

Tartu Ülikool
Õigusteaduskond
Riigi- ja haldusõiguse õppetool

Berit Aaviksoo

Kohtuliku aktivismi kontseptsioon.
Kohtulik aktivism Eesti Vabariigi Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve praktikas
1993-2004

Magistritöö

Juhendajad: prof. K. Merusk
dots. T. Annus

Tartu 2005

Sisukord

Sissejuhatus	5
1. Kohtuliku aktivismi traditsioonilised kontseptsioonid, ajalooline areng ja intellektuaalne kontekst	10
1.1. Kohtuliku aktivismi ja enesepiiramise terminid	10
1.2. Kohtulik aktivism ja enesepiiramine kui vastandlikud kohtufilosoofiad	12
1.3. Kohtuliku aktivismi traditsioonilised kontseptsioonid	13
1.3.1. Kohtulik aktivism kui poliitikakujundajate otsuste mitteaktsepteerimine	13
1.3.1.1. Põhiseaduslikkuse kohtulik järelevalve kui seadusandja otsustuste kontrollimehhanism	15
1.3.2. Kohtulik aktivism kui kohtute traditsioonilisest võimupiirkonnast väljumine	18
1.3.2.1. Kohtute traditsioonilised funktsioonid traditsioonilises võimude lahususe süsteemis	19
1.3.2.1.1. Traditsiooniline põhiseaduslikkuse järelevalve	21
1.3.2.2. Konstitutsioonikohtute võimupiiride laienemine	22
1.3.2.2.1. Loomuõiguslik põhiseaduslikkuse järelevalve	23
1.3.2.2.2. Õigusrealistlik pööre Anglo-Ameerika õigusmõtlemises	24
1.3.2.2.3. Kodanikuõiguste “revolutsioon” kohtuvõimu piiride nihutajana	28
1.3.2.2.4. Kohtuvõimu ekspansioon: <i>Brown vs Board of Education</i> ja selle järelmid	31
1.3.2.2.5. Kohtumõistmise ja õigusloome vahelise piiri hägustumine	33
1.4. Esimese peatüki kokkuvõte	35
2. Kohtuliku aktivismi kaasaegne kontseptsioon ja dimensioonid	37
2.1. Kohtuliku aktivismi kaasaegne kontseptsioon	37
2.1.1. Kohtulik aktivism kui enamuspõhimõtte rikkumine	39
2.1.2. Kohtulik aktivism kui protseduuriliste piirangute eiramine	40
2.1.2.1. Tegeliku vaidluse doktriin	41
2.1.2.2. Kaebeõiguse doktriin	43

2.1.2.3. Poliitilise küsimuse doktriin	44
2.1.3. Kohtulik aktivism kui kohtute poliitikasse sekkumine	46
2.1.3.1. Poliitika ja poliitilise sisustamine	46
2.1.3.2. Poliitiline vs õiguslik otsustamine	47
2.1.3.2.1. Õiguslike ja „õigusväliste“ argumentide vahetegu ja selle adekvaatsus	49
2.1.3.3. Poliitikasse sekkumise mõõtmine	53
2.1.3.3.1. Olemuslik poliitikakujundamine vs demokraatia säilitamine	53
2.1.3.3.2. Poliitika üksikasjalikkus	56
2.1.3.3.3. Alternatiivse poliitikakujundaja olemasolu	58
2.2. Teise peatüki kokkuvõte	59
3. Kohtulik aktivism Eesti Vabariigi Riigikohtu praktikas	61
3.1. Kohtulik aktivism kui poliitikakujundajate otsuste mitteaktsepteerimine	62
3.1.1. Kohtulik aktivism kui enamuspõhimõtte rikkumine	66
3.2. Kohtulik aktivism kui protseduuriliste piirangute eiramine	67
3.2.1. Tegeliku vaidluse doktriin ja abstraktne normikontroll	68
3.2.2. Tegeliku vaidluse doktriin ja asja piiridest väljumine	70
3.2.2.1. Taotluses tõstatamata küsimuste lahendamine	71
3.2.2.2. Asjassepuutumatute sätete kontroll	73
3.2.3. Kaebeõiguse laiendamine	78
3.3. Kohtulik aktivism kui poliitikasse sekkumine	82
3.3.1. Olemuslik poliitikakujundamine vs demokraatia säilitamine	83
3.3.1.1. Demokraatliku protsessi säilitamine ja universaalsete printsiipide jõustamine	84
3.3.1.2. Olemuslikku poliitikat kujundavad otsused	87
3.3.1.2.1. Nn moraali- ja ressursiotsused	87
3.3.1.2.2. Reformiotsused	89
3.3.2. Poliitika üksikasjalikkus	94
3.3.3. Alternatiivse poliitikakujundaja olemasolu	94
3.4. Kolmanda peatüki kokkuvõte	95

Kokkuvõte	97
Resümee	101
Kasutatud allikate loetelu	106
Kasutatud kirjanduse loetelu	106
Kasutatud kohtupraktika loetelu	115
Kasutatud normatiivmaterjali loetelu	117

Sissejuhatus

Bradley C. Canon märgib, et “[...] kohtuliku aktivismi käsitus on praktiliselt niisama palju kui on teema uurijaid endid.”¹ Nii on kohtulikku aktivismi defineeritud näiteks kui kohtulikku poliitikakujundamist, kohtute teotsemist väljaspool nende traditsioonilisi funktsioone, konflikti seadusandja ja teiste poliitikakujundajate vahel, lähtumist isiklikest eelistustest kohtuotsuse tegemisel, konstitutsiooniloojate tahtest kaugenemist, kohtute ebakohast võimuusurpatsiooni, sotsiaalset inseneritööd (ingl. k *social engineering*) jne.

Iseäranis sotsiaalteaduslikes distsipliinides on hästi tuntud vana India mõistujutt neljast pimedast mehest, kellel Buddha palus kirjeldada elevanti. Esimene mees, kes katsus elevanti jalga, kirjeldas elevanti kui sammast; teine, kes katsus elevanti külge, arvas, et elevant on nagu sein; kolmas, kelle kätte sattus elevanti kõrv, leidis, et elevant on kui tükk purjeriit; neljas, kes hoidis kinni sabast, kirjeldas elevanti kui nõõrijuppi.² Loo moraal seisneb peaaesjalikult tõdemuses, et teadmine sõltub tajust, ja inimlik arusaamisvõime on piiratud. See elevanti-metafoor on laiendatav ka teaduslikule tööle. Muuhulgas ei kattu kaheksa aasta tagune arusaamine elevantist arusaamisega elevantist, nagu me täna teda kirjeldame. Õigusteaduslikud kategooriad, nagu looduslikud liigidki, tekivad, arenevad ja muutuvad. Teaduslik tõde on sõltuv teadlaste kogukonna tajudest, mis põlvkonniti või põlvkonna seeski erinevad. Neid tajusid mõjutavad muudatused (õigus)teaduslikus mõtlemises üleüldse.

Kohtulik aktivism õigusteaduse valdkonda kuuluva nähtusena ei erine oluliselt eelkirjeldatud elevantist. Käesoleva töö peamine eesmärk ongi anda ülevaade kohtuliku aktivismi erinevatest kontseptsioonidest ehk tutvustada viise, kuidas sellele mitmetahulisele ning raskesti tabatavale fenomenile erinevate õigus- ja poliitikateadlaste poolt erinevatel aegadel lähenetud on. Töö teine eesmärk on anda hinnang Eesti Vabariigi Riigikohtu praktikale kohtuliku aktivismi perspektiivist vaadatuna.

Vaatamata asjaolule, et alates 1960ndatest aastatest on konstitutsiooniõigusteadlased üle kogu maailma diskuteerinud kohtuliku aktivismi sisustamise ning soovitatavuse üle, muutes selle arutelu

¹ B. C. Canon. A Framework for the Analysis of Judicial Activism. – S. C. Halpern and C. M. Lamb (eds.). Supreme Court Activism and Restraint. Lexington, Mass.: Lexington Press, 1982, p 385.

² Vt eestikeelne versioon: Mille sarnane on elevant? India muinasjutt. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://miksike.ee/documents/main/lisa/2klass/6meie/mille.htm>, 5. veebruaril 2005.

debatiks kohtuvõimu piiride ning muude õigusfilosoofia keskmeks olevate küsimuste üle, ei ole vastav diskussioon Eesti õigusmaailmale kuigivõrd tuttav. Sotsialistlikes süsteemides, milliste hulka kuni 1991. aastani kuulus ka Eesti, puudus kohtutel võimalus kuulutada konstitutsioonivastaseks seadusi kui rahva tahte akte. Selline võimalus taastati Eestis alles põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi tööle hakkamisega Riigikohtu koosseisus 1993. aastal. Kohtulikul aktivismil on olnud seega napilt aega Eesti õigusteaduslikus mõttes kanda kinnitada.

Käesoleva töö valmimise käigus eksperimendi korras läbi viidud välkküsitlused Eesti õiguskogukonna hulgas näitavad, et kohtuliku aktivismi terminit kas ei tunta, seostatakse see kohtuasjade lahendamise kiirusega või siis dispositiivsuse printsiibi rikkumisega tsiviilvaidlustes. Ehkki viimases arusaamas on omajagu tõtt ka konstitutsiooniõigusliku diskussiooni jaoks, on kohtulik aktivism märksa laiem mõiste. Ehkki intuiitiivselt on allpool käsitlemisele tulev temaatika enam kui tuttav ilmselt igale konstitutsiooniõigusest kas teoreetiliselt või praktiliselt tasandil huvitujaile, on käesolev töö katse anda sellele intuiitiivsele teadmisele meetodiline raamistik. See on, määratleda kohtuliku aktivismi (tänapäevane) kontseptsioon ning esitada selle mõõtmise dimensioonid ning kriteeriumid.

Kohe alguses on vaja selgitada ka seda, mida see töö ei ole. See töö ei ole katse kohtuliku aktivismi õigustada ega vastupidi, halvustada, sõnaga – tuua argumente kohtuliku aktivismi poolt ja vastu. Seega ei saa käesoleva töö lugeja vastust küsimusele, kas kohtulik aktivism nähtusena on hea või halb – selles mõttes on antud töö vaba normatiivsusest. See on vaid püüe vaatluse all olevat, moodsas õigus- ja poliitikateaduses olulist rolli mängivat fenomeni kontseptualiseerida ning mõõdetavaks muuta. Samuti anda valminud kriteeriumide pinnalt hinnang rahvusliku kohtuliku aktivismi tasemele.

Põhjused, miks käesolev töö on kirjutatud eesti keeles, on ennekõike pedagoogilist, ja seejärel rahvuslikku laadi. Eesti õiguskirjanduses kohtab vähe omakeelset diskussiooni konstitutsiooniõiguse teoreetiliste vaidlusküsimuste üle. Käesolev töö püüab anda seni tarvitamata eestikeelseid mõisteid, transportida omakeelsesesse õigusemõtlemisse uus kontsept koos mõistmisega selle sisust. Töö autor leiab, et oleks kena, kui käesolev töö annaks algtoke avaliku ja argumenteeritud diskussiooni tekkeks Eesti „konstitutsioonikohtu“ aktivismi üle. Seni on sellesisulist debatti, mis ennekõike on avaldunud Riigikohtule poliitikasse sekkumise süüdistuste esitamises, iseloomustanud pigem

tegelike põhistustega toestamata retoorika. Lisaks leian, et rahvusliku õigusmõtte edasiliikumiseks on muuhulgas oluline rahvusliku õiguskeele olemasolu ja areng.

Käesolev töö keskendub kohtulikule aktivismile konstitutsioonikohtutes ja nende analoogides. Selge on, et õigusakte tõlgendavad ning seeläbi õiguse kohaldamise kohaste piiride kompimisega tegelevad ka alamate astmete kohtud. Eesti süsteemis on alama astmete kohtute õlule asetatud koguni põhiseadusevastase õigusakti kohaldamata jätmise kohustus. Küsimusele, miks ei ole sellisel juhul käsitletud kohtulikku aktivismi kui kogu kohtumõistmist iseloomustavat fenomeni, vastan meeeldi Bradley C. Canoni, seni ulatuslikuma kohtulikku aktivismi käsitleva teose toimetaja ja kaasautori, sõnadega: “Paljud kohtud muudavad avalikku poliitikat (ingl. k *public policy*) või langetavad otsuseid, mille kohasuses võib kahelda; veelgi enam, selleni ei jõuta üksnes konstitutsioonitõlgenduse, vaid ka lihtseaduste tõlgendamise, üldise õiguse arengu või teiste juriidiliste doktriinide arendamise kaudu. Siiski on konstitutsiooniõigus see, mis asub kohtuliku aktivismi alase poleemika keskmes ning tingib kõige teravamalt ja meeldejäävamat diskussiooni.”³

Kirjandus, millele selle töö kirjutamisel olen tuginenud, ei ole liigitatav „puhta“ õigusteadusliku kirjanduse alla, palju olen ennekõike esimese peatüki kirjutamisel abi saanud kaasaegsete poliitikateadlaste kohtuvõimu olemuse alastest käsitlustest. Selline balansseerimine õigus- ja poliitikateaduse piiril kõlab hästi kokku tänapäeval valdavalt omaksvõetud arusaamaga ühiskonnaga seotud fenomenide nagu õigus interdistsiplinaarse käsitlemise vajadusest. Nagu märgivad Martin Shapiro ja Alec Stone Sweet, raamatu „On Law, Politics, and Judicialisation“ toimetajad ja kaasautorid, inkorporeerib õigusteadlaskond nii teadustöösse kui õppekavadesse järjekindlalt „puhta õiguse“ väliseid, sh sotsiaalteaduslikke perspektiive. Nende sõnutsi ei ole akadeemiliste juristide jaoks enam tavatu kasutada majandusteadlaste, sotsioloogide ja poliitikateadlaste välja arendatud mõisteid ja meetodeid ning kriitiliselt kaasata viimaste uurimistulemusi – kaasaegsed õigusteadlased on täna märksa vähem seotud eeldusega, et õigus ja kohtumõistmine on asjad iseeneses, mida on võimalik mõista vaid juristide eritehnikaid kasutades.⁴

Ka on kasutatud võõrkeelne erialakirjandus eranditult ingliskeelne ning sellest tulenevalt pigem Anglo-Ameerika õigustraditsiooni-keskne. Siinkohal tuleb aga ilmselt nõustuda Otto Bachofiga, kes

³ B. C. Canon (1982), lk 387.

⁴ M. Shapiro, A. Stone Sweet. Law, Courts and Social Science. – M. Shapiro, A. Stone Sweet. On Law, Politics, and Judicialisation. Oxford: Oxford University Press, 2002, p 2.

märgib, et erinevad õiguskorrad seisavad tihti silmitsi üsna sarnaste probleemidega, ning et „asjade loomusest“ tulenevalt jõutakse ka erinevate struktuuride ja protseduuride juures tihti sarnaste või suisa identsete tulemusteni.⁵ Eriti kehtib see Bachofi järgi õiguse ja poliitika vahel valitseva pinge kohta, mis jääb kas varjatult või avalikult konstitutsioonilise õigusemõistmise igikestvaks teemaks.⁶ Ameerika Ühendriikide, kust arvestatav hulk kohtuliku aktivismi uurijaid ja kohtuliku aktivismi alast kirjandust pärineb, kesksuse vältimiseks olen võimalusel esitanud parasjagu vaadeldava küsimuse käsitlemise muudes õigustraditsioonides, ennekõike Saksamaal, ning selle olemasolu korral lisanud ka Eestit iseäranis huvitada võiva postkommunistliku perspektiivi.

Ülesehituslikult on töö jagatud kolmeks peatükiks. Esimene peatükk on omamoodi ekskursss konstitutsioonilise õigusemõtlemise ajalukku, mis peaks looma sobiva eelhäälestuse kohtuliku aktivismi olemuseni jõudmiseks. Ühtlasi annan selles peatükis ülevaate kohtuliku aktivismi traditsioonilistest kontseptsioonidest ja selgitan, miks on nende kontseptsioonide aluseksvõtmine kohtuliku aktivismi sisustamisel vähetootav. Selleks võtan vaatluse alla põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve sünniloo ning kogu järelevalveidee ühildamatuse traditsioonilise võimude lahususe kontseptsiooniga ning liigun edasi kohtute võimupiirkonna järk-järgulisele laienemisele 19. sajandi lõpust kuni tänapäevani. Ühtlasi peatun lühidalt õigusrealismi õigusfilosoofilise voolu sünnil ja arengul, millel on olnud olulised tagajärjed arusaamale õiguse, iseäranis konstitutsiooniõiguse olemusest.

Teisel peatükil on käesoleva töö seisukohast kandev tähendus. Selles peatükis võtan vaatluse alla kohtuliku aktivismi kaasaegse kontseptsiooni, mis kohtuliku aktivismi sisustamisel võtab arvesse esimeses peatükis kirjeldatud arenguid konstitutsioonilises õigusemõtlemises. Seejuures liigun kohtuliku aktivismi tehnilistelt käsitlustelt, mis defineerivad kohtuliku aktivismi ennekõike kui protseduuriliste piirangute eiramist, kohtuliku aktivismi sisuliste käsitluste juurde, mis lähtuvad kohtuliku aktivismi mõõtmisel konstitutsioonikohtu poliitikakujundamisse sekkumise ulatusest. Iga vaatluse all oleva dimensiooni juures esitan ka kriteeriumid, mille järgi konkreetse kohtuotsuse kohtuliku aktivismi määra mõõta.

Kolmas peatükk keskendub eelnevas leitu rakendamisel konkreetse kohtu – Eesti Vabariigi Riigikohtu – põhiseaduslikkuse järelevalve praktikale. Selles peatükis vaatlen Riigikohtu vastavaid

⁵ O. Bachof. The West German Constitutional Judge Between Law and Politics. 11 Tex. Int'l L. J. 403 (1976), p 403.

⁶ Samas, lk 405.

otsuseid kohtuliku aktivismi erinevate dimensioonide ja kriteeriumide taustal ning annan hinnangu kohtuliku aktivismi esinemisele Riigikohtu üheteistkümneaastases praktikas. See ei tähenda Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve praktika ammendavat analüüsi – käesoleva töö mahtu ja probleemipüstitust arvestades peatun ennekõike otsustel, mida käesolevas töös leitule tuginedes võib pidada aktivistlikeks.

Sissejuhatuse lõpetuseks tahan tänada oma juhendajaid ning kõiki, kes mind selle töö kirjutamise ajal ühel või teisel viisil toetasid ja mõistsid. Nende seas oma endist ja praegust tööandjat, lähedasi ning sõpru, kes olid valmis minuga kohtuliku aktivismi temadel vestlema või olid lihtsalt olemas siis, kui oli raske.

1. Kohtuliku aktivismi traditsioonilised kontseptsioonid, ajalooline areng ja intellektuaalne kontekst

Kohtulik aktivism konstitutsioonilise õigusemõistmise⁷ valdkonda kuuluva fenomenina on tihedalt seotud selliste konstitutsioonilist õigusemõistmist puudutavate õigusfilosoofiliste küsimustega nagu küsimus võimude lahususe doktriinist ja selle tänapäevases väljendusest; küsimus konstitutsioonikohtute kontrollikompetentsi ulatusest ja põhiseaduslikkuse järelevalve õigusfilosoofilistest põhjendustest, küsimus inimõiguste kaitse vajadusest seadusandluse kohtuliku järelevalve legitimeerijana; küsimus konstitutsioonitõlgenduse “kohastest” meetoditest või koguni küsimus õiguse ja poliitika vahelise piiri hägustumisest postmodernistlikus maailmas.

Kohtuliku aktivismi tajumine on otseselt mõjutatud eelnimetatud küsimustega seotud arusaamadest. Andmaks täielikku pilti erinevatest kohtuliku aktivismi kontseptsioonidest ning nende intellektuaalsetest allikatest, tuleb neid seega paratamatult vaadelda eelnimetatud küsimuste üle peetud ja peetavate õigus- (ja ühiskonna)teoreetiliste debattide kontekstis. Esimese peatüki üks eesmärke traditsiooniliste kontseptsioonide tutvustamise kõrval ongi anda kohtuliku aktivismi kui nähtuse mõistmiseks vajalik taust.

1.1. Kohtuliku aktivismi ja enesepiiramise terminid

Ingliskeelses erialakirjanduses on terminid “*judicial activism*” ning selle vastand – “*judicial (self-)restraint*” – iseäranis konstitutsioonilist õigusemõistmist käsitlevates töedes laialdaselt kasutusel. Kohtuliku aktivismi mõisteline kasutusala ei piirdu seejuures üksnes Anglo-Ameerika õigusruumiga, vaid on üldaktsepteeritud ka Kontinentaal-Euroopa konstitutsioonikohtuid käsitlevas kirjanduses. Retsenseerides kaht Kesk- ja Ida-Euroopa konstitutsioonilist õigusemõistmist käsitlevat monograafiat ajakirja *International Journal of Constitutional Law* 2004. aasta jaanuarinumbris, märgib Daniel Smilov, et „kohtuliku aktivismi mõiste on konstitutsioonilisuse järelevalve kaasaegse analüüsi seisukohalt väga tähtis,⁸ ning vaatleb kohtuliku aktivismi ilminguid Ida-Euroopa

⁷ Konstitutsioonilise õigusemõistmise (ingl. k *constitutional adjudication*) all pean ma siin ja edaspidi silmas konstitutsioonis sisalduva õiguse kohaldamist ehk põhiseaduse rakendamist. Vrdl konstitutsiooniline kaebus, mille all peetakse silmas põhiseaduslikkuse järelevalve kontrollimise taotlust, mitte põhiseaduspärast kaebust.

⁸ D. Smilov. *The Character and Legitimacy of Constitutional Review: Eastern European Perspectives*. A Review of: Wojciech Sadurski, ed., *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-communist Europe in a Comparative Perspective* (Kluwer Law International, the Hague-London-New York: 2003),

perspektiivis. Peter Wallach märgib, et kohtulik aktivism ei ole Saksa õigusfraseoloogias sellisena kanda kinnitanud, ning viitab juhtivale Inglise-Saksa „Õigus- ja kaubandusterminite sõnastikule“, mis pakub kohtuliku aktivismi vasteks „kohtuniku kui sotsiaalse inseneri“ (sks. k *Richter als Sozialingenieure*).⁹ Samas on võimalik kohata ka kohtuliku aktivismi otsetõlget inglise keelest ehk tähistust „richterlicher Aktivismus“.¹⁰

Eestikeelne õigusterminoloogia, seevastu, nimetatud mõisteid kuni hilise ajani ei tundnud – termineid või neile tähendusväljalt sarnaseid vasteid ei olnud võimalik leida ei konstitutsiooniõiguse kohalikest põhiõpikutest ega ülikoolide loengukonspektidest. Kohtuliku aktivismi, kui seda ka täna nimetada, kiputakse seostama pigem kohtuasjade lahendamise kiiruse kui konstitutsioonilise õigusemõistmise põhiküsimusi puudutava sisulise kontseptiga.

Selle lünga eestikeelses õiguskirjanduses täitis Rait Maruste 2004. aasta algupoolel ilmunud töös „Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja -vabaduste kaitse”,¹¹ pühendades teose 304. leheküljel kohtuliku aktivismi kontseptsioonile ühe ülevaatliku lõigu ning mainides leheküljel 67 riivamisi kohtuliku enesepiiramist. Seejuures võrdsustab Maruste kohtuliku aktivismi kohtu oma initsiatiivi ehk kohtu omaalgatuslike õiguslike sammude astumisega.¹² Protseduuriliste piirangute eiramine on käesoleva käsitluse kohaselt siiski vaid üks kohtuliku aktivismi tahkudest, mistõttu kasutan kohtuliku aktivismi tähistust Maruste poolt tarvitatud laiemas tähenduses. Samuti ei pea ma vajalikuks loobuda kohtuliku aktivismi mõistest vaatamata asjaolule, et Rebecca L. Browni järgi on “[a]ktivism [...] üks “-ismidest”, mis paisatakse välja vihas, frustratsioon ja hukkamõistus ning mis, nagu iga pejoratiivne väljend, on mõeldud häbimärgistama ning diskrediteerima.”¹³. Käesoleva töö üheks kõrvaleesmärgiks on vabastada kohtuliku aktivismi mõiste teatud halvustavast varjundist, mis nimetatud tähistusega paratamatult (aktivism kui liigne agarus) kaasas käib. Samas ei pea ma sel

450 pp. Radoslav Prochazka, *Mission Accomplished: On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe* (Central European Univ. Press, Budapest-New York: 2002), 358 pp. 2. *Int'l J. Const. L.* 177 (2004), p 180.

⁹ H. G. P. Wallach. *Judicial Activism in Germany*. – K. M. Holland (ed.). *Judicial Activism in Comparative Perspective*. London: Macmillan, 1991, p 157.

¹⁰ Vt nt A. Galic. *Das Slowenische Verfassungsgericht in Transformationsprozess: Selbstbeschränkung oder richterlicher Aktivismus?* – C. Boulanger (ed.). *Recht in der Transformation*. Berliner Debatte Wissenschaftsverlag, 2002, pp 217-234. (viidatud: C. Boulanger. *Europeanisation Through Judicial Activism? CEE Constitutional Courts' Legitimacy and the „Return to Europe“*. Paper prepared for a workshop held in the European University Institute in Florence on 28-29 November 2003, References. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.iue.it/LAW/Events/WSWorkshopNov2003/Boulanger_paper.pdf, 9. novembril 2004).

¹¹ R. Maruste. *Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja -vabaduste kaitse*. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2004.

¹² Samas, lk 304.

¹³ R. L. Brown, *Activism is not a Four-Letter Word*. 73 *U. Colo. L. Rev.* 1257 (2002), p 1257.

eesmärgil võimalikuks tõlkida ingliskeelne “*activism*” mõneti neutraalsemaks aktiivsuseks, kuna käiksin selle eestindusega paratamatult meelevaldselt ümber nähtuse originaaltähistusega, mis Ameerika Ühendriikides väidetavalt 1967. aastal sündis.¹⁴

1.2. Kohtulik aktivism ja enesepiiramine kui vastandlikud kohtufilosoofiad

Kõige üldisema kohtuliku aktivismi ning enesepiiramise määratluse annab Ronald Dworkin, kes vaatleb kohtulikku aktivismi ja enesepiiramist kui kaht üksteisele vastanduvat väga üldist filosoofiat selle kohta, kuidas kohtud peaksid otsustama raskeid või vastuolulisi konstitutsioonilisi küsimusi.¹⁵ Mõnevõrra vähemambitsioonikalt märgib Rafal Dziemidok Marvin Schickile viidates, et kohtulik aktivism ja enesepiiramine on kohtulikud poliitikad ehk suunised, mida konkreetsete kohtunikud eelistavad konkreetsetel juhtudel järgida, lähtudes omaenese arusaamast kohtuvõimu olemusest. Tema järgi iseloomustavad kohtulik aktivism ja enesepiiramine neid valikuid, mida kohtunikud teevad, otsustades küsimuse kohtuliku kontrollitavuse ja tõlgendustegevuse lõpliku väljundi üle.¹⁶

Nii Dworkini “filosoofia” kui Schicki “poliitika” viitavad niisiis teatud ideoloogiale ehk ideede, vaadete ja uskumuste kogumile, millest kohtunikud kohtuvõimu, antud kontekstis konstitutsioonikohtu võimu teostamisel lähtuvad. Need uskumused ja arusaamad puudutavad tervet rida kaasaegse õiguse mõtlemise põhimõttelisi küsimusi nagu küsimus võimude lahususe moodsast kontseptsioonist, kohtuliku kontrollikompetentsi ulatusest, konstitutsioonilise õiguse mõistmise “kohastest” meetoditest, kohtukaebeõiguse ulatusest, õiguse ja poliitika lahutatusest või selle võimatusest, ning leiavad tee (konstitutsioonilise) kohtumõistmise käegakatsutavasse ühikusse – kohtuotsusesse –, mida sõltuvalt tema koostamisel pealejäävast kohtulikust ideoloogiast vastavalt aktivistlikuks või vaoshoituks liigitada on võimalik.

Osas, millal pidada teatud otsust, kohtunikku või kohtukoosseisu aktivistlikuks või vaoshoituks ehk vastavalt aktivistlikust või vaoshoitud kohtulikust filosoofiast kantuks või seda tunnistavaks, esinevad olulised eriarvamused. Allpool kirjeldangi erinevaid kohtuliku aktivismi kontseptsioone.

¹⁴ Browni järgi kasutati terminit “aktivism” esmakordselt kohtunik Blacki eriarvamuses Ülemkohtu 1967. aasta kaasuses. – R. L. Brown, lk 1258.

¹⁵ R. Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997, p 137.

¹⁶ R. Dziemidok. *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint as a Function of Judicial Review. A Comparison of the US Supreme Court and the Polish Constitutional Tribunal*. LLM thesis. Budapest: Central European University. Legal Studies Department, 1997, p 45.

Kohtuliku enesepiiramise näol on tegemist kohtuliku aktivismi vastandiga, mis on sellisena kohtuliku aktivismi kontseptsioonist tuletatav.

1.3. Kohtuliku aktivismi traditsioonilised kontseptsioonid

Nagu eelpool viidatud, olevat kohtuliku aktivismi käsitlusi selle fenomeni uurijatega võrdtsel hulgal. Kui ühed räägivad kohtulikust aktivismist üksnes kui seadusandja aktide tühistamisest Ülemkohtu poolt, siis teised näevad aktivismi kohtu viisakuskohustuse rikkumises teiste valitsusharude vastu; kolmandad väidavad, et aktivism ilmneb seal, kus kohus hülgab otsusetegemisel “neutraalsed printsiibid”, ning neljandad käsitlevad aktivismi kui kohtu ebavajalikku sekkumist poliitikakujundamisse või olemuslikult poliitiliste küsimuste otsustamist.¹⁷ Ameerika Ühendriikide kohtupraktikas on kohtuliku aktivismi terminit kasutatud, “süüdistamaks” kohut asjades nagu seadusandluse mitteamestamine ning soov kujundada uusi reegleid; konstitutsioonilise pretsedendi mitteamestamine; ebapiisav allumine Kongressile ning poolte poolt mittetõstatatud küsimuste lahendamine.¹⁸

Kirjanduses on tihti irooniliselt märgitud, et kohtuliku aktivismi ja enesepiiramise mõistetega kaasnevat segadust võib pidada nende domineerivaks tunnuseks.¹⁹ Mark V. Tushnet väidab koguni, et aktivismi ja enesepiiramise mõisted on iseenesest suhteliselt kasutatud, kuna nad viitavad liiga paljudele asjadele.²⁰ Sellest skepsisest hoolimata vaatlen järgnevalt erinevaid kohtuliku aktivismi mõistete aluseks olevaid kontseptsioone ning hindan nende adekvaatsust ja selgitusjõudu.

1.3.1. Kohtulik aktivism kui poliitikakujundajate otsuste mitteaktsepteerimine

Üks levinumaid kohtuliku aktivismi käsitlusi näeb kohtulikku aktivismi esinevat seal, kus kohus ei aktsepteeriks seadusandja või teiste poliitikakujundajate otsuseid. David Forte järgi on kohus aktivistlik, kui tema otsused lähevad vastuollu teiste poliitiliste poliitikakujundajate omadega.²¹ Ka

¹⁷ B. C. Canon (1982), lk 385.

¹⁸ R. L. Brown, lk 1258.

¹⁹ Vt nt R. Dziemidok, lk 44.

²⁰ M. V. Tushnet. Comment: The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint? 47 Md. L. Rev. 147 (1987), p 147.

²¹ D. Forte. The Supreme Court: Judicial Activism Versus Judicial Restraint. Lexington, Mass.: D.C. Heath, 1972, p 17 (viidatud: B. C. Canon (1982), lk 385). Sama ka: G. Schubert. Judicial Policy Making: The Political Role of the Courts. Rev. edn. Glenview, IL: Scott, Foresman, 1974, p 213 (viidatud: J. B. Board. Judicial Activism in Sweden. – K. M. Holland (ed.). Judicial Activism in Comparative Perspective. London: Macmillan, 1991, p 175).

Tushneti järgi on üks paljudest kohtuliku aktivismi tähendustest seotud demokraatia ideega: aktivistlik on kohtuotsus, mis asendab valimiste teel saadud otsusetegijate otsustuse valimata kohtunike omaga.²² Canon viitab, et “iga kord, kui kohus teostab põhiseaduslikkuse järelevalvet, asendab ta valitud rahvaesindajate kehtestatud poliitikaelistused enese omadega. Selline tegevus tähendab tingimata muudatust ühiskondlikus poliitikas ja tundub demokraatia teooria perspektiivist tihti illegitiimne.”²³

2002. aastal avaldasid Shannon Ishiyama Smithey ja John Ishiyama ajakirjas “Law and Society Review” artikli “Judicial Activism in Post-Communist Politics,”²⁴ kus uurisid, kuidas vastava ühiskonna struktuurilised iseärasused mõjutavad kohtuliku aktivismi esinemissagedust postkommunistlikes riikides.²⁵ Ka selles uuringus võtsid autorid konstitutsioonikohtute või nende analoogide kohtuliku aktivismi taset näitava muutuja arvutamisel aluseks “määra, milleni kohtunikud ei tunnusta teiste poliitikakujundajate poliitikavalikuid.”²⁶ Nõ rahvusliku kohtuliku aktivismi skoor arutati, jagades nende kaasuste arvu, kus kohus tunnistas kehtetuks mingi seaduse või poliitika, kohtu päralt olevate kehtetukstunnistamise võimaluste koguarvuga.²⁷ Saadud protsendi alusel reastati kõik uuringus osalenud kaheksa postkommunistliku riiki kohtuliku aktivismi määra järgi, millises pingereas seisab Eesti Läti järel teisel kohal 79 protsendi aktivistlike otsustega kõigi põhiseaduslikkuse järelevalve asjade koguarvust.²⁸ Selline konkreetse kohtu poolt kohtuliku aktivismi “harrastamise” mõõtmine üksnes kohtu poolt kehtetuks tunnistatavate seaduste või poliitikate protsendi kaudu kõigist kohtu poolt tehtud otsustest võib siiski olla problemaatiline.

Olulisim põhjus on sisulist laadi. Näiteks on Eesti Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumis selle esimesel kolmel tööaastal, mida uuringus vaadeldi, otsustatud asjadest mitmel korral tuvastatud regulatsiooni põhiseadusvastasus põhjusel, et normi andmiseks puudus õiguse loojal korrektne seaduslik alus.²⁹ Siinse riigiõigusliku ajaloo tundjale on teada, et just õigussüsteemi

²² M. V. Tushnet, lk 150.

²³ B. C. Canon (1982), lk 391.

²⁴ S. Ishiyama Smithey, J. Ishiyama. Judicial Activism in Post-Communist Politics. Law and Soc’y Rev. Vol. 36, Nr. 4 (2002), p 720.

²⁵ Nagu nt konstitutsioonilise võimu ulatus; parteisüsteemi võistlevuse määr; kohtunikkonna avaliku toetuse määr; põhiõiguste kaitse ulatus ja föderalismis määr. Vt lähemalt: S. Ishiyama Smithey, J. Ishiyama, lk 728-734.

²⁶ Samas, lk 720.

²⁷ Vt lähemalt S. Ishiyama Smithey, J. Ishiyama, lk 728.

²⁸ Autorid lähtusid esimesest kolmest vastava riigi põhiseaduslikkuse järelevalve organi – Eesti puhul Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi – tööaastast.

²⁹ Vt lähemalt allpool, käesoleva töö p 3.1.

ülesehitamise algusaastatel tulenes säärane volitusi ületav määrusandlus ebatäielikust seadusandlusest ning põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium täitis tollal tihti elementaarsete õigusprintsipiide nagu näiteks riigivõimu seaduslik teostamine meeldetuletaja rolli.

Allpool käsitlusele tulevad kohtuliku aktivismi kontseptsioonid seostavad selle fenomeniga muuhulgas sisulisemaid tunnuseid nagu nt kohtunike maailmavaatelist arusaamade “sisselugemise” põhiseaduse teksti.³⁰ Põhiõiguste piiramise seadusliku aluse põhimõte on üks põhiõigusdogmaatika keskseid printsiipe, mille kehtimist universaalselt tunnustatakse, sõltumatult selle printsiibi rakendaja – kohtuniku – poliitilistest eelistustest või maailmavaatelisest kuuluvusest. Seega võib väita, et nt seadusliku aluse puudumise tõttu regulatsiooni põhiseadusevastaseks tunnistamisel puudub kohtunikul praktiliselt igasugune kaalutusõigus langetatava otsuse valikul.

Käsitlusest, mille kohaselt on kohus aktivistlik igal juhul, kui ta tunnustab kehtetuks seadusandja poolt antud normi või normide kompleksi (poliitika), tuleneb vältimatult järeldus, et kõik kohtud, kellele on enamjaolt konstitutsiooniliste normidega omistatud seadusandluse põhiseaduslikkuse järelevalve funktsioon, on juba definitsiooni järgi aktivistlikud, kui nad oma vastavaid volitusi kasutavad. Ilmselt eelkirjeldatud kriteeriumist kohtuliku aktivismi määratlemisel lähtub ka Schick, kes alustab oma ülevaadet kohtulikust aktivismist Ameerika Ühendriikide Ülemkohtus tõdemusega, et “tänapäeval on kõik ülemkohtud aktivistlikud.”³¹ Järgnevas vaatlengi põhiseaduslikkuse järelevalve doktriini kui poliitikakujundajate otsuste kohtuliku kontrollimehhanismi olemust ning teen sellest järeldused käesoleva töö tarbeks.

1.3.1.1. Põhiseaduslikkuse kohtulik järelevalve kui seadusandja otsustuste kontrollimehhanism

Põhiseaduslikkuse kohtulik järelevalve tema kõige üldisemas tähenduses on harilike või selleks spetsiaalselt legitimeeritud kohtute õigus ja võim kontrollida, kas seadusandliku ja täidesaatva võimu õigustloovad aktid on kooskõlas riigi kõrgeima õigusjõuga akti – konstitutsiooniga. Sellisena on põhiseaduslikkuse kohtulik järelevalve loodud kindlustama konstitutsionalismi – teooriat, mille

³⁰ Vt lähemalt allpool, käesoleva töö p 2.1.3.2.1.

³¹ M. Schick. Judicial Activism on the Supreme Court. – S. C. Halpern, C. M. Lamb (eds.). Supreme Court Activism and Restraint. Lexington, Mass.: Lexington Press, 1982, p 37.

järgi seadusandlik võim on oma teotsemises piiratud konstitutsioonist tulenevate printsiipide ja õigustega.

Maruste järgi on konstitutsionalism ehk põhiseaduslikkus “riigivõimu piiramine avaliku rahu ja üldise hüvangu huvides”.³² Maruste rõhutab, et konstitutsionalism ei ole taandatav pelgalt seaduslikkusele, vaid on ka “poliitiline ja riigiõiguslik moraal, traditsioon, kogemus, käitumisharjumused, ideed ja väärtused ning isegi igapäevane terve mõistus.”³³ Sellisena kujutab konstitutsionalism endast ühiskonnaliikmete jagatud arusaama võimu piiratud olemusest ja konstitutsiooniga seatud reeglite austamise vajalikkusest. On selge, et seal, kus poliitilise kogukonna toimimist reguleerivad teatud kokkulepped, peab antud lepete kinnipidamise tagamiseks eksisteerima vastav mehhanism. Sama kehtib ka ülima ühiskondlikest lepetest – põhiseaduse – kohta. Põhiseaduslikkuse ehk konstitutsionalismi kindlustamise kohtulikuks viisiks ongi põhiseaduslikkuse kohtulik järelevalve, mis kõrva igapäevase, rahvusvahelise ning muude avaliku võimu asutuste põhiseaduslikkuse järelevalvega on loodud ellu viima ning tagama põhiseadusega postuleeritud väärtusi ning printsiipe.

Sõltumata mudelist, mida konkreetsed riigid konstitutsioonilise järelevalve teostamisel kasutavad,³⁴ seisneb põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve põhisisu kohtuvõimu õiguses tunnistada konstitutsiooniga vastuolus olevaid akte kehtetuks või põhiseadusega vastuolus olevaks. Sellele, traditsiooniliselt mõistetud põhiseaduslikkuse järelevalve doktriinile ehk kohtuvõimule antud õigusele tunnistada kehtetuks seadusandlikke akte, on seesmiselt omane dilemma, mis seisneb pinges demokraatlikult valitud ning poliitiliselt vastutava seadusandja seadusandlike volituste ning mittevalitavate, reeglina eluks ajaks ametisse nimetatavate kohtunike volituste vahel tunnistada kehtetuks seadusandlikke akte, mida kirjanduses tuntakse enamuspõhimõtte probleemi (ingl. k *countermajoritarian difficulty*) nime all.³⁵

Kui põhiseaduslikkuse järelevalve sünni ajal peeti enamuspõhimõtte probleemi nii Ameerika Ühendriikides kui Euroopa riikides põhiseaduslikkuse järelevalve ühitamisel parlamendi

³² R. Maruste (2004), lk 17.

³³ Samas.

³⁴ Põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve mudelite kohta vt lähemalt: M. Cappelletti. *Judicial Review in the Contemporary World*. Indianapolis etc: The Bobbs-Merrill Company, Inc, 1971, pp 69-77; R. Maruste (2004), lk 158-161.

ülimuslikkuse doktriini ja seadusandja ainuõigusega hinnata oma seadusandlike aktide kooskõla põhiseadusega praktiliselt lahendamatuks, siis tänapäeval suhtutakse sellesse dilemmasse vähem valuliselt.

Kirjanduses nimetatakse enamuspõhimõtte probleemi lahendamise viisina ning ühtlasi põhiseaduslikkuse järelevalve legitimeerijana kaht põhimõtteliselt seisukohta. Ühe vaate kohaselt edendab konstitutsiooniliste piirangute asetamine poliitilisele protsessile demokraatiat, kuna need piirangud võeti vastu rahva poolt “kõrgendatud demokraatliku teadlikkuse ajajärgul” ning on seetõttu ülimuslikud “ajutiste enamuste” otsuste suhtes. Selle seisukoha järgi ei tähenda järelevalvevõim kohtuvõimu tahte ülimuslikkust seadusandja üle, vaid pelgalt fundamentaalse rahva tahte eesõigust nende mõlema ees ning parlamendi praegune enamus on üksnes piiratud varasemate erakorraliste enamuste poolt.³⁶

Teise vaate kohaselt on kohtute rolliks kaitsta teatud õigusi, mis on demokraatia tarvis hädavajalikud, ning teatud inimgrupe, kes on mingil põhjusel välistatud täieõiguslikust osalemisest poliitilises protsessis.³⁷ Inimõiguste paradigma jõulist levikut ja inimõiguste kohtuliku kaitse tõusmist konstitutsioonilise õigusemõistmise keskmesse käsitlet allpool.³⁸ Huvitava märkuse demokraatliku legitimatsiooni ning kohtuliku inimõiguste kaitse ühildamatuse kohta sellega teeb Charles R. Epp, kes märgib, et “ehkki on ebatõenäoline, et elanikkonna enamus, kui neilt seda küsitaks, toetaks iga kodanikuõiguste revolutsiooni käigus tehtud otsust,” ei leiaks “mitmed seadusandlikud poliitikad [...] rahvaküsitlusel samuti toetust.”³⁹

Käesoleva töö eesmärk, nagu juba sissejuhatuses mainitud, ei ole pakkuda omapoolset lahendust õigusteadlasi aastasadu vaevanud küsimusele seadusandja üle teostatava kohtuliku järelevalve kohasest ulatusest ja selle vastuvõetavatest legitimatsioonialustest. Käesoleva uurimuse jätkamiseks peaks seega piisama Richard S. Kay märkusest, mille kohaselt näib konstitutsionalismi triumf

³⁵ See fraas on pärit A. M. Bickeli kuulsast teosest “The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics” (1986). – S. G. Calabresi. *The Structural Constitution and the Counter-majoritarian Difficulty*. 22 *Harv. J. L. & Pub. Pol’y* 3 (1998-1999), p 6, fn 13.

