

Põhiõiguste struktuur

1. osa. Põhiõiguste struktuuri üldküsimumused

MARTIN BOROWSKI

Tõlkinud Pille Vinkel ja Madis Ernits
Toimetanud Madis Ernits

Kokkuvõte. Artikkel annab ülevaate põhiõiguste struktuuri üldküsimumustest. Esimene jagu on pühendatud põhiõiguse mõistele. Siduvaid ja mittesiduvaid norme käsitlev teine jagu puudutab küsimust, kas põhiõigused kui pelgalt programmlaused kujutavad endast vähemalt osaliselt üksnes õiguslikult mittesiduvaid norme. Kolmandas jaos selgitatakse välja, kas põhiõigused on subjektiivsed õigused. Põhiõiguste struktuurile on keske tähtsusega printsibiteooriast lähtuv reeglite ja printsipiide eristamine, mida uuritakse neljandas jaos. Sellest võib järeldada, et põhiõigused on piiratud õigused riive-piiri-skeemi fundamentaalse struktuuri-mudeli tähenduses, mis vastandub mittepiiratud õiguste preformatsiooni-mudelile. Nende mudelitega tegeldakse viiendas jaos. Sellele järgneb erinevate olemuslikku sisu käsitlevate teooriate struktuurne uurimus. Esimese osa lõpetavad mõned märkused põhiõiguste tõlgendamise kohta, mis on osa põhiseaduse tõlgendamisest.

Märksõnad: põhiõiguse mõiste, põhiõigussäte ja põhiõigusnorm, inimõigused, rahvusvahelised ja supranatsionaalsed põhiõigused, siduvad ja mittesiduvad normid, põhiõigused kui subjektiivsed õigused, reeglid ja printsibiid, põhiõigused kui piiratud ja mittepiiratud õigused, siseteooria ja välisteooria, riive-piiri-skeem, preformatsioonimudel, põhiõiguste kujundamine, põhiõiguste olemuslik tuum, põhiõiguste tõlgendamine

SISUKORD

[Sissejuhatus]	157
I. Põhiõiguse mõiste	157
A. Õiguslikud põhipositsioonid	157
B. Põhiõigussäte ja põhiõigusnorm	158
C. Inimõigused, rahvusvahelised ja supranatsionaalsed põhiõigused ning riiklikud põhiõigused	160
1. Inimõigused	160
2. Rahvusvahelised ja supranatsionaalsed põhiõigused	161
3. Riiklikud põhiõigused	162
D. Erinevad põhiõiguse mõisted	162
1. Formaalne põhiõiguse mõiste	162
2. Materiaalne põhiõiguse mõiste	163
3. Protseduuriline põhiõiguse mõiste	163
II. Siduvad ja mittesiduvad normid	164
III. Põhiõigused kui subjektiivsed õigused	165
IV. Põhiõigused kui reeglid ja printsiibid	169
A. Reeglite ja printsiipide normiteoreetiline vahetegu	169
B. Argumendid põhiõiguste printsiipidena tõlgendamise vastu	173
1. Printsiibid kui õigusnormid	173
2. Kaalumise skeptitsism	174
3. Seadusandlus kui pelgalt põhiseaduse täideviimine	175
4. Põhiõigused kui programmlaused	176
5. Õiguste vajalik seotus ühiskondlike huvidega	177
6. Petlikkuse argument	178
V. Põhiõigused kui piiratavad või mittepiiratavad õigused	178
A. Piiriteooriad	179
1. Välisteooria	179
2. Siseteooria	180
B. Piiriteooriate kujunemislugu	181
1. Kujunemislugu tsiviilõiguses	181
2. Kujunemislugu avalikus õiguses	182
C. Põhiõigusdogmaatika struktuurimudelid	183
1. Riive-piiri-skeem	183
2. Preformatsioonimudel	183

D. Piiratavad õigused ja printsiibiteooria	184
1. Reeglitega tagatud õigused	184
2. Printsiipidega tagatud õigused	185
a. Piiramine reeglitega	185
b. Piiramine printsiipidega	185
3. Mittepiiratavate õiguste kaalumine?	186
E. Piiramine ja kujundamine	188
1. Põhiõiguse kujundamine	189
a. Seotuseta kujundamine	189
b. Seotud kujundamine	190
2. Põhiseadusest madalamat järku õiguskorra kujundamine põhiõiguste kaitsealas	191
3. Piiramise ja kujundamise vahekord	192
VI. Põhiõiguste olemuslik tuum	193
A. Relatiivne olemusliku tuuma teooria	194
B. Absoluutne olemusliku tuuma teooria	194
C. Absoluutne/relatiivne olemusliku tuuma segateooria	195
VII. Põhiõiguste tõlgendamine	196
A. Klassikalised tõlgendamiskaanonid	196
1. Sõnastusel põhinev ehk lingvistiline tõlgendamine	196
2. Seadusandja tahtel põhinev ehk geneetiline tõlgendamine	196
3. Süstemaatiline tõlgendamine	197
4. Objektiivne tõlgendamine	197
B. Klassikalised tõlgendamiskaanonid põhiõiguste tõlgendamises	197
C. Sisu ja struktuur kui tõlgendamise ese	198
1. Kitsamas tähenduses sisu tõlgendamine	198
2. Struktuuri tõlgendamine	198

[Sissejuhatus]

Uurimuse esimeses osas püütakse kõigepealt leida vastused põhiõiguste struktuuri üldkõikumustele. Esimene jagu on pühendatud põhiõiguse mõistele. Siduvaid ja mittesiduvaid norme käsitlev teine jagu puudutab küsimust, kas põhiõigused kui pelgalt programmlaused kujutavad endast vähemalt osaliselt üksnes õiguslikult mittesiduvaid norme. Kolmandas jaos selgitatakse välja, kas põhiõigused on subjektiivsed õigused. Põhiõiguste struktuurile on keskse tähtsusega printsibiteooriast lähtuv reeglite ja printsipiide eristamine, mida uuritakse neljandas jaos. Sellest võib järeldada, et põhiõigused on piiratud õigused riive-piiri-skeemi fundamentaalse struktuurimudeli tähenduses, mis vastandub mittepiiratud õiguste preformatsioonimudelile. Nende mudelitega tegeldakse viiendas jaos. Sellele järgneb erinevate olemuslikku sisu käsitlevate teooriate struktuurne uurimus. Esimese osa lõpetavad mõned märkused põhiõiguste tõlgendamise kohta, mis on osa põhiseaduse tõlgendamisest.

I. Põhiõiguse mõiste

Kõigepealt vaadeldakse erinevaid õiguslikke põhipositsioone. Seejärel selgitatakse põhiõigussätte ja põhiõigusnormi vahekorda ning uuritakse, kuidas suhestuvad omavahel riiklikud põhiõigused, riigiülesed ja rahvusvahelised põhiõigused ning inimõigused. Saadud tulemuste alusel võib teha vahet erinevatel põhiõiguse mõistritel.

A. Õiguslikud põhipositsioonid

Võib eristada kolme liiki õiguslikke põhipositsioone: õigused millelegi, vabadused ja pädevused.¹ Õiguse millelegi põhistruktuur on $RabG$, kus R on õigusoperaator, a õiguse kandja, b õiguse adressaat ja G õiguse objekt.² Sedamööda, kuidas a , b ja G sisustatakse, on tulemus täiesti erinev. Ka vabadusi on võimalik rekonstrueerida kolmekohalise relatsioonina, nende põhistruktuur on $LabG$, kus L on vabadusoperaator, a vabaduse kandja, b vabaduse takistus ja G tegevus, mis tuleb sooritada või millest tuleb hoiduda.³ Ka siin on tähendus koostisosade

¹ Põhjalikult õiguslike põhipositsioonide kohta R. Alexy. *Theorie der Grundrechte*. 3. vlj. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, lk 171 jj.

² Samas.

³ Samas, lk 198 j.

erisuguse sisustamise korral erinev. Vabadused on taandatavad õigustele millelegi ja seda on võimalik näidata nende kahe õigusliku põhipositsiooni rekonstrueerimisega deontilise loogika abil.⁴ Õiguslike põhipositsioonide kolmas liik on pädevused. Pädevusi iseloomustab see, et pädevuse kandja teatud tegevused toovad kaasa õigusliku olukorra muutumise.⁵ Küsimusele, kas ka pädevusi on võimalik selgitada deontiliste põhikategooriate – käsu, keelu ja loa – abil, on aga märksa keerulisem vastata kui vabaduste puhul.⁶ Põhiõigustega seoses on pädevused tähtsad eelkõige siis, kui küsimus on isiku põhiõigustes pädevustele. Need võivad olla ühelt poolt õigused eraõiguslikele pädevustele, teisalt aga õigused avalik-õiguslikele pädevustele. Esimesed on põhiõigusliku omandivabaduse rekonstruktsiooni osad,⁷ teised valimisõiguse rekonstruktsiooni elemendid.⁸ Ehkki pädevuste tähtsust ei tohi alahinnata, on põhiõiguste valdkonnas üldjuhul esiplaanil õigused millelegi. Eelkõige nendest tulebki järenevalt juttu, kui just pädevustele ei ole eraldi viidatud.

B. Põhiõigussäte ja põhiõigusnorm

Järgmisena selgitatakse põhiõigussätte ja põhiõigusnormi vahekorda. Põhiõigusnormi mõiste on üks normi mõiste alaliik, mille määratluses puudub täielik üksmeel.⁹ Käesolevas uurimuses sellel küsimusel pikemalt ei peatuta. Siinkohal piisab normi mõiste kirjeldusest, millest lähtuvad sisuliselt paljud autorid. See on semantiline normi mõiste.¹⁰ Semantilise normi mõiste kohaselt

⁴ Samas, lk 182 jj, 203 jj.

⁵ Samas, lk 212; M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien*. Baden-Baden: Nomos, 1998, lk 337 j.

⁶ Reduktsioonikatsete kohta R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 216; R. Alexy. *Alf Ross' Begriff der Kompetenz. – Gedächtnisschrift für Jörn Eckert*. A. Hoyer, H. Hattenhauer, R. Meyer-Pritzl, W. Schubert (koost.). Baden-Baden: Nomos, 2008, lk 43–64.

⁷ R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 220 jj; M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien* (viide 5), lk 337 jj.

⁸ R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 453 j.

⁹ Normi mõiste debati kohta vt J. W. Harris. *Law and Legal Science: An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*. Oxford: Clarendon Press, 1979, lk 25 jj.

¹⁰ Semantilise normi mõiste kohta vt R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 42 jj; J.-R. Sieckmann. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990, lk 25 jj; J.-R. Sieckmann. *Semantischer Normbegriff und Normbegründung. – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 80/1994, lk 228 j; M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien* (viide 5), lk 109 j.

tuleb teha vahet normi tekstil ja normil. Põhiõigussäte on normi teksti erijuht, nimelt põhiõigusnormi tekst. Tegemist on kirja pandud märkide jadaga põhiseadusena vastu võetud dokumendis või selle taasesituses. Normi tekstist kui keelelisest märgist tuleb rangelt eristada normi kui normi teksti tähendust. See eristamine näib esmapilgul liialt tehnilisena. Nii võib *Grundgesetz*'i põhiõigussättest GG art 4 lg 2 „Tagatud on usutalituste täitmise vabadus“ järeldada, et tagatud on vabadus usutalituste täitmiseks. Ent semantilise normi mõiste üleolekut lihtsamatest kontseptsioonidest võib näha vähemalt kahel juhul. Esimesega on tegu siis, kui põhiõigussäte sõnastusest ei tulene selgelt mingit kindlat põhiõigusnormi, kuid ollakse täielikus või valdavas üksmeeles, et vastav põhiõigusnorm kehtib. Tekib küsimus, millise põhiõigussäte alla tuleks põhiõigusnorm tõlgenduslikult liigitada. Teine juhtum on see, kui üht ja seda sama põhiõigusnormi saab tõlgenduslikult liigitada mitme põhiõigussäte alla. Kuna põhiseadused kujutavad endast esmajoones poliitilisi dokumente, ei ole nende koostamisel esmatähtsad juriidilis-süsteematilised vaatepunktid, vaid tuleb tõsiselt arvestada mõlema juhtumiga.

Semantilise normi mõiste raames tuleb eristada kehtivusvaba ja kehtivusega seotud varianti.¹¹ Kehtivusega seotud variandi kohaselt sisaldab normi mõiste kehtivust. Järelikult on norm ainult see, mis kehtib. Normi mõiste selline rikastamine ei ole aga vajalik ega eelistatav. Näiteks oleksid väited „norm *N* enam ei kehti“ või „norm *N* veel ei kehti“ selle mõiste järgi võimatud. Seetõttu tuleks eelistada semantilise normi mõiste kehtivusvaba varianti. Selle kohaselt on kehtivus mitte vajalik, vaid võimalik normi omadus.

See, milliseid nõudmisi esitatakse põhiõigusnormi kehtivusele, oleneb asjaomase õiguskorra üldisest kehtivuse mõistest. Kehtivuse mõiste kriteeriumitena tuleb kõne alla kolm elementi. Esimene on sotsiaalne kehtivus. Norm kehtib sotsiaalselt siis, kui seda kas järgitakse või selle mittejärgimist sanktsioneeritakse.¹² Teine kriteerium on korrakohane kehtestamine. Norm on korrakohaselt kehtestatud siis, kui pädev organ on selle ette nähtud viisil vastu võtnud ja see ei ole vastuolus kõrgema järgu õigusega.¹³ Positivistlikud õiguse mõisted võivad piirduda ja peavadki piirduma nende kahe kehtivuskriteeriumiga. Ainult see, kes esindab mittepositivistlikku kehtivuse mõistet,

¹¹ R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 49 j; J.-R. Sieckmann. *Regelmodelle* (viide 10), lk 26 jj.

¹² R. Alexy. *Begriff und Geltung des Rechts*. 2. vlj. Freiburg, München: Karl Alber, 1994, lk 139.

¹³ Samas, lk 143.

peab kasutama ka kolmandat – sisulise või moraalse õigsuse kriteeriumit. Norm on sisuliselt õige siis, kui see on moraalselt õigustatud.¹⁴ Mittepositivistid ei nõua reeglina täielikku sisulist õigsust, vaid ainult seda, et ebaõiglus ei ületaks teatud künnist.¹⁵

C. Inimõigused, rahvusvahelised ja supranatsionaalsed põhiõigused ning riiklikud põhiõigused

Põhiõiguse ja inimõiguse mõisteid kasutatakse juriidilises, poliitilises ja filosoofilises kontekstis. Terminoloogia on ebaselge ja ebaühtlane. Põhiseadusõiguse vaatenurgast tuleb eristada inimõigusi, rahvusvahelisi ja supranatsionaalseid põhiõigusi ning riiklikke põhiõigusi.

1. Inimõigused

Inimõigused on moraalsed õigused.¹⁶ Nende kehtivuse ainus alus on sisuline õigus, institutsionaliseerimine positiveerimise kaudu ega sotsiaalne mõjus ei mängi kehtivuskriteeriumitena mingit rolli. Peale selle iseloomustab inimõigusi fundamentaalsus, tegemist on fundamentaalsete huvide ja vajaduste kaitsega. Seetõttu moodustavad need õiglusteooriate tuumiku. Inimõigused kehtivad universaalselt, need on võrdselt omased kõigile inimestele igal pool

¹⁴ R. Alexy. Begriff und Geltung des Rechts (viide 12), lk 141.

¹⁵ Mittepositivistliku õiguse mõiste tuntuim näide on ilmselt Gustav Radbruchi õiguse mõiste. Äärmine ebaõiglus ei ole tema arvates õigus: „Konflikt õigluse ja õiguskindluse vahel tuleks lahendada nii, et positiivsel, seaduse ja võimuga tagatud õigusel on eelisjärk ka juhul, kui see on sisult ebaõiglane ja ebaotstarbekas, välja arvatud siis, kui positiivse seaduse vastuolu õiglusega on nii suur, et seadus kui „ebaõige õigus“ peab õigluse ees taanduma“ (G. Radbruch. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946). – G. Radbruch. Gesamtausgabe. W. Hassemer (toim.). III kd: Rechtsphilosophie III. Heidelberg: C. F. Müller, 1990, lk 83–93: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und un-zweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit weichen hat.“). Selle nn Radbruchi vormeli kohta vt R. Alexy. Begriff und Geltung des Rechts (viide 12), lk 52 j; R. Alexy. A Defence of Radbruch's Formula. – Recrafting the Rule of the Law: The Limits of the Legal Order. D. Dyzenhaus (toim.). Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 1999, lk 15 jj.

