

M. Klatt. Sooritusõigused: kes otsustab nende üle?
Kaalutud kohtulik kontroll. – Riigiõiguse aastaraamat 5/2024,
lk 108–151.

Sooritusõigused: kes otsustab nende üle? Kaalutud kohtulik kontroll (*Judicial review in balance*)*

MATTHIAS KLATT

Tõlkinud Piret Luiga
Toimetanud Madis Ernits

Kokkuvõte. Sooritusõigused (*positive rights*), mis panevad riigile kohustuse teha teatud tegusid, pälvivad sageli kriitikat, sest nendega käib kaasas kohtuliku kontrollitavuse probleem (*justiciability problem*). Sooritusõiguste ulatuse ja sisu üle otsustavad kohtud, mitte demokraatlikult valitud seadusandja. Järgnevas artiklis väidan, et sooritusõiguste kohta esitatud demokraatiapõhine vastuväide on ekslik. Kohtulikku kontrolli saab teha ja seadusandjat austada erineval määral. Seega on võimalik jõuda tasakaalustatud, kohtuliku kontrolli seletuseni, mille puhul ei esine liigsest ega ka liiga vähesest kontrollist tulenevaid probleeme. Seadusandja ja kohtute pädevuste konflikti saab lahendada kaalumise teel, mille üksikasjad esitatakse selles artiklis. Kaalutud kohtuliku kontrolli mudelit (*the model of judicial review in balance*) selgitatakse lisaks kohtuasjade analüüsi kaudu, kus vaidluse all oli inimväärne elatusmiinimum. Artiklis esitatakse delikaatne ja paindlik lahendus probleemile, kuidas kohtud peaksid jõustama sotsiaalseid ja sotsiaalmajanduslikke õigusi.

Märksõnad: sooritusõigused, kaalutud kohtulik kontroll, pädevuste kaalumine

* Originaal: M. Klatt. Positive rights: Who decides? Judicial review in balance. – International Journal of Constitutional Law 13/2015/2, lk 354–382. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mov019>.

SISUKORD

I. Sissejuhatus	109
II. Pädevuse probleem	113
A. Kohtuliku kontrolli õigustatus (<i>justiciability of positive rights</i>)	113
B. Kohtuliku kontrolli taksonoomia	116
III. Kaalutud kohtulik kontroll	119
A. Liiga palju ja liiga vähe kohtulikku kontrolli	119
B. Seadusandjale kuuletumise määrade eristamine	121
C. Pädevuste konflikt	123
IV. Pädevuste kaalumine (<i>balancing competences</i>)	124
A. Pädevuste kaalumise idee	125
B. Kaalumisseadus	127
C. Pädevuste kaalu kindlaksmääramine	128
D. Paindlikkusest uuesti	138
E. Välistatud kaalutlused (<i>excluded reasons</i>)	140
V. Kohtuasjade analüüs	142
VI. Järeldused	150

I. Sissejuhatus

Sooritusõigused nõuavad riigilt põhjendamatust sekkumisest hoidumise asemel tegutsemist. Nad nõuavad, et riik päriselt teeks midagi. Paaril viimasel aastakümnel on huvi sooritusõiguste vastu tuntavalt kasvanud õige paljudes õiguskordades. Sooritusõigused on tõusnud võrdleva põhiseadusõigusega tegeleva teadlaskonna tähelepanu keskmesse, kes püüab hakkama saada eripärase iseloomuga, mis on sooritusõigustel võrreldes tõrjeõigustega (*negative rights*).¹

¹ K. G. Young. *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford 2012; S. Fredman. *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*. Oxford 2008; S. Liebenberg. *Socio-Economic Rights: Adjudication Under a Transformative Constitution*. Claremont 2010; *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. D. Barak-Erez, A. M. Gross (toim.). Oxford 2007; M. Klatt, M. Meister. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford 2012, lk 85–108; *Debating Social Rights*. C. Gearty, V. Mantouvalou (toim.). Oxford 2010; *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. M. Langford (toim.). Cambridge 2008. Sooritusõiguste suureneva tähtsuse kohta Euroopa Inimõiguste Kohtu kohtupraktikas vt A. R. Mowbray. *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford 2004, lk 229.

Laialdast tunnustust on leidnud seisukoht, et püüded jätta positiivne mõõde teatud õiguste või õiguste kategooria eripäraks on asjatud. Õigemini võib iga õigus panna võimukandjatele nii negatiivseid kui ka positiivseid kohustusi.² Nõnda on *status positivus* selles tähenduses, mida pidas silmas Saksa õpetlane Georg Jellinek³, potentsiaalselt väga laialdaselt kohaldatav. Õiguste positiivse mõõtme üle vaieldakse peamiselt niisuguste sotsiaalmajanduslike või sotsiaalsete õiguste puhul nagu õigus haridusele, õigus tervisele, õigus kodule või õigus veele. Kõigil esimese põlvkonna õiguste hulka kuuluvatel klassikalistel, liberaalse traditsiooni õigustel võib olla positiivne mõõde, ent ka sotsiaalsed ja sotsiaalmajanduslikud õigused kaitsevad *status negativus*'t.⁴ Sellest järeldub, et liberaalseid õigusi ei ole võimalik eristada sotsiaalmajanduslikest õigustest positiivse ja negatiivse dihhotoomia abil.⁵ Sel põhjusel kasutatakse artiklis terminit „sooritusõigus“ (*positive right*) nii, et see tähistab õiguste positiivset mõõdet, olenemata sellest, millisesse õiguste põlvkonda kõnealune õigus kuulub.

Sooritusõigustega on seotud hulk tõsiseid probleeme, mida võib jagada nelja rühma: õigustus, sisu, ülesehitus ja pädevus.⁶ Õigustuse probleem puudutab poliitilisi küsimusi nagu see, kas ja millisel määral peaksid sooritusõigused kuuluma õiguste kataloogi.⁷ See on võrreldav otsuse langetamisega, et riigi positiivsed ülesanded määravad õigused, mitte poliitika ega kombad.⁸

² Vt S. Fredman (viide 1), lk 65, 69; M. Khosla. Making Social Rights Conditional: Lessons from India. – International Journal of Constitutional Law 8/2010, lk 739, 741; M. Wesson. Disagreement and the Constitutionalisation of Social Rights. – Human Rights Law Review 12/2012, lk 221, 225; H. Shue. Basic Rights: Subsistence, Affluence and U. S. Foreign Policy. 2. tr. Princeton 1996, lk 155; A. R. Mowbray (viide 1), lk 224.

³ G. Jellinek. System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. tr. Tübingen 1905, lk 86; G. Jellinek. Allgemeine Staatslehre. 3 tr. Berlin 1921, lk 418.

⁴ Constitutional Court of South Africa 06.09.1996, CCT 23/96, p 78: „Sotsiaalmajanduslikele õigustele on äärmisel juhul võimalik pakkuda negatiivset kaitset kohatute sekkumiste eest.“ („At the very minimum, socio-economic rights can be negatively protected from improper invasion.“) – Arvutivõrgus: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/26.html> (09.03.2025).

⁵ Vt M. Wesson (viide 2), lk 225.

⁶ Kolme esimese probleemide rühma kohta vt R. Alexy. On Constitutional Rights to Protection. – Legispudence 1/2009, lk 1, 3; M. Klatt. Positive Obligations Under the European Convention of Human Rights. – Heidelberg Journal of International Law 2011, lk 681, 693.

⁷ K. G. Young (viide 1), ptk 1, 2.

⁸ S. Fredman (viide 1), lk 9–30.

Pealegi on õigustatuse probleem seotud õiguse tõlgendamise küsimustega, mis otsivad vastust sellele, kas teatud põhiseadus näeb ette sooritusõigusi. Näiteks köitis õigustatuse probleem meeli Brasiilia 1988. aasta põhiseaduse kehtivuse alguses, mil peaaegu kümme aastat oli selgusetu see, kas põhiseaduse sotsiaal-majanduslikud normid kehtestavad sooritusõigused või on tegemist pelgalt programmiliste sätetega. Brasiilia Föderaalne Ülemkohus lahendas vaidluse, langetades mitu tähtsat otsust, mis puudutasid õigust tervisele.⁹ Mitmetes õiguskordades ollakse vastu mõttele, et sooritusõigustele tuleb anda põhiseaduslike õigustuste (*entitlements*) staatus, selle asemel et jätta need poliitilise otsuse hooleks. Näiteks ollakse viimati nimetatud, suhteliselt skeptilisel seisukohal Ühendkuningriigis, kus vastustatakse demokraatiast tulenevatel põhjustel sotsiaalsete õiguste lisamist tulevasse põhiõiguste kataloogi (*Bill of Rights*), ning ka Ameerika Ühendriikides.¹⁰

Teise rühma probleemid puudutavad sooritusõiguste sisu. Isegi kui õigustatuse küsimusele antakse jaatav vastus, ei pruugita olla ühel meelel selles, milline on riigi positiivsete kohustuste täpne ulatus ja milliseid meetmeid peab riik rakendama.¹¹ Täpne kaitseulatus tuleb määrata kindlaks arvestades õigusega vastuolus olevaid huve, nagu riigi käsutuses olevad rahalised vahendid ja teiste isikute õigused. Igasuguse õiguskaitsega kaasneb kulu, mida saab mõõta kas rahas või vabaduses või mõlemas.¹² Õigustust ja sisu puudutavate probleemide lahendus sõltub alati sellest, kas valitseb selge arusaam sooritusõiguste struktuurist, mis on kolmandaks probleemide rühmaks.¹³ Hiljutise

⁹ Brasiilia Supremo Tribunal Federal 16.11.1999, Agravo regimental em agravo de instrumento n. 238.328-0/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio [arvutivõrgus: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=291210> (09.03.2025) – *toim.*]; Brasiilia Supremo Tribunal Federal 12.09.2000, Agravo de regimento no recurso extraordinário n. 271.286-8/RS, Relator: Ministro Celso de Mello [arvutivõrgus: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538> (09.03.2025) – *toim.*].

¹⁰ Ühendkuningriigis peetava debati kohta vt S. Fredman. *New Horizons: Incorporating Socio-Economic Rights in a British Bill of Rights*. – Public Law 2010, lk 297; C. Gearty. *Against Judicial Enforcement*. – *Debating Social Rights*. C. Gearty, V. Mantouvalou (toim.). Oxford 2010, lk 1. Ameerika Ühendriikide puhul viitega sotsiaaldemokraatide ja konservatiivsete libertariaanide vahelisele erimeelsusele vt R. Bellamy. *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge 2007, lk 25. Vt US Supreme Court 22.02.1989, 489 U.S. 189 – *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, C. J. Rehnquisti arvamuse p 195 [arvutivõrgus: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/189/> (09.03.2025) – *tlk.*].

¹¹ M. Wesson (viide 2), lk 227.

¹² R. Alexy (viide 6), lk 3.

¹³ Selle sõltuvussuhte kohta vt R. Alexy (viide 6), lk 3–4; M. Klatt (viide 6), lk 693.

teadustegevuse käigus on saavutatud mõningast edu struktuuri mõistmisel, eriti sooritusõiguste ja proportsionaalsuse testi vahekorra selgitamisel.¹⁴ Disjunktiivse ja konjunktiivse struktuuri loogilisest erinevusest ilmneb proportsionaalsuse testi puhul olulisi erinevusi, kui testi rakendatakse tõrjeõiguste asemel sooritusõiguste suhtes.¹⁵

Neljas ja ühtlasi viimane on pädevuse või kohtuliku kontrollitavuse probleem. Selle puhul tegeletakse küsimusega, milline on kohtute õige roll sooritusõiguste jõustamisel, roll, mis tuleb välja selgitada seadusandja pädevuse suhtes.¹⁶ Tihti aetakse omavahel segi sisuliste küsimuste tasand ja nende küsimuste otsustamise pädevuse tasand. Nii juhtub näiteks teada-tuntud demokraatiapõhises vastuväites, mida esitatakse sooritusõiguste vastu. Vastuväites aetakse segi õigustatuse probleem ja pädevuse probleem. Väidan, et sisulist ja formaalset tasandit tuleb selgelt eristada.

Selles artiklis keskendutakse pädevuse probleemile, kuid artiklis tehtavad järeldused mõjutavad ka teiste probleemide lahendusi. Näiteks saab demokraatiapõhise vastuväite, mille pärast sageli antakse kohtuliku kontrolli õigustatuse küsimusele otsekohe eitav vastus, tegelikult muuta pädevuse probleemi lahenduse osaks, nagu hiljem artiklis näitan. Järelikult ei räägi demokraatiapõhine vastuväide sooritusõiguste õigustatuse vastu. Hoidmaks selget fookust pädevuse probleemil, võtan ilma pikemata arutluse aluseks teatava sooritusõiguste mõiste. Lähtun eeldusest, et sooritusõigused on õiguslikult siduvad normid, millega antakse isikutele *prima facie* iseloomuga subjektiivsed õigused.¹⁷

Artikkel on jaotatud neljaks peatükiks. Teises peatükis kirjeldan üksikasjalikumalt pädevuse probleemi. Kolmandas peatükis arendan välja keskse idee kaalutud kohtulikust kontrollist, mis tugineb seadusandjale kuuletumise määrade (*degrees of deference*) eristamise teooriale. Rekonstrueerin kohtuliku kontrolli probleemi pädevuste konfliktina. Neljandas peatükis kirjeldan seda, kuidas toimub pädevuste kaalumine (*balancing competences*). Ja viimaks näitlikustan viiendas peatükis oma teooriat, käsitledes Saksa Liidukonstitutsioonikohtu hiljutist kohtupraktikat, mis puudutab sooritusõigust inimväärsel elatusmiinimumile. Artiklis püütakse anda pädevust puudutava

¹⁴ M. Klatt, M. Meister (viide 1), lk 85–108; M. Klatt (viide 6), lk 704–718; R. Alexy (viide 6), lk 10–17.

¹⁵ Üksikasjade kohta vt M. Klatt, M. Meister (viide 1), lk 94–108.

¹⁶ Vt M. Wesson (viide 2), lk 222, 224, 228.

¹⁷ Tegemist on Alexy liigitelus seisukohaga nr 2, vt R. Alexy. A Theory of Constitutional Rights. Oxford 2002, lk 334–337.

vastuväite lahendamise teoreetiline juhisp, arendades välja kaalutud kohtuliku kontrolli mudeli. Mu tähtsaim väide seisneb selles, et nõrga ja tugeva kontrolli tegemise asemel peaksid kohtud võtma omaks paindliku lähenemisviisi, mis võimaldaks erineva intensiivsusega kohtulikku kontrolli. Kohtuliku kontrolli intensiivsustaste oleneb käsitletava juhtumi asjaoludest, mida omakorda saab hinnata mitmete tegurite abil.

Artiklis esitan vastuväited laialt levinud valearusaamale, et proportsionaalsus on võrdväärne range kohtuliku kontrolliga, samas kui mõistlikkuse kontroll (*reasonableness review*) võrdub kohtu suurema kuuletumisega seadusandjale.¹⁸ Artiklis kaitstava seisukoha järgi on proportsionaalsus ja mõistlikkus pelgalt kaks küsimuste rühma, mis ei määra ära kontrollitüüpi, millega kohus hindab algse otsustaja neile küsimustele antud vastuseid. Pigem on nii, et kontrolli määra suhtes tuleb teha eraldi otsus.

II. Pädevuse probleem

A. Kohtuliku kontrolli õigustatus (*justiciability of positive rights*)

Pädevuse probleem ei ilmne üksnes sooritusõiguste puhul. Pigem on pädevuse probleem põhiline „inimõiguste kohtumõistmise dilemma“.¹⁹ Ühest küljest kaasneb sellega, kui kohtuvõimul lubatakse teha inimõiguste tõlgendamist puudutavaid lõppotsuseid, vältimatult kohtuvõimule loa andmine vaieldavate väärtusotsustuste tegemiseks. See läheb vastuollu demokraatliku ideaaliga, mille järgi peab kui mitte kõik, siis vähemalt määramad otsused langetama rahvas, mitte kohtunikud, kes pole valitud ega aruandekohustuslikud.²⁰ Teisest küljest võivad valitud rahvaesindajad piiranguteta otsustades riivata inimõigusi, mistõttu on tarvis seada valitud võimukandjate tegevusele piirid. Inimõigused on need piirid, kuid nad pole tõhusad, kui kohtuvõim ei tohi piiridest kinnipidamist kontrollida.

Äsja nimetatud dilemma esineb inimõiguste kohtumõistmises olenemata sellest, kas kohtumõistmine puudutab sooritus- või tõrjeõigusi. Arutelu hägustab mõnevõrra asjaolu, et õigusteadlased tõstatavad sooritusõiguste

¹⁸ Sellist eksiavramust esindab nt M. Wesson (viide 2), lk 246.