³⁶ C. Wolfe. *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?* Pacific Grove, California: Brooks/Cole Publishing Company, 1991, p 14.

³⁷ G. R. Stone, L. M. Seidman, C. R. Sunstein, M. V. Tushnet. *Constitutional Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1991, p 43.

³⁸ Vt käesoleva töö p 1.3.2.2.3.

³⁹ C. R. Epp. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998, p 5.

kahekümnenda sajandi lõppedes olevat peaaegu täielik – peaaegu igal maailma riigil on olemas kirjalik konstitutsioon, mida enamikes riikides ka tegelikult rakendatakse kohtute poolt, kes tunnistavad riigi õigusakte kehtetuks nende vastuolo tõttu konstitutsiooniga.⁴⁰

Seega on põhiseaduslikkuse järelevalvet ning sellest tulenevat kohtute õigust tunnistada kehtetuks põhiseadusega vastuolus olevaid akte aktsepteeritud praktiliselt universaalselt. Sisustada sellistes tingimustes kohtulikku aktivismi üksnes kui põhiseaduslikkuse järelevalve kohtute neile valdavalt põhiseaduste enestega omistatud õiguse teostada õigustloovate aktide konstitutsioonilisuse kontrolli praktikasse rakendamist, tundub mõnevõrra arhailine ning konstitutsioonilise õigusemõtlemise ajaloolisi arenguid mittearvestav lahendus. Liiatigi ei ole see kontseptsioon abiks konkreetsete kohtuotsuste, kohtunike või kohtukoosseisude kohtuliku aktivismi määra hindamisel.

Seetõttu liigun edasi kohtuliku aktivismi teiste käsitusviiside juurde, nihutades uurimuse raskuskeskme küsimusele kohtute (kohasest) võimupiirkonnast põhiseaduslikkuse kohtulikku järelevalvet tunnustavas (õigus)maailmas.

1.3.2. Kohtulik aktivism kui kohtute traditsioonilisest võimupiirkonnast väljumine

Donald Horowitz ja paljud teised autorid sisustavad aktivismi kui “kohtute tegutsemist väljaspool nende kompetentsi, teadmisi ning traditsioonilisi funktsioone.”⁴¹

Tänapäevane ettekujutus kohtuvõimu kohasest kontrolliulatuses erineb oluliselt arusaamadest, mida kohtuvõimu traditsiooniliste funktsioonide kohta veel 19. sajandi lõpul omati. Selle väite tõestuseks vaatlen järgnevas õigusliku mõtte arengut kohtuvõimu traditsiooniliselt määratluselt tänapäevasemaid arusaamu kajastavate käsitlusteni ning üritan sisustada kohtute kontrollikompetentsi ulatuse, nagu seda hetkel õigusosalases ning sotsiaalteaduslikus kirjanduses valdavalt mõistetakse.

⁴⁰ R. S. Kay. American Constitutionalism. – L. Alexander (ed.). Constitutionalism: Philosophical Foundations. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p 16.

⁴¹ B. C. Canon (1982), lk 386.

1.3.2.1. Kohtute traditsioonilised funktsioonid traditsioonilises võimude lahususe süsteemis

Käsitlused, mis vaatlevad kohtulikku aktivismi kui kohtute tegutsemist väljaspool kohtute traditsioonilisi funktsioone, viitavad traditsioonilisele võimude lahususe kontseptsioonile, mille järgi on võimalik selgelt piiritleda igale võimuharule kuuluv “pärisosa”, ning määratlevad kohtuliku aktivismi kui kohtu omaks arvatud pärisosaga mitterahuldumise ning oma traditsioonilise valduse piiride laiendamise.

Kohtuvõim traditsioonilises võimude lahususe süsteemis oli loodud seisma eraldi teistest võimuharudest – seadusandlikust ja täidesaatvast võimust – ning üksnes rakendama demokraatlikult legitimeeritud seadusandja poolt loodud õigust omalt poolt õigusloomesse ning sellega kaasnevasse poliitiliste küsimuste otsustamisesse sekkumata. Traditsioonilisele võimude lahususe doktriinile on seega omane range vahetegu õiguse loomise ning selle rakendamise vahel ehk kohtuniku käsitlemine pelga “seaduse suuvoodrina”.⁴²

Lähenedamine, mis teeb jäika vahet kohtu ja seadusandja funktsioonidel, deklareerib, et seadusloome ei ole kohtuliku tõlgendamise pärisosa – kohtunik on seotud konstitutsiooni poolt ette kirjutatud normidega ning tema ülesandeks on nende normide sisu “avastamine” ja kompromissitu rakendamine.⁴³ See, nn siduvate normide teooria (sks. k *Normgebundenheitstheorie*) ning idee kohtust kui autonoomsest juriidilisest institutsioonist, kellele on usaldatud kindlapiiriliste õigusnormide süstemaatiline kui mitte suisa mehaaniline kohaldamine, on mõnede autorite sõnutsi omane ennekõike Saksa õigusmõtlemisele.⁴⁴ Tänapäeval esindab seda suunda siiski pigem Prantsuse õigusmõtlemine,⁴⁵ samal ajal kui Saksamaal on arusaamad kohtuvõimu olemusest iseäranis konstitutsiooniõiguse valdkonnas kõige reljeefsemalt teisenenud.

19. sajandil Saksamaal valitseva õigustraditsiooni kohaselt kuulus seadusandev võim riigis suveräänsele seadusandjale, ning kõik õigusvaidlused tuli lahendada viidetega loogiliselt

⁴² Selle doktriini järgija parimaks näiteks on Prantsusmaa, kus kohtunike traditsiooniliselt mõistetud rolliks on pelk seaduse suuvoodriks (pr. k *bouche de la loi*) olemine. Ka tänapäeval nähakse Prantsuse kohtuniku funktsioonidena ranget tõlgendamist ja rakendamist ning tõeliseks õiguseloojaks muutumisest hoidumist. – G. Carcassonne. Les principes de la Constitution française. Ambassade de France aux États-Unis. 21 février 2001. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.ambafrance-us.org/fr/aaz/const_fra.asp, 5. veebruaril 2005.

⁴³ D. P. Kommers. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2nd edn. Durham and London: Duke University Press, 1997, p 43, fn 60.

⁴⁴ Samas, lk 40.

⁴⁵ Vt G. Carcassonne.

korraldatud ja seesmiselt koherentsetele õigusnormidele, mida tuli tõlgendada täht-tähelt ning ranges vastavuses seadusandja tahte – kohtunik oli vaid “hammasratas kohtuliku täidesaatmise masinavärgis”.⁴⁶ Need postulaadid viitavad õiguspositivismi õigusfilosoofilisele koolkonnale, millele on omane nii õiguse ja moraali kui ka õiguse ja poliitika range lahutatus.

Juba 1926. aastal märkis Hans Kelsen, formalistliku positivismi üks silmapaistvamaid esindajaid siiski, et kohtulikud otsused ei ole ega saa kunagi olla pelgalt seaduseteksti deklareerivad, mistõttu ei saa nad kunagi tipneda pelga seadusandja tahte teatavakstegemisega. Seadust tõlgendades osaleb kohtunik selle loomises ning kohtuotsus loob individuaalse õigusnormi, mis teeb valiku konkureerivate väärtuste vahel – selliselt mõistetuna sisaldab kohtumõistmise funktsioon poliitilist elementi.⁴⁷ Lisaks õigusteoreetik Kelsenile on võimude lahususe rangele teooriale, mis käsitleb kohtunikku üksnes seaduse suuwoodrina, seesmiselt omaseid piire iseäranis konstitutsioonilise õigusemõistmise vallas teadvustanud ka mitmed Saksa õiguspraktikud.

Nii on Saksa Liidu Konstitutsioonikohtu küllap üks tuntumaid kohtunike Dieter Grimm märkinud, et iseäranis konstitutsioonikohtud ületavad vältimatult joone õiguse ja poliitika ehk õigusloome ning õiguse rakendamise protsessi vahel, kuna konstitutsioon ei paku üheselt mõistetavat ja täielikku standardit seaduste põhiseaduspärasuse hindamiseks. Seejuures kehtib ähmasuse eeldus nii organisatsiooniliste kui protseduuriliste, veel enam aga olemuslike normide nagu põhiõigused kohta.⁴⁸ Ka Maruste rõhutab konstitutsioonilise õigusemõistmise iselaadsust: “[...] Põhiseadusel on võrreldes tavalise õigusega (seadusega) oluline eripära. Ta on tavalisest õigusest kõrgemalseisev, väärtuseline, abstraktne, poliitiliselt “tundlik”, pigem eesmärgiseadeline kui regulatiivne jne. Kui tavalise seaduse sätete puhul on üldisus ja avatus pigem erand kui reegel, siis Põhiseaduse puhul on see vastupidi. Seega nõuab Põhiseadus [...] spetsiifilist lähenemist.”⁴⁹ Kohtunik Leibholz lisab, et oleks “illusioon ja ... lubamatu formaalne positivism oletada, et on võimalik või lubatav rakendada

⁴⁶ D. P. Kommers. *Judicial Politics in West Germany: A Study of the Federal Constitutional Court*. Beverly Hills, London: Sage Publications, 1976, p 44.

⁴⁷ H. Kelsen. *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*. Wien: R. M. Rohmer, 1926 (viidatud: C. Guarnieri, P. Pederzoli. *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p 5).

⁴⁸ D. Grimm. Comment: C. Landfried. *Constitutional Review and Legislation in the Federal Republic of Germany*. – C. Landfried (ed.). *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p 169.

⁴⁹ R. Maruste. *Põhiseadus ja selle järelevalve. Võrdlevad selgitused. Kommentaarid. Tekstid*. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 1997, lk 134.

... üldisi konstitutsioonilisi printsiipe... püüdmata neid samaaegselt asetada mõistlikku suhtesse eksisteeriva poliitilise korraga.”⁵⁰

Ehkki ennekõike seostatakse seesugust ranget lähenemist võimude lahususe doktriinile ja sellest tulenevatele võimuharude kindlapiirilistele kompetentsidele kontinentaalse õigusemõtlemisega, leiab sarnaseid elemente rohkesti ka Anglo-Ameerika konstitutsioonilises õigusemõtlemises, kus olemasoleva (konstitutsioonilise) normi sisu “ülesleidmise” ja konkreetsele kaasusele kohaldamise teooriale vastas traditsiooniline arusaam, mille järgi kohtunike roll piirnes seaduste tõlgendamise, mitte nende loomisega, ning mis pidas konstitutsioonilises õigusemõistmises ainsaks aktsepteeritavaks tõlgendamisreeglis lähtumist konstitutsiooniloojate kavatsustest.⁵¹ Selle lähenemise küllap kuulsaimaks esindajaks on sir William Blackstone, kes märkis oma paljutsiteeritud teoses “Commentaries on the Laws of England”, et kohtunike ainus funktsioon on õigust “kuulutada”, kuivõrd nad on üksnes “õiguse hoiustajad – elavad oraaklid, kes on vandega kohustatud otsustama vastavalt maal valitsevale õigusele.”⁵²

Konstitutsiooniloojate kavatsustest kaugenemise võrdsustamine kohtuliku aktivismiga ei ole tundmatu ka tänapäeval – mitmed autorid sisustavad kohtulikku aktivismi just nimelt originalistide põhiseisukohtade hülgamisena.⁵³

1.3.2.1.1. Traditsiooniline põhiseaduslikkuse järelevalve

Kohtunike erakordselt tagasihoidlikust rollist seaduste kohaldamisel lähtus ka traditsiooniline põhiseaduslikkuse järelevalve mudel, mis prevaleeris Ameerika Ühendriikides tema konstitutsioonilise ajaloo algusest kuni 19. sajandi lõpuni. Caldeira ja McCrone nimetavad Ülemkohut Kodusõja eelsel ajal koguni “poliitiliseks eunuhhiks”.⁵⁴

Põhiseaduslikkuse järelevalve traditsioonilise teooria pooldajate kõige fundamentaalsem jagatud oletus oli, et konstitutsioonil on väljaselgitatav, talle autorite poolt antud tähendus, ning et see

⁵⁰ G. Leibholz. *Politics and Law*. Leiden: A. W. Sythoff, 1965, p 276 (viidatud: D. P. Kommers, (1997), lk 44).

⁵¹ K. M. Holland. *Judicial Activism in the United States*. – K. M. Holland (ed.). *Judicial Activism in Comparative Perspective*. Macmillan: London, 1991, p 15.

⁵² W. F. Murphy, C. H. Pritchett. *Courts, Judges, and Politics*. 4th edn. New York: Random House, 1986, p 4.

⁵³ Selle kohta vt lähemalt käesoleva töö p 2.1.3.2.1.

⁵⁴ G. A. Caldeira, D. J. McCrone. *Of Time and Judicial Activism: A Study of the U.S. Supreme Court, 1800-1973*. – S. C. Halpern, C. M. Lamb (eds.). *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington, Mass.: Lexington Press, 1982, p 106.

tähendus on konstitutsioonilise tõlgendamise eesmärk ja objekt, olles autoriteetne ning otsustav.⁵⁵ Niisiis uskusid traditsionalistid, et konstitutsiooni talle autorite poolt antud tähendust on vajalikke võtteid kasutades võimalik välja selgitada.

Selliste võtete hulka kuulusid Wolfe järgi konstitutsiooni (mida vaadeldi kui mistahes tõlgendatava dokumendi erijuhtu) sõnade vaatlemine nende üldrahvalikus tähenduses ning nende tõlgendamine konteksti valguses. Kontekst hõlmas seejuures nii vaatluse all oleva sätte sõnastuse kui dokumendi kui terviku – tema mõisted ja struktuuri. Arvestada võis ka dokumendi kirjutamise ajaloolisi asjaolusid ning nt kongressidebatte, kuid neisse tuli suhtuda ettevaatlikkusega – neid võis kasutada teksti seletamiseks, mitte modifitseerimiseks.⁵⁶ Selle ajaloolise tõlgendusreegli kuulsaimaks väljenduseks peetakse USA ülemkohtunik Roger Taney seisukohta kohtuasjas *Dred Scott v. Sandford*⁵⁷ aastast 1857, mille kohaselt konstitutsioon “räägib mitte ainult samade sõnade, vaid ka sama tähenduse ning eesmärkidega, millega ta [s.t konstitutsioon – B. A.] kõneles siis, kui ta väljus oma loojate kätest ja võeti hääletusel vastu Ameerika rahva poolt. Mistahes teine tõlgendusreegel muudaks olematuks kohtu kohtuliku iseloomu ja muudaks selle [s.o kohtu – B. A.] pelgaks valitseva hetke avaliku arvamuse või kire peegelduseks.”⁵⁸

1.3.2.2. Konstitutsioonikohtute võimupiiride laienemine

Alates 19. sajandi lõpust on arusaamine konstitutsioonikohtute “kohastest” võimupiiridest läbi teinud olulise arengu. Konstitutsioonikohtunikest kui konstitutsiooniloojate tahte jõustajatest ehk konstitutsioonis “eelolevate” väärtuste suuvoodritest on nii Ameerika Ühendriikides kui Saksamaal saanud “sotsiaalsed insenerid”, kes ühiskondlike protsesse olulisel määral mõjutavad. Seda arengut tähistavad järgnevalt kirjeldamisele tulevad verstepostid konstitutsiooniõigusliku mõtte teisenemise teel.

⁵⁵ C. Wolfe, lk 12.

⁵⁶ Samas, lk 10-11.

⁵⁷ Selles, USA konstitutsiooniajaloo ehk kurikuulsaimas kaasuses otsustas USA Ülemkohus, et ei orjad ega nende järeltulijad saa olla Ühendriikide kodanikud, vaid on omand, mida ei tohtivat nende isandatelt võõrandada. – 15 L. Ed. 691 (1857) (viidatud: M. J. Gerhardt, T. D. Rowe, Jr. et al. *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*. 2nd edn. New York: Lexis Publishing, 2000, p 5).

1.3.2.2.1. Loomuõiguslik põhiseaduslikkuse järelevalve

Wolfe järgi saabus fundamentaalne pööre kohtuliku järelevalve ning konstitutsioonilise õigusmõtlemise ajaloos 19. sajandi lõpupoole seoses fenomeniga, mida kutsuti loomuõiguslikuks põhiseaduslikkuse järelevalveks (ingl. k *natural justice judicial review*). Sellele toetudes tunnistasid kohtunikud seaduseid kehtetuks põhjusel, et need ei olnud kooskõlas loomuliku õigluse printsiipidega, isegi konstitutsiooni sätetest sõltumatult.⁵⁹ Juba 1810. aastal oli toonane Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu esimees kohtunik Marshall, üks tõlgendamisel loomuõiguslike printsiipide kasutamise eestkõnelejad, märkinud, et kahtluse korral konstitutsiooniloojate algsete kavatsuste suhtes peaksid kohtunikud konsulteerima “konstitutsiooniga konstitutsiooni taga” – loomuõigusega, mida Marshall pidas ratsionaalseks, õiglaseks, muutmatuks, objektiivseks ja inimesele kättesaadavaks puhtalt nende mõistuse läbi, ilma jumaliku ilmutuseta.⁶⁰

See seisukoht, nagu kõik loomuõiguslikku traditsiooni kuuluvad, lähtus eeldusest, et looduses eksisteerib sisemine korrastatus, mis väljendub teatud universaalsetes väärtustes, mis “ei ripu ära inimeste tahtest, huvidest, konventsioonidest vms.”⁶¹ On ju kogu ratsionalistliku loomuõiguse tuumaks väide, et inimene on võimeline loomuõiguse sisuks olevaid universaalseid ja muutumatuid printsiipe tunnetama.⁶² Selles väites, mille kehtivuse korral eksisteerib igale õiguslikule küsimusele üks, ratsionaalse mõistuse abil leitav ainuõige vastus ning kohtunike ülesanne seisneb pelgalt seesuguse vastuse ülesleidmises, seisneb ühtaegu nii ratsionaalse loomuõiguse tugevus kui nõrkus.

Kokkuleppimatuse tõttu universaalselt kehtivate väärtuste kataloogis (või sellise kokkuleppimise võimatuse tõttu) on “konstitutsiooni taga oleva konstitutsiooniga” konsulteerimise juures siiski alati oht lugeda konstitutsioonist välja oma maailmavaatega ühtivad printsiibid. Novaki järgi on loomuõiguse üldiste printsiipide avastamine, millele rajatakse varem ähmasena tundunud õigused, seesugune kohtuliku otsusetegemise protsess, millele toetub enamuse aktivistlikust tegevusest.⁶³ 1920-1930ndatel leidsid õigusteadlased taolise “kohtunike jumaliku õiguse” [kasutada argumenteerimisel loomuõiguse üldiseid printsiipe – B. A] olevat “absoluutselt kohatu riigis, mis

⁵⁸ *Dred Scott v. Sandford*, 19 Howard 393 (1857) (viidatud: K. M. Holland (viide 51), lk 15).

⁵⁹ C. Wolfe, lk 18.

⁶⁰ *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch 87 (1810). (viidatud: K. M. Holland (viide 51), lk 15).

⁶¹ P. Jõgi. Õigus ja eetika: Teooriaid õigusest ja õiglusest 20. sajandi õigusfilosoofias. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 1997, lk 44.

⁶² Samas, lk 46.

pühendus demokraatiale ja püüdes selle täiustamise poole.”⁶⁴ Paralleelselt loomuõigusliku traditsiooni esilekerkimisega hakkas Ameerika Ühendriikides pead tõstma uus lähenemine õigusele – sotsioloogiline jurisprudents, mis hakkas oma argumente jumaliku korra asemel otsima kasulikkusest ühiskonnale.

1.3.2.2.2. Õigusrealistlik pööre Anglo-Ameerika õigusmõtlemises

Hollandi järgi aastatel 1870-1889 Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu poolt konstitutsioonivastaseks tunnistatud seadusandlike aktide arv, võrreldes eelmise kahekümneaastase perioodiga, kahekordistus. Aastatel 1910-1919 kasvas kohtuvõimu teostamine seadusandluse üle 31 protsendi võrra.⁶⁵ Holland mõnab, et ehkki osa kasvust tuleb kirjutada seadusandluse enese kasvu arvele, oli see “paljuski tingitud kohtunike taju muutusest oma rolli suhtes, mille omakorda tegi võimalikuks **uudne arusaamine õiguse loomusest** [minu rõhutus – B. A.]”. Tema väitel olid Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu kohtunikud 1890ndatel aastatel tugevasti mõjutatud uuest “sotsioloogilisest jurisprudentsist” – õigusrealismist.⁶⁶ Ka Murphy ja Pritchett märgivad, et õigusrealismi esilekerkimine Ameerika Ühendriikides alates 1930ndatest aastatest “aitas palju kaasa kohtuliku otsusetegemisega vältimatult seotud loomingulise elemendi ja selle seesmiselt poliitilise iseloomu tunnustamisele.”⁶⁷

See, Ameerika õigusrealism,⁶⁸ sündis reaktsioonina mehaanilisele, õiguse kohaldamist faktidele formaalse süllogismi abil propageerivale lähenemisele,⁶⁹ esitades nõude loobuda õiguse käsitlemisel abstraktsetest konstruktsioonidest ning “rääkida õigusest nii nagu see tegelikkuses funktsioneerib.”⁷⁰

⁶³ D. Novak. *Economic Activism and Restraint*. – S. C. Halpern, C. M. Lamb (eds.). *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington, Mass.: Lexington Press, 1982, p 79.

⁶⁴ W. Mendelson. *Was Chief Justice Marshall an Activist?* – S. C. Halpern, C. M. Lamb (eds.). *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington, Mass.: Lexington Press, 1982, p 57.

⁶⁵ K. M. Holland (viide 51), lk 15.

⁶⁶ Samas, lk 16.

⁶⁷ C. Guarnieri, P. Pederzoli. *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp 5-6.

⁶⁸ Ameerika õigusrealismi näol on tegemist sotsioloogilise jurisprudentsi ühe edasiarendusega – sotsioloogilisest koolkonnast lahkulöönud intellektuaalse liikumisega. Nt Igor Gräzin märgib, et õigusrealism on oma põhiväidetelt väga lähedane sotsioloogilisele positivismile. – I. Gräzin. *Anglo-Ameerika õigusfilosoofia*. Lühiväljaanne. 2., täiendatud trükk. Tartu: Sihtasutus Iuridicum, 1999, lk 64. See lähedus on tingitud nende koolkondade käsitlemise ka ühe intellektuaalse suunana. Vt nt H. McCoubrey, N. D. White. *Textbook on Jurisprudence*. 3rd edn. Oxford: Oxford University Press, 1999, p 202. Käesolevas töös on ülevaatlikkuse huvides eristusest loobutud ning termineid õigusrealism ja sotsioloogiline jurisprudents kasutatud vaheldumisi.

⁶⁹ H. McCoubrey, N. D. White. *Textbook on Jurisprudence*. 3rd edn. Oxford: Oxford University Press, 1999, p 202.

⁷⁰ P. Jõgi, lk 76.

Õigusrealismi “manifestiks” peetakse Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu kohtuniku Oliver Wendell Holmes’i seisukohta 1897. aastal ilmunud essees “Õiguse rada”, mis kõlab järgmiselt: “kui me võtame aluseks [...] “paha poisi” vaate, siis me leiame, et ta ei hooli põrmugi ei aksioomidest ega deduktsioonist – ainus, mida ta soovib teada, on, kuidas käitub tema asjas tegelikult Massachusettsi või Inglise kohus. [...] Ettekuulutus selle kohta, mida kohtud tegelikult teevad, ja ei midagi pretensioonikamat, on see, mida ma pean õiguse all silmas.”⁷¹

Demüstifitseerides õiguse, tõi Holmes “maa peale” ka selleni jõudmise viisid, tunnistades tervet rida mittejuriidilisi faktoreid, mis kohtulikku otsusetegemist mõjutavad. Holmes kirjutab: “Ajajärgu tunnetatud vajadused, valitsevad moraalsed ja poliitilised teooriad, avaliku poliitika (ingl. k *public policy*) vaistlik tunnetamine – kas avalikult mõõnduna või ebateadlik –, ning isegi eelarvamused, mida kohtunikud oma kaaskondsetega jagavad, on inimelu reguleerivate normide sisustamisega rohkem seotud kui süllogismid. [...] Just need kaalutlused, mida kohtunikud kõige harvemini mainivad, ja alati koos vabandustega, on tegelikult salajaseks juurestikuks, millest õigus ammutab kogu oma elumahla. Seejuures pean ma silmas muidugi kaalutlusi selle kohta, mis on kõnesoleva kogukonna jaoks kasulik.”⁷²

Kasulikkust kogukonna jaoks õigusliku otsuse langetamisel rõhutab ka kohtunik Holmes’i mantlipärija Ameerika Ühendriikide Ülemkohtus, Benjamin Nathan Cardozo: “Kui ühiskondlik nõudmine on piisavalt kindel ja kui reegli rakendamine toob kaasa rasked tagajärjed ja vastuvõtmatud järelused, siis peab võidutsema kasulikkus.”⁷³ Ka õigusrealismi teise teoretiku, Karl Llewellyni jaoks oli õigus vahend saavutamaks sotsiaalseid eesmärke, mis peaks sel põhjusel olema mitte tagasi-, vaid ettepoole vaatav, ning vormima ennast seega ühiskonna tänastele ja homsetele vajadustele vastavalt.⁷⁴ Roscoe Pound, õigusrealismi “emaks” oleva sotsioloogilise jurisprudenti kuulsaimaid teoretikuid, põhjendas õiguse uudse sisustamise vajadust väitega, et õigus ei suuda kontrollida ühiskonda, kui ta ei rahulda fundamentaalset sotsiaalset vajadust ühtaegu nii stabiilsuse kui muutuste järele. Seejuures rõhutas Pound kohtuniku kriitilist tähtsust õigusesse tõeliselt loova elemendi sissetoomisel, uskudes, et just kohtunikud on seadusandjast paremal

⁷¹ O. W. Holmes. The path of the law. 10 Harv. L. Rev. 457 (1897), pp 460-461.

⁷² M. Lerner (ed.). The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters, and Judicial Opinions. New York: Random House, 1943, pp 51-54 (viidatud: H. McCoubrey, N. D. White, lk 204).

⁷³ Selected Writings of B. N. Cardozo. New York, 1947, pp 196 jj (viidatud: I. Gräzin. Anglo-Ameerika õigusfilosoofia. Lühülevaade. 2., täiendatud trükk. Tartu: Sihtasutus Iuridicum, 1999, lk 59).

⁷⁴ H. McCoubrey, N. D. White, lk 206.

positsioonil, saavutamaks jätkusuutlik kohtumõistmine, mis on tarvilik, kui eesmärgiks on pigem õigussüsteemi harmoniseerumine kui kokkupõrge laiemas sotsiaalse süsteemiga.⁷⁵

Õigusrealistide õpetuse kohaselt ei leia ega avasta kohtunikud õigust, vaid loovad seda, ning tõlgendamine peegeldab rohkem kohtuniku personaalseid omadusi kui kaasusele iseomaseid fakte või rakendatavat õigust.⁷⁶ Ka Wolfe märgib, et kui traditsioonilisele ajastule oli iseloomulik, et olid olemas üldiselt aktsepteeritud tõlgendamisreeglid, mis korrektselt rakendatuna kujutasid endast adekvaatseid juhiseid dokumendi tähenduse juurde, siis järgnevatel ajastutel sai tõlgendamisest pigem uue tähenduse loomise kui konstitutsiooni sisemise tähenduse kinnitamise ning ellurakendamise protsess.⁷⁷

Holmes'i ja tema järgijate järgi pakkusid põhiseadused ja seadused küll printsiipe kaasuste lahendamiseks, kuid nende kohaldamine konkreetsetele juhtumitele sisaldas palju määramatust – kirjalike dokumentide defineerimine ja kohaldamine sisaldas õigusloomet seaduse lünkades. Konstitutsioonide ülim üldsõnalisus tegi konstitutsiooniõigusest ebahariliku ebamäärasuse valdkonna ja seega valdkonna, mis iseäranis vajas kohtunikepoolset õigusloomet lünkade täitmiseks.⁷⁸

Just õigusrealismi „pärandina“ hakati esmakordselt rääkima vajadusest loobuda mehaanilisest õigusemõistmisest – arusaamast, et seadus sisaldab endas valmis vastust kõikidele probleemidele, sobivat mistahes ajale ja asjaoludele. Selle asemel levis arusaam, mille kohaselt tuleks konstitutsiooni tähendust mõista käesoleva ajastu, mille tingimusi ei olnud konstitutsiooni loojatel võimalik ette näha, uute vajaduste valguses.⁷⁹ Kokkuvõtlikult aktsepteeriti tõlgendamistegevuses konstitutsiooni kohaldamist muutunud aegadele.

Teiseks tunnistati kohtuniku õigust loobuda reegli – seaduse või pretsedendi – järgimisest, kui see tooks kaasa raskeid, s.o ühiskonnale mittesoovitavaid tagajärgi. Cardozo järgi oli kohtunik lõppastmes vaba otsustama, kas rakendada olemasolevat seadust või pretsedenti või loobuda neist.⁸⁰

⁷⁵ W. F. Murphy, C. H. Pritchett, lk 5-6.

⁷⁶ R. Pound. Mechanical Jurisprudence. 8 Colum. L. Rev. (1908), pp 605-23 (viidatud: K. M. Holland (viide 51), lk 16).

⁷⁷ C. Wolfe, lk 18.

⁷⁸ Samas, lk 21.

⁷⁹ Samas, lk 21-22.

⁸⁰ I. Gräzin. Anglo-Ameerika õigusfilosoofia. Lühülevaade. 2., täiendatud trükk. Sihtasutus Iuridicum, Tartu, 1999, lk 59.

Konstitutsioonilisse kohtumõistmisse sisenes kasulikkuse argument – kohtunik võis otsuse langetamisel arvesse võtta otsuse kasulikkust kogukonna jaoks.

Kolmandaks tunnistati poliitika-argumendi sissetoomise võimalikkust ja vajalikkust seni pigem mehaaniliseks, “puhtaks” ja väärtusvabaks peetud õiguslikku argumentatsiooni. Holmes, kes esimesena tunnistas, et eksisteerib mitmeid mitteõiguslikke faktoreid, mis õigust mõjutavad – ja nende hulgas nimetas Holmes moraalsust, poliitikat (ingl. k *politics*) ja eelarvamusi –, nägi “poliitikat” (ingl. k *policy*) kui kõige fundamentaalseimat õigust mõjutavat elementi. Holmes võitles selle eest, et kohtunikkond muutuks avatumaks poliitika-argumendi kasutamisel, et “kaoks vajadus piiluda pretsedentide ja iseenesest vale mehaanilise argumentatsiooni taha, saamaks teada, mis tegelikult toimub.”⁸¹

Nende uute tõlgenduspõhimõtete sisseimbumise aega konstitutsioonilisse õigumõistmisesse mahuvad Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu otsused, mis tunnistasid kehtetuks osariikide regulatiivsed nn healuseadused.⁸² Hollandi järgi lähtus Ülemkohus seejuures kasulikkuse kriteeriumist, tunnistades nimetatud seadused kehtetuks põhjusel, et need olid “riigi jaoks halvad.”⁸³ 1937. aastaks oli Ülemkohus Hollandi järgi liikunud kaugele eemale pelgalt konstitutsioonilise tõlgendamise ülesannetest ning muutunud “poliitikat kujundavaks institutsiooniks, kes võistles Kongressi ja täidesaatva võimuga osalemise pärast seadusloomeprotsessis.”⁸⁴

Õigusrealismi esilekerkimisega toimunud nihkele õiguspõhises sarnast tendentsi, ehkki vähemal määral, võib märgata ka Saksamaal, kus 20. sajandi alguses kerkis reaktsioonina õiguspositivismile esile “vaba õiguse koolkond”, mille esindajad olid arvamusel, et kohtunik ei ole seotud seaduse kirjatähga, vaid on vaba järgima seaduse tõelist vaimu ning isegi looma uut seadust, kui teda selleks volitavad kaasuse erilised asjaolud.⁸⁵ Ehkki “vaba õigus” tähendas eelkõige seaduse diktaadist vaba õigust, ei propageeritud kohtunikku täielikku allumatust seadusele, vaid üksnes kohtuniku õigust täita seaduselinki. Seejuures peeti lüngaks ka olukorda, kus seadusandja on jätnud mõne normi sisult ebaselgeks. Põhimõtteliselt tunnustas vaba õiguse koolkond kohtuniku peaaegu

⁸¹ H. McCoubrey, N. D. White, lk 204.

⁸² Nn Uue Kursi raames tarvitusele võetavate meetmete pakett. Vt ka allpool, joonealune viide nr 250.

⁸³ K. M. Holland (viide 51), lk 17.

⁸⁴ Samas.

⁸⁵ D. P. Kommers (1976), lk 37.

piiramatu õigust luua uut õigust.⁸⁶ Kommers märgib, et ehkki vaba õiguse koolkonna esindajatel ei õnnestunud murda Saksa õiguspositivismi, õnnestus neil ometi murendada selle alustalasid.⁸⁷ Tekkinud lõhedes sündis nii konstitutsiooni kohtulik järelevalve kui hakkasid võrsuma senisest enam kohtunikupoolset tõlgendustegevust aktsepteeriv õigusmõtlemine.

1.3.2.2.3. Kodanikuõiguste “revolutsioon” kohtuvõimu piiride nihutajana

Kui veel utilitarismi “isa” Jeremy Bentham pidas mõtet inimestele kuuluvatest moraalsest õigustest “nonsensiks karkudel,”⁸⁸ siis tänapäeval on rõhuv enam õigusõpetlasi, filosoofe ja moraliste seisukohal, et igal inimolendil on õigus vähemalt mõningatele põhiõigustele, ning mõõnavad, et ükski valitsus ei sõanda oluliselt lahkned a inimõiguste ideoloogiast.⁸⁹

Lisaks õigusrealismile ja selle esilekerkimisega toimunud nihetele õigusmõistmise olemusest aitas kohtuvõimu funktsioonide ümbermõtestamisele suuresti kaasa inimõiguste diskursuse kiire areng peale Teist maailmasõda, mis tõstis liberaalsed konstitutsioonilised õigused kaasaegse konstitutsiooniõiguse keskmesse. R. L. Brown nimetab seda ajajärku perioodiks, mil “liberaalsed akadeemikud pidasid ägedat võitlust iseendaga, lepitamaks nende endist, seadusandliku võimu primaarsust kinnitavat vaadet, järjest ilmsema vajadusega kodanikuõiguste kaitse järele.”⁹⁰

Ehkki inimõiguste kontseptsiooni kujunemist on võimalik jälgida juba alates antiikajast, on idee inimestele kuuluvatest, valitseja vastu suunatud õigustest, millistena me täna inimõigusi mõistame, suhteliselt uus. Kuni 18. sajandi lõpuni valitses riigifilosoofias arusaam, mille kohaselt riigi ülimalks ülesandeks on oma kodanike kaitsmine väliste ohtude eest.⁹¹ See arusaam hakkas murenema alles Briti filosoof John Locke töödega, kus eitati riigi õigust jätta oma kodanikud kaitse eest ilma neile kaasasündinud õigustest. Locke teose “Two Treatises of Civil Government”, kus Locke väljendas ideed riigi vastu jõustata vate õiguste olemasolust, ilmumisest 1690. aastal kulus siiski peaaegu

⁸⁶ M. Luts. Õigusfilosoofia I. Sissejuhatus õigusfilosoofiasse. Õpik Tartu Ülikooli õigusteaduskonna üliõpilastele. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 1997, lk 143-144.

⁸⁷ D. P. Kommers (1976), lk 37.

⁸⁸ R. Dworkin, lk 184.

⁸⁹ Burns H. Weston. Human Rights. – R. P. Claude, B. H. Weston (ed.). Human Rights in the World Community: Issues and Action. 2nd edn. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992, p 17.

⁹⁰ R. L. Brown, lk 1260.

⁹¹ Selle seisukoha järgi, mille kuulsaimaks esindajaks oli Thomas Hobbes, sai riik (Leviathan) oma välise rahu tagamise ülesannet täita vaid vabana õiguslikest sidemetest ning oli seega allutatud üksnes Jumala käskudele. Mingeid “loomulikke õigusi” sellise riigi vastu ei olnud mõeldav jõustada.

sajand, enne kui nimetatud mõte leidis postuleerimist esimestes inimõigusi tunnustavates riigi põhialuseid konstitueerivates aktides.

Järgemööda leidsid inimõigused äramärkimist Ameerika Ühendriikide 1776. aasta Iseseisvusdeklaratsioonis ning Prantsuse 1789. aasta Inim- ja kodanikuõiguste deklaratsioonis, levides viimase toimetel 1815. aastal moodustatud Saksa Liidu riikidesse ning jõudes 1850. aastal Preisi konstitutsiooni eraldiseisva peatükina.⁹² Inimõiguste kaitse võimalused olid nende esmakordsele deklareerimisele vahetult järgneval ajajärgul siiski piiratud. Konventsionaalse vaate kohaselt kujutasid konstitutsioonis sisalduvad õigused endast üksnes üldisi reegleid, mida seadusandja oli vaba interpreteerima. Kommers märgib, et ehkki põhiseaduslikkuse järelevalvet Saksamaa kohtutes printsiibina tunnistati ja ka rakendati, kehtestati see sõnaselge printsiibina kirjalikus konstitutsioonis siiski alles pärast Teist maailmasõda.⁹³ Teine maailmasõda ja selle eelvaatus on sündmused, millel on inimõiguste universaalses tunnustamises täita olnud küllap olulisim roll.

Bojan Bugarić on märkinud, et kui kuni Teise maailmasõjani erinesid Ameerika Ühendriikide ja Euroopa vaated kohtuvõimu rollile suhtes seadusandliku võimuga teineteisest oluliselt, siis demokraatlike režiimide langus Saksamaal, Itaalias, Austrias, Hispaanias, Portugalis ja Prantsusmaal; natsismist ja fašismist tingitud traumad ning kaks maailmasõda õõnestasid oluliselt traditsioonilist euroopalikku usaldust kõikvõimsa seadusandja vastu.⁹⁴

McCoubrey ja White kirjutavad, et kogu tänapäevasele mõistetud inimõiguste paradigma “võrsus õudustest, mis said avalikuks seoses Kolmanda Vabariigi langemisega Saksamaal”.⁹⁵ Marek Piechowiaki järgi on “[t]änapäeva inimõiguste kontseptsiooni allikaks [...] seadustatud õigusetus”, mille raames pandi toime kuritegusid seaduse alusel, jättes mõned inimesed ilma inimese staatusest.⁹⁶ Nendest viidetest natsistliku režiimi väärtarvitustele aimubki põhjus, miks just Saksamaal oli küsimus riigivõimu piiramisest inimõiguste kaitse eesmärgil iseäranis terav. Detlew

⁹² Inimõiguste ajaloo kohta vt pikemalt: C. Tomuschat. *Human Rights: Between Idealism and Realism*. Academy of European Law. European University Institute. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp 6-23. Autori rõhk on siiski pigem inimõiguste rahvusvahelise kaitse arengul.

⁹³ D. P. Kommers (1976), lk 39-42.

⁹⁴ B. Bugarić. *Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition*. 42 *Harv. Int'l L. J.* 247 (2001), pp 254-255.

⁹⁵ H. McCoubrey, N. D. White, lk 321.

⁹⁶ M. Piechowiak. *Mis on inimõigused? Inimõiguste mõiste ja nende õigusväline põhjendus*. – R. Hanski ja M. Suksi (toim.). *Rahvusvahelised inimõigused ja nende kaitse*. Sissejuhatav käsiraamat. Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2001, lk 13.

W. Belling märgib, et pärast natsionaalsotsialistliku Saksamaa kogemust „asetati **põhiõigused** Saksamaa Liitvabariigi põhiseaduses **eksponeeritult** konstitutsiooni algusesse.“⁹⁷

Ameerika Ühendriikides olid inimõigused peamiseks konstitutsiooniliste vaidluste aineseks muutunud juba varem, 1930ndate aastate keskpaigas.

1938. aastal teatas Ameerika Ühendriikide Ülemkohus kohtuotsuses asjas *U.S. v Carolene Products Co*, et kui ta “nüüdsest ka allub seadusandja poolt valitud majanduspoliitikale, kavatseb ta konstitutsioonivastaseks kuulutada seadused, mis rikuvad fundamentaalseid poliitilisi ja isiklike õigusi nagu valimisõigus ja sõnavabadus, või seadused, mis diskrimineerivad rassilisi või religioosseid vähemusi.”⁹⁸ Shapiro märgib, et ehkki säärast murrangut kohtu rõhuasetuses on tihti kujutatud kui eraldusjoont uue ja vana kohtu ning kontrasti omandiõiguste ning kodanikuõiguste ja –vabaduste vahel, toimus kohtulikustumise aspektist vaid transformatsioon omandiõiguste kaitselt kodanikuõiguste omale.⁹⁹ Kui 1930ndate keskpaigas oli individuaalsete õigustega, mis ei olnud omandiõigused, seotud 10% Ülemkohtu otsustest, siis hilistel 1960ndatel puudutas individuaalseid õigusi peaaegu 70% Ülemkohtu otsustest. Seda transformatsiooni omandiõiguste kaitselt kodanikuõiguste omale tuntakse laialdaselt kui inimõiguste revolutsiooni.¹⁰⁰ Hollandi järgi oli Ülemkohus 1950ndate aastate alguseks kindlustanud oma positsiooni “rõhutute eestvõitlejana”.¹⁰¹

Esimeseks valdkonnaks, kus kohus oma võimu kindlustas, sai esimene konstitutsiooniparandus, mis kaitseb omavahel osaliselt kattuvaid nõu vaimu valdkondi – usku, emotsioone ja mõistust – keelates otseselt keskvõimu sekkumise indiviidide usu-, sõna- ja ühinemisvabadusse ning nendega seotud muudesse poliitilistesse vabadustesse. Hilistest 1930ndatest kuni 1940ndate lõpuni näitas kohus üles erilist tundlikkust sõnavabadust ja religiooni puudutavate kaebuste suhtes, kusjuures sõnavabadusest sai valdkond, kus üldiselt kehtis vaidlustatava seadusandluse konstitutsioonivastasuse eeldus.¹⁰² Teised olulisemad otsused sellest perioodist puudutavad rassilist desegregerimist, palvekeeldu riigikoolides, valimispiirkondade õiglast jaotamist, rassidevaheliste abielude, abordi, pornograafia ja kontratseptiivide legaliseerimist.

⁹⁷ D. W. Belling. Põhiõiguste tähendus eraõigusele. *Juridica* 2004/1, lk 3.

⁹⁸ *U.S. v Carolene Products Co*. 304 U.S. 144, 152-3 (1938) (viidatud: K. M. Holland (viide 51), lk 17-18).

⁹⁹ M. Shapiro. *United States*. – C. N. Tate and T. Vallinder (eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: NY University Press, 1995, p 46.

¹⁰⁰ C. R. Epp, lk 2.

¹⁰¹ K. M. Holland (viide 51), lk 17-18.

¹⁰² Lähemalt vt C. Wolfe, lk 24.