¹⁶ Paljude asemel S. Wein. Human Rights. – The Philosophy of Law. C. B. Gray (toim.). I kd. New York, London: Garland Publishing, 1999, lk 382.

maailmas. Positiivse õiguse suhtes on need prioriteetsed, kuna kujutavad endast positiivse õiguse legitiimsuse mõõdupuud. Veel üks inimõigusi iseloomustav tunnus on abstraktsus.¹⁷

2. Rahvusvahelised ja supranatsionaalsed põhiõigused

Rahvusvahelised põhiõigused on õigused, mis on kirja pandud inimõigusi kaitsvates rahvusvahelistes paktides ja konventsioonides. Need kujutavad endast katset transformeerida inimõigused positiivsesse õigusesse. Rahvusvaheliste inimõiguste siduvusjõus eristatakse üldjuhul mitut astet¹⁸. Ülemaailmselt kehtivatest lepingutest ja konventsioonidest tuleb nimetada eelkõige 10. detsembri 1948. aasta inimõiguste ülddeklaratsiooni, 19. detsembri 1966. aasta kodaniku- ja poliitiliste õiguste rahvusvahelist pakti ning majanduslike, sotsiaalsete ja kultuurialaste õiguste rahvusvahelist pakti, Euroopa kontinendil aga eriti 4. novembri 1950. aasta Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni ning 18. oktoobri 1961. aasta Euroopa sotsiaalharta.

Supranatsionaalsed põhiõigused on eeskätt Euroopa Liidu põhivabadused, mille on oma praktikas välja töötanud Luksemburgis asuv Euroopa Liidu Kohus. Põhivabaduste areng sai alguse majandusvaldkonnast ja ehkki peagi hakati tunnustama ka majandusega mitteseotud põhivabadusi, ei saanud neid kuni viimase ajani pidada kõikehõlmavaks ega täisväärtuslikuks põhiõiguste kataloogiks. Hiljuti sai valmis mahukas Euroopa Liidu põhiõiguste kataloog, mis aga peaks kehtima mitte liikmesriikide õigusaktide, vaid ainult Euroopa Liidu õigusaktide kohta.¹⁹ Riiklike ja supranatsionaalsete põhiõiguste üksteise

¹⁷ Vt R. Alexy. Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. – Philosophie der Menschenrechte. S. Gosepath, G. Lohmann (toim.). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, lk 244 jj [R. Alexy. Inimõiguste institutsionaliseerimine demokraatlikus põhiseadusriigis. – Riigiõiguse aastaraamat 2020, lk 148–164. – *Toim.*]; P. Koller. Der Geltungsbereich der Menschenrechte. – Philosophie der Menschenrechte. S. Gosepath, G. Lohmann (toim.). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, lk 96 jj.

¹⁸ Rahvusvaheliste põhiõiguste siduvusjõu viieastmelise süsteemi kohta vt nt W. Brugger. Menschenrechte im modernen Staat. – Archiv des öffentlichen Rechts 114/1989, lk 544 jj.

¹⁹ Euroopa Liidu põhiõiguste kataloogi õigusmõjude kohta vt A. von Bogdandy. Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? – Juristenzeitung 2001, lk 157 jj; C. Grabenwarter. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. – Deutsches Verwaltungsblatt 2001, lk 1 jj. [Algttekst valmis 2001. aastal. – *Toim.*]

kõrval asetsemise tõttu seisavad kõrvuti ka riikliku põhiseaduskohtu ja supranatsionaalse kohtu õigusemõistmine, mis võib viia pädevusvaidlusteni.²⁰

3. Riiklikud põhiõigused

Riiklikud põhiõigused on demokraatlike põhiseadusriikide põhiseadustes sätestatud individuaalsed õigused, mis kujutavad endast üldjuhul katset transformeerida inimõigused positiivsesse õigusesse. Erinevalt rahvusvahelistest ja supranatsionaalsetest põhiõigustest on neil riigi õigussüsteemis kõrgeim järk ja need on kohtus realiseeritavad.

D. Erinevad põhiõiguse mõisted

Eespool öeldu alusel võib eristada formaalset, materiaalselt ja protseduurilist põhiõiguse mõistet.

1. Formaalne põhiõiguse mõiste

Kõigepealt on võimalik formaalne põhiõiguse mõiste. See mõiste piiritleb põhiõiguste klassi formaalse kriteeriumi järgi. Selleks võib olla kuulumine teatud kindlasse õiguste kataloogi põhiseaduses. Formaalse põhiõiguse mõistest aga üldjuhul ei piisa, kuna põhiõigusi sätestatakse sageli ka väljaspool põhiseaduse põhiõiguste kataloogi. Seda probleemi saab formaalse põhiõiguse mõiste raames lahendada siis, kui põhiseaduses on säte, mis võtab kokku õigused, mida isik saab põhiseaduslikkuse järelevalve korras individuaalkaebuse esitamisega kaitsta. *Grundgesetz*'is on see GG art 93 lg 1 punkt 4a, mis koondab põhiõiguste kataloogi õigused ja ka hulga muid õigusi, millele saab kaebuse esitamisel tugineda. Formaalse põhiõiguse mõiste selle variandi formaalne kriteerium ei ole kuulumine põhiõiguste kataloogi hulka, vaid kuulumine GG art 93 lg 1 punktiga 4a sarnase sätte kataloogi hulka.

²⁰ Räägitakse Saksa Liidukonstitutsioonikohtu ja Euroopa Kohtu vahelisest nn koostöösuhtest (*Kooperationsverhältnis*), vt paljude asemel Saksa Liidukonstitutsioonikohtu (endine – *toim.*) president J. Limbach. Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur. – Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2000, lk 417 jj. [Hilisemast Euroopa Kohtu praktikast vt selle kohta eelkõige EKo 26.02.2013, C-617/10, Åkerberg Fransson, ECLI:EU:C:2013:105, p 19; 10.07.2014, C-198/13, Hernández, ECLI:EU:C:2014:2055, p 37; 22.01.2020, C-177/18, Martin, ECLI:EU:C:2020:26, p 59; ja hilisemast Saksa Liidukonstitutsioonikohtu praktikast eelkõige BVerfG 06.11.2019, 1 BvR 16/13 (E 152, 152), p 42 jj. – *Toim.*]

Formaalse põhiõiguse mõiste kõikidel variantidel on aga üks oluline puudus. Kõikide formaalsete kriteeriumitega piiritletavate õiguste klasside puhul võib küsida, kas need hõlmavad ainult põhiõigusi ja kas need hõlmavad kõiki põhiõigusi. Kui formaalne põhiõiguse mõiste oleks määrava tähtsusega, oleksid need küsimused mõttetud. Määrava tähtsusega on seega materiaalne põhiõiguse mõiste. Formaalne põhiõiguse mõiste võib küll olla abiks praktikas, kuid kahtluse korral tuleb appi võtta materiaalne põhiõiguse mõiste.²¹

2. Materiaalne põhiõiguse mõiste

Materiaalne põhiõiguse mõiste viitab sellele, et põhiõigused on katse transformeerida inimõigused positiivsesse õigusesse. Riiklike põhiõiguste puhul, mis on järgnevalt esiplaanil, on tegu põhiseadusõigusesse transformeerimise katsega. Materiaalne põhiõiguse mõiste võib eeldada kaht liiki seost põhiõiguste ja inimõiguste vahel. Esimene seos on definitiivne. Selle kohaselt on põhiõigused positiivsesse põhiseadusõigusesse transformeeritud inimõigused. Selle järgi võib põhiõiguse sisuks olla ainult niisugune normatiivne substantis, mis enne transformeerimisprotseduuri oli ja on praegu inimõiguse sisuks. Seda liiki seose puudus on see, et poliitiline ja maailmavaateline vaidlus inimõiguste sisu üle viib vältimatult ka vaidluseni põhiõiguste sisu üle. Eelistatav oleks seega nõrgem seos põhiõiguste ja inimõiguste vahel. Teist liiki seos on kavatsusliku olemusega. Selle kohaselt on põhiõigused õigused, mis võetakse põhiseadusesse eesmärgiga inimõigusi positiseerida. Materiaalse põhiõiguse mõiste selle variandi puhul ei too eksitus inimõiguste sisus kaasa tagajärgi transformeeritud õiguste põhiõiguslikule iseloomule.²²

3. Protseduuriline põhiõiguse mõiste

Protseduurilise põhiõiguse mõiste puhul on määrava tähtsusega see, kas õigused on nii olulised, et nende tagamise või mittetagamise võib jätta parlamentaarse lihthäälteenamuse ülesandeks.²³ Määrav kriteerium on protseduurilise iseloomuga, kuna võtab arvesse, kes võib õiguste sisu üle otsustada – kas põhiseadusandja või lihtsalt parlamentaarne seadusandja. Protseduurilise

²¹ R. Alexy. Grundrechte. – Enzyklopädie Philosophie. H. J. Sandkühler (toim.). I kd. Hamburg: Felix Meiner, 1999, lk 525 j.

²² Samas, lk 526.

²³ R. Alexy. Theorie der Grundrechte (viide 1), lk 406; R. Alexy. Grundrechte (viide 21), lk 526.

kriteeriumiga on seotud ka formaalsed ja materiaalsed kriteeriumid. Formaalne on selle kriteeriumi puhul see, et see ei ütle, mis just on nii määrava tähtsusega, et tuleb anda otsustamiseks põhiseadusandjale. Tähtsus tuleb aga inimõiguste kavatsusliku põhiõigustesse transformeerimise tõttu määrata lähtudes inimõiguste kontseptsioonist, mis seob protseduurilise põhiõiguse mõiste materiaalse mõistega.²⁴

II. Siduvad ja mittesiduvad normid

Siduva normiga on tegu siis, kui kohus saab selle rikkumise kindlaks teha.²⁵ Põhiõigusnorme, mis ei ole selles mõttes siduvad, nimetatakse „programm-lauseteks“ või kohtulikult mittekontrollitavateks põhiseaduslikeks ülesanneteks (*nicht justitiable Verfassungsaufträge*), mis kujutavad endast justkui „üleskutset poliitilistele instantsidele“.²⁶ Need ei ole õiguslikult kehtivad normid, nende kehtimise alus saab olla ainult moraalse, kõlbelise või jumaliku olemusega.²⁷ Selles mõttes on mittesiduvaid norme ehk programmlauseid nimetatud „näiv-normideks“ (*Scheinnormen*).²⁸ Nende õiguslik kehtivus takerdub puuduva sotsiaalse kehtivuse taha. Õiguse kehtimise kolm kriteeriumit, nagu eespool selgitatud, on sotsiaalne tõhusus, korrakohane kehtestamine ja (kui just ei lähtuta positivistlikust õiguse mõistest) sisuline õigsus.²⁹ Kui normi rikkumist ei ole võimalik kohtus kindlaks teha, siis puudub sel normil sanktsioon. Seetõttu puudub oluline sotsiaalse kehtivuse kriteerium, mis eeldab normi mittejärgimise sanktsioneerimist või normi järgimist. Mõlemad tunnused on komparatiivse olemusega. Mittesiduvad normid saavad olla õigusnormid ainult siis, kui normi mittejärgimise sanktsioneerimise täielik puudumine ei välista

²⁴ R. Alexy. Grundrechte (viide 21), lk 526 j.

²⁵ Siduvate ja mittesiduvate normide eristamise kohta vt R. Alexy. Theorie der Grundrechte (viide 1), lk 456; R. Alexy. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. – R. Alexy. Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, lk 265 j; M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 240.

²⁶ P. Häberle. Grundrechte im Leistungsstaat. – Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 30/1972, lk 115, 140.

²⁷ R. Alexy. Grundrechte als subjektive Rechte (viide 25), lk 265 j; M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 240.

²⁸ H. H. Klein. Ein Grundrecht auf saubere Umwelt? – Im Dienst an Recht und Staat: Festschrift für Werner Weber. H. Schneider, V. Götz (toim.). Berlin: Duncker & Humblot, lk 653.

²⁹ Vt 1. osa, I. B.

selle tegelikult olemasoleva ja järelikult võimaliku järgimise tõttu sotsiaalset kehtivust või kui mingi õiguskorra õiguse mõiste ei nõuagi sotsiaalset kehtivust. Mõlemad juhtumid oleksid väga ebatavalised.

Kas üksikud põhiõigusnormid kujutavad endast siduvaid või mittesiduvaid norme ja kui suures ulatuses, selgitatakse 2. osas, kus uuritakse üksikute põhiõigusfunktsioonide struktuuri. Siinkohal olgu etteruttavalt mainitud, et põhiõigusnormide, nagu ka üldse põhiseadusnormide pelgalt programmlauseteks liigitamisega tuleks olla äärmiselt tagasihoidlik. Kui mõni põhiseaduse norm on kord juba liigitatud mittesiduvaks, tuleb arvestada, et arutelu normi siduvuse ja seega üldse selle õigusliku olemuse üle tõuseb ka iga järgmise põhiseadusnormi puhul. See võib lõppeda kogu põhiseaduse siduvusjõu õõnestamise ja lammutamisega. Sellise ebakindlusega riikliku õigussüsteemi kõrgeima järgu normide siduvusjõu suhtes ei saa leppida. Edaspidi näidatakse, et põhjuseid, mis ajendavad mõningaid autoreid liigitama põhiõigusnorme mittesiduvateks, tuleks põhiõiguste teiste struktuurielementide, iseäranis näiteks sisulise piiratavuse puhul, vajalikul määral arvestada. Sellele arusaamale vastab ka Saksa põhiõigusdogmaatika diskussiooni ajalooline areng. Kui eelmise sajandi algupoolel ja keskpaigas, Weimari vabariigi põhiseaduse ajal keskendusid vaidlused eelkõige sellele, kas põhiõigused on üksnes programmlaused³⁰, ollakse tänapäeva Saksamaal diskussioonis valdavalt üksmeelel, et põhiõigused ei ole mitte kunagi pelgalt programmlaused. Praegu tegeldakse esmajoonel hoopiski küsimusega, kas ja mis ulatuses kujutavad need endast subjektiivseid õigusi ja piiratavaid õigusi.

III. Põhiõigused kui subjektiivsed õigused

Järgmisena tuleb vaatluse alla küsimus, kas põhiõigused on subjektiivsed õigused. Kui ei ole, on tegu üksnes objektiivsete normidega. Selline subjektiivse õiguse ja üksnes³¹ objektiivse normi dihhotoomia on terminoloogiliselt laialt levinud. Selles vastandumises näib sisalduvat kategooriate paljus.

³⁰ Paljude asemel K. Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. V kd. München: C. H. Beck, 2000, lk 660–666; K. Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. III/1 kd. München: C. H. Beck, 1988, lk 1188–1190 koos edasiste viidetega.

³¹ Sõna „üksnes“ lisamine on vajalik, kuna subjektiivne õigustatus on objektiivse õiguse normi lisatunnus. See tähendab, et iga sisu poolest subjektiivset õigust tagav norm kujutab endast tingimata ka objektiivse õiguse normi. Ainult niivõrd, kui võrd normis ei ole subjektiveeritud tähendusi, on tegu üksnes objektiivse normiga, vt R. Alexy. Grundrechte als subjektive Rechte (viide 25), lk 267 j.

Levinud keelekasutuse kohaselt „tagab“ norm mingi õiguse. Kui seda tõsiselt võtta, tuleks kahte asja teineteisest lahus hoida. Kuid õigusi on võimalik väljendada sellesama lausega, millega väljendatakse ka vastavat individuaalset normi. Erinevus seisneb ainult üksi perspektiivis.³² Kui soovitakse eelnimetatud näilist terminoloogilist dihhotoomiat vältida, võib teha vahet subjektiivsetel õigustel ja üksnes objektiivsetel õigustel või subjektiivsetel õigustel ja refleksiõigustel,³³ kuid selline mõistekasutus pole tavapärane.

Küsimusele, kas põhiõigused on subjektiivsed õigused, näib olevat esmapilgul antud eitav vastus, kui mõnda liiki põhiõiguste, eeskätt soorituspõhiõiguste põhjendamisel viidatakse laialdaselt niinimetatud põhiõiguste objektiivsele dimensioonile.³⁴ Selles seoses on viimati nimetatud termin aga eksitav, kuna kirjeldab põhiõiguste sisu, mis asub väljaspool nende tõrje- või võrdsusõiguslikku funktsiooni.³⁵ Seetõttu on ka mõisteliselt vale esitada küsimus objektiivõiguslike sisude resubjektiviseerimise vajalikkuse kohta.³⁶

Subjektiivseid õigusi iseloomustab see, et õiguse kandja saab neid kohtu kaudu realiseerida.³⁷ Subjektiivse õiguse andmiseks on vajalik siduv norm, sest õiguse kandja saab õigust kohtus realiseerida ainult siis, kui kohtul on võimalik kindlaks teha õigust andva normi rikkumine.³⁸ Kui siduvate normide ja subjektiivsete õiguste analüütiline seos kõrvale jätta, tuleb tõdeda, et subjektiivse õiguse mõiste on hägune ja vaieldav. Ehkki see on üldise õigusteaduse ja õigusteooria kõige enam uuritud mõisteid, ei ole igakülgsest tunnustatud definitsiooni seni õnnestunud leida.³⁹

³² Normi ja positsiooni või õiguse vahekorra kohta vt R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 163 j.

³³ Nii H. Kelsen. *Reine Rechtslehre*. 2. vlj. Wien: Franz Deuticke 1960, lk 130 jj.