¹⁹ S. Fredman. From Dialogue to Deliberation: Human Rights Adjudication and Prisoners' Rights to Vote. – Public Law 2013, lk 292[: „dilemma of human rights adjudication“ – *toim.*].

²⁰ J. Waldron. The Core of the Case Against Judicial Review. – Yale Law Journal 115/2006, lk 1346.

kohtuliku kontrollitavuse kontekstis teemasid, mis räägivad üldisemas mõttes inimõiguste kohtuliku kontrolli vastu. Hoolimata sellest on dilemma sooritusõiguste seisukohalt äärmiselt tähtis. Artiklis käsitlen pädevuse probleemi üksnes sooritusõiguste seisukohalt, sest minu peamine eesmärk on väärata arutluskäiku, et sooritusõiguste tunnustamise korral paigutuks võim põhi-seadusliku korraga riigis ümber. Siinse uurimuse järeldused on siiski olulised ka kohtuliku kontrolli jaoks üldiselt.

Võib väita, et pädevus on sooritusõiguste teemalise kohtupraktika kõige vaieldavam tahk.²¹ Pädevuse tähtsust on nii praktilistel kui ka teoreetilistel põhjustel vaevalt võimalik üle hinnata. Rääkides praktilisest tähtsusest, on viimastel aastatel paljudes jurisdiktsioonides arvestataval määral suurenenud sooritusõigusi puudutavate kohtuasjade arv. Kõige silmatorkavam näide on Brasiilia, kus empiirilised uuringud annavad tunnistust tervist, s.t ravimite ja ravi tasuta kättesaadavust puudutavate kohtuasjade märgatavast kasvust. Kohtuasjade aastane kasvumäär aastatel 2006–2009 oli 2002. aasta tasemega võrreldes vahemikus 505 kuni 1412%, samal ajal oli ka kaebajate edukuse määr arvestataval määral üle 80%.²² Sellest plahvatuslikust kasvust rääkides öeldakse harilikult, et „õigus tervisele on protsessualiseerunud“.²³

Mis puutub pädevuse probleemi teoreetilisse tähtsusse, siis on pädevuse probleem keskne vastuväide, millega rünnatakse jõustatavate sotsiaalsete õiguste tunnustamist.²⁴ Pädevusega seotud mureküsimumed on valdavad eriti Ameerika Ühendriikide õiguskirjanduses, kuid neid tõstatatakse ka õigussüsteemides, kus tunnustatakse sooritusõigusi.²⁵ Pädevuse vastuväide

²¹ Vt S. Fredman (viide 1), lk 92.

²² J. Biehl jt. Between the Court and the Clinic: Lawsuits for Medicines and the Right to Health in Brazil. – Health and Human Rights 14/2012, lk 36, 40, 46. Edukuse määra puudutavate andmete kohta vt ka O. L. M. Ferraz. Right to Health Litigation in Brazil: An Overview of the Research. 15.05.2009, lk 24–25. – Arvutivõrgus: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1426011 (09.03.2025).

²³ J. Biehl jt. Judicialisation of the Right to Health in Brazil. – Lancet 373/2009, lk 2182; J. Biehl jt (viide 22), lk 37. Selle arengu kohta on kriitiliselt kirjutanud O. L. M. Ferraz. The Right to Health in the Courts of Brazil: Worsening Health Inequities? – Health and Human Rights 11/2009, lk 33.

²⁴ K. G. Young (viide 1), lk 133–135.

²⁵ Ameerika Ühendriikide kohta vt R. H. Bork. The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution. – Washington University Law Quarterly 1979, lk 695; F. Cross. The Error of Positive Rights. – UCLA Law Review 48/2001, lk 857; L. L. Fuller. The Forms and Limits of Adjudication. – Harvard Law Review 92/1978, lk 353. Brasiilias toimuva arutluse kohta vt J. Biehl jt (viide 22), lk 47.

esineb kahes variandis: ühel juhul tuginetakse kohtu asjatundlikkuse piiratu-sele, teisel juhul legitiimsuse küsimusele. Asjatundlikkuse piiratu-sele tugineva vastuväite kohaselt on kohtutel üldiselt kehv valmisolek suure poliitilise mõjuga teemade käsitlemiseks.²⁶ Erinevalt seadusandjast ei toeta kohtuid suured ametkonnad, kes koguksid ja töötleksid eri teemasid puudutavat ja mitmesugustesse ainevaldkondadesse kuuluvat informatsiooni. Kohtutel on eetika ja poliitilise teooria vallas üksnes piiratud asjatundlikkus.²⁷

Legitiimsuse küsimusel põhinevas vastuväite variandis eitatakse seda, et kohtunikel võiks üldse olla sotsiaalsete õiguste jõustamisel mingi tähendus-rikas roll, sest kohtunikke ei valita ja nad ei ole ka aruandekohustuslikud.²⁸ Selle seisukoha järgi rikuks võimude tasakaalu, kui kohtutele anda seadus-andja aktide kontrollimise õigus olukordadeks, mil on rikutud sooritusõigusi. Tegelik võim riigis liiguks välja poliitilise protsessi sfäärist ja demokraatlikult valitud parlamendiliikmete käest kohtute kätte. Nii teiseneks parlamentaarne, seadusi andev riik „põhiseaduslikkuse järelevalve kohturiigiks“²⁹ või „juristo-kraatiaks“³⁰. Niisugust teisenemist saab edasise arutluskäigu järgi vältida üksnes nii, et kohtud jäetakse ilma pädevusest teostada kontrolli sotsiaalsete õiguste asjades.³¹ Eeskjuu andvalt esitati see kriitika Saksa Liidukonstitut-sioonikohtu esimese abordiotsuse juurde kuulunud eriarvamuses: „Liidu-konstitutsioonikohtu pädevust tühistada parlamentaarse seadusandja otsuseid tuleb kasutada säästlikult, kui soovitakse vältida tasakaalu nihkumist põhi-seaduslike organite vahel. Kohtu enesepiirangu (*judicial self-restraint*) nõue [...] kehtib eelkõige siis, kui tegemist ei ole riikliku võimu sekkumiste tõrjumisega, vaid kui põhiseaduslikkuse järelevalve kaudu püütakse kirjutada

²⁶ Vt L. L. Fuller (viide 25), lk 393–405; O. M. Fiss. The Forms of Justice. – Harvard Law Review 93/1979, lk 1, 39–44; J. A. King. The Pervasiveness of Polycentricity. – Public Law 2008, lk 101.

²⁷ K. G. Young (viide 1), lk 135.

²⁸ Vt M. Wesson (viide 2), lk 228.

²⁹ Seda kuulsat sooritusõiguste vastast kriitikat teeb Ernst-Wolfgang Böckenförde, E.-W. Böckenförde. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. – E.-W. Böckenförde. Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt am Main 1991, lk 159, 190[: „verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat“ – *toim.*].

³⁰ R. Hirschl. Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge, Massachusetts 2004.

³¹ E.-W. Böckenförde (viide 29), lk 198, 194.

rahva poolt vahetult legitimeeritud seadusandjale ette ühiskonnakorra positiivse kujundamise juhiseid. Sellises olukorras ei tohi Liidukonstitutsiooni kohus alluda kiusatusele võtta üle järelevalvealuse organi funktsioon [...].³²

B. Kohtuliku kontrolli taksonoomia

Erinevates põhiseaduslikes kordades on pädevuse probleem lahendatud üsna erisugusel viisil. Spektri ühes servas on seisukoht, et kohtuvõimul ei või üldse olla mingit tähenduslikku rolli sooritusõiguste jõustamisel, ja teises servas on tugeva kohtuliku kontrolli pooldamine. Esimese seisukoha toetamise näiteks on Iiri Vabariigi põhiseadus, milles on kirjas positiivsed „sotsiaalpoliitika printsiibid“, kuid seal on sõnaselgelt öeldud, et nende suhtes kohus kontrolli ei teosta.³³ Tugevat kohtulikku kontrolli lubavale seisukohale asuti Brasiilia kohtupraktikas juhtumites, kus küsimuse all oli õigus tervisele, ja autoritaarse režiimi järgsetes põhiseadustes, mis võeti vastu Kesk- ja Ida-Euroopas pärast

³² Kohtunike Rupp von Bünnecki ja Simoni eriarvamus BVerfG 25.02.1975, 1 BvF 1/74, juurde [E 39, 1, 69]: „Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts, Entscheidungen des parlamentarischen Gesetzgebers zu annullieren, erfordert einen sparsamen Gebrauch, wenn eine Verschiebung der Gewichte zwischen den Verfassungsorganen vermieden werden soll. Das Gebot richterlicher Selbstbeschränkung (judicial self-restraint) [...] gilt vor allem, wenn es sich nicht um die Abwehr von Übergriffen der staatlichen Gewalt handelt, sondern wenn dem Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgeber im Wege der verfassungsgerichtlichen Kontrolle Vorschriften für die positive Gestaltung der Sozialordnung gemacht werden sollen. Hier darf das Bundesverfassungsgericht nicht der Versuchung erliegen, selbst die Funktion des zu kontrollierenden Organs zu übernehmen [...]“ – *toim.*.

³³ Iiri Vabariigi 1937. aasta põhiseadus, art 45 [arvutivõrgus: <https://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html> (09.03.2025) – *tlk*]. Vt M. Tushnet. Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review. – Texas Law Review 82/2004, lk 1895, 1898, 1918.

kommunismi langust.³⁴ Spektri kahe äärmuse vahele jäävad vahepealsed lähenemisviisid, mille näiteks võib tuua Lõuna-Aafrika Vabariigi mõistlikkuse kontrolli (*reasonableness review*) ning Kanada kohtute ja seadusandja dialoogilise suhtluse.³⁵

See kolme kontrolliastmega pilt passib hästi kokku kasuliku, kohtuliku kontrolli tüpoloogiaga, mille hiljuti esitas Katharine Young.³⁶ Tema kolmikaotuse kohaselt võetakse sooritusõiguste kohtulikkude kontrolli teostavate kohtute rollikäsitusel aluseks kas irdsusel (*detached*), kaasahaaratusel (*engaged*) või ülimuslikkusel (*supremacist*) põhinev tõlgendus. Irdne kohus (*detached court*) võtab kuuletuva hoiaku, käsitades „[...] seadusandliku ja täidesaatva riigivõimu demokraatlikku autoriteeti ja teadmuslikku ülimuslikkust usutavana“.³⁷ Irdne

³⁴ Brasiilia Supremo Tribunal Federal 16.11.1999, Agravo regimental em agravo de instrumento n. 238.328-0/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio [arvutivõrgus: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpab/paginador.jsp?docTP=AC&docID=291210> (09.03.2025) – *toim.*]; Brasiilia Supremo Tribunal Federal 12.09.2000, Agravo de regimento no recurso extraordinário n. 271.286-8/RS, Relator: Ministro Celso de Mello [arvutivõrgus: https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Princeton.ingles1.pdf (09.03.2025) – *toim.*]. Vt G. F. Mendese kõne „The Judiciary and the Right to Health“ Princetoni Ülikoolis 25.03.2010. – Arvutivõrgus: https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Princeton.ingles1.pdf (09.03.2025). W. Sadurski. Rights-Based Constitutional Review in Central and Eastern Europe. – Sceptical Essays on Human Rights. T. Campbell, A. Tomkins, K. D. Ewing (toim.). Oxford 2001 (e-raamatuna 2010), lk 315; W. Sadurski. Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights. – Oxford Journal of Legal Studies 22/2002, lk 275, 298. Ent vt selle kohta, kuidas Ungari Põhiseaduskohtu seisukoht on arenenud seadusandjale enam kuuletuvaks, D. Landau. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. – Harvard International Law Journal 51/2010, lk 319, 367.

³⁵ Lõuna-Aafrika Vabariigi kohta vt A. Pillay. Towards Effective Social and Economic Rights Adjudication: The Role of Meaningful Engagement. – International Journal of Constitutional Law 10/2012, lk 732; M. Wesson (viide 2); R. Dixon. Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited. – International Journal of Constitutional Law 5/2007, lk 391; S. Fredman (viide 1); K. G. Young (viide 1), lk 174–191. Kanada kohta vt Kanada põhiseaduse I ptk „Kanada õiguste ja vabaduste harta“ § 33, mis lubab seadusandjal hilisemate õigusaktidega vastu võtta harta teatud sätete suhtes erandit tegevaid sätteid ja muuta hartasäte teatud ajaks hõljuvalt kehtetuks [Kanada põhiseadus arvutivõrgus: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-12.html> (09.03.2025) – *tlk*]. Hõljuva kehtetuse puhul vt P. W. Hogg, A. A. Bushell Thornton, W. K. Wright. Charter Dialogue Revisited: Or „Much Ado About Metaphors“. – Osgoode Hall Law Journal 45/2007, lk 14–18.

³⁶ K. G. Young (viide 1), lk 142–166, 193–196.

³⁷ Samas, lk 143, 206–212[; „credence to the democratic authority and epistemic superiority of [...] the legislative and executive branches“ – *toim.*].

kohus jätab sooritusõiguste jõustamise suurel määral valimiste teel moodustatud võimuorganite hooleks. Seevastu kaasahaaratud kohus (*engaged court*) on valmis tegutsema selle nimel, et kohtuasja osalised võtaksid lahenduse otsimisest aktiivselt osa. See järelemõtlik koordineerimine, mille puhul kohus kasutab uuele avalikule haldusele (*new public governance*) omaseid meetodeid, käib koos riigivõimu tegevuse rangema hindamisega.³⁸ Selle näide on Lõuna-Aafrika Vabariigi Põhiseaduskohtu poolt välja arendatud „tähendusrikas kaasahaaratus“ (*meaningful engagement*).³⁹ Ja lõpuks, end ülimuslikuks pidav kohus (*supremacist court*) on valmis ise langetama üksikasjalikke sisulisi otsuseid ning rakendama seadusandlike aktide ja valitsuse poliitika suhtes veelgi karmimat järelevalvet. Niisuguse hoiaku on võtnud näiteks Colombia Põhiseaduskohus, keda on ühes kirjelduses nimetatud „arvatavasti maailma kõige aktivistlikumaks kohtuks“.⁴⁰

Kuitahes huvipakkuv Youngi tüpoloogia ka ei ole, ei anna see vastust määravale küsimusele: kuidas otsustada, millist nimetatud kolmest lähenemisviisist rakendada konkreetsetes põhiseaduslikus korras? Millised normatiivsed kriteeriumid on kohtutel endil olemas otsustamiseks selle üle, kas rakendada ühte kohtuliku kontrolli standardit või hoopis teist? Erinevaid kohtu rolli mudeleid kirjeldav selgitus on kasulik lähtepunkt, kuid selgitus ise ei anna normatiivset suunist. Seega tuleb Youngi tüpoloogiat täiendada teooriaga sellest, kuidas otsustada, millist kolmest lähenemisviisist – irdset, kaasahaaratud või ülimusliku kohtu oma – tuleb konkreetse kohtuasja puhul rakendada. Selle artikli peamine eesmärk on vastav teooria välja pakkuda.

See katse omab tähtsust üleilmse konstitutsionalismi mastaapsema projekti seisukohalt ja selle käigus püütakse välja arendada n-ö ühesugust reeglistikku

³⁸ Samas, lk 150–153, 200–206.

³⁹ Constitutional Court of South Africa 19.02.2008, CCT 24/07 [arvutivõrgus: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.html> (09.03.2025) – *tlk*].

⁴⁰ D. Landau (viide 34), lk 321[; „perhaps the most activist court in the world“ – *toim.*]. Suurepärase analüüsi K. G. Youngi ja J. Lemaitre sulest: K. G. Young, J. Lemaitre. The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa. – Harvard Human Rights Journal 26/2013, lk 179. Vt ka R. U. Yepes. The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates. – Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor? R. Gargarella, P. Domingo, T. Roux (toim.). London 2006, lk 127; R. M. Nunes. Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health. – Latin American Politics and Society 52/2010, lk 67.