Holland märgib, et inimõiguste doktriini laialdase kasutuselevõttuga muutus Ameerika Ühendriikide Ülemkohus “pidevalt kooskäivaks moraalifilosoofia seminariks”, mis kasutas konstitutsioonilise tõlgendamise ammendamatu allikatena teadlaste nagu Ronald Dworkin või John Rawls kirjutisi.¹⁰³ Dworkin, kes võitles individuaalsete õiguste eest, mida seadusandja ei saa harilikel poliitilistel kaalutlustel jalge alla tallata,¹⁰⁴ märkis oma esmakordselt 1977. aastal ilmunud krestomaatilises teoses “Võttes õigusi tõsiselt”, et kogu inimõiguste instituut on oluline põhjusel, et see “kujutab endast enamuse lubadust vähemustele, et nende väärikust ning võrdsust kaitstakse.”¹⁰⁵

1.3.2.2.4. Kohtuvõimu ekspansioon: Brown vs Board of Education ja selle järelmid

1954. aastal tegi Ameerika Ühendriikide Ülemkohus otsuse asjas *Brown vs Board of Education of Topeka (1954)* [Brown I], mis Shapiro järgi oli “sündmus, mis lõi müütiliste proportsioonidega paradigma,”¹⁰⁶ ning tähistas kohtuvõimu ekspansiooni algust. 1955. aastal järgnes sellele kohtuasi *Brown vs Board of Education of Topeka (1955)* [Brown II], millega nõuti Ülemkohtult esimese *Brown*’i otsuse tegelikuks jõustamiseks positiivse desegregatsioonikorralduse andmist. Nendes asjades leidis Ülemkohus, et rassiline segregatsioon avalikes üldhariduskoolides on konstitutsioonivastane, kuna ei taga mustadele ja valgetele lastele võrdsed haridusvõimalusi ning sealt tulenevalt võrdsed võimalusi, löömaks kaasa normaalses poliitilises protsessis, rikkudes seega 14. konstitutsiooniparandusega tagatud seaduste võrdse kaitse printsiipi, ning nägi oma korraldusega ette koolide “kohese rassilise desegregerimise.”¹⁰⁷

Raamatu “Constitutional Theory: Arguments and Perspectives” autorite kohaselt kujutavad *Brown*’i otsused endast “mitmete teemade nagu teksti kasutamine; ajaloo ja loojate kavatsuste siduv jõud; pretsedendi kaalukus; väljapoole konkreetse kaasuse asjaolusid jäävate sotsiaalsete faktide roll; seadusandliku meetme motiivid ning moraalse argumentatsiooni roll konstitutsioonilises õigusemõistmises, mikrokosmost, mis on kuni tänaseni jäänud konstitutsiooniteooria olulisimateks vastuolulisteks küsimusteks.”¹⁰⁸

¹⁰³ K. M. Holland (viide 51), lk 23.

¹⁰⁴ H. McCoubrey, N. D. White, lk 157.

¹⁰⁵ R. Dworkin, lk 205.

¹⁰⁶ M. Shapiro, lk 47.

¹⁰⁷ *Brown vs Board of Education of Topeka (Brown I)*, 347 US 483; *Brown vs Board of Education of Topeka (Brown II)*, 349 US 294. Vt ülevaatlilikult: J. B. Grossmann, R. S. Wells. *Constitutional Law and Judicial Policy Making*. 3rd edn. New York, London: Longman, 1988, lk 299-304.

¹⁰⁸ M. J. Gerhardt, T. D. Rowe, Jr. et al, lk 7.

Otsustest sai alguse ulatuslik koolisüsteemi kohtutepoolne ümberkujundamine. Rakendamaks Ülemkohtu poolt “loodud” võrdsete võimaluste printsiipi haridussüsteemis, tegid alamate astmete kohtunikud koolidele kohustuslikuks detailsed ja pikaajalised nn desegregatsiooniplaanid, mis puudutasid mitmeid koolielu aspekte nagu administreerimine, õppekavad ja kulutused õppevahendeile, uute koolide ehitamine ja bussivedu.¹⁰⁹ Holland märgib, et vandekohtunikud muutusid koolisüsteemi igapäevasteks juhtideks ja administraatoriteks, määrates kohtadele õpilasi ja õpetajaid, pannes paika õppekavasid ja koostades koolibusside sõidugraafikuid.¹¹⁰ Tema järgi tähistab *Brown vs Board of Education* paradigma nihet kohtumõistmises, kuna retrospektiivse hoiaku asemel, mida harilikult kohtumõistmisega seostatakse ning mis keskendub konkreetse kohtuasja faktidele ja õiguste rikkumisest tulenevale hüvitisele, võttis kohus omaks traditsiooniliselt seadusandjale omase proaktiivse hoiaku, juhtides tähelepanu laiale sotsiaalsele probleemile ning töötades välja miljoneid kohtuvaidluse pooleks mitteolevaid inimesi mõjutava poliitika rassisuhete edasiseks reguleerimiseks. Nagu Holland tabavalt märgib, oli kohus “Linda Brownist enesest enam huvitatud sotsiaalse käitumise mustritest ning sotsiaalteadlaste uurimistulemustest.”¹¹¹

Brown’ile järgnesid uued, riiklikke poliitikaid kujundavad otsused – kohtuotsuste kaupa õigust luues kehtestas Ameerika Ühendriikide Ülemkohus 1950ndatel kuni 1960ndatel aastatel riiklikud juhised politseile süüdistatavatega tegelemiseks, roppusi käsitleva seaduse, seadusandjate valimise süsteemi reformi ja uue laimuseaduse; jätkas 1970ndatel püüdega kehtestada vanglatele üleriiklikke standardeid vangide kohtlemiseks ning surmanuhtlust ja aborti reguleerivaid seadusi, legaliseeris 1973. aastal mittemeditsiinilistel põhjustel läbiviidava aborti¹¹² ning 1980ndate lõpul Ameerika Ühendriikide lipu põletamise kui poliitilise protesti vormi. Samaselt koolide administreerimisega asusid kohtud julma ja ebatavalise karistamise klausli alusel sekkuma vanglate administreerimisse kohati kuni duššide veetemperatuuri või vangide sissetoomise ja vabastamise nädalase määra kindlaksmääramiseni.¹¹³ Holland märgib, et Ülemkohtu otsuste tulemusena on pehmenenud üldsuse hoiakud ka välismaalaste, abieluväliste laste, naiste poliitiliste dissidentide, religioossete ja seksuaalvähemuste suhtes.¹¹⁴

¹⁰⁹ M. Shapiro, lk 49.

¹¹⁰ K. M. Holland (viide 51), lk 19.

¹¹¹ Samas, lk 18.

¹¹² *Roe vs Wade*, 410 US 113.

¹¹³ M. Shapiro, lk 50.

¹¹⁴ K. M. Holland (viide 51), lk 20.

Saksamaa vastas Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu 1973. aasta otsusele asjas *Roe vs Wade* 1975. aastal omapoolse abordikaasusega, millega kuulutas esimesel kolmel raseduskuul raseduse katkestamist legaliseeriva seaduse konstitutsioonivastaseks kui elu adekvaatset kaitset mittevõimaldava. Seejuures ei piirdunud kohus konstitutsioonivastase tuvastamisega, vaid andis seadusandjale ka juhiseid elude kaitsmiseks, tehes ettekirjutuse eriliste nõustamiskodade asutamiseks, mis annaksid emadele nõu väärtuste osas, mis on aborti üle otsustamisel asjassepuutuvad.¹¹⁵

Nende kaasustega asusid kohtud üksmeelselt tegutsema ühelt poolt poliitikakujundajatena olulistes ühiselulistest küsimustes nagu aborti legaliseerimine (seadusandlik funktsioon) ning teisalt seaduserakendajaina tehnilistes üksikasjades (täidesaatev funktsioon). Sellise tegevuse tagajärjel said poliitiliselt mittevastutavatest kohtunikest Shapiro järgi aktiivsed ja pidevad administratiivotsuste tegijad olulise tähtsusega avalikes küsimustes, millel on kohalikule ja keskvalitsusele tohtud eelarvelised ja seetõttu maksulised tagajärjed.¹¹⁶

1.3.2.2.5. Kohtumõistmise ja õigusloome vahelise piiri hägustumine

Eelkirjeldatud intellektuaalsed hoovused nagu õiguspositivismi küsimärgi alla seadmine, sellest skepsisest sündinud sotsioloogiline positivism ning inimõiguste diskursus lõid uudse õiguslik-poliitilise olustiku, mille tunnistusena kirjutas 1964. aastal Martin Shapiro oma raamatu “Law and Politics in the Supreme Court: Studies in Political Jurisprudence” avalõigus järgmist: “[Ühendriikide] Ülemkohus on Ameerika valitsusasutus. [...] Ärimees, kes on mures oma äritegevuse reguleerimise üle valitsuse poolt, võib oma murega pöörduda Kaubandusministeeriumisse, Ülemkohtusse, ühte poolest tosinast valitsusagentuurist, justiitsministeeriumisse või presidendi enda poole.”¹¹⁷ Euroopas sekundeerib talle Bojan Bugarcic, kes väidab, et konstitutsioonikohtud on tänase seisuga olulisteks „veto-õigusega mänguriteks“ enamikes postkommunistlikes Ida-Euroopa riikides.¹¹⁸ Bugarcic lisab: „Passiivse ja karjäärile orienteeritud Euroopa kohtuniku traditsiooniline stereotüüp, vastandatuna aktivistlikele ja

¹¹⁵ H. G. P. Wallach, lk 168.

¹¹⁶ M. Shapiro, p 50.

¹¹⁷ M. Shapiro. Law and Politics in the Supreme Court. New York: Free Press, 1964, pp 1-2 (viidatud: M. Shapiro, A. Stone Sweet, lk 7-8).

¹¹⁸ B. Bugarcic, lk 247.

poliitiliselt mõjuvõimsatele Ameerika kohtunikele, ei pea enam paika; Euroopa kohtunikud on saavutanud suurema rolli poliitilises otsustusprotsessis.¹¹⁹

Vaatamata pahameelele, mida tsiteeritud Shapiro väljaütlemine USA akadeemilises ringkonnas oma traditsioonilise võimude lahususe kontseptsiooni täieliku hülgamisega põhjustas, on selline, nn integratsioonilähenedamine omaks võetud enamike tänapäevaste kohtuvõimu uurijate – nii õigus- kui poliitikateadlaste poolt.

Ka Wolfe mõonab, et täna levinud konventsionaalne lähenedamine kohtleb kogu kohtumõistmist kui olemuslikult seadusandlikku,¹²⁰ ning märgib, et “kohtuvõimuga tegelevad teadlased väldivad üldiselt olemuslikku lähenedamist, mis teeb selget vahet tõlgendamise ja seadusloome vahel, eelistades lähenedamist, mis rõhutab õiguse ja poliitika vastastikust seost.”¹²¹ Ka poliitikateadlased kirjeldavad viimase 50 aasta arengut kui liikumist kohtute jätkuva võimuusurpatsiooni ja sellest tuleneva poliitilise/ühiselulise “kohtulikustumise” teljel. Alec Stone Sweet'i järgi viitab “poliitika kohtulikustumine” üldisele protsessile, mille käigus “õiguslik diskursus [...] tungib poliitilisse diskursusesse” ning “poliitikat aetakse vähemalt osaliselt õigusliku diskursuse kaudu.”¹²² Nagu mõonab Marvin Schick, on “moodne ülemkohus tribunal, mis kasutab oma volitusi ekspansiivselt ning otsustab asju, mis kord vanasti (ja mitte liiga ammu) arvati olevat väljaspool kohtuvõimu piire”.¹²³

Wolfe resümeerib: “Iga tõlgendamistegevus, millel kohtulik järelevalve baseerub, sisaldab teatud määral poliitilist valikut võistlevate printsiipide vahel, mis kajastuvad konstitutsiooni üldiste fraaside erinevates võimalikes tõlgendustes. Seega ei saa aktiivsust ja enesepiiramist taandada lihtsale ideele sellest, et aktiivsed kohtunikud “loovad õigust” ja vaashoitud kohtunikud pelgalt “tõlgendavad konstitutsiooni”. Vahetegu aktiivsuse ja enesepiiramise vahel on seega vältimatult pigem küsimus määrast kui küsimus liigist.”¹²⁴

¹¹⁹ B. Bugaric, lk 250.

¹²⁰ C. Wolfe, lk 32.

¹²¹ Samas, lk 2-3.

¹²² A. Stone Sweet. *Constitutional Politics in France and Germany*. – M. Shapiro, A. Stone Sweet. *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p 187.

¹²³ M. Schick, lk 37.

¹²⁴ C. Wolfe, lk 2-3.

Niisiis ei ole käsitlusel, mis vaatleb kohtulikku aktivismi kui väljumist kohtunike traditsioonilisest, konstitutsiooniliste normide väärtusvaba rakendamise funktsioonist, ehk kohtulikku õigusloomet, tänapäevases maailmas enam erilist rakendusväärtust, kuivõrd konstitutsiooni sätete mitmetimõistetav, nn lahtine iseloom tingib igakordse põhiseaduse normi kohaldamise juhu paigutamise kohtuliku õigusloome ja seega kohtuliku aktivismi, nagu seda traditsionalistide poolt mõisteti, alla. Lisaks esitavad tänapäevane arusaam konstitutsiooni kohaldamisest ning demokraatia lahutamatuks koostisosaks olevatest inimõigustest konstitutsioonikohtunikele teatud nõudeid. Nende nõuete ja kohtuvõimu “kohase kompetentsi” pingeväljas toimubki kogu kaasaegne kohtulik tegevus.

Alec Stone Sweet märgib, et parlamendi ülimuslikkuse printsiip Euroopa poliitika alusprintsiibina on oma elujõulisust kaotamas, konstitutsioonikohtunikud sekkuvad pidevalt seadusandlikku protsessi, seades piire seadusandlikule käitumisele, kujundades ümber poliitikakujundamise keskkonda ning tegeledes isegi detailse seadusloomega. Stone Sweet resümeerib: „Euroopa poliitikakujundamine on kohtulikustatud.“¹²⁵.

1.4. Esimese peatüki kokkuvõte

Kui veel 1970ndatel piirdusid mitmed autorid (Forte, Schubert) kohtuliku aktivismi defineerimisega läbi seadusandja või teiste poliitikakujundajate otsuste mitteaktsepteerimise või kohtute tegutsemise väljaspool kohtute traditsioonilisi funktsioone (Horowitz), siis õiguse, iseäranis konstitutsiooniõiguse areng on sellesse käsitlusse toonud olulised modifikatsioonid.

1806. aastal Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu otsusest asjas *Marbury vs Madison* sündinud põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve doktriin on levinud üle maailma ning leidnud konstitutsionalismi kohtuliku tagamismehhanismina universaalse tunnustuse. Sarnaselt on praktiliselt vaieldamatult aktsepteeritud konstitutsioonilise õigusemõistmise lahutamatu seost õigusloomega. Ehk – nagu märgib Wolfe, väldivad kohtuvõimuga tegelevad teadlased üldiselt olemuslikku lähenemist, mis teeb selget vahet tõlgendamise ja seadusloome vahel, eelistades lähenemist, mis rõhutab õiguse ja poliitika vastastikust seost.¹²⁶

¹²⁵ A. Stone Sweet. *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p 1.

¹²⁶ Vt eespool p 1.3.2.2.5.

Ameerika Ühendriikides kohtunik Holmes'i kuulsa esseega alguse saanud realistlik lähenemine õigusele, mis tõi konstitutsioonilisse õigusemõistmisse arusaama konstitutsiooni evolutsioonilise ehk muutunud aegadele ja vajadustele vastava kohaldamise kontseptsiooni, ühiskondliku kasu printsiibi ning ühiskonnas valitsevate väärtuste ja arusaamade tõlgendamisprotsessis arvestamise, ei leidnud küll universaalset järgimist, kuid leidis oma tee erinevate riikide konstitutsioonilistesse praktikatesse konstitutsioonitõlgendusteooriate kaudu, mis alates 19. sajandist on oma argumentikatalooge laiendanud kuni teleoloogiliste argumentide abstraktseima taseme – praktiliste argumentideni, mis võtavad arvesse ühiskonnas valitsevaid väärtuseid ja hinnanguid.

Lisaks on tuntavalt nihutanud kohtuvõimu piire ning arusaama konstitutsioonilises otsustusprotsessis arvesse võtmist vajavatest väärtustest inimõigused, mis Teise maailmasõja järgselt on saavutanud üldise (rahvusvahelise) aktsepti.

Nende arengute valguses tundub tarbetu vaadelda kohtulikku aktivismi kui seadusandja või muu poliitikakujundaja otsuste vaidlustamist või kohtu väljumist oma traditsiooniliselt mõistetud funktsioonidest. Kohtuliku aktivismi traditsiooniliste kontseptsioonide kohaselt “on kõik kohtud aktivistlikud.” Seetõttu ei kasuta kohtuliku aktivismi kaasaegne kontseptsioon aktivismi indikaatori või “katsekivina” enam vastuolu kohtu ja teiste poliitikakujundajate, kelle hulka vähemalt sotsiaalteaduslikus kirjanduses loetakse ka konstitutsioonikohtud või nende analoogid, vahel või kohtuvõimu traditsioonilistest funktsioonidest väljuvat kohtulikku õigusloomet, vaid keskendub pigem küsimusele sellest, kui kaugele võivad kohtud oma uudselt defineeritud võimuareaalis inimõiguste kaitsel ning teiste konstitutsiooniliste printsiipide rakendamisel liikuda. Selliselt mõistetud kohtuliku aktivismi kontseptsiooni ning selle erinevaid dimensioone käsitlebki käesoleva töö teine peatükk.

2. Kohtuliku aktivismi kaasaegne kontseptsioon ja dimensioonid

Nagu esimesest peatükist nähtub, ei piisa kaasajal kohtuliku aktivismi määratlemisest pelgalt seadusandja või teiste poliitikakujundajate otsuste mitteaktsepteerimise või kohtu traditsioonilistest funktsioonidest väljumise kaudu. Kohtulikku aktivismi sellisena defineerides on kohtulikku aktivismi küll hõlbus mõõta, ent mõõtmistulemustel puudub suures osas kasutusväärtus. See, mis kohtuliku aktivismi tänaseid uurijaid enim huvitab, on küsimus uskumustest, mida kohtuvõimu kohase kontrolliulatuse kohta omatakse. Nende uskumuste hindamiseks ei piisa tänapäeval statistikast, mis liigitab aktivistlikuks iga põhiseaduskohtu otsuse, mis lükkab ümber poliitilises protsessis saavutatud konsensuse või kaugeneb argumentatsiooniprotsessis konstitutsiooniloojate tahtest.

Niisiis kujutab kohtuliku aktivismi kaasaegne kontseptsioon endast midagi enam kui seadusandja tahtele vastuastumine. Mida täpsemalt, peaks järgnevast selguma. Alustuseks võib vaid märkida, et kaasaegne kohtuliku aktivismi kontseptsioon on mitmedimensiooniline. Iga konkreetse kohtuotsuse aktivismi määra on võimalik kindlaks teha, hinnates aktivismi ühe konkreetse dimensiooni lõikes. Seejuures võib kohtuotsus, mis liigituks vaoshoituna ühe dimensiooni lõikes (nt on kohus rangelt kinni pidanud kõikidest põhiseaduslikkuse kohtulikule järelevalvele seatud protseduurilistest piirangutest), olla aktivistlik teise dimensiooni (nt poliitika üksikasjalikkus) lõikes. Teise peatüki eesmärk ongi esitada kohtuliku aktivismi kaasaegne kontseptsioon ning kirjeldada dimensioone, mille raames kohtulikku aktivismi mõõta.

2.1. Kohtuliku aktivismi kaasaegne kontseptsioon

Christopher Wolfe, ise küll traditsioonilise lähenemisviisi pooldaja, on mõõnnud kohtumõistmise käsitluse, mis teeb selget vahet tõlgendamise ja seadusloome vahel, ühildamatust tänapäevasemate arusaamadega kohtumõistmise, iseäranis konstitutsioonilise kohtumõistmise olemusest.¹²⁷ Sellist mõõndust toetab esimeses peatükis ettevõetud ajalooline ja õigusfilosoofilise ekskurss, mis omakorda ajendab sõnastama kohtuliku aktivismi kontseptsiooni, mis enim vastaks õigusliku mõtte arengule iseäranis konstitutsioonilise õiguspõhise valdkonnas.

¹²⁷ Vt eespool p 1.3.2.2.5.

Wolfe kohtuliku aktivismi kaasaegne definitsioon põhineb viisil, kuidas “kohtunikud kasutavad seda, mida mõeldakse olevat kvaasiseadusandlik võim.”¹²⁸ Tema definitsiooni järgi on aktivism või enesepiiramine “selle määra funktsioonid, kui vabad või piiratud on kohtunikud oma diskretsiooni teostamisel” – kui kohtuaktivismi pooldajad rõhutavad kohtulikku imperatiivi “teha õiglust” ja kalduvad vähendama kohtuvõimu piirangute tähtsust, siis kohtuliku enesepiiramise pooldajad kalduvad rõhutama piire, mis nende meelest tuleks demokraatia tingimustes kohtuvõimule seada, ja üritavad kohtute diskretsiooni erineval viisil piirata.¹²⁹ Teisisõnu – mida laiematena kohus oma volitusi konstitutsioonilises õigusemõistmises tajub, seda aktivistlikuma kohtuga on tegu, ning vastupidi – mida enam kohus tunneb ennast olevat seotud erinevate konstitutsioonilisele õigusemõistmisele seatud kitsendustega, seda vaoshoitum on kohus kohtuliku aktivismi mõttes.

Kitsendusi, mis on konstitutsioonilisele õigusemõistmisele seatud, ning mille tunnistamise määr annab aimu konkreetse kohtu aktivismi määra, on seejuures põhimõtteliselt kahte liiki. Esimesed neist puudutavad kohtumõistmise protseduurilist külge, kajastades uskumusi selle kohta, millistel tingimustel on kaebused vastuvõetavad, teised aga arusaamu sellest, kui sügavale ühiskonnaelu kujundamise on kohtud lõppastmes õigustatud sekkuma.

Kohtulik aktivism 21. sajandi tingimustes väljendub määras, mil põhiseaduslikkuse järelevalve kohtud astuvad üle konstitutsioonikohtutele seadusandlusega seatud protseduurilistest piirangutest (aktivismi protseduuriline külg) ning määras, mil nad tegutsevad sõltumatute poliitikakujundajatena ning kalduvad argumentatsioonis toetuma väärtus- ja muudele mittetraditsioonilistele tõlgendusargumentidele, mis võimaldavad isiklike eelistuste otsustavaks muutumist konstitutsiooni ähmaste klauslite kohaldamise protsessis (aktivismi sisuline külg). Esimest liiki kohtuliku aktivismi käsitlusi ei kohta kirjanduses just tihti. Enamus kommentaatoreid eelistab kohtulikku aktivismi defineerida vaid sisuliste kriteeriumide kaudu, jättes protseduurilise külje tähelepanuta. Alljärgnevas on püütud anda ülevaade nii aktivismi protseduurilistest kui olemuslikest ehk materiaalistest käsitlustest.

¹²⁸ C. Wolfe, lk 2.

¹²⁹ Samas.

2.1.1. Kohtulik aktivism kui enamuspõhimõtte rikkumine

Tinglikult on aktivismi tehniliste tähenduste alla liigitatav kohtulik aktivism kui enamuspõhimõtte rikkumine. Selle aktivismi dimensiooni järgi sõltub kohtuliku aktivismi määr sellest, kui olulise majoritaarsuspõhimõtte rikkumisega on tegu ehk aktivismi intensiivust on võimalik määrata kehtetuks või põhiseadusevastaseks tunnistatava akti vastuvõtja kaudu. Ehkki kohtuliku aktivismi sõltumine akti vastuvõtnud organi legitimeerimise astmest ehk tinglikust kaugusest seadusandjast kui primaarselt legitimeeritud rahvaesindajast ei ole pelgalt tehniline küsimus, lubab see aktivismi kriteerium kohtu tegevuse hindamisel lähtuda formaalsest kriteeriumist nagu akti vastuvõtja „isik“.

Canoni järgi on enamuspõhimõtte (ingl. k *majoritarianism*) ühe kohtuliku aktivismi mõõtmise dimensioonina “määr, milleni demokraatlike protsesside kaudu kujundatud poliitikaid kohtute poolt tühistatakse.”¹³⁰ Seejuures lähtub Canon sellest, kui tõsise enamuspõhimõtte rikkumisega on tegu. Kõige ilmsel on enamuspõhimõtte rikkumine siis, kui kohus tunnistab konstitutsioonivastaseks Ameerika Ühendriikide Kongressi kui kogu riigi poolt valitud organi akti – sellised otsused liigitab Canon kõrgelt aktivistlikeks.¹³¹ Mõnevõrra aktivistlikeks loeb Canon otsused, kus kohus tunnistab põhiseadusevastaseks osariigi seadused, linnade (põhi)määrused või muu kohaliku seadusandluse. Ehkki need otsused rikuvad enamuspõhimõtet, on rikkumine väiksem kui Kongressi aktide puhul. Sarnaselt mõnevõrra aktivistlikud on Canoni järgi otsused, kus kohus tunnistab kehtetuks täitevvõimu määrused.¹³²

Sellesse kriteeriumisse tuleks siiski suhtuda ettevaatlikult ennekõike käesolevas töös eelnevalt leitu tõttu, mis kritiseerib mingi kohtu või selle otsuste aktivistlikena liigitamist üksnes seadusandliku akti kehtetukstunnistamise fakti kaudu.¹³³ Samas peaks see kriteerium lahendama küsimuse sellest, kui aktivistlikena saab vaadelda kohtu otsuseid, kus täitevvõimu määrus tunnistatakse kehtetuks nt põhjendusel, et selle andmiseks puudus seaduses korrektne volitusnorm. Kui tegemist on näiteks volitusnormi puudumisega, mitte selle piiride ületamisega, mille kindlakstegemine seisneb sisulises otsustuses võimude lahususe doktriini kohaldamise kohta, on ilmselt tegemist pelga protseduurilise

¹³⁰ B. C. Canon (1982), lk 386.

¹³¹ Canon märgib siiski, et mõnedel juhtumitel on Kongressi akti kehtetuks tunnistamisel vähe tegelikku mõju poliitikale. Seega ei piisa otsuse aktivistlikuks tunnistamiseks pelgast tõigast, et tegemist on riigi kõrgeima seadusandliku koguga, vaid otsusel peab olema ka tegelik mõju poliitikale. – B. C. Canon (1982), lk 392.

¹³² Samas.

¹³³ Vt käesoleva töö esimene peatükk, p 1.3.1.

vajakajäämisega (seadusandja hooletus), millele tähelepanu osutamine ei muuda konkreetset kohut veel aktivistlikuks.

2.1.2. Kohtulik aktivism kui protseduuriliste piirangute eiramine

Põhiseaduslikkuse järelevalve menetlusele, nagu mistahes kohtulikule menetlusele, on omane vastava protseduuri allumine kindlatele, ette teada olevatele reeglitele. Vajadus arusaadavate ja etteennustavate kohtumenetluse reeglite järele tuleneb juba üldisest õigusriiklikust printsübist, mis muuhulgas välistab riigi omavoli muuhulgas kohtumenetluse läbiviimisel. Teisalt kaitsevad protseduurilised piirangud konstitutsioonikohut ülemääraselt suure ja põhjendamatu kaebustekoorma eest. Maruste sõnusi on “absoluutne, piiramatu vabadus esitada avaldusi ja kohtu absoluutne kohustus kõike menetleda [...] viinud süsteemi eneseeituseni [...] ning tegelikult konstitutsioonilisuse kohtuliku kaitse vähenemiseni”.¹³⁴ Sellise olukorra vältimiseks on kehtestatud või tuleneb õiguskriinist rida piiranguid, mida konstitutsioonilise kaebuse lubatavuse otsustamisel arvestada tuleb.

Ehkki põhiseaduslikkuse järelevalve menetluse reeglid riigiti oluliselt erinevad, on nad printsübist loodud piirama konstitutsioonikohtu võimu. Poliitilisest valikust sõltub, kas konstitutsioonilisuse kontroll on üldkohtusüsteemi osaks, on usaldatud üksnes konstitutsioonikohtule või jagatakse vastav kompetents üldkohtute ja konstitutsioonikohtu vahel, samuti, kas tunnistatakse õigusaktide eel- või järelkontrolli või mõlemat. Poliitilisest valikust sõltub ka see, kellele antakse põhiseaduslikkuse järelevalve menetluse algatamise võimalus. Mistahes valiku puhul kulgeb põhiseaduslikkuse järelevalve menetlus kindlas protseduurilises raamistikus, mis on loodud kindlustama kohtuvõimu “kohast” valdust.

Kohtuliku aktivismi protseduurilised käsitlused üritavadki lahendada kohtuliku aktivismi ilmnemise küsimust protseduurilistele kriteeriumidele toetudes ning asja sisulise külje arutamisse laskumata. Ennekõike defineerivad kohtuliku aktivismi sellised käsitlused kohtuliku aktivismi kui protseduurilistele piirangute eiramist või nende piirangute kohtuvõimu laiemat sekkumisulatust võimaldavat tõlgendamist. Wolfe järgi kalduvad aktivistid minimeerima protseduurilisi tõkkeid, et saavutada oluliste ja vajalike kohtuotsuste vastuvõtmine. Üldiseks printsübiks on “mitte lasta

¹³⁴ R. Maruste (1997), lk 184.

protseduurilistel nõuetel takistada õigluse olemuslike printsiipide saavutamist”.¹³⁵ Teisiti võib nn protseduuriliste aktivistide põhiküsimuse sõnastada järgnevalt: milleks viidata otsuses protseduurilistele vigadele ja vältida nii materiaalse/sisulise küsimuse lahendamist, kui vigade parandus viib niikuinii järgmise kohtuasjani ja materiaalse küsimuse otsustamiseni, mis toob kaasa sama seaduse kehtetuks tunnistamise.

Vastavalt üldise õiguse traditsioonidele saab kohtunik, kes teotseb õiguslikus raamistikus, otsustada vaid neid küsimusi, mis jõuavad temani seadusandja poolt vastu võetud jurisdiktsiooniliste reeglite raamistikus.¹³⁶ Näiteks Ameerika Ühendiikides loetakse kolmeks põhiliseks protseduuriliseks piiranguks, mis järelevalvapädevusele seatakse, tegeliku vaidluse (ingl. k *case and controversy*), kaebeõiguse (ingl. k *standing*), ja poliitilise küsimuse (ingl. k *political question*) doktriini. Kuivõrd neid doktriine on traditsiooniliselt kasutatud, et vältida oluliste konstitutsiooniliste küsimuste otsustamist, peetakse nende tähtsuse vähendamist kohtuliku aktivismi ilminguks.

Need doktriinid ei ole siiski midagi Anglo-Ameerika õigustraditsioonile ainuomast, vaid leiduvad ka kontinentaal-euroopalikus konstitutsioonilise õigusemõistmise paradigmas. Bugaric märgib, et terve rea erinevate tõlgendustehnikate kõrval, mida Euroopa konstitutsioonikohtud kasutavad, et vältida otsusetegemist poliitilistes küsimustes, on ka Euroopa kohtutes kasutusel sellised konkreetse õiguse kohtuliku mittejäustatavuse (ingl. k *nonjusticiability*) doktriinid nagu tegeliku vaidluse doktriin, poliitilise küsimuse doktriin ning terve repertuaar konstitutsiooniõiguse doktriine, millest tuntuim on näiteks kaebeõiguse doktriin.¹³⁷

Mõnevõrra lihtsustatult võib kõrgelt aktivistlikult selle dimensiooni raames pidada otsuseid, kus protseduurilisi piiranguid otsesõnu eiratakse, ning mõnevõrra aktivistlikeks otsuseid, kus piirangu põhimõttelist õigsust küll jaatatakse, kuid piirangu raskust kohtupoolset suuremat sekkumist võimaldavalt tõlgendatakse.

2.1.2.1. Tegeliku vaidluse doktriin

Selle doktriini kohaselt tohivad kohtunikud lahendada vaid reaalseid vaidlusi, mis hõlmavad kahe või enama inimeste vastuolulisi huvisid, vältima vastamist hüpoteetilistele, akadeemilistele või

¹³⁵ C. Wolfé, lk 4.

¹³⁶ W. F. Murphy, C. H. Pritchett, lk 216.

¹³⁷ B. Bugaric, lk 275.

abstraktsetele küsimustele ning hoiduma langetamast otsust, millel puudub igasugune praktiline väljund.¹³⁸ Ka Tushneti poolt pakutud kohtuliku aktivismi esimese tehniline käsitluse kohaselt peaks Ameerika Ühendriikide Ülemkohus lahendama vaid tegelikke kaasusi, mitte andma nõuandvaid arvamusi inimestele, kes sooviks lihtsalt teada, kas mingi seadus on konstitutsiooniga kooskõlas või mitte.¹³⁹

Riikides, mis tunnistavad põhiseaduslikkuse järelevalve abstraktset kontrolli, ei ole see doktriin täiel määral kohaldatav. Saksa põhiseaduse kommentaatorid märgivad, et kui Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu praktikas on nõutav tegelik vastuolu ja vastandlikud pooled selleks, et kohus saaks otsustada konstitutsioonilise küsimust, siis Saksa Konstitutsioonikohus võib lahendada lahkarvamusi või kahtlusi õigusakti kooskõla üle Saksa põhiseadusega ka pelgalt föderaal- või osariigi valitsuse või ühe kolmandiku Riigipäeva saadikute palvel. Sellises abstraktset järelevalve menetlust, mille eesmärk ei ole indiviidi või asutuse subjektiivse kaebuse rahuldamine, vaid üksnes konstitutsiooni tähenduse selgitamine, nimetatakse Saksa konstitutsiooniõiguses õigusnormi kehtivuse või mittekehtivuse „objektiivseks“ kindlaksmääramiseks.¹⁴⁰

Samuti võib tegeliku vaidluse raamidest väljumisest kui kohtuliku aktivismi ilmingust rääkida juhtudel, kus kohus asub põhiseaduslikkuse järelevalve menetluse käigus hindama küsimusi, mida menetlusosalised pole tõstatanud või mis väljuvad konkreetse menetluse raamidest. Näiteks liigitab Bojan Bugarcic tegeliku vaidluse olemasolu doktriini rikkumise alla ka juhud, kus kohus alustab menetlust *sua sponte*¹⁴¹ ehk omal algatusel.¹⁴² Õigusliku küsimuse lahendamist omal initsiatiivil peab kohtuliku aktivismi selgeks ilminguks ka Rait Maruste.¹⁴³

Maruste kirjutab: “Õigusemõistmise üldpõhimõtte kohaselt vaatab kohus läbi neid avaldusi ja kaebusi, mis on tema ette toodud, ning ulatuses, mida kohtult on taotletud. Kohus ise reeglina

¹³⁸ W. F. Murphy, C. H. Pritchett, lk 216-217.

¹³⁹ M. V. Tushnet, lk 147.

¹⁴⁰ K. Schlaich. Das Bundesverfassungsgericht. 2nd edn. Munich: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p 77 (viidatud: D. P. Kommers (1997), lk 13).

¹⁴¹ *Sua sponte* (lad k) – omal algatusel, vabatahtlikult. Kasutatakse märkimaks juhtumeid, kus kohus lahendab küsimuse, mida kohtuasja pooled ei ole kohtule lahendamiseks esitanud. Samuti juhul, kui kohus leiab, et tal puudub jurisdiktsioonile pädevus vaatamata sellele, et mõlemad pooled on kohtusse ilmumisega nõustunud. – *Sua sponte* – what does it mean? Where does it fit? Lexicon. Legal Information Institute, Cornell University Law School. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.law.cornell.edu/lexicon/sua_sponte.htm, 11. novembril 2004.

¹⁴² Vt B. Bugarcic, lk 276.

aktiivne ei ole ning omal initsiatiivil õiguslikke samme ei astu (välja arvatud menetluslikud-korralduslikud sammud). Kohtu oma initsiatiiv ehk kohtulik aktivism ei ole aga välistatud ning kohus võib omal initsiatiivil ehk n-ö *proprio motu* astuda samme õiguste ja vabaduste kaitseks, kui on ilmne, et mittereageerimine võib kaasa tuua õiguste ja vabaduste olulise rikkumise, või on sekkumine selgelt üldistes või õigusemõistmise huvides.”¹⁴⁴

Bugaric märgib, et Ida-Euroopa konstitutsioonikohtud teevad sageli otsuseid abstraktsetes, komplekssetes ja laiaulatuslikes küsimustes, mis ei ole konkreetse kaasusega seotud, kuna neil puudub korralikult väljaarendatud tegeliku vaidluse olemasolu doktriin.¹⁴⁵ Ka Wolfe järgi kalduvad aktivistid andma laiemaid otsuseid ja arvamusi, on altimad otsima üldisi konstitutsioonilisi põhjendusi ning kasutavad võimalust kaitsta olulisi konstitutsioonilisi õigluspriinitsiipe isegi juhul, kui need ei ole vaatluse all oleva kaasusega otseselt seotud.¹⁴⁶

2.1.2.2. Kaebeõiguse¹⁴⁷ doktriin

See Ameerika Ühendriikide olulisim konstitutsiooniliste küsimuste otsustamise doktriin nõuab lisaks tegeliku huvide konflikti olemasolule ka kaebuse esitamist sellise isiku poolt, kellel on kohtuasja tulemuse suhtes suur ja otsene isiklik huvi. Selle doktriini järgi peavad individidid või grupid, kes soovivad kohut käia mingi avaliku iseloomuga küsimuses, olema suutelised ära näitama õiguslikult kaitstud huvi või õiguse, mida ei jagata üldise avalikkusega.¹⁴⁸ Doktriin on muutunud iseäranis oluliseks seoses huvigruppide ja poliitiliselt aktiivsete inimestega, kes Murphy ja Pritchetti järgi on “üritanud kasutada kohtulikku protsessi pigem uute avalike poliitikate kui personaalsete õiguste maksmapaneku saavutamiseks.”¹⁴⁹

¹⁴³ Maruste käsitluses kohtulik aktivism kohtumõistmisega omal algatusel, protseduuri kitsast sängist teatud tingimuste olemasolul väljudes, piirubki. Käesolevas töös on kohtulikule aktivismile omistatud siiski märksa laiem tähendus. Vt eespool p 1.1.

¹⁴⁴ R. Maruste (2004), lk 304.

¹⁴⁵ B. Bugaric, lk 261.

¹⁴⁶ C. Wolfe, lk 5.

¹⁴⁷ Ingl. k *standing*, lad k *locus standi*. Tõlgitud ka: kaebuse esitaja seisund. Vt nt V. Saarmets. Individuaalne konstitutsiooniline kaebus põhiseaduslikkuse järelevalve kohtus. *Juridica* 2001/6, lk 380.

¹⁴⁸ W. F. Murphy, C. H. Pritchett, lk 263-264.

¹⁴⁹ Samas, lk 260.

Kaebeõiguse vastandiks on nn *actio popularis* ehk igauhe kaebeõigus, mis ei sea kaebeõiguse olemasolu sõltuvusse isiklikust huvist või puudutatusest küsimuse all olevast asjast. Boulangeri järgi asetab just *actio popularis* konstitutsioonikohtud „seadusandliku poliitika keskmesse“.¹⁵⁰

Õiguskirjanduses ei olda üksmeelel osas, kas kaebeõiguse tunnistamiseks peab vaidlustatav rikkumine olema juba aset leidnud, või piisab kaebeõiguse nõude tagamiseks rikkumise „piisavalt suurest tõenäosusest vm sarnasest kriteeriumist.

Madis Ernits märgib kaebuse esitaja seisundit kommenteerides Saksa õiguskirjandusele viidates, et „[k]aebuse esitaja on alati siis ise puudutatud, kui ta on õigusakti adressaat. Peale selle on kaebuse esitaja ka siis ise puudutatud, kui kaebuse esitaja põhiõigusliku positsiooni ja vastava akti vahel on piisav side.“¹⁵¹ Ernits selgitab: „Kui tuleb näiteks karistusseadus, mis ähvardab surmanuhtlusega või käe maharaiumisega varguse toime pannud kodanikku, siis selle vastu võib iga kodanik minna konstitutsioonikohtusse, sest seal ei ole põhjendatud öelda kodanikule, et ta peab ootama, kuni seda karistust tema suhtes kohaldatakse. Ta võib otse minna konstitutsioonikohtusse seaduse vastu ja väita, et seadus rikub tema õigusi.“¹⁵² Seevastu Maruste järgi peaks individuaalse konstitutsioonilise kaebuse kasutuselevõtu korral kaebeõigust tunnistatama vaid juhul, kui „rikkumine on akuutne, asetleidev (jätkuv) või aset leidnud – tegelik, mitte teoreetiline“.¹⁵³ Euroopa Inimõiguste Kohus on leidnud, et ehkki konventsiooni kohaselt saab kaebuse esitada vaid isik, kes on konventsiooniga tagatud õiguste rikkumise ohver, võib kaebus olla lubatav ka teatud juhtudel, kus kaebuse esitaja ei suuda näidata, et tema subjektiivset õigust on (juba) rikutud.¹⁵⁴

2.1.2.3. Poliitilise küsimuse doktriin

Ameerika Ühendriikides on konstitutsioonikohtuvõimu piirajana hästi tuntud nn poliitiliste küsimuste doktriin. Tegemist on kohtunikukonna poolt enesele asetatud piiranguga, mis seisneb kohtuvõimu keeldumises tegeleda „küsimustega, mille lahendamine on Konstitutsiooniga usaldatud

¹⁵⁰ C. Boulanger. Europeanisation Through Judicial Activism? CEE Constitutional Courts' Legitimacy and the „Return to Europe“. Paper prepared for a workshop held in the European University Institute in Florence on 28-29 November 2003, References. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.iue.it/LAW/Events/WSWorkshopNov2003/Boulanger_paper.pdf, 9. novembril 2004, p 16.

¹⁵¹ M. Ernits. Eesti Vabariigi põhiseaduse põhiõigused. Üldosa. Tallinn: Justiitsministeerium, 1996, lk 90 (viidatud: V. Saarmets, lk 380).

¹⁵² Põhiseaduse juriidilise ekspertiisi komisjoni protokoll nr 12. Paide, 30.-31. jaanuar 1998. Eesti Vabariigi Justiitsministeerium, avaliku õiguse osakond, lk 46 (viidatud: V. Saarmets, lk 380-381).

¹⁵³ R. Maruste (1997), lk 174.

teisele valitsusharule; küsimustega valdkonnas, kus kohtunikel puudub spetsiifiline kompetents, või küsimustega, mida kohtuvõim ei saa praktilistel kaalutlustel lahendada.”¹⁵⁵ Traditsiooniliste poliitiliste küsimustena, mis peaksid jääma kohtute kontrolliulatusesst väljapoole, nimetatakse kirjanduses ennekõike välisküsimusi, rahvuslikku julgeolekut ning valitsussüsteemi ülesehituslikke küsimusi.¹⁵⁶ Näiteks on Ameerika Ühendriikide Ülemkohus keeldunud nende poliitilise iseloomu tõttu otsustamast küsimusi, mis on seotud välisriikide valitsuste tunnustamise, välisdiplomaatide staatus, välislepingute kehtivuse ning sõdade alustamise ja lõpetamisega.¹⁵⁷

Poliitilise küsimuse doktriin on mõnede autorite hinnangul Ameerika Ühendriikidest üle võetud ka Euroopa konstitutsioonilisse õigusemõistmisesse. Louis Favoreu on märkinud, et Ida-Euroopa kohtud peaksid loobuma komplekssete küsimuste nagu näiteks kohalike omavalitsuste kohase suuruse konstitutsioonilisest järelevalvest põhjusel, et see on väljaspool kohtu võimupädevust. Kohtud saaks toetuda teistes Euroopa riikides kasutusel olevale interpretatsioonitehnikatele. Nende tehnikate hulka kuuluks ka poliitilise küsimuse doktriin, mis pakub teatud standardeid tegemaks vahet kohtulikuks otsustamiseks sobivate ning pigem teiste valitsusharude otsustada olevate küsimuste vahel.¹⁵⁸ David P. Currie märgib, et Saksa konstitutsioonikohus on mitmel korral, ehkki teistsuguses keeles väljendudes, kasutanud poliitilise küsimuse doktriini.¹⁵⁹

Kuivõrd “poliitiline küsimus” ei ole üheselt määratletav mõiste, on selle kasutusväärtuses kohtuvõimule ligipääsu reeglina siiski kaheldud. Louis Henkin märkis juba 1976. aastal, et kuivõrd põhiseaduslikkuse kohtulikust järelevalvest on saanud igamehe õigus, oleks õigem otsustada konkreetse küsimuse „poliitilisuse“ aste sisuliste arutelude käigus, mitte välistada teatud ebameeldivate küsimuste käsitlemist kohtuvõimu poolt asja lubatavuse hindamise staadiumis ähmasele poliitilise küsimuse doktriinile viidates.¹⁶⁰ „Poliitilise“ määratlemisele ning kohtuvõimu kohaste piiride paikapanemisele poliitikasse sekkumise kaudu on pühendatud käesoleva töö järgmised alapunktid.