³⁴ Nt kaitsepõhiõiguste kohta *Grundgesetz*'is paljude asemel H. von Mangoldt, F. Klein, C. Starck. GG art 1 lg 3, änr 159. – *Bonner Grundgesetz*. I kd. 4. vlj. München: Franz Vahlen, 1999.

³⁵ M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien* (viide 5), lk 21.

³⁶ Kuid nii arvab H. Dreier. *Vorbemerkung*, änr 56. – *Grundgesetz-Kommentar*. H. Dreier (toim.). I kd. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1996.

³⁷ Vt paljude asemel H. Kelsen (viide 33), lk 140 j.

³⁸ Vastupidine ei kehti. Siduvad normid ei pea tingimata andma subjektiivseid õigusi. On arvukalt norme, mille rikkumist on võimalik kohtus kindlaks teha, kuid mida isik ei saa nende individuaalset kaitset taotleva suunitluse puudumise tõttu realiseerida kohtus hagi või kaebuse esitamisega.

³⁹ Ülevaate subjektiivseid õigusi puudutavast vaidlusest annavad R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 159 jj; J. Raz. *Legal Rights*. – J. Raz. *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press, 1994, lk 238 jj; K. Stern. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. III/1 kd (viide 30), lk 554 jj.

Subjektiivse õiguse mõiste üle peetavas vaidluses vastanduvad peamiselt tahteteooria ja huviteooria. Huviteooriat esindas Saksamaal eelkõige Rudolf von Jhering⁴⁰, tahteteooriat aga Bernhard Windscheid⁴¹. Anglosaksi õigusteoorias vastub sellele Jeremy Benthami (huviteooria) ja John Austini (tahteteooria) klassikaline konfrontatsioon, mis ei ole siia maani oma aktuaalsust kaotanud.⁴² Saksa klassikalises õiguse üldõpetuses (*allgemeine Rechtslehre*) on see lahendamata vastasseis viinud niinimetatud kombinatsiooniteooria⁴³ eri variantide tekkeni. Subjektiivne õigus ei ole mõisteliselt siiski tahtevõim ega kaitstav huvi, vaid on õiguspositsioon. Tahtevõim või kaitsmist vääriv huvi tulevad kõne alla subjektiivsete õiguste kui õiguspositsioonide põhjustena.⁴⁴

⁴⁰ R. von Jhering. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 3. osa. 1. jagu. 5. vlj. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1906, lk 339.

⁴¹ B. Windscheid. Lehrbuch des Pandektenrechts. I kd. 9. vlj. Frankfurt am Main: Rütten und Loening, 1906, lk 156.

⁴² Vt ühelt poolt D. Lyons. Rights, Claimants, and Beneficiaries. – D. Lyons. Rights, Welfare and Mill's Moral Theory. Oxford: Oxford University Press, 1994, lk 23 jj, ja teiselt poolt H. L. A. Hart. Bentham on Legal Rights. – Oxford Essays in Jurisprudence: Second Series. A. W. B. Simpson (toim.). Oxford: Clarendon Press, 1973, lk 171 jj.

⁴³ Vt paljude asemel L. Ennecerus, H. C. Nipperdey. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 1. poolkõide. 15. vlj. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1959, lk 428 j; G. Jellinek. System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. vlj. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1905, lk 44.

⁴⁴ Võimalike põhjuste hulk ei piirdu aga nende kahega. Subjektiivseid õigusi võib põhjendada ka kollektiivse hüve kaugemaleulatuv realiseerimine mõnede isikute kaebeõiguse andmisega. Niisuguse juhtumiga on tegu näiteks siis, kui vaba arvamuse kujundamise kollektiivset hüve edendatakse sellega, et tunnustatakse isiku individuaalset aramusvabadust subjektiivse õiguse kujul, vt M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 330 jj. Järgmine näide on see, kui keskkonnakaitseühingutele antakse altruistlik kaebeõigus Saksa liidu looduskaitseaduse [*Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz)*], 29.07.2009 (Bundesgesetzblatt 2009 I, lk 2542) – *toim.*] §-s 64 või liidumaade looduskaitseadustes sätestatud keskkonnakaitseliste sätete rikkumise korral. Sellised sätted just ei eeldagi klassikalisel viisil põhjendatud subjektiivse õiguse rikkumist. Seesugune õigus ei kaitse sugugi esimeses järjekorras ühenduse huvi rikkumata keskkonna vastu ega tema tahtevõimu kui sellist. Kaebeõiguse andmisega soovitakse hoopis tagada kõrgem keskkonnakaitse tase, see tähendab *Grundgesetz*'i (GG art 20a) ja liidumaade põhiseadustega kaitstud rikkumata keskkonna kollektiivse hüve kõrgem realiseerimise määr. Selleks, et realiseerida keskkonnakaitset suuremal määral, tuleb subjektiveerida GG art 20a, mis vaieldamatult ei anna subjektiivset õigust, vaid on üksnes objektiivne norm (vt paljude asemel M. Kloepfer. Umweltrecht. 2. vlj. München: C. H. Beck Verlag, 1998, § 3, änr 23), võib seega subjektiivseid õigusi põhjendada. Seda konstruktsiooni võib nimetada „subjektiveerimiseks kollektiivse hüve kaudu“ (*Subjektivierung durch ein kollektives Gut*).

Õiguspositsiooni tunnus on realiseeritavus kohtus. Kas kohtulik realiseeritavus kujutab endast subjektiivse õiguse mõiste vajalikku⁴⁵ või ainult võimalikku⁴⁶ tunnust, on endiselt lõplikult lahendamata probleem. See, kellele kohtulik realiseeritavus on ainult võimalik tunnus, peab jaatama ka argumenteerimislasti kohtuliku realiseeritavuse kasuks. Õiguspositsiooni olemasolu on argument kohtus realiseeritavuse kasuks.⁴⁷ Enamasti pooldatakse siiski esimesena nimetatud teesi, mille kohaselt on kohtulik realiseeritavus mõisteliselt vajalik ja mille kasuks räägib tavapärane juriidiline keelekasutus. Küsimust õiguste, kohustuste või õiguspositsioonide „subjektiveerimise“ kohta mõistetakse kui küsimust, kas õigustatud isik saab asjaomast õiguspositsiooni vajaduse korral hagi või kaebusega kehtestada.⁴⁸ Alexy vaidleb sellele teesile vastu väitega, et sel juhul piirduks võimalus kasutada näiteks lauset „*a*-l on *b* suhtes õigus *G*-le“ ainult nende juhtumitega, kus kohtus realiseerimise võimalus on olemas. Kuid ka sellise võimaluse puudumisel ei kao vajadus kasutada õiguste kohta käivaid lauseid.⁴⁹ See argument eeldab, et mõiste „õigus“ on kasutusel kui mõiste „subjektiivne õigus“ lühem variant. Lõplik otsus, kas see ka keelekasutust tabavalt kajastab, jääb siin langetamata. Piisab märkusest, et „subjektiivsust“ võib keeleliselt käsitada „õiguse“ kvalifikatsioonina. Subjektiivsed õigused on sel juhul mõisteliselt tingimata kohtus realiseeritavad, mitte-subjektiivsete õiguste (või lühidalt: õiguste) puhul on see tunnus mõisteliselt vaid võimalik. Selles terminoloogias jäävad õigusi puudutavad laused kohtulikust realiseeritavusest sõltumatult ikkagi võimalikuks. Seisukohavõtt kohtuliku realiseeritavuse mõistelise paratamatuse vaidluses ületaks aga märkimisväärselt käesoleva uurimuse piire.⁵⁰ Seetõttu võetakse järgnevalt aluseks esimene väide kui levinud arusaam.

⁴⁵ Vt paljude asemel H. Kelsen (viide 33), lk 140 j: „*subjektives Recht im technischen Sinne*“ („subjektiivne õigus tehnilises mõttes“).

⁴⁶ R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 164 jj; G. Leibholz. *Die Gleichheit vor dem Gesetz*. 2. vlj. München, Berlin: C. H. Beck, 1959, lk 236. See väide on esindatud ka nüüdisaegses inimõiguste struktuuri diskussioonis, W. Brugger (viide 18), lk 553; E. Tugendhat. *Vorlesungen über Ethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, lk 348 („*schwacher Begriff eines allgemeinen subjektiven Rechts*“, s.t „üldise subjektiivse õiguse nõrk mõiste“).

⁴⁷ R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 167 j.

⁴⁸ Vt paljude asemel K. Stern. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. III/1 kd (viide 30), lk 978 jj.

⁴⁹ R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 167.

⁵⁰ Edasiste argumentide kohta samas, lk 166 jj.

Kui kolm nimetatud aspekti ühendada, tekib subjektiivsete õiguste kolmeastmeline mudel.⁵¹ Esimesel astmel on subjektiivse õiguse põhjused, teisel astmel subjektiivsed õigused kui õiguspositsioonid ja kolmandal astmel kohtulik realiseeritavus kui subjektiivse õiguse tunnus.

Põhiõiguste individuaalset kaitset taotleva suunitluse tõttu tuleb kahtluse korral lähtuda sellest, et põhiõigused kujutavad endast subjektiivseid õigusi. Üksikuid põhiõigusfunktsioone analüüsitakse detailsemalt uurimuse 2. osas.

IV. Põhiõigused kui reeglid ja printsiibid

Siinse struktuurse uurimuse keskmes on tees, et põhiõigusnormid on printsiibid. Seetõttu tuleb kõigepealt kirjeldada reeglite ja printsiipide vahetegu ning kummutada mõned üldised vastuväited sellele.

A. Reeglite ja printsiipide normiteoreetiline vahetegu

Reeglite ja printsiipide vahetegu, millele pani aluse Ronald Dworkin⁵² ja mida arendas edasi Robert Alexy⁵³, on tabavalt nimetatud „põhiõigusdogmaatika kesksete probleemide lahendamise võtmeks“⁵⁴. Nüüd tõlgendavad paljud autorid põhiõigusi kui printsiipe.⁵⁵ Tugeva vaheteoteesi⁵⁶ kohaselt, mida tuleb

⁵¹ Samas, lk 164.

⁵² Vt R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

⁵³ Vt iseäranis R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 177 jj, lk 262 jj; R. Alexy. *Zur Struktur der Rechtsprinzipien. – Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. B. Schilcher, P. Koller, B. Funk (toim.). Wien: Verlag Österreich, 2000, lk 31 jj; R. Alexy. *The Institutionalization of Reason. – The Law in Philosophical Perspectives – My Philosophy of Law*. L. J. Wintgens (toim.). Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers, 1999, lk 38 jj.

⁵⁴ R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 71.

⁵⁵ Arvukad viited M. Borowski. *Prinzipien als Grundrechtsnormen. – Zeitschrift für Öffentliches Recht* 53/1998, lk 308, viide 4. Vt ka M. Atienza, J. Ruiz Manero. *A Theory of Legal Sentences*. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers, 1998. Nende „*principles in the strict sense*“ ja „*policies or programm norms*“ eristamise kriitika kohta R. Alexy. *Zur Struktur* (viide 53), lk 43 jj.

⁵⁶ Nõrga vaheteoteesi kohaselt seisneb erinevus pelgalt astmes, kattuvusteesi järgi aga normistruktuurset erinevust üldse ei ole. Printsiibiteooria kohta vt iseäranis R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 71 jj; J.-R. Sieckmann. *Regelmodelle* (viide 10), lk 52 jj; M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien* (viide 5), lk 61 jj; kõik koos edasiste viidetega.

õigeaks pidada, on reeglite ja printsiipide vahel loogiline erinevus.⁵⁷ Printsiihid sisaldavad *prima facie* peandumist, reeglid aga definitiivset peandumist. Kui reegel on kehtiv ja rakendatav, kaasneb sellega alati õiguslik tagajärg. Erinevalt printsiihist ei saa reegel taganeda. Printsiiptide rakendamismvorm on kaalumine, reeglite puhul aga subsumeerimine.⁵⁸ Printsiihikonfliktid kulgevad kaalukuse dimensioonis,⁵⁹ reeglikonfliktid aga kehtivuse dimensioonis. Reeglitel puudub printsiiptidele iseloomulik kaalukuse dimensioon, need on määrangud (*Festsetzungen*) tegelikult ja õiguslikult võimaliku raamides.⁶⁰ Printsiipidel on seevastu optimeeritav ese, mida tuleb tegelikest ja õiguslikest võimalustest sõltuvalt realiseerida nii palju kui võimalik. Printsiihid on seega graduaalselt täidetavad.⁶¹ Täitmise määr ja täitmise olulisus üksikjuhul määravad kindlaks, milline printsiiip kollisioonis peale jääb.⁶² Normi printsiihilise olemuse ja laiemas tähenduses proportsionaalsuse põhimõtte vahel kehtib vastastikune implikatsioon: printsiiiline olemus tingib laiemas tähenduses proportsionaalsuse põhimõtte ja vastupidi.⁶³

⁵⁷ Norm on kas reegel või printsiiip, ent mitte kunagi mõlemad korraga üheaegselt. Semantilise normi mõiste (vt 1. osa, I. B.) kohaselt tuleb eristada normi ja normilause. Ühe ja sama normilause alla võib aga tõlgenduslikult liigitada erisuguseid norme. Seega võib ühe põhiõigussätte alla liigitada erinevaid põhiõigusnorme, kusjuures tegu võib olla kord reegli, kord printsiibiga, R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 122. Topelt olemusega põhiõigusnorm tekib üksnes siis, kui põhiõigusnormi sõnastusse võetakse printsiihi kohta käiv piiriklausel. Sellega tekib põhimõtteliselt subsumptsiooni võimaldav norm, mis paistab viitavat sellele, nagu oleks tegu reegluga, kuid piiriklausel osutab samas selgelt printsiiobile ja kaalumisele, R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 122 jj.

⁵⁸ J.-R. Sieckmann. *Regelmodelle* (viide 10), lk 18 j.

⁵⁹ Kaalukuse dimensiooni kohta vt R. Dworkin (viide 52), lk 26 jj; J.-R. Sieckmann. *Regelmodelle* (viide 10), lk 59 jj. Ka reegli ja printsiihi kollisioon leiab aset kaalukuse dimensioonis, kus printsiihi kaalutakse nende printsiiptidega, millele reegel sisuliselt toetub, vt R. Alexy. *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*. – *Geltungs- und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken*. N. McCormick, S. Panou, L. L. Vallauri (toim.). ARSP-Beiheft 25. Stuttgart: Franz Steiner, 1985, lk 20, viide 38; M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien* (viide 5), lk 71 j koos edasiste viidetega. Reegleid endid aga kaaluda ei saa, J.-R. Sieckmann. *Regelmodelle* (viide 10), lk 75.

⁶⁰ Täielikult määratletud sisuga normid on alati reeglid ning määratlemata sisuga normid on alati printsiihid, J.-R. Sieckmann. *Regelmodelle* (viide 10), lk 69. Osaliselt määratletud sisuga normid on printsiihid, kui neile endile omistada kaalukuse dimensioon, muul juhul aga reeglid, M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien* (viide 5), lk 86 jj.

⁶¹ Vt J.-R. Sieckmann. *Regelmodelle* (viide 10), lk 71 jj.

⁶² R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 145 jj.

⁶³ Samas, lk 101; R. Alexy. *Zur Struktur* (viide 53), lk 35; J.-R. Sieckmann. *Modelle des Eigentumsschutzes*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, lk 340 jj.

Seda erinevust selgitatakse järevalt Saksa Liidukonstitutsioonikohtu otsuse näitel, mis hindas parlamendiseaduse, BAZG⁶⁴ § 5 põhiseaduspärasust.⁶⁵ Lihtsuse mõttes vaadeldakse ainult BAZG § 5 lg 1 punkti 1, mis sätestas: „Tööpäevadel ei tohi keegi pagari- ja kondiitritoodete tootmiseks mõeldud ruumides töötada ööajal (1) esmaspäevast reedeni ajavahemikul kell 00.00–04.00 ja kell 22.00–24.00, [...]“. Ajapiirang on mõeldud kaitsmaks töötajaid öisest tööst tuleneva tervisekahju eest. BAZG § 5 lg 1 punkt 1 on parlamentaarse seadusandja definitiivne määrang tegelikult ja õiguslikult võimaliku raames ning kujutab endast seetõttu reeglit. Selle rakendamisel subsumeeritakse, kaalumisruum puudub. Tööpäevadel ei tohi keegi enne kella 4 või pärast kella 22 asjaomastes töökodades tööd teha. Reeglite konfliktid leiavad aset kehtimise dimensioonis, kusjuures üks kahest reeglist kas tunnistatakse vastavalt mõnele eelisjärgu reeglile kehtetuks või lisatakse ühele kahest reeglist erandiklausel.⁶⁶ Esimese juhtumiga oleks tegu siis, kui seadusandja võtaks vastu muutmise seaduse, mille kohaselt öise küpsetamise keeld kehtiks näiteks ainult ajavahemikul kell 00.00–03.00 ja kell 23.00–24.00. Eelisjärgu reegli *lex posterior derogat legi priori* kohaselt kehtiks BAZG § 5 lg 1 punkt 1 sel juhul muudetud kujul.⁶⁷

Printsiipe rakendatakse aga siis, kui esitatakse küsimus, kas BAZG § 5 lg 1 punkt 1 on põhiseadusega kooskõlas või mitte. See norm kui kutsealal tegutsemise regulatsioon kujutab endast GG art 12 lõikes 1 sätestatud ettevõtja kutsevabaduse riivet.⁶⁸ Ettevõtja ei saa enam oma töötajate tööaega vabalt määrata. See riive on muu hulgas ainult siis põhiseadusega õigustatud, kui see on proportsionaalne laiemas tähenduses. Sobivuse, vajalikkuse ja kitsamas tähenduses proportsionaalsuse osapõhimõtted peavad olema järgitud.⁶⁹

⁶⁴ Gesetz über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien (pagarite ja kondiitrite tööaja seadus), 29.06.1936 (Reichsgesetzblatt 1936 I, lk 521), 23.06.1969 muudetud sõnastuses (Bundesgesetzblatt 1969 I, lk 937). Õiguslik olukord on nüüdseks muutunud.