õigusliku analüüsi tarbeks.⁴¹ Vaja on üldist teooriat, mis võimaldaks kriitiliselt rekonstrueerida eri õigussüsteemide väga isesuguste kohtupraktikate normatiivset kvaliteeti. Me adume niisuguse teooria puudumist, kui jõuame mõistmises sinnamaale, et konkreetsete kohtute liigitamine ühte, teise või kolmandasse Youngi esitatud kategooriasse seatakse sageli kahtluse alla, sest enamasti on nii, et sama kohtu otsused võivad näidata eri suunda. Kohtud käsitavad oma rolli sageli paindlikult ja ühtlasi muudavad seda aja jooksul. Seega käib kinnistatud kategooriaga kaasas valehinnangu oht. Olenemata sellest, missugune on kohtu institutsionaalne raamistik, on igal kohtul kasutada teoreetiliselt terve hulk valikuid. Nii on määrav küsimus see, kuidas mõistuspäraselt õigustada teatud kontrolli puudutava lähenemisviisi valikut. Ettepanek on järgmine: selle asemel et teha abstraktne valik kolme mudeli vahel ja jääda rangelt oma otsuse juurde, on eelistatum valida paindlik kohtuliku kontrolli mudel, mis lubab kasutada tervet hulka valikuid konkreetse kohtuasja asjaoludest lähtudes.

III. Kaalutud kohtulik kontroll

A. Liiga palju ja liiga vähe kohtulikku kontrolli

Youngi kolme kohtute rolli mudelit tuleb vaadelda kahe probleemi taustal, millega iga kohus peab tegelema: kohtulik võimukaaperdus (*judicial usurpation*) ja kohtulik võimuloovutus (*judicial abdication*).⁴² Kohtulik võimukaaperdus „toimub siis, kui kohtuvõim tõlgendab ja rakendab õigusi niisugusel moel, et ta võtab poliitilise süsteemi enda võimu alla [...], tõrjudes [...] demokraatlikult valitud riigivõimuharud kõrvale“.⁴³ Niisuguse kohtuliku aktivismi klassikalise kriitika on sõnastanud Jeremy Waldron.⁴⁴

⁴¹ Vt A. Stone Sweet, J. Matthews. Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism. – Columbia Journal of Transnational Law 47/2008, lk 72; D. Law. Generic Constitutional Law. – Minnesota Law Review 89/2005, lk 652; M. Klatt, M. Meister (viide 1), lk 1.

⁴² F. I. Michelman. Socioeconomic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away. – International Journal of Constitutional Law 6/2008, lk 663, 683; K. G. Young (viide 1), lk 133–134.

⁴³ K. G. Young (viide 1), lk 134[: „occurs when the judiciary interprets and applies rights in such a manner that it assumes control of the political system [...] crowding out [...] the democratically elected branches“ – *toim.*]. Vt R. Hirschl (viide 30).

⁴⁴ J. Waldron. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. – Oxford Journal of Legal Studies 13/1993, lk 18, 42.

Kohtulik võimuloovutus toimub aga siis, kui kohtud jätavad sooritusõigused korraliku kaitseta.⁴⁵ Näiteks on Lõuna-Aafrika Vabariigi Põhiseaduskohtu mõistlikkuse kontrolli arvustatud seepärast, et kontrolli käigus suhtutakse seadusandjasse liiga suure austusega ja sooritusõigustele pakutakse liiga vähe kaitset.⁴⁶

Kohtulik võimukaaperdus viib selleni, et kohtutel on liiga palju võimu, kohtulik võimuloovutus aga lõpeb sellega, et kohtutel on liiga vähe võimu. Esimesel juhul tuuakse õiguste kaitsel demokraatia printsiip liiga ulatuslikult ohvriks, teisel juhul jääb kohus seadusandliku ja täidesaatva võimu eksimuste puhul üksnes pealtvaatajaks. Võimuloovutuse tagajärg on see, et demokraatia printsiipi kaitstakse sooritusõiguse puuduliku rakendamise hinnaga. Nii-suguses olukorras ei suuda kohtud tagada, et riigivõimuasutused põhjendavad oma otsust piisavalt – aga selle ülesande täitmine on siiski riigivõimu legitiimsuse jaoks tarvilik.⁴⁷

Võimukaaperdus ja võimuloovutus ei ole rangelt antagonistlikud olukorrad. Pigem esineb kumbki olukorras teatud määral. Mõlemad on kohtuliku kontrolli eri vormide spektri⁴⁸ äärmused.

Niisiis jääb meie ülesandeks leida tasakaal võimukaaperduse ja võimuloovutuse vahel, saavutada kohtuliku kontrolli õige intensiivsus. Nimetatud ülesande puhul aitab see, kui eristame kolme seadusandjale kuuletumise määra (*degrees of deference*).

⁴⁵ K. G. Young (viide 1), lk 134.

⁴⁶ Vt S. Fredman (viide 1), lk 115; M. Khosla (viide 2), lk 757: „ainult ütleb, et pakub kaitset“ („only declaratory relief“).

⁴⁷ D. Dyzenhaus. *The Policies of Deference: Judicial Review and Democracy*. – *The Province of Administrative Law*. M. Taggart (toim.). Oxford 1997, lk 279, 305. Mõtte kohta suurendada kohtute abil aruandekohustust vt samuti D. M. Davis. *Adjudicating the Socioeconomic Rights in the South African Constitution: Towards „Deference Lite“?* – *South African Journal on Human Rights* 22/2006, lk 301, 319. Kontrolli määra probleemi kohta vt ka M. Wesson (viide 2), lk 245.

⁴⁸ Vt M. Tushnet. *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-Based Worries*. – *Wake Forest Law Review* 38/2003, lk 813 ja 824.

B. Seadusandjale kuuletumise määrade eristamine

Selleks et täpsemalt kirjeldada kohtuliku kontrolli intensiivsust, tahaksin tutvustada seadusandjale kuuletumise määrade kolmeastmelist skaalat.⁴⁹ Väidan, et need kolm kuuletumise määra langevad täpselt kokku Youngi kolmiktüpoloogiaga, millega ta jaotab kohtud irdseteks, kaasahaaratuteks ja üliluslikeks. Young siiski eitab sõnaselgelt seost oma tüpoloogia ja kohtuliku kontrolli nõrga-range-spektri vahel.⁵⁰ Ma ei nõustu temaga selles küsimuses. Märkimisväärne on see, et kui Young kirjeldab kolme kontrollitüüpi üksikasjalikumalt, viitab küll kõik sellele, et tema tüpoloogia paikneb kohtuliku kontrolli intensiivsuse skaalal. Näiteks tutvustab ta ühte juhtimiskontrolli (*managerial review*) alatüüpi nii, justkui tähendaks see „valitsuse suhtes teostatavat tõsisemat kontrolli“.⁵¹

Kontrolli väike intensiivsus, mis võrdub seadusandjale suure kuuletumise määraga, esineb olukordades, kus kohus otsib esmase otsustaja töös üksnes ilmselgeid vigu. Ameerika Ühendriikide Ülemkohus vaatab näiteks sotsiaalvaldkonna õigusakte üle üksnes tuvastamaks selgeid seadusandlikke vigu, mis peavad olema „nii ilmsed, et nende üle pole vaja arutledagi“.⁵² Lõuna-Aafrika Vabariigi Põhiseaduskohus rakendas oma kohtupraktika alguses väikese intensiivsusega kontrolli.⁵³ Saksa Liidukonstitutsioonikohus teostab väikese

⁴⁹ Sarnast skeemi, kus kontrollil on kolm erinevat intensiivsust, kasutatakse Ameerika Ühendriikides võrdsuspõhiõiguse (*equal protection clause*) puhul, vt R. R. Kelso. Standards of Review Under the Equal Protection Clause and Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: The „Base Plus Six“ Model and the Modern Supreme Court Practice. – University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 4/2002, lk 225.

⁵⁰ K. G. Young (viide 1), lk 142: „Tähtis on see, et neid kolme tüüpi ei saa sobitada kohtuliku kontrolli tugev-nõrk-spektrile [...]“ („Importantly, these types do not sit along a plane of ‘strength’ and ‘weakness’ of judicial review [...].“).

⁵¹ Samas, lk 155[: „a heightened review of government“ – *toim.*]. Ülejäänud alatüüpide kirjelduste leidmiseks vt fraase „engaged scrutiny of government action“ (samas, lk 147), „vigorous assessment“ (samas, lk 150) ja „rigorous scrutiny“ (samas, lk 162).

⁵² J. B. Thayer. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. – Harvard Law Review 7/1893, lk 129, 144[: „so clear that it is not open to rational question“ – *toim.*]. Vt ka US Supreme Court 06.04.1970, 397 U.S. 471 (485) – *Dandridge v. Williams* [arvutivõrgus: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/471/>] (09.03.2025) – *tlk*].

⁵³ Constitutional Court of South Africa 27.11.1997, CCT 32/97, p 30, 58 [arvutivõrgus: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html>] (09.03.2025) – *tlk*. Vt D. M. Davis (viide 47), lk 318. Seadusandjale on kohus väga kuuletuv ka kohtuasjas *Mazibuko and Others v. City of Johannesburg and Others*, 08.10.2009, CCT 39/09 [arvutivõrgus: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2009/28.html>] (09.03.2025) – *tlk*].

intensiivsusega kontrolli ja otsib seadusandja õigusaktides, mis sekkuvad sooritusõigustesse, ilmselgeid vigu.⁵⁴

Mõõdukast või keskmise intensiivsusega kontrollist, mille käigus näitab kohus seadusandja suhtes üles mõõdukat kuuletumist, annab tunnistust Saksa Liidukonstitutsioonikohtu teine abordiotsus. Kohus tunnistas seadusandja ülesandeks määrata sündimata lapse elu üksikasjaliku kaitse ulatus ja vahendid. Ent kohus siiski hindab, kas seaduses sätestatud kaitse on sobiv ja tõhus ning kas see põhineb asjaolude ja õigustavate hinnangute põhjalikul ja hoolikal uurimisel.⁵⁵

Lõpuks, suure intensiivsusega kontrolli, mis võrdub seadusandjale vähese kuuletumise määraga, rakendas Saksa Liidukonstitutsioonikohus esimeses abordiotsuses 1975. aastal. Selles otsuses kohus rõhutas, et tema ülesanne on jõustada õigust elule isegi vastu demokraatliku enamuse tahet, väidetavaid poliitilisi vajadusi ja ühiskonnas valitsevat arvamust.⁵⁶ Suure intensiivsusega kontrolli rakendas oma varastel tegevusaastatel ka Ungari Põhiseaduskohus, kutsudes esile märkuse, et „põhiseaduskohus tegeleb niisama hästi kui riigivalitsemisega“.⁵⁷ Siinkohal võib samuti mainida nn karmi vaadet⁵⁸, mida rakendas Lõuna-Aafrika Põhiseaduskohus Khosa kohtuasjas⁵⁹.

Siinse artikli põhiline mõte on see, et valikut nende kolme seadusandjale kuuletumise määra vahel ei saa üheski õigussüsteemis langetada abstraktselt ja lõplikult. Pigem tuleb kontrolli õige intensiivsuse määr valida igal konkreetsel juhul eraldi, faktiliste ja normatiivsete asjaolude alusel. Paindlik mudel vastandub otseselt teistele käsitustele, mis püüavad välja töötada kindlat üldise

⁵⁴ BVerfG 29.10.1987, 2 BvR 624/83, p 101 [E 77, 170 (171, 215 jj)]: „[...] daß offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind“ – *toim.*].

⁵⁵ BVerfG 28.05.1993, 2 BvF 2/90 [E 88, 203 (259, 262 j)]. Vt ka K. G. Young (viide 1), lk 150–155.

⁵⁶ BVerfG 25.02.1975, 1 BvF 1/74 [E 39, 1, 36 jj]. Ei ole üllatav, et otsus pälvis eriarvamusele jäänud kohtunikelt teravat kriitikat kohtuliku võimukaaperdamise eest [E 39, 1 (68 jj) – *toim.*].

⁵⁷ K. L. Scheppele. Democracy by Judiciary: Or, Why Courts Can Be More Democratic Than Parliaments. – Rethinking the Rule Of Law After Communism. A. W. Czarnota, M. Krygier, W. Sadurski (toim.). Budapest 2005, lk 25, 44[: „the Constitutional Court was for all intents and purposes running the country“ – *toim.*].

⁵⁸ S. Liebenberg (viide 1), lk 329.

⁵⁹ Constitutional Court of South Africa 04.03.2004, CCT 12/03, CCT 13/03 [arvutivõrgus: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/11.html> (09.03.2025) – *tlk*]. Vt ka otsust (viide 39).

kontrolli ja kuuletumise standardit.⁶⁰ Ainult paindlik mudel saab tagada, et liiga nõrga ja liiga range kontrolli äärmuste vahel saavutatakse igal konkreetset juhutul õige tasakaal.

Võib vastu väita, et õigusriigi jaoks on oluline – ja see on tõepoolest nii –, et kontrollistandard on etteaimatav.⁶¹ Niisugusel juhul on keskne küsimus see, kuidas saaks seadusandjale kuuletumise määr olla paindlik, ent samas etteaimatav. Vastuse saamiseks tuleb kohtuliku kontrolli olukord rekonstrueerida pädevuste konflikti olukorrana, mille saab lahendada kaalumismenetlusega.

C. Pädevuste konflikt

Kohtuliku kontrolli institutsioonilise probleemi võib rekonstrueerida pädevuste konfliktina.⁶² Konfliktis on ühelt poolt seadusandja pädevus otsustada sooritusõiguste sisustamise üle ja teiselt poolt põhiseaduskohtu pädevus kontrollida neid seadusandja otsuseid. Pädevus on õiguslikult loodud võime muuta normatiivset olukorda institutsioonilise aktiga.⁶³

Väidan, et pädevused on kindlat liiki normid – nad on nimelt printsiibid, mitte reeglid. Printsiibiteooria eristab materiaalseid ja formaalseid printsiipe.⁶⁴ Pädevused on formaalsed printsiibid. Need määravad kindlaks, kes võib langetada sisulisi otsuseid, ja väljendavad õiguskorra siduvat mõõdet.⁶⁵

Printsiibilise olemuse tõttu on pädevused optimeerimiskäsud. Selles suhtes ei erine formaalsed printsiibid materiaalsetest. Mõlemad kohustavad midagi saavutama suurimas võimalikus ulatuses, võttes arvesse faktilisi ja õiguslikke

⁶⁰ Ettepaneku kohta panna paika nõrk kontroll dialoogi vormis vt R. Dixon (viide 35), lk 393.

⁶¹ Vt M. Wesson (viide 2), lk 224.

⁶² See käib kohtuliku kontrolli kohta üldises mõttes, kuid oma arutluses piirdun sooritusõiguste kohtuliku kontrolli küsimusega. Vt ülal ptk II.A.

⁶³ A. Ross. *Directives and Norms*. London 1968, lk 130.

⁶⁴ R. Alexy (viide 17), lk 58, 82, 192, 313, 416. Viimaste arengusuundade kohta vt R. Alexy. *Comments and Responses*. – *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. M. Klatt (toim.). Oxford, New York 2012, lk 329, 330–331; J. A. Portocarrero Quispe. *Zu Begriff und Struktur der formellen Prinzipien*. – *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. M. Klatt (toim.). Tübingen 2013, lk 200; M. Borowski. *Formelle Prinzipien und Gewichtsformel*. – *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. M. Klatt (toim.). Tübingen 2013, lk 151.

⁶⁵ M. Klatt, M. Meister (viide 1), lk 135–146.

võimalusi.⁶⁶ Õiguslikud võimalused, mis on antud juhul olulised, määratakse kindlaks võistlevate printsiipidega.⁶⁷

See printsiibiteoreetiline seletus läheb hästi kokku kohtuliku kontrolli probleemiga. Nüüdisaegsete põhiseadustega püütakse kaitsta demokraatlikult valitud seadusandja pädevust, kuid ühtlasi püütakse nendega kaitsta õigusi kohtute teostatava kontrolli pädevuse abil. Mõlemad pädevused on põhiseaduslikud printsiibid ja neid tuleb seega ellu viia suurimas võimalikus ulatuses. Nõnda ei ole küsimus selles, kas kohtuvõim või seadusandja peaks otsustama riigi positiivsete kohustuste ulatuse üle. Kohtuliku kontrolli probleemile ei ole kõik-või-mitte-midagi-lahendust, vaid selle lahendus peitub hoopis kontrolli määras.

Kui peab paika, et kohtuliku kontrolli institutsiooniline probleem on formaalsete printsiipide, mitte reeglite konflikt, siis ei leia me probleemile lahendust pädevusnormide tõlgendamise teel. Selle asemel tuleb kasutada kaalumismenetlust.⁶⁸

IV. Pädevuste kaalumine (*balancing competences*)

Selles peatükis selgitan, kuidas saab pädevusi kaaluda. Esmalt esitan pädevuste kaalumise idee põhijooned. Teiseks kannan Robert Alexy kaalumisseaduse materiaalsete printsiipide vallast üle formaalsete printsiipide valda. Kolmandaks käsitlen mitmeid tegureid, mida kasutatakse seadusandja ja kohtuvõimu pädevuste konkreetse kaalu kindlaks määramiseks. Neljanda ja viienda küsimusena uurin kahte võimalikku vastuväidet, mida võib mu teooria suhtes esitada.