¹⁵⁴ Vt T. Annus, lk 272.

¹⁵⁵ W. F. Murphy, C. H. Pritchett, lk 223.

¹⁵⁶ Vt nt T. Franck. *Political Questions/Judicial Answers* (1992) (viidatud: D. Beatty. *Law and Politics*. 44 *Am. J. Comp. L.* 131 (1996), p 133-134).

¹⁵⁷ W. F. Murphy, C. H. Pritchett, lk 224.

¹⁵⁸ L. Favoreu. *Constitutional Review in Europe*. – L. Henkin, A. J. Rosenthal (eds.). *The Influence of the United States Constitution Abroad, Constitutionalism and Rights*. 1990, p 57 (viidatud: B. Bugaric, lk 269).

¹⁵⁹ Vt D. P. Currie. *The Constitution of the Federal Republic of Germany*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994, pp 170-71.

¹⁶⁰ L. Henkin. *Is there a Political Question Doctrine*. 85 *Yale Law Journal* 597 (1976), pp 622-625.

2.1.3. Kohtulik aktivism kui kohtute poliitikasse sekkumine

Donald P. Kommers viitab oma Saksa Liitvabariigi konstitutsioonilist praktikat käsitleva monograafia avalausetes „sügavalt juurdunud kontinentaalsele uskumusele, et konstitutsioonilisuse järelevalve on poliitiline akt.“¹⁶¹ Selle uskumuse lähtekohti näeb Kommers Gerhard Leibholzi kuulsas oletuses, mille kohaselt „on konstitutsiooniõigus – nagu ka rahvusvaheline õigus – vastandina näiteks tsiviil- ja kriminaalõigusele, tõeliselt poliitiline õigus.“¹⁶²

Määr, mil kohus sekkub poliitikasse kitsamas tähenduses ehk ühiselulises olulist tähendust omavate otsustuste tegemise protsessi, on ilmselt keerulisimaks kriteeriumiks, mille alusel hinnata konkreetse kohtu või kohtuotsuse asetumist kohtuliku aktivismi mõõdikul. Samal ajal on just kohtuvõimu sekkumine poliitikasse, kohtulik poliitikakujundamine ehk vähemalt osa ühiskonnaelu oluliste otsustuste tegemise ülevõtmine seadusandjalt see, mida tavateadvuses enim kohtuliku aktivismiga seostatakse. Näiteks Blackwelli Poliitikateaduste leksikoni järgi on kohtulik aktivism USA Ülemkohtu tegevuses perioodiliselt nähtuv “tugev tendents kinnitada oma kohtuotsustes oma õigust efektiivselt kujundada poliitikat.”¹⁶³ Ka Hollandi järgi esineb kohtuaktivism seal, kus kohtud ei piirdu õiguslike konfliktide lahendamisega, vaid “riskeerivad ühiskondlike poliitikate ajamisega [...]”¹⁶⁴

2.1.3.1. Poliitika ja poliitilise sisustamine

Blackwelli Poliitikateaduste leksikon defineerib poliitika kui “tegevuse, mis sisaldab kollektiivset konflikti ja selle lahendamist,” ning mis seisneb vaidlustes saavutatavate eesmärkide ja nende saavutamise kohaseimate viiside üle.¹⁶⁵ Murphy ja Pritchett kasutavad Harold Lasswelli lühikest ja tabavat määratlust, mille järgi poliitika seisneb küsimuses “kes saab mida, millal ja kuidas.”¹⁶⁶

¹⁶¹ D. P. Kommers (1997), lk 3.

¹⁶² G. Leibholz. *Politics and Law*. Leiden: A. W. Sythoff, 1965, p 329. Viidatud: D. P. Kommers (1997), lk 3).

¹⁶³ F. Bealey. *Judicial activism*. The Blackwell Dictionary of Political Science. A User's Guide to its Terms. Oxford: Blackwell Publishers Ltd. 1999, p 173.

¹⁶⁴ K. M. Holland. Introduction. – Kenneth M. Holland (ed.) *Judicial Activism in Comparative Perspective*. Macmillan. London, 1991, p 1.

¹⁶⁵ F. Bealey. *Politics*. The Blackwell Dictionary of Political Science. A User's Guide to its Terms. Oxford: Blackwell Publishers Ltd. 1999, p 261.

¹⁶⁶ W. F. Murphy, C. H. Pritchett, lk 3.

Hodder-Williams viitab David Eastoni teedrajavale poliitika formuleeringule, mille kohaselt hõlmab poliitika tegevusi, mille tulemuseks on „väärtuste autoriteetne kindlaksmääramine“ konkreetse poliitilise üksuse jaoks.¹⁶⁷ Hodder-Williams tõdeb, et kuivõrd viimase astme kohtud väljastavad otsuseid, mis on nii autoriteetsed kui ka enamjaolt normatiivsed selles mõttes, et kujutavad endast valikuid erinevate otsustuste vahel, mida ei ole võimalik teha mingitele universaalselt aktsepteeritud mõõtühikuid aluseks võttes, vaid mis sisaldavad valikuid olemasolevate pretsedentide, võistlevate õiguste ja legitiimsuselt võrdsete poolte vastandlike väidete vahel, on Ameerika Ühendriikide Ülemkohus juba definitsiooni poolest vältimatult poliitiline.¹⁶⁸ Ka Herbert Wechsler viitab, et konstitutsioonikohtute otsused on möödapääsmatult poliitilised selles mõttes, et nad sisaldavad valikut võistlevate väärtuste või soovide vahel nii juhul, kui seadusandja valikut toetatakse, kui ka juhul, kui sellele vastandutakse.¹⁶⁹

Konstitutsioonikohtute tegevuse poliitiliseks tunnistamisele poliitika üldlevinud definitsiooni järgi ei ole võimalik vastu vaielda. Sõltumata otsusest, mille kohus teeb, jaotatakse vältimatult eelpoolkirjeldatud viisil ressursse või tehakse valik konkureerivate väärtuste vahel. „Poliitilise“ defineerimine üksnes väärtusvalikute tegemise kaudu on käesoleva töö eesmärki silmas pidades väheadekvaatne samal viisil, kui seda on kõikide põhiseaduslikkuse järelevalve pädevust rakendavate konstitutsioonikohtute aktivistlikeks liigitamine. Seetõttu tuleb poliitikasse sekkumise sisustamisel liikuda uutele tasanditele.

2.1.3.2. Poliitiline vs õiguslik otsustamine

Poliitilise enimkasutatud (aga ühtlasi tabamatuim) tähendus konstitutsioonilise õigusemõistmise kontekstis esitab poliitilist antiteesina õiguslikule.¹⁷⁰ Seega tuleb küsida nende kriteeriumide järele, mis muudavad otsustamise või argumenti poliitiliseks, vastandatuna õiguslikule otsusetegemisele või argumentatsioonile ehk poliitilise ja õigusliku otsustamise vahelise piiri järele. Selle õhkõrna piiri tõmbamiseks on kirjanduses välja pakutud mitmeid võimalusi.

¹⁶⁷ D. Easton. An Approach to the Analysis of Political Systems. *World Politics*, 9 (1956-7), pp 383-400 (viidatud: R. Hodder-Williams. Six Notions of „Political“ and the United States Supreme Court. *British Journal of Political Science*. Vol 22, Issue 1 (1992), p 2).

¹⁶⁸ R. Hodder-Williams. Six Notions of „Political“ and the United States Supreme Court. *British Journal of Political Science*. Vol 22, Issue 1 (1992), pp 2-3.

¹⁶⁹ H. Wechsler. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harv. L. Rev.* Vol 73, Nr 1, (1959), p 15.

Näiteks loeb Hodder-Williams poliitiliseks need kohtumõistmise dimensioonid, mis omistavad arvestatavat kaalu nn tagajärjekaalutlustele (ingl. k. *calculations of consequence*) ehk võtavad otsustamisel arvesse otsuse mõju reaalsele maailmale või selle sobivust poliitiliste realiteetidega.¹⁷¹ Ka Renata Uitz märgib, et lisaks “õiguslikele argumentidele” kitsas tähenduses kalduvad konstitutsioonikohtud ning mitmed tõlgendusteooriad toetuma “õigusvälistele argumentidele” nagu väärtusargumendid ja konsekventsiaalne argumentatsioon ning viidetele ajaloole ja traditsioonidele.¹⁷²

Teiseks on õiguslikust paradigmast väljumiseks peetud nõ lahtiste printsiipide kasutamist argumenteerimisel. Näiteks peab Bojan Bugarc väljumiseks „puhtalt juriidilisest raamistikust“ argumenteerimisel „ähmaste ja lahtiste konstitutsiooniliste sätete kasutamist ehk olukorda, kus kohtud võtavad appi võrdsuse, õigusriigi ja järjekindluse printsiibid, andes neile teoorialaadse iseloomu.“¹⁷³ Ka Béla Pokol, Ungari Konstitutsioonikohtu tuntuim kriitik, on vaidlustanud kohtu pädevuse otsustada poliitilise iseloomuga küsimusi, toetudes „super-abstraktsetele printsiipidele“ nagu „õiguskindlus“.¹⁷⁴ Tema järgi peaks kohus loobuma otsustamisest, kui „konstitutsioonis ei sisaldu selget reeglit kohtu ette toodud õigusliku küsimuse lahendamiseks.“¹⁷⁵ Ka Smilov viitab arusaamale, mille kohaselt soodustab kohtulikku aktivismi ähmastel ja abstraktsetel reeglitel põhinev juriidiline argumentatsioon. Seejuures tsiteerib Smilov Miroslav Cerari, kes väidab, et „[k]una selliste printsiipide sõnastused... on erinevatele tähendustele väga avatud (avatud tekstuur), nõuab nende tõlgendamine enamikel juhtudel sõnaselgelt väärtusorienteeritud hinnangut.“¹⁷⁶

Kolmas ja tihti kasutatud võimalus vaheteoks seisneb teatud tõlgendusteooriate käsitlemises „tõeliselt“ õiguslikena ehk puhastatutena väärtushinnangulistest elementidest, vastandatuna väärtustele „avatud“ poliitilise iseloomuga tõlgendusteooriatele. Renata Uitz märgib, et neid

¹⁷⁰ Vt nt R. Hodder-Williams, lk 15-16; R. Maruste. Poliitiline ja õiguslik otsustamine. Eesti Päevaleht „Postimees“ 05.06.2002. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://vana.www.postimees.ee/index.html?op=lugu&rubriik=6&id=60387>, 5. veebruaril 2005.

¹⁷¹ R. Hodder-Williams, lk 13.

¹⁷² R. Uitz, lk 65.

¹⁷³ B. Bugarc, lk 262.

¹⁷⁴ B. Pokol. A magyar parlamentarizmus. Cserépfalvi, 1994 (viidatud: C. Boulanger, lk 7).

¹⁷⁵ C. Boulanger, lk 7. Näitena abstraktsele printsiibile tuginevast poliitilise iseloomuga otsusest toob Boulanger Ungari Konstitutsioonikohtu otsuse, mis tunnistas konstitutsioonivastaseks seadusemuudatuse, mis võimaldas tagasiulatavalt karistada 1956. aasta revolutsiooni käigus toimepandud inimsusevastaste tegude toimepanijaid, põhjendades seda õiguskindlusest tuleneva tagasiulatava jõu keeluga. – Samas, lk 17.

konstitutsioonilise tõlgendamise teooriaid, mis on arvamusel, et konstitutsioonikohtunike jaoks on kohane argumenteerimisel toetuda väärtusargumentidele ning kohtunike loodud printsiipidele, kritiseeritakse tihti kui omaalgatusliku kohtuliku aktivismi kantse.¹⁷⁷ Uitz'i järgi viib väärtusargumentide kasutamine kohtunike kontrollimatu diskretsioonini väärtuste ja printsiipide identifitseerimisel ja sisustamisel ning võib "hõlpsalt päädida kohtuliku seadusloomega".¹⁷⁸

2.1.3.2.1. Õiguslike ja „õigusväliste“ argumentide vahetegu ja selle adekvaatsus

Mitmed aktivismi käsitlused võrdsustavad kohtuliku aktivismi kaugenemisega konstitutsiooniloojate kavatsustest ning konstitutsiooni keele selgetest suunistest. Näiteks Smilovi järgi „võib kahtlus kohtulikus aktivismis kerkida, „kui otsus puudutab vastuolulist küsimust, mida õiguslikud reeglid ei kata ning kohus on sunnitud otsustamiseks kasutama keerulisi tõlgendusstrateegiaid.“¹⁷⁹ Smilov märgib, et paljud konstitutsiooniõiguse kommentaatorid kasutavad kohtuliku aktivismi mõistet, märkimaks kohtulikku argumentatsiooni, mis ei toetu täielikult konstitutsiooni tekstile. Ka Canon nimetab ühe aktivismi dimensioonina tõlgenduslikku truudust ehk määra, milleni konstitutsiooni sätteid tõlgendatakse vastupidiselt konstitutsiooni loojate selgetele kavatsustele või kasutatava keele selgetele suunistele.¹⁸⁰ Michael J. Perry järgi kujutab aktivism endast valitsuse sellise tegevuse küsimärgi alla seadmist või isegi vastustamist, mida konstitutsiooniloojad ise kunagi ei vastustanud ega isegi küsitavaks pidanud.¹⁸¹ Kõigi nende autorite käsitlustes leiavad „õiguslikena“ armu ehk on konstitutsioonilises õigusmõistmises legitiimsed üksnes niisugused argumendid, tõlgendusteooriad ja -meetodid, mis on tagasiviidavad konstitutsiooni keelele ning selle loojate kavatsustele. Käesoleva töö esimeses peatükis on näidatud, miks seesugune kohtuliku aktivismi käsitlus ei ole tänapäeva tingimustes adekvaatne.

Teine oluline grupp autoreid võrdsustab kohtuliku aktivismiga ühe spetsiifilise argumentatsiooniliigi – teleoloogiliste ehk (põhi)seaduse eesmärki tuvastada püüdva tõlgendusteooriate kasutamise. Nendele tõlgendusteooriatele, mille kaudu sisenevad juriidilisse argumentatsiooniprotsessi

¹⁷⁶ M. Cerar. Slovenia's Constitutional Court within the Separation of Powers. – Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-communist Europe in a Comparative Perspective. Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2003, pp 241-42 (viidatud: D. Smilov, lk 185).

¹⁷⁷ R. Uitz, lk 66.

¹⁷⁸ Samas.

¹⁷⁹ D. Smilov, lk 184.

¹⁸⁰ B. C. Canon (1982) lk 387.

¹⁸¹ M. J. Perry. Judicial Activism. 7 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 69 (1984), p 69.

ühiskonnas kehtivad sotsiaalsed väärtused ja vajadused, viidatakse õigusalasest kirjanduses tihti kui kohtuliku aktivismi kantsile.¹⁸² Kommersi väitel on teleoloogiline lähenemine, mis ei vasta objektiivsuse ja mehaanilise rakendatavuse nõuetele, vastuvõtlik subjektivismile, mida domineeriv traditsioon püüab vältida.¹⁸³ Teine Saksa õigusteoreetik – Karl Heinrich Friauf – on märkinud, et teleoloogiline lähenemine on “värav, mille kaudu konstitutsioonitõlgendusse valguvad ühiskonnapoliitilised kaalutlused ning koguni kohtunike poliitiline filosoofia.”¹⁸⁴

Kohtunike isiklikust poliitilisest filosoofiast ehk maailmavaatelistest eelistustest lähtumine kohtuotsuste tegemisel võrdsustatakse tihti kohtuliku aktivismiga just tavalugejaile suunatud allikais. Näiteks käsitlevad mitmed üldisemale avalikkusele suunatud õigusalsed leksikonid kohtulikku aktivismi kui isiklike uskumuste ja (poliitiliste) eelistuste “sisselugemist” konstitutsiooni teksti ehk otsusetegemisel „õigusvälistest“ kriteeriumidest lähtumist.¹⁸⁵

Objektiiv-teleoloogiliste tõlgendusteooriate vastuvõtlikkust subjektivismile on kirjeldanud ka mitmed Eesti õigusteadlased. Näiteks märgib Marju Luts, et õigusteaduslikus diskussioonis ei puudu tõlgendusteooriad, mis kas tunnustavad kohtuniku suurt vabadust tõlgendamisel või kirjeldavad seda, kuidas kohtunik lähtub oma otsustustegevuses paljudest seadusevälistest asjaoludest. Selliste teooriate hulka paigutab Luts teleoloogilised tõlgendusteooriad, mis „väidavad need [s.t seaduse – B. A.] eesmärgid asetsevat kusagil väljaspool seaduse teksti ühiskonna õiglustundes, normatiivsetes ootustes, avalikus arvamuses jms.“¹⁸⁶ Raul Narits märgib, et kuivõrd objektiiv-teleoloogilise tõlgendamise¹⁸⁷ kriteeriumid tulenevad õiguse objektiivsetest eesmärkidest, tuleb selle meetodi realiseerimisel lisaks õiguskorra mõttele tugineda ka õiguskorra üldistele väärtustele ning printsiipidele.¹⁸⁸ Kuna kooskõlastatud väärtuskogemuste baasi on raske saavutada, võib väärtuste

¹⁸² Vt nt R. Uitz, lk 66.

¹⁸³ D. P. Kommers (1997), lk 43.

¹⁸⁴ K. H. Friauf. *Techniques for the Interpretation of Constitution in German Law.* – Proceedings of the Fifth International Symposium on Comparative Law. Ottawa: University of Ottawa Press, 1968, p 13 (viidatud: D. P. Kommers (1997), lk 43).

¹⁸⁵ Nii defineerib Blacki Õigussõnaraamatu 1999. aasta väljaanne kohtulikku aktivismi kui “kohtuliku otsusetegemise filosoofiat, mille puhul kohtunikud lubavad teiste faktorite seas oma isiklikel vaadatel avalikele poliitikatele (ingl. k *public policy*) juhtida oma otsuseid” ning kohtulikku enesepiiramist kui “kohtuliku otsusetegemise filosoofiat, mille puhul kohtud väldivad voli andmist oma isiklikele uskumustele avaliku hüve kohta ning üritavad pelgalt tõlgendada õigust, nagu seadusandja ta loonud on, järgides seejuures pretsedenti. – B. A. Garner (ed.). *Black’s Law Dictionary*. 7th edn. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, pp 851-852.

¹⁸⁶ M. Luts. Õigusnormide tõlgendamise meetoditest ja teooriatest. *Juridica* 1998/3, lk 114.

¹⁸⁷ Objektiiv-teleoloogiline tõlgendamisteooria lähtub kujuteldavast – ideaalsest – seadusandjast, kelle tahte konstrueerimise kaudu on võimalik välja selgitada seaduse ideaalne eesmärk.

¹⁸⁸ R. Narits. Tõlgendamine: teadus või seadus? *Juridica* 1994/9, lk 229.

suunamäärana vaadelda valitsevaid ettekujutusi õiglusest. Valitsevate ettekujutuste muutlikkuse või lünklikkuse tõttu valitseb aga alati oht, et lõppastmes on juriidiline otsustus kantud otsustaja personaalsest ettekujutusest väärtusest.¹⁸⁹ Üks lahendustest on võtta aluseks ühiskonna poolt üldiselt tunnustatud või ülekaalus olevad ettekujutused väärtustest.¹⁹⁰

Naritsa poolt välja pakutud mõttekäigul – võtta subjektivismi vältimiseks väärtuste kindlaksmääramisel aluseks ühiskonna kooskõlastatud väärtuskogemus – baseerubki objektiiv-teleoloogilise tõlgendamise kõige abstraktsem tase – nn sisuliste põhjuste kasutamine argumenteerimisel (ingl. k *argument from substantive reasons*), mille käigus otsitakse lahendust, arvestades üldisi printsiipe ja väärtusi, mis ühiskonnas valitsevad.¹⁹¹ MacCormick ja Summers tõdevad, et nn sisuliste põhjuste argument on argument, mis sisaldab kõige selgemalt ja ilmsemalt tõlgendaja väärtushinnanguid.¹⁹²

Tänapäeval ei ole objektiiv-teleoloogiliste argumentatsiooniliikide (mis muuhulgas aktsepteerivad legitiimsetena ka nn tagajärjekaaluatlusi) nagu ka konstitutsiooni „ähmaste“ printsiipide kasutamise „õigusvälisus“ enam sugugi nii üheselt mõistetav. Ehkki raamatu “Constitutional Theory: Arguments and Perspectives” autorid märgivad nimetatud teose avalauses, et „kogu konstitutsiooniõiguse probleem seisneb asjaolus, et mitte keegi ei tea, mis tuleb arvesse argumendina,”¹⁹³ on Lääneriikides siiski saavutatud teatud konsensus konstitutsioonilises õigusemõistmises legitiimsena tunnustatavate tõlgendusteooriate osas. Donald P. Kommers märgib, et vaatamata baasilistele erisustele Kontinentaal-Euroopa ja Anglo-Ameerika õigussüsteemides ja õigusemõistmises kasutab ka Saksa Konstitutsioonikohus sarnaselt Ameerika Ühendriikide Ülemkohtule mitmeid tõlgendusviise, mis hõlmavad argumente nagu ajaloolised argumendid, struktuuriargumendid, teleoloogilised argumendid, tekstiargumendid, huvide tasakaalustamine ja loomuõigus.¹⁹⁴ Konstitutsioonitõlgenduse meetodid, mis veel mõned ajad tagasi tekitasid “tõsiseltvõetavate” õigusteadlaste hulgas printsiipialset vastasseisu, võivad tänaseks olla kenasti integreeritud

¹⁸⁹ R. Zippelius. Wertungsprobleme in System der Grundrechte. 1962 (viidatud: R. Narits. Jurisprudentsi põhijoontest. Juridica 1995/9, lk 379.

¹⁹⁰ R. Narits. Kas hääli peaks kaaluma või lugema? Juridica 1994/3, lk 66.

¹⁹¹ T. Annus. Riigiõigus. Õpik kõrgkoolidele. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2001, lk 40.

¹⁹² D. N. MacCormick, R. S. Summers. Interpretation and Justification. – D. N. MacCormick, R. S. Summers (eds.). Interpreting Statutes: A Comparative Study. Aldershot: Dartmouth, 1991, p 521.

¹⁹³ M. J. Gerhardt, T. D. Rowe, Jr. et al, lk 1.

¹⁹⁴ D. P. Kommers (1997), lk 42.

õigusteaduse õppekavadesse. Sarnaselt on tunnistatud printsiipide olulist rolli konstitutsioonitõlgenduses.

See tendents on tingitud asjaolust, et õiguskogukond annab endale üha selgemalt aru õigusteaduse sulandumisest teiste ühiskonnateaduslike distsipliinidega ning vajadusega nende poolt pakutut õigusteaduslikus, sh konstitutsiooniõiguslikus argumentatsioonis arvestada. Paralleelselt on järkjärgult kasvanud väärtuste roll nii õigusemõtlemises kui õigusteoreetikute töödes – viimase sajandi jooksul ollakse liikunud „õiguse kui reeglite kogumi“ kontseptsioonilt arusaamiseni „õigusest kui väärtuste ja printsiipide kogumist.“¹⁹⁵ Marika Linntam märgib Euroopas järjest enam tooni andvale Euroopa Kohtu praktikale viidates, et „[t]õlgendamises on Euroopa Kohus selgelt orienteeritud süstemaatilisele ning eriti teleoloogilisele, normi eesmärkidele keskenduvale interpretatsioonile,“ ning et „[d]ünaamilistest kriteeriumitest lähtudes võetakse arvesse just antud ajas ning ühiskonnas kehtivaid sotsiaalseid väärtusi ja vajadusi.“¹⁹⁶

Tänapäeval aktsepteeritakse kõiki tõlgendusmeetodeid legitiimsetena. Muuhulgas on mõnede autorite poolt „aktivismi kantsiks“ nimetatud objektiiv-teleoloogiline tõlgendamine muutunud iseäranis konstitutsioonilises õigusemõistmises osaks kohtute „traditsioonilisest võimupiirkonnast“. Keenan D. Kmiec märgib, et ehkki väga tihti võrdsustatakse kohtulik aktivism „lahknemisena aktsepteeritud tõlgendusmeetoditest, muudab konsensuse puudumine selles, milliseid tõlgendustehnikaid tuleb pidada kohasteks, mitteortodokssete meetodite eristamise „aktivistlikust“ tõlgendamisest väga raskeks.¹⁹⁷ Seda eeldust aktsepteerides on selge, et kohtuliku aktivismi sisustamine kasutatavate tõlgendusmeetodite kaudu on muutunud samavõrra ebaadekvaatseks kui seda on kohtuliku aktivismi sisustamine poliitikakujundajate taatele vastuastumise kaudu. Seetõttu tuleb kohtuliku aktivismi sisustamiseks poliitikasse sekkumise kaudu asuda otsima täiendavaid dimensioone.

¹⁹⁵ M. L. F. Esteban. *The Rule of Law in the European Constitution*. The Hague, 1999, p 38 (viidatud: M. Linntam. *Building a Just Society: the Role of the Constitutional Judge. Idea of Justice in the Contemporary Value Jurisprudence and the Process of Argumentation*. *Juridica International* 2002/7, p 49).

¹⁹⁶ M. Linntam. Õigluse idee kui argument Eesti Vabariigi Riigikohtus ja Euroopa Kohtus. *Juridica*, 2002/1, lk 9.

¹⁹⁷ K. D. Kmiec. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*. 92 *Cal. L. Rev.* 1441 (2004), pp 1473-1474.

2.1.3.3. Poliitikasse sekkumise mõõtmine

Konstitutsioonikohtute poliitikasse sekkumise ulatust on Canoni järgi võimalik mõõta kolme erineva dimensiooni lõikes: olemuslik poliitikakujundamine vs demokraatia säilitamine; poliitika üksikasjalikkus ning alternatiivse poliitikakujundaja olemasolu. Käesoleva töö autor on neid dimensioone vajadusel modifitseerinud ning lisanud neile kirjandusest leitud põhimõtteid ning nüansse.

2.1.3.3.1. Olemuslik poliitikakujundamine vs demokraatia säilitamine

See kohtute poliitikasse sekkumise dimensioon lähtub populaarsest arusaamast, mille kohaselt on kohtud teatud valdkondades poliitikakujundamiseks legitimeeritud kui mõnedes teistes.¹⁹⁸ Sellisteks valdkondadeks on klassikalise (ja kuulsaima) määratluse järgi “seadusandlus, mis piirab neid poliitilisi protsesse, mille kohta harilikult loodetakse, et nad võimaldavad tühistada soovimatut seadusandlust” ja “[seadusandlus], mis kaldub tõsiselt kärpima nende poliitiliste protsesside toimimist, millele harilikult toetatakse, kaitsmaks [...] eraldatud ja eraklikke vähemusi.”¹⁹⁹

J. H. Ely järgi peaks põhiseaduslikkuse järelevalve keskendumaks eelkõige poliitilise esindatuse protsesside tugevdamisele, poliitiliste muudatuste teelt takistuste kõrvaldamisele ning vähemuse esindatuse hõlbustamisele.²⁰⁰ Ka Bugaric märgib, et on olemas teatud hulk spetsiifilisi küsimusi, mis nõuavad intervensionistlikumat [loe: aktivistlikumat – B. A] kohtulikku lähenemist. Ühe sellise valdkonnana nimetab Bugaric põhiõiguste kaitset individuaalse konstitutsioonilise kaebuse alusel, aga ka seaduste võrdset kaitset, mittediskrimineerimist ja kohast protsessi.²⁰¹ Bugaric väidab Rawlsile viidates, et teatud asjaoludel peaksid kohtud võtma aktivistlikuma rolli nende universaalselt tunnustatud õiguste kaitse osas, mida sellistena mõistab ja defineerib kodanike üldine konsensus.²⁰² Bugaric väidab, et kui eksisteerib üldine konsensus näiteks soolise võrdõiguslikkuse küsimuses, ei peaks kohtud „kõhklema jõuliselt kaitsmast õigusprintsipi, mille need õigused rajanevad“. Teisalt aga, hoiatab Bugaric, ei tohiks kohus juhul, kui ta on vastamisi moraalselt või poliitiliselt vastuoluliste küsimustega nagu abort, seksuaalne sättumus või eutanaasia,

¹⁹⁸ B. C. Canon. Defining the Dimensions of Judicial Activism. *Judicature*, Vol 66, Nr 6 (1983), p 244.

¹⁹⁹ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-153 (1938) (viidatud: B. C. Canon (1982), lk 398-399).

²⁰⁰ Vt J. H. Ely. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980), p 74 (viidatud: B. Bugaric, lk 274).

²⁰¹ B. Bugaric, lk 273.

asuda mõistatama universaalseid tõdesid, mis võivad sattuda vastuollu erinevate poliitiliste, moraali- või religiooninormidega. Selliste küsimuste otsustamiseks tuleb säilitada erinevate ideede foorum ning kohtud peaksid hoiduma kasutamast absoluutseid moraalseid või religioosseid tõdesid oma otsuste toetuseks, kui nende osas ei eksisteeri kultuurilist, poliitilist ning religioosset konsensust.²⁰³

Niisiis on selle lähenemise kohaselt kohtulikku aktivismi võimalik mõõta määra järgi, milleni kohtuotsused teevad olemuslikku poliitikat, mitte ei "võitle" demokraatliku protsessi säilimise eest.²⁰⁴ Lähtudes demokraatlike poliitilisi protsesse kaitsevate või laiendavate otsuste ning otsuste, mis mõjutavad muud tüüpi ühiskondlikke poliitikaid, vaheteost, liigitab Canon poliitilisi protsesse puudutavaid poliitikaid (nagu sõnavabadus, hääleõigus, valimiste läbiviimine ja esindatuse iseloom) arendavad või muutvad otsused mõnevõrra aktivistlikeks, samal ajal kui kõrgelt aktivistlikeks loeb ta otsused, mis teevad majanduspoliitikat, reguleerivad institutsioonide või gruppide poliitilise protsessiga mitteseotud tegevusi, sekkuvad inimeste karjääridesse, elustiilidesse või moraalsesse või religioossetesse väärtustesse. Selle dimensiooni raames ei saa Canoni järgi hinnata otsuseid, millel on vähe mõju nii olemuslikele poliitikatele kui poliitikatele, mis on seotud poliitiliste protsessidega, nagu nt tsiviil- või kriminaalprotsessi muutvad otsused.²⁰⁵

See poliitiliste protsesside eriline kaitse ja kohtuliku poliitikakujundamise privileeg vastavas valdkonnas tuleneb demokraatia põhieeldusest, mille kohaselt peab vähemustele olema tagatud võimalus saada enamuseks meetmete kaudu, mida demokraatlik poliitiline süsteem peab tingimusteta võimaldama. See hõlmab meetmeid nagu sõnavabaduse, iseäranis poliitilise veendumusvabaduse teostamine, õiglasel esindusreeglid ja valimissüsteem. Iga demokraatlike protsesse moonutav meede on seega iseäranis kaitstud seekaudu, et ei ole usaldatud üksnes vähemuste õigusi kitsendama kalduva parlamendiamuse kätte.

Selle kriteeriumi alusel on kõrgelt aktivistlikud ka kohtuotsused, mis mõjutavad reformide ja muude ümberkorralduste kulgu ning jaotavad ulatuslikult ümber ressursse. Cass Sunsteini järgi on kaugeleulatuvate ning struktuuriliste majanduslike ja poliitiliste reformidega seotud kompleksed küsimused valdkonnaks, milles otsustamiseks pole kohtutel piisavalt vahendeid ega ettevalmistust.

²⁰² Nn üleüldise konsensuse kontseptsiooni kohta vt lähemalt: J. Rawls. The Idea of an Overlapping Consensus. 7 Oxford J. Leg. Stud. 1 (1987) (viidatud: B. Bugaric, lk 287).

²⁰³ B. Bugaric, lk 287.

²⁰⁴ B. C. Canon (1982), lk 387.

²⁰⁵ Samas, lk 399- 400.

Sunstein viitab asjaolule, et sellistel juhtudel peavad kohtud otsuse langetama kompleksse süsteemi osaks oleva õigusliku reegli põhiseaduspärasuse suhtes, mis eraldivõetuna võivad omada ootamatuid mõjusid süsteemile tervikuna ning seega otsuse tegemisel ettearvamatuid tagajärgi.²⁰⁶ Lon L. Fuller nimetab seesuguseid otsuseid polütsentrilisteks,²⁰⁷ märkides: „Väga üldistatult võib öelda, et majanduslike ressursside jaotamisega seonduvad probleemid omavad liiga tugevat polütsentrilist aspekti, et olla kohased lahendamiseks kohtumõistmise korras.“²⁰⁸ Polütsentriline on küsimus, mis on vastastikku seotud teiste küsimustega.²⁰⁹ Fuller toob näiteks olukorra, kus sotsialistlikus süsteemis peaks kohtule usaldatama riiklike hindade kindlaksmääramine kõikidele kaubagrupidale. Peamise põhjusena, miks kohus on olemuslikult sobimatu taolise ülesande läbiviimiseks, nimetab Fuller asjaolu, et kohtumõistmine ei ole võimeline arvesse võtma kõiki kompleksseid tagajärgi majandusele, mida iga üksik hinnamuutus süsteemile kaasa võib tuua. Kohus ei ole suuteline ette nägema mõju, mida alumiiniumi hinnamuutus võib kaasa tuua nt plastiku nõudluse kasvule ning ennustama uut tasakaaluolukorda.²¹⁰ Polütsentriliste probleemide ühe võimaliku lahendusmeetodina pakub Fuller välja parlamentaarse meetodi, kus asjasthuvitatud osapoolte diskussiooni tagajärjel pakutakse välja optimaalseim huvide jaotus.²¹¹

Eraldi kategooria selles polütsentriliste otsuste valdkonnas moodustavad nn reformiotsused. Bugarici järgi on majandusettevõtete privatiseerimine ning sotsiaalkindlustussüsteemi reform kaks näidet äärmiselt keerukatest majanduslikest ja poliitilistest küsimustest, mida kohtud ei ole võimelised puhtalt kohtulikus raamistikus lahendama.²¹² Bugaric toob näiteks Poola Konstitutsioonitribunali otsuse, mis tunnistas kehtetuks vanadus- ja invaliidsuspensiooneid vähendava seaduse põhjusel, et „demokraatlikes riikides on valitsuse õigus eelnevalt antud soodustusi kärpida tugevalt piiratud, sõltumata riigi finantsseisust.“²¹³ Sarnaselt käitus Ungari Konstitutsioonikohus mitmete sarnaste kaasuste lahendamisel, tunnistades 1990ndatel aastatel

²⁰⁶ C. R. Sunstein. *Legal Reasoning and Political Conflict* (1996), p 45 (viidatud: B. Bugaric, lk 262-263).

²⁰⁷ Polütsentriline ehk mitme keskmega. Fuller kasutab ämblikuvõrgu-metafoori: situatsioon on polütsentriline, kui tõmmates üht niiti ämblikuvõrgus tekitatakse pinged rohkem kui ühes niitide ristumispunktis ning rebenemine võib toimuda ettearvamatutes kohtades.

²⁰⁸ L. L. Fuller. *Forms and Limits of Adjudication*. 92 *Harv. L. Rev.* 395 (1978), p 400.

²⁰⁹ N. W. Barber. *Prelude to the Separation of Powers*. 60 (1) *Cambridge LJ* 59 (2001), p 76.

²¹⁰ L. L. Fuller, lk 394-395.

²¹¹ Samas, lk 400.

²¹² B. Bugaric, lk 262.

²¹³ *Uchwalaz Dnia 11 Czerwca 1991 R [Decision of 11 February 1991]*. (K. 14/91). *Orzecznictwo Sadu Najwyzszego 1/1992*, 62 (Pol.). Translated in: J. Oniszczyk (ed.). *Polish Constitutional Tribunal, A Selection of the Polish Constitutional Tribunal's Jurisprudence from 1986 to 1999*, p 62 (viidatud: B. Bugaric, lk 263).

kehtetuks Rahvusvahelise Valuutafondi (IMF) poolt Ungari välisvõla rahvusvahelise finantseerimise eest nõutud valitsuse nn kokkuhoiumeetmete paketi.²¹⁴ Bugarici kriitika nimetatud otsustele seisneb asjaolus, et tühistades valitsuse poolt kavandatud majanduslikud meetmed, tuginesid need kohtud mitmetele abstraktsetele ning väidetavalt „neutraalsetele“ printsiipidele nagu sotsiaalne õiglus, võrdsus, mitte-tagasiulatuvus, õiguskindlus, omandatud õigused, ega vaevunud kaaluma oma otsuste sotsiaalmajanduslikke tagajärgi.²¹⁵

2.1.3.3.2. Poliitika üksikasjalikkus

Teine poliitikasse sekkumise dimensioon mõõdab kohtulikku aktivismi selle järgi, kui üksikasjalik kohus poliitikakujundamisel on. Canon märgib, et kui traditsiooniliselt on kohtulik sekkumine poliitikasse olnud miinusmärgiline – kohus kas tunnistas seaduse kehtetuks või tegi kohustuslikuks mingi poliitika, jättes seadusandjale või täitevvõimule vabad käed probleemi lahendamise viisi valikul (nõ negatiivne poliitikakujundamine) –, siis kaasajal on kohtud muutunud “positiivseteks” poliitikakujundajateks, hakates nõudma valitsusasutustelt kindlate poliitikate elluviimist tihti suisa piinlikult detailselt, võttes üle kooli-, vangla- ja haiglasüsteemi juhtimise.²¹⁶ Kohati ulatub sekkumine seejuures koguni duššide veetemperatuuri või vangide sissetoomise ja vabastamise nädalase määra kindlaksmääramiseni kohtuvõimu poolt.²¹⁷ Weileri sõnutsi on kohtuotsused mänginud hiigelsuurt rolli näiteks hariduspoliitika kujundamisel nii Saksamaal kui Ameerika Ühendriikides, kus kohtud on sisenenud sellise otsustegemise territooriumile, mis tavapäraselt oli vaieldamatu riigiministeriumide ja kohalike kooliametite pärusmaa, otsustades küsimusi, mis ulatuvad distsipliiniküsimustest kuni hariduslike eesmärkide määratlemiseni ning võrdsuseni haridusele ligipääsul ja ressursside jaotamisel.²¹⁸

Positiivset poliitikakujundamist peab Canon kõrgelt aktivistlikuks tegevuseks, negatiivne poliitikakujundamine ehk reeglina eelnenud situatsiooni (*status quo ante*) taastamist nõudvad otsused on Canoni järgi üksnes mõnevõrra aktivistlikud. Ka Virgo Saarmets märgib, et „selline tegevus [seadusandjale aktsepteeritavate lahenduste ettekirjutamine – B. A] oleks lubamatu

²¹⁴ Vt nt K. L. Scheppele. A Realpolitik Defense of Social Rights. 82 Tex. L. Rev. 1921 (2003-2004), p 1941-1942.

²¹⁵ B. Bugaric, lk 264-268.

²¹⁶ B. C. Canon (1982), lk 400.

²¹⁷ M. Shapiro, lk 50.

²¹⁸ H. N. Weiler. Legalization, Expertise, and Participation: Strategies of Compensatory Legitimation in Educational Policy. Comparative Education Review, Vol 27, No 2 (1983), p 263.

lahusvõimude põhimõtte rikkumine ja seda peab vältima samast põhimõttest järelduva nn kohtu enesepiiramise kohustusega²¹⁹.

Tuntuimate näidetena kohtutepoolsest positiivsest poliitikakujundamisest toob Canon kaasused Ameerika Ühendriikide Ülemkohtu ajaloost nagu nn *abordikaasus*, mis üksnes ei tunnistanud kehtetuks osariikide *abordiseadusi*, vaid kirjutas need peatükkide ja lõikude kaupa ümber; nn *Swann*'i kaasus, mille tulemuseks oli keeruliste bussiprogrammide käivitamine, saavutamaks teatud rassilise integreerumise standardit; või *Miller*'i kaasus, millega arendati välja üksikasjalik nõ „roppuste koodeks“.²²⁰

Saksa Liitvabariigi Konstitutsioonikohtu praktikast on hästi tuntud ka nn *numerus clausus* kaasused,²²¹ kus kohus kaalus ülikoolide vastuvõtupiirangute proportsionaalsust põhiseadusliku kutsevalikuvabaduse põhimõttega. Donald P. Kommers märgib Saksa Konstitutsioonikohtu tegevust kommenteerides, et „[t]ugeva avalikkuse kriitika hinnaga on konstitutsioonikohus enese muutnud tõeliseks haridusministeeriumiks. Iga eduka otsusega näi kohus olevat ahendanud ülikoolide ametnike diskretsiooni ning sundinud seadusandjat kujundama äärmiselt täpseid ja mittediskrimineerivaid ülikooli vastuvõttu reguleerivaid standardeid.“²²² Hindamaks vastuvõtukriteeriumide põhiseaduspärasust, lõi konstitutsioonikohus muuhulgas valemi kõrgharidusinstituutide õpetamissuutlikkuse hindamiseks, mis sisaldas muutujaid nagu täiskohaga õppejõudude arv, nõudlus mingi konkreetse kursuse järele ning laboratooriumide maht ja varustus, mille pinnalt arvutati „iga õpetamisühiku suutlikkus“.²²³

²¹⁹ V. Saarmets. Individuaalne konstitutsiooniline kaebus põhiseaduslikkuse järelevalve kohtus. *Juridica* 2001/6, lk 382.

²²⁰ Vt B. C. Canon (1982), lk 400.

²²¹ *Numerus clausus* tähendab arvulist vastuvõtulimiiti ülikoolis õpetatavatele erialadele. Saksa ülikoolide tudengid, kes jäid ülikoolidest välja vastuvõtulimiidi tõttu, vaidlustasid vastuvõtupiirangud halduskohtutes, kes saatsid need Liidu Konstitutsioonikohtule põhiseaduspärasuse kontrolliks. Saksa konstitutsioonikohus leidiski esimeses *numerus clausus* asjas (*Numerus Clausus I* (1972), 33 BverfGE 303), et vastuvõtulimiidi näol on tegemist elukutsevabaduse piiramisega ning et piirangud peab võimalikult detailselt ette nägema seadusandja. Järgnevates samasisulistest kaasustes asus Konstitutsioonikohus tegema seadusandjale detailseid ettekirjutusi õiglase vastuvõtutingimuste kujundamiseks. Vt lähemalt B. Aaviksoo. Õigus kõrgharidusele Eesti Vabariigi Põhiseaduses. Bakalaureusetöö. Tartu, 2001, *passim*.

²²² D. P. Kommers (1997), lk 289.

²²³ R. Merritt. The Courts, the Universities and the Right of Admission in the Federal Republic of Germany. *Minerva* 22 (1979) 17, pp 20-21.

