste lahingute võitjad ega kõik erimeelsused alati mõistlikud. Tihti peale see pole nii. Poliitiliste lahingute võitmiseks panustatakse teinekord mõtlematult traditsioonide põlistamisele, kinnitatakse eelarvamuslikke eelistusi, tuginetakse ideoloogiale või teostatakse lihtsalt ühemõttelist huvigrupipoliitikat, mis ei mahu kõrgetasemelise poliitika radariakraanile. Sokraatiline vaidlustamine on mehhanism, mille abil kohtud teevad kindlaks, kas avaliku võimu organite ja õiguste kandja vahelise lahkarvamuse silumine on tegelikult mõistlik. Kohtud ei tegele mõistlike erimeelsuste lahendamise. Nad tegelevad mõistlike ja ebamõistlike erimeelsuste vahelise piiri valvamisega ning tagavad, et võidukas pool, kellel avaneb võimalus valada oma vaated seaduse vormi, poleks ebamõistlik.<sup>43</sup> Avaliku võimu organite ebamõistlikud aktid ei saa liberaaldemokraatlikus põhiseadusriigis usutavalt tugineda legitiimsusele õigustusele. Küsimus ei ole selles, mis õigustaks mittevõlitud kohtunike poolt tulemuste antimajoritaarset<sup>44</sup> pealesurumist. Küsimus on hoopis selles, mis õigustab seadusandlikku otsust, kui on piisava kindlusega võimalik kindlaks teha, et see koormab ilma usutava õigustuse üksikisikuid. Sokraatiline vaidlustamine kohtupraktika, mida struktureerivad mõisteliselt ratsionalistlik inimõiguste paradigma ja proportsionaalsuse test ning mida kaitsevad institutsionaalne sõltumatuse, erapooletuse ja õigusliku põhjenduse normid, on eriti sobiv kõnealuse põhiseadusliku legitiimsuse aspekti väljendamiseks ja jõustamiseks. Põhiseaduslik legitiimsus ei seisa ainult ühel jalal.

(3) Õigus vaidlustada üksikisikut koormavaid avaliku võimu organite akte on sama oluline liberaaldemokraatliku konstitutsionalismi institutsionaalne alustala kui võrdne hääleõigus. Nii nagu liberaaldemokraatliku konstitutsionalismi aluseks olevaid ideaale ei ole võimalik täielikult realiseerida ilma institutsionaliseerimata tõeliselt võistluslikke valimisi, kus kõigil kodanikel on võrdne hääleõigus, ei ole neid võimalik realiseerida ka ilma sokraatilisest vaidlustamisest praktikata, mis rajaneb õigustel ja üldisel mõistlikkusel ning on institutsionaliseeritud. Siin on sümmeetria, mis väärrib pisut põhjalikumalt käsitlemist, sest see aitab teravustada eespool esitatud argumenti.

<sup>43</sup> Muidugi viitab kasvõi õigustel põhinevate kohtuvaidluste toimumise fakt, et mõistliku erimeelsuse piiride suhtes valitseb samuti mõistlik erimeelsus. Siinkohal taasilmub metatasandil algne argument, et õigustega seotud mõistlik erimeelsus ongi demokraatliku protsessi pärisosa. Kuigi väide, et vaidlus õigluse üle on demokraatliku protsessi kese, on usutav, ei ole sugugi ilmne, et demokraatlik protsess sobiks ka mõistlikkuse valdkonna üle valvamiseks. Igal juhul ei ole mingit põhjust mitte usaldada mõistlikkuse valdkonna piiritlemist kohtule, seda nii põhimõtteliselt – kui tuua välja seos legitiimsuse ja mõistlikkuse vahel – kui ka seetõttu, et see parandab tulemusi (vt allpool).

<sup>44</sup> Antimajoritaarsuse probleemi kui USA riigiõiguslaste akadeemilise kinnisidee kohta üldiselt vt B. Friedman. *The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship*. – *Northwestern University Law Review* 95 (2001), lk 933 jj.