⁶⁵ BVerfG 17.11.1992, 1 BvR 168/89 (E 87, 363 jj). Vt juba BVerfG 23.01.1968, 1 BvR 709/66 (E 23, 50 jj); 25.02.1976, 1 BvL 26/73 (E 41, 360 jj).

⁶⁶ R. Alexy. Theorie der Grundrechte (viide 1), lk 77 j.

⁶⁷ Teise juhtumi näite rekonstruktsiooni kohta M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 68 j, viide 54.

⁶⁸ BVerfG 17.11.1992, 1 BvR 168/89 (E 87, 363, 382).

⁶⁹ Laiemas tähenduses proportsionaalsuse kohta vt 2. osa, II. A. 3 [artikli 2. osa avaldatakse riigiõiguse aastaraamatus 6/2025 – *toim.*]. Põhiseaduse vabadusõiguste riivete põhiseadusliku õigustamise teiste kriteeriumite kohta, mida siinkohal lähemalt ei selgitata, vt M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 185, 232 j.

Sobivuse⁷⁰ nõude täitmiseks tuleb edendada mõnda legitiimset eesmärki. Öise küpsetamiskeelu legitiimne eesmärk on pagaritööstuse töötajate tervise kaitse.⁷¹ BAZG § 5 lg 1 punkt 1 edendab tervisekaitset, võimaldades vähemalt mõningast ööund.⁷² Riive peab olema ka vajalik.⁷³ Antud juhtumil on see nõue täidetud, sest seadusandja tohib talle kuuluva hindamisruumi raames lähtuda sellest, et vähem piiravad regulatsioonid ei suuda töötajate tervist sama tõhusalt kaitsta.⁷⁴ Viimaks järgneb kitsamas tähenduses proportsionaalsuse⁷⁵ kontrollimisel kahe kollideeruva printsiibi kaalumine: GG art 12 lõikes 1 sätestatud kutsealal tegutsemise vabaduse printsiip *vs.* GG art 2 lõike 2 esimeses lauses sätestatud töötajate tervise kaitse printsiip.⁷⁶ Saksa Liidukonstitutsioonikohus jõuab järeldusele, et BAZG § 5 lg 1 punkt 1 on proportsionaalne.⁷⁷ Selle kontrolli raames ei lisata kummalegi printsiibile erandiklauslit ega eemaldada ühtegi printsiipi kehtetuna õiguskorrast. Kaalumise käigus uuritakse hoopis seda, kummal printsiibil on kollisiooni konkreetseid asjaolusid silmas pidades suurem kaal. Suurema kaaluga printsiip, antud juhul tervisekaitse printsiip, saab eelise, selle õigusjärelm võib saabuda. Seevastu teine printsiip – kutsealal tegutsemise vabadus – jääb sel üksikjuhtumil alla.⁷⁸

⁷⁰ Vt 2. osa, II. A. 3. b. (1).

⁷¹ Viide 68, lk 385 j.

⁷² Samas, lk 386.

⁷³ Vajalikkuse osapõhimõtte kohta vt 2. osa, II. A. 3 b. (2).

⁷⁴ Viide 68, lk 386 j.

⁷⁵ Selle osapõhimõtte kohta vt 2. osa, II. A. 3 b. (3).

⁷⁶ Vt riigi kaitsekohustuste ehk kaitsepõhiõiguste kohta R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 410 jj; M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien* (viide 5), lk 237 jj ning 2. osa, II. B. 1. a.

⁷⁷ Viide 68, lk 387.

⁷⁸ Kaalumise täpsemast rekonstrueerimisest on siin loobutud. Põhiõigusjuhtumite detailsemad rekonstruktsioonid, kus printsiibikollisioonid on lahendatud kaalumise teel, leiati eelkõige R. Alexy. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen.* – R. Alexy. *Recht, Vernunft, Diskurs.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, lk 29 jj; R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 79 jj; M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien* (viide 5), lk 233 jj, 283 jj, 316 jj, 345 jj, 409 j. [Vt ka M. Klatt, M. Meister. *Proportsionaalsus kui universaalne põhiseaduslik printsiip.* – Riigiõiguse aastaraamat 2020, lk 222 jj. – *Toim.*]

B. Argumendid põhiõiguste printsiipidena tõlgendamise vastu

Põhiõiguste printsiipidena tõlgendamise idee vastu esitatakse hulk argumente, millest osa vaidlevad teesile vastu üldises plaanis, teine osa aga on vastu sellele, et tõlgendada printsiipidena teatud põhiõiguslikke funktsioone täitvaid põhiõigusnorme. Järgnevalt vastatakse lühidalt kõige olulisematele⁷⁹ esimest liiki argumentidele, tähtsaimatele teist liiki argumentidele vastatakse aga artikli 2. osas vastava põhiõigusfunktsiooni juures.

1. Printsiibid kui õigusnormid

Üksikud autorid on väljendanud kartust, et põhiõiguste printsiipidena tõlgendamine toob kaasa põhiseadusõiguse kohatu moraliseerituse.⁸⁰ See kartus pole põhjendatud. Põhiõiguslikud printsiibid on õigusnormid, mis peavad vastama asjaomase õiguskorra kõikidele kehtivuskriteeriumitele.⁸¹ Vastasel korral pole tegu kehtiva õigusega, mistõttu ei tohi neid printsiipe kasutada põhiõiguste kaalumise juures. See, kelle arvates kujutavad printsiipidena mõistetud põhiõigused endast üleskutset esitada intuitsionistlikus kaalumises oma reflekteerimatuid maailmavaatelisi eelarvamusi õiguslike nõudmiste pähe, on põhiõiguste printsiibiteooriat tervikuna vääriti mõistnud. Printsiibiteooria järgi tuleb õiguslik peandumine kindlaks teha rangelt metoodilises menetluses.

Kõigepealt tuleb põhiseadusandja sõnastuses ja tahtes leiduvad määrangud kindlaks teha subsumtsiooniga põhiõigussätte sõnastuse alla.⁸² Kui nendest määrangutest piisab, tuleb neid kui mõõtuandvat otsustust loomulikult austada. Otsustava tähtsusega tõdemus on põhiõiguste puhul aga see, et positiveeritud põhiõiguste vormelilaadse lühiduse tõttu on põhiõiguslikke juhtumeid harva

⁷⁹ Teiste vastuväidete kohta M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 190 jj; M. Borowski. Prinzipien als Grundrechtsnormen (viide 55), lk 312 jj.

⁸⁰ M. Peters. Grundrechte als Regeln und als Prinzipien. – Zeitschrift für Öffentliches Recht 51/1996, lk 167.

⁸¹ M. Borowski. Prinzipien als Grundrechtsnormen (viide 55), lk 318. Põhiõiguslike printsiipide kui õigusnormide olemusest ei järeldu, et sisult identne printsiip ei võiks olla ka moraalnorm. Ent tegu on siiski kahe erineva, sisult identse normiga, millel on erinev kehtimise alus. Kuna põhiõiguse materiaalse mõiste kohaselt on põhiõigused katse transformeerida inimõigused positiivsesse õigusesse (1. osa, I. D. 2), on see paralleelne struktuur tavapärane.

⁸² Vt M. Borowski. Prinzipien als Grundrechtsnormen (viide 55), lk 316. Alexy nimetab seda põhiõiguste taset reeglitasemeks (*Regelebene*), R. Alexy. Theorie der Grundrechte (viide 1), lk 133 jj.

võimalik lahendada üksnes põhiseadusandja sõna ja tahte määrangutest lähtudes. Sellisel juhul tuleb õiguse rakendajal printsiipe kaaludes teha normatiivseid määranguid.⁸³ See annab põhjust küsida, kas printsiipide kaalumine on ratsionaalne protsess, olles seega lähtekohaks skeptitsismile kaalumise suhtes.

2. Kaalumise skeptitsism

Mitmed seavad kahtluse alla kaalumise ratsionaalsuse.⁸⁴ Tuleb möönda, et ainuvõimalikku kohustuslikku mõõdupuud kõigi kaalutavate normatiivsete küsimuste üle otsustamiseks ei ole võimalik leida. Mingi printsiibi kaalu ja piiramise määra, vastassuunalise printsiibi kaalu ja täitmise määra ning nende omavahelise eelisjärgu kindlaksmääramisel võib iga inimene jõuda isemoodi tulemuseni. Kuid see pole kaalumise kontseptsiooni spetsiifiline puudus, vaid on omane kõigile normatiivsete küsimuste otsustamismenetlustele. Kui oleks olemas normatiivsete küsimuste intersubjektiivselt kohustuslik otsustamismenetlus, tuleks seda kaalumisele eelistada. Ühtki nimetatud küljest paremat menetlust aga pole ega ole ka silmapiiril. Seesuguses olukorras tuleks eelistada suhteliselt parimat menetlust,⁸⁵ milleks ongi kaalumine. Proportsionaalsuse põhimõtte kaks esimest osapõhimõtet – sobivus ja vajalikkus – on kriteeriumid, mis võimaldavad lahendada printsiibikollisioone ilma kaalumist läbi viimata. Kui need lahendust ei võimalda, tuleb kollideeruvate printsiipide tinglikku eelisjärku põhjendada kaalumise teel. Eelisjärgu põhjendamisega printsiibiteooria ise hakkama ei saa. Vajalik on põhjendamine printsiibiteooria perspektiivist sellest väljaspool asuva ratsionaalse juriidilise argumentatsiooni

⁸³ Õiguse rakendaja pole kaalumisel normatiivsete määrangute puhul vaba, vaid on teatud määral määrangutega seotud. Põhiõigustel ei ole paratamatult ühesugune abstraktne kaal, vaid nende seas võib olla *prima facie* eelisjärgulisi, M. Borowski. Prinzipien als Grundrechtsnormen (viide 55), lk 318; M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 267 j. Vt veel M. Borowski. Intendiertes Ermessen. – Deutsches Verwaltungsblatt 2000, lk 149 jj.

⁸⁴ E.-W. Böckenförde. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. – Neue Juristische Wochenschrift 1974, lk 1534; E. Forsthoff. Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre. – Epirrhosis: Festgabe für Carl Schmitt. H. Barion jt (toim.). Berlin: Duncker & Humblot, 1968, lk 209; J. Habermas. Faktizität und Geltung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, lk 310; B. Schlink. Abwägung im Verfassungsrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 1976, lk 134 jj.

⁸⁵ H.-J. Koch, H. Rießmann. Juristische Begründungslehre. München: C. H. Beck, 1982, lk 118; M. Raabe. Grundrechte und Erkenntnis. Baden-Baden: Nomos, 1998, lk 200 j.

teooria abil.⁸⁶ Sellest tulenevalt võib öelda, et printsiibiteooria aitab otsust pigem struktureerida kui langetada.⁸⁷ Põhiõiguslike probleemide sageli keerukat struktuuri silmas pidades ei tohiks aga seda saavutust alahinnata.

Lisaks analüütilisele kasule üksikjuhul on võimalik moodustada suure arvu kaalumisotsuste eelisjärkude koherentne süsteem. Normisüsteemi koherentsus on elementaarne teadusteoreetiline nõue.⁸⁸ Õiguse rakendaja teeb iga otsusega järjest uusi määranguid, millest võib üha selgemini välja kujuneda abstraktne eelisjärkude süsteem. Sellest süsteemist kõrvale kaldudes lasub tal argumenteerimiskoormus, mis viib eelmõistudega seotuse teooriani.⁸⁹ Kui käsitada põhiseaduskohtu praktikat säärase süsteemina, tekib õiguskindlus.⁹⁰

Printsiibiteooria kaalumise kontseptsioon ühes ratsionaalse juriidilise argumentatsiooniteooriaga võimaldab normatiivsete küsimuste otsustamist suhteliselt kõige ratsionaalsemalt nüüdisaja kõrgeimal võimalikul analüütilisel tasemel. See on ülim täpsus, mis õigusteaduses võimalik. Kes nõuab seevastu üldkehtivaid ainuvõimalikke tulemusi, mõistab selle olemust valesti.⁹¹

3. Seadusandlus kui pelgalt põhiseaduse täideviimine

Kui põhiõiguste sisu selgitatakse põhiseaduslike printsiipide kaalumise teel, võib küsida, mil määral on parlamendiseadus üldse põhiseadusest alama õiguskorra jaoks konstitutiivne. Arvestades põhiõiguste kaitsealade laia tõlgendust, kujutab peaaegu iga parlamendiseadus endast mõne põhiõiguse riivet. Kui pidada võimalikuks põhiõiguslike printsiipide piiramist ainult põhiseaduslike printsiipidega, näib demokraatlikult legitimeeritud parlamendi seadusandlik tegevus pelgalt põhiseaduse rakendamistegevusena. Demokraatlik

⁸⁶ Vt R. Alexy. *Theorie der juristischen Argumentation*. 3. vlj. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

⁸⁷ R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 163 j.

⁸⁸ R. Dworkin. *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1986, lk 165 jj; R. Alexy, A. Peczenik. *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*. – *Ratio Juris* 3/1990, lk 130 jj; A. Peczenik. *On Law and Reason*. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers, 1989, lk 158 jj.

⁸⁹ R. Alexy. *Theorie der juristischen* (viide 86), lk 335 jj; sarnase olukorra kohta Saksa õiguskorras R. Alexy, R. Dreier. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. – *Interpreting Precedents*. D. N. MacCormick, R. S. Summers (toim.). Aldershot et al.: Ashgate Dartmouth, 1997, lk 26 jj.

⁹⁰ J.-R. Sieckmann. *Regelmodelle* (viide 10), lk 238.

⁹¹ R. Dreier. *Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft*. – R. Dreier. *Recht, Moral, Ideologie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, lk 48 jj.

protsess kaotaks oma tähenduse.⁹² Vastus sellele vastuväitele on, et kaalumisel tuleb arvestada ka põhimõtet, mis käsib *prima facie* järgida demokraatlikult legitimeeritud parlamendi otsustusi. See põhimõte pärineb formaalsete printsiipide rühmast, mis põhjendavad normide kehtivust seotusega varasemate menetluste tulemusega sõltumatult nende sisulisest õigsusest.⁹³ Selle põhimõtte kohaselt tuleb seadusandja otsustusi järgida nii palju kui võimalik.⁹⁴ Seadusandjal on mänguruum, mille piires on ta vaba, aga väljaspool peab järgima põhiseadust. Kaalumise tulemus ei riku demokraatia põhimõtet ega parlamendi pädevusi, kui neid vajalikul määral kaalumisel arvestatakse. See vabaduse ja seotuse kompromiss on nüüdisaegse demokraatliku põhiseadusriigi osa. See kehtib ka *Grundgesetz*'i kohta, mis sätestab GG art 20 lõikes 1 demokraatia põhimõtte, teisalt aga GG art 1 lõikes 3 kogu riigivõimu seotuse põhiõigustega. Demokraatlikult legitimeeritud seadusandluse seotus põhiõigustega on vältimatult teatud ulatuses ebademokraatlik.⁹⁵

4. Põhiõigused kui programmlaused

Kui eelnimetatud vastuväide näeb seadusandja liiga tugeva seotuse ohtu, heidab järgnevalt vaadeldav ette liialt nõrka seotust. Põhiõigusi kui printsiipe ei tohi ajada segamini „programmlausetega“ (*Programmsätze*) Weimari vabariigi põhiseaduses⁹⁶, mis kujutasid endast mittesiduvaid norme (vaata 1. osa, II).⁹⁷ Mitte küll üksmeelse, ent ülekaaluka arvamuse kohaselt kehtisid Weimari

⁹² E.-W. Böckenförde. Grundrechte als Grundsatznormen. – E.-W. Böckenförde. Staat, Verfassung, Demokratie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, lk 190 j; 197.

⁹³ Formaalsete printsiipide kohta R. Alexy. Theorie der Grundrechte (viide 1), lk 89; W. Enderlein. Abwägung in Recht und Moral. Freiburg, München: Karl Alber Verlag, 1992, lk 338 jj; M. Raabe (viide 85), lk 208 jj; J.-R. Sieckmann. Regelmodelle (viide 10), lk 147 jj.