2.1.3.3.3. Alternatiivse poliitikakujundaja olemasolu

Kohtute poliitikasse sekkumise mõõtmise kolmanda dimensioonina nimetab Canon alternatiivse poliitikakujundaja olemasolu ehk määra, milleni kohtuotsus tõrjub kõrvale sama probleemi tõsise käsitlemise muu valitsusasutuse poolt.²²⁴ Keskse küsimusena näeb Canon küsimust sellest, mil määral suudaks teine asutus teha sellist poliitikat, mis leiti olevat kohane kohtu otsuses, kusjuures määravaks on kaks faktorit: esiteks, kas teisel asutusel on üldse pädevust kujundada teatud poliitikat ning kui jah, siis kas see on poliitiliselt või praktiliselt teostatav, ning teiseks, kas teisel asutusel on paremad võimalused kui Ülemkohtul poliitika tegemiseks nii ekspertiisi kui informatsioonile ligipääsetavuse mõttes.²²⁵

Võtmetähtsusega on Canoni jaoks küsimus alternatiivse poliitikakujundaja kohtu poolt soovitud meetmete tarvituselevõtu poliitilisest või praktilisest tõenäosusest. Canon peab eelkõige silmas jõulist poliitilist survet, mis võib seisneda kas kogukondlikus jaotuvuses või tugevas antipaatiias vähemuste poliitiliste, religioossete või kultuuriliste seisukohtade vastu. Tihti võib tegutsemise välistada absoluutne huvipuudus käsitletava küsimuse vastu.²²⁶ Sellistel juhtudel tuleb kohtu sekkumine lugeda õigustatuks. Thomas Oppermann kommenteerib nn *numerus clausus* kaasustele Saksamaal järgnenud kriitikat, juhtides tähelepanu eelkirjeldatud probleemile, järgmiselt: „föderaalne konstitutsioonikohus ei soovinud endale võtta superharidusministeeriumi rolli. See roll sunniti kohtule peale lootusetult lõhestunud hariduspoliitikute poolt eesmärgiga teha mõned olulised otsused.“²²⁷

Canon liigitab kõrgelt aktivistlikeks otsused, mis loovad poliitikat olukordades, kus on mõistlik eeldada, et alternatiivne poliitikakujundaja teinuks seda ise lähitulevikus, ning kus konkreetse poliitika iseloom on selline, et valikud vajavad andmeid või ekspertiisi, mis ei ole normaalses kohtulikus protsessis kättesaadavad, ning mõnevõrra aktivistlikuks otsused, kus kas poliitika on selline, mille peale tulnuks eelduslikult ka teine asutus, kuid kus kohus on valiku tegemiseks niisama hästi “varustatud”, või kus alternatiivne poliitikakujundaja on küll paremini varustatud, kuid

²²⁴ B. C. Canon (1983), lk 246.

²²⁵ B. C. Canon (1982), lk 402.

²²⁶ Samas, lk 402-403.

²²⁷ T. Oppermann. Karlsruhe: der Bundes-Kultusminister? Die Zeit, XXXII, 7 (4 February, 1977), s. 31 (viidatud: R. Merritt, lk 32).

kus puudub realistlik võimalus kohtu poliitika vastuvõtmiseks alternatiivse poliitikakujundaja poolt.²²⁸

2.2. Teise peatüki kokkuvõte

Esimeses peatükis ette võetud ajaloolisele ja filosoofilisele ekskursi tulemuseks oli veendumus, et 21. sajandi tingimustes ning õigusliku mõtte arenguloogikat silmas pidades ei ole kuigivõrd mõtet määratleda kohtulikku aktivismi kui seadusandja või muu poliitikakujundaja taatele vastuastumist või kohtute väljumist oma traditsiooniliselt mõistetud funktsioonidest. Nagu eespool leitud, on nende kontseptsioonide kohaselt kõik konstitutsioonikohtud aktivistlikud. Seetõttu on mõistlik vahetegu kohtuliku aktivismi ja enesepiiramise vahel pigem küsimus määrast kui küsimus liigist.

Kohtulik aktivism tema tänapäevases tähenduses väljendub määras, milleni konkreetsed konstitutsioonikohtud oma võimuvolitusi kasutavad. Mida laiematena kohus oma volitusi konstitutsioonilises õigusemõistmises tajub, seda aktivistlikuma kohtuga on tegu, ning vastupidi – mida enam kohus tunneb ennast olevat seotud erinevate konstitutsioonilisele õigusemõistmisele seatud kitsendustega, seda vaoshoitum on kohus kohtuliku aktivismi mõttes.

Loomulikult ei ole konkreetse kohtu aktivismi võimalik hinnata eelnimetatud subjektiivse taju ja nägemuste pinnalt. Seetõttu on vajalik otsida kriteeriume, mis võimaldaks nimetatud taju „tõlkida“ väljastpoolt vaadeldavasse ning interpreteeritavasse keelde. Kõige laiemalt on dimensioonid, mille raames kohtulikku aktivismi mõõta, jagatavad kahte gruppi, lähtuvalt konstitutsioonilisele õigusemõistmisele seatud kitsenduste iseloomust.

Esiteks on võimalik kohtulikku aktivismi mõõta, hinnates määra, mil konstitutsioonikohtud kas eiravad põhiseaduslike küsimuste lahendamisel neile seadusega pandud protseduurilisi piiranguid ja/või doktriine või tõlgendavad neid laiendavalt. Tegemist on kohtuliku aktivismi protseduurilise külje hindamisega.

Teiseks saab kohtuliku aktivismi hinnata sisulistest kriteeriumidest lähtuvalt. Sisuline lähenemine toetub õiguse ja poliitika vaheteole, defineerides kohtulikku aktivismi kõige laiemalt kui kohtute poliitikasse sekkumist. Ehkki kohtute sekkumine poliitikasse on etteheide, mida

²²⁸ Bradley C. Canon (1982), lk 404.

konstitutsioonikohtutele nendele suunatud kriitika korras kõige enam esitatakse, on poliitikasse sekkumise defineerimine käesolevas kontekstis küllaltki keeruline. Kui mõista poliitikat kui soosituimas eesmärgis ja selleni jõudmise vahendites kokkuleppimise kunsti, on ilmselge, et iga väärtusvalikuid tegev konstitutsioonikohtu otsus (ja valik kollideeruvate väärtuste ja õiguste vahel on seda paratamatult) on poliitiline juba definitsiooni poolest. Seega tuleb poliitikasse sekkumise hindamisel lähtuda spetsiifilisematest kriteeriumidest.

Ühe võimalusena poliitikasse sekkumise mõõtmiseks kasutatakse ka kaasaegses kirjanduses tihti määra, mil kohtud traditsioonilistest tõlgendusargumentidest kaugenevad ning otsustamisel nn õigusvälistest kriteeriumidest, argumentidest ja meetoditest lähtuvad. Iseäranis konstitutsioonilises õigusemõistmises ei ole teatud argumentide õiguslikena käsitlemine ning muude vastavalt aktivistlikeks deklareerimine enam päevakohane, mistõttu see lähenemine kohtulikule aktivismile pole adekvaatne. Tänapäevane (konstitutsiooni)õigusteadus näeb legitiimsena kõiki, sh mitmete autorite poolt kõrgelt aktivistlikena käsitletud objektiiv-teleoloogilisi tõlgendusteooriaid.

Seetõttu on poliitikasse sekkumise mõõtmisel mõistlik lähtuda mitte otsustamisel kasutatavatest tehnikatest, vaid kriteeriumidest, mis lähtuvad konkreetse otsuse toime intensiivsusest erinevatele poliitikatele. Esimene käesolevas peatükis käsitletu tõmbab eraldusjoone olemuslike ning mitteolemuslike poliitikate vahele. See käsitlus „vabastab“ aktivismisüüdistusest osaliselt kohtu poolt aetud poliitikad, mis on suunatud demokraatliku protsessi ning poliitiliste õiguste tagamisele ja säilimisele, kinnitades samas muude poliitikakujundajate laia otsustusulatust olemuslike poliitikate valdkonnas nagu ressursside jaotus, mitmed nõu polütsentrilised ning reformiotsustused. Teine kriteerium küsib kohtute poolt võetud või seadusandjale kohustuslikuks muudetud meetmete ehk poliitika üksikasjalikkuse järele. Selle kriteeriumi järgi on üksikasjalikkus positiivses korrelatsioonis aktivismi määraga. Kolmas kriteerium küsib alternatiivse poliitikakujundaja järele ehk seab aktivismi määra sõltuvusse sellest, kui tõenäoline oli vastava otsuse vastuvõtmine muu võimuharu poolt.

Selliselt kujundatud tänapäevane kohtuliku aktivismi kontseptsioon oma erinevate dimensioonide ja kriteeriumidega on aluseks järgmises peatükis ettevõetavale analüüsile, mille eesmärk on hinnata Eesti Vabariigi „konstitutsioonikohtu“ – Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi ja üldkogu – kohtuliku aktivismi määra. Selleks vaatlen Riigikohtu 11 päraststõjajärgse tööaasta jooksul tehtud põhiseaduslikkuse järelevalve lahendeid teises peatükis leitu taustal.

3. Kohtulik aktivism Eesti Vabariigi Riigikohtu praktikas

Käesoleva töö kahe esimese peatüki ülesanne oli anda ülevaade kohtuliku aktivismi kontseptsiooni ajaloost ning sellest, millistel õigusteaduse arengutasemest tulenevatel põhjustel üht või teist kohtuliku aktivismi kontseptsiooni ajakohasena on tunnistanud. Kui esimene peatükk tutvustas kontseptsioone, mille adekvaatsuses kahtleb küllap juba suurem osa maailma õiguskogukonnast, siis teine peatükk tõi välja lähenemised kohtulikule aktivismile, mida ka kaasaegses kirjanduses kohtuliku aktivismi mõõdupuuna tunnustatakse ja kasutatakse. Selle õigusajaloolise ja –filosoofilise ekskursi kaugemaks eesmärgiks lisaks konstitutsioonilise õigusemõistmise mõttevoolude kirjeldamisele ja nende käigus sündinud kontseptsioonide adekvaatsuse hindamisele oli luua sobiv raamistik kohtuliku aktivismi esinemise hindamiseks Eesti Vabariigi Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve praktikas.

Kuivõrd seni ainus katse reastada Eesti Vabariigi Riigikohust kohtuliku aktivismi ja enesepiiramise skaalal²²⁹ lähtus kohtuliku aktivismi sisustamisest pelga poliitikakujundajate tahte vastuastumise kaudu, olen seda kriteeriumit mõnevõrra ka selle kriteeriumi aadressil esitatud kriitika õigustamiseks kohaldanud ka Riigikohtu kohtupraktika hindamisele. Kolmanda peatüki põhirõhk on siiski Riigikohtu praktika vaatlemisel kahe tänaseks enimaktsepteeritud kohtuliku aktivismi dimensiooni – kohtuliku aktivismi kui protseduuriliste piirangute eiramise ning kohtuliku aktivismi kui kohtuliku poliitikakujundamise valguses.

Skaala, mida konkreetse kohtuotsuse hindamisel kasutan, on laenatud Bradley C. Canoni käesoleva töö autori hinnangul parimast senikohatud ülevaatest kohtuliku aktivismi erinevatest dimensioonidest,²³⁰ mis lähtub liigitusest „mitteaktivistlik-mõnevõrra aktivistlik-kõrgelt aktivistlik“. Et mitteaktivistlikud on selle liigituse järgi otsused, kus kohus oma põhiseaduslikkuse järelevalvepädevust ei kasuta, milline käsitlus on käesoleva töö ühe põhiteesi kohaselt aegunud, piirdun kõrgelt aktivistlike otsustuste väljatoomisega Riigikohtu praktikast. Mõnevõrra aktivistlik tähendab seega järgnevas käsitluses, nagu tähistuse semantikagi viitab, et tegemist ei ole „tõeliselt“ aktivistliku tegevusega, vaid pelga kohtu tegutsemisega oma moodsa võimuareaali piires. Töö

²²⁹ S. Ishiyama Smithey ja J. Ishiyama uurimus, vt käesoleva töö p 1.3.1.

²³⁰ Esmakordselt presenteeritud artiklis: Bradley C. Canon. A Framework for the Analysis of Judicial Activism. –

mahupiirangute tõttu ei kujuta käesoleva peatükk endast Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve otsuste kõikehõlmavat analüüsi – välja on toodud peamised trendid ning nimetatud siinkirjutaja hinnangul „tõeliselt“ aktivistlikud otsused.

3.1. Kohtulik aktivism kui poliitikakujundajate otsuste mitteaktsepteerimine

Nagu eespool näidatud,²³¹ loeb levinumaid kohtuliku aktivismi käsitlusi kohtuliku aktivismi esinevaks seal, kus kohus ei aktsepteeri seadusandja või teiste poliitikakujundajate otsustusi. Sellistele käsitlustele on omane kiusatus hinnata konkreetse kohtu kohtuliku aktivismi määra protsendi järgi, mis saadakse kohtu poolt aktide tegeliku tühiseks või põhiseadusevastaseks tunnistamise arvu jagamisel kohtule mingi akti kehtetukstunnistamiseks esitatud võimaluste koguarvuga. Et eespool esitatud kriitika²³² sellise lähenemisviisi aadressil ei jääks paljasõnaliseks, selgitan kohtuliku aktivismi defineerimise poliitikakujundajate otsuste mitteaktsepteerimise kaudu puudusi Eesti Vabariigi Riigikohtu praktika varal. Selleks esitan kõigepealt asjakohase statistika.

Eesti Vabariigi Riigikohtu Teise maailmasõja järgse tegutsemisaja jooksul aastatel 1993-2004 on Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium ja üldkogu lahendanud kokku 90 taotlust tunnistada õigustloov akt või selle osa kehtetuks või põhiseadusevastaseks. 68 juhul 90st tuvastas Riigikohus vaidlusaluse sätte põhiseadusevastasuse.²³³ Jagades aktide tegeliku tühiseks või põhiseadusevastaseks tunnistamise arvu vastavate võimaluste koguarvuga, millise valemi kohtuliku aktivismi „skoori“ arvutamiseks pakuvad välja Ishiyama Smithey ja Ishiyama,²³⁴ on Eesti Vabariigi Riigikohtu õigustloova akti põhiseaduslikkuse järelevalve menetluses tehtud aktivistlike otsuste osakaal 75,5% kõigist vastavatest otsustest.²³⁵ Märkimist väärib, et üldkogu vastav protsent on 56,25, samal ajal kui põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi otsustest on selle kriteeriumi järgi aktivistlikud koguni 79,7%.²³⁶

S. C. Halpern, C. M. Lamb (eds.). *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington, Mass.: Lexington Press, 1982, pp 385-419, hiljem ka: B. C. Canon. *Defining the dimensions of judicial activism*. *Judicature*, Vol 66, Nr 6 (December-January 1983), pp 237-247.

²³¹ Vt käesoleva töö p 1.3.1

²³² Vt käesoleva töö p 1.3.1.

²³³ Põhiseadusevastasuse tuvastamisega on nii juhud, kus kohus tunnistas sätte kehtetuks, kui ka juhud, kus piirduti sätte põhiseadusega vastuolus olevaks kuulutamise n põhjusel, et akti vastuvõtja oli põhiseadusevastase sätte kohtu otsuse tegemise ajaks ise kehtetuks tunnistanud.

²³⁴ S. Ishiyama Smithey, J. Ishiyama; vt ka käesoleva töö p 1.3.1.

²³⁵ Põhiseadusevastaste aktide arv jagatuna kontrollimiseks esitatud aktide arvuga korrutatuna sajava.

²³⁶ Arvutused tuginevad käesoleva töö autori käesoleva töö tarbeks koostatud statistilisele ülevaatele. Aluseks on võetud kõik Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumis või üldkogu põhiseaduslikkuse järelevalve nn

Kõnekaim näide sellise lähenemisviisi puudustest pärineb aastast 2000, mil Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium tunnistas kehtetuks Elamuameti peadirektori käskkirja, millega oli kinnitatud „Hoonete registreerimise juhend“. Selles asjas leidis kolleegium, et Elamuameti peadirektori käskkiri ei piirdunud hooneregistri sisemise töökorra reguleerimisega, vaid sisaldas hulganisti üldkohustuslikke käitumisreegleid. Kuna seadusest alamal seisvate üldkohustuslikke käitumisreegleid kehtestavate õigustloovate aktide andmine kuulub Eesti Vabariigi põhiseaduse järgi Vabariigi Valitsuse ja ministrite pädevusse, oli Elamuameti peadirektori käskkiri kolleegiumi hinnangul vastuolus põhiseaduse § 3 lõikega 1, mille kohaselt tuleb riigivõimu teostada üksnes põhiseaduse ja sellega kooskõlas olevate seaduste alusel.²³⁷ Ehkki käesoleval juhul on tingimata tegemist elamupoliitika kujundamisega Elamuameti peadirektori poolt ning vastavat poliitikat sätestava õigustloova akti kehtetuks tunnistamisega Riigikohtu poolt on rahuldatud ka poliitikakujundaja otsustuse mitteaktsepteerimise tingimus, on Riigikohtu vastava otsuse aktivistlikuks liigitamine ennatlik ega kõla kokku põhiseaduslikkuse järelevalve kui õigustloovate aktide kontrollimudeli ellukutsumise eesmärkidega, milleks muuhulgas on täidesaatva võimu väljumise vältimine põhiseaduse poolt kujundatud raamistikust.

Kontrollimiseks esitatud õigustloovate aktide kehtetuks või põhiseadusevastaseks tunnistamine nende vastuolu tõttu põhiseaduse § 3 lõikest 1 tulenevate nõuetega on Riigikohtu praktikas küllaltki sagedane. Seejuures on sellele põhiseaduse paragrahvile tuginedes tunnistatud kehtetuks või põhiseadusega vastuolus olevaks nii Riigikogu, Vabariigi Valitsuse kui ka kohalike omavalitsuste volikogude õigustloovaid akte.

Näiteks tunnistas Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium 12. jaanuaril 1994. aastal kehtetuks politseiseaduse muudatuse osas, milles see andis kaitsepolitsei ametnikele õiguse ajutiselt, kuni operatiivjälituslikku tegevust sätestava seaduse vastuvõtmiseni, oma ülesannete täitmiseks kasutada operatiivtehnilisi erimeetmeid (sh koguda varjatult informatsiooni) Riigikohtu esimehe poolt nimetatud Riigikohtu liikme kirjaliku nõusoleku alusel. Kolleegium leidis, et seadusesäte, mis jätab kaitsepolitsei ametnike ja volitatud Riigikohtu liikme suva küsimuseks selle, mida käsitleda operatiivtehniliste erimeetmetena ning millistel juhtudel ja korras neid seadusega reguleerimata erimeetmeid kasutada, on vastuolus põhiseaduse §-s 3 sätestatud seaduslikkuse printsiibiga, mille

põhifunktsioonis tehtud otsused (välja on jäetud nt valimiskaebused ning muud üksikjuhud, kus taotluse sisuks ei olnud põhiseaduslikkuse küsimuse otsustamine).

²³⁷ RKPJK 22. juuni 2000. aasta otsus asjas nr 3-4-1-7-00 (RT III 2000, 18, 188), punktid 10-12.

kohaselt võib põhiõigusi ja vabadusi piirata üksnes seaduse alusel.²³⁸ Riigikohus märkis: „Riigikogu oleks pidanud operatiivtehniliste erimeetmete rakendamise konkreetsed juhud ja üksikasjaliku korra ning sellega seonduva õiguste võimalikud piirangud ise kehtestama, mitte aga neid delegerima kaitsepolitsei ametnikele ja riigikohtunikele. Seda, mida Põhiseaduse järgi on õigustatud või kohustatud tegema seadusandja, ei saa edasi delegerida täitevvõimule, isegi mitte ajutiselt ja kohtuvõimu kontrollivõimaluse tingimusel.“²³⁹

Sellega rõhutas Riigikohus põhiseaduse § 3 lõikest 1 tulenevat üldise seadusereservatsiooni põhimõtet, mille kohaselt eeldab põhiõiguste piiramine demokraatlikult legitimeeritud seadusandja volitust. Täpsemalt juhtis Riigikohus tähelepanu üldisest seadusereservatsioonist tulenevale parlamendireservatsiooni ehk olulisuse põhimõttele, mille järgi peab seadusandja sätestama piiratud põhiõiguse seisukohalt olulised küsimused.²⁴⁰

20. detsembril 1996. aastal tunnistas Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium kehtetuks Vabariigi Valitsuse määrusega kehtestatud nn alkoholieeskirjad osas, milles need keelasid sama määruse lisas nimetatava viinade kaubanduslikes kogustes sisseveo Eestisse ning füüsiliste isikute alkoholiga kauplemise, nende vastuolu tõttu põhiseaduse § 3 lõikest 1 tuleneva seaduslikkuse printsiibiga. Kolleegium märkis, et võimude lahususe, demokraatliku õigusriigi ning seaduslikkuse printsiibist tulenevalt ning igapäevaste põhiõiguste ja -vabaduste kaitseks peavad legislatiiv- ja haldusfunktsioonid olema eristatud ning nende täitmine peab toimuma kooskõlas õigusteoorias tunnustatud põhimõtetega. Õiguse teooria kohaselt peab täitevvõimu üldakti andmiseks olema seaduses vastavasisuline delegatsiooni- ehk volitusnorm, milles täpsustatakse akti andmiseks pädev organ ning talle antava määrusandliku volituse selge eesmärk, sisu ja ulatus. Nn alkoholieeskirjade vaidlustatud sätted olid antud sellekohase delegatsioonita, mistõttu need olid vastuolus Põhiseaduse § 3 lõikega 1, §-ga 4 ning § 87 punktiga 6.²⁴¹

²³⁸ RKPJK 12. jaanuari 1994. aasta otsus asjas nr III-4/1-1/94 (RT I 1994, 8, 129).

²³⁹ Samas.

²⁴⁰ T. Annuse järgi tuleb seda demokraatiaprintsiibist tulenevat põhimõtet seaduse reservatsioonist eristada (Vt T. Annus, lk 79); Eesti Vabariigi Põhiseaduse kommenteeritud väljaanne loeb olulisuse põhimõtte üldise seadusereservatsiooni põhimõtte üheks alaprintsiibiks. – Paragrahv 3. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2002, lk 56-57.

²⁴¹ RKPJK 20. detsembril 1996. aasta otsus asjas nr 3-4-1-3-96 (RT I 1997, 4, 28).

Parlamendireservatsiooni ehk olulisuse põhimõtte kõrval, mille kohaselt peab seadusandja täpsustama täidesaatvale võimule antava määrusandliku volituse selge eesmärgi, sisu ja ulatuse (põhiõiguse seisukohalt olulised küsimused), rõhutas Riigikohus ka üldisest seadusereservatsioonist tulenevat teist nõuet – seadusliku aluse põhimõtet, mille kohaselt on riigivõimu teostamiseks alati vajalik seaduses selleks ette nähtud luba ehk volitus. See põhimõte tuleneb demokraatia printsiibi kõrval juba riigi tegevuse etteennustatavuse nõudest, mille kohaselt peab igaühel olema võimalik seaduse pinnalt otsustada, mida tohib või ei tohi teha täitevvõim.

Üldise seadusereservatsiooni seost kohaliku omavalitsuse volikogu õigusloomega käsitles Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium 6. oktoobri 1997. a otsuses nn Valga liikumispiirangute asjas. Selles asjas leidis kolleegium, et Valga Linnavolikogu määrusega vastu võetud Valga linna korra eeskiri oli vastuolus Põhiseadusega osas, milles see kehtestas liikumispiirangud alla 16-aastaste alaealiste liikumisvabadusele. Kolleegium märkis: „Ka kohaliku omavalitsuse organid teostavad riigivõimu. Põhiseaduse § 3 lg 1 sätestab, et riigivõimu teostatakse üksnes Põhiseaduse ja sellega kooskõlas olevate seaduste alusel. Seega kehtib Eestis demokraatlikes õigusriikides tunnustatud põhimõte, et avaliku võimu teostamisel tuleb järgida legaalsuse põhimõtet.”²⁴² Kolleegium viitas mitmele varasemale lahendile, mille kohaselt saab põhiseaduse II peatükis sätestatud õigus piirata ainult seaduses sätestatud juhtudel ja korras. Valga linna korra eeskirjas sätestatud piirangu põhiseaduspärasuse kontrollimise ajal ei tulenenud liikumisvabaduse piiramise volitust ühestki toona kehtinud õigusaktist.

Üldine seadusereservatsiooni idee, nagu märgivad Eesti Vabariigi Põhiseaduse kommenteeritud väljaande autorid, „asub süstemaatiliselt põhiõiguste, demokraatia ja õigusriigi printsiibi kokkupuutepunktis.”²⁴³ Toodud näited illustreerivad eespool esitatud väidet,²⁴⁴ nagu etendanuks Riigikohus iseäranis oma tegevuse algusaastatel suhteliselt baasiliste õigusprintsiipide nagu riigivõimu teostamine ainult põhiseaduse ja sellega kooskõlas olevate seaduste alusel (riigivõimu seaduslik teostamine) meeldetuletaja ja õigusteadvusesse kinnistaja rolli, mis ei anna veel alust pidada Riigikohut sellesuunalise tegutsemise eest aktivistlikuks.

²⁴² RKPJK 6. oktoobri 1997. aasta otsus asjas nr 3-4-1-3-97 (RT I 1997, 74, 1268).

²⁴³ Paragrahv 3. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2002, lk 55.

²⁴⁴ Vt käesoleva töö p 1.3.1.

3.1.1. Kohtulik aktivism kui enamuspõhimõtte rikkumine

Kohtuliku aktivismi defineerimisega läbi poliitikakujundaja tahte vastuastumise on tihedalt seotud kohtuliku aktivismi kaasaegse kontseptsiooni dimensioon, mis seob kohtuliku aktivismi määra sellega, kui olulise enamuspõhimõtte rikkumisega on konkreetse kohtasja puhul tegu. Selle lähenemise kohaselt on aktivismi intensiivsust võimalik määrata kehtetuks või põhiseadusega vastuolus olevaks tunnistanud akti vastuvõtja legitimatsioonistme kaudu. Selle dimensiooni raames on Canoni järgi on mitteaktivistlikud otsustused, kus vastuolu põhiseadusega ei tuvastata; mõnevõrra aktivistlikud otsused, kus kohus tunnistab põhiseadusevastaseks kohaliku seadusandluse või täitevvõimu määrused; ning kõrgelt aktivistlikud otsused, kus põhiseadusevastaseks tunnistatakse seadusandliku kogu õigustloov akt.²⁴⁵

Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi ja üldkogu poolt tunnistati vaatlusalusel perioodil (1993-2004) vaidlustatud õigustloov akt või selle osa kehtetuks või põhiseadusega vastuolus olevaks 68 korral 90st. Neist 41 juhul oli tegemist seaduse, 13 juhul Vabariigi Valitsuse määruse, 4 korral Vabariigi Valitsuse ministri määruse, 9 korral kohaliku omavalitsuse organi õigustloova akti²⁴⁶ ning 1 juhul valitsusasutuse peadirektori õigustloova aktiga²⁴⁷.

Rakendades Canoni liigitust ning lugedes mõnevõrra aktivistlikeks nii Vabariigi Valitsuse, selle ministri, kohaliku omavalitsuse organi kui ka valitsusasutuse peadirektori poolt vastuvõetud õigustloovaid akte tühistavad otsused, on Riigikohtu sellel perioodil tehtud otsuste aktivismi määra kajastav statistika järgmine. Kõrgelt aktivistlikud on ~45,5% otsustest; mõnevõrra aktivistlikud 30% otsustest ning mitteaktivistlikud ~24,5% otsustest.²⁴⁸

Canon märgib siiski selle kriteeriumi tutvustamise lõpetuseks, et esineb juhtusid, kus USA Kongressi (vrld Eesti Vabariigi Riigikogu) aktide kehtetukstunnistamisel on vähe mõju tegelikule poliitikale.²⁴⁹ Seda väidet lähemalt kommenteerimata resümeerib ta, et sellised juhud on siiski

²⁴⁵ Vt eespool p 2.1.1.

²⁴⁶ Sh nt Narva ja Sillamäe Linnavolikogude otsused, millega nähti ette referendumini korraldamine rahvuslik-territoriaalse autonoomia väljakuulutamise küsimuses. – RKPJK 11. augusti 1993. aasta otsus asjas nr III-4/1-2/93 (RT I 1993, 59, 841); RKPJK 6. septembri 1993. a otsus asjas nr III-4/1-3/93 (RT I 1993, 61, 890).

²⁴⁷ Elamuameti peadirektori käskkiri, millega kehtestati "Hoonete registreerimise juhend", mis sisaldas üldkohustuslikke käitumisreegleid. Vt RKPJK 22. juuni 2000. aasta otsus asjas nr 3-4-1-7-00 (RT III 2000, 18, 188).

²⁴⁸ Põhiseadusevastaseks kuulutatud aktide arv vastuvõtja järgi jagatuna kontrollimiseks esitatud aktide koguarvuga korrutatuna sajaga.

²⁴⁹ B. C. Canon (1982), lk 391.

harvad ning et enamasti seisneb Kongressi aktide kehtetukstunnistamine laiaulatuslike ja võtmetähtsusega poliitikate võimatustamises, tuues näiteks nn Uue Kursi poliitika nullimise 1930ndatel aastatel.²⁵⁰

Eelmises alapunktis toodud näited seaduste ning täidesaatva võimu ja kohaliku omavalitsuse õigustloovate aktide kehtetukstunnistamisest nende vastuolu tõttu riigivõimu seadusliku teostamise printsiibiga võimaldavad väita, et ühelgi juhul ei olnud tegemist mitte lihtsalt võtmetähtsusega poliitikate kehtetukstunnistamata jätmisega, vaid poliitikakujundamise seisukohalt tähtsusetute põhiseadusvastasuste tuvastamisega aktide formaalse, mitte materiaalse vastuolu tõttu põhiseadusega. Seetõttu leian, et vähemalt otsused, millega on kehtetuks tunnistatud Vabariigi Valitsuse või selle ministri või kohaliku omavalitsuse õigustloova organi määrus ainuüksi põhjusel, et seesuguse määruse andmiseks puudus volitusnorm üleüldse, on tegu nii selge formaalse rikkumisega, et sellisele defitsiidile tähelepanu juhtimine ei saa muuta põhiseaduslikkuse järelevalve kohut isegi mõnevõrra aktivistlikuks.

On selge, et kasutades enamuspõhimõtte rikkumise raskust kriteeriumina konkreetse otsuse aktivismi hindamisel, oleksid kõik allpool vaatlusele tulevad otsused, kus kehtetuks või põhiseadusevastaseks on tunnistatud parlamendiseadus, kõrgelt aktivistlikud üksnes akti vastuvõtja staatuse järgi legitimeerimiskaalal, sõltumata nendes otsustes toodud argumentidest. Seega distantseerun edasises selgelt ka sellest aktivismi mõõtmise dimensioonist ning võtan vaatluse alla teised, eelpool kirjeldatud minu hinnangul adekvaatsemad kohtuliku aktivismi dimensioonid.

3.2. Kohtulik aktivism kui protseduuriliste piirangute eiramine

See kohtuliku aktivismi käsitus näeb kohtulikku aktivismi põhiseaduslikkuse järelevalve menetlusele seatud protseduuriliste piirangute eiramises või nende kohtuvõimu suuremat sekkumist võimaldavas tõlgendamises. Olulisimateks protseduurilisteks piiranguteks, mida konstitutsioonilisuse järelevalve paradigma tunneb, on tegeliku vaidluse ja kaebeõiguse doktriinid. Need doktriinid peavad üldjoontes tagama, et konstitutsioonikohtud lahendaksid vaid konkreetselt

²⁵⁰ 1930ndatel aastatel tunnistas Ülemkohus konstitutsioonivastaseks mitmed Uue Kursi (*New Deal*) raames vastu võetud majanduslikke ja sotsiaalseid reforme sätestavad seadused viitega konstitutsiooniloojate kavatsustele postuleerida lepinguvabaduse printsiibi ülimumlikkus. Reformide jätkumise tagamiseks viis president F. D. Roosevelt läbi (kuri)kuulsa kohtu ümberformeerimise (nn *court-packing plan*), vahetades välja kriitilise arvu Ülemkohtu kohtunikke. Vt lähemalt nt R. Berger. *The Activist Legacy of the New Deal Court*. 59 Wash. L. Rev. 751 (1983-1984).

nende ette toodud probleeme ulatuses, mida kaebaja on vajalikuks pidanud ega astuks omaalgatuslikke samme oluliste, ent üksnes potentsiaalset laadi ühiskondlike probleemide lahendamisel; samuti, et kaebuse esitajal esineks kohtuasja tulemuse vastu suur ja otsene isiklik huvi.²⁵¹

Erinevad riigid on need põhimõttelised doktriinid oma õiguskorda erinevalt inkorporeerinud. Järgnevalt analüüsin Eesti Vabariigi põhiseaduslikkuse järelevalve mudelile omaseid protseduurilisi piiranguid ja vaatlen nende järgimist Riigikohtu praktikas. Tegelik vaidluse olemasolu käsitledes peatun eraldi Eesti põhiseaduslikkuse järelevalve mudeli iseärasusel, mis võimaldab õigusaktide abstraktset eel- ja järelkontrolli, ning vaatlen kaht tinglikult tegeliku vaidluse doktriini alla paigutatavat Eesti õigusruumile omast põhiseaduslikkuse järelevalve menetlusele seatud protseduurilist piirangut – taotluse piirides püsimist ning üksnes asjassepuutuvate sätete kontrolli. Samuti käsitlen kaebeõiguse doktriini ja selle järgimist. Poliitilise küsimuse doktriini jätan Eesti kontekstis käsitlemata põhjusel, et seda ega selle ligilähedast analoogi Eesti konstitutsioonilises teoorias ja praktikas välja arendatud ei ole.

3.2.1. Tegelik vaidluse doktriin ja abstraktne normikontroll

Selle doktriini Anglo-Ameerika versiooni järgi tohivad kohtunikud lahendada vaid reaalseid vaidlusi ning vältima vastamist hüpoteetilistele, akadeemilistele või abstraktsetele küsimustele, samuti hoiduma nõustamast kedagi küsimuses, kas mingi seadus on konstitutsiooniga kooskõlas või mitte. Saksa õigustraditsioon ja vastavalt kujundatud seadusandlus, seevastu, tunnistas konstitutsioonikohtunike pädevust lahendada abstraktseid kahtlusi mingi õigusakti kooskõla üle Saksa Liitvabariigi Põhiseadusega, kui need on kohtule kontrollimiseks esitanud abstraktset järelevalvet teostama õigustatud subjekt (nt osariigi valitsus või teatud osa Riigipäeva saadikutest).²⁵²

Ka Eesti põhiseadus ning sellest tulenev põhiseaduslikkuse järelevalve doktriin ei välista õigustloova akti põhiseaduspärasuse vaidlustamist tegeliku, kahe või enama inimese vastuolulisi huviseid hõlmava vaidluse puudumisel hüpoteetilistel või akadeemilistel kaalutlustel, mingi õigusnormi põhiseadusele vastavuse objektiivseks kindlaksmääramiseks. Eesti õiguskord tunneb

²⁵¹ Vt lähemalt eespool p 2.1.2.

²⁵² Vt eespool p 2.1.2.1.

õigusaktide põhiseadusele vastavuse eelkontrolli, mille olemuslikuks sisuks on konstitutsiooniliste vastuolude „ülesleidmine“ enne nende tegelikkuseks saamist ehk konstitutsioonivastaste aktide kohaldamist konkreetsetele juhtumitele. Nii näeb põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadus²⁵³ ette aktide eelkontrolli Vabariigi Presidendi (veel jõustumata õigustloovad aktid) ning õiguskantsleri (jõustunud õigustloovad aktid) poolt. Seaduse järgi ei ole seega välistatud praktilises elus väljundit mitte omava õigustloova akti põhiseaduspärasuse vaidlustamine näiteks õiguskantsleri poolt akadeemilistel kaalutlustel.

Sellise õiguse annavad põhiseadus ning põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadus Eesti Vabariigi Presidendile, kes võib pöörduda Riigikohtu poole Riigikogus vastu võetud, kuid tema poolt väljakuulutamata ning pärast uueks arutamiseks ja otsustamiseks saatmist Riigikogu poolt muutmata kujul uuesti vastu võetud seaduse põhiseadusega vastuolus olevaks tunnistamiseks; Eesti Vabariigi Õiguskantslerile, kes võib algatada põhiseaduslikkuse järelevalve menetluse jõustunud või väljakuulutatud, kuid jõustumata seadusandliku, täidesaatva või kohaliku omavalitsuse organi õigustloova akti või selle osa vastavalt kehtetuks või põhiseadusega vastuolus olevaks tunnistamiseks või Eesti Vabariigi sõlmitud välislepingu või selle sätte põhiseadusega vastuolus olevaks tunnistamiseks; samuti kohaliku omavalitsuse volikogule, kes võib pöörduda Riigikohtusse jõustunud või väljakuulutatud, kuid jõustumata Vabariigi Valitsuse või ministri määruse või selle sätte vastavalt kehtetuks või põhiseadusega vastuolus olevaks tunnistamiseks, kui see on vastuolus kohaliku omavalitsuse põhiseaduslike tagatistega.²⁵⁴

Ennekõike Vabariigi Presidendi poolt teostatava abstraktse eelkontrolli kohta on kirjanduses esitatud tugevat kriitikat: esiteks peab kohus sellisel juhul seaduse põhiseaduslikkuse kindlaks tegema ilma viiteta selle kohaldamisele praktikas ning teiseks kistakse konstitutsioonikohtud sellega parlamendi igapäevapoliitikasse.²⁵⁵

Samas on abstraktse normikontrolli kui õiguspoliitilise valiku sisuks konstitutsiooniliste vastuolude avastamine enne sellisest vastuolust tuleneva konflikti esilekerkimist konkreetses, pooltevahelises asjas, milline võimalus on Eesti kontekstis ette nähtud individuaalse konstitutsioonilise kaebuse

²⁵³ RT I 2002, 29, 174; ... RT I 2004, 56, 405.

²⁵⁴ PS § 107 lõige 2 ja § 142; PSJKS §-d 5-7.

²⁵⁵ T. Marauhn. Konstitutsiooniline jurisdiktsioon: Riigikohus või eraldiseisev konstitutsioonikohus. Hinnang Eesti praegusele süsteemile võrdleva kogemuse alusel. Seminari „Konstitutsioonikohtute probleemid ja arengukavad“ ettekanded. Tartu: Atlex, 1999, lk 37.

esitamise võimaluse puudumise korvamiseks. Märkimist väärib, et praktikas ei ole siiski ka õiguskantsleri poolt Riigikohtule esitatud taotlus mingi õigustloova akti konstitutsioonilisuse kontrolliks käsitletav absoluutselt abstraktsena. Õiguskantsler ei teosta õigustloovate aktide seadustele ja põhiseadusele vastavuse lauskontrolli. Madis Ernits märgib: „Sisulise kontrolli teostamine kõigi aktide üle eeldab suurt arvu ülijuriste, jurist-Heraklesi.[...] Ilmselt ei saa ka olema kunagi olukorda, kus õiguskantsler jõuaks kontrollida ammendavalt kõigi formaalsete ja materiaalsete seaduste põhiseadusele vastavust.”²⁵⁶ Seega jõuab kahtlus mingi õigustloova akti põhiseadusele vastavuse osas õiguskantslerini sageli tema poole pöörduvate isikute kaudu, kes leiavad, et nende asjas kohaldamisele kuuluv seadus ei ole põhiseadusega kooskõlas. Sellisena kujutab õiguskantsler endast Eesti õigussüsteemis nn vaese mehe kohut.²⁵⁷

Statistika näitab, et aastatega on abstraktse ja konkreetse normikontrolli vahekord oluliselt muutunud. Kui aastatel 1993-1998 moodustasid abstraktse normikontrolli asjad 56% ja konkreetse normikontrolli asjad 44% kohtuasjade koguarvust, siis 1999.-2004. aasta 1. juulini domineeris konkreetne normikontroll, mis moodustas 90% normikontrolli asjadest.²⁵⁸ Eelkontrolli on Riigikohus viimase kuue aasta jooksul (1999-2004) teostanud ühel korral. See statistika näitab abstraktse kontrolli suhteliselt väikest osakaalu võrreldes konkreetse normikontrolliga võrreldes, mis koosmõjus õiguskantsleri institutsiooni spetsiifikaga ei anna alust liigitada Riigikohut aktivistlikuks kohtuks üksnes hüpoteetiliste vaidluste lahendamise suure osakaalu tõttu.

3.2.2. Tegelik vaidluse doktriin ja asja piiridest väljumine

Nagu eespool näidatud, peetakse kirjanduses tegeliku vaidluse doktriini rikkumiseks ka juhtusid, kus kohus asub põhiseaduslikkuse järelevalve menetluse käigus hindama küsimusi, mida menetlusosalised pole tõstatanud või mis väljuvad konkreetse menetluse raamidest.²⁵⁹

²⁵⁶ M. Ernits. Õiguskantsler. *Juridica* 2003/1, lk 25.

²⁵⁷ Margus Sarapuu põhjendab ombudsmeni institutsiooni loomist Eestis asjaoluga, et kohtuprotsess on jäik, aega ja teadmisi nõudev, kulukas ning konfliktne, ning olukorras, kus kodanik ei pruugi olla teadlik oma õigustest või ei ole mingil muul põhjusel võimeline oma õiguste eest kohtus seisma, võib võimulialduse tuvastamine ja konflikti lahendamine seetõttu ära jääda. – M. Sarapuu. Ombudsmeni institutsiooni loomise võimalikkusest Eestis. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.riik.ee/riigikantselei/ahb/strateeg/margus2.htm>, 6. veebruaril 2005.

²⁵⁸ U. Lõhmus (koostaja). Põhiseaduslikkuse kohtulik järelevalve. Riigikohtu lahendid 1993-2004. Tallinn: Juura, 2004, lk 19.

²⁵⁹ Vt käesoleva töö p 2.1.2.1.

Sellise asja raamest väljumise vältimiseks esitab põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadus (PSJKS) põhiseaduslikkuse järelevalve asja menetlemisele kaks nõuet – asja lahendamine taotluses soovitud ulatuses (abstraktne kontroll)²⁶⁰ ning üksnes asjassepuutuva sätte kontrollimine (konkreetne normikontroll)²⁶¹.

3.2.2.1. Taotluses tõstatamata küsimuste lahendamine

Kõige üldisemad asja lahendamise piirid õigustloovate aktide põhiseaduslikkuse järelevalve menetluses tulenevad PSJKS § 4 lõikest 1, mille järgi kontrollib Riigikohus õigustloova akti, selle andmata jätmise või välislepingu põhiseadusele vastavust põhistatud taotluse, kohtuotsuse või -määruse alusel. PSJKS eelnõu koostajad märgivad eelnõu seletuskirjas, et ehkki abstraktne normikontroll ei piirdu taotluse hindamisega, vaid nõuab põhiseaduslikkuse üle otsustamist laiemalt, on Riigikohus "abstraktse (taotluse alusel toimuva) normikontrolli puhul seotud sätetega, mille põhiseadusevastaseks või kehtetuks tunnistamist taotletakse (Riigikohus teostab põhiseaduslikkuse järelevalvet üksnes taotluse alusel, mitte ei kontrolli õigustloovate aktide ja välislepingute põhiseadusele vastavust omal initsiatiivil)."²⁶² Riigikohus on oma praktikas taotluse piirides püsimise nõuet kaunis rangelt järginud.