Kumbki – ei võrdse hääleõiguse põhiseaduslik õigustus ega sokraatilise vaidlustamise õiguslik institutsionaliseerimine – ei sõltu ainuüksi saavutatud tulemustest. Mõlemad põhiseaduslikud kohustused on õigustatud, sest need kujutavad endast põhiseaduslike põhikohustuste arhetüüpeid väljendusi<sup>45</sup>. Kodanikel on võrdne hääleõigus suuresti seetõttu, et see väljendab pühendumust võrdsusele. Üksiku hääle kaal ei sõltu erinevate kaalukuste omistamise ja võimalike tulemuste hoolikast kalibreerimisest. Me ei küsi, kas see parandaks tulemusi, kui ülikoolikraadiga või lastega või rohkem makse maksvate kodanike hääled kaaluksid rohkem, ehkki see pole täiesti mõeldamatu küsimus.<sup>46</sup> Valimisseadustes on palju aspekte, mille kallal annaks nokitseda, et tulemusi modifitseerida. Kuid need seadused peegeldavad pühendumust ideele, mille kohaselt on iga kodaniku häälel võrdne kaal, selleks et olla vastuvõetav. Sama kehtib ka sokraatilise vaidlustamise idee kohta. Selles väljendatakse pühendumust ideele, et mis tahes legitiimne võim üksikisiku üle on piiratud sellega, mida on võimalik õigustada üldise mõistlikkusega. Kui seadusandlik akt koormab üksikisikut viisil, mida ei saa mõistlikult ja aktsepteeritavalt õigustada, siis ei vääri see seadusena jõustamist. Me ei peaks arutlema selle üle, kas näha ette õiguste kohtulik kaitse või mitte, kuigi tulemuste paranemine on suhteliselt ilmne. Oluline mõtlemise koht on hoopis see, kuidas kujundada menetlused ja institutsioonid nii, et institutsionaliseeritud oleks sokraatiline vaidlustamine. Kas igal üksikisikul peaks olema võimalik pöörduda põhiõiguse küsimusega igasse kohtusse? Kas põhiseaduslike küsimuste otsustamiseks peaksid olema olemas spetsiifilise eksklusiivse pädevusega konstitutsioonikohtud? Kuidas tuleks kohtunikke ametisse nimetada? Kui pikk peaks nende ametiaeg olema? Missugused peaksid olema reeglid, mis reguleerivad eriarvamuste, *amicus curiae* arvamuste esitamist jne? Milline on kohtuotsuste seos poliitilise protsessiga? Millised on kohtuvõimu naasmise võimalused? Millised on piiriülese inimõiguste kaitse kui täiendava põhiseaduslikkuse järelevalve kihi eelised ja puudused? Neid küsimusi tuleb arutada, pidades silmas tulemusi arvestavaid kaalutlusi. Kuid pühendumus sokraatilise vaidlustamise õiguslikule institutsionaliseerimisele on samaväärne põhikohustus nagu võrdne hääleõigus ja see on teataval määral immuunne tulemusi arvestava kriitika suhtes, samuti nagu seda on võrdne hääleõigus.

Kahtlemata sõltuvad nii valimisdemokraatia kui ka põhiseaduslikkuse järelevalve edukas institutsionaliseerimine kultuuriliste, poliitiliste ja majanduslike eelduste keerulisest segust. Euroopas üldiselt puudusid 19. sajandi lõpu ja 20. sajandi esimese poole ideoloogiliselt lõhestunud maailmas soodsad tingimused sokraatilise vaidlustamise institutsionaliseerimiseks. Alles Teise maailmasõja ja Külma sõja lõpp muutsid tingimusi Euroopas sedavõrd, et võimalikuks sai liberaaldemokraatia täielik konstitutsionaliseerimine. Põhiseaduslikkuse järelevalve kui sokraatilise vaidlustamise eduka konstitutsionaliseerimise eeltingimustena tulevad siin kõne alla poliitilise eliidi tugev ja valdav pühendumus õigustepõhisele demokraatiale ning poliitiline kultuur, kus peetakse oluliseks läbirääkimisi (*deliberation*) ja põhjendamist. Nii nagu võib olla häid ettevaatusele manitsevaid argumente, miks mitte forsseerida üleminekut valimisteta suuremeelselt despootialt vabadel valimistel põhinevale valitsemisvormile – sest sellel võivad mõnes poliitilises keskkonnas olla katastroofilised tagajärjed –, võib olla ka kontekstispetsiifilisi tulemusele orienteeritud argumente mitte minna puhtalt valimistel põhinevalt valitsemisvormilt üle sellisele, mis institutsionaliseerib ka õigustepõhise sokraatilise vaidlustamise praktika. Kuid mõlemal juhul on neil, kes on pühendunud liberaaldemokraatlikule konstitutsionalismile, põhjust tunda tõsist kaotusvalu.