⁹⁴ R. Alexy. Theorie der Grundrechte (viide 1), lk 120; M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 202 j; M. Borowski. Prinzipien als Grundrechtsnormen (viide 55), lk 321.

⁹⁵ Teisalt on hulk põhiõiguslikke sisusid demokraatia eelduseks, olgu siin nimetatud ainult arvamusevabadus ja koosolekuvabadus. Demokraatia ja põhiõiguste seose kohta, mida selles mõttes võib nimetada ambivalentseks, vt R. Alexy. Theorie der Grundrechte (viide 1), lk 433 j, 482; R. Alexy. Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat. – Justice, Morality and Society: A Tribute to Aleksander Peczenik. A. Aarnio, R. Alexy, G. Bergholtz (toim.). Lund: Juristförlaget i Lund, 1997, lk 32 jj; R. Alexy. Grundrechte (viide 21), lk 526.

⁹⁶ Saksa Reichi 11.08.1911 põhiseadus (*Verfassung des Deutschen Reiches*).

⁹⁷ Nii leiab N. Reuber. Lebens- und Gesundheitsschutz und Gesetzesvorbehalt unter besonderer Berücksichtigung der Gentechnologie. Diss. iur. Köln 1993, lk 101 jj; vt M. Peters (viide 80), lk 168, 178.

vabariigi põhiseaduse põhiõigused ainult parlamendiseaduste raames: „Igasugune vabadus on lihtsalt vabadus seadusevastasest sunnist.“⁹⁸ Parlamendiseadused ise ei saa sellisel juhul põhiõigusi rikkuda. Selles tähenduses „programmilaused“ on seadusandjale mittesiduvad normid. Erinevalt siduva normi rikkumisest ei saa mittesiduva normi rikkumist kohtus – olgu konstitutsiooni- või muus kohtus – kindlaks teha. Neil on maksimaalselt ainult poliitiline, moraalne või jumalik kehtivus. Nüüdisaja demokraatliku põhiseadusriigi põhiõigused on aga tagatud siduvate normidega. *Grundgesetz*’i põhiõiguste rikkumisi saab kohtus kindlaks teha, sest kogu riigivõim on põhiõigustega seotud (GG art 1 lg 3).

5. Õiguste vajalik seotus ühiskondlike huvidega

Põhiõiguste printsiipidena tõlgendamise vastu vaieldakse väitega, et niisuguse tõlgenduse korral ei olewat võimalik võtta meetmeid üldsuse heaolu tagamiseks.⁹⁹ Säärase lähenemisviisi korral mõistetakse põhiõiguste kui piiratavate õiguste teooriat tugevalt normatiivse teooriana. Selle arusaama kohaselt saavad kollektiivsed hüved individuaalsete õigustega kollideerudes vaid vähesel määral peale jääda. Kollektiivsete hüvedega kaasneb suur argumenteerimiskoormus. Printsiipidega tagatud õiguste teooriat on küll võimalik sel viisil mõista, kuid see pole eelistatav ega ka vajalik. Konstruktsiooniteooria¹⁰⁰ on suuresti vaba normatiivsetest teesidest. Normatiivsed teesid astuvad areenile siis, kui konstruktsiooniteooria seotakse argumenteerimiskoormusega. See, et argumenteerimiskoormus üldse olemas on, on nõrk normatiivne tees, sest see on ühildatav mitme normatiivse kontseptsiooniga. Vabadusõiguste puhul seisneb seesugune nõrk normatiivne tees näiteks selles, et negatiivne vabadus kujutab endast väärtust omaette. Lisaks võib mängu tuua tugevad normatiivsed teesid. Näiteks küsimus, kas kollektiivsed hüved on negatiivse vabadusega võrreldes väikese, keskmise või suure kaaluga. Sellel küsimusel pole aga printsiipidega tagatud õiguste teooria kui konstruktsiooniteooria või nõrga normatiivse teooriaga midagi pistmist.¹⁰¹ Põhiõiguste printsiipidena tõlgendamine ei

⁹⁸ G. Jellinek (viide 43), lk 103.

⁹⁹ Negatiivse vabaduse printsiibi kohta vt nt O. von Gierke. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*. Berlin: Springer, 1889, lk 20.

¹⁰⁰ Normatiivsete teooriate ja konstruktsiooniteooriate erinevuse kohta vt R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 299.

¹⁰¹ Vt ühtekokku M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien* (viide 5), lk 43 jj.

vastusta individuaalsete õiguste seotust üldsuse heaoluga, vaid hoopiski võimaldab selle adekvaatset ja ratsionaalset rekonstrueerimist.

6. Petlikkuse argument

Pooldajaid on leidnud ka väide, et põhiõiguste printsiibimudel ei vasta isikute ootustele. Kuna põhiõigusi kui printsiipe on võimalik kaaluda, saab neid ka vajadust mööda piirata. Sellega murtavat lubadus, mis seisnevat põhiõiguse tagamises.¹⁰²

Kuid see, kes ainuüksi printsiibile toetudes loodab üksikjuhul saada definitiivset õigust, võib olla täiesti asjatult lootust hellitanud. See, kas põhiõigusnorm kui printsiip annab üksikul rakendusjuhul ka definitiivse õiguse, sõltub kollideeruvatest printsiipidest ja kõigi printsiipide kaalukusest. Petlikkusest võib rääkida üksnes siis, kui lubatakse rohkem kui antakse. Printsiip annab ainult nõudeõiguse õigele kaalumistulemusele – ei midagi vähemat ega enam. Vääriti on printsiibi olemust mõistnud see, kes tõlgendab seda kui definitiivse õiguse lubadust.¹⁰³

V. Põhiõigused kui piirataavad või mittepiirataavad õigused

Arvatavasti kõige tähtsam struktuurne küsimus seisneb põhiõiguste puhul selles, kas tegu on piirataavate või mittepiirataavate õigustega. Kõigepealt selgitatakse edasises lühidalt piirataavate ja mittepiirataavate õiguste erinevust piiriteooriate kui üldise õigusõpetuse ja õigusteooria osa terminoloogias ning visandatakse piiriteooriate kujunemislugu, misjärel kirjeldatakse põhiõigusdogmaatikas vastandlikke põhiõiguste struktuurimudeleid. Lõpuks rekonstrueeritakse piirataavate ja mittepiirataavate õiguste struktuur reeglite ja printsiipide vaheteo abil. Sellest nähtub, et printsiipide ja piirataavate õiguste vahel on tihe seos.

¹⁰² Seda argumenti kasutab iga autor omamoodi, kuid algul lähtus see Karl Marxi kriitikast kodanlik-õigusriikliku põhiseaduse aadressil, vt K. Marx. Die Konstitution der Französischen Republik, angenommen am 4. November 1848. – K. Marx. F. Engels. Werke. VII kd. Berlin: Dietz, 1960, lk 503 j.

¹⁰³ Vt M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 197.

A. Piiriteooriad

Diskussiooni õiguste piiratavuse üle peeti, eelkõige tsiviilõiguses, valdavalt niinimetatud piiriteooriate (*Schrenkentheorien*) ehk välisteooria (*Außentheorie*) ja siseteooria (*Innentheorie*) vahelise vaidlusena.

1. Välisteooria

Välisteoreetilised õigused eeldavad kahe õigusliku elemendi olemasolu. Esimene on *prima facie* õigus¹⁰⁴ ehk piiramatu õigus, teine aga selle õiguse piir. Piiramise tagajärjel tekib definitiivne ehk piiratud õigus. Piirangu õiguspärasuse kontroll peab paratamatult toimuma kahes etapis. Esimeses etapis küsitakse, kas soovitud õigusjärelm on *prima facie* õiguse sisuks. Kui see on nii, siis teises etapis uuritakse, kas *prima facie* õigust on konkreetsel juhul sedavõrd mõjusalt piiratud, et definitiivset õigust siiski ei ole. Õiguste välisteoreetiline põhiskeem on seega järgmine: kui piiramatu õiguse sisuks on õiguse ese x ja see õigus pole x -i suhtes mõjusalt piiratud, on x -le selle õiguse õigusjärelm kästud. Seda saab loogiliselt formaliseerida nii:¹⁰⁵

$$(x) URx \wedge \neg GSx \leftrightarrow ORx.$$

Siin tähistab (x) kõiksuskvantorit (*Allquantor*)¹⁰⁶, URx tähendab „ x on piiramatu õiguse ese“, GSx tähendab „ x -i suhtes on välisteoreetiline õigus mõjusalt piiratud“, $\neg$ tähistab eitust, O kujutab endast deontilise loogika käsuoperaatorit ja Rx tähendab „ x -le saabub õiguse õigusjärelm“. Selle välisteoreetiliste õiguste formaliseerimise põhivariandi juurde naastakse edaspidi üksikute põhiõiguste funktsioonide käsitluste juures 2. osas.

Esimene element – *prima facie* õigus – on normatiivne element. Kui on olemas mingi õigus, on alati olemas ka norm, mis annab selle õiguse.¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Prima facie* käsitlusele on iseloomulik, et järelduse põhjendamisel ei kasutata kõiki asjassepuutuvaid eeldusi. Vt K. Baier. *The Moral Point of View*. Ithaca, London: Cornell University Press, 1958, lk 102 jj; R. M. Hare. *Moral Thinking*. Oxford: Clarendon Press, 1981, lk 27 jj, 38 jj.

¹⁰⁵ Vt M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien* (viide 5), lk 189.

¹⁰⁶ Kõiksuskvantor ehk universaalkvantor (ingl *universal quantifier*) väljendab, et miski kehtib kõigi kohta (või kõige asjassepuutuva kohta). Erialaterminoloogias on kohati kasutusel termin „üldisuskvantor“, mis on aga semantiliselt ebatäpne, sest kõiksuskvantor ei väljenda millegi üldisust vastandina erilisusele, vaid universaalsust ehk kõiksust vastandina üksikule. – *Tõim*.

¹⁰⁷ R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 177 j.

Ka teine element on normatiivne: õiguste piirid on samuti normid.¹⁰⁸ Välis-teoreetiliste piiratavate õiguste teooria aitab seega rekonstrueerida normatiiv-sete elementide, iseäranis õiguste ja kollektiivsete hüvede¹⁰⁹ kollisiooni.

2. Siseteooria

Siseteooria kohaselt on algusest peale olemas ainult teatud kindla sisuga õigus. Sellest õigusest väljapoole ulatuvat õiguspositsiooni ei eksisteeri. On vaid üks normatiivne element – konkreetsete piiridega õigus. Levinud keelekasutuse kohaselt on piirid sellele õigusele „immanentsed“. Seda piiri ei saa nimetada piiramiseks.¹¹⁰ Õiguse piiramine oleks selle õiguse pisendamine või vähendamine. Miski, mis oli enne õiguse piiramist õiguse sisu, ei kuuluks pärast piiramist enam selle õiguse sisu hulka.¹¹¹ Kui mittepiirataval õigusel on juba algsel kujul olemas lõplik ulatus, ei ole sellise õiguse piiramine enam vajalik ega võimalik.

Mittepiiratavate õiguste korral on õiguse rakendamise menetluse ülesanne kontrollida, kas näiline õiguslik sisu on ka tegelik õiguslik sisu. Seega näib piiratavate õiguste kaheetapiline kontroll toimuvat ka mittepiiratavate õiguste puhul. Esmalt kontrollitakse, kas lahendatava juhtumi puhul on mindud näilise õigusliku sisu alale. Kui see on nii, tuleb langetada otsus, kas näiline õiguslik sisu kujutab endast ka tegelikku õiguslikku sisu. Määrava tähtsusega erinevus on seejuures selles, et näiline õiguslik sisu ei ole normatiivne positsioon, vaid on üksnes fenomen õigusliku peandumise kognitsiooni raames. See, kes võib ainult näiliselt mingile õigusele tugineda, tegutseb õiguseta, mitte pisendatud või piiratud õigusega. Sarnaselt välisteoreetilise põhiskeemiga on olemas ka siseteoreetiline põhiskeem: kui ese x on õiguse tõeline sisu, on x -le selle õiguse õigusjärelm kästud. Loogiliselt formaliseerituna vastab sellele valem¹¹²

$$(x) WIx \leftrightarrow ORx.$$

Siin tähendab WIx „ x on õiguse tõeline sisu“, muud elemendid vastavad aga välisteoreetilise skeemi elementidele.

¹⁰⁸ M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 103.

¹⁰⁹ Kollektiivse hüve mõiste kohta R. Alexy. Individuelle Rechte und kollektive Güter. – R. Alexy. Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, lk 232 jj.

¹¹⁰ Sel põhjusel pole termin „piiriteooria“ (*Schränkentheorie*) välisteooria ja siseteooria soo- ehk katsumõistena päris täpne. Ent kuna see on käibel, jäädakse edaspidi selle juurde.

¹¹¹ M. Borowski. Grundrechte (viide 5), lk 31; M. Borowski. Prinzipien als Grundrechts-normen (viide 55), lk 332.

¹¹² Vt M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 189.

B. Piiriteooriate kujunemislugu

1. Kujunemislugu tsiviilõiguses

Välisteoreetilisi õigusi iseloomustava *prima facie* õiguse ja piirangu kaheosalise struktuuri võib leida juba vanimast kirjalikult säilinud omandi definitsioonist, mis pärineb Bartoluselt: „*Quid ergo est dominum? Responde: est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeat.*“¹¹³ See vastab Rooma traditsiooni vabaduse mõistele.¹¹⁴ Selles mõttes võib öelda, et romanistlik traditsioon esindab välisteooriat. Klassikalises Saksa tsiviilõiguses on seevastu levinud niinimetatud saksaõiguslik traditsioon, mille kohaselt on piirangud lähtealustes õiguse mõistega hõlmatud, esindades seega siseteooriat. Piiriteooriate vaidlus oli seetõttu tsiviilõiguse romanistliku ja germanistliku traditsiooni vaidlusesse põimitud. Lisaks üldisele vaidlusele tsiviilõiguslike subjektiivsete õiguste struktuuri üle käis võitlus iseäranis omandi mõiste üle.¹¹⁵ Rooma õigusest pärinev omandi definitsioon leidis pandektistide kaudu tee Saksa tsiviilõigusesse. Rooma õiguse omandi definitsioon avaldas märkimisväärset mõju 1900. aasta BGB¹¹⁶ § 903 omandiõiguse sõnastusele. 19. sajandi lõpus elavnes tuntavalt saksaõiguslik traditsioon, mõjule pääsesid eriti Otto von Gierke teosed.¹¹⁷ See selgitab veidi üllatavat tõdemust, et nimetatud BGB § 903 tõlgendatakse selle roomaõiguslikust sõnastusest hoolimata valdavalt saksaõigusliku traditsiooni järgi. Tsiviilõiguste siseteoreetiline tõlgendamine hoogustus oluliselt natsionaalsotsialismi aegadel. Eelkõige Wolfgang Siebert oli see, kes oma töödes roomaõiguslikule traditsioonile omase „individualistlik-normatiivse isoleeriva mõtteviisi“ (*das „individualistisch-normative Trennungsdenken“*)

¹¹³ Bartolus de Sassoferatto. *Commentaria in primam Digesti novi Partem*. Venetien 1580, lk 84 (pärast 4 „lex si quis vi“ kohta (= D 41, 2, 17)). (Tõlge: „Mis on siis omand? Vastus: see on õigus materiaalsest asja täielikult käsutada, kui seadus seda ei keela.“ – *Toim.*)

¹¹⁴ Dig. 1, 5, 4 pr. (Florent. 1. 9 inst.): „Libertas est (naturalis) facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quis (vi aut) iure prohibeatur“ [„Vabadus on (loomulik) võimalus teha seda, mida keegi soovib, kui teda ei takista (jõud või) seadus“.]

¹¹⁵ M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien* (viide 5), lk 49 jj.

¹¹⁶ Bürgerliches Gesetzbuch (tsiviilseadustik) võeti vastu 18.08.1896 ja see jõustus 01.01.1900. Kuigi seda on korduvalt ja ulatuslikult reformitud, kehtivad selle aluspõhimõtted ja põhilised osad tänaseni. BGB § 903 ls 1 ühtib 1900. aastal jõustunud BGB §-ga 903: „Asja omanik võib, kuivõrd seadus või kolmandate isikute õigused ei ole sellega vastuolus, toimida asjaga nii, nagu ta soovib, ja välistada teiste mõju.“ („Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschließen.“) – *Toim.*

¹¹⁷ Vt teiste seas O. von Gierke (viide 100), lk 20.

otsustavalt kõrvale heitis ja kuulutas „rassilise kogukonnaidee“ (*der „völkische Gemeinschaftsgedanke“*) subjektiivsete õiguste konstruktiivseks lähtepunktiks.¹¹⁸ Järeldus õiguste seotuse kohta kogukonnaga mõjutab siseteooriat tänapäevalgi.