1994. aastal kontrollis Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium õiguskantsleri taotlusel politseiseaduse muutmise ja täiendamise seadust osas, milles see sätestas, et kaitsepolitsei ametnikud võivad ajutiselt, kuni operatiivjälituslikku tegevust sätestava seaduse vastuvõtmiseni, oma ülesannete täitmiseks kasutada operatiivtehnilisi erimeetmeid Riigikohtu esimehe poolt nimetatud Riigikohtu liikme kirjaliku nõusoleku alusel. Kolleegium leidis, et operatiivtehniliste erimeetmete rakendamise konkreetsete juhtude ja üksikasjaliku korra ning sellega seonduvate piirangute kehtestamise delegeerimine kaitsepolitsei ametnikele ning riigikohtunikule oli vastuolus riigivõimu seadusliku teostamise põhimõttega ning tunnistas õiguskantsleri poolt vaidlustatud sätte kehtetuks. Kehtetuks tunnistatud säte oli mõeldud täiendada politseiseaduse § 13 lõike 1 punkti 12,

²⁶⁰ PSJKS § 4 lõige 1: „Riigikohus kontrollib õigustloova akti, selle andmata jätmise või välislepingu põhiseadusele vastavust põhistatud taotluse, kohtuotsuse või -määruse alusel.“

²⁶¹ PSJKS § 14 lõige 2: „Asja lahendamisel kohtuotsuse või -määruse alusel võib Riigikohus tunnistada kehtetuks või põhiseadusega vastuolus olevaks õigustloova akti, välislepingu või selle sätte, samuti õigustloova akti andmata jätmise, mis on kohtuasja lahendamisel asjassepuutuv. Seejuures ei lahenda Riigikohus õigusvaidlust, mis kuulub lahendamisele haldus-, tsiviil-, kriminaal- või haldusõiguserikkumise asjades kohaldatavate kohtumenetluse sätete järgi.“

mis sätestas, et politseil on õigus rakendada operatiivjälitusabinõusid, kasutada kuritegude tõkestamiseks, väljaselgitamiseks ja avastamiseks tehnilisi ja muid vahendeid, rikkumata kodanike põhiseaduslikke õigusi. Kolleegium pidas vajalikuks märkida, et seadus õigustab operatiivjälitusabinõusid kasutama lisaks kaitsepolitseile ka väli-, liiklus-, kriminaal- ja kuritegude eeluurimisega tegeleva politsei, nentis aga, et „[p]olitseiseaduse §-is 13 lg. 1 p. 12 antud õiguse kasutamise korra puudumisele põhiseaduslikkuse hinnangu andmine käesoleva asja arutamisel väljub aga Riigikohtu kompetentsist, sest Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seaduse § 4 lg. 3 kohaselt lahendab Riigikohus õigusaktide Põhiseadusele vastavust üksnes taotluses soovitud ulatuses.“²⁶³ Nimetatud otsus on seega näide passiivsest põhiseaduslikkuse järelevalve otsusest. Riigikohus on taotluse piire mõnelgi korral siiski ka ületanud.

Mõnevõrra aktivistlikuks võib selles kontekstis pidada näiteks otsuseid, kus Riigikohus kontrollib lisaks taotluses nimetatud normidele ka teiste, vaidlustatud normiga olemuslikult seotud norme. Selliselt toimis Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium näiteks Grigorjevile elamisloa andmise asjas. Selles asjas leidis halduskohus, et välismaalaste seaduse § 12 lõiked 5 ja 6 on põhiseadusega vastuolus osas, milles need ei võimalda kaaluda elamisloa andmist elamisloa taotlejale, kes on olnud välisriigi julgeolekuteenistuses. Kolleegium leidiski, et välismaalaste seaduse sätted, mis ei võimalda elamisloa andjal või pikendajal valida õiguslikke tagajärgi isiku suhtes, kes on olnud välisriigi luureteenistuses, on vastuolus välismaalase õigusega perekonnaelule koosmõjus proportsionaalsuse põhimõttega, kuid kehtetuks tuleb osas, mis ei võimalda eelpool kirjeldatud kaalumist, tunnistada ka kohtu poolt taotlemata välismaalaste seaduse § 12 lõige 4 punkt 10. Ainult halduskohtu poolt kontrollimiseks esitatud sätete kehtetuks tunnistamine, märkis kolleegium, ei tooks endaga kaasa muudatusi kaebuse esitaja jaoks, sest pelgalt nende sätete kehtetuks tunnistamisel tuleks elamisloa pikendamisest ikkagi loobuda.²⁶⁴

Loetud kordadel on Riigikohus analüüsinud ka küsimusi, mis ei ole kuidagi taotlusega seotud. Selliseid otsuseid tuleb pidada kõrgelt aktivistlikeks.

²⁶² Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seaduse eelnõu (895 SE) seletuskiri. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=013110010&login=proov&password=&system=ems&server=ragne1>, 26. jaanuaril 2005.

²⁶³ RKPJK 12. jaanuari 1994. aasta otsus asjas nr III-4/1-1/94 (RT I 1994, 8, 129).

²⁶⁴ RKPJK 5. märtsi 2001. aasta otsus asjas nr 3-4-1-2-01 (RT III 2001, 7, 75).

Näiteks jättis Vabariigi President 1996. aastal välja kuulutamata mittetulundusühingute seaduse ning pöördus Riigikohtu poole taotlusega tunnistada mittetulundusühingute seadus põhiseadusega vastuolus olevaks põhjusel, et see võimaldab mittetulundusühingu liikmeid ühingust välja arvata seaduses ja põhikirjas nimetamata alustel ja korras, ning et see ei võimalda lastel asutada mittetulundusühinguid ja osaleda nende juhtimises. Kolleegium rahuldaski presidendi taotluse selles toodud motiividel, ent märkis täiendavalt, et lisaks on mittetulundusühingute seadus vastuolus põhiseadusega veel ka põhjusel, et lubab relvi valdava või sõjaväeliselt korraldatud või sõjaväelisi harjutusi harrastava mittetulundusühingu asutada üksnes seadusega. Seaduse vastavat sätet ei olnud president vaidlustanud, sätte põhiseaduspärasuse kontrolli õigustas kolleegium järgmiselt: „Olles kohtuvõimu teostajaks, peab põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium, tulenevalt põhiseaduslikkuse järelevalve avalikõiguslikust olemusest ning õigusemõistmise autonoomsusest ja õigusliku analüüsi terviklikkusest, vajalikuks Vabariigi Presidendi taotluses osundatule lisada veel järgmist: [...]”.²⁶⁵

3.2.2.2. Asjassepuutumatute sätete kontroll

Teistsugusena kerkib küsimus konstitutsioonikohtu volituste piiridest konkreetse normikontrolli raames. „Konkreetse normikontrolli esemeks on küsimus, kas konkreetsetes kaasuses asjassepuutuv seadus on asjasse puutuv ulatuses põhiseadusega kooskõlas.”²⁶⁶

Asjassepuutuvuse nõue tuleneb PSJKS § 14 lõikest 2, mille järgi võib Riigikohus asja lahendamisel kohtuotsuse või -määruse alusel tunnistada kehtetuks või põhiseadusega vastuolus olevaks õigustloova akti, välislepingu või selle sätte, samuti õigustloova akti andmata jätmise, mis on kohtuasja lahendamisel asjassepuutuv. Selline lähenemine on üle võetud Saksamaalt, kus vahetu ehk konkreetne normikontroll on lubatud vaid juhtudel, kus üldkohus on sunnitud kohaldama normi, mida ta peab põhiseaduse vastaseks. Lahendus, mille kohaselt peab üldkohus enne asja konstitutsioonikohtusse andmist olema kindel, et nimetatud seadust tuleb kohaldada, peab tagama, et konstitutsioonikohtu ei kasutataks „infokeskusena konstitutsiooniküsimustes“, vaid üksnes sellistel puhkudel, kus konstitutsioonikohtu otsus on asja lahendile otsustava mõjuga.²⁶⁷

²⁶⁵ RKPJK 10. mai 1996. aasta otsus asjas nr 3-4-1-1-96 (RT I 1996, 35, 737).

²⁶⁶ M. Ernits. Konkreetne normikontroll *de lege lata* ja *de lege ferenda*. Juridica 2001/8, lk 572.

²⁶⁷ M. Hartwig. Konstitutsioonikohtute jurisdiktsioon. Seminari „Konstitutsioonikohtute organisatsioon ja tegevus“ ettekanded. Tartu: Atlex, 1995, lk 55.

Asjassepuutuvuse sisu on erinevatel aegadel avatud erinevalt. Jüri Pöld märgib 1995. aastal: „Mõistet „asjassepuutuv seadus“ on avatud Riigikohtu halduskolleegiumi 7. oktoobri 1994. a. määruses haldusasjas nr. III-3/1-9/94. Selles määruses märgitakse: „Asjassepuutuvaks on üksnes seadus, mis on määratud reguleerima antud suhet.“²⁶⁸ Hilisemas praktikas on Riigikohus asjassepuutuvuse reeglit kitsendanud. Riigikohtu üldkogu sisustas 2000. aastal asjassepuutuvuse nõude järgmiselt: „Kohus saab algatada põhiseaduslikkuse järelevalvet vaid siis, kui vaidlustatud õigusakt oli kohtuasja lahendamisel asjassepuutuv. Põhiseaduse §-st 15 lg 1 ja Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seaduse § 5 lg-st 1 tulenevalt tunnistab kohus õigusakti põhiseadusevastaseks ja jätab kohaldamata, kui ta jõuab kohtuasja arutamisel järeldusele, et kohaldamisele kuuluv seadus või muu õigusakt on vastuolus Põhiseadusega. Säte, mille põhiseaduspärasust põhiseaduslikkuse järelevalve kohus kontrollib, peab olema kohtuasja lahendamiseks otsustava tähtsusega.“²⁶⁹ Riigikohtu üldkogu täpsustas reeglit 2002. aastal: „Seadus on otsustava tähtsusega siis, kui kohus peaks asja lahendades seaduse Põhiseadusele mittevastavuse korral otsustama teisiti kui seaduse Põhiseadusele vastavuse korral.“²⁷⁰

Riigikohus on asjassepuutuvuse reeglit võtnud oma praktikas vägagi tõsiselt, kontrollides vaidlustatud sätte asjassepuutuvust konkreetse normikontrolli teostamisel regulaarselt kaebuse lubatavuse ühe kriteeriumina alates eelviidatud otsustes asjassepuutuvuse nõude sisustamisest.

Mitmel korral²⁷¹ on Riigikohus jätnud taotluse rahuldamata põhjusel, et kontrollimiseks esitati asjasse mittepuutuv seadusesäte. Näiteks ühes viimases Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve otsustest leidis Riigikohtu üldkogu, et erikaebemenetluses, mille esemeks on pädeva kohtu määramine juhiloa äravõtmise üle käivas vaidluses, ei saa kohus võtta seisukohta küsimuses, kas juhiloa äravõtmine rikub isiku põhiõigusi, kuna vastavat küsimust saaks lahendada üksnes kaebuse sisulisel läbivaatamisel. Üldkogu märkis: „Üldkogu leiab, et kohtupädevus ei sõltu sellest, kas norm, mis näeb ette juhiloa äravõtmise, on põhiseadusega kooskõlas või mitte, mistõttu LS § 41¹ ei ole asjassepuutuv norm [...]“²⁷² Seega kohaldas Riigikohtu üldkogu asjassepuutuvuse reeglit rangelt, ja

²⁶⁸ J. Pöld. Põhiseaduslikkuse järelevalve menetlusest Eestis. Seminari „Konstitutsioonikohtute organisatsioon ja tegevus“ ettekanded. Tartu: Atlex, 1995, lk 105.

²⁶⁹ RKÜK 22. detsembri 2000. aasta otsus asjas nr 3-4-1-10-00 (RT III 2001, 1, 1), p 10.

²⁷⁰ RKÜK 28. oktoobri 2002. aasta otsus asjas nr 3-4-1-5-02 (RT III 2002, 28, 308), p 15.

²⁷¹ Vt nt RKÜK 30. aprilli 2004. aasta otsus asjas nr 3-3-1-77-03 (RT III 2004, 13, 159); RKÜK 19. aprilli 2004. a otsus asjas nr 3-3-1-46-03 (RT III 2004, 11, 128); RKPJK 2. detsembri 2002. aasta otsus asjas nr 3-4-1-11-02 (RT III 2002, 35, 376).

²⁷² RKÜK 25. oktoobri 2004. aasta otsus asjas nr 3-3-1-29-04 (RT III 2004, 28, 298).

seada vaatamata asjaolule, et Riigikohtu üldkogu seisukoha tõttu, et juhiloa äravõtmise põhiseaduspärasuse küsimust saaks lahendada üksnes kaebuse sisulisel läbivaatamisel vääртеomenetluse raames, ning arvestades vääртеomenetluse seadustikust tulenevat kaebetähtaega, minetas kaebaja võimaluse kohtulikuks kaitseks üleüldse.²⁷³

Sarnast passiivsust näitas üles Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium 31. mai 2004. aasta otsuses. Selles asjas palus halduskohus Riigikohtul põhiseadusevastaseks tunnistada ravikindlustuse seaduse sätte, mis kehtestas ülalpeetavatele abikaasadele kindlustuskaitse lõppemise osas üleminekuperioodi. Kolleegium leidis, et vaidlustatud säte ei ole asjassepuutuv, kuna nimetatud sätte kehtetuks tunnistamisel ei tekiks isikul õigus kindlustusele, vaid see lõppeks endise 1. jaanuari 2003 (üleminekuperioodi lõpp) asemel juba 1. oktoobril 2002 (üleminekuperioodi algus), mis halvendaks kaebaja olukorda veelgi.²⁷⁴

Seega jäi küsimus kindlustuskaitse lõppemise põhiseaduspärasusest Riigikohtu hinnanguta vaatamata asjaolule, et isiku kaebus oli selgelt suunatud kindlustuskaitse lõppemise vaidlustamisele ning õiguse jätkuvale kindlustuskaitsele tunnustamisele. Põhimõtteliselt saanuks Riigikohus selle õiguse äravõtmise põhiseaduspärasust kontrollida, võttes vaatluse alla ravikindlustuse seaduse teise, kaebuses nimetatud sätte. Kolleegium leidis aga, et kuigi lubatud on menetluseseme laiendamine, mis on tingitud sätete lahutamatum seotusest, ei saa sellist laiendamist „võrdsustada olukorraga, mil Riigikohus tunnistaks sätte, mille põhiseaduslikkuse kontrolli on taotletud, küll Põhiseadusega kooskõlas olevaks, kuid asuks siis ise otsima põhiseadusevastast sätet.“²⁷⁵ Sügavamalt otsuse kriitikasse laskumata väärib märkimist, et sisustades asjassepuutuvust 7. oktoobri 1994. a. määruses haldusasjas nr III-3/1-9/94 halduskolleegiumi poolt valitud viisil, mille järgi on asjassepuutuvaks seadus, mis on määratud reguleerima antud suhet, saanuks küsimuse ravikindlustusseaduse sätte, mis oli määratud reguleerima ülalpeetavate abikaasade ravikindlustussuhet haigekassaga, põhiseaduspärasusest ehk siiski lahendada.

Siiski leidub Riigikohtu praktikas ka juhtumeid, kus asjassepuutuvuse nõuet ei ole nii rangelt järgitud.

²⁷³ Kohtunik I. Koolmeistri eriarvamus, millega on ühinenud kohtunikud T. Anton, J. Laffranque, J. Põld ja H. Salmann, RKÜK 25. oktoobri 2004. aasta otsusele asjas nr 3-3-1-29-04 (RT III 2004, 28, 298).

²⁷⁴ RKPJK 31. mai 2004. aasta otsus asjas nr 3-4-1-7-04 (RT III 2004, 16, 188).

²⁷⁵ Samas.

5. oktoobri 2000. aasta otsusega²⁷⁶ tunnistas Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium kehtetuks konkurentsiseaduse § 18 lõike 1 punkti 3, mis sätestas, et eri- või ainuõigust või loomulikku monopoli omav ettevõtja on kohustatud sellise õiguse või monopoli teostamiseks vajalikke asju ostma ning teenuseid tellima riigihangete seaduses sätestatud korras. AS Eesti Telefon, kellele oli koostatud haldusõiguserikkumise protokoll konkurentsiseaduse § 18 lõike 1 punktist 3 tuleneva kohustuse täitmise kohta, esitas halduskohtule kaebuse Konkurentsiameti vastava käskkirja peale. Halduskohus tühistas käskkirja selle vorminõuete rikkumise tõttu, ent ei võtnud seisukohta põhiseaduslikkuse küsimuses. Ringkonnakohus muutis halduskohtu otsust, täiendades seda põhjendustega konkurentsiseaduse § 18 lõike 1 punkti 3 vastuolu kohta põhiseadusega. Kuivõrd haldusakt tulnuks vorminõuete rikkumise tõttu nii ehk nii seadusevastaseks tunnistada, ei sõltunuks asja lahendus konkreetse asjas tõepoolest sellest, kas haldusaktile sisuliselt aluseks olev konkurentsiseaduse säte olnuks põhiseadusega vastuolus. Kohus ei oleks seaduse põhiseadusele mittevastavuse korral pidanud otsustama teisiti kui seaduse põhiseadusele vastavuse korral. Uno Lõhmus märgib kirjeldatud asjale lisatud eriarvamuses: „Tõsi, mõneti võib sellist lähenemist mõista. Kui haldusasutus kõrvaldab haldusakti vormilised puudused, siis võib kaebuse sisu puudutavate küsimuste käsitlemisel probleem KS § 18 lg 1 p 3 vastavusest Põhiseadusele uuesti tõusetuda. Ometi ei saa ma nõustuda abstraktse normikontrolli laiendamisega üld- ja halduskohtutele.“²⁷⁷

Antud juhul valis kolleegiumi enamus eelkirjeldatud ravikindlustusseaduse asjaga võrreldes vastupidise tee, lahendades rangelt võttes asjassepuutumatu sätte põhiseaduspärasuse küsimuse vaikival põhjusel, et vaidlustatud haldusakti tühistamise taotlemise tegelikuks ajendiks oli vabaneda konkurentsiseadusega eri- või ainuõigust või loomulikku monopoli omava ettevõtte allutamisest riigihangete regulatsioonile, ning uue taotluse esitamine haldusakti tühistamiseks selle aluseks oleva seaduse põhiseadusvastasuse tõttu oli selgelt prognoositav. Uno Lõhmuse nimetatud põhjustel, mida kolleegium ise otsuses küll ei artikleerinud, liigitan nimetatud otsuse mõnevõrra aktivistlikuks. Asjassepuutuvuse reegli rikkumine ei olnud rabava iseloomuga.

Samavõrra mõõdukalt aktivistlikuks tuleb pidada ka Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi hiljutist lahendit, kus kolleegium tunnistas kehtetuks Tallinna Linnavolikogu määruse

²⁷⁶ RKPJK 5. oktoobri 2000. aasta otsus asjas nr 3-4-1-8-00 (RT III 2000, 21, 232).

²⁷⁷ Kohtunik Uno Lõhmuse eriarvamus RKPJK 5. oktoobri 2000. aasta otsusele asjas nr 3-4-1-8-00 (RT III 2000, 21, 232).

lisa sätte, mille kohaselt võrdsustati parkimistasu maksmata jätmisega nõuetekohaselt kustutatud ühekordse parkimispileti, parkimisautomaadi pileti, parkimise kuukaardi või mobiilside kaudu tasulist parkimist tõendava kleebise nõuetekohaselt eksponeerimata jätmine. Selles asjas pöördus halduskohtusse isik, kellele oli küll väljastatud parkimise kuukaart, ent kes ei olnud seda parkimise õigust tõendavat dokumenti nõuetekohaselt eksponeerinud. Kolleegium märkis otsuses, et asja lahendamisel ei ole määruse säte otsustava tähtsusega osas, mis puudutab nõuetekohaselt kustutatud ühekordse parkimispileti, parkimisautomaadi pileti või mobiilside kaudu tasulist parkimist tõendava kleebise nõuetekohaselt eksponeerimata jätmist.²⁷⁸ On tõsi, et konkreetse kohtasja lahendus sõltus üksnes hinnangust kuukaardi asetamise nõude rikkumisest tuleneva põhiseaduspärasusele. Kolleegium leidis siiski, et sellele vaatamata tuleb kontrollida vaidlustatud sätte põhiseadusele vastavust terves ulatuses. Kolleegium põhjendas: „Seda põhjusel, et kõnealune lause on käsitatav loogiliselt tervikliku õigusnormina, mille eesmärk on mis tahes viisil parkimistasu maksmise tõendamata jätmise võrdsustamine parkimistasu maksmata jätmisega. Kuna Tallinna Linnavolikogu määruse lisa punkti 4.4 teises lauses sisalduvate parkimistasu tõendamise erinevate viiside loetelu on puhttehnilise iseloomuga, ei väljuta kogu selle lause Põhiseadusele vastavuse kontrollimisel konkreetse normikontrolli piiridest.“²⁷⁹

22. juuni 2000. aasta otsuses²⁸⁰ tunnistas Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium kehtetuks Elamuameti peadirektori käskkirjaga kehtestatud „Hoonete registreerimise juhendi“ põhjusel, et Elamuameti peadirektoril puudus üldaktide andmise õigus.²⁸¹ Selles asjas taotles isik Hooneregistrilt talle kuuluva korteri omandiõiguse õiendi väljastamist, tuginedes seejuures eelnimetatud juhendile, mis kohustas õiendit väljastama. Hooneregister keeldus õiendit väljastamast korteril lasuva võõrandamiskeelu tõttu ning inimene pöördus Hooneregistrile ettekirjutuse tegemise taotlusega halduskohtusse, kes pöördus Riigikohut poole juhendi kehtetuks tunnistamiseks. Antud asjas ei sõltunud konkreetse asja lahendus hinnangust juhendi põhiseaduspärasusele – tõend oleks tulnud väljastada nii juhendi kehtimise kui selle kehtetuks tunnistamise korral, mistõttu juhend ei olnud kohtuasja lahendamisel asjassepuutuv. Kuivõrd kolleegium lähtus selles lahendis pelgalt õiguskorra objektiivse kaitsmise ideest, viies läbi abstraktse normikontrolli konkreetse normikontrolli pinnalt, võib seda otsust pidada kõrgelt aktivistlikuks.

²⁷⁸ RKPJK 18. novembri 2004. aasta otsus asjas nr 3-4-1-14-04 (RTIII 2004, 33, 343), p 13.

²⁷⁹ Samas, p 14.

²⁸⁰ RKPJK 22. juuni 2000. aasta otsus asjas nr 3-4-1-7-00 (RT III 2000, 18, 188).

²⁸¹ Vt ka eespool p 3.1.

3.2.3. Kaebeõiguse laiendamine

Kaebeõiguse doktriin nõuab kõige üldisemalt, et kaebuse esitajal oleks lisaks tegeliku vaidluse olemasolule suur ja isiklik huvi kohtuasja tulemuse vastu, välistades seega nn *actio popularise* ehk igäuhe kaebeõiguse. Teiseks kaebeõigusega seotud nõudeks Eestis on rikkumise tegeliku toimumise, mitte selle tõenäosuse fakt.²⁸²

Eesti õiguskorras üksikisikute õigus pöörduda otse Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi kui konstitutsioonikohtu funktsionaalse analoogi poole mingi toimingu või akti põhiseaduspärasuse hindamiseks teatavasti puudub. See ei tähenda siiski, nagu ei oleks üksikisikul mingi juhul võimalik saavutada tema suhtes kohaldamisele kuuluva akti põhiseaduspärasuse kontrollimist. Esiteks alluvad kõik halduse üksikaktid halduskohtu kontrollile, kes peab hindama isiku õigusi riivava õigusakti vastavust seadusele ja põhiseadusele. Küsimuse asjassepuutuva akti põhiseaduspärasusest saab seejuures tõstatada igas menetlusastmes. Kui nn instantsikohus leiab, et asjas kohaldamisele kuuluv õigustloov akt on põhiseadusega vastuolus, jätab ta selle kohaldamata ning pöördub Riigikohtu poole akti kehtetuks tunnistamiseks. Lisaks annab kehtiv halduskohtumenetluse seadustik isikule võimaluse kaitsta end ka juhul, kui õigustloov akt rikub isiku õigusi haldusakti vahendusega ehk otse. Sellisel juhul on isikul võimalik pöörduda halduskohtusse halduskohtumenetluse seadustiku § 6 lõike 3 punkti 3 alusel²⁸³ avalik-õigusliku suhte olemasolu või puudumise tuvastamiseks. Muuhulgas võib isik paluda halduskohut tuvastada, et otsetoimet omav seadus rikub tema põhiseadusest tulenevaid subjektiivseid õigusi ning taotleda põhiõigust rikkuva seaduse kohaldamata jätmist ja põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse algatamist.²⁸⁴ Seega on kaebeõiguse doktriini järgimise hindamiseks põhiseaduslikkuse järelevalve menetluses vajalik pöörduda haldusprotsessuaalsete reeglite poole. Riigikohut saab selles konteksti pidada kaebeõiguse doktriini eiravaks juhul, kui Riigikohus menetleb põhiseaduslikkuse järelevalve menetluses asja, mille nn instantsikohtud on menetluse võtnud sellest doktriinist tulenevaid nõudeid eirates.

²⁸² Vt lähemalt eespool p 2.1.2.2.

²⁸³ HKMS § 6: „(1) Halduskohus algatab haldusasja kaebuse või protesti alusel. (2) Kaebuse või protestiga võib taotleda: 1) haldusakti või selle osa tühistamist; 2) peatatud haldusakti täitmist või välja andmata jäetud haldusakti väljaandmist, peatatud või sooritamata toimingu sooritamist. (3) Lisaks käesoleva paragrahvi lõikes 2 sätestatule võib kaebusega taotleda: 1) haldusakti või toimingu õigusvastasuse kindlakstegemist; 2) avalik-õiguslikus suhtes tekitatud kahju hüvitamist; 3) avalik-õigusliku suhte olemasolu või puudumise kindlakstegemist.“

²⁸⁴ J. Põld. Kas Eestis on vaja eraldiseisvat konstitutsioonikohtu? – Kohtute sõltumatus ja kohtusüsteemi toimimise efektiivsus Eestis. Tartu: SA Iuridicum, 2002, lk 76.

Eestis välistab üldjuhul nn *actio popularise* ehk igäihe kaebeõiguse halduskohtumenetluse seadustiku (HKMS) § 7 lõige 1, mille järgi võib kaebusega halduskohtusse pöörduda isik, kes leiab, et haldusakti või toiminguga on rikutud tema õigusi või piiratud tema vabadusi. Kaebuse avalik-õigusliku suhte olemasolu või selle puudumise või haldusakti või toimingu õigusvastasuse kindlakstegemiseks võib esitada isik, kellel on selleks põhjendatud huvi.²⁸⁵ Kalle Merusk märgib, et ehkki "põhjendatud huvi" on laiem mõiste kui "õiguslik huvi", ei tohiks põhjendatud huvi käsitleda niivõrd laialt, et see avaks tee nn populaarkaebustele. Põhjendatud huvi eeldab isiku teatud puutumust asjaga, tema reaalsel majanduslikku, faktilist või muud huvi seoses avalik-õigusliku suhte olemasolu või selle puudumise või haldusakti või toimingu õigusvastasuse kindlakstegemisega. Tuvastamiskaebuse korral tuleb esitada põhjendatud huvi alus (reaalne vajadus), mis on juba olemas või mis võib lähitulevikus tekkida ning on seetõttu määratletav.²⁸⁶

Lisaks võib vastavalt HKMS § 7 lõikele 3 võib kaebusega halduskohtusse pöörduda oma liikmete või muude isikute huvides isikute ühendus, sealhulgas juriidiliseks isikuks mitteolev ühendus, kui seadus talle sellise õiguse annab. Hetkel sisaldub selline õigus kohaliku omavalitsuse üksuste liitude seaduse²⁸⁷ § 8 lõikes 3, mille järgi on liidul on õigus oma liikmete ühiste huvide kaitsmiseks pöörduda kaebusega halduskohtusse. 6. juunil 2001 Riigikogus ratifitseeritud keskkonnainfo kättesaadavuse ja keskkonnaasjade otsustamises üldsuse osalemise ning neid asjus kohtu poole pöördumise konventsiooni²⁸⁸ (Århusi konventsioon) artikli 9 lõike 2 järgi on kohtusse pöördumiseks õigustatud huvi keskkonnakaitset edendaval valitsusvälisel organisatsioonil ning sellist organisatsiooni käsitletakse ühendusena, kelle õigusi võidakse rikkuda. Seega on kaebeõigus ka Eesti keskkonnaorganisatsioonidel.²⁸⁹ Kaarel Relve märgib, et "Århusi konventsioon püsib [...] siiski formaalselt õigustekeskse kohtukontrolli mudelis, sest automaatne kaebeõigus tuleneb eeldamisest, et ühingu õigusi on rikutud."²⁹⁰

²⁸⁵ RT I 1999, 31, 425;... RT I 2004, 46, 329.

²⁸⁶ K. Merusk. Halduslepingu vaidlustamine halduskohtus: probleemid ja võimalikud lahendused. *Juridica* 1999/9, lk 459.

²⁸⁷ RT I 2002, 96, 565.

²⁸⁸ RT II 2001, 18, 89.

²⁸⁹ E. Vene. Mõningaid tähelepanekuid haldusprotsessuaalsest kaebeõigusest kohtupraktika pinnalt. – Riigikohus 2001. Lahendid ja kommentaarid. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2002, lk 1134.

²⁹⁰ K. Relve. Füüsiliste isikute subjektiivne avalik õigus ja põhjendatud huvi keskkonnasjades. *Juridica*, 2004/1, viide 48, lk 25.

Ainsaks erandiks kaebeõiguse subjektiivset avalikku õigust või põhjendatud huvi nõudvatest reeglitest on 1. jaanuaril 2003 jõustunud planeerimisseaduse²⁹¹ § 26, mille järgi on igapähe õigus ühe kuu jooksul arvates planeeringu kehtestamisest teadasaamisest või selle võimalusest pöörduda kohtusse muuhulgas juhul, kui ta leiab, et otsus on vastuolus seaduse või muu õigusaktiga.

Konkreetse normikontrolli kaudu ei ole põhiseaduslikkuse järelevalve praktikasse jõudnud asju, kus oma õigusi on kohtutes proovinud jõustada inimesed, kelle subjektiivseid õigusi ei olnud rikutud.

Kord on Riigikohus pidanud hindama Tartu Linnavolikogu taotlust tunnistada kehtetuks sotsiaalhoolekande seaduse säte, mis ei võimaldanud maksta eluasemetoetust ühiselamutes elavatele isikutele selle vastuolu tõttu igapähe õigusega riigi abile puuduse korral ning võrdussõiguse rikkumise pärast. Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium leidis, et Tartu Linnavolikogu seesugune taotlus ei ole lubatav, kuna põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadus ei anna kohaliku omavalitsuse volikogule õigust esitada põhiseaduslikkuse järelevalve taotlust teiste isikute subjektiivsete õiguste kaitseks. Kohaliku omavalitsuse volikogu saab vaidlustada õigustloova akti üksnes siis, kui sellega rikutakse kohalike omavalitsuste põhiseaduslikke tagatisi. Kolleegium märkis muuhulgas: „Isiku Põhiseadusega tagatud õigusi saavad põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluses kaitsta PS § 107 järgi Vabariigi President ja § 142 järgi õiguskantsler. Ka kohus võib PS § 15 järgi algatada põhiseaduslikkuse järelevalve menetluse oma initsiatiivil või kohtumenetluses osaleja taotlusel.“²⁹² Selles asjas on märkimisväärne, et 21. jaanuari 2004. aasta otsusega²⁹³ tunnistas põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium Tartu Linnavolikogu taotluses nimetatud sotsiaalhoolekande seaduse säte siiski põhiseadusega vastuolus olevaks. Seekord hindas kolleegium vastavat sätet õiguskantsleri ja Tartu Halduskohtu vastavate taotluste ühendmenetluses. Eerik Kergandberg viitab oma kohtuotsust käsitlevas õpikus tema sõnutsi kohtunike hulgas üsna levinud arusaamale, et „tõsine probleem küll juba paistab, kuid kuna ei ole veel otseselt kohtulauale asetatud, siis ootame ära järgmise kaasuse“.²⁹⁴ Antud juhtumil oli tegemist just niisuguse olukorraga. Riigikohus valis menetlusreeglitele viidates selgelt passiivse tee.

²⁹¹ RT I 2002, 99, 579; 2004, 22, 148; 38, 258.

²⁹² RKPJK 21. veebruari 2003. aasta otsus asjas nr 3-4-1-2-03 (RT III 2003, 6, 59), p 13.

²⁹³ RKPJK 21. jaanuari 2004. aasta otsus asjas nr 3-4-1-7-03 (RT III 2004, 5, 45).

²⁹⁴ E. Kergandberg. Kohtuotsus kriminaalasjas, selle kujunemine ja kriitika. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 1999, lk 51.

Kaabeõiguse kontekstis on märkimisväärne ka nn Brusilovi asi,²⁹⁵ mida on nii sisulisest kui protseduurilisest küljest teravalt kritiseeritud.²⁹⁶ Selles asjas leidis Riigikohtu üldkogu kaebuse lubatavust kaaludes, et kuna S. Brusilovi kaebust ei saa käsitleda teistmis- ega kohtuvigade parandamise avaldamisena, „puudub S. Brusilovi kaebuse menetlemiseks tõepoolest Apellatsiooni ja kassatsiooni kriminaalkohtumenetluse seadustiku järgi menetluslik alus.“²⁹⁷ Üldkogu märkis, et Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seaduse järgi on võimalus esitada individuaalkaebus otse Riigikohtule piiratud Riigikogu, Riigikogu juhatuse, Vabariigi Presidendi ning valimiskomisjoni otsuse peale kaebuse esitamise võimalusega. Eeltoodule vaatamata leidis üldkogu, et „Põhiseaduse §-st 15 tulenevalt saab Riigikohus jätta S. Brusilovi kaebuse menetlemata üksnes siis, kui S. Brusilovil on muul tõhusal viisil võimalik kasutada talle Põhiseaduse samas paragrahvis ettenähtud õigust kohtulikule kaitsele.“²⁹⁸ Üldkogu analüüsis seejärel S. Brusilovi kohtuliku kaitse võimalusi ning resümeeris, et S. Brusilovil pole kasutada muud tõhusat menetlust oma põhiõiguse kaitseks kui nn individuaalse konstitutsioonilise kaebuse esitamine. Asjaolus, et S. Brusilovi kaebuse menetlusse võtmisega tunnistati individuaalse konstitutsioonilise kaebuse lubatavust Eesti õiguskorras, on ühel meelel nii otsuses eriarvamusele jäänud kohtunikud kui otsuse hilisemad kriitikud.²⁹⁹

Sarnaselt Brusilovi asjaga toimus Riigikohtu üldkogu Veeberi asjas.³⁰⁰ T. Veeber tunnistati kriminaalkoodeksi järgi süüdi maksukuriteos, T. Veeberi apellatsioon- ning kassatsioonkaebusi ei rahuldatud. T. Veeber esitas seejärel Eesti Vabariigi vastu kaebuse Euroopa Inimõiguste Kohtule. Euroopa Inimõiguste Kohus tuvastas Euroopa inimõiguste konventsiooni rikkumise, kuna

²⁹⁵ RKÜK 17. märtsi 2003. aasta otsus asjas nr 3-1-3-10-02 (RT III 2003, 10, 95). S. Brusilovit karistati kriminaalkoodeksi alusel kuueaastase vabadusekaotusega. Vabadusekaotuse kandmise ajal jõustus karistusseadustik, mis nägi Brusilovile inkrimineeritud teo eest ülemäärana ette viieaastase vabadusekaotuse. Brusilov esitas viieaastase vabadusekaotuse ärakandmise järel Riigikohtule kohtuvigade parandamise avalduse ning taotles enda vabastamist karistuse edasisest kandmisest. Riigikohtu kriminaalkolleegium andis asja üle üldkogule hindamaks, kas karistusseadustiku rakendamise seadus on osas, milles see ei võimalda kohaldada karistust kergendavat seadust nende karistust kandvate isikute suhtes, kellele on mõistetud kriminaalkoodeksi järgi karistus, mis on raskem karistusseadustiku vastavast karistusest, koosõlas Põhiseaduse § 23 lõikest 1 tuleneva kergema karistuse kohaldamise põhimõtte ning § 12 lõikest 1 tuleneva võrdsuspõhiõigusega.

²⁹⁶ Vt nt T. Ploom, L. Feldmanis. Kas jõustunud kohtuotsus on JÕUSTUNUD kohtuotsus? Riigikohtu roll karistusõiguse reformi elluviimisel. Riigikohtu 85. aastapäevale pühendatud teadustööde konkursi „Riigikohtu lahendid Eesti õiguskorras: tähendus ja kriitik“ auhinnaline töö. Käsikiri käesoleva töö autori valduses.

²⁹⁷ RKÜK 17. märtsi 2003. aasta otsus asjas nr 3-1-3-10-02 (RT III 2003, 10, 95), p 16.

²⁹⁸ Samas, p 17.

²⁹⁹ Vt kohtunik T. Antoni eriarvamus, millega on ühinenud kohtunikud H. Salmann ja V. Kõve, RKÜK 17. märtsi 2003. aasta otsusele asjas nr 3-1-3-10-02 (RT III 2003, 10, 95); Kohtunik E. Kergandbergi eriarvamus, millega on ühinenud kohtunikud J. Luik ja H.-K. Rimmel, RKÜK 17. märtsi 2003. aasta otsusele asjas nr 3-1-3-10-02 (RT III 2003, 10, 95); T. Ploom, L. Feldmanis.

siseriiklikud kohtud kohaldasid T. Veeberi asjas tagasiulatuvalt õigusnorme käitumise suhtes, mis varem ei olnud kuritegu. T. Veeber esitas Riigikohtule avalduse kohtuvea parandamiseks. Ka selles asjas leidis üldkogu, et „ka Apellatsiooni ja kassatsiooni kriminaalkohtumenetluse seadustikus sätestatud teistmis- ja kohtuvea parandamise aluste laiendav tõlgendamine ei võimalda pärast Euroopa Inimõiguste Kohtu otsust kriminaalasja uuesti läbi vaadata.“³⁰¹ Viitega nn Brusilovi asjale rõhutas üldkogu, et Riigikohus saab jätta isiku kaebuse menetlemata üksnes siis, kui isikul on muul tõhusal viisil võimalik kasutada talle Põhiseaduse §-ga 15 tagatud õigust kohtulikule kaitsele. Kuivõrd Veeberi puhul puudusid muud abinõud võimaliku rikkumise heastamiseks, leidis üldkogu, et menetlus T. Veeberi kriminaalasjas tuleb taasavada.

Lugedes mõnevõrra aktivistlikuks otsused, mis protseduurilisi reegleid üksnes kergelt modifitseerivad, ning kõrgelt aktivistlikuks otsused, mis protseduureegleid üleüldse eiravad, siis individuaalse konstitutsioonilise kaebuse esitamise aktsepteerimine niisuguste subjektide puhul, kellele seadus põhiseaduslikkuse järelevalve menetluse algatamise õigust ei anna, kujutab endast käesoleva töö autori hinnangul kõrgelt aktivistlikku tegevust.

3.3. Kohtulik aktivism kui poliitikasse sekkumine

Selle kohtuliku aktivismi käsitluse kohaselt mõõdetakse kohtuliku aktivismi määra ulatusega, milles kohus sekkub ühiselulises olulist tähendust omavate otsuste tegemise protsessi. Teises peatükis leitud tulenevalt jätan järgnevas nende minu hinnangul ebaadekvaatsuse tõttu välja käsitlused, mis lähtuvad eeldusest, et on võimalik tõmmata piir õiguslike konfliktide lahendamise ning „ühiskondlike poliitikate ajamise“ vahele kas nõ aktivistlike tõlgendusteooriate, „ähmaste“ printsiipide alusel otsustamise või muude „õigusväliste“ argumentide kasutamise tuvastamise teel.

Andmaks aimu sellest, kui aldis on Eesti Vabariigi Riigikohus olemuslikku poliitikakujundamisse sekkumiseks, on sissejuhatuseks sobilik viidata Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi 25. novembri 2003. aasta otsusele,³⁰² mille põhistava osa lõpetuseks märkis kolleegium järgmist: „[...] süüteokoosseisule vastava karistuse määratlemisel on seadusandjal suur otsustamisvabadus. Karistusmäärad põhinevad ühiskonnas omaksvõetud väärtushinnangutel, mille

³⁰⁰ RKÜK 6. jaanuari 2004. aasta otsus asjas nr 3-1-3-13-03 (RT III 2004, 4, 36).

³⁰¹ Samas, p 30.

³⁰² RKPJK 25. novembri 2003. aasta otsus asjas nr 3-4-1-9-03 (RT III 2003, 35, 368).

väljendamiseks on pädev just seadusandlik võim. Samuti on parlamendil sel viisil võimalik kujundada riigi karistuspoliitikat ja mõjutada kuritegelikku käitumist.³⁰³

3.3.1. Olemuslik poliitikakujundamine vs demokraatia säilitamine

Selle poliitikasse sekkumise dimensiooni järgi saab kohtuliku aktivismi taset hinnata valdkonna järgi, milles kohus muude poliitikakujundajate tegemistesse sekkub.³⁰⁴

Mitteaktivistlikud on selle kriteeriumi alusel otsused, mis ei too kaasa muudatusi riiklikes poliitikates või millel pole poliitilistele protsessidele mingit mõju. Selliste otsustena võib Riigikohtu praktikast välja tuua otsused, kus akt tunnistatakse kehtetuks või põhiseadusevastaseks selle formaalse vastuolu tõttu põhiseadusega.

Üksnes mõnevõrra aktivistlikud on olemusliku poliitikakujundamise perspektiivist otsused, mis olemuslikku poliitikakujundamist otseselt ei mõjuta, vaid seonduvad pigem kodanike võimalustega osaleda poliitikakujundamise süsteemi mõjutamisel.³⁰⁵ Sellisteks demokraatlike protsesse edendavateks poliitikateks liigitatakse (poliitilise) sõnavabaduse, hääleõiguse, valimiste läbiviimise ja poliitilise esindatusega seonduv. Sarnaselt vaid mõnevõrra aktivistlikud on olemusliku poliitikakujundamise seisukohalt sellised otsused, kus kohtud jõustavad universaalselt tunnustatud põhiõigusi, mida sellistena mõistab ja defineerib kodanike üldine konsensus.³⁰⁶

Kõrgelt aktivistlikud on olemusliku poliitikakujundamise seisukohalt otsused, kus viitega põhiõiguste kaitse vajadusele otsustatakse moraalselt või poliitiliselt vastuolulisi küsimusi (nagu abort, seksuaalne sättumus või eutanaasia), sekkutakse inimeste karjääridesse, elustiilidesse või moraalsesse või religioossetesse väärtustesse, ning otsused, mis teevad majanduspoliitikat, jaotades ulatuslikult ümber ressursse. Viimaste näol on tegemist polütsentriliste küsimustega, mida üldine konsensus peab kohtuvõimu jaoks langetamiseks ebasobivateks. Eraldi kategooria selliste otsuste hulgas moodustavad harilikult polütsentrilise iseloomuga reformiotsustused. Sellised otsused võtan vaatluse alla alapunktis 3.3.1.2.2.

³⁰³ RKPJK 25. novembri 2003. aasta otsus asjas nr 3-4-1-9-03 (RT III 2003, 35, 368), p 21.

³⁰⁴ Vt lähemalt ülal, käesoleva töö p 2.1.3.3.3.

³⁰⁵ B. C. Canon (1982), lk 399.

3.3.1.1. Demokraatliku protsessi säilitamine ja universaalsete printsiipide jõustamine

Riigikohus on kahel korral teinud sisulisi demokraatliku osalemise, esindatuse (sh vähemuste esindatuse) ja muude poliitilise eneseväljenduse vahenditega seotud otsuseid.³⁰⁷ 4. novembri 1998. aasta otsuses leidis põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium kohaliku omavalitsuse volikogus töötamiseks vajaliku eesti keele oskuse taseme nõude põhiseaduspärasust hinnates, et kohaliku omavalitsuse volikogu valimise seadus on osas, millega on sätestatud kohaliku omavalitsuse volikogu liikme eesti keele valdamise üldine nõue, põhiseadusega kooskõlas.³⁰⁸ Kuivõrd antud asjas Riigikohus seadusandja poliitilist valikut ei vaidlustanud, on kahtlemata tegemist mitteaktivistliku otsusega. Tunnistanuks Riigikohus kohalike omavalitsuse volikogu liikmete keelenõude kehtestava sätte kehtetuks, saanuks vastava otsuse ilmselt liigitada mõnevõrra aktivistlike otsuste kategooriasse, kuivõrd esinduskogude puhul on keeleoskuse nõue tihedas seoses valimisõigusega, olles vaadeldav passiivset valimisõigust piirava valimistsensusega.

Teine demokraatlike protsesside ja nendele ligipääsuga seotud Riigikohtu otsus pärineb aastast 2002, mil Riigikohus tunnistas kohaliku omavalitsuse volikogu valimise seaduse põhiseadusevastaseks osas, milles see ei võimaldanud kodanike valimisliitude osalemist kohaliku omavalitsuse volikogu valimisel.³⁰⁹ Tegemist on Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve menetluses lahendatud asjadest küllap enim vastukaja tekitanud otsusega, mis tõi enesega kaasa Riigikohtu poolset poliitikakujundamist ja konstitutsioonikohtute kohaseid võimupiire puudutava debati ajakirjanduse veergudel,³¹⁰ aga ka Riigikohtu otsesõnalise südistamise poliitikasse sekkumises Riigikogu istungitesaalis.³¹¹

³⁰⁶ Vt eespool p 2.1.3.3.1.

³⁰⁷ Valimisõigust Riigikogu ja kohaliku omavalitsuse volikogu liikmete keelenõuete kontekstis on Riigikohus lisaks käsitletud ka oma 5. veebruari 1998. aasta otsuses asjas nr 3-4-1-1-98 (RT I 1998, 14, 230). Selles asjas tunnistas põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium Vabariigi Presidendi taotlusel põhiseadusega vastuolus olevaks keeleseaduse põhjusel, et esinduskogudes osalemiseks nõutava keeleoskuse taseme kehtestamine Vabariigi Valitsuse poolt on vastuolus võimude lahususe põhimõttega. Kolleegium märkis, et valimisõigust puudutavate otsustuste tegemine ja valimistingimuste kehtestamine on seadusandja pädevus, mida ta ei saa delegeerida täitevvõimule. Seega lahendas Riigikohus antud küsimuse taotluses soovitud ulatuses viitega riigivõimu seadusliku teostamise põhimõttele ega käsitletud selliste keelenõuete kehtestamise materiaalselt põhiseaduspärasust.

³⁰⁸ RKPJK 4. novembri 1998. aasta otsus asjas nr 3-4-1-7-98 (RT I 1998, 98/99, 1618).

³⁰⁹ RKPJK 15. juuli 2002. aasta otsus asjas nr 3-4-1-7-02 (RT III 2002, 22, 251).

³¹⁰ Vt nt A. Ammas. Savisaar: Riigikohus astus libedale jääle. „Eesti Päevaleht“ 17.07.2002. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.epl.ee/artikkel_210062.html, 4. veebruaril 2005; Riigikohus pole võiladu. Juhtkiri. „Postimees“ 18. juuli 2002. Arvutivõrgus.

Kättesaadav: <http://vana.www.postimees.ee/index.html?op=lugu&id=64842&number=555&rubriik=6>, 4. veebruaril 2005; A. Ammas. Varul peab Riigikohtu otsust ainumõeldavaks. „Eesti Päevaleht“ 18. juuli 2002. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.epl.ee/artikkel_210152.html, 4. veebruaril 2005; I. Tallo. Tuld Riigikohtule? „Postimees“ 18. juuli 2002.

Selles otsuses leidis Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium, et ehkki demokraatia põhimõtted ei takista iseenesest subjektiivse valimisõiguse mõistlikku piiramist, ei tohi need piirangud „tõrjuda kandideerimast reaalselt toetajaskonda omavaid isikuid ja gruppe. Sellised piirangud rikuksid nii kandideerimisõigust kui ka õigust valida ja õigust kandidaate üles seada ning – lõppkokkuvõttes – kahjustaksid kohaliku omavalitsuse aluseid sel teel, et esindusorgan ei saa kujuneda piisavalt representatiivseks.”³¹² Lisaks märkis kolleegium: „Põhiseadus ei sätesta otsesõnalist keeldu teha valimisreeglitikus olulisi muudatusi vahetult enne valimisi. Kolleegium ei pea aga demokraatlikuks selliseid vahetult enne valimisi valimisreeglitikus tehtud muudatusi, mis võivad oluliselt mõjutada valimistulemusi ühe või teise poliitilise jõu kasuks. Valimisseadus peab tagama demokraatia ja teenima sel viisil üldist hüvangu.”³¹³ Seega oli Riigikohtu tsiteeritud otsus selgelt suunatud demokraatlike protsesside edendamisele ning esindusorgani representatiivsuse suurendamisele, mis muudavad vastava otsuse demokraatia säilitamise perspektiivist vaadatuna üksnes mõnevõrra aktivistlikuks. Selline seisukoht erineb oluliselt nn valimisliitude asjale eelnenud ja järgnenud avalikes seisukohavõttudes väljaöeldust, mille kohaselt oli selgelt tegemist poliitilise (kohtu kohasest võimupiirkonnast väljumise tähenduses) otsusega.³¹⁴

Demokraatlikku protsesse säilitavate otsuste kõrval on veel üks kategooria otsuseid, mis on olemusliku poliitikakujundamise perspektiivist üksnes mõnevõrra aktivistlikud. Need on otsused, millega küll vältimatult kujundatakse ümber poliitikaid, kuid mille puhul sellise tegevuse

Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://vana.www.postimees.ee/index.html?op=lugu&id=64839&number=555&rubriik=6>, 4. veebruaril 2005.

³¹¹ Nt märkis Riigikogu liige A. Leps Riigikohtu 15. juuli 2002. aasta otsusele järgnenud valimisliituseid taastubava seaduseelnõu arutamisel Riigikogus: ”[K]ui see ei ole Riigikohtu pädevuse ületamine, ükskõik, kas sel teel, et sõnaselge kohtuotsuse asemel tegeldakse lüürilise proosaga või seadusandliku võimu omastamisega, ma kordan, seadusandliku võimu omastamisega [...], siis tekib küsimus, mida võimude lahusus üldse tähendab ja kas Riigikohtul on sellest üldse aimu. Ma rõhutan: poliitilist ja sotsiaalset olustikku hinnatakse riigis tervikuna ikkagi Tallinnas Toompeal ja selles saalis, kus me praegu viibime, mitte aga Tartus Toomemäel, kunagises Tartu sisehaiglas. Muidu võib Riigikohus põhiseaduse rikkujat otsida eelkõige iseenda seast. Seega, Riigikohtu kahjuks igati poliitiline otsus või, õigemini, ilukirjanduslik esseetähendab seda, et tahetakse muuta Riigikogu üdini seaduslik poliitiline otsus valimisliidud kaotada vastuolus olevaks põhiseadusega, mis on loomulikult väga kahetsusväärne.” – A. Leps Riigikogus. Riigikogu stenogramm. Kohaliku omavalitsuse volikogu valimise seaduse muutmise seaduse eelnõu (1135 SE) teine lugemine. Riigikogu 30. juuli 2002. aasta erakorraline istungjärk. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://web.riigikogu.ee/ems/stenograms/2002/07/t02073000.html>, 5. veebruaril 2005.

³¹² RKPJK 15. juuli 2002. aasta otsus asjas nr 3-4-1-7-02 (RT III 2002, 22, 251), p 21.

³¹³ Samas, p 27.

³¹⁴ Vt nt R. Maruste. Poliitiline ja õiguslik otsustamine. „Postimees“ 5. juuni 2002. Kättesaadav: <http://vana.www.postimees.ee/index.html?op=lugu&rubriik=6&id=60387>, 5. veebruaril 2005; A. Leps Riigikogus. Riigikogu stenogramm. Kohaliku omavalitsuse volikogu valimise seaduse muutmise seaduse eelnõu (1135 SE) teine lugemine. Riigikogu 30. juuli 2002. aasta erakorraline istungjärk. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://web.riigikogu.ee/ems/stenograms/2002/07/t02073000.html>, 5. veebruaril 2005.

„legitimeerib“ universaalsete põhiõiguste või õigusprintsipiide jõustamise vajadus. Hea näitena võib siinkohal välja tuua kaks Riigikohtu nn välismaalaste elamislubade otsust, millel on vaieldamatult otsene toime riigi immigratsiooni- ning julgeolekupoliitikale, ning nn nimeseaduse kaasuse, mis võiks tinglikult olla liigitatav keele- ja kultuuripoliitika kujundamise alla.

5. märtsil 2001 tunnistas Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium kehtetuks välismaalaste seaduse sätteid, mis nägid ette, et elamisluba ei anta ega pikendata välismaalasele, kes on olnud või kellest on põhjust arvata, et ta on olnud välisriigi luure- või julgeolekuteenistuses nende vastuolu tõttu igatüüpi põhiseadusliku õigusega perekonnaelule koosmõjus proportsionaalsuse printsiibiga.³¹⁵ Isiku näol, kes enesele elamisloa mitteandmise halduskohtus vaidlustas, oli tegemist nn integreerunud välismaalasega,³¹⁶ kelle osas ei olnud tuvastatud muid Eesti põhiseaduslikku korda või riigi julgeolekut ohustavaid faktoreid kui asjaolu, et ta oli teeninud kaadrisõjaväelasena välisriigi relvajõududes. Riigikohtu hiljutises, 21. juuni 2004. aasta otsuses leidis põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium, et välismaalaste seaduse säte, mis keelas elamisloa andmise või pikendamise välismaalasele, kes on elamisloa taotlemisel esitanud valeandmeid, oli põhiseadusega vastuolus põhjusel, et ei näinud pädevale riigiasutusele ette kaalutusõigust elamisloa andmisest keeldumisel valeandmete esitamise tõttu.³¹⁷

Vastamaks küsimusele, kas välisriigi relvajõududesse kuulunud isikule ning elamisloa taotlemisel valeandmeid esitanud isikule elamisloa andmisest keeldumise põhiseadusevastaseks tunnistamise näol on tegemist lubamatu sekkumisega riigi migratsiooni- ning julgeolekupoliitikasse, tuleb vaadelda, kui universaalselt tunnistatud põhiõiguse rikkumisega oli nende kaasuste puhul tegu.

Euroopa Inimõiguste Kohus on vaatamata oma suhteliselt vastuolulisele välismaalaste perekonnaelu puudutavale praktikale juurutanud reegli, mille järgi on võimude ülesanne näidata, et perekonnaelu piiramiseks eksisteerib objektiivne ja tungiv sotsiaalne vajadus ning et sekkumine isiku perekonnaellu on igal üksikjuhtumil proportsionaalne. Vaadeldavate kaasuste seisukohast on oluline Euroopa Inimõiguste Kohtu seisukoht, mille järgi eeldab proportsionaalsuse kontroll indiviidi

³¹⁵ RKPJK 5. märtsi 2001. aasta otsus asjas nr 3-4-1-2-01 (RT III 2001, 7, 75).

³¹⁶ Euroopa inimõiguste konventsiooni rakenduspraktika kohaselt mõeldakse integreerunud välismaalase all isikut, kes on peaaegu kogu oma elu elanud riigis, kus teda tahetakse välja saata või on juba välja saadetud. – U. Lõhmus. Välismaalased ja õigus perekonnaelu puutumatusel. Juridica 2000/7, lk 422.

³¹⁷ RKPJK 21. juuni 2004. aasta otsus asjas nr 3-4-1-9-04 (RT III 2004, 20, 224).

õiguste ja neile vastanduvate väärtuste (nt riigi julgeolek) kaalumise võimalust.³¹⁸ Kuivõrd mõlemal juhul tuvastati vastuolu põhiseadusega põhimõtteliselt kaalutusõiguse puudumise tõttu, mida Euroopa Inimõiguste Kohus on selgelt pidanud konventsiooni rikkumiseks, võib väita, et tegu on niivõrd universaalse rahvusvahelist iseloomu omava reegluga, mille jõustamine Riigikohtu poolt muudab vastavad otsused üksnes mõnevõrra aktivistlikeks.

Samasuguseks otsuseks võib pidada Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi 3. mai 2001. aasta otsust,³¹⁹ kus kolleegium leidis, et perekonnaseaduses viidatud perekonnanime korraldamise seadus on põhiseadusega vastuolus osas, milles see sätestab, et isik ei saa endale võtta võõrkeelse kujuga perekonnanime juhul, kui ta on eesti rahvusest või on tal eestikujuline perekonnanimi. Seejuures viitas kolleegium Euroopa Inimõiguste Kohtu praktikale, kus perekonnanime kui inimese identiteedi olulise väljenduse kaitset on käsitletud Euroopa inimõiguste konventsiooni õiguse austusele era- ja perekonnaelu vastu kaitseala piirides, ning kaalus isiku isikliku identiteedi kaitse vajadust eesti rahvusliku identiteedi kaitse (legitiimse) eesmärgiga. Tänapäeva tingimustes on küllap üsna adekvaatne väita, et kui õigus isiklikule identiteedile ning enesemääratlemisele on universaalselt tunnustatud põhiõigus, siis rahvusliku identiteedi tagamine kui väärtus on universaalse (põhiseaduslikku järku) printsiibina pigem varjusurmas.

3.3.1.2. Olemuslikku poliitikat kujundavad otsused

Olemuslikku poliitikat kujundavateks otsusteks loen siinse liigituse selguse huvides otsused, millega ei aidata kaasa demokraatliku protsessi säilimisele või kujundatakse olemuslikku poliitikat ilma, et seda õigustaks universaalsete põhiõiguste või õigusprintsipi kaitse vajadus. Nagu eespool viidatud, on selliste otsuste näol tegemist kõrgelt aktivistlike otsustega.

3.3.1.2.1. Nn moraal- ja ressursiotsused

Eesti Vabariigi Riigikohus ei ole põhiseaduslikkuse järelevalve menetluses teinud inimeste karjääre, elustiile või moraalseid või religioosseid väärtuseid puudutavaid otsuseid. Erinevalt näiteks Ameerika Ühendriikidest, Saksamaast või Prantsusmaast ei ole siinse konstitutsioonikohtu analoogi ette põhiseaduspärasuse kontrolliks toodud ei omasooliste abielu või eutanaasia keeldu või raseduse

³¹⁸ Vt nt U. Lõhmus (2000), lk 419.

³¹⁹ RKPJK 3. mai 2001. aasta otsus asjas nr 3-4-1-6-01 (RT III 2001, 15, 154).

katkestamise tähtaegu kehtestavaid seadusesätteid ega vaidlustatud näiteks kristlike kultuurisaadete suurt osakaalu avalik-õiguslikus televisioonis. Seega ei ole Eesti Vabariigi Riigikohus teinud ega saanudki teha otsuseid sellistes kohtuvõimu sekkumise korral üksmeelselt kõrget aktivismi tingivateks tunnistatud asjades.

Samuti ei ole Riigikohtu otsustel seni olnud erilist riiklike ressursse ümberjagavat toimet. Erandiks võinuks siinkohal saada Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi 21. jaanuari 2004. aasta otsus nn tudengite ühiselamukulude asjas.³²⁰ Selles asjas leidis Riigikohus, et sotsiaalhoolekande seadus oli vastuolus igäühe õigusega saada riigilt puuduse korral abi koosmõjus üldise võrdsusõigusega osas, milles see ei võimaldanud maksta eluasemetoetust nendele puudustkannatavatele isikutele ja perekondadele, kes kasutasid eluruumi sotsiaalhoolekande seaduse vaidlustatud sättes märgitust erineval alusel. Põhjuslik seos Riigikohtu otsuse ja riigieelarvest toimetulekutoetuseks täiendavate vahendite eraldamise vahel puudub vaid seetõttu, et Riigikogu viis sotsiaalhoolekande seaduse enne Riigikohtu poolt enne selle seaduse põhiseadusega vastuolus olevaks tunnistamist ise põhiseadusega kooskõlla. Käsitlemist väärib siiski ka küsimus, kas juhul, kui Riigikogu poleks seda teinud, saanuks Riigikohtu otsuse nimetada kõrgelt aktivistlikuks hetkel vaatluse all oleva kriteeriumi alusel.

Antud asjas omab tähendust, et Riigikohus tunnistas sotsiaalhoolekande seaduse sätte põhiseadusevastaseks eelkõige põhjusel, et see kohtles erinevaid isikute grupe põhjendamatult ebavõrdselt. Võib väita, et õigus võrdsele kohtlemisele ehk meelevaldse ebavõrdse kohtlemise keeld on üks põhiseaduses sisalduvatest põhiõigustest, mille osas kehtib seesugune universaalne konsensus, mis muudab seda printsiipi jõustava kohtukoosseisu vaid mõnevõrra aktivistlikuks. Ka Riigikohus märgib oma otsuses, et „[ü]lemäärane koormus riigieelarvele on argument, mis on arvestatav sotsiaalabi ulatuse üle otsustamisel, kuid sellega ei saa õigustada puudustkannatavate inimeste ja perekondade ebavõrdset kohtlemist.“³²¹ Riigikohtu pigem passiivsest kui ülemäära aktivistlikust hoiakust eelarvepoliitilistesse otsustustesse sekkumise suhtes annab tunnistust ka väljavõtte äsjakäsitletud otsusest: „Põhiseaduse § 28 teise lõike teine lause, mille kohaselt sätestab abi liigid, ulatuse ning saamise tingimused ja korra seadus, jätab seadusandja otsustada, mil määral riik puudust kannatavatele isikutele sotsiaalabi osutab. Seadusandjale ulatusliku otsustusõiguse

³²⁰ RKPJK 21. jaanuari 2004. aasta otsus asjas nr 3-4-1-22-03 (RT III 2004, 5, 45).

³²¹ Samas, p 39.

andmine on tingitud asjaolust, et majandus- ja sotsiaalpoliitika ning eelarve kujundamine kuulub tema pädevusse. Maksukoormuse tõstmine ja vahendite ümberjaotamine võib aga põhjustada sotsiaalsete põhiõiguste kollisiooni teiste põhiõigustega.³²² Kohus lisas, et ehkki kohus saab kontrollida seaduse vastavust igäihe õigusele saada riigilt puuduse korral abi, peab põhiseaduslikkuse järelevalve kohus „vältima olukorda, kus eelarvepoliitika kujundamine läheb suures osas kohtu kätte. Seetõttu ei saa kohus sotsiaalpoliitika teostamisel asuda seadusandliku või täitevvõimu asemele.“³²³ Nn Toomi asjas,³²⁴ mis puudutas ülalpeetavate abikaasade kindlustuskaitse lõppemise põhiseaduspärasust, ning mille puhul põhiseadusvastuolu tuvastamine viinuks kindlustuskaitstute ringi laiendamisele ning seetõttu märgatavale koormusele riigieelarvele, jättis Riigikohus halduskohtu taotluse rahuldamata vaidlustatud sätte asjassepuutumatus tõttu.³²⁵

3.3.1.2.2. Reformiotsused

Samuti on Riigikohus olnud pigem ettevaatlik eespool nimetatud erilise kõrgelt aktivistlike otsuste kategooria – ulatuslike reformidega seonduvate otsustuste tegemisel.

Alates aastast 1993 on Riigikohus seitsmel korral pidanud kontrollima omandireformiga seotud seadusesätete vastavust põhiseadusele, neist kolmel juhul on jäetud taotlus rahuldamata.³²⁶

1998. aastal leidis Riigikohus, et omandireformiga seonduvate õigusaktide muutmise seadus on vastuolus põhiseadusega osas, milles see riigi poolt jäeti kompenseerimata õigusvastaselt võõrandatud, kuid hävinud vara, mille kompenseerimise varasem seadus ette nägi. Riigikohus leidis, et nende isikute, kelle subjektiivset õigust vara kompenseerimisele oli juba tunnustatud varem kehtinud seaduse alusel antud halduse üksikaktidega, seadusega lubatud kompensatsioonist ilmajätmine oli vastuolus õiguskindluse ja õiguspärase ootuse põhimõttega ning võrdse kohtlemise³²⁷ põhimõttega.³²⁸ Samadel põhjendustel tunnistas põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium 17. märtsi 1999. aasta otsusega kehtetuks omandireformiga seonduvate õigusaktide

³²² RKPJK 21. jaanuari 2004. aasta otsus asjas nr 3-4-1-22-03 (RT III 2004, 5, 45), p 15.

³²³ Samas, p 16.

³²⁴ RKPJK 31. mai 2004. aasta otsus asjas nr 3-4-1-7-04 (RT III 2004, 16, 188).

³²⁵ Vt eespool p 3.2.2.2.

³²⁶ RKPJK 12. aprilli 1995. aasta otsus asjas nr III-4/1-2/95 (RT I 1995, 42, 656); RKPJK 8. novembri 1996. aasta otsus asjas nr 3-4-1-2-96 (RT I 1996, 87, 1558); RKPJK 2. detsembri 2004. aasta otsus asjas nr 3-4-1-20-04 (RT III 2004, 35, 362).

³²⁷ Põhjendamatult ebavõrdselt koheldi isikuid, kelle vara maksumus suudeti enne muudatuse jõustumist kindlaks teha ja kompensatsioon määrata, ning isikuid, kelle puhul seda ei jõutud teha neist mittesõltuvatel asjaoludel.

muutmise seaduse sätte, millega õigustatud subjektide ringist välistati endise omaniku lapse abikaasa, kui endise omaniku laps on surnud.³²⁹

28. oktoobri 2002. aasta otsuses³³⁰ tunnistas Riigikohtu üldkogu põhiseadusega vastuolus olevaks omandireformi aluste seaduse sätte, mille järgi lahendatakse Saksa riigiga sõlmitud lepingute alusel Eestist lahkunud isikute omandis olnud ja Eesti Vabariigis õigusvastaselt võõrandatud vara tagastamise või kompenseerimise taotlused riikidevahelise kokkuleppega, vastuolus olevaks põhiseadusliku õigusselguse põhimõttega. Ühelgi kolmest juhust ei seadnud Riigikohus kahtluse alla Riigikogu poolt võetud reformipoliitilist otsustust põhimõttelises küsimuses, kellele omandireformi käigus vara tagastada või tagastamata jätta, mõõndes vaikimisi, et selline otsustust kuulub seadusandja kompetentsi. Riigikohus juhtis vaid tähelepanu õigusriigi aluspõhimõtetele nagu õiguspärane ootus, mille kohaselt igapähe on õigus eeldada, et talle kord seadusega antud soodustust ei tunnistatakse sõnamurdlikult kehtetuks, ning õigusselgus, mille järgi isikul peab olema võimalik avaliku võimu käitumist ette näha ja sellest tulenevalt oma käitumist reguleerida. Need otsused toetusid argumentatsioonis universaalselt tunnustatud õigusprintsipidele, ning olid seetõttu reformipoliitikat iseenesest muutvale iseloomule vaatamata üksnes mõnevõrra aktivistlikud. Kõrgelt aktivistlik oluks kohus nn Saksamaale ümberasunute vara kaasuses näiteks juhul, kui ta oleks enese kätte võtnud sellistele isikutele vara tagastamise või mittetagastamise küsimuse otsustamise. Sellest küsimusest distantseeris Riigikohus ennast selgelt.

Ühel juhul, nn ETKVL varade asjas, tunnistas Riigikohus kehtetuks eluruumide erastamise seaduse osas, milles see luges erastamise objektiks sellise kooperatiivse organisatsiooni elamu või korteri, mis oli ehitatud selle kooperatiivse organisatsiooni omavahendite arvelt. Riigikohus leidis, et seoses omandireformiga oma eluruumide erastamise ehk võõrandamise kohustuse panemine kooperatiivsele organisatsioonile (eraõiguslikule juriidilisele isikule) ehk ühe eraõigusliku subjekti kohustamine oma vara ära andma teisele eraõiguslikule isikule on põhiseaduse § 32 lõike 1 teises lauses sätestatud üldise huvi põhimõtte rikkumine.³³¹ See otsus on käsitletav kõrgelt aktivistlikuna, kuna vaidlustas omandireformis seadusandja poolt aluseks võetud põhimõtte, mille kohaselt sooviti tagada inimestele nende poolt asustavate eluruumide erastamise õigus võimalikult laialt. Sellest

³²⁸ RKPJK 30. septembri 1998. aasta otsus asjas nr 3-4-1-6-98 (RT I 1998, 86/87, 1434).

³²⁹ RKPJK 17. märtsi 1999. aasta otsus asjas nr 3-4-1-2-99 (RT III 1999, 9, 90).

³³⁰ RKÜK 28. oktoobri 2002. aasta otsus asjas nr 3-4-1-5-02 (RT III 2002, 28, 308).

³³¹ RKPJK 12. aprilli 1995. aasta otsus asjas nr III-4/1-1/95 (RT I 1995, 42, 655).

põhimõttest soovis seadusandja teha erandi vaid nende üürnike suhtes, kes elasid omanikelt õigusvastaselt võõrandatud eluruumides sellisel juhul tekkiva kahe kodukohaõiguse (vastavalt üürnike ja õigusvastaselt võõrandatud vara omanike või nende järeltulijate vastava õiguse) kollisiooni tõttu. Kooperatiivsetele organisatsioonidele kuuluvate eluruumide puhul sellist kollisiooni ei tekkinud.

Märkismisväärne on, et Riigikohus muutis antud küsimuses ise oma praktikat 8. novembri 1996. aasta otsusega, mööndes järgmist: „Üldine huvi on hinnanguline ja ajas muutuv kriteerium. Kooperatiivsetele, riiklik-kooperatiivsetele ja ühiskondlikele organisatsioonidele kuuluvate eluruumide erastamine kui sunderastamine on sundvõõrandamine, mis toimub faktiliselt omandireformi käigus. Üldjuhul ei saa ühe eraõigusliku subjekti kohustamist oma vara ära andma lugeda üldise huvi järgimiseks. Eluruumide sunderastamisel on aga üldine ja erahuvi põimuvad. Üldine huvi väljendub eeskätt omandireformi vajaduses. Omandireformi kavandas ja sätestas Ülemnõukogu. Ka see, et Riigikogu on kahel korral seadusega väljendanud selget tahet eluruumid sunderastada, osundab kaalukale üldisele huvile. Seetõttu leiab põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegium, et tal ei ole abstraktse normikontrolli raames alust vaidlustada üldise huvi järgimist.”³³² Selle otsusega tunnistas Riigikohus seadusandja suhteliselt suurt otsustusulatust küsimustes, kus kaalul on ”omandireformi vajadused”.

Omandireformist mõneti olulisem roll on Riigikohtul olnud karistusõiguse reformi elluviimisel. Tristan Ploom ja Laura Feldmanis märgivad Riigikohtu 85. aastapäevale pühendatud teadustööde konkursi „Riigikohtu lahendid Eesti õiguskorras: tähendus ja kriitika“ auhinnalises töös, et nn Brusilovi lahendit³³³ tehes „käitus Riigikohus „täiendava seadusandjana“ ilma volituseta, rikkudes võimude lahususe põhimõtet.“³³⁴

Selles asjas vaatluse all oleva karistusseadustiku rakendamise seaduse, milles sisalduv poliitiline otsus oli mitte vaadata ümber enne karistusseadustiku jõustumist kohtuotsusega süüdimõistetud isikute kohtuotsuseid, arutamisel Riigikogus märkis Riigikogu õiguskomisjoni esimees V. Linde, et

³³² RKPJK 8. novembri 1996. aasta otsus asjas nr 3-4-1-2-96 (RT I 1996, 87, 1558).

³³³ RKÜK 17. märtsi 2003. aasta otsus asjas nr 3-1-3-10-02 (RT III 2003, 10, 95). Selles asjas leidis Riigikohtu üldkogu, et karistusseadustiku rakendamise seadus oli vastuolus põhiseaduse § 23 lõike 2 teisest lausest tuleneva kergemat karistust sätestava seaduse kohaldamise põhimõttega koosmõjus võrdse kohtlemise printsiibiga osas, milles see ei näinud ette kriminaalkoodeksi järgi mõistetud vabadusekaotust kandva isiku karistuse vähendamist karistusseadustiku eriosa vastavas paragrahvis sätestatud vangistuse ülemmäärani. Vt ka ülal, joonealune märkus nr 295.

³³⁴ T Ploom, L. Feldmanis, p 4.2.

”karistusõiguse reformi rakendamise eesmärk ei saa olla enne karistusseadustiku jõustumist süüdimõistetud õigusrikkujate karistuse kandmisest vabastamine ega mõistetud karistuste üldine leevendamine.”³³⁵ Riigikohtunik T. Anton, kes jäi selles asjas eriarvamusele, osundab, et karistusreformi käigus uue seadusega sama kuriteo eest kergema karistuse ettenägemisest ei saa teha järeldust, et karistused varasema seaduse alusel oleks ebaõiglased – karistus määrati varem kehtinud seaduse alusel, mille õigluses tänane seadusandja ei kahtle.³³⁶ Need väljaütlemised toetavad seisukohta, mille järgi on suvalises valdkonnas läbiviidavate ulatuslike reformide, mida karistusseadustiku jõustumisega kaasnev karistusõiguse reform tingimata on, põhisuks *status quo* muutmine teisenenud väärtushinnangute ja seetõttu seadusandjale asetatud ootuste tõttu. *Status quo* muutmise ja seega mis tahes reformide läbiviimise takistamine on seejuures kõrgelt aktivistlik tulenevalt asjaolust, et reeglina ei ole võimalik reforme läbi viia, muutmata reformi mõjualasse jäävate isikute seisundit.³³⁷

Ehkki siinkohal võiks argumenteerimise lõpetada, tuleb siiski vastata, kas ja mil määral saavad reformikaalutlused õigustada isikute põhiõiguste ja -vabaduste rikkumist. Eespool³³⁸ on viidatud, et otsused, mis jõustavad universaalselt tunnustatud põhiõigusi ja õigusprintsipi, on üksnes mõnevõrra aktivistlikud isegi juhul, kui selline jõustamine kujutab endast olemuslikku poliitikakujundamist. Seega tuleb vastata küsimusele, kas nn Brusilovi asjas tunnustati karistusseadustiku säte põhiseadusega vastuolus olevaks põhjusel, et seda nõudis vältimatult mõni universaalselt tunnustatud põhiõigus või õigusprintsip.

Riigikohus toetus oma otsuses põhiseaduse § 23 lõike 2 teisele lausele, mille järgi kohaldatakse kergemat karistust, kui seadus pärast õiguserikkumise toimepanemist sätestab kergema karistuse. Riigikohtu üldkogu leidis, et nimetatud sätet tuleb tõlgendada nii, et selle kaitseala laieneks ka karistuse kandmise ajale.³³⁹ Otsuse kohtuliku aktivismi skaalal liigitamise perspektiivist räägivad

³³⁵ Kohtunik E. Kergandbergi eriarvamus, millega on ühinenud kohtunikud J. Luik ja H.-K. Rimmel, RKÜK 17. märtsi 2003. aasta otsusele asjas nr 3-1-3-10-02 (RT III 2003, 10, 95), p 9.

³³⁶ Kohtunik T. Antoni eriarvamus, millega on ühinenud kohtunikud H. Salmann ja V. Kõve, RKÜK 17. märtsi 2003. aasta otsusele asjas nr 3-1-3-10-02 (RT III 2003, 10, 95).

³³⁷ Näiteks on mitmetes Euroopa riikides viimastel aastatel märgata tendentsi sotsiaalkaitseüsteemi reformimisele sotsiaalsete õiguste kaitse vähendamise suunas – pensionisüsteeme muudetakse, töötute abirahasid vähendatakse ja ravikindlustuseelarveid kärbitakse. Euroopa sotsiaalharta järelevalveorgan Sotsiaalõiguste Komisjon on neid tendentse üldjoontes aktsepteerinud. – T. Annus, B. Aaviksoo. Sotsiaalhoolekanne kui põhiõigus. Riigi, kohalike omavalitsuste, perekonna ja muude isikute kohustused põhiseaduslike õiguste tagamisel sotsiaalhoolekande valdkonnas. *Juridica* 2002, eriväljaanne, joonealune märkus nr 142, lk 36.

³³⁸ Vt käesoleva töö p 2.1.3.3.1.

³³⁹ RKÜK 17. märtsi 2003. aasta otsus asjas nr 3-1-3-10-02 (RT III 2003, 10, 95), p 26.

sellise otsuse kõrgelt aktivitlikuna liigitamise kasuks kaks argumenti. Esiteks ei ole kergema karistuse tagasiulatuvuse printsiibi laienemine karistuse kandmise ajale selle printsiibi universaalselt tunnustatud koostisosa. Nagu märgib T. Anton oma eriarvamuses, on mitme riigi karistusõigusega sätestatud ka teistsugused põhimõtted.³⁴⁰ Samuti on otsuses eneses viidatud, et näiteks Euroopa inimõiguste kaitse konventsioon ja selle rakenduspraktika ei taga täna kuriteo toimepannud isiku õigust seadusega sätestatud kergema karistuse tagasiulatuvale mõjule.³⁴¹ Teiseks on otsuses kohtusüsteemi efektiivse toimimise kui õiguse kergema karistuse kohaldamisele legitiimse eesmärgi kõrval jäetud kaalumata teine oluline õigusprintsiip – kohtusotsuse seadusjõud kui õigusriigi üks komponent, millele oma eriarvamuses juhib tähelepanu riigikohtunik Kergandberg.³⁴² Võttes arvesse, et antud juhul ei olnud tegemist universaalse põhiõiguse jõustamisega, millega pealegi kollideerus põhiseaduslik kohtuotsuse seadusjõu printsiip, tuleb nõustuda riigikohtunik Kergandbergiga, kes leiab, et "eriti olukordades, mil küsimus on põhimõtteliselt diskuteeritav," tuleks austada seadusandja suuremat otsustusvabadust.³⁴³ Lisades nendele kaalutlustele karistusõiguse reformi spetsiifilise konteksti, võib resümeerida, et tegemist on Riigikohtu kõrgelt aktivistliku otsusega.

Nn Brusilovi otsuses leituga võrreldes tagasihoidlikumale seisukohale, mida tingisid ka kaasuse asjaolud, asus Riigikohus nn Tsoi asjas.³⁴⁴ Selles asjas märkis Riigikohtu üldkogu karistusseadustiku rakendamise seaduse vaidlustatud sätte põhiseadusevastaseks tunnistamata jätmise põhjenduseks muuhulgas järgmist: „Samuti annaks äravõetud juhtimisõiguse massiline ennetähtaegne taastamine ühiskonnale õiguspoliitiliselt väära ja eksitava signaali, et riik on uues seaduses asunud liiklusrikkumistesse tegelikkusest märksa leebemalt suhtuma. Liiklussüüteod kujutavad endast olulist ühiskondlikku probleemi, mistõttu üldkogu leiab, et iseäranis liiklussüütegude puhul oli põhjendatud seadusandja ettevaatlikkus varasemate karistuste ümbervaatamisel.”³⁴⁵

³⁴⁰ Kohtunik T. Antoni eriarvamus, millega on ühinenud kohtunikud H. Salmann ja V. Kõve, RKÜK 17. märtsi 2003. aasta otsusele asjas nr 3-1-3-10-02 (RT III 2003, 10, 95).

³⁴¹ RKÜK 17. märtsi 2003. aasta otsus asjas nr 3-1-3-10-02 (RT III 2003, 10, 95), p 21.

³⁴² Kohtunik E. Kergandbergi eriarvamus, millega on ühinenud kohtunikud J. Luik ja H.-K. Rimmel, RKÜK 17. märtsi 2003. aasta otsusele asjas nr 3-1-3-10-02 (RT III 2003, 10, 95), p 9.

³⁴³ Samas.

³⁴⁴ RKÜK 28. aprilli 2004. aasta otsus asjas nr 3-3-1-69-03 (RT III 2004, 12, 143). Selles asjas karistati R. Tsoid haldusõiguserikkumise seadustiku alusel rahatrahvi ja mootorsõiduki juhtimise õiguse äravõtmisega 24 kuuks. Karistusseadusliku jõustumisega 1. septembrist 2002 muutus R. Tsoi poolt toimepandud õiguserikkumine kvalifitseeritavaks liiklusseaduse järgi, mis nägi sellise rikkumise eest ette juhtimisõiguse peatamise kuni 3 kuuks. R. Tsoi pöördus linnakohtusse talle määratud mootorsõiduki juhtimise õiguse äravõtmise karistuse tühistamiseks, apelleerides leebema seaduse tagasiulatuva kohaldamise põhimõtte ning võrdsusõiguse rikkumisele.

³⁴⁵ Samas, p 31.

3.3.2. Poliitika üksikasjalikkus

Selle kriteeriumi järgi sõltub kohtuliku aktivismi aste kohtupoolse poliitikakujundamise üksikasjalikkuse määrast. Canoni liigituse alusel kujutab negatiivne poliitikakujundamine ehk eelnenud situatsiooni taastamine seejuures endast mõnevõrra aktivistlikku tegevust, samas kui positiivne poliitikakujundamine ehk soovitava (põhiseaduspärase) poliitika detailne ettekirjutamine on kõrgelt aktivistlik tegevus.³⁴⁶

Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve praktikast ei ole teada ühtegi juhtumit, kus Riigikohus oleks asunud seadusandjale või muule poliitikakujundajale ette kirjutama põhiseadusvastuolu kõrvaldamise tehniliselt üksikasjalikke viise vähemalt määral, kui seda on käesoleva töö teises osas kirjeldatud viisil teinud Ameerika Ühendriikide Ülemkohus ning Saksa Liitvabariigi Konstitutsioonikohus.³⁴⁷

Võib-olla aktivistlikemaks selles kontekstis saab pidada seisukohta nn valimisliitude asjas, kus Riigikohus märkis põhiseadusvastuolu kõrvaldamise võimalike viiside kohta järgmist: „Riigikohtu otsuse täitmine eeldab, et kohalike valimiste põhiseaduspäraseks läbiviimiseks tuleb muuta kehtivat regulatsiooni. Seejuures on seadusandjal vabadus kaaluda erinevaid lahendusvariante. Valimisliitude taastamine pole praeguse regulatsiooni puuduste ületamise ainuvõimalik vahend. Tõenäoliselt on aga valimisliitude taastamine ainus vahend, mis suudab tagada kohaliku omavalitsuse volikogude valimiste tähtaegse korraldamise.”³⁴⁸ Niisugune seisukohavõtt seondus otseselt otsuse põhjenduste selle osaga, mis põhjendas regulatsiooni põhiseadusevastaseks tunnistamise vajadust muuhulgas põhjusel, et valimisalast reeglistikku muudeti vahetult enne valimisi. Mis tahes *status quo* taastamisest erinev lahendus läinuks seetõttu vältimatult vastuollu põhiseadusega otsuse põhjendustes toodud kaalutlustel. Seega ei saa seda otsust pidada kõrgelt aktivistlikuks ka positiivse poliitikakujundamise ehk poliitika üksikasjalikkuse skaalal.

3.3.3. Alternatiivse poliitikakujundaja olemasolu

Kuivõrd kirjanduses seostatakse seda kriteeriumi vastava poliitika muu poliitikakujundaja poolse tõsise kujundamise tõenäosusega ning kohtu varustatusega poliitika kujundamiseks vajalike

³⁴⁶ Vt eespool p 2.1.3.3.4.

³⁴⁷ Vt eespool p 2.1.3.3.4.

³⁴⁸ RKPJK 15. juuli 2002. aasta otsus asjas nr 3-4-1-7-02 (RT III 2002, 22, 251), p 34.

vahenditega (informatsioon ja vastava eriala eksperdid),³⁴⁹ saab selle kriteeriumi alusel kohtulikku aktivismi hinnata eelkõige juhtudel, kus kohus ka tegelikult üksikasjaliku poliitikakujundamisega tegeleb. Seda, nagu eelpool viidatud, Eesti Vabariigi Riigikohtu praktika kohta öelda ei saa.

3.4. Kolmanda peatüki kokkuvõte

Defineerides kohtulikku aktivismi kui pelka teiste poliitikakujundajate tahte vastuastumist, on Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve menetluses tehtud aktivistlike otsuste osakaal koguni 75,5% kõigist vastavatest otsustest. Kuivõrd see käsitlus liigitab kõrgelt aktivistlikeks näiteks ka otsused, kus täitevvõimu määrus tunnistatakse kehtetuks selle andmiseks vajaliku volitusnormi puudumise tõttu, on selle protsendi kujunemisel tooniandvaks ennekõike Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve funktsioonis tegutsemise algusaastate otsused, kus Riigikohus täitis peamiselt baasiliste õigusprintsipiide nagu riigivõimu seaduslik teostamine meeldetuletaja rolli. Mõnevõrra lahendab selle probleemi poliitikakujundaja tahte vastuastumise dimensiooni täpsustav enamuspõhimõtte kriteerium, mis küll seob kohtuliku aktivismi kehtetuks tunnistatud akti vastuvõtja legitimaatsiostmega, kuid ei võimalda teha vahet akti kehtetuks tunnistamisel selle materiaalse või poliitikakujundamise seisukohalt väheolulise formaalse põhiseadusvastuolu vahel. Seega on need kaks kriteeriumi kohtuliku aktivismi hindamisel väheinformatiivsed.

Rakendades käesoleva töö teises peatükis välja joonistatud ülejäänud kohtuliku aktivismi kriteeriume Eesti Vabariigi Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve praktikale, ilmneb, et vaid väike osa Riigikohtu poolt aastatel 1993-2004 langetatud põhiseaduslikkuse järelevalve otsustest on liigitatavad kõrgelt aktivistlike otsuste kategooriasse.³⁵⁰ Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve analüüs kohtuliku aktivismi erinevate dimensioonide lõikes kinnitab seda väidet järgmisel moel.

Kohtuliku aktivismi sisustamisel põhiseaduslikkuse järelevalve menetlusele seatud protseduuriliste piirangute kaudu omavad Eesti kontekstis tähendust sellised põhiseaduslikkuse järelevalve asja lahendamise nõuded nagu taotluse piiride ületamise keeld, üksnes asjassepuutuvate sätete kontroll ning üksnes niisuguste subjektide kaebeõiguse tunnistamine, kellele seadus annab põhiseaduslikkuse järelevalve menetluse algatamise õiguse. Taotluse piirides püsimise nõuet on Riigikohus oma

³⁴⁹ Vt eespool 2.1.3.3.5.

³⁵⁰ Arvestades, millisena tänapäeval konstitutsioonikohtute kohast võimureaali mõistetakse, on just kõrgelt aktivistlike otsuseid võimalik pidada aktivistlikeks selle sõna tõelises tähenduses.

praktikas suhteliselt rangelt järginud, korrates lahendites korduvalt, et lahendab õigusaktide Põhiseadusele vastavust üksnes taotluses soovitud ulatuses. Paaril korral on Riigikohus siiski kontrollinud lisaks vaidlustatud normidele ka nendega olemuslikult seotud norme (mõnevõrra aktivistlik tegevus) ning kord analüüsinud taotlusega absoluutselt mitteseotud küsimusi (kõrgelt aktivistlik tegevus). Sarnaselt rangelt on Riigikohus suhtunud asjassepuutuvuse reeglisse, kontrollides paaril korral rangelt võttes asjassepuutumatuid sätteid, mille puhul oli selge, et nende põhiseaduspärasus kas nuginii vaidlustatakse või olid need sätted vaadeldavad loogilise tervikuna. Kõige aktivistlikumad protseduuriliste piirangute eiramisega seotud otsused puudutavad kaebeõiguse doktriini eiramist. Nii on siinkirjutaja meelest kõrgelt aktivistlikud Riigikohtu otsused nn Brusilovi asjas ja nn Veeberi asjas, kus menetleti seesuguste subjektide kaebusi, kellele seadus menetluse algatamise õigust ei anna, tuletades vastava aluse Põhiseaduse kohtusse pöördumise õiguse üldsättest.

Kohtuliku poliitikakujundamise perspektiivist on Riigikohus olnud samuti pigem tagasihoidlik. Kui laiem avalikkus on kahtlematult pidanud nt valimisliitude lahendit Riigikohtu ajaloo üheks poliitilisemaks otsuseks, siis vähemalt käesoleva töö kontekstis liigitub see oma demokraatlikke protsesse säilitava iseloomu tõttu üksnes mõnevõrra aktivistlikuks otsuseks. Tagasihoidlikkusest poliitikakujundamisel annab märku ka see, et Riigikohus ei ole kordagi langetanud üksmeelselt kõrgelt aktivistlikuks peetavaid otsuseid moraalseid või religioosseid väärtusi puudutavates küsimustes. Samuti ei ole Riigikohtu otsuste tagajärjel seni ulatuslikult ümber jagatud riiklikke ressursse ega olulisel määral sekkunud laiaulatuslike reformide läbiviimisesse. Erandiks võib siinkohal pidada Riigikohtu rolli karistusõiguse reformis põlistavat nn Brusilovi otsust, mida võib pidada ka üheks poliitikakujundamise seisukohalt kõrgelt aktivistlikuks otsuseks. Riigikohtu praktikas puuduvad ka juhtumid, kus Riigikohus oleks aktiivselt tegelenud positiivse poliitikakujundamisega ehk teistele poliitikakujundajatele üksikasjaliste ettekirjutuste tegemisega.

Eelnenust nähtub, et Eesti Vabariigi Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve üheteistkümne aastase pärastõjajärgse praktika jooksul langetatud kõrgelt aktivistlikke otsuseid on võimalik üles lugeda ühe käe sõrmedel. Arvestades asjaolu, et otsuseid, kus Riigikohus saanuks oma aktivistlikku meelelaadi ühel või teisel moel väljendada, on ühtekokku 90, on siinkirjutaja hinnangul võimalik väita, et Eesti Vabariigi Riigikohus on selgelt pigem passiivne kui aktivistlik „konstitutsioonikohus“.

Kokkuvõte

Kohtulik aktivism kaasaegse konstitutsioonilise õigusemõtlemise keskse kontseptsioonina ei ole kaugeltki ühetahuline fenomen. Ka käesoleva töö lähtepunktiks oli siinkirjutajat mitte just ülemäära julgustav tõdemus, mille järgi on kohtuliku aktivismi käsitlesti niisama palju kui on teema uurijaid endid, ning irooniline tähelepanek, mille kohaselt võib kohtuliku aktivismi ja selle antipoodi – kohtuliku enesepiiramisega – kaasnevat segadust pidada nende mõistete domineerivaks tunnuseks. Käesoleva töö üks eesmärkidest oligi selle segaduse likvideerimine või vähemalt korraldamine kohtuliku aktivismi erinevates, tihti vastava teema uurija arusaamast konstitutsioonist ja kohtuvõimu olemusest tingitud käsitlustes sealhulgas nende käsitluste selgitusjõule hinnangu andmise kaudu. Tulemused, milleni vastavasisulisel uurimistöös jõudsin, on üldistatult³⁵¹ järgmised.

Kohtuliku aktivismi kontseptsioon on ajas teisenenud paralleelselt muutustega, mis on toimunud konstitutsioonilises õigusemõtlemises alates 19. sajandist kuni tänapäevani. Sündmusteks, millel on olnud oluline toime kohtuliku aktivismi kontseptsiooni, aga ka kogu konstitutsioonilise õigusemõistmise arengule, on seejuures olnud põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve sünd, nn õigusrealistlik pööre Anglo-Ameerika õigusemõtlemises ning valdavalt pärast Teist maailmasõda alguse saanud "kodanikuõiguste revolutsioon", mille tulemuseks on olnud kohtuvõimu ekspansiivne laienemine ning sellest johtuv kohtumõistmise ja õigusloome vahelise piiri hägustumine iseäranis konstitutsiooniõiguse valdkonnas. Just 1970ndatesse aastatesse tuleb dateerida paradigmaatiline nihe arusaamas kohtuvõimu olemusest ning kohtu kohastest võimupiiridest, millel on olnud otsustav mõju kohtuliku aktivismi kontseptsiooni arengule.

Kui veel 1970ndatel aastatel, mil kohtulikku aktivismi esmakordselt sellisena nimetati, piirdusid mitmed autorid kohtuliku aktivismi defineerimisega läbi seadusandja või teiste poliitikakujundajate otsuste mitteaktsepteerimise või kohtute tegutsemise väljaspool kohtute traditsioonilisi funktsioone, millisena mõisteti seaduse pelka „rakendamist“ ilma erilise tõlgendamistegevusse laskumata, siis tänaseks on nimetatud käsitlused ilmselgelt aegunud. Põhiseaduslikkuse kohtuliku järelevalve doktriin on levinud üle maailma ning leidnud konstitutsionalismi kohtuliku tagamismehhanismina universaalse tunnustuse. Praktiliselt vaieldamatult on aktsepteeritud konstitutsioonilise

³⁵¹ Lähemalt vt peatükkidele järgnevad kokkuvõtted.

õigusemõistmise lahutamatu seost õigusloomega. Ameerika Ühendriikides sündinud realistlik lähenemine õigusele, mis tõi konstitutsioonilisse õiguspõhisesse konstitutsiooni evolutsioonilise ehk muutunud aegadele ja vajadustele vastava kohaldamise kontseptsiooni, ühiskondliku kasu printsiibi ning ühiskonnas valitsevate väärtuste ja arusaamade tõlgendamisprotsessis arvestamise, on kaasa toonud õigusteaduslike argumentide kataloogide laienemise kuni teleoloogiliste argumentide abstraktseima taseme – praktiliste argumentideni, mis võtavad arvesse ühiskonnas valitsevaid väärtuseid ja hinnanguid. Lisaks on tuntavalt nihutanud kohtuvõimu piire ning arusaama konstitutsioonilises otsustusprotsessis arvesse võtmist vajavatest väärtustest inimõigused, mis Teise maailmasõja järgselt on saavutanud üldise (rahvusvahelise) aktsepti. Tänapäeval vastava valdkonnaga tegelejatel tuleb oma uurimistulemuste kasutusväärtuse tagamiseks eelpool kirjeldatud konstitutsiooniõiguse arengutega arvestada. Defineerides kohtulikku aktivismi kui seadusandja või muu poliitikakujundaja tahte vastuastumist või kohtu väljumist oma traditsiooniliselt mõistetud funktsioonidest, on kõik tänapäeva konstitutsioonikohtud aktivistlikud.

Tänapäeval eelistavad kohtuvõimuga tegelevad teadlased lähenemist, mis rõhutab õiguse ja poliitika vastastikust seost. Selle lähenemise kohaselt on küsimus kohtuliku aktivismi esinemisest mingi konkreetse kohtu praktikas pigem küsimus määrast kui küsimus liigist. Kohtulik aktivism tema tänapäevases tähenduses väljendub määras, milleni konkreetset konstitutsioonikohtud oma võimuvolitusi kasutavad. Mida laiematena kohus oma volitusi konstitutsioonilises õigusemõistmises tajub, seda aktivistlikuma kohtuga on tegu, ning vastupidi – mida enam kohus tunneb ennast olevat seotud erinevate konstitutsioonilisele õigusemõistmisele seatud kitsendustega, seda vaoshoitum on kohus kohtuliku aktivismi mõttes.

Dimensioone, mille raames kohtulikku aktivismi mõtta, on seejuures põhimõtteliselt kahte liiki. Esiteks on võimalik kohtulikku aktivismi mõõta, hinnates määra, mil konstitutsioonikohtud kas eiravad põhiseaduslike küsimuste lahendamisel neile seadusega pandud protseduurilisi piiranguid ja/või doktriine või tõlgendavad neid laiendavalt. Tegemist on kohtuliku aktivismi protseduurilise külje hindamisega. Teiseks saab kohtuliku aktivismi hinnata sisulistest kriteeriumidest lähtuvalt. Sisuline lähenemine toetub õiguse ja poliitika vaheteole, defineerides kohtulikku aktivismi kõige laiemalt kui kohtute poliitikasse sekkumist. Ehkki kohtute sekkumine poliitikasse on etteheide, mida konstitutsioonikohtutele nende suunatud kriitika korras kõige enam esitatakse, on poliitikasse sekkumise defineerimine küllaltki keeruline. Kuna põhimõtteliselt on iga väärtusvalikuid tegev

konstitutsioonikohtu otsus poliitiline juba definitsiooni poolest, tuleb poliitikasse sekkumise hindamisel lähtuda spetsiifilisematest kriteeriumidest kui hinnatava otsuse "poliitilisus".

Ühe võimalusena poliitikasse sekkumise mõõtmiseks kasutatakse kaasaegses kirjanduses tihti määra, mil kohtud traditsioonilistest tõlgendusargumentidest kaugenevad ning otsustamisel nn õigusvälistest argumentidest ja meetoditest lähtuvad. See käsitlus lähtub eeldusest, et konstitutsioonitõlgenduse meetodid on kohtuliku aktivismi skaalal reastatavad ning et on võimalik tõmmata piir "õiguslike" ja "poliitiliste" argumentide vahele. Iseäranis konstitutsioonilises õigusemõistmises ei ole teatud argumentide õiguslikena käsitlemine ning muude vastavalt aktivistlikeks deklareerimine enam ammu päevakohane, mistõttu see lähenemine kohtulikule aktivismile pole adekvaatne. Tänapäevane (konstitutsiooni)õigusteadus näeb legitiimsena kõiki, sh mitmete autorite poolt kõrgelt aktivistlikena (ka: õigusvälistena) käsitletud objektiiv-teleoloogilisi tõlgendusteooriaid.

Seetõttu on poliitikasse sekkumise mõõtmisel mõistlik lähtuda mitte otsustamisel kasutatavatest tehnikatest, vaid kriteeriumidest, mis aitavad mõõta konkreetse otsuse toime intensiivsust erinevatele poliitikatele. Esimene selline kriteerium tõmbab eraldusjoone olemuslike ning mitteolemuslike poliitikate vahele. See käsitlus „vabastab“ aktivismisüüdistusest osaliselt kohtu poolt aetud poliitikat, mis on suunatud demokraatliku protsessi ning poliitiliste õiguste tagamisele ja säilimisele; samuti poliitikat, mille põhisisuks on universaalsete põhiõiguste ja õigusprintsipiide jõustamine. Selle kriteeriumi järgi on kõrgelt aktivistlikud otsused, mis kujundavad poliitika valdkondades nagu majanduspoliitika, ulatuslike ümberkorraldustega seotud reformid (reformipoliitika) ning muudes poliitikaharudes, kus poliitikakujundamine ei puuduta eelmainitud universaalsete õigustõdede rakendamist. Teise kriteeriumi järgi on positiivses korrelatsioonis aktivismi määraga kohtu poolt kujundatud poliitika üksikasjalikkus. Kolmas kriteerium küsib alternatiivse poliitikakujundaja järele ehk seab aktivismi määra sõltuvusse sellest, kui tõenäoline oli vastava otsuse vastuvõtmine muu võimuharu poolt.

Töö teiseks peamiseks eesmärgiks oli eelnimetatud dimensioonide lõikes ning kriteeriumide alusel Eesti Vabariigi Riigikohtu Teise maailmasõja järgsele põhiseaduslikkuse järelevalve praktikale hinnangu andmine kohtuliku aktivismi perspektiivist. Riigikohtu vastava praktika analüüs käesoleva töö eelmistes osades leitu pinnalt võimaldab siinkirjutaja hinnangul teha järgmisi üldistusi ja järeldusi.

Hinnates Eesti Vabariigi Riigikohtu aktivismi kohtuliku aktivismi vananenud kontseptsiooni, mille järgi on aktivistlikud kõik otsused, kus kohus ei aktsepteeri muu poliitikakujundaja valikuid, alusel, on Riigikohtu aktivistlike otsuste osakaal ligikaudu 76%. See käsitlus on kohtuliku aktivismi hindamisel siiski väheinformatiivne, kuna ei võimalda teha vahet muuhulgas näiteks akti kehtetuks tunnistamisel selle materiaalse või poliitikakujundamise seisukohalt vähemolulise formaalse põhiseadusvastuolu vahel.

Adekvaatsem on hinnata kohtulikku aktivismi kahe ülejäänud dimensiooni – protseduuriliste piirangute eiramise ning kohtuliku poliitikakujundamise lõikes. Protseuuriliste piirangutena, mille eiramine (või modifitseerimine) on käsitatav kohtuliku aktivismi ilminguna, on Eesti kontekstis relevantset taotluse piiride ületamise keeld, üksnes asjassepuutuvate sätete kontroll ning kaebeõiguse nõue. Peaaegu kõikidesse nendesse protseduurilistesse piirangutesse on Riigikohus peaaegu kõikidel juhtudel suhtunud küllaltki rangelt. Erandina tuleb siinkohal välja tuua otsused T. Veeberi ja S. Brusilovi asjas, kus kohus menetles kaebusi menetlusõigusliku aluseta.

Ka kohtuliku poliitikakujundamise perspektiivist on Riigikohus olnud pigem tagasihoidlik. Üheteistaastase praktika jooksul ei ole Riigikohus kordagi langetanud otsuseid kõrgelt aktivistlikuks peetavates moraalseid või religioosseid väärtusi puudutavates küsimustes, ümber jaganud riiklikke ressursse ega olulisel määral sekkunud riigi reformipoliitikatesse. Erandiks on siinkohal nn Brusilovi lahend kui siinkirjutaja hinnangul üks Riigikohtu aktivistlikumaid otsuseid. Samuti on Riigikohus oma praktikaga selgelt deklareerinud oma soovimatust tegeleda positiivse poliitikakujundamisega.

Kõik see annab alust väita, et iseäranis rahvusvaheliste arengute taustal on Eesti Vabariigi Riigikohtu näol tegemist pigem mitteaktivistliku kohtuga. Üksikud kõrvalekalded enesepiirajalikust hoiakust on pigem reegliti kinnitava iseloomuga.

The Concept of Judicial Activism. Judicial Activism in Practice of the Estonian Supreme Court Performing Judicial Review 1993-2004

Résumé

According to Bradley C. Canon, one of the most prominent commentators on the concept of judicial activism, there are almost as many conceptions of judicial activism as there are commentators.³⁵² In the similar vein, the general confusion surrounding the concepts of judicial activism and its antipode – judicial self-restraint – has been considered their dominant feature.³⁵³

The main aim of the current master's thesis is to give an insight into that ancient but still ongoing discussion about the concept of judicial activism and concepts accompanying it by introducing the ways this elusive, many-sided and dynamic phenomenon has been treated by different legal and social scientists over times. Another aim is to analyze the practice of the Estonian Supreme Court performing judicial review from the perspective of judicial activism previously defined.

In spite of the fact, that ever since 1960ies the constitutional scientists from all over the world have debated over giving substance to the concept of judicial activism as well as over the desirability of the phenomenon, the respective debate can be said not to be familiar to the Estonian legal profession. As informal inquiries conducted by the author of this thesis show, the concept of judicial activism is rather related to the speed of deciding cases or to the use of principle of investigation in civil procedure rather than to the substantial concept touching upon the crucial questions about the nature of judicial power, the legitimacy of judicial review, and the interdependence and partial overlapping of the judicial and political realms in the modern world. This can partly be explained by the Soviet legacy and the lack of possibility to perform judicial review function. That's why judicial activism has not had many possibilities to enter into national debate concerning constitutional review and the "proper" role of constitutional courts in performing that function. To overcome this shortcoming, the present thesis is aimed at setting forth a meaningful framework for the analysis of judicial activism.

³⁵² Bradley C. Canon. *A Framework for the Analysis of Judicial Activism*. Teoses: Stephen C. Halpern and Charles M. Lamb (eds.). *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington, Mass.: Lexington Press, 1982, p 385.

³⁵³ See R. Dziemidok. *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint as a Function of Judicial Review. A Comparison of the US Supreme Court and the Polish Constitutional Tribunal*. LLM thesis. Central European University. Legal Studies Department. Budapest, 1997, p 44.

In some sense, this thesis is thus aimed at initiating the discussion touching upon the extent of judicial activism of the national Supreme Court and the questions of legal-philosophical type closely related to that amongst Estonian legal profession. To day, this debate has found its expression in periodical outbursts from part of politicians accusing the Supreme Court in involving in “substantially political” matters like question over the constitutionality of preventing local electoral coalitions from taking part of local elections.

This thesis confines itself to analyzing the activism of the Supreme Court performing judicial review only, despite the fact that in Estonian court system, the lower courts have also been trusted with power to declare unconstitutional and refrain from implying legislation they find not to be in conformity with the constitution. The reason for that is neatly outlined by Bradley C. Canon, again, who states: “Many courts alter public policy or render decisions of dubious propriety; moreover, this is accomplished not only by means of constitutional interpretation but through the construction of statutes [...]. Nonetheless, it is constitutional law which lies at the heart of the controversy over judicial activism and produces the sharpest and most memorable colloqui.”³⁵⁴

As to the legal literature, that used and discussed in the current thesis can not be defined as purely “legal”, many of the insights into the subject have been borrowed from the bulk of literature touching upon the nature of the judicial power written by the outstanding political scientists of our time. This kind of balancing between legal and political science is in author’s view in perfect harmony with the integrative approach calling for interdisciplinarity in discussing social phenomena. As one of the main argumentative lines of the present thesis goes, the legal profession is growingly more apt to integrate social science perspectives as opposed to the purely “legal” arguments into research and practical decision-making. This is not unusual for the academic legal profession any more, to make use of the findings of social science and apply its methods and concepts in day-to-day work.

The thesis consists of three chapters. It sets out by an insight into the history, intellectual framework, and traditional concepts of judicial activism. In the second chapter, more modern concept of judicial activism as well as its different dimensions are discussed. The third chapter concentrates on the

³⁵⁴ Bradley C. Canon. A Framework for the Analysis of Judicial Activism. In: Stephen C. Halpern and Charles M. Lamb (eds.). *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington, Mass.: Lexington Press, 1982, p 387.

analysis of the practice of the Supreme Court of Estonia from the perspective of judicial activism in the light of previous findings.

The main findings of this thesis are as follows.

The concept of judicial activism has been seriously altered by changes that have taken place in constitutional thinking since 19th century. Among the milestones having considerable effect on the concept of judicial activism as well as on constitutional adjudication as a whole, the birth of judicial review, the emergence of the legal realism as a whole new legal-philosophical movement, and the so-called rights revolution proceeding from the atrocities of the Second World War and its prologue, are not to be omitted. The foregoing currents in legal thought have lead to the worldwide expansion of judicial power and resulted in mingling of the law and politics traditionally so defined.

When only in the 1970ies, when judicial activism was first used as a distinct term in practice of the Supreme Court of the United States of America, many authors confined themselves to defining judicial activism as non-acceptance of the decisions of the ultimate policy-maker – the legislator – or as crossing the boundaries of the “proper realm” of judicial decision-making, i.e applying the law without constructing or, worse, making it, by now this concept of judicial activism has become seriously outdated. The doctrine of judicial review has won almost universal acceptance. Most scholars have admitted the quasilegislative nature of constitutional adjudication. American legal realism and its various counterparts have seriously modified our understanding of what constitutes a “proper” interpretive methodology or counts as an argument in constitutional reasoning. In addition, the paradigm of human rights has vigorously entered into the debate over the proper ambit of constitutional adjudication. Taking all this changes into account, defining judicial activism as a mere conflict with other political policy-makers, becomes seriously inutile.

The more modern and widely accepted definition of judicial activism turns more on the manner in which judges use what is conceded to be a quasilegislative power. In this sense, judicial activism is the function of how free judges are in the exercise of their discretion.

Even by providing for the foregoing definition, not much has been added to the debate of judicial activism. To make this debate meaningful, one has to elaborate some objective criteria against which the extent of judicial activism of a given decision could be tested. Roughly speaking, there

are two distinct approaches to judicial activism. One of them concentrates on the procedural side of constitutional adjudication. By this token, judicial activism is encountered when the procedural limits of constitutional adjudication like the doctrine of case and controversy or that of standing are trespassed. Another important domain of the study of judicial activism equates activism with judicial policy-making. The second of the two has posed the more heated discussion in the legal profession as defining “political” as opposed to “legal” has not proved to be an easy task.

Many authors have equated political decision-making by the courts with relying on the objective-teleological ways of reasoning, or on calculations of consequence, or with applying the super-abstract principles like that of consistency and the like. These approaches depart from the presumption, that some interpretive techniques are more legitimate than others. The author of this thesis contests that view. In modern world, all the constitutional arguments and interpretive methodologies universally used in constitutional adjudication are equally legitimate and cannot be ranked. That’s why one has to turn to the more specific criteria of policy-making.

There is a popular belief among scholars of judicial activism, that in some areas there is greater justification for court policy-making than in others. The first distinction draws a line between decisions making substantial policy as opposed to those aimed at strengthening the democratic process and citizen participation. By this token, decisions related to enhancing of democracy qualify as only moderately activist. Another area, where the court has been accorded with more extensive powers, is the protection of universally agreed civil liberties. From this perspective, decisions implementing universally accepted human rights are considered only somewhat activist even when they have a considerable effect on substantial policy-making. Highly activist in sense of substantial policy-making are *a priori* decisions that have impact on areas like economic policy or on reform-policies of the government. That’s because questions like those of allocating or re-allocating resources have traditionally be treated as polycentric and thus not suitable for judicial decision-making. Another ways of measuring the extent of policy-making include measuring the specificity of policy made by the court or assessing the availability of the alternative policy-maker.

Applying these dimensions and criteria of judicial activism to the practice of the Estonian Supreme Court performing judicial review function, following conclusions may be reached. Estonian Supreme Court has followed the procedural criteria rather strictly. Twice has the court accepted the complaint by a person not accorded with the power to initiate the judicial review procedure which

activity can be considered highly activist. As to the substantial policy-making, the Estonian Supreme Court in judicial review function has never decided upon morally or religiously sensitive matters or reallocated resources in considerable way. Only once has the court had its say on the penal reform. These exceptional cases omitted, the Estonian Supreme Court might rather be classified as a restraintist constitutional court.

Kasutatud allikate loetelu

Kasutatud kirjanduse loetelu

1. Aaviksoo, B. Õigus kõrgharidusele Eesti Vabariigi Põhiseaduses. Bakalaureusetöö. Tartu: 2001.
2. Alexander, L. (ed.). Constitutionalism: Philosophical Foundations. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
3. Ammas, A. Savisaar: Riigikohus astus libedale jääle. „Eesti Päevaleht“ 17. juuli 2002. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.epl.ee/artikkel_210062.html, 4. veebruaril 2005.
4. Ammas, A. Varul peab Riigikohtu otsust ainumõeldavaks. „Eesti Päevaleht“ 18. juuli 2002. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.epl.ee/artikkel_210152.html, 4. veebruaril 2005.
5. Annus, T. Riigiõigus. Õpik kõrgkoolidele. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2001.
6. T. Annus, B. Aaviksoo. Sotsiaalhoolekanne kui põhiõigus. Riigi, kohalike omavalitsuste, perekonna ja muude isikute kohustused põhiseaduslike õiguste tagamisel sotsiaalhoolekande valdkonnas. Juridica 2002, eriväljaanne.
7. Bachof, O. The West German Constitutional Judge Between Law and Politics. 11 Tex. Int'l L. J. 403 (1976).
8. Barber, N. W. Prelude to the Separation of Powers. 60 (1) Cambridge LJ 59 (2001).
9. Bealey, F. Judicial activism. The Blackwell Dictionary of Political Science. A User's Guide to its Terms. Oxford: Blackwell Publishers Ltd. 1999.
10. Bealey, F. Politics. The Blackwell Dictionary of Political Science. A User's Guide to its Terms. Oxford: Blackwell Publishers Ltd. 1999.
11. Beatty, D. Law and Politics. 44 Am. J. Comp. L. 131 (1996).
12. Belling, D. W. Põhiõiguste tähendus eraõigusele. Juridica 2004, nr 1, lk 3-10.

13. Berger, R. The Activist Legacy of the New Deal Court. 59 Wash. L. Rev. 751 (1983-1984).
14. Board, J. B. Judicial Activism in Sweden. – K. M. Holland (ed.). *Judicial Activism in Comparative Perspective*. London: Macmillan, 1991.
15. Boulanger, C. Europeanisation Through Judicial Activism? CEE Constitutional Courts' Legitimacy and the „Return to Europe“. Paper prepared for a workshop held in the European University Institute in Florence on 28-29 November 2003, References. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.iue.it/LAW/Events/WSWorkshopNov2003/Boulanger_paper.pdf, 9. novembril 2004.
16. Brown, R. L. Activism is not a Four-Letter Word. 73 U. Colo. L. Rev. 1257 (2002).
17. Bugarcic, B. Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition. 42 Harv. Int'l L. J. 247 (2001).
18. Calabresi, S. G. The Structural Constitution and the Countermajoritarian Difficulty. 22 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 3 (1998-1999).
19. Caldeira, G. A., McCrone, D. J. Of Time and Judicial Activism: A Study of the U.S. Supreme Court, 1800-1973. – S. C. Halpern, C. M. Lamb (eds.). *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington, Mass.: Lexington Press, 1982.
20. Canon, B. C. A Framework for the Analysis of Judicial Activism. – S. C. Halpern and C. M. Lamb (eds.). *Supreme Court Activism and Restraint*. Lexington, Mass.: Lexington Press, 1982.
21. Canon, B. C. Defining the Dimensions of Judicial Activism. *Judicature*, Vol 66, Nr 6 (1983).
22. Cappelletti, M. *Judicial Review in the Contemporary World*. Indianapolis etc: The Bobbs-Merrill Company, Inc, 1971.
23. Carcassonne, G. Les principes de la Constitution française. Ambassade de France aux Etats-Unis. 21 février 2001. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.ambafrance-us.org/fr/aaz/const_fra.asp, 5. veebruaril 2005.

24. Currie, D. P. *The Constitution of the Federal Republic of Germany*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.
25. Dziemidok, R. *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint as a Function of Judicial Review. A Comparison of the US Supreme Court and the Polish Constitutional Tribunal*. LLM thesis. Budapest: Central European University. Legal Studies Department, 1997.
26. Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997.
27. Eesti Vabariigi Põhiseadus. *Kommenteeritud väljaanne*. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2002.
28. Epp, C. R. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998.
29. Ernits, M. Konkreetne normikontroll *de lege lata* ja *de lege ferenda*. *Juridica* 2001/8, lk 572-596.
30. Ernits, M. Õiguskantsler. *Juridica* 2003/1, lk 14-27.
31. Fuller, L. L. *Forms and Limits of Adjudication*. 92 *Harv. L. Rev.* 395 (1978).
32. Garner, B. A. (ed.). *Black's Law Dictionary*. 7th edn. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
33. Gerhardt, M. J., Rowe, T. D. Jr., et al. *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*. 2nd edn. New York: Lexis Publishing, 2000.
34. Grimm, D. Comment: C. Landfried. *Constitutional Review and Legislation in the Federal Republic of Germany*. – C. Landfried (ed.). *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.
35. Grossmann, J. B., Wells, R. S. *Constitutional Law and Judicial Policy Making*. 3rd edn. New York, London: Longman, 1988.
36. Gräzin, I. *Anglo-Ameerika õigusfilosoofia. Lühiülevaade*. 2., täiendatud trükk. Tartu: Sihtasutus Iuridicum, 1999.

37. Guarnieri, C., Pederzoli, P. *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
38. Hartwig, M. *Konstitutsioonikohtute jurisdiktsioon*. Seminari „Konstitutsioonikohtute organisatsioon ja tegevus“ ettekanded. Tartu: Atlex, 1995.
39. Henkin, L. *Is there a Political Question Doctrine*. 85 *Yale Law Journal* 597 (1976).
40. Hodder-Williams, R. *Six Notions of „Political“ and the United States Supreme Court*. *British Journal of Political Science*. Vol 22, Issue 1 (1992).
41. Holland, K. M. *Introduction*. – Kenneth M. Holland (ed.) *Judicial Activism in Comparative Perspective*. Macmillan. London, 1991.
42. Holland, K. M. *Judicial Activism in the United States*. – K. M. Holland (ed.). *Judicial Activism in Comparative Perspective*. Macmillan: London, 1991.
43. Holmes, O. W. *The Path of the Law*. 10 *Harv. L. Rev.* 457 (1897).
44. Ishiyama Smithey, S., Ishiyama, J. *Judicial Activism in Post-Communist Politics*. *Law and Soc’y Rev.* Vol. 36, Nr. 4 (2002).
45. Jõgi, P. *Õigus ja eetika: Teooriaid õigusest ja õiglusest 20. sajandi õigusfilosoofias*. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 1997.
46. Kergandberg, E. *Kohtuotsus kriminaalasjas, selle kujunemine ja kriitika*. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 1999.
47. Kmiec, K. D. *The Origin and Current Meanings of „Judicial Activism“*. 92 *Cal. L. Rev.* 1441 (2004).
48. Kommers, D. P. *Judicial Politics in West Germany: A Study of the Federal Constitutional Court*. Beverly Hills, London: Sage Publications, 1976.
49. Kommers, D. P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd edn. Durham and London: Duke University Press, 1997.

50. Linntam, M. Building a Just Society: the Role of the Constitutional Judge. Idea of Justice in the Contemporary Value Jurisprudence and the Process of Argumentation. *Juridica International* 2002/7, pp 49-57.
51. Linntam, M. Õigluse idee kui argument Eesti Vabariigi Riigikohtus ja Euroopa Kohtus. *Juridica*, 2002/1, lk 3-10.
52. Luts, M. Õigusfilosoofia I. Sissejuhatus õigusfilosoofiasse. Õpik Tartu Ülikooli õigusteaduskonna üliõpilastele. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 1997.
53. Luts, M. Õigusnormide tõlgendamise meetoditest ja teooriatest. *Juridica* 1998/3, lk 111-114.
54. Lõhmus, U. (koostaja). Põhiseaduslikkuse kohtulik järelevalve. Riigikohtu lahendid 1993-2004. Tallinn: Juura, 2004.
55. Lõhmus, U. Välismaalased ja õigus perekonnaelu puutumatusel. *Juridica* 2000/7, lk 415-426.
56. MacCormick, D. N., Summers, R. S. Interpretation and Justification. – D. N. MacCormick, R. S. Summers (eds.). *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991.
57. Marauhn, T. Konstitutsiooniline jurisdiktsioon: Riigikohus või eraldiseisev konstitutsioonikohus. Hinnang Eesti praegusele süsteemile võrdleva kogemuse alusel. Seminari „Konstitutsioonikohtute probleemid ja arengukavad“ ettekanded. Tartu: Atlex, 1999.
58. Maruste, R. Konstitutsionalism ning põhiõiguste ja -vabaduste kaitse. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2004.
59. Maruste, R. Poliitiline ja õiguslik otsustamine. „Postimees“ 5. juuni 2002. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://vana.www.postimees.ee/index.html?op=lugu&rubriik=6&id=60387>, 5. veebruaril 2005.

60. Maruste, R. Põhiseadus ja selle järelevalve. Võrdlevad selgitused. Kommentaarid. Tekstid. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 1997.
61. McCoubrey, H., White, N. D. Textbook on Jurisprudence. 3rd edn. Oxford: Oxford University Press, 1999.
62. Mendelson, W. Was Chief Justice Marshall an Activist? – S. C. Halpern, C. M. Lamb (eds.). Supreme Court Activism and Restraint. Lexington, Mass.: Lexington Press, 1982.
63. Merritt, R. The Courts, the Universities and the Right of Admission in the Federal Republic of Germany. *Minerva* 22 (1979) 17.
64. Merusk, K. Halduslepingu vaidlustamine halduskohtus: probleemid ja võimalikud lahendused. *Juridica* 1999/9, lk 457-461.
65. Mille sarnane on elevant? India muinasjutt. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://miksike.ee/documents/main/lisa/2klass/6meie/mille.htm>, 5. veebruaril 2005.
66. Murphy, W. F., Pritchett, C. H. Courts, Judges, and Politics. 4th edn. New York: Random House, 1986.
67. Narits, R. Jurisprudentsi põhijoontest. *Juridica* 1995/9, lk 378-380.
68. Narits, R. Kas hääli peaks kaaluma või lugema? *Juridica* 1994/3, lk 66-68.
69. Narits, R. Tõlgendamine: teadus või seadus? *Juridica* 1994/9, lk 228-230.
70. Novak, D. Economic Activism and Restraint. – S. C. Halpern, C. M. Lamb (eds.). Supreme Court Activism and Restraint. Lexington, Mass.: Lexington Press, 1982.
71. Perry, M. J. Judicial Activism. 7 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 69 (1984).
72. Piechowiak, M. Mis on inimõigused? Inimõiguste mõiste ja nende õigusväline põhjendus. – R. Hanski ja M. Suksi (toim.). *Rahvusvahelised inimõigused ja nende kaitse*. Sissejuhatav käsiraamat. Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2001.

73. Ploom, T., Feldmanis, L. Kas jõustunud kohtuotsus on JÕUSTUNUD kohtuotsus? Riigikohtu roll karistusõiguse reformi elluviimisel. Riigikohtu 85. aastapäevale pühendatud teadustööde konkursi „Riigikohtu lahendid Eesti õiguskorras: tähendus ja kriitik“ auhinnaline töö. Käsikiri käesoleva töö autori valduses.
74. Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seaduse eelnõu (895 SE) seletuskiri. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://web.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=013110010&login=proov&password=&system=ems&server=ragnel>, 26. jaanuaril 2005.
75. Põld, J. Kas Eestis on vaja eraldiseisvat konstitutsioonikohtut? – Kohtute sõltumatus ja kohtusüsteemi toimimise efektiivsus Eestis. Tartu: SA Iuridicum, 2002.
76. Põld, J. Põhiseaduslikkuse järelevalve menetlusest Eestis. Seminari „Konstitutsioonikohtute organisatsioon ja tegevus“ ettekanded. Tartu: Atlex, 1995.
77. Relve, K. Füüsiliste isikute subjektiivne avalik õigus ja põhjendatud huvi keskkonnasjades. *Juridica*, 2004/1, lk 20-31.
78. Riigikogu stenogramm. Kohaliku omavalitsuse volikogu valimise seaduse muutmise seaduse eelnõu (1135 SE) teine lugemine. Riigikogu 30. juuli 2002. aasta erakorraline istungjärk. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://web.riigikogu.ee/ems/stenograms/2002/07/t02073000.html>, 5. veebruaril 2005.
79. Riigikohus pole võiladu. Juhtkiri. „Postimees“ 18. juuli 2002. arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://vana.www.postimees.ee/index.html?op=lugu&id=64842&number=555&rubriik=6>, 4. veebruaril 2005.
80. Saarmets, V. Individuaalne konstitutsiooniline kaebus põhiseaduslikkuse järelevalve kohtus. *Juridica* 2001/6, lk 376-392.
81. Sarapuu, M. Ombudsmani institutsiooni loomise võimalikkusest Eestis. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://www.riik.ee/riigikantselei/ahb/strateeg/margus2.htm>, 6. veebruaril 2005.
82. Scheppele, K. L. A Realpolitik Defense of Social Rights. 82 *Tex. L. Rev.* 1921 (2003-2004).

83. Schick, M. Judicial Activism on the Supreme Court. – S. C. Halpern, C. M. Lamb (eds.). Supreme Court Activism and Restraint. Lexington, Mass.: Lexington Press, 1982.
84. Shapiro, M. United States. – C. N. Tate and T. Vallinder (eds.). The Global Expansion of Judicial Power. New York: NY University Press, 1995.
85. Shapiro, M., Stone Sweet, A. Law, Courts and Social Science. – M. Shapiro, A. Stone Sweet. On Law, Politics, and Judicialisation. Oxford: Oxford University Press, 2002.
86. Smilov, D. The Character and Legitimacy of Constitutional Review: Eastern European Perspectives. A Review of: Wojciech Sadurski, ed., Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-communist Europe in a Comparative Perspective (Kluwer Law International, the Hague-London-New York: 2003), 450 pp. Radoslav Prochazka, Mission Accomplished: On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe (Central European Univ. Press, Budapest-New York: 2002), 358 pp 2 Int'l J. Const. L. 177 (2004).
87. Stone Sweet, A. Constitutional Politics in France and Germany. – M. Shapiro, A. Stone Sweet. On Law, Politics, and Judicialization. Oxford: Oxford University Press, 2002.
88. Stone Sweet, A. Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.
89. Stone, G. R., Seidman, L. M., Sunstein, C. R. , Tushnet, M. V. Constitutional Law. Boston: Little, Brown and Company, 1991.
90. Sua sponte – what does it mean? Where does it fit? Lexicon. Legal Information Institute, Cornell University Law School. Arvutivõrgus. Kättesaadav: http://www.law.cornell.edu/lexicon/sua_sponte.htm, 11. novembril 2004.
91. Tallo, I. Tuld Riigikohtule? „Postimees“ 18. juuli 2002. Arvutivõrgus. Kättesaadav: <http://vana.www.postimees.ee/index.html?op=lugu&id=64839&number=555&rubriik=6,4>. veebruaril 2005.

92. Tomuschat, C. *Human Rights: Between Idealism and Realism*. Academy of European Law. European University Institute. Oxford: Oxford University Press, 2003.
93. Tushnet, M. V. Comment: The Role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint? 47 *Md. L. Rev.* 147 (1987).
94. Uitz, R. Constitutional Activism and Deference Through Judicial Reasoning: Confirming An Indeterminacy Thesis. *Juridica International* 2002/1, pp 65-75.
95. Wallach, H. G. P. *Judicial Activism in Germany*. – K. M. Holland (ed.). *Judicial Activism in Comparative Perspective*. London: Macmillan, 1991.
96. Wechsler, H. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harv. L. Rev.* Vol 73, Nr 1, (1959).
97. Weiler, H. N. Legalization, Expertise, and Participation: Strategies of Compensatory Legitimation in Educational Policy. *Comparative Education Review*, Vol 27, No 2 (1983).
98. Vene, E. Mõningaid tähelepanekuid haldusprotsessuaalsest kaebedõigusest kohtupraktika pinnalt. Teoses: Riigikohus 2001. Lahendid ja kommentaarid. Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2002.
99. Weston, B. H. *Human Rights*. – R. P. Claude, B. H. Weston (ed.). *Human Rights in the World Community: Issues and Action*. 2nd edn. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.
100. Wolfe, C. *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?* Pacific Grove, California: Brooks/Cole Publishing Company, 1991.

Kasutatud kohtupraktika loetelu

1. RKPJK 11. augusti 1993. aasta otsus asjas nr III-4/1-2/93 (RT I 1993, 59, 841).
2. RKPJK 6. septembri 1993. a otsus asjas nr III-4/1-3/93 (RT I 1993, 61, 890).
3. RKPJK 12. jaanuari 1994. aasta otsus asjas nr III-4/1-1/94 (RT I 1994, 8, 129).
4. RKPJK 12. aprilli 1995. aasta otsus asjas nr III-4/1-1/95 (RT I 1995, 42, 655).
5. RKPJK 12. aprilli 1995. aasta otsus asjas nr III-4/1-2/95 (RT I 1995, 42, 656).
6. RKPJK 10. mai 1996. aasta otsus asjas nr 3-4-1-1-96 (RT I 1996, 35, 737).
7. RKPJK 8. novembri 1996. aasta otsus asjas nr 3-4-1-2-96 (RT I 1996, 87, 1558).
8. RKPJK 20. detsembri 1996. aasta otsus asjas nr 3-4-1-3-96 (RT I 1997, 4, 28).
9. RKPJK 6. oktoobri 1997. aasta otsus asjas nr 3-4-1-3-97 (RT I 1997, 74, 268).
10. RKPJK 5. veebruari 1998. aasta otsus asjas nr 3-4-1-1-98 (RT I 1998, 14, 230).
11. RKPJK 30. septembri 1998. aasta otsus asjas nr 3-4-1-6-98 (RT I 1998, 86/87, 1434).
12. RKPJK 4. novembri 1998. aasta otsus asjas nr 3-4-1-7-98 (RT I 1998, 98/99, 1618).
13. RKPJK 17. märtsi 1999. aasta otsus asjas nr 3-4-1-2-99 (RT III 1999, 9, 90).
14. RKPJK 22. juuni 2000. aasta otsus asjas nr 3-4-1-7-00 (RT III 2000, 18, 188).
15. RKPJK 5. oktoobri 2000. aasta otsus asjas nr 3-4-1-8-00 (RT III 2000, 21, 232).
16. Kohtunik Uno Lõhmuse eriarvamus RKPJK 5. oktoobri 2000. aasta otsusele asjas nr 3-4-1-8-00 (RT III 2000, 21, 232).
17. RKÜK 22. detsembri 2000. aasta otsus asjas nr 3-4-1-10-00 (RT III 2001, 1, 1).
18. RKPJK 3. mai 2001. aasta otsus asjas nr 3-4-1-6-01 (RT III 2001, 15, 154).

19. RKPJK 15. juuli 2002. aasta otsus asjas nr 3-4-1-7-02 (RT III 2002, 22, 251).
20. RKÜK 28. oktoobri 2002. aasta otsus asjas nr 3-4-1-5-02 (RT III 2002, 28, 308).
21. RKPJK 2. detsembri 2002. aasta otsus asjas nr 3-4-1-11-02 (RT III 2002, 35, 376).
22. RKPJK 21. veebruari 2003. aasta otsus asjas nr 3-4-1-2-03 (RT III 2003, 6, 59).
23. RKÜK 17. märtsi 2003. aasta otsus asjas nr 3-1-3-10-02 (RT III 2003, 10, 95).
24. Kohtunik T. Antoni eriarvamus, millega on ühinenud kohtunikud H. Salmann ja V. Kõve, RKÜK 17. märtsi 2003. aasta otsusele asjas nr 3-1-3-10-02 (RT III 2003, 10, 95).
25. Kohtunik E. Kergandbergi eriarvamus, millega on ühinenud kohtunikud J. Luik ja H.-K. Remmel, RKÜK 17. märtsi 2003. aasta otsusele asjas nr 3-1-3-10-02 (RT III 2003, 10, 95).
26. RKPJK 21. jaanuari 2004. aasta otsus asjas nr 3-4-1-22-03 (RT III 2004, 5, 45).
27. RKÜK 19. aprilli 2004. a otsus asjas nr 3-3-1-46-03 (RT III 2004, 11, 128).
28. RKÜK 28. aprilli 2004. aasta otsus asjas nr 3-3-1-69-03 (RT III 2004, 12, 143).
29. Kohtunik Tõnu Antoni eriarvamus, millega on ühinenud kohtunikud Indrek Koolmeister, Jüri Põld ja Harri Salmann, RKÜK 28. aprilli 2004. aasta otsusele asjas nr 3-3-1-69-03 (RT III 2004, 12, 143).
30. RKÜK 30. aprilli 2004. aasta otsus asjas nr 3-3-1-77-03 (RT III 2004, 13, 159).
31. RKPJK 31. mai 2004. aasta otsus asjas nr 3-4-1-7-04 (RT III 2004, 16, 188).
32. RKÜK 25. oktoobri 2004. aasta otsus asjas nr 3-3-1-29-04 (RT III 2004, 28, 298).
33. Kohtunik I. Koolmeistri eriarvamus, millega on ühinenud kohtunikud T. Anton, J. Laffranque, J. Põld ja H. Salmann, RKÜK 25. oktoobri 2004. aasta otsusele asjas nr 3-3-1-29-04 (RT III 2004, 28, 298).
34. RKPJK 18. novembri 2004. aasta otsus asjas nr 3-4-1-14-04 (RT III 2004, 33, 343).

35. RKPJK 2. detsembri 2004. aasta otsus asjas nr 3-4-1-20-04 (RT III 2004, 35, 362).

Kasutatud normatiivmaterjali loetelu

1. Eesti Vabariigi põhiseadus. 28. juuni 1992. – RT 1992, 26, 349; RT I 2003, 29, 174; 64, 429.
2. Halduskohtumenetluse seadustik. 25. veebruar 1999. – RT I 1999, 31, 425; ... RT I 2004, 46, 329.
3. Keskkonnainfo kättesaadavuse ja keskkonnaasjade otsustamises üldsuse osalemise ning neis asjus kohtu poole pöördumise konventsiooni ratifitseerimise seadus. Keskkonnainfo kättesaadavuse ja keskkonnaasjade otsustamises üldsuse osalemise ning neid asjus kohtu poole pöördumise konventsioon. 6. juuni 2001. – RT II 2001, 18, 89.
4. Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadus. 13. märts 2002. – RT I 2002, 29, 174; ... RT I 2004, 56, 405.
5. Planeerimisseadus. 13. november 2002. – RT I 2002, 99, 579; 2004, 22, 148; 38, 258.