## IV. Kokkuvõte

Inim- ja põhiõiguste kohtuvaidlused kui sokraatilise vaidlustamise institutsionaliseerimine on enam kui parimal juhul mänguline ja halvimal juhul eksitav analoogia. See aitab selgitada, kuidas vastata kahele peamisele küsimusele, mis on tõusnud seoses Euroopale nüüdisajal omase inim- ja põhiõiguste praktikaga, mis on põhiseaduslikkuse järelevalve arutelude keskmes. Kas põhiseaduslikkuse järelevalve parandab tulemusi ja kas see on demokraatlikult legitiimne? Väitsin selles artiklis, et põhiseaduslikkuse järelevalve kui sokraatiline vaidlustamine on atraktiivne nii seetõttu, et sellega saavutab paremaid tulemusi, kui ka seetõttu, et see peegeldab sügavat pühendumist liberaalsele demokraatiale.

<sup>45</sup> Idee kohta, et õiguslik arhetüüp on kui õiguslik reegel, mis on iseloomulik laiemale pühendumusele, vt J. Waldron. *Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House*. – *Columbia Law Review* 105 (2005), lk 1681 jj.

<sup>46</sup> Isegi kui valimisõigus võetakse ära nt süüdimõistetud vangidelt, nagu tehakse paljudes riikides, ei ole selle põhjuseks tulemus, vaid vangi karistamine sellega, et talt võetakse sõnaselgelt ära poliitilise kogukonna võrdväärse liikme staatus.

Veelgi enam, sokraatiline vaidlustamine pakub vastumürgi kollektivistlikele ja sageli natsionalistlikele<sup>47</sup> eelarvamustele, mis moodustavad suure osa 20. sajandi demokraatiateemalise konstitutsiooniteooria alusest.<sup>48</sup> Pole juhus, et õiguslikult institutsionaliseeritud sokraatilise vaidlustamise levik Euroopas oli integratsiooni ja natsionalistlike kirgede, mis kogu 19. sajandi ja 20. sajandi algupoole Euroopat piinasid, suhtelise vaibumise kaasnähe. Euroopa ei näe enam oma õiguslikku vundamenti kollektivistlikus makrosubjektis, mis alustas oma elu müütilise koletisena nimega Leviathan.<sup>49</sup> See koletis ei ole ikka veel välja surnud, vaid jätkab maailma kummitamist oma pideva nälgjaga ülistamise, alistamise ja ohverdamise järele. Samas ei kannata enam 17. ja 18. sajandi suveräänse kuninga rüüd, 19. sajandi suveräänse riigi riietust ega ka 20. sajandi suveräänse rahva rõivaid. Kus iganes see koletis tänapäeva läänemaailmas eksisteerib, on ta riietatud kui „Meie, rahvas“ (*We the People*) ja väidab end olevat demokraatia kehastus. Ükskõik, milliseid rõivaid ta kannab, räägib ta lõppastmes tahte, mitte aga õigustepõhise põhjenduse keelt. Tal saab alati olema ebakindel ja ebapüsiv suhe sokraatilise vaidlustamise praktikaga. Sokrates ei ole kunagi kaitstud avaliku võimu organite valitsemise all, kes kujutavad ennast ise ette suveräänina. Euroopas on see koletis esialgu taltsutatud, õigustatult oma troonilt tõugatud ning asendatud ideega inimväärikusest kui õiguse vundamendist. Inimväärikus ei ole aga sugugi vähem salapärase õiguse vundament kui suveräänsus, arvatavasti koguni vastupidi. Kuid mis iganes selle salapära mõistmiseks on vaja, ei nõua see Leviathani kui ebajumala teenimist. Leviathan peab ennast maiseks jumalaks, kes mitte ainult ei paku ultimatiivset tähendushorisonti ega määra oma kodanike jaoks piire, kes need on, vaid väidab ka, et tal on sunnivõim oma kodanike teenistusse võtmiseks, et lasta neil tappa tema määratud vaenlasi ja vajadusel nõuda kodanikelt oma elu ohverdamist. Inimväärikuse kui õiguse vundamenti suur voores ja proovikivi on see, et filosoofilise ideena jätab see lahtiseks ja iga üksikisiku enda avastada, mida see tähendab ja milles see seisneb. Selle piirid ühtivad isiku julguse piiridega tõsiselt uurida oma eksistentsi horisonti. Selle salapära seisneb võimalikus eksistentsiaalses küsimuses, mis võib esineda lõpmatul hulgal eri kujudel või olla eiratud nende poolt, kes otsustavad seda teha. Sellisel küsimusel võib olla tugev poliitiline komponent, aga see võib olla ka vaimse rõhuasetusega või ei kumbki.<sup>50</sup> Kuid avaliku võimu organeid kohustava õigusliku postulaadina on inimväärikus proosaline ja mõistlikult sirgjooneline. Sellest tuletatud<sup>51</sup> ettekirjutuste seas on kesksel kohal nõue, et avaliku võimu organid aitaksid üles ehitada ja säilitada maailma, kus austatakse, kaitstakse ja viiakse ellu inimõigusi. Õiguslikult institutsionaliseeritud sokraatilise vaidlustamise praktika on koos valimisvastutuse ja piiriülese õigusliku integratsiooniga sellise maailma kesksed elemendid.