2. Kujunemislugu avalikus õiguses

Esimised liberaal-õigusriiklike põhiõiguste alged Saksamaal tekkisid Weimari vabariigi põhiseaduse kehtimise ajal. Sellega seoses väärib esile tõstmist kõigepealt Carl Schmitt, kelle „õigusriikliku jaotusprintsiiibi“ kohaselt peab iga riiklik akt olema piiratud ja kontrollitav,¹¹⁹ mis lubab oletada välisteoreetilisi põhiõigusi.¹²⁰ Kaalumise esiisaks võib aga pidada Rudolf Smendi. Tema „kaalumisoõpetuses“ (*Abwägungslehre*), mis käis Weimari vabariigi põhiseaduse WRV art 118 üldise seaduse mõiste kohta, oli mõõtuandev see, kas seadusega kaitstav ühiskondlik hüve on tähtsam kui arvamusalaldusvabadus.¹²¹ Ka see viitab välisteoreetilistele põhiõigustele.¹²²

Ent põhiõigusi välisteoreetiliste õigustena käsitleva dogmaatika alged lämmatas juba eos natsionaalsotsialistide võimuletulek. Natsionaalsotsialistlik kogukondlik ideoloogia eitas täielikult individuaalset vabadust, selle asemel pidi õiguse konstruktiivseks lähtepunktiks olema hoopis kogukonna idee. Põhiõigused tegid läbi „täendusliku muutuse“ (*Bedeutungswandel*) subjektiiv-individuaalsetest nõudeõigustest pelgalt kogukonna korraprintsiipideni,¹²³ kujutades endast seega siseteoreetilisi õigusi.¹²⁴

Saksa 1949. aasta *Grundgesetz*'i põhiõigusi käsitatakse aga Saksa Liidu-konstitutsioonikohtu järjepidevas praktikas ning õiguskirjanduses peaaegu üksmeelselt kui välisteoreetilisi õigusi vähemalt osas, mis puudutab tõrjeõigusi klassikalises tähenduses.¹²⁵ Peale selle vaieldakse õige piiriteooria üle, nagu selgitatakse artikli 2. osa vastavates jagudes.

¹¹⁸ Vt M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 52 j koos edasiste viidetega.

¹¹⁹ C. Schmitt. Verfassungslehre. München, Leipzig: Duncker & Humblot, 1928, lk 175 jj.

¹²⁰ M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 56.

¹²¹ R. Smend. Das Recht der freien Meinungsäußerung. – Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 4/1928, lk 52.

¹²² M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 56.

¹²³ E. R. Huber. Bedeutungswandel der Grundrechte. – Archiv des öffentlichen Rechts 62/1932, lk 79 jj.

¹²⁴ M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 57 j.

¹²⁵ Samas, lk 58 j.

C. Põhiõigusdogmaatika struktuurimudelid

Saksa nüüdisaegses põhiõigusdogmaatikas on levinud põhiõiguste kahe struktuurimodeli – riive-piiri-skeemi¹²⁶ ja preformatsioonimodeli – vastandamine.¹²⁷ Neid struktuurimodeleid eristab teineteisest kaks fundamentaalset vahetegu. Esimene on küsimus sellest, kas kaitseala ja efektiivne tagamisala on erinevad või samased, teine aga küsimus formaalse kaitse tagatusest või mittetagatusest. Otsekohe võib järeldada, et loogiliselt on võimalikud mitte ainult kaks, vaid neli struktuurimodelit.¹²⁸ Järgnevalt vaadeldakse kaht kõige levinumat piiriteooriate vaatenurgast.

1. Riive-piiri-skeem

Vahetegu kaitseala ja efektiivse tagamisala erinevuse ja samasuse vahel vastab üsna täpselt välisteoreetiliste ja siseteoreetiliste õiguste vaheteole.¹²⁹ Riive-piiri-skeemi kohaselt iseloomustab õigusi kaitseala ja efektiivse tagamisala erinevus, mistõttu on paratamatult tegemist piiratavate välisteoreetiliste õigustega. Lisandub formaalse kaitse tagatus, mis ei tähenda muud kui seda, et õiguse piiramine saab ainult siis mõju avaldada, kui on täidetud ka formaalsed kriteeriumid. Teiste sõnadega öeldes: riive-piiri-skeemi järgi on õigus välisteoreetiline õigus, mille piirang peab vastama mitte ainult materiaalsetele, vaid ka formaalsetele kriteeriumitele.

2. Preformatsioonimudel

Preformatsioonimodeli järgi on õiguste kaitseala ja efektiivne tagamisala seevastu kattuvad. Järelikult on tegu siseteoreetiliste õigustega, mida ei saa piirata ega peagi piirama. Kriteeriumite küsimus, millal on piirang mõjus, nende puhul ei tekigi.¹³⁰

¹²⁶ Riive-piiri-skeemi mõiste töötas välja Peter Häberle, P. Häberle. Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. 3. vj. Heidelberg: C. F. Müller, 1983, lk 3 ja kõikjal.

¹²⁷ G. Lübbe-Wolff. Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Baden-Baden: Nomos, 1988, lk 14 jj.

¹²⁸ M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 128 j.

¹²⁹ Reservatsioon „üsna“ tuleneb sellest, et on võimalik kasutada erisuguseid kaitseala mõisteid. Täpne vastavus esineb ainult siis, kui kaitsealana mõistetakse põhiõiguse koosseisu, mis aga pole tavaks. Harilikult kasutatakse kaitseala mõistet nii, et see moodustab riive kõrval ühe osa põhiõiguse koosseisust. Koosseisu eri tähenduste kohta vaata 2. osa, II. A. 2.

¹³⁰ G. Lübbe-Wolff (viide 128), lk 28.

Seega saab vahetegu riive-piiri-skeemi ja preformatsioonimudeli vahel selgitada täielikult vaheteoga sisetoreetiliste ja välisteoreetiliste õiguste vahel, kui viimaste puhul eristada mõjusa piiramise formaalseid ja materiaalseid kriteeriume.

D. Piiratud õigused ja printsiibiteooria

Õiguste piiratuduse ja printsiibiteooria vahel on tihe seos. Reeglitega tagatud õigused on paratamatult mittepiiratud sisetoreetilised õigused, printsiipidega tagatud õigused on aga paratamatult piiratud välisteoreetilised õigused. Kehtib ka vastupidine: piiratud õigus on paratamatult tagatud printsiibiga, vähemalt juhul, kui selle õiguse piirangu mõjus on sõltub laiemas tähenduses proportsionaalsuse materiaalsest kriteeriumist.¹³¹ Seda tuleb lähemalt selgitada.

1. Reeglitega tagatud õigused

Kui mingi õigus on tagatud reeglga, siis on see tagatud kaalumist mitte-võimaldava normiga. Kollisioonid teiste õiguste või hüvedega, mida tuleks kaalumise teel lahendada, puuduvad lähtealustes. Reeglitel on täielikult kindlaks määratud sisu¹³², mis vastab mittepiiratud õiguste omadusele mitte lubada erandeid. Õiguse rakendamisel tuleb täpselt välja selgitada täielikult kindlaks määratud sisu, mis vastab vaheteole näilise ja tegeliku õigusliku sisu vahel mittepiiratud õiguste rakendamisel.¹³³ Reeglid viivad paratamatult mittepiiratud õiguspositsioonideni.

¹³¹ See pole eriti tõsiseltvõetav piirang, sest teadaolevalt ei vaidlusta keegi põhiõiguste riivete proportsionaalsuse nõuet.

¹³² Ka ilma täielikult kindlaks määratud sisuta normid võivad olla reeglid, M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 85 jj. See kehtib ainult kaalumisele sõltuvate normide ehk selliste normide kohta, mida ennast ei kaaluta, kuid mille sisu selgitatakse välja teiste normide kaalumise teel. Selliseid norme nimetas Jan-Reinard Sieckmann „subsidiärsseteks normideks“ (*subsidiäre Normen*), J.-R. Sieckmann. Regelmodelle (viide 10), lk 58. Ent kui mõne reegli sisu sõltub täielikult teiste normide (printsiipide) kaalumisele, ei saa öelda, et reegel tagab seda õigust. Õiguse tagab hoopis mõni kaalumise osalev printsiip, vt M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 107.

¹³³ Ka juhul, kui mõne reegli range kehtimine on vaieldav, ei saa see tagada piiratud õigust, vt M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 99 j.

2. Printsipidega tagatud õigused

Printsipidega tagatud õigused on piiratud õigused. Printsipi realiseerimist piiravad normid kujutavad endast selle printsipi piire. Piiramine esineb siis, kui miski, mida see printsip *prima facie* käsib, definitiivselt ei¹³⁴ kehti.¹³⁵ Piirinnormid võivad olla nii reeglid kui ka printsibid. Reeglite ja printsipidega piiramist illustreerib eelnevas tutvustatud öise küpsetamiskeelu näide.

a. Piiramine reeglitega

GG art 12 lõige 1 annab ettevõtjale vabaduse määrata enda ettevõttes tootmise tingimused. Selle alla kuulub muu hulgas vabadus määrata tootmise kellaaegu. Ettevõtlusvabadus kui üldine vabadus sisaldab erivabadust lasta pagari- ja kondiitritooteid valmistada tööpäevadel kella 00.00 ja 04.00 ning kella 22.00 ja 24.00 vahel. Kui parlamendiseadusega jõustatakse BAZG § 5 lg 1 punkt 1, siis see põhiõiguslik erivabadus kaotatakse. Enne BAZG § 5 lg 1 punkti 1 kehtima hakkamist eksisteeris vastav definitiivne põhiõiguslik vabadus. BAZG § 5 lg 1 punkti 1 kehtima hakkamise hetkel muutus see definitiivne vabadus definitiivseks mittevabaduseks. Kuna ettevõtlusvabaduse printsip nõuab *prima facie* erivabadust lasta pagari- ja kondiitritooteid valmistada tööpäevadel kella 00.00 ja 04.00 ning kella 22.00 ja 24.00 vahel ja kuna see vabadus kaotatakse, leiab aset ettevõtlusvabaduse printsipi sisuline pisen-damine ning seega piiramine. BAZG § 5 lg 1 punkt 1 on niisiis reeglina piiramise näide.

b. Piiramine printsipidega

Ühtlasi saab sama näite varal selgitada printsibiga piiramist. Nagu eespool märgitud, toimub BAZG § 5 lg 1 punktiga 1 seatud piirangu mõjususe kontrollimisel proportsionaalsuse kontroll. BAZG § 5 lg 1 punkt 1 kui kaalumist mittevõimaldav reegel ei kuulu kaalumisele kitsamas tähenduses proportsio-naalsuse kontrolli raames. Kuid milline norm siis kaasatakse kaalumisse? Reeglina piiramisel toimub piiramine materiaalselt juba selle printsibiga, mis reeglit sisuliselt toetab. BAZG § 5 lg 1 punkti 1 juhul on selleks kehalise

¹³⁴ Kui *prima facie* õigust või *prima facie* vabadust mõjusalt piiratakse, tekib definitiivne mitte-õigus või mitte-vabadus, vt R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 274.

¹³⁵ M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien* (viide 5), lk 103.

puutumatus printsiip GG art 2 lg 2 lause 1 kohaselt.¹³⁶ See printsiip nõuab tervise parimat võimalikku kaitset. Üldise õigusena sisaldab see eriõigust mitte lasta oma tervist öötööga rikkuda, olles tööandja korraldusel sunnitud pagari- ja kondiitritooteid valmistama kella 00.00 ja 04.00 ning kella 22.00 ja 24.00 vahel. Seda saab üldistada. Kõigil juhtudel, kui parlamendiseaduse reegel mõnda põhiõigust piirab, peavad põhiseaduslikud printsiibid¹³⁷ seda reeglit toetama. See selgitab ka, kuidas põhiõiguste piiramine parlamendiseadustega üldse võimalik on. Kui piirang sisalduks üksnes parlamendiseaduses, ei saaks see kunagi mõjus olla. Vabaduspõhiõigusi tagavad põhiseaduse normid, nende pisendamine õiguskorra astmelises ülesehituses madalamat järku parlamendiseadustega¹³⁸ rikuks põhiseaduse eelisjärgu põhimõtet. Kui aga piirang sisaldub materiaalselt põhiseaduslikes toetusprintsiipides, on tegu formaalselt sama järku normide kollisiooniga, mis tuleb lahendada kaalumise teel.¹³⁹

3. Mittepiiratavate õiguste kaalumine?

Äsja välja töötatud kaalumise ja piiratavate õiguste vahelise mõlemasuunalise seose vastu näib rääkivat see, et paljud põhiõigusdogmaatika teooriad põhinevad arusaamal, et kaalumist kasutatakse ka mittepiiratavate õiguste sisu kindlakstegemiseks.¹⁴⁰ Näiteks võib tuua Peter Häberle teooria. Häberle arvates on põhiõigused siseteoreetilised,¹⁴¹ seega definitsiooni kohaselt mittepiiratavad õigused. Põhiõiguste sisu kindlakstegemiseks tuleb „kaaluda riive eesmärki ja

¹³⁶ „Igaühel on õigus elule ja kehalisele puutumatusel.“ („Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.“) – *Toim.*

¹³⁷ Toetusprintsiipide grupis saab eristada veel esimese ja teise taseme põhiseaduslikke printsiipe. Esimese taseme põhiseaduslikud printsiibid on printsiibid, millel on sisuline seos põhiseaduse sätetega. Kehalise puutumatus printsiibi saab näiteks sisuliselt seostada GG art 2 lg 2 lausega 1. Teise taseme põhiseaduslikud printsiibid on printsiibid, mis saavad põhiõigust piirata ainult koos põhiõigusliku riivevolitusega. Põhiõiguslik riivevolitus annab parlamentaarsete seadusandjale pädevuse kui mitte põhiseaduslikult otseselt kästud, siis vähemalt põhiseaduslikult lubatud eesmärkide saavutamiseks vastavat põhiõigust piirata. Selle vaheteo kohta R. Alexy. *Theorie der Grundrechte* (viide 1), lk 131 jj.

¹³⁸ Õiguskorra astmelise ülesehituse kohta vt paljude asemel H. Kelsen (viide 33), lk 228 jj.

¹³⁹ Kehtimine kollisioonist hoolimata ongi kaalumise eelduseks, J.-R. Sieckmann (viide 10), lk 228, 241.

¹⁴⁰ Näiteid Saksa põhiõigusdogmaatikast M. Borowski. *Grundrechte als Prinzipien* (viide 5), lk 111, viide 61.

¹⁴¹ P. Häberle (viide 127), lk 179 j.

kitsenduse raskust“.¹⁴² Nagu eespool selgitatud, kujutab kaalumine endast *prima facie* normide rakendamise meetodit. Kaalumise kasutamine selleks, et kindlaks teha, mida põhiõigused õiguslikult käsivad, võrdsustab nende sisu nende pakutava definitiivse kaitsega. Sellisel juhul tekib küsimus, milline on kaalumisse kaasatud *prima facie* normide staatus. Põhiõiguse sisu hulka ei peaks nad ju kuuluma. Kuna kaalumise tulemuseks peab olema põhiseaduslik peandumine, mis on õigusliku peandumise osa, peavad kaalumisse kaasatud elemendid olema õigusnormid. Moraali-, kõlblus- või jumalike normide kaalumise tulemus ei saa olla õiguslik peandumine.¹⁴³ Põhiseadusest madalama järguga normid ei tule samuti kõne alla, sest madalamat järku *prima facie* normide kaalumise tulemuseks ei saa olla kõrgema järguga definitiivsed normid. Jääb veel võimalus klassifitseerida kaalumisele kuuluvad *prima facie* normid põhiseadusest kõrgemat järku kirjutamata õigusnormideks. Ent on äärmiselt kaheldav, kas sellist normide kategooriat tuleks üldse aktsepteerida.¹⁴⁴ Sedalaadi kontseptsioonil esineksid igal juhul tõsised puudused. Kaalumise teel kindlaks tehtav põhiõiguse sisu sõltub lisaks kaalumismenetlusele, mis olulises osas ei ole vaieldav, täiel määral sellest, millised *prima facie* normid kaalumisse kaasatakse ning milline kaal neile üksteise suhtes antakse. Kui oletada, et tegu oleks põhiseadusest kõrgemat järku kirjutamata õigusnormidega, siis puuduks igasugune põhiseadusandja autoriteedile tuginev otsus, millega kaaluja seotud oleks. Oleks täiesti lahtine, millised printsiibid kehtivad ja milline kaal neile anda. Põhiõiguste valdkonnas, mida mõjutavad eriti tugevalt erisugused maailmavaatelised põhiseisukohad ja arusaamad riigist, oleks tulemuseks suur

¹⁴² Samas, lk 327 j: „eine Abwägung zwischen dem Ziel des Eingriffs und der Schwere der Beeinträchtigung“.

¹⁴³ See ei tähenda, et moraalinormide järgimine, mida õiguslikult tuleks arvestada, oleks välistatud, vt M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 112 j.

¹⁴⁴ Väljaspool *Grundnorm*'i kui õigussüsteemi kõikide normide kehtimise alust, R. Alexy. Begriff und Geltung des Rechts (viide 12), lk 154 jj.

õiguskindlusetus. Ka kõik põhiseaduses fikseeritud põhiõiguslikud garantiid ei oleks „põhiõiguste-üleste“ printsiipide puhul enam rakendatavad. Definiitiivse sisuga põhiõiguste otsustava tähtsusega eeldused oleksid seadusandja ja õiguse rakendaja sisustada. See ei ole kooskõlas põhimõttega, et riigivõim on põhiõigustega seotud. Seotus tähendab tõhusat seotust.¹⁴⁵

Väidetavalt mittepiiratavate õiguste sisu kindlakstegemiseks kaalumist kasutavate teooriate häda on selles, et nad keskenduvad ülemäära definitiivse põhiõigusliku kaitse ideele. *Prima facie* normid, mis tuleb kaalumisse kaasata, jäävad seevastu põhjendamatult varju.

E. Piiramine ja kujundamine

Laialt on levinud idee, et lisaks piiramisele on olemas teinegi seadusandjapoolne põhiõiguste mõjutamise kategooria. Näiteks teeb John Rawls põhiõiguste riivete puhul vahet piirangul (*restriction*) ja regulatsioonil (*regulation*).¹⁴⁶ Põhiõiguste mõjutamisviiside jaotumist piiranguteks ja muudeks võib leida mõne põhiseaduse sõnastuseski.¹⁴⁷ Kuid isegi seal, kus põhiseaduse tekst ei tee sõnaselgelt vahet, on niisugusel diferentseerimisel põhiõigusdogmaatika valdkonnas terve hulk pooldajaid. Piiramise ja kujundamise eristamine on Ameerika¹⁴⁸ ja Saksa¹⁴⁹ konstitutsiooniõiguses päris levinud ning seda seostatakse mitmesuguste järeldemitega. Terminoloogia on kõike muud kui ühtne. Põhiõiguste mõjutamisviiside kategooriat, mida vastandatakse piiramisele, nimetatakse järgnevalt kokkuvõtlikult kujundamiseks.

¹⁴⁵ Seadusandja tõhusa sidumise kasuks räägib ka protseduuriline põhiõiguste mõiste, mille järgi on tegu nii tähtsate positsioonidega, et nende tagamist või mittetagamist ei saa jätta parlamentaarse lihthäälteenamuse otsustada, vt 1. osa, I. D. 3.

¹⁴⁶ J. Rawls. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, lk 295 j.

¹⁴⁷ Eesti põhiseaduse tekst sisaldab lisaks selgesõnalistele piiramis- ja kitsendamisevolitustele nt ka klausleid, mis võimaldavad kehtestada õiguse kasutamise tingimused ja korra (§ 8 lg 5, § 28 lg 2 ls 2, § 29 lg 1 ls 2 ja lg 5 ls 3, § 31 ls 2, § 48 lg 2, § 50) või riigivõimu kohustuse õigust seadusega kaitsta (§ 16 ls 2). – *Toim.*

¹⁴⁸ Paljude asemel L. Tribe. *American Constitutional Law*. 2. vlj. Mineola, New York: Foundation Press, 1978, peatükk 12, § 2.

¹⁴⁹ Paljude asemel von H. von Mangoldt, F. Klein, C. Starck. GG art 5 lg 1, 2, änr 182. – *Bonner Grundgesetz*. I kd. 4. vlj. München: Franz Vahlen, 1999.

Sellega seoses tekib paratamatult küsimus, kas põhiõigusi piiravate parlamendiseaduste kõrval on olemas ka põhiõigusi kujundavad parlamendiseadused.¹⁵⁰ Kujundamise ese võib olla nii põhiõigus ise kui ka parlamendiseadusest tulenev õigus.

Näitena võib tuua GG artiklis 14 sätestatud omandi.¹⁵¹ Igapäevases õiguspraktikas kerkib ikka ja jälle küsimus, kas konkreetsel juhul on omandipositioon, mis on moodustunud vastavuses lihtõigusliku omandimääratlusega, õiguspäraselt ära võetud või piiratud.¹⁵² Kui aga püstitada seadusandliku omandimääratluse enda põhiseaduspärasuse küsimus, on tegu hoopis teise tasandiga. Siin seisneb küsimus selles, millise omandimääratluse peab parlamentaarne seadusandja põhiseaduse järgi isiku käsutusse andma.^{153 154}

1. Põhiõiguse kujundamine

Esimese tõlgenduse kohaselt on põhiõigus ise parlamendiseadusega kujundamise esemeks. Selles tõlgenduses tuleb omakorda eristada kaht varianti, nimelt seotuseta ja seotud kujundamist.

a. Seotuseta kujundamine

Esimese variandi kohaselt ei ole kujundamise sisu põhiõigustega seotud. Põhiõigusel on sellisel juhul alati see sisu, mille parlamendiseadused talle annavad. Kuna parlamentaarne seadusandja määrab põhiõiguse sisu alles kujundamisega, ei saa ta selles tegevuses olla kohustatud põhiõiguse sisu järgima.

Selle kontseptsiooni selgesõnaline formuleerimine tähendab ühtlasi selle eitamist. On ilmselge, et säärane põhiõiguste tõlgendus ei ole ühildatav

¹⁵⁰ Vt ka M. Borowski. La restricción de los derechos fundamentales. – Revista Española de Derecho Constitucional 20/2000, lk 29 jj.

¹⁵¹ GG art 14 lg 1: „Omand ja pärimisõigus on tagatud. Sisu ja piirid määratakse seadusega.“ („Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.“) – *Toim.*

¹⁵² Õigustehniliselt vastab see tõrjeõiguslikule struktuurile.

¹⁵³ See vastab struktuurilt põhiõiguslikule sooritusõigusele.

¹⁵⁴ Käesolev lõik on autoriga kooskõlastatult tõlgitud teosest M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien. 3. vlj. Baden-Baden: Nomos, 2018, lk 218. – *Toim.*

GG art 1 lõikes 3 sätestatud kõikehõlmava põhiõigustega seotusega.^{155 156} Seotus põhiõigustega tähendab tõhusat seotust.

Seda saab selgitada teise näite varal, milleks on väidetavalt „õiguslikult vermitud põhiõigus“ (*rechtsgeprägtes Grundrecht*) lepinguvabadusele. Lihtõiguses tagavad lepinguvabaduse BGB võlaõiguse sätted. Iseenesest kehtisid need juba enne *Grundgesetz*'i jõustumist. Kui need ei oleks kehtinud, oleks seadusandjal olnud soorituspõhiõiguslik kohustus need või midagi võrdväärset kehtestada. Tsiviilõiguslike lepingute sõlmimise pädevuse kehtivus realiseerib igal juhul isiksuse vaba eneseteostuse põhimõtet, mis tuleneb GG art 2 lõikes 1¹⁵⁷ sätestatud üldisest tegevusvabadusest. Võib muidugi vaielda, kas see järeldeb üksnes GG art 2 lõikest 1 või ka eralistest põhiõigustest kui *leges speciales* ja ainult subsidiaarselt GG art 2 lõikest 1. Olemasoleva põhiõigusi teeniva lihtõiguse normikogumi ning põhiseadusega kästud lihtõiguse normikogumi põhiseadusõigusliku kontseptsioonina on olemas nii sobivad kui ka rakendatavad seotuse pidepunktid. Seega on ilmselge, et seadusandja ei saa ilma iga-suguse põhjendusega lihtsalt loobuda selliste lihtõiguse normide kehtestamisest ja jõushoidmisest, ilma milleta ei saa tõhusalt teostada lepinguvabadust.¹⁵⁸

b. Seotud kujundamine

Siit võib suunduda esimese tõlgenduse teise variandi juurde. Ka teise variandi puhul on kujundamise ese põhiõigus ise, ainult et seadusandja oleks kujundamisel materiaalselt seotud. See seotus realiseeritakse proportsionaalsuse põhimõtte rakendamisega.¹⁵⁹

¹⁵⁵ „Järgnevad põhiõigused seovad seadusandlust, täidesaatvat võimu ja õigusemõistmist vahetult kehtiva õigusena.“ („Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“) Eesti põhi-seaduses vastavad sellele enam-vähem § 11 ls 1 ja § 14 nende koosmõjus. – *Toim.*

¹⁵⁶ Käesoleva lõigu eelnevad laused on autoriga kooskõlastatult tõlgitud teosest M. Borowski (viide 154), lk 220. – *Toim.*

¹⁵⁷ „Igäühel on õigus oma isiksuse vabale eneseteostusele, kuivõrd ta ei riku teiste inimeste õigusi, põhiseaduslikku korda ega kõlbluse norme.“ („Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“) – *Toim.*

¹⁵⁸ Käesolev lõik on autoriga kooskõlastatult tõlgitud teosest M. Borowski (viide 154), lk 221. – *Toim.*

¹⁵⁹ Paljude asemel H. D. Jarass, B. Pieroth. Vorbemerkung vor Art. 1 GG, änr 33 j. – Grundgesetz-Kommentar. H. D. Jarass, B. Pieroth (koost.). 5. vlj. München: C. H. Beck, 2000.

Kahtlemata rõhutab see põhjendatult riiklike põhiõigustega seotuse kesket sisulist mõõdupuud. Kuid ka piirangud peavad olema proportsionaalsed laiemas mõttes. See tõstatab konstruktsiooni vaatenurgast küsimuse, mille poolest kujundamised piirangutest erinevad. Vastus sellele küsimusele oleneb kõigepealt sellest, kas kujundamise mõistet käsitatakse piirangu mõiste vastandina. Kui seda ei käsitata vastandmõistena, siis võivad ka kujundamised olla piirangud. Seaduse regulatsioon, mida käsitatakse kujundamisena, ei kaota selle tõttu piirangu kvaliteeti ega sellega kaasnevat nõuet olla põhiõiguse valguses formaalselt ja materiaalselt õigustatud. Peale selle veel kujundamiseks liigitamine võib kaasa tuua ainult lisanõudeid, mis aga ei ole tavaliselt kujundamisteooriate eesmärk.¹⁶⁰

2. Põhiseadusest madalamat järku õiguskorra kujundamine põhiõiguste kaitsealas

Järelikult tuleb kõne alla üksnes kujundamise mõiste teine tõlgendus. Selle järgi pole kujundamise esemeks põhiõigus ise, vaid põhiseadusest madalamat järku, eelkõige parlamentaarse seadusandja loodud õiguskord asjassepuutuva põhiõiguse esemelises kaitsealas. Sisulise seotuseta kujundamise teooriast tuleks siinkohal loobuda samadel põhjustel kui esimese tõlgenduse puhulgi. Pikemat selgitamist ei vaja tõdemus, et Saksa liidu immissioonitõrjeseaduse¹⁶¹ jõustamisega kujundatakse põhiseadusest alamal seisvat keskkonnakahjuliku tegevuse vabadust. Näiteks isik, kes oma kutsetegevuses käitise käitajana tekitab õhusaastet, allub Saksa liidu immissioonitõrjeseaduse režiimile, mis peab osutama GG art 12 lõikes 1¹⁶² sätestatud kutsetegevuse põhiõiguse valguses põhiõigustega kooskõlas olevaks. Juhtudel ja küsimustes, milles riigi meetmed

¹⁶⁰ Käesolev lõik on autoriga kooskõlastatult tõlgitud teosest M. Borowski (viide 154), lk 222. – *Toim.*

¹⁶¹ Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (*Bundes-Immissionsschutzgesetz* – BImSchG) (õhusaaste, müra, vibratsiooni ja samalaadsete protsesside kahjuliku keskkonnamõju tõrjumise seadus e liidu immissioonitõrjeseadus), vastu võetud 15.03.1974, uus redaktsioon 17.05.2013 (BGBl. 2013 I, lk 1274; 2021 I, lk 123), 03.07.2024 muudetud sõnastuses (BGBl. 2024 I, nr 225). – *Toim.*

¹⁶² „Kõigil sakslastel on õigus vabalt valida elukutset, töö- ja õppekohta. Kutsealal tegutsemist võib reguleerida seadusega või seaduse alusel.“ („Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.“) – *Toim.*

peavad GG artiklist 20a¹⁶³ tulenevat keskkonnakaitse riiklikku eesmärki olulisemaks kutsevabaduse põhiõigusest, viimane taandub ja seda piiratakse. Ehkki põhiõiguse tasandil on tegu piiranguga, võib põhiseadusest madalama tasandi õigusakti mõista lihtõiguse olemasolu jaoks konstitutiivsena.¹⁶⁴

Seda mõttekäiku jätkates kehtib sama ka kaitsepõhiõiguste kohta, mis pakuvad kaitset teiste isikute tekitatud õhusaaste eest. Siinkohal annab Saksa liidu immissioonitõrjeseadus teatava kaitse kolmandate isikute tekitatud mõjude eest, mida riik on kohustatud ära hoidma. Niivõrd, kuivõrd kaitse on tagatud Saksa liidu immissioonitõrjeseadusega, on kaitsepõhiõiguste nõuded täidetud ja emitendi tõrjeõigus piiratud. Kui kaitse andmisest keeldutakse, on emitendi tõrjeõiguse nõuded täidetud ja kaitsepõhiõigused piiratud. Niisiis on ka soorituspõhiõiguste vaatenurgast põhiõiguste tasandil tegu kas piiramise või täitmisega, samal ajal kui kujundamisest saab rääkida ainult põhiseadusest alama tasandi puhul.¹⁶⁵

3. Piiramise ja kujundamise vahekord

Tekib küsimus, missugune on kirjeldatud arusaamadele vastava põhiõiguste kujundamise ja põhiõiguste piiramise vahekord. Vastus on, et need on ühe ja sama protsessi kaks erisugust kirjeldusviisi.¹⁶⁶ Põhiõiguste piiramisel piiratakse parlamendiseaduse jõustamisega põhiõiguslikku printsiipi. Rõhuasetus on

¹⁶³ „Riik kaitseb ka vastutusest tulevaste põlvkondade ees elu loomulikke aluseid ja loomi põhiseadusliku korra raames seadusandlusega ning kooskõlas seaduse ja õigusega täidesaatva ja kohtuvõimuga.“ („Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.“) – *Toim.*

¹⁶⁴ Käesolev lõik on autoriga kooskõlastatult tõlgitud teosest M. Borowski (viide 154), lk 223. – *Toim.*

¹⁶⁵ Käesolev lõik on autoriga kooskõlastatult tõlgitud teosest M. Borowski (viide 154), lk 223 j. – *Toim.*

¹⁶⁶ Ei ole välistatud, et nende kahe instituudi vahel aitab vahet teha lisatingimuste andmine. Näiteks võiks piirangutele esitada formaalseid tingimusi, mida kujundamiste puhul ei tehta, vt P. Lerche. Grundrechtsschranken. – Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. J. Isensee, P. Kirchhof (toim.). V kd. Heidelberg: C. F. Müller, 1992, änr 9 j („põhiõiguste vermimine“; *Grundrechtsprägung*); vt aga H. D. Jarass, B. Pieroth (viide 160), Vorbemerkung vor Art. 1 GG, änr 32 j. See ei tähenda tegelikult muud, kui et mitmesuguste formaalsete õigustamistingimustega eristatakse erinevaid piiramiste vorme, M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 204 j, viide 114.

seejuures ühe printsiibi *prima facie* peandumise muutumisel definitiivseks mitte-peandumiseks. Parlamendiseaduse jõustamisega leiab aga paratamatult aset ka põhiseadusest madalamat järku õiguskorra kujundamine. Kui kõnel-dakse „põhiõiguse kujundamisest“, on rõhk põhiseadusest madalamat järku õiguskorra kujundamisel põhiõiguse mõjualas. Sellegipoolest piirab seadus-andlus põhiõigusprintsiipe, mis seovad parlamentaarset seadusandjat kujun-damisel sisuliselt. Kui asetada rõhk põhiõigusele, käib jutt piirangust, kui aga põhiseadusest madalamat järku õigusele, siis kujundamisest eelkirjeldatud tähenduses. Mõlemad variandid on ühtviisi õiged. Nii tuleb sedastada, et parlamendi iga seadusandlik tegevus, mis avaldab mõnele põhiõigusprintsiiobile pärssivat mõju, kujutab endast nii põhiseadusest madalamat järku õiguse kujundamist kui ka põhiõiguse piirangut.¹⁶⁷

Nii saab jõuda kujundamise mõisteni, mis ei kujuta endast piirangu mõiste vastandit.¹⁶⁸ Piirangu ja eespool kirjeldatud kujundamise lahknemist võib ette tulla ainult siis, kui kujundamine on kõigi põhiõiguste suhtes neutraalne. Sellisel juhul on tegu kujundamisega, kuid puudub põhiõigusprintsiiibi piirang. Kuna kitsa koosseisuteooria asemel tuleks eelistada põhiõiguste lünkadeta kaitset pakkuvat avarat koosseisuteooriat, siis vaevalt seda ette tuleb.¹⁶⁹

VI. Põhiõiguste olemuslik tuum

GG art 19 lõike 2¹⁷⁰ mõttes põhiõiguste olemusliku tuuma (*Wesensgehalt*) kohta on terve hulk teooriaid. Siinkohal piirdutakse nelja variandiga, mis on tuletatud kahest vaheteost. Esimene on olemusliku tuuma subjektiivse ja objektiivse teooria vahetegu. Subjektiivse teooria kohaselt viitab põhiõiguste olemuslik tuum põhiõigustele kui subjektiivsetele õigustele, objektiivse teooria järgi aga põhiõigusnormile kui õiguskorra objektiivsele instituudile (*objektive Einrichtung*).¹⁷¹ Ka subjektiivse ja objektiivse teooria kombinatsioon pole

¹⁶⁷ M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 194 j.

¹⁶⁸ Kujundamise mõiste kasutusviiside kohta vt R. Alexy. Theorie der Grundrechte (viide 1), lk 320 jj.

¹⁶⁹ Koosseisu ulatuse küsimus seisneb selles, kui kaugele ulatub põhiõiguse kaitseala ja kui laialt tuleks määratleda riive mõiste. Vaata 2. osa, II. A. 2. a. ja 2. osa, II. A. 5.

¹⁷⁰ „Ühelgi juhul ei tohi puutuda põhiõiguse olemuslikku tuuma.“ („In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.“) – *Töim*.

¹⁷¹ K. Hesse. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 19. vlj. Heidelberg: C. F. Müller, 1993, änr 334.

välistatud.¹⁷² Kuna põhiõigused on ennekõike isiku subjektiivsed õigused riigi vastu, peab subjektiivne teooria igal juhul paika.¹⁷³ Kas ja mil määral saab lisaks sellele jaatada objektiivset tagamist, jäägu siinkohal käsitlemata. Järgnevalt uuritakse lähemalt, mis vahe on relatiivsel ja absoluutsel olemusliku tuuma teoorial.

A. Relatiivne olemusliku tuuma teooria

Relatiivse teooria järgi tuleb põhiõiguste olemuslik tuum kindlaks teha laiemas tähenduses proportsionaalsuse põhimõtte rakendamisega. Millisel kujul proportsionaalsuse põhimõtet tuleb rakendada, oleneb selle struktuurist vastava põhiõigusfunktsiooni korral: tõrjeõiguste puhul on see ülemäärasuse keeld¹⁷⁴, soorituspõhiõiguste puhul aga alamäärasuse keeld¹⁷⁵. Järelikult on kaalumise olemusliku tuuma kindlakstegemisel määrava tähtsusega. Üksikjuhul võib isiku põhiõigus olla vastavalt printsiipide kaalule täielikult piiratud. Säärasel juhul ei jää isikule midagi. Kuna relatiivne olemusliku tuuma teooria eeldab laiemas tähenduses proportsionaalsuse põhimõtte rakendamist, kaasneb sellega paratamatult põhiõigusnormide printsiibiline olemus.

B. Absoluutne olemusliku tuuma teooria

Absoluutse olemusliku tuuma teooria järgi on põhiõigustel seevastu kindel, kaalumisest sõltumatu tuum. Kuna selle teooria kohaselt ei ole põhiõigusnormid kaalutavad, kujutavad need endast paratamatult reegleid. Absoluutne olemusliku tuuma teooria tõstatab otsekohe küsimuse, millise meetodiga tuleks olemuslik tuum kindlaks teha. Tõsiselt tuleb kõne alla kaks strateegiat.

¹⁷² K. Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. III/2 kd. München: C. H. Beck, 1994, lk 869. Seejuures tuleb siiski silmas pidada, et subjektiivne õigustatus mõne õiguspositsiooni kohtus realiseerimiseks on objektiivse normi lisaomadus. Subjektiivsed õigused oma sisulises ulatuses peegeldavad seega alati objektiivsete normide sisu, vt 1. osa, III. Seetõttu ei saa kombinatsiooniteooriale vastav objektiivne olemuslik tuum kunagi jääda alla subjektiivsele olemuslikule tuumale, vaid ainult subjektiivne võib jääda alla objektiivsele olemuslikule tuumale. Seda erinevust võib nimetada „pelgalt objektiivseks olemuslikuks tuumaks“ (*bloß objektiver Wesensgehalt*).

¹⁷³ M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 227.

¹⁷⁴ Vt 2. osa, II. A. 3.

¹⁷⁵ Vt 2. osa, II. B. 5. b. (3)–(6).

Esimene osutab põhiõiguse absoluutse tuuma autoritatiivsele kindlaksmääramisele. Ent üks asi on üldsõnaliselt seletada, et põhiõigusel on absoluutne tuum, kuid hoopis midagi muud on öelda täpselt, mis on selle tuuma sisu. Absoluutse tuuma kindlakstegemine põhiseaduse harilikult napi ja ebamäärase sõnastuse põhjal on sama võimatu kui põhiseadusandja tahte põhjalgi.¹⁷⁶ See viib teise strateegiani – absoluutse olemusliku tuuma kindlakstegemiseni printsiipide kollisioonide kaalumise teel lahendamisega.¹⁷⁷ Sellega aga lahkutakse absoluutse olemusliku tuuma teooria positsioonilt ja võetakse omaks relatiivne teooria.

C. Absoluutne/relatiivne olemusliku tuuma segateooria

Õhku jääb küsimus, kas võimalik oleks ka absoluutse ja relatiivse olemusliku tuuma teooria kombinatsioon. Kuna absoluutne teooria peab põhiõigusnormi reegliks ja relatiivne printsiibiks ning üks ja seesama norm ei saa kunagi olla samal juhul nii reegel kui ka printsiip,¹⁷⁸ peaks absoluutne/relatiivne olemusliku tuuma segateooria eeldama kahe põhiõigusnormi olemasolu. Analüütiliselt pole see võimatu, sest tõlgendamisega on üldiselt võimalik omistada ühele ja samale põhiõigussättele kaks erinevat põhiõigusnormi. Tuleks siiski küsida, kas sedalaadi segateooria väärrib eelistamist. Lähtepunktiks peaks sel juhul olema põhiõiguse kompaktne absoluutne tuum, mida riik ei tohiks mingil tingimusel piirata. Seda tuuma ümbritseks sfäär, mida oleks lubatud riivata laias tähenduses proportsionaalsuse põhimõtte mõõdupuud järgides. Selliselt mõistetud olemusliku tuuma teooria rakendamisel tuleks kõigepealt küsida, kas on toimunud absoluutse tuuma rikkumine, alles seejärel saaks kontrollida tuuma ümbritseva sfääri riive proportsionaalsust.¹⁷⁹ Ent kuivõrd küsimus on absoluutse tuuma sisu väljaselgitamises, seisab absoluutne/relatiivne olemusliku tuuma teooria sama dilemma ees nagu puhas absoluutne teooriaga – olemuslikku tuuma on võimatu kindlaks teha ilma kaalumiseteta. Nii jääb üle tõdeda, et ainult relatiivne olemusliku tuuma teooria peab paika.

¹⁷⁶ Vt M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 230.

¹⁷⁷ Vt samas.

¹⁷⁸ Vt 1. osa, IV. A.

¹⁷⁹ M. Borowski. Grundrechte als Prinzipien (viide 5), lk 230.

VII. Põhiõiguste tõlgendamine

Seniste mõttekäikude alusel tuleb lõpetuseks teha paar märkust põhiõiguste tõlgendamise (*Auslegung*) kohta. Põhiõiguste tõlgendamine on osa põhiseaduse tõlgendamisest. Praegusajal valitseb peaaegu üksmeel selles, et ka põhiseaduse tõlgendamisel tuleb järgida tõlgendamise klassikalisi reegleid.¹⁸⁰

A. Klassikalised tõlgendamiskaanonid

On olemas terve hulk klassikaliste tõlgendamiskaanonite kategooriaid. Järgnevalt vaadeldakse nelja tähtsat.

1. Sõnastusel põhinev ehk lingvistiline tõlgendamine¹⁸¹

Igasuguse juriidilise tõlgendamise lähtepunkt on tõlgendatava sätte sõnastus. Sõnastuse võimalik ulatus piiritleb ala, mille piiridesse peavad jääma teiste tõlgendamisargumentide tulemused. Sõnastuslike argumentide hulgas tuleks vahet teha semantilistel ja süntaktilistel argumentidel. Esimesed tuginevad kasutatud väljendite tähendusele, teised aga sätte grammatilisele struktuurile.

2. Seadusandja tahtel põhinev ehk geneetiline tõlgendamine¹⁸²

Seadusandja tahtel põhineva ehk geneetilise tõlgendamise puhul tuleb eristada kaht varianti. Esimene on küsimus, kas seadusandja või antud juhul põhi-seadusandja soovis sätte vastuvõtmise ajal seda tõlgendusvarianti või mitte. Teises variandis, mida nimetatakse ka subjektiiv-teleoloogiliseks tõlgendamiseks, järeldatakse eesmärgist vahend. Kui on võimalik kindlaks teha, et (põhi) seadusandja soovis sätte vastuvõtmise ajal taotleda teatud eesmärki ning selle eesmärgi saavutamine eeldab teatud kindla tõlgendusvariandi valimist, tuleb valida see variant.

¹⁸⁰ Paljude asemel R. Alexy. Grundrechte (viide 21), lk 527. Saksa meetodiõpetuses tunnustatud tõlgendamiskaanonite kohta vt kokkuvõtvalt R. Alexy, R. Dreier. Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany. – Interpreting Statutes. D. N. McCormick, R. S. Summers (toim.). Aldershot et al.: Ashgate Dartmouth, 1993, lk 82 jj. [Vt järgneva kohta ka R. Alexy. Põhiõigused Eesti põhiseaduses. – Juridica eriväljaanne 2001, lk 8 jj. – *Toim.*]

¹⁸¹ H.-J. Koch, H. Rüßmann (viide 85), lk 126 jj; K. Larenz. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6. vlj. Berlin et al.: Springer, 1991, lk 320 jj.

¹⁸² H.-J. Koch, H. Rüßmann (viide 85), lk 210 jj; K. Larenz (viide 181), lk 328 jj; R. Alexy. Theorie der juristischen (viide 86), lk 291 jj.

3. Süstemaatiline tõlgendamine¹⁸³

Süstemaatilist tõlgendamist iseloomustavad mitmesugused elemendid, mis osalt teenivad subjektiivset, osalt aga objektiivset tõlgendamiseesmärki¹⁸⁴. Osas, milles süstemaatiline tõlgendamine tegeleb ainult sätte asukohaga seaduse tekstis¹⁸⁵, on see lõpuks ikkagi osa semantilisest tõlgendamisest, mis teenib, nagu eespool selgitatud, subjektiivset tõlgendamiseesmärki. Ent osas, milles süstemaatilisust mõistetakse kas materiaalselt ehk sisuliselt, püüeldakse sisulise koherentsuse saavutamise poole. Sellisel juhul toimub harilikult printsiipide üksteisega kaalumine, mis teenib objektiivset tõlgendamiseesmärki.¹⁸⁶

4. Objektiivne tõlgendamine¹⁸⁷

Nagu nimetusestki näha, teenib objektiivne tõlgendamine objektiivset tõlgendamiseesmärki. Sellise tõlgendamise puhul püütakse välja selgitada sätte ratsionaalne või õiglane mõte.

B. Klassikalised tõlgendamiskaanonid põhiõiguste tõlgendamises

Nii lingvistiline kui ka geneetiline tõlgendamine teenivad õiguse rakendaja subjektiivse tõlgendamiseesmärgiga sidumise eesmärki. Subjektiivse ja objektiivse tõlgendamiseesmärgi vahekord on vaieldav, eelistamist vääriva diferentseeriva lahenduse kohaselt on subjektiivsel tõlgendamiseesmärgil objektiivsega võrreldes põhimõtteline eelisjärk.¹⁸⁸ Sellest järeldub, et põhimõtteliselt tuleb lingvistilisi ja geneetilisi argumente ülejäänud tõlgendamisargumentidest olulisemaks pidada. Metodoloogilises kaalumises¹⁸⁹, mille raames tuleb

¹⁸³ K. Larenz (viide 182), lk 339 jj; R. Alexy. *Theorie der juristischen* (viide 86), lk 295.

¹⁸⁴ Tõlgendamiseesmärgi debati kohta R. Alexy. *Juristische Interpretation*. – R. Alexy. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, lk 82 j; H.-J. Koch, H. Rüßmann (viide 85), lk 179 jj.

¹⁸⁵ K. Larenz (viide 181), lk 437 jj.

¹⁸⁶ R. Alexy. *Juristische Interpretation* (viide 184), lk 87.

¹⁸⁷ H.-J. Koch, H. Rüßmann (viide 85), lk 221 jj; K. Larenz (viide 181), lk 333 jj.

¹⁸⁸ R. Alexy. *Theorie der juristischen* (viide 86), lk 305; R. Alexy. *Juristische Interpretation* (viide 184), lk 82 j; M. Borowski. *Prinzipien als Grundrechtsnormen* (viide 55), lk 315 koos edasiste viidetega.

¹⁸⁹ Metodoloogilise kaalumise kohta M. Borowski. *Prinzipien als Grundrechtsnormen* (viide 55), lk 315.

kindlaks teha iga üksiku tõlgendamiskaanoni kaal, on lingvistilistel ja geneetilistel argumentidel seega *prima facie* eelisjärk.

Demokraatliku põhiseadusriigi põhiõigusi iseloomustab lühike vormeli-laadne sõnastus¹⁹⁰, mistõttu sõnastusel põhinev ehk lingvistiline tõlgendamine ei ole tavaliselt eriti tulemuslik. Ka geneetilise tõlgendamise kohta võib öelda, et see ei pruugi enamjaolt üksikjuhul eri tõlgendamisvariantide vahel valiku tegemisele kaasa aidata¹⁹¹. Kuigi öeldu ja soovituga seotusel on põhimõtteline eelisjärk võrreldes põhiõigusprintsipiide kaalumise, ei leidu üldjuhul kuigi palju seda, millega õiguse rakendaja seotud olla saaks. Paljudel juhtudel omandab seetõttu otsustava tähtsuse just põhiõigusprintsipiide kaalumine.

C. Sisu ja struktuur kui tõlgendamise ese

Normide tõlgendamine puudutab mitte ainult nende kitsamas tähenduses sisu, vaid ka nende liigitamist eelnevalt kirjeldatud struktuursete kategooriate alla: siduvad/mittesiduvad normid, pelgalt objektiivsed normid või subjektiivsed õigused ning reeglid/printsiibid. Normi kitsamas tähenduses sisu ja normi struktuuriomadusi võib nimetada normi sisuks laiemas tähenduses.

1. Kitsamas tähenduses sisu tõlgendamine

Normi kitsamas tähenduses sisu tõlgendamine ei tähenda midagi muud kui seda, mis normide tõlgendamisel tavapäraselt esiplaanil on. See on küsimus, milliseid käske, keelde või lube norm sisaldab.

2. Struktuuri tõlgendamine

Normi tõlgendamise ese võib olla ka tema struktuur. Struktuuriomadusi võib mõista normi tingimustena. Normi kitsamas tähenduses sisuks olev õiguslik käsk kehtib eri viisil olenevalt sellest, milliseid struktuuriomadusi normile omistatakse. Näiteks võib tuua Eesti põhiseaduse (PS) § 36 lõike 1, mille kohaselt ei tohi ühtki Eesti kodanikku välja saata. Kui kodanike väljasaatmise keeld on mittesiduva normi sisu, ei saa ükski kohus selle normi rikkumist kindlaks teha. Kui käsitada seda normi küll siduva, kuid pelgalt objektiivse normina, mis ei anna subjektiivset õigust, võib kohus küll normi rikkumise

¹⁹⁰ See kehtib ka siis, kui eri demokraatlike põhiseadusriikide põhiõiguste kataloogid on oluliselt erineva pikkusega.

¹⁹¹ M. Borowski. Prinzipien als Grundrechtsnormen (viide 55), lk 316.

kindlaks teha, kuid isikul puudub õigus normi rikkumise korral ise kohtu poole pöörduda. Kui tõlgendada PS § 36 lõiget 1 kui reeglit, siis kehtib range väljasaatmise keeld. Aga kui pidada seda normi printsiibiks, on võimalik kaalumine, mille tulemusena võib see printsiip teiste kollideerivate printsiipide suhtes taanduda.

Põhiõigusnormide struktuuri tõlgendamine järgib põhiseaduse tõlgendamise üldisi reegleid. Põhiõigusnormide struktuuri väljaselgitamiseks ei ole olemas mingit erimenetlust. Arvestades põhiseadusandja tahet ja põhiõiguste objektiivset eesmärki, on tavaliselt tegu siduvate normidega, mis annavad subjektiivse õiguse. Selle, kas põhiõigusnorm kujutab endast reeglit või printsiipi, määrab selle kaalutavus. Kui normi on vähemalt ühel rakendamishul võimalik kaaluda, on paratamatult tegu printsiibiga.

(Järgneb.)