⁶⁶ Vt R. Alexy (viide 17), lk 47.

⁶⁷ M. Klatt, M. Meister (viide 1), lk 10.

⁶⁸ Vt R. Alexy. On Balancing and Subsumption. – Ratio Juris 16/2003, lk 433.

A. Pädevuste kaalumise idee

Kollideeruvate pädevuste kaalumine võimaldab saavutada olukorra, kus põhi-seaduslik kohustus rakendada päriselt ellu sooritusõigused saab täidetud, ent samas arvestatakse ka seadusandliku ja täidesaatva võimuga.⁶⁹ Pädevuste kaalumine võimaldab mõista kohtuvõimu rolli sooritusõiguste rakendamisel nii, et kohtul on teatud intensiivsusega kontroll teiste võimuharude üle, kuid viimased saavad siiski rakendada arvestatavat kaalutusõigust.⁷⁰ Kohtuliku kontrolli kaalumismudeli eesmärk on kaitsta sooritusõigusi sel moel, et „oht sekkuda väärtalt demokraatlikku valitsemisse“⁷¹ oleks väiksem.

Pädevuste kaalumise peamine ülesanne on päästa meid jäigast kõik-või-mitte-midagi-hoiakust, mis annab lõpliku sõnaõiguse kas kohtuvõimule või seadusandjale, ja ühele või teisele range esimuse omistamisest ilma juhtumi asjaolusid arvestamata. Kohtute „suhteline institutsiooniline pädevus“ selgub kohtuvõimu ja seadusandja suhteliste kaalude kokkusobitamisel.⁷² Ühilduvus saavutatakse konkreetse kohtuasja asjaolusid arvestades, mitte puhtalt abstraktset kaalumistehet tehes. Kohtuliku kontrolli õige intensiivsus sõltub alati mitte ainult antud õiguskorrast, vaid ka konkreetse juhtumi asjaoludest.⁷³ Nagu Wojciech Sadurski meile meelde tuletab, „ei ole niisugust arvutust võimalik teha abstraktselt“.⁷⁴ Kohtuvõimu ja seadusandliku või täidesaatva võimu pädevuste vahel tasakaalu saavutamine „sõltub palju enam mitmetest kontekstitundlikest asjaoludest, kui seda avalikus ja teoreetilises arutelus tavaliselt tunnistatakse“.⁷⁵

⁶⁹ Selle eesmärgi kohta vt G. F. Mendes (viide 34), lk 7. Mis puutub ideesse saavutada tasakaal kohtuliku valvsuse ja seadusandjale kuuletumise vahel, vt M. Pieterse. *Coming to Terms with Enforcement of Socio-Economic Rights*. – *South African Journal on Human Rights* 20/2004, lk 383, 411, 417; I. T. Winkler, C. Mahler. *Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence: A New Area in German Socio-Economic Rights Jurisprudence?* – *Human Rights Law Review* 13/2013, lk 388, 395.

⁷⁰ Vt M. Wesson (viide 2), lk 228.

⁷¹ Vt M. Tushnet (viide 48), lk 814 [„risk of wrongful interference with democratic self-governance“ – *toim.*].

⁷² Vt UK House of Lords 16.12.2004, [2004] UKHL 56 – *A. and others v. Secretary of State for the Home Department*, p 29. – Arvutivõrgus: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/56.html> (09.03.2025).

⁷³ R. Dixon (viide 35), lk 393, 413. Vt ka M. Pieterse (viide 69), lk 417.

⁷⁴ W. Sadurski 2002 (viide 34), lk 280 [„such calculus cannot be made in abstraction“ – *toim.*].

⁷⁵ Samas, lk 298 [„is much more contingent on a number of context-sensitive circumstances than has usually been accepted in public and theoretical discourse“ – *toim.*].

Mark Tushnet on siiski väitnud vastu sellele, et vaidlusaluse kohtuasja suhtes tuleks niisugust tundlikkust üles näidata. Tema meelest võib paindliku mudeli puhul „kohtulik kontroll manduda parlamendi ülemvõimuks või eskaleeruda tugeva kohtuliku kontrolli vormiks“.⁷⁶ Vastupidiselt sellele arutuskäigule väidan käesolevas artiklis, et ehkki Tushnet’ kirjeldus neist mehhanismidest on sisult paikapidav, ei ole sellised mehhanismid kohtuliku kontrolli kaalumismudeli miinuseks, vaid suurimaks plussiks. Mehhanismid tagavad paindlikkuse, mida on vaja, et iga kohtuasja puhul saavutataks kohtuliku kontrolli õige intensiivsus.

Sooritusõigusi puudutava juhtumi üle otsustamisel tuleb määrata kindlaks mitte ainult konfliktis olevate materiaalsete printsiipide – näiteks teatud õiguse kaitse ja riigieelarve finantsstabiilsuse – vaheline õige tasakaal, vaid ka konfliktis olevate formaalsete printsiipide vaheline õige tasakaal. Sooviksin lisada, et iga kohtulahendiga kaasnev õigsuse nõue (*claim to correctness*) käib nii sisulise õigsuse kohta, milleks tuleb leida tasakaal asjaomaste huvide vahel, kui ka formaalse õigsuse kohta, milleks tuleb leida tasakaal asjassepuutuvate pädevuste vahel.⁷⁷ Formaalse õigsuse nõuet võib Joseph Razi sõnu kasutades kutsuda ka „õiguse nõudeks siduvusele“.⁷⁸

Õigsuse nõue sisaldab endas õigustatavuse nõuet (*claim to justifiability*).⁷⁹ Seega tuleb meil otsustada, millist tüüpi põhjendusi peavad kohtud esitama, selleks et õigustada mingi kohtuasja puhul kontrolliõigust teiste võimuharude üle. Nõuded neile põhjendustele sõltuvad kaalumise struktuuri käsitlusest.

⁷⁶ M. Tushnet (viide 48), lk 814[: „judicial review may degenerate into a return to parliamentary supremacy or escalate into strong-form review“ – *toim.*].

⁷⁷ Õigsuse nõude kohta vt R. Alexy. Law and Correctness. – Current Legal Problems 51/1998, lk 205; M. Klatt. Robert Alexy’s Philosophy of Law as System. – M. Klatt (toim.) 2012 (viide 64), lk 1, 5–6, 12–13, 15–16.

⁷⁸ J. Raz. Authority, Law, and Morality. – The Monist 68/1985, lk 295, 295: „law’s claim to authority“. Vt ka J. Gardner. How Law Claims, What Law Claims. – M. Klatt (toim.) 2012 (viide 64), lk 29, 30, 38–41.

⁷⁹ R. Alexy (viide 77), lk 208; R. Alexy. The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism. Oxford 2002, lk 78; M. Klatt (viide 77), lk 15.

B. Kaalumiseseadus

Kaalumise struktuur järeldub üpris selgelt (esimesest) kaalumiseseadusest: „Mida suurem on ühe printsiibi mittetäitmise või selle kahjustamise määr, seda suurem peab olema teise täitmise olulisus.“⁸⁰ Algselt pidas Alexy silmas, et kaalumiseseadus on materiaalsete printsiipide kaalumiseks. Väidan siiski, et kaalumiseseadus on kohaldatav ka formaalsete printsiipide, s.t pädevuste kaalumisele. Sellisel juhul saab eristada pädevuste kaalumise kolme mõttelist sammu.⁸¹ Esimeses järjekorras määratakse kindlaks esimese pädevuse järgimise määr. Teise sammuna määratakse kindlaks võistleva pädevuse järgimise olulisus. Ja lõpuks otsustakse kolmanda sammuna, kas teise pädevuse järgimine on nii oluline, et see õigustab esimese pädevuse mittejärgimist.

Nagu materiaalsete printsiipide kaalumise puhulgi, saab pädevuse konkreetse kaalu määramiseks kasutada kolmeastmelist skaalat. Skaala astmed on kerge, mõõdukas ja raske.⁸² Nii võib põhiseaduskohtu kontrollipädevuse kaal olla konkreetsetel juhul asjaoludest olenevalt kas kerge, mõõdukas või raske. Vastupidi võib ka seadusandja pädevus, mis lubab tal otsustada sooritusõiguste tagamise küsimusi, olla kerge, mõõdukas või raske. Olenevalt sellest, milline väärtus omistada konfliktis olevatele pädevustele, otsustab kaalumise kolmas samm, kumb pädevus jääb peale.⁸³

Kaalumiseseadus määrab pädevuste kaalumise seesmise struktuuri. Iga pädevuste konflikti lahendav otsus, mis järgib seda seesmist struktuuri, on seesmiselt õigustatud (*internally justified*).⁸⁴ Palju oleneb muidugi sellest, kuidas õigustatakse pädevustele kolmeastmelisel skaalal antud kaale. See nn väline

⁸⁰ R. Alexy (viide 17), lk 102[: „The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other.“ – *toim.*]. Teise kaalumiseseaduse kohta, mis on seotud episteemilise ehk teadmusliku usaldusväärsusega, vt M. Klatt, M. Meister (viide 1), lk 11, 80–83.

⁸¹ Samas, lk 10.

⁸² M. Klatt, M. Meister (viide 1), lk 12–13, 34–36; R. Alexy. The Weight Formula. – Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law. J. Stelmach, B. Brozek, W. Zaluski (toim.). Kraków 2007, lk 9, 15.

⁸³ Viigi olukorda, mis võib esineda, kui esimese ja teise astme kaalumise tulemused on vastavalt kerge-kerge, mõõdukas-mõõdukas või raske-raske, siin praegu pikemalt ei käsitleta. Vt M. Klatt, M. Meister (viide 1), lk 58.

⁸⁴ Seesmise ja välise õigustamise erinevuste kohta vt samas, lk 54; M. Klatt, J. Schmidt. Epistemic Discretion in Constitutional Law. – International Journal of Constitutional Law 10/2012, lk 69, 74; R. Alexy. A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. Oxford 1989, lk 211.

õigustamine (*external justification*) peab arvesse võtma konkreetse juhtumi spetsiifilisi asjaolusid. Väline õigustamine sõltub arutluskäikudest, mis on kaalumise enda suhtes välised ja mis puudutavad mõnda pädevusse sekkumise konkreetset kaalu. Heitmaks rohkem valgust välisele õigustamisele, arutletakse järgmises peatükis mõningate tegurite üle, mida võib kasutada pädevuse konkreetse kaalu kindlaksmääramisel.

C. Pädevuste kaalu kindlaksmääramine

Nii seadusandja otsustuspädevuse kui ka põhiseaduskohtu kontrollipädevuse konkreetse kaalu saab kindlaks määrata mitmesuguste tegurite abil. Järgnev, viit tegurit sisaldav loetelu ei pretendeeri lõplikkusele. Loetellu on vägagi võimalik lisada uusi tegureid. Järgnevast arutlusest siiski peab piisama näitamaks, kuidas võiks kulgeda välise õigustamise protsess. Minu arutluskäigu keskne idee on struktureerida kohtuliku kontrolli intensiivsus tegurite abil, mis osutavad sellele, millist tüüpi olukordades peaksid kohtud seadusandja hoolekandele otsuste hindamisel rakendama väikese, mõõduka või suure intensiivsusega kontrolli.⁸⁵

Esimene tegur, mis mõjutab esmase otsustaja pädevuse kaalu, on otsuse kvaliteet. Mida kvaliteetsem on esmaotsus (*primary decision*), seda suurem kaal tuleb määrata otsustaja pädevusele ja seda intensiivsem on mistahes kohtuliku kontrolli kaudu toimuv sekkumine sellesse pädevusse.⁸⁶ Esmaotsuse kvaliteedi üle saab otsustada näiteks nii, et hinnatakse otsuse õigustamiseks esitatud argumente. Mida põhjalikumad ja veenvamad need argumentid on, seda kvaliteetsem on otsus. Otsuse kvaliteedi tegur on näiteks kasutusel Lõuna-Aafrika Vabariigi Põhiseaduskohtu praktikas juhtumite puhul, kus vaidlus puudutab õigust kohasele eluasemele, mida kaitseb Lõuna-Aafrika Vabariigi põhiseaduse § 26. Kohtuasjas, kus riik taotles väljatõstmisotsust, millega inimesed oleksid oma kodust ilma jäänud, võttis põhiseaduskohus arvesse seda, kas ametivõimud olid nendega kokkuleppe saavutamiseks suhelnud.⁸⁷ Sisulise

⁸⁵ Sarnase idee kohta vt võrdluseks M. Wesson (viide 2), lk 230, 246.

⁸⁶ Tähtsust omab see, kas puudus esines „poliitilistes protsessides, mis harilikult peaksid kaasa tooma ebasoovitava seaduse kehtetuks tunnistamise“ („political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation“) (tsitaat US Supreme Court 25.04.1938, 304 U.S. 144 – United States v. Carolene Products Co., viide 4) [arvutivõrgus: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/> (09.03.2025) – *tlk*].

⁸⁷ Kohtuotsus (viide 39), p 17–18.

kaasamise (*meaningful engagement*) kontseptsioon, mis kohustab riigivõimu konsulteerima inimestega, keda poliitiline otsus puudutab, on niisiis esmaotsuse kvaliteedi seisukohalt küllaltki tähtis. Kui riigivõim on selle kohustuse täitnud, on tema otsustuspädevuse kaal nii suur, et põhiseaduskohus ei hakka otsust põhjalikumalt uurima.⁸⁸ Vastupidise juhtumi korral, kus inimeste kaasatus oli ebapiisav, kontrollis kohus inimeste sisulise kaasamata jätmise ja riigivõimu „oluliste kommunikatsioonivigade“ tõttu otsust rangemalt, s.t kohus pidas oma kontrollipädevust kaalukamaks.⁸⁹ See kohtupraktika tugineb tegelikult skaalale, millele mahuvad pelk kaasamine, mõistlik kaasamine ja lõpuks sisuline kaasamine.⁹⁰ Väidan, et seda skaalat pidi liikudes võib esmaotsuse kvaliteet vastavalt paraneda või halveneda. Peale selle mõjutavad esmaotsuse kvaliteeti ametivõimude poolt läbi viidud menetlus ja kogutud teabe kvaliteet.⁹¹

Esmaotsuse kvaliteedi hindamise puhul võib arvestada ka seda, kas esmasel otsustajal oli mingi eriline asjatundlikkus. Eelduslikult parandab asjatundlikkus otsuse kvaliteeti ja annab seega otsustamispädevusele kaalu juurde. See tegur on tuttav Ameerika Ühendriikide föderalismist.⁹² Tegurit tunnistatakse sageli ka erialakirjanduses.⁹³ Ja ümberpöörduvalt on kohtu pädevus kontrollida niisugust asjatundlikkuset põhinevat otsust väiksem, nagu tunnistas ka Lõuna-Aafrika Põhiseaduskohus: „Kohtutel puudub institutsionaalne suutlikkus korraldada laialdasi faktilisi ja poliitilisi uurimisi, mida on tarvis, et otsustada, millised peaksid olema [...] minimaalsed tuumikstandardid;

⁸⁸ Samas, p 25–28.

⁸⁹ Constitutional Court of South Africa 10.06.2009, CCT 22/08, p 378–379 [arvutivõrgus: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2009/16.html> (09.03.2025) – *tlk*]. Üksikasjade kohta vt A. Pillay (viide 35), lk 742–745.

⁹⁰ Vt A. Pillay (viide 35), lk 744.

⁹¹ Constitutional Court of South Africa 08.10.2009, CCT 39/09, p 71 [arvutivõrgus: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2009/28.html> (09.03.2025) – *tlk*].

⁹² L. E. Teitz. Taking Multiple Bites of the Apple: A Proposal to Resolve Conflicts of Jurisdiction and Multiple Proceedings. – *International Lawyer* 26/1992, lk 21, 57 § 3e: „tõenäoliselt kohaldatav materiaaloigus ja asjaga seotud kohtu suhteline asjatundlikkus selles õiguses“.

⁹³ A. Kavanagh. Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication. – *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. G. Huscroft (toim.). Cambridge 2008, lk 184; J. A. King. Institutional Approaches to Judicial Restraint. – *Oxford Journal of Legal Studies* 28/2008, lk 409, 433 jj; M. Wesson (viide 2), lk 239.

samuti puudub neil suutlikkus otsustada, kuidas oleks kõige tõhusam kasutada riigi rahalisi vahendeid. [...] Kohtud ei sobi õigust mõistma asjades, kus kohtulahend võib ühiskonna jaoks kaasa tuua mitmesuguseid sotsiaalseid ja majanduslikke tagajärgi. Põhiseadus näeb kohtutele ette üsna piiratud ja kindla suunitlusega rolli [...]“.⁹⁴

Lõpuks tuleb märkida, et vastava õigussüsteemi kui terviku kvaliteet ja tõhusus võib samuti mõjutada esmaotsuse kvaliteedile hinnangu andmist. Mida paremini õiguskord üldiselt toimib, seda kaalukamaks tuleb hinnata esmase otsustaja pädevus. Selged menetlusreeglid ja järjekindlus poliitiliste eesmärkide seadmisel võivad näiteks olla märk sellest. Ja vastupidi, kui õiguskorras viitavad ulatuslikud ilmingud sellele, et seadusandlik või täidesaatev võim toimib puudulikult, suureneb kohtu kontrollipädevuse kaal. Kirjeldatud olukord esines näiteks Colombias 1991. aasta põhiseaduse kehtestamise järel.⁹⁵ Põhiseaduskohus rakendas väga ranget kohtulikku kontrolli, korraldades olulisel määral riigis ümber tervishoiu rahastamise. Põhiseaduskohtu endise kohtuniku sõnul tulenes kohtu üsna aktiivne hoiak sellest, et „meie kongress oli nii kehv, et meil ei olnud muud valikut, kui üritada teha midagi olukorra päästmiseks“.⁹⁶

Teine tegur, mis mõjutab seadusandja ja kohtuvõimu pädevuste konkreetseid, suhtelisi kaale, on otsuse puhul kasutatud arutluste lähtekohtade episteemiline ehk teadmuslik usaldusväärsus (*epistemic reliability*). Mida teadmuslikult ebausaldusväärsemad on arutluste lähtekohad, seda raskemaks

⁹⁴ Constitutional Court of South Africa 05.07.2002, CCT 8/02, p 37–38 [arvutivõrgus: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/15.html> (09.03.2025) – *tlk*]: „courts are not institutionally equipped to make the wide-ranging factual and political enquiries necessary for determining what the minimum-core standards [...] should be, nor for deciding how public revenues should most effectively be spent. [...] Courts are ill-suited to adjudicate upon issues where court orders could have multiple social and economic consequences for the community. The Constitution contemplates rather a restrained and focused role for the courts [...]“. Vt ka Supreme Court of India 03.03.1987, Writ Petition No. 3492 of 1983 – Vincent Panikurlangara v. Union of India And Others [arvutivõrgus: <https://indiankanoon.org/doc/1305721/> (09.03.2025) – *toim.*], kus väideti, et kohtu pädevus on üksnes kergekaaluline, kui asi puudutab kompleksseid või tehnilisi teemasid. Vt M. Khosla (viide 2), lk 752.

⁹⁵ Vt K. G. Young (viide 1), lk 196–200.

⁹⁶ Viite esinemiskoht D. Landau (viide 34), lk 348[: „we had such a bad Congress that we had no choice but to try and do something“ – *toim.*].

tuleb hinnata selle institutsiooni pädevuse kaal, kellel on eriline võim usaldusväärsuse probleemi lahendamiseks või asja otsustamiseks hoolimata eelduste ebausaldusväärsusest.⁹⁷

Teadmuslik ebausaldusväärsus võib puudutada nii otsuse normatiivseid kui ka empiirilisi eeldusi. Näiteks on Saksa Liidukonstitutsioonikohus leidnud, et empiiriline ebausaldusväärsus suurendab seadusandja pädevuse kaalu, sest tema esimene ja põhiline ülesanne on langetada otsuseid määramatuse tingimustes: „Seadusandjal on ka siis prognoosimis-, hindamis- ja kujundamiskaalutlusruum, kui ta on põhiseaduse järgi kohustatud võtma tõhusaid ja piisavaid meetmeid õigushübe kaitseks. Selle kaalutlusruumi ulatus sõltub mitmesugustest teguritest, iseäranis [...] võimalustest jõuda piisavalt kindla-piirilisele seisukohale, eriti tulevikusündmuste suhtes, nagu seda on õigusnormi mõjud [...]“⁹⁸

Nagu tunnistas Ühendkuningriigi Lordide Koda, vastab eelnev eriti tõele olukordades, kus valitseb empiirilis-teadmuslik ebakindlus ja kus tuleb teha prognoose tulevikusündmuste kohta: „[...] nõustaksin sellega, et suur kaal tuleb omistada siseministri, tema kolleegide ja parlamendi otsusele, sest neile oli pandud ülesanne langetada ennekoike poliitiline otsus. Otsustamine hõlmas asjaolusid puudutava ennustuse (*factual prediction*) tegemist selle kohta, kuidas maailma eri paigus elavad inimesed võiksid käituda [...]. Iga ennustus selle kohta, kuidas inimesed võiksid käituda (vastandina ennustusele selle kohta, millal Kuu on millises faasis või millal on London Bridge'i juures veetase kõrge), on paratamatult probleemne“.⁹⁹

⁹⁷ A. Fritzsche. Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law. – Common Market Law Review 47/2010, lk 361, 372–375.

⁹⁸ BVerfG 28.05.1993, 2 BvF 2/90 [E 88, 203, 262]: „Ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum kommt dem Gesetzgeber auch dann zu, wenn er [...] verfassungsrechtlich verpflichtet ist, wirksame und ausreichende Maßnahmen zum Schutz eines Rechtsguts zu ergreifen. Der Umfang dieses Spielraums hängt von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von [...] den Möglichkeiten, sich – zumal über künftige Entwicklungen wie die Auswirkungen einer Norm – ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden [...]“ – *toim.*. Vt ka US Supreme Court 01.07.1985, 473 U.S. 432 (1985) – City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., p 443 [arvutivõrgus: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/432/> (09.03.2025) – *tlk*].

⁹⁹ Kohtuotsus (viide 72), p 29[: „[...] I would accept that great weight should be given to the judgment of the Home Secretary, his colleagues and Parliament on this question, because they were called on to exercise a preeminently political judgment. It involved making a factual prediction of what various people around the world might or might not do [...]. Any prediction about the future behaviour of human beings (as opposed to the phases of the moon or high water at London Bridge) is necessarily problematical“ – *toim.*].

Teadusliku üksmeele puudumine Euroopa Liidus suurendab liikmesriikide otsustuspädevuse kaalu Euroopa Kohtu kontrollipädevuse kaalu suhtes.¹⁰⁰

Seda, et seadusandja pädevusel on eriline kaal, tunnustatakse ka normatiiv-teadmuslikult määramatutes (*normative-epistemic uncertainty*) olukordades, mis tekivad poliitiliselt vaieldavate küsimuste puhul: „Mida poliitilisem [...] mõni küsimus on, seda sobivam on see lahendada poliitiliselt ja seda vähem tõenäoline on see, et see sobiks kohtulikuks lahendamiseks. Sellega väheneb vastavalt ka kohtu potentsiaalne roll. Poliitiliste küsimuste otsustamine on poliitilise võimu organite, mitte kohtute ülesanne. Ja ümberpöörduvalt: mida enam on küsimuse sisu õiguslik, seda suurem on kohtu potentsiaalne roll, sest meie põhikorra kohaselt ja parlamendi suveräänset võimu arvestades on õigusküsimustes otsuste langetamine kohtute, mitte poliitilise võimu organite ülesanne.“¹⁰¹

Arutluskäigu seisukohalt on oluline ka see, kas otsuse normatiivsete lähte-kohtade puhul valitseb üksmeel või mitte. Mida suurem üksmeel valitseb normatiivsetes küsimustes, seda vähem kaalukas on seadusandja kaalutlusruum ja seda olulisem on kohtulik kontroll. Ja ümberpöörduvalt: kui normatiivses küsimuses valitseb väga suur erimeelsus, annab see kaalu juurde seadusandja pädevusele, sest parlament on demokraatias peamine vaidluste pidamise koht. Seda vaatenurka peetakse väga oluliseks Ühendkuningriigi õiguskorras, kus kohtunikud on rõhutanud, et „sotsiaal- või majanduspoliitika küsimustes, mille puhul võivad demokraatlikus ühiskonnas arvamused mõistlikult

¹⁰⁰ EKo 23.09.2003, C-192/01, Euroopa Ühenduste Komisjon v. Taani Kuningriik, p 43. Vt P. P. Craig. EU Administrative Law. Oxford, New York 2006, lk 706; J. Gerards. Pluralism, Deference, and the Margin of Appreciation Doctrine. – European Law Journal 17/2011, lk 80, 96–97.

¹⁰¹ Kohtuotsus (viide 72), p 29[: „The more purely political [...] a question is, the more appropriate it will be for political resolution and the less likely it is to be an appropriate matter for judicial decision. The smaller, therefore, will be the potential role of the court. It is the function of political and not judicial bodies to resolve political questions. Conversely, the greater the legal content of any issue, the greater the potential role of the court, because under our constitution and subject to the sovereign power of Parliament it is the function of the courts and not of political bodies to resolve legal questions“ – *toim.*].

arvestades erineda ja mille puhul on õige jätta riigi kui terviku eest otsuste langetamine valitsusele ja seadusandjale“.¹⁰²

Teisest küljest ei tohi seadusandja varjuda lihtsalt oma eesõiguse taha teha otsuseid ebausaldusväärsete eeldustega olukordades, tuues ettekäändeks ebausaldusväärsete väite. Seetõttu on kohtud kohustatud vähemalt kontrollima, kas olukorras üldse esinevad ebausaldusväärsete eeldused, kas otsus rajaneb ratsionaalsetel põhjustel ja kas see tehti nõuetekohases menetluses.¹⁰³ Niisugune kohustus oli ilmne näiteks Lõuna-Aafrika Vabariigis toimunud juhtumi puhul, kus valitsus keeldus patsiendile võimaldamast HIV-infektsiooni ravimit nevirapiini põhjusel, et ravimi ohutus on küsitav. Kohtuasjas nõudis põhi-seaduskohus, et valitsus tõendaks seda, et mure ohutuse pärast põhines tõenditel ega olnud lihtsalt väljamõeldud ettekäanne.¹⁰⁴

Otsuse demokraatlik legitiimsus on kolmas tegur, mida tuleb arvestada pädevuse konkreetse kaalu määramisel.¹⁰⁵ Mida suurem on pädevuse demokraatlik legitiimsus, seda tähtsam see pädevus on. Demokraatlik legitiimsus esineb erineval määral.¹⁰⁶ Ühendkuningriigis on parlamendi demokraatlik legitiimsus see, mille pärast „kuuletatakse parlamendi õigusaktile ennemini kui täidesaatva võimu otsusele või alamalseisva organi meetmele“.¹⁰⁷

¹⁰² Samas, p 108[: „[...] matters of social or economic policy, where opinions may reasonably differ in a democratic society and where choices on behalf of the country as a whole are properly left to government and to the legislature“ – *toim.*]. Vt lisaks England and Wales Court of Appeal 27.04.2001, [2001] EWCA Civ 595 – Poplar Housing & Regeneration Community Association Ltd v. Donoghue, p 69 [arvutivõrgus: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2001/595.html>] (09.03.2025) – *tlk*].

¹⁰³ Kohtuotsus (viide 100), p 45–47; J. Gerards (viide 100), lk 96–97.

¹⁰⁴ Constitutional Court of South Africa (viide 94), p 57–67. Vt S. Fredman (viide 1), lk 118. Vt ka BVerfG 21.06.1977, 1 BvL 14/76 [E 45, 187, 237 j].

¹⁰⁵ A. Kavanagh (viide 93), lk 184; J. A. King (viide 93), lk 428–429. Ent demokraatliku legitiimsuse kui teguri hülgamise kohta vt J. Jowell. Judicial Deference: Servility, Civility or Institutional Capacity? – Public Law 2003, lk 592.

¹⁰⁶ Vt J. Rivers. Constitutional Rights and Statutory Limitations. – Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy. M. Klatt (toim.). Oxford, New York 2012, lk 254; A. D. P. Brady. Proportionality and Deference Under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach. Cambridge 2012, lk 107–113.

¹⁰⁷ Lord Justice Laws, 22.02.2002, [2003] QB 728 – International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department, p 83[: „[...] greater deference to an Act of Parliament than to a decision of the executive or subordinate measure“ – *toim.*]. Vt J. Rivers. Proportionality and Variable Intensity of Review. – The Cambridge Law Journal 65/2006, lk 174, 204.

Ent demokraatlik legitiimsus ei pruugi alati niisama lihtsalt tugevdada seadusandja pädevust põhiseaduskohtu pädevuse arvelt. Nagu Rosalind Dixon ja Sandra Fredman on osutanud, võivad ka kohtud täita funktsiooni, mis on demokraatlikult jätkusuutlik (*democratically sustainable*). Kohtulik kontroll võib „aidata vastu astuda olukordadele, kus poliitilises protsessis on tehtud kaasamis- või teavitusvigu“, mida Dixon nimetab „pimenurkadeks“ (*blind spots*) või „inertsuse hädadeks“ (*burdens of inertia*).¹⁰⁸ Niivõrd kuivõrd kohus täidab seda ülesannet, tugevdab demokraatliku legitiimsuse tegur kohtu kontrollipädevust. Ja ümberpöörduvalt tugevdab demokraatliku legitiimsuse tegur seadusandja otsustamispädevust ainult tingimusel, et seadusandlikus menetluses pimenurki ega inertsuse hädasid ei esine.

Näeme siin taas väga selgelt, et pädevuste tasakaal oleneb konkreetsetest asjaoludest, milleks antud juhul on enamusotsusel põhineva seadusandliku protsessi toimimine. Enamgi veel, sellest arutluskäigust ilmneb, et kohtuliku kontrolli vastu esitatud (eba)demokraatlikkuse vastuväide¹⁰⁹ on samuti hoopis määra küsimus ja selle veenvusjõud oleneb asjaoludest.

Et täpsemalt otsustada, millal demokraatliku legitiimsuse tegur toetab kohtute pädevust, võime kasutada demokraatia kolme „võtmeväärtust“ (*three key values*), mida rõhutab Fredman: nimelt aruandmiskohustust, osalemisõigust ja võrdsust.¹¹⁰ Selles artiklis kaitstav kaalumismudel sobib tegelikult päris hästi kokku Fredmani väitega, et „kohtute roll on seega legitiimne niivõrd kuivõrd kohtud suudavad iga eelneva väärtuse puhul abiks olla“.¹¹¹

Asjassepuutuvate materiaalsete printsiipide olulisus on järgmine tegur. Mida intensiivsemalt seadusandlik otsus riivab materiaalset printsiipi, näiteks mõnda inimõigust või kollektiivset hüve, seda vähem oluline on seadusandja pädevus langetada otsus autonoomselt ja seda olulisem on kohtu pädevus seda

¹⁰⁸ R. Dixon (viide 35), lk 394, 402[: „help counter failures of inclusiveness and responsiveness in the political process“ – *toim.*].

¹⁰⁹ J. Waldron. *Law and Disagreement*. Oxford 1999, lk 165–187.

¹¹⁰ S. Fredman (viide 1), lk 103–113.

¹¹¹ Samas, lk 103[: „The role of the courts is therefore legitimate to the extent that they can fulfil an auxiliary role in each of these respects“ – *toim.*]. Vt samuti Ely teooriat kohtuliku kontrolli funktsiooni kohta tugevdada demokraatlikku esindatust (*representation-reinforcing function*), J. H. Ely. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Massachusetts, 1980, lk 103.

otsust kontrollida.¹¹² Intensiivsus, millega seadusandlik otsus riivab materiaalselt printsiipi, vastab otseselt intensiivsusele, millega kohtuliku kontrolli käigus sekkutakse seadusandja pädevusse. Kui materiaalseid printsiipe üldse ei riivata, on seadusandja pädevuse olulisus väga suur ja kohtuliku kontrolli pädevuse olulisus üsna väike. Selle teguriga on nõustunud Saksa Liidukonstitutsiooni-kohus: „Seadusandjal on ka siis prognoosimis-, hindamis- ja kujundamiskaalutlusruum, kui ta on põhiseaduse järgi kohustatud võtma tõhusaid ja piisavaid meetmeid õigushübe kaitseks. Selle kaalutlusruumi ulatus sõltub mitmesugustest teguritest, iseäranis [...] kaalul olevate õigushüvede tähtsusest“.¹¹³

See on täielikus vastavuses Euroopa Inimõiguste Kohtu arvamusega, kes on öelnud järgmist: „Liikmesriikide ametivõimude otsustusruumi (*margin of appreciation*) ulatus sõltub [...] asjassepuutuva õiguse olemusest. [...] Vastava õiguse olulisust inimese jaoks tuleb arvesse võtta, kui otsustatakse valitsuse käsutuses oleva otsustusruumi ulatuse üle.“¹¹⁴

¹¹² Vt Human Rights Law and Practice. A. P. Lester, D. Pannick (toim.). 2. tr. London 2004, lk 97; E. Carolan. The New Separation of Powers: A Theory For the Modern State. Oxford 2009, lk 106–137; G. Pavlakos, J. Pauwelyn. Principled Monism and the Normative Conception of Coercion Under International Law. – Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections Between the EU and the Rest of the World. M. D. Evans, P. Koutrakos (toim.). Oxford 2011, lk 317, 323.

¹¹³ BVerfG 28.05.1993, 2 BvF 2/90 [E 88, 203, 262]: „Ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum kommt dem Gesetzgeber auch dann zu, wenn er [...] verfassungsrechtlich verpflichtet ist, wirksame und ausreichende Maßnahmen zum Schutz eines Rechtsguts zu ergreifen. Der Umfang dieses Spielraums hängt von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von [...] der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter“ – *toim.*. Vt samuti BVerfG 21.06.1977, 1 BvL 14/76 [E 45, 187 (237 j)] – *toim.* Vt ka US Supreme Court 01.06.1942, 316 U.S. 535 (541) – Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson [arvutivõrgus: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/535/> (09.03.2025) – *tlk*]; kohtuotsus (viide 86), viide 4.

¹¹⁴ EIKo 24.11.1986, 9063/80, Gillow v. Ühendkuningriik, p 55[: „The scope of the margin of appreciation enjoyed by the national authorities will depend [...] on the nature of the right involved. [...] The importance of such a right to the individual must be taken into account in determining the scope of the margin of appreciation allowed to the Government“ – *toim.*. Vt E. Brems. The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights. – Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht 56/1996, lk 240, 264.

Julian Rivers on seda tahku kirjeldanud järgmises reeglis: „Mida tõsisem on õiguste piirang, seda intensiivsem peaks olema kohtulik kontroll.“¹¹⁵

Materiaalsete printsiipide olulisuse tegur esineb näiteks Colombia Põhiseaduskohtu praktikas, kes rakendab rangemat kohtulikku kontrolli, kui kaalul oleva õiguse „normatiivne tähtsus“ (*normative importance*) on suur.¹¹⁶ Sama kehtib juhul, kui kaebaja on „nähtavalt haavatavas“ (*manifest vulnerability*) olukorras või kui küsimuse all olev õigus on väga tihedalt seotud põhiõigustega, nagu õigus elule, isikusfäärile või inimväärikusele.¹¹⁷

Ja lõpuks, Lordide Koja seisukoha järgi on rangem kohtulik kontroll omal kohal eriti selliste juhtumite puhul, kus kaalul on vähemuste kaitse demokraatliku enamuse eest: „Teisiti öeldes on kaalutlusotsuse puhul otsustusruum, mida kohtud võimaldavad täidesaatvale võimule ja parlamendile siis, kui küsimuse all on mainitud õigus, väiksem sellest, mis oleks kohane teistes olukordades [...]. Meil on tegemist ühiskonna kui terviku nimel toime pandud tegudega, mis mõjutavad üksikisiku õigusi ja vabadusi. Siin on kohtutel legitiimne sekkuda. [...] Tegemist on väga tähtsa tagatisega, kui tahta, et üksikisiku õigused ja vabadused oleksid kaitstud demokraatlikus ühiskonnas, mis austab printsiipi, et vähemustel – olgu nad kui tahes ebapopulaarsed – on samad õigused nagu enamusel.“¹¹⁸

Sellest vaatenurgast tuleb enne konfliktis olevate pädevuste konkreetse kaalu kindlaksmääramist selgitada välja, millega inimõiguste seisukohalt riskitakse. Ülesande lahendamisel võib meil olla abi Murray Wessoni sõnastatud

¹¹⁵ J. Rivers (viide 106), lk 252[: „The more serious a limitation of rights is, the more intense should be the review engaged in by the court“ – *toim.*]. Vt samuti R. Alexy (viide 64), lk 346; R. Alexy. *Thirteen Replies. – Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy.* G. Pavlakos (toim.). Oxford 2007, lk 333, 346; J. Gerards (viide 100), lk 91–92, 100–101.

¹¹⁶ K. G. Young (viide 1), lk 197, kus ta viitab R. M. Nunese artiklile (viide 40).

¹¹⁷ M. Sepúlveda. *Columbia: The Constitutional Court's Role in Addressing Social Injustice. – Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law.* M. Langford (toim.). Cambridge 2008, lk 144, 150, 152. Vt ka M. Wesson (viide 2), lk 242–243.

¹¹⁸ Kohtuotsus (viide 72), p 108[: „Put another way, the margin of the discretionary judgment that the courts will accord to the executive and to Parliament where this right is in issue is narrower than will be appropriate in other contexts. [...] We are dealing with actions taken on behalf of society as a whole which affect the rights and freedoms of the individual. This is where the courts may legitimately intervene. [...] It is an essential safeguard, if individual rights and freedoms are to be protected in a democratic society which respects the principle that minorities, however unpopular, have the same rights as the majority.“ – *toim.*].

kolmest aspektist. Väidan, et Wessoni kolme aspekti (kaebaja ebasoodus positsioon ühiskonnas, kaebaja vajaduste kiireloomulisus, sooritusõiguse ja teiste õiguste kokkupõrge) võib tõlgendada nii, et nende esinemine annab märku otsuse suuremast sisulisest tähtsusest ja suurendab seega kohtu kontrollipädevuse olulisust.¹¹⁹ Niisiis on neis olukordades eelduslikult õigustatud kohtuliku kontrolli suurem intensiivsus.

Viimane tegur, mida siin käsitlen, on eriline funktsioon, mida täidab asjassepuutuv pädevus kohtute ja seadusandjate vahelise tööjaotuse mõistlikus korralduses. Pädevuse kasutamise mitteväimaldamine või sellesse sekkumine on seda tõsisem, mida erilisem pädevusekandja funktsioon on häiritud. Näiteks kohtute eriline funktsioon mõista õigust ja läbi viia menetlust, kus inimesed saavad otsuste peale kaevata ja lasta oma õigusi puudutavaid küsimusi sisuliselt läbi vaadata, võib suurendada kohtu kontrollipädevust konkreetsetes asjas.¹²⁰ Muul juhul, näiteks siis, kui otsus puudutab riigikaitse küsimust, võib aga hoopis seadusandja pädevus olla kaalukam.¹²¹

Selles artiklis esitatava lähenemisviisi seisukohalt on äärmiselt tähtis see, et mitte ükski eespool käsitletud teguritest ei ole üksinda otsustava tähtsusega. Pigem on nii, et kõiki neid tuleb arvesse võtta selleks, et nõuetekohaselt määrata konfliktis olevate pädevuste kaal. Et on vaja hoolikat ja hästi arenenud kaalumismenetlust, ei anna artiklis väljapakutud mudel kiiret lahendust kohtuliku kontrollitavuse probleemile. Selle asemel demonstreerib mudel seda, kui keerukas peab olema arutluskäik, et rakendada kohtulikku kontrolli tasakaalustatud viisil. Kohtud peaksid palju rohkem pühendama oma energiat selle sõnaselgele õigustamisele, miks nad valisid kohtuasjas teatud kontrolli-intensiivsuse. Nad on küllalt harjunud õigustama oma otsuseid sellest vaatepunktist, kuidas materiaalsete printsiipide kaalumine on toimunud, ent enamik kohtuotsuseid ei sisalda läbipaistvat ja põhjalikku arutluskäiku selle kohta, millise tähtsuse kohus täpselt omistab omaenda kontrollipädevusele.

¹¹⁹ Vt M. Wesson (viide 2), lk 247–252.

¹²⁰ R. Dworkin. *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts 1985, ptk „Political Judges and the Rule of Law“.

¹²¹ Vt Lord Justice Laws, 22.02.2002, [2003] QB 728 – *International Transport Roth GmbH v. Secretary of State for the Home Department*, p 85: „Demokraatlikele organitele tuleb rohkem kuuletuda, kui kõnealune teema kuulub ennekõike nende põhiseaduslikku vastutusalasse, ja vähem, kui see kuulub eelkõige kohtute põhiseaduslikku vastutusalasse.“ („[G]reater deference will be due to the democratic powers where the subject-matter in hand is peculiarly within their constitutional responsibility, and less when it lies more particularly within the constitutional responsibility of the courts.“)

D. Paindlikkusest uuesti

Pädevuste konflikti lahendamisel kaitsesin juhtumitundlikku lähenemisviisi, mis võtab arvesse konkreetsete juhtumite asjaolusid. Võiks vastu väita, et see toob kaasa liigse paindlikkuse. Kui on raskesti ennustatav, kelle pädevus – asja läbivaatava kohtu või seadusandja oma – jääb konfliktis peale, siis võib see pädevuste ja formaalse õiguse aspektist ohtu seada õigusriigi printsiibi (*rule of law*). Täpselt samasuguse mõtte on välja käinud Mark Tushnet, vaieldes vastu nõrgale kohtulikule kontrollile, mis tema sõnutsi „võib praktikas osutuda ebastabiilseks“.¹²²

Ent pädevuste kaalumismudelil on kaks elementi, mis aitavad seda vastu väidet tõrjuda. Mõlemad näitavad, kuidas kohtuliku kontrolli paindliku kaalumismudeli puhul on võimalik teatav stabiilsuse määr. Esiteks ei määra põhiseaduslik kord pädevusi ainult juhtumipõhiselt. Pigem saab põhiseaduslikus korras vaadelda pädevussuhteid ka abstraktsemal tasandil.¹²³ Selleks võetakse peale pädevuste konkreetse kaalu arvesse ka pädevuste abstraktset kaalu. Formaalse printsiibi abstraktne kaal on kaal, mis printsiibil on kõrvutatuna teiste formaalsete printsiipidega, kuid lahus konkreetsetest juhtumitest. Materiaalsete printsiipide kaalumisel on teada, kuidas see üksikasjades toimub ja milline mõju võib olla sellel, kui mängu tuuakse abstraktsed kaalud.¹²⁴ Väidan, et need mehhanismid saab ka pädevuste kaalumismenetluse üle kanda.

Kui asi puudutab kohtulikku kontrolli, sobib pädevuste abstraktne kaal ideaalselt esindama abstraktsemaid erinevusi erinevate põhiseaduslike kordade vahel. Nii saaks seadusandja pädevusele omistada suurema abstraktse kaalu niisuguses õiguskorras, kus üldiselt omistatakse sellele põhiseaduskohtuga võrreldes suurem kaal, nagu näiteks Ühendkuningriigis. Ja ümberpöörduvalt: õiguskord, mille aluseks on kohtuliku kontrolli suurem tähtsus – näiteks olukorras, kus põhiseaduslik kord on üleminekufaasis väga sõltuv kohtute aktiivsusest –, võib anda suurema abstraktse kaalu kohtu kontrollipädevusele. Niisuguse olukorra näitena võib tuua Colombia põhiseadusliku korra ja autoritaarse režiimi järgsed põhiseadused, mis koostati Kesk- ja Põhja-Euroopas pärast kommunismi langust.¹²⁵ Ma ei taha sellega öelda, et riigivõimuharude

¹²² M. Tushnet (viide 48), lk 824[: „may be unstable in practice“ – *toim.*].

¹²³ Näide abstraktsest vaatenurgast on Youngi analüüs, mis keskendub kohtu rollile teatud põhiseaduslikus korras. Vt K. G. Young (viide 1), lk 133–166, 192–219.

¹²⁴ M. Klatt, M. Meister (viide 1), lk 26–42.

¹²⁵ K. G. Young (viide 1), lk 197; R. M. Nunes (viide 40); W. Sadurski 2010 (viide 34).

abstraktsed kaalud on alati erinevad. Näiteks väitis ülemkohtunik Gulmar Mendes Brasiilia põhiseadusliku korra kohta, et „demokraatlik seadusandja ja põhiseaduslikkuse järelevalve täidavad võrdselt olulisi rolle“.¹²⁶

Ent artiklis esitatava kaalumismudeli ja rangema, jäiga pädevuste järjestusega korralduse peamine vahe seisneb selles, et konfliktis olevatest pädevustest ühele või teisele suurema abstraktse kaalu andmine ei määra kohe ära kaalumismenetluse tulemust. Kaalumismenetluse tulemus sõltub siiski ka konkreetsetest kaaludest, mis tulenevad konkreetse juhtumi asjaoludest. Seega tekitab pädevuste abstraktsetele kaaludele eri väärtuste määramine ainult pädevuste *prima facie* tähtsusjärjestuse. *Prima facie* mõju võib siiski muutuda, kui pädevuste konkreetsete kaalud on vastava juhtumi puhul piisavalt olulised. Sellegipoolest saab erinevate kohtuliku kontrolli korralduste abstraktseid erinevusi sellisel moel välja selgitada. Abstraktne kaal võib teha selle võimalikuks, et pädevus läheb pädevuste kaalumismenetlusse juba võitu andva eelise (winning margin). Antud juhul on tähtis see, et võitu andev eelis toob mudelisse suurema püsivuse, vähendades nõnda kaalumismudeli tundlikkust konkreetse juhtumi suhtes.

Teine viis, kuidas tõrjuda liigselt paindlikkusel põhinevat vastuväidet, tuleneb Robert Alexy võistlevate printsiipide seadusest, mis on sõnastatud järgmiselt: „Asjaolud, mille korral üks printsiip jääb teise suhtes peale, on sellise reegli tingimusteks, mis näeb ette sama õigusjärelmi kui peale jääv printsiip.“¹²⁷

Nimetatud seadus sõnastati materiaalsete printsiipide tarvis, kuid seda saab kohaldada ka formaalsetele printsiipidele. Seegi mehhanism toob kohtuliku kontrolli süsteemi teatava hulga püsivust. Aja jooksul tekib kompleksne pretsedentide kaanon, mis muudab kohtute rakendatava kontrolli intensiivsuse mõnevõrra püsivamaks ja etteaimatavamaks, kuid väldib puhtalt reeglitel põhineva korra paindumatust. Nõndamoodi saavad kõige paremal viisil kombineeritud õiguskindlus ja etteaimatavus ning iga üksikjuhtumi asjaoludega arvestamine.

¹²⁶ G. F. Mendes (viide 34), lk 7[: „the democratic lawmaker and the constitutional jurisdiction play equally relevant roles“ – *toim.*].

¹²⁷ R. Alexy (viide 17), lk 54[: „The circumstances under which one principle takes precedence over another constitute the conditions of a rule which has the same legal consequences as the principle taking precedence“ – *toim.*].

E. Välistatud kaalutlused (*excluded reasons*)

Veel ühe võimaliku kohtuliku kontrolli kaalumismudeli vastu esitatava väite aluseks on välistatud kaalutluste mõiste. Jeremy Waldron väidab, et kohtulik kontroll on illegitiimne, sest see kontroll on demokraatia vaates illegitiimne. Tema meelest annab mudel eelisseisundi „enamushääletusele, mis korraldatakse mittevallitud ja mittearuandekohustuslike kohtunike hulgas, see võtab hääle tava-kodanikelt ning heidab kõrvale kõrgelt hinnatud esindatuse ja poliitilise võrdsuse printsiibid“.¹²⁸ Waldron käsitab demokraatlikku legitiimsust kaitstud (*protected*) või välistatud kaalutlusena. Sellepärast ei tohiks demokraatlikku legitiimsust seada kaalukausile koos temaga konfliktis olevate kaalutlustega, nagu näiteks kohtuliku kontrolli tulemus või teadmuslik usaldusväärsus.¹²⁹ Jeremy Waldron väidab, et demokraatlik legitiimsus on teist järku kaalutlus (*second-order reason*), mis üleüldse välistab esimest järku kaalutluste (*first-order reasons*) kasutamise.¹³⁰

Käesolevas artiklis kaitstav kohtuliku kontrolli kaalumismudel võiks olla rünnatav selle vastuväitega. Vastuväite tõrjumiseks ei piisa sellest, kui öelda, et mudelis ei seata ju teadmuslikke kaalutlusi ja demokraatlikku legitiimsust kaalukausile otseselt teineteise vastu, sest mõlemad lihtsalt toimivad teguritena kollideeruvate pädevuste konkreetsete kaalude määramisel ning kaalukausile asetatakse üksnes pädevused. Vastuväites võiks ju veel öelda, et välistatud kaalutluse ja demokraatliku legitiimsuse vahel toimub midagi kaudselt kaalumise laadset.

Ent nimetatud vastuväide on ebamõistlik kolmel põhjusel. Esiteks ei sobi vastuväide kokku üldise ratsionaalse diskursuse põhipostulaadiga, et arvesse tuleb võtta kõiki olulisi tahke.¹³¹ Waldroni arutluskäik jätab kõrvale kõik muud pädevuse tahud peale demokraatliku legitiimsuse. Tal tuleks näidata, et välistatud kaalutlused ei lähe konfliktis olevate printsiipide kaalu määramisel arvesse, s.t need kaalutlused ei ole asjakohased. See asetab talle väga kõrge argumenteerimiskoormuse. Kas võime tõesti öelda näiteks seda, et seadusandja otsuse kvaliteet ei oma mingit mõju seadusandja pädevusele antud küsimuses vabalt otsustada?

¹²⁸ J. Waldron (viide 20), lk 1353[: „[...] majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality“ – *toim.*].

¹²⁹ J. Waldron (viide 109), lk 249.

¹³⁰ Vt D. Enoch. Taking Disagreement Seriously: On Jeremy Waldron's „Law and Disagreement“. – The Israel Law Review 39/2006, lk 22, 25.

¹³¹ Vt R. Alexy (viide 84), lk 250.

Teiseks ei ole seadusandja pädevust tarvis kaitsta välistatud kaalutlustega. On kõigest kaks võimalust: kas seadusandja pädevusel on suurem kaal kui kaalutlustel, mis räägivad teatud juhtumil kohtuliku kontrolli kasuks, või vastupidi. Esimesel juhul saaks seadusandja pädevus vastava kaalu kaalumismenetluses ja jääks peale. Lisaksin, et kaalumismudeli raames võib mõnes õigussüsteemis olla koguni nii, et seadusandja pädevus on „nii suure kaaluga, et muud kaalutlused kaaluvad selle üksnes harva üles“.¹³²

Teise variandi puhul on kohtu pädevusel juba määratluse poolest suurem konkreetne kaal kui seadusandja pädevusel. Välistatud kaalutluste arutluskäigust juhindumine tähendaks sel juhul aga ikkagi, et hoopis seadusandja pädevus peab peale jääma. See näib väga suure argumenteerimiskoormusena. Kuidas saab väita, et seadusandja pädevus peab peale jääma hoolimata sellest, et kohtu pädevusel on vastavas asjas suurem konkreetne kaal? Nii saab alla-joonitud see, et Waldron on sunnitud oma arutluskäigus ütleva, et seadusandja peab alati peale jääma, olgu konkreetse juhtumi konkreetset asjaolud millised tahes.¹³³ Sisuliselt pooldab Waldron sellega kollideerivate pädevuste korral ühe tingimusteta eelistamist (*unconditional preference relation*). Minu meelest lahendatakse asja siin liiga üldisel tasandil. Kui eeldada, et kohtulik kontroll on ainus viis ära hoida põhiõiguste väga tõsiseid rikkumisi, kas seda ei peaks siis tohtima kuidagi kohtuliku kontrolli õigustamiseks arvesse võtta?¹³⁴

Välistatud kaalutluste arutluskäigu pooldajale võiks pääseteeks tupikust olla lihtsalt see, et ta määratleb põhiõiguste nõuded nii, nagu need on parlamendi enamuse meelest, kuid see on ohtlik tee. Teiseks väljapääsuks võiks olla väide, et teatud kaalutlused suurendavad seadusandja pädevuse kaalu ja vähendavad kohtu pädevuse kaalu. Ent nii jõuaksime tagasi esimese variandi juurde ja siis ei ole vahet, kas tegemist on kaalumismudeliga või Waldroni käsitusega, sest esimese variandi korral eelistaks ka kaalumismudel seadusandjat.

Järeldan, et iga kaalutlust, mis võiks õigustada seadusandja pädevuse eelistamist, võib sellele kohase kaaluga ikkagi kaalumismudelil kasutada. Välistatud kaalutluste seletusele tuginemine tähendaks siiski seda, et seadusandja pädevuse eelisasend lahutatakse eelistamist õigustavatest (ning ka sellele

¹³² D. Enoch (viide 130), lk 26, viide 11[: „[...] so strong that only rarely do other considerations outweigh it“ – *toim.*].

¹³³ A. Kavanagh. Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron. – *Law and Philosophy* 22/2003, lk 451, 460–465.

¹³⁴ Vt D. Enoch (viide 130), lk 26.

vastu rääkivatest) kaalutlustest, ning kui tahta, et õiguslik argumenteerimine jääks ratsionaalseks tegevuseks, siis ei tundu neid lahutav välistatud kaalutluste seletus kuigi ahvatlev.¹³⁵

Kolmandaks on ka Waldron ise loobunud oma välistatud kaalutluste seisukohast. Nimelt möönab ta ühes hilisemas artiklis, et tema arutluskäik ei ole absoluutne ega tingimusteta ja et võib esineda olukordi, mille korral võib demokraatliku legitiimsuse seada kaalukausile muude kaalutluste vastu.¹³⁶ Ma ei hakka neid tingimusi ja olukordi siin arutama. Artikli seisukohalt piisab, kui ütlen, et demokraatliku legitiimsuse eelisasendi seadmine asjaoludest sõltuvusse võrdub pigem kaalumismudeli, mitte välistatud kaalutluste seletuse omaksvõtuga.

V. Kohtuasjade analüüs

Artikli järelejäanud osas selgitan, kuidas artiklis kaitstav teooria toimib, kui seda kohaldada konkreetsetele juhtumitele. Suunan oma tähelepanu inimväärsse elatusmiinimumi õigusele Saksa Liidukonstitutsioonikohtu praktikas. Ennekõike viitan kahele kõige hiljutisemale kohtuotsusele, kus küsimus oli selles, kas toetused, mida maksti varjupaigataotlejate toetuste seaduse¹³⁷ alusel ja nn Hartz IV seaduse¹³⁸ alusel, et tagada toetuse saajale elatusvahendid, olid põhiseadusega kooskõlas.

Mõlemad kohtuotsused on näidisjuhtumid, milles ilmneb Liidukonstitutsioonikohtu paindlik hoiak omaenda pädevuse ulatuse suhtes teostada seaduste kohtulikku kontrolli. Liidukonstitutsioonikohus rakendas otsustes seadusandjale kuuletumise diferentseeritud määra – ühelt poolt seoses elatussummade baastasemetega ja teiselt poolt seoses arvutusmeetodite ja -menetlusega.

¹³⁵ Välistatud kaalutluste arutluskäigule vastu astumiseks on tegelikult olemas keerukam mõttekäik, mis kasutab peale pädevuste konkreetsete kaalude ka pädevuste abstraktseid kaale. Artikli mahust tingitud põhjustel ei käsitle ma seda siinkohal üksikasjalikumalt.

¹³⁶ J. Waldron (viide 20), lk 1359–1369, 1401–1406.

¹³⁷ BVerfG 18.07.2012, 1 BvL 10/10 (E 132, 134), ingliskeelne tõlge arvutivõrgus: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/_ls20120718_1bv1001010en.html (09.03.2025).

¹³⁸ BVerfG 09.02.2010, 1 BvL 1/09 (E 125, 175), ingliskeelne tõlge arvutivõrgus: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/_ls20100209_1bv1000109en.html (09.03.2025).

Kui arutati täpse summa kindlaksmääramist, näitas Liidukonstitutsiooni kohus üles suurt kuuletumise määra seadusandja pädevuse suhtes. Kohus rakendas väikese intensiivsusega kontrolli, mille ta nimetas „ilmse eksimuse kontrolliks“.¹³⁹ Kohus iseloomustas selle kontrolli intensiivsust veel sõnadega „piiratud“¹⁴⁰ ja „tagasihoidlik“¹⁴¹. Nõnda „piirdub tulemust puudutav sisuline kontroll sellega, kas toetused on ilmselgelt ebapiisavad või mitte“¹⁴². Nimetatule vastupidiselt on kohus valmis rangemalt kontrollima menetlust ja meetodeid, mida seadusandja kasutab elatussummade täpse suuruse kindlaksmääramisel. Kohus kontrollib seda, „kas [...] [seadusandja] on valinud niisuguse arvutusviisi, mis on põhimõtteliselt sobilik elatusmiinimumi hindamiseks, kas [...] ta on täielikult ja paikapidavalt välja selgitanud vajalikud asjaolud ning lõpuks, kas ta on jäänud valitud menetluses ja selle struktuuriprintsiipide raames kõigis arvutuskäikudes koos arusaadavate arvandmetega õigustatavatesse piiridesse“.¹⁴³

Sooviksin rõhutada, et kontrolli intensiivsuse nimetatud erinevust on võimalik õigustada kahe printsiibiga, mida kaitsesin eespool. Esiteks, kontrolli intensiivsusestmete eristamine osutab sellele, et seadusandja ja põhiseaduskohtu pädevuste konflikti võib lahendada erinevate normatiivsete ja faktiliste asjaolude esinemisel erinevalt. Äsjaviidatud kohtuasjas hindas Liidukonstitutsioonikohus seadusandja otsuse tulemuste puhul seadusandja pädevuse kaalukust suuremaks, mistõttu kohus teostas ainult väikese intensiivsusega kontrolli. Sellele vastupidiselt omistas Liidukonstitutsioonikohus meetodite

¹³⁹ Kohtuotsus (viide 137), p 79[: „review of evident failure“ / „Evidenzkontrolle“ – *toim.*].

¹⁴⁰ Samas, p 77[: „restrained review“ / „zurückhaltende Kontrolle“ – *toim.*].

¹⁴¹ Kohtuotsus (viide 138), p 141[: „reserved review“ / „zurückhaltende Kontrolle“ – *toim.*].

¹⁴² Samas[: „material review as regards the result is restricted to whether the benefits are evidently insufficient“ / „beschränkt sich – bezogen auf das Ergebnis – die materielle Kontrolle darauf, ob die Leistungen evident unzureichend sind“ – *toim.*].

¹⁴³ Samas, p 143[: „whether [...] [the legislature] has selected a calculation procedure that is fundamentally suited to an assessment of the subsistence minimum, whether [...] it has completely and correctly ascertained the necessary facts and, finally, whether it kept within the bounds of what is justifiable in all calculation steps with a comprehensible set of figures within this selected procedure and its structural principles“ / „ob [der Gesetzgeber] [...] ein zur Bemessung des Existenzminimums im Grundsatz taugliches Berechnungsverfahren gewählt hat, ob er die erforderlichen Tatsachen [...] vollständig und zutreffend ermittelt und schließlich, ob er sich in allen Berechnungsschritten mit einem nachvollziehbaren Zahlenwerk innerhalb dieses gewählten Verfahrens und dessen Strukturprinzipien im Rahmen des Vertretbaren bewegt hat.“ – *toim.*].

ja menetluse puhul suurema kaalukuse enda pädevusele, mille tagajärjeks oli selgelt eristuv, mõõduka intensiivsusega kohtulik kontroll.

Teiseks, arvestades eespool visandatud tegureid, võib seadusandja pädevuse suuremat kaalu otsuse tulemuse puhul õigustada, tuginedes teadmuslikule ebausaldusväärsele elatussummade täpse suuruse määramisel. Elatussummade kindlaksmääramine eeldab erialaseid teadmisi ning teatud olude ja perioodi elukalliduse kohta empiiriliste andmete kogumist ja töötlemist. Kontrolli teostaval kohtul ei ole seda asjatundlikkust, ent demokraatlikult valitud parlamendi käsutuses on selleks vajalik haldusaparaat. Ebausaldusväärsete algandmetega olukordades on seadusandja see, kes vastutab ebausaldusväärse minimeerimise eest ja kes peab langetama otsuse vaatamata mistahes määramatusele. Kõik see on selgelt Liidukonstitutsioonikohtu otsuses välja toodud: „Selle nõude ulatust ei saa vajaduste liikide ega nende rahuldamiseks vajalike ressursside puhul otseselt põhiseadusest tuletada [...]. Nõude ulatus oleneb ühiskonna tõekspidamistest, mida on tarvis inimväärikaks eksistentsiks, sellest, milline on abivajava inimese konkreetne olukord ning millised on vastavad majanduslikud ja tehnilised olud; ning nõude ulatuse määrab konkreetselt kindlaks seadusandja eelnevat arvestades [...]“.¹⁴⁴

Peale selle juhtis Liidukonstitutsioonikohus tähelepanu väärtushinnanguitele, mida tuleb anda elatussummade kindlaksmääramisel: „Selleks vajalikud väärtushinnangud on parlamentaarse seadusandja asi.“¹⁴⁵

Väärtushinnangud osutavad normatiiv-teadmuslikule määramatusele, mis teadmusliku ebausaldusväärse teguri järgi laiendab seadusandja, mitte kohtu pädevust.

¹⁴⁴ Samas, p 138[: „[...] the scope of this claim in terms of the types of needs and of the means necessary therefor cannot be directly derived from the constitution [...]. It depends on society's views of what is necessary for an existence that is in line with human dignity, and on the concrete circumstances of the person in need of assistance, as well as on the respective economic and technical circumstances, and is to be specifically determined by the legislature in accordance with them“ / „Der Umfang dieses Anspruchs kann im Hinblick auf die Arten des Bedarfs und die dafür erforderlichen Mittel [...] nicht unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet werden [...]. Er hängt von den gesellschaftlichen Anschauungen über das für ein menschenwürdiges Dasein Erforderliche, der konkreten Lebenssituation des Hilfebedürftigen sowie den jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten ab und ist danach vom Gesetzgeber konkret zu bestimmen [...]“ – *toim.*]. Vt ka kohtuotsus (viide 137), p 66.

¹⁴⁵ Kohtuotsus (viide 138), p 138[: „The valuations which are necessary here are a matter for the parliamentary legislature.“ / „Die hierbei erforderlichen Wertungen kommen dem parlamentarischen Gesetzgeber zu.“ – *toim.*]. Vt ka kohtuotsus (viide 137), p 67.

Samas ei suurenda materiaalsete printsiipide tegur piisavalt kohtu kontrollipädevuse kaalu, sest kui küsimus on ainult elatussumma suuruse üksikasjalikus kindlaksmääramises, on vähemalt mingil määral tagatud ka materiaalõiguse kaitse. Palju sõltub konkreetsetest asjaoludest. Mida väiksema elatussumma on seadusandja määranud, seda enam laiendab materiaalsete printsiipide tegur kohtu kontrollipädevust. Lõpuks, kui arvestada esmaotsuse kvaliteedi tegurit, siis see ei saa definitsiooni järgi laiendada kohtu pädevust tulemuse kontrollimisel vastandina menetluse kontrollimisele seadusandliku elatusmiinimumi puudutava otsuse puhul.

Kui need kaalutlused kogumis õigustavad – kuivõrd küsimus on elatusmiinimumi üksikasjalikus kindlaksmääramises – seadusandja pädevusele võrreldes põhiseaduskohtu kontrollipädevusega suurema kaalu omistamist, järeldeb sellest, et väikese intensiivsusega kontroll „ilmse eksimuse kontrollina“ on tõepoolest õigustatud.

Väärrib siiski märkimist, et ilmse eksimuse kontroll ei ole sama mis täielik kontrolli puudumine, nagu mõned kriitikud sooviksid väita. Näiteks rõhutab Liidukonstitutsioonikohus, et seadusandjal on kaalutlusruum valiku teostamisel, milliseid konkreetseid meetmeid rakendada elatusmiinimumi tagamiseks: „Kas elatusmiinimum tagatakse raha, asjade või teenuste abil, on põhimõtteliselt seadusandja otsustada.“¹⁴⁶

Ent seadusandja meetmete valiku kaalutlusruumil¹⁴⁷ – ja see on siinkohal oluline – on piirid, millest kinnipidamist kontrollib Liidukonstitutsioonikohus. Kaalutlusruum ei luba seadusandjal sätestada elatusmiinimumi seadusest alamal seisvas õigusaktis, vaid elatusmiinimum tuleb sätestada „parlamendi-seaduses, milles on isikule ette nähtud konkreetne sooritusnõue pädeva elatis-kohustusliku institutsiooni vastu“.¹⁴⁸ Meetmete valiku kaalutlusruumi piir on seletatav kaalul olevate materiaalsete printsiipide olulisusega, mis on ka kohtu-otsuses selgelt välja toodud. Materiaalsete printsiipide tegur aitab seletada ka

¹⁴⁶ Kohtuotsus (viide 137), p 67[: „Whether it guarantees the minimum existence through benefits in cash, kind or services, is in principle subject to the legislature’s discretion.“ / „Ob er das Existenzminimum durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen sichert, bleibt grundsätzlich ihm überlassen.“ – *toim.*].

¹⁴⁷ Ainult sooritusõiguste puhul esineva vahendite valikut puudutava kaalutlusruumi kui erilise otsustusruumi kohta vt M. Klatt (viide 6), lk 715–717.

¹⁴⁸ Kohtuotsus (viide 138), p 136[: „parliamentary statute which contains a concrete benefit claim on the part of the citizen towards the competent benefit institution“ / „durch ein Parlamentsgesetz [...], das einen konkreten Leistungsanspruch des Bürgers gegenüber dem zuständigen Leistungsträger enthält“ – *toim.*]. Vt ka kohtuotsus (viide 137), p 65.

seda, et seadusandja pädevus teha elatussummade suurust puudutavaid otsuseid aheneb, kui kaalul on inimese füüsiline eksistents, mitte tema ühiskondliku elu tahud laiemalt: „Kujundamisruum [...] on erineva ulatusega: see on ahtam, kui seadusandja konkretiseerib seda, mis on vajalik inimese füüsilise eksistentsi tagamiseks, ja avaram, kui küsimuse all on ühiskondlikust elust osasaamise võimaluste laad ja ulatus.“¹⁴⁹

Et inimväärse elatusmiinimumi õiguse olulisus on suurem siis, kui küsimuse all on inimese füüsiline eksistents, mitte tema võimalused saada osa ühiskondlikust elust, avaldab materiaalsete printsiipide tegur seadusandja otsustuspädevuse kaalule neil juhtumitel erinevat mõju, tingides sellega seadusandja kaalutlusruumi erineva ulatuse. Teisisõnu on põhiseaduskohtu kontrolli-pädevuse olulisus suurem, kui küsimuse all on inimese füüsiline eksistents.

Seda, et isegi ilmseid eksimusi otsiv, väikese intensiivsusega kontroll võib mõjutada kohtuasja tulemust, näitab teine Liidukonstitutsioonikohtu otsus, kus küsimus seisnes varjupaigataotlejate toetuste seaduse alusel makstavates rahalistes toetustes. Nimetatud kohtuasjas tuvastas Liidukonstitutsioonikohus ilmse vea ja tunnistas sellele tuginedes toetused põhiseadusega vastuolus olevaks. Rahalised toetused oli „ilmselgelt ebapiisavad“, sest neid ei olnud 1993. aastast saati kordagi muudetud, „hoolimata sellest, et hinnad olid arvestaval määral tõusnud“¹⁵⁰. Lisaks olid varjupaigataotlejatele makstavad toetused võrreldes üldise sotsiaalhoolekandeõiguse alusel makstavate toetustega tuntavad 35% madalamad. Seetõttu kehtestas Liidukonstitutsioonikohus oma otsuses üleminekureegli, selle asemel et jätta põhiseadusega vastuolus olevad reeglid jõusse seni, kuni seadusandja vea parandab. Viimast lahendust oli Liidukonstitutsioonikohus eelistanud eespool mainitud elatusmiinimumi-otsuses: „Seadusandja kaalutlusruumi tõttu puudub Liidukonstitutsioonikohtul pädevus määrata enda prognooside ja väärtushinnangute alusel toetuse kindel

¹⁴⁹ Kohtuotsus (viide 138), p 138[: „This margin [...] differs in its scope: It is narrower insofar as the legislature lends concrete form to what is needed to ensure a person's physical existence, and broader when it comes to the nature and scope of the possibility to participate in social life.“ / „Gestaltungsspielraum [...] ist [...] von unterschiedlicher Weite: Er ist enger, soweit der Gesetzgeber das zur Sicherung der physischen Existenz eines Menschen Notwendige konkretisiert, und weiter, wo es um Art und Umfang der Möglichkeit zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geht.“ – *toim.*].

¹⁵⁰ Kohtuotsus (viide 137), p 81–89[: „evidently insufficient [...] despite considerable price increases“ / „evident unzureichend [...] trotz erheblicher Preissteigerungen“ – *toim.*].

suurus. Seetõttu jäävad põhiseadusega vastuolus olevad sätted seni kohaldatavaks, kuni seadusandja on kehtestanud uued sätted.¹⁵¹

Seevastu varjupaigataotlejate toetuse kohtuasjas asus Liidukonstitutsiooni kohus seisukohale, et kohus peab ette nägema üleminekureegli, „sest baastoetused on eksistentsi tagava tähendusega“.¹⁵² Kui kohus kehtestab üleminekureegli, siis sekkub ta sellega seadusandja pädevusse palju ulatuslikumalt kui juhul, mil kohus küll kuulutab sätte põhiseadusega vastuolus olevaks, kuid mitte kehtetuks, ja annab seadusandjale tähtaja, mille jooksul tuleb seadust muuta. Kuid erinevaid õiguslikke tagajärgi saab õigustada materiaalsete printsiipide teguriga, sest varjupaigataotlejate toetuse kohtuasjas oli materiaalsete printsiipide olulisus sedavõrd suur, et neil oli vahetu „eksistentsi tagav tähendus“. Materiaalsete printsiipide suur olulisus kaalus selles kohtuasjas üles seadusandja pädevust toetava demokraatliku legitiimsuse teguri ja teadmusliku ebausaldusvärsuse teguri ning võimaldas kohtul ulatuslikumalt sekkuda seadusandja pädevusse.

Seni olen arutlenud selle üle, milline on Liidukonstitutsioonikohtu kontrolli intensiivsus elatussumma suuruse kindlaksmääramisel. Järgmisena keskendun menetlusele ja meetoditele, mida seadusandja kasutab elatussummade kindlaksmääramisel. Menetluse ja meetodite puhul rakendab Liidukonstitutsioonikohus suurema intensiivsusega kontrolli. Kontrolli suurem intensiivsus ilmneb seadusandlikule menetlusele kohtu poolt kehtestatud standardite üksikasjalikkuses. Näiteks nõuab Liidukonstitutsioonikohus, et elatusmiinimumi seadusandlik kindlaksmääramine peab toimuma „järjekindlalt, sisult läbipaistvas ja asjakohases menetluses vastavalt tegelikele ja

¹⁵¹ Kohtuotsus (viide 138), p 212[: „Because of the legislature’s discretion regarding its scope for action, the Federal Constitutional Court is not empowered to determine a specific amount of benefit on its own on the basis of its own assessments and evaluations. The unconstitutional provisions hence remain applicable until new provisions are adopted by the legislature.“ / „Wegen des gesetzgeberischen Gestaltungsermessens ist das Bundesverfassungsgericht nicht befugt, aufgrund eigener Einschätzungen und Wertungen gestaltend selbst einen bestimmten Leistungsbetrag festzusetzen. Die verfassungswidrigen Normen bleiben daher bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber weiterhin anwendbar.“ – *toim.*]. Vt K. G. Young (viide 1), lk 186.

¹⁵² Kohtuotsus (viide 137), p 99[: „because of the existential significance of basic benefits“ / „angesichts der existenzsichernden Bedeutung der Grundleistungen“ – *toim.*].

igakordselt aktuaalsetele vajadustele, s.t olema kooskõlas tegelikkusega”.¹⁵³ Seadusandja on kohustatud „käsitlema ühiskondlikku tegelikkust nüüdisajale kohasel ja realistlikul viisil”.¹⁵⁴ Kohustuse täitmiseks peab seadusandja elatusmiinimumi pidevalt üle vaatama ja täpsustama.¹⁵⁵ Ta peab ühtlasi „avalikustama arusaadavalt seadusandlikus menetluses kasutatavad meetodid ja arvutused”.¹⁵⁶ Varjupaigataotlejate toetuse kohtuasjas viis Liidukonstitutsioonikohus selles osas läbi väga üksikasjaliku ja põhjaliku kontrolli.¹⁵⁷ Kõik eelnev annab tunnistust sellest, et menetluse ja meetodite puhul on kontrolli intensiivsus suurem.

Ka tegurid ise võivad õigustada kontrolli suuremat intensiivsust. Liidukonstitutsioonikohus õigustab sõnaselgelt summade kindlaksmääramisele kehtestatavaid standardeid asjassepuutuvate materiaalsete printsiipide kaaluga. Seadusandja peab pidevalt elatussummasid üle vaatama, „sest” sisulist õigust inimväärikale elatusmiinimumile saab rahuldada üksnes ajahetkel, mil elementaarne vajadus tekib.¹⁵⁸ Kohus rajab oma arutluskäigu ühtlasi *Grundgesetz*’i artikli 20 lõikes 1 sätestatud sotsiaalse riigi printsiibile.¹⁵⁹ Pealegi on kohtuasjas küsimuse all oleva materiaalse printsiibi abstraktne kaal see, mis on Liidukonstitutsioonikohtu kontrollipädevuse suurema kaalu seisukohalt oluline.¹⁶⁰

Ma osutan siin sellele, et materiaalsete printsiipide olulisus õigustab kontrolli suuremat intensiivsust. Samas ei suurenda demokraatliku legitiimsuse tegur, mis laiendas seadusandja pädevust summade üksikasjalikul kindlaksmääramisel, seadusandja pädevust menetluse ja meetodite puhul. Seda

¹⁵³ Samas, p 69[: „consistently in a proper procedure that is transparent in terms of its content, and based on real and actual needs, thus measured realistically“ / „folgerichtig in einem inhaltlich transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen und jeweils aktuellen Bedarf, also realitätsgerecht bemessen“ – *toim.*].

¹⁵⁴ Kohtuotsus (viide 138), p 138[: „to cover social reality in a manner that is appropriate to the present day and realistic“ / „die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht [...] zu erfassen“ – *toim.*].

¹⁵⁵ Samas, p 140.

¹⁵⁶ Samas, p 144[: „to disclose the methods and calculations used [...] in the legislative procedure“ / „die [...] im Gesetzgebungsverfahren eingesetzten Methoden und Berechnungsschritte nachvollziehbar offenzulegen“ – *toim.*].

¹⁵⁷ Kohtuotsus (viide 137), p 90–96.

¹⁵⁸ Kohtuotsus (viide 138), p 140. Vt samuti kohtuotsus (viide 137), p 72.

¹⁵⁹ Kohtuotsus (viide 138), p 138.

¹⁶⁰ Samas, p 142[: „põhiõiguse tähtsus“ („significance of the fundamental right“ / „Bedeutung des Grundrechts“)].

sellepärast, et demokraatia printsiip ei kohusta andma seadusandjale sellist pädevust, mis võimaldaks tal rajada oma otsused ebausaldusväärsetele empiirilistele allikatele või teha neid ebajärjekindlaid meetodeid kasutades.

Liiatigi on nii, et isegi kui teadmusliku ebausaldusväärse tegur kõneleb tulemuse üle otsustamisel seadusandja kaalutlusruumi kasuks, ei õigusta see samasugust kaalutlusruumi meetodite ja menetluse puhul. Vastupidi: kuna teadmus inimväärika elatusmiinimumi tagamiseks vajaliku summa suuruse kohta on ebausaldusväärne, on soovitatav, et kohus kehtestaks seadusandjale summa kindlaksmääramiseks protseduurilised ja meetodilised nõuded.

Lõpetuseks soovin rõhutada, et kaks erineva intensiivsusega kontrolli ei ole täiesti eraldiseisvad. Pigem on nad teineteisest sõltuvad. Selle aktsepteerimine, et seadusandjal on summade üksikasjalikul kindlaksmääramisel kaalutlusruum, sõltub teatud määral rangemast meetodite ja menetluse kohtulikust kontrollist. Seost saab seletada esmaotsuse kvaliteedi teguriga. Tegur võib suurendada seadusandja pädevust tulemuse puhul üksnes juhul, kui seadusandja otsus on kvaliteetne. Kvaliteet sõltub omakorda asjaolust, kas on järgitud ratsionaalset menetlust ja meetodeid. Võib eeldada, et Liidukonstitutsioonikohus pidas silmas nimetatud seost, kui ütles: „Põhiõiguse kaitse laieneb ka elatusmiinimumi väljaselgitamise menetlusele, sest tulemuse kontroll on selle põhiõiguse alusel võimalik üksnes piiratud ulatuses.“¹⁶¹

Eelnevast järeldub, et Liidukonstitutsioonikohtu kontrollipädevusel on suurem kaal kui seadusandja otsustamispädevusel sel juhul, kui küsimuse all on menetlus ja meetodid, mille järgi tuleb kindlaks määrata elatusmiinimumi summad. Ja vastupidi: mis puutub summade kindlaksmääramisse, on kollideerivate pädevuste eelistussuhe ümberpööratud, õigustades üksnes kohtu väikese intensiivsusega kontrolli.

Kokkuvõtteks olen näidanud, et kohtuliku kontrolli intensiivsuse paindlik kasutamine Liidukonstitutsioonikohtu poolt järelevalve teostamisel elatusmiinimumi summade seadusandliku kindlaksmääramise üle on õigustatav teguritega, mis määravad kindlaks kollideerivate pädevuste kaalukused.

¹⁶¹ Samas: „The protection of the fundamental right therefore also covers the procedure to ascertain the subsistence minimum because a review of results can only be carried out to a restricted degree by the standard of this fundamental right.“ / „Der Grundrechtsschutz erstreckt sich auch deshalb auf das Verfahren zur Ermittlung des Existenzminimums, weil eine Ergebniskontrolle am Maßstab dieses Grundrechts nur begrenzt möglich ist.“ – *toim.*].

VI. Järeldused

Kohtuliku kontrollitavuse probleem on üks põhilistest vastuväidetest sooritusõiguste tunnustamise vastu. Artiklis esitatud arutluskäigust nähtub, et vastuväites aetakse segi kontrolli õigustamise probleem ja kontrollipädevuse probleem. Pädevuse probleem ei ole kõik-või-mitte-midagi-küsimus, vaid määra küsimus. Artiklis on selgitatud kaalutud kohtuliku kontrolli ideed Katharine Youngi väljaarendatud kohtuliku kontrolli taksonoomia järgi. Selle kohaselt on kolm seadusandjale kuuletumise määra ja eesmärk on määrata kohtuliku kontrolli õige intensiivsus skaalal, kus skaala otstes on ülemäärane kontroll ja ebapiisav kontroll. Kohtuliku kontrolli probleemi võib rekonstrueerida pädevuste konfliktina, mis tuleb lahendada kaalumise teel. Pädevuste kaalumise käiku seletasin formaalsete printsiipide teooria abil. Konfliktis olevate printsiipide kaalude määramisel kasutatakse mitmesuguseid tegureid. Nende tegurite hulka kuuluvad esmaotsuse kvaliteet, kasutatud lähtekohtade ehk eelduste teadmuslik usaldusväärsus, demokraatlik legitiimsus, asjassepuutuvad materiaalsed printsiibid ja asjassepuutuvate pädevuste eriline funktsioon.

Artiklis kaitstava seisukoha järgi ei tohi kohtuliku kontrolli intensiivsust määrata abstraktselt. Nagu nähtus Saksa Liidukonstitutsioonikohtu kohtuasjade analüüsist, peaks kohtu käsutuses olema alati hoopis terve spekter erinevaid kontrolliintensiivsusi. Kohtutel on kohustus konkreetse juhtumi asjaolusid arvesse võttes määrata kolmeastmelisel kerge-mõõdukas-raske-skaalal kindlaks õige kontrolliintensiivsus ja seda valikut õigustada. Juhtumikeskset kohtuliku kontrolli mudelit liigse paindlikkuse süüdistus ei kahjusta, sest mõned stabiilsuse elemendid tagavad kollideeruvate pädevuste eelistussuhte etteaimatavuse. Need elemendid on pädevuste abstraktsed kaalud ja kollisiooniseadusele (*law of collision*) vastav mehhanism.

Selleks, et pädevuste kaalumismenetlus saaks olla varjamatu, on meil vaja tunda terminoloogiat ja neid eeldusi, mida tuleb kohtutel teatud intensiivsusega kohtuliku kontrolli teostamiseks õigustada. Õigusliku pädevuse omamise väite õigustus peitub pädevuste kaalumises. Õigustus sõltub põhjenduste esitamise ja küsimise käigust ning eeldab seda, et toimub ratsionaalse arutelu raames. Arutelu ei tohi piirduda sooritusõiguste sisuliste küsimustega, vaid selle käigus tuleb pöörata tähelepanu ka kohtuliku kontrollitavuse ja kontrollipädevuste formaalsetele tahkudele. Artiklis arendatud teooriaga soovin anda oma osa just nimetatud ülesande lahendamisse. Märkimist väärib, et kuigi

artikkel piirdus pädevuse probleemi käsitlemisega üksnes sooritusõiguste kontekstis, on artikli järeldused asjassepuutuvad ka kohtuliku kontrolli probleemi jaoks üldiselt.