<sup>47</sup> Kas see on juhus, et Euroopa Liidu liikmesriikidel, kellel puudub tugev põhiseaduslikkuse järelevalve, on riigipeaks enamjaolt monarh (nt Ühendkuningriik, Holland, Taani, Rootsi) kui rahvusliku ühtsuse esindaja? Kas see on juhus, et – ainsa erandina Hispaania – pole ühtegi riiki, kus esineks ühtaegu nii monarhia kui ka põhiseaduslikkuse järelevalve tugev vorm? Kas on juhus, et valitsus, kes tugewdas Ühendkuningriigis EIÕK põhiseaduslikku rolli, oli sama valitsus, kes julges radikaalselt reformida püha, kuid sügavalt ebademokraatlikku riiklikku institutsiooni Lordide Koda ja julgustada detsentraliseerimist? Need muustrid vajaksid vähemalt lisaanalüüsi. [Euroopa Liidu liikmesriikidest puudub tugev põhiseaduslikkuse järelevalve ka Soomes, mis ei ole monarhia. *Tlk.*]

<sup>48</sup> Autoritaarne ja kollektivistlik eelarvamus on midagi, mis ühendab 20. sajandi konstitutsiooniteooriat suure osa 18. sajandi konstitutsiooniteooriaga. Kontinentaalsete mõtlejate nagu Rousseau, Kant või Fichte puhul on tähelepanuväärne see, kui kiiresti nad muutuvad – hoolimata kontseptuaalsest lähtepunktist, et kodanikud tunnustavad üksteist vastastikku vabade ja võrdsetena – tugeva tsentraliseeritud riigi apoloogeetideks. Hobbese vari on pikk ja püsib endiselt suure osa konstitutsiooniteooria kohal.

<sup>49</sup> Sisuliselt tuleneb Euroopa Liidu lepingu art-st 6, et inimõigused, demokraatia ja õigusriigi põhimõtted on õiguse vundament. Lõppkokkuvõttes tulenevad need omakorda pühendumisest inimväärikusele.

<sup>50</sup> Carl Schmitt vihjas, et eksistentsiaalne tõsidus on seotud ainuüksi draamaga, mille tingib poliitilisus, nii nagu tema seda mõistab. See väide on nii ilmselgelt puudulik, et seda on raske mitte mõista kutsena psühholoogilisele spekulatsioonile. Vt C. Schmitt. *Der Begriff des Politischen*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humboldt 1963.

<sup>51</sup> On olemas veel kaks konkreetsemat inimväärikusest tuletatud reeglit: esiteks üldine keeld isikuid ilma nende nõusolekuta vahendina kohelda; teiseks alandamise vastane reegel. Selle kohta, kuidas inimväärikust on inimõiguste diskursuses mõistetud, vt *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*. D. Kretzmer, E. Klein (eds.). The Hague: Kluwer Law International 